

das durch einen Notar beurkundet wurde und bei dem offenbar die erlangten Erlöse aus dem Bandendiebstahl „gewaschen“ wurden. Der Notar selbst wurde in der Verhandlung nicht als Zeuge gehört, wohl aber sein Bürogehilfe, über dessen Privatkonto das Immobiliengeschäft auf Wunsch des Notars abgewickelt wurde, nachdem Bargeld in Plastiktüten in das Notariat verbracht wurde. Dass eine solche Verfahrensweise elementar gegen notarielle Pflichten (u.a. § 14 Abs. 2 BNotO) verstieß, bedarf keiner Erwähnung. Das Tatgericht hielt den Notargehilfen aber offenbar für gutgläubig. Ein Zeugnisverweigerungsrecht als Berufshelfer (§ 53a StPO) hat es ihm jedoch nicht zugebilligt, weil er nicht im Zuge einer Auftragerfüllung durch den Notar, sondern nur als Privatmann gehandelt habe.

II. Der Senat stellt klar und in jeder Hinsicht zutreffend fest, dass die Vernehmung des Bürogehilfen gegen § 53a StPO verstieß. Jenem stand ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, das vom Tatgericht fälschlicherweise verneint wurde, weil es den zugrundeliegenden Berufsbezug der Tätigkeit des Notargehilfen verkannte. Der *BGH* interpretiert den Bereich der Berufsbezogenheit rechtsberatender Tätigkeiten dagegen weit und bejaht sie selbst dann, wenn eklatant gegen die Berufspflichten des Notars oder sogar gegen Normen des StGB verstoßen werde. Er bemüht sich in diesem Zusammenhang erkennbar um eine auch verfassungsrechtlich abgesicherte weite Interpretation der Zeugnisverweigerungsrechte. Weil der Notargehilfe nicht als Zeuge hätte gehört werden dürfen, hebt der *BGH* das angefochtene Urteil im Umfang der Anordnung des erweiterten Verfalls auf und weist die Sache zur erneuten Entscheidung an das Tatgericht zurück.

III. Der Senat widmet einen Großteil der Urteilsausführungen und auch den 2. Leitsatz dem 2002 geänderten § 11 GwG. Diese Norm verpflichtet „Rechtsanwälte, Rechtsbeistände, die Mitglied einer Rechtsanwaltskammer sind, Patentanwälte und Notare“, ferner „Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte“ (so die Aufzählung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GwG – im folgenden kurz „Rechtsberater“) zur Anzeige gegenüber ihren Bundeskammern, wenn sie positiv „wissen, dass der Mandant ihre Rechtsberatung bewusst für den Zweck der Geldwäsche in Anspruch nimmt“ (§ 11 Abs. 3 S. 2 GwG).

Die Einbeziehung dieser Berufsgruppen in das GwG erfolgte durch das „Geldwäschebekämpfungsgesetz“, welches die RiL 2001/97/EG in das deutsche Recht umsetzte. Die Anzeigepflicht ist gesetzestechnisch recht kompliziert geregelt: Gemäß § 11 Abs. 1 GwG wird eine grundsätzliche Pflicht zur Verdachtsanzeige statuiert; davon wird eine Ausnahme für Informationen vorgesehen, die Rechtsberater im Rahmen der Beratung oder der Prozessvertretung erhalten haben (§ 11 Abs. 3 S. 1 GwG); § 11 Abs. 3 S. 2 GwG macht davon eine Gegen Ausnahme, wenn der Rechtsberater weiß, dass der Mandant die Beratung bewusst für Zwecke der Geldwäsche in Anspruch nimmt. Die Anzeige haben die Rechtsberater dabei ihrer zuständigen Bundesberufskammer zu übermitteln – also nicht den Strafverfolgungsbehörden (§ 11 Abs. 4 GwG). Der Mandant darf von der Anzeige dagegen nicht in Kenntnis gesetzt werden (§§ 11 Abs. 5; 17 Abs. 2 Nr. 2 GwG).

Der Einzugsbereich dieser Vorschrift betrifft speziell Fälle, in denen der Rechtsberater erkennt, dass der Mandant die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche benutzen will, aber – entsprechend den strafrechtlichen Verboten (§ 261 StGB) und berufsrechtlichen Pflichten – an der Geldwäschehandlung selbst nicht mitwirkt. In unserem Fall verhielt es sich dagegen anders: Der Notar hat sich selbst wegen Geldwäsche strafbar gemacht (§ 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Das klandestine Umleiten von in Plastiktüten eingewickelt Bargeld über Privatkonten zum Zwecke des Immobilienerwerbs stellt klares strafrechtliches Unrecht dar. Für derartige Konstellationen machen Anzeigepflichten keinen Sinn. Und

Anmerkung

Professor Dr. Stephan Barton, Universität Bielefeld

I. Dem Urteil des 1. Strafsenats des *BGH* ist hinsichtlich der tragenden Teile der Urteilsbegründung uneingeschränkt zuzustimmen. Die Entscheidung enthält darüber hinaus weitere Ausführungen, die für die konkrete Entscheidung ohne Bedeutung sind. Diese obiter dicta werfen aber zahlreiche klärungsbedürftige Fragen auf. Das betrifft auch den 2. Leitsatz.

Der Prozesssachverhalt ist recht kompliziert und soll hier vereinfacht dargestellt werden. Der Angeklagte wendet sich mit seiner Revision gegen seine Verurteilung wegen schweren Bandendiebstahls und gegen eine Verfallsanordnung. Das Tatgericht hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten auf eine Identifizierung durch das Tatopfer gestützt. Ein weiteres Indiz für seine Überführung bildete ein in jeder Hinsicht dubioses Immobiliengeschäft,

Notare, die sich so verhalten, verdienen keine aus ihrer Berufstätigkeit abgeleiteten Privilegien im Bereich des materiellen oder formellen Rechts.

Die Frage einer etwaigen Ausstrahlungswirkung des § 11 GwG auf die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 53, 53a StPO stellte sich aber deshalb nicht, weil auch nach Meinung der BGH eine Anzeigepflicht im konkreten Fall gar nicht bestand: Der fragliche Geldwäschevorgang erfolgte vor Verabschiedung des Geldwäschebekämpfungsgesetzes. Der BGH konnte deshalb die Anwendbarkeit des § 11 GwG zutreffend mit dem Gedanken des Rückwirkungsverbot verneinen, ferner auch deshalb, weil der Gesetzgeber eine Anzeigepflicht für abgeschlossene Geldwäschevorgänge nicht vorgesehen hatte.

1. Damit hätte es sein Bewenden haben können. Leider hat der Senat jedoch der Versuchung nicht widerstehen können, sich hypothetisch dazu zu äußern, was wäre, wenn eine Anzeigepflicht nach § 11 Abs. 3 S. 2 GwG doch anzunehmen wäre. Der Senat will dann eine Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO vornehmen:

„Soweit diese Anzeigepflicht reicht, steht den danach Offenbarungspflichtigen – letztlich gegenüber den Strafverfolgungsbehörden – bei der strafrechtlichen Verfolgung der anzeigepflichtigen Vorgänge dann auch kein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB zu, und zwar unabhängig davon, ob diese ihrer Meldepflicht genügen oder nicht“¹.

Eine inhaltliche Begründung für diese Bewertung liefert der Senat nicht; er verweist in diesem Zusammenhang weder auf einschlägige Gesetzgebungsmaterialien noch auf Rechtsprechung und auch nicht auf Stimmen aus der Literatur; ferner plagen ihn gewiss nicht verfassungsrechtliche Zweifel. Alles scheint einfach und klar zu sein – aber ist es das wirklich? Fragen sind durchaus angebracht.

2. Die Argumentation des Senats basiert auf einer Gedankenkette, die mehr oder weniger linear aus dem Anzeigerfordernis des § 11 Abs. 3 S. 2 GwG eine Offenbarungspflicht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ableitet und schließlich zu einem Wegfall des Zeugnisverweigerungsrechts des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO führt. Schon hinsichtlich des Ausgangspunktes stellt sich die Frage, warum der BGH hier die Anzeigepflicht und nicht die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsberaters gewählt hat.

Die Verschwiegenheitspflicht geht weit; nach den Berufsordnungen erstreckt sie sich auf alles, was dem Berufsträger in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Sie ist für Rechtsanwälte und Notare gleichermaßen kennzeichnend und rechnet zu deren statusbildenden unverzichtbaren Grundpflichten². Sie ist in den Berufsordnungen ausdrücklich geregelt (§§ 18 Abs. 1 BNotO, 43a Abs. 2 BRAO) und zusätzlich durch einen Straftatbestand (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) abgesichert. Das BVerfG hat in Bezug auf den Anwalt betont – aber nichts anderes kann für die anderen Rechtsberater gelten –, dass Voraussetzung für die Erfüllung der Beistandsaufgabe ein Vertrauensverhältnis zwischen Beistand und Mandant sei: Das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit seien zwingende Grundbedingungen dafür, dass Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht habe als „unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung“ teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG³. Fehle sie, „so steht die Berufsausübung überhaupt in Frage“⁴.

Gegen die für Rechtsberater in § 11 Abs. 3 S. 2 GwG statuierte Anzeigepflicht sind deshalb zahlreiche verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden⁵. Auch im Gesetzgebungsvorhaben wurde gesehen, dass die Anzeigepflicht sich negativ auf das für eine effektive Prozessvertretung und Rechtsberatung erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Berater und Mandant auswirken könne. Die Bundesregierung meinte jedoch, dass die Schutzwürdigkeit im Bereich der Rechtsberatung dann ausnahmsweise entfele, wenn der Mandant die Rechtsberatung in doloser Absicht in Anspruch nehme und der Berater dies erkenne⁶. Daran ist richtig, dass dieser Mandant als Individuum tatsächlich keinen Vertrauensschutz verdient; allerdings trägt diese Betrachtung dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht nur dem Individualinteresse des Rechtsrat suchenden Bürgers, sondern gleichermaßen auch dem allgemeinen Vertrauen in die Verschwiegenheit von Anwälten und Notaren dient⁷. Dieses kann durchaus Schaden nehmen, wenn sich Anzeigen nach § 11 GwG häufen und Bürger den Eindruck gewinnen, sie könnten generell nicht mehr auf die Verschwiegenheit von Anwälten und Notaren bauen. Damit dies nicht eintritt, ist eine restriktive Interpretation von Inhalt und Grenzen der Anzeigepflicht geboten. Der BGH setzt sich damit in seiner Entscheidungsbegründung nicht auseinander.

3. Den Grund der Anzeigepflicht liefert § 11 GwG. Bei dieser Norm handelt es sich um den außergewöhnlichen Fall eines pflichtenbegründenden Tatbestands ohne daran anknüpfende Rechtsfolge. Zwar sieht § 17 Abs. 2 Nr. 2 GwG vor, dass der Rechtsberater sich ordnungswidrig verhält, wenn er den Mandanten über die Anzeige in Kenntnis setzt; die Nichtanzeige selbst ist aber nicht bußgeldbewehrt⁸. Wenn man dies nicht als innere Unstimmigkeit des GwG werten will, belegt es die dogmatische Struktur von § 11 Abs. 3 S. 2 GwG. Es handelt sich dann um einen auf die Verschwiegenheitspflicht bezogenen bloßen Rechtfertigungsgrund. Soweit der Berufsträger zur Anzeige verpflichtet ist, entfällt die Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB oder die berufrechtliche Verschwiegenheitspflicht. Die Anzeige- und Verschwiegenheitspflicht verhalten sich damit wie kommunizierende Röhren: Was durch die Anzeigepflicht gedeckt ist, verstößt nicht gegen das Verschwiegenheitsgebot.

Der Umfang der in § 11 GwG statuierten Anzeigepflicht wird durch das Gesetz nicht näher bestimmt. Hinweise auf seine Inhalte und Grenzen lassen sich aber durch eine Parallele zu den Offenbarungspflichten gewinnen, die Rechtsberatern in anderen Bereichen auferlegt sind⁹. Speziell die Anzeigepflichten der §§ 138f. StGB erscheinen aufschlussreich. Jedermann ist verpflichtet, drohende besonders gravierende Straftaten, die in § 138 Abs. 1 und 2 StGB aufgezählt werden, anzuzeigen. Für Anwälte und Verteidiger (nicht für Notare) wird diese Pflicht durch § 139 Abs. 3 StGB dahingehend modifiziert, dass nur ein Teil der in § 138 StGB genannten

⁵ Die Anzeigepflicht stelle einen Eingriff in die Freiheit der Advokatur dar; sie sei unverhältnismäßig und verletze sowohl Art. 12 GG als auch das Persönlichkeitsrecht des Mandanten; die Indienstnahme von Rechtsberatern für Zwecke der Strafverfolgung verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip. Vgl. hierzu *Zuck* NJW 2002, 1397 (1398); etwas zurückhaltender *Wittig* AnwBl 2004, 193 (197f.) und *v. Galen* NJW 2003, 117.

⁶ BT-Drs. 14/8739, S. 15.

⁷ Für den Rechtsanwalt vgl. *Henssler/Prütting-Eylmann*, BRAO, § 43a Rn. 31.

⁸ *Wittig* AnwBl 2004, 193 (195); *Wegner* NJW 2002, 2276 (2278).

⁹ Vgl. dazu *Eylmann/Vaasen/Eylmann*, BNotO, § 18 Rn. 46ff.; *Henssler/Prütting-Eylmann*, BRAO, § 43a Rn. 69ff.

¹ BGH JZ 2005, 1173, 1177.

² BVerfGE 76, 171 (189f.); 110, 226 (259) hinsichtlich des Rechtsanwalts und Verteidigers.

³ BVerfGE 110, 226 (252).

⁴ BVerfGE 110, 226 (259).

Straftaten erfasst wird. Der Anzeigepflicht genügt der Rechtsberater schon dann, wenn er sich auf Angaben beschränkt, die eine Abwendung der drohenden Tat ermöglichen; den Namen des voraussichtlichen Täters braucht er dabei nicht notwendigerweise zu erwähnen¹⁰. Damit soll nicht gesagt werden, dass sich dies bei der Meldepflicht des § 11 GwG identisch verhält; aber es sollte deutlich geworden sein, dass die Offenbarungspflicht vor dem Hintergrund der Verschwiegenheitspflicht möglichst eng zu bestimmen ist und nicht über das funktionell Erforderliche hinausgehen darf. In der Ableitung des *BGH* findet das keine Berücksichtigung.

Auch der durch § 11 Abs. 3 S. 2 GwG vorgesehene Adressat der Offenbarung spricht für eine besonders enge Interpretation: Die Anzeige ist nämlich gem. § 11 Abs. 4 S. 1 GwG an die zuständige Bundesberufskammer zu übermitteln. Zwar leitet diese die Anzeige, ggf. versehen mit einer Stellungnahme, an die Strafverfolgungsbehörden weiter, aber daraus lässt sich nun gerade nicht folgern, dass der Rechtsberater „letztlich“, wie der *BGH* meint, unmittelbar gegenüber den Strafverfolgungsbehörden offenbarungspflichtig wird. Eher spricht dies dafür, dass keine weitere direkte Offenbarungs- oder gar Zeugnispflicht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden entsteht, sondern dass die Anzeige des Rechtsberaters nur mittelbar für Zwecke der Strafverfolgung Verwendung finden darf.

4. Die Entscheidungsbegründung lässt schließlich Fragen unbeantwortet, die sich aus der komplizierten Struktur von materiellrechtlichen Verschwiegenheits- bzw. Offenbarungspflichten einerseits und prozessualen Zeugnisverweigerungsrechten andererseits ergeben. Es ist unbestritten, dass der Bereich der materiellrechtlichen Schweigepflicht nicht identisch mit dem der prozessualen Zeugnisverweigerungsrechte ist. Es gibt ein Zeugnisverweigerungsrecht ohne strafrechtlich durchsetzbare Verschwiegenheitspflicht, und es gibt Schweigepflichten ohne Zeugnisverweigerungsrechte¹¹. Materiellrechtliche Schweigepflichten und prozessuale Schweigerechte stimmen durchaus nicht überein¹²; sie stehen – anders als das Anzeigerfordernis zu den Verschwiegenheitspflichten – nicht im Verhältnis kommunizierender Röhren zueinander, sondern erfüllen unterschiedliche Zwecke und Aufgaben. Der *BGH* lässt dies unberücksichtigt und setzt Zeugnisverweigerungsrecht und Anzeigepflicht gleich. Der erneute Vergleich mit der Anzeigepflicht der §§ 138 f. StGB legt nahe, dass eher davon auszugehen ist, dass das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsberaters von der Anzeigepflicht des § 11 Abs. 3 S. 2 GwG unberührt bleibt:

„Der Zeuge darf im Prozess durchaus das Zeugnis verweigern und die Anzeige außergerichtlich erstatten, wenn das im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz funktional äquivalent ist“¹³.

Mit anderen Worten: Es spricht viel dafür, dass der Rechtsberater seiner Pflicht genügt, wenn er gegenüber der Bundeskammer eine Anzeige erstattet; sein Zeugnisverweigerungsrecht bleibt davon unberührt. Er ist nicht verpflichtet, als Zeuge gegen seinen Mandanten auszusagen, solange dieser ihn nicht von der Schweigepflicht entbunden hat.

Für diese Interpretation spricht, dass offenbar auch der Gesetzgeber des Geldwäschebekämpfungsgesetzes nicht an den Zeugnisverweigerungsrechten rütteln wollte. Im Ge-

setzentwurf der Bundesregierung wurde an keiner Stelle eine Ausstrahlungswirkung der Anzeigepflicht auf die Zeugnisverweigerungsrechte behauptet; vielmehr wird sogar bei der Diskussion der verfassungsrechtlichen Problematik der Anzeigepflicht ausdrücklich festgestellt, dass es einer Freistellung der Rechtsberater von der in der Geldwäsche-Richtlinie vorgesehenen Mitwirkungspflicht (Auskunftserteilung gegenüber den Behörden) nicht bedarf:

„Diese Freistellung wird bereits durch die diesen Berufsgruppen zustehenden Zeugnisverweigerungsrechte und die daran anknüpfenden Folgeregelungen gewährleistet.“¹⁴

Die vom *BGH* vorgenommene Interpretation gewährleistet jedoch nicht die Zeugnisverweigerungsrechte, sondern schränkt sie ein.

IV. Der *BGH* äußert sich in seinem 2. Leitsatz und auch in den „hypothetischen“ Erwägungen nur zu § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, also zur Person des Hauptberufsträgers. Um den Notar ging es in der konkreten Entscheidung aber gar nicht, sondern um seinen nach Ansicht des Tatgerichts gutgläubigen Gehilfen und damit um die Reichweite des § 53a StPO. Es wäre ein großes Missverständnis und dürfte weder vom *BGH* so bezweckt sein, noch wäre es rechtlich haltbar, daraus abzuleiten, dass § 11 Abs. 3 S. 2 GwG unmittelbaren Einfluss auf den Umfang der Zeugnisverweigerungsrechte des Berufshelfers hätte.

Die Norm des § 53a StPO stellt eine Ergänzung des Zeugnisverweigerungsrechts der Berufsgeheimnisträger dar und dient primär dazu, dieses Recht vor Umgehung zu schützen¹⁵. Das Zeugnisverweigerungsrecht würde nämlich illusorisch werden, wenn der Staatsanwalt auf den Berufshelfer als Zeugen zurückgreifen könnte. Der Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts aus § 53a StPO ist demgemäß weit zu ziehen.

Das gilt auch und gerade im Hinblick auf die aus § 11 Abs. 3 S. 2 GwG folgenden Anzeigepflichten: Die Berufshelfer gehören nicht zum Kreis der durch diese Norm direkt angesprochenen Adressaten (§§ 3 Abs. 1, 11 Abs. 3 S. 1 GwG). Es müsste deshalb als in jeder Hinsicht widersinnig erscheinen, ihre Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf etwaige Anzeigepflichten des Hauptberufsträgers aufzulockern. Besonders deutlich wird dies dann, wenn der Hauptberufsträger eine Anzeige erstattet hat. Man kann dann wohl nicht ernstlich einen Wegfall des Zeugnisverweigerungsrechts des Berufshelfers behaupten.

V. Die vom *BGH* im 2. Leitsatz als obiter dictum angeordnete Beschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch die Anzeigepflicht des § 11 Abs. 3 S. 2 GwG vermag nicht zu überzeugen. Sie wirft zahlreiche einfach- und verfassungsrechtliche Fragen auf, die in der Entscheidung unbeantwortet bleiben. Deshalb erscheint eine Interpretation des § 11 Abs. 3 S. 2 GwG überzeugender, wonach diese Norm nur einen Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Verschwiegenheitspflichten der Rechtsberater bildet, aber keine prozessualen Konsequenzen hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts nach sich zieht. Es bleibt zu hoffen, dass der *BGH*, sollte die Frage der Ausstrahlungswirkung des § 11 Abs. 3 S. 2 GwG auf die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 53, 53a StPO zukünftig entscheidungsrelevant werden, eine Interpretation finden wird, die der besonders sensiblen Situation des erforderlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsberater und Mandanten angemessen Rechnung trägt.

¹⁰ Hanack, in: Leipziger Komm. z. StGB, § 138 Rn. 37.

¹¹ Dabs, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 53 Rn. 7 mit Beispielen.

¹² Geppert, Jura 1991, 132 (136).

¹³ Rogall, in: Syst. Komm. z. StPO, § 53 Rn. 19 zum Verhältnis von § 138 StGB zu § 53 StPO.

¹⁴ BT-Drs. 14/8739, S. 16.

¹⁵ Rogall (Fn. 13), § 53a Rn. 1.