



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme Nr. 30
Juni 2020**

**Zum Referentenentwurf des BMF einer Verordnung zu den nach dem
Geldwäschegesetz meldepflichtigen Sachverhalten im Immobilienbereich
(Geldwäschegesetzmeldepflichtenverordnung-Immobilien – GwGMeldV-
Immobilien)**

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Finanzen
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband e.V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag, Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Europäische Kommission
Europäisches Parlament

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

1. Unzureichende Verordnungsermächtigung

§ 43 Abs. 6 GwG ermächtigt das BMF im Einvernehmen mit dem BMJV durch Rechtsverordnung „Sachverhalte“ bei Immobilientransaktionen zu bestimmen, die von Rechtsanwälten und anderen Vertrauensberufen stets nach § 43 Abs. 1 GwG zu melden sind. Der Verweis auf § 43 Abs. 1 GwG bezieht sich dabei nicht lediglich auf die ‚Meldung‘ an die FIU als solche; die Norm ist in Zusammenschau mit § 43 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 GwG zu lesen: § 43 Abs. 1 GwG verpflichtet alle Verpflichteten zur Abgabe von Verdachtsmeldungen in den dort definierten Fällen. § 43 Abs. 2 Satz 1 GwG regelt als Ausnahme hiervon, dass Rechtsanwälte mit Blick auf deren berufsrechtliche Verschwiegenheitsverpflichtung grundsätzlich nicht zur Abgabe einer Verdachtsmeldung verpflichtet sind, es sei denn, die Rückausnahme aus § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG greift. Dieses austarierte Ausnahme-/Rückausnahmeverhältnis wird nun in § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG um Sachverhalte bei Immobiliengeschäften ergänzt, die der Ordnungsgeber konkretisieren soll. Die Rechtsverordnung nach § 43 Abs. 6 GwG soll und kann somit keine über die in § 43 Abs. 1 GwG für alle Verpflichteten geltenden Regelungen hinausgehenden materiell-rechtlichen Melde-Tatbestände schaffen. Sie soll (nur) Ausnahmen im Bereich von Immobiliengeschäften definieren, in denen die Verdachtsmeldung nach Maßgabe von § 43 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 GwG auch von den Angehörigen der Vertrauensberufe unter Durchbrechung deren Verschwiegenheitspflicht zu erstatten ist.

Tatsächlich würden durch die Verordnung aber teils neue materiell-rechtliche Meldepflichten geschaffen. So sieht § 4 des Verordnungsentwurfs (VO-E) insoweit über § 43 Abs. 1 GwG hinausgehend vor, dass jede Ansässigkeit oder ein gleichermaßen ‚enger Bezug‘, sei er auf Seiten des Mandanten, der Gegenseite, eines wirtschaftlich Berechtigten, eines Geschäftsgegenstands oder eines eingesetzten Kontos zu Hochrisikostaat oder zu von der FATF gelisteten Staaten mit strategischen Mängeln die Meldepflicht auslösen. Das geht als solches über die in § 43 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 abschließend geregelten Verdachtsfälle hinaus.

§ 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG enthält bereits die Verpflichtung zur Abgabe einer Verdachtsmeldung in den dort beschriebenen Konstellationen. § 5 VO-E will in diesem Zusammenhang weitergehende Meldepflichten für Angehörige der rechtsberatenden Berufe schaffen. Materiell-rechtlich neu ist insbesondere die Meldepflicht, die unabhängig von jedem Geldwäscheverdacht begründet sein soll, wenn der Immobilienerwerb im Rahmen eines Treuhandverhältnisses abgewickelt werden soll (§ 5 Abs. 5), wenn das Treuhandverhältnis „keinen offensichtlichen wirtschaftlichen oder sonstigen rechtmäßigen Zweck“ hat. Damit verkehrt der Verordnungsentwurf für die rechtsberatenden Berufe die Systematik in § 43 Abs. 1 GwG um. Denn nach § 43 Abs. 1 GwG bedarf es zur Auslösung der Meldepflicht Tatsachen, die nach den dort abschließend genannten Konstellationen einen Geldwäscheverdacht begründen, während der Verordnungsentwurf bei Treuhandverhältnissen generell einen Geldwäscheverdacht unterstellt, es sei denn der Rechtsanwalt erkennt einen offensichtlich wirtschaftlichen oder sonst rechtmäßigen Zweck.

Entsprechendes gilt für die Formulierung in § 5 Abs. 4 GwG, wonach bei Kenntnis eines gegen den Mandanten oder gegen einen anderen Beteiligten geführten Strafermittlungsverfahrens bzw. bei Verurteilung nach § 261 Abs. 1 StGB eine Verdachtsmeldung zu erstatten ist, sofern ein Zusammenhang zwischen Tat und Erwerbsvorgang „nicht ausgeschlossen“ werden kann. Auch dies verkehrt die von einem Verdacht getragene Meldepflicht in § 43 Abs. 1 in eine Meldepflicht, bei der ein Verdacht nicht ausgeschlossen werden kann. Bedenken ergeben sich, soweit schlicht auf ein laufendes ‚Ermittlungsverfahren‘ abgestellt wird im Übrigen auch im Hinblick auf die Unschuldsvermutung.

2. Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt

Rechtsanwälte sind gesetzlich gem. § 43a Abs. 2 BRAO hinsichtlich allem, was ihnen in Ausübung ihres Berufs bekannt geworden ist, zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Verletzung dieser Pflicht ist sowohl berufsrechtlich (§ 113 Abs. 1 BRAO), als auch strafrechtlich (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sanktioniert. § 43 Abs. 1 GwG stellt grundsätzlich eine Durchbrechung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht dar, soweit der Rechtsanwalt zur Verdachtsmeldung verpflichtet ist. Durch die Ausnahme in § 43 Abs. 2 GwG, die den Rechtsanwalt in den dort beschriebenen Fällen von der Verpflichtung zur Verdachtsmeldung ausnimmt, besteht keine Durchbrechung mehr von der Schweigepflicht, so dass der Rechtsanwalt, soweit nicht die Rückausnahme in § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG greift, nicht nur zur Meldung nicht verpflichtet, sondern wegen der Verschwiegenheitspflicht hierzu nicht berechtigt ist. Schafft nun eine Verordnung weitergehende materiell-rechtliche Meldepflichten, als sie § 43 Abs. 1 GwG vorsieht und kann – wie zuvor dargestellt – zumindest in Zweifel gezogen werden, ob eine solche Verordnung von der gesetzlichen Verordnungsermächtigung gedeckt wäre, so ist im Hinblick auf den besonderen (strafbewehrten) Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt offen, was den Rechtsanwälten zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuraten wäre. Der Ordnungsgeber würde Kammern und andere Aufsichtsbehörden in eine missliche Situation zwingen und voraussichtlich auch neue Vorbehalte bei den Verpflichteten schaffen, wo gerade mit viel Einsatz versucht wird, Sensibilität, Akzeptanz und Bereitschaft zu erreichen.

Jede Einschränkung der anwaltlichen Verschwiegenheit muss zudem verfassungsrechtlich hohen Anforderungen genügen. Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen (BVerfG, Urt. v. 30.03.2004, Gz. 2 BvR 1520/01 und 2 BvR 1521/01, Tz. 100). Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant (BVerfG, ebd., Tz. 101). Voraussetzung wiederum dafür, dass Vertrauen entstehen kann, ist das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (BVerfG, ebd., Tz. 101). Insoweit bestehen mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie schon Bedenken, ob durch Rechtsverordnung, selbst soweit der Gesetzgeber den Ordnungsgeber hierzu ermächtigt hätte, neue materiell-rechtliche Tatbestände geschaffen werden können, die die anwaltliche Verschwiegenheit einschränken. Aber auch ungeachtet dessen bestehen im Hinblick auf die Regelungsbreite der im Entwurf vorliegenden Verordnung verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelungen, zumal Berufsgeheimnisträgern weitergehende Meldepflichten abverlangt werden sollen, als allen übrigen Verpflichteten.

3. Anwendungsbereich – Nähere Definition von „Erwerbsvorgang“

Sowohl die Gesetzesbegründung zu § 43 Abs. 6 GwG als auch die darin in Bezug genommene Nationale Risikoanalyse und die Erkenntnisse der FIU gehen von einer erhöhten Gefahr der Geldwäsche bei „Immobilientransaktionen“ bzw. im „Immobilien Sektor“ aus. Entsprechend formuliert auch das BMF in seiner Stellungnahme zum Verordnungsentwurf vom 26.05.2020. Das bedeutet, dass nicht jeder einzelne Erwerbsvorgang nach § 1 GrEstG spezifische Geldwäscherisiken aufwirft. Werden bei-

spielsweise bei einem Unternehmenskauf im Wege des Anteilskaufes (Sog. „Share Deal“) auch (Betriebs-)Grundstücke mitveräußert, obwohl der Unternehmensgegenstand nicht immobilienbezogen ist, so ist dies keine Transaktion im Immobilienbereich, auf die der Gesetzgeber aufgrund des Geldwäscherisikos ein besonderes Augenmerk richten wollte. Anders zu beurteilen ist dagegen der Verkauf von Gesellschaftsanteilen an einer Objektgesellschaft, deren Unternehmensgegenstand Erwerb und wirtschaftlicher Betrieb von Immobilien ist. Die Verordnung müsste entsprechend unter § 3 VO-E auch eine Definition von „Erwerbsvorgang“ enthalten, um diese Abweichung von der Definition nach § 1 GrEStG klarzustellen. Die Formulierung könne lauten:

§ 3 Nr. 2 VO-E: Erwerbsvorgang: Erwerbsvorgänge nach § 1 GrEStG; bei Vorgängen gemäß § 1 Abs. 2a bis 3a GrEStG jedoch nur, wenn der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft umfasst, Eigentum an Immobilien zu erwerben, zu halten, zu verwalten oder zu veräußern oder Anteile an solchen Gesellschaften zu erwerben, zu halten, zu verwalten oder zu veräußern.

Die Worte „nach § 1 GrEStG“ in derzeit § 3 Nr. 2 und 5 VO-E müssten entsprechend gestrichen werden.

4. Zu § 1 VO-E

Ein wesentlicher Aspekt der Meldepflicht findet sich lediglich in der Begründung zu § 1 VO-E und sollte in den Verordnungstext aufgenommen werden. Dort könnte in den § 1 VO-E als Satz 2 oder Absatz 2 der letzte Absatz von S. 12 eingefügt werden:

Der Umfang der im Hinblick auf die Meldepflicht einzuholenden Informationen richtet sich nach den Sorgfaltspflichten, die nach dem GwG und anderen Gesetzen bestehen. Darüber hinaus ergeben sich aus dieser Rechtsverordnung für die Verpflichteten keine eigenständigen Pflichten zur Ermittlung von Tatsachen, die eine Meldepflicht begründen könnten.

Besondere Bedeutung hätte diese Formulierung für die Klarstellung, dass ein Rechtsanwalt keine Verpflichtung hat, Tatsachen zu ermitteln, die die Gegenseite betreffen, und dass sich aus der Verordnung keine Verpflichtung ergibt zu ermitteln, ob die Voraussetzungen für eine Meldepflicht nach § 5 Abs. 4 VO-E vorliegen.

5. Rückausnahme des § 2 VO-E

Die Rückausnahme des § 2 VO-E ist uneindeutig formuliert und somit in der Praxis schwierig zu handhaben. Die in den §§ 4 bis 7 VO-E beschriebenen Sachverhalte bieten objektiv keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass ein Vermögensgegenstand aus einer strafbaren Handlung stammt. Ein Beweis, dass sich eine Person im Zusammenhang mit einem komplexen Erwerbsvorgang nicht strafbar gemacht hat, ist insbesondere dann schwierig zu erbringen, wenn die gesetzliche Regelung einzelnen Umständen dieses Erwerbsvorgangs einen grundsätzlichen Verdachtscharakter zuweist. Die Annahme, dass bestimmte - legale - Umstände grundsätzlich den Verdacht eines strafbaren Verhaltens begründen, welcher dann von den beteiligten Personen aktiv entkräftet werden muss, widerspricht der Unschuldsvermutung.

6. § 5 Abs. 5 VO-E

Nach § 5 Abs. 5 VO-E soll eine Meldepflicht bestehen, wenn der Erwerbsvorgang in einem groben Missverhältnis zu dem legalen Einkommen und Vermögen eines Veräußerers, Erwerbers oder wirtschaftlich Berechtigten steht.

Es bleibt trotz der Hinweise in der Begründung unklar, wann ein „grobes Missverhältnis“ vorliegt. Die Verwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten für den Rechtsanwender. Da die Meldepflicht eine Durchbrechung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht darstellt, bestehen gegen die Regelung aufgrund der Unbestimmtheit der Norm verfassungsrechtliche Bedenken. Zudem kann der Rechtsanwalt regelmäßig nicht beurteilen, ob das Einkommen oder Vermögen der genannten Personen legal erworben wurde. Hier fehlt ein subjektives Element im Sinne des Bekanntseins zur Einschränkung der Meldepflicht. Anders als etwa ortsansässige Immobilienmakler hat ein Rechtsanwalt in der Regel keine Marktübersicht.

Soweit sich der Entwurf auf eine Nachforschungspflicht zu Art und Zweck der Geschäftsbeziehung nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 GwG bezieht, ist dies nicht überzeugend. Denn eine solche Pflicht besteht nur, soweit sich die Informationen nicht schon aus der Geschäftsbeziehung selbst ergeben. Dies ist bei einem Beratungsmandat aber regelmäßig der Fall.

Die BRAK spricht sich daher dafür aus, § 5 Abs. 5 VO-E zu streichen.

7. Unklarheiten und Praktikabilitätsprobleme

- § 4 Abs. 1 und 2 VO-E stellen auf einen „engen Bezug“ zu bestimmten Ländern ab. Mit Recht fordert der Entwurf hier einen intensiveren Anknüpfungspunkt, als einen reinen Bezug. Indes lässt die Formulierung „enger Bezug“ als unbestimmter Rechtsbegriff Interpretationsräume zu, was insbesondere im Rahmen der Aufsicht und Ahndung von Verstößen zu Komplikationen und Diskussionen führen kann. Insoweit wären konkrete Fallgestaltungen wünschenswert.
- § 4 Abs. 1 und 3 VO-E verlangt von den Verpflichteten die Einsichtnahme in verschiedene Quellen. Das erscheint im Anwaltsalltag gerade für kleinere und mittlere Einheiten ohne ausgewiesene Compliance-Einheiten oder dgl. wenig praktikabel. Hier wäre eine entsprechende zusammenfassende Listung, etwa auf der Internetpräsenz der FIU, wünschenswert, die dann vom Verordnungsentwurf als maßgeblich in Bezug genommen werden könnte.
- Hinsichtlich der Verdachtsmeldepflicht im Zusammenhang mit Strafverfahren oder strafrechtlichen Verurteilungen erscheint es fernliegend, dass der (nicht im Strafverfahren eingebundene) Rechtsanwalt oder Angehörige eines anderen Vertrauensberufs Kenntnis von einem laufenden Strafverfahren oder einer entsprechenden Verurteilung haben wird, zumal mit zeitlichen Bezügen zur Verurteilung. Der Norm dürfte keine praktische Relevanz zukommen, so dass auf sie verzichtet werden kann, so dass eine übersichtlichere Verordnung auf größere Akzeptanz stoßen kann.
- Der Verweis auf Absatz 3 in § 7 Abs. 1 VO-E am Ende geht ins Leere. Vermutlich ist der letzte Satz des Absatzes 2 als Absatz 3 vorgesehen.