

Stellungnahme

des Bundesverbandes der
Unternehmensjuristen e.V.

durch die Fachgruppe
Berufsrecht

zum

**Referentenentwurf des
BMF betreffend die
Verordnung zu
meldepflichtigen
Sachverhalten im
Immobilienbereich
(Immobilien-Melde-VO)**

Juni 2020

Kontakt:
Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V.
Hauptstadtrepräsentanz
Friedrichstraße 94, 10117 Berlin
Leiterin:
Inga Vogt
0171-2044457, inga.vogt@buj.net

Federführende Fachgruppe: Berufsrecht

STELLUNGNAHME

ZUM REFERENTENENTWURF DES BMF BETREFFEND DIE VERORDNUNG ZU MELDEPFLICHTIGEN SACHVERHALTEN IM IMMOBILIENBEREICH (IMMOBILIEN-MELDE-VO).

INHALT

A. Zusammenfassung.....	2
B. Allgemeine Hinweise.....	4
Unverhältnismässiger Eingriff in die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht	4
Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz	5
Keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage	6
Mangelnde praktische Umsetzbarkeit.....	6
Mangelnde Harmonisierung mit den GwG-Pflichten	7
Keine Ausweitung der Prüf- und Dokumentationspflichten	8
Besondere Situation der Syndikusrechtsanwälte berücksichtigen.....	8
Bezug zur NationaleN Risikoanalyse herstellen	9
Meldepflichten nicht unnötig auf Private übertragen	9
C. Hinweise zu einzelnen meldepflichtigen Sachverhalten:	10
§ 4 Abs. 1 und 2 RVO: Bezug zu Hochrisikostaaten	10
§ 4 Abs. 3 RVO: Pflicht zur Sanktionslistenprüfung	10
§ 5 Abs. 1 und 2 RVO: Auffälligkeiten bei Beteiligten	11
§ 5 Abs. 4 GwG: Vorstrafen oder Ermittlungsverfahren.....	11
§ 5 Abs. 5 RVO: Auffällige Vermögensverhältnisse.....	11
§ 5 Abs. 6 RVO: Zwischenschaltung von Auslandsgesellschaften.....	12
§ 5 Abs. 7 RVO: grenzüberschreitende Steuergestaltungen	13
§ 7 Abs. 2: Nachlaufende Meldepflichten	13

A. ZUSAMMENFASSUNG

Als Interessenvertretung für Unternehmensjuristinnen und Unternehmensjuristen und insbesondere Syndikusrechtsanwältinnen und Syndikusrechtsanwälte kritisiert der BUJ den vorgelegten Entwurf in wesentlichen Punkten. Die geäußerte Kritik trifft jedoch nicht nur Syndikusrechtsanwältinnen und Syndikusrechtsanwälte, sondern alle Verpflichteten.

In der aktuellen Form und Fassung geht der vom BMF vorgelegte Referentenentwurf einer Immobilien-Melde-VO weit über die Ermächtigungsgrundlage (§ 43 Abs. 6 GwG) hinaus und ist im Hinblick auf den übergeordneten Gesetzeszweck der Geldwäschebekämpfung ungeeignet, nicht erforderlich und unangemessen, mithin in mehrfacher Hinsicht **verfassungswidrig**:

- Die geplante Immobilien-Melde-VO ist **ungeeignet**, weil sie neue zusätzliche Pflichten für den Syndikusrechtsanwalt schafft, der eine Katalogtätigkeit im Immobiliensektor ausübt, die nicht dem Risikopotenzial seiner Tätigkeit entsprechen und die er auch nicht erfüllen kann.
- Die geplante Immobilien-Melde-VO ist **nicht erforderlich**, weil dem Staat die für die Geldwäschebekämpfung notwendigen Informationen bereits zur Verfügung stehen.
- Die geplante Immobilien-Melde-VO greift **unverhältnismäßig** in die berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und damit in Rechte der Mandanten und Verpflichteten gleichermaßen ein.
- Darüber hinaus ist sie in weiten Teilen so **unbestimmt**, dass nicht auch nur einigermaßen verlässlich vorherzusagen ist, ob ein Sachverhalt tatsächlich meldepflichtig ist. Paradebeispiel hierfür ist die Meldepflicht auf der Basis des § 138d AO (grenzüberschreitende Sachverhalte), der ohne ausgedehntes Expertenwissen im Steuerrecht ohnehin nicht verständlich ist.

In summa steht die geplante Immobilien-Melde-VO in wesentlichen Teilen nach **Inhalt, Zweck und Ausmaß** nicht im Einklang mit den Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigung in § 43 Abs. 6 GwG, die von „stets“ meldepflichtigen Sachverhalten iSd. § 43 Abs. 1 GwG und damit von einfach und klar als Verdachtsfall einzustufenden Umständen ausgeht. Tatsächlich senkt die Melde-VO die bereits heute auf niedriger Schwelle angesiedelte Verdachtsmeldepflicht weiter ab, was ebenfalls nicht von der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt ist. Dazu listet sie eine Vielzahl von Sachverhalten, die zwar abstrakt betrachtet als Anhaltspunkte für Geldwäsche bzw. Terrorismusfinanzierung im Sinne der FIU-Typologien gelten, die jedoch weder zwingend noch für alle Fälle eine Verdachtsmeldepflicht auslösen. Unter Bezug auf die Listen der Hochrisikostaaaten der EU und FATF unterwirft die VO reine Risikosachverhalte einer Geldwäscheverdachtsmeldepflicht. Fragwürdig ist dies auch, weil damit ohne besonderen Anlass eine Diskriminierung (**Generalverdacht**) der an einem Immobiliengeschäft Beteiligten aus diesen Staaten wegen ihrer Herkunft einhergeht.

Ungeachtet dieser Punkte ist die VO in der Fassung des Referentenentwurfs **für die Praxis untauglich**. Die übermäßige Zahl und Komplexität der meldepflichtigen Sachverhalte werden zu einer weiteren Verunsicherung der Verpflichteten führen. Die in § 2 der VO formulierte Ausnahme von der Meldepflicht orientiert sich nicht an der bisherigen Terminologie und Systematik und setzt so hohe Anforderungen, dass sie in der Praxis keine Bedeutung haben wird (**Placebo-Vorschrift**). Fragwürdig ist aus unserer Sicht die versteckte Inbezugnahme von Immobilientransaktionen im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Vorgänge iSd. § 1 Abs. 2a und 3 GrunderwerbStG, die in der Melde-VO nicht ausdrücklich Erwähnung finden, aber ohne Einschränkung entsprechende Meldepflichten auslösen.

Generell liegt der Immobilien-Melde-VO eine **mangelnde Harmonisierung mit den GwG-Sorgfaltspflichten** zugrunde. Um ihre Meldepflichten nach der VO zu erfüllen, müssten die Verpflichteten Recherchen und Informationsbeschaffung in einem Ausmaß durchführen, das weit über ihre Prüf- und Identifizierungsmaßnahmen nach dem GwG hinausgeht und einen gegenüber den GwG-Pflichten erheblich erweiterten Personenkreis betrifft. Die damit einhergehende Ausdehnung der geldwäscherechtlichen Pflichten ist von der Ermächtigung des § 43 Abs. 6 GwG ebenfalls nicht gedeckt. Sie steht auch im Widerspruch zu datenschutzrechtlichen Belangen der von solchen Maßnahmen Betroffenen, also die an dem Erwerbsvorgang beteiligten Personen.

Der BUJ als Interessensvertreter der **Syndikusrechtsanwälte** konstatiert, dass deren spezifische Situation **weder im GwG noch in der Immobilien-Melde-VO ausreichend berücksichtigt** wird. Geldwäscherechtliche Pflichten der Syndikusrechtsanwälte beziehen sich ausschließlich auf ihren Arbeitgeber als einzigen Vertragspartner (Mandaten). Von den Sorgfaltspflichten sind sie gemäß § 10 Abs. 8a GwG befreit. Sie werden daher von wenigen Evidenzfällen abgesehen praktisch nie in der Lage sein, Sachverhalte der VO zur Meldung zu bringen, die sich auf die Ergebnisse der Kundensorgfaltspflichten stützen, wie sie etwa Kreditinstitute im Finanzsektor vorliegen. Syndikusrechtsanwälte führen auch keine Sanktionslistenscreenings in Bezug auf Geschäftspartner ihrer Arbeitgeber durch. Wegen der überschießenden Wortlaute der Melde-VO und mit dem Ziel der Rechtssicherheit halten wir daher eine **doppelte Klarstellung** für erforderlich:

- Zum einen kann die Meldepflicht der Immobilien-Melde-VO nur bei Kenntnis der Umstände entstehen, die einen meldepflichtigen Sachverhalt darstellen.
- Zum anderen muss in der VO explizit klargestellt werden, dass über den Umfang der im GwG einschlägigen, geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten hinaus für die Verpflichteten keine Prüf- oder Informationspflichten entstehen.

Fazit:

Der Bundesverband der Unternehmensjuristen eV. lehnt den vorgelegten Entwurf ab. Anstatt die Verpflichteten mit der Abklärung komplexer Fragen zu den Verhältnissen Dritter allein zu lassen, sollte der Gesetzgeber ausgehend von den Ergebnissen der Nationalen Risikoanalyse ausgewählte, klare und öffentlich als riskant oder auffällig bekannte Sachverhalte ausformulieren, die stets an die FIU zu melden sind.

Genau genommen würde dazu ein Formblatt mit den entsprechenden Informationen ausreichen, dem ggf. Kopien der zum Nachweis erforderlichen Dokumente angehängt werden könnten. Diese Dokumentation könnte dann von den Verpflichteten an die Finanzämter oder andere staatliche Stellen übermittelt werden, die sie dann auf eventuelle Verdachtsmomente überprüfen könnten, wie es verfassungsgemäß vorgesehen ist.

B. ALLGEMEINE HINWEISE

UNVERHÄLTNISMÄSSIGER EINGRIFF IN DIE ANWÄLTISCHE VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT

In der jetzigen Fassung stellt die Melde-VO einen erheblichen, direkten, unverhältnismäßigen und daher letztlich verfassungswidrigen Eingriff in die berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten der betroffenen Berufsträger dar, soweit ein am Erwerbsvorgang Beteiligter von diesem eine rechtliche Beratung bzw. berufsrechtliche Leistung in Bezug auf den Erwerbsvorgang in Anspruch nimmt. Dabei handelt es sich um verfassungsrechtlich garantierte Rechte, die auf dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mandanten der Berufsträger beruhen. Mit der vorliegenden Fassung der Immobilien-Melde-VO wird die Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwälte nicht einfach eingeschränkt, sie wird bei Vorliegen eines meldepflichtigen Sachverhalts komplett aufgehoben. Aus der Vertraulichkeitsregelung zugunsten des Mandanten wird so eine Meldepflicht gegenüber staatlichen Institutionen zu Lasten des Mandanten (§ 47 GwG, Tipping Off). Es spielt dabei keine Rolle, ob im konkreten Fall tatsächlich Verdachtsmomente vorliegen oder gegen wen und welche rechtsberatende oder andere Funktion der Verpflichtete Berufsträger insoweit einnimmt. Die ebenfalls verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gegenüber dem Staat und seinen Institutionen zum Schutz des Mandatsverhältnisses wird durch die Melde-VO ins Gegenteil verkehrt. Dieser Eingriff ist verfassungsrechtlich durch nichts gerechtfertigt. Allein der Wunsch der Verwaltung nach einer höheren Anzahl von Verdachtsmeldungen aus bestimmten Sektoren, kann einen so weitreichenden Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierten Rechte der Mandanten und Anwälte nicht rechtfertigen. Dies ungeachtet der Tatsache, dass im Immobiliensektor allgemein und abstrakt betrachtet höhere Risiken vermutet werden als in anderen Sektoren.

Die in § 5 Abs. 4 Satz 4 der Immobilien-Melde-VO formulierte Ausnahme von der Meldepflicht bezieht sich nur auf den Sachverhalt des § 5 Abs. 4 der VO und ist generell zu eng formuliert. Die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts greift eben nicht nur, wenn im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungen oder Strafverfahren oder wenn er in diesem Zusammenhang mitwirkende Person iSd. § 203 StGB ist. Zur Klarstellung und zur

Vermeidung eines verfassungswidrigen Zustands muss daher in der VO klargestellt werden, dass zusätzlich zu den in der VO selbst vorgesehenen Ausnahmen von der Meldepflicht, weiterhin die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GwG uneingeschränkt Geltung haben. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur Geldwäsche nach § 261 StGB durch Annahme eines Verteidigerhonorars beim Strafverteidiger muss man folgern, dass ein meldepflichtiger Verdacht nur vorliegen kann, sofern der Berufsträger weiß oder zumindest leichtfertig verkennt, dass ein Vorgang der Geldwäsche dient.

VERSTOß GEGEN DEN BESTIMMTHEITSGRUNDSATZ

Die Immobilien-Melde-VO ist darüber hinaus wegen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz als verfassungswidrig anzusehen. Während man ausgehend von der Absatznummerierung von formal etwa 13 meldepflichtigen Sachverhalten ausgehen kann, sind es unter Berücksichtigung der in den Vorschriften erwähnten Tatbestandsalternativen, Varianten und ähnlichen Konstellationen schon weit über 50 Sachverhaltsgestaltungen und Varianten. Bei weiterer Betrachtung der Offenheit praktisch jedes dieser Tatbestände durch die Verwendung nur beispielhafter Aufzählungen oder unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. „gleichermaßen enger Bezug“) sowie der Erstreckung auf einen weit über den nach GwG im Rahmen der Sorgfaltspflichten relevanten Personenkreis erstreckt sich die Immobilien-Melde-VO tatsächlich auf eine nicht mehr überschaubare, unbestimmte Art und Zahl offener, interpretationsfähiger Sachverhalte, die umfangreiche Recherchen, Prüfungen und komplexe Bewertungen erfordern, aber „stets“ meldepflichtig sein sollen. Paradebeispiel hierfür ist die Einbeziehung der steuerrechtlichen Regelung des § 138d AO (grenzüberschreitende Sachverhalte), die selbst von erfahrenen Praktikern kaum auf Anhieb verstanden werden dürfte. Auch unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität ist diese Anhäufung und Komplexität meldepflichtiger Sachverhalte von den Verpflichteten nicht zu bewältigen. Dabei muss auch die im Gegensatz zum Finanzsektor vollkommen andere Struktur und Ausstattung der Verpflichteten berücksichtigt werden.

Zu beachten ist dabei, dass die in der VO geregelten Sachverhalte nicht stets in einer Weise auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung hindeuten, die eine Meldepflicht auslösen würde. Dies wird schon durch den Text der VO selbst widerlegt, der an vielen Stellen klar macht, dass die genannten Umstände Zeichen für Geldwäsche sein können, ohne dass dies zwingend oder auch nur überwiegend wahrscheinlich ist. Zwar wird man regelmäßig nicht ausschließen können, dass Auffälligkeiten der genannten Art im Zusammenhang mit dem Versuch stehen können, kriminelle Machenschaften oder die Verbindung zu früheren kriminellen Vorgängen zu verbergen. Allein die Geeignetheit eines Vorgangs für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung begründet aber keinen Verdacht und daher auch keine Meldepflicht. Gerade mit Blick auf die Unschuldsvermutung spricht wenig für eine generelle Meldepflicht auf Basis der in der VO enthaltenen, allgemeinen Sachverhalte.

KEINE AUSREICHENDE ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE

Die Immobilien-Melde-VO soll dem Ziel dienen, Sachverhalte bei Erwerbsvorgängen nach § 1 GrunderwerbStG zu benennen, bei deren Vorliegen bestimmte GwG-Verpflichtete Meldepflichten nach § 43 Abs. 1 GwG haben.¹ Diese müssen also „stets“ die notwendige Meldeschwelle des § 43 Abs. 1 GwG erreichen, in anderen Worten, einen Verdachtsfall darstellen. Die VO soll die Verdachtsmeldeschwelle konkretisieren, nicht neu definieren oder herabsetzen. Tatsächlich enthält der VO-Entwurf überwiegend Sachverhalte, die bisher auf Ebene der FIU-Typologiepapiere als Anhaltspunkte für (mögliche) Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung gesehen werden. Deren Vorliegen löst nicht automatisch eine Verdachtsmeldepflicht aus. Deutlich wird dies zum Beispiel bei den Meldepflichten nach § 4 Abs. 1 und 2 Immobilien-Melde-VO. Hier wird allein der Bezug zu dem von der EU oder FATF behaupteten Risiko eines bestimmten Staates zum Anlass für die Verdachtsmeldung gemacht, ohne dass es auf einen Verdacht ankommt. Indem die Immobilien-Melde-VO diese Sachverhalte „stets“ meldepflichtig macht, senkt sie die ohnehin schon niedrige Verdachtsmeldeschwelle noch weiter ab, tief in den Bereich rein abstrakter, vom Einzelfall losgelöster Risikobetrachtungen. Die Verpflichteten sind zur Berücksichtigung von Risiken im Rahmen der Risikoanalyse (§ 5 GwG) verpflichtet und haben ggf. die Pflicht, zusätzliche, verstärkte Sorgfaltspflichten gemäß § 15 GwG gegenüber ihrem Vertragspartner durchzuführen. Es gibt aber keinen Grundsatz, wonach Sachverhalte meldepflichtig wären, (allein) weil sie erhöhte Risiken beinhalten. Eine entsprechende Absenkung der Meldeschwelle ist von der Ermächtigung in § 43 Abs. 6 GwG nicht gedeckt und damit auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten (fehlende Rechtsgrundlage für in der Meldung liegende Verarbeitung der Daten durch die Verpflichteten) unzulässig. Fragwürdig ist die Einstufung von Risikosachverhalten als Geldwäsche-Verdachtsfall auch, weil damit ohne besonderen Anlass eine Diskriminierung der an dem Immobiliengeschäft Beteiligten wegen ihrer Herkunft einhergeht.

MANGELNDE PRAKTISCHE UMSETZBARKEIT

Ungeachtet der zuvor genannten Punkte ist die VO in der Fassung des Referentenentwurfs für die Praxis untauglich. Die bereits erwähnte übermäßige Zahl und Komplexität der meldepflichtigen Sachverhalte werden zu einer weiteren Verunsicherung der Verpflichteten führen.

Dazu trägt auch die in § 2 Immobilien-Melde-VO geregelte Ausnahme von der Meldepflicht bei. Der Wortlaut der Ausnahmegvorschrift erscheint strikt („ist nicht zu melden“), was im Sinne eines Verbots der Meldung entgegen der Regelung in § 48 GwG (miss-) verstanden werden könnte. Darüber hinaus ist die Schwelle für eine Ausnahme von der Meldepflicht viel zu hoch angesiedelt. Wenn die Meldepflicht vielfach bereits bei Tatsachen eintritt, die nur auf das Vorliegen bestimmter Sachverhalte hindeuten (siehe z.B. § 5 Abs. 2 und Abs. 3 Melde-VO), dann ist die Forderung nach Tatsachen, die diese entkräften, eindeutig zu

¹ Referentenentwurf der Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien vom 20.5.2020, S. 1, Ziffer A

weitgehend. Es entsteht dann der Eindruck, dass der Verpflichtete eine in der Verordnung nicht enthaltene Vermutung der Meldepflicht widerlegen müsste. In der jetzigen Fassung ist daher zu erwarten, dass die Ausnahmenvorschrift ein Placebo ohne ernsthaften Anwendungsbereich bleibt. Tatsächlich ist die Frage der Meldepflicht stets eine Gesamtschau von wenig konkreten Umständen, die vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Verpflichteten, aber in der Mehrzahl der Fälle weit unterhalb der strafprozessualen Eingriffsschwellen stattfindet. Sinnvoll wäre daher – neben einem zwingenden Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 43 Abs. 2 GwG – ein Hinweis auf den den Verpflichteten schon bisher zugestandenen (wenn auch minimalen) subjektiven Beurteilungsspielraum im Rahmen der Verdachtsmeldepflicht. Dies sollte in der bisher gebräuchlichen Terminologie erfolgen, um Missverständnisse zu vermeiden.

Erhebliche Probleme ergeben sich auch mit Blick auf die in § 1 GrunderwerbStG versteckten Immobilientransaktionen im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Vorgänge iSd. § 1 Abs. 2a und 3 GrunderwerbStG. Insoweit kann nicht erwartet werden, dass jedem der in § 2 Abs. 1 Nr. 10 und 12 GwG genannten Berufsträger gleichermaßen bewusst sein wird, dass diese neuerdings nicht nur eine Steuerpflicht, sondern ggf. auch eine (verdachtsunabhängige) Verdachtsmeldepflicht auslösen, ohne dass dies ausdrücklich in der Melde-VO anklingt.

MANGELNDE HARMONISIERUNG MIT DEN GWG-PFLICHTEN

Die Verdachtsmeldepflichten auf der Basis der Immobilien-Melde-VO entstehen fast durchweg bei Auffälligkeiten in Bezug auf den als „Beteiligte am Erwerbsvorgang“ in § 3 Nr. 2 Immobilien-Melde-VO definierten Personenkreis. Dieser umfasst neben dem Vertragspartner des Verpflichteten, den (ggf. vom Vertragspartner abweichenden) Erwerber und Veräußerer im Rahmen einer Immobilientransaktion, sowie darüber hinaus die für sie auftretenden Personen und ihre wirtschaftlich Berechtigten iSd. § 3 GwG. Verpflichtete haben aber geldwäscherechtliche Sorgfaltspflichten nur in Bezug auf ihren Vertragspartner (Mandaten), die für diesen auftretenden Personen und dessen wirtschaftlich Berechtigte. Die Verhältnisse anderer Beteiligter werden ihnen daher in aller Regel gar nicht bekannt sein. Von Fällen abgesehen, in denen sie zufällig Kenntnis der die Meldepflicht begründenden Umstände in Bezug auf andere am Erwerbsvorgang Beteiligte erhalten oder diese aus anderen Gründen offensichtlich sind, kann man daher mangels Kenntnis keine Verdachtsmeldung erwarten. Die Immobilien-VO sollte dies klarstellen, indem die Meldepflicht ausdrücklich an die Kenntnis der meldepflichtigen Umstände geknüpft wird. Dass Verpflichtete iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG überhaupt nur geldwäscherechtliche Pflichten inklusive der Meldepflicht haben, wenn das betreffende Immobiliengeschäft ein Kataloggeschäft iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG darstellt und sie daran mitwirken, sollte keiner weiteren Erwähnung bedürfen.

KEINE AUSWEITUNG DER PRÜF- UND DOKUMENTATIONSPFLICHTEN

Laut Begründung der Immobilien-Melde-VO legt diese ausgehend von der Ermächtigung in § 43 Abs. 6 GwG Sachverhalte fest, die von den Verpflichteten stets zu melden sind. Der Umfang der im Hinblick auf die Meldepflicht einzuholenden Information entspricht dem Umfang nach dem GwG. Darüber hinaus sollen sich für die Verpflichteten aufgrund der Melde-VO keine eigenständigen Pflichten zur Ermittlung von Tatsachen ergeben, die eine Meldepflicht begründen können.² Die Materialien zur VO sind aber insoweit inkonsequent, als sie an anderer Stelle davon ausgehen, dass Verpflichtete etwa aus den Konto- und Überweisungsbelegen ersehen sollen, ob eine Überweisung von einem Dritten oder aus einem Hochrisikostaat erfolgt.³ Das geht über die Prüfpflichten des GwG weit hinaus. Generell enthält die Melde-VO eine hohe Zahl von Sachverhalten, die weit über die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten der §§ 10 – 15 GwG hinaus gehen. Die VO verkennt damit nicht nur den Umfang der Sorgfaltspflichten, sondern auch die technischen Möglichkeiten der Verpflichteten im Nicht-Finanzsektor. Bei Syndikusrechtsanwälten (siehe dazu unten) kommt noch hinzu, dass sie nach § 10 Abs. 8a GwG nicht zur Durchführung der Sorgfaltspflichten⁴ und im Übrigen nicht zur Durchführung von Sanktionslistenscreenings im Sinne des § 4 Abs. 3 Immobilien-Melde-VO verpflichtet sind. Entsprechende Meldepflichten können sie daher gar nicht erfüllen. Sollen die finanziellen Belastungen der Wirtschaft durch die Pflichten der Immobilien-Melde-VO in dem vom BMF mit wiederkehrend jährlich ca. 28.528,50 Euro auf der Basis von geschätzt 3000 zusätzlichen Meldungen pro Jahr bleiben, ist es essentiell, eine Klarstellung in die Immobilien-Melde-VO selbst aufzunehmen und die Auslegung dieser Frage nach dem Umfang der Sorgfaltspflichten zur Erfüllung der Pflichten nach der Melde-VO nicht einer Vielzahl von Aufsichtsbehörden zu überlassen.

BESONDERE SITUATION DER SYNDIKUSRECHTSANWÄLTE BERÜCKSICHTIGEN

Mit Blick auf die spezifische Situation der Syndikusrechtsanwälte bleibt zu konstatieren, dass diese weder im GwG noch in der Immobilien-Melde-VO ausreichend berücksichtigt wird. Geldwäscherechtliche Pflichten der Syndikusrechtsanwälte beziehen sich ausschließlich auf ihren Arbeitgeber als einzigen Vertragspartner (Mandaten). Von den Sorgfaltspflichten sind sie gemäß § 10 Abs. 8a GwG befreit. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist es dem Arbeitgeber regelmäßig verwehrt, dem Syndikusrechtsanwalt Zugang zu den Ergebnissen geldwäscherechtlicher Identifizierungen zu gewähren, die der Arbeitgeber in Bezug auf seine Vertragspartner – Dritte aus Sicht des Syndikusrechtsanwalts – durchführen sollte, die an der relevanten Immobilientransaktion beteiligt sind. Syndikusrechtsanwälte werden daher von wenigen Evidenzfällen abgesehen praktisch nie in der Lage sein, Sachverhalte der VO zur Meldung zu bringen, die sich auf die persönlichen Verhältnisse der an einer Immobilientransaktion Beteiligten beziehen. Syndikusrechtsanwälte

² Referentenentwurf der Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien vom 20.5.2020, S. 12, Zz § 1

³ Referentenentwurf der Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien vom 20.5.2020, z.B. S. 19 zu Nr. 1 lit c)

⁴ Sofern der Arbeitgeber Verpflichteter iSd. § 2 Abs. 1 GwG ist

führen auch keine Sanktionslistenscreenings in Bezug auf Geschäftspartner ihrer Arbeitgeber durch, wie es § 4 Abs. 3 Melde-VO zu verlangen scheint. Wegen der überschießenden Wortlaute der Melde-VO und mit dem Ziel der Rechtssicherheit halten wir daher eine doppelte Klarstellung für erforderlich. Zum einen kann die Meldepflicht der Immobilien-Melde-VO nur bei Kenntnis der Umstände entstehen, die einen meldepflichtigen Sachverhalt darstellen. Darüber hinaus muss jeder Zweifel daran unterbunden werden, dass über den Umfang der im GwG einschlägigen, geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten hinaus für die Verpflichteten keine Prüf- oder Informationspflichten entstehen.

BEZUG ZUR NATIONALEN RISIKOANALYSE HERSTELLEN

Anstatt die Verpflichteten mit der Abklärung komplexer Fragen zu den Verhältnissen Dritter allein zu lassen, sollte der Gesetzgeber ausgehend von den Ergebnissen der Nationalen Risikoanalyse ausgewählte, klare und öffentlich als riskant oder auffällig bekannte Sachverhalte ausformulieren, die stets an die FIU zu melden sind. Die nationale Risikoanalyse hatte für den Immobiliensektor festgestellt, dass im Wesentlichen zwei Konstellationen als besonders riskant angesehen werden: Zum einen, wenn die wirtschaftliche Berechtigung an einer Immobilie und das formale Eigentum an derselben Immobilie auseinanderfallen, wie dies z.B. im Rahmen von Treuhand- oder Strohmannengeschäften der Fall ist. Des Weiteren wenn im Rahmen von Share Deals verschachtelte Gesellschaftskonstruktionen dazu genutzt werden, die Eigentumsverhältnisse zu verschleiern, insbesondere im Zusammenspiel mit sogenannten Briefkastenfirmen im Ausland. Sinnvoll wäre es, sich zunächst auf diese Fälle von nationaler Bedeutung zu konzentrieren und in Abstimmung mit den LKAs und der FIU einige wenige, klare Sachverhalte oder objektive Anknüpfungspunkte herauszuarbeiten, die auffällig sind und mit hoher Wahrscheinlichkeit der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung dienen.

MELDEPFLICHTEN NICHT UNNÖTIG AUF PRIVATE ÜBERTRAGEN

Staatliche Behörden bzw. staatlich beauftragte Personen sind bei Immobilientransaktion an vielen Stellen involviert. Bevor Rechtsanwälte, Steuerberater und andere Private zur Erfüllung staatlicher Ziele herangezogen werden, ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob nicht eben diese staatlichen Stellen aus den ihnen ohnehin vorliegenden Informationen bzw. leicht zusätzlich zu übermittelnden Daten eine eigene geldwäscherechtliche Prüfung der Immobilientransaktion anstellen können. Notare zeigen Immobilientransaktionen ohnehin dem zuständigen Finanzamt an (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GrEStG), wodurch es umfangreiche Informationen erhält (§ 20 Abs. 1 GrEStG). Es wäre ein Leichtes, dies durch die Information zum wirtschaftlich Berechtigten zu erweitern (§ 3 GwG), die der Notar sich nunmehr gemäß § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG iVm. § 11 Abs. 5a GwG vorlegen lassen muss.

Das Finanzamt als staatliche Behörde wäre dementsprechend leicht in der Lage, etwa einen Bezug zu Risikostaaten oder Sanktionslisten oder Auffälligkeiten im Zusammenhang mit den beteiligten Personen oder dem wirtschaftlich Berechtigten selbst zu erkennen. Entsprechend erhalten etwa die Gutachterausschüsse (§192 ff. BauGB) durch die Notare Kopien der abgeschlossenen Kaufverträge. Auch diese könnten daher etwaige Auffälligkeiten im Zusammenhang mit dem Preis oder einer Kauf- oder Zahlungsmodalität erkennen.

Genau genommen würde es daher ausreichen, wenn die Beteiligten einer Immobilientransaktion anhand eines Formblatts entsprechende Informationen und Nachweise vorlegen, die die Verpflichteten ggf. an die zuständigen Behörden zur Prüfung weiterleiten, wo eine sinnvolle Verdachtsprüfung stattfinden könnte und sollte. Damit würde auch ein Schritt weg von der einseitigen Fixierung auf die reine Zahl der Verdachtsmeldungen hin zu einem eher qualitativ am Grad der Auffälligkeit von Vorgängen orientiertes System der Geldwäschebekämpfung möglich. Denn es erscheint mehr als fragwürdig, wenn Presseberichten zufolge auch im dritten Jahr nach der Schaffung noch immer nicht effizient arbeitendes öffentliches Verdachtsmeldewesen sich zum Ziel setzt, vermittels einer Rechtsverordnung noch zusätzlich tausende Meldungen zu generieren.

C. HINWEISE ZU EINZELNEN MELDEPFLICHTIGEN SACHVERHALTEN:

Aufgrund der Vielzahl und Komplexität der meldepflichtigen Sachverhalte ist es nicht möglich, hier auf jeden und jeden relevanten Aspekt jedes Sachverhalts einzugehen. Die folgenden Ausführungen dienen zur Verdeutlichung der im ersten Teil aufgeführten allgemeinen Hinweise.

§ 4 ABS. 1 UND 2 RVO: BEZUG ZU HOCHRISIKOSTAATEN

Nach der VO sollen Immobilientransaktionen mit engem Bezug zu bestimmten Hochrisikostaat gemäß den Listen der EU bzw. der FATF meldepflichtig sein. Auch insoweit geht die Immobilien-Melde-VO deutlich über den Umfang der Sorgfaltspflichten nach GwG hinaus, weil der Personenkreis und die Tatbestände erheblich erweitert werden, aus denen sich ein solcher Bezug ergeben soll. Insbesondere in Bezug auf den wirtschaftlich Berechtigten wird man die Ansässigkeit oft nicht beurteilen können, da seine Wohnanschrift nicht zwingend erhoben werden muss (§ 11 Abs. 5 Satz 3 GwG).

Unklar ist des Weiteren worin ein „gleichermaßen enger Bezug“ zu einem Hochrisikostaat liegen soll. Dieser müsste als der Ansässigkeit in einem solchen Staat gleichkommen. Die Staatsangehörigkeit oder regelmäßige Aufenthalte in einem Land können entgegen den Materialien zur Melde-VO nicht als gleichwertig angesehen werden. Anderenfalls wären Geschäfte z.B. eines in Deutschland ansässigen Flüchtlings aus dem Iran, Irak oder Afghanistan genauso riskant anzusehen wie die Geschäfte seines im Hochrisikoland ansässigen Landsmanns.

Unverständlich ist, warum § 4 Abs. 4 der VO vorsieht, dass die FIU eine Liste mit nur einem Teil der Hochrisikostaat veröffentlichen wird. Im Sinne der Effektivität der Geldwäschebekämpfung wäre es geradezu fahrlässig darauf zu vertrauen, dass tausende von Verpflichteten sich stets individuell aus dem EU-Amtsblatt über das Inkrafttreten von Änderungen der EU-Liste informieren, während die FATF Informationen bequem auf ihrer Homepage abrufbar hält (wenn auch nicht auf Deutsch).

§ 4 ABS. 3 RVO: PFLICHT ZUR SANKTIONSLISTENPRÜFUNG

Mit diesem Tatbestand geht die VO erneut über den Umfang der GwG-Sorgfaltspflichten hinaus. Meldepflichtig sind danach Sachverhalte, bei denen ein am Erwerbsvorgang Beteiligter oder ein wirtschaftlich Berechtigter in einer EU-Sanktionsliste oder einer deutschen Allgemeinverfügung nach dem Außenwirtschaftsgesetz aufgeführt ist. Diese Meldepflicht setzt gedanklich voraus, dass eine Pflicht zur

Durchführung entsprechender Sanktionslistenscreenings besteht. Das GwG enthält eine solche Pflicht nicht, jedenfalls nicht in Bezug auf alle in § 3 Nr. 2 der VO definierten Personen. Ein „Treffer“ auf einer Sanktionsliste führt auch nicht automatisch zu einer Verdachtsmeldung wegen GW/ TF. Dies wäre nur der Fall, wenn es sich um eine spezifische Terrorismuswarnliste handelt, nicht aber bei allgemeinen wirtschaftlichen Sanktionen der EU, die ganz andere Hintergründe als Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung haben können. Syndikusrechtsanwälte führen keine Sanktionslistenscreenings in Bezug auf Geschäftspartner ihres Arbeitgebers durch und sind dazu auch nicht verpflichtet.

§ 5 ABS. 1 UND 2 RVO: AUFFÄLLIGKEITEN BEI BETEILIGTEN

Meldepflichtig sind Immobilientransaktionen mit Auffälligkeiten in Bezug auf die beteiligten Personen oder wirtschaftlich Berechtigten. Meldepflicht soll demnach sein, wenn ein am Erwerbsvorgang Beteiligter seiner Mitwirkungspflicht nach § 11 Abs. 6 Satz 3 und 4 GwG zur Offenlegung und Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten nicht nachkommt, § 5 Abs. 1 RVO. Zum einen ist nicht erkennbar, wieso insoweit ein Regelungsbedarf besteht; die Verletzung dieser Pflicht ist bereits heute explizit meldepflichtig für alle Verpflichteten in allen Sektoren und Bereichen, § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG. Hinzu kommt, dass die Mitwirkungspflicht nur gegenüber dem Verpflichteten besteht, der Vertragspartner des betreffenden Beteiligten ist. Die Meldepflicht kann sich daher nur auf die Verletzung der Mitwirkungspflicht durch diesen beziehen.

§ 5 ABS. 4 GWG: VORSTRAFEN ODER ERMITTLUNGSVERFAHREN

Meldepflichtig sollen des Weiteren Immobilientransaktionen sein, wenn aktuell gegen eine beteiligte Person oder einen wirtschaftlich Berechtigten ermittelt wird, ein Strafverfahren durchgeführt wird oder er in den letzten fünf Jahren verurteilt wurde. Erneut bezieht sich die Pflicht auf einen Personenkreis, der weit über den hinausgeht, der Gegenstand der geldwäscherechtl. Sorgfaltspflichten eines Verpflichteten ist. Informationen über Ermittlungen, Verfahren oder Verurteilungen sind nicht Gegenstand der Sorgfaltspflichten und im Übrigen regelmäßig nicht öffentlich zugänglich. Von Fällen rein zufälliger Kenntnis abgesehen, wird sich daher aus diesem Tatbestand keine relevante Menge an Meldefällen ergeben. Im Übrigen wird man unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Diskriminierungen eine Meldung nicht schon dann in Betracht ziehen dürfen, wenn ein Zusammenhang zwischen der betreffenden Tat und dem Gegenstand der Immobilientransaktion nicht ausgeschlossen werden kann. Denn dies wird der Verpflichtete praktisch nie können. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit bedarf es vielmehr positiver Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher Zusammenhang besteht.

§ 5 ABS. 5 RVO: AUFFÄLLIGE VERMÖGENSVERHÄLTNISSE

Meldepflichtig ist des Weiteren, wenn der Erwerbsvorgang in einem groben Missverhältnis zu dem legalen Einkommen und Vermögen des Veräußerers, Erwerbers oder wirtschaftlich Berechtigten steht. Auch dies ist mindestens missverständlich, wenn nicht falsch formuliert. Die Pflicht zur Prüfung der

Vermögensverhältnisse des Vertragspartners und ggf. der wirtschaftlich Berechtigten des Vertragspartners entsteht nur unter ganz bestimmten, eng definierten Voraussetzungen (§ 15 GwG). Liegen diese nicht vor, wird der Verpflichtete im Regelfall keine ausreichende Kenntnis von der Vermögenssituation haben, um die Voraussetzungen der Meldepflicht zu beurteilen. In Bezug auf andere Personen insbesondere die auftretenden Personen oder andere Beteiligte als den Vertragspartner hat der Verpflichtete schon gar keine Pflicht zur Prüfung der Vermögensverhältnisse. Insoweit kann sich eine Meldepflicht nach § 5 Abs. 5 RVO allenfalls in Fällen evidenter (offensichtlicher) Abweichung der Vermögensverhältnisse von den im Rahmen der Immobilientransaktion eingesetzten Vermögenswerten ergeben. Auf das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten abzustellen ist dabei in mehrfacher Hinsicht problematisch: dieser hat keine vertragliche Beziehung zum Verpflichteten, er hat keine Mitwirkungspflichten im Rahmen der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten und sein Vermögen ist nicht Gegenstand der Immobilientransaktion! Die wirtschaftliche Berechtigung im Sinne des § 3 GwG über einen Beteiligten gibt ihm keine rechtliche oder tatsächliche Kontrolle über den Gegenstand der Immobilientransaktion. Erbt eine Privatperson ohne weiteres eigenes Vermögen 26% Kapitalanteile an einer GmbH, die ein Grundstück im Millionenwert veräußert, besteht keinerlei Anlass für eine Verdachtsmeldung, weder nach der VO noch nach § 43 Abs. 1 GwG. Das gilt erst recht mit Blick auf das Vermögen von fiktiv wirtschaftlich Berechtigten iSd. § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG, dessen Ermittlung zum Zwecke der Geldwäschebekämpfung als ein datenschutzrechtlich fragwürdiger Eingriff ohne Rechtsgrundlage angesehen werden muss. Abgesehen davon werden Verpflichtete kaum je herausfinden können, welche Teile eines Vermögens legaler Herkunft sind und welche nicht. Die Meldepflicht wird daher vielfach eher auf Vermutungen und Vorurteilen beruhen, als auf belastbaren Fakten.

§ 5 ABS. 6 RVO: ZWISCHENSCHALTUNG VON AUSLANDSGESELLSCHAFTEN

Meldepflichtig ist des Weiteren, sofern sich die Stellung als wirtschaftlich Berechtigten einer Person nur (mittelbar) aufgrund der Zwischenschaltung einer Gesellschaft außerhalb der EU und des EWR (Drittstaat) ergibt, wenn der wirtschaftlich Berechtigte nicht in diesem Drittstaat ansässig ist und die Zwischenschaltung der Gesellschaft nicht offensichtlich wirtschaftlich oder sonst einem rechtmäßigen Zweck hat.

Auch insoweit wird vom Verpflichteten eine Meldung auf Basis von Informationen verlangt, die er normalerweise nicht, jedenfalls nicht in Bezug auf alle Beteiligten hat. Die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten erfordert regelmäßig nicht die Erfassung seiner Wohnadresse. Welchen Zweck die Zwischenschaltung einer Gesellschaft hat, wird der Verpflichtete in der Regel nicht herausfinden können, wobei zu beachten ist, dass selbst die Verfolgung steuermindernder Gestaltungen nicht per se (genau genommen: nur im Ausnahmefall) rechtswidrig und daher weder unwirtschaftlich noch unrechtmäßig ist. Anders als bei den zuvor genannten Sachverhalten reicht es nicht aus, dass Tatsachen darauf hindeuten, dass dem so sein könnte. Vielmehr muss der Verpflichtete feststellen (können), dass dem auch tatsächlich so ist. Dies wird ihm mit dem vorhandenen Instrumentarium der allgemeinen Sorgfaltspflichten allerdings vielfach nicht gelingen. Genau genommen hat er dafür auch keine datenschutzrechtliche Grundlage.

§ 5 ABS. 7 RVO: GRENZÜBERSCHREITENDE STEUERGESTALTUNGEN

Meldepflichtig sind des Weiteren bestimmte (nicht alle) Immobilientransaktionen, die mit einer grenzüberschreitenden Steuergestaltung im Sinne des § 138d Abs. 2 AO im Zusammenhang stehen. Voraussetzung ist, dass diese ein Kennzeichen iSd. § 138e Abs. 2 Nr. 2f) oder nach Nr. 3 der AO aufweisen, was die Zahl der meldepflichtigen Sachverhalte gegenüber den nach AO meldepflichtigen Sachverhalten begrenzt. Meldepflichtig ist insoweit aber nur der Verpflichtete, der als Intermediär im Sinne des § 138d Abs. 1 AO die grenzüberschreitende Steuergestaltung vermarktet, konzipiert, organisiert oder zur Nutzung bereitstellt und verwaltet.

Die Komplexität dieser Regelung ist ohne Beispiel und wirft die Frage nach Sinn und Zweck der Einbeziehung in die Melde-VO auf. Nicht nachvollziehbar ist die Einbeziehung allerdings vor allem, weil ja bereits nach der AO eine Meldepflicht besteht, wenn auch nicht als Geldwäscheverdacht und nicht an die FIU. Welchen Mehrwert eine zusätzliche (redundante) Meldung (eines Teils) derselben Sachverhalte durch denselben Personenkreis an die FIU haben soll, ist nicht erkennbar. Sinnvoller wäre in jedem Fall, der zuständigen Finanzbehörde zu überlassen, aus ihrer Sicht fragwürdige Sachverhalte an die FIU weiterzuleiten. Auch hier steht erkennbar nur die Förderung der Verdachtsmeldezahlen im Vordergrund, nicht die Effektivität der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bzw. von Steuerhinterziehung.

§ 7 ABS. 2: NACHLAUFENDE MELDEPFLICHTEN

Meldepflichten bestehen des Weiteren, sofern binnen drei Jahren nach der Immobilientransaktion bestimmte Ereignisse eintreten. Da insoweit keine geldwäscherechtlichen Prüfpflichten bestehen, ist von einer Meldepflicht nur auszugehen, wenn – mehr oder weniger zufällig – der Verpflichtete an der nachfolgenden Immobilientransaktion erneut beteiligt wird. Dies wird bei einem Notar eher vorkommen als bei einem Rechtsanwalt oder Syndikusrechtsanwalt.

17.06.2020