

Geldwäsche

Robert Wilkens, Leipzig

Aktuelle Praxisprobleme bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor

Mit Inkrafttreten der vierten EU-Geldwäscherichtlinie (2015/849)¹ am 25. Juni 2015 und der dadurch anstehenden Reformierung des GwG innerhalb der nächsten zwei Jahre hat das Thema Geldwäsche-Compliance erneut an Aktualität gewonnen. Gleichsam bestehen auch nach derzeitiger Rechtslage noch erhebliche Unsicherheiten bei den Personen, die zum Zwecke der Geldwäscheprävention vom GwG in die Pflicht genommen werden. Vor allem im Nichtfinanzsektor sind zahlreiche Praxisprobleme nach wie vor nicht ausreichend geklärt und teilweise kaum diskutiert worden. Insofern ist es verwunderlich, dass das Thema auch in der juristischen Literatur offenbar nur wenig Beachtung findet. In Anbetracht der hohen

¹ Hierzu: *Siering*, DB 2015, 1457f.

Bußgelder, die selbst bei leichtfertigen Verstößen gegen das GwG verhängt werden können,² ist dies für die Verpflichteten umso unbefriedigender.

Am Beispiel von Güterhändlern³ und Immobilienmaklern⁴ sollen nachfolgend einige bestehende Problemfelder bei der Geldwäscheprävention im Nichtfinanzsektor aufgegriffen und der Versuch einer praxistauglichen⁵ Lösung unternommen werden.

I. Einleitung

Unter Geldwäsche wird – international weitgehend einheitlich – ein Vorgehen verstanden, bei dem illegale Gelder und andere Vermögenswerte, die aus kriminellen Handlungen stammen, in den legalen Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden.⁶ Ziel ist es dabei, die ursprünglich illegale Herkunft des Vermögens zu verschleiern und es dadurch besser verwertbar zu machen, weshalb die Geldwäsche als einer der Grundpfeiler insbesondere der organisierten Kriminalität angesehen werden kann. Wegen des extrem großen Bargeldumschlages, liquider Finanzmärkte und unzureichender staatlicher Intervention gilt Deutschland international schon lange als „Geldwäscheparadies“.⁷ So verwundert es auch nicht, dass Deutschland im internationalen „Schattenfinanzindex“ aktuell den achten Platz belegt und damit auch klassische Steueroasen wie beispielsweise Jersey oder die Bahamas überholt hat.⁸ Schätzungen zufolge werden hierzulande jährlich zwischen EUR 29 und 57 Mrd. „gewaschen“.⁹

Ein Geldwäschevorgang gliedert sich typischerweise in drei Phasen: Hierbei wird das illegal erlangte Vermögen zunächst in den regulären Finanzkreislauf eingebracht und damit transferierbar gemacht (sog. „placement“). Anschließend werden die Spuren durch komplexe Finanzgeschäfte oder durch Aneinanderreihung mehrerer Transaktions- und Handlungsketten verwischt („layering“). Schließlich wird das unauffällig erscheinende Vermögen dem legalen Finanzkreislauf zugeführt („integration“).¹⁰ Während das Finanzsystem mittlerweile in hohem Maße für das Thema sensibilisiert ist, können illegale Gelder weiterhin beispielsweise durch Investitionen in hochwertige Güter oder Immobilien oftmals unbemerkt gewaschen werden.¹¹

Um Kriminellen auch diesen Weg zu erschweren, wurde der Nichtfinanzsektor in den letzten Jahren verstärkt in die Geldwäscheprävention einbezogen. Hierzu werden den einzelnen Unternehmen durch das GwG umfassende Verpflichtungen (vor allem die Identifizierung von Vertragspartnern und wirtschaftlich Berechtigten, interne Sicherungsmaßnahmen sowie strenge Dokumentations- und Meldepflichten) auferlegt. Diese bestehen im Grundsatz zwar schon seit Längerem, wurden aber für den Nichtfinanzsektor erst ab dem Jahre 2012 wirklich brisant.

² Nach § 17 GwG ist ein einheitliches Bußgeld i.H.v. bis zu EUR 100.000,00 pro Verstoß vorgesehen. Als Verstoß gilt dabei nicht nur, wenn beispielsweise eine vom GwG geforderte Identifizierung vollständig unterbleibt, sondern auch, wenn diese nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig erfolgt, § 17 Abs. 1 Nr. 1 GwG. Für die von Unternehmen bestellten Geldwäschebeauftragten wird überdies sogar eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche durch Unterlassen (§§ 261, 13 StGB) diskutiert, wenn sie ihre geldwäscherechtlichen Pflichten bei Vorliegen eines Verdachtsfalls nicht angemessen erfüllen, siehe hierzu: *Neuheuser*, NZWiSt 2015, 241ff.

³ Allgemein zu den geldwäscherechtlichen Pflichten von Güterhändlern: *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014.

⁴ Allgemein zu den geldwäscherechtlichen Pflichten von Immobilienmaklern: *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43; *Griebel*, NZM 2012, 481ff.

⁵ Dies verlangt vor allem eine angemessene Berücksichtigung der bisherigen Auslegungshinweise und Mitteilungen des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) und der Aufsichtsbehörden der einzelnen Länder sowie eine kritische Auseinandersetzung mit diesen. Pauschale Empfehlungen, entsprechende Publikationen als „gegenstandslos“ zu behandeln (so aber beispielsweise: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 110 für die vom BMF und den Aufsichtsbehörden der Länder statuierte Verpflichtung von Strom- und Wasserversorgern als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG), sind hingegen in Anbetracht der hohen Bußgelder (§ 17 GwG) wenig hilfreich und führen im Zweifel lediglich zu erheblichen Konflikten der Verpflichteten mit den Aufsichtsbehörden.

⁶ *AbleEG* 1991 L 166/79; *Wahl* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 51 Rn 1.

⁷ *Scheidges*, Handelsblatt Online v. 12.04.2012, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/6499762.html> (Stand: 09.08.2015); ders., Handelsblatt Online v. 08.11.2011, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/5807782.html> (Stand: 09.08.2015).

⁸ Vgl.: Financial Secrecy Index – 2013 Results, abrufbar unter: <http://www.financialsecrecyindex.com/introduction/fsi-2013-results> (Stand: 08.08.2015).

⁹ *Unkelbach-Tomczak*, steueranwaltsmagazin 2013, 237.

¹⁰ OECD, Handbuch Geldwäsche, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/crime/44751835.pdf> (Stand: 08.08.2015), S. 11; ausführlich zu den einzelnen Methoden und Techniken: Australian Government, Placement Techniques, Layering Techniques, Integration Techniques, abrufbar unter: http://www.austrac.gov.au/elearning/intro_amlctf_money_laundering.html (Stand: 08.08.2015).

¹¹ *Vogt* in: Herzog/Mülhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 1. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36f.

II. Allgemeine Unsicherheit bei der Umsetzung geldwäscherechtlicher Vorgaben im Nichtfinanzsektor

Im Zuge der umfassenden Novellierung des GwG im Jahre 2012 wurden die geldwäscherechtlichen Pflichten deutlich erweitert; dem Nichtfinanzsektor wurde hierbei besondere Aufmerksamkeit gewidmet.¹² Ebenso wurden umfassende Kontrollen von den Aufsichtsbehörden angekündigt.¹³ Zwar ließen diese bei ihren ersten Prüfungen trotz Feststellung „etlicher Versäumnisse“¹⁴ noch Nachsicht walten und ermahnten zunächst nur. Allerdings können sich Unternehmer mittlerweile – mehr als zwei Jahre nach vollständigem Inkrafttreten der neuen Regelungen – wohl kaum mehr darauf berufen, von ihren Pflichten nichts gewusst zu haben. Zugegebenermaßen fällt das Nichtwissen tatsächlich schwer, angesichts der Vielzahl von Informationsbroschüren und –veranstaltungen von Berufsverbänden und Behörden. Leider sind auch diese Materialien nur selten konkret und gelangen oftmals nicht über unbestimmte Begriffe hinaus. So verwundert es auch nicht, dass die Vorgaben in der Praxis als zu unbestimmt befunden und daher höchst unterschiedlich ausgelegt werden, wodurch gleichsam erhebliche Unsicherheiten bei der Anwendung des GwG bestehen.¹⁵

Einen nicht geringen Beitrag zur allgemein bestehenden Unsicherheit dürfte auch die föderalistische Organisation der Aufsicht leisten. Während die Einhaltung der geldwäscherechtlichen Vorgaben bei Immobilienmaklern und Güterhändlern beispielsweise in Sachsen, Sachsen-Anhalt oder Berlin zentral durch die jeweilige Landes- bzw. Senatsverwaltung beaufsichtigt wird, übernehmen dies beispielsweise in Hessen oder Baden-Württemberg die einzelnen Regierungspräsidien. Hingegen üben zum Beispiel in Schleswig-Holstein die örtlichen Ordnungsbehörden der jeweiligen Gemeinden die Geldwäschaufsicht aus. Entsprechend kontrollieren mancherorts große Teams geschulter Spezialisten, während in anderen Teilen Deutschlands, wie im schleswig-holsteinischen Süddänemark, die Landesbeamtin mit der Aufgabe betraut wurde.¹⁶ In der Folge wird die Aufsicht im gesamten Bundesgebiet völlig unterschiedlich durchgesetzt, was die Gefahr einer uneinheitlichen Umsetzung des GwG begründet und zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den Verpflichteten führt.¹⁷

III. Praxisprobleme bei der Geldwäsche-Compliance im Güterhandel

Die nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG verpflichtete Gruppe der Güterhändler wird im Gesetz nicht näher definiert, weshalb sich in einigen Branchen bereits generelle Abgrenzungsfragen ergeben.¹⁸ Ebenso bestehen grundlegende Unsicherheiten bei der Erfüllung der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten.

1. Verpflichtung von Urproduzenten

Der Hersteller einer Ware ist als solcher relativ problemlos als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG („Personen, die gewerblich mit Gütern handeln“) zu qualifizieren. Dies zumindest dann, wenn man den Terminus „Händler“ in seiner kaufmännischen Bedeutung zur

¹² Ausführlich zu den damals geänderten Anforderungen für den Nichtfinanzsektor: *Wittenberg/Wilkens*, ZRfC 2012, 214ff.

¹³ Vgl. nur: *Hötte/Schmitt/Schmid*, Monitor v. 09.08.2012; *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; *Thonicke*, HNA Online, abrufbar unter: <http://www.hna.de/nachrichten/stadt-kassel/kassel/offensive-gegen-geldwaesche-2544289.html> (Stand: 25.07.2015); *Impulse* v. 25.07.2012, abrufbar unter: <http://www.impulse.de/unternehmen/impulse-exklusiv-Behoerden-pruefen-Firmen-schaerfer-auf-Geldwaesche/1030502.html> (Stand: 25.07.2015).

¹⁴ *Schneider*, zit. in: *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; vgl. auch: *Ehlke*, Allgemeine Zeitung v. 25.08.2012.

¹⁵ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien.html (Stand: 25.07.2015), S. 12; ferner: *Schönwitz*, Financial Times Deutschland v. 12.08.2012; entsprechend niedrig ist auch die Zahl der Verdachtsmeldungen, die von diesen Verpflichteten abgegeben werden, vgl.: Bundeskriminalamt, Jahresbericht 2013 - Financial Intelligence Unit (FIU) Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_227456/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/FIU/fiu_node.html?__nnn=true (Stand: 25.07.2015), S. 11f.

¹⁶ *Hötte/Schmitt/Schmid*, Monitor v. 09.08.2012.

¹⁷ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien.html (Stand: 25.07.2015), S. 12.

¹⁸ Vgl. nur die Diskussion um die Geltung von Strom- und Wasserversorgern als Güterhändler i.S.d. GwG, hierzu: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 110.

Auslegung heranzieht und ihn mit dem Kaufmann i.S.d. § 1 HGB gleichsetzt.¹⁹ Hierbei ist es unbeachtlich, ob es sich um eigene oder fremde Waren handelt.²⁰

Eine speziellere Frage ist, ob auch sog. Urproduzenten, also beispielsweise die Verkäufer eigener forstwirtschaftlicher oder bergbaulicher Erzeugnisse, vom geldwäscherechtlichen Begriff des Güterhändlers umfasst und damit Verpflichtete des GwG sind.²¹ Hierbei kommt es nicht auf die Auslegung der Begriffe „Händler“ oder „Güter“ an, sondern auf den Begriff „gewerblich“. Die Gesetzesbegründung zum GewAufspG vom 29.05.1992, bei dem „alle sonstigen Gewerbetreibenden“ zu Verpflichteten des GwG erklärt wurden, fasste hierunter ausdrücklich nur die Personen, die ein Gewerbe i.S.d. GewO betreiben.²² In den Gesetzesbegründungen der späteren Änderungen des GwG (GwBekErgG und GWPraOptG) wurde auf den Begriff nicht mehr eingegangen. Daraus wird teilweise geschlussfolgert, dass die GewO für die Auslegung des geldwäscherechtlichen Güterhändlerbegriffs nach wie vor maßgeblich sei.²³ Auch der Wortlaut lässt eine solche Betrachtung zunächst plausibel erscheinen.

Problematisch ist hierbei, dass die Urproduktion vom Gewerbebegriff der GewO und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften gewohnheitsrechtlich ausgenommen ist,²⁴ während die Gewerblichkeit der Urproduktion beispielsweise im Handelsrecht nicht bezweifelt wird.²⁵ Die GewO-spezifische Abgrenzung zwischen Gewerbe und Urproduktion kann sich im Einzelfall schwierig gestalten: Zu Letzterem zählen nach h.M. alle Tätigkeiten, die auf Gewinnung sog. roher Naturprodukte gerichtet sind sowie gewisse Aufbereitungsarbeiten und der Verkauf dieser Produkte, solange die Verkaufstätigkeit in einem als üblich anzusehenden Rahmen erfolgt.²⁶ In der Waldwirtschaft sind das beispielsweise die Gewinnung des Holzes und die Weiterverarbeitung (zu Weihnachtsbäumen, Brennholz, Balken, Brettern, etc.) sowie der Verkauf dieser Produkte vor Ort oder die Zulieferung an Händler oder Endverbraucher.²⁷ Als Gewerbe anzusehen sind hingegen Hobeln, Schleifen, Imprägnieren, Herstellung von Kränzen, Möbelstücken o.ä. und Verkauf dieser Produkte.²⁸

Mit Blick auf diese Gegenüberstellung drängt sich bereits die Frage nach dem geldwäscherechtlichen Sinn und Zweck der teilweise angenommenen Ausklammerung von Urproduzenten auf. Denn es scheint wenig nachvollziehbar, weshalb beispielsweise der Verkauf eines unbehandelten Holzbalkens (noch) weniger geldwäscherelevant sein soll als der Verkauf eines imprägnierten Balkens.

Gegen die Auffassung, wonach sich der Begriff „gewerblich“ in § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG aktuell immer noch nach der GewO richten soll, sprechen letztlich aber auch die historische sowie die richtlinienkonforme Betrachtung. Denn die Gesetzesbegründungen zum GwBekErgG (mit dem der Terminus „Personen, die gewerblich mit Gütern handeln“ ins GwG eingeführt wurde) sowie zu nachfolgenden Änderungsgesetzen beziehen sich in diesem Punkt nicht mehr auf die GewO.²⁹ Vielmehr diene das GwBekErgG der Umsetzung des Art. 2 Nr. 3 e der dritten Geldwäscherichtlinie (2005/60/EG), in der allerdings nicht von „gewerblich“ die Rede ist, sondern lediglich von „Personen, die mit Gütern handeln“. In Erwägungsgrund 18 heißt es, die Vorschriften sollen die Personen erfassen, die „geschäftsmäßig mit Gütern handeln“.

¹⁹ Ebenso: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 9f.

²⁰ Hingegen wäre der Hersteller vom Händlerbegriff ausgenommen, wenn man zur Begriffsbestimmung § 2 Nr. 12 ProdSG heranzieht. Die dort vorgenommene Unterscheidung von Hersteller und Verkäufer hat jedoch vordergründig haftungsrechtliche Gründe (hierzu: *Klindt/Schucht* in: *Klindt, ProdSG*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 94ff. und 113ff.), weshalb eine Übertragung auf die geldwäscherechtliche Terminologie nicht nachvollziehbar wäre. Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 11.

²¹ Ablehnend: *Helmrich*, NJW 2009, 3686.

²² BT Drucks. 12/2704, S. 14.

²³ *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 2 GwG Rn. 18; *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 21; *Helmrich*, NJW 2009, 3686.

²⁴ *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 62.

²⁵ *Oetker* in: Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 3 Rn. 1, 7; *Schmidt* in: MüKo HGB, 3. Aufl. 2010, § 1 Rn. 21; ähnlich bereits: *Bussert*, Handels- und Gesellschaftsrecht für Betriebswirte, 1. Aufl. 1972, S. 22.

²⁶ *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 63f.

²⁷ Landratsamt Weilheim Schongau, Abgrenzung der landwirtschaftlichen Urproduktion nach der GewO, abrufbar unter: http://www.weilheim-schongau.de/Inhalt/Stichworte_A_Z/_Sg_30/04UrproduktionGewerbeordnung.pdf (Stand: 23.07.2015); *Kahl* in: Landmann/Rohmer, GewO, 59. Aufl. 2015, Einl. Rn. 64.

²⁸ Landratsamt Weilheim Schongau, Abgrenzung der landwirtschaftlichen Urproduktion nach der GewO, abrufbar unter: http://www.weilheim-schongau.de/Inhalt/Stichworte_A_Z/_Sg_30/04UrproduktionGewerbeordnung.pdf (Stand: 23.07.2015).

²⁹ Vgl.: BR-Drucks. 168/08; ebenso: *Scherp*, Kriminalistik 2010, 282, 285.

Der Begriff Geschäftsmäßigkeit legt jedoch keinen Bezug zur GewO nahe, sondern wird im deutschen Recht allgemein bereits bei selbstständigem Tätigwerden mit Wiederholungsabsicht als erfüllt angesehen.³⁰ Auch sonst bietet die Richtlinie keine Anhaltspunkte dafür, dass Urproduzenten von der Verpflichtung auszunehmen seien. Richtlinienkonform muss daher davon ausgegangen werden, dass sich der Begriff „gewerblich“ nicht an den gewerberechtlichen Vorschriften orientieren kann und die Urproduzenten dementsprechend ebenfalls zum Verpflichtetenkreis des GwG zu zählen sind. Gestützt wird diese Ansicht auch durch die „Auslegung des Begriffs ‚Güterhändler‘ durch das Bundesministerium für Finanzen (24.04.2012; VII A 3 – WK 5023/11/10021)“.³¹ Darin wird zur Auslegung des Begriffs „Güter“ auf das AWG verwiesen,³² womit jede bewegliche Sache erfasst ist, die als Gegenstand des Handelsverkehrs in Betracht kommt; Gegenstand eines entsprechenden Verkehrs braucht sie noch nicht gewesen zu sein.³³ Weiter heißt es in der Auslegung des BMF, dass darunter auch land- und forstwirtschaftliche sowie bergbauliche Erzeugnisse fallen, also die Güter der Urproduktion. Obwohl die Erzeugnisse explizit genannt wurden, findet sich letztlich keine Ausklammerung der Urproduzenten aus dem Verpflichtetenkreis des GwG; ebenso wenig wird auf die GewO verwiesen. Entsprechend wird davon auszugehen sein, dass die Urproduzenten auch von den Aufsichtsbehörden als Güterhändler i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 13 GwG angesehen werden.

2. “Know your Customer” oder “Know your Supplier”?

Bei der Erläuterung der Identifizierungspflicht greift der Gesetzgeber, ebenso wie die einschlägige Fachliteratur, ausdrücklich auf das international gebräuchliche „Know your Customer“-Prinzip zurück.³⁴ Die Aufsichtsbehörden bleiben zwar bei der deutschen Amtssprache, gehen jedoch inhaltlich nicht weiter und fragen die Adressaten ihrer Merkblätter lediglich: „Kennen Sie Ihre Kunden?“.³⁵ Den Verpflichteten wäre es daher nicht zu verdenken, wenn sie eine Anwendung der geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten gegenüber ihren Lieferanten gar nicht in Betracht ziehen. Die Frage nach einer solchen Verpflichtung stellt sich in der Praxis vor allem bei Güterhändlern: Muss ein Gebrauchtwagenhändler bei Vorliegen eines Auslösetatbestands auch denjenigen identifizieren, dessen Auto er ankauft? Oder der Juwelier seinen Schmuckzulieferer? Zumindest nach deutschem Recht lautet die Antwort: Ja, er muss.

Denn während in den gemeinschaftsrechtlichen Geldwäscherichtlinien die Erfüllung der Sorgfaltspflichten lediglich gegenüber den Kunden gefordert wird,³⁶ hat sich der deutsche Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 1 GwG für den Begriff „Vertragspartner“ entschieden. Ein solcher steht bei einem Händler aber sowohl auf Käufer- wie auch auf Zuliefererseite, sodass die Sorgfaltspflichten nach dem klaren Gesetzeswortlaut gegenüber beiden zu erfüllen sind.³⁷ Dies steht auch nicht im Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, da der Erlass oder die Beibehaltung strengerer Regeln in den jeweiligen Mitgliedsstaaten ausdrücklich zulässig ist.³⁸ Freilich ist in diesem Zusammenhang die Privilegierung der Güterhändler nach § 3 Abs. 2 S. 2 GwG zu berücksichtigen, wobei der praxisrelevanteste Auslösetatbestand nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG (Annahme von Bargeld im Wert von EUR 15.000 oder mehr) wegfällt. Dennoch verbleiben die Auslösetatbestände nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 (Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung) und Nr. 4 GwG (Zweifel an der Identität), wenngleich deren Vorliegen im Nachhinein kaum von den Aufsichtsbehörden

³⁰ Vgl. beispielsweise: BGH, NJW 1986, 1050, 1051; BGH NJW 2000, 1560, 1561; BGH NJW 2001, 3541, 3542; BFH BStBl 86, 124; Ratschow in: Klein, AO, 12. Aufl. 2014, § 46 Rn. 29; Gola/Klug/Körffner in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 29 Rn. 6; Steiner in: Reiner, Öffentliches Wirtschaftsrecht BT 2, 1. Aufl. 1996, S. 150; ferner die Legaldefinition in: § 3 Nr. 10 TKG.

³¹ Abrufbar unter: http://www.wirtschaft.bremen.de/sixcms/media.php/13/Auslegung_Gueterhaendler_BMF.pdf (Stand: 23.07.2015).

³² Krit. hierzu: Zeidler, CCZ 2014, 105, 109f.

³³ Diemer in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 4 AWG Rn. 8.

³⁴ Vgl. nur: BT-Drucks. 16/9038, S. 29; Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19; Warius in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 1; Bausch/Voller, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 149; Griebel, NZM 2012, 481, 483.

³⁵ Vgl. nur: Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015).

³⁶ Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 13 Abs. 1 Buchst. a); Richtlinie 2005/60/EG Art. 8 Abs. 1 Buchst. a).

³⁷ Vgl. hierzu auch: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 15, wonach ein Autohändler die Sorgfaltspflichten bei Vorliegen der Auslösetatbestände nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 GwG auch beim Ankauf eines Gebrauchtwagens zu erfüllen hat.

³⁸ Richtlinie 2005/60/EG Art. 5.

nachgewiesen werden kann. Darüber hinaus führt die Verwendung des Begriffs „Vertragspartner“ dazu, dass – und das ist auch durch die Aufsicht überprüfbar – das Lieferantennetzwerk in die geldwäscherechtliche Gefährdungsanalyse³⁹ der Verpflichteten einbezogen werden muss.

3. Keine Identifizierung des Vertreters

Der teilweise hohe bürokratische Aufwand mag bei so manchem Verpflichteten auch deshalb Unverständnis hervorrufen,⁴⁰ weil die Mechanismen des GwG von Kriminellen nur allzu leicht ausgehebelt werden können. Eine grotesk anmutende Gesetzeslücke bildet in diesem Zusammenhang die folgende Regelung:

Bei Vorliegen eines Auslösetatbestands nach § 3 Abs. 2 GwG ist eine Identifizierung nach derzeitiger Rechtslage nur für den Vertragspartner sowie ggf. für den wirtschaftlich Berechtigten vorgeschrieben. Hingegen muss ein (angeblicher) Vertreter des Vertragspartners weder identifiziert werden, noch muss er seine Berechtigung, für einen anderen zu handeln, in irgendeiner Form nachweisen.⁴¹ Das heißt, dass die Identifizierungspflicht aktuell einfach umgangen werden kann, indem eine Person beispielsweise vorgibt, Einkäufer der Firma X zu sein. Die Person kann beispielsweise ein Fahrzeug kaufen und bar bezahlen; zur Identifizierung der Firma X (angeblicher Vertragspartner) genügt ein frei zugänglicher Auszug des Handelsregisters. Selbst wenn der Verkäufer in Anbetracht der Umstände skeptisch wird, kann er den „Vertreter“ nicht zur Identifizierung verpflichten. Ebenso wenig kann es eine Verdachtsanzeige rechtfertigen, wenn der „Vertreter“ seine Rechte wahrnimmt und keine Angaben zu seiner Person machen will. Auch die Aufsichtsbehörden können aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts keine weitergehenden Maßnahmen von den Verpflichteten verlangen.

Das Problem wird allerdings mit Umsetzung der vierten Geldwäscherichtlinie obsolet: Die Richtlinie sieht nun auch die Identifizierung jeder Person vor, die vorgibt, im Namen des Kunden zu handeln. Darüber hinaus muss sie ihre Vertreterereignschaft nachweisen.⁴²

IV. Praxisprobleme bei der Geldwäsche-Compliance von Immobilienmaklern

Anders als bei Güterhändlern werden die geldwäscherechtlichen Fragen von Immobilienmaklern in der Literatur zumindest ansatzweise diskutiert. Probleme ergeben sich hier insbesondere im Zusammenhang mit Mietmaklern, der einmaligen Vermittlung von Immobilien und dem Zeitpunkt der Identifizierung von Kaufinteressenten.

1. Verpflichtung von Mietmaklern

In einem Schreiben vom 7. Dezember 2012 weist das BMF darauf hin, dass die Verletzung von Sorgfaltspflichten durch Immobilienmakler von den Aufsichtsbehörden nicht beanstandet wird, wenn sich die Maklerleistung auf die Vermittlung eines Mietvertrags bezieht.⁴³ Dies hat in der Literatur zu Verwirrung geführt, da eine solche Ankündigung tatsächlich nur schwer mit den Vorschriften des GwG und der dritten Geldwäscherichtlinie vereinbar ist.⁴⁴

³⁹ Eine solche Gefährdungsanalyse wird im GwG nicht ausdrücklich erwähnt, die Pflicht zu ihrer Erstellung ergibt sich aber aus dem risikobasierten Ansatz des Gesetzes, insbesondere für die Ausgestaltung der internen Sicherungsmaßnahmen, Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015), S. 3; ausführlich hierzu: *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 91ff.

⁴⁰ Vgl.: *Schütz*, Wirtschaftsmagazin Pfalz 10/2012, 18.

⁴¹ Hierauf wird sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Aufsichtsbehörden und die einschlägige Fachliteratur ausdrücklich hingewiesen: BT-Drucks. 16/9038, S. 33; Bezirksregierung Düsseldorf, „Kennen Sie Ihre Kunden?“, Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler, abrufbar unter: <http://www.brd.nrw.de/wirtschaft/pdf/Merkblatt-Gueterhaendler-022015.pdf> (Stand: 15.07.2015), S. 5; *Bausch/Voller*, Geldwäsche-Compliance für Güterhändler, 1. Aufl. 2014, S. 34.

⁴² Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 13 Abs. 1 S. 2.

⁴³ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015).

⁴⁴ Ausführlich hierzu: *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 108.

Zur Begründung dieser Ausklammerung kann zunächst auf die Standards der Financial Action Task Force (FATF) verwiesen werden,⁴⁵ in denen die geldwäscherechtliche Verpflichtung von Immobilienmaklern nur im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilien gefordert wird.⁴⁶ Zwar haben sich die EU-Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Empfehlungen der FATF umzusetzen.⁴⁷ Jedoch reicht die fehlende Erwähnung von Mietmaklern in den FATF-Standards für sich genommen nicht aus, um diese vollständig aus dem Anwendungsbereich des GwG auszunehmen, da einer strengeren Umsetzung der Empfehlungen freilich nichts entgegensteht.

Das BMF bezieht sich in seinem Schreiben jedoch nicht auf die FATF-Empfehlungen, sondern auf eine angebliche Beschränkung nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2005/60/EG, wonach Verpflichtete nur insoweit erfasst seien, als „sie Tätigkeiten ausüben, die im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilien und Unternehmen stehen.“⁴⁸ Tatsächlich enthält die Richtlinie eine solche Beschränkung nur für Notare und andere selbstständige Angehörige von Rechtsberufen.⁴⁹ Eine Eingrenzung oder auch nur eine Definition des Begriffs Immobilienmakler findet sich hingegen weder in der Richtlinie noch im GwG. Da Immobilienmakler, wie alle anderen in § 2 Abs. 1 GwG genannten Berufsgruppen, nur als Verpflichtete nach dem GwG gelten, soweit sie in Ausübung ihrer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit handeln⁵⁰ und der Beruf des Immobilienmaklers gem. § 34c GewO erlaubnispflichtig ist, kann für die Auslegung des Begriffs die GewO herangezogen werden.⁵¹ § 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO spricht jedoch nur von Verträgen über gewerbliche Räume oder Wohnräume und unterscheidet damit nicht zwischen Kauf- und Mietmakler.⁵² Nicht nachvollziehbar zu begründen wäre daher eine vollständige Ausklammerung der Mietmakler aus dem Verpflichtetenkreis des GwG, wie es aber offenbar die Aufsichtsbehörden in Hessen handhaben.⁵³ Dies strebt das BMF in seiner Mitteilung indes nicht an. Vielmehr erkennt es die Verpflichteteneigenschaft der Mietmakler als solche an und erklärt für diese lediglich den Verzicht auf die Beanstandung von Sorgfaltspflichtverletzungen. Das heißt auch, dass die Pflichten formal bestehen und damit auch die Mietinteressenten auf Verlangen des Maklers an einer Identifizierung mitwirken müssen, § 4 Abs. 6 GwG. Ebenso sind Mietmakler zur Meldung von Verdachtsfällen nach § 11 GwG verpflichtet.⁵⁴

Eine solche Selbstverpflichtung der Aufsichtsbehörden, wie sie das BMF statuiert, wird man noch als zulässige Ermessensausübung ansehen können.⁵⁵ Dies vor allem mit Blick auf die deutlich geringere Geldwäscherelevanz des Mietmarktes. Denn während der Kauf und Verkauf von Immobilien eine typische „placement“- und „layering“-Taktik ist (siehe hierzu: I.), kann die Miete eines Objekts nur am Ende einer Kette von Geldwäschehandlungen stehen, indem der Mietzins mit gewaschenem, inkriminiertem Geld bezahlt wird.⁵⁶ Sofern der Geld-

⁴⁵ Ebenso: Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 17.

⁴⁶ FATF, The FATF Recommendations, Februar 2012, abrufbar unter: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 19.

⁴⁷ Vgl.: AbLEU 2005 L 309/15; BT-Drucks. 17/6804, S. 1.

⁴⁸ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015).

⁴⁹ Richtlinie 2005/60/EG, Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b).

⁵⁰ Warius in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180.

⁵¹ Häberle in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 202. Aufl. 2015, § 2 GwG Rn. 16.

⁵² Ennuschat in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 34c Rn. 22.

⁵³ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 17.

⁵⁴ So auch ausdrücklich: Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter:

http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015); vgl. auch: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 12; Willem, ZfIR 2014, 830, 831.

⁵⁵ A.A. offenbar: Zeidler, CCZ 2014, 105, 108.

⁵⁶ Freilich ist es aber auch umgekehrt denkbar, dass der Eigentümer einer mit inkriminiertem Geld erworbenen Immobilie diese vermietet und hierdurch scheinbar legale Mieteinnahmen erlangt (layering), siehe hierzu die Falldarstellung bei: Rosbach, Deutschlandfunk v. 10.02.2014, abrufbar unter: http://www.deutschlandfunk.de/kriminaltaet-deutschlands-problem-mit-der-geldwaesche.724.de.html?dram:article_id=277124 (Stand: 20.07.2015); zum Ganzen: Vogt in: Herzog/Mülhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, 1. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36.

wäscher lediglich als Mieter tätig wird,⁵⁷ ist das dem Mietmarkt innewohnende Geldwäscherisiko damit nicht höher als beim Erwerb von Konsumgütern oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen.⁵⁸

Unabhängig von der Zulässigkeit einer solchen Einschränkung kann es Immobilienmaklern jedenfalls nicht von den jeweiligen Aufsichtsbehörden vorgeworfen werden, wenn sie vom Schreiben des BMF Gebrauch machen und auf die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten bei der Vermittlung von Mietverträgen verzichten. Im Übrigen ist aus der Praxis aber auch kein Fall bekannt, in dem die Aufsichtsbehörden strengere Maßstäbe anlegen als das BMF in seinen Auslegungshinweisen.

Zukünftig könnte sich die Privilegierung der Mietmakler allerdings ändern: In der vierten Geldwäscherichtlinie wurde das Auslegungsproblem erkannt und aufgegriffen. Die erwartete, abschließende Klärung⁵⁹ blieb dennoch aus. In Erwägungsgrund 8 heißt es lediglich: „Hinsichtlich der Verpflichteten, die dieser Richtlinie unterliegen, könnte der Begriff Immobilienmakler so verstanden werden, dass er gegebenenfalls auch Vermietungsmakler umfasst.“ Es liegt also letztlich in der Hand des Gesetzgebers, ob er bei der Umsetzung der Richtlinie der bisherigen Auffassung des BMF folgt oder eine klarstellende Regelung schafft.

2. Sorgfaltspflichten bei „Einmal-Maklerei“

Unklarheit besteht auch in der Frage, wann bei Immobilienmaklern von der „Begründung einer Geschäftsbeziehung“ i.S.d. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG auszugehen ist.⁶⁰ Von Bedeutung ist die Frage vor allem deshalb, weil es für die Auslösung der Sorgfaltspflichten gemäß § 3 GwG auf eine klare Unterscheidung ankommt: Handelt es sich nur um ein einzelnes Geschäft, so müssen die Sorgfaltspflichten gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG erst erfüllt werden, wenn es zu einer Transaktion i.H.v. EUR 15.000,00 oder mehr kommt.⁶¹ Handelt es sich hingegen um eine Geschäftsbeziehung, so spielt der Wert der Transaktion keine Rolle mehr und die Sorgfaltspflichten sind bereits bei der Begründung der Geschäftsbeziehung zu erfüllen.

Als Geschäftsbeziehung gilt nach § 1 Abs. 3 GwG „jede geschäftliche oder berufliche Beziehung, die unmittelbar in Verbindung mit den geschäftlichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten unterhalten wird, und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird“. Unproblematisch können hierunter die Fälle gefasst werden, in denen mehr als ein Objekt vermittelt wird.⁶² Umstritten ist hingegen, ob bereits bei einer einmaligen Vermittlung einer Immobilie, also einem einzelnen Geschäftsvorfall von einer „gewissen Dauer“ die Rede sein kann. Dies wird in der Literatur teilweise für sämtliche Maklerverträge angenommen;⁶³ zum Teil aber auch nur dann, wenn die Betreuung durch den Immobilienmakler über einen längeren Zeitraum erfolgt und diese auch mehrere Tätigkeiten umfasst, von der Begleitung der Vorbereitung und des Abschlusses des Kaufvertrages bis hin zu Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Eigentumsumschreibung im Grundbuch.⁶⁴ Dagegen wird eingewendet, dass es dem Makler naturgemäß darum gehe, einen zu vermittelnden Vertrag möglichst kurzfristig herbeizufüh-

⁵⁷ Wird er als Vermieter tätig (siehe: Fn. 56), muss er die Immobilie vorher erworben haben, wobei er ggf. bereits durch den Makler, jedenfalls aber durch den Notar identifiziert wurde, weshalb diese Konstellation nicht als risikohöherer Aspekt bei der Betrachtung des Mietmarkts angeführt werden kann.

⁵⁸ A.A. offenbar: Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2005/60/EG, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20120411_report_de.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 6.

⁵⁹ Bundesministerium der Finanzen, Sorgfaltspflichten der Immobilienmakler nach dem Geldwäschegesetz, abrufbar unter: http://www.ivd.net/fileadmin/user_upload/bundesverband/Der_IVD/Politik/2013-01-09_BMF_Anschreiben_IVD_Mietimmobilien.pdf (Stand: 18.07.2015); Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2005/60/EG, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/financial-crime/20120411_report_de.pdf (Stand: 18.07.2015), S. 6; Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 12.

⁶⁰ Vgl. nur die Klärungsversuche bei: *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 485f.

⁶¹ Als Beispiel wird in der Literatur insbesondere die Annahme des Maklerlohns angeführt, *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 484; *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 108, wie noch zu zeigen sein wird, ist der Auslösetatbestand in der Praxis der Immobilienmakler jedoch kaum von Bedeutung.

⁶² *Fülbier/Aepfelbach/Langweg*, GwG, 5. Aufl. 2006, § 3 Rn. 37; *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; *Griebel*, NZM 2012, 481, 485; *Zeidler*, CCZ 2014, 105, 107.

⁶³ *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19.

⁶⁴ *Warius* in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 180; ähnlich: *Kerber/Schöwerling* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19.

ren. Zudem sei der früher verwendete Begriff „auf Dauer angelegt“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG a.F.) inhaltlich gleichwertig mit dem Terminus „von gewisser Dauer“ (§ 1 Abs. 3 GwG), weshalb neben dem Zeit- auch ein Mengenelement zu fordern sei. Letzteres fehle aber bei der „Einmal-Maklerei“, da sich die Tätigkeiten selbst bei längerer Dauer nur auf die Vermittlung eines Vertrages beziehen.⁶⁵

Die hessischen Aufsichtsbehörden haben zu diesem Diskussionspunkt ausführlich Stellung genommen und legen dieser eine äußerst extensive Auslegung des Begriffs „von gewisser Dauer“ zugrunde. Der Terminus sei keinesfalls gleichbedeutend mit der früheren Formulierung „auf Dauer angelegt“, was bereits durch das Fehlen eines entsprechenden gesetzgeberischen Hinweises bei der Änderung ersichtlich sei.⁶⁶ Diese Betrachtung deckt sich jedenfalls mit dem Wortlaut, da einer „auf Dauer angelegten“ Beziehung ein finales Element inneohnt, das gerade nicht besteht, wenn zum Zeitpunkt eines Kontakts nur davon ausgegangen wird, dass die Beziehung von einer gewissen Dauer sein wird. Ebenso lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, dass zwangsläufig mehrere Geschäftsvorfälle notwendig sind, um den Tatbestand der Geschäftsbeziehung zu erfüllen.⁶⁷ So wird beispielsweise auch bei den (rechts-) beratenden Berufen eine Geschäftsbeziehung bereits dann angenommen, wenn mehrere Beratungstermine zum gleichen Sachverhalt angedacht sind.⁶⁸ Im Zusammenhang mit Immobilienmaklern werden damit nur solche Fälle vom Begriff der Geschäftsbeziehung ausgenommen, in denen lediglich ein einmaliger oder kurzer Kontakt stattfindet.⁶⁹ Dass hierdurch der Auslösetatbestand nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GwG (außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung anfallende Transaktion im Wert von min. EUR 15.000,00) bei Immobilienmaklern praktisch bedeutungslos wird, steht der dargestellten Auslegung nicht entgegen.⁷⁰ Letztlich muss daher auch bei Interessenten für einen einmaligen Immobilienkauf bzw. -verkauf regelmäßig vom Vorliegen einer Geschäftsbeziehung i.S.d. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GwG und demnach auch von einer Pflicht zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten ausgegangen werden.

3. Zeitpunkt der Identifizierung bei Immobilienmaklern

Es schließt sich die Frage an, zu welchem Zeitpunkt Immobilienmakler die Sorgfaltspflichten zu erfüllen haben. Das BMF stellt hierbei auf den Abschluss des Maklervertrages und die damit einhergehende Entstehung des grundsätzlichen Provisionsanspruchs ab; hierin liege die maßgebliche Geschäftsbeziehung zwischen dem Immobilienmakler und dem Interessenten.⁷¹ Entsprechend kann die Erfüllung der Sorgfaltspflichten aber auch nur gegenüber denjenigen Personen verlangt werden, bei denen ein Provisionsanspruch geltend gemacht werden soll.⁷² Je nach Region wird die Beauftragung des Maklers (und damit auch die Zahlung der Provision) in Deutschland allerdings unterschiedlich gehandhabt; entweder geschieht dies durch den Verkäufer, den Käufer oder auch durch beide Seiten (sog. „Doppelmakler“). Die Identifizierung hat jedenfalls vor Abschluss eines solchen Vertrages zu erfolgen, § 4 Abs. 1 S. 1 GwG. Dieser Zeitpunkt mag in den Fällen zweifelsfrei bestimmbar sein, in denen eine formale oder schriftliche Auftragserteilung erfolgt. In der Praxis werden Maklerverträge jedoch häufig – insbesondere bei Kaufinteressenten – konkludent geschlossen.⁷³ In Anbetracht dessen befürchten Teile der Literatur als Folge der vom BMF geäußerten Auffassung, dass die Sorgfaltspflichten bereits dann zu erfüllen seien, wenn ein Interessent telefo-

⁶⁵ Griebel, NZM 2012, 481, 485; wohl auch: Zeidler, CCZ 2014, 105, 107.

⁶⁶ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 20.

⁶⁷ Willems, ZfIR 2014, 830, 831; vgl. auch: Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 19; die Wortlautauslegung der Formulierung „von gewisser Dauer“ erschöpft sich vielmehr in der Feststellung, dass überhaupt eine Dauer der Geschäftsbeziehung vorliegen muss, Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁶⁸ Warius in: Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 23; Zeidler, CCZ 2014, 105, 107.

⁶⁹ Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 20.

⁷⁰ A.A.: Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁷¹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁷² Antwortschreiben des Regierungspräsidium Darmstadt vom 23.08.2013, abrufbar unter: http://admin.bvfi-dev.de/dd35508.kasserver.com/uploads/USER/141/files/Antwortschreiben_des_Regierungsprasidium_Darmstadt_vom_23.08.2013.pdf (Stand: 20.07.2015); Willems, ZfIR 2014, 830, 831.

⁷³ Vgl.: OLG Frankfurt a.M. NZM 2012, 511; OLG Köln NJW-RR 1993, 764; LG Hamburg Urt. v. 21.09.2007 - 328 O 427/06, juris; ausführlich hierzu: Schwedtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 77ff.; Pauly, MDR 2006, 549ff.

nisch oder per E-Mail ein Exposé anfordert.⁷⁴ Jedenfalls werde dem Makler hierbei das Auslegungsrisko aufgebürdet.⁷⁵

a) Spezielle Struktur des Maklervertrages

Der Maklervertrag ist als erfolgsbedingter Vertrag strukturiert: Der Auftraggeber verpflichtet sich durch dessen Abschluss zur Zahlung der Provision; allerdings nur für den Fall, dass der beabsichtigte Hauptvertrag aufgrund eines Nachweises oder einer Vermittlung des Maklers zustande kommt.⁷⁶ Der Maklervertrag begründet grundsätzlich weder eine Pflicht des Maklers zum Tätigwerden noch ist der Auftraggeber zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtet. Aus diesem Grund vertrat die Immobilienmaklerbranche lange den Standpunkt, dass die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten erst dann zu erfüllen seien, wenn der Hauptvertrag – also der notarielle Kaufvertrag – „so gut wie sicher ist und der Interessent wohl nicht mehr den Kontakt abbricht“.⁷⁷

Trotz der eigenartigen Struktur des Maklervertrages, aufgrund derer er teilweise auch als Vertrag eigener Art angesehen wird, kommt er allerdings nicht einfach aus dem Nichts zustande, sondern nach den allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien von Angebot und Annahme.

b) Konkludentes Zustandekommen des Maklervertrages

Wichtigster Aspekt bei konkludent abgeschlossenen Maklerverträgen ist nach der BGH-Rechtsprechung, dass der „Kaufinteressent [...] in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt“.⁷⁸ Ein bereits durch Anforderung eines Exposés geschlossener Maklervertrag (s.o.) ist damit nur in den Fällen denkbar, in denen die Anforderung bereits in Kenntnis der Provisionserwartung geschieht.⁷⁹ Andernfalls kann der Antrag auf Abschluss eines solchen Vertrages frühestens in der Zusendung des Exposés liegen, sofern der Makler im Zuge dessen sein Provisionsverlangen zum Ausdruck bringt.⁸⁰ Im Übrigen gilt der Grundsatz, dass der unverbindlichen Anfrage eines Interessenten noch keine Antragsqualität zukommt.⁸¹ Insofern geht die Initiative zum konkludenten Vertragsschluss in aller Regel vom Makler aus.⁸² Letztlich liegt es daher auch allein in seiner Verantwortung, durch ein ausdrückliches Provisionsverlangen für klare Verhältnisse zu sorgen.⁸³ Verbleibende Unklarheiten gehen stets zu seinen Lasten.⁸⁴ Allein deshalb wird der Zeitpunkt des Vertragsschlusses in den allermeisten Fällen konkret bestimmbar sein, sodass ebenfalls deutlich ist, ab wann die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten zu erfüllen sind.

c) Zeitpunkt der Identifizierung

In den Fällen, in denen der Maklervertrag bereits mit der Anforderung eines Exposés zustande kommt, ist eine GwG-konforme Identifizierung vor Vertragsabschluss kaum realisierbar. Kommt der Vertrag erst zu einem späteren Zeitpunkt konkludent oder fernmündlich zustande, kann es ebenso Fälle geben, in denen eine vollständige Identifizierung vor Vertragsschluss nicht mit der Geschäftspraxis vereinbar ist und auch von Kundenseite kaum akzeptiert wird.⁸⁵ Das GwG gesteht hierbei – abhängig vom konkret erkennbaren Geldwäsche-

⁷⁴ Griebel, NZM 2012, 481, 485; Zeidler, CCZ 2014, 105, 107; da der Vertragspartner in diesen Fällen nicht persönlich anwesend ist, müssten konsequenterweise sogar die verstärkten Sorgfaltspflichten nach § 6 GwG erfüllt werden.

⁷⁵ Griebel, NZM 2012, 481, 485.

⁷⁶ Zu den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs: Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 8; ausführlich zur Rechtsnatur des Maklervertrages: Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 30ff.

⁷⁷ Zit. in: Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁷⁸ BGH NZM 2007, 169; ähnlich: BGH NJW 2002, 817; BGH NZM 1999, 39.

⁷⁹ Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 89; ähnlich bereits: Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 10.

⁸⁰ BGH NZM 2007, 169, 170.

⁸¹ OLG München OLGR München 1993, 230; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1992, 276; Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 89.

⁸² Ausführlich hierzu: BGH NZM 2005, 956, 957; a.A.: Pauly, MDR 2006, 549, 450f.

⁸³ BGH NZM 2005, 956, 957; BGH NJW 2000, 282; BGH NJW-RR 1996, 114; Dyckerhoff/Brandt, Das Recht des Immobilienmaklers, 10. Aufl. 1993, S. 9, 10f.

⁸⁴ Sofern es zu einem Provisionsprozess kommt, trifft den Makler ohnehin die Darlegungs- und Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages, hierzu: Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 99.

⁸⁵ Zeidler, CCZ 2014, 105, 107; anders: Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 23; das BMF lässt einen solchen Einwand freilich nicht gelten und hält Kunden bereits für verdächtig, wenn sie einem solchen Vorgehen ablehnend gegenüberstehen – schließlich sollte dies für einen „unauffälligen Kun-

risiko – einen gewissen Spielraum zu, der auch von den Aufsichtsbehörden akzeptiert und bei Maklerverträgen in der Regel sogar noch erweitert wird.⁸⁶ Soweit keine Anhaltspunkte für ein erhöhtes Risiko bestehen, dürfte eine spätere Identifizierung teilweise bereits nach § 4 Abs. 1 S. 2 GwG (Störung des normalen Geschäftsablaufs) zulässig sein. Im Übrigen wird es von den Aufsichtsbehörden als ausreichend betrachtet, wenn die vollständige Identifizierung zumindest vor Erbringung der relevanten Maklerleistungen (Objektbesichtigung, Übermittlung der Kontaktdaten des Käufers bzw. Verkäufers, etc.) erfolgt.⁸⁷

Als deutlich verspätet wird es hingegen vom BMF angesehen, wenn die Sorgfaltspflichten – wie von der Immobilienmaklerbranche angenommen (s.o.) – erst kurz vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages erfüllt werden.⁸⁸ Zu diesem Zeitpunkt wäre es redundant, den Immobilienmakler zu einer Identifizierung zu verpflichten, da diese Pflicht gleichsam den Notar trifft.⁸⁹ In Anbetracht einer BKA-Studie, wonach die geldwäscherechtlichen Vorschriften bislang weder von Immobilienmaklern noch von Notaren auch nur ansatzweise zufriedenstellend umgesetzt werden,⁹⁰ mag so eine doppelte Identifizierungspflicht als „doppelter Boden“ zwar begrüßenswert sein. Der eigentliche Zweck der geldwäscherechtlichen Verpflichtung von Immobilienmaklern wird aber an anderer Stelle gesehen: Sie soll gerade dazu führen, dass auch die Kaufinteressenten erfasst werden, die sich am Ende nicht für einen Kauf entscheiden.⁹¹ Dies entspricht dem Sinn des GwG, das nicht nur zu einer späteren Nachvollziehbarkeit des Geldflusses („paper trail“) beitragen soll, sondern auch zum möglichst frühzeitigen Aufspüren illegalen Vermögens und damit zur Unterbrechung laufender Geldwäscheaktivitäten.⁹² Auf eine erfolgreiche Transaktion bzw. einen erfolgreichen Immobilienkaufvertrag kommt es daher ebenso wenig an wie auf die Fälligkeit des Provisionsanspruchs.⁹³

d) Ausgestaltung in der Praxis

Für die Ausgestaltung in der Praxis ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zwischen dem ersten Interessentenkontakt und dem Abschluss des Kaufvertrages eine gewisse Zeit vergeht und weitere Zwischenschritte notwendig sind. Oftmals erfordert der Immobilienkauf eine monatelange Suche, teilweise unter Einschaltung mehrerer Makler und begleitet von sorgfältigen Entscheidungsprozessen sowie zahlreichen Objektbesichtigungen.⁹⁴ Innerhalb dieses Rahmens kommt es letztlich auf eine risikoadäquate Einschätzung des Zeitpunktes an, an dem die Sorgfaltspflichten vollumfänglich zu erfüllen sind.⁹⁵ Soweit keine risikoerhöhenden Umstände ersichtlich sind, wird man es bei fermündlich oder konkludent geschlossenen Maklerverträgen als ausreichend ansehen müssen, wenn die Identifizierung beim ersten Kontakt per Telefon oder E-Mail zunächst nur teilweise durch Dokumentation

den [...] nämlich kein Hemmnis darstellen“, Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁸⁶ Vgl.: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 14; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 22.

⁸⁷ Vgl. hierzu die bundesweit einheitlichen „Regelbeispiele für die Praxis der Immobilienmakler“, veröffentlicht bei: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 15ff.; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 23ff.

⁸⁸ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁸⁹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹⁰ Bundeskriminalamt, Geldwäsche im Immobiliensektor in Deutschland, abrufbar unter: http://www.bka.de/nn_204298/SharedDocs/Downloads/DE/ThemenABisZ/GeldwaescheFIU/fiuFachstudieGeldwaeschelImmobilien sektor.html (Stand: 25.07.2015), S. 5ff.

⁹¹ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹² Vgl. hierzu beispielsweise das Erfordernis der staatsanwaltschaftlichen Zustimmung bei verdächtigen Transaktionen nach § 11 Abs. 1a GwG; ferner: BT-Drucks. 16/9038, S. 33.

⁹³ A.A.: Griebel, NZM 2012, 481, 486.

⁹⁴ Bundesministerium der Finanzen, Zeitpunkt der Identifikation bei Immobilienmaklern, 27. Dezember 2011, VII A 3 - WK 5023/11/10007.

⁹⁵ Kerber/Schöwerling in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 23 fordern in diesem Zusammenhang eine Identifizierung zum frühestmöglichen Zeitpunkt, was auch den Vorteil habe, dass die Kooperationsbereitschaft der Kunden noch vorhanden sei, während eine späte Identifizierung oftmals auf Unverständnis stieße.

der hierbei übermittelten Grunddaten sowie einer vorläufigen Risikoeinschätzung erfolgt und später beim ersten persönlichen Kontakt (beispielsweise bei der Objektbesichtigung) abgeschlossen wird. Diese abgestufte Vorgehensweise wird in aller Regel auch von den Aufsichtsbehörden akzeptiert.⁹⁶

V. Zusammenfassung und Ausblick

Güterhändler müssen einerseits beachten, dass dieser Verpflichtetenkreis sehr weit gefasst ist und daher auch Urproduzenten zu den Adressaten des GwG zählen. Andererseits müssen die geldwäscherechtlichen Pflichten nicht nur – wie vielfach angenommen – im Bezug auf die Kunden erfüllt werden, sondern auch bei allen übrigen Vertragspartnern (Lieferanten etc.). Die aktuell bestehende Gesetzeslücke, wonach ein (angeblicher) Vertreter des Vertragspartners nicht identifiziert werden muss, wird spätestens bei Umsetzung der vierten Geldwäscherichtlinie innerhalb der nächsten zwei Jahre geschlossen.

Immobilienmakler sind richtigerweise auch dann als Verpflichtete des GwG anzusehen, wenn sie lediglich Mietobjekte vermitteln; allerdings mit der Ausnahme, dass die Aufsichtsbehörden eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aktuell nicht beanstanden können. Von der Pflicht zur Erfüllung der übrigen GwG-Vorgaben sind Mietmakler trotzdem grundsätzlich nicht befreit. Eine vollständige Nichterfüllung der geldwäscherechtlichen Pflichten kann ihnen lediglich in solchen Regionen nicht vorgeworfen werden, in denen die Aufsichtsbehörden Mietmakler offiziell nicht als Immobilienmakler i.S.d. GwG ansehen (Beispiel: Hessen). Alle übrigen Immobilienmakler müssen beachten, dass die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten auch bei der einmaligen Vermittlung von (Kauf-) Immobilien zu erfüllen sind, da grundsätzlich eine Geschäftsbeziehung i.S.d. § 1 Abs. 3 GwG vorliegt. Die Sorgfaltspflichten sind auch bei konkludent geschlossenen Maklerverträgen frühestmöglich zu erfüllen; jedenfalls vor Erbringung der relevanten Maklerleistung. Je nach den Umständen des Einzelfalls und in Abhängigkeit vom konkret bestehenden Risiko kann allerdings eine spätere oder stufenweise Identifizierung erfolgen.

Es bleibt abzuwarten, inwiefern der Gesetzgeber die aufgrund der vierten Geldwäscherichtlinie notwendige Novellierung des GwG nutzt, um für mehr Klarheit bei den geldwäscherechtlichen Pflichten im Nichtfinanzsektor zu sorgen. Jedenfalls ist im Zuge dessen mit einer weiteren Verschärfung dieser Pflichten zu rechnen: So senkt die neue Geldwäscherichtlinie beispielsweise den Transaktions-Schwellenwert, ab dem Güterhändler ihre Sorgfaltspflichten zwingend zu erfüllen haben, von EUR 15.000,00 auf EUR 10.000,00 ab.⁹⁷ Den Mitgliedsstaaten steht es allerdings auch frei, niedrigere Schwellenwerte und strengere Vorschriften festzusetzen. Unabhängig davon, ob der deutsche Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, wird sich die Zahl der Geschäftsvorfälle, bei denen die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten erfüllt werden müssen, durch die Schwellenwertabsenkung deutlich erhöhen und damit auch das Risiko, bußgeldbewährte Fehler bei der Erfüllung dieser Pflichten zu machen. Umso wünschenswerter wäre bei vielen Punkten eine gesetzgeberische Klarstellung der Anforderungen sowie ein einheitliches Vorgehen der Aufsichtsbehörden. Schließlich darf nicht vergessen werden, dass das eigentliche Ziel der Geldwäscheprävention die erleichterte Verfolgung von Kriminellen ist und nicht die Kriminalisierung der hierfür in die Pflicht genommenen Privatwirtschaft.

⁹⁶ Vgl. hierzu die bundesweit einheitlichen „Regelbeispiele für die Praxis der Immobilienmakler“, veröffentlicht bei: Landesdirektion Sachsen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.07.2015, abrufbar unter: https://www.lids.sachsen.de/geldwaesche/index.asp?ID=7531&art_param=468 (Stand: 02.08.2015), S. 15ff.; Die Regierungspräsidien in Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise vom 17.02.2014, abrufbar unter: https://rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?uid=eea09a31-620f-b01a-3b21-71765bee5c94 (Stand: 15.07.2015), S. 23ff.

⁹⁷ Richtlinie (EU) 2015/849, Art. 11 Buchst. c).