Gutachten

zur Erstreckung der Schweigepflicht des Notars auf die berufsrechtliche Aufsichtsbehörde bei Meldungen nach § 44 GwG

von Prof. Dr. Jens Bülte Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Mannheim

Auftraggeber:

Bundesnotarkammer, Mohrenstr. 34, 10117 Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Ergebnis: Weitergabe von nach § 42 Abs. 2 GwG geschützten Informationen durch die Aufsichtsbehörde ist unzulässig		
	r Begutachtung im Einzelnen	
I.	Historische Entwicklung des § 44 GwG	
1.	Ursprüngliche Regelung des § 13 GwG 1993	4
2.	Neuerung durch die 2. Geldwäscherichtlinie	5
3.	Präzisierungen der 3. Geldwäscherichtlinie	6
4.	Schaffung der Sonderregeln in § 14 Abs. 1 S. 2 und § 16 Abs. 4 GwG 2011	7
5.	Die Novelle zur Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie der EU	8
6. Re	Fehlen einer § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 entsprechenden Regelung als daktionsversehen	9
II. Aufsi	Systematische Gründe für eine Erstreckung des Berufsgeheimnisses auf ichtsbehörden	10
1.	Keine Pflicht zu Auskunftserteilung über Mandate (§ 6 Abs. 6 S. 2 GwG)	10
2.	Keine Pflicht zum Abbruch des Mandats (§ 10 Abs. 9 GwG)	11
3.	Keine Pflicht zur Auskunft nach § 30 Abs. 3 (§ 30 Abs. 3 S. 2 GwG)	11
4.	Keine Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG (§ 43 Abs. 2 GwG)	11
5.	Keine Mitwirkungspflicht nach § 52 GwG (§ 52 Abs. 5 GwG)	12
6.	Systematische Gesamtbewertung	12
III. Beru	Verfassungsrechtliche Erwägungen für eine Erstreckung des fsgeheimnisses auf Aufsichtsbehörden	13
1. En	Verfassungsrechtliches Verbot der Zweckentfremdung von Daten ohne mächtigungsgrundlage	13
2. Ve	Bruch des Vertrauensverhältnisses in Rechtsberatung und Prozessvertretung als rfassungsproblem	15
IV. Aufsi	Unionsrechtliche Erwägungen für eine Erstreckung des Berufsgeheimnisse	

Gutachtenfrage:

Ist die Aufsichtsbehörde für Notare (Präsident des örtlichen Landgerichts) verpflichtet und berechtigt, Informationen an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen weiterzugeben, die die Aufsichtsbehörde aus der Ausübung ihrer Aufsichtsaufgaben erlangt hat.

A. Ergebnis: Weitergabe von nach § 42 Abs. 2 GwG* geschützten Informationen durch die Aufsichtsbehörde ist unzulässig

- 1 Nach § 44 GwG ist auch die Aufsichtsbehörde für die Notare (Präsident des Landgerichts) grundsätzlich verpflichtet an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (im Folgenden der internationalen Diktion folgend: Financial Intelligence Unit FIU) alle Informationen über Tatsachen weiterzugeben, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung stehen könnte. Eine ausdrückliche Vorschrift, die das Berufsgeheimnis des Notars auch auf die Aufsichtsbehörde erstreckt wie § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 und damit Informationen aus Rechtsberatung und Prozessvertretung in dieser spezifischen Situation vor Offenbarung schützt, existiert seit der Neufassung des Geldwäschegesetzes im Jahr 2017 nicht mehr.
- 2 Dennoch sind alle vom Anwendungsbereich des § 43 Abs. 2 GwG erfassten Informationen nach systematischer, verfassungs-, unionsrechts- und menschenrechtskonformer Auslegung von der Pflicht und dem Recht zur Übermittlung an die FIU ausgeschlossen. Auf die Frage, ob es sich um ein Redaktionsversehen handelt, dass eine dem § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 entsprechende Vorschrift nicht in das GwG 2017 aufgenommen wurde (so *Baretto de Rosa* in Herzog, GwG, 3. Aufl. 2018, § 44 Rn. 5), dürfte es letztlich nicht ankommen. Denn das Verbot der Übermittlung dieser Informationen ergibt sich aus systematischen, verfassungs-, unions- und menschenrechtlichen Gründen:
- 3 Zunächst ist in systematischer Hinsicht festzuhalten, dass es hier um Informationen geht, die die FIU nicht erhalten würde, wenn sie sich unmittelbar an den verpflichteten Notar wenden würde und die gewünschte Auskunft von ihm verlangte. Denn insofern geben die Vorschriften der § 30 Abs. 3 (gegenüber der FIU) und § 52 Abs. 5 GwG (gegenüber der Geldwäscheaufsichtsbehörde) dem Notar ausdrücklich das Recht, Auskunftsersuchen nach dem Geldwäschegesetz zurückzuweisen und die Auskunft zu verweigern. Es wäre widersprüchlich, wenn der Notar den für die Geldwäschebekämpfung und -aufsicht zuständigen Behörden (Aufsichtsbehörde [Präsident des Landgerichts] und der Verdachtsmeldebehörde [FIU]) gegenüber die Offenbarung geschützter Informationen verweigern darf und muss, die Aufsichtsbehörde aber, soweit sie dem Notar als Berufsaufsicht gegenübertritt, exakt diese geschützten Informationen verlangen könnte, um sie dann an die FIU weiterzugeben. Insbesondere § 30 Abs. 3 GwG, der die Auskunftspflicht des Notars gegenüber der FIU ausdrücklich beschränkt, würde wertlos. Auf diese Weise könnten die rechtsstaatlichen Sicherungen des Vertrauensschutzes im Interesse der Verfahrensfairness und Waffengleichheit leicht umgangen werden (vgl. Rn. 70 ff.).
- 4 Daher ist letztlich auch aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Weitergabe von Informationen durch die Aufsichtsbehörde an die FIU unzulässig, soweit es sich um Informationen handelt, für die im geldwäscherechtlichen Aufsichtsverfahren ein Zeugnisverweigerungsrecht bestanden hätte, die jedoch im berufsrechtlichen Aufsichtsverfahren verlangt werden konnten. Denn für diese Weitergabe von Informationen fehlt eine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. § 44 GwG reicht hier nicht aus, weil die Vorschrift einerseits diese besonders geschützten Informationen nicht ausdrücklich als zu übermitteln benennt und zum anderen grundlegende Wertungswidersprüche

^{*} Vorschriften, die lediglich mit dem Zusatz GwG und nicht mit einer Jahreszahl bezeichnet sind, stammen aus dem Geldwäschegesetz i.d.F. vom 12.12.2019, <u>BGBl. I 2602</u>.

- mit §§ 6 Abs. 6, 30 Abs. 3 und § 52 Abs. 5 GwG auftreten würden, wollte man die Informationsübermittlung hierauf stützen (vgl. Rn. 59 ff.).
- 5 Zudem würde die Durchbrechung der Geheimhaltungspflicht und des Auskunftsverweigerungsrechts für nach § 43 Abs. 2 GwG geschützte Informationen zu einer Erschütterung des Vertrauensverhältnisses führen, das durch das Bundesverfassungsgericht als Grundbedingung der Ausübung der Rechtsberatungsberufe ausdrücklich benannt wurde. Es käme hier zu einer Verletzung des Grundrechts auf freie Berufsausübung.
- 6 Schließlich machen auch Argumente aus dem Unionsrecht bzw. der Europäischen Charta für Menschenrechte die Unzulässigkeit einer Mitteilung von Informationen an die FIU deutlich, die der Notar im geldwäscherechtlichen Aufsichtsverfahren nicht herausgeben muss und darf, deren Offenbarung die berufsrechtliche Aufsichtsbehörde aber im berufsrechtlichen Aufsichtsverfahren verlangen kann.
- Die Europäische Union hat sowohl in den Geldwäscherichtlinien als auch in der Rechtsprechung des EuGHs klargestellt, dass die Verschwiegenheit des Notars und das Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten bzw. den Parteien zentrale Bedeutung für den Rechtsstaat und das Funktionieren von fairen Verfahren hat. Daher sehen die Regeln der europäischen Geldwäschebekämpfung einen weitreichenden Schutz dieses Vertrauensverhältnisses vor, soweit es sich um Rechtsberatung und Prozessvertretung handelt und es nicht zu einer Korrumpierung des Berufsträgers kommt. Eine Pflicht oder auch nur die Befugnis der berufsrechtlichen Aufsichtsbehörde zur Weitergabe dieser besonders geschützten Informationen würde daher die vertrauensvolle Rechtsberatung und das faire Verfahren als Grundbedingungen für einen effektiven Rechtsschutz nach rechtsstaatlichen Grundsätzen in Frage stellen. Das wäre ein Verstoß gegen geltendes Geldwäscherecht der Union (vgl. Erwägungsgrund 51 u. 52 RL [EU] 2018/843), Europäische Menschenrechte und die Grundsätze rechtsstaatlichen Verfahrens, wie sie die Europäische Union als Grundlage ihrer Verfassungsüberzeugungen versteht (vgl. Rn. 75 ff.).

B. Zur Begutachtung im Einzelnen

Boie Bestimmung der Reichweite der Mitteilungspflicht nach § 44 GwG läuft letztlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob der von 2011 bis 2017 normierte Vorbehalt des § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011, der das Auskunftsverweigerungsrecht/die Auskunftsverweigerungspflicht der beaufsichtigten Beratungsberufe auf die Aufsichtsbehörde erstreckte, weiterhin anzuwenden ist, obwohl eine entsprechende Regelung in § 44 GwG, der die Anzeigepflicht der Behörden normiert, nicht mehr enthalten ist. Die Beurteilung dieser Frage setzt zunächst die Darlegung der Normgenese des § 44 Abs. 1 GwG und im Anschluss seine Einordnung in den systematischen, verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Kontext voraus.

I. Historische Entwicklung des § 44 GwG

9 Nach § 44 GwG ist die aufsichtführende Behörde verpflichtet, unverzüglich eine Meldung an die FIU zu erstatten, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Zusammenhang steht.

1. Ursprüngliche Regelung des § 13 GwG 1993

10 Diese Regelung geht auf § 13 GwG 1993 (<u>BGB. I 1993, S. 1770</u>) zurück. Danach waren die für die Aufsicht der zur Geldwäsche-Compliance verpflichteten Unternehmer zuständigen Behörden verpflichtet, eine Anzeige bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu erstatten, wenn sie Tatsachen feststellten, die auf eine Straftat nach § 261 StGB schließen ließen. Diese Regelung stellte eine Umsetzung von Art. 10 der <u>Richtlinie 91/308/EWG</u> vom 10.6.1991 dar, der folgendes anordnete:

"Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die zuständigen Behörden die für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden unterrichten, wenn sie bei der Überprüfung von Kredit- oder Finanzinstituten oder bei anderen Gelegenheiten auf Tatsachen stoßen, die auf eine Geldwäsche hindeuten."

- 11 In der Begründung noch zu § 14 des Entwurfs des ersten GwG vom 29.5.1992 (<u>BT-Drs. 12/2704</u>, S. 19) heißt es hierzu, die Vorschrift normiere eine Verdachtsanzeigepflicht der jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden, weil diese aufgrund ihrer Aufgaben (wie z.B. Betriebsprüfungen) in besonderem Maße in der Lage seien, Anhaltspunkte für Geldwäsche im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb der beaufsichtigten Unternehmen und Personen zu finden. Es handelte sich damit um eine Entsprechung zur Verdachtsanzeigepflicht für Finanzunternehmen (§ 11 GwG 1993).
- 12 In dieser Fassung des Gesetzes traten naturgemäß noch keine Probleme mit beruflichen Verschwiegenheitspflichten auf, weil es ausschließlich um die Aufsicht über Finanzinstitute und Versicherungsgesellschaften ging, denen keine besonderen Geheimhaltungspflichten aus einem geschützten Berufsgeheimnis zustanden (vgl. Häberle in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand 212. EL Januar 2017, § 14 GwG Rn. 3).

2. Neuerung durch die 2. Geldwäscherichtlinie

- Die <u>RL 2001/97/EG</u> brachte eine wesentliche Änderung der Gesamtbedingungen mit sich, weil sie die Mitgliedstaaten in Art. 2a Nr. 5 nun verpflichtete, auch die Angehörigen der Rechtsberatungsberufe bei geldwäschegeneigten Tätigkeiten in den Kreis der Pflichtigen einzubeziehen. Art. 6 Abs. 3 <u>RL 2001/97/EG</u> sah jedoch vor, dass für die Verdachtsmeldungen des Notars, Rechtsanwalts etc. die Meldung über die jeweilige Berufskammer möglich sein müsse und die Mitgliedstaaten eine angemessene Form der Zusammenarbeit zwischen den Berufskammern und den zuständigen Verfolgungsbehörden zu finden haben.
- 14 In Erwägungsgrund 20 der <u>RL 2001/97/EG</u> heißt es hierzu:

"Um der beruflichen Schweigepflicht, zu der Notare und selbstständige Angehörige von Rechtsberufen ihren Klienten gegenüber verpflichtet sind, in angemessenem Maße Rechnung zu tragen, sollten die Mitgliedstaaten die Anwaltskammer oder eine andere Selbstverwaltungseinrichtung für selbstständige Berufe als die Einrichtung bestimmen können, an die Angehörige dieser Berufe Meldungen über etwaige Fälle der Geldwäsche richten können. Die Regeln für die Bearbeitung der an diese Einrichtungen ergangenen Meldungen und ihre etwaige Weiterleitung an 'die für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständigen Behörden' und allgemein die angemessenen Formen der Zusammenarbeit zwischen den Anwaltskammern oder den Berufsverbänden und diesen Behörden sollten von den Mitgliedstaaten festgelegt werden."

15 Soweit es den Schutz des Berufsgeheimnisses der Beratungsberufe anging, ließ das Recht der Europäischen Gemeinschaften keine Zweifel daran, dass es den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandanten bzw. Parteien und Rechtsberater akzeptierte und als elementar wichtig erachtete. Hierzu heißt es in Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2001/97/EG:

"Die Mitgliedstaaten sind nicht gehalten, die in Absatz 1 vorgesehenen Verpflichtungen auf Notare, selbstständige Angehörige von Rechtsberufen, Abschlussprüfer, externe Buchprüfer und Steuerberater anzuwenden, wenn es sich um Informationen handelt, die diese von einem oder über einen ihrer Klienten im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für diesen erhalten oder erlangen oder die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Verteidiger oder Vertreter dieses Klienten in einem Gerichtsverfahren oder betreffend ein solches, einschließlich einer Beratung über das Betreiben oder Vermeiden eines Verfahrens, vor oder nach einem derartigen Verfahren bzw. während eines derartigen Verfahrens erhalten oder erlangen."

16 Mit Gesetz v. 8.8.2002 (BGBl. I S. 3105) wurden diese Vorgaben in deutsches Recht umgesetzt und in § 3 Abs. 1 GwG 2002 die Pflichten der Notare etc. zur Identifizierung, Auskunftserteilung Verdachtsmeldung aufgenommen, soweit es die als geldwäschegeneigt angesehenen Geschäftsbereiche (Immobilien, Geschäftsanteile, Vermögensverwaltung etc.) betraf. In § 11 Abs. 3 GwG 2002

wurde jedoch ausdrücklich ein umfassender Schutz solcher Informationen vor Offenbarung vorgesehen, die aus Rechtsberatung und Prozessvertretung erlangt waren. Die Vorschrift lautete nun:

"Abweichend von Absatz 1 Satz 1 sind die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 genannten Personen nicht zur Anzeige verpflichtet, wenn dem Geldwäscheverdacht Informationen von dem oder über den Mandanten zugrunde liegen, die sie im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung dieses Mandanten erhalten haben. Die Anzeigepflicht bleibt bestehen, wenn die in Satz 1genannten Personen wissen, dass der Mandant ihre Rechtsberatung bewusst für den Zweck der Geldwäsche in Anspruch nimmt.

- 17 In § 11 Abs. 4 GwG 2002 wurde die Abgabe der Anzeige von Angehörigen der Rechtsberatungsberufe über die jeweilige Berufskammer geregelt, wie es die 2. Geldwäscherichtlinie als Option für die Mitgliedstaaten in Art. 6 Abs. 3 vorsah.
- 18 § 13 GwG wurde im Jahr 2002 lediglich dahingehend ergänzt, dass nun auch Verdachtsfälle der Terrorismusfinanzierung als für Behörden meldepflichtig aufgenommen wurden. Die zuständige Aufsichtsbehörde für die Notare war nach § 16 GwG 2002 weiterhin die nach Bundes- oder Landesrecht zuständige Behörde, während für die Entgegennahme und Weiterleitung der Verdachtsmeldungen nach § 11 Abs. 4 GwG 2002 die Bundesnotarkammer bzw. die oberste Landesbehörde zuständig war. Eine Regelung zur Erstreckung des Berufsgeheimnisses auf die Aufsichtsbehörden existierte in dieser Fassung des Geldwäschegesetzes noch nicht und wurde auch soweit ersichtlich noch nicht diskutiert.
- 19 Das könnte darin begründet gewesen sein, dass die Vorschrift über die Meldepflicht der Aufsichtsbehörden nach den Jahresberichten der BKA (FIU) bis 2005 kaum eine praktische Rolle spielte, es gab nur wenige Anzeigen der Aufsichtsbehörden; zudem war die rechtliche Notwendigkeit der Vorschrift streitig (vgl. *Langweg* in ders., GwG, 5. Aufl. 2006, § 13 Rn. 3 f.).

3. Präzisierungen der 3. Geldwäscherichtlinie

- 20 Es folgte am 25.10.2005 die sog. 3. Geldwäscherichtlinie der EG (RL 2005/60/EG). In Art. 25 war nun die vormals in Art. 10 Abs. 1 RL 2001/97/EG verankerte Pflicht zur Verdachtsmeldung durch die Aufsichtsbehörden enthalten. Die Mitgliedstaaten hatten danach dafür zu sorgen, dass die Aufsichtsbehörden alle Tatsachen melden, die mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Zusammenhang stehen könnten, und auf die sie bei ihren Aufsichtsaufgaben nach dem Geldwäscherecht oder bei anderer Gelegenheit stoßen. Im Kontext der Meldepflichten für die in Kammern organisierten Beratungsberufe betonte Art. 23 Abs. 2 RL 2005/60/EG ausdrücklich die Zulässigkeit der Ausnahmen von der Meldepflicht für Informationen, die aus der Rechtsberatung und der Prozessvertretung erlangt wurden.
- 21 Erwägungsgrund 20 <u>RL 2005/60/EG</u> formulierte insofern unmissverständlich das Bedürfnis, das Vertrauensverhältnis zwischen den Angehörigen der Rechtsberatungsberufe und ihren Klienten zu schützen:

"Wenn selbstständige Angehörige von Berufen der Rechtsberatung, die gesetzlich anerkannt sind und überwacht werden, wie beispielsweise Rechtsanwälte, die Rechtslage für einen Klienten beurteilen oder einen Klienten in einem gesetzlich normierten Verfahren vertreten, wäre es nach dieser Richtlinie allerdings nicht angebracht, diese Berufszweige im Hinblick auf diese Tätigkeiten zur Meldung des Verdachts auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zu verpflichten. Es müssen Freistellungen von der Pflicht zur Meldung von Informationen vorgesehen werden, die vor, während oder nach einem Gerichtsverfahren oder im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für einen Klienten erlangt wurden. Folglich unterliegt die Rechtsberatung weiterhin der beruflichen Geheimhaltungspflicht, es sei denn, der Rechtsberater ist an Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung beteiligt, die Rechtsberatung wird zum Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung erteilt oder der Rechtsanwalt weiß, dass der Klient die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung in Anspruch nimmt."

- 22 Art. 23 Abs. 1 und <u>RL 2005/60/EG</u> stellte zudem klar, dass die Mitgliedstaaten, soweit sie die Verdachtsmeldung durch Berufsträger der Beratungsberufe bei einer Selbstverwaltungseinrichtung normierten, regeln durften.
- 23 Diese Vorgaben setzte der deutsche Gesetzgeber mit dem Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz vom 13.8.2008 (<u>BGBl. I 1690</u>) in nationales Recht um, restrukturierte das GwG in einigen Punkten und schuf § 14 GwG Abs. 1 GwG, der § 13 a.F. im Wesentlichen entsprach:
 - "(1) Die nach § 16 Abs. 2 zuständigen Behörden haben bei Feststellung von Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass eine Straftat nach § 261 des Strafgesetzbuches oder eine Terrorismusfinanzierung begangen oder versucht wurde oder wird, diese unverzüglich der zuständigen Strafverfolgungshehörde und in Kopie dem Bundeskriminalamt Zentralstelle für Verdachtsanzeigen anzuzeigen."
- Die Begründung des Gesetzesentwurfs sah in dieser Änderung lediglich redaktionelle Folgeergänzungen und in der Forderung nach einer Übermittlung der Kopie an das BKA eine Anpassung an § 11 Abs. 1 S. 1 GwG, der in der parallelen Meldepflichtregelung für die verpflichteten Unternehmer eben diese Vorgehensweise vorsah (BR-Drs. 168/08). Die nach § 16 Abs. 2 GwG zuständige Aufsichtsbehörde war für die Notare der jeweilige Präsident des Landgerichts nach § 92 Nr. 1 BNotO. Die Verdachtsmeldungen hatten jedoch nach § 11 Abs. 4 GwG 2008 an die Bundesnotarkammer zu erfolgen, die die Anzeige an die FIU weiterzuleiten hatte, und dabei eine Stellungnahme abgeben konnte.

4. Schaffung der Sonderregeln in § 14 Abs. 1 S. 2 und § 16 Abs. 4 GwG 2011

- § 14 Abs. 1 GwG 2008 wurde durch Art. 1 Nr. 15 des Gesetzes zur Optimierung der Geldwäschebekämpfung v. 22.12.2011 (BGBl. I 2959) umformuliert und nun um den hier besonders bedeutsamen Satz 2 ergänzt:
 - "(1) Liegen Tatsachen vor, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 des Strafgesetzbuchs handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen, hat die nach § 16 Absatz 2 zuständige Behörde diese Tatsachen unverzüglich dem Bundeskriminalamt Zentralstelle für Verdachtsmeldungen und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden. Für die Behörden gemäß § 16 Absatz 2 Nummer 4 bis 8 findet § 11 Absatz 3 entsprechende Anwendung." (Hervorhebung nur hier)
- 26 Im Regierungsentwurf vom 27.5.2011 (<u>BR-Drs. 317/11</u>) und vom 17.8.2011 (<u>BT-Drs. 17/6804</u>) war diese Regelung des Satzes 2 noch nicht enthalten. Erst die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (7. Ausschuss) vom 30.11.2011 (<u>BT-Drs. 17/7950</u>, S. 19) sah die Ergänzung um diesen Satz vor. Im Bericht des Ausschusses vom 1.2.2011 (<u>BT-Drs. 17/8043</u>, S. 14) heißt es hierzu:
 - "Für die Verpflichteten gemäß § 2 Absatz 1 Nummer 7 und 8 des Geldwäschegesetzes (Berufsgeheimnisträger) sollen die Meldepflichten weiterhin nur eingeschränkt gelten, um den berufsrechtlichen Schweigepflichten Rechnung zu tragen. Eine entsprechende Anpassung soll nun für die jeweiligen Aufsichtsbehörden erfolgen, um zu verhindern, dass für die Verpflichteten zwar eine Ausnahme der Meldepflicht greift, die jeweilige Aufsichtsbehörde jedoch weiterhin zur Meldung verpflichtet bleibt. Dies kann in bestimmten Konstellationen zu Wertungswidersprüchen führen und die Ausnahmeregelung des § 11 Absatz 3 des Geldwäschegesetzes unterlaufen. Es ist daher folgerichtig, die Ausnahmeregelung in entsprechender Anwendung auch auf die jeweilige Aufsichtsbehörde zu erstrecken."
- Aus dieser neuen Regelung ergab sich nun nicht nur ein *Recht* der Aufsichtsbehörde die Auskunft zu verweigern bzw. keine Meldung bei der FIU zu erstatten, sondern eine Schweige*pflicht*. Denn die Vorschrift erstreckte die originäre berufliche Geheimhaltungspflicht auf die Aufsichtsbehörde und wäre leergelaufen, wenn sie lediglich ein Recht formuliert hätte, die Auskunft zu verweigern (so *Häberle* in Erbs/Kohlhaas, Stand Januar 2017, GwG § 14 Rn. 3).

28 In der Literatur wurde diese Anpassung und Begrenzung der Meldepflicht von Aufsichtsbehörden an die Pflichten der beaufsichtigten Berufsträger als Klarstellung verstanden (vgl. Herzog/Achtelik in Herzog, GwG, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 3):

"Im Rahmen der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention vom 22.12.2011 wurde zudem klargestellt, dass für Behörden im Sinne von § 16 Abs. 2 Nr. 4 bis 8 GwG, mithin Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Wirtschafts- und Steuerberaterkammern sowie der Präsident des Landgerichts im Hinblick auf Notare, § 11 Abs. 3 GwG entsprechende Anwendung findet. Entsprechend § 11 Abs. 3 GwG sind die vorstehend genannten Behörden nicht zur Meldung verpflichtet, wenn sich der meldepflichtige Sachverhalt auf Informationen bezieht, die im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten wurden. Die Meldepflicht bleibt aber dann bestehen, wenn der Vertragspartner die Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hatte."

- 29 Häberle (in Erbs/Kohlhaas, Stand Januar 2017, GwG § 14 Rn. 3) sah die Vorschrift als Regelung zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen an, die dadurch entstanden waren, dass die Aufsichtsbehörden auf Kenntnisse zurückgreifen können, die von der beruflichen Schweigepflicht umfasst sind.
- Zudem wies er (in Erbs/Kohlhaas, Stand Januar 2017, GwG § 14 Rn. 3) darauf hin, dass die Regelung mit den Vorschriften des § 16 Abs. 3, 4 GwG 2011 (Art. 5 Nr. 2 d G. v. 21.6.2011, BGBl. I 1126, 1166) korrespondierte, die etwas früher eingeführt worden war. Dort war einerseits geregelt (Absatz 3), dass die Verpflichteten eine umfassende Auskunftspflicht gegenüber den für die Geldwäschebekämpfung zuständigen Behörden hatten, die auch ohne Anlass die Durchführung von Geldwäschebekämpfungspflichten überprüfen können. Andererseits (Absatz 4) wurde aber neben einem Zeugnisverweigerungsrecht i.S.v. § 383 ZPO auch ein Auskunftsverweigerungsrecht für die Pflichtigen nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 und 8, also insbesondere Notare, festgeschrieben (§ 16 Abs. 4 S. 2 GwG 2011). Diese Regelung in § 16 Abs. 4 GwG 2011 lautete:

"Verpflichtete im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 7 und 8 können die Auskunft auch auf solche Fragen verweigern, wenn sich diese auf Informationen beziehen, die sie im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten haben. Die Pflicht zur Auskunft bleibt bestehen, wenn der Verpflichtete weiß, dass der Vertragspartner seine Rechtsberatung für den Zweck der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt."

31 Die umfassende Auskunftspflicht gegenüber den Behörden war seinerzeit – ebenso wie das korrespondierende Auskunftsverweigerungsrecht – vom Finanzausschuss (Beschl. v. 6.4.2011, BT-Drs. 17/5403, S. 89) vorgeschlagen worden. Mit der umfassenden Regelung der Auskunfts- und Mitwirkungspflicht sollte eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden. Zum Schweigerecht formuliert der Bericht des Ausschusses vom 7.4.2011 (BT-Drs. 17/5417, S. 14):

"Der neue § 16 Absatz 4 soll sicherstellen, dass das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen auch im Rahmen dieses Gesetzes zur umfassenden Aussageverweigerung berechtigt."

5. Die Novelle zur Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie der EU

- 32 In Art. 36 <u>RL (EU) 2015/849</u> vom 5.6.2015 formulierte das Europäische Geldwäschebekämpfungsrecht nun die Vorgaben für die Meldepflicht der Behörden neu, ohne allerdings in der Sache Weiterungen zu regeln oder das Berufsgeheimnis anzusprechen:
 - (1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in Artikel 48 genannten zuständigen Behörden die zentrale Meldestelle umgehend unterrichten, wenn sie im Rahmen von Kontrollen von Verpflichteten oder bei anderen Gelegenheiten Tatsachen aufdecken, die mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen könnten.
 - (2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Aufsichtsbehörden, die aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zur Überwachung der Aktien-, Devisen- und Finanzderivatemärkte befugt sind, die zentrale

Meldestelle unterrichten, wenn sie Tatsachen aufdecken, die mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen könnten.

- 33 § 14 Abs. 1 GwG 2011 blieb bis zur Reform des GwG im Jahr 2017 unverändert und wurde dann durch das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 23.6.2017 in § 44 Abs. 1 GwG 2017 überführt. Die Vorschrift erhielt nun folgende Fassung:
 - "(1) Liegen Tatsachen vor, die darauf hindeuten, dass ein Vermögensgegenstand mit Geldwäsche oder mit Terrorismusfinanzierung im Zusammenhang steht, meldet die Aufsichtsbehörde diese Tatsachen unverzüglich der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen."
- Der Referentenentwurf zu dieser Vorschrift (§ 40 GwG-RefE) aus dem Bundesministerium der Finanzen vom 15.12.2016 sah diese Regelung bereits wörtlich so vor, die dann auch in den Regierungsentwurf vom 23.2.2017 (BR-Drs. 182/17, S. 58; ferner BT-Drs. 18/11555, S. 49, 157 vom 17.3.2017) Eingang fand. In der Begründung des Referentenentwurfs (S. 164; vgl. auch BT-Drs. 182/17, S. 183) heißt es hierzu:

"Zu § 40 (Meldepflicht von Aufsichtsbehörden)

Diese Norm entspricht weitestgehend dem § 14 GwG bisherige Fassung. Sie dient der Umsetzung von Artikel 36 in Verbindung mit Artikel 32 Absatz 3 der Vierten Geldwäscherichtlinie. Aufsichtsbehörden haben verdächtige Sachverhalte, die ihnen im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit oder auf sonstige Weise bekannt werden, der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zu melden."

Mit der Formulierung des § 44 Abs. 1 GwG 2017 – der im GwG 2020 unverändert enthalten ist – wurde letztlich die Formulierung des Art. 36 RL (EU) 2015/849 so exakt wie möglich übernommen. Die Frage, welche Folgen der damit verbundene Wegfall des § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 haben würde, wurde – soweit aus den Gesetzgebungsmaterialen ersichtlich – nicht diskutiert. Zu konstatieren ist allerdings, dass eine Regelung wie § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 im GwG 2020 nicht mehr enthalten ist.

6. Fehlen einer § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 entsprechenden Regelung als Redaktionsversehen

- Zum Teil wird der Wegfall dieser besonderen Regelung zum Schutz des Beratungsgeheimnisses in der Literatur schlicht als "unbefriedigend" kritisiert, ohne daraus jedoch Folgerungen zu ziehen (Pelz in Beck-OK/GwG, 1.8.2019, § 44 Rn. 5). Andere erklären die Gesetzesfassung mit einem Redaktionsversehen, so dass durch Auslegung letztlich weiterhin davon ausgegangen werden müsse, dass die Aufsichtsbehörde der Beratungsberufe die berufliche Schweigepflicht zu wahren habe, wenn sie geschützte Informationen aus Rechtsberatung und Prozessvertretung im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit erlangt.
- 37 So heißt es bei Baretto de Rosa (in Herzog, GwG, 3. Aufl. 2018 § 44 Rn. 4):
 - "Da die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie ausführt, § 44 entspräche "weitestgehend dem § 14 GwG bisherige Fassung" (BT-Drs. 18/11555, S. 157) dürfte davon ausgegangen werden können, dass es sich beim Weglassen einer entsprechenden Regelung hier lediglich um ein redaktionelles Versehen handelt, da angesichts einer derartig bedeutsamen Änderung des Normgehalts andernfalls eine (ausführliche) Begründung zu erwarten wäre. Auch in der Sache sind keine Gründe ersichtlich, welche die Streichung der erst 2011 eingeführten Regelung erforderlich machen könnte. De lege ferenda ist mithin auf eine Ergänzung von § 44 Abs. 1 um einen Satz 2 zu hoffen im Sinne von "Für die Behörden gemäß § 50 Nummer 3 bis 7 findet § 43 Absatz 2 entsprechende Anwendung."
- 38 Gegen die These von einem Redaktionsversehen mag sprechen, dass der Gesetzgeber die hier relevante Vorschrift erst wenige Jahre zuvor (2011) eingeführt hatte und dann zu der ursprünglich bereits im Regierungsentwurf 2011 geplanten Regelung ohne Erstreckung des Geheimnisschutzes auf die Aufsichtsbehörde zurückkehrt. Man könnte erwägen, ob darin nicht eine bewusste Entscheidung für eine umfassende Pflicht der Aufsichtsbehörden zur Mitwirkung liegen könnte.

Der Gesetzgeber könnte sich also schlicht anders besonnen haben, und diese Entscheidung wurde im Gesetzgebungsverfahren auch nicht mehr korrigiert. Es heißt auch in der Begründung der Entwürfe nicht, die Vorschrift des § 44 Abs. 1 GwG-E sei "identisch" mit § 14 Abs. 1 GwG a.F., sondern entspreche der alten Regelung "weitestgehend".

- 39 Für ein Redaktionsversehen sprechen jedoch zunächst tatsächliche Gründe, wie etwa der Zeitdruck, der bei Erlass des Gesetzes herrschte. Der erste 187seitige Entwurf dieses umfangreichen und ausgesprochen komplexen Gesetzeswerks, das eine grundlegenden Umstrukturierung des deutschen Geldwäschebekämpfungsrechts bringen musste, stammte vom 15.12.2016. Die Frist zur Umsetzung lief am 26.6.2017 ab. Das Gesetz war also besonders eilbedürftig − und auch ausdrücklich so gekennzeichnet (BT-Drs. 18/11155, S. 5) − und weist auch an einigen anderen Stellen Fehlverweise, Begründungsmängel und Ungereimtheiten auf. Auch die Formulierung des § 44 GwG lässt den Eindruck entstehen, dass ohne nähere Auseinandersetzung in der Sache Art. 36 RL (EU) 2015/849 in das Gesetz transformiert wurde, um mögliche (unionsrechtliche) Fehler bei der Umsetzung zu vermeiden. Die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes spricht daher tatsächlich für ein Redaktionsversehen.
- 40 Hiergegen lässt sich auch nicht einwenden, dass bei einem Redaktionsversehen doch davon auszugehen wäre, dass dieser Fehler angesichts der Kritik aus der Literatur bei der nächsten Änderung des Gesetzes behoben worden wäre. Denn der 146seitige Regierungsentwurf des Gesetzes zur Änderung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie stammt vom 9.8.2019 (BR-Drs. 352/19), und das Gesetz wurde am 12.12.2019 vom Deutschen Bundestag verabschiedet (BGBl. I 2602). Insofern handelt es sich also ebenfalls um ein mit großer Eile durchgeführtes Gesetzesvorhaben.

II. Systematische Gründe für eine Erstreckung des Berufsgeheimnisses auf Aufsichtsbehörden

Wichtiger aber noch als diese praktischen Erwägungen sind die Wechselbezüge zu anderen Vorschriften des Geldwäschegesetzes, die den Schutz des Beratungs- und Prozessvertretungsgeheimnisses gewährleisten sollen und mit denen es zu systematischen Brüchen käme, wollte man annehmen, die Aufsichtsbehörde sei nicht an das Berufsgeheimnis der beaufsichtigten Berufsträger gebunden. Das wird mit Blick auf diese anderen Regeln deutlich, die im deutschen Geldwäschebekämpfungsrecht geschaffen wurden, um die Informationen zu schützen, die aus Rechtsberatung und Prozessvertretung erlangt wurden. Denn das Geldwäschegesetz normiert einen umfassenden Schutz dieser Vertrauensschutzinteressen, soweit keine Korrumpierung des Beraters vorliegt:

1. Keine Pflicht zu Auskunftserteilung über Mandate (§ 6 Abs. 6 S. 2 GwG)

- 42 Nach § 6 Abs. 1 GwG haben Verpflichtete in Umsetzung von Art. 42 RL (EU) 2015/849 risikoangemessene interne Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Die Verpflichteten müssen daher grundsätzlich auch durch entsprechende Maßnahmen gewährleisten, dass sie der FIU oder auf Anfragen
 anderer zuständiger Behörden Auskunft darüber geben können, ob sie während eines Zeitraums
 von fünf Jahren vor der Anfrage mit bestimmten Personen eine Geschäftsbeziehung unterhalten
 haben und welcher Art diese Geschäftsbeziehung war.
- 43 Auch für die Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 und 12 GwG, also insbesondere Notare, gilt diese Verpflichtung dem Grunde nach. Sie dürfen und müssen jedoch die Auskunft auf Ersuchen der zuständigen Behörde verweigern, wenn sich die Anfrage auf Informationen bezieht, die sie im Rahmen von Tätigkeiten der Rechtsberatung oder Prozessvertretung erhalten haben, es sei denn sie wissen, dass ihre Dienste für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung missbraucht worden sind oder werden.
- 44 Es gilt also hier das berufliche Schweigerecht und mithin die Schweigepflicht gegenüber Auskunftsersuchen der FIU und aller anderen zuständigen Behörden (vgl. <u>BR-Drs. 182/17</u>, S. 128). Das schließt auch die nach § 50 Nr. 5 GwG für die Aufsicht über die Notare zuständige Behörde

- (Präsident des Landgerichts) ein. Denn die in § 6 Abs. 6 GwG angesprochene zuständige Behörde kann nur die für die geldwäscherechtliche Aufsicht zuständige Behörde sein.
- 45 Der Notar darf und muss also der Meldebehörde (FIU) gegenüber ebenso wie seiner Aufsichtsbehörde (§ 50 Nr. 5 GwG) die Auskunft über vom Beratungsgeheimnis umfasste Informationen verweigern, wenn diese Behörden Auskünfte zu Zwecken der Geldwäschebekämpfung verlangen.

2. Keine Pflicht zum Abbruch des Mandats (§ 10 Abs. 9 GwG)

- 46 Auch § 10 Abs. 9 GwG beinhaltet eine vergleichbare Regelung. Diese hat zwar auf den ersten Blick wenig mit der hier zu erörternden Frage zu tun, doch macht auch diese Vorschrift die Relevanz deutlich, die der Gesetzgeber dem Vertrauensverhältnis zwischen Berater und Mandant bzw. Partei einerseits und der vertrauensvollen Rechtsberatung andererseits beigemessen hat. Der Pflichtige nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 und 12 GwG hat anders als alle anderen Verpflichteten nicht die Pflicht eine Geschäftsbeziehung abzubrechen, wenn er die allgemeinen Sorgfaltspflichten aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GwG (Identifizierung, Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten) etc. nicht erfüllen kann.
- 47 Er darf soweit er keine Beihilfe zur Geldwäsche oder andere rechtswidrige Handlungen begeht das Mandat weiterführen, soweit er keine Kenntnis hat, dass seine Leistung für Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung missbraucht wird. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine Umsetzung von Art. 14 Abs. 4 UAbs. 2 RL (EU) 2015/849, der den Mitgliedstaaten eine solche Regelung nicht nur als Option zugesteht, sondern anordnet, dass die Mitgliedstaaten in den Fällen der Rechtsberatung und Prozessvertretung von der Pflicht zum Abbruch des Mandats absehen. Damit wird deutlich, welche wichtige Rolle auch die Europäische Union der fairen und vertrauensvollen Rechtsberatung als Grundlage eines effektiven Rechtsschutzes als Ausfluss von Rechtsstaatlichkeit beimisst.

3. Keine Pflicht zur Auskunft nach § 30 Abs. 3 (§ 30 Abs. 3 S. 2 GwG)

- Nach § 30 Abs. 3 GwG darf die FIU unabhängig vom Vorliegen einer Meldung Informationen von jedem Verpflichteten einholen und Auskünfte verlangen, soweit das zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Auch diese Verpflichtung muss und darf der Notar dann nicht erfüllen, wenn es sich um Anfragen handelt, die Informationen aus der Rechtsberatung oder Prozessvertretung handelt, soweit er nicht ausnahmsweise um den Missbrauch seiner Dienstleistung für Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung weiß (vgl. zu den Einzelheiten *Baretto de Rosa* in Herzog, GwG, 3. Aufl. 2018, § 30 Rn. 17 ff.).
- 49 Die Begründung im Entwurf zu dieser Regelung (<u>BR-Drs. 182/17</u>, S. 163 = <u>BT-Drs. 18/11555</u>, S. 141) wird ein weiteres Mal deutlich, welchen Stellenwert auch der bundesdeutsche Gesetzgeber der vertrauensvollen Rechtsberatung und Prozessvertretung einräumt:

"Zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen bestimmten Berufsgeheimnisträgern und Personen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen, werden Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und andere Verpflichtete nach § 2 Absatz 1 Nummer 10 und 12 von der Verpflichtung befreit, der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen Auskünfte nach Satz 1 zu übermitteln. Dies entspricht den Vorgaben von Artikel 34 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 33 Absatz 1 Buchstabe b der Vierten Geldwäscherichtlinie. Das Recht, Auskünfte zu verweigern, ist dabei in seinem Umfang auf die im Rahmen der Berufsausübung anvertrauten oder bekanntgewordenen Tatsachen begrenzt, soweit die zuvor genannten Verpflichteten diese im Rahmen der Rechtsberatung oder der Prozessvertretung des Vertragspartners erhalten haben."

4. Keine Meldepflicht nach § 43 Abs. 1 GwG (§ 43 Abs. 2 GwG)

50 Auch bei der Verdachtsmeldepflicht greift die Schweigepflicht des Beraters ein. Wenn es sich um Informationen handelt, die er im Rahmen einer Rechtsberatung oder Prozessvertretung erlangt hat,

hat er auch dann weder eine Pflicht noch das Recht diesen Sachverhalt der FIU mitzuteilen, wenn es sich um einen Verdachtsfall handelt, solange er nicht weiß, dass seine Dienstleistung für Straftaten missbraucht wird.

Der Gesetzesentwurf sieht diese Regelung als Umsetzung von Art. 34 Abs. 2 RL (EU) 2015/849 an (vgl. BR-Drs. 182/17, S. 183 = BT-Drs. 18/11555, S. 157). Die Feststellung in der Begründung des Entwurfs – bereits enthalten in der Begründung zum Referentenentwurf v. 15.12.2016 (S. 183) –, es handele sich um eine wörtliche Übernahme von § 11 Abs. 4 GwG a.F. ist allerdings ungenau. Übernommen wurde § 11 Abs. 3 GwG i.d.F. v. 22.12.2011 (BGBl. I 2959, 2965).

5. Keine Mitwirkungspflicht nach § 52 GwG (§ 52 Abs. 5 GwG)

- 52 Schließlich findet sich auch in § 52 Abs. 5 GwG eine Ausnahme von der allgemeinen Mitwirkungspflicht für Notare, Rechtsanwälte etc. Nach § 52 Abs. 1 GwG haben auch Notare als nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG Verpflichtete der für ihre geldwäscherechtliche Aufsicht nach § 50 Nr. 5 GwG zuständigen Aufsichtsbehörde auf Verlangen unentgeltlich Auskunft über alle Geschäftsangelegenheiten und Transaktionen zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die für die Einhaltung der im Geldwäschegesetz festgelegten Anforderungen von Bedeutung sind. Damit gehen auch Betretungsrechte etc. einher.
- 53 Doch regelt das GwG auch hier eine Ausnahme zum Schutz des Vertrauensverhältnisses in Rechtsberatung und Prozessvertretung. § 52 Abs. 5 GwG gibt den nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 und 12 GwG Verpflichteten das Recht die Auskunft auf Fragen zu verweigern, wenn sich diese auf Informationen beziehen, die die Berufsträger im Rahmen der Rechtsberatung und Prozessvertretung erlangt haben, solange diese Leistungen nicht zu Zwecken der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung missbraucht werden.
- Die Vorschriften von § 52 Abs. 4 und 5 GwG 2017 entsprechen nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (BT-Drs. 18/11555, S. 161) dem vormals geltenden § 16 Abs. 4 GwG 2011. Diese Regelung war durch Art. 5 OGAW-IV-UmsG vom 22.6.2011 (BGBl. I 1126) im Zuge der Umsetzung von Art. 37 RL 2005/60/EG eingeführt worden, der die effektive Ausführung der Aufsichtsaufgaben der zuständigen Behörden vorgab. Damit machte der Gesetzgeber deutlich, dass auch bei dieser Art der Aufgabenerfüllung die umfassenden Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen und darunter wurden auch die beruflichen Zeugnisverweigerungsrechte aus § 53 StPO verstanden gewahrt bleiben müssen (BT-Drs. 17/5417, S. 14).

6. Systematische Gesamtbewertung

- Damit wird deutlich, welchen hohen Stellenwert das Geldwäschegesetz der vertrauensvollen Rechtsberatung und Prozessvertretung beimisst. Der Berater muss bei einem Konflikt mit dem Berufsgeheimnis in Fällen der Rechtsberatung und Prozessvertretung keiner Behörde Auskunft erteilen, er muss nicht melden und nicht mitwirken, er muss Mandate nicht abbrechen. Er darf sogar dann die Auskunft gegenüber der Aufsichtsbehörde verweigern, wenn es um die Erfüllung seiner eigenen Pflichten im Kontext der Geldwäsche-Compliance geht. Damit ist der Berater in keinem Fall verpflichtet und mit Blick auf die jeweiligen Vorschriften über sein Berufsgeheimnis (z.B. § 18 BNotO, § 43a Abs. 2 BRAO, § 57 Abs. 1 StBerG, § 57b Abs. 1 WPO etc.) und § 203 StGB auch nicht berechtigt, an der Offenbarung von in der Beratung oder Prozessvertretung erlangten Informationen mitzuwirken.
- Dieser in fünf unterschiedlichen detaillierten Vorschriften des Geldwäschegesetzes für mögliche Mitwirkungssituationen konstruierte und in den europäischen Geldwäscherichtlinien der vorausgesetzte umfassende Schutz würde konterkariert und entwertet, wollte man annehmen, dass die Behörde, soweit sie nicht als Geldwäscheaufsichtsbehörde auftritt, sondern als Behörde der allgemeinen Berufsaufsicht, nun auf alle Akten zugreifen könne und alle Informationen nach § 44 GwG auch an die FIU weitergeben müsse. Das würde nämlich zu der widersprüchlichen Situation führen, dass die FIU eine Information, die sie über eine unmittelbare Auskunftsanfrage beim Notar nicht

- erhalten würde, weil dessen Auskunftsverweigerungsrechte/-pflichten greifen, durch eine Anfrage nach § 31 GwG bei der Aufsichtsbehörde erhielte. Denn diese könnte sich die Akte einfach nach § 93 BNotO vorlegen lassen, um sie dann an die FIU weiterzugeben.
- 57 Hier kann auch nicht argumentiert werden, der Gesetzgeber habe sich mit dem Wegfall von § 14 Abs. 1 S. 2 GwG 2011 bewusst für eine solche Rechtslage entschieden, denn ein solches Verhalten wäre widersprüchlich und missbräuchlich. Es darf einem rechtsstaatlichen Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er wolle die Grundlagen einer effektiven und fairen Rechtsberatung und Prozessvertretung schützen und gleichzeitig durch die "Hintertür" eine Möglichkeit schaffen, genau diesen Schutz zu unterlaufen. Eine solche Argumentation, die dem Gesetzgeber Unredlichkeit unterstellt, ist zumindest dann unzulässig, wenn eine andere Lösung hier ein naheliegendes Redaktionsversehen denkbar ist.
- Das Umgehungsproblem kann hier wohl nur dahingehend gelöst werden, dass die Aufsichtsbehörde, die auf alle Akten und Informationen zugreifen kann, solche Akten oder Informationen an die FIU nicht ohne Zustimmung des Notars herausgeben darf, die unter das berufliche Schweigerecht/die Schweigepflicht fallen. Jede andere Lösung würde zu einem systematischen Bruch zumindest mit den Regelungen der §§ 6 Abs. 6, 30 Abs. 3, 43 Abs. 2; 52 Abs. 5 GwG führen und die Vorschriften zum Schutz vertrauensvoller Rechtsberatung und Prozessvertretung im Geldwäschegesetz weitgehend entwerten. Denn welchen Wert sollten solche Auskunftsverweigerungsrechte und Schweigepflichten gegenüber der FIU und der Aufsichtsbehörde noch haben, wenn letztere einfach durch einen Wechsel der Rechtsgrundlage und des Aufsichtsverfahrens (§ 93 BnotO) statt § 52 GwG oder § 30 GwG) auf die Informationen zugreifen könnte?

III. Verfassungsrechtliche Erwägungen für eine Erstreckung des Berufsgeheimnisses auf Aufsichtsbehörden

Neben den systematischen Argumenten sprechen auch verfassungsrechtliche Erwägungen für die Annahme eines Verbots der Übermittlung nach § 43 Abs. 2 GwG geschützter Informationen aus dem berufsrechtlichen Aufsichtsverfahren an die FIU. Denn auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine Umgehung des in §§ 6 Abs. 6, 30 Abs. 3, 43 Abs. 2; 52 Abs. 5 GwG gewährleisteten Berufsgeheimnisses durch die Informationsgewinnung über die Instrumente des allgemeinen Aufsichtsrechts zum Zwecke der Geldwäsche aus zumindest zwei Gründen unzulässig.

1. Verfassungsrechtliches Verbot der Zweckentfremdung von Daten ohne Ermächtigungsgrundlage

- Spätestens seit der Entscheidung im sog. Volkszählungsurteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts (Urt. v. 15.12.1983 1 BvR 209/83 u.a.; BVerfGE 65, 1 ff.) ist anerkannt, dass die Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten jeweils eigenständige Grundrechtseingriffe darstellen. Das Gericht formulierte in dieser Entscheidung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und leitete dieses Recht aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG her (BVerfGE 65, 1 [41 ff.]). Jeder staatliche Umgang mit Daten stellt demnach einen Eingriff in dieses Grundrecht dar, der zu seiner Rechtfertigung nicht nur eines überwiegenden Allgemeininteresses, sondern auch einer verfassungsgemäßen, vor allem verhältnismäßigen gesetzlichen Grundlage bedarf (BVerfGE 65, 1 [44]).
- Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich ein Rechtfertigungserfordernis für jeden Schritt des Umgangs mit fremden Daten, weil jeweils ein Eingriff in die Grundrechte der Bezugsperson der Daten erfolgt. Es ist also nicht nur die Erhebung von Daten, sondern auch für jede Speicherung, Weitergabe oder sonstige Verwendung als eigenständiger Grundrechtseingriff rechtfertigungsbedürftig. Es bedarf jeweils einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage.
- 62 Typischerweise ergibt sich die gesetzliche Grundlage einer Datenverwendung aus der Rechtfertigung für die Datenerhebung. Denn es wäre sinnlos und letztlich dann sogar unverhältnismäßig eine Regelung für die Datenerhebung zu schaffen, wenn die Daten nicht für einen legitimen

Zweck verwendet werden sollen. Anders sieht das jedoch aus, wenn Daten für einen Zweck erhoben werden, dann aber für einen anderen Zweck verwendet werden sollen (Zweckentfremdung), wie es hier im Raum steht: die Erhebung der Daten von einem Notar zum Zweck der allgemeinen Berufsaufsicht und Verwendung zum Zweck der Geldwäschebekämpfung.

- Die Bekämpfung der Geldwäsche wird allgemein als ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit angesehen, und dagegen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht auch nichts einzuwenden. Vorliegend geht es auch nicht um die Frage, ob die Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung durch die Geldwäschegesetzgebung als solche verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig sind. Auch die Berufsaufsicht ist ein wichtiger Belang der Allgemeinheit, der den Eingriff in die Datenhoheit des Notars selbst und der Personen rechtfertigen kann, die die Dienste des Notars in Anspruch genommen haben. Daher soll hier auch keineswegs an der grundsätzlichen Rechtfertigung der jeweiligen Datenerhebung und Datenverwendung zu dem jeweiligen Zweck gezweifelt werden.
- Problematisch ist jedoch die Erhebung von Daten (formal) zum Zweck der Berufsaufsicht, die dann für Zwecke der Geldwäschebekämpfung verwendet werden sollen. Hier steht zum einen ein Missbrauch im Raum. Wenn eine staatliche Aufsichtsbehörde sich auf spezifische Befugnisse beruft, obwohl sie andere Zwecke verfolgt, so stellt das eine rechtswidrige Zweckentfremdung dieser Befugnisse dar. Doch auch, wenn die Aufsichtsbehörde die Informationen in einem rein auf die Kontrolle der ordnungsgemäßen Berufsausübung gerichteten Verfahren erhebt und dabei Verdachtsmomente für eine Geldwäsche feststellt, kommt es zu einem Konflikt zwischen dem Interesse an der Geldwäschebekämpfung einerseits und dem Vertrauensverhältnis zwischen Notar und Mandanten bzw. den Parteien andererseits, wenn diese Daten zu Zwecken der Geldwäschebekämpfung (im weitesten Sinne) weitergegeben werden. § 44 GwG würde wörtlich genommen der Behörde auferlegen, die erlangten Informationen umgehend an die FIU weiterzugeben.
- Damit stellt sich die Frage, ob <u>§ 44 GwG</u> eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die Übermittlung solcher in einem anderen Aufsichtsverfahren erlangten Informationen aus Rechtsberatung und Prozessvertretung in ein Verfahren zur Geldwäschebekämpfungsaufsicht darstellt. Der Wortlaut des <u>§ 44 GwG</u> mag eine solche Lesart auf den ersten Blick zulassen, weil das Gesetz keine ausdrücklichen Einschränkungen der Mitteilungspflicht beinhaltet.
- Liest man die Vorschrift jedoch im Kontext der zuvor dargestellten Regelungen, die deutlich machen, dass das Geldwäschegesetz das Vertrauensverhältnis in Rechtsberatung und Prozessvertretung anerkennt und solche Informationen auch vor dem zwangsweisen Zugriff der FIU schützen soll, so wird diese Auffassung fraglich. Es erscheint vielmehr widersprüchlich, § 44 GwG als Ermächtigungsgrundlage für die Übermittlung solcher Daten an die FIU anzusehen, deren Herausgabe §§ 6 Abs. 6, 30 Abs. 3, 43 Abs. 2; 52 Abs. 5 GwG gerade verhindern sollen, um das Vertrauensverhältnis in Rechtsberatung und Prozessvertretung zu wahren.
- Wollte man § 44 GwG als Befugnis zur unbeschränkten Datenübermittlung an die FIU verstehen, so bedeutete dies, der Aufsichtsbehörde eine Befugnis zur Verwendung von Daten zu Zwecken der Geldwäschebekämpfung einzuräumen, die §§ 6 Abs. 6, 30 Abs. 3, 43 Abs. 2; 52 Abs. 5 GwG gerade vor der Offenbarung gegenüber der FIU schützen sollen. Daher ist aus den genannten Vorschriften des Geldwäschegesetzes herzuleiten, dass eine Übermittlung von nach § 43 Abs. 2 GwG geschützten Informationen aus dem allgemeinen Berufsaufsichtsverfahren für Notare nicht ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis an die FIU weitergeleitet werden dürfen.
- Informationssperren und Verwendungsbeschränkungen für Informationen, die für einen Zweck verwendet, für einen anderen möglicherweise sogar als noch wichtiger angesehenen Zweck aber nicht genutzt werden dürfen, ist auch keineswegs eine Neuheit oder ungewöhnlich. Das machen die Vorschriften wie § 97 Abs. 1 S. 3 InsO oder § 393 AO deutlich, die solche Zielkonflikte im Umgang mit Daten über Beschränkungen auch unter Einschränkung der Effektivität der Strafverfolgung lösen und Offenbarungs- oder Verwendungsverbote regeln.

Diesen gesetzgeberischen Lösungen entspricht es hier, § 44 GwG so auszulegen, dass eine Offenbarung nach § 43 Abs. 2 GwG geschützter Informationen, die aus einem berufsaufsichtsrechtlichen Verfahren erlangt worden sind, in dem aus dem Verfahren inhärenten Gründen keine berufsrechtlichen Schweigerechte bestehen, nicht weitergegeben werden müssen oder auch nur dürfen, weil ansonsten die im Geldwäschegesetz normierten Sicherungen der fairen und vertrauensvollen Rechtsberatung und Prozessvertretung umgangen würden.

2. Bruch des Vertrauensverhältnisses in Rechtsberatung und Prozessvertretung als Verfassungsproblem

- Auch auf materiell-verfassungsrechtlicher Ebene wird deutlich, welche Bedeutung die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Mandanten bzw. Parteien und Berufsträger in einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung hat. Das Bundesverfassungsgericht betont dies in seiner Entscheidung zur
 Restriktion der Strafbarkeit des Verteidigers wegen Geldwäsche (Urt. v. 30.3.2004 2 BvR 1520,
 1521/01, <u>BVerfGE 110, 226 ff.</u>). Dort stellte der Zweite Senat fest, dass der Schutz der freien
 Berufsausübung durch Rechtsanwälte vor staatlicher Kontrolle nicht allein im Interesse des einzelnen Anwalts und des Ratsuchenden liege, sondern im Interesse einer wirksamen und rechtsstaatlich
 geordneten Rechtspflege.
- Unter Geltung des Rechtsstaatsprinzips müssen dem Bürger nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen. Voraussetzung für diese Wahrnehmung der Interessen des Mandanten bzw. der Parteien sei das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und dem Berater. Grundbedingungen für dieses Vertrauensverhältnis seien Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen, sowie sein Recht und seine Pflicht zur Verschwiegenheit. Diese Verschwiegenheitspflicht werde daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten gerechnet, die eine unverzichtbare Grundbedingung für die Berufsausübung darstelle und daher am Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG teilhabe (BVerfGE 110, 226 [252 f.] m.w.N.).
- 72 Diese Vorgaben und Ausführungen sind auch auf den Notar uneingeschränkt anwendbar und übertragbar. Das ergibt sich bereits formal daraus, dass das deutsche Recht den Notar und den Rechtsanwalt in seinem Zeugnisverweigerungsrecht ebenso gleichbehandelt (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, § 102 Abs. 1 Nr. 3 b AO, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) wie in der Strafbarkeit der Verletzung (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Auch das Geldwäschegesetz und das Europäische Geldwäschebekämpfungsrecht selbst nennen Notare und Rechtsanwälte stets "in einem Atemzug" (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG).
- Der Notar steht zwar materiell aufgrund seiner amtlichen Tätigkeit dem öffentlichen Dienst näher als der Rechtsanwalt, jedoch übt auch der Notar einen freien und von Art. 12 GG geschützten Beruf aus (vgl. BVerfGE 47, 285 [320]), der dem umfassenden Geheimnisschutz unterfällt. Er ist nach § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zwar nicht Vertreter einer Partei, aber unabhängiger und unparteiischer Betreuer beider Parteien. Doch gilt auch für ihn nach § 18 BNotO eine umfassende Verschwiegenheitspflicht. Diese notarielle Verschwiegenheit ist auch nicht nur nach dem Selbstverständnis des Notars "Grundlage der Amtsführung und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Mandanten" (https://www.bnotk.de/Notar/Stellung/Verschwiegenheit.php). Vielmehr bringt auch die Rechtsgemeinschaft dem Notar aufgrund seiner Kompetenz, Neutralität und Diskretion besonderes Vertrauen entgegen, dass ihn geeignet erscheinen lässt Aufgaben zu erfüllen, die der besonderen Integrität bedürfen. Schließlich sahen und sehen auch die Europäischen Geldwäscherichtlinien stets eine Gleichbehandlung von Rechtsanwälten und Notaren vor, indem diese Berufsangehörigen durchgehend in die gleiche Gruppe der Verpflichteten eingeordnet werden.
- 74 Eine Verpflichtung des Notars, der Aufsichtsbehörde bei der allgemeinen berufsrechtlichen Kontrolle alle für diese berufsrechtliche Prüfung notwendigen Informationen auch zu dem Zweck bzw. mit der Möglichkeit zu offenbaren, sie an die FIU weiterzugeben, damit diese die Informationen

zu einem völlig anderen Zweck (Geldwäschebekämpfung) verwendet, wäre verfassungsrechtlich unzulässig. Denn durch diese Offenlegung von Informationen im Anwendungsbereich des § 43 Abs. 2 GwG, zu der der Notar nach dem Geldwäschegesetz ausdrücklich nicht verpflichtet ist, würde das Vertrauensverhältnis grundlegend gefährdet, das das Bundesverfassungsgericht als "Grundbedingung seiner Berufsausübung" bezeichnet hat. Das würde eine Verletzung von Art. 12 GG bedeuten.

IV. Unionsrechtliche Erwägungen für eine Erstreckung des Berufsgeheimnisses auf Aufsichtsbehörden

- 75 Zudem würde die Weitergabe auch vom Geheimnisschutz nach § 43 Abs. 2 GwG geschützter Informationen einen Verstoß gegen das Recht des Mandanten bzw. die Parteien auf eine effektive Rechtsberatung und ein faires Verfahren darstellen. Die besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses in Rechtsberatung und Prozessvertretung betont auch die Europäische Union in den Erwägungsgründen zu ihren Geldwäscherichtlinien. So lauten die Erwägungsgründe 9 und 10 der RL (EU) 2015/849:
 - "(9) Angehörige von rechtsberatenden Berufen im Sinne der von den Mitgliedstaaten vorgenommenen Definition sollten dieser Richtlinie unterliegen, wenn sie sich einschließlich durch Steuerberatung an Finanz- oder Unternehmenstransaktionen beteiligen, bei denen die Gefahr, dass ihre Dienste für das Waschen von Erträgen aus kriminellen Tätigkeiten oder für die Zwecke der Terrorismusfinanzierung missbraucht werden, am größten ist. Es sollten jedoch Ausnahmen von der Pflicht zur Meldung von Informationen vorgesehen werden, die vor, während oder nach einem Gerichtsverfahren oder im Rahmen der Beurteilung der Rechtslage für einen Klienten erlangt wurden. Die Rechtsberatung sollte deshalb auch weiterhin der Geheimhaltungspflicht unterliegen, es sei denn, der Angehörige eines rechtsberatenden Berufs ist an Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung beteiligt, die Rechtsberatung wird zum Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung erteilt oder der Angehörige eines rechtsberatenden Berufs weiß, dass der Klient die Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung in Anspruch nimmt.
 - (10) Unmittelbar vergleichbare Dienstleistungen sollten auf gleiche Weise behandelt werden, wenn sie von Angehörigen der von dieser Richtlinie erfassten Berufe erbracht werden. Zur Wahrung der in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden "Charta") verankerten Rechte sollten die Informationen, die Abschlussprüfer, externe Buchprüfer und Steuerberater, die in einigen Mitgliedstaaten dazu befugt sind, ihre Klienten in einem Gerichtsverfahren zu verteidigen oder zu vertreten oder die Rechtslage für ihre Klienten zu beurteilen, in Ausühung dieser Tätigkeiten erlangen, nicht Gegenstand der in dieser Richtlinie festgelegten Meldepflichten sein."
- Darin wird das Bekenntnis der Geldwäscherichtlinie zum Schutz des Berufsgeheimnisses bei Rechtsberatung und Prozessvertretung auch als Teil der Grundrechte der EU-Grundrechte-Charta deutlich. Das Europäische Recht räumt aus diesem Grund und weil auch in der Rechtsprechung des EuGHs das Recht auf unabhängigen Rechtsrat, Waffengleichheit und Verschwiegenheit des Rechtsanwalts als Teil des fairen Verfahrens anerkannt ist (vgl. Urt. v. 26.6.2007 C-305/05, Rn. 29 ff., EuGH Slg. I 5335, 5353 f.) Notaren, Rechtsanwälten und anderen Rechtsberatungsberufen eine klare Sonderstellung ein. Sie werden, soweit es die Rechtsberatung und Prozessvertretung betrifft, umfassend von den Mitwirkungsbefugnissen befreit (Art. 14 Abs. 4 UAbs. 2 RL [EU] 2015/849), und die Mitgliedstaaten dürfen für sie "Sonderwege" bei der Verdachtsmitteilung einschlagen (Art. 34 Abs. 2 RL [EU] 2015/849).
- 77 Diese von der Europäischen Union selbst bei der Erfüllung der so wichtigen Aufgabe der Geldwäschebekämpfung vorgesehenen und auch von der FATF als selbstverständlich vorausgesetzten (vgl. Interpretative note für recommendation 23) Sicherungen zur Wahrung von Grundrechten würden unterlaufen, wollte man die Informationsbeschaffung unter Bruch des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandanten bzw. den Parteien und Notar auf dem Umweg über die allgemeine Berufsaufsicht nach § 93 BNotO zulassen und eine Meldepflicht auch streng geschützter Informationen aus § 44 GwG annehmen.

Jens Bülte – Zur Erstreckung der Schweigepflicht des Notars auf die berufsrechtliche Aufsichtsbehörde bei Meldungen nach § 44 GwG

78 Insofern ist ergänzend anzumerken, dass die Regelungen in der RL (EU) 2015/849 zum Schutz des Vertrauensverhältnisses der Beratungsberufe den Mitgliedstaaten zwar scheinbar nur als Option offenhalten, das Beratungs- und Prozessvertretungsgeheimnis zu schützen, doch ergibt sich aus den Erwägungsgründen deutlich, dass es sich um Sollvorschriften handelt (vgl. Erwägungsgrund 9, vgl. aber bereits Erwägungsgrund 20 RL 2005/60/EG). Die Europäische Union hält den Schutz einer effektiven Beratung und Prozessvertretung für einen rechtsstaatlichen Grundwert, der auch um eine effektive Geldwäschebekämpfung zu fördern nicht aufgegeben werden darf.

Mannheim, den 16.2.2020

Prof. Dr. Jens Bülte