

Stellungnahme

Stellungnahme zur BaFin Konsultation 05/2018: Auslegungs- und Anwendungshinweise gemäß § 51 Abs. 8 Geldwäschegesetz

08. Mai 2018

Seite 1

Zusammenfassung: Geldwäscherechtliche Anforderungen aus Sicht von Finanztechnologieunternehmen

Die Anforderungen an die geldwäscherechtliche Identifizierung stellen eine besondere Herausforderung für Finanztechnologieunternehmen („FinTechs“) dar. Die Regelungen des Geldwäschegesetzes („GwG“) sind trotz der stetig abnehmenden Bedeutung von Filialen und steigender Bedeutung digitaler Geschäftsmodelle immer noch **stark auf die Identifizierung unter Anwesenden fokussiert**. Dies zeigt sich auch im Zusammenhang mit der zur Stellungnahme veröffentlichten BaFin-Konsultation 05/2018 zu den Auslegungs- und Anwendungshinweisen zum Geldwäschegesetz („AuA GwG“). Die Herausforderungen des Geldwäschegesetzes und seiner strikten Anwendung durch die BaFin auf digitale Geschäftsmodelle bleiben weitgehend unberücksichtigt. Mit Blick auf die in der Praxis überaus wichtige Identifizierung ohne persönliche Anwesenheit enthalten die Auslegungs- und Anwendungshinweise lediglich einen Verweis auf das bestehende Videoidentifizierungsverfahren und den Gesetzeswortlaut. **Weitere Verfahren zur Fernidentifizierung sind allerdings wünschenswert**. Unter Berücksichtigung der insofern gerade im Übergang zwischen analogen und digitalen Geschäftsmodellen wichtigen Vorschriften zum Verlassen auf Dritte nach § 17 GwG werden zusätzliche Verschärfungen eingeführt, die weder vom Gesetzeswortlaut gedeckt, noch nach dem Schutzgedanken des Gesetzes erforderlich sind. Wir sehen hier die Gefahr, dass sich Unternehmen, die um eine tragfähige Lösung bemüht sind, gezwungen sehen, Umgehungsgestaltungen zu entwickeln, die nicht im Sinne des GwG sind und durch die zu vermutende Anwendung ausländischen Rechts auch nicht mehr im Aufsichtsbereich der BaFin liegen. **Die AuA GwG sollten insgesamt vor dem Hintergrund der und unter Fokussierung auf die Digitalisierung und die Einbindung technischer Mittel in die Identifizierung überarbeitet werden**. Weitere Einzel- und Detailanmerkungen sind in tabellarischer Form angehängt.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Julian Grigo
Referent Digital Banking & Financial
Services

T +49 30 27576-126
j.grigo@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 2|10

Digitale Identifizierung des Kunden

Die Ausführungen zur Überprüfung der Identität des Kunden enthalten keine zusätzlichen Möglichkeiten für die Praxis. Die AuA GwG führen im Wesentlichen lediglich die drei in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2-4 GwG genannten Möglichkeiten zur digitalen Identifizierung auf, ohne Konkretisierungen mit Blick auf die eigentliche Durchführung zu treffen (Seite 39 f. AuA GwG):

- Identifizierung über den elektronischen Identitätsnachweis gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG;
- Qualifizierte elektronische Signatur gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GwG in Verbindung mit einer Referenzüberweisung; und
- Notifiziertes elektronisches Identifizierungssystem gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GwG.

Keine dieser Identifizierungsmöglichkeiten bietet gegenwärtig eine Lösung für die Praxis.

Als weitere Möglichkeit wird das Videoidentifizierungsverfahren nach Rundschreiben 3/2017 (GW) genannt. Dieses Verfahren führt in der Praxis zu ganz erheblichem Aufwand und zu einer erheblichen Abbruchquote von Kunden, so dass trotz grundsätzlichem Willen der Kunden, dieses umständliche Verfahren durchzuführen, dennoch die Mehrzahl der Kunden die Identifizierung über die Deutsche Post durchführen muss.

Aus Sicht der digitalen Wirtschaft ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die BaFin insbesondere nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, andere geeignete Verfahren zu erlauben. Die Richtlinie EU 849/2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („Geldwäscherichtlinie“) lässt den nationalen Gesetzgebern und Regulatoren erheblichen Spielraum in dieser Hinsicht. Andere Mitgliedsstaaten schöpfen diesen Spielraum aus und lassen praktikable Lösungen mit Blick auf die Identifizierung zu – Deutschland hingegen bleibt hierbei jedoch erheblich zurück. In vielen europäischen Ländern ist die Identifizierung des Kunden z.B. durch Photographien oder Referenzüberweisungen möglich. Selbst in den USA – dem Ursprungsland für den Kern der geldwäscherechtlichen Verpflichtungen – werden einfache Verfahren zu digitalen Identifizierung verwendet. **Die erhöhten Anforderungen führen zu einem erheblichen Standortnachteil für Deutschland.** Es ist gegenwärtig praktisch unmöglich für einen deutschen geldwäscherechtlich Verpflichteten Identifizierungen im europäischen Ausland durchzuführen. In der Praxis wäre es unzumutbar, einen niederländischen, spanischen oder englischen Kunden zu bitten ein Videoidentifizierungsverfahren durchzuführen oder sich bei einer deutschen Postfiliale zu identifizieren.

Stellungnahme

Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 3|10

Wir befürworten eine flexiblere, weniger formalistische Herangehensweise, die insbesondere Anreize bietet, zusätzliche Information über den Kunden auch während der Geschäftsbeziehung einzuholen. Die Systematik des Geldwäscherechts lässt gewisse Verlagerungen in die laufende Geschäftsbeziehung zu. So ist es insbesondere denkbar, die Art der Identifizierung von der Art der Dienstleistungen abhängig zu machen und für die Nutzung komplexer Dienstleistungen zusätzliche Anforderungen an die Identifizierung zu einem späteren Zeitpunkt zu stellen. Es geht an der Wirklichkeit vorbei, in der heutigen Zeit weiterhin die Identifikation „am Bankschalter“ zum gesetzlichen Leitbild zu erheben.

Tatsächlich führt es zu einer Privilegierung alter und einer Diskriminierung digitaler Geschäftsmodelle, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung erkennbar wäre.

Pflichtenwahrnehmung durch Dritte und vertragliche Auslagerung

Mit Blick darauf, dass eine Vielzahl von FinTechs mit Banken kooperiert, ist die Pflichtenwahrnehmung durch Dritte nach § 17 GwG zu einem zentralen Mechanismus für die Identifizierung geworden. Wie bereits ausgeführt, ist eine Identifizierung durch ein deutsches Kreditinstitut im europäischen Ausland mit Blick auf die restriktive und impraktikable Auslegung und Anwendung der geldwäscherechtlichen Bestimmungen in Deutschland praktisch ausgeschlossen. Grenzüberschreitende Geschäftsmodelle aus Deutschland sind daher gegenwärtig ausschließlich möglich, wenn sich ein deutsches Kreditinstitut auf die Identifizierung eines lokal ansässigen Anbieters nach § 17 GwG verlässt. Die AuA GwG enthalten nunmehr neue Anforderungen an das Verlassen auf einen Dritten, die sich weder aus dem Gesetz ergeben noch nach dem Zweck des Gesetzes erforderlich sind.

Die betrifft zunächst das Verbot der Sub-Auslagerung (Seite 69 AuA GwG). Es ist schlechterdings nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund eine Sub-Auslagerung im Zusammenhang mit dem Verlassen auf Dritte nach § 17 GwG unzulässig sein soll. **Auch diese Regelung führt faktisch zu einer Privilegierung alter Geschäftsmodelle mit Filialverkehr und zu einer Diskriminierung digitaler Geschäftsmodelle.** Digitale Dienstleistungen werden arbeitsteiliger erbracht und verschiedene Dienstleister sind schon allein durch die Einbindung von Dienstleistern für die Videoidentifikation erforderlich. Das Verbot der Sub-Auslagerung führt rein formalistisch zu erheblich mehr vertraglichen Beziehungen, ohne dass dies zu Vorteilen bei der Steuerung von Dienst- und Sub-Dienstleistern führt. Schließlich entspricht dies auch nicht der Systematik für Auslagerungen nach § 25b KWG, die – natürlich unter Berücksichtigung der Mindestanforderungen an das Risikomanagement (insb. AT 9) – eine Sub-Auslagerung zulässt.

Stellungnahme Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 4|10

Statt eines generellen Verbots der Sub-Auslagerung könnten die AuA GwG die Anforderungen an die Steuerungs- oder Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung des Verpflichteten (§ 17 Abs. 6 Nr. 2) weiter konkretisieren, z.B. im Hinblick auf die Überwachung durch die interne Revision des Verpflichteten.

Als weitere, überaus einschränkende Anforderungen sehen die AuA GwG eine Beschränkung der Nutzung von Dritten vor (S. 70 AuA GwG). § 17 GwG sieht im Einklang mit Art. 25 ff. Geldwäscherichtlinie abschließend die Anforderungen für das Verlassen auf einen Dritten vor. Diese beziehen sich insbesondere auf die Auswahl des Dritten, die Durchführung der Identifikation und bestimmte Kontrollen bei vertraglich gebundenen Dritten. Insbesondere die folgenden, zusätzlich vorgesehenen Anforderungen sind dagegen nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt:

- Beschränkung auf geldwäscherechtlich Verpflichtete: Ungeachtet des vermutlich lediglich redaktionellen Fehlers mit Blick auf die Beschränkung auf das GwG, was zutreffender Weise auf die Geldwäscherichtlinie erfolgen sollte, ergibt sich diese Einschränkung nicht aus dem Gesetzeswortlaut. § 17 Abs. 5 GwG erlaubt auch das Zurückgreifen auf vertraglich gebundene Dritte.
- Begründung eigener Geschäftsbeziehung: Diese Anforderung ergibt sich ebenfalls nicht aus dem Gesetzeswortlaut von § 17 GwG. Sie schränkt praktisch die Nutzung von Personen erheblich ein, deren Kernbereich die Identifizierung von Betroffenen ist. Dabei ist es aus Sicht des Geldwäscherechts sinnvoll zentrale Dienstleister für die Identifizierung zu haben. Diese können sich auf die Identifizierung als Kerngeschäftsmodell konzentrieren und haben dadurch deutlich bessere technische und praktische Möglichkeiten zur Sicherstellung einer angemessenen Ausgestaltung jedenfalls als eine typische kleine bis mittlere deutsche Geschäftsbank.
- Nutzung nur für 24 Monate: Die zeitliche Beschränkung der Nutzung der Daten ist gesetzlich nicht vorgesehen und führt zu einer erheblichen Diskriminierung neuer und digitaler Geschäftsmodelle. Sie ist in keiner Weise mit dem Grundsatz des level-playing-field vereinbar, denn Banken müssen mit Blick auf ihre Bestandskunden keine erneute Identifizierung durchführen (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG). Die Frist von 24 Monaten ist willkürlich gewählt und formalistisch. Es gibt keine Möglichkeit zu einer risikobasierten Anpassung der Frist. Inhaltlich knüpft die 2-Jahres-Frist wohl an Fälle des wiederkehrenden Monitorings im erhöhten Risiko an (vgl. Ziff. 5.5.2 AuA GwG, S. 56). Demgegenüber handelt es sich hier um eine strikte 24-Monate-Frist, die risikounabhängig anzuwenden wäre. Diese Beschränkung ist weder verhältnismäßig, noch gesetzlich zulässig. Eine Analogie zu einem Hochrisikofall kommt nach GwG 2017 nicht mehr in Betracht, weil die

Stellungnahme Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 5|10

Fernidentifizierung bei hinreichenden Sicherungsmaßnahmen nicht mehr als Indikator für erhöhtes Risiko gilt (vgl. Anlage 2 Nr. 2 lit. c) GwG).

- Ausschluss von Fällen erhöhten Risikos: Das Verlassen soll kategorisch ausgeschlossen sein für Fälle erhöhten Risikos. Dies führt zu Ergebnissen, die inhaltlich nicht nachvollziehbar sind. Zu den Fällen erhöhten Risikos zählen insbesondere Kunden, die politically exposed persons sind. Aus welchem Grund eine erneute Identifizierung in diesen Fällen einen Mehrwert geben soll, ist nicht ersichtlich.
- Gültigkeitsdatum des Legitimationsdokuments: Grundsätzlich muss natürlich ein gültiges Legitimationsdokument vorliegen. Allerdings muss es zulässig sein, die Identifizierung durch Nachreichung eines Legitimationsdokuments zu vervollständigen.

Die Regelung im vorletzten Absatz von Ziffer 8.1 der AuA GwG erscheint missglückt. Die Auslagerung auf ausländische Verpflichtete (Institute) stellt gerade für FinTech-Unternehmen im Payment-Bereich eine wichtige Möglichkeit dar. Im vorletzten Absatz von Ziffer 8.1 der AuA GwG heißt es, es sei nicht gestattet, zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten gegenüber im Inland ansässigen Kunden auf einen im Ausland ansässigen Dritten (der beispielsweise eine online-Identifikation durchführt) unter Anwendung des ausländischen Rechts zurückzugreifen. Dies widerspricht der Aussage der BaFin in Ziffer 8.1 (wenige Absätze früher), wonach sich der Umfang der durch die vorgenannten Dritten durchzuführenden Sorgfaltspflichten nach dem auf sie anwendbaren Recht bestimmt. Auch dürfte es europäischem Recht widersprechen, wenn die BaFin hier generell verbieten will, dass ein inländischer Kunde eines inländischen Verpflichteten von einem ausländischen Verpflichteten identifiziert werden darf.

**Stellungnahme
Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz**

Seite 6|10

**Anlage: Einzelanmerkungen zur BaFin Konsultation 05/2018: Auslegungs- und Anwendungshinweise
gemäß § 51 Abs. 8 Geldwäschegesetz**

| Ziffer / Abschnitt | Anmerkungen | Vorschlag für Änderung |
|--------------------|--|---|
| Ziffer 5.1.2 | Die Regelungen zur Identifikation der auftretenden Person sollte mit den Anforderungen der Abgabenordnung harmonisiert werden. Insbesondere sieht der Anwendungserlass zur Abgabenordnung (Anpassung des AEAO zu § 154 an die Rechtsänderungen durch das Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S.1682)) zu § 154 in Ziffer 11.1 bestimmte Erleichterungen mit Blick auf den Verfügungsberechtigten bestimmte Erleichterungen vor. Diese sollten im Rahmen der Identifikation der auftretenden Person berücksichtigt werden. | In Ziffer 5.1.2 sollte folgender Satz ergänzt werden: „Die Erleichterungen nach Ziffer 11 des Anwendungserlass zur Abgabenordnung zu § 154 AO gelten auch mit Blick auf die auftretenden Personen“ |
| Ziffer 5.1.3.1 | Hierzu wurden im Hauptteil dieser Stellungnahme bereits eine Position beschrieben. Dies ist ein Kernpunkt für digitale Geschäftsmodelle, die in den Fokus der Diskussion gerückt werden sollte. | Vollständige Überarbeitung und Einführung von praktikablen Möglichkeiten zur Identifizierung von Kunden. |

Stellungnahme
Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 7|10

| | | |
|---------------------|---|--|
| <p>Ziffer 5.3.1</p> | <p>Treuhandkonstruktionen werden zur Umgehung geldwäscherechtlicher Pflichten eingesetzt. Im Falle von offenen Treuhandverhältnissen, die mit vergleichbaren Modellen auch über unmittelbare Vertragsverhältnisse abgewickelt werden können, bedarf es einer Pflicht zur vollständigen Identifikation des Kunden.</p> | <p>In Ziffer 5.3.1 sollte folgender Abschnitt ergänzt werden:</p> <p>„Die Regelungen zum wirtschaftlich Berechtigten dürfen nicht zur Umgehung geldwäscherechtlicher Pflichten eingesetzt werden. Insbesondere sollte Treuhandkonstruktionen nicht gewählt werden, um eine vollständige Identifikation des Kunden zu vermeiden. Eine Umgehung liegt z.B. vor, wenn eine Treuhandkonstruktion im Massengeschäft gewählt wird, obwohl eine funktional vergleichbare Möglichkeit unmittelbarer Vertragsverhältnisse besteht. In diesen Fällen sind die Kunden als Vertragspartner zu identifizieren.“</p> |
|---------------------|---|--|

Stellungnahme
Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 8|10

| | | |
|---------------|--|---|
| Ziff. 5.3.2.3 | Der Begriff „Rechtsgestaltungen, mit denen treuhänderisch Vermögens verwaltet oder verteilt“ wird ist unklar. Dieser sollte weiter definiert werden. Insbesondere ist unklar, ob z.B. Sammeltreuhandkonten hierunter fallen. | N/A |
| Ziffer 8 | Hierzu wurden im Hauptteil dieser Stellungnahme bereits eine Position beschrieben. Dies ist ein Kernpunkt für digitale Geschäftsmodelle, die in den Fokus der Diskussion gerückt werden sollte. | N/A |
| Ziffer 8.1 | Das Verbot zur Nutzung europäischer Anbieter für die Identifizierung in Deutschland sollte gestrichen werden. Diese Regelung diskriminiert offensichtlich Anbieter aus dem EU-Ausland und ist insofern europarechtswidrig. | Streichung des Absatzes zum Verbot ausländischer Anbieter für die Identifizierung. |
| Ziffer 8.3 | Regelung zu Sub-Auslagerung sollte überarbeitet werden. Insbesondere sollte die Regelung in Anlehnung an § 25b KWG eine Sub-Auslagerung in Fällen der Sicherstellung der Anforderungen und im Rahmen des Auslagerungsmanagements zulassen. | Der Abschnitt sollte vollständig überarbeitet werden: <ul style="list-style-type: none"> - Änderung Überschrift in „Anforderungen an die Sub-Auslagerung“ - Inhaltlich sollte eine Sub-Auslagerung zulässig sein, wenn die Anforderungen des § 17 GwG |

Stellungnahme
Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 9|10

| | | auch in der Person des Sub- Auslagerungsunternehmens erfüllt sind |
|------------|---|--|
| Ziffer 8.4 | Der Abschnitt zur Weitergabe des Identifizierungsdatensatzes sollte insgesamt gestrichen werden. Dieser führt zu erheblichen Einschränkungen gerade für digitale Geschäftsmodelle und ist sachlich und rechtlich nicht begründet. In jedem Fall sollte der Verweis auf das GwG ersetzt werden durch Verweise auf die Geldwäscherichtlinie, da sonst eine offensichtliche Diskriminierung von Anbietern aus dem EU Ausland bestünde. | N/A |
| Ziffer 9 | Hier sind Verweisfehler auf § 7 Abs. 1 bzw. 5 GwG. Diese sollten durch Verweise auf § 17 GwG ersetzt werden. | |

Stellungnahme Auslegungs- und Anwendungshinweise Geldwäschegesetz

Seite 10|10

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.