

Stellungnahme

BITKOM Stellungnahme zum Rundschreiben (GW) "Hinweise zum Umfang bzw. zur Ausgestaltung diverser geldwäscherechtlicher Pflichten"
03. Juli 2014
Seite 1

BITKOM ist das Sprachrohr der IT-, Telekommunikations- und Neue-Medien-Branche. BITKOM vertritt mehr als 2.100 Unternehmen, davon über 1.300 Direktmitglieder. Hierzu gehören fast alle Global Player sowie 900 leistungsstarke Mittelständler und mehr als 200 Start-ups. Die BITKOM-Mitglieder erwirtschaften 140 Milliarden Euro Umsatz und exportieren Hightech im Wert von 50 Milliarden Euro. BITKOM repräsentiert damit ca. 90 Prozent des deutschen ITK-Markts.

BITKOM bildet ein großes, leistungsfähiges Netzwerk und vereinigt die besten Köpfe und Unternehmen der digitalen Welt. BITKOM organisiert einen permanenten Austausch zwischen Unternehmen und Behörden um gemeinsam wichtige Herausforderungen zu adressieren.

BITKOM – Stellungnahme zum Rundschreiben (GW) "Hinweise zum Umfang bzw. zur Ausgestaltung diverser geldwäscherechtlicher Pflichten" der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Juni 2014

1. zu III: Führen von Sammeltreuhandkonten für E-Geld-Herausgeber durch Verpflichtete gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG

In den Fällen, in denen Anbieter aus dem europäischen Ausland ein Sammelkonto bei einer deutschen Bank führen, damit die deutschen Kunden ihren Aufladebetrag (z.B. für eine e-wallet o.ä.) auch auf ein deutsches Konto überweisen können, führt die Auslegung der BaFin dazu, dass die deutsche Bank als E-Geld-Agent alle Überweisungen entsprechend prüfen und identifizieren müsste. Dies stellt ein erhebliches Risiko für diese Geschäftsmodelle dar.

Diese Verpflichtung wird vor dem Hintergrund der Möglichkeit von SEPA-Überweisungen dazu führen, dass Sammelkonten ins europäische Ausland verlagert werden (Transaktionen können nun leicht und kostengünstig mittels SEPA-Überweisung erfolgen) und damit vollständig der Kontrolle der BaFin entzogen werden. Fraglich, ob dies politisch gewollt ist?

Im Rundschreiben-E wird betont, dass „ausländische Herausgeber von E-Geld die deutschen Regelungen [nicht] komplett außer Acht lassen können, wenn sie grenzüberschreitend ihre Dienste in Deutschland erbringen“. Begründet wird dies mit § 3 Abs. 2 S. 3 GwG, wonach E-Geld-Agenten eines inländischen wie ausländischen E-Geld-Emittenten eine

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner
Steffen von Blumröder
Bereichsleiter
Banking & Financial Services
Tel.: +49.30.27576-126
s.vonblumroeder@bitkom.org

Präsident
Prof. Dieter Kempf

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 2

eigene Pflicht hätten, „die Kundensorgfaltspflichten gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4, § 7 Abs. 1 und 2 und § 8 GwG zu erfüllen.“

Gegen die im Rundschreiben befürwortete Interpretation sprechen im Einzelnen die nachfolgenden rechtlichen Überlegungen:

Mit einer gleich gelagerten Frage hat sich der deutsche Gesetzgeber schon ausführlich 2012 im Rahmen des Geldwäsche-Ergänzungsgesetzes beschäftigt. So heißt es dazu im Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf des Gesetzes zur Ergänzung des Geldwäschegesetzes (GwGErgG) (vgl. BT-Drs 17/11416, S. 10), dass von der Ordnungsgemäßheit der Identifizierung „durch einen lizenzierten Zahlungsdienstleister mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union ausgegangen werden [könne], der den Kundensorgfaltspflichten nach den Regeln des Sitzlandes unter Umsetzung der EU-Vorgaben der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt sowie der Richtlinie 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („3. Geldwäsche-Richtlinie“) genüge.“. Nichts anderes gilt für die vorliegende Konstellation, sodass zumindest eine derartige Klarstellung dringend geboten ist.

Überdies sprechen gesetzessystematische Überlegungen gegen eine solch weite Interpretation der Vorschriften des GwG. Die Dritte EG-Geldwäscherichtlinie normiert Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden (vgl. Artikel 7 ff. der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie), die von den Richtlinienadressaten (bspw. Kreditinstituten, Finanzinstituten, Steuerberatern etc.) einzuhalten sind. Eine Ausdehnung der Sorgfaltspflichten eines Richtlinienadressaten (bspw. eines Finanzinstitutes) auf einen anderen Richtlinienadressaten (bspw. auf einen Immobilienmakler) in der Form, dass Letzterer sicherzustellen hat, dass Ersterer seine Sorgfaltspflichten erfüllt, kennt die Dritte EG-Geldwäscherichtlinie nicht (vgl. Koenig, Christian / Meyer, Matti: "E-Geldwäscherecht - Online Glücksspiel an vorderster Regulierungsfront", K&R, 1/2013, S. 20). Um eine solche Vorschrift handelt es sich indessen bei der Einbeziehung der E-Geld-Agenten im Sinne des § 1a Absatz 6 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes in den § 2 Absatz 1, Satz 2b GwG. Hätte der Gesetzgeber demgemäß eine Verpflichtung Dritter zur Erfüllung von geldwäscherechtlichen Verpflichtungen verpflichtet wollen, hätte er dies nicht in Artikel 7 ff. der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie in Analogie statuiert, sondern direkt in § 1a Absatz 6 des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes, § 2 Absatz 1, Satz 2b GwG. Insofern ist für eine Verpflichtung Dritter allein auf diese Regelung zu rekurrieren.

Nach § 1a Absatz 6 des ZAG, § 2 Absatz 1, Satz 2b GwG müssen nicht nur die Primärverpflichteten (E-Geld-Institute) selbst die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten einhalten, sondern zusätzlich auch die

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 3

Vertragspartner der E-Geld-Institute, etwa E-Geld-Agent. Diese zusätzliche Verpflichtung der E-Geld-Agenten ist nicht nur aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abzulehnen, sie wirkt unseres Erachtens auch gegen den Regelungsgeist der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie, deren Artikel 15 (Derivative Due Diligence) darauf abstellt, dass die Vorschriften und durchlaufenen Verfahren anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen sind. Andernfalls würde auch das Prinzip des Herkunftslandprinzips ausgehöhlt. Artikel 15 der 3. Geldwäscherichtlinie ist auch Grundlage für § 7 GwG, nach der verpflichtete Unternehmen (inländische E-Geld-Agenten in diesem Fall), zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GwG auf Dritte zurückgreifen können. § 7 GwG zählt als mögliche Dritte auch Kreditinstitute in einem gleichwertigen Drittland auf, soweit sie einer gesetzlichen Registrierungs- oder Zulassungspflicht hinsichtlich ihrer Geschäfts- oder Berufstätigkeit unterliegen. Auch hier ist die obige Stellungnahme des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages relevant. Aus Sicht des BITKOM, muss daher ein verpflichtetes Unternehmen davon ausgehen, dass im Falle der Heranziehung eines Kreditinstituts in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, in dem die einschlägigen Richtlinien 2007/64/EG und 2005/60/EG umgesetzt sind, die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten als erfüllt anzusehen sind und insofern E-Geld Agenten sich jedenfalls derivativ auf die Erfüllung von Sorgfaltspflichten eines Bankinstituts bzw. des E-Geld-Emittenten verlassen kann.

Jede andere Interpretation wäre zudem auch sachfremd, da Kreditinstitute, wenn sie als E-Geld-Agenten agieren, sich darauf verlassen können müssen, dass die Einhaltung der Sorgfaltspflichten eines E-Geld-Emittenten mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat von den dortigen Behörden geprüft wird. Dementsprechend sieht auch § 7 Abs. 1 S. 5 GwG ausdrücklich vor: „Wenn Sorgfaltspflichten, die denen des § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 entsprechen, von einem Dritten in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erfüllt werden, genügt es, die Vorschriften dieses Staates zu den Anforderungen an die erhobenen Angaben und Informationen und überprüften Dokumente zu erfüllen“.

Darin zeigt sich der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, die Prüfung in einem anderen Mitgliedsstaat nach den dortigen Vorschriften genügen zu lassen. Ferner stellen Kreditinstitute als E-Geld-Agenten lediglich die Zahlungsverkehrsinfrastruktur zur Verfügung, auf deren Basis durch den E-Geld-Emittenten geprüfte Zahlungen aus einem Grundgeschäft ausgeführt werden. Mit dem Kunden des E-Geld-Instituts verbindet sie keinerlei Geschäftsbeziehung. Eine andere Interpretation verstieße gegen den Trennungsgrundsatz von Zahlungsverkehr und Grundgeschäft.¹

¹ Vergl. dazu etwa S. 4, Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft zum Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der EU-Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II) vom 2. Dezember 2013

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 4

Ein Kunde, der mit dem E-Geld Agenten keinerlei Geschäftsbeziehung innehat auf, würde auf diese Weise plötzlich einer –zusätzlichen Überprüfung seiner Identität (die der E-Geld Emittent ja bereits geprüft hat) gegenübersehen – durch einen Partner, mit dem er bislang keinerlei Kontakt hatte. Dies ist auch im Hinblick auf das Postulat des Europäischen Datenschutzrechts der Datensparsamkeit und der Limitierung der Überprüfung von Kundendaten nach Datenschutzgrundsätzen auf das unbedingt notwendige bedenklich. Auch weisen wir auf die wesentlichen Nachteile für die Banken hin, die als E-Geld-Agenten agieren, hin. Solche Banken würden angewiesen sein, eine zeit- und kostenintensive Identitätsprüfung von Kunden durchzuführen, mit denen sie nicht im direkten Kontakt stehen. Dies scheint dem BITKOM vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber bereits für den E-Geld-Emittenten genau dieselben Verpflichtungen vorgesehen hat unangemessen.

BITKOM ist der Ansicht, dass die Definition des E-Geld-Agenten in § 1a Abs. 6 ZAG solche inländischen Kreditinstitute schon nicht erfasst, die von einem Online-Zahlungsdienst mit der Durchführung des Lastschriftverfahrens beauftragt werden. Nach § 1a Abs. 6 ZAG ist E-Geld-Agent „jede natürliche oder juristische Person, die als selbständiger Gewerbetreibender im Namen eines E-Geld-Instituts beim Vertrieb und Rücktausch von E-Geld tätig ist“. Ein inländisches Kreditinstitut, das von einem Online-Zahlungsdienst mit der Durchführung des Lastschriftverfahrens beauftragt wird, tritt nicht „im Namen eines E-Geld-Instituts“ auf. Es hat keine Vertretungsmacht für das E-Geld-Institut, sondern handelt im eigenen Namen. Jeder andere Interpretation würde dazu führen, dass dieses Tatbestandsmerkmal des § 1a Abs. 6 ZAG keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt hätte.

Im Rundschreiben wird erklärt, dass der deutsche Gesetzgeber etwa „Verkaufsstellen, [...], die gegen (Bar-)Zahlung Coupons, Chips oder Gutscheine ausgeben“ vor Augen hatte. Diese Unternehmen haben dementsprechend eine eigene Vertragsbeziehung mit dem Kunden im Gegensatz zu inländischen Kreditinstituten, die von einem Online-Zahlungsdienst mit der Durchführung des Lastschriftverfahrens beauftragt werden.

BITKOM verweist darauf, dass eine weitergehende Verpflichtung des E-Geld-Emittenten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat u.E. mit dem Europarecht, und hier insb. dem EU-Primärrecht, nicht vereinbar ist: Die Sicherstellungspflicht der E-Geld-Agenten gegenüber dem E-Geld-Emittenten würde den Mindeststandard der EG-Geldwäscherichtlinie überschreiten. Sie wäre somit dem nichtharmonisierten Bereich zuzuordnen. In diesem Bereich gestattet der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten zwar gemäß Artikel 5 der Dritten EG-Geldwäscherichtlinie

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 5

den Erlass „strengerer Vorschriften“, die Bestimmungen der Mitgliedstaaten im nichtharmonisierten Bereich sind jedoch unmittelbar an den Grundfreiheiten zu messen und der betreffende Mitgliedsstaat hat hierfür eine unionsrechtliche Rechtfertigung zu geben – und zwar vor deren Implementierung (vgl. Koenig, Christian / Meyer, Matti: "E-Geldwäscherecht - Online Glücksspiel an vorderster Regulierungsfront", K&R, 1/2013, S. 17-22). Dies ist vorliegend indes nicht erfolgt.

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 6

2. zu IV: Antizipierte Zustimmung der BaFin zu bestimmten Auslagerungen nach § 9 Abs. 3 Satz 2 f. GwG und § 25h Abs. 5 KWG durch Verpflichtete gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 - 2c, Nr. 4 und Nr. 6 GwG (Ziffer IV. des RS-Entwurfs)

§ 9 Abs.3 Satz 2 und 3 GwG noch § 25h Abs.5 KWG enthalten an sich keine Regelung zu einer antizipierten Zustimmung, insofern begrüßt der BITKOM das Vorhaben der BaFin zur Vereinfachung der Verwaltungspraxis.

Der Entwurf lässt jedoch unklar, bei welchem Umfang (noch) von Einzelmaßnahmen zu sprechen ist. Ebenso unklar bleibt, was unter "kein eigener Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum" gemeint ist. Die Formulierung ließe sich einerseits so verstehen, dass lediglich rein technische Maßnahmen an einen Dritten von der antizipierten Zustimmung erfasst werden ("keine Entscheidung/keine Gestaltung"). Andererseits ließe sich jedoch auch eine Verständnis aus der Formulierung ableiten, wonach sehr wohl eigene Entscheidungen durch den Dienstleister getroffen werden können. Voraussetzung einer antizipierten Zustimmung wäre in diesem Fall, dass im Auslagerungsvertrag klare Parameter festgelegt werden, wie in bestimmten Fällen zu entscheiden ist ("kein Raum für eigene, d.h. autonome, Entscheidungen).

Die von der BaFin angestrebte eigene Entlastung und die Entlastung der Finanzwirtschaft wird auf dem bisher vorgeschlagenen Weg noch nicht erreicht. Der Umfang der antizipierten Zustimmung geht an den tatsächlichen Auslagerungsvorgängen vorbei. Eine wesentliche Entlastung für Aufsicht und Finanzwirtschaft würde eine (maßvolle) Ausdehnung des Umfangs der antizipierten Zustimmung erfordern. Von der antizipierten Zustimmung sollten auch solche Vorgänge profitieren können, bei denen der Dritte eigene Entscheidungen treffen kann (z.B. Vorliegen von Verdachtsfällen).

Eine Ausweitung der antizipierten Zustimmung scheint vor dem Hintergrund der Wertung für die in § 7 Abs. 1 Satz 3 GwG genannten Gruppen durchaus vertretbar. Überträgt man diese Wertung auf den Anwendungsbereich von § 9 Abs. 3 Satz 2 und 3 GwG sowie auf § 25 Abs. 5 KWG, dann wäre – etwa bei der Auslagerung von Maßnahmen auf Kreditinstitute – anzunehmen, dass die entsprechenden Gruppen hinreichende Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten bieten. Entsprechend könnte im Wege die antizipierte Zustimmung auch bei einem eigenen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des „In-sourcers“ erfolgen, ohne dass aus Risikogesichtspunkten die antizipierte Zustimmung als unangebracht erschiene.

Auch die Fallgruppe "Konzerngeldwäschebeauftragte" wird von der bisherigen Regelung zur antizipierten Zustimmung nicht erfasst. Die antizi-

Position Paper

BITKOM Positionspapier "Geldwäsche Rundschreiben 04/2014"

Seite 7

.....

pierte Zustimmung zur Bestellung eines "Konzerngeldwäschebeauftragten" scheidet bisher sowohl am Kriterium der Einzelmaßnahme als auch am Kriterium der fehlenden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums. Gerade die Bestellung von Konzerngeldwäschebeauftragten erscheint für eine antizipierte Zustimmung jedoch besonders geeignet. Zwar erfolgt hier eine Auslagerung an einen Dritten, dieser ist mit dem Verpflichteten aber eng verbunden. Auch der Einwand, dass bei Auslagerung an Konzerngeldwäschebeauftragte durch Verträge hinreichende Eingriffsbefugnisse sichergestellt sein müssen, trägt nicht wirklich, denn eine entsprechende Verankerung von umfassenden Eingriffsbefugnissen des Konzerngeldwäschebeauftragten im Auslagerungsvertrag ließe ohne weiteres zur Bedingung für die antizipierte Zustimmung machen (die dabei sogar klarer wäre als der Begriff der Einzelmaßnahme).

—

Darüber hinaus sollte überlegt werden, ob der Anwendungsbereich der antizipierten Zustimmung nicht auch auf Fälle ausgedehnt werden kann, in denen nicht nur Einzelmaßnahmen ohne Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum übertragen werden, aber aufgrund klarer Zuweisung von Aufgaben und einer effektiven Verankerung von Eingriffsmöglichkeiten des Dritten von einer ordnungsgemäßen Erfüllung der geldwäscherechtlichen Pflichten ausgegangen werden. Aus Sicht einer effektiven Geldwäscheaufsicht scheint das Ergebnis aufgrund der Anzeigepflicht nicht unvertretbar. Bei Abweichung von den Bedingungen der antizipierten Zustimmung könnte die BaFin einschreiten.