



BB RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

BB Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH • Schloßplatz 4 • 15374 Müncheberg

Bundesministerium der Finanzen
Referat VII A 3a
MRin Frau Dr. Hermes
Wilhelmstraße 97

10117 Berlin

Unser Zeichen: Stellungnahme 30.12.2016 zum Referentenentwurf GWG vom 15.12.2016
--

Ihr Zeichen: Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen
--

Datum: 30.12.2016

Nur per E-Mail an: VIIA3a@bmf.bund.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen vom 15. Dezember 2016

Sehr geehrte Frau Dr. Hermes,
sehr geehrte Damen und Herren,

am 15. Dezember 2016 haben Sie den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (**Referentenentwurf**) veröffentlicht und zur Konsultation gestellt.

Aufgrund meiner langjährigen Tätigkeit als Geldwäschebeauftragter berate ich seit vielen Jahren Verpflichtete des Geldwäschegesetzes bei der Umsetzung und Implementierung der gesetzlichen Anforderungen sowie der Anwendungs- und Auslegungshinweise. Neben den Verpflichteten des Finanzsektors liegt ein weiterer Fokus meiner Tätigkeit auf der Gruppe der Personen, die gewerblich mit Gütern handeln (**Güterhändler**). Die zahlreichen Besonderheiten und Ausnahmen in Bezug auf Güterhändler haben mich bezüglich der geltenden Rechtslage zur Veröffentlichung des Fachbuchs „*Geldwäsche-Compliance für Güterhändler*“ bewegt.

Geschäftsführer: Rechtsanwälte
Matthias Birkholz-Ziebeil
Silvio Bausch

Tel: 033477-54823
Fax: 033477-54824

Bankverbindung:
IBAN: DE40 1704 0000 0205 2850 00
BIC: COBADEFFXXX

Sitz der Gesellschaft: Müncheberg
Registergericht Frankfurt (Oder)
HRB 15793 FF

www.amlpraevention.de

USt-IdNr.: DE305992464

Die folgende Stellungnahme berücksichtigt die Auswirkungen auf Verpflichtete des Nicht-Finanzsektors, insbesondere für Güterhändler. Wir bitten um die Berücksichtigung der im Folgenden ausgeführten Petita bei der weiteren Bearbeitung des Referentenentwurfs.

1. Vorbemerkung - Aufsichtsbehörden

Die Verpflichteten des Geldwäschegesetzes lassen sich grundsätzlich danach unterscheiden, ob sie dem Finanzsektor angehören oder nicht. Allein aus dieser Unterscheidung ergeben sich unterschiedliche gesetzliche Rahmenbedingungen. Das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (**Geldwäschegesetz – GwG**) ist insbesondere geprägt durch die Einflüsse des Finanzsektors, deren Regelungen nicht eins zu eins auf die Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors übertragbar sind. Ein wesentliches Element der Durchsetzung der gesetzlichen Regelungen ist eine effektive Aufsichtsbehörde, die sowohl über die notwendigen Ressourcen als auch die Fach- und Sachkompetenz verfügt.

Die Verpflichteten des Finanzsektors werden – mit Ausnahme der Finanzunternehmen und Versicherungsvermittler – zentral von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beaufsichtigt. Ebenfalls einer zentralen Aufsicht unterliegen die Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH, die Patentanwälte und die Wirtschaftsprüfer sowie die vereidigten Buchprüfer. Alle anderen Verpflichteten unterliegen einer dezentralen Aufsicht, die auf die örtliche Zuständigkeit abstellt.

Soweit die Schaffung einer Aufsichtsbehörde auf Bundesebene für den Nicht-Finanzsektor, wie bereits vom Bundesrat im Jahr 2012 angeregt (BR-Drucksache 459/12 (Beschluss), S. 3f.), auch weiterhin nicht in Frage kommt, sollte zur Förderung einer effektiven Aufsicht die Norm des § 46 Satz 1 Nr. 8 GwG dahingehend geändert werden, dass einzig der juristische Sitz, im Falle einer juristischen Person oder Personengesellschaft, oder der Wohnsitz, im Falle einer natürlichen Person, des Verpflichteten ausschlaggebend für die Feststellung der Zuständigkeit einer Aufsichtsbehörde ist. Die aktuell bestehende und insofern unverändert vorgesehene Regelung beeinträchtigt die effektive Aufsicht über die Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors. Sie festigt die Vervielfachung der Aufsichtstätigkeit, weil für einen überregional und landesübergreifend tätigen Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors gegenwärtig mehr als nur eine Aufsichtsbehörde zuständig ist.

In Folge des Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention wurden die Länder angehalten, eine effektive Aufsicht einzurichten. Im Ergebnis wurden in den Ländern die Zuständigkeiten unterschiedlich geregelt und verortet und es gibt Bundesweit über 100 Aufsichtsbehörden im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 9 GwG. Die Ausführungen des Bundesrates vom 21. November 2012 (BR-Drucksache 459/12 (Beschluss), S. 3f.) haben seit dem noch zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Die unterschiedliche Zuweisung der Zuständigkeiten geht nicht nur damit einher, dass die Fach- und Sachkompetenz sowie die zur Verfügung stehenden Ressourcen der jeweiligen Aufsichtsbehörde unterschiedlich ausgeprägt sind. Die dezentrale Festlegung der Aufsichtsbehörde bringt ferner voneinander abweichende Aufsichtstätigkeiten mit sich, die von den Verpflichteten berücksichtigt werden müssen. Ein Beispiel hierfür ist die in den Ländern unterschiedlich gehandhabte Veröffentlichung einer Allgemeinverfügung

zur Bestellung eines Geldwäschebeauftragten durch einen Güterhändler. Ein Güterhändler im Zuständigkeitsbereich des Regierungspräsidiums Darmstadt muss einen Geldwäschebeauftragten bestellen und gegenüber der Aufsichtsbehörde anzeigen. Betreibt derselbe Güterhändler eine Betriebsstätte in Berlin im Zuständigkeitsbereich der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe, ist sowohl die Bestellung als auch die Anzeige nicht vorgesehen.

Von erheblicher Praxisrelevanz für die Verpflichteten ist die Regelung „nach Bundes- oder Landesrecht zuständige Stelle“, die sich identisch in § 46 Satz 1 Nr. 8 GwG-E wiederfindet. Hieraus folgt, dass für einen Verpflichteten zeitgleich mehrere Aufsichtsbehörden zuständig sein können. Die örtliche Zuständigkeit bemisst sich gerade nicht allein nach dem juristischen Sitz einer juristischen Person oder Personengesellschaft oder dem Wohnsitz einer natürlichen Person, sondern ist vielmehr im Sinne des § 3 VwVfG respektive der jeweiligen landesrechtlichen Regelung zu bestimmen. Betreibt etwa ein Güterhändler oder ein Immobilienmakler sein Gewerbe nicht nur an seinem juristischen Sitz oder Wohnsitz, sondern zusätzlich eine oder mehrere Betriebsstätten (Filialen) im örtlichen Zuständigkeitsbereich einer oder mehrerer anderer Aufsichtsbehörden, dann sind für diesen Verpflichteten jeweils mehr als eine Aufsichtsbehörde zuständig. Praktisch hat dies zur Folge, dass der Verpflichtete für jede Betriebsstätte gesondert prüfen muss, welche Aufsichtsbehörde örtlich zuständig ist und welche Anwendungs- und Auslegungshinweise von der jeweiligen Aufsichtsbehörde veröffentlicht wurden. Mitunter muss ein Verpflichteter aufgrund der unterschiedlichen Aufsichtspraxis der örtlich zuständigen Aufsichtsbehörden verschieden ausgeprägte interne Sicherungsmaßnahmen treffen. Im Rahmen der Erfüllung der gesetzlichen Pflichten müssen die betroffenen Verpflichteten die Anzeige eines gegebenenfalls zu bestellenden Geldwäschebeauftragten gegenüber jeder zuständigen Aufsichtsbehörde anzeigen, ebenso wie dessen Entpflichtung. Kommt der Verpflichtete der Anzeigepflicht gegenüber einer der zuständigen Aufsichtsbehörden nicht nach, dann liegt eine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 52 Abs. 1 Nr. 10 GwG-E vor, die mit einer Geldbuße von bis zu zweihunderttausend Euro geahndet werden kann. Die Ahnungsmöglichkeit, besteht grundsätzlich für jede zuständige Aufsichtsbehörde.

Die internen Regelungen und Sicherungsmaßnahmen zur Umsetzung der geldwäscherechtlichen Pflichten werden bei den Verpflichteten regelmäßig zentral getroffen und organisiert. Während der Verpflichtete also zentral die gesetzlichen Pflichten für das gesamte Unternehmen erfüllt, übt die örtlich zuständige Aufsichtsbehörde nur regional beschränkt die Aufsicht für einen Teil des verpflichteten Unternehmens aus. Dies führt unter anderem dazu, dass ein Verpflichteter die gleichen Prüfungshandlungen sowie Auskunfts- und Vorlageersuchen von verschiedenen Aufsichtsbehörden erfüllen muss. Das bringt eine überproportionale Beanspruchung der Ressourcen des Verpflichteten mit sich. Unabhängig davon trägt die regional beschränkte Aufsichtstätigkeit gerade nicht dazu bei, länderübergreifende Sachverhalte festzustellen. Die Praxis zeigt zudem, dass die behördenübergreifende Abstimmung an Grenzen stößt, die in verschiedenen Bereichen begründet sind.

Die Anpassung des § 46 Satz 1 Nr. 8 GwG-E ist auch aus Gründen der effizienten wie effektiven Verwaltung angezeigt. Allein im Zuständigkeitsbereich des Regierungspräsidiums Darmstadt schätzt man die Zahl der zu beaufsichtigenden

Verpflichteten auf ca. 55.000, ohne dass eine genaue Abgrenzung möglich ist. Die Zahl enthält auch solche Unternehmen, die aufgrund der derzeitigen örtlichen Zuständigkeit von mehreren Aufsichtsbehörden gleichzeitig überwacht werden. Allein hier wäre eine erhebliche Verringerung des Ressourcenaufwands möglich, wenn man auf den Wohnsitz bzw. juristischen Sitz der Verpflichteten abstellt. Dabei steht die geringe Anzahl der auf Seiten der Aufsicht verfügbaren personellen Ressourcen in keinem Verhältnis zur Anzahl der beaufsichtigten Verpflichteten.

2. Anmerkungen zu einzelnen Regelungen des Referentenentwurfs

a. § 4 Abs. 2 Nr. 3 GwG-E – Einreichung der Risikoanalyse

Die aktuelle Risikoanalyse sollte „nur auf Anforderung“ der Aufsichtsbehörde eingereicht werden. Die vorgesehene pauschale Einreichung erscheint weder sachgerecht noch geeignet, die konkreten Risiken der Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors besser zu verstehen.

In Ermangelung entsprechender statistischer Erhebungen ist die Anzahl der Verpflichteten im Nicht-Finanzsektor nicht zweifelsfrei bestimmbar. Das Statistische Bundesamt weist 655.102 Unternehmen in der Kategorie „*Handel, Instandhaltung und Reparatur von Kfz*“ für das Jahr 2013 aus. Demgegenüber verfügten die zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder im 1. Quartal 2016 über knapp 58 Vollzeitstellen für den Bereich der Geldwäscheaufsicht. Eine Auswertung der jährlich eingehenden Risikoanalysen scheidet bereits aufgrund der erheblichen Menge aus. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass wegen der derzeit geltenden örtlichen Zuständigkeit die jeweils aktuelle Risikoanalyse einiger Verpflichteter bei mehreren Aufsichtsbehörden gleichzeitig einzureichen und von jeder Aufsichtsbehörde separat auszuwerten wäre.

Jede Risikoanalyse enthält regelmäßig sensible Unternehmensdaten, die einen besonderen Schutz genießen. Allein dieser Umstand verlangt einen besonderen Umgang und eine Abwägung der Interessen. Folgt man dem aktuellen Referentenentwurf, dann müssten viele Verpflichtete des Nicht-Finanzsektors ihre Risikoanalyse zudem gegenüber mehreren örtlich zuständigen Aufsichtsbehörden einreichen. Die Aufsichtsbehörden ihrerseits müssten die jeweiligen Unterlagen im Rahmen der Aufsichtstätigkeit aufbewahren. Unter Berücksichtigung der Vorgaben zur Datensparsamkeit im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes erscheint eine einzelfallbezogene Abfrage einer Risikoanalyse beim Verpflichteten durch die Aufsichtsbehörde geboten.

b. § 5 Abs. 2 Nr. 7 GwG-E – Interne Revision

Verpflichtete des Finanzsektors wie Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sind bereits im Rahmen der von ihnen gesetzlich zu erfüllenden ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation verpflichtet, eine „*interne Revision*“ einzurichten und vorzuhalten. Für diese Gruppe von Verpflichteten erscheint die Regelung insofern nachvollziehbar.

Gleichzeitig gilt dies jedoch nicht für Unternehmen des Nicht-Finanzsektors, für die ein gleichwertiges Erfordernis zur Überprüfung der Grundsätze und Verfahren durch eine interne Revision bisher grundsätzlich nicht besteht.

Bereits aus Artikel 34 Abs. 1 der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung ergab sich die Notwendigkeit für angemessene und geeignete Strategien, Kontrollen und Verfahren zur wirksamen Vorbeugung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Dieses Erfordernis wurde mit der Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 2 GwG in nationales Recht umgesetzt. Es wurde seinerzeit gerade nicht abgeleitet, dass die Überprüfung der Grundsätze und Verfahren durch eine interne Revision erfolgen muss. Die interne Revision ist eine mögliche Funktion einer internen Kontrollstruktur. Allerdings ist auch der Geldwäschebeauftragte Bestandteil dieser internen Kontrollstruktur und kann ebenfalls die Überprüfung durchführen.

Unter Berücksichtigung der Begründung zu § 5 Abs. 1 GwG-E, dass an den geltenden Anforderungen an die angemessene Ausgestaltung der Sicherungsmaßnahmen nach bisheriger Rechtslage keine Änderungen vorgenommen werden sollen, erscheint eine wörtliche Erwähnung der „*internen Revision*“ im Regelungstext nicht erforderlich.

Es wird vorgeschlagen, den Wortlaut des § 5 Abs. 2 Nr. 7 GwG-E wie folgt zu fassen:

*„7. die Überprüfung der zuvor genannten Grundsätze und Verfahren durch eine **intern zuständige Kontrollstruktur**, soweit die Überprüfung angesichts der Art und des Umfangs der Geschäftstätigkeit angemessen ist.“*

Alternativ sollte die Begründung zu § 5 Abs. 2 Nr. 7 GwG-E dahingehend erweitert werden, dass die Überprüfung der Grundsätze und Verfahren unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Geschäftstätigkeit von den Verpflichteten, die nicht bereits aufgrund anderer gesetzlicher Erfordernisse über eine interne Revision verfügen, alternativ auch durch einen Geldwäschebeauftragten oder die beim Verpflichteten zuständige interne Kontrollfunktion angemessen ausgeübt werden kann.

c. § 5 Abs. 5 GwG-E – Hinweisgeber

Das Erfordernis zur Einrichtung einer internen Stelle für Hinweisgeber ist bisher nicht bei allen Verpflichteten des Geldwäschegesetzes in den für diese einschlägigen Vorschriften geregelt. Für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2014 die Verpflichtung zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems im Sinne von § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG eingeführt. Für Versicherungsunternehmen wurde mit Wirkung ab dem 2. Juli 2016 eine entsprechende Regelung in § 23 Abs. 6 VAG

eingeführt. Die Notwendigkeit für ein solches Hinweisgebersystem leitet sich bei diesen Unternehmenskategorien jeweils aus gesondert geregelten Anforderungen an die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation ab. Ein gleichwertiges gesetzliches Erfordernis ist der überwiegenden Mehrheit der anderen Verpflichteten im Sinne des § 2 Abs. 1 GwG-E, insbesondere den Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors bisher fremd.

Dem Kapitel B. Lösung des Referentenentwurfs ist zu entnehmen, dass mit der Neufassung des Geldwäschegesetzes die Vierte Geldwäscherichtlinie umgesetzt werden soll. Die Implementierung eines derartigen Erfordernisses zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems beim Verpflichteten kann weder aus Artikel 61 Abs. 3 noch aus einer anderen Regelung der Vierten Geldwäscherichtlinie entnommen oder abgeleitet werden. Auch die zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Stellungnahme verfügbaren Entwurfsfassungen einer Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinie 2009/101/EG (COM(2016) 450 final) lassen kein entsprechendes Regelungsvorhaben erkennen.

Darüber hinaus lässt sich dem Kapitel B. des Referentenentwurfs nicht entnehmen, dass zusätzlich strengere oder ergänzende nationale Regelungen getroffen werden sollen.

Im Rahmen der Analyse des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft ist keine Ermittlung vorgenommen worden, welcher betragsmäßige Aufwand für eine Umsetzung eines Hinweisgebersystems im Sinne des § 5 Abs. 5 GwG-E für die Wirtschaft entsteht.

Mit Hinsicht auf die Einführung einer vergleichbaren Regelung in § 23 Abs. 6 VAG wurde bei der Ermittlung des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft eine hohe Komplexität für die betroffenen Unternehmen festgestellt. Der Erfüllungsaufwand wurde dort bei einer geringen Fallzahl von 600 mit EUR 2.489.145,00 bewertet (BT-Drucks 18/7482, S. 53). Übertragen auf den Bereich des Geldwäschegesetzes und der hiernach betroffenen Verpflichteten, die eine solche Funktion neu einrichten müssen, liegt der Erfüllungsaufwand bei dieser Einzelposition schon signifikant über dem derzeitig ausgewiesenen Gesamtaufwand *„Erfüllungsaufwand i.e.S. Wirtschaft“* in Höhe von EUR 9.899.986,33.

Ferner entsteht auch den zuständigen Aufsichtsbehörden ein korrespondierender Erfüllungsaufwand für die Umsetzung des § 49 Abs. 1 GwG-E, der bislang nicht ermittelt wurde.

Es besteht auch keine Notwendigkeit für ein solches internes Hinweisgebersystem. § 44 Abs. 2 Nr. 1 GwG-E sieht eine Freistellung des Beschäftigten von der Verantwortlichkeit vor, wenn er einen entsprechenden Sachverhalt seinem Vorgesetzten oder einer Stelle meldet, *„die unternehmensintern für die Entgegennahme einer solchen Meldung zuständig*

ist“. Im Interesse einer rechtskonformen Umsetzung der Regelungen des Geldwäschegesetzes obliegt es nach der Meldung dem Verpflichteten, eine Anpassung der internen Maßnahmen durchzuführen. Ferner regelt bereits § 45 Abs. 4 GwG, dass einer, beim Verpflichteten beschäftigte Person, die eine interne Meldung abgegeben hat, „keine Benachteiligung im Beschäftigungsverhältnis entstehen“ darf.

Vor diesem Hintergrund sollte die Regelung entfallen, zumal sie eine unangemessene hohe wirtschaftliche Belastung der Verpflichteten darstellen würde, die bereits jetzt einen sehr großen Aufwand zur Umsetzung der neuen Regelungen betreiben müssen.

d. § 6 Abs. 5 GwG-E – Geldwäschebeauftragter

Es sollte klargestellt werden, dass lediglich der Dienstsitz des Geldwäschebeauftragten im Inland belegen sein muss. Der Sitz einer natürlichen Person kann sich anderenfalls nur auf deren Wohnsitz beziehen. Ein solches Verlangen ist im Hinblick auf die Grundfreiheit der Freizügigkeit bedenklich. Berücksichtigt man zudem, dass das Gesellschaftsrecht keine Regelungen enthält, die es den Gesellschaftern oder den Geschäftsführern eines Unternehmens vorschreiben ihren Wohnsitz in Deutschland zu haben, dann spricht auch dieser Umstand gegen den im Referentenentwurf enthaltenen Wortlaut.

Im Rahmen der Befugnisse des Geldwäschebeauftragten erscheint eine Klarstellung dahingehend zweckmäßig, dass eine wirksame Vertretung des Verpflichteten gegenüber externen Stellen wie der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen oder der zuständigen Aufsichtsbehörde formal mit einer entsprechenden Erteilung einer Vollmacht einhergehen sollte. In der Praxis ist regelmäßig zu beobachten, dass die bestellten Geldwäschebeauftragten zwar über die intern erforderlichen Berechtigungen und Befugnisse verfügen, nicht jedoch unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Normen zur Vertretung des Verpflichteten nach außen berechtigt sind. Dies gilt im Besonderen bei der Auslagerung der Funktion des Geldwäschebeauftragten vom Verpflichteten auf einen Dritten, der trotz der ihm vom Verpflichteten aufgetragenen Funktion, dennoch für den Verpflichteten selbst keinerlei grundsätzlich erforderliche Vertretungsbefugnis hat, für den Verpflichteten gegenüber den Aufsichtsstellen aufzutreten.

e. § 7 Abs. 2 Satz 2 GwG-E - Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht

Die Norm des § 7 Abs. 2 Satz 2 GwG-E regelt, sowohl „das Recht“ als auch „die Pflicht“ Kopien der zur Überprüfung der Identität von natürlichen Personen vorgelegten Dokumente zu fertigen oder optisch digitalisiert zu erfassen.

Unter Berücksichtigung der in der Praxis von einigen Landesdatenschutzbeauftragten vertretenen Interpretation des Bundesdatenschutzgesetzes sowie der Regelungen des Geldwäschegesetzes

sollte zumindest in der Gesetzesbegründung eine Klarstellung erfolgen, dass eine Schwärzung von spezifischen Datenfeldern eines Ausweises (z.B. Lichtbild, Augenfarbe, Körpergröße) auch unter Berücksichtigung des Bundesdatenschutzgesetzes und der Datensparsamkeit nicht erforderlich ist. Die Verpflichteten sind hier seit Jahren einer konkurrierenden Rechtslage ausgesetzt. Sowohl die Regelungen des Geldwäschegesetzes, als auch die des Bundesdatenschutzgesetzes, müssen von den Verpflichteten gleichermaßen beachtet und befolgt werden. Soweit nunmehr die Pflicht zur Anfertigung einer Kopie geregelt wird, ist im gleichen Maß auch eine Regelung erforderlich, dass die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes nicht berührt werden, wenn keine Schwärzung von Datenfeldern erfolgt, welche nach dem Geldwäschegesetz nicht erhoben und aufgezeichnet werden müssen. Erfolgt eine solche Klarstellung nicht, dann hätte diese Regelung einen erheblichen Mehraufwand für alle Verpflichteten des Geldwäschegesetzes zur Folge. Sowohl alle künftig verpflichtend angefertigten Kopien oder optisch digitalisierten Daten als auch alle bereits im Bestand befindlichen Unterlagen müssten entsprechend geprüft und bei Erfordernis geschwärzt werden.

Das im Rahmen der Begründung angeführte „BaFin-Rundschreiben 7/2014 vom 26.9.2014 zum Einscannen von Dokumenten nach § 8 Absatz 1 Satz 2 GwG bisherige Fassung“ enthält keine Regelung dahingehend, dass ein Schwärzen nicht erforderlich sei. Außerdem lässt die Begründung des Referentenentwurfs unberücksichtigt, dass dieses Rundschreiben lediglich Wirkung als Aufsichtspraxis für die Verpflichteten entfaltet, die gemäß § 46 Nr. 1 GwG-E (bisher § 16 Abs. 2 Nr. 2 GwG) der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegen.

f. § 7 Abs. 4 GwG-E – Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht

Die Regelung des § 7 Abs. 4 Satz 1 GwG-E berücksichtigt nicht die für Güterhändler anwendbaren Besonderheiten. Für die Gruppe der Güterhändler bestand nach den bisherigen Regelungen des § 3 Abs. 2 Satz 2 und 5 GwG keine Verpflichtung zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten im Fall der Begründung einer Geschäftsbeziehung, wie sie für alle übrigen Verpflichteten gilt. Unter Beachtung von § 1 Abs. 8 GwG-E wird davon ausgegangen, dass dieser Grundsatz beibehalten wird und die geldwäscherechtlichen Pflichten für Güterhändler nur auf diejenigen anwendbar sein sollen, die im Rahmen ihrer gewerblich oder beruflich ausgeübten Aktivität Barzahlungen von mindestens EUR 10.000 tätigen oder entgegennehmen.

Güterhändler müssen die Sorgfaltspflichten insbesondere dann erfüllen, wenn sie Transaktionen im Wert von EUR 10.000 (bisher EUR 15.000) oder mehr ausführen. Die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten sind dementsprechend immer mit einer Transaktion oder mehreren zusammenhängenden Transaktionen verknüpft. Für die Laufzeit der Aufbewahrungspflichten hat die Regelung des § 7 Abs. 4 Satz 1 GwG-E zur Folge, dass Güterhändler die Aufzeichnungen zur Identität des Vertragspartners zwingend nach Ablauf von fünf Jahren nach Durchführung der die

Sorgfaltspflichten auslösenden Transaktion vernichten müssen. Die Pflicht zur Vernichtung greift unabhängig davon, ob der betreffende Vertragspartner in der Zeit seit der Vornahme der Aufzeichnungen weitere Transaktionen ausgeführt hat, die an und für sich, die Vornahme der Sorgfaltspflichten ausgelöst hätten, der Güterhändler jedoch in Anwendung von § 10 Abs. 3 Satz 1 GwG-E, durch früher erfolgte Identifizierung, keine erneute Aufzeichnung über die Identität des Vertragspartners vorgenommen hatte. Für Güterhändler hätte der aktuelle Wortlaut weitreichende praktische Konsequenzen, denen organisatorisch und prozessual nur dadurch begegnet werden könnte, dass ein Vertragspartner bei jeder einschlägigen Transaktion im Wert von EUR 10.000 oder mehr identifiziert werden müsste. Dies ist deshalb erforderlich, weil organisatorisch und prozessual anders nicht sichergestellt werden könnte, dass zum Zeitpunkt der Durchführung einer zweiten die Sorgfaltspflichten auslösenden Transaktion die zum Zeitpunkt der Durchführung der ersten Transaktion aufgezeichneten Angaben noch vorhanden sind und nicht vernichtet wurden.

Im Sinne der Datensparsamkeit und unter Berücksichtigung der mit einer wiederholt durchgeführten Identifizierung verbundenen Aufwände, sollte für Güterhändler eine abweichende Regelung getroffen werden. Die Aufbewahrung sollte für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren nach Durchführung der betreffenden Transaktion gelten:

*„(4) Die Aufzeichnungen und sonstige Belege nach Absatz 1 bis 3 sind fünf Jahre aufzubewahren und danach zu vernichten. Die Aufbewahrungsfrist beginnt nach Beendigung der Geschäftsbeziehung oder nach Durchführung der Transaktion. **Satz 1 gilt nicht für Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 16, sie müssen die Aufzeichnungen unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen mindestens fünf Jahre aufbewahren.**“*

Güterhändler, die regelmäßig mit denselben Vertragspartnern Transaktionen durchführen, können auf diesem Wege die Norm des § 10 Abs. 3 Satz 1 GwG-E anwenden. Güterhändler, die in der Regel keine wiederholten Transaktionen mit denselben Vertragspartnern durchführen, werden nach Ablauf der Mindestlaufzeit die jeweiligen Daten vernichten.

g. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GwG-E – Allgemeine Sorgfaltspflichten

Der zweite Halbsatz des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GwG-E, „sowie die Prüfung, ob die für den Vertragspartner auftretende Person hierzu berechtigt ist“ sollte gestrichen werden. Die Regelung scheint darauf abzielen, die Verpflichteten nicht nur zur Identifizierung der „auftretenden Person“, sondern auch zur Überprüfung deren zivilrechtlicher Berechtigung zu verpflichten. Die Verpflichtung zur Überprüfung der zivilrechtlichen Berechtigung als Bestandteil der allgemeinen Sorgfaltspflicht ist nicht sachgerecht. In der Praxis ist eine zweifelsfreie Überprüfung, ob eine Vertretungsmacht tatsächlich besteht, insbesondere bei natürlichen Personen als Vertragspartner mit erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten verbunden. Die Erhöhung des Bürokratieaufwandes wird bei den Vertragspartnern auf

Unverständnis stoßen, weil eine Überprüfung nicht ohne weitere Einbeziehung des Vertragspartners möglich ist. Dies gilt insbesondere bei Güterhändlern, die nicht bereits im Rahmen der Begründung einer Geschäftsbeziehung die Erfüllung der Sorgfaltspflichten vornehmen sondern im jeweiligen transaktionsbezogenen Einzelfall.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass etwa Boten, die ebenfalls für den Vertragspartner auftreten können, im zivilrechtlichen Sinne keine Vollmacht des Vertragspartners benötigen.

Das Gebot der Überprüfung der zivilrechtlichen Berechtigung der „*auf tretenden Person*“ als allgemeine Sorgfaltspflicht bedeutet im Zusammenspiel mit der Bußgeldbewehrung nach § 52 Abs. 1 Ziffer 18 GwG-E ein zusätzliches Risiko für Verpflichtete. Diesem Risiko können insbesondere Güterhändler nur dadurch entgehen, dass keine Transaktionen mit für einen Vertragspartner auftretende Personen durchgeführt werden. In der Folge werden aber auch potentielle Transaktionen, die der Geldwäsche dienen könnten, gar nicht erkannt.

h. § 9 Abs. 3 GwG-E – Allgemeine Sorgfaltspflichten

Der im Entwurf des § 9 Abs. 3 GwG-E vorgesehene Wortlaut erweitert für Güterhändler nicht nur den Bereich, wann die allgemeinen Sorgfaltspflichten anzuwenden sind, sondern sogar den Kreis der verpflichteten Güterhändler erheblich, obwohl dies nach § 1 Abs. 8 GwG-E gar nicht beabsichtigt ist.

Güterhändler müssen die allgemeinen Sorgfaltspflichten nicht bereits deshalb erfüllen, weil sie eine Geschäftsbeziehung zu einem Vertragspartner im Sinne von § 9 Abs. 3 Nr. 1 GwG-E begründen. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass ein Güterhändler wie z.B. ein Großhändler von Lebensmitteln auf die Begründung einer auf eine gewisse Dauer angelegte Geschäftsbeziehung zu allen in seinem unmittelbaren Einzugsgebiet ansässigen Unternehmen des Lebensmittelhandels abzielt.

Ferner sind auch die Regelungen des § 9 Abs. 3 Buchstaben a) und b) GwG-E unter Berücksichtigung von Artikel 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe e) der Vierten Geldwäscherichtlinie für Güterhändler nicht einschlägig.

Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte aus dem Gesetzestext hinreichend klar hervorgehen, dass die Begründung einer Geschäftsbeziehung zwischen einem Güterhändler und einem Vertragspartner im Sinne des § 9 Abs. 3 Nr. 1 GwG-E keine Anwendung der Sorgfaltspflichten auslöst. Das Gleiche gilt für Transaktionen im Sinne von § 9 Abs. 3 Nr. 2 Buchstaben a) und b) GwG-E. Dies geht damit einher, dass die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 9 GwG-E für Güterhändler nicht an eine bestehende Geschäftsbeziehung zu knüpfen sind.

Die allgemeinen Sorgfaltspflichten sind unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 8 GwG-E von Güterhändlern nur dann auszuführen, soweit diese bei deren

gewerblicher oder beruflicher Tätigkeit Transaktionen mit Barzahlungen über mindestens EUR 10.000 tätigen oder entgegennehmen. Folglich sind die einzigen Anknüpfungspunkte zur Auslösung der allgemeinen Sorgfaltspflichten in Bezug auf Güterhändler der § 9 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe c), § 9 Abs. 3 Nr. 3 und § 9 Abs. 3 Nr. 4 GwG-E.

Anderenfalls würde über § 9 Abs. 3 GwG-E, in der aktuellen Entwurfsfassung, der zuvor in § 1 Abs. 8 GwG-E für Güterhändler explizit eingeschränkte Anwendungsbereich doch wieder aufgehoben und für diese Kategorie von Verpflichteten unangemessen und unkontrollierbar erweitert werden. Anknüpfungspunkt für Güterhändler sollte auch weiterhin allein die konkrete Bargeldtransaktion in Höhe von mindestens EUR 10.000 bzw. ein bestehender Verdachtsmoment oder Zweifel an der Identität sein. Dieser begrenzte Anwendungsbereich für Güterhändler, insbesondere zum Ausschluss von Kleinunternehmern, findet sich entsprechend in der Begründung des § 1 Abs. 8 GwG-E wieder.

Die Notwendigkeit für eine derartige Klarstellung wird unter Berücksichtigung der aktuell anwendbaren Rechtslage des § 3 Abs. 2 GwG, insbesondere mit Blick auf § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG, deutlich. Die für Güterhändler zuständigen Aufsichtsbehörden haben auf Basis dieser Rechtslage ein Gemeinsames Merkblatt der Länder der Bundesrepublik Deutschland mit folgendem Titel veröffentlicht:

„Kennen Sie Ihren Kunden? – Pflichten nach dem Geldwäschegesetz für Güterhändler“

Das Merkblatt knüpft in fehlerhafter Rechtsanwendung an verschiedenen Stellen (z.B. Kapitel D. II. und D. III.) gerade an die Begründung und das Bestehen einer Geschäftsbeziehung an, welche im besonderen Fall der Güterhändler – und damit im Gegensatz zu den anderen Verpflichteten des Geldwäschegesetzes – gar kein Kriterium für die Erfüllung von Sorgfaltspflichten ist. Die Ausführungen im Merkblatt können nur darauf zurückgeführt werden, dass die Ausschlussregelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG behördlicherseits nicht rechtskonform ausgelegt und dementsprechend auch nicht ordnungsgemäß angewendet wird. § 3 Abs. 2 Satz 2, Satz 5 GwG geht vom alleinigen Ansatz der Bargeldtransaktion ab einem Wert von mindestens EUR 15.000 aus.

Im Fall der Güterhändler kommt es eben nicht auf die bloße Begründung jedweder Geschäftsbeziehungen an. Bei ordnungsgemäßer Anwendung des § 3 Abs. 2 Satz 2, Satz 5 GwG ist die Einholung von Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GwG rechtlich unzulässig.

Müsste ein Güterhändler allein aufgrund der Begründung einer Geschäftsbeziehung zu einem Vertragspartner dessen Identifizierung vornehmen, dann würde dieses Erfordernis bereits dazu führen, dass auch ein Güterhändler mehrheitlich alle Vertragspartner identifizieren müsste und es auf

einen transaktionsbezogenen Schwellenwert von EUR 10.000 nur noch in sehr wenigen Ausnahmefällen ankommt. Wie beispielsweise bei Kreditinstituten hätte ein solcher transaktionsbezogener Schwellenwert lediglich die Funktion, auch solche Aktivitäten mit Vertragspartnern zu erfassen, die außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung durchgeführt werden sollen. Im Rahmen einer solchen Auslegung wäre jedoch erklärungsbedürftig, warum etwa für Kreditinstitute ein Schwellenwert von EUR 15.000 für Transaktionen außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung anwendbar sein soll und im speziellen Fall der Güterhändler ein noch geringerer Schwellenwert von EUR 10.000 erforderlich ist.

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass eine Konkretisierung des § 9 GwG-E durch den Gesetzgeber bezüglich der Anknüpfung an die Geschäftsbeziehung insgesamt geboten ist, um dieses für Güterhändler anwendbare Regel-Ausnahme-Verhältnis klar herauszustellen. Das angeführte Merkblatt zeigt, dass schon die derzeitige Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 GwG diese Besonderheit nicht berücksichtigt, sondern bereits zu Missverständnissen und einer fehlerhaften Gesetzesanwendung bei den Aufsichtsbehörden führt. Beachtet man außerdem, dass der Kreis der Personen, die als Güterhändler einzustufen sind, zahlenmäßig alle anderen Gruppen von Verpflichteten deutlich übersteigt, erscheint eine solche Klarstellung zwingend erforderlich und sachgerecht.

i. § 12 Abs. 1 Nr. 1 GwG-E – Verfahren zur Identitätsprüfung, Verordnungsermächtigung

Nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 GwG-E muss die Überprüfung der Identität der natürlichen Personen „*durch eine sachkundige Person*“ durchgeführt werden. Weder dem Gesetzestext noch der Begründung sind Ausführungen darüber zu entnehmen, wer eine „*sachkundige Person*“ im Sinne des Geldwäschegesetzes ist. Damit ist völlig unklar, ob die Sachkunde bereits dann erlangt werden kann, dass die Mitarbeiter des Verpflichteten im Rahmen der nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 GwG-E durchzuführenden Schulungsmaßnahmen unterrichtet werden. Jedes darüberhinausgehende Erfordernis würde eine weitere Belastung der Verpflichteten mit sich bringen. Die bei den Verpflichteten implementierten Aktivitäten und Prozesse machen es erforderlich, dass verschiedene Gruppen von Mitarbeiter als „*sachkundige Person*“ eingestuft werden könnten und müssten.

Soweit eine Konkretisierung dieser Regelung erst durch eine Rechtsverordnung nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GwG-E vorgesehen sein sollte, muss gleichzeitig berücksichtigt werden, dass diese Rechtsverordnung die sehr heterogenen Strukturen aller Verpflichteten des Geldwäschegesetzes berücksichtigen muss. Das heißt, es muss insbesondere beachtet werden, welche fachlichen Voraussetzungen an den Betrieb eines Gewerbes oder der Ausübung eines Berufes gestellt werden. In jedem Fall sollten vor Inkrafttreten einer entsprechenden Verordnung die Interessen der unterschiedlichen Gruppen von Verpflichteten angehört werden.

- j. § 16 Abs. 9 GwG-E Ausführung der Sorgfaltspflichten durch Dritte, vertragliche Auslagerung

Die vorgesehene Norm betrifft ausschließlich die Verpflichteten, die einer Regulierung nach dem Kreditwesengesetz unterliegen. Vor diesem Hintergrund sollte § 16 Abs. 9 GwG-E aus dem Geldwäschegesetz gestrichen und an geeigneter Stelle in „*Artikel 17 Änderungen des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG)*“ übernommen werden.

- k. § 45 Abs. 1 GwG-E – Informationszugang und Schutz der meldenden Beschäftigten

Der Umfang des vorliegend geregelten Auskunftsrechts des Betroffenen unter Unkenntlichmachung von Daten des die Verdachtsmeldung abgebenden Mitarbeiters wird als kritisch angesehen. Insbesondere in kleinen und mittelständischen Unternehmen ist im jeweiligen Einzelfall für den Betroffenen regelmäßig ein Rückschluss darüber möglich, welcher Mitarbeiter die Meldung abgegeben hat. Der Betroffene hat dementsprechend sehr wohl eine Möglichkeit, die betreffende Einzelperson zu bedrohen. Im Rahmen der hier zu treffenden Regelung ist wiederum zu berücksichtigen, dass insbesondere Güterhändler regelmäßig andere Sicherheitsstrukturen aufweisen, als dies beispielsweise bei Kreditinstituten der Fall ist. Die Regelungen des Geldwäschegesetzes sollen sicherstellen, dass ein potentieller Verdacht vorbehaltlos zur Meldung kommt. Vor diesem Hintergrund wäre die Regelung ersatzlos zu streichen.

- l. § 46 Nr. 8 GwG-E – Zuständige Aufsichtsbehörde

Wie bereits in Ziffer 1 dieses Schreibens ausgeführt, sollte eine Anpassung von § 46 Nr. 8 GwG-E in Bezug auf die zuständige Aufsichtsbehörde erfolgen. Die Anknüpfung zur Ermittlung der Zuständigkeit an den Wohnsitz oder juristischen Sitz des Verpflichteten würde gewährleisten, dass jeder Verpflichtete jeweils nur der geldwäscherechtlichen Aufsicht durch eine Aufsichtsbehörde unterliegt. Gleichzeitig wird der gegenwärtig bestehende bürokratische Mehraufwand aufgehoben. Die betroffenen Verpflichteten müssten nicht mehr die unter den einzelnen zuständigen Aufsichtsbehörden bestehenden unterschiedlichen Anwendungs- und Auslegungshinweise beachten, die jedenfalls aktuell nicht Deutschlandweit harmonisiert sind. Jeweilige Anzeigen sind nur noch gegenüber einer Aufsichtsbehörde erforderlich und nicht wie aktuell gegenüber mehreren gleichzeitig örtlich zuständigen Aufsichtsbehörden.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Olaf Bausch
Diplom Wirtschaftsjurist (FH)