

Schalast · Mendelssohnstr. 75-77 · D-60325 Frankfurt am Main

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
Referat GW 1  
Marie-Curie-Straße 24  
60439 Frankfurt am Main

**Nur per Email: [Konsultation-05-18@bafin.de](mailto:Konsultation-05-18@bafin.de)**

Frankfurt am Main, 26. April 2018  
Unser Zeichen: 237/18  
EZ

Enno Zipse  
Rechtsanwalt

Mendelssohnstraße 75-77  
60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (69) 97 58 31 - 0  
Fax: +49 (69) 97 58 31 - 20

E-Mail: [enno.zipse@schalast.com](mailto:enno.zipse@schalast.com)  
Web: [www.schalast.com](http://www.schalast.com)

Sekretariat

Bahar Cicek

Tel.: +49 (69) 97 58 31 - 18  
Fax: +49 (69) 97 58 31 - 20

E-Mail: [frankfurt@schalast.com](mailto:frankfurt@schalast.com)

**Konsultation AuA GwG BaFin**  
**Ihr Zeichen: GW 1-GW 2000-2017/0002**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit zu dem Entwurf der Auslegungs- und Anwendungshinweise gemäß § 51 Abs. 8 GwG („AuA“) Stellung zu nehmen. Davon möchten wir wie folgt Gebrauch machen:

**1. Auftretende Person (Ziffer 5.1.2. AuA)**

Nach den AuA sind Organe von juristischen Personen als auftretende Personen anzusehen, die gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 1 GwG iVm § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG identifiziert werden müssen. Wir schlagen vor, die AuA dahingehend zu ändern, Organe juristischer Personen nicht als auftretende Personen im Sinne des § 10 Abs. 1 GwG zu qualifizieren. Die Identität von Organen juristischer Personen sollte nur unter risikoangemessenen Gesichtspunkten ggf. festgestellt und verifiziert werden.

Gerade im Hinblick auf Finanztechnologieunternehmen (FinTechs), deren Geschäftsmodelle größtenteils den Fernabsatz beinhalten und Geschäftsmodelle, die die Akquisition von Auslandsgeschäft zum Gegenstand haben, dürfte das Erfordernis der Identifikation der Organe juristischer Personen gegenüber der Konkurrenz (auch im europäischen Ausland) einen Wettbewerbsnachteil bedeuten. Das Erfordernis der Identifikation von Organen von juristischen Personen stellt ein zusätzliches Erfordernis an den Kundenidentifikationsprozess dar. Dieses zusätzliche Erfordernis dürfte mit Kosten für den jeweils Verpflichteten und Unannehmlichkeiten für Kunden verbunden sein. Es ist fragwürdig, ob auch andere Verpflichtete (im europäischen Ausland) nach den jeweiligen geldwäscherechtlichen Bestimmungen einem entsprechenden Erfordernis unterliegen. Im Falle, dass nur in Deutschland entsprechend strenge Anforderungen an den Kundenidentifikationsprozess gestellt werden, dürfte dies zu einer möglichen regulatorischen Arbitrage zu Lasten des Wirtschaftsstandorts Deutschland führen.

Im Übrigen führt das Erfordernis der Identifizierung von Organen juristischer Personen zu erheblichen Unsicherheiten. Ein Mehrwert hinsichtlich der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist nicht ersichtlich, da die Identität von Organen juristischer Personen ohnehin im Rahmen der Eintragung in das Handelsregister festgestellt und verifiziert wird.

**a. Gesetzliche Vorgaben**

Weder aus den Empfehlungen der Financial Action Task Force („FATF“), der Richtlinie (EU) 2015/849 („GWRL“), noch aus dem Geldwäschegesetz geht ausdrücklich hervor, dass die Identität von Organen juristischer Personen festzustellen und zu verifizieren ist.

Schon systematisch beziehen sich die Vorgaben zur Identifizierung von Vertretern für Kunden nach der Interpretationshilfe zu Empfehlung 10 (Interpretive Note to Recommendation 10 Customer Due Diligence) („Interpretationshilfe“) der FATF (The FATF Recommendations, Seite 58ff.) nicht auf Organe juristischer Personen. Die empfohlenen Sorgfaltspflichten im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vertretung von Kunden beziehen sich nach der Systematik der

Interpretationshilfe nur auf die Sorgfaltspflichten gegenüber natürlichen Kunden. Im Rahmen der Sorgfaltspflichten gegenüber juristischen Personen wird lediglich gefordert, dass die Namen der Mitglieder der Geschäftsleitung festgehalten werden. Die Feststellung der Identität von Mitgliedern der Geschäftsführung und die Überprüfung der Identität werden nicht gefordert. Auch sonst besteht im Rahmen der Empfehlungen der FATF keine ausdrückliche Anforderung, dass Mitglieder der Geschäftsleitung eines Kunden, entsprechend den Anforderungen an Kunden, die natürliche Personen sind, identifiziert und verifiziert werden müssen. Entsprechendes findet sich auch in keiner Publikation der FATF.

Im Übrigen ist auch weder aus Art. 13 Abs. 1 GWRL noch aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG ersichtlich, dass die Identität von Organen juristischer Personen festgestellt und identifiziert werden muss. Zwar ist sowohl in § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG als auch in Art. 13 Abs. 1 GWRL vorgesehen, dass Verpflichtete sich vergewissern müssen, dass Personen, die vorgeben im Namen des Kunden zu handeln, dazu berechtigt sind und die Identität dieser Person feststellen und überprüfen müssen. Juristische Personen werden jedoch nicht durch ihre Organe vertreten, sondern handeln selbst durch diese nach einem ihr eigenen Willen (so die herrschende Organtheorie).

Ferner wird der Begriff der „auftretenden Person“ auch innerhalb deutscher Aufsichtsbehörden unterschiedlich ausgelegt. Im Rahmen der Auslegungs- und Anwendungshinweisen der Rechtsanwaltskammern ist ausdrücklich geregelt, dass es sich bei den gesetzlichen Vertretern oder Verfügungsberechtigten einer juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft nicht um „auf tretende Personen“ im Sinne des GwG handelt.

Vor dem Hintergrund, dass nicht einmal national gleiche Auslegungsgrundsätze im Hinblick auf die Feststellung der Identität von Organen juristischer Personen und deren Verifikation bestehen, dürfte es sehr fragwürdig sein, ob auch andere Verpflichtete (im europäischen Ausland) entsprechend strengen Vorschriften, wie nunmehr in Form der AuA, unterliegen.

Regelungen im Hinblick auf die Kundenidentifikation sollten jedoch national wie auch international (zumindest in der EU) einheit-

lich sein. Ansonsten würde die Möglichkeit einer regulatorische Arbitrage eröffnet werden. Im Falle, dass nur in Deutschland strenge Anforderungen an den Kundenidentifikationsprozess zu stellen wären, dürfte dies zu Lasten des Wirtschaftsstandorts Deutschland gehen.

**b. Praktische Gesichtspunkte**

Unter praktischen Gesichtspunkten führt das Erfordernis der Identifizierung von Organen juristischer Personen zu erheblichen Unsicherheiten. Ferner ist hierdurch auch im Hinblick auf die Verhinderung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung kein Mehrwert ersichtlich.

Nach den AuA ist die Identität des die juristische Person vertretenden Organs bei Begründung der Geschäftsbeziehung festzustellen und zu verifizieren. Hierbei stellt sich die Frage, ob im Falle einer Vielzahl von Mitgliedern der Geschäftsleitung (des Organs), (i) die Identität sämtlicher Mitglieder der Geschäftsleitung festgestellt und verifiziert werden muss, (ii) nur die Identität desjenigen Mitglieds der Geschäftsführung, das bei Begründung der Geschäftsbeziehung anwesend ist oder (iii) ggf. je nach Einzelvertretungsbefugnis/Gesamtvertretungsbefugnis differenziert werden muss. Weiter ist fraglich, wie zu verfahren ist, soweit Organstellungen bei der jeweiligen juristischen Person beendet werden und ob die Identität von Mitgliedern der Geschäftsleitung (und von welchen) auch im Rahmen von Aktualisierungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG und/oder erneuter Erfüllung von Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 3 Satz 3 GwG festgestellt und verifiziert werden muss. Soweit die Feststellung der Identität und deren Verifikation sämtlicher Mitglieder der Geschäftsführung erforderlich ist, würde dies einen erheblichen Aufwand für Verpflichtete sowie für Kunden bedeuten. Im Ergebnis dürfte eine solche Verpflichtung zu Verzögerungen und Ineffizienz bei Geschäften führen.

Soweit nur die Identität einzelner Mitglieder der Geschäftsleitung festgestellt und verifiziert werden muss, stellt sich die Frage, wie wirkungsvoll ein entsprechendes Erfordernis im Hinblick auf die Verhinderung von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung wäre. Denn bei einer Vielzahl von Mitgliedern der Geschäftsleitung hät-

ten (im Falle der Einzelvertretungsberechtigung) sämtliche Mitglieder der Geschäftsleitung Verfügungsmacht im Rahmen der Geschäftsbeziehung (bspw über ein Konto).

Im Übrigen wird die Identität von Organen juristischer Personen ohnehin im Rahmen der Eintragung in das Handelsregister festgestellt und verifiziert.

Die Feststellung und Verifikation der Identität von Organen juristischer Personen, die sich im Ausland aufhalten, ist mit einem erheblichen Aufwand verbunden und dürfte zu Verzögerungen und Ineffizienz bei Geschäften führen.

## **2. Pflichtenwahrnehmung durch Dritte und vertragliche Auslagerung (Ziffer 8 AuA)**

### **a. Aktualisierung von Kundendaten und Informationen**

Nach Ziffer 8 AuA darf die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung und die Aktualisierung der Daten und Informationen nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG nicht auf Dritte übertragen werden. Wir schlagen vor, die AuA dahingehend zu ändern, dass die Aktualisierung der Kundendaten und Informationen durch Dritte durchgeführt werden kann, soweit sämtliche Überwachungsmaßnahmen durch den Verpflichteten vorgenommen werden (insbesondere die Bestimmung und Überwachung des Turnus/Anlasses der Aktualisierung) und die Tätigkeit der Aktualisierung nicht über eine nochmalige Kundenidentifikation hinausgeht.

Nicht ersichtlich ist, weshalb die Aktualisierung von Kundendaten und Informationen nicht auf einen Dritten übertragen werden kann. Die Durchführung der Identifikation und Verifikation durch Dritte ist gestattet. Dies beinhaltet auch eine etwaige erneute Identifikation und Verifikation von Kundendaten/Informationen im Rahmen einer erneuten Erfüllung von Kundensorgfaltspflichten bei Bestandskunden (§ 10 Abs. 3 Satz 3 GwG). Die erneute Erfüllung von Sorgfaltspflichten bei Bestandskunden geht ausweislich der AuA (Ziffer 4.5) über die Aktualisierungsverpflichtung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG hinaus. Insoweit stellt die Aktualisierung von Kundendaten/Informationen ein Minus gegenüber der erneuten Erfül-

lung von Sorgfaltspflichten dar. In diesem Zusammenhang ist unklar, aus welchem Grund die bloße Aktualisierung, die ein Weniger gegenüber der erneuten Erfüllung von Sorgfaltspflichten darstellt, nicht durch Dritte erfüllt werden darf.

**b. Meldung an Aufsichtsbehörde bei vertraglicher Auslagerung von Sorgfaltspflichten**

Wir schlagen vor, in Ziffer 8.2 AuA klarzustellen, dass die Übertragung von Sorgfaltspflichten auf vertraglicher Basis keine Auslagerung im Sinne der § 25h Abs. 4 KWG, § 6 Abs. 7 GwG ist und daher nicht anzeigepflichtig ist.

Vor dem Hintergrund, dass § 25h Abs. 4 KWG, § 6 Abs. 7 GwG eine Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde im Falle der Übertragung von Sicherungsmaßnahmen vorschreibt, besteht Unklarheit, ob auch eine Anzeigepflicht besteht, soweit die Erfüllung von Sorgfaltspflichten nach § 17 Abs. 5 GwG auf einen Dritten übertragen wird.

Bei der Erfüllung von Sorgfaltspflichten nach § 17 Abs. 5 GwG handelt es sich aus unserer Sicht nicht um eine anzeigepflichtige Durchführung von Sorgfaltspflichten im Sinne der § 25h Abs. 4 KWG und § 6 Abs. 7 GwG. Diese stellen auf die Ausführung/Durchführung von „*internen Sicherungsmaßnahmen*“ durch Dritte ab. „*Interne Sicherungsmaßnahmen*“ sind in § 6 Abs. 2 Nr. 1 bis 7 GwG aufgezählt. Im Hinblick auf die Kundenidentifikation führt § 6 Abs. 2 Nr. 1b) GwG

*„die Ausarbeitung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen in Bezug auf Kundensorgfaltspflichten nach den §§ 10 bis 17“*

auf.

Schon nach dem Wortlaut ist die Erfüllung von Sorgfaltspflichten durch Dritte nach § 17 Abs. 5 GwG nicht von den Anzeigepflichten nach § 25h Abs. 4 S. 1 KWG und § 6 Abs. 7 S. 1 GwG erfasst. Denn § 17 Abs. 5 GwG spricht von der Erfüllung der Sorgfaltspflichten und nicht von der Ausarbeitung von interner Grundsätze,

Verfahren und Kontrollen in Bezug auf Kundensorgfaltspflichten. Im Übrigen kann die Erfüllung von Sorgfaltspflichten an sich keine interne Sicherungsmaßnahme darstellen. Sie kann nur eine ausführende Maßnahme im Rahmen der bestehenden internen Sicherungsmaßnahmen sein. Insbesondere wird in § 6 Abs. 2 Nr. 1b) GwG gerade nicht auf den Gesamtprozess der Kundenidentifikation inklusive der Ausführung abgestellt, sondern nur auf einzelne Prozessschritte (Ausarbeitung von internen Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen), die dokumentiert werden können. Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten, die in § 17 GwG explizit als solche bezeichnet wird, wird dagegen in § Abs. 2 Nr. 1b) GwG nicht genannt.

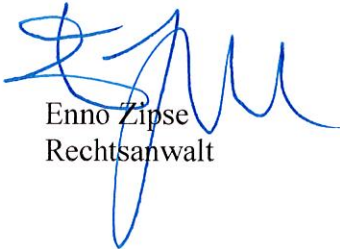
Selbst bei Annahme, dass entgegen dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 Nr. 1b) GwG die Erfüllung der Sorgfaltspflichten eine interne Sicherungsmaßnahme darstellen würde, stellt § 17 Abs. 5 GwG eine Spezialregelung (*lex specialis*) dar und nimmt die bloße Erfüllung von Sorgfaltspflichten aus dem Anwendungsbereich der § 25h Abs. 4 S. 1 KWG und § 6 Abs. 7 S. 1 GwG heraus.

Im Übrigen stellt § 17 GwG (Abs. 5, 3, 6 und 7) ein eigenes Regime auf, welche detaillierten Anforderungen im Rahmen der Erfüllung von Sorgfaltspflichten durch Dritte einzuhalten sind. Diese sind im Wesentlichen die gleichen Anforderungen die nach § 6 Abs. 7 GwG an die Durchführung von internen Sicherungsmaßnahmen durch Dritte gestellt werden. Wesentlicher Unterschied ist allerdings, dass nach dem Anforderungsregime von § 17 GwG eine Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde nicht umfasst ist. Auch ein Verweis auf die § 6 Abs. 7 GwG und § 25h Abs. 4 KWG, welcher eine Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde begründen könnte, ist nicht vorhanden.


Im Übrigen gilt der Vorbehalt des Gesetzes, so dass Sachverhalte, die nicht explizit in einer Eingriffsnorm genannt sind, nicht von dieser erfasst werden können.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen



Enno Zipse  
Rechtsanwalt



Dr. Andreas Walter, LL.M.  
Rechtsanwalt