



Sachstand

Einzelfragen zur Geldwäsche Aufsichtsrechtliche Betrachtung

Einzelfragen zur Geldwäsche

Aufsichtsrechtliche Betrachtung

Aktenzeichen: WD 4 - 3000 - 029/21
Abschluss der Arbeit: 8. April 2021
Fachbereich: WD 4: Haushalt und Finanzen

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
1.1.	Begriff der Geldwäsche	4
1.2.	Bekämpfung der Geldwäsche nach deutschem Recht	4
2.	Grundlagen der Geldwäscheaufsicht	5
2.1.	Pflichten der beaufsichtigten Unternehmen	5
2.2.	Die Aufsichtsbehörden	5
2.3.	Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen	6
3.	Buchhaltung (Fragen 1a und 2)	6
3.1.	Sofortmaßnahmen gegen Transaktionen (§ 40 GwG)	7
3.2.	Maßnahmen der Geldwäscheaufsichtsbehörden	8
4.	Zahlung von Provisionen (Frage 1b und 3)	9
5.	Glücksspiel (Frage 4)	9
6.	Erkenntnismittel bei der Einleitung bankenaufsichtsrechtlicher Verfahren (Frage 6)	11
6.1.	Zuständigkeit und Verfahren bei der Bankenaufsicht	11
6.2.	Zulässige Erkenntnismittel bei der Einleitung eines Bankenaufsichtsverfahrens	12

1. Einleitung

1.1. Begriff der Geldwäsche

Der Begriff der Geldwäsche umfasst Verhaltensweisen, durch welche Vermögenswerte aus bestimmten Vortaten unter bewusster Verschleierung ihrer strafrechtlich relevanten Herkunft in den legalen Wirtschaftskreislauf eingeführt werden.¹

In kriminologischer Hinsicht werden hierbei drei aufeinanderfolgende **Phasen** unterschieden:² In der ersten Phase (*placement*) werden illegal erworbene Vermögenswerte auf verschiedene Weise in den regulären Finanzkreislauf eingespeist (z.B. gestreute Bareinzahlung auf Bankkonten oder Fingierung von Einnahmen durch einen scheinhaft betriebenen Gewerbebetrieb), um in einem zweiten Schritt (*layering*) die „Papierspur“ durch eine Kette von (oftmals grenzüberschreitenden) Transaktionen zu verwischen. In der dritten Phase (*integration*) werden die Vermögenswerte an den Organisator zurückgeführt, sodass sie – nunmehr als Mittel aus relevanten Vortaten unkenntlich gemacht – reinvestiert werden können.

1.2. Bekämpfung der Geldwäsche nach deutschem Recht

Das System der Geldwäschebekämpfung nach deutschem Recht umfasst im Wesentlichen **zwei Säulen**: das Aufsichtsrecht und das Strafrecht.³ Die strafrechtliche Ahndung erfolgt insbesondere über den speziellen Straftatbestand der Geldwäsche nach § 261 Strafgesetzbuch (StGB). Die verwaltungsrechtliche Ebene ist vor allem im Geldwäschegesetz (GwG) geregelt. Es begründet umfassende Pflichten für Akteure im Finanz- und Wirtschaftswesen, die mit entsprechenden behördlichen Kontroll- und Durchsetzungsbefugnissen korrespondieren. Hierdurch sollen die Aufspürung illegaler Vermögenswerte erleichtert und Geldwäschetaten im Vorfeld unterbunden, aber auch die Erbringung von Nachweisen für begangene Taten zwecks strafrechtlicher Ahndung erleichtert und strukturelle Erkenntnisse zur Organisierten Kriminalität gewonnen werden.⁴

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages wurden mit der Begutachtung der geldwäscherechtlichen Relevanz verschiedener Sachverhaltskonstellationen hinsichtlich beider Säulen der Bekämpfung beauftragt. Das vorliegende Gutachten behandelt dementsprechend die geldwäscheaufsichtsrechtlichen Aspekte als Teil der „aufsichtsrechtlichen Säule“, während eine parallele Arbeit⁵ sich mit den strafrechtlichen Implikationen befasst.

1 *Figura* in: Herzog (Hrsg.), Geldwäschegesetz – Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 8; *Nestler*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, 2017, S. 349.

2 Vgl. dazu *Figura* in: Herzog (Hrsg.), § 1 Rn. 9; *Walther* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 42 Rn. 4 ff.

3 Vgl. auch *Wahl* in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 51.16 ff.

4 *Wahl* in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Rn. 51.19; *Walther* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 42 Rn. 179.

5 WD 7 – 3000 – 030/21.

2. Grundlagen der Geldwäscheaufsicht

2.1. Pflichten der beaufsichtigten Unternehmen

Das System der Geldwäscheaufsicht basiert auf den geldwäschebezogenen Verpflichtungen der gemäß § 1 GwG überwachten Unternehmen. Diese ergeben sich vorwiegend aus dem GwG, in Bezug auf Kredit- und Zahlungsinstitute und -unternehmen folgen Modifikationen insbesondere aus §§ 251 ff. Gesetz über das Kreditwesen (KWG) und § 22 Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (ZAG).⁶

Teile dieser Pflichten beziehen sich auf die Absicherung gegen Geldwäschevorgänge **im eigenen Unternehmen**. Zu nennen ist insbesondere die Pflicht zum internen Risikomanagement, die eine Risikoanalyse in Bezug auf die betriebenen Geschäfte (§ 5 GwG) sowie interne Sicherungsmaßnahmen wie die Bestellung eines Geldwäschebeauftragten und Überprüfungen von Mitarbeitern⁷ auf ihre Zuverlässigkeit (§ 6 GwG) umfasst. Andere geldwäscheaufsichtsrechtliche Verpflichtungen beziehen sich auf Personen, mit denen das jeweilige Unternehmen **Geschäftskontakt** hat: Die auf dem sog. *know your customer*-Prinzip basierenden Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden sind in §§ 10 ff. GwG geregelt. Dazu gehören die Identifizierung des Kunden, des dahinter stehenden wirtschaftlich Berechtigten sowie des Zwecks der Geschäftsbeziehung, zusätzlich aber auch die kontinuierliche Überwachung von Geschäftsbeziehung und Transaktionen.⁸ Aufgrund eines risikobasierten Ansatzes im GwG können diese Sorgfaltspflichten je nach Maß des konkreten Geldwäscherisikos einer Beziehung oder Transaktion in vereinfachter oder verstärkter Form bestehen (§§ 14, 15 GwG).

2.2. Die Aufsichtsbehörden

Die in § 50 GwG definierten zuständigen Geldwäscheaufsichtsbehörden sind im Wesentlichen für die Sicherstellung der Einhaltung der dargestellten Verpflichtungen nach dem GwG zuständig.⁹ Zu diesem Zweck werden sie zunächst informell und informativ tätig, etwa in Form von Auslegungs- und Anwendungshinweisen zu den Vorschriften des GwG oder Rundschreiben, welche die Organisations-, Kontroll- und Anzeigepflichten der Institute und Unternehmen konkretisieren.¹⁰

6 *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 33. EL (Oktober 2020), GwG, Vorbemerkungen Rn. 3.

7 Ausschließlich zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird auf eine genderspezifische Schreibweise verzichtet. Alle personenbezogenen Bezeichnungen in diesem Sachstand sind somit geschlechtsneutral zu verstehen und beziehen sich auf weibliche, männliche und diverse Personen.

8 In Bezug auf den vergleichbaren § 3 GwG a.F. siehe *Walther* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 42 Rn. 209.

9 *Achtelik* in: Herzog (Hrsg.), § 51 Rn. 4

10 Vgl. mit Bezug zur Bankengeldwäscheaufsicht der BaFin *Fischer/Boegl* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 128 Rn. 98.

Daneben stehen ihnen Eingriffsbefugnisse zur Verfügung, die mit den Verpflichtungen der Unternehmen korrespondieren. Spezielle Befugnisse reichen von Auskunfts- und Einsichtnahmerechten wie dem Recht zur Einholung von Darlegungen über die Einhaltung der allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 10 Abs. 2 S. 4 GwG) über Anordnungs Kompetenzen, beispielsweise in Bezug auf die Schaffung angemessener interner Sicherungsmaßnahmen (§ 6 Abs. 8 GwG), bis zum Widerruf einer erteilten Tätigkeitserlaubnis oder einer entsprechenden Aufforderung der zuständigen Zulassungsbehörde (§ 51 Abs. 5 GwG). Daneben berechtigt die **Generalklausel** des § 51 Abs. 2 GwG die Aufsichtsbehörden in umfassender Weise zum Ergreifen von Maßnahmen, die zur Sicherstellung der Einhaltung der geldwäscheaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen geeignet und erforderlich sind. Aufgrund dieser Befugnisse hat etwa die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in ihrer Funktion als Geldwäscheaufsichtsbehörde bereits interne Sicherungsmaßnahmen wie die Verbesserung der personellen und technischen Ausstattung und die Verschriftlichung bestimmter Arbeitsvorgänge der Verpflichteten sowie die Aufarbeitung bestimmter Bearbeitungsrückstaus angeordnet; in einem Fall wurde ein Sonderbeauftragter zur Überwachung der Einhaltung dieser Anordnungen eingesetzt.¹¹

Soweit die Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer Tätigkeit Anhaltspunkte für Geldwäschevorgänge des Unternehmens oder einer damit in Geschäftskontakt stehenden Person erhalten, sind sie zur Meldung an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen verpflichtet, § 44 GwG.

2.3. Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen

Neben der Geldwäscheaufsicht im engeren Sinne sieht das GwG eine Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vor, deren Funktionen von der Financial Intelligence Unit (FIU) wahrgenommen werden.¹² Ihre Aufgabe ist die Sammlung und Analyse von Meldungen sowie Sofortmaßnahmen bei Verdacht auf Geldwäsche, § 28 Abs. 1 GwG. Nach § 31 GwG kommt ihr dafür ein Auskunfts- und Datenzugriffsrecht gegenüber den Verpflichteten zu. Als Mittel der kurzfristigen Verhinderung von Geldwäschevorgängen steht der FIU bei entsprechendem Verdacht die vorläufige oder endgültige Unterbindung von Transaktionen gegenüber jedermann zu, § 40 GwG. Für die Ermittlung und Verfolgung erfolgter Geldwäschetaten bleiben indes die Strafverfolgungsorgane zuständig.

3. Buchhaltung (Fragen 1a und 2)

Auf ihre Implikationen im Sinne des dargestellten Systems der Geldwäscheaufsicht hin untersucht werden zunächst die dargestellten Sachverhalte mit Bezug zur Buchhaltung der betreffenden Unternehmen.

11 Vgl. *Achtelik* in Herzog (Hrsg.), § 51 Rn. 4.

12 Vgl. dazu <https://www.zoll.de/DE/FIU/fiu_node.html>. Alle Internetlinks wurden zuletzt abgerufen am 8. April 2021.

Einerseits ist dabei nach sog. *Round Tripping*-Vorgängen gefragt. Dabei werden Vermögenswerte eines Unternehmens an andere Unternehmen übertragen, um denselben oder einen vergleichbaren Vermögenswert vereinbarungsgemäß zu einem späteren Zeitpunkt zurück zu erwerben.¹³ Ziel ist es in der Regel, den Eindruck ordnungsgemäßer Geschäfte mit Lieferanten oder Kunden zu erwecken und die Bilanz durch den infolge der anfänglichen Übertragung kurzfristig entstehenden Umsatz aufzuwerten.¹⁴ Dies geschieht häufig im Zusammenhang mit sog. *Merger & Acquisition* (M&A), also Vorgängen, bei denen Aktiva von Unternehmen zusammengelegt oder ganz oder teilweise übertragen werden.¹⁵

Andererseits geht es um über mehrere Jahre hinweg begangene Betrugsdelikte einer Aktiengesellschaft unter Einbeziehung fehlerhaft erstellte Jahresabschlüsse.

3.1. Sofortmaßnahmen gegen Transaktionen (§ 40 GwG)

Stehen die im Rahmen eines *Round Tripping*-Vorgangs vorgenommenen Transaktionen im Zusammenhang mit Geldwäsche, liegt insbesondere die Anordnung von Sofortmaßnahmen durch die FIU nach § 40 GwG nahe. Diese kurzfristig angelegten Maßnahmen dienen der Sicherstellung einer abschließenden Analyse der betreffenden Vorgänge durch die FIU und der Ermöglichung einer Überweisung an die Strafverfolgungsbehörden, die weitergehende vermögensbezogene Maßnahmen treffen können.¹⁶ In der Praxis der FIU stellen sie jedoch ein zurückhaltend genutztes Mittel dar.¹⁷

Es kommen verschiedene Arten von Sofortmaßnahmen in Betracht: Im Rahmen von § 40 Abs. 1 S. 1 GwG können konkrete Transaktionen jeglicher Personen ausgesetzt oder endgültig untersagt werden. Gegenüber bestimmten geldwäscherechtlich Verpflichteten kann gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GwG gar jegliche Transaktion von einem bestimmten Konto untersagt werden, womit das Konto faktisch eingefroren wird.¹⁸ Grundvoraussetzung ist in jedem Fall der **Verdacht**, dass die in Frage stehende Transaktion der Geldwäsche dient. Dabei sind an den Verdachtsgrad wegen der gesetzlichen Konzeption als Methode schnellen Einschreitens zwar keine überhöhten Anforderungen zu stellen, sodass Anhaltspunkte genügen.¹⁹ Entscheidend ist nach dem Wortlaut der Vorschrift jedoch, dass sich der Verdacht gerade auf einen funktionalen Zusammenhang mit der Straftat der Geldwäsche bezieht. Auf Transaktionen im Rahmen anderer (Vermögens-)Straftaten

13 Vgl. *Brandis* in: Tipke/Kruse (Hrsg.), AO/FGO, 164. EL (Februar 2021), § 138e AO Rn. 14.

14 *Nietsch*, Abschlussprüferhaftung nach Wirecard – Uwe H. Schneider zum 80. Geburtstag, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (WM) 2021, 158 (165).

15 Wirtschaftslexikon Gabler, Mergers & Acquisitions, abrufbar unter <<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/mergers-acquisitions-41789>>.

16 *Barreto de Rosa* in: Herzog (Hrsg.), § 40 Rn. 2.

17 A.a.O., Rn. 5b.

18 *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), § 40 GwG Rn. 1.

19 *Barreto da Rosa* in: Herzog (Hrsg.), § 40 Rn. 2.

wie Betrug kann § 40 nur insoweit angewendet werden, als diese ihrerseits in Verdacht stehen, der Geldwäsche zu dienen, beispielsweise als deren Vortaten.²⁰ In Bezug auf die dargestellten Buchhaltungssachverhalte lassen sich Sofortmaßnahmen somit zwar als kurzfristiges Mittel gegen die Transaktionen im Rahmen von *Round Tripping*-Vorgängen einsetzen, soweit Anhaltspunkte für einen geldwäschebezogenen Einsatz bestehen. Transaktionen im Zusammenhang mit Betrugstaten unterfallen hingegen nicht ohne Weiteres der Befugnis nach § 40 GwG.

3.2. Maßnahmen der Geldwäscheaufsichtsbehörden

Weil sich Maßnahmen der Aufsichtsbehörde auf die Einhaltung der geldwäscheaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen nach dem GwG beziehen, setzen sie den Bezug zu einer solchen Pflicht voraus. Weder *Round Tripping* noch die Erstellung fehlerhafter Jahresschlussberichte berührt jedoch bereits begriffsnotwendig eine Verpflichtung nach dem GwG. Insbesondere die Fälschung von Jahresberichten ist vor allem in anderen Aufsichtsregimen relevant: Sie kann die kreditaufsichtsrechtliche Verpflichtung zur Aufstellung eines Jahresberichts nach den allgemeinen Ansatz- und Bewertungsgrundsätzen nach § 26 Abs. 1 KWG verletzen²¹ oder unter Sanktionsnormen wie § 332 HGB fallen.

Die erforderliche Berührung geldwäschebezogener Pflichten im Zusammenhang mit diesen Vorgängen kann sich indes insbesondere aus der mit beiden beschriebenen Vorgängen einhergehenden Verschleierungstaktik des vermögensverschiebenden bzw. abschlussfälschenden Unternehmens ergeben. So kann damit eine Verletzung der geldwäscherechtlichen **Dokumentationspflichten** einhergehen: § 8 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 i.V.m. § 10 GwG verpflichtet zur Dokumentation und fünfjährigen Aufbewahrung von Daten zu Höhe, Ziel, Datum und Konten bei neu begründeten Geschäftsbeziehungen sowie signifikanten oder geldwäscheverdachtsintensiven Transaktionen;²² § 5 Abs. 4 GwG verpflichtet ergänzend zur Dokumentation der verpflichtenden internen Risikoanalyse im Unternehmen. Wird gegen eine derartige Verpflichtung verstoßen, steht der Aufsichtsbehörde das gesamte Instrumentarium an aufsichtsrechtlichen Maßnahmen hinsichtlich der zukunftsbezogenen Prävention derartiger Vorgänge zur Verfügung. Vor allem im Rahmen des *Round Trippings* kommen zusätzlich Maßnahmen gegen die in die Transaktionen einbezogenen **Geschäftspartner** in Betracht, soweit sie selbst der Geldwäscheaufsicht unterliegen. Dies gilt insbesondere, wenn für sie Anlass zum Verdacht hinsichtlich des Geldwäschebezugs der Transaktionen bestanden hätte, etwa wegen der Komplexität und Größe, dem ungewöhnlichen Ablauf oder dem nicht erkennbaren wirtschaftlichen Zweck der Transaktion.²³ In diesem Fall können die Pflichten zur Anwendung verstärkter Sorgfaltsmaßstäbe bei ungewöhnlichen Transaktionen (§ 15 GwG), zur Unterlassung oder Beendigung von Transaktionen bzw. Geschäftsbeziehungen (§ 10 Abs. 9 GwG), und zur Verdachtsmeldung (§ 43 GwG) eingreifen und verletzt sein.

20 A.a.O., Rn. 8.

21 Vgl. dazu *Wolfgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG, 5. Aufl. 2015, § 26 Rn. 29.

22 *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), § 8 GwG Rn. 2; *Herzog* in: ders. (Hrsg.), § 8 Rn. 7.

23 BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, Mai 2020, abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Auslegungsentscheidung/dl_ae_auas_gw.pdf;jsessionid=B255E850B97532A7A235B6E2C3D6060D.2_cid393?__blob=publicationFile&v=13>, S. 73.

Mit Blick auf den Fall des mehrjährig fälschlich erstellten Jahresabschlusses ist zudem zu beachten, dass sich das geldwäscheaufsichtsrechtliche Instrumentarium bei **mehrfacher** Zuwiderhandlung verschärft: So rechtfertigt ein erhöhtes Risikoprofil des Beaufsichtigten unter anderem eine häufigere und intensivere Überprüfung der Pflichterfüllung durch bestimmte Aufsichtsbehörden, vgl. § 51 Abs. 3 GwG. Nach § 51 Abs. 5 GwG stellt ein nach Verwarnung wiederholter und nachhaltiger Verstoß gegen die geldwäscheaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen zudem die Grundlage für eine vorübergehende Untersagung der Geschäftsausübung, den Widerruf der Zulassung oder der entsprechenden Aufforderung der zuständigen Zulassungsbehörde dar, § 51 Abs. 5 GwG.

4. Zahlung von Provisionen (Frage 1b und 3)

Ähnliche geldwäscheaufsichtsrechtliche Implikationen ergeben sich, soweit die Transaktionen in der Zahlung von Provisionen bestehen. Gefragt ist insoweit einerseits nach transaktionshöheabhängige Provisionen im Rahmen von *Round Tripping*-bezogenen M&A-Transaktionen, andererseits nach Provisionen an den Vorstand einer Aktiengesellschaft nach Hochtreiben des Kaufpreises für ein ausländisches Unternehmen.

Im Falle solcher Transaktionen kann sich eine geldwäscherechtliche Relevanz insbesondere daraus ergeben, dass auf dem Wege erhöhter Provisionen Geld aus geldwäschetauglichen Vortaten verborgen weitergeleitet werden soll. Geht damit eine ungewöhnliche **Höhe** von Transaktionen einher, liegt ein Indikator für einen Verdacht auf Geldwäsche vor,²⁴ der für alle Geschäftspartner unter anderem die Meldepflicht nach § 43 GwG und für die FIU ggf. das Eingreifrecht nach § 40 GwG begründet.

Besonderheiten ergeben sich zudem, wenn gerade dem **Vorstand** als Leitungsebene eines Unternehmens die in Rede stehende geldwäscherechtliche Verfehlung vorzuwerfen ist. Insoweit ist zu beachten, dass sich aufsichtsrechtliche Maßnahmen der Behörden auch gerade gegen einzelne Leitungsmitglieder richten können. Insbesondere ermächtigt § 51 Abs. 5 S. 2 GwG die Aufsichtsbehörden zum Ausspruch eines vorübergehenden Verbots zur Ausübung einer Leitungsposition bzw. zu einer entsprechenden Aufforderung der zuständigen Zulassungsbehörde zu einer solchen Maßnahme. Einschränkend gilt jedoch auch hier, dass dem betreffenden Mitglied ein wiederholter und nachhaltiger Verstoß gegen GwG-Pflichten vorgeworfen werden können muss, und dass die Befugnis nach § 51 Abs. 5 GwG als *ultima ratio* heranzuziehen ist.²⁵

5. Glücksspiel (Frage 4)

Weiterhin begutachtet werden Konstellationen, in welcher ein sog. Fintech zur Abwicklung von aus Glücksspiel-Geschäften resultierenden Transaktionen verwendet wird. „Fintech“ (*financial*

24 Vgl. dazu BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, S. 72 f.

25 *Achtelik* in: Herzog (Hrsg.), § 51 Rn. 8.

services and technology) ist hierbei ein Sammelbegriff für moderne Technologien im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen sowie für die Unternehmen, welche sie einsetzen.²⁶

Sowohl hinsichtlich des Zwecks der Abwicklung von Glücksspielgeschäften als auch hinsichtlich des Mittels der Technologie ergeben sich geldwäscheaufsichtsrechtliche Besonderheiten. Einerseits enthält das Geldwäscheaufsichtsrecht zahlreiche Sonderregelungen für Anbieter und Vermittler von Glücksspiel. Besondere Verpflichtungen werden dabei **Online-Glücksspiel-Unternehmen** auferlegt, soweit sie nicht anderen Aufsichtssystemen unterliegen.²⁷ § 16 GwG stellt spezifische Anforderungen an die Ausgestaltung der Spielerkonten und der Finanztransaktionen sowie die Identifizierung des Spielers. Hintergrund dieser Verschärfung ist die Herstellung erhöhter Transparenz für die Zahlungsverläufe, um geldwäschebezogene Transaktionen als zweifelhaft identifizieren zu können²⁸ und damit dem anerkanntermaßen hohen Geldwäscherisiko im Zusammenhang mit (auch legalem) Online-Glücksspiel zu begegnen.²⁹ Das Geldwäscheaufsichtsrecht enthält darüber hinaus Vorgaben in Bezug auf **Technologien** und Datenverarbeitungssysteme. Nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 GwG haben alle geldwäscheaufsichtsrechtlich Verpflichteten geeignete, also den Sicherungszweck in der konkreten Geschäftssituation erreichende,³⁰ Sicherungsmechanismen gegen die Nutzung von Technologien für Zwecke der Geldwäsche und die daraus resultierende erhöhte Anonymität im Geschäftsverkehr einzurichten. Glücksspielanbieter tragen nach § 6 Abs. 4 GwG zudem die Pflicht zur Errichtung und Aktualisierung von Datenverarbeitungssystemen, die zur Erkennung zweifelhafter und ungewöhnlicher Transaktionen in Bezug auf Glücksspiel-Geschäfte geeignet sind. Werden Technologien verwendet, müssen sie also diesen Rahmenanforderungen genügen. Zusätzlich stuft Anlage 2 Nr. 2 lit. e zum GwG die Verwendung neuer Technologien als Indikator für erhöhtes Geldwäscherisiko ein, woraus eine Verschärfung der zu erfüllenden Sorgfaltspflichten nach § 15 GwG für den Verwender folgen kann.

Die Glücksspielbehörden der Länder als zuständige Aufsichtsbehörden für Glücksspielanbieter (§ 50 Nr. 8 GwG) können – insbesondere bei der Verletzung der dargestellten besonderen glücksspiel- oder technologiebezogenen Verpflichtungen – ihre geldwäscheaufsichtsrechtlichen Kompetenzen nutzen, um Geldwäscheinälligkeit der Technologien oder ihrer konkreten Verwendung entgegenzutreten. Für diesen Zweck kommt ihnen eine spezielle Auskunftseinholungskompetenz in Bezug auf die Zahlungsverläufe und Konten bei Online-Glücksspiel-Anbietern zu, § 51 Abs. 7 GwG.³¹

26 *Bajorat*, Was ist Fintech? Der Versuch einer Definition, Payment & Banking, 5. März 2016, abrufbar unter <<https://paymentandbanking.com/was-ist-fintech-der-versuch-einer-definition/>>.

27 Vgl. dazu *Achtelik* in: Herzog (Hrsg.), § 16 Rn. 6; *Stulz-Herrnstadt/Engelmann*, Das neue Geldwäschegesetz – Auswirkungen für die Glücksspielbranche, Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG) 2017, 475 (476 f.).

28 *Stulz-Herrnstadt/Engelmann*, ZfWG 2017, 475 (477).

29 *Achtelik* in: Herzog (Hrsg.), § 16 Rn. 4.

30 BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, S. 21.

31 *Häberle* in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), § 51 GwG Rn. 3. Die entsprechende Auskunftspflicht der Anbieter wird durch den korrespondierenden Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 56 Abs. 1 Nr. 62 GwG verstärkt.

6. Erkenntnismittel bei der Einleitung bankenaufsichtsrechtlicher Verfahren (Frage 6)

Untersucht wird schließlich, welche (medialen) Erkenntnisquellen der zuständigen Behörde bei der Einleitung bankenaufsichtsrechtlicher Verfahren neben Wirtschaftsprüferberichten und den Aussagen sogenannter Whistleblower von Rechts wegen zur Verfügung stehen.

6.1. Zuständigkeit und Verfahren bei der Bankenaufsicht

Nationale Bankenaufsichtsbehörden sind die BaFin und die Bundesbank; die Zuständigkeitsverteilung wird durch §§ 6, 7 KWG bestimmt. Die Beaufsichtigung der Institute und Unternehmen in Form des Erlaubnis- und des laufenden Überwachungsverfahrens sowie das Entgegenwirken bei allgemeinen Misständen obliegt danach der BaFin.³² Die Bundesbank wirkt an der laufenden Überwachung zwar mit, indem sie insbesondere die von den Instituten und Unternehmen einzureichenden Unterlagen auswertet und prüft, § 7 Abs. 1 S. 2 KWG. Insoweit operiert sie aber in Abstimmung mit und nach den Richtlinien der BaFin,³³ die nach Punkt 2.2.2 Abs. 2 der Aufsichtsrichtlinie³⁴ die abschließende Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis bei allen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen und Auslegungsfragen behält. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird daher die **BaFin** als zuständige Behörde für die Bankenaufsicht behandelt; zudem ist sie gemäß § 50 Abs. 1 GwG auch die für Kreditinstitute und -unternehmen zuständige Behörde im Rahmen der Geldwäscheaufsicht als besondere Bankenaufsichtsaufgabe.

Das bankenaufsichtsrechtliche Instrumentarium umfasst die Erteilung, Verweigerung und Entziehung der Erlaubnis für die Institute und Unternehmen (§§ 32 ff. KWG) sowie die laufende Aufsicht. Zu letztgenanntem Zweck kann die BaFin förmliche Maßnahmen wie Rechtsverordnungen (§ 31 KWG) oder Anordnungen gegenüber einzelnen Instituten und Unternehmen erlassen (§ 6 Abs. 3 KWG), aber auch Bekanntmachungen und Verlautbarungen zu Rechts- und Auslegungsfragen mit Bezug zum KWG veröffentlichen sowie in dem praktisch häufigen informellen Verfahren Informationen mitteilen, Verhaltensweisen missbilligen und formelle Maßnahmen ankündigen.³⁵

32 *Fischer/Boegl* in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 125 Rn. 31 f. Vgl. dazu auch BaFin, Bankenaufsicht, 20. März 2019, abrufbar unter <https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Banken-aufsicht_node.html>.

33 *Laars*, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 4. Online-Aufl. 2017, § 4a Rn. 2; *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 126 Rn. 35. Vgl. auch BaFin, Bankenaufsicht, 20. März 2019, abrufbar unter <https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Banken-aufsicht_node.html>.

34 Der Richtlinienentwurf ist abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Richtlinie/rl_130521_aufsichtsrichtlinie.html?nn=9021442>.

35 Vgl. *Fischer/Boegl*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 126 Rn. 64-71; *Freis-Janik* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 2.389 ff.

6.2. Zulässige Erkenntnismittel bei der Einleitung eines Bankenaufsichtsverfahrens

Zu untersuchen ist nun, welcher Erkenntnismittel sich die BaFin bei ihrer Entscheidung über die Einleitung eines bankenaufsichtsrechtlichen Verfahrens der beschriebenen Art gegen ein Institut oder Unternehmen von Rechts wegen bedienen darf.

Die BaFin ist als rechtlich eigenständige Anstalt des öffentlichen Rechts zugleich organisatorischer Teil der Bundesverwaltung,³⁶ sodass auf ihre öffentlich-rechtlichen Aktivitäten das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG) Anwendung findet, § 1 Abs. 1 Nr. 1 F. 3 VwVfG. Prüft die BaFin durch Sammlung von Erkenntnissen, ob Anlass für bankenaufsichtsrechtliche Anordnungen gegen ein Institut oder Unternehmen besteht, liegt eine nach außen gerichtete und auf den Erlass eines Verwaltungsakts zielende Tätigkeit und damit ein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG vor.³⁷ In einem solchen Verfahren ist die BaFin gemäß § 24 VwVfG zur umfassenden Ermittlung des materiell-rechtlich relevanten Sachverhalts verpflichtet (sog. Untersuchungsgrundsatz). Dazu kann sie sich nach § 26 VwVfG aller als sachdienlich erachteter Beweismittel bedienen, wobei insbesondere Auskünfte, Zeugenaussagen und Schriftstücke aller Art sowie der Augenscheinbeweis herangezogen werden können. Daraus ergibt sich für das Verwaltungsverfahren der sog. **Grundsatz des Freibeweises**: Die Behörde kann sich nach eigenem Ermessen aller denkbaren Erkenntnismittel bedienen; lediglich unzulässig oder rechtswidrig erlangte Beweismittel haben außer Betracht zu bleiben.³⁸ Dieser Grundsatz gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz jedenfalls analog für alle hoheitlichen Tätigkeiten³⁹ und somit auch für alle anderen aufsichtsbezogenen Erkenntnisgewinne durch die BaFin.

Neben der allgemeinen Regelung des § 26 VwVfG enthalten KWG, GwG und weitere spezielle Gesetze Regelungen, die Aufschluss über besondere Erkenntnisquellen der BaFin geben. So konstruieren die §§ 24, 26 f. KWG ein System von Pflichten der Institute und Unternehmen zur Anzeige bedeutsamer Entwicklungen sowie zur regelmäßigen Vorlage von Jahresabschlüssen, Lage- und Prüfungsberichten.⁴⁰ Dieses System wird durch einen umfassenden Auskunftsanspruch der BaFin ergänzt, § 44 KWG; dieser berechtigt unter anderem zum Verlangen von Auskünften, zum Einblick in die Bücher und Geschäftspapiere, zur aktiven Teilnahme an Gremiensitzungen sowie zur Durchführung anlassloser und auch unangekündigter Sonderprüfungen in den Geschäftsräumen des Instituts.⁴¹ Nach § 6b Abs. 3 KWG kann die BaFin auch Stresstests bei den Instituten und Unternehmen durchführen lassen. In ähnlicher Weise berechtigt § 51 Abs. 3 GwG die BaFin für die Überwachung der Einhaltung der geldwäscheaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen bestimmten Verpflichteten gegenüber zu anlasslosen Prüfungen an jedem geeigneten Ort, wobei

36 Laars, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, § 2 Rn. 1.

37 Vgl. Gerstner-Heck in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 50 Ed. (1. Januar 2021), § 9 Rn. 11 f.

38 Hermann in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), § 26 Rn. 11, 17 f.

39 A.a.O., Rn. 4.

40 Fischer/Boegl in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 126 Rn. 64.

41 Fischer/Boegl in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), § 126 Rn. 64; Freis-Janik in: Kümpel/Mülb- bert/Früh/Seyfried (Hrsg.), Rn. 2.393.

sich Häufigkeit und Intensität nach dem Risikoprofil des jeweiligen Verpflichteten zu richten haben.⁴² § 52 Abs. 2 und 3 GwG statten die BaFin mit einem entsprechenden Betretens- und Besichtigungsrecht aus. § 23 Abs. 1 Nr. 1a GwG berechtigt zur Einsichtnahme in das Transparenzregister. Zudem sehen § 53 Abs. 1 GwG und § 4d Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) die Errichtung einer Stelle zur Entgegennahme anonymer Hinweise für einschlägige Verstöße vor; auf dieser Grundlage hat sich die BaFin mit der „Hinweisgeberstelle für Verstöße gegen das Aufsichtsrecht“ auf die Aufnahme von Hinweisen sog. Whistleblower eingerichtet.⁴³ § 4b FinDAG etabliert darüber hinaus ein besonderes Beschwerdeverfahren der BaFin zugunsten von Kunden der überwachten Institute und Unternehmen, das sich auf Verstöße gegen Vorschriften bezieht, deren Einhaltung die BaFin überwacht;⁴⁴ auch die im Rahmen dieses Verfahrens übermittelten Angaben können als Erkenntnismittel dienen. Die spezialgesetzlich geregelten zusätzlichen Informationsquellen begrenzen aber nicht die rechtliche Möglichkeit zum Erkenntnisgewinn durch Heranziehung anderer Mittel. Auch die Nutzung medialer Ressourcen steht der BaFin somit rechtlich offen.

In der Praxis stellen nach eigener Darstellung der BaFin indes die Jahresabschlüsse, Prüfberichte, Kurzbilanzen und Meldungen der Institute und Unternehmen sowie die Sonderprüfungen vor Ort die wesentlichen Informationsquellen für die Ausübung der Bankenaufsicht dar.⁴⁵

* * *

42 *Achtelik* in Herzog (Hrsg.), § 51 Rn. 5.

43 BaFin, BaFin-Hinweisgeberstelle für Verstöße gegen Aufsichtsrecht, 23. März 2020, abrufbar unter <https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Uebergreifend/Hinweisgeberstelle/hinweisgeberstelle_artikel.html>.

44 *Laars*, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, § 4b Rn. 1.

45 Vgl. BaFin, Bankenaufsicht, 20. März 2019, abrufbar unter <https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Bankenaufsicht/bankenaufsicht_node.html>.