

Per E-Mail

An die Mitglieder

des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages

24. September 2023

Kurzstellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der risikobasierten Arbeitsweise der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen“ (BT-Drucksache 20/8294)

I. Zur Ausgangslage

Der vorliegende Gesetzesentwurf hat zum Ziel, Fehlentwicklungen im Geldwäsche-Verdachtsmeldewesen durch mehrschichtige Korrekturen am gesetzlichen Rahmenwerk zur Tätigkeit der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen („FIU“) entgegenzusteuern. Diese **Fehlentwicklungen** waren durch verschiedene Faktoren bedingt und resultierten

- in einer „Überflutung“ der FIU durch wenig sachgerechte, **kleinteilige und niederschwellige Verdachtsmeldungen** durch Verpflichtete, die oftmals Cent- und Kleinstbeträge betrafen oder nur mit Blick auf mögliche Vortaten ohne Transaktionskontext abgegeben wurden,
- in Folge der stark gestiegenen Anzahl von Verdachtsmeldungen in einem **erheblichen Bearbeitungsrückstau**,
- in dessen Folge wiederum die tatsächlichen **Aufgaben der FIU**, Vorfilterung und unverzügliche Weitergabe von Verdachtsmeldungen an die Strafverfolgungsbehörden **beeinträchtigt** wurden und
- in der Konsequenz sogar **Mitarbeiter der FIU dem Risiko ausgesetzt wurden**, wegen der verspäteten Weitergabe von Verdachtsmeldungen an die Strafverfolgungsbehörden beschuldigt zu werden.
- In weiterer Folge **verlor das Verdachtsmeldewesen an Glaubwürdigkeit in der Öffentlichkeit** und verursachte erhebliche **Frustration unter den – tausenden – Geldwäschebeauftragten** der GwG-Verpflichteten, die die

eigentliche wirtschaftliche und operative Last bei der Erkennung von Geldwäschefällen tragen.

Wendet man sich den **Ursachen für diese Fehlentwicklungen** zu, so liegen diese, neben sicherlich **verbesserungsbedürftiger Ausstattung der FIU und der mit der Bearbeitung von Geldwäschefällen befassten Strafverfolgungsbehörden** selbst, in rechtlicher und rechtsanwendungspraktischer Hinsicht vor allem in

- einer jahrelangen Praxis der Financial Action Task Force („**FATF**“), durch Druck in den gegenseitigen Länderevaluierungen auf einer unreflektierten, weniger risikobasierten Verdachtsmeldepraxis und einer Steigerung der Verdachtsmeldezahlen zu pochen,
- der Einführung des „**all-crimes-approach**“ und die Abschaffung des Vortatenkatalogs im Straftatbestand der Geldwäsche (§ 261 Abs. 1 StGB) im Jahr 2021¹ in Überumsetzung der europarechtlichen Vorgaben („all serious crime approach“)²,
- einer unglücklichen und selbst um de-minimis-Fälle nicht begrenzten **Verdachtsmeldepflicht** (§ 43 Abs. 1 GwG : ... „**unabhängig vom Wert des betroffenen Vermögensgegenstandes oder der Transaktionshöhe unverzüglich...**“)
- der jahrelangen Verwaltungspraxis der Geldwäsche-Aufsichtsbehörden, nach der Verpflichtete auf Veranlassung des BMF angehalten wurden, sich nicht mit möglicher Vortatenrelevanz verdächtiger Geschäftsvorfälle zu befassen, sondern „im Zweifelsfall zu melden“ („**take it but report it**“)³;
- einer auch durch ein prominentes Gerichtsurteil (Beschluss) bestätigten, unangemessenen Bebußung einer Fehleinschätzung und verspätet abgegebenen Verdachtsmeldung („**OLG Frankfurt**“)⁴ durch einen GwG-Verpflichteten
- Einer teilweise **missverständlichen Verwaltungspraxis**, insbesondere der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die zu unreflektierter Abgabe von Verdachtsmeldungen unabhängig von Größenordnungen führte (Bargeldgeschäfte in Kreditinstituten / Mittelherkunftsnachweis erforderlich)⁵..

¹ Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche, März 2021, BGBl. I 2021, 327ff

² Richtlinie (EU) 2018/1673, dort Art. 2

³ Bafin-Rundschreiben 1/2014 GW vom 5.3. 2014, geändert am 10.11.2014

⁴ Beschluss v. 10.4.2018, 2 Ss-OWi 1059/17 mit zahlreichen Besprechungen

⁵ Vgl. z.B. die Auslegungs- und Anwendungshinweise der BaFin für den Bankensektor, „AuA-BT Kreditinstitute“, Stand August 2021, S. 4

II. Ergebnis

Der Gesetzesvorschlag führt zu einer Verbesserung der formalrechtlichen Ausgangslage, nicht aber zu einer Steigerung der Effektivität oder Effizienz der derzeit gängigen Maßnahmen zur Geldwäschebekämpfung.

Während eine Verbesserung des Verdachtsmeldewesens aus Sicht der GwG-Verpflichteten, der Strafverfolgungsbehörden, der Mitarbeiter der FIU selbst, sowie aus gesamtwirtschaftlichen Gründen einer Effektivitäts- und Effizienzsteigerungen der Geldwäschebekämpfung in ihrer bisherigen Form dringend wünschenswert ist, erscheint der vorliegende Gesetzesentwurf in einigen Punkten, namentlich in der **faktischen Auflösung des Unverzüglichkeitserfordernisses zwischen Eingang der Verdachtsmeldung bei der FIU und der Weitergabe an die Strafverfolgungsbehörden, kontraproduktiv, widerspricht der Funktion des § 32 Abs. 2 GwG und ist mit Blick auf die Pflichtenkreise der GwG-Verpflichteten zur „unverzüglichen“ Abgabe von Verdachtsmeldungen unausgewogen.**

Andere Elemente des Gesetzesvorschlages, namentlich die Befugnis der FIU, **Stereotypen zu definieren, die zu keiner Verdachtsmeldepflicht führen, sind zu begrüßen. Sie gehen indes nicht weit genug. Eine Re-Fokussierung des Vortatenkataloges des § 261 StGB auf „all serious crimes“ ist dringend geboten, aber nicht Gegenstand des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens. Der FIU sollte deshalb in Vollzug des risikobasierten Ansatzes neben der Bestimmung von Typologien zumindest ausdrücklich zugestanden werden, eine Minimalbetragschwelle, z.B. einer Transaktionshöhe von EUR 100, zu definieren, unter der keine Verdachtsmeldung abgegeben werden muss, die auch betragsmäßig der Risikobasiertheit Rechnung trägt.**

III. Zur geplanten Änderung des § 28 Abs. 1 GwG („Risikobasierter Ansatz für die FIU“)

1. Kritik

Anders als in der Gesetzesbegründung zu Nummer 2 dargestellt handelt es sich bei der geplanten Aufnahme eines Satzes 2 in § 28 Abs. 1 GwG („Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben folgt die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen einem risikobasierten Ansatz.“) **nicht um eine Klarstellung des Anwendungsbereiches des § 3a GwG, sondern um eine schwer wiegende,**

vor dem Hintergrund der Funktionsaufteilung zwischen Strafverfolgungsbehörden und der FIU **nur teilweise sachgerechten und zudem verfassungsrechtlich problematische Grundsatzänderung**. Die vorgeschlagene Änderung ist **teilweise kontraproduktiv** und führt zu einer **erheblichen Disbalance** zwischen den (bußgeldbewehrten) Pflichten der Geldwäsche-Verpflichteten zur „unverzüglichen“ Abgabe von Verdachtsmeldungen und behördlicher Behandlung derselben.

Zur Lösung dieser Disbalance wäre es entweder notwendig, den GwG-Verpflichteten ebenso einen breiteren Ermessensspielraum, risikobasiert, hinsichtlich des „ob“ und des „wie“ einer Verdachtsmeldung zuzugestehen. Anderenfalls wäre dem Risikoansatz des § 3a GwG in seiner Anwendung auf alle wesentlichen Beteiligten und Pflichtenträger unter dem GwG nur unzureichend Rechnung getragen.

2. Begründung

Der Unterzeichner hat seine Rechtsauffassung gegenüber der faktischen risikobasierten Arbeitsweise der FIU in ihrer bisherigen Anwendung bereits in der Literatur dargestellt.⁶ Der Auffassung schlossen sich in der Folgezeit zahlreiche rechtswissenschaftliche Autoren an.⁷

Mit der Umgestaltung des Verdachtsmeldewesens in Deutschland im Jahr 2017 kam es zu einer schwerwiegenden Änderung: Vor 2017 wurden Verdachtsmeldungen zweifach, nämlich an die Landeskriminalämter als Strafverfolgungsbehörden sowie gleichzeitig an das FIU (als statistisch-erkenntnisammelnde Behörde), abgegeben, um den **Zugriff auf bemakeltes Vermögen binnen der Transaktionssperrfrist von vormals 48, nunmehr 72 Stunden zu ermöglichen**.

Der Erfolg geldwäschepräventiver Maßnahmen hängt stark von der Geschwindigkeit des Behördenhandelns ab. Durch die gleichzeitige Abgabe an FIU und eine Strafverfolgungsbehörde wurde letztere in die Lage versetzt, **schnell**

⁶ Vgl. Frankfurter Kommentar zum GwG, 3. Aufl. 2022, § 3a RdNrn. 26ff.

⁷ Vgl. Achtelik, in Herzog, GwG, 5. Aufl. 2023, § 3a RdNr. 5; Barreto/de Rosa, Der Kriminalist 2022, 23; El Ghazi/Jansen NZWiSt 2022, 468; eher offen: Müller, in BeckOK GwG, 15. Ed. 2023, § 3a RdNr. 15a ff.

durch vermögenssichernde Maßnahmen bemakeltes Vermögen abzuschöpfen.

Mit der Neuordnung im Jahr 2017 wurde der Gedanke, eine „vorermittelnde“ FIU zu errichten, die eingereichte Verdachtsmeldungen vorfiltern, durch eigene Finanzermittlungsergebnisse anreichern und dann schnellstmöglich an die Strafverfolgungsbehörden geben sollte, verwirklicht. Das Konzept per se ist schlüssig und rechtsanwendungspraktisch vorzugswürdig – solange die zeitnahe Analyse und Weitergabe an Strafverfolgungsbehörden mit strafprozessualen Eingriffskompetenzen sichergestellt ist.

Während durch die Einführung des „risikobasierten Ansatzes“ für die Arbeit der FIU grundsätzlich ein mit Blick auf Strafbarkeitsrisiken der Mitarbeiter ein richtiges Signal gesetzt wird, welches zudem die **bisherige Arbeit der FIU in den letzten zwei Jahren retrospektiv legitimiert**, darf dies nach vorne gerichtet allerdings **nicht zu einer Verzögerung des Arbeitsablaufes** während der Transaktionssperrfrist führen. **Durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung wäre dieser Gesetzeszweck, ausgedrückt in den §§ 32 und 43ff GwG, möglicherweise gefährdet.**

Gegen die Anwendung des risikobasierten Ansatzes auf sämtliche Tätigkeiten der FIU bestehen ferner **staatsorganisatorische bzw. rechtstaatliche Bedenken**. Die FIU ist bekanntlich keine Strafverfolgungsbehörde. Sie ist streng an das Legalitätsprinzip gebunden. Ihr stehen mithin keine Rechte zu, Opportunitätserwägungen in ihre Entscheidungen, die letztlich das Ob und Wie einer Strafverfolgung präkludieren, einfließen zu lassen. Eine Einführung des risikobasierten Grundsatzes für die Arbeit der FIU **widerliefe zudem § 32 Abs. 2 GwG, der eine unverzügliche Weiterleitung der Sachverhalte an die Strafverfolgungsbehörden** vorschreibt.

Ferner müssen auch die Interessen der GwG-Verpflichteten, die unter erheblichem zeitlichem Druck, persönlicher Haftung und großem persönlichen Einsatz Verdachtsmeldungen erstellen und ausleiten, Rechnung getragen werden. Die GwG-Beauftragten dieses Landes tragen seit 30 Jahren die eigentliche Schwerlast bei der Erkennung von Geldwäschefällen. Ihnen steht der Risikoansatz angesichts der Unverzüglichkeitserfordernisses und der ausdrücklich betragsmäßig nach unten nicht begrenzten Verdachtsmeldepflicht in § 43 GwG nicht zu. Die durch die angedachte Ergänzung des § 28 Abs. 1 GwG

entstehende **Ungleichbehandlung würde zu erheblicher Verstimmung unter den Verpflichteten führen.**

3. **Änderungsvorschlag:**

§ 28 Abs. 1 GwG bleibt ungeändert.

4. **Hilfsweise: Risikobasierte Anwendung auch durch Verpflichtete durch Ergänzung des § 43 GwG**

Jedenfalls muss den Verpflichteten eine Anwendung des § 3a GwG auch auf das Verdachtsmeldewesen zugestanden werden. Mithin sollte mindestens § 43 GwG dem Rechnung tragen.

§ 43 Abs. 1 Satz1 GwG wird wie folgt geändert:

„(1) Liegen Tatsachen vor, die **nach risikobasierter Betrachtung** darauf hindeuten, dass

- 1.ein Vermögensgegenstand, der mit einer Geschäftsbeziehung, einem Maklergeschäft oder einer Transaktion im Zusammenhang steht, aus einer strafbaren Handlung stammt, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte,
- 2.ein Geschäftsvorfall, eine Transaktion oder ein Vermögensgegenstand im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht oder
- 3.der Vertragspartner seine Pflicht nach § 11 Absatz 6 Satz 3, gegenüber dem Verpflichteten offenzulegen, ob er die Geschäftsbeziehung oder die Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten begründen, fortsetzen oder durchführen will, nicht erfüllt hat,

so hat der Verpflichtete diesen Sachverhalt ~~unabhängig vom Wert des betroffenen Vermögensgegenstandes oder der Transaktionshöhe unverzüglich~~ der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zu melden.“

5. **Hilfsweise:** Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass das Unverzögerungsgebot des § 32 Abs. 2 GwG für die FIU unangetastet bleibt oder dies mit einer risikobasierten Einschätzungsprärogative der Verpflichteten korrespondiert und auch diese im Rahmen ihrer Verdachtsmeldepflicht risikobasiert vorgehen dürfen.

IV. Zur vorgeschlagenen Änderung des § 29 Abs. 2a ff. GwG

Die vorgeschlagene Schaffung einer Eingriffsgrundlage zur automatischen Datenverarbeitung ist aus Sicht der Rechtsanwendungspraxis **nötig und sachgerecht**. Die in § 29 Abs. 2b des Entwurfes enthaltene Begrenzung des Einsatzes von „Artificial Intelligence“ entspricht der Verwaltungspraxis der Aufsichtsbehörden hinsichtlich des Einsatzes derselben durch die Verpflichteten. Wie die Aufsichtsbehörden mehrfach klargestellt haben, ist dem „Human Factor“ bei schwerwiegenden Entscheidungen, wie etwa der Abgabe einer Verdachtsmeldung, wesentliche Bedeutung zuzugestehen.⁸ Die Anwendung von IT-gestützten Systemen bei der Verdachtsfallerkennung und -bearbeitung ist bereits weit verbreitet. Die Nachrüstung der FIU – und die Schaffung einer datenschutzrechtlichen Eingriffsgrundlage – ist rechtsanwendungspraktisch daher zu begrüßen.

V. Zur Vorgeschlagenen Änderung des § 43 Abs. 5 GwG („Definition Negativtypologien durch FIU“)

1. Kritik:

Die Hinzusetzung der Kompetenz der FIU, einen Negativkatalog für Transaktionsstereotypen zu bestimmen, bei denen keine Meldepflicht ausgelöst wird, ist **aus rechtsanwendungspraktischer Sicht zu begrüßen**.

Allerdings ist angesichts des derzeitigen Wortlautes des § 43 Abs. 1 GwG („unabhängig vom Wert des betroffenen Gegenstandes oder der Transaktionshöhe“) eine rechtssichere Beschränkung des Verdachtsmeldewesen auf **Minimalschwellen vom Gesetz nicht vorgesehen**. Die vielfach geforderte Einführung einer – sehr niedrigen – Verdachtsmeldeschwelle bei z.B. EUR 200 oder EUR 100, die risikobasiert geboten ist und zu einer erheblichen Entlastung der Verpflichteten wie der FIU führen wird, ist daher qua Gesetz bisher nicht möglich.

⁸ Vgl. z.B. BaFin, 01.09.2022 „Big Data und Künstliche Intelligenz“; 12.07.2023 „When an algorithm decides on the loan“.

2. Änderungsvorschlag

§ 43 Abs. 1 Satz 1 GwG wird wie folgt geändert:

„...so hat der Verpflichtete diesen Sachverhalt ~~unabhängig vom Wert des betroffenen Vermögensgegenstandes oder der Transaktionshöhe~~ **risikobasiert und** unverzüglich der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zu melden.“

3. Hilfsweise: Zusatz in die Gesetzesbegründung „Betragsschwellen möglich“

Weniger rechtssicher, aber rechtsanwendungspraktisch sicherlich hilfreich, wäre immerhin eine klarstellende Ergänzung in der vorgeschlagenen Gesetzesbegründung

„Die Typologien können auch Betragsschwellen vorsehen, unterhalb derer die Verpflichteten regelmäßig oder für verschiedene Typologien keine Verdachtsmeldepflicht trifft.“

Durch die vorgeschlagene Änderung könnten die Zahl der Verdachtsmeldungen risikobasiert gesenkt, die Qualität der Verdachtsmeldungen erhöht und die Verpflichteten wie auch die FIU effektiv entlastet werden.

gez.

Dr. Joachim Kaetzler