

GELDWÄSCHE & RECHT

Prävention – Repression – Sicherheit

Schriftleitung: Dr. Jacob Wende, Penelope Schneider und Prof. Dr. Kilian Wegner

Editorial

Dr. Jacob Wende, Penelope Schneider und Prof. Dr. Kilian Wegner
Willkommen zur 9. Ausgabe „Geldwäsche & Recht“

45

Kurz und Knapp

46

Beiträge

Dr. Joachim Kaetzler

Gruppenweites Risikomanagement, exterritorialer Anwendungsbefehl und
Kollisionsregeln: § 9 GwG in der Rechtspraxis (Teil 2)

50

Ilka Brian

Die Identifizierung des Kunden und des wirtschaftlich Berechtigten nach
der geplanten EU-AML-Verordnung – Was kommt auf die Verpflichteten zu? (Teil 2)

57

Peter Frey und Felipe Virgüez

Erfüllung kundenbezogener Sorgfaltspflichten im Rahmen von
Banking-as-a-Service-Angeboten durch zuverlässige Dritte

65

Dr. Christian Lange-Hausstein und Tim Kremer

Das „Daten-Dilemma“ bei der Identifizierung von Personen mittels
eID und Smart-eID – Problemskizze und Auflösung

69

Rechtsprechungsübersicht

Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi und Alina Hoffmann

73

Rechtsprechung

Dr. Martin Thelen

Zuständigkeit der Notarsenate für Überprüfung notarieller Pflichten nach
dem Geldwäschegesetz

78

Ihr GWuR-Beirat

Dr. Emanuel H. F. Ballo
Partner bei DLA Piper UK LLP
Frankfurt am Main

Dr. Steffen Barreto da Rosa
Referent im Bundesministerium der Justiz
Berlin

Florentine Braun-Lorenz
Rechtsanwältin bei Linklaters LLP
Frankfurt am Main

Prof. Dr. Jens Bülte
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Universität Mannheim

Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi
Lehrstuhl für Strafprozessrecht und Strafrecht
Universität Trier

Michael Findeisen
Ministerialrat a.D.
Berlin

Dr. Thora Funken
Referatsleiterin bei der Zentralstelle für Finanz-
transaktionsuntersuchungen (FIU)
Köln

Dr. Ulrich L. Göres
Rechtsanwalt
Frankfurt a.M.

Dr. Joachim Kaetzler
Partner bei CMS Hasche Sigle
Frankfurt am Main

Lars-Heiko Kruse
Partner bei PricewaterhouseCoopers
Berlin

Hans Martin Lang
Leiter des Referats für nationale Zusammenarbeit bei der Bundesanstalt für Fi-
nanzdienstleistungsaufsicht
Frankfurt am Main

Peter Langweg
Referent der Rechtsabteilung beim Bundesverband
der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (BVR)
Berlin

Michael Peters
Kriminalhauptkommissar a. D. und Senior Managing Director bei Ankura
Frankfurt a.M.

Hildegard Reppel
Rechtsanwältin/Syndikusrechtsanwältin
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Berlin

Dr. Markus Stief
Sachgebietsleiter Geldwäscheaufsicht im Regierungspräsidium Freiburg und stell-
vertretender Landeskoordinator Baden-Württemberg
Freiburg

Daniel Volp
Oberstaatsanwalt, Leiter der Zentralstelle zur Bekämpfung der Organisierten
Kriminalität und der Geldwäsche bei der Generalstaatsanwaltschaft
Frankfurt am Main

Prof. Dr. Andreas Walter
Rechtsanwalt, Partner und Leiter der Practice Group Banking & Finance in der
Sozietät SCHALAST LAW|TAX
Frankfurt am Main

Dr. Uta Zentes, LL.M. (Eur)
Rechtsanwältin und Head of Compliance
Frankfurt a.M.

Ständige Mitarbeiter:innen

Dr. Simone Breit
Partnerin bei Knierim & Kollegen
Mainz

Dr. Nicholas P. Schoch
Rechtsanwalt bei Freshfields Bruckhaus Deringer
Frankfurt am Main

Johanna Mayrhofer
Europa-Universität Viadrina
Frankfurt (Oder)

Jan-Wolfgang Kröger
Rechtsanwalt bei Linklaters LLP
Frankfurt am Main

IMPRESSUM

Deutscher Fachverlag GmbH
Mainzer Landstraße 251, 60326 Frankfurt
am Main, Tel. +49 69 7595-01,
Fax: +49 69 7595-2999,
Internet: www.dfv.de

Geschäftsführung
Peter Esser (Sprecher), Sönke Reimers
(Sprecher), Thomas Berner, Markus Gotta

Aufsichtsrat
Andreas Lorch, Catrin Lorch, Dr. Edith Bau-
mann-Lorch, Peter Ruß

**Gesamtverlagsleitung Fachmedien
Recht und Wirtschaft**
RA Torsten Kutschke,
Tel. +49 69 7595-2701,
E-Mail: Torsten.Kutschke@dfv.de

R&W Kundenservice
Tel. +49 69 7595-2788,
Fax +49 69 7595-2770
E-Mail: kundenservice@ruw.de

Anzeigen
Matthias Betzler, Tel. +49 69 7595-2785
E-Mail: matthias.betzler@dfv.de
Es gilt Preisliste Nr. 3 vom 1.1.2023.

Redaktion
Jacob Wende
Penelope Schneider
Kilian Wegner
E-Mail: redaktion@gwur.de

Produktion
Hans Dreier (Leitung)

Logistik
Ilja Sauer (Leitung)

Satz
Lichtsatz Michael Glaese GmbH,
Hildastraße 4, 69502 Hemsbach

Druck
medienhaus Plump GmbH, Rolandsecker
Weg 33, 53619 Rheinbreitbach

Abonnement
Jahresvorzugspreis Deutschland: 179,00 €
inkl. Versandkosten und MwSt., alle weite-
ren Abonnement-Preise unter
www.ruw.de/abo.
Erscheint quartalsweise

– Jahresabo (inkl. Zugang zum Online-
Archiv):
159,- € inkl. Versand und MwSt.
Auslandspreise auf Anfrage.

Die Abonnementgebühren sind im Voraus
zahlbar. Der Abonnementvertrag wird auf
unbestimmte Zeit geschlossen. Eine Kün-
digung ist jederzeit bis 3 Monate vor
Ende des Bezugszeitraumes möglich.
Liegt dem Verlag zu diesem Zeitpunkt
keine automatische Kündigung vor, ver-
längert sich das Abonnement automa-
tisch um ein weiteres Jahr zum dann gül-
tigen Jahrespreis, zahlbar im Voraus. Die
Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Bei-
träge und Abbildungen sind urheber-
rechtlich geschützt.

In der dfv Mediengruppe, Fachmedien
Recht und Wirtschaft, erscheinen außer-
dem folgende Fachzeitschriften: Betriebs-
Berater (BB), Compliance-Berater (CB), Di-
versity in Recht und Wirtschaft (DivRuW),
Datenschutz-Berater (DSB), Europäisches
Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS), Zeit-

schrift zum Innovations- und Technikrecht
(InTeR), Kommunikation & Recht (K&R),
Logistik & Recht (LogR), Netzwirtschaft-
ten & Recht (N&R), Recht Automobil Wirt-
schaft (RAW), Recht der Finanzinstru-
mente (RdF), Recht der Zahlungsdienste
(RdZ), Recht der Internationalen Wirt-
schaft (RIW), Sanierungs-Berater (SanB),
Der Steuerberater (StB), Wettbewerb in
Recht und Praxis (WRP), Zeitschrift für
Umweltpolitik & Umweltrecht (ZfU), Zeit-
schrift für Wett- und Glücksspielrecht
(ZfWG), Zeitschrift für das gesamte Han-
dels- und Wirtschaftsrecht (ZHR), Zeit-
schrift für das gesamte Lebensmittelrecht
(ZLR), Zeitschrift für Neues Energierecht
(ZNER) und Zeitschrift für Vergleichende
Rechtswissenschaft (ZVgIRWiss).

© 2023 Deutscher Fachverlag GmbH
Frankfurt am Main

dfv Mediengruppe

Dr. Christian Lange-Hausstein/Tim Kremer

Das „Daten-Dilemma“ bei der Identifizierung von Personen mittels eID und Smart-eID – Problemskizze und Auflösung

Alle Bundesministerien und das Kanzleramt haben die Verbreitung von „digitalen Identitäten“, deren Bestandteil die Online-Ausweisfunktion „eID“ ist, im Rahmen der „Digitalstrategie Deutschland“ als sog. „Hebelprojekt“ priorisiert. Mit der eID können Personen sich schnell, sicher und datensparsam identifizieren. Die geldwäscherechtlichen Anforderungen an die Meldung eines Verdachtsfalls wurden allerdings zunächst nicht an die digitale Variante des Personalausweises angepasst. Die bisher vorhandenen Anforderungen erzeugten für Verpflichtete ein in diesem Beitrag als „Daten-Dilemma“ bezeichnetes Problem. Daraus folgten Compliance-Risiken, die die Verbreitung der eID zu verhindern drohten. Die Risiken und die sich mittlerweile abzeichnende praktikable Lösung des Problems werden im Folgenden näher beleuchtet.

Das Daten-Dilemma

Verpflichtete des Finanz- und Nichtfinanzsektors können Personen mit der Online-Ausweisfunktion identifizieren (§ 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GwG i.V.m. § 18 Abs. 1 bzw. Abs. 2 PAuswG). Die Online-Ausweisfunktion gibt es in der Ausprägung „eID“ und wahrscheinlich ab dem Herbst 2023 in der Ausprägung „Smart-eID“. Bei der eID sind die Ausweisdaten auf einem Chip auf der Ausweiskarte gespeichert. Der Chip auf der Ausweiskarte kann bspw. über Schnittstellen von Smartphones ausgelesen werden. So können die Ausweisdaten in dem Smartphone oder auf einem angeschlossenen Computer benutzt werden – etwa zur Online-Eröffnung eines Kontos. Bei der „Smart-eID“ sind die Ausweisdaten direkt im Smartphone gespeichert. Hier wird bei der Verwendung der Smartphone-Speicher ausgelesen. Nachfolgend sind mit „eID“ beide Ausprägungen gemeint. Bei ihrer Nutzung durch Verpflichtete konnte sich im Zusammenhang mit den geldwäscherechtlichen Meldepflichten bislang ein sogenanntes „Daten-Dilemma“ ergeben. Wie das Dilemma entstand und wie Verpflichtete es nunmehr auflösen können, wird nachfolgend dargestellt.

Verdachtsmeldung und Meldepflichtverstoß

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die in § 43 GwG verankerte Pflicht, wonach Verpflichtete geldwäscherechtliche Verdachtsfälle an die Financial Intelligence Unit (FIU) melden müssen. Die FIU stellt als Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen das Portal goAML für Verdachtsmeldungen nach dem Geldwäschegesetz zur Verfügung. Die Eingabemaske des Portals sieht für vollständige Meldungen vor, dass unter anderem diese Daten eingegeben werden müssen: Geschlecht, Geburtsland, Ausweisnummer. Entscheidend ist, dass die Nicht-Angabe der Ausweisnummer bislang zur Zurückweisung der Meldung führte (FIU goAML Handbuch Stand 15. Juli 2019, Anlage 1, S. 1). Unsicher war bis zu einer jüngst erfolgten Klarstel-

lung von BMF und FIU (dazu sogleich) zudem, was passiert, wenn „Geschlecht“ und „Geburtsland“ nicht angegeben werden. Es kam also für Verpflichtete ein Meldepflichtverstoß in Betracht (§ 43 GwG), wenn sie die Daten bei einem Verdachtsfall nicht angaben.

Erhebung der „zusätzlichen“ Daten

Zur Vermeidung eines Meldepflichtverstoßes lag es für Verpflichtete nahe, die drei „zusätzlichen“ Daten Geschlecht, Geburtsland und Ausweisnummer zu erheben. Das wird für Verpflichtete vor allem dann zu einem Problem, wenn sie die eID zur Identifizierung benutzen wollen, denn diese Daten sind nicht auf der eID gespeichert. Sie können also bereits aus technischen Gründen nicht im Rahmen der Identifizierung mittels eID erhoben werden. Am Markt ist es daher verbreitet, die Daten durch zusätzliche Eingaben der betroffenen Personen zu erheben. Dafür sind verschiedene Verfahren im Einsatz, etwa das Abfotografieren der Ausweiskarte per App. Das begegnet allerdings deutlichen Bedenken. Denn Geschlecht, Geburtsland und Ausweisnummer sind personenbezogene Daten, sodass die DSGVO auf ihre Verarbeitung anwendbar ist (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Bereits ihre Erhebung stellt einen Verarbeitungsvorgang im Sinne der DSGVO dar (Art. 4 Nr. 2 DSGVO). Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist allerdings verboten, es sei denn, sie ist erlaubt (sogenanntes datenschutzrechtliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Ob eine Erlaubnis zur Erhebung der zusätzlichen Daten vorliegt, ist – wie im Folgenden näher gezeigt wird – zweifelhaft.

Keine gewillkürte Erlaubnis

Zunächst ist die Erhebung der zusätzlichen Daten nicht schon deshalb erlaubt, weil die betroffene Person in die Erhebung einwilligt (sog. „gewillkürte Erlaubnis“, s. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO). Denn eine solche Einwilligung würde nicht freiwillig erklärt werden, wenn der Vertrags-

schluss, in dessen Rahmen die Daten erhoben werden, an die Bedingung ihrer Erklärung geknüpft werden würde. Sie muss aber freiwillig sein (Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Ist sie nicht freiwillig, ist die Einwilligung unwirksam. Verstöße gegen Art. 7 DSGVO werden streng sanktioniert (Art. 83 Abs. 5 lit. a) DSGVO).

Die Erhebung ist auch nicht deshalb zulässig, weil sie für die Erfüllung vertraglicher Pflichten der GwG-Verpflichteten erforderlich wäre (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 1 DSGVO). Denn aus dem Schuldverhältnis zwischen den Verpflichteten und der betroffenen Person ergibt sich die Pflicht zur Erhebung oder sonstigen Verarbeitung der Daten gerade nicht.

Die Erhebung der zusätzlichen Daten kann schließlich auch nicht darauf gestützt werden, dass sie für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) Var. 2 DSGVO). Denn in dieser Variante fordert die DSGVO, dass die Erhebung „auf Anfrage der betroffenen Person“ erfolgt. Eine Anfrage zur Erhebung ihrer Daten durch Verpflichtete stellen betroffene Personen aber typischerweise nicht.

Keine gesetzliche Erlaubnis

Auch die übrigen in Betracht kommenden Erlaubnisgründe der DSGVO liegen nicht vor, sodass Verpflichtete die Erhebung von Geschlecht, Geburtsort und Ausweisnummer bei der Identifizierung mittels eID auch nicht auf diese Weise rechtfertigen können. Aus dem Katalog der Erlaubnisgründe in Art. 6 Abs. 1 DSGVO kämen als Erlaubnis der Datenverarbeitung v.a. die Erforderlichkeit zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht (lit. c)) und die sog. Interessenabwägung (lit. f)) in Betracht.

Die Erlaubnis zur Erhebung wegen einer rechtlichen Pflicht scheitert aber daran, dass es keine rechtliche Pflicht im Sinne der DSGVO gibt, die die Erhebung von Geburtsort, Geschlecht und Ausweisnummer erforderlich macht. Dazu im Einzelnen:

Keine Pflicht aus Aufzeichnungspflichten

Als rechtliche Pflicht i. S. v. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO können nicht die geldwäscherechtlichen Aufzeichnungspflichten des Verpflichteten angeführt werden. Für die eID gelten andere Aufzeichnungspflichten als für die Vor-Ort-Kontrolle von Personen (§ 8 Abs. 2 S. 6 GwG). Im Falle der Identifizierung mit eID „ist anstelle der Art, der Nummer und der Behörde, die das zur Überprüfung der Identität vorgelegte Dokument ausgestellt hat, das dienste- und kartenspezifische Kennzeichen und die Tatsache, dass die Prüfung anhand eines elektronischen Identitätsnachweises erfolgt ist, aufzuzeichnen“. Geschlecht, Geburtsland und Ausweisnummer sind davon nicht erfasst. Anders als bei der Vor-Ort-Kontrolle bestehen zudem auch nicht „das Recht und die

Pflicht“, eine Kopie des Ausweises zu erstellen (§ 8 Abs. 2 S. 2 GwG). Denn dieses Recht ist nach dem Wortlaut begrenzt auf die anderen genannten Dokumente – es erstreckt sich explizit nicht auf Vorgänge, in denen die eID aus dem Ausweis gelesen wird.

Keine Pflicht aus den Vorgaben für die FIU

Eine Erlaubnis zur Erhebung der zusätzlichen Daten durch die Verpflichteten ergibt sich auch nicht aus den Pflichten der FIU, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Daten zu verarbeiten (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO i.V.m. §§ 27 ff. GwG, insb. § 29 GwG). Denn die Vorschriften betreffen nur die Verarbeitung durch die FIU selbst – und nicht die Verarbeitung durch die Verpflichteten, die der der FIU möglicherweise vorangeht. Gleiches gilt für die allgemeinen Vorschriften des deutschen Datenschutzrechts im BDSG. Sie regeln die Verarbeitung durch öffentliche Stellen zu bestimmten Zwecken (§ 3 BDSG bzw. § 23f. BDSG). Auch sie regeln die Verarbeitung durch öffentliche Stellen aber ohne Bezug zu der im Vorfeld möglicherweise nötigen Verarbeitung durch die Verpflichteten, sodass sie keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung durch Verpflichtete haben.

Keine Pflicht aus der Pflicht zur Übermittlung

Eine Erlaubnis zur Erhebung der zusätzlichen Daten durch die verpflichteten Organisationen ergibt sich auch nicht daraus, dass möglicherweise zukünftig ein Verdachtsfall und eine daraus hervorgehende Pflicht zur Übermittlung an die FIU vorliegt (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO i.V.m. § 43 GwG). Die Übermittlung von Daten an die FIU ist unter der Voraussetzung geboten, dass ein Verdachtsfall vorliegt. In diesem Fall ist die Übermittlung zulässig. Allerdings: Die Voraussetzung der Übermittlung, nämlich der Verdachtsfall, liegt im Moment der Erhebung der Daten noch nicht vor. Typischerweise ergibt sich aus den bei Begründung der Geschäftsbeziehung vorhandenen Informationen nicht, dass die Person oder ihr Verhalten künftig einen Verdachtsfall begründen wird.

Verpflichtete, die die Erhebung der Daten auf die bloße Möglichkeit einer Verdachtsmeldung stützen, würden also Daten erheben, ohne zu wissen, ob der Zweck der Erhebung (Verdachtsmeldung) jemals erfüllt wird. Der Zweck der Verarbeitung ist aber der Dreh- und Angelpunkt jeder Datenverarbeitung. Im Falle der Nutzung der eID läge faktisch eine „Vorratsdatenspeicherung“ vor für den Fall, dass irgendwann mal ein Verdacht besteht. So wird man Art. 6 S. 1 lit. c) DSGVO kaum interpretieren können.

Keine Pflicht aus Existenz der Eingabemaske

Eine Erlaubnis zur Erhebung der Daten wird sich ferner auch nur schwer auf die bloße Existenz der Eingabefelder der FIU im Portal goAML stützen lassen (i.V.m. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO). Es ist insoweit bereits nicht erkennbar, aus welcher gesetzlichen Norm die FIU ihren Ent-

scheidungs- oder Gestaltungsspielraum bei der Bereitstellung des international genutzten Portals ableitet. Die einschlägigen gesetzlichen Regeln enthalten keine Listen von Daten, die über das Portal zu melden sind (§§ 43 und 44 GwG). Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ist auch nur zum Erlass einer Verordnung ermächtigt, mit der es die „Form“ der Meldung nach §§ 43 und 44 GwG näher bestimmt (§ 45 Abs. 5 GwG). Die Ermächtigung zur Bestimmung der „Form“ der Meldung kann aber nicht zur Bestimmung des Inhalts der Meldung (Datenfelder) berechtigen. Zudem ist nicht erkennbar, dass das BMF von der Ermächtigung überhaupt Gebrauch gemacht hat. Legte man daher zugrunde, dass es sich bei der Maske um „faktisches Verwaltungshandeln“ handelt, wäre danach zu fragen, ob die Bereitstellung der Maske zur Eingabe eine „rechtliche Verpflichtung“ im Sinne der insoweit maßgeblichen DSGVO begründen würde (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO). Das ist nicht der Fall. Rechtliche Verpflichtungen im Sinne der DSGVO sind nämlich nur mitgliedstaatliche Rechtsakte (Art. 6 Abs. 3 DSGVO). Darunter werden parlamentarische Gesetze, Verordnungen oder Satzungen gefasst – nicht aber durch Verwaltungsrealakte geschaffene Online-Masken.

Keine Zulässigkeit aufgrund Interessenabwägung

Schließlich käme in Betracht, die Erhebung der zusätzlichen Daten darauf zu stützen, dass die Daten zur Wahrung der berechtigten Interessen der Verpflichteten oder eines Dritten erforderlich sind und Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen (sogenannte „Interessenabwägung“ nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO).

Dann müsste die Erhebung von Geschlecht, Geburtsland und Ausweisnummer im Rahmen der Identifizierung mittels eID ein berechtigtes Interesse im Sinne der DSGVO wahren. Auch das ist zweifelhaft. Denn die DSGVO stellt in solchen Fällen besonders hohe Anforderungen daran, die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zu bejahen:

Das Interesse der verantwortlichen Stelle, also der Verpflichteten, dürfte darin bestehen, im Falle einer geldwäscherechtlichen Verdachtsmeldung vollständig melden zu können. Das kann grundsätzlich ein berechtigtes Interesse darstellen. Insoweit kommt eine Anlehnung an die Erwägungen des DSGVO-Gesetzgebers in Betracht. Dieser hält „die Verhinderung von Betrug“ für ein berechtigtes Interesse (Erwägungsgrund 47 S. 6 DSGVO). Der DSGVO-Gesetzgeber schränkt diese Bewertung allerdings zugleich ein: Wenn es um die Verhinderung von Betrug geht, sollen nicht, wie im DSGVO-Text ansonsten üblich, alle „erforderlichen“ Daten verarbeitet werden können. Ein berechtigtes Interesse könne nur so weit bejaht werden, wie die Verarbeitung im für die Verhinderung von Betrug „unbedingt erforderlichen Umfang“ durchgeführt wird (Erwä-

gungsgrund 47 S. 6 DSGVO). Entscheidend ist also, ob die Erhebung von Geschlecht, Geburtsland und Ausweisnummer „unbedingt erforderlich“ ist, um einem Geldwäscheverdacht nachgehen zu können. Wenn man das bejaht, würde die Erhebung von einem berechtigten Interesse getragen. Das ist aber schwer begründbar. Die übrigen Daten reichen aus der Sicht des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) aus. Das BSI hält die eindeutige Identifizierung einer Person insbesondere für nicht abhängig von der Ausweisnummer. Vornamen, Familienname, Anschrift, Geburtsname, Geburtsdatum und -ort, die allesamt auf der eID enthalten sind und erhoben werden dürfen, genügen dem BSI stattdessen (BSI, Technische Richtlinie TR-03160-1, Servicekonten, Teil 1: Identifizierung und Authentisierung, Version 0.9.4 vom 24. April 2020, S. 7).

Selbst wenn man darüber hinwegkäme, wäre noch eine weitere Hürde der Interessenabwägung zu nehmen: Die betroffene Person muss die Verarbeitung erwarten können (Erwägungsgrund 47 S. 2 DSGVO). Sie muss die konkrete Verarbeitung, hier also die Speicherung zur Verwendung bei einer Verdachtsmeldung, absehen können (Erwägungsgrund 47 S. 4 DSGVO). Diese Erwartung kann theoretisch durch Informationen „hergestellt“ werden, die die Verpflichteten in ihren Datenschutzhinweisen mitteilen. Das sehen deutsche Datenschutzaufsichtsbehörden allerdings anders. Obwohl es richtigerweise auf alle Quellen ankommen muss, die eine Erwartung beeinflussen (und nicht auf eine wertende Betrachtung), halten die Datenschutzbehörden an der – aus unserer Sicht schwer vertretbaren – Meinung fest, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Datenschutzhinweise nicht dazu dienen können, eine Erwartung zu beeinflussen. Eine andere Möglichkeit, die Datenverarbeitung zum Zwecke etwaiger Verdachtsmeldungen auf sinnvolle Weise „absehbar“ zu machen, ist nicht erkennbar. Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die Erhebung von Geschlecht, Geburtsort und Ausweisnummer auch kaum auf die Interessenabwägung gestützt werden kann.

Gleichstellungsrechtliches Parallelproblem

Hinzu kommt, dass nach dem goAML-Handbuch als Geschlecht nur „weiblich“, „männlich“ oder „unbekannt“ angegeben werden kann (FIU Handbuch Anhang 2 – XML-Schema Dokumentation, Ziffer 5.16 auf S. 77.). Das ist aus gleichstellungsrechtlichen Gründen problematisch. Personen sollen (etwa auf einer Online-Strecke für Vertragsschlüsse) nach der Rechtsprechung zwischen mehr Varianten als männlich und weiblich auswählen können oder gar keine Angabe machen müssen (OLG Frankfurt, Urteil vom 21. Juni 2022 – 9 U 92/20; BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16). Verpflichtete, die deshalb bspw. „divers“ als Auswahl anbieten, können in goAML keine zutreffende Angabe über einen Verdachtsfall machen, wenn die Person „divers“ gewählt hat. Denn weder „weiblich“, „männlich“ noch „unbekannt“ würde zutreffen.

Das Dilemma

Mit den von goAML gestellten Anforderungen an Mitteilungen nach § 43 GwG *einerseits* und den daten- und gleichstellungsrechtlichen Hindernissen bei der Erhebung der von goAML geforderten Daten *andererseits* ist das Dilemma aufgezeigt, dem GwG-Verpflichtete bei der Nutzung der eID zur Identifizierung von Personen bisher ausgesetzt waren:

Entweder verzichteten die Verpflichteten auf die Erhebung der von goAML geforderten zusätzlichen Daten und entgingen so dem Vorwurf, einen Datenschutzverstoß zu begehen und/oder die Regeln der Gleichstellung zu verletzen. Dann gingen sie aber das Risiko ein, Verdachtsmeldungen nicht vollständig abgeben zu können und damit einen Meldepflichtverstoß zu begehen, weil die Daten gefordert waren und sie sie nicht hatten.

Alternativ konnten die Verpflichteten den Meldefall i.S.v. § 43 GwG vorbereiten, indem sie die zusätzlichen Daten erhoben, etwa indem sie Personen zum Abfotografieren des Ausweises per App oder zur Eingabe aufforderten. Dann stand aber ein Datenschutzverstoß wegen fehlender rechtlicher Erlaubnis zur Erhebung und Speicherung im Raum, der jedenfalls all jene Personen betraf, gegen die kein zu meldender Verdacht bestand (was jedenfalls zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten typischerweise noch 100 Prozent der Personen sein sollten).

Auflösung des Daten-Dilemmas

Die Unsicherheit, die das Dilemma hervorrufen konnte, konnte dazu beitragen, dass Marktteilnehmende die eID nicht einsetzten. Das Dilemma, das durch den Widerspruch zwischen dem Meldeportal und der DSGVO ausgelöst wurde, hätte sich entweder durch eine Änderung der DSGVO bzw. des GwG oder eine Anpassung der Meldepraxis der FIU auflösen lassen. Hierfür haben die Verbände der Deutschen Kreditwirtschaft („DK“) Ende 2022 das BMF und die ihm unterstellte FIU über das Dilemma und seine Auswirkungen informiert und Vorschläge erarbeitet, wie das Dilemma zugunsten einer datenschutzfreundlichen Verbreitung der eID aufgelöst werden kann. Erfreulicherweise haben BMF und FIU sich für die Anpassung der Meldepraxis entschieden. Im Einzelnen:

Datenfelder Geschlecht und Geburtsland

Das BMF hat den DK-Verbänden zunächst bestätigt, dass in Fällen, in denen die Datenfelder „Geburtsland“ und „Geschlecht“ im goAML-Portal nicht ausgefüllt werden, dies nicht zur Zurückweisung der Verdachtsmeldung führt. Das bedeutet, dass Verpflichtete nunmehr auch gleichstellungsrechtliche Vorgaben durch Erhebung von „divers“ erfüllen können, ohne Gefahr zu laufen, im Meldefall durch die Angabe von „männlich“, „weiblich“ oder „unbekannt“ eine unwahre Angabe machen zu müssen. Wenn Verpflichtete eine Meldung abgeben wollen, die eine Person betrifft, die

„divers“ angegeben hat, können sie einfach nichts angeben, bis das Portal die Auswahl „divers“ ermöglicht. Gleiches gilt für das Geburtsland.

Datenfeld Ausweisnummer

Die FIU hat den DK-Verbänden zudem mitgeteilt, dass das dienste- und kartenspezifische Kennzeichen, das im Rahmen der Nutzung der eID statt der Ausweisnummer gemäß § 8 Abs. 2 S. 6 GwG aufzuzeichnen ist, im Verdachtsfall in das Feld „Ausweisnummer“ eingetragen werden kann. Das dienste- und kartenspezifische Kennzeichen kann, anders als die Ausweisnummer, aus der eID ausgelesen werden. Verpflichtete können in ihren Identifizierungsprozessen nun also den Geschwindigkeitsvorteil der eID ausnutzen, indem sie auf die Erhebung der Ausweisnummer verzichten.

Die FIU teilte zudem mit, dass sie das FIU-Handbuch zum Portal zeitnah entsprechend anpassen wolle.

Ausblick

Den Klarstellungen aus dem BMF und der FIU ist zu verdanken, dass Verpflichtete nunmehr auch dann, wenn sie die eID einsetzen, bei Verdachtsmeldungen in allen zwingend auszufüllenden Feldern korrekte Angaben machen können. Die Klarstellungen haben zudem die entscheidende und aus freiheitsrechtlicher Sicht zu begrüßende Folge, dass Verpflichtete im Rahmen der Identifizierung weniger Daten erheben können als bislang. Online-Vertragsstrecken werden durch den Wegfall von zusätzlichen Erhebungsvorgängen auch deutlich verkürzt. Insbesondere ist es nicht mehr erforderlich, Ausweiskopien anzufertigen. Die Klarstellungen werden zudem zur Verbreitung der eID beitragen. Das ist insoweit wichtig, als die eID auch ein wesentlicher Bestandteil der EU-Digital Identity Wallet werden soll. Deren Akzeptanz wird voraussichtlich mit der eIDAS-Novelle vor allem auch für Verpflichtete des Finanzsektors gesetzlich verpflichtend werden, sodass es sich bereits heute lohnt, die eID zu integrieren.

Autoren: Der Autor Lange-Hausstein ist Rechtsanwalt in Berlin und Syndikusrechtsanwalt der Abteilung Digitalisierung und Payment eines Verbandes der Kreditwirtschaft.



Der Autor Kremer ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht in Berlin sowie Syndikusrechtsanwalt der Rechtsabteilung eines Verbandes der Kreditwirtschaft.

