

WEGSCHAUEN ALS AUFSICHTSZIEL DER BAFIN

Eine Analyse von Michael Findeisen

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und deren Aufsichtsdefizite bei Zahlungsdiensten im illegalen Online-Glücksspiel

Deutsche Zahlungsdienstleister transferieren im Auftrag ihrer Kunden jährlich Milliardenbeträge in zweistelliger Höhe an illegale Betreiber von Online-Glücksspielen mit Sitz im Ausland. Sie verstoßen dadurch institutsübergreifend gegen das Mitwirkungsverbot des Glücksspielstaatsvertrags der Länder zum Glücksspielwesen in Deutschland.

Sie verletzen auch Vorschriften des Kreditwesengesetzes (KWG), des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes (ZAG) und des Geldwäschegesetzes (GwG) – Die dafür zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ignoriert das Problem und schreitet gegen diesen Missstand nicht ein. Parallelen zum Aufsichtsversagen der BaFin im Fall des Zahlungsdienstleisters Wirecard sind unverkennbar.

Das ohne Erlaubnis und damit illegal betriebene Online-Glücksspiel erfordert nicht nur das Einschreiten der Glücksspielaufsicht der Länder, sondern auch ein **eigenständiges Tätigwerden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gegenüber Zahlungsdienstleistern und E-Geld-Instituten, die an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel mitwirken.**

Das unerlaubte Veranstalten eines Glücksspiels ist strafbar (§ 284 StGB). Der Straftatbestand ist eine Vortat für Geldwäsche (§ 261 StGB). Zahlungsdienstleister müssen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation und der institutsinternen Compliance zur Vermeidung von operationellen Risiken (Rechtsrisiken), Integritätsrisiken und zur Verhinderung von Geldwäsche für den Geschäftsbereich des Zahlungsverkehrs ein Risikomanagement auch in Bezug auf das unerlaubte Online-Glücksspiel vorhalten, das aufgrund einer institutsinternen Gefährdungsanalyse Zahlungsabflüsse und Zahlungszuflüsse auf Kundenkonten in Bezug auf das illegale Online-Glücksspiel miteinbezieht.

Dafür muss ihr edv-gestütztes, transaktionsbezogenes Monitoringsystem spezifische Parameter enthalten, um auffällige Transaktionen zu erkennen, auszusteuern und dann fallweise zu untersuchen (§ 25h Abs. 1 und 2 KWG iVm § 25a KWG, § 27 ZAG, § 6 Abs. 1 GwG). Solche Monitoringsysteme sind im Massengeschäft des Zahlungsverkehrs für Zahlungsdienstleister bereits seit Jahren gesetzlich vorgeschrieben. Verantwortlich für die interne Überwachung dieser Maßnahmen bei den Instituten sind deren Geschäftsleiter. Die BaFin hat in der externen Prüfung die Geeignetheit dieser edv-gestützten Systeme und der verwendeten Parameter vor dem Hintergrund der spezifischen Risikosituation des Instituts zu überprüfen.

Der Glücksspielsektor, namentlich Online-Glücksspiele und deren ausländische Anbieter, wurden in der unter Federführung des Bundesministeriums der Finanzen erstellten Ersten Nationalen Risikoanalyse (Oktober 2019) als „hoch geldwäschebedroht“ eingestuft. **Die Ergebnisse dieser Nationalen Risikoanalyse müssen** von den Verpflichteten des Geldwäschegesetzes, darunter Zahlungsdienstleister, Acquirer und E-Geld-Institute (§ 50 Nrn. 1a,c,g GwG) gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GwG **bei der Erstellung ihrer eigenen Risikoanalyse berücksichtigt werden**. Angesichts des Volumens dieser bemakelten Zahlungen können institutsinterne Sicherungsmaßnahmen im Bereich der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen aufsichtsseits grundsätzlich nur dann als „angemessen“ angesehen werden, wenn Zahlungen, in denen unerlaubte Online-Glücksspielanbieter als Auftraggeber oder Empfänger in der Zahlungskette fungieren, bei der Schaffung von Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen und der Modellierung von Parametern für edv-gestützte Monitoringsysteme Berücksichtigung finden.

Das Online-Glücksspiel für Spieler in Deutschland wird primär über Malta abgewickelt. Aus Sicht der BaFin gehört Malta zu den Finanzplätzen, die intransparente Geschäfte begünstigen („Cross-Border-Threat“)¹. Kriminellen eröffnet das die Möglichkeit, Transaktionen zu verschleiern. Auch die BaFin betrachtet Malta als einen Schwerpunkt für das Online-Glücksspiel, das mit sehr vielen Transaktionsflüssen verbunden sei. Diese Transaktionen seien kaum nachzuvollziehen, geschweige denn, bestimmten Personen zuzuordnen. Die BaFin „empfiehlt“ (sic!) zwar, dass die von ihr beaufsichtigten Unternehmen Cross-Border-Risiken in ihrem Risikomanagement adressieren und innerbetriebliche Kontrollprozesse etablieren. Das Gesetz sieht jedoch hier für alle Zahlungsdienstleister bindende Pflichten vor. Ein aufsichtliches Einschreiten der BaFin einschließlich der Überprüfung der Angemessenheit des edv-gestützten Transaktionsmonitorings der Institute durch externe Prüfungen findet im Lichte dieser Risiken bisher nicht statt.

¹ https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2019/fa_191021_NRA.html

Im Rahmen der **Misstandsaufsicht** kann die BaFin gem. § 6 Abs. 3 KWG, § 4 Abs. 2 ZAG Anordnungen gegenüber einzelnen oder allen Zahlungsdienstleistern treffen und u. a. die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel untersagen bzw. adäquate edv-gestützte Sicherungssysteme in den Instituten verlangen, um solche verbotenen Zahlungen durch geeignete Parameter zu erkennen, elektronisch auszusteuern und dann händisch zu überprüfen.

Soweit ein Zahlungsdienstleister oder ein E-Geld-Institut das Zahlungsgeschäft nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 4 ZAG, das Akquisitionsgeschäft nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ZAG oder das E-Geld-Geschäft betreibt und Zahlungsvorgänge an einen Zahlungsempfänger in einem EU-Mitgliedsstaat oder einem Drittstaat, der das Online-Glücksspiel in Deutschland ohne behördliche Erlaubnis anbietet, im Auftrag seines Kunden ausführt oder für diesen entgegennimmt, verstößt das Institut gegen ein gesetzliches Verbot und beeinträchtigt dadurch aufsichtsrechtlich die ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste. Auch in diesem Zusammenhang schreitet die BaFin nicht ein.

1. Hintergrund

Das Anbieten von Glücksspielen ohne behördliche Erlaubnis ist in Deutschland nach dem derzeit gültigen Glücksspielstaatsvertrag und den dazugehörigen Landesgesetzen verboten. Gründe sind die hohen Suchtgefahren – gerade für junge Menschen beim illegalen Online-Glücksspiel. Der Regelungszweck resultiert aus den damit verbundenen Sucht-, Manipulations- und Geldwäscherisiken. Mit dem Verbot soll somit zusätzlich die mit der illegalen Veranstaltung von Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität wie Geldwäsche² einschließlich bestimmter Formen Organisierter Kriminalität minimiert werden. Der Glücksspielsektor, namentlich Online-Glücksspiele und deren ausländische Anbieter, wurden in der unter Federführung des Bundesministeriums der Finanzen erstellten Ersten Nationalen Risikoanalyse (Oktober 2019) als „hoch geldwäschebedroht“ eingestuft.³ Aufsichtsrechtliche Konsequenzen hatte dies jedoch nicht.

Spielsucht kann Spielsüchtige und deren Angehörige zerstören und wirtschaftlich ruinieren. Es gehört zu den Aufgaben des Staates, dies mit allen Möglichkeiten zu unterbinden.

² https://www.unlv.edu/sites/default/files/page_files/27/ICGR-AntiMoneyLaunderingAndOnlineGambling.pdf; https://rusi.org/sites/default/files/20191011_newsbrief_vol39_no9_moiseienko_and_izenman_web.pdf; zu Risiken bei stationären Casinos siehe FATF 2009: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Vulnerabilities%20of%20Casinos%20and%20Gaming%20Sector.pdf>

³ Kapitel 5.3. https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestell-service/2019-10-19-erste-nationale-risikoanalyse_2018-2019.pdf?__blob=publicationFile&v=14

Ausnahmen von diesem Verbot gelten lediglich für den Vertrieb staatlicher Lotterienprodukte und für Sportwetten, für die eine Erlaubnis beantragt werden kann. Verboten und auch strafbar (§§ 284, 285 StGB) sind insbesondere die Veranstaltung und Vermittlung von Online-Casinospielen und Online-Poker bzw. die Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel. Die beiden Straftatbestände sind Vortat zur Geldwäsche (§ 261 StGB). Die Strafbarkeit der Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel (§ 285 StGB) erfasst zwar nur diejenigen, die selbst spielen. Allerdings ist, worauf die Bundesregierung hinweist⁴, eine strafbare Beihilfe eines Zahlungsdienstleisters nach § 27 StGB zu § 284 StGB „abhängig von den Umständen des Einzelfalles und bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen denkbar.“ Entgegen den Behauptungen der deutschen Glücksspielindustrie ist der Straftatbestand des § 284 StGB nach dem Urteil des BGH vom 27.2.2020 auch dann erfüllt, wenn der Glücksspielanbieter das Glücksspiel ohne behördliche Erlaubnis veranstaltet, unabhängig davon, ob materiellrechtlich das Glücksspiel genehmigungsfähig wäre⁵.

Gem. § 4 Abs. 1 des derzeit gültigen Glücksspielstaatsvertrags⁶, der durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zum 1.7.2012 in Kraft getreten ist, dürfen öffentliche Glücksspiele nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde veranstaltet oder vermittelt werden. Diese gilt auch für die über das Internet in Deutschland angebotenen Online-Glücksspiele eines Veranstalters im Ausland. Daran wird sich durch den gegenwärtig zwischen den Ländern abzustimmenden neuen Glücksspielstaatsvertrag, der Mitte nächsten Jahres in Kraft treten soll, nichts ändern.

Nach dem Jahresbericht 2017 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder fanden sich zu diesem Zeitpunkt mehr als 730 Online-Glücksspielangebote für deutsche Spieler im Netz⁷. Der Leiter der interdisziplinären Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität

⁴ BT-Drs. 19/18823, S. 3

⁵ BGH, Urteil vom 27.2.2020 – 3 StR 327/19

⁶ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15.12.2011 <http://gesetze.berlin.de/jportal/?quelle=jlink&query=Gl%C3%BCStVtr+BE&psml=bsbeprod.psml&max=true&aiz=true>; Ende 2011 trat dieser Vertrag jedoch wieder außer Kraft, da sich die Bundesländer nicht auf eine Verlängerung einigen konnten. Gleichwohl galten die wesentlichen Inhalte in den Ländern als landesgesetzliche Bestimmungen bis zum Inkrafttreten eines neuen Staatsvertrages fort. Dieser wird voraussichtlich 2021 in Kraft treten. Unter den Ländern hatte Schleswig-Holstein einen Sonderweg eingeschlagen: Das Land verteilte entsprechende Lizenzen an private Anbieter. Diese dürfen sich allerdings auch nur an Spieler in Schleswig-Holstein richten. Nach dem neuen Glücksspielstaatsvertrag, der voraussichtlich 2021 in Kraft treten wird es voraussichtlich diesen Sonderweg nicht mehr geben (vgl. hierzu Entwurf zum Staatsvertrag – Stand 20.1.2020 – Abgeordnetenhaus von Berlin, Drucks. 18/2470)

⁷ https://innen.hessen.de/sites/default/files/media/hmdis/jahresreport_2017.pdf

Hohenheim, Prof. Tilman Becker geht von noch höheren Zahlen aus⁸. Das Veranstellen und das Vermitteln ohne diese Erlaubnis (unerlaubtes Glücksspiel) sowie **die Mitwirkung an Zahlungen im Zusammenhang mit unerlaubtem Glücksspiel (vgl. § 4 Abs. 1 S.2 2. HS) sind in Deutschland verboten.**⁹ Hiervon erfasst sind Transaktionen des durch den Spieler beauftragten Instituts auf Spielerkonten, die dieser bei einem Betreiber im Ausland führt, um dort Einlagen (Spielgeld) für den späteren Spieleinsatz zu begründen. Transaktionen des auftraggebenden Instituts können dabei unmittelbar auf Konten des Betreibers des unerlaubten Glücksspiels oder zunächst von diesem zwischengeschaltete Finanzdienstleister erfolgen. Ebenfalls erfasst sind Auszahlungen von Spielergewinnen auf Zahlungskonten des begünstigten Spielers bei deutschen Zahlungsdienstleistern.

2. Die Dimension des Online-Glücksspiels

Nach konservativen Schätzungen der Bundesländer beläuft sich das Transfervolumen an Unternehmen mit Sitz im Ausland, die in Deutschland nicht erlaubte Internet-Casinospiele über das Netz betreiben, in den Jahren 2016 - 2018 auf eine jährliche Größenordnung von ca. 5 - 9,4 Milliarden Euro.¹⁰ Seit der Corona-Epidemie sind diese Volumina noch deutlich höher. Sie bewegen sich im zweistelligen Bereich.

Gelder der Spieler in Deutschland werden über deren auftraggebende Zahlungsdienstleister in Deutschland vornehmlich über das Überweisungs-, Lastschrift- und Kartengeschäft gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 a), b) und c) ZAG, mit technischer Hilfe des Akquisitionsgeschäfts gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZAG und Transaktionen mittels E-Geld auf sog. Spielerkonten der Betreiber des illegalen Online-Glücksspiels mit Sitz im Ausland, etwa auf der Isle of Man oder Malta, über Kreditkartenzahlungen und SEPA-Überweisungen bzw. Transaktionen in E-Geld¹¹ transfiriert. Gewinne werden mit den gleichen Zahlungsinstrumenten auf Konten des Spielers bei der Empfängerbank überwiesen. Recherchen des NDR und der Süddeutschen Zeitung zu den „Paradise Papers“ belegen, dass solche Transaktionen über die **Wirecard Bank AG** und andere deutsche Kreditinstitute durchgeführt wurden.¹²

⁸ https://www.deutschlandfunk.de/sportwetten-und-online-casinos-im-paradies-fuer.724.de.html?dram:article_id=451644

⁹ Basierend auf diesem Verbot hatte das niedersächsische Innenministerium im Juni 2019 erstmals einem internationalen Zahlungsdienstleister untersagt, weitere Transaktionen für Glücksspiele abzuwickeln.

¹⁰ Vgl. Reeckmann, ZfWG 2/20 179ff (180) unter Bezugnahme auf die Jahresberichte der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder Für die Jahre 2016 bis 2018 vgl. die dortigen FN 7-9

¹¹ § 1 Abs. 2 S. 3 ZAG

¹² <https://www.tagesschau.de/ausland/paradisepapers/paradisepapers-101.html>. Genannt sind dort auch die **DZ-Bank**, die **Postbank** und die **Hypovereinsbank**. Auch **Paypal** (siehe Urteil des LG Ulm vom 16.12.2019 4 O 202/18) ist als Finanzintermediär bekannt geworden

Nach den der Financial Times vorliegenden Unterlagen ist die Durchführung von Transaktionen im Glücksspielsektor für Wirecard immer eine wichtiges Geschäftsfeld gewesen.¹³

Das Betreiben und die Konzessionierung des Online-Glücksspiels ist in der Europäischen Union nicht harmonisiert. Ohne staatliche Erlaubnis darf ein Glücksspiel in Deutschland weder veranstaltet noch vermittelt werden. Zudem sind öffentliche Glücksspiele im Internet gänzlich verboten. Es ist dabei auch unerheblich, ob der jeweilige Anbieter etwa in anderen Ländern der Europäischen Union dazu berechtigt ist, Online-Glücksspiele anzubieten. Ein Recht zur Veranstaltung von Online-Glücksspielen in Deutschland folgt daraus nicht; auch nicht aus der durch Art. 56 f. AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union, auf die sich die deutsche Glücksspielloobby in den Medien zu Unrecht beruht.¹⁴ Es obliegt grundsätzlich jedem Mitgliedsstaat, das nationale Schutzniveau in Bezug auf Glücksspiele selbst zu bestimmen und die Erforderlichkeit einzelner Maßnahmen zu beurteilen.

3. Online Glücksspiel-Hotspot Malta

Insbesondere das in Malta für die nicht-maltesische Kundschaft betriebene Online-Glücksspiel untergräbt Glücksspielgesetze von Ländern wie Deutschland. Durch die niedrige Effektivbesteuerung der Rechtsform einer Malta Limited, des niedrigen Steuersatzes auf Glücksspiele und die niedrigen Gebühren für Glücksspiel-Lizenzen hat sich Malta zum europäischen Eldorado des Online-Glücksspiels entwickelt.

Es trägt mit zwölf Prozent (1,2 Milliarden Euro) zur maltesischen Wertschöpfung bei. Damit ist der BIP-Anteil 11 Mal höher als im EU-Durchschnitt. Nach deutschem Recht spielt es für die Illegalität dieser Wirtschaftsaktivitäten keine Rolle, ob der dortige Betreiber von der maltesischen Glücksspielaufsichtsbehörde (Malta Gaming Authority) eine Konzession besitzt.

Die maltesische Finanzdienstleistungsindustrie weist im Vergleich mit anderen EU-Ländern **atypische Strukturen** auf, die mit der dortigen Realwirtschaft nicht im Zusammenhang stehen, sondern primär Zahlungsverkehrsabwicklungsstrukturen für das mit Spielern im Ausland betriebene Online-Glücksspiel sind.

¹³ <https://www.ft.com/content/7c466351-02fe-4d66-85a1-53d012de7445>

¹⁴ AG Leverkusen, Urteil vom 19.02.2019, 26 C 346/18

Die Transaktionen der Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute in Malta haben fast ausnahmslos grenzüberschreitenden Charakter. Bezogen auf die Einwohnerzahl (500 000) hätte Malta (Stand 2018) mit 14 lizenzierten E-Geldinstituten (und 21 Zahlungsinstituten)¹⁵ 300 Mal mehr E-Geld-Institute als Deutschland. Nach den Statistiken der EZB führen diese für ihre Kunden (Stand 2018) 496.700 E-Geld-Konten bzw. 496.600 Zahlungskonten.¹⁶

Italienische (insbesondere sizilianische) Mafiosi nutzen den Standort Malta zur Geldwäsche über Online-Glücksspielkonzessionen, deren Inhaber sie sind oder diese mittels Stroh Männern für Geldwäschezwecke einsetzen.¹⁷ Italienische Kriminelle, u. a. aus der Ndrangheta aus Kalabrien und der Cosa Nostra aus Sizilien haben jahrelang den maltesischen Glücksspielsektor unterwandert.¹⁸ Sie konnten so gewaltige Geldsummen verdienen und waschen – und die Behörden schauen zu.¹⁹

Der im Zusammenhang mit der Ermordung der Journalistin Daphne Galizia als mutmaßlicher Auftraggeber am 20.11.2019 festgenommene Yorgen Fenech, der als größter Immobilienunternehmer Maltas beste Kontakte zur maltesischen Regierung hatte, ist eine Schlüsselfigur in einem Regierungsskandal um Geldwäsche und Korruption, die die Europäische Kommission und das Europäische Parlament 2019 auf den Plan rief.²⁰ Fenech war auch CEO der Tumas Group, des größten Casino- und Online-Glücksspielbetreibers in Malta.²¹

¹⁵ Vgl. Jahresstatistik der EZB <https://sdw.ecb.europa.eu/reports.do?node=1000004051>, Malta. S. 5

¹⁶ Vgl. FN 11.

¹⁷ <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/das-daphne-projekt-geldautomaten-der-mafia-clans-1.3983535>; <https://www.casinoonline.de/nachrichten/maltas-gluecksspiel-und-mafia-antonio-ricci-wegen-geldwaesche-verhaftet-25171/>

¹⁸ <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/das-daphne-projekt-geldautomaten-der-mafia-clans-1.3983535>

¹⁹ <https://twitter.com/SandroMattioli/status/1196727466724904965>

²⁰ <https://sven-giegold.de/eil-delegation-malta/>

²¹ <https://www.casino.org/de/nachrichten/maltesischer-casino-unternehmer-im-zusammenhang-mit-journalistenmord-verhaftet/>; FAZ vom 4.12.2019 Malta versinkt im Geldwäschesumpf

4. Verstöße gegen das Mitwirkungsverbot des Glücksspielstaatsvertrags -

Zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Auswirkungen

§ 4 Abs. 1 S. 2 2. HS des Glücksspielstaatsvertrags ist eine öffentlichrechtliche Verbotsnorm. Dies ist – auch in der Rechtsprechung der Zivilgerichte, auch durch diejenigen Gerichte, die aus dieser Verbotsnorm keine zivilrechtlichen Wirkungen ableiten und diesen nicht als individualschützendes Gesetz im Sinne des § 134 BGB iVm § 823 Abs. 2 BGB ansehen²² – unbestritten. Der Wortlaut dieses Verbots ist unter Zugrundelegung einer grammatischen Auslegung eindeutig. Die Norm erfasst bereits nach dem an keine Voraussetzungen und Beschränkungen gebundenen Wortlaut unmittelbar Zahlungsdienstleister nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 ZAG als Adressaten bzw. Betreiber des E-Geld-Geschäfts (§1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 ZAG). Das Mitwirkungsverbot in Bezug auf Zahlungen betrifft zwar nicht ausschließlich, aber in erster Linie die Zahlungsdienste der Zahlungsinstitute und E-Geldinstitute. Die Vorschrift soll Geldbewegungen, die im Endeffekt das unerlaubte Glücksspiel ermöglichen, verhindern.²³ Zahlungsdienstleistungen in Bezug auf illegales Glücksspiel sollen aufgrund des Gesetzeszwecks nicht angeboten werden.

Die Verbotsnorm und das fehlende Vorhalten von adäquaten Sicherungssystemen in den Instituten gegen Zahlungen im Zusammenhang mit dem unerlaubten Online-Glücksspiel wird jedoch von seinen Adressaten (CRR-Kreditinstitute, Zahlungsinstitute, E-Geldinstitute) ebenso wie von der für diese Adressaten nach dem KWG und ZAG zuständigen Aufsichtsbehörde, der BaFin, seit dem Inkrafttreten des Glücksspieländerungsstaatsvertrags ignoriert und die damit verbundenen Problematik der Verfolgung der Verstöße der Institute gegen das Mitwirkungsverbot im Zahlungsverkehr ausschließlich der Glückspielaufsicht und dem Glücksspielrecht zugeordnet²⁴, obwohl Verstöße gegen dieses Verbot auch das Finanzmarktaufsichtsrecht nach dem KWG und ZAG sowie das Geldwäschegesetz (GwG) tangieren.

Im Mittelpunkt der in diesem Zusammenhang ergangenen Urteile der Zivilgerichte stehen u.a. die Fragen, ob ein Verstoß gegen das Verbot Schadensersatzansprüche gem. § 823 Abs. 2 BGB bzw. auf vertraglicher Grundlage (Zahlungsdiensterahmenvertrag gem. § 675f BGB) gem. § 280 BGB zugunsten des Spielers als auftraggebenden Kunden entstehen lassen bzw. ob aufgrund dessen Institute verpflichtet sind, Vorkehrungen zum Spielerschutz zu treffen, damit sie nicht gegen das gesetzliche Verbot des § 4 Abs. 1 S. 2 2. HS des Glücksspielstaatsvertrags verstoßen.²⁵

²² OLG München, Verf. Vom 6.2.19 2019 -19 U 793/18 Rn. 6 juris; LG München Urt. Vom 28.2.2018 -27 O 11716/17 und diesen folgend LG Hamburg

²³ Rock, ZfWG 2018,20

²⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/18823 S. 3 (Antwort der Bundesregierung vom 21.4.2020 auf Kleine Anfrage der Abgeordneten de Masi und der Fraktion DIE Linke)

²⁵ Zur uneinheitlichen Rechtsprechung vgl. Vgl. Reeckmann, ZfWG 2/20 179ff (179), Fußnoten 2 und 3

Den erkennenden Zivilgerichten scheint in diesem Zusammenhang die Tatsache unbekannt zu sein, dass, was die angesprochenen „technischen Vorkehrungen“ anbelangt, Zahlungsdienstleister, im Rahmen des aufgrund einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation aufsichtsrechtlich geforderten Risikomanagements bereits nach gegenwärtiger Rechtslage edv-gestützte Monitoringsysteme gegen Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie (bei Kreditinstituten) zusätzlich **gegen sonstige strafbare Handlungen, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können**, vorhalten müssen (§ 25a KWG iVm § 25h Abs 1 und 2 KWG, § 27 ZAG, § 6 Abs. 1 GwG). Diese gesetzlichen Anforderungen bestehen – für Kreditinstitute – seit 2008²⁶, für Zahlungsinstitute seit dem Inkrafttreten des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes vom 25.6.2009. Was Operabilität, Leistungsfähigkeit und Aufwand bezüglich dieser Systeme anbelangt, scheinen gerade die Zivilgerichte, die die Verpflichtung zur Schaffung solcher Systeme – zum Spielerschutz – ablehnen (LG München, OLG München, LG Hamburg) mit ihrem praktischen Funktionieren wenig vertraut zu sein.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte ist uneinheitlich. Höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es nicht. Nach dem Urteil des Landgerichts München²⁷ und der darauf fußenden Verfügung des Oberlandesgerichts München wird eine deliktischer Anspruch nach §§ 134, 823 Abs. 2 BGB abgelehnt. Die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 2 sei im Zusammenhang mit den Überwachungsbefugnissen der Glücksspielaufsicht in § 9 zu sehen und soll die Möglichkeiten der Inanspruchnahme Dritter als verantwortliche Störer erweitern, soweit sie zuvor auf die unerlaubte Mitwirkung an verbotenem Glücksspiel hingewiesen wurden.²⁸ Dieser Ansicht hat sich das Landgericht Hamburg²⁹ ohne eigene Erwägungen angeschlossen.

²⁶ Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz vom 13.8.2008 (BGBl. I S. 1690f.)

²⁷ LG München I, Urteil vom 28.02.2018 - 27 O 11716/17 -, Rn. 30-32, juris; bestätigt durch OLG München, Verfügung 2559* vom 06.02.2019 - 19 O 793/18 und WM 2020, 736-740). Der Schutzzweck gemäß § 1 des GlüStV sei es, das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken und sicherzustellen, dass u.a. die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt wird. Dieses Ziel werde geradezu torpediert, wenn davon auszugehen wäre, dass eine Nichtigkeit der Autorisierung von Zahlungsvorgängen vorläge. Dann würde das in der Regel gutgläubige Kreditinstitut auf den Aufwendungen sitzen bleiben und dem Spieler sozusagen ein Freibrief erteilt, weil der verspielte Einsatz sogleich von der Bank erstattet würde und der Spieler keine finanziellen Einbußen oder Risiken eingehen würde. Der Spieler könnte unter diesen Umständen Glücksspiel ohne jegliches finanzielle Risiko ausführen. Es könnte vielmehr ein bösgläubiger Teilnehmer am Glücksspiel, der sich letztendlich nach § 285 StGB strafbar macht, gutgläubige Zahlungsinstitute für rechtswidrige Aktivitäten einspannen“ (LG München I, Urteil vom 28.02.2018 - 27 O 11716/17 -, Rn. 27, juris).

²⁸ Damit würde dem Verbot, worauf das LG Ulm zutreffend hinweist, lediglich eine deklaratorische Wirkung zukommen, was dem Charakter eines Gesetzes im materiellen Sinne in jedem Falle widerspricht vgl. auch Reeckmann, a.a.O., S. 180

²⁹ Urteil vom 3.1.2020 330 111/19

Für andere Gerichte stellt § 4 Abs. 1 Satz 2 zugleich eine zivilrechtliche Verbotsnorm i. S. d. § 134 BGB dar, die keine weiteren Voraussetzungen auf Grund der öffentlich-rechtlichen Regelung des § 9 GlüStV hat.³⁰ In den Fragen um Inhalt und Rechtsfolgen des Mitwirkungsverbots hat das Landgericht Ulm in seinem Urteil vom 16.12.2019 (4 O 202/18)³¹ eine Auffassung vertreten, die der des AG Wiesbaden, des AG München und des AG Leverkusen entspricht.³² Danach ist im Fall von illegalem Glücksspiel der Zahlungsdienstleister gesetzlich verpflichtet, die Zahlungsanweisung abzulehnen. Diesem Verbot kann von den Adressaten nach Ansicht des Landgerichts Ulm nur Folge geleistet werden und Beachtung finden, wenn diese im Rahmen ihrer Kontrollpflicht institutsintern technische und organisatorische Vorkehrungen treffen, um Mitwirkungshandlungen in diesem Sinne auszuschließen. Zahlungsdienstleister sind nach dieser Entscheidung aufgrund des Mitwirkungsverbots verpflichtet, Onlineglücksspiele durch Unterbinden der Zahlungsströme zu verhindern. Die Zahlungsdienstleister trifft daher eine Kontrollpflicht (gem. § 280 BGB als vertragliche Nebenpflicht) bei Zahlungen an illegale Online-Casinos. Dafür spricht nach Ansicht des Gerichts nicht nur die grammatikalische, sondern auch die systematische und teleologische Auslegung des § 4 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz, die damit die gesetzlichen Wertungen zum Spielerschutz ausdrücklich in den Fokus rückt. Nach dieser Rechtsauffassung, die sämtliche Auslegungsmethoden für eine Rechtsnorm auf ihrer Seite hat, stellt das Mitwirkungsverbot eine individualschützende Schutzvorschrift i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Setzte sich die Rechtsauffassung des Landgerichts Ulm und mehrerer Amtsgerichte im Ergebnis durch, wären die deutschen Zahlungsdienstleister unter Zugrundelegung der Volumina der Transaktionen von Spielern im unerlaubten Online-Glücksspiel von Spielerseite mit immensen Schadensersatzansprüchen konfrontiert, die aufsichtsrechtlich eine Rechtsrisiko begründen, bei dem die Kreditinstitute diesbezüglich im Rahmen der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten aus § 25a KWG Vorsorge in der Risikoinventur zur Eindämmung von Rechtsrisiken als Unterfall operationeller Risiken (AT 2.2.d.) nach Maßgabe der Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk der BaFin³³ treffen müssten.

³⁰ AG Leverkusen, Urteil vom 19.02.2019, 26 C 346/18; AG München, Urteil vom 21.2.2018 Az 1598C 19107/17 Rn. 18 -juris); so auch Maier, EWiR 2019, 451 /4529.

³¹ ZfWG 2020, 171ff.

³² So bereits AG Wiesbaden, Urteil vom 16.6.2017 92 C 4423/16 8419, AG München, Urteil vom 21.2.2018 158C 19107/17, AG Leverkusen Urteil vom 19.2.2019 26C 346.18)

³³ Rundschreiben 09/2017 (BA).

5. Öffentliche Reaktion auf das Urteil des Landgerichts Ulm

Die ausführliche Beschäftigung mit dem Mitwirkungsverbot im Urteil des Landgerichts Ulm hat der für die Glücksspielaufsicht zuständige Innenminister von Niedersachsen, Boris Pistorius, zum Anlass genommen, am 31.1.2020 mit einem **offenen Brief an die Verbände der Kreditwirtschaft zu appellieren**, unter Hinweis auf das allgemeine Mitwirkungsverbot die Zahlungswege für Online-Glücksspiele zu kappen und auf diese Weise die Durchführung der illegalen Angebote effektiv zu unterbinden.³⁴ Die Interessenvertreter der Glücksspielindustrie, die im Verband für Telekommunikation und Medien (DVTM) zusammengeschlossen sind, haben auf diese Aufforderung in bewußter Negierung der eindeutigen Rechtslage mit Schadenersatzforderungen gegen die Glücksspielindustrie bei Vollzug der Aufforderung gedroht.³⁵ Lediglich das Kartenunternehmen VISA hat seine Vertragspartner in der Kreditwirtschaft darauf hingewiesen, dass sie keine Zahlungen an und von Online-Kasinos mittels einer Visa-Karte abwickeln dürfen.³⁶

Das Urteil des Landgerichts Ulm war auch Anlass für eine **Kleine Anfrage des MdB De Masi und der Fraktion Die Linke** am 19.3.2020.³⁷ Die Kleine Anfrage beinhaltet auch Fragen zur Rolle und Aufgaben der BaFin bei der Einhaltung des Mitwirkungsverbots und zu den Marktanteilen von Zahlungsdienstleistern bei Transaktionen an Empfänger, die das Online-Glücksspiel betreiben.

6. Verpflichtung der BaFin zum Tätigwerden im Rahmen der Verhinderung von Missständen bei der ordnungsgemäßen Durchführung von Zahlungsdiensten - „Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß“ darf nicht länger Aufsichtsmaxime bei der BaFin sein.

Die Antwort der Bundesregierung auf die o. a. Kleine Anfrage³⁸ lässt erkennen, dass der BaFin bzw. dem Bundesministerium der Finanzen, das die Rechts- und Fachaufsicht über die BaFin ausübt, weder die Dimension des Problems bewusst ist (es geht um jährliche Zahlungsvolumina in Milliardenhöhe) noch dass die seit Jahren bekannte Problematik des Verstoßes gegen das Mitwirkungsverbot und des Verzichts der Zahlungsdienstleister

³⁴ <https://www.mi.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/online-gluecksspiel-innenministerium-wendet-sich-an-die-branchenverbände-der-deutschen-kreditwirtschaft-184716.html>

³⁵ <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/niedersachsen-zwingt-bezahldienste-gluecksspieleinsaetze-zu-blocken-16792394.html>

³⁶ <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/gluecksspiel-visa-101.html>

³⁷ BT-Drucksache 19/18021

³⁸ BT-Drucksache 19/18823

auf ein angemessenes Risikomanagement **eigenständige Zuständigkeiten der BaFin be-
rührt. Diese stehen mit den Aufgaben und Zuständigkeiten der Glückspiaufsicht der
Länder in keinem unmittelbaren Zusammenhang** und setzen bestimmte Maßnahmen
der Glückspiaufsicht bzw. eine Koordination der unterschiedlichen Aufsichtsstränge
(Finanzmarktaufsicht und Glückspiaufsicht) nicht voraus.

Ausschlaggebend für ein aufsichtliches Tätigwerden ist auch nicht die Frage, ob sich ein
Zahlungsdienstleister bzw. dessen Mitarbeiter und Geschäftsleiter durch seine Mitwir-
kung in der Zahlungskette zwischen dem Spieler und dem Betreiber des Online-Glücks-
spiels ohne Erlaubnis den Straftatbestand der Beihilfe zum unerlaubten Veranstaltung
des Glücksspiels (§§ 284, 27 StGB) erfüllt³⁹ oder nur fahrlässig bei Zahlungen, bei denen
die Umstände für einen engen Zusammenhang mit illegalem Glücksspiel sprechen, ge-
handelt hat.⁴⁰ Äußerungen des in der Bankenaufsicht ranghöchsten Mitarbeiters der
BaFin in den Medien zur Frage des Pflichtenverstößes der Institute und den diesbezüg-
lichen Handlungsnotwendigkeiten der BaFin, dass „keine Bank wissentlich Dienstleis-
tungen für definitiv illegale Anbieter durchgeführt“ hätte, sind aufsichtsrechtlich für
die Frage eines etwaigen Einschreitens der BaFin völlig irrelevant.⁴¹ Die Handlungsform
des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit des Finanzdienstleisters ist im Finanzmarktauf-
sichtsrecht, wie im Recht der Gefahrenabwehr, lediglich im Ordnungswidrigkeitenrecht
(etwa in § 56ff. KWG) von Belang, aber nicht für die Frage, ob und wie von der BaFin
einzuschreiten ist. Die Frage, ob ein Zahlungsdienstleister Instrumente bzw. interne
Sicherungsmaßnahmen schaffen muss, um die Mitwirkung an unerlaubtem Glücksspie-
le durch Zahlungsdienstleistungen bzw. gegen geldwäscherechtliche Vorschriften und
das Mitwirkungsverbot zu verhindern, beantwortet sich somit allein daraus, ob diese
Maßnahmen aus Gründen der vorbeugenden Überwachung zur Risikominimierung und
der Gefahrenabwehr aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorgaben erforderlich sind.⁴² Bei
der zitierten Äußerung eines Exekutivdirektors der BaFin bleibt auch unerwähnt, dass
Institute im Rahmen der Abwicklung des Zahlungsverkehrs bei Ungewöhnlichkeiten und
Auffälligkeiten eine **aktive Nachforschungspflicht**⁴³ haben. Der Aphorismus von Goethe
„Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß“ hat offensichtlich die Aufsicht der BaFin im
Fall Wirecard bestimmt; sie darf aber nicht mehr Grundlage einer ordnungsgemäßen Ge-
schäftsorganisation eines Instituts und der Aufsicht durch die BaFin sein.

³⁹ Eine solche Einschätzung ist aus der Antwort der Kleinen Anfrage durch die Bundesregierung herauszu-
lesen.

⁴⁰ Zu den zivilrechtlichen Anforderungen an die Überprüfungspflicht BGH NJW 2002, 3698 (3699)

⁴¹ So jedoch BaFin Exekutivdirektor Roeseler 2017; <https://www.tagesschau.de/ausland/paradisepapers/paradisepapers-101.html>

⁴² BVerfGE 14, 197ff.

⁴³ Beck, KWG, § 25h, Rn.87

7. Technische und organisatorische Maßnahmen gegen Transaktionen im Zusammenhang mit dem unerlaubten Online-Glücksspiel sind im Zahlungsverkehr für Zahlungsdienstleister bereits heute verpflichtend

Das Landgericht Ulm kommt zum Ergebnis, dass dem Verbot von den Adressaten im Massenzahlungsverkehr technisch nur Folge geleistet werden und Beachtung finden kann, wenn diese Verpflichteten institutsintern technische und organisatorische Vorkehrungen treffen, um Mitwirkungshandlungen in diesem Sinne auszuschließen.⁴⁴ In diesem Zusammenhang blieb unerörtert, dass Zahlungsdienstleister, namentlich Banken (CRR-Kreditinstitute) bereits heute aufsichts- und geldwäscherechtlich solche geforderten Vorkehrungen für den Zahlungsverkehr treffen müssen.

Zahlungsdienstleister müssen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation und der institutsinternen Compliance zur Vermeidung von operationellen Risiken (Rechtsrisiken), Integritätsrisiken und zur Verhinderung von Geldwäsche für den Geschäftsbereich des Zahlungsverkehrs ein Risikomanagement auch in Bezug auf das unerlaubte Online-Glücksspiel vorhalten. Sie müssen, soweit sie Zahlungsdienste anbieten, auch ein transaktionsbezogenes EDV-gestütztes Monitoringsystem haben, um auffällige und auffällige Transaktionen zu erkennen, auszusteuern und dann fallweise bzw. kundenbezogen zu untersuchen (§ 25h Abs. 1 und 2 KWG iVm § 25a KWG, § 27 ZAG, § 6 Abs. 1 GwG).

Gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 GwG haben Zahlungsverkehrsdienstleister als Verpflichtete dieses Gesetzes angemessene geschäfts- und kundenbezogene interne Sicherungsmaßnahmen zu schaffen, um die Risiken von Geldwäsche und von Terrorismusfinanzierung in Form von Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen zu steuern und zu mindern. Angemessen sind nach Satz 2 solche Maßnahmen, die der jeweiligen Risikosituation des einzelnen Verpflichteten entsprechen und diese hinreichend abdecken. Die Verpflichteten haben die Funktionsfähigkeit der internen Sicherungsmaßnahmen zu überwachen und sie bei Bedarf zu aktualisieren.

§ 6 Abs 1 GwG beinhaltet für diese Institute – ebenso wie § 25h KWG – eine **Organisationspflicht**. Die verpflichteten Institute müssen über interne Grundsätze, angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme und Kontrollmechanismen zur **Verhinderung der Geldwäsche** und der **Terrorismusfinanzierung** verfügen.⁴⁵

⁴⁴ So bereits AG Wiesbaden, Urteil vom 16.6.2017 92 C 4423/16 8419, AG München, Urteil vom 21.2.2018 158C 19107/17, AG Leverkusen Urteil vom 19.2.2019 26C 346.18)

⁴⁵ Vgl hierzu Schlicht, BankPraktiker Beilage 2 zu 11/2008, 20

Für das Massengeschäft des Zahlungsverkehrs setzen angemessene Sicherungssysteme zusätzlich die Nutzung und Aktualisierung edv-gestützter Monitoringsysteme voraus. Nur das Vorhandensein solcher Systeme ermöglicht es, entsprechende Auffälligkeiten im Massengeschäft angesichts der zu verarbeitenden Datenmengen zu erkennen.⁴⁶ Der Gesetzgeber verlangt, dass Geschäftsbeziehungen und Transaktionen durch das Institut eigenständig identifiziert werden, die zweifelhaft oder ungewöhnlich scheinen und dass diesen Auffälligkeiten nachgegangen wird.⁴⁷ Ziel der genannten Vorschriften ist, die Transaktionen im Massengeschäft des Zahlungsverkehrs einem besonderen technischen Untersuchungsprozess zu unterziehen und zwar losgelöst davon, wie der Verpflichtete auf Ungewöhnlichkeiten beziehungsweise Aufmerksamkeiten aufmerksam geworden ist und ohne dass die Schwelle eines meldepflichtigen Verdachts bereits erreicht oder überschritten wurde.⁴⁸ Einer **Information** des Instituts durch die BaFin, der Financial Intelligence Unit (FIU) oder – im Falle des unerlaubten Online-Glücksspiels durch die Glücksspielaufsicht – über bestimmte Anbieter von unerlaubtem Glücksspiel oder lizenzierte Betreiber, ist also **nicht Voraussetzung, dass ein Institut Auffälligkeiten nachzugehen hat.**⁴⁹

Im vorliegenden Fall darf zudem nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Glücksspielsektor, namentlich Online-Glücksspiele und deren ausländische Anbieter, in der unter Federführung des Bundesministeriums der Finanzen erstellten Ersten Nationalen Risikoanalyse (Oktober 2019) als „hoch geldwäschebedroht“ eingestuft wurde. **Die Ergebnisse dieser Nationalen Risikoanalyse⁵⁰ müssen (!)** von den Adressaten des Geldwäschegesetzes, darunter Zahlungsdienstleistern, Acquirern und E-Geld-Instituten (§ 50 Nrn. 1a,c,g GwG) nach den Vorgaben gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GwG **bei der Erstellung ihrer eigenen Risikoanalyse berücksichtigt werden.** Daraus folgt, dass angesichts des Volumens solcher bemakelter Zahlungen und der Zahl der Transaktionen im Online-Glücksspiel, die in Corona-Zeiten noch drastisch zugenommen haben, institutsinterne Sicherungsmaßnahmen im Bereich der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen aufsichtsseits im Regelfall **nur dann als „angemessen“** angesehen werden können, wenn Zahlungen, in denen unerlaubte Online-Glücksspielanbieter als Auftraggeber oder Empfänger in der Zahlungskette fungieren, bei der Schaffung von Grundsätzen, Verfahren und Kontrollen und der Modellierung von Parametern für das edv-gestützte Transaktionsmonitoring explizit Berücksichtigung finden. Will ein Institut von diesem Grundsatz ausnahmsweise unter spezifischer Berücksichtigung ihrer besonderen Risikosituation abweichen, müssten sie dies gegenüber der Aufsicht ausdrücklich begründen („comply or explain“).

⁴⁶ Beck, KWG, § 25h Rn.87

⁴⁷ Schwennicke/Auerbach, KWG, § 25h Rn.63

⁴⁸ Grundsätzlich sind alle Transaktionen zu überwachen (Gehre/Gittfried/Lienke Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, S.171)

⁴⁹ BT-Drucksache 17/6804 S. 31

⁵⁰ https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestell-service/2019-10-19-erste-nationale-risikoanalyse_2018-2019.html

Wie bereits ausgeführt, müssen Kreditinstitute im Rahmen der Erfüllung der Organisationspflicht des § 25h Abs. 1 und 2 KWG **zusätzlich** Datenverarbeitungssysteme betreiben, die der **Verhinderung von strafbaren Handlungen, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen** können, dienen. Dieses Präventionsziel gehört ebenfalls zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation eines Instituts. In der erforderlichen Gefährdungsanalyse müssen die möglichen Vermögensgefährdungen des jeweiligen Instituts, die als wesentlich anzusehen sind, erfasst und bewertet werden. Zweck diese Regelung ist die Umsetzung der Aufsichtsstandards des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, dessen Core Principles for Effektiv Banking Supervision (Stand 2012)⁵¹ in ihrem Grundsatz 29 („Missbrauch von Finanzdienstleistungen“) festlegen, dass die Aufsichtsinstanz darauf zu achten hat, dass die Banken über angemessene Geschäftsgrundsätze und Verfahrensweisen einschließlich strenger Vorschriften für die Feststellung der Kundenidentität verfügen müssen, um zu verhindern, dass die Bank mit oder ohne Vorsatz für das Begehen strafbarer Handlungen genutzt wird. Dieser Grundsatz 29, der über § 25h KWG umgesetzt worden ist, bezieht sich auch auf den Missbrauch von Finanzdienstleistungen durch strafbare Handlungen.⁵² Erfasst ist auch der Straftatbestand der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB bzw. § 285 StGB sowie alle Versuchungs- und Beihilfehandlungen, soweit sie beim Institut ein operationelles Risiko einschließlich von Rechts- und Reputationsrisiken begründen und zu einer wesentlichen Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können. Insbesondere durch den Verweis auf Reputationsrisiken wird deutlich, dass auch Vermögensgefährdungen ausreichen können. Damit umfasst diese Norm nicht nur operationelle Verlustereignisse, die sich unmittelbar auf die Ertrags- und Vermögenslage eines Instituts auswirken, sondern auch Reputationschäden, zumindest dann, wenn sie zu einer wesentlichen Vermögensgefährdung führen können.⁵³ (Zu den Rechtsrisiken vgl. 4.).

Welche Parameter und Indizienmodelle der Zahlungsdienstleister seinem Transaktionsmonitoring zugrunde legt bzw. in dieses integriert, um die Angemessenheit seines Systems sicherzustellen, hat das Institut zwar im Rahmen seiner Risikoanalyse auf der Basis seiner Kundenstruktur und seines geographischen, markt und produktspezifischen Geschäftsmodells zu entscheiden. Bietet ein Institut Zahlungsdienste für einen nicht klar umrissenen Adressatenkreis an, ist dieser Spielraum jedoch im Vergleich zu (kundenbezogenen) Parametern bei Bankgeschäften deutlich eingeschränkt, da für die Abwicklung des Zahlungsverkehr in der Zahlungskette einheitliche technische und aufsichtsrechtliche/zivilrechtliche Vorgaben von der Auftraggeber-bis zur Empfängerseite bestehen (SEPA rule books, ZAG, BGB, Nutzung des SWIFT Zahlungssystems etc.) und die Risikostruktur im elektronischen Zahlungsverkehr weitgehend identisch ist.

⁵¹ <https://www.bis.org/publ/bcbs230.htm>

⁵² Die Norm erfasst nicht nur strafbare Handlungen von Mitarbeitern oder der Geschäftsleiter des Instituts, sondern auch solche von Dritten, z.B. Kunden

⁵³ Zum gesamten Komplex ausführlich Beck, KWG, § 25h Rn. 50ff.

Für bloße händische Überprüfungen oder Überprüfungen auf Stichprobenbasis unter Aussteuerung von Transaktionen ist damit in der Regel kein Raum.

Was die Transaktionen im Zusammenhang mit dem unerlaubten Online-Glücksspiel anbelangt, kommt im Regelfall eine Kombination verschiedener Parameter infrage. Beispielfolhaft seien erwähnt:

Länderschlüssel im EU-Zahlungsverkehr bei SEPA-Zahlungen, etwa im Falle Maltas

White Lists der Glücksspielaufsichtsbehörden von konzessionierten Glücksspielbetreibern, die bei der nachträglichen Fallbearbeitung nach einem Treffer im EDV-System auszusteuern sind

Namensabfrage online über die Malta Gaming Authority von hier im Netz aktiven Unternehmen, die dort als lizenziert erfasst sind und Unternehmen, denen die Lizenz entzogen worden ist (beide Unternehmensgruppen gelten nach deutschem Recht als illegal)

Im Kartengeschäft und für Acquirerer sog. **Merchant Category Codes der Kreditkartenunternehmen** mit einer speziellen Codenummer für Glücksspielanbieter unabhängig von deren Zulassung

8. Zwischenergebnis

Stellt die BaFin, etwa im Wege der externen Prüfung (§ 44 KWG, § 15 ZAG) oder im Rahmen der Jahresabschlussprüfung (§§ 11ff., 27ff. PrüfV, §§ 10ff, 15ff. ZahlPrüfV) fest, dass ein Zahlungsdienstleister, der Zahlungsdienste erbringt und anderweitig im Zahlungsverkehr aktiv ist und bei seinen Sicherungsmaßnahmen das Transaktionsattribut „Zahlungen im Zusammenhang mit dem unerlaubten Online-Glücksspiel“ nicht angemessen berücksichtigt, kann die BaFin gegen dieses Institut aufgrund des §6 GwG, § 27 ZAG und §§ 25a, 25h KWG einschreiten und durch Verwaltungsakt durchsetzen, dass die institutsinternen Sicherungsmaßnahmen entsprechend nachjustiert werden.

Im Prinzip könnte die BaFin mittels Allgemeinverfügung gegen alle Institute „en bloc“ einschreiten, die insoweit keine angemessenen Sicherungssysteme aufweisen und diese zu Nachbesserungen im Risikomanagement anhalten. Bisher hat die BaFin das Problem negiert. Aufgrund der daraus resultierenden Unkenntnis der Faktenlage und des Verzichts auf eigene Prüfungen und Auskunftsersuchen ist es der BaFin nicht möglich, sofort gegen diese Institute aufgrund dieser Ermächtigungsgrundlagen einzuschreiten.

Insbesondere die Medien, aber auch die Glücksspielaufsicht haben jedoch Fakten über die Involvierung deutscher Zahlungsdienstleister zusammengetragen, dies es ihr erlauben, im Rahmen der Missstandsaufsicht – **präventiv und institutsübergreifend** – sofort gegenüber Finanzdienstleister durch Allgemeinverfügung einzuschreiten.

9. Einschreiten der BaFin gegen einen Missstand im Rahmen der ordnungsgemäßen Durchführung der Zahlungsdienste

Die BaFin hat nach § 6 Abs. 3 KWG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 ZAG im Rahmen ihrer laufenden Aufsicht über Zahlungsdienstleister auch die Aufgabe, Missstände in einem Institut nach diesen Gesetzen zu verhindern oder zu beseitigen, wenn diese

- a) die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder
- b) die ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste oder das ordnungsgemäße Betreiben des E-Geld-Geschäfts beeinträchtigen.⁵⁴

Im vorliegenden Fall sind beide Alternativen erfüllt.

Ebenso wie im KWG hat der Gesetzgeber im ZAG auf eine Definition des Begriffs »Missstand« verzichtet.⁵⁵ Die beiden Tatbestandsalternativen sollen der BaFin einen umfangreichen Auslegungsspielraum geben, der ihr ausreichend Gelegenheit zu vorbeugendem Handeln lässt.

Grundsätzlich gilt, dass der Missstand bei der 1. Alternative von solcher Intensität sein muss, dass er die Sicherheit der dem Institut **anvertrauten Vermögenswerte gefährden kann**. Eine konkrete Gefährdung ist bei den anvertrauten Vermögenswerten jedoch nicht erforderlich. Es reicht somit eine **potentielle Gefahr** aus. Diese liegt insbesondere deshalb vor, weil die Finanzdienstleister gewillt sind, ihre Geschäftspolitik in Bezug auf die Durchführung von Zahlungsdiensten im Verbund mit dem unerlaubten Glücksspiel weiterhin fortzusetzen. Das Vorliegen der potentiellen Gefahr wurde unter den Ziffern 4. und 6. des Fact Sheets abgehandelt. Sie dürfte aktuell die Schätzungen der Länder über das Transaktionsvolumen im unerlaubten Online-Glücksspiel (vgl. Ziffer 2) noch übersteigen,

⁵⁴ § 6 Abs. 3 KWG spricht – anders als § 4 Abs. 2 ZAG – von „Missständen bei der ordnungsgemäßen Durchführung der Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen“ und nicht von Zahlungsdiensten. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass Zahlungsdienste bis zum Inkrafttreten des ZAG als Bankgeschäft galten. Die Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da § 1 Abs. 1 S. 2 ZAG, der die Finanzdienstleistungen regelt und definiert, auch für CRR-Kreditinstitute Anwendung findet.

⁵⁵ Der Missstandsbegriff beim kollektiven Verbraucherschutz (§ 4 Abs 1a FinDAG) ist wegen seiner unterschiedlichen Schutzrichtung im vorliegenden Fall unbeachtlich

da in der Quarantäne wegen Corona dieses Volumen noch zugenommen hat. Für das Vorliegen einer potentiellen Gefahr reichen im Übrigen wie beim vorliegenden Sachverhalt Fälle mangelnder Geschäftsorganisation, unzureichender Innenrevision oder ungenügender Risikoüberwachung, die zu einer Gefährdung der anvertrauten Vermögenswerte führen können, aus.⁵⁶

Anders als bei der Vermögensgefährdung ist bei der 2. Alternative des Missstandstatbestands hinsichtlich des Tatbestandselements »**ordnungsgemäße Geschäftsführung im Rahmen der Durchführung der Zahlungsdienste**« eine potentielle Gefahr nicht ausreichend. Es muss somit eine konkrete Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Durchführung der Zahlungsdienste und der Ausgabe von E-Geld vorliegen.

Adressat dieser auf § 4 Abs. 2 ZAG zu stützenden Maßnahme ist das einzelne Institut nach § 1 Abs. 3 ZAG, jedoch nicht – wie beim Entgegenwirken der BaFin gegen Missstände gemäß § 6 Abs. 2 KWG – das Gewerbe der Zahlungsdienstleister bzw. E-Geld-Institute als Ganzes oder Teilen davon. Voraussetzung für ein Eingreifen mittels einer Anordnung nach Absatz 2 ist somit nicht, dass ein Missstand bei allen oder einer Vielzahl von Instituten nach § 1 Abs. 3 ZAG oder gar im gesamten Kredit- und Finanzdienstleistungswesen droht. Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, weil aufgrund der Feststellungen der Glücksspielaufsicht und der Recherchen der Medien feststeht, dass der Großteil der Zahlungsdienstleister seit Jahren keine angemessenen Sicherungsmaßnahmen gegen Geldwäscherisiken bei Bezahlvorgängen im Zusammenhang mit dem unerlaubten Betreiben des unerlaubten Online-Glücksspiels vorhält.

Liegt ein Missstand vor, kann die BaFin mittels Verwaltungsakt gegen das betreffende Institut einschreiten. Liegt ein bestimmter, als Missstand zu bewertender Zustand wie im vorliegenden Fall bei einer Vielzahl mehrerer Instituten vor, kann die BaFin nach § 4 Absatz 2 ZAG und bei CRR-Kreditinstituten nach § 6 Abs. 3 KWG eine **Allgemeinverfügung** erlassen.

⁵⁶ Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, § 6, 11.

10. Der Begriff des Missstands

Der Begriff des Missstands ist, wie bereits ausgeführt, nicht legal definiert. Nach herrschender Meinung in der juristischen Literatur ist ein Missstand „jede erhebliche nachhaltige negative Abweichung vom gültigen Standard im Kredit- bzw. Zahlungsdienstewesen“.⁵⁷ Der Standard ist dabei in erster Linie, aber nicht ausschließlich, den Gesetzen und Verordnungen im Finanzmarktaufsichtswesen (KWG, ZAG et al.) zu entnehmen einschließlich derjenigen Spezialgesetze, die in der Aufsichtskompetenz der BaFin eingeschlossen sind.⁵⁸ Hierzu gehört unter anderem der Pflichtenkatalog geldwäscherechtlicher Vorschriften, der im vorliegenden Fall, wie bereits ausgeführt, von der Mehrzahl der Zahlungsdienstleister verletzt werden (§ 6 GwG iVm § 25h KWG, § 27 ZAG). Zuständige Behörde ist insoweit die BaFin (§ 50 Nr. 1 GwG). Diesem Missstand wirkt die BaFin, neben der aufsichtsrechtlichen Sicherstellung der Einhaltung der geldwäscherechtlichen Vorschriften, regelmäßig mit den Rundschreiben zur Verhinderung der Geldwäsche entgegen, die die Verwaltungspraxis der BaFin nach außen dokumentiert.⁵⁹ Im vorliegenden Fall hat sie dies bisher unterlassen. Die unkontrollierte Durchleitung von Geldern an einen Empfänger, der unerlaubt Online-Glückspiele anbietet bzw. die Gutschrift von Spielgewinnen an den Spieler verstößt ebenfalls gegen die die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation gem. § 25a Abs. 4 KWG bzw. § 27 ZAG, wobei jedoch die geldwäscherechtlichen Vorschriften *lex specialis* sind.

Misstände können auch – über den Hauptanwendungsfall des Verstoßes gegen die »ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste« – bei **Verstößen gegen allgemeine Gesetze** vorliegen, soweit diese Verstöße im Einzelfall erheblich sind und einen **zumindest mittelbaren aufsichtsrechtlichen Bezug** aufweisen und damit der Verstoß für die Aufsicht über Institute (Kredit- und Zahlungsinstitute) von Relevanz ist.⁶⁰ Es werden in diesem Zusammenhang also nicht sämtliche Gesetze angesprochen, die für Institute gelten, sondern nur solche, die einen **speziellen Bezug zur Geschäftstätigkeit dieser Unternehmen aufweisen**. Der Überwachungsauftrag der BaFin umfasst keine lückenlose rechtliche Beaufsichtigung von Finanzdienstleistern. § 4 des Glücksspielstaatsvertrags wendet sich jedoch beim sog. Mitwirkungsverbot nicht gegen „jedermann“, sondern prioritär und de facto ausschließlich gegen die Zahlungsdienstleister. Verstöße gegen das öffentlich-rechtliche Mitwirkungsverbot tangieren auch – unabhängig von der Zuständigkeit der Glücksspielaufsicht und unabhängig davon, ob diesem gesetzlichen Verbot nach Ansicht des LG Ulm eine verbraucher- bzw. spieler-schützende Rechtsfolge zukommt – die aufsichtlichen Belange der BaFin, die die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung im Rahmen der laufenden Aufsicht sicherzustellen hat.

⁵⁷ Beck/Samm/Kokemoor, KWG, § 6 Rn. 49

⁵⁸ Schwennicke/Auerbach, KWG, § 6 Rn. 13

⁵⁹ Abrufbar unter: www.bafin.de

⁶⁰ Beck/Samm/Kokemoor, § 6 KWG, Rn. 34; Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, § 6, Rn. 34.

11. Ergebnis

Im vorliegenden Fall liegen bereits seit längerem missstandsrelevante erhebliche Verstöße von Finanzdienstleistern gegen aufsichtsrechtliche, geldwäscherechtliche Vorschriften und gegen das Mitwirkungsverbot des Glücksspielstaatsvertrags vor. Dies steht im Widerspruch zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung.

Notwendige Handlungsschritte:

Die BaFin hat sich unverzüglich über Auskunfts- und Vorlegungsersuchen und externe Vor-Ort-Prüfungen bei allen Zahlungsdienstleistern über das geldwäscherechtliche Risikomanagement der Zahlungsdienstleister und der genutzten Parameter in EDV-gestützten Monitoringmaßnahmen in Bezug auf Zahlungen im unerlaubten Online-Glücksspiel einen vollständigen Überblick zu verschaffen

Die BaFin hat die Finanzdienstleister und deren Interessenverbände unverzüglich darüber zu informieren, dass sie die bisherige Nichtbeachtung von Geldwäscherisiken im internen Risikomanagement - im Zusammenhang mit Transaktionen im unerlaubten Online-Glücksspiel - als Verstoß gegen geldwäscherechtliche Vorschriften und die Nichtbeachtung des Mitwirkungsverbot als Verstoß gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsführung ansieht und dagegen einschreiten wird.

Bürgerbewegung Finanzwende e. V.

Motzstraße 32 | 10777 Berlin

T: 030 208 370 80 | F: 030 208 370 829
info@finanzwende.de

Spendenkonto:
GLS Bank
IBAN: DE03 4306 0967 1226 5452 00
BIC: GENODEM1GLS

Gläubiger ID: DE59ZZZ00002143189
Amtsgericht Berlin/Charlottenburg
VR 36803 B

finanzwende.de
facebook.com/finanzwende
twitter.com/finanzwende