

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c.
Holger Fleischer
Dr. Christoph E. Hauschka
Prof. Dr. Thomas Grützner
Prof. Dr. Thomas Klindt
Dr. Thomas Lösler
Dr. Philip Matthey
Dr. Birte Mössner
Dr. Klaus Moosmayer
Meinhard Remberg
Prof. Dr. Volker Rieble
Dr. Anita Schieffer
Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider
Prof. Dr. Birgit Spießhofer
Prof. Dr. Gerald Spindler
Michael Volz

BEITRÄGE

- 165** *L. Harings/F. Zegula*, Die „Lieferkette“ als Anknüpfungspunkt der Compliance-Verpflichtungen nach dem LkSG
- 171** *C. Miede/T. Ahrens*, Referentenentwurf der Koalition zum Hinweisgeberschutzgesetz – Stellungnahme des Deutschen Instituts für Compliance (DICO e. V.)
- 178** *R. Galle/F. Kolf*, Trends in der Kartellverfolgung – ein Überblick über die weltweite Behördenpraxis im Jahr 2021
- 188** *A. Glotz/L. Böltig*, Alternative Verfahren zur Identitätsüberprüfung bei natürlichen Personen durch Verpflichtete im Nicht-Finanzsektor
- 191** *S. Fortt/B. Huber/P. Davies*, Aktuelle Entwicklungen in den USA – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich ESG

BEST PRACTICE

- 195** *J. Baumges/R. Jürgens*, Vorbereiter, Challenger, Verantwortlicher, Überwacher – die Rolle von Compliance bei der Umsetzung des LkSG

RECHTSPRECHUNG

- 199** *ArbG Düsseldorf v. 18.2.2022 – 11 Ca 5388/21*, Fristlose Kündigung wegen Vorlage gefälschten Impfnachweises (m. Anm. Stück)
- 200** *LAG Berlin Brandenburg v. 2.3.2022 – 4 Sa 644/21*, Corona - Strengere betriebliche Quarantäne Regeln & Annahmeverzug (m. Anm. Stück)
- 202** *LAG Köln v. 14.1.2022 – 9 TaBV 34/21*, Auflösung des Betriebsrats wegen Arbeitgeber Kritik in Rundschreiben (m. Anm. Stück)
- 203** *LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 29.3.2022 – 5 TaBV 12/21*, Mitbestimmung bei Regelung zum Rauchen (m. Anm. Stück)

RECHTSANWALT ANDREAS GLOTZ UND LUDOVICA BÖLTING, LL. M.

Alternative Verfahren zur Identitätsüberprüfung bei natürlichen Personen durch Verpflichtete im Nicht-Finanzsektor

A. Einleitung

Wie Verpflichtete die Identität einer natürlichen Person zu überprüfen haben regelt § 13 GwG. Sie haben gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG zunächst die Möglichkeit sie durch eine „angemessene Prüfung des vor Ort vorgelegten Dokuments“ vorzunehmen. Alternativ können Verpflichtete gem. § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG ein „sonstiges Verfahren, das zur geldwäscherechtlichen Prüfung der Identität geeignet ist und ein Sicherheitsniveau aufweist, das dem in § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG Verfahren gleichwertig ist“ anwenden. Damit will das Gesetz ausdrücklich eine Erweiterung ermöglichen und die Tür offen lassen für technische Fortschritte.¹

B. Problemstellung

Für Verpflichtete des Nicht-Finanzsektors entsteht hier ein großes, mittlerweile vom Gesetzgeber verschuldetes, Dilemma. Das durch die Corona Pandemie rasant verstärkte gesamte Online-Business vom Fahrzeugverkauf bis zur digitalen Dienstleistungserbringung eines verpflichte-

ten Freiberuflers macht ihnen diese Geschäftsmöglichkeit, will der Verpflichtet sich an das Gesetz halten, weitgehend zunichte. Es ist ihm gar nicht möglich eine „angemessene vor Ort Prüfung des Dokuments“ vorzunehmen, da er den Kunden, den Klienten nicht sieht und keinen angemessenen Abgleich vornehmen kann.

I. Verstärkte Sorgfaltspflichten gemäß §§ 15 ff GwG

Anders als in Vorläuferfassungen des Gesetzes ist der physisch nicht präsente Kunde nun, und auch nach den Empfehlungen der FATF, nicht mehr grundsätzlich mit einem höheren Risiko zu bewerten.² Trotzdem soll nach der Anlage 2 Nr. 2 c) zum GwG, dann aber sehr wohl von erhöhten Sorgfaltspflichten ausgegangen werden. Dies führt einerseits zu einem kaum zu vermittelndem Unterschied, andererseits wirkt diese Regelung auch lebensfremd. Es gibt kaum eine bessere Möglichkeit seine Identität als online Kunde wirksam zu verschleiern, wofür die steigende internetbasierte Kriminalität einen ausreichenden Beleg darstellt.

1 Vgl. Herzog/*Figura*, GwG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 2.

2 Vgl. Herzog/*Achtelik*, GwG, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 47.

II. Handlungsoptionen

Soweit die aufsichtsführenden Bundesländer immer noch auf die Möglichkeit des Post Ident-Verfahrens, unter Missachtung der nachvollziehbaren Warnhinweise vieler Landeskriminalämter verweisen, stellt das Verfahren zumindest bei Export-/Auslandsgeschäften keine Lösung dar. Ausländische Dokumente können auf diesem Weg nicht geprüft werden. Allerdings sollte durch Mitarbeiter der Post eine Sichtprüfung des Dokuments und ein Personenabgleich erfolgen. Inwieweit dies in einer überfüllten Filiale immer erfolgen kann muss dahingestellt bleiben.

Ein gleichwertiges Sicherheitsniveau iSd § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG weisen sicherlich die in § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GwG genannten Möglichkeiten eines elektronischen Identitätsnachweises (eID Funktion) auf.

Neue Personalausweise werden ausschließlich mit eingeschalteter Online-Funktion hergestellt und ausgegeben. Es ist nicht (mehr) zulässig, die Online-Funktion zu deaktivieren. Auch nach mehr als zehn Jahren seit Einführung bleiben die Anwendungsmöglichkeiten bundesweit aber auf lediglich 141 beschränkt.

Die digitale Ausweisfunktion ist größtenteils nur bei Serviceleistungen von Bund, Ländern und Kommunen nutzbar. Die geringe Nutzung und Verbreitung reduziert die Relevanz des Einsatzes für die Wirtschaft und damit für Verpflichtete nach § 2 GwG. Die Gründe dafür sind vielfältig und reichen von der komplexen technischen Einrichtung, der Sorge vor dem Datenschutz und der früher erforderlichen Anschaffung eines teuren Kartenlesegeräts und der kniffligen Installation entsprechender Treibersoftware.

Zwar sind dafür mittlerweile auch Lösungen über mobile Endgeräte möglich. Vorausgesetzt sind aber auch auf Seiten der Verpflichteten das Vorhandensein eines staatlichen Zertifikats als weitere Hürde, dass die permanente Sicherstellung des Datenschutzes gewährleisten soll.

Die Nutzung der eID im Chip des Personalausweises eines Kunden/Klienten zur Identitätsprüfung durch einen Verpflichteten scheidet damit an der Praktikabilität und der Verbreitung.

III. Das GwG ist grundsätzlich offen für technische Fortschritte

Die an sich gegebene technische Modernität und Affinität des Geldwäschegesetzes findet Ausdruck in § 13 Abs. 2 GwG, nach der das Bundesfinanzministerium im Einvernehmen mit anderen Ministerien weitere Identifizierungsverfahren benennen kann. Dieser Absatz soll grundlegend neue Verfahren für die Identifizierung zulassen und damit den § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG weitgehend konkretisieren.³ Von dieser Ermächtigung wurde aber bislang noch nie Gebrauch gemacht.

3 Vgl. Herzog/Figura, GwG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 5.

IV. Das Videoidentifizierungsverfahren

Irgendwie, aber sicher nicht durch eine bestehende, oben erwähnte Rechtsverordnung, landete dann in den Jahren 2015/2016 ein Prüfauftrag hinsichtlich der Durchführung von sog. Videoidentifizierungsverfahren bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Bonn. Die Behörde hatte sich bislang nicht durch technische Innovationsfreundlichkeit hervorgetan und ist allenfalls für den ihr als Aufsichtsbehörde zugeordneten Verpflichtetenkreis nach dem GwG zuständig. In ihrem Rundschreiben 3/2017 (GW) – Videoidentifizierungsverfahren aus dem April 2017 erließ sie dann eine verbindliche Festlage hinsichtlich der Durchführungskriterien solcher Identifizierungen. Die Hürden, die die BaFin dafür aufstellt, sind derart hoch, dass sich auf Anbieterseite dafür ein Oligopol bildete, das die Nutzung für Verpflichtete sehr teuer macht.

Der Gesetzgeber unterstreicht allein in der der Gesetzesbegründung zum GwG zwar explizit, dass das Videoidentifizierungsverfahren nur zur Überprüfung der Identität benutzt werden darf, wenn ein BaFin-Rundschreiben dieses auf Basis der bisherigen Rechtslage für zulässig hält. Dies hat aber nicht zu bedeuten, dass das Verfahren generell als geldwäscherechtlich konform zu betrachten ist; sondern nur, dass die BaFin das Verfahren als zulässig erachtet. Der rechtliche Unterschied ist enorm und evident. Auch die Antworten der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage sind nichtssagend. Sie ist nicht in der Lage auf die rechtlichen und sicherheitstechnischen Anforderungen einzugehen und schon gar nicht zu bejahen, dass alle Videoidentifizierungsverfahren zumindest den BaFin Anforderungen genügen.⁴

In Bezug auf diese Schlussfolgerung hatte der Gesetzgeber dann eine Evaluierung für 2020 geplant. In dieser sollte geprüft werden, ob das „für zulässig erachtete Videoidentifizierungsverfahren“ auch tatsächlich die geldwäscherechtlichen Anforderungen einhalte. Sogar im Rundschreiben 3/2017 der BaFin wird ausdrücklich vermerkt, dass spätestens nach drei Jahren das Verfahren zu evaluieren ist *„im Hinblick darauf, ob die geldwäscherechtlichen Anforderungen an seine Durchführung im Lichte des Fortschritts der Technik und der Erfahrungen mit diesem Verfahren noch als ausreichend anzusehen sind oder ob weitere Anpassungen oder zusätzliche Anforderungen erforderlich sind“*. Nach aktuellem Kenntnisstand ist im Jahre 2020 keine Evaluierung vorgenommen worden. Folglich fehlt es auch weiterhin an einer anerkannten geldwäscherechtlichen Konformität des Videoidentifizierungsverfahrens.

V. Weitere mögliche Regelungen zu alternativen Verfahren blieben aber bisher aus

Außerdem hat sich der Gesetzgeber selbst nach fünf Jahren immer noch nicht entschieden die Verfahren um den aktu-

4 Vgl. Antworten zu Fragen 2 ff. in BT-Drs. 19/11443, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Bettina Stark-Watzinger, Christian Dürr, Daniela Kluckert, weitere Abgeordnete und der Fraktion der FDP zum Video-Ident-Verfahren bei Finanzdienstleistungen.

ellen technischen Fortschritt zu erweitern. Insbesondere soll § 13 Abs. 2 Nr. 2 GwG eine Antwort geben auf kurzfristig sich verbreitende Fortschritte auf dem technologischen Markt. Die Formulierung aus dem Gesetzentwurf legt nahe, dass das Bundesministerium der Finanzen, in Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Inneren, durch den Erlass einer Rechtsverordnung kurzfristig auf die Entwicklung neuer Identifizierungsverfahren reagieren kann oder soll. Mit dieser Reaktion ist gemeint, dass im Nachhinein bestimmt werden soll, ob ein alternatives Verfahren den geldwäscherechtlichen Anforderungen entspricht. Grundsätzlich muss also das alternative Identifizierungsverfahren schon auf dem Markt sein und sich in konkreter Anwendung befinden, bevor überhaupt eine Entscheidung darüber ergeht oder gar eine Rechtsverordnung erlassen werden kann. Nichts spräche also dagegen ein neues Verfahren in der Praxis anzuwenden und abzuwarten, wie die Reaktion seitens des Gesetzgebers ausfallen wird. Sowohl für die Verpflichteten aber auch für die Anbieter alternativer Verfahren ein rechtliches und finanzielles Risiko.

Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang bereits für eine Vollharmonisierung der Gesetzeslage plädiert, die aber nur durch eine EU-Verordnung erreichbar wäre.⁵

Seit 2017 erlahmte die technische Innovationskraft der BaFin, seitdem ist nichts mehr geschehen. Insbesondere die Aufsichtsbehörden der Länder oder die Kammern der freien Berufe verneinen ihre Fachkompetenz zur Zulassung alternativer Identifizierungsmöglichkeiten und sehen die Regelungskompetenz dafür beim Bund.

VI. Das Selfie-Ident Verfahren als neue, effiziente und kundenfreundliche Alternative zur Identitätsüberprüfung

Dabei ging, wie zu erwarten war, die technische Innovation zügig weiter. Neben den teuren Video-Ident Lösungen existieren bereits deutlich preiswertere sog. Selfie-Ident Lösungen. Sie sind ebenso sicher und kommen vor allem ohne den großen Personalkostenaufwand der Videoidentifizierung aus. Vorwiegend aus Gründen der Personalkostenreduktion lagerte bereits ein großer Anbieter sein Personal zur Videoidentifizierung nach Osteuropa aus.

Selfie-Ident Verfahren werden schon aktuell verwendet: Neben vielen anderen bietet u. a. die Bundesagentur für Arbeit an, den Anspruch auf Arbeitslosengeld durch das Selfie-Ident Verfahren geltend zu machen.⁶

Dabei ist die Funktionsweise des Selfie-Ident denkbar einfach. Der Verpflichtete nach dem GwG übersendet seinem Kunden einen Link, den er über eine App auf seinem mobilen Endgerät öffnet. Die App kann der Kunde später wieder mühelos entfernen. Er wird durch ein kurzes Menü geführt, in dem er Vorder- und Rückseite seines Ausweises in die Kamera seines mobilen Endgeräts hält. Dann wird er

aufgefordert zwei per Zufall generierte und angezeigte Wörter zu sprechen, um einen Lebendbeweis zu haben. Bereits nach wenigen Sekunden ist der Vorgang immens servicefreundlich für den Kunden des Verpflichteten abgeschlossen. Über den gesamten Identifizierungsvorgang wird eine kurze Aufnahme angefertigt.

VII. Vorteile gegenüber den anderen Verfahren

Die technischen Systeme guter Anbieter sind so weit entwickelt, dass sie automatisiert einen Gesichtsabgleich zwischen dem kurzen Handyvideo und dem Ausweisvideo vornehmen und Abweichungen erkennen können. Sie prüfen das Ausweisdokument auf das Vorhandensein und die Intaktheit der Sicherheitsmerkmale, gleichen dabei sogar die in den verschiedenen Plausibilitätskriterien eines Ausweisdokuments ab. Sie sind zudem in der Lage digitale Manipulationen von textlichen Veränderungen bis hin zu sog. „Deep Fakes“ zu erkennen.

Anders als die meisten Video-Ident und erst recht eID- oder PostIdent-Verfahren können diese Systeme mittlerweile weltweit alle Reisepässe nach ICAO Standard und Ausweiskarten nach dem deutschen ähnlich aufgebauten System prüfen.

Die Technik selbst kann das weitaus besser leisten als nichtausgebildete Laien ohne Dokumentenprüferqualifikationen, was die Masse der Geldwäschebeauftragten im Nicht Finanzsektor sicher darstellt.

Das angefertigte Video stellt zudem die Echtzeit- sowie die Lebendigkeitsprüfung sicher. Kriterien, die auch die BaFin in ihrem o. g. Rundschreiben aufstellt.

Neben dem Kostenfaktor für die Verpflichteten kommt diesen noch der weitere positive Faktor einer Abwehr von Straftaten, bspw. im KFZ-Handel bei der Unterschlagung oder Veruntreuung von Vermietungsfahrzeugen entgegen. Selbstverständlich erhält der Verpflichtete einen ausführlichen Report über den durchgeführten Identifizierungsvorgang und wird deutlich auf mögliche Auffälligkeiten hingewiesen.

VIII. Grundsätzlich keine Anwendbarkeit des Videoidentifizierungsverfahrens und des Selfie-Ident Verfahrens für den Nicht-Finanzsektor

Richtet man sich nach den Auslegungs- und Anwendungshinweise der meisten Bundesländer zum Geldwäschegesetz für Güterhändler, Immobilienmakler und andere Nichtfinanzunternehmen, die von den Aufsichtsbehörden erlassen werden, steht das Videoidentifizierungsverfahren für den Nichtfinanzsektor überhaupt nicht zur Verfügung.⁷ Außerdem hat der Gesetzgeber bis dato immer noch nicht von seiner Befugnis Gebrauch gemacht (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 GwG) eine Rechtsverordnung zu erlassen, die ein alternatives Verfahren billigen und regeln könnte. Somit scheidet

⁵ Vgl. hierzu Höche, Geldwäscheprevention 2.0 – ein Plädoyer, FS Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24.8.2020, S. 454.

⁶ Siehe Identifizierung ohne Behördengang: Das Selfie-Ident-Verfahren per Handy macht es möglich, 30.6.2020 BA-Pressinfo Nr. 33, OTS Deutschland, <https://advance.lexis.com/api/document?collection=news&id=urn:contentItem:607W-RSH1-JCSW-KOP2-00000-00&context=1516831>.

⁷ Vgl. Regierungspräsidium Hessen, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz für Güterhändler, Immobilienmakler und andere Nichtfinanzunternehmen, Dezember 2020, S. 35 f.

auch die Anwendung des Selfie-Ident Verfahrens grundsätzlich aus. Würden Verpflichtete des Nicht-Finanzsektors Gebrauch von Video- oder Selfie-Ident Verfahren machen, bewegen sie sich in einem rechtsfreien Raum. Prinzipiell bleibt es offen ob das schnelle und unkomplizierte Selfie-Ident Verfahren von den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen gebilligt werden würde. Sicher ist, dass diese Vorgehensweise nicht unter den aktuellen möglichen Verfahren gelistet ist und folglich nicht vom deutschen Gesetzgeber anerkannt wird. Grundsätzlich läge damit bei der Nutzung eines Selfie-Ident Verfahren ein Verstoß gegen die geldwäscherechtlichen Bestimmungen vor.⁸

Die derart weite Einschränkung der Möglichkeiten eine Identitätsprüfung vorzunehmen, ist nicht zeitgerecht. Der Gesetzgeber zwingt aber die Verpflichteten des Nicht-Finanzsektors in einen rechtsfreien Raum, der nicht geregelt ist und in dem den vorhandenen technischen Möglichkeiten kein Platz gelassen wird.

C. Fazit Konsequenzen

Würde ein Verpflichteter des Nicht Finanzsektors also ein anderes Verfahren als das der direkten, persönlichen Überprüfung oder PostIdent für die nach seiner Risikobeurteilung hohen Geldwäscherisiken bei Nicht-Präsenzgeschäften anwenden, setzt er sich im Kontrollfall durch die Aufsichtsbehörden der Gefahr eines Bußgelds gem. § 56 Abs. 1 Ziff. 15 ff. GwG aus. Völlig absurd ist die Alterna-

tivlösung, von ihm zu verlangen, dann eben auf die wie auch immer gearbete Leistungserbringung bei diesen Geschäften zu verzichten.

Wie aber im konkreten Fall die Aufsichtsbehörden reagieren könnten und ob diese tatsächlich, aufgrund der wackeligen Rechtslage, ein Bußgeldbescheid erlassen würde bleibt offen. Bis jetzt gibt es noch keinen derartigen Präzedenzfall.⁹

Abgesehen von den Selfie-Ident Verfahren gibt es auch keine technische Lösung zur Identitätsüberprüfung ausländischer Kunden oder Klienten. Außerdem ist für den deutschen Kunden ohnehin nichts komfortabler.

Insbesondere dann, wenn Verpflichtete des Nicht Finanzsektors sich um die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bemühen, die gibt es zuhauf, wäre Ihnen mangels praktikabler Lösungen immer zu raten, die Hilfe der Gerichte im Bußgeldfall in Anspruch zu nehmen.

KONTAKT:

Andreas Glotz
Deutsche Gesellschaft für Geldwäscherprävention –
DGGWP mbH
Dürener Straße 220
50931 Köln
Tel.: 0221/17058 887
a.glotz@dggwp.de

8 Vgl. Wolff, Politik & Regulierung: Existenztest, VW 11/2018, 96-99.

9 Der BGH hat sich nur im Fall einer Identitätsüberprüfung durch eine notariell beglaubigte Ablichtung des Personalausweises ausgesprochen und diese, aufgrund des nicht gleichwertigen Sicherheitsniveaus, verneint. Siehe BGH 20.4.2021, ZIP 21/2021, S. 1105 ff.