

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
Graurheindorfer Str. 108  
53117 Bonn

**Geschäftszeichen GW 1-GW 2001-2008/0003  
Konsultation 04/2014**

30. Juni 2014

Per E-Mail: [Konsultation-04-14@bafin.de](mailto:Konsultation-04-14@bafin.de)

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir sind ein Unternehmen, das Dienstleistungen im Bereich der ausgelagerten automatisierten und manuellen Kundenverifikation anbietet. Unsere Geschäftskunden sind unter anderem Verpflichtete nach dem Geldwäschegesetz.

Im Rahmen Ihrer Konsultation 4/2014 vom 2. Juni 2014 möchten wir zu Ihrem Entwurf eines Rundschreibens (Hinweise zum Umfang bzw. zur Ausgestaltung diverser geldwäscherechtlicher Pflichten) wie folgt Stellung nehmen. Wir beschränken uns auf den für uns relevanten Fragenkomplex zur antizipierten Zustimmung der BaFin zur Auslagerung der Erfüllung von Sorgfaltspflichten.

**Stellungnahme:**

**1. Begriff der „Einzelmaßnahme“**

Der Entwurf führt in Abschnitt IV aus (Hervorhebungen durch uns):

*Weder § 9 Abs. 3 Satz 2 f. GwG noch § 25h Abs. 5 KWG treffen – insoweit anders als etwa § 25a KWG – eine Differenzierung danach, ob es sich bei der jeweiligen auszulagernden Maßnahme um eine wesentliche oder unwesentliche oder um eine **Einzelmaßnahme oder ein Maßnahmenpaket** handelt. Daraus folgt, dass auch **einzelne Sicherungsmaßnahmen**, die ausgelagert werden sollen, dem vorherigen Zustimmungserfordernis unterliegen.*

*Um den Aufwand im Zusammenhang mit Zustimmungsanträgen zur Auslagerung solcher **Einzelmaßnahmen** sowohl für die Finanzwirtschaft als auch für die Aufsicht in einem angemessenen Rahmen zu halten, gilt ab sofort für Fallkonstellationen, in denen **Einzelmaßnahmen** auf einen Dritten im Wege der Auslagerung übertragen werden sollen, **bei deren Ausführung der Dritte jedoch keinen eigenen Entscheidungs- bzw. Gestaltungsspielraum besitzt**, eine Zustimmung der BaFin zu solchen Maßnahmen bereits als antizipiert.*

Aus unserer Sicht ist der Begriff der Einzelmaßnahme grundlegend für diesen Teil des Entwurfs. Wir gehen insoweit davon aus, dass eine Einzelmaßnahme eine eng begrenzte

Tätigkeit ist, die für sich genommen nur einen Teilbereich der vom Verpflichteten insgesamt zu erfüllenden Sorgfaltspflichten abdeckt. Es stellt sich dann aber die Frage, ob auch die Auslagerung einer Mehrzahl von Einzelmaßnahmen an denselben Dienstleister noch von der antizipierten Zustimmung erfasst wird, sofern auch diese Mehrzahl nur einen Teilbereich der Sorgfaltspflichten abdeckt. Dies müsste der Fall sein, sollte der Sinn der antizipierten Zustimmung nicht in weitem Umfange leerlaufen, denn in der Praxis werden in der Regel mehrere Einzelmaßnahmen zusammen ausgelagert (etwa, PEP-Checks und Sanktionenchecks, für sich jeweils Einzelmaßnahmen). Es stellt sich dann im weiteren die Frage der Abgrenzung der Anzahl und des Umfangs von antizipiert zustimmungsfähigen Maßnahmenkomplexen gegenüber ausdrücklich zustimmungsbedürftigen Maßnahmenkomplexen. Hier sollte weitestgehende Klarheit geschaffen werden, da sonst anzunehmen ist, dass eine Vielzahl von Abgrenzungsfragen an die BaFin herangetragen werden.

## **2. Begriff des „eigenen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums“**

Voraussetzung einer antizipierten Zustimmung ist nach der oben zitierten Textpassage, dass der Dienstleister keinen eigenen Entscheidungs- bzw. Gestaltungsspielraum hat. Hierzu stellen sich einige Fragen:

### **a. Bedeutung für das Rundschreiben 1/2014 zur Kundenverifikation per Live-Videokonferenz**

Vor dem Hintergrund des Rundschreibens 1/2014 ist zu klären, ob die bloße Prüfung der Merkmale eines Ausweises, Reisepasses oder sonstigen Dokuments im Rahmen einer Videoverifizierung als relevanter Entscheidungsspielraum gilt. Sollte dies der Fall sein, wäre ein Auslagerung von Videoverifizierung stets ausdrücklich zustimmungsbedürftig.

### **b. Entscheidungsspielraum oder Bewertungsspielraum?**

Aus unserer Sicht ist zwischen Entscheidungsspielraum und Bewertungsspielraum zu unterscheiden. Der Entscheidungsspielraum bestimmt das Spektrum möglicher End-Beurteilungen, der Bewertungsspielraum hingegen bestimmt den Grad der Autonomie, die bei der Bewertung von bewertbaren Faktenlagen gewährt wird.

Die Erfüllung von Sorgfaltspflichten nach GwG hat stets Entscheidungscharakter. Dies ist ihr Kern. Es ist daher schwer vorstellbar, Maßnahmen zur Erfüllung dieser Pflichten auszulagern, ohne zugleich einen Entscheidungsspielraum zu gewähren. Wo keine Entscheidung getroffen wird, ist lediglich ein Faktensammeln möglich. Ein bloßes unbewertetes, uneigenständiges Faktensammeln für den Verpflichteten kann aber wiederum keine zustimmungsbedürftige Tätigkeit sein (ein Benutzen von Google's Suchmaschine durch Mitarbeiter einer Bank zur Recherche der politischen Exponiertheit eines Kunden ist keine Auslagerung an Google). Einen Entscheidungsspielraum bei antizipierter Zustimmung auszuschließen, schießt aus unserer Sicht über das Ziel hinaus.

Nach unserem Dafürhalten ist es richtiger, am Bewertungsspielraum anzusetzen. Ist dieser anhand eng gesetzter Kriterien eingeschränkt, sollte eine antizipierte Zustimmung gewährt werden. Diese Kriterien können zum einen vom Verpflichteten gesetzt werden, zum anderen vom Gesetz oder von Aufsichtsbehörden.

Solange der Bewertungsspielraum angemessen beschränkt ist, kann der Entscheidungsspielraum weit sein.

Dies ist keine akademische Unterscheidung, sondern von konkreter praktischer Bedeutung. Es sollte Verpflichteten möglich sein, durch enge Festlegung der Bewertungskriterien eine antizipierte Zustimmung zu erreichen, ohne den nötigen, den jeweiligen geldwäscherechtlich relevanten Situationen geschuldeten Entscheidungsspielraum zu beschneiden. Bei klaren Vorgaben sollten auch komplexe Maßnahmen antizipiert auslagerungsfähig sein.

Es sollte Verpflichteten in jedem Fall (unabhängig davon, ob der Unterscheidung zwischen Bewertungsspielraum und Entscheidungsspielraum gefolgt wird) möglich sein, in Zusammenarbeit mit Dienstleistern, den Rahmen von Spielräumen festzulegen oder gar den Empfehlungen des Dienstleisters zu folgen, solange der Rahmen letztlich vom Verpflichteten verantwortet wird.

### **c. Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraum zu Sach- oder Rechtsfragen**

Es sollte überlegt werden, eine antizipierte Zustimmung zuzulassen, wo zwar dem Dienstleister ein Entscheidungs- oder Bewertungsspielraum gewährt wird, dieser sich aber auf reine Sachfragen beschränkt ist (bei Videoverifizierung etwa die Unversehrtheit des Dokumentes oder Sichtbarkeit des Hologramms).

Hier ist dann ebenfalls zu sehen, dass gewisse Rechtsfolgen vom Dienstleister mitentschieden werden können. Wird etwa vom Dienstleister festgestellt, dass ein Dokument faktisch nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht, wird die gesetzliche Rechtsfolge (Pflicht zur Ablehnung der Geschäftsbeziehung) mitentschieden.

### **d. Auswirkung auf Datenbankanbieter**

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Diskussion um Entscheidungs- und Bewertungsspielräume Auswirkungen auf die Verwendung von Datenbanken haben muss. Sollte eine antizipierte Zustimmung zu Maßnahmen ausgeschlossen sein, bei denen ein Entscheidungsspielraum gewährt wird, muss bedacht werden, dass Ergebnissen von Datenbankabfragen notwendigerweise die Auswahl (und letztlich Bewertung der Qualität) der Datenquellen durch den Datenbankbetreiber vorausgeht. Diese Auswahl hat auf das Ergebnis der Abfrage und die Entscheidungen durch den Verpflichteten erhebliche Auswirkung. Die Verwendung von Datenbanken muss daher ausdrücklich zustimmungspflichtig sein, wenn am Erfordernis fehlenden Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraums strikt festgehalten wird.

#### **e. Datenbanken mit Scorecards**

Wir weisen darauf hin, dass beim strikten Festhalten am Erfordernis fehlenden Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraums auch alle Datenbanken mit Scorecards (Bewertung und Gewichtung von Einzelergebnissen durch Bewertungsfaktoren) ausdrücklich zustimmungspflichtig sind, es sei denn, die Scorecards werden gänzlich vom Verpflichteten entworfen und angewandt.

#### **f. Datenbanken mit Bewertungselement**

Wird am Erfordernis fehlenden Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraums strikt festgehalten, sind alle Datenbanken mit Bewertungselement ausdrücklich zustimmungspflichtig. Dies betrifft etwa alle PEP-Datenbanken, deren Datensätze vom Anbieter überwiegend manuell recherchiert und eingepflegt werden, was ein erhebliches eigenes Bewertungselement des Anbieters einschließt.

#### **g. Datenbanken mit 'fuzzy matching'**

Die meisten Datenbanken erlauben die Abfrage mit fuzzy matching, also der Abfrage mittels Datenpermutationen, um der Heterogenität einer Vielzahl von Datensätzen Rechnung zu tragen. Die Festlegung der Algorithmen, insbesondere der „Filterdurchlässigkeit“, ist reine Bewertungsfrage. Auch hier wäre eine ausdrückliche Zustimmung stets erforderlich, wenn am Erfordernis des Fehlens eines Entscheidungsspielraums festgehalten wird.

#### **h. PostIdent, Hermes Ident-Service etc.**

Sollte eine Bewertung von faktischen Identifizierungsmerkmalen und damit einhergehende Entscheidungen zur Ablehnung oder Annahme des Identifizierungsfakturns eine ausdrückliche Zustimmung erfordern, so muss dies nicht nur für Videoverifizierung gelten, sondern für alle ausgelagerten Dokumentensichtungen. Insbesondere muss eine Verwendung von PostIdent und ähnlicher Verfahren ausdrücklich zustimmungspflichtig sein.

#### **i. Notarielle Beglaubigungen, qualifizierte elektronische Signaturen**

Bei Festhalten am Erfordernis fehlenden Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraums in Bezug auf Sachfragen ist auch ein Vergleich mit der Verwendung notarieller Beglaubigungen oder qualifizierter elektronischer Signaturen zu berücksichtigen. Zwar ist das Akzeptieren notariell beglaubigter Kopien von Ausweisdokumenten oder elektronischer Signaturen kein Auslagerungstatbestand. Allerdings ist die Sachlage dieselbe wie bei Videoverifizierung oder PostIdent. Die Beschränkung auf die Bewertung und Entscheidung von Sachfragen (etwa Authentizität eines Dokuments) sollte keinen Entscheidungs- bzw. Bewertungsspielraum darstellen, der eine antizipierte Zustimmung ausschließt.

#### **j. Generelle Verwendung softwarebasierter Entscheidungshilfen**

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Verwendung softwarebasierter Entscheidungshilfen generell für eine antizipierte Zustimmung geeignet ist. Die Verwendung von Systemen zur Unterstützung von Entscheidungen ist weit verbreitet und anscheinend unkontrovers, wenn das System vom Verpflichteten betrieben wird. Es ist aber auch bei Systemen, die zwar vom Verpflichteten selbst betrieben werden, aber von Dritten entwickelt wurden, stets eine „Fremdentscheidung“ gegeben. Die wenigsten Systeme werden von Verpflichteten von Grund auf selbst entwickelt.

Vor dem Hintergrund, dass softwarebasierte Entscheidungshilfen auch Entscheidungsspielräume beinhalten, die von den Programmieren der Software und nicht vom Verpflichteten ausgefüllt werden, wären solche Lösungen nicht bevorzugt zu behandeln und im Zweifel ausdrücklich zustimmungsbedürftig.

#### **Zusammenfassung**

Die vorstehenden Ausführungen sollen dazu dienen, die Eignung des Kriteriums des fehlenden Entscheidungsspielraums zu hinterfragen. Wird an diesem Kriterium festgehalten werden, so sollte dies in Abwägung der genannten Auswirkungen geschehen.

Unter allen Umständen sollte das Kriterium des fehlenden Entscheidungsspielraums auf alle Arten der Verwendung von Dienstleistungen Dritter, die ein Entscheidungs- oder Bewertungselement enthalten, einheitlich angewandt werden.

Im Interesse der Nachhaltigkeit der sehr zu begrüßenden Ermöglichung von Videoverifizierungen nach den detaillierten Vorgaben des Rundschreibens 1/2014 sollte die antizipierte Zustimmung für solche Verfahren gelten, die die gesetzten Vorgaben einhalten.

Mit freundlichen Grüßen



Marc Watkins  
edentiX GmbH