

Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 16/135

BMF-040300/0004-III/6/2016

BG, mit dem ein Bundesgesetz zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzmarkt (Finanzmarkt-Geldwäschegegesetz – FM-GwG) erlassen wird und das Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz, das Bankwesengesetz, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigungsvorsorgegesetz, das Börsegesetz 1989, das Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken, das Bundesgesetz zur Schaffung einer Abbaueinheit, das Bundeskriminalamt-Gesetz, das Devisengesetz 2004, das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, das E-Geldgesetz 2010, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Gemeinsamer Meldestandard-Gesetz, das Glückspielgesetz, das Investmentfondsgesetz 2011, das Kontenregister- und Konteneinschaugesetz, das Rechnungslegungskontrollgesetz, das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 und das Zahlungsdienstegesetz geändert werden

Referent: MMag. Dr. Rupert Manhart, LL.M. (LSE), Rechtsanwalt in Bregenz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

A. Allgemeines

Der Entwurf dient der Umsetzung der Vierten Geldwäsche-Richtlinie (RL EU 2015/849) und der Geldtransfer-Verordnung (VO EU 2015/857) der Europäischen Union. Von maßgeblichem Einfluss sind auch die Ergebnisse der kürzlich zum Abschluss gebrachten Evaluierung durch die FATF, bei welcher Österreich gerade noch „mit einem blauen Auge“ davon kam. Vor dem Hintergrund der FATF-Prüfung



ist Österreich bestrebt, als „Musterschüler“ sämtliche Bestimmungen und Empfehlungen perfekt und rasch umzusetzen und ein umfassendes System zur Verhinderung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zu errichten. Dass dabei gelegentlich etwas zu viel des Guten getan wird, zeigt der vorliegende Entwurf.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag befürwortet alle Bestrebungen, schwere Straftaten zu verhindern. Die Verfolgung von Zahlungsströmen vermag hierzu durchaus einen Beitrag zu leisten. Nichtsdestotrotz vermisst der Österreichische Rechtsanwaltskammertag die richtige Balance zwischen den Interessen der Strafverfolgung und -prävention und den Grundfreiheiten, die in einer demokratischen Gesellschaft unabdingbar für die Freiheit des Einzelnen, den Schutz der Privatsphäre und den Schutz vor staatlicher Willkür sind.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag verkennt nicht, dass die von der Europäischen Union normierten Standards umgesetzt werden müssen. Wenn jedoch gegen diese Umsetzung aus der EMRK sich ergebende grundrechtliche Bedenken bestehen, hat auch das Unionsrecht zurückzutreten. Daher sind die rechtsstaatlichen Defizite zu beheben und ist für die Einhaltung der Grund- und Freiheitsrechte Sorge zu tragen. Insbesondere in Bezug auf § 16 Abs 2 FM-GwG und das Sanktionenregime der §§ 34 ff FM-GwG ist evident, dass diese Bestimmungen österreichischen verfassungsrechtlichen Vorgaben widersprechen und mit der Europäischen Menschenrechtskonvention unvereinbar sind.

Bei zahlreichen Gesetzesvorhaben in jüngster Zeit ist die Tendenz zu beobachten, staatliche Aufgaben in den privaten Sektor zu verlagern, der die damit verbundenen Lasten und Kosten zu tragen hat. Auch der vorliegende Gesetzesentwurf bürdet den Verpflichteten erhebliche Belastungen auf, wobei es zweifelhaft ist, ob damit die Effizienz der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in gleichem Maße gesteigert werden kann. Damit einher geht nämlich eine Datensammlungs- und Dokumentationswut, die eine Unmenge an – relevanten und irrelevanten – Daten produzieren wird. Zu erwarten ist ein erheblicher Anstieg von Verdachtsmeldungen, deren Qualität jedoch sinken wird. Die Analyse dieser Verdachtsmeldungen wird Ressourcen verschlingen, um die berühmte Stecknadel im Heuhaufen zu finden. Nach Ansicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages wird eine Steigerung der gesammelten und dokumentierten Daten und der erstatteten Verdachtsmeldungen alleine keine wesentlichen Auswirkungen auf Aufdeckung von Straftaten haben. Die wirkungsorientierte Folgenabschätzung geht im Übrigen nur auf die Kosten für die Schaffung einer Datenbank ein, ohne die Belastungen des privaten Sektors zu erwähnen. Auch wird nicht berücksichtigt, dass bei der Geldwäschemeldestelle zusätzliche Kapazitäten zur Prüfung der Verdachtsmeldungen erforderlich sein werden.

Nichtdestotrotz ist der Ansatz zu begrüßen, die Geldwäschebestimmungen aus dem Bankwesengesetz herauszulösen und zusammenfassend zu regeln. Dies trägt zu Übersichtlichkeit und Transparenz bei. Dennoch wird eine Anpassung einiger Materiengesetze erforderlich sein, die sich nicht darauf beschränken können, auf den vorliegenden Gesetzesentwurf zu verweisen, da die geregelten Berufe und Sektoren sich im Detail erheblich unterscheiden.

Zu warnen ist auch vor einer hastigen Umsetzung. Der in der Vierten Geldwäscherechtslinie vorgesehene Umsetzungstermin war bereits ambitioniert, eine Vorverlegung auf den 1. Jänner 2017 ist dies umso mehr. Problematisch ist, dass die Vierte Geldwäscherechtslinie noch vor deren Inkrafttreten und ohne nachvollziehbaren Grund anlassbezogen geändert werden soll. Diese Änderungen wurden zwar noch nicht einmal verabschiedet, sollen aber wahrscheinlich in großer Eile noch in den vorliegenden Gesetzesentwurf eingebaut werden.

B. B. Zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

Zu Artikel 2 – FM-GwG

1. § 2 Z 4 bis 5 Politisch exponierte Personen, § 11 Transaktionen mit politisch exponierten Personen

Die Definition des **§ 2 Z 4 bis 5** umfasst nunmehr auch nationale PEPs und ist äußerst umfassend. In der Praxis werden diese Personen zu ungeliebten Kunden für Verpflichtete werden, da der Aufwand für die Einhaltung der Sorgfaltbestimmungen hoch ist. Die Erweiterung auf Familienmitglieder und bekanntermaßen nahestehende Personen ist insofern problematisch, als ein Verpflichteter diesen Personenkreis in der Regel nicht als einen solchen identifizieren kann.

§ 11 Abs 1 verlangt, dass die Verpflichteten über angemessene „Risikomanagementsysteme“ verfügen, um feststellen zu können, ob ein Kunde oder eine wirtschaftlich berechtigte Person eine PEP ist. Abs 4 erweitert dies auf Familienmitglieder und bekanntermaßen nahestehende Personen. Worin die angemessenen Risikomanagementsysteme bestehen können, wird weder im Gesetzestext noch in den Erläuterungen spezifiziert. Auf Selbstauskünfte der Kunden darf sich der Verpflichtete aber offenkundig nicht verlassen. Zumal es keine nationalen und internationalen Datenbanken gibt, die PEPs, deren Familienmitglieder und nahestehende Personen enthalten, ist diese Verpflichtung nicht umsetzbar.

2. § 4 Risikoanalyse auf Unternehmensebene

Zwar wird die FMA ermächtigt, durch Verordnung bestimmte Arten von Verpflichteten vom Erfordernis der Risikoanalyse auf Unternehmensebene auszunehmen. Nichtdestotrotz wird den Unternehmen enormer bürokratischer Aufwand aufgebürdet, indem sie insbesondere neue Technologien und Produkte zu bewerten haben. Dies ist ein potentieller Hemmschuh für jede Art von Innovation und steht in Widerspruch mit allen Bestrebungen, durch Deregulierung das Wirtschaftswachstum zu fördern.

3. § 5 Anwendung der Sorgfaltspflichten

Wie bereits in den früheren Materiengesetzen enthält **§ 5 Z 5** einen Zirkelschluss: Sorgfaltspflichten, sohin also insbesondere die Feststellung der Identität (§ 6 Abs 1 Z 1 bis 5), sind anzuwenden, wenn Zweifel an der Echtheit oder Angemessenheit der Kundenidentifikationsdaten bestehen. § 5 Z 5 sollte als sinn- und gegenstandslos gestrichen werden.

4. § 6 Umfang der Sorgfaltspflichten

§ 6 Abs 2 verweist bei juristischen Personen auf nach dem „landesüblichen Standard verfügbare“ Urkunden. Diese müssen jedenfalls Auskunft über den aufrechten Bestand, den Namen, die Rechtsform, die Vertretungsbefugnis und den Sitz der juristischen Person geben. Gerade in diesem Zusammenhang ist es jedoch unabdingbar, auch andere aussagekräftige Dokumente und Informationen von vertrauenswürdigen Dritten (etwa den Außenhandelsstellen) zuzulassen, insbesondere wenn die juristische Person in Ländern domiziliert ist, deren Sprache und Schrift vom Verpflichteten nicht verstanden wird. Auch sollte klargestellt werden, dass jede Art von offenbar unbedenklicher Urkunde ausreichend ist, da die Praxis bislang regelmäßig beglaubigte und apostillierte Originale verlangt, was mit erheblichen Kosten und Aufwand verbunden ist.

Für den Fall einer Treuhandschaft verlangt **§ 6 Abs 3**, dass der Treuhänder bei der Identifikation physisch anwesend zu sein hat. Unklar ist, ob in diesem Fall ein Ersatz durch ein Online-Identifikationsverfahren (§ 6 Abs 4) möglich ist. Das Verhältnis von § 6 Abs 3 und Abs 4 sollte klargestellt werden, wobei nicht nachvollziehbar wäre, wenn das in § 6 Abs 4 erwähnte Verfahren für Treuhänder nicht ausreichend wäre.

5. § 9 Verstärkte Sorgfaltspflichten

§ 9 Abs 1 verknüpft die Anknüpfungspunkte für verstärkte Sorgfaltspflichten durch ein logisches „und“. Nach dem Sinn des Gesetzes ist jedoch davon auszugehen, dass verstärkte Sorgfaltspflichten immer dann anzuwenden sind, wenn nur einer der angeführten Fälle vorliegt, nicht alle gleichzeitig. Die Verknüpfung sollte daher durch ein „oder“ erfolgen.

6. § 13 Ausführung durch Dritte

Zwar dürfen Verpflichtete auf Dritte zur Ausführung von Sorgfaltspflichten auf Dritte zurückgreifen, wobei auch Rechtsanwälte gemäß Artikel 2 Abs 1 Z 3 lit b der Vierten Geldwäsche-Richtlinie zu dem vertrauenswürdigen Personenkreis gehören. In der Praxis wird diese Erleichterung jedoch durch das Prinzip der Letztverantwortung, die beim Verpflichteten liegt, unterlaufen.

Die Verpflichtung, dass der Dritte dem Verpflichteten über Ersuchen Kopien der Unterlagen über die Erfüllung der Sorgfaltspflichten zur Verfügung stellen muss, ist außerdem nicht in allen Fällen umsetzbar. Es wäre etwa klarzustellen, dass bei Sammelerkundungen von Rechtsanwälten zwar über Anfrage die Identität des Klienten bekannt gegeben werden muss, aber keine Verpflichtung zur Übermittlung von Identifikationsunterlagen besteht (siehe § 9a Satz 2 und 3 RAO). Dies könnte etwa im Wege einer Verordnung der FMA gemäß **§ 8 Abs 5** geschehen.

7. § 16 Meldungen an die Geldwäschemeldestelle

Eine wesentliche Neuerung besteht darin, dass Verpflichtete der Geldwäschemeldestelle auf Verlangen auch ohne Zusammenhang mit einer Verdachtsmeldung alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen haben (**§ 16 Abs 2**).

Damit wird die Geldwäschemeldestelle zu einer selbständigen Ermittlungsbehörde, die jede ihr erforderlich erscheinende Information anfordern kann.

Der Entwurf sieht keinerlei Mechanismen vor, die sicherstellen sollen, dass keine Eingriffe in Rechte Betroffener erfolgen. Es gibt keinerlei unabhängige Kontrollmechanismen, obwohl der Eingriff zumindest den in § 116 StPO (Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte) vorgesehenen Eingriffsrechten entspricht. Während die StPO eine gerichtlich bewilligte Anordnung der Staatsanwaltschaft verlangt, erlaubt § 16 Abs 2 jedes Auskunftsverlangen der Geldwäschemeldestelle, solange diese es zur Verhinderung oder Verfolgung von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung für erforderlich hält. In der Praxis werden die Ermittlungen zukünftig so lange wie möglich durch die Geldwäschemeldestelle durchgeführt werden, um die für strafrechtliche Ermittlungen geltenden Rechtsschutzstandards zu unterlaufen.

Die verantwortlichen Personen der Verpflichteten werden es überdies nicht wagen, einem Auskunftsverlangen nicht Folge zu leisten. Anstatt einen Überprüfungsmechanismus für das Auskunftsverlangen vorzusehen, unterliegt die Verweigerung einer Auskunft hohen Verwaltungsstrafsanktionen. Einem Verantwortlichen kann nicht zugemutet werden, sich der Gefahr einer Bestrafung, insbesondere in der möglichen Schwere der Strafe, auszusetzen.

Derartige Auskunftsverlangen nach § 16 Abs 2 sind daher an genau zu definierende Kriterien zu knüpfen und dürfen nur nach richterlicher Bewilligung erfolgen. Jedes andere Auskunftsverlangen der Geldwäschemeldestelle ist unzulässig und verletzt die Grund- und Freiheitsrechte der betreffenden Person, nämlich insbesondere Artikel 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre) und – zumindest im Falle eines späteren strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – auch Artikel 6 EMRK.

8. §§ 34–41 Strafbestimmungen

Das vorgesehene Sanktionenregime ist überschießend, inadäquat und sprengt den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen. An den Bestimmungen ist bereits aus grundsätzlichen Überlegungen Kritik zu üben:

Wie der Verfassungsgerichtshof in seiner grundlegenden Entscheidung VfSlg 12.151/1989 ausgesprochen hat sind aufgrund Art 91 B-VG und wegen des Gleichheitsgrundsatzes hohe Geldstrafen zwingend der Zuständigkeit der Strafgerichte zuzuweisen. Die dagegen in den Erläuterungen angeführten Argumente (RV 361 BlgNR, 25. GP 27 zu § 152 BASAG) vermögen nicht zu überzeugen. Zwar ist es durchaus zutreffend, dass durch die Schaffung von unabhängigen Verwaltungsgerichten, denen in zweiter Instanz eine Kognitionsbefugnis auch in Tatsachenfragen zukommt, der Rechtsschutz gegenüber der 1989 der Beurteilung durch den VfGH unterzogenen Rechtslage wesentlich verbessert wurde. Auch ist zutreffend, dass zahlreiche internationale Rechtsakte erhebliche Sanktionen vorsehen; diese internationalen Rechtsakte enthalten in der Regel jedoch keine verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die ganz entscheidend für die Beurteilung sind, ob ausreichende Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien vorgesehen sind.

Das verwaltungsbehördliche Strafverfahren unterscheidet sich vom gerichtlichen nach wie vor erheblich. Zu nennen sind insbesondere

- das inquisitorische Verfahren, bei dem Entscheidungsorgan und Untersuchungsbehörde (in erster Instanz) identisch sind;
- das Fehlen einer notwendigen Verteidigung trotz der Höhe der drohenden Sanktionen;
- sowie die Schuldvermutung des § 5 Abs 1 Satz 2 VStG.

Bemerkenswert ist, dass etwa die Richtlinie (EU) 2016/343 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung gerade eine Ausnahme für derartige Verfahren vorsieht (Erwägungsgrund 11 RL EU 2016/343). Auch § 40, durch welche Bestimmung anonyme Hinweisgeber geschützt werden, widerspricht strafverfahrensrechtlichen Grundsätzen.

Die in **§§ 34 und 35** vorgesehenen Sanktionen (Geldstrafe bis EUR 5 Mio., bis zum Zweifachen des aus der Pflichtverletzung gezogenen Nutzens oder bis 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes) sind daher aufgrund der nach wie vor nicht ausreichenden Rechtsschutzstandards des Verwaltungsverfahrens verfassungsrechtlich unzulässig.

Die **§§ 34 und 35** vervielfältigen die Strafbarkeit. Während das Kriminalstrafrecht die Strafbarkeit des Täters (in den verschiedenen Täterschaftsformen) und des Verbands normiert, sieht das Verwaltungsstrafrecht üblicherweise die Strafbarkeit des Täters und des verantwortlichen Beauftragten (§ 9 VStG) vor. § 9 VStG ersetzt im Verwaltungsstrafrecht die Strafbarkeit der juristischen Person. § 35 sieht entgegen der Systematik des Verwaltungsstrafrechts eine Strafbarkeit der juristischen Person neben der des verantwortlichen Beauftragten (§ 34) vor. Diese Doppelgleisigkeit hat zu entfallen.

Untragbar ist auch die in **§ 37** vorgesehene Veröffentlichung des Namens der natürlichen oder juristischen Person samt Art und Charakter des Verstoßes, welche Person sohin öffentlich in mittelalterlicher Manier an den Pranger gestellt wird. Eine Veröffentlichung kann gemäß Abs 1 sogar in Fällen erfolgen, in denen die Entscheidung nicht rechtskräftig ist; Derartiges sieht nicht einmal Art 60 der RL EU 2015/849 verpflichtend vor. Die von der Veröffentlichungspflicht normierten Ausnahmen sind an enge Voraussetzungen geknüpft. Die Veröffentlichung stellt einen erheblichen und unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten dar. Würden derartige Sanktionen in einem Strafverfahren verhängt, wären Veröffentlichungen gemäß § 7a Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 Z 2 Mediengesetz unzulässig. Der Wertungswiderspruch zwischen Kriminalstrafrecht und § 37 des Entwurfs ist eklatant.

§ 40 des Entwurfs über den Schutz von Hinweisgebern zeigt, dass offenbar jedes Mittel recht ist, um Verstöße zu verfolgen: In einem Rechtsstaat müssen anonyme Hinweise die Ausnahme sein, da sich der Beschuldigte sonst gegen die Denunziation nicht wehren kann. § 40 Abs 1 geht gegenüber den in anderen Bereichen vorgesehenen Schutzbestimmungen für Hinweisgeber sogar noch weiter, indem dem Verpflichteten aufgebürdet wird, selbst einen „Whistleblower-Briefkasten“ einzurichten.

Wien, am 3. Oktober 2016

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

