

Wiedner Hauptstr. 63 | Postfach A-1045

Wien

T +43 (0) 5 90 900DW | F + 43 (0) 5 90 90013739

E Erich.Kuehnelt@wko.at

W <http://wko.at>

Bundesministerium für Finanzen
Frau Abteilungsleiterin
Dr. Beate Schaffer
Abteilung III/5
Johannesgasse 5
1010 Wien

26. Februar 2018

**DSGVO-Begleitgesetzgebung im Finanzmarktrecht
(Änderungen des AIFMG, BWG, BörseG 2018 und anderen Gesetzen)**

Sehr geehrte Frau Dr. Schaffer,

Wir danken für die Übermittlung des Begutachtungsentwurfs und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Artikel 1 - Änderung des Alternativen Investmentfonds Manager-Gesetzes

§ 60 Abs. 2 Z 20c lit. f:

Laut den Erläuternden Bemerkungen wird hinsichtlich jener Bestimmungen der VO (EU) 2017/1131, deren Verletzung mit Strafe zu ahnden ist, auf die in Art. 41 VO (EU) 2017/1131 genannten Tatbestände zurückgegriffen.

§ 60 Abs. 2 Z 20c lit. f geht jedoch über Art. 41 VO (EU) 2017/1131 hinaus und soll daher gestrichen werden.

Weiteres Anliegen zum AIFMG

§ 38 Abs. 2 AIFMG enthält eine schwer erfüllbare Anforderung:

(2) Beabsichtigt ein EU-AIFM, Anteile eines Nicht-EU-AIF in Österreich zu vertreiben, so hat er der FMA für jeden Nicht-EU-AIF ein Anzeigeschreiben zu übermitteln. Dieses Anzeigeschreiben umfasst die Dokumentation und die Angaben gemäß Anlage 3 sowie eine Bestätigung der zuständigen Behörde des Herkunftsstaates des Nicht-EU-AIF, dass dieser alle in diesem Bundesgesetz oder der Richtlinie 2011/61/EU sowie auf Basis dieser Richtlinie erlassenen delegierten Rechtsakten festgelegten Anforderungen mit Ausnahme derer im 6. Teil erfüllt. Weiters ist ein Nachweis über die Entrichtung der Gebühr gemäß Abs. 3 beizulegen.

Nach dieser Formulierung ist es nicht möglich, in Österreich bestimmte Fonds zu vertreiben. Hintergrund ist, dass Behörden außerhalb der EU meist nicht bestätigen werden, dass ein Nicht-EU-AIF alle in der AIFMD bzw. dem AIFMG festgelegten Anforderungen erfüllt.

Der kursiv markierte Satzteil sollte entweder ersatzlos gestrichen oder durch eine praxisgerechte Anforderung ersetzt werden.

Zu Artikel 2 - Änderung des Bankwesengesetzes

Art. 23 Abs. 1 lit. i DSGVO erlaubt nationale Beschränkungen der Betroffenenrechte, also insbesondere auch des Auskunftsrechts des Art. 15 DSGVO. Für die Revision ist es aufgrund des gesetzlich verankerten Revisionsgeheimnisses von zentraler Bedeutung, dass das Auskunftsrecht beschränkt wird. Es wäre möglich, dass ein Bankkunde sich bei einem Revisionsverband meldet und verlangt, sämtliche seiner im Revisionsverband verarbeiteten Daten zu beauskunften. Im Moment bleibt nur die unbefriedigende Möglichkeit sich hier auf das Berufsgeheimnis des Bankprüfers zu beschränken.

Die berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht (§ 10 GenRevG, § 80 WTBG) ist für die Ausübung der Bankprüfertätigkeit von zentraler Bedeutung. Ohne diese Verschwiegenheitspflicht kann eine Bankprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden. Die berufsrechtliche Verschwiegenheit ist eine der Grundsäulen der Mandatsbeziehung zwischen geprüfter Gesellschaft und Bankprüfer. Der Mandant muss sich darauf verlassen können, dass seine Daten vertraulich und sicher behandelt werden. Die Verschwiegenheitspflicht betrifft nicht nur Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sondern überhaupt alle Vorgänge, die nach dem Willen der geprüften Gesellschaft Dritten nicht bekannt gemacht werden sollten. Insoweit sollte das Auskunftsrecht des Art. 15 DSGVO entsprechend beschränkt werden.

Vor diesem Hintergrund wird die Einfügung des folgenden § 63 Abs. 9 BWG vorgeschlagen:

Dem § 63 Abs. 8 wird folgender Abs. 9 angefügt:

„(9) Das Recht auf Auskunft gemäß Artikel 15 Verordnung (EU) 2016/679 des Betroffenen, insbesondere der Bankkunden, Mitarbeiter und Organmitglieder, besteht nicht gegenüber dem Bankprüfer, soweit durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die dem Berufsgeheimnis des Bankprüfers unterliegen oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegend berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen.“

Zu Artikel 8 - Änderung des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes (FM-GwG)

§ 21 Abs. 1 Z 2:

Um eine Rechtslage zu schaffen, die mit Art. 8 EMRK sowie Art. 7 und 8 der Charta der Grundrechte der EU konform geht, wäre § 21 Abs. 1 Z 2 FM-GwG anzupassen.

§ 21 Abs. 1 Z 2 verlangt die Aufbewahrung von „Transaktionsbelegen und -aufzeichnungen, die für die Ermittlung von Transaktionen erforderlich sind, für die Dauer von fünf Jahren nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden oder nach einer gelegentlichen Transaktion“.

Eine Aufbewahrung solcher Belege bis 5 Jahre nach Beendigung der Geschäftsbeziehung widerspricht den datenschutzrechtlichen Prinzipien (insbesondere dem „need-to-know-Prinzip“) und könnte mit einer Vorratsdatenspeicherung verglichen werden. Der Zweck der Aufbewahrung dieser Transaktionsbelege liegt in der Ermittlung einzelner Transaktionen zur Verhinderung von

Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierung. Dieser Zweck ist jedenfalls erfüllt, wenn die Daten für die Dauer von 5 Jahren nach deren Durchführung (Anm.: eine entsprechende Aufbewahrung bis mindestens 5 Jahre nach Durchführung der Transaktionen war auch in § 40 Abs. 3 Z. 2 enthalten) aufbewahrt werden. Wir schlagen daher vor, § 21 Abs. 1 Z 2 an die zuvor geltende Rechtslage und damit gleichzeitig an die Anforderungen der DSGVO anzupassen.

Es wird darauf hingewiesen, dass der deutsche und der britische Gesetzgeber die zugrunde liegende Bestimmung der 4. Geldwäsche-Richtlinie ähnlich in ihr nationales Recht umgesetzt haben (vgl. § 8 Abs. - 4 iVm §§ 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 dtGWG; Art. 40 Abs. 4 The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017).

Zu Z 4:

In § 21 Abs. 5 ist nicht nur der Verweis auf Art. 13, sondern auch auf Art. 14 DSGVO aufzunehmen.

Artikel 11 - Änderung des Investmentfondsgesetzes 2011

Teil 1 - Materielle Anmerkungen

Ziffer 10 - § 63 Abs. 1 und 2

§ 63 Abs. 1 vorletzter Satz:

Die Anzeigepflicht für den Beginn der Abwicklung nach § 151 Z 16 InvFG 2011 sollte entfallen, da diese laut den Erläuternden Bemerkungen nun entbehrlich ist (Abwicklung durch die Verwaltungsgesellschaft, nicht durch die Depotbank). Dem entsprechend ist auch die Anzeigepflicht an die Meldestelle nach § 63 Abs. 1 InvFG 2011 zu streichen.

Mit der Änderung zu § 63 Abs. 1 InvFG 2011 ist auch eine Anpassung in § 53 Abs. 3 Z 10 InvFG 2011 vorzunehmen, da die Abwicklungsgebühr im Falle der Abwicklung durch die Verwaltungsgesellschaft von dieser zu vereinnahmen wäre und nicht wie gemäß der (Pflicht-)Angabe in den Fondsbestimmungen vorgesehen von der Depotbank (die ja dann nicht tatsächlich abwickelt).

Derzeit lautet die Bestimmung wie folgt:

10. welche Vergütung (§ 59) die Depotbank bei Abwicklung des OGAW erhält;

§ 63 Abs. 2 vorletzter Satz:

Eine anteilige Auskehr an einen Anteilinhaber stellt für die übrigen Anteilinhaber keine Benachteiligung dar und soll daher jedenfalls - auch ohne Zustimmung der übrigen Anteilinhaber - zulässig sein.

Ziffer 14 - § 131 Abs. 6

Laut den Erläuternden Bemerkungen ist die Veröffentlichung des Prospekts in konsolidierter Fassung (weiterhin) ausreichend (siehe auch die Erläuternden Bemerkungen (1254 d.B. XXIV. GP) zu § 131 Abs. 6 InvFG idgF) und ist ein Nachtrag zum Prospekt nicht erforderlich.

Daher sollte die Regelung lauten: „**Änderungen von Angaben nach Abs. 1 bis 4, die geeignet sind, die Beurteilung der Anteile an OGAW zu beeinflussen, sind unverzüglich in konsolidierter Form zu veröffentlichen.**“

Nach der vorgeschlagenen Regelung wäre hingegen einerseits ein Nachtrag in den Prospekt aufzunehmen und andererseits eine Veröffentlichung des Prospekts in konsolidierter Form erforderlich. Das widerspricht aber sowohl der Absicht des Gesetzgebers laut den Erläuternden Bemerkungen als auch dem Ziel „Gold-Plating“ abzuschaffen/zu reduzieren.

Aus Art. 72 OGAW-RL ergibt sich bloß, dass die Angaben von wesentlicher Bedeutung im Prospekt auf dem neuesten Stand zu halten sind - dies wird durch die Veröffentlichung des Prospekts in konsolidierter Fassung erreicht. Das Erfordernis eines zusätzlichen Nachtrags ist daher überschießend und zu streichen.

Ziffer 29 - § 190 Abs. 2 Z 16

Die Anmerkung gilt analog zu jener bezüglich § 60 Abs. 2 Z 20c lit. f AIFMG:

Laut den Erläuternden Bemerkungen wird hinsichtlich jener Bestimmungen der VO (EU) 2017/1131, deren Verletzung mit Strafe zu ahnden ist, auf die in Art. 41 VO (EU) 2017/1131 genannten Tatbestände zurückgegriffen.

§ 190 Abs. 2 Z 16 lit. f InvFG 2011 geht jedoch über Art. 41 VO (EU) 2017/1131 hinaus und soll daher gestrichen werden.

Teil 2 - Formale Anmerkungen

Ziffer 6 - Erläuternde Bemerkungen zu § 42 Abs. 4

Der zweite Satz soll mangels Mehrwert entfallen, um Missverständnisse in der Anwendung der Regelung zu vermeiden.

Ziffer 10 - § 63 Abs. 2 letzter Satz

§ 49 InvFG 2011 gilt für die Verwaltungsgesellschaft jedenfalls (auch während der Abwicklung). Die ausdrückliche Regelung in § 63 Abs. 2 letzter Satz wie bisher für die Abwicklung durch die Depotbank ist somit nicht notwendig und daher ist § 63 Abs. 2 letzter Satz zu streichen.

Ziffer 12 - In § 127 Abs. 2 entfällt der vorletzte Satz

Wir sehen einen potenziellen Widerspruch zu § 46 Abs. 2 InvFG 2011, der durch die Erläuternden Bemerkungen in der vorgeschlagenen Fassung ausgelöst wird. Die Erläuternden Bemerkungen legen dar, dass Bruchanteile zulässig sind, nicht aber, dass die Ausgabe verpflichtend wäre. Genauso soll gemäß den Erläuternden Bemerkungen die Verpflichtung zur Barabgeltung entfallen.

Es soll in den Erläuternden Bemerkungen klargestellt werden, dass durch den vorgeschlagenen Entfall von § 127 Abs. 2 vorletzter Satz nicht de facto die Barabgeltung verboten würde. Alternativ könnte die Bestimmung des § 127 Abs. 2 auch beibehalten und wie folgt umformuliert werden:

„Bruchanteile können bar abgegolten werden.“

Ziffer 23 - In § 166 Abs. 1 Z 1 entfällt die Wortfolge „in Verbindung mit § 77 Abs. 1“.

Dieser Verweis soll im Sinne der Konsistenz auch in § 166 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 entfallen.

Z 28 - § 190 Abs. 2 Z 12

Die ursprüngliche Formulierung mit Bezugnahme auf die Genehmigung der Fondsbestimmungen durch die FMA soll beibehalten werden. Unseres Wissens gibt es keine auslösenden Fälle, die eine Verschärfung rechtfertigen würden. Weiters fehlt die materielle Begründetheit für die Ausweitung der Strafkompetenz der FMA mangels Genehmigungspouvoir der FMA in Bezug auf Fondsbestimmungen für Spezialfonds.

Immobilienfonds

Bei Wertpapierfonds sieht die Novelle nunmehr die Abwicklung von Fonds durch die Verwaltungsgesellschaft (Artikel 11 Ziffer 10 zu § 63 Abs. 1 und 2 InvFG neu) vor.

In den Erläuternden Bemerkungen wird diese Änderung wie folgt begründet:

„Die Abwicklung eines OGAW soll nicht mehr durch die Depotbank, sondern durch die Verwaltungsgesellschaft selbst erfolgen. Im Vergleich zu vergangenen Jahren ist die Abwicklung eines OGAW aufwändiger geworden und benötigt in der Regel auch einen längeren Zeitraum. Es kann daher eine professionellere und für die Anteilinhaber auch günstigere Abwicklung erwartet werden. Im Übrigen entspricht diese Änderung auch den europarechtlichen Vorgaben, wonach die Depotbank keine operative Tätigkeit ausüben sollte.“

Vor dem Hintergrund, dass das Immobiliengeschäft - im Unterschied zum Wertpapiergeschäft - nicht zum Kerngeschäft der meisten Depotbanken zählt, trifft die Begründung insbesondere auch auf Immobilienfonds zu.

Eine Angleichung des ImmolnFG an das InvFG 2011 erscheint vor diesem Hintergrund sowie nicht zuletzt aufgrund der bisherigen Praxis des Gesetzgebers (vgl. Erläuternde Bemerkungen zu § 16 gemäß Art. 1 BGBL. Nr. 80/2003: „§ 16 entspricht § 15 InvFG“ und zu § 17 gemäß Art. 1 BGBL. Nr. 80/2003: „§ 17 entspricht § 16 InvFG“) eindeutig geboten.

Deshalb ersuchen wir um systemkonforme Umsetzung der Änderungen in §§ 62 und 63 InvFG 2011 analog auch in §§ 16 und 17 ImmolnFG.

Artikel 14 - Änderung des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes

Zu Z 6 zu § 131:

Abs. 3 setzt Art. 108 Abs. 2 der geänderten Richtlinie 2014/59/EU um, die Erhöhung der Rechtsicherheit wird begrüßt.

Folgender Satz sollte aber noch zur Klarstellung in die Erläuternden Bemerkungen zu § 131 im dritten Absatz nach dem Satz „Um die Anrechenbarkeit als MREL-Instrument der neuen „nicht bevorrechtigten“ vorrangigen Kategorie von Schuldtiteln sicherzustellen und die Rechtssicherheit zu erhöhen, haben diese Schuldtitle eine ursprüngliche vertragliche Laufzeit von mindestens einem Jahr zu haben, keine eingebetteten Derivate zu umfassen und selbst keine Derivate zu sein.“ aufgenommen werden:

„Enthalten die Bedingungen dieser Schuldtitlen Kündigungsrechte - unabhängig davon, ob diese dem Emittenten und/oder dem Gläubiger eingeräumt werden -, steht dies der Zuordnung gemäß § 131 Abs. 3 nicht entgegen, da Kündigungsrechte nicht zu Schwierigkeiten bei

der Bewertung in einem Abwicklungsfall führen (*alternativ: ..., da diese der Bewertung in einem Abwicklungsfall nicht entgegenstehen.*)“

Diese Anmerkung in den Erläuternden Bemerkungen soll klarstellen, dass etwaige Kündigungsrechte nicht als eingebettete Derivate angesehen werden. Diese Rechtsansicht wird auch von der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in ihrer gemeinsam mit der Deutschen Bundesbank und FMSA erstellten Auslegungshilfe zur insolvenzrechtlichen Einordnung bestimmter Verbindlichkeiten von CRR-Instituten nach § 46f Absätze 5 - 7 Kreditwesengesetz neue Fassung (KWG n.F.) festgehalten. Die BaFin führt unter Punkt 3c (Ausnahmen hinsichtlich strukturierter Finanzprodukte) im letzten Absatz Folgendes aus: „*Allein die vertragliche Einräumung und Gestaltung von Kündigungsrechten führt nicht dazu, dass die Schuldtitle unter die Regelungen des § 46f Abs. 7 KWG n.F. fallen. Vielmehr sind Kündigungsrechte sowohl des Gläubigers als auch des Emittenten für die Einordnung als strukturiertes Finanzprodukt grundsätzlich ohne Relevanz. Dies gilt auch für ein Recht des Emittenten zur vorzeitigen Rückzahlung.*“

Die von der BaFiN angeführte Auslegungshilfe ist unter folgendem Link abrufbar:
https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2016/meldung_160804_auslegungshilfe_insolvenzrechtliche_einordnung_verbindlichkeiten.html

Im Entwurf des § 131 Abs. 3 BaSAG werden zur Beschreibung von senior unsecured die Begriffe „nicht abgesicherte und nicht bevorzugte“, in der BRRD deutsch „gewöhnliche unbesicherte“ verwendet. Auch in den Erläuternden Bemerkungen steht „gewöhnliche unbesicherte“. Im eigentlichen Gesetzestext ist jedoch ohne Hinweis auf die Senior-Kategorie nur von „unbesichert“ die Rede.

Da es bei der neuen gesetzlichen Regelung genau um diese Klarstellung geht, sollte gerade in diesem Punkt der Wortlaut präzise sein und keinen Anlass für Interpretationen geben. Daher sollte im Gesetzestext jedenfalls in Übereinstimmung mit den Erläuternden Bemerkungen und der Richtlinie auch von „gewöhnliche unbesicherte“ gesprochen werden und folgende Änderung vorgenommen werden:

(3) Bei Unternehmen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 bis 4 nehmen gewöhnliche unbesicherte Forderungen im Konkursverfahren einen höheren Rang ein als unbesicherte Forderungen aus Schuldtitlen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. die ursprüngliche vertragliche Laufzeit der Schuldtitle beträgt mindestens ein Jahr;
2. die Schuldtitle beinhalten keine eingebetteten Derivate und sind selbst keine Derivate;
3. in den einschlägigen Vertragsunterlagen und gegebenenfalls dem Prospekt im Zusammenhang mit der Emission wird explizit auf den niedrigeren Rang gemäß diesem Absatz hingewiesen.

Gemäß § 167 Abs. 6 BaSAG ist als Datum des Inkrafttretens aktuell der 29. Dezember 2018 vorgesehen. Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten Spielraum zu einer früheren Umsetzung. Im Sinne der Rechtssicherheit könnte daher das Datum auf den 30. Juni 2018 vorgezogen werden.

Artikel 18 - Änderungen des Wirtschaftlichen Eigentümer Registergesetzes

§ 6 Befreiung von der Meldepflicht

Hier wird festgehalten, dass sowohl bei der OG als auch bei der KG keine Meldung erfolgen muss, wenn alle Gesellschafter natürliche Personen sind. Sind es weniger als vier Gesellschafter, werden alle vom Firmenbuch übernommen (unabhängig davon, ob es sich um unbeschränkt oder beschränkt haftende Gesellschafter handelt), wenn aber mehr als vier Gesellschafter im Firmenbuch angeführt sind, so werden nur die persönlich haftenden Gesellschafter als wirtschaftliche

Eigentümer übernommen. Wird hier sowohl bei der OG als auch bei der KG nur auf persönlich haftende Gesellschafter abgestellt, oder wird hier sehr wohl eine Unterscheidung zwischen persönlich und beschränkt haftende Gesellschafter zu treffen sein (dies ist nur bei der KG relevant)? Bei der KG würde das ausschließliche Abstellen auf persönlich haftende Gesellschafter bei mehr als drei Gesellschaftern dann nur die Komplementärseite treffen. In diesem Zusammenhang stellt sich ebenso die Frage, ob die obige Regelung bei der KG bei weniger als vier Gesellschaftern auf Komplementäre und Kommanditisten gleichermaßen anzuwenden ist.

In der Praxis bedarf es daher vor allem im Zusammenhang mit KGs einer Klarstellung, da nach dem derzeitigen Wortlaut die Kommanditisten als nur beschränkt haftende Gesellschafter nicht unbedingt als wirtschaftliche Eigentümer zu erfassen sind. Die wirtschaftliche Eigentümerschaft wäre dann bei Kommanditisten auch unabhängig ihres jeweiligen Anteils am Kommanditkapital festzustellen. Auf die besonderen rechtlichen Rahmenbedingungen einer KG wird im Entwurf nicht eingegangen. Hier ist jedenfalls eine entsprechende Klarstellung erforderlich, insbesondere da auch in den Erläuternden Bemerkungen dazu keine klärenden Ausführungen enthalten sind. Wir ersuchen auf die KG einzugehen.

Alternativ würde es eine große Erleichterung in der Praxis darstellen, wenn Kommanditisten überhaupt vom Kreis der potentiellen wirtschaftlichen Eigentümer ausgenommen werden - dies auch vor dem Hintergrund, dass Kommanditisten idR keinerlei Kontrolle auf die KG ausüben.

§ 14 Abs. 5

Diese Bestimmung könnte gestrichen werden, da sie bloß eine Beschreibung zur Ausübung von Betroffenenrechten darstellt, die in der DSGVO genau geregelt sind.

Artikel 19 - Änderungen Zahlungsdienstegesetz

Um eine mit der DSGVO konforme Rechtslage zu schaffen, müsste § 24 ZaDiG-E dringend wie folgt angepasst werden:

§ 24 Zahlungsinstitute haben für die Zwecke des 2. Hauptstücks dieses Bundesgesetzes alle relevanten Aufzeichnungen und Belege mindestens fünf Jahre aufzubewahren. Die Verwendung der für die Zwecke des 2. Hauptstücks verarbeiteten Daten ist für Zwecke der Verhütung, Ermittlung oder Feststellung von Betrugsfällen im Zahlungsverkehr nach Maßgabe des Datenschutzgesetzes (DSG, BGBl. I Nr. 165/1999), der Verordnung (EU) 2016/679 und der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 sowie nach Maßgabe der gesetzlichen Zuständigkeiten zulässig. Zahlungsdienstleister dürfen die für das Erbringen ihrer Zahlungsdienste notwendigen personenbezogenen Daten nur nach Maßgabe der im vorstehenden Satz genannten gesetzlichen Grundlagen abrufen, verarbeiten und speichern.

Änderung des VAG

Die DSGVO sieht keine Regelungen zum Datenaustausch zwischen Versicherungsunternehmen zum Zweck des Versicherungsrisikomanagements vor. Jedoch ermöglicht die DSGVO aufgrund einer Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten präzisere Bestimmungen zur Datenverarbeitung in besonderen Verarbeitungssituationen zu schaffen.

Das Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung (Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 – VAG 2016), BGBl. I Nr. 34/2015, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. xx/xx, wird wie folgt geändert:

In § 110 wird folgender Abs. 2a eingefügt:

„2a) Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen sind berechtigt, im Rahmen ihrer Risikomanagement-Systeme wechselseitige Übermittlungen personenbezogener Daten von Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern in jenem Ausmaß durchzuführen, als dies für eine wirksame Erfassung des versicherungstechnischen Risikos erforderlich ist.“

Begründung

zu § 110 Abs. 2a VAG:

Die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) sieht keine Regelungen zum Datenaustausch zwischen Versicherungsunternehmen zum Zweck des Versicherungsrisikomanagements vor. Jedoch sieht die Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. c iVm Abs. 2 DSGVO für Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf besondere Verarbeitungssituationen die Möglichkeit vor, durch mitgliedstaatliche Rechtsgrundlagen präzisere Bestimmungen zur Datenverarbeitung in besonderen Verarbeitungssituationen zu schaffen. Da sich die Wirksamkeit der von den Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen einzurichtenden Risikomanagementsysteme nicht nur in unternehmensinternen Systemen erschöpfen kann, sondern auch nach wechselseitigem Informationsaustausch verlangt, welcher personenbezogene Daten iSd Art. 4 Z 1 der DSGVO und mitunter auch Datenkategorien des Art. 4 Z 13 bis 15 der DSGVO enthalten kann, war dem Präzisierungsgebot der DSGVO folgend eine mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO zu schaffen, wonach Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen im Rahmen ihrer Risikomanagement-Systeme einen wechselseitigen Datenaustausch zu gewährleisten haben.

Nachdem das FM-GwG novelliert wird, haben wir in diesem Zusammenhang auch Anliegen, die bereits teilweise im Regierungsprogramm festgehalten sind und deren Umsetzung sich im gegenständlichen Gesetzespaket anbieten würde (siehe S. 140 des Regierungsprogramms: Banken- und Versicherungsrecht reformieren (Rücknahme von Gold Plating, z.B. PEPs)).

1. Definition von Politisch Exponierten Personen (PEPs) in staatseigenen Unternehmen

In Umsetzung des Art. 3 Abs. 9 lit. g 4. Geldwäsche-RL (RL 2015/849) hat der österreichische Gesetzgeber in § 2 Z 6 lit. g FM-GwG (Finanzmarkt-Geldwäschegesetz) die sogenannte Politisch Exponierte Person (PEP) hinsichtlich der **Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane** in staatseigenen Unternehmen definiert. Insbesondere durch die Aufnahme von Landesunternehmen mit einem jährlichen Gesamtumsatz von mehr als 1 Mio. Euro in § 2 Z 6 lit. g FM-GwG wurde die genannte Richtlinienbestimmung aber überschießend umgesetzt.

§ 2 Z 6 lit. g FM-GwG lautet wie folgt:

„Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane staatseigener Unternehmen; im Inland betrifft dies insbesondere Unternehmen bei denen der Bund mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die der Bund alleine betreibt oder die der Bund durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht; bei Unternehmen an denen ein Land mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund-

oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die ein Land alleine betreibt oder die ein Land durch finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen tatsächlich beherrscht - sofern der jährliche Gesamtumsatz eines solchen Unternehmens 1.000.000 Euro übersteigt - der Vorstand bzw. die Geschäftsführung. Der jährliche Gesamtumsatz bestimmt sich nach den jährlichen Umsatzerlösen aus dem letzten festgestellten Jahresabschluss.“

Durch diese in Österreich sehr weit gefasste Definition kommt es zu einer unverhältnismäßig hohen Anzahl von PEPs. In Deutschland sind im Gegensatz dazu Personen nur kraft ihres öffentlichen Amtes und nicht durch eine privatwirtschaftliche Funktion - auch wenn diese in einem Unternehmen in öffentlichem Eigentum wahrgenommen wird - PEPs:

Der deutsche Gesetzgeber hat in dessen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der 4. Geldwäscherechtslinie demgegenüber folgende Definition in § 1 Abs. 12 Geldwäschegesetz (GwG) vorgenommen:

„Politisch exponierte Person im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, die ein hochrangiges wichtiges öffentliches Amt auf internationaler, europäischer oder nationaler Ebene ausübt oder ausgeübt hat oder ein öffentliches Amt unterhalb der nationalen Ebene, dessen politische Bedeutung vergleichbar ist, ausübt oder ausgeübt hat.“

In den Erläuternden Bemerkungen zum deutschen Gesetzesentwurf findet sich zu dieser Bestimmung folgende Aussage:

„Öffentliche Ämter unterhalb der nationalen Ebene kommen nur in Betracht wenn deren politische Bedeutung der Bedeutung der öffentlichen Ämter auf internationaler europäischer oder nationaler Ebene vergleichbar sind. Als wichtige öffentliche Ämter die einen Status als politisch exponierte Person in Deutschland begründen, kommen nur Funktionen auf Bundesebene (inklusive der Landesministerpräsidenten oder Landesminister, gegebenenfalls Staatssekretär als Mitglieder des Bundesrates) in Betracht.“

Die österreichische Umsetzung von PEPs in staatseigenen Unternehmen führt zu einem klaren Wettbewerbsnachteil für österreichische Kredit- und Finanzinstitute. Im internationalen Korrespondenzbereich der Banken ist es üblich, dass die Institute untereinander Fragebögen hinsichtlich der PEP-Eigenschaft ihrer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder verlangen. Durch die hohe Anzahl an PEPs wird die österreichische Bank von ihrer Korrespondenzbank automatisch in eine höhere Risikokategorie eingestuft, die auch mit höheren Anforderungen verbunden ist.

Dies könnte auch dazu führen, dass die Mitgliedschaften in Aufsichtsräten von Landesunternehmen gerade von wirtschaftlich erfahrenen Personen nicht mehr angenommen werden, da dadurch sie selbst, ihre Angehörigen oder jene Unternehmen, in deren Geschäftsleitung sie sitzen, Nachteile erfahren.

Es wird daher ersucht, die Definition der politisch exponierten Personen in § 2 Z 6 lit. g FM-GwG wie in der deutschen Rechtslage einzuschränken.

2. „Know Your Customer“ (KYC)-Anforderungen

Österreichische „Know Your Customer“ (KYC)-Anforderungen sind in einigen Bereichen strenger als im EU-Vergleich und benachteiligen daher österreichische Banken. Die Benachteiligung erfolgt insbesondere auch im Rahmen von internationalen Syndizierungen, da die strengeren Anforderungen von anderen EWR-Banken nicht erfüllt werden müssen und daher die gelieferten KYC-Unterlagen durch den Syndikatsagenten den österreichischen gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechen. Eine Nachforderung der zusätzlichen Unterlagen ist in der Regel nicht möglich.

Dies führt dazu, dass **österreichische Banken nicht mehr zu Syndizierungen eingeladen werden**. Vor diesem Hintergrund sollten hier folgende Anpassungen vorgenommen werden:

Persönliche Identifizierung

Die **persönliche Vorlage von amtlichen Lichtbildausweisen** gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 FM-GwG ist in der 4. GW-RL nicht vorgesehen. Dies erschwert speziell im internationalen Geschäftsverkehr die Zusammenarbeit und die Erfüllung der KYC-Pflichten und insbesondere der Identifizierungspflichten ungemein. Gleches gilt bei Geschäftsbeziehungen zu staatlichen Organisationen wie Ministerien oder Botschaften und auch anderen Kredit- und Finanzinstituten, wo die Betroffenen keine Ausweisdokumente zur Verfügung stellen.

Hierbei handelt es sich oft um renommierte Großbanken im Europäischen Wirtschaftsraum. So ist zum Beispiel bei Finanzinstituten die Identifizierung von vertretungsbefugten Personen oftmals nicht möglich, weil die Geschäftsbeziehung über andere Kommunikationsplattformen wie SWIFT oder Handelsplattformen (z.B. Reuters, Bloomberg) eingegangen werden. Zudem werden beaufsichtigte Finanzinstitute schon durch die jeweiligen lokalen Behörden intensiv beaufsichtigt, was im Rahmen der anzuwendenden Sorgfaltspflichten derzeit nicht ausreichend berücksichtigt wird.

Insbesondere für solche Fälle wären daher alternative Identifizierungsmaßnahmen von Vertretungsbefugten vorzusehen bzw. sollten in Fällen, in denen es sich um beaufsichtigte Unternehmen, wie etwa Kredit- und Finanzinstitute/börsennotierte Gesellschaften (auch in Drittstaaten) handelt, alternative Identifizierungsmaßnahmen vorgesehen werden.

Das Erfordernis der persönlichen Vorlage bzw. persönlichen Kontakte wäre aus dem Gesetzesstext in § 6 Abs. 2 Z 1 und § 6 Abs. 4 FM-GwG zu streichen. Als alternativer Vergleichstext wäre eine Formulierung ähnlich dem § 11 im deutschen Geldwäschegesetz (GwG) sinnvoll und möglich.

Für beaufsichtigte Unternehmen (z.B. Kredit- und Finanzinstitute/börsennotierte Gesellschaften) auch außerhalb des EWR wären alternative Identifizierungsmöglichkeiten von Vertretungsbefugten ohne das Erfordernis eines amtlichen Lichtbildausweises vorzusehen, da dies in vielen Ländern nicht der Marktpraxis im internationalen Geschäftsverkehr entspricht und eine Geschäftsbeziehung mit internationalen Großbanken/großen internationalen börsennotierten Gesellschaften dadurch deutlich erschwert wird.

Die in § 6 Abs. 4 Z 1 bis 4 FM-GwG genannten Sicherungsmaßnahmen wären bei Streichung der persönlichen Vorlage nicht mehr als Sicherungsmaßnahmen zu bezeichnen, sondern analog dem § 12 des deutschen GwG als Methoden zur Überprüfung der Identität vorzusehen.

Insbesondere bei der qualifizierten Signatur oder der Zustellung der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Verpflichteten mit eingeschriebener Postzustellung an jene Kundenadresse, die als Wohnsitz oder Sitz des Kunden angegeben worden ist (§ 6 Abs. 4 Z 3), muss es ausreichend sein, wenn die erste Zahlung im Rahmen der Transaktionen über ein Konto abgewickelt wird, das im Namen des Kunden bei einem Kreditinstitut im EWR-Raum oder vergleichbaren Drittstaat eröffnet wurde (siehe hierzu § 12 Abs. 1 des deutschen GwG).

In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass gemäß Anhang III der 4. GW-RL (nicht erschöpfende Aufzählung von Faktoren und möglichen Anzeichen für ein potenziell höheres Risiko) in Abs. 2 lit. c auch Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen ohne persönliche Kontakte und ohne bestimmte Sicherungsmaßnahmen also Risikofaktor vorgesehen sind.

Dieser Risikofaktor wurde zwar unverändert in Anhang III des FM-GwG übernommen, jedoch kann der Risikofaktor von Kredit- und Finanzinstituten in Österreich nicht zur Anwendung gebracht werden, da in § 6 Abs. 4 FM-GwG die Identifizierung nur durch persönliche Vorlage oder, wenn diese nicht möglich ist, durch eine Sicherungsmaßnahme ersetzt werden kann.

Das Gesetz erlaubt darüber hinaus keine Erleichterungen, womit der Risikofaktor in der Praxis bei keinem Kunden angewendet werden kann, obwohl der europäische Rechtsrahmen dies grundsätzlich als Möglichkeit vorsieht.

Es sollte somit die Möglichkeit geschaffen werden, Geschäftsbeziehungen auch ohne persönliche Identifizierung bzw. Sicherungsmaßnahmen zu ermöglichen, wenn zumindest der entsprechende Risikofaktor in Anhang III bei den betroffenen Kunden als erhöhender Faktor berücksichtigt wurde.

Abfrage eigene/fremde Rechnung

Das FM-GwG sieht in § 6 Abs. 3 Z 1 vor, dass der Kunde bekanntgeben muss, ob er die Geschäftsbeziehung oder die gelegentliche Transaktion auf eigene oder fremde Rechnung bzw. im fremden Auftrag betreiben will. Die Bank muss den Kunden daher aktiv hierzu befragen. Diese Abfrage ist in der 4. Geldwässcherichtlinie nicht vorgesehen und die Kunden reagieren auf die Anfrage oft mit Unverständnis. Die Abfrage belastet die Kundenbindung daher für österreichische Banken massiv.

Vor diesem Hintergrund sollte § 6 Abs. 3 Z 1 FM-GwG gestrichen werden.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Diese Stellungnahme wird auch der Präsidentin des Nationalrates übermittelt.



Dr. Christoph Leitl
Präsident

Freundliche Grüße



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin

