



Bundesministerium für Digitalisierung
und Wirtschaftsstandort

Rathaus
1082 Wien
Telefon: +43 1 4000 82349
Fax: +43 1 4000 99 82310
post@md-r.wien.gv.at
wien.gv.at

MDR - 999204-2019-8
Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem
die Gewerbeordnung 1994 geändert wird
(Geldwäschenovelle 2019);
Begutachtung;
Stellungnahme
zu BMDW-30.680/0005-IV/1/2019

Wien, 16. Dezember 2019

Zu dem mit Schreiben vom 12. November 2019 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird wie folgt Stellung genommen:

In allgemeiner Hinsicht wird vorweg festgehalten, dass die im Entwurf enthaltenen zusätzlichen behördlichen Aufgaben einen beträchtlichen Mehraufwand für die Behörden gemäß § 333 Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 befürchten lassen. Dies betrifft sowohl den allenfalls zusätzlich erforderlichen Personalaufwand als auch die erforderliche Sicherstellung von entsprechendem Know How. So erfordert schon die Anwendung der neuen Bestimmung des § 89 GewO 1994 die strafrechtliche Bewertung einer Person als Mittelsmann im Sinne des § 232 Strafgesetzbuch - StGB, somit Aufgaben, welche üblicherweise den Strafgerichten zukommen. Ebenso setzt die Anwendung des neu gefassten § 366b Abs. 7 GewO 1994 insbesondere finanzmarktrechtliches, bilanzbuchhalterisches und strafrechtliches Spezialwissen voraus, worüber Gewerbebehörden im Hinblick auf ihren Kernaufgabenbereich der Vollziehung gewerberechtlicher Vorschriften in aller Regel nicht verfügen.

Darüber hinaus erscheint es angesichts der immer umfangreicher und intensiver werdenden Anknüpfungspunkte an das Strafrecht nicht (mehr) adäquat, für Verstöße im Bereich der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung die Strafzuständigkeit von Verwaltungsbehörden anstatt der Zuständigkeit von Strafgerichten vorzusehen.

Es ist dazu auch darauf hinzuweisen, dass sich im Zusammenhang mit Geldwäscherei bei den Banken und Kreditinstituten regelmäßig schwierige Sachfragen stellen, deren Lösung an sich in die Zuständigkeit der Finanzmarktaufsicht fällt.

Unabhängig von der Umsetzung der 5. Geldwäscherichtlinie wird angeregt, im Zuge der Novelle klarzustellen, dass hinsichtlich natürlicher Personen, denen ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte eines im GISA einzutragenden anderen Rechtsträgers als einer natürlichen Person zusteht, auch Nachsichtsvermerke in das GISA einzutragen sind.

Zu § 365m1 Abs. 2:

Zu Z 4 – die durch die gegenständliche Novelle nicht geändert wird – darf aus redaktioneller Sicht bemerkt werden, dass sich die Definition des Versicherungsvermittlers seit der Änderung der Gewerbeordnung 1994 im Rahmen der Versicherungsvermittlungsnovelle 2018, BGBl. I Nr. 112/2018, in § 137 Abs. 2 sowie die Regelung der Nebengewerbe in § 376 Z 18 Abs. 11 findet.

Zu § 365p Abs. 4a:

Aus der Wortfolge „sind bis zum 10. Jänner 2019“ erhebt sich eine Rückwirkungsproblematik im Hinblick auf die Strafbestimmungen in § 366b GewO 1994 und die Frage der Art und Weise des faktischen Vollzuges. Im Übrigen dürfte hier eine Diskrepanz mit der umzusetzenden 5. Geldwäschereichtlinie vorliegen: Der Entwurf sieht nämlich vor, dass „[a]uf Inhaber und Begünstigte [...] bis zum 10. Jänner 2019 [...] die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden anzuwenden“ sind, während Artikel 10 der Richtlinie Folgendes bestimmt: „Die Mitgliedstaaten schreiben auf jeden Fall vor, dass die Inhaber und Begünstigten [...] bis zum 10. Januar 2019 [...] der Anwendung von Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden unterworfen werden. Aus dieser Formulierung und aus dem englischen Text der Richtlinie „no later than 10 January 2019“ ergibt sich, dass wohl eine Anwendung ab dem 10. Jänner 2019 gemeint ist.

Zu § 365y Abs. 4 bis 12:

Nach § 365y Abs. 9 des gegenständlichen Entwurfs sind umfassende Statistiken über die Faktoren, die für die Wirksamkeit der Systeme relevant sind, zu führen. Weiters hat die Behörde umfassende und nachhaltige Überprüfungsmaßnahmen, insbesondere durch Überprüfungen vor Ort hinsichtlich der Einhaltung der Bestimmungen zu setzen, selbst, wenn keine allgemeinen Hinweise auf Gesetzesübertretungen vorliegen sollten.

Dazu ist hinsichtlich der Überprüfungen vor Ort festzuhalten, dass umfassende, nicht Anlassbezogene Überprüfungen durchgeführt werden müssen. Es ist in diesem Zusammenhang unklar, welche Zielsetzung die Wendung „[...] selbst, wenn keine allgemeinen Hinweise auf Gesetzesübertretungen vorliegen sollten.“ verfolgt. Damit wird im Hinblick auf sonstige Verpflichtungen zu (regelmäßigen) Überprüfungen der Behörde eher der Eindruck erweckt, dass andere Revisionen und Überprüfungen (vor Ort) lediglich dann durchzuführen wären, wenn (allgemeine) Hinweise auf Gesetzesverletzungen vorliegen. Es wird daher angeregt, die o. a. Wortfolge nicht in den Gesetzestext aufzunehmen.

Betreffend die Verpflichtung zur Führung von Statistiken ist im Hinblick auf die Ziffern 3 und 5 des § 365y Abs. 9 GewO 1994 darauf hinzuweisen, dass Verwaltungsstrafverfahren im grundsätzlich bundesweiten Verwaltungsstrafenprogramm VStV mit elektronischer Aktenführung geführt werden, wobei eine flächendeckende Ausrollung derzeit noch nicht erfolgt ist.

Die in Ziffer 3 jeweils nach gewerblichen Berufen aufzuschlüsselnde Zahl der Verstöße ist aus diesem System nicht zu ermitteln. Die Erfüllung der in Ziffer 3 genannten Anforderung aus dem System erfordert entweder eine umfassende Ergänzung des für Bundesdelikte geltenden bundesweiten Tatbestandskataloges (Deliktscodes je gewerblichem Beruf) oder die Einrichtung einer entsprechenden Suchapplikation, welche allenfalls kostenintensive Releases nach Change Requests zur Folge hat. Andernfalls wären entgegen den Intentionen der elektronischen Aktenführung außerhalb des Sys-

tems VStV händisch eigene Statistiken zu führen. Bis zur Umsetzung derartiger Erfordernisse wäre zur Erfüllung der Verpflichtung aus § 365y Abs. 9 Z 3 GewO 1994 in den Verwaltungsstraßenbehörden dahingehend organisatorisch – und somit mit zusätzlichem Bearbeitungsaufwand – vorzusorgen, dass beim Protokollieren entsprechender Anzeigen eigene Einträge erfolgen, über welche die in § 365y Abs. 9 Z 3 GewO 1994 vorgesehene Aufschlüsselung aus dem System VStV durchgeführt werden kann.

Zwecks Hintanhaltung von Missverständnissen wird angeregt, zumindest in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass von den gewerblichen Berufen iSd § 365y Abs. 9 Z 3 GewO 1994 ausschließlich die Gewerbetreibenden gemäß § 365m1 Abs. 2 GewO 1994 erfasst sind.

Zu den Anforderungen, wonach die Zahl der wegen eines Verstoßes gegen § 366b GewO 1994 geführten Verwaltungsstrafverfahren (Z 3) und die Anzahl und Höhe der auf Grundlage der festgestellten Verstöße verhängten Geldstrafen (Z 5) in den Statistiken zu erfassen sind, ist darauf hinzuweisen, dass diese Zahlen in den Bundesländern, in welchen die Verwaltungsstrafverfahren im System VStV elektronisch geführt werden, ebenfalls aus VStV zu ermitteln sind.

§ 365y Abs. 9 Z 6 des gegenständlichen Entwurfs sieht vor, dass die Statistiken das Personal, das den für die Aufsicht über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zuständigen Behörden (§ 333) zugewiesen wurde, zu erfassen hat. Im Hinblick darauf, dass die Mitglieder einer Behörde in der Regel nicht nur ausschließliche Zuständigkeiten und Aufgabenbereiche wahrzunehmen haben, sondern deren Bedienstete auch andere Aufgaben erfüllen, erscheint die Bekanntgabe von Personenstunden, welche für die Aufsicht über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung von den zuständigen Behörden (§ 333) aufgewendet werden, sinnvoller. Die bloße Angabe der Anzahl von Personen würde zu einem asymmetrischen Ergebnis führen und könnte Anlass zu der Vermutung geben, dass etwa alle Personen einer Organisationseinheit ihre gesamte Dienstzeit zur Aufsicht über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung aufwenden, auch wenn dies nicht zutrifft und die Personen andere Aufgaben wahrnehmen (in Wien insbesondere auch Aufgaben der Marktaufsicht).

Aus datenschutzrechtlicher Sicht darf zu der gegenständlichen Bestimmung Folgendes festgehalten werden:

Die nunmehr in § 365y Abs. 1 Z 2 GewO 1994 enthaltene Informationspflicht der Gewerbetreibenden zugunsten der Geldwäschemeldestelle bezüglich Transaktionsbelegen und Transaktionsaufzeichnungen ist, bedingt durch die Zweckbindung zur Verhinderung, Aufdeckung und Ermittlung etwaiger möglicher Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, als mit dem Grundsatz der Zweckbindung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung - DSGVO in Einklang zu sehen.

Auch die Verankerung der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung als öffentliches Interesse in Abs. 4 leg. cit. steht in Einklang damit, dass die Bekämpfung strafrechtlicher Aktivitäten, insbesondere solcher des Terrorismus, als öffentliches Interesse im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO anerkannt ist (Reimer in Sydow (Hrsg.), DSGVO2 (2018) Art. 6 Rz 40). Auch die ausdrückliche Verankerung der Zweckbindung in Abs. 6 leg. cit. ist zu begrüßen.

Bezüglich der in § 365y Abs. 7 GewO 1994 enthaltenen Verpflichtung zur Übermittlung der Informationen nach Art. 13 und 14 DSGVO ist dies begrüßenswert, wenn auch reine Wiederholung des Normtextes der Datenschutz-Grundverordnung.

Was nun die in Abs. 8 leg. cit. vorgesehene Möglichkeit der Beschränkung der nach der Datenschutz-Grundverordnung gewährten Rechte im Falle der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass es sich zwar bei der öffentlichen Sicherheit um einen zulässigen Beschränkungsgrund nach Art. 23 Abs. 1 DSGVO handelt, allerdings mehrere der nach Art. 23 Abs. 2 DSGVO für eine solche Gesetzgebungsmaßnahme zur Beschränkung der nach der Datenschutz-Grundverordnung gewährleisteten Rechte erforderlichen Parameter (eine Auflistung der Kategorien der betroffenen personenbezogenen Daten, die Garantien gegen Missbrauch oder unrechtmäßigen Zugang, die eigentlichen Angaben zum Verantwortlichen, die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen und eine Verankerung des Rechts der Betroffenen auf Unterrichtung über die Beschränkung der Rechte nach Abs. 1) fehlen, wodurch die Konformität des § 365y Abs. 8 GewO 1994 mit Art. 23 Abs. 2 DSGVO in Zweifel zu ziehen ist.

Zu § 366b Abs. 7 und Abs. 7a GewO 1994:

§ 366b Abs. 7 GewO 1994 des Entwurfes sieht einen Verschuldensgrad (somit ein Verschulden) „der verantwortlich gemachten natürlichen oder juristischen Person“ vor. Es ist im gegebenen Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsstrafrecht eine persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit nur der natürlichen Person kennt, während juristische Personen allenfalls für die gegen ihre gemäß § 9 Abs. 1 oder Abs. 2 VStG verantwortlichen (natürlichen) Personen verhängte Geldstrafe haften (§ 9 Abs. 7 VStG), wenn die Geldstrafe bei der bestraften natürlichen Person (§ 9 Abs. 1 oder Abs. 2 VStG) nicht eingetrieben werden kann. Daran ändert auch die Bestimmung des § 370 Abs. 1a GewO 1994 nichts, wonach Geldstrafen auch gegen juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften verhängt werden können. Da § 366b Abs. 7 GewO 1994 des Entwurfes jedoch ausdrücklich die Berücksichtigung des Verschuldensgrades sowie die Anwendung des § 19 Abs. 2 VStG, wonach auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist, normiert, scheint eine gewisse Widersprüchlichkeit vorzuliegen. Es wird daher angeregt, vorzusehen, dass die Prüfung des Verschuldens bei der Bemessung einer Geldstrafe dann nicht in Betracht kommt, wenn Geldstrafen gegen juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften verhängt werden.

§ 366b Abs. 7 GewO 1994 des Entwurfes sieht mehrere Determinanten vor, die zur gesetzeskonformen Festsetzung von Art und Ausmaß der verwaltungsrechtlichen Sanktionen oder Maßnahmen zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf den gesamten Inhalt der Bestimmung des § 366b Abs. 7 GewO 1994 ist insbesondere von einer Regelung zur Bemessung von Geldstrafen und der dazu erforderlichen behördlichen Prüfung durch die Behörde auszugehen. Diese Prüfung erfordert allerdings – wie bereits eingangs festgehalten – finanzmarktrechtliches, bilanzbuchhalterisches und strafrechtliches Spezialwissen, worüber Gewerbebehörden im Hinblick auf ihren Kernaufgabenbereich der Vollziehung gewerberechtlicher Vorschriften (Anlagenrecht, Berufsrecht) in aller Regel nicht verfügen. Darüber hinaus ergibt sich daraus ein erheblicher und weit über den Vorgaben des § 19 VStG liegender Ermittlungsaufwand und ein entsprechendes Begründungserfordernis in einem Straferkenntnis, um alle sich aus den in § 366b Abs. 7 GewO 1994 aufgezählten Determinanten ergebenden Fragen bei der Strafbemessung zu beantworten.

Diese Bestimmung sieht weiters vor, dass Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem Vertragsstaat des EWR oder in einem Drittland zu berücksichtigen sind. Abgesehen davon, dass auch diese Aufgabe erheblichen behördlichen Aufwand verursacht, ist mit schwierigen Abgrenzungsfragen dahingehend zu rechnen, ob eine Straftat mit den in Verurteilungen erfassten Sachverhalten nach §§ 165, 278a bis 278d StGB vergleichbar ist. Dazu kommt, dass nicht jeder Sachverhalt in anderen Ländern von denselben staatlichen Stellen geprüft wird. So können Verstöße in einem Staat von Verwaltungsstraßenbehörden und in einem anderen Staat von Gerichten zu ahnden sein.

Die im Abschlusssatz des § 366b Abs. 7 GewO 1994 normierte Anordnung, wonach die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes unberührt bleiben, hat zur Folge, dass neben den in § 366b Abs. 7 GewO 1994 vorgesehenen Vorgaben zur Strafbemessung auch jene des § 19 VStG anzuwenden sind. Es ist dazu zu bemerken, dass die in § 366b Abs. 7 GewO 1994 angeführten Determinanten zur Strafbemessung im Wesentlichen auch jene Vorgaben erfassen, welche auch nach § 19 Abs. 2 VStG bei der Strafbemessung zu berücksichtigen sind. Insofern wäre daher bei § 366b Abs. 7 GewO 1994 von einer Spezialnorm auszugehen, weshalb sich die Frage stellt, wieso auch die allgemeinere Norm des § 19 Abs. 2 VStG anzuwenden sein soll.

Überdies spricht § 366b Abs. 7 GewO 1994 von verwaltungsrechtlichen „Maßnahmen“ und dies „gemäß den vorstehenden Absätzen“. Auch für diese sollen nach dem Wortlaut die Überlegungen zur Strafbemessung anzuwenden sein. Als Maßnahmen sind in § 366b Abs. 3 Z 1 GewO 1994 die öffentliche Bekanntgabe der natürlichen oder juristischen Person und der Art des Verstoßes, in § 366b Abs. 5 GewO 1994 die Veröffentlichung auf der Homepage der Behörde sowie in § 366b Abs. 6 GewO 1994 die Sicherstellung der Zugänglichkeit der Bekanntmachungen für fünf Jahre vorgesehen. Wenn diese Maßnahmen nach den o. a. Bestimmungen verpflichtend zu setzen sind, stellt sich die Frage, warum zur Setzung dieser Maßnahmen verschiedene Determinanten nach § 366b Abs. 7 GewO 1994 berücksichtigt werden sollen.

Zu § 366b Abs. 7a GewO 1994 ist darauf hinzuweisen, dass die Einholung der Strafregisterauskunft einen der Strafbemessung dienenden weiteren Ermittlungsschritt bedeutet.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Christian Hrdlicka

Mag.^a Patricia Sylvia Bukovacz, LL.M.
Senatsrätin

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 63
(zu MA 63 - 995886-19)

mit dem Ersuchen um Weiter-
leitung an die einbezogenen
Dienststellen



Dieses Dokument wurde amtssigniert.

Information zur Prüfung des elektronischen Siegels
bzw. der elektronischen Signatur finden Sie unter:
<https://www.wien.gv.at/amtssignatur>