

Bundesministerium für Finanzen

Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

ZI. 13/1 07/163

GZ 040402/0002-III/5/2007

BG, mit dem das BWG, das Börsegesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 und das Pensionskassengesetz geändert werden

Referent: Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

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

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

I. ALLGEMEINES	2
II. ZU ART II DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES BANKWESENGESETZES - BWG).....	3
1. Zu § 2 Z 42.....	3
2. Zu § 2 Z 75 a) aa) und bb)	3
3. Zu § 40 Abs 1 Z 1 und 2	4
4. Zu § 40 Abs 2a Z 1 und 2	4
5. Zu § 40b Abs 1 Z 2 lit a) – e).....	5
6. Zu § 40b Abs 1 Z 3 lit a).....	6
7. Zu § 40c Abs 1 und 2.....	6
III. ZU ARTIKEL III DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES BÖRSEGESETZES)	6
IV. ZU ARTIKEL IV DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES VERSICHERUNGSAUFSICHTSGESETZES - VAG)	6
V. ZU ARTIKEL VI DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES PENSIONSKASSENGESETZ – PKG).....	7

I. ALLGEMEINES

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf werden

- die Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und die Richtlinie 2006/70/EG der Kommission vom 1. August 2006 mit Durchführungsbestimmungen für die Richtlinie 2005/60/EG hinsichtlich der Begriffsbestimmung von „politisch exponierten Personen“ und der Festlegung der technischen Kriterien für vereinfachte Sorgfaltspflichten sowie für die Befreiung in Fällen, in denen nur gelegentlich oder in sehr eingeschränktem Umfang Finanzgeschäfte getätigt werden, umgesetzt,
- die erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der Verordnung (EG) Nr 1781/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers geschaffen und
- die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen umgesetzt.

1989 wurde die international tätige Financial Action Task Force (FATF) gegründet, die derzeit 34 Mitgliedstaaten hat. Seit Beginn der 90er Jahre wurden von dieser international tätigen Vereinigung Empfehlungen zur Bekämpfung von Geldwäsche abgegeben. Die EU hat diesen Empfehlungen folgend bereits die Richtlinien 91/308/EWG und 2001/97/EG erlassen. Die aktuellen 40 Empfehlungen der FATF zur Geldwäschebekämpfung und die neun Sonderempfehlungen zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung wurden in der 3. Geldwäsche-Richtlinie 2005/60/EG berücksichtigt.

Nationalen Umsetzungsbedarf gibt es vor allem im Bankwesen- und Versicherungsaufsichtsgesetz. Ziel der Richtlinie ist es, durch detaillierte Regelung der Sorgfaltspflichten von Kredit- und Finanzinstituten und von Versicherungsunternehmen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu bekämpfen und so das gesamte Finanzsystem zu schützen. Einerseits wird eine (inhaltlich) intensivierete Pflicht der Identitätsfeststellung des Kunden bzw des wirtschaftlichen Eigentümers angeregt, andererseits sind auch (administrative) Erleichterungen im Falle eines geringen Risikos von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorgesehen. Insgesamt sind die neuen Bestimmungen sehr von einem risikobezogenen Ansatz geprägt, wonach bestimmte Maßnahmen nur ergriffen werden müssen, wenn ein hohes Risiko der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung besteht. Neben den schon erwähnten Erleichterungen bei der Identitätsfeststellung von Kunden, wird auch die Möglichkeit geschaffen, bei Erfüllung dieser Pflicht auf Dritte zurückzugreifen.

Die EU-Verordnung (EG) Nr 1781/2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers gilt in Österreich direkt. Im vorliegenden Gesetzesentwurf werden daher an sich nur Sanktionen für ein Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen der Verordnung normiert. Erfreulicherweise werden daneben aber auch zwei nicht unwesentliche Ausnahmebestimmungen - freiwillig - umgesetzt (siehe dazu weiter unten).

Auch wenn der vorliegende Gesetzesentwurf mancher (sprachlicher) Konkretisierung bedarf, ist er in seiner Gesamtheit und vor allem hinsichtlich der Nutzung der in der Geldwäscherichtlinie vorgesehenen Ausnahmeregelungen bei den vereinfachten Sorgfaltspflichten zu begrüßen.

Schade ist, daß über weite Strecken der Text der Geldwäscherichtlinie wörtlich übernommen und keine konkretere Formulierung gefunden wurde, um mögliche Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden.

II. ZU ART II DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES BANKWESENGESETZES - BWG)

1. Zu § 2 Z 42

Die Legaldefinition in Form einer lückenlosen Aufzählung der im Sinne der Richtlinie und somit des Bankwesengesetzes relevanten Personen, die als „**politisch exponiert**“ gelten, ist im Lichte einer einfacheren Rechtsanwendung als positiv zu sehen und stellt darüber hinaus sicher, daß nicht auf jede Person, die ein (eher niedriges) politisches Amt bekleidet, die Bestimmungen über die verstärkten Sorgfaltspflichten im Sinne des § 40b BWG anzuwenden sind.

2. Zu § 2 Z 75 a) aa) und bb)

Die in Artikel 8 Abs 1 lit b, c und d der Geldwäscherichtlinie vorgesehene Identifizierung des „wirtschaftlichen Eigentümers“ des Kunden, die in § 40 Abs 2a BWG umgesetzt wird, bedeutet für die Finanzwirtschaft einen großen administrativen Aufwand. Es wäre daher wünschenswert, daß die Legaldefinition etwas konkreter und vor allem praxisnäher definiert wird. Unter lit aa) wird als Kriterium für einen „wirtschaftlichen Eigentümer“ eine Beteiligungsmehrheit von 25 % plus einer Aktie festgelegt. Ein solches Beteiligungsausmaß nachzuprüfen, wird für das betroffene Finanzinstitut aber nicht ganz einfach sein.

Auch der Umstand, daß lit bb) normiert, auch natürliche Personen, die „**auf andere Weise**“ die Kontrolle über die Geschäftsführung einer Rechtsperson ausüben, würden als wirtschaftliche Eigentümer gelten, erleichtert die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen durch die Bank- und Finanzinstitute nicht. Es ist nämlich unklar, was unter „auf andere Weise“ zu verstehen ist. Diese Terminologie erlaubt eine sehr weite Auslegung, was de facto dazu führen kann, daß dieselbe

Person in einem Fall (dh von einem Bank- oder Finanzinstitut) als wirtschaftlicher Eigentümer qualifiziert wird, in einem anderen jedoch nicht. Wünschenswert wäre hier eine – zumindest demonstrative – **Aufzählung von Konstellationen**, in denen von einer **Kontrollausübung** gesprochen werden kann oder ein Verweis auf bereits vorhandene Bestimmungen in der Rechtsordnung, die den „Kontrollbegriff“ näher determinieren. Den Erläuterungen zur gegenständlichen Bestimmung ist zwar zu entnehmen, daß es den Finanzinstitutionen überlassen bleibt, auf welche Weise (öffentliche Aufzeichnungen, Hinweise von Kunden etc) sie die Identität des wirtschaftlichen Eigentümers ermitteln und diesen überprüfen, dieser Freiraum verliert aber dadurch an Attraktivität verlieren, daß nur äußerst vage festgelegt wird, worauf sich eine Recherche konzentrieren soll.

3. Zu § 40 Abs 1 Z 1 und 2

Grundsätzlich bleibt die Pflicht zur Identitätsfeststellung und –überprüfung eines Kunden gleich wie bisher. Eine Änderung ergibt sich aber dadurch, daß diese explizit **vor der Begründung** einer dauernden Geschäftsbeziehung bzw **vor Durchführung** einer Transaktion, deren Betrag sich auf mindestens EUR 15.000,-- oder den entsprechenden Euro-Gegenwert beläuft, erfolgen muß. In der früheren Fassung des BWG wurde nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Zeitpunkt abgestellt. Gemäß Artikel 9 Abs 2 der Geldwäscherichtlinie (RL 2005/60/EG) können die Mitgliedstaaten zulassen, daß die Identitätsfeststellung **erst während** der Begründung einer Geschäftsbeziehung durchgeführt wird, wenn dies erforderlich ist, um den normalen Geschäftsverlauf nicht zu unterbrechen und ein geringes Risiko der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung besteht. Von dieser Erleichterung wird im vorliegenden Gesetzesentwurf aber leider kein Gebrauch gemacht, sondern die Identitätsfeststellung generell vor Begründung der Geschäftsbeziehung vorgesehen. Da die administrative Belastung für die Finanzwirtschaft durch die neuen Bestimmungen des BWG in einigen Bereichen ohnehin ansteigt, wäre es begrüßenswert, wenn man die von den Bank- und Finanzinstitutionen zu erfüllenden Verpflichtungen – zumindest in zeitlicher Hinsicht – etwas lockert und die diesbezüglich von der RL gebotenen Freiheiten ausschöpft. Eine Ausnahme bildet die Erleichterung bei einer Kontoeröffnung (§ 40 Abs 2c), die vor dem geschilderten Hintergrund sehr zu begrüßen ist.

4. Zu § 40 Abs 2a Z 1 und 2

Die neuen Bestimmungen bringen einen Paradigmenwechsel von rein formellen Kriterien hin zu einem risikoorientierten Ansatz mit sich. Diese Veränderung ist als positiv zu beurteilen, weil ein solches, flexibles System – ungeachtet der gebotenen Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung - teilweise Erleichterungen für die Finanzwirtschaft bringen kann.

Die grundsätzliche Verpflichtung der Bank- und Finanzinstitute (die gegenständliche Bestimmung soll an dieser Stelle nur als Beispiel dienen; auch andere Paragraphen im vorliegenden Entwurf bedienen sich der beiden folgenden Begriffe) besteht in einer „**risikobasierten**“ und „**angemessenen**“ Vorgehensweise. Beide Termini

lassen darauf schließen, daß die einzelnen Institute selbst die Risiken, Risikokriterien sowie die Risikogewichtung im Hinblick auf Geldwäsche und/oder Terrorismusfinanzierung definieren müssen und darauf aufbauend in angemessener Weise zur Identitätsfeststellung von Kunden bzw deren wirtschaftlichen Eigentümern verpflichtet sind. Daß die Definition der Risiken ganz dem Ermessen der Finanzinstitute überlassen wird, ist nachvollziehbar, weil bei diesen Vorgängen Größe, Struktur und Organisationsgrad der einzelnen Institute wichtige Parameter sind, die nur schwer einer genereller Normierung durch den Gesetzgeber zugänglich sind. Trotzdem wäre eine genauere Definition des Begriffes „risikobasiert“ wünschenswert. Es besteht die Möglichkeit einer sehr vielschichtigen Auslegung; im Sinne der Rechtssicherheit sollte der Begriff aber möglichst eindeutig definiert werden. Erschwert wird die Auslegung zusätzlich dadurch, daß in **Abs 2e** relativ unvermittelt das Wort „**risikoorientiert**“ verwendet wird. Es ist nicht klar, ob die beiden Begriffe dasselbe bedeuten oder ob hier bewußt eine Unterscheidung getroffen werden sollte. Daß die Risikoanalyse den Finanzinstituten in eigenverantwortlicher Weise übertragen sein wird, ist den betroffenen Instituten zwar bewußt, was ua dem Jahresbericht des Bankenverbandes aus dem Jahr 2006 zu entnehmen ist; trotzdem wäre es zu begrüßen, wenn zumindest eine generelle Struktur der vorgesehenen Risikobestimmung gesetzlich festgelegt würde.

Problematisch erscheint vor allem das Kriterium der „Angemessenheit“. Es gibt verschiedene, denkbare und vor allem auch umsetzbare Methoden, um die Identität eines Kunden bzw des wirtschaftlichen Eigentümers zu überprüfen. Es wäre daher wünschenswert, den dem BWG unterliegenden Instituten eine grobe Orientierungshilfe zu geben, welche Vorgehensweise als „angemessen“ im Sinne des BWG angesehen wird. § 41 Abs 4 Z 5 des Entwurfs normiert zwar eine Kontrollbefugnis der Finanzmarktaufsicht (FMA) in Bezug auf die Systeme, die die Finanzinstitute zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung einführen. Dieses Instrument wirkt grundsätzlich aber erst im nachhinein und auch hier besteht insofern Unsicherheit, als die FMA keine gesetzlich festgelegten Richtlinien dafür zur Verfügung hat, was als „angemessen“ zu qualifizieren ist. Die Angemessenheit der von den Finanzinstituten zu setzenden Maßnahmen wird wohl auch durch ihre tatsächlichen Möglichkeiten – definiert insbes durch Größe und Organisationsstruktur – bestimmt und begrenzt sein. Trotzdem würde ein Katalog grundlegender Maßnahmen für mehr Rechtssicherheit sorgen und die Gesetzesanwendung erleichtern.

5. Zu § 40b Abs 1 Z 2 lit a) – e)

Bei der Überprüfung von Korrespondenzbanken in Drittländern wird zumindest in groben Zügen dargelegt, welche Maßnahmen eine solche Kontrolle grundsätzlich beinhalten muß. Die Formulierung in lit b) überzeugt dabei nicht ganz. (Auch) hier wäre eine Konkretisierung, wie eine Kontrolle der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung der Korrespondenzbank zu erfolgen hat bzw überhaupt erfolgen kann, wünschenswert. Auch die Formulierung der „jeweiligen Verantwortlichkeiten“ in lit d) ist sehr schwammig und müßte genauer definiert werden. Eine hundertprozentige Absicherung ist vermutlich nicht möglich, umso

wichtiger wäre es daher, Maßnahmen festzulegen, die einen gewissen Mindeststandard sicherstellen.

6. Zu § 40b Abs 1 Z 3 lit a)

Auch in dieser Bestimmung wird wiederum auf die „Risikobasiertheit“ und „Angemessenheit“ des Verfahrens zur Bestimmung der Eigenschaft als „politisch exponierte Person“ abgestellt. Es gibt wohl auch für diese Überprüfung mehrere Möglichkeiten und auch hier würde die Festlegung von grundlegenden Maßnahmen die Rechtsanwendung erleichtern.

7. Zu § 40c Abs 1 und 2

Schon bei der Erarbeitung der EU-Verordnung über die Angaben zum Auftraggeber beim Geldtransfer wurde von Österreich die Aufnahme der Ausnahmebestimmungen bei Geldspenden an Hilfsorganisationen sehr unterstützt. Daher war vorhersehbar, daß diese „Kann-Bestimmung“ der Verordnung Eingang in den vorliegenden Entwurf finden würde (Abs 2). Positiv ist, daß die FMA eine Liste erstellt, der jene Organisationen zu entnehmen sind, für die diese Ausnahmeregelung zur Anwendung kommt.

Die zweite Ausnahme der EU-Verordnung betrifft Inlandstransfers auf ein Konto, auf das Zahlungen für die Lieferung von Gütern und Dienstleistungen vorgenommen werden können. Solche Transaktionen sind von der EU-Verordnung ausgenommen, insoweit der Auftraggeber durch eine kundenbezogene Referenznummer identifiziert werden kann und der überwiesene Betrag EUR 1.000,-- oder weniger beträgt. Weitere Voraussetzung ist, daß der jeweilige Zahlungsdienstleister des Begünstigten den Verpflichtungen der RL 2005/60/EG unterliegt. Auch diese Ausnahme wurde erfreulicher Weise in den vorliegenden Gesetzesentwurf aufgenommen.

III. ZU ARTIKEL III DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES BÖRSEGESETZES)

§ 25 wird dahingehend modifiziert, daß auch die „Terrorismusfinanzierung“ in den Gesetzestext aufgenommen wird. Einige sprachliche Änderungen vermitteln den Eindruck, daß die Sorgfalt bei der Beobachtung der Fälle von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verstärkt werden soll und sind daher zu begrüßen.

IV. ZU ARTIKEL IV DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES VERSICHERUNGSAUFSICHTSGESETZES - VAG)

Aus systematischer Sicht ist sehr zu begrüßen, daß im Zuge der Umsetzung der Geldwäscherichtlinie im VAG ein eigenes Hauptstück geschaffen wurde. Eine entscheidende Veränderung zu den früheren Bestimmungen ergibt sich dadurch, daß bei der Definition des Anwendungsbereiches nicht mehr auf den „Betrieb im Inland“ abgestellt wird. Vielmehr werden in § 98b Abs 8 die Sorgfaltspflichten auch auf Zweigstellen und Tochterunternehmen in Drittländern ausgedehnt.

Unsystematisch ist hingegen, daß in vielen (Begriffs-)Bestimmungen auf das BWG verwiesen wird, zum Teil aber Bestimmungen, die sich wortgleich auch im BWG finden, im vollen Wortlaut ausgeführt werden. Eine einheitliche Handhabung würde die Übersichtlichkeit verbessern und die Rechtsanwendung nicht unwesentlich erleichtern. Das Argument aus den Erläuterungen zu § 98a Abs 2, die Verweise auf das BWG sollten sichern, daß in beiden Gesetzen die gleichen Begriffsbestimmungen zur Anwendung gelangen, vermag aus Sicht der Verfasser nicht zu überzeugen. Eine vollständige Erwähnung der Begrifflichkeiten im VAG würde viel zu einem praktikableren Umgang mit den neuen Bestimmungen beitragen.

So wie im BWG finden sich auch im VAG detaillierte Bestimmungen betreffend die Identitätsüberprüfung des Kunden bzw des wirtschaftlichen Eigentümers. § 98b Abs 3 und § 98d Abs 1 Z 2 stellen wiederum die Angemessenheit der Maßnahmen vor einem risikoorientierten Ansatz in den Vordergrund. Dazu wird auf die obigen Ausführungen bei den Bestimmungen des BWG verwiesen.

V. ZU ARTIKEL VI DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES PENSIONSKASSENGESETZ – PKG)

Da schon § 9 Abs 2 bis 4 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) die Möglichkeit proportionaler Unterschiede zwischen Männern und Frauen bei Prämien und Leistungen dann zuläßt, wenn diese auf genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhen, war abzusehen, daß diese Bestimmung (die in der Richtlinie 2004/113/EG als Kann-Bestimmung enthalten ist) auch ins PKG Eingang finden wird. Der Entwurf folgt insofern dem Wortlaut des VAG. Allein bei der Meldeverpflichtung wird – was zu begrüßen ist - konkret die FMA genannt bzw wird eine Aufnahme in den Geschäftsbericht verpflichtend vorgesehen.

Wien, am 11. September 2007

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

