

BUNDESKANZLERAMT  **VERFASSUNGSDIENST**

GZ • BKA-601.245/0001-V/8/2010

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITER • MMAG JOSEF BAUER

BEARBEITERIN • MAG LLM NATALIE FERCHER

PERS. E-MAIL • JOSEF.BAUER@BKA.GV.AT

TELEFON • 01/53115/2219

IHR ZEICHEN • BMF-040402/0003-III/5/2010

An das
Bundesministerium
für Finanzen
Abteilung III/5

Mit E-Mail: e-recht@bmf.gv.at

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bankwesengesetz und andere
Bundesgesetze geändert werden;
Begutachtung; Stellungnahme**

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst nimmt zum Entwurf wie folgt Stellung:

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarkeit des im Entwurf vorliegenden Bundesgesetzes mit dem Unionsrecht vornehmlich vom do. Bundesministerium zu beurteilen ist.

I. Begutachtungsfristen

Im Interesse einer zweckdienlichen Begutachtung ist eine angemessene Begutachtungsfrist unerlässlich. Diese sollte – im Regelfall – zumindest sechs Wochen betragen (vgl. dazu die entsprechenden Rundschreiben unter der Internet-Adresse <http://www.bundestkanzleramt.at/legistik>). Eine Begutachtungsfrist von weniger als drei Wochen ist angesichts des Umfangs des Entwurfs jedenfalls als zu kurz anzusehen.

Sofern der Entwurf im Zuge des Begutachtungsverfahrens zugleich auch gemäß Art. 1 Abs. 1 und 4 der Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus zur Stellungnahme übermittelt wird, sollte im Anschreiben ein Hinweis darauf aufgenommen werden, ob das Vorhaben dem Konsultationsmechanismus, BGBl. I Nr. 35/1999, unterliegt. Wenn das Vorhaben dem Konsultationsmechanismus unterliegt, wäre gemäß Art. 1 Abs. 4 dieser Vereinbarung eine Frist zur Stellungnahme von mindestens vier Wochen vorzusehen.

II. Inhaltliche Anmerkungen

1. Zum Gesetzesentwurf

Zur Erforderlichkeit primärer Freiheitsstrafen im Verwaltungsstrafrecht

Der Entwurf sieht im Bankwesengesetz, im Börsegesetz 1989, im Zahlungsdienstegesetz und im Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 vor, dass bei bestimmten Verwaltungsübertretungen Freiheitsstrafen bis zu sechs Wochen oder Geldstrafen bis zu 75 000 Euro verhängt werden können (vgl. zB § 98 Abs. 5 BWG). Auch wenn gegen die Verhängung von primären Freiheitsstrafen im Verwaltungsstrafverfahren an sich keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen,¹ sollte dennoch geprüft werden, ob die Androhung derartiger primärer Freiheitsstrafen im Sinne des Grundgedankens der §§ 11 und 12 VStG erforderlich ist.² Zwar wird man argumentieren können, dass es sich bei den genannten Gesetzen im Vergleich etwa zum Glücksspielgesetz (Art. 6), zum Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 7) und (noch mehr) zur Gewerbeordnung (Art. 1 des Begutachtungsentwurfs 138/ME XXIV. GP) um unterschiedliche Ordnungssysteme handelt und wohl auch ein unterschiedliches Gefährdungspotential im Hinblick auf Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vorliegt. Der Umstand, dass in diesen zuletzt genannten Gesetzen eine solche primäre Freiheitsstrafe nicht vorgesehen ist, sollte jedoch bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Androhung einer primären Verwaltungsstrafe im Bankwesengesetz, im Börsegesetz 1989, im Zahlungsdienstegesetz und im Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 berücksichtigt werden.

Im Übrigen fällt auf, dass die geplanten Bestimmungen zu Verwaltungsübertretungen die Wendung „wenn auch nur fahrlässig“ enthalten. Abgesehen davon, dass nach dem allgemeinen System (vgl. § 5 VStG) zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift nicht anderes bestimmt, und die Wendung daher entbehrlich erscheint, sollte in den Erläuterungen näher ausgeführt werden, warum auch im Fall der Fahrlässigkeit die Androhung primärer Freiheitsstrafen erforderlich ist.

1 Vgl. *Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, 16. ÖJT Band III/1, 63 ff; vgl. insb. die auf S 64 in FN 234 zitierten Erläuterungen zur RV 134 BlgNR XVII. GP bzw. VwGH 2000/05/0174.

2 Vgl. in diesem Sinne das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 22. Dezember 1990, GZ 601.468/1-V/2/90 betreffend Verwaltungsstrafrecht; Gestaltung und zulässiges Höchstmaß von Geldstrafen; Punkt III.1.

Zu Artikel 1 (Änderung des Bankwesengesetzes):

Zu § 3 Abs. 1 Z 3:

Der vorgeschlagene Gesetzestext geht weiter als die Erläuterungen, die nur davon sprechen, dass die „Bestimmungen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung“ anzuwenden seien. Der Verweis auf die §§ 41 bis 44 führt dazu, dass etwa auch Bestimmungen über die Interne Revision und die Rechnungslegung anzuwenden sind.

Zu § 40 Abs. 3:

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist allgemein festzuhalten, dass es sich bei Aufbewahrungsfristen immer um Höchstfristen handeln sollte, sodass nach Ablauf dieser Frist die gegenständlichen Daten zu löschen sind. Hier wird eine Verordnungsermächtigung der FMA zu einer Fristverlängerung auf 15 Jahre vorgesehen, wobei nicht ersichtlich ist, inwieweit eine derartig lange Aufbewahrungsfrist zu Zwecken der Bekämpfung der Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung notwendig ist. Eine dementsprechende Klarstellung in den Erläuterungen wird daher angeregt.

Zu § 40a Abs. 4:

Näher determiniert werden sollte, welche internationalen Standards gemeint sind.

Zu § 40b Abs. 1:

Bereits im Gesetz sollte eine nähere Determinierung erfolgen, was unter einer „verstärkten kontinuierlichen Überwachung“ als Verpflichtung der Kredit- und Finanzinstitute tatsächlich zu verstehen ist, vor allem da gleichzeitig eine Verordnungsbefugnis der FMA vorgesehen wird, wonach diese die Verpflichtung auferlegen kann, weitere angemessene Sorgfaltspflichten anzuwenden bzw. die Geschäftsbeziehung einer verstärkten kontinuierlichen Überwachung zu unterziehen.

Zu § 41:

Zu Aufbewahrungsfristen ist, wie schon oben erwähnt, festzuhalten, dass es sich um Höchstfristen handeln sollte.

Insbesondere die Verpflichtung der Kreditinstitute „soweit als möglich den Hintergrund und den Zweck dieser Tätigkeiten und Transaktionen zu prüfen“ erscheint sehr weitreichend. Es sollte eine nähere Determinierung der Verpflichtung

(ev. auch in Richtung einer Zumutbarkeit) erfolgen. Weiters sollte geprüft werden, ob der Sinngehalt der Erläuterungen „Aufzuzeichnen ist jedenfalls schriftlich“ sich nicht auch im Gesetzestext wiederfinden sollte. Die gleiche Überlegung stellt sich auch zu den Erläuterungen zu § 41 Abs. 4 Z 3, wonach die Einholung eines Strafregisterauszuges erforderlich sein soll.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht wird begrüßt, dass eine Auslagerung der Position des besonderen Beauftragten nicht zulässig ist. Angeregt wird jedoch, dass ihm zusätzlich zu seinen im vorgelegten Entwurf erweiterten Rechten auch Pflichten vor allem hinsichtlich des Datengeheimnisses gemäß § 15 DSG 2000 auferlegt werden. Weiters ist unklar, welche „ausreichenden Befugnisse“ einzuräumen sind. Die Erläuterungen sprechen ebenfalls nur von entsprechenden Kontroll- und Eingriffsrechten. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre daher wünschenswert.

Zu § 77 Abs. 5 Schlussteil:

Es erscheint unklar, was unter einer „spontanen Übermittlung“ zu verstehen ist, zumal selbst in den Erläuterungen das Wort „spontan“ unter Anführungszeichen gesetzt wurde. Es sollte daher näher erläutert werden, in welchen Fällen eine derartige Ermittlung erfolgen kann. Weiters sei darauf hingewiesen, dass der Informationsaustausch zusätzlich die Übereinstimmung mit Kapitel IV der Richtlinie 95/46/EG (internationaler Datenverkehr) und somit insbesondere das Vorliegen eines angemessenen Datenschutzniveaus in Drittländern erfordert. Ebenso sieht das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten betreffend Kontrollstellen und grenzüberschreitenden Datenverkehr, BGBl. III Nr. 91/2008, im Art. 2 vor, dass personenbezogene Daten nur dann weitergegeben werden dürfen, wenn in diesem Staat ein angemessenes Schutzniveau für die beabsichtigte Datenweitergabe gewährleistet ist.

Zu § 98:

Es wird auf die obigen allgemeinen Ausführungen zu Verwaltungsstrafen verwiesen.

Zu den Artikeln 3, 4 und 5 (Änderung des Börsegesetzes 1989, des Zahlungsdienstegesetzes und des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007):

Auf die obigen allgemeinen Ausführungen zu Verwaltungsstrafen wird verwiesen.

Zu Artikel 6 (Änderung des Glücksspielgesetzes):

Zur Verjährungsvorschrift in § 25 Abs. 3 siebenter Satz in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 126/2008, wird auf das mit BGBl. I Nr. 141/2008 kundgemachte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, G 162/07 ua., verwiesen. Sofern die Anpassung des Gesetzestextes nicht ohnehin im Rahmen der Glücksspielgesetzesnovelle 2008 (3/ME XXIV. GP; vgl. die Anregung in der Stellungnahme BKA-600.621/0001-V/8/2008) erfolgt, sollte das im Entwurf vorliegende Vorhaben zum Anlass genommen werden, die Rechtslage dem Erkenntnis entsprechend zu ändern.

Zu Artikel 7 (Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes):

Die geplanten Änderungen entsprechen im Wesentlichen denen des BWG. Auf die obigen Anmerkungen zu Artikel 1 – insbesondere auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht – wird daher verwiesen.

2. Zu Vorblatt und Erläuterungen:

Zu den Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Änderungen des § 38 Abs. 1 bis 4 BWG bedürfen nach der Verfassungsbestimmung des § 38 Abs. 5 BWG erhöhter Quoren im Nationalrat. Gemäß § 38 Abs. 2 Z 2 BWG besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht im Falle der Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 41 Abs. 1 und 2 BWG. Der Entwurf sieht nun Änderungen der verwiesenen Bestimmungen (§ 41 Abs. 1 und 2 BWG) vor. Nach den Erläuterungen sollen damit die Meldepflichten der Kreditinstitute gemäß § 41 BWG erweitert werden („Ausweitung der Verdachtsmeldungen“). Dies dürfte dafür sprechen, dass es sich damit beim Vorhaben um eine Änderung handelt, die im Sinne des § 38 Abs. 5 BWG erhöhter Quoren bedarf. Im Vorblatt wird unter Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens der Hinweis „keine“ angegeben. In den Erläuterungen sollte eine nachvollziehbare Klarstellung dieser Frage erfolgen (vgl. in diesem Sinne Rz 95 des - für die Gestaltung von Erläuterungen weiterhin maßgeblichen - Teiles IV der Legistischen Richtlinien 1979).

Zum Allgemeinen Teil der Erläuterungen:

Als Angabe der Kompetenzgrundlage(n) genügt nicht die jeweilige, mehrere Kompetenztatbestände umfassende Ziffer des Art. 10 Abs. 1 B-VG, vielmehr ist auch

der Wortlaut des in Anspruch genommenen Kompetenztatbestandes zu nennen ([Legistische Richtlinien 1979](#), Rz 94). Weiters wäre zu prüfen, auch auf Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG („Vertragsversicherungswesen“) Bezug zu nehmen. Unklar erscheint dagegen, warum auch Art. 51 B-VG („Haushaltsführung des Bundes“) als Kompetenzgrundlage genannt wird.

III. Anmerkungen in vorrangig legislatischer und sprachlicher Hinsicht:

Zu **legistischen Fragen** darf allgemein auf die Internet-Adresse <http://www.bundeskanzleramt.at/legistik> hingewiesen werden, unter der insbesondere

- die [Legistischen Richtlinien 1990](#) (im Folgenden zitiert mit „[LRL](#) ...“), und
- verschiedene, legistische Fragen betreffende Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zugänglich sind.

1. Zum Gesetzesentwurf:

Allgemein ist aufgefallen, dass die Verständlichkeit von Verweisen noch erhöht werden sollte.

Die Aktualisierung des Ausdrucks „Behörde (§ 6 SPG)“ auf „Geldwäschemeldestelle im Bundesministerium für Inneres (§ 6 SPG)“ sollte im Interesse der Einheitlichkeit auch in § 91 WAG 2007, § 64 ZaDiG sowie in § 25 bzw. § 25a GSpG nachvollzogen werden.

Zu Artikel 1 (Änderung des Bankwesengesetzes):

Zu § 3 Abs. 1 Z 3:

Bei der Ausnahme für die Post hinsichtlich ihres Geldverkehrs bzw. den Gegenausnahmen sollte eine einfachere Formulierung geprüft werden (zB bloße Ergänzung des Zitats „§ 98 Abs. 5“ anstelle eines eigenen Satzes).

Zu § 40:

Der wesentliche Inhalt der in § 40 Abs. 2 vorgesehenen Änderung soll offenbar eine Verpflichtung für den Kunden schaffen (Bekanntgabe von Änderungen während aufrechter Geschäftsbeziehungen). In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung wird jedoch davon gesprochen, dass eine Verpflichtung für das Kreditinstitut eingeführt

werde, die Geschäftsbeziehung einer kontinuierlichen Überwachung zu unterwerfen, was wohl nur eher mittelbar aus der Änderung folgen wird.

Zu § 40a:

§ 40a erscheint relativ kompliziert formuliert. Eine sprachliche und systematische Vereinfachung sollte geprüft werden (zB Auflösung von Schachtelsätzen; einheitliche Begriffe: zB „geringere [Maßnahmen]“ versus „vereinfachte [Sorgfaltspflichten]“ (in Abs. 5 und in der geltenden Überschrift); in Abs. 6 wird weiterhin von einer „Befreiung“ gesprochen, was wohl auch nur für den geltenden Gesetzestext des § 40a Abs. 1 passt, der anordnet, dass bestimmte Pflichten „nicht gelten“; weiters: „Beurteilung“ in Abs. 1 versus „Bewertung“ in Abs. 3). Auf folgende legistische Aspekte wird noch gesondert hingewiesen:

- Bei der vorgeschlagenen Novellierungsanordnung „§ 40a lautet:“ könnte fraglich sein, ob die geltende Überschrift „Vereinfachte Sorgfaltspflichten ...“ entfallen soll. Sofern die Überschrift weiter bestehen soll, wird eine Mitnovellierung mit der Wendung „§ 40a samt Überschrift lautet:“ empfohlen.
- Abs. 1 wäre auch noch an die Terminologie des Vertrags von Lissabon anzupassen (zB statt „Gemeinschaft“ nunmehr: „[Europäische] Union“, statt „Gemeinschaftsrecht“: „Unionsrecht“; statt EG-Vertrag: „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“).

Zu § 40b Abs. 1:

Zur Novellierungsanordnung 12 wird auf ein Tippversehen aufmerksam gemacht (Abstand nach dem Beistrich im einzufügenden Ausdruck „, und die Geschäftsbeziehung“).

Zur Novellierungsanordnung 14 („§ 40b Abs. 1 Schlussteil lautet:“) fällt auf, dass der Schlussteil des § 40b Abs. 1 offenbar neu eingefügt werden soll und dies im Interesse der besseren Verständlichkeit auch so bezeichnet werden sollte. Im Interesse der Übersichtlichkeit und der einfacheren Zitierung sollte jedoch geprüft werden, diese Anordnung etwa als § 40b Abs. 1a einzufügen.

Zu § 41:

Der Ausdruck „§ 41.“ ist nicht Teil des Abs. 1 und hat daher im vorgeschlagenen Text nach der Novellierungsanordnung „15. § 41 Abs. 1 lautet:“ zu entfallen; Anführungszeichen wären jedoch noch zu ergänzen.

Zu § 42:

In § 42 Abs. 4 Z 3 sollte genauer abgegrenzt werden, welche Paragraphen gemeint sind. Der Ausdruck „§§ 40 ff“ erscheint unnötig unbestimmt. Weiters könnte in diesem Paragraphen eine durchgängige Anpassung an die neue Rechtschreibung vorgenommen werden.

Zu § 107:

Im ersten Satz wäre noch ein Abstand (geschütztes Leerzeichen) zwischen „§“ und „40“ einzufügen. Die Anordnung betreffend § 41 könnte wohl kürzer lauten: „§ 41 Abs. 1, 2, 3b und 4“. Im zweiten Satz kann die Beifügung „zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. xx/2010“ entfallen, da diese Bestimmungen durch dieses Bundesgesetz nicht in dem Sinne geändert werden, dass eine neue Fassung für einen bestimmten Zeitraum anzuwenden ist, sondern sie werden bloß aufgehoben.

Zu Artikel 2 (Änderung des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes):

In § 28 Abs. 17 sollte das erste „und“ durch einen Beistrich ersetzt werden.

Zu Artikel 4 (Änderung des Zahlungsdienstegesetzes):

In Novellierungsanordnung 1 wäre noch ein Abstand nach dem Wort „Ausdruck“ und in der Novellierungsanordnung 2 nach „2.“ einzufügen.

In § 79 Abs. 3 sollte noch der Ausdruck „Abs. 11“ nach „§ 67“ eingefügt werden, da nur diese Gliederungseinheit geändert werden soll.

Auf die oben angeregte Anpassung des § 64 hinsichtlich der Geldwäschemeldestelle wird hingewiesen.

Zu Artikel 5 (Änderung des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007):

Der Ausdruck „§§ 40 ff BWG“ sollte so umformuliert werden, dass die betroffenen Paragraphen abschließend aufgezählt werden und es nicht dem Anwender überlassen bleibt, im Auslegungsweg zu ermitteln, welche Bestimmungen mit „ff“ gemeint sind.

Eine Aktualisierung der Benennung der Geldwäschemeldestelle in § 91 Abs. 8 sollte vorgenommen werden.

Zur Inkrafttretensvorschrift wird angeregt nach dem Ausdruck „§ 95“ noch „Abs. 10“ zu ergänzen, da nur diese Gliederungseinheit des § 95 geändert werden soll. Der Ausdruck „in der Fassung des ...xx//2010“ im zweiten Satz kann entfallen.

Zu Artikel 6 (Änderung des Glücksspielgesetzes):

In der Inkrafttretensvorschrift sollte es im Interesse der Einheitlichkeit lauten: „§ 12a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/XXXX tritt mit ... in Kraft ...“ (nicht: die „Änderungen des“).

Auf die obige Anregung zur einheitlichen Benennung der Geldwäschemeldestelle wird hingewiesen.

Zu Artikel 7 (Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes):

Soweit die geplanten Änderungen denen des BWG entsprechen, wird auf die obigen Anmerkungen zu Artikel 1 verwiesen.

Im Interesse der Einheitlichkeit mit den übrigen Artikeln des Entwurfs wird vorgeschlagen, auch im Einleitungssatz des Art. 7 zu formulieren: „Das Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG, BGBl. Nr. 569/1978, ...“

In § 98d Abs. 1 entspräche es der jüngeren legislatische Tradition besser, die Einvernehmensbindung mit dem Bundesminister für Finanzen (nicht dem: Bundesministerium) anzuordnen.

In § 98f Abs. 1 sollten die einzelnen Tatbestandselemente der Z 1 bis 3 jeweils mit dem Bindwort „oder“ abgeschlossen werden (vgl. LRL 25).

In der Inkrafttretensvorschriften erschiene es präziser, anstelle von „§ 98f Abs. 1 bis 7“ nur von „§ 98f Abs. 1, 2 und 5“ zu sprechen, nach „§ 98h“ sollte in diesem Sinne noch „Abs. 1 Z 1, 3 und 6“ ergänzt werden. Im zweiten Satz kann die Wendung „in der Fassung ...2009“ entfallen.

2. Zu Vorblatt und Erläuterungen:

Allgemein wird zur Formulierung der Erläuterungen angeregt, die englischsprachigen Bezeichnungen zumindest auch in einer deutschen Übersetzung zu zitieren. Auch eine Durchsicht des Textes auf Tippversehen wird empfohlen.

Zum Vorblatt:

Der Hinweis auf „wie im Bericht im Ministerrat vom 9. Feber [in Österreich wohl üblicher: Februar] 2010 ersichtlich“ erscheint insoweit wenig hilfreich, als dieses Dokument als solches wohl nicht öffentlich zugänglich ist.

Diese Stellungnahme wird im Sinne der EntschlieÙung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 u.e. auch dem Präsidium des Nationalrats zur Kenntnis gebracht.

23. März 2010
Für den Bundeskanzler:
SPORRER

Elektronisch gefertigt