

An das
Bundesministerium für Wissenschaft,
Forschung und Wirtschaft

Per E-Mail: POST.I7@bmwfw.gv.at

Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900DW | F +43 (0)5 90 900243
E rp@wko.at
W <http://www.wko.at/rp>

| | | | |
|---------------------------------|--|-----------|------------|
| Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom | Unser Zeichen, Sachbearbeiter | Durchwahl | Datum |
| GZ. BMWFW-30.680/0012-1/7/2016 | Rp 258/2017/Pol Mag. Erhard Pollauf | 4298 | 03.05.2017 |

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Gewerbeordnung 1994 zur Umsetzung der 4. Geldwäsche-RL (EU) 2015/849 geändert wird
Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum vorliegenden Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Gewerbeordnung 1994 zur Umsetzung der 4. Geldwäsche-RL (EU) 2015/849 geändert wird, möchten wir Folgendes anmerken:

Grundsätzliche Überlegungen:

Auch wenn mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf eine EU-Richtlinie umgesetzt wird und daher für den Entwurf selbst wenig Spielraum bleibt, sind angesichts des exorbitanten Strafrahmens einige grundsätzliche Kritikpunkte unumgänglich.

Durch den vorliegenden Entwurf wird maßgebliche Polizeiarbeit (Überwachung von Kunden insbesondere im Hinblick auf politisch exponierte Personen (PEP), Ausforschung des wirtschaftlichen Eigentümers) auf Unternehmen verlagert, ohne dass den Unternehmen ein entsprechendes Handwerkszeug (PEP-Register) zur Hand gegeben wird, allerdings aber ein Verstoß gegen diese Anforderungen unter extrem hohe Strafen (bis zu € 5 Mio.) gestellt wird.

Der ganze Entwurf enthält unklare Zielbestimmungen, bietet aber keine konkreten Handlungsanleitungen für Unternehmen.

Diese müssen jeweils im Einzelfall nach einem „risikobasierten Ansatz“ erst abgeleitet werden, wobei Unternehmen vor folgendem Dilemma stehen: Eine zu strenge Überwachung der Kundenbeziehung führt voraussichtlich zu datenschutzrechtlichen Problemen (Speicherung nicht unmittelbar notwendiger Daten; Strafanordnung nach der EU-DSGVO bis zu € 20 Mio, in Geltung ab 25.5.2018.); werden im Rahmen der Risikoabwägung zu wenig Daten gespeichert, droht ein Verstoß gegen die Geldwäschebestimmungen (Strafrahmen bis zu € 5 Mio.).

Es wird zwar für die Behörden versucht, eine ausdrückliche datenschutzrechtliche Deckung zu schaffen (§ 365t Abs. 3); für den Gewerbetreibenden hingegen wird nur geregelt, ab wann Dokumente/Daten zu löschen sind (§ 365y).

Durch diese Zielbestimmungen ist der Unternehmer gezwungen, betriebsintern massive bürokratische Vorkehrungen zu treffen (Mitarbeiterschulung, Einrichtung von Informationskanälen, komplizierte Abgrenzungen im Hinblick auf Datenschutz bzw. erforderliche Nachforschungs- und Dokumentationsmaßnahmen).

Während bürokratische Entlastungen immer wieder erklärte Zielsetzungen der Österreichischen Bundesregierung und der Europäischen Union sind, wird durch solche Gesetze (bzw. EU-Richtlinien) genau das Gegenteil erreicht.

Zur Begründung der Verschärfung durch die 4. Geldwäsche-RL wird in den Erläuterungen angeführt, dass die bisherigen Maßnahmen nicht gegriffen haben.

Wenn jedoch schon die bisher bestehenden sehr umfangreichen Sorgfalts- und Meldeverpflichtungen keinen nachweisbaren Erfolg bei der Bekämpfung der Geldwäsche gebracht haben, ist nicht nachvollziehbar, warum ein nicht funktionierender Ansatz fortgeschrieben wird und durch Strafsanktionen massiv verschärft wird (ohne gleichzeitig klare Handlungsanleitungen für Betriebe zu bringen).

Grundsätzlich sollte auch überlegt werden, ob es tatsächlich sinnvoll ist, die 4. Geldwäsche-RL in unzähligen Materiengesetzen (im konkreten Fall: in der Gewerbeordnung) umzusetzen, oder ob es nicht besser wäre, dies in einem einheitlichen Gesetz zu regeln und dann nur im Hinblick auf die Vollzugsbehörden auf die jeweiligen Aufsichtsbehörden (im gewerblichen Bereich: die Gewerbebehörden) zu verweisen.

Dies hätte den Vorteil, dass Klarstellungen oder Nachbesserungen im Gesetz durch eine einmalige gesetzliche Änderung oder durch Klarstellungen in einer einheitlichen Verordnung erreicht werden könnten.

Forderung nach einem öffentlichen PEP-Register:

Es kann nicht Aufgabe jedes einzelnen Betriebes sein, für sich individuell eine Liste von PEPs zu führen, insbesondere, da sich diese nicht nur auf inländische PEPs beschränkt.

Ein solches Register muss staatlicherseits eingerichtet werden. Dies wäre mit der Richtlinie ohne weiteres vereinbar. Die Betriebe müssten dann nur mehr datenschutzrechtlich ermächtigt werden, ihre Kunden mit diesem Register abzugleichen;

Forderung nach Begrenzung der Nachforschungspflichten nach dem wirtschaftlichen Eigentümer:

Die Verpflichtung, den wirtschaftlichen Eigentümer zu eruieren, darf Unternehmen nur so weit treffen, als sich der wirtschaftliche Eigentümer aus öffentlichen Datenbanken ergibt (siehe auch das geplante Wirtschaftliche Eigentümer-Register).

Alles andere hat Polizeiarbeit zu sein. Zumindest für Unternehmen mit Sitz innerhalb der EU müssen daher solche (öffentlich zugängliche Register) Daten ausreichend sein.

Dies wäre im Rahmen der Richtlinie durch Aufnahme in Anlage 7 (potentiell geringes Risiko) umsetzbar.

Zusätzlich möchten wir, da im Zuge der Umsetzung der Bestimmungen der 4. Geldwäsche-Richtlinie ua. auch im WTBG umfangreiche Berufsrechterweiterungen vorgesehen sind, auf unsere in der Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich vom 6.12.2016 zum Entwurf eines Gesetzes, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird, enthaltenen Forderungen, insbesondere auch zu § 136 Unternehmensberatung; Vertretungs- und Entschlagsrechte, hinweisen.

Ganz allgemein möchten wir besonders kritisch die späte Umsetzung und die extrem kurze Umsetzungsfrist anmerken, obwohl die Geldwäsche-RL schon seit Anfang Juni 2015 veröffentlicht ist.

Im Konkreten zum Gesetzesentwurf:

Generelle Anmerkung

Laut Erwägungsgrund 27 der Richtlinie soll bei der Anwendung dieser Richtlinie den Charakteristika und Erfordernissen der von ihr erfassten kleineren Verpflichteten Rechnung getragen und sichergestellt werden, dass sie ihren speziellen Bedürfnissen und der Art ihrer Geschäftstätigkeit entsprechend behandelt werden.

Leider ist in einem überwiegenden Teil des Entwurfs nicht erkennbar, wie dieser Proportionalitätsgrundsatz in der Praxis umgesetzt werden soll.

Beispielsweise sollte grundsätzlich das Vertriebsunternehmen als „Haftungsdach“ für die Einhaltung der Bestimmungen zuständig sein, wenn Berater im Namen und auf Rechnung eines Vertriebsunternehmens auftreten, da es sonst eine „Doppelerfüllung“ gibt. Ein Gewerbetreibender, der ein EPU ist, kann die Bestimmungen nicht bewerkstelligen.

Im Einzelnen:

Zu § 117 Abs 7 vierter Satz:

In den Erläuterungen wird fälschlicherweise ein § 117a zitiert (in der Überschrift und im Text). Das sollte korrigiert werden.

Zu § 136a Abs 12:

Wir begrüßen die Klarstellung hinsichtlich der Berufshaftpflichtversicherung für die Gewerbliche Vermögensberatung.

Zu § 365 m1 Abs 2 Z 1:

Wie schon in der bisherigen Rechtslage bleibt völlig unklar, was unter Transaktionen „in mehreren Vorgängen zwischen denen ein Zusammenhang besteht“ zu verstehen ist

Wir fordern hier eine Klarstellung im Gesetz oder in den Erläuternden Bemerkungen oder auch in der Anlage 7 (potentiell geringes Risiko) dahingehend, dass z.B. definiert wird, welche Zahlungen in einem bestimmten Zeitraum nicht zusammengerechnet werden. Dies könnte auch durch eine Vermutungsregelung geschehen.

Formulierungsvorschlag:

„Erfolgen Barzahlungen in unterschiedlichen Monaten, so wird vermutet, dass kein Zusammenhang besteht, wenn der Gesamtbetrag innerhalb eines Monats € 10.000 nicht übersteigt.“

Ohne eine solche Regelung wäre jeder Supermarkt oder jeder Baumarkt in Gefahr, die € 10.000 Grenze irgendwann zu überschreiten.

Zu § 365 m1 Abs 3:

Hier wird zwar geregelt, dass das Unternehmen der Gewerbebehörde Auskünfte zu erteilen hat; es fehlt aber eine Regelung, dass gespeicherte Daten übermittelt werden dürfen. In der Praxis erfolgt eine behördliche Kontrolle nämlich oft nicht direkt im Unternehmen, sondern dadurch, dass das Unternehmen aufgefordert wird, einen Fragebogen zu beantworten und allfällige ermittelte Daten und/oder gespeicherte Dokumente (Ausweiskopien) zu übermitteln.

Die Zulässigkeit dieser Datenübermittlung an die Gewerbebehörde (nicht nur an die Geldwäschemeldestelle!) sollte gesetzlich im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Erfordernisse (DSG 2000 bzw. ab 25.5.2018 DSGVO) ausdrücklich klargestellt bzw. erlaubt

werden. Dies wäre sowohl im Sinne der Behörde als auch im Sinne der Unternehmen, da die Alternative nur darin besteht, dass die Behörde selbst direkt Einsicht nimmt, wodurch der Vollzug unnötig kompliziert wird.

Zu § 365m1 Abs 7

- Die Behörde hat das Risikoprofil des Gewerbetreibenden im Hinblick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu bewerten. Der Gewerbetreibende selbst hat gemäß § 365n1 Abs 1 eine *Risikobewertung* durchzuführen.
Sind Risikoprofil und Risikobewertung Synonyme? Falls ja, ersuchen wir um Klarstellung. Falls nein, ist völlig offen, nach welchen Kriterien die Behörde das Risikoprofil des Gewerbetreibenden erstellen soll und warum die beiden Begriffe voneinander abweichen.
- Eine doppelte Risikobewertung (durch die Behörde und durch die Verpflichteten gemäß § 365n1) erscheint überschießend.
Unklar ist auch, wie die Behörde das Risikoprofil erstellen soll (Behörde übernimmt Risikobewertung des Verpflichteten und prüft diese auf Plausibilität?)

Zu § 365m1 Abs 8:

- „angemessen“ ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff; auch der Verweis in den Erläuterungen auf § 365n1 Abs 1 und 3 hilft nicht bei der Interpretation.
Es sollte in der Verwaltungspraxis gemäß dem Grundsatz „beraten statt strafen“ sichergestellt sein, dass Unternehmen nicht bestraft werden, wenn die prüfende Behörde eine andere Auslegung der Angemessenheit vornimmt als der Gewerbetreibende. Ein diesbezüglicher Hinweis sollte in die Erläuternden Bemerkungen aufgenommen werden.
- Die Überprüfung der Behörde sollte in einem vorab angemeldeten Besuch stattfinden, da oft nur Mitarbeiter im Betrieb anwesend sind, die keinen Zugang zu allen Unterlagen haben. Außerdem befinden sich manche Dokumente oft außerhalb des Betriebes (z.B. beim Steuerberater oder in der Unternehmenszentrale).

Zu § 365m1 Abs 11:

„Der Gewerbetreibende hat über angemessene Verfahren zu verfügen, über die seine Angestellten oder Personen in einer vergleichbaren Position Verstöße intern über einen speziellen, unabhängigen und anonymen Kanal melden können und in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Größe des betreffenden Gewerbebetriebs stehen.“

Es sollte in den EB klargestellt werden, was unter „unabhängigen und anonymen Kanal“ zu verstehen ist, insbesondere, ob der postalische Weg oder die Homepage darunterfallen.

Laut Erläuterungen wird sich die Beurteilung der Angemessenheit unter anderem am Umsatz orientieren.

In Österreich gibt es aber größtenteils kleine Unternehmen mit keinen bis wenigen Mitarbeitern; ein System, welches eine anonyme interne Meldung ermöglicht, erscheint in kleinen Unternehmen schwer umsetzbar.

Wir verweisen daher auch hier auf die Ausführungen zu § 365m1 Abs 8 („beraten statt strafen“). Weiters sollte in den EB näher erläutert werden, was unter „angemessen“ zu verstehen ist und dabei speziell auf die Zusammenarbeit bei kleinen Unternehmen Rücksicht genommen werden.

Zu § 365n Z 3:

Die Definition des wirtschaftlichen Eigentümers führte zu praktischen Problemen. Wie aktuelle Wirtschaftsstrafverfahren zeigen, ist der wirtschaftliche Eigentümer in einigen Fällen kaum feststellbar.

Zu § 365n Z 4 und 5:

Wie PEPs und deren Angehörige in der Praxis zu identifizieren sind, bleibt völlig unklar. Dem Grundsatz *Ad impossibilia nemo tenetur* entsprechend, sollte der nationale Gesetzgeber unbedingt ausführen, dass der Unternehmer keine Rechtsverletzung begangen hat, wenn er nicht wissen konnte, dass es sich beim Vertragspartner um einen PEP oder dessen Angehörigen handelt. Eine akribische Nachforschung in jedem Einzelfall ist in der Praxis unmöglich.

Zu § 365n Z 4 lit g:

Im Begutachtungsentwurf zum Wirtschaftlichen Eigentümer-Registergesetz wird auch eine Änderung des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes vorgeschlagen. Demnach sind nur Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane von Unternehmen mit Bundesbeteiligung von mindestens 50 %, oder solche die der Bund alleine betreibt, oder die der Bund sonst tatsächlich beherrscht, PEPs (somit nicht Organe von Landesgesellschaften oder Gemeindeunternehmen). Diese Einschränkung sollte auch in die PEP-Definition der GewO übernommen werden.

Zu § 365n1:

Der gesamte Paragraph ist sehr allgemein formuliert; auch die Erläuterungen geben (abgesehen vom gewerberechtl. Geschäftsführer als Beauftragten auf Führungsebene) keinen Hinweis, wie die Risikobewertung inklusive Strategien, Kontrollen und Verfahren auszusehen hat. Wir möchten auf die entsprechenden Ausführungen zu § 365m1 Abs 8 verweisen.

In der überwiegenden Anzahl von Unternehmen, insbesondere auch von Handelsbetrieben sind größere Bargeldzahlungen wenig relevant und geht daher die Gefahr von Geldwäsche gegen Null. Dennoch können solche Bargeldzahlungen nie ganz ausgeschlossen werden.

Es ist daher entschieden abzulehnen, dass damit faktisch alle Handelsbetriebe genötigt sind, vorsorglich eine Risikobewertung durchzuführen, ohne dass z.B. in der Anlage entsprechende Muster dafür vorhanden wären.

Die Risikobewertung ist so vorzunehmen, dass auf Basis der Risikobewertung der Unternehmen die vollziehenden Behörden eine behördliche Risikobewertung vorzunehmen haben, auf deren Basis letztendlich eine österreichweite Risikobewertung durch die Republik Österreich vorzunehmen ist.

Wenn schon die Hauptlast der Risikobewertung von den Unternehmen getragen wird, so sollte in einer Durchführungsverordnung zumindest ein Muster für eine Risikobewertung vorgegeben werden, in der Anhaltspunkte enthalten sind, welche Umstände genau zu bewerten sind.

Weiters ist es unseres Erachtens Aufgabe der Behörde, mittels Durchführungsverordnung im Sinne von Abs 2 zu regeln, für welche Branchen (z.B. bestimmte Handelsbranchen) oder Betriebe keine einzeln aufgezeichneten Risikobewertungen erforderlich sind, weil in diesem Sektor (allfällige) bestehende konkrete Risiken ohnehin klar erkennbar sind (§ 365n1 Abs 2).

Zu § 365n1 Abs 4:

ad Z1: Statt „*vorbildliche* Risikomanagementpraxis“ sollte der Begriff „*angemessene* Risikomanagementpraxis“ gewählt werden.

ad Z2: In den EB sollte klargestellt werden, was unter einer „*unabhängigen Prüfung*“ zu verstehen ist.

Die Ausarbeitung interner Grundsätze, Kontrollen und Verfahren in Bezug auf ein Risikomanagement und die Schulung der Mitarbeiter sollten genügen.

Eine zusätzliche Überprüfung halten wir für überschießend, da davon auszugehen ist, dass die Mitarbeiter in Betrieben, in denen hochpreisige Waren verkauft werden, entsprechend ausgebildet und kompetent sind.

Zu den internen Strategien, Grundsätzen, Kontrollen und Verfahren, wäre - abgesehen von der nicht erforderlichen Bestellung eines Beauftragten - auch zu klären, wie dies bei kleineren Betrieben umgesetzt werden soll (siehe oben erwähnter Erwägungsgrund 27).

Zu § 365o:

„Die in diesem Abschnitt vorgeschriebenen Pflichten bestehen in den folgenden Fällen: ...“
Es sollte eine Klarstellung (zumindest in den EB) erfolgen, welche konkreten Pflichten damit umfasst sind (§ 365o bis § 365s oder § 365m bis § 365z).

Zu § 365o Z 1 § 365s Abs 1 Z 2 und Abs 2:

Ein Gewerbetreibender soll verpflichtet werden, im Falle von Geschäftsbeziehungen zu politisch exponierten Personen (PEPs) die Zustimmung seiner Führungsebene einzuholen.
Sinnvoll wäre eine Erklärung in den Erläuternden Bemerkungen, wie dies zu verstehen ist.

Zu § 365o Z 1:

In § 365o Z 1 ist normiert, dass die vorgeschriebenen Verpflichtungen bei Begründung einer Geschäftsbeziehung bestehen.

Gemäß § 365n Z 7 ist unter „Geschäftsbeziehung“ *jede geschäftliche, berufliche oder kommerzielle Beziehung, die in Verbindung mit den gewerblichen Tätigkeiten der den Bestimmungen dieses Abschnitts unterliegenden Gewerbetreibenden unterhalten wird und bei der bei Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von einer gewissen Dauer sein wird*“, zu verstehen.

Es sollte im Gesetzestext (eventualiter in den Erläuterungen) klargestellt werden, dass Einzelgeschäfte, wie in der Vermittlung von Liegenschaften zum Kauf oder zur Vermietung üblich, von diesem Begriff nicht umfasst sind, da diese gerade nicht auf Dauer angelegt sind.

Zu § 365o Z 2:

Wir regen an, dass entweder im Gesetzestext oder in den Erläuterungen klargestellt wird, dass für Mietverträge als Bemessungsgrundlage der Höhe der Transaktion, die Jahresnettomiete (ohne Betriebskosten) heranzuziehen ist, da dem Gesetzesentwurf in der bisherigen Fassung eine klare Regelung, wie die Höhe der Transaktion bei Mietverträgen zu bemessen ist, fehlt.

Aufgrund der Ungewissheit des Bestandes des Mietvertrages wäre eine Nettojahresmiete iHv EUR 15.000,00 jedenfalls als angemessen zu betrachten.

Wir möchten auf den derzeit geltenden § 365q GewO verweisen, in welchem dies sowie die Vorgangsweise bei der Höhe nach noch nicht bekannten Beträgen, ausdrücklich normiert ist.

Weiters sollte klargestellt werden, dass, insoweit der Immobilienmakler nicht bei der Ausführung der Transaktion mitwirkt, dieser Tatbestand nicht zur Anwendung gelangt.

Zu § 365 p-s (Verhältnis der abgestuften Sorgfaltspflichten zueinander):

Unklar ist, in welchem Verhältnis die vereinfachten Sorgfaltspflichten nach § 365r zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 365p stehen?

Sind die Bestimmungen so zu verstehen, dass die vereinfachten Sorgfaltspflichten die allgemeinen verdrängen? Oder gelten die allgemeinen Sorgfaltspflichten immer, weil sie eine Grundlage dafür darstellen, ob vereinfachte oder verstärkte Sorgfaltspflichten bestehen?

Eine Klärung zumindest in den Erläuternden Bemerkungen ist daher erforderlich.

§ 365p Abs 1 Z 2;

„Feststellung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers und Ergreifung angemessener Maßnahmen zur Überprüfung seiner Identität, bis der Gewerbetreibende davon überzeugt ist, zu wissen, wer der wirtschaftliche Eigentümer ist; im Fall von juristischen Personen, Trusts, Gesellschaften, Stiftungen und ähnlichen Rechtsvereinbarungen schließt dies ein, dass

angemessene Maßnahmen ergriffen werden, um die Eigentums- und Kontrollstruktur des Kunden zu verstehen; zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist nach einem risikobasierten Ansatz vorzugehen;“

Fraglich ist, wie ein Gewerbetreibender, der ein Einzelunternehmer ist, dies konkret bewerkstelligen soll.

Es sollte in den EB zumindest klargestellt werden, was unter „angemessene Maßnahmen“ zu verstehen ist.

Wie bereits erwähnt ist die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers oftmals nicht möglich und eine solche Verpflichtung daher unzumutbar.

Wie bereits aus diversen Wirtschaftsstrafverfahren bekannt ist, hat hier selbst der Staat offenbar nur eingeschränkte Möglichkeiten, den jeweiligen wirtschaftlichen Eigentümer zu eruieren. Diese Ermittlungspflicht darf nicht einfach auf Betriebe abgewälzt werden.

Wir fordern daher, dass es für den Betrieb genügt, seine Kunden mit den Registereinträgen im geplanten Register der wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften, anderen juristischen Personen und Trusts, abzugleichen.

Darüber hinaus wäre die Feststellung der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers dann nicht mehr „mit angemessenen Maßnahmen“ im Sinne von § 365p Abs 1 Z 2 durchführbar.

Die Unternehmen hätten damit Rechtssicherheit über den Umfang ihrer Nachforschungspflichten.

Zu § 365p Abs 1 Z 4:

„... die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung, einschließlich einer Überprüfung der im Verlauf der Geschäftsbeziehung abgewickelten Transaktionen, um sicherzustellen, dass diese mit den Kenntnissen über den Kunden, seine Geschäftstätigkeit und sein Risikoprofil, einschließlich erforderlichenfalls der Herkunft der Mittel, übereinstimmen; der Gewerbetreibende hat zu gewährleisten, dass die betreffenden Dokumente, Daten oder Informationen auf aktuellem Stand gehalten werden.“

Es sollte in den EB klargestellt werden, dass dies bei Vermittlern nur dann möglich ist, wenn diese aktiv mitwirken (Abschluss oder Zuzahlung nach Beratung), nicht aber, wenn der Kunde eine Zuzahlung direkt beim Versicherungsunternehmen macht.

Die Prüfpflicht obliegt hier daher dem Versicherungsunternehmen bzw. demjenigen, der die Zahlung annimmt.

Zu § 365p Abs 2:

Der Umfang der Sorgfaltspflichten soll unter anderem von der Regelmäßigkeit und Dauer der Geschäftsbeziehung abhängen.

Dieses Abstellen auf die „*regelmäßigen Geschäftsbeziehungen*“ macht die Bestimmung in der Praxis unvollziehbar, insbesondere da diese Sorgfaltspflichten schon bei Beginn der Geschäftsbeziehung zu erfüllen sind, wobei Dauer und Regelmäßigkeit nicht immer schon vorab vorhersehbar sind.

Es wird angeordnet, dass sich der Umfang der Sorgfaltspflichten (und damit der Nachforschungspflichten und Dokumentationspflichten) nach den vom Gewerbetreibenden selbst zu bewerteten Risiken bemisst.

Diese Risikobewertung steht in einem Spannungsfeld zum Datenschutzrecht.

DSG 2000 und ab 25.5.2018 die Datenschutzgrundverordnung zwingen den Unternehmer nämlich dazu, Daten nur dann und soweit zu sammeln bzw. zu verarbeiten, als dies für den jeweiligen Zweck notwendig ist.

Schätzt der Gewerbetreibende (um auf Basis der Geldwäscherichtlinie auf der sicheren Seite zu sein) das konkrete Risiko zu hoch ein und verarbeitet deshalb zu viele Daten, verstößt er gegen das Datenschutzrecht.

Stellt er zu geringe Nachforschungen an und speichert zu wenig Daten (um im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Erfordernisse auf der sicheren Seite zu sein) verstößt er gegen die Geldwäscherichtlinie.

Es ist daher notwendig, im Gesetz klarzustellen, dass Datenanwendungen im Sinne von § 365p Abs 2 auf Basis einer durchgeführten Risikobewertung (und zwar unabhängig davon, ob sich diese im Nachhinein als korrekt herausstellt) generell zulässig sind.

Zu § 365p Abs 4

„Für Lebensversicherungen oder andere Versicherungen mit Anlagezweck haben Versicherungsvermittler (§ 365m1 Abs 2 Z 4) neben den Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden und wirtschaftlichen Eigentümern hinsichtlich der Begünstigten dieser Versicherungen die nachstehend genannten Sorgfaltspflichten zu erfüllen, sobald die Begünstigten ermittelt oder bestimmt sind:

- 1. bei Begünstigten, die als namentlich genannte Person oder Rechtsvereinbarung identifiziert werden, hat der Versicherungsvermittler den Namen dieser Person festzuhalten;*
- 2. bei Begünstigten, die nach Merkmalen oder nach Kategorie oder auf andere Weise bestimmt werden, hat der Versicherungsvermittler (§ 365m1 Abs 2 Z 4) ausreichende Informationen über diese Begünstigten einzuholen, um sicherzugehen, dass er zum Zeitpunkt der Auszahlung in der Lage sein wird, ihre Identität festzustellen.“*

Es sollte in den EB klargestellt werden, dass dies bei Vermittlern nur dann möglich ist, wenn diese aktiv mitwirken (Abschluss oder Änderung des Bezugsrechts), nicht aber, wenn der Kunde das Bezugsrecht (den Begünstigten) nachträglich direkt beim Versicherungsunternehmen ändert. Die Prüfpflicht obliegt hier daher dem Versicherungsunternehmen bzw. demjenigen, der die Leistung annimmt.

Zu § 365q:

Zu § 365q möchten wir auf die obigen Ausführungen zum Thema „geringes Risiko“ verweisen. Darüber hinaus wäre für Fälle, in denen der Immobilienmakler den Bestimmungen unterliegt, klarzustellen, dass die Dienstleistung der Immobilienmakler typischerweise unter die Bestimmung des Abs 2 fällt.

Dies könnte insbesondere durch eine Aufnahme in die Erläuterungen erfolgen.

Sehr oft wird einem Interessenten nur eine einzige Immobilie angeboten, die dann nicht von Interesse ist.

Eine Überprüfung der Identität des Kunden sollte erst erfolgen, wenn ein Miet- oder Kaufanbot unterschrieben wird, also es zu einer Willenseinigung zwischen den Vertragsparteien (Vermieter/Verkäufer bzw. Mieter/Käufer) kommt.

Zu § 365r:

In dieser Bestimmung werden sogenannte „vereinfachte Sorgfaltspflichten“ für den Fall geregelt, dass nur ein „geringes Risiko“ besteht. Es wird aber nicht gesagt, worin konkret die geringeren Sorgfaltspflichten bestehen.

Genau hier zeigt sich unseres Erachtens das Spannungsverhältnis zum Datenschutz am deutlichsten. Wenn nur ein geringes Risiko besteht, so müssten konsequenterweise auch nur geringere Nachforschungen und damit eine geringere Datenverwendung datenschutzrechtlich zulässig sein. Da weder im Gesetz noch in der dazugehörigen Anlage 7 konkret formuliert ist, worin nun konkret die Vereinfachung bei den Sorgfaltspflichten besteht, ist eine (datenschutzrechtliche möglicherweise überschießende) Datensammlung in diesem Bereich datenschutzrechtlich problematisch.

- Wir regen daher an, im Gesetz zu regeln, welchen konkreten Inhalt die vereinfachten Sorgfaltspflichten haben. Z.B. welche allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 365o) und Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden (§ 365p) sind im Rahmen der vereinfachten Sorgfaltspflichten nicht anwendbar? Ist eine Identitätsfeststellung (§ 365q) nicht erforderlich? Zumindest sollte der Inhalt der vereinfachten Sorgfaltspflichten in Abs 5 näher angesprochen werden, damit die Verordnungsermächtigung ausreichend determiniert ist.
- Es sollte durch Verordnung oder in einer Anlage ein Muster sowohl für eine Risikoanalyse als auch ein Muster für eine Risikoanalyse bei vereinfachten Sorgfaltspflichten zur Verfügung gestellt werden.
- Zusätzlich sind wir der Ansicht, dass das Geschäft der Immobilienmakler, sohin für die Dienstleistung der Immobilienvermittlung als solche nur ein „geringes Risiko“ im Sinne des Gesetzes besteht und daher jedenfalls gemäß § 365r Abs 1 nur vereinfachte Sorgfaltspflichten anzuwenden sind.

Rolle des Immobilienmaklers bei Kauf einer Immobilie:

Bei einem (Ver-)Kauf einer Liegenschaft ist im Zuge der Transaktion immer ein Vertragserrichter (Rechtsanwalt/Notar) eingebunden, den schon aufgrund der standesrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben die Pflichten nach der 4. Geldwäsche-RL treffen.

Vertragserrichter bzw. Treuhänder sind auch die Personen, die idR die Transaktion ausführen bzw. den Transaktionsprozess verwalten und sogar stoppen können.

Demgegenüber darf der Immobilienmakler keinen Kaufpreis (auch nicht als Anzahlung) entgegennehmen und erstattet auch keine Meldung an das Finanzamt für Gebühren- und Verkehrssteuern. Der Immobilienmakler hat daher auch keine Möglichkeit den Transaktionsprozess zu stoppen. Er ist lediglich Vermittler zwischen den Parteien und hat an der Transaktion selbst nicht mitzuwirken bzw. führt diese im Sinne § 365o Z 2 auch idR nicht aus.

Rolle des Immobilienmaklers bei der Vermietung einer Liegenschaft

Auch bei der Vermittlung von Mietverträgen ist der Immobilienmakler in der Regel nicht die Person, die den Vertrag errichtet. Nur in wenigen Fällen nimmt er die Kautionsurkunde zur treuhändigen Weiterleitung an den Vermieter entgegen. Auch in diesem Fall vermittelt der Immobilienmakler nur zwischen den Parteien und führt die Transaktion selbst im Regelfall nicht aus (ausgenommen der Handel mit Immobilien wo der Makler selbst Vertragspartner ist).

Wir regen daher an, das Geschäft der Immobilienmakler, soweit es sich um die reine Vermittlung von Liegenschaften und Mietobjekten handelt - sohin die Transaktion vom Immobilienmakler nicht ausgeführt wird - von den gegenständlichen Verpflichtungen überhaupt auszunehmen und eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext bzw. den Erläuterungen vorzunehmen.

Jedenfalls sollte aber das Geschäft des Immobilienmaklers zumindest als Dienstleistung mit geringem Risiko festgelegt werden. In Entsprechung von Art 15 Abs 1 der 4. Geldwäsche-RL könnte dies in der Gewerbeordnung selbst erfolgen. Eine Regelung im Gesetzestext würde für die nötige Klarheit und Transparenz sorgen.

Weiters besteht nach obiger Richtlinienbestimmung schließlich auch die Möglichkeit, das Geschäft der Immobilienmakler in die Aufzählung der Anlage 7 aufzunehmen und damit ausdrücklich als Bereich mit geringem Risiko auszuweisen. Alternativ dazu könnte zumindest in den Erläuterungen eine solche Klarstellung erfolgen, nämlich insbesondere dahingehend, dass das Geschäft der Immobilienmakler eine typische Dienstleistung im Sinne der Verordnungsermächtigung des Absatzes 5 darstellt.

Zu § 365r Abs 3

„Der Gewerbetreibende hat die Transaktionen und die Geschäftsbeziehungen in ausreichendem Umfang zu überwachen, um die Aufdeckung ungewöhnlicher oder verdächtiger Transaktionen zu ermöglichen.“

In den EB sollte klargestellt werden, dass dies bei Vermittlern nur dann möglich ist, wenn diese aktiv mitwirken (Abschluss oder Zuzahlung nach Beratung), nicht aber, wenn der Kunde eine Zuzahlung direkt beim Versicherungsunternehmen macht. Die Prüfpflicht obliegt hier daher dem Versicherungsunternehmen bzw. demjenigen, der die Zahlung annimmt.

Zu § 365r Abs 4

Hier ist angeordnet, dass entsprechende Unterlagen zur Risikoanalyse und deren Ergebnis aufzubewahren seien. Es ist aber nicht klargestellt, ob es sich dabei (wie in § 365y) um eine fünfjährige Aufbewahrungsfrist handelt.

Angesichts der angedrohten Verwaltungsstrafen sollte dies im Sinne des Legalitätsprinzips klarzustellen werden.

Zu § 365s:

Zu den Vorgaben des § 365s über die verstärkten Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden ist anzumerken, dass es bisher keine offiziellen behördlich veröffentlichten Informationen gibt, durch welche die Normunterworfenen feststellen können, bei welchen Personen es sich um politisch exponierte Personen handelt und wer deren Familienangehörige sind.

Es ist eine öffentliche Aufgabe, diese Informationen den Gewerbetreibenden zur Verfügung zu stellen, verfügen doch die Behörden über ein umfassendes Informationsmaterial zu diesen Personen. Aufgrund des Fehlens allgemein zugänglicher und frei verfügbarer Informationen, ist es den Gewerbetreibenden praktisch nicht möglich, entsprechende Überprüfungen durchzuführen.

Es sollte daher gesetzlich klargestellt werden, dass der Gewerbetreibende auf Selbstauskünfte vertrauen kann und nicht verpflichtet ist, durch weitergehende Recherchen Dritter bzw. Einsicht in kostenpflichtige Datenbanken, den Verpflichtungen nach § 365s nachzukommen. Der aktuelle Wissenstand des Gewerbetreibenden aufgrund einer Selbstauskunft sollte ausreichen.

Zu § 365s Abs 2:

„Versicherungsvermittler (§ 365m1 Abs 2 Z 4) haben angemessene Maßnahmen zu treffen, um zu bestimmen, ob es sich bei den Begünstigten einer Lebensversicherungs- oder anderen Versicherungspolizze mit Anlagezweck und, sofern erforderlich, bei dem wirtschaftlichen Eigentümer des Begünstigten um politisch exponierte Personen handelt. Diese Maßnahmen sind spätestens zum Zeitpunkt der Auszahlung oder zum Zeitpunkt der vollständigen oder teilweisen Abtretung der Polizze zu treffen. Falls höhere Risiken ermittelt wurden, haben die Gewerbetreibenden zusätzlich zu den in § 365p vorgesehenen Sorgfaltspflichten

- 1. ihre Führungsebene vor Auszahlung der Versicherungserlöse zu unterrichten,*
- 2. die gesamte Geschäftsbeziehung zu dem Versicherungsnehmer einer verstärkten Überprüfung zu unterziehen.“*

Es sollte in den EB klargestellt werden, dass dies bei Vermittlern nur dann möglich ist, wenn diese aktiv mitwirken (Abschluss oder nach Beratung), nicht aber, wenn der Kunde dies direkt beim Versicherungsunternehmen macht. Die Prüfpflicht obliegt hier daher dem Versicherungsunternehmen.

Zu § 365t:

Gemäß Abs. 1 Z 2 sind der Geldwäschemeldestelle auf Verlangen alle erforderlichen Auskünfte zur Verfügung zu stellen. Gemäß Abs 3 ist die Geldwäschemeldestelle ermächtigt, auch die erforderlichen Daten zu ermitteln.

Abgesehen davon, dass hier die klare Ermächtigung des Gewerbetreibenden fehlt, die Daten an die Geldwäschemeldestelle auch zu übermitteln (dies könnte eventuell aus Abs 3 im Umkehrschluss allerdings noch abgeleitet werden) fehlt jedenfalls eine solche Ermächtigung zur Übermittlung der Daten an die Vollzugsbehörde (Gewerbebehörde).

Wir fordern daher die Ergänzung einer klaren gesetzlichen Ermächtigung des Gewerbetreibenden, Daten über Aufforderung sowohl an die Gewerbebehörde als auch an die Geldwäschemeldestelle zu übermitteln.

In Abs 3 findet sich die Ermächtigung für die Geldwäschemeldestelle, die ermittelten Daten im Sinne der Standard- und Musterverordnung zu verarbeiten. Eine solche Ermächtigung fehlt für die Gewerbetreibenden und sollte daher zur Klarstellung ergänzt werden.

Außerdem sollte im Hinblick auf die Datenschutz-Grundverordnung klargestellt werden, dass auch nach dem in Geltung tretenden der DSGVO, diese Anwendungen im Sinne der StMV jedenfalls weiter zulässig bleiben.

Zu § 365u Abs 4:

„Der Gewerbetreibende hat Einzelpersonen, einschließlich Angestellte und Vertreter des Gewerbetreibenden, die intern oder der Geldwäschemeldestelle einen Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung melden, vor Bedrohungen oder Anfeindungen und insbesondere vor nachteiligen oder diskriminierenden Maßnahmen im Beschäftigungsverhältnis zu schützen.“

Unklar ist, wie dies in der Praxis funktionieren soll. Der Geldwäschebeauftragte bzw. der meldende Kundenberater sind immerhin bekannt.

Zu § 365w

Wichtig ist, dass der Kunde (oder potenzielle Kunde) nicht von der Verdachtsmeldung erfährt (z.B. im Rahmen der Akteneinschau bei Gericht), da sonst das Vertrauensverhältnis zwischen Kunden und Gewerbetreibenden massiv gestört werden könnte (insbesondere, wenn sich der Verdacht nachher als nichtzutreffend erwiesen hat).

Zu § 365y Abs 1 und Abs 2:

Abs 1:

Der Gewerbetreibende hat die nachstehenden Dokumente und Informationen für die Zwecke der Verhinderung, Aufdeckung und Ermittlung möglicher Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung durch die Geldwäschemeldestelle oder die Behörde aufzubewahren:

1. bei Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden eine Kopie der erhaltenen Dokumente und Informationen, die für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden erforderlich sind, für die Dauer von fünf Jahren nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden oder nach dem Zeitpunkt einer gelegentlichen Transaktion;

2. die Transaktionsbelege und -aufzeichnungen als Originale oder als Kopien, die für die Ermittlung von Transaktionen erforderlich sind, für die Dauer von fünf Jahren nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden oder nach dem Zeitpunkt einer gelegentlichen Transaktion.

Abs 2:

Der Gewerbetreibende hat die personenbezogenen Daten nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen nach Abs. 1 zu löschen, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine Verpflichtung zur längeren Speicherung der Daten besteht.

- Wie bereits oben angeführt, fehlt eine klarstellende datenschutzrechtliche Ermächtigung, Datenanwendungen, die aufgrund der Risikoanalyse notwendig wären, legal zu führen. Dies

sollte entweder in § 365 y (Datenschutz), in § 365 t (allgemeine Meldepflichten) oder in § 365p (Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden) ergänzt werden.

- Eine Pflicht zur Löschung kann im Hinblick auf allfällige Schadenersatzansprüche wegen Beratungsfehlern nachteilig sein. Sinnvoll wäre, hier eine Kann-Option einzuführen.
- Eine Klarstellung ist erforderlich, was unter „*Beendigung der Geschäftsbeziehung*“ mit dem Kunden oder „*nach dem Zeitpunkt einer gelegentlichen Transaktion*“ in der Praxis gemeint ist.

Gemäß § 365y Abs 1 Z 2 hätte der Immobilienmakler die Transaktionsbelege und -aufzeichnungen als Original oder Kopie aufzubewahren.

Wiederum ist festzuhalten, dass der Immobilienmakler, sofern er nur eine vermittelnde Tätigkeit vornahm, an der Transaktion selber nicht mitwirkt. Er verfügt daher nicht über Kauf- bzw. Mietverträge oder Belege durch welche die Zahlungen etc. dokumentiert werden. Er hat auch grundsätzlich keine Möglichkeit sich diese Unterlagen bezuschaffen oder nur mit erheblichem finanziellen Aufwand (= Urkundensammlung Grundbuch).

Es sollte daher klargestellt werden, dass - zumindest für die Geschäfte der Immobilienmakler - sich diese Verpflichtung nur auf die „erhaltenen“ Unterlagen, so wie in § 365y Abs 1 Z 1 geregelt, bezieht.

Zu § 365y Abs 3:

„Der Gewerbetreibende hat über Systeme zu verfügen, die es ihm ermöglichen, über sichere Kommunikationskanäle und auf eine Art und Weise, die die vertrauliche Behandlung der Anfragen voll und ganz sicherstellt, auf Anfragen der Geldwäschemeldestelle oder anderer zuständiger Behörden vollständig und rasch Auskunft darüber zu geben, ob er mit bestimmten Personen eine Geschäftsbeziehung unterhalten oder während eines Zeitraums von fünf Jahren vor der Anfrage unterhalten hat, sowie über die Art dieser Geschäftsbeziehung.“

In den EB sollte klargestellt werden, welche „Systeme“ das sein können.

Zu § 366 b:

- Die neu eingefügten Geldstrafen für Verwaltungsübertretungen sind im Entwurf weit überzogen. Sie sollten zumindest halbiert werden.
- Im Sinne des Grundsatzes „Beraten statt strafen“ sollte unbedingt generell die Möglichkeit geschaffen werden, bei einer ersten Übertretung des Gesetzes bloß eine Verwarnung auszusprechen.
- § 366b Abs 2 sollte geändert werden auf „... § 365m1 bis 365z Abs 7“, da sonst auch die Geldwäschemeldestelle und die Wirtschaftskammer Österreich Adressaten der Strafdrohung sind.

Ebenso sollte in Abs 3 der Verweis auf § 365z auf „§ 365z Abs 1 bis 7“ geändert werden.

- In den Erläuterungen findet sich der Hinweis, dass Art 60 Abs 5 der 4. Geldwäsche-RL bereits durch § 370 GewO verwirklicht ist.
§ 370 GewO sieht vor, dass Geldstrafen auch gegen juristische Personen verhängt werden können und sieht damit ebenfalls eine parallele Bestrafung von natürlichen und juristischen Personen vor.
Wir sprechen uns gegen eine Doppelbestrafung der natürlichen und der juristischen Person aus.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Weiters wird die Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich per E-Mail an das Präsidium des Nationalrates übermittelt.



Freundliche Grüße

Dr. Christoph Leitl
Präsident



Dr. Herwig Höllinger
Generalsekretär-Stv.