

An das
Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

Wien, am 3.5.2019
GZ: 224/19

BMF-460000/0005-III/6/2019

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz, das Kontenregister- und Konteneinschaugesetz und das Glücksspielgesetz geändert werden;

Begutachtungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 10. April 2019, bei der Österreichischen Notariatskammer am 12. April 2019 eingelangt, hat das Bundesministerium für Finanzen den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz, das Kontenregister- und Konteneinschaugesetz und das Glücksspielgesetz geändert werden, übermittelt und ersucht, dazu bis 3. Mai 2019 eine Stellungnahme abzugeben.

Die Österreichische Notariatskammer bedankt sich für die Möglichkeit, sich zum vorliegenden Entwurf äußern zu können, und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Österreichische Notariatskammer zu Gesprächen zum gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht beigezogen war. Möglicherweise werden daher in nachstehender Stellungnahme auch Themen angesprochen, die im Vorfeld bereits geklärt werden konnten.

Vor diesem Hintergrund sind aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer folgende Punkte hervorzuheben:

Österreichische Notariatskammer

Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, Telefon +43 1 40245090, Telefax +43 1 4063475
DVR 0042846, kammer@notar.or.at, www.notar.at

Der Informationspflicht laut Datenschutz-Grundverordnung wird mit folgender Datenschutzerklärung (www.notar.at/oenk-dse) entsprochen.
Bei Bedarf ist auch eine postalische Übermittlung möglich.

1. Zu den Änderungen des FM-GwG:

§ 3 Abs 7 neu sieht zwecks wirksamer Zusammenarbeit und Erleichterung bzw Förderung eines Informationsaustausches vor, dass der Bundesminister für Finanzen der Europäischen Kommission eine Liste der für die Beaufsichtigung der Verpflichteten zuständigen Behörden einschließlich ihrer Kontaktdaten übermittelt. Auch die Notariatskammern, die für die Aufsicht über die Notare zuständig sind, würden offenbar unter diesen Behördenbegriff fallen. Unklar bleibt dabei, welche konkreten Auswirkungen diese Vorschrift hätte bzw ob, und bejahendenfalls, welche Pflichten für die betroffenen Behörden im Sinne dieser Bestimmung damit verbunden wären. Entsprechende Ausführungen in den Erläuterungen wären hier wünschenswert.

Zu **§ 25 Abs. 8 neu (internationaler Informationsaustausch und Amtshilfe der FMA)** geben weder der Gesetzeswortlaut noch die Erläuterungen Aufschluss über mögliche Auswirkungen dieser Maßnahme. Aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer sind die in § 25 Abs 8 Z 2 enthaltenen Ausnahmen betreffend die berufliche Verschwiegenheitspflicht von Angehörigen rechtsberatender Berufe wie Notaren und Rechtsanwälten zwingend geboten und dürfen durch derartige Maßnahmen nicht unterminiert werden. Darüber hinaus wäre die Aufzählung der Ausnahmen in § 25 Abs 8 Z 2 unter ausdrücklichem Hinweis auf die in Art 20 Abs 3 B-VG geregelte Amtsverschwiegenheit jedenfalls auch um die berufsmäßigen Vertretungen (Kammern) der aufgezählten Berufsgruppen zu erweitern.

Auch die Reichweite des **§ 33 Abs. 6 neu (nationaler Informationsaustausch ua der Notariatskammern mit der FMA)** ist in keiner Weise klar und sind auch die Erläuterungen dazu nicht aussagekräftig. Der Austausch von Informationen zwischen FMA und Notariatskammern (über welche Informationen?) wäre ein Novum. Da zudem der Richtlinienentwurf der 5. Geldwäsche-Richtlinie (Art 57b) nur vorsieht, dass die Mitgliedstaaten den Austausch von Informationen zwischen derartigen Behörden „gestatten können“, ist eine derartige Regelung auch nicht zwingend erforderlich und lehnt die Österreichische Notariatskammer, insbesondere im Hinblick darauf, dass die Notariatskammern der Amtsverschwiegenheit gemäß Art 20 Abs 3 B-VG unterliegen, eine solche Bestimmung nachdrücklich ab. In diesem Zusammenhang ist auch nicht zu vergessen, dass sich die Republik Österreich klar zur Vermeidung von Gold-Plating bekannt hat und daher auch die Umsetzung der 5. Geldwäsche-Richtlinie nur die unbedingt notwendigen Anpassungen beinhalten sollte.

Im gegebenen Zusammenhang erlaubt sich die Österreichische Notariatskammer auch den Hinweis auf folgende Aspekte:

Amtshilfe (Art 22 B-VG) und Amtsverschwiegenheit (Art 20 Abs 3 B-VG) stehen seit jeher in einem rechtlichen Spannungsverhältnis, weshalb für einen rechtmäßigen Informationsaustausch eine explizite, klare gesetzliche Grundlage (auch bezüglich des Umfangs) zu fordern ist, insbesondere auch weil bei derartigen Informationsflüssen personenbezogene Daten betroffen wären und daher auch das **Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (§ 1 DSGVO)** zu beachten ist. Diesen Anforderungen wird die gegenständliche Regelung nicht gerecht, weshalb die Österreichische Notariatskammer § 33 Abs 6 entschieden ablehnt. Wie erwähnt, wären bei derartigen Informationsflüssen personenbezogene Daten betroffen. Regelungen zu einem Informationsaustausch

zwischen Aufsichtsbehörden müssten daher auch den strengen Erfordernissen der DSGVO (insbesondere Art. 6 zur „Rechtmäßigkeit der Verarbeitung“) entsprechen.

Die Regelung stellt die konkreten Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit einem derartigen Informationsaustausch nicht klar und berücksichtigt berufliche Verschwiegenheitsverpflichtungen nur vage. Es ist auch unklar, ob die Freiwilligkeit (§ 33 Abs 6 Z 4: „...*kann die FMA ... Informationen mit folgenden Behörden austauschen*“) beiderseits oder nur auf Seiten der FMA bestehen soll.

Jedenfalls ist aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer einmal mehr zu betonen, dass die berufliche (Amts)Verschwiegenheit sowohl auf Ebene der Notare als auch auf Ebene der Notariatskammern weiterhin in vollem Umfang gewährleistet sein muss. Die bestehenden Durchbrechungen der beruflichen Verschwiegenheit gemäß den Bestimmungen der Notariatsordnung als dem Berufsgesetz der österreichischen Notare gewährleisten eine effektive Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und dürfen durch Neuerungen in anderen Gesetzen nicht ausgedehnt werden. Die unklar formulierten Bestimmungen des Entwurfs lassen bei der Österreichischen Notariatskammer die Befürchtung entstehen, dass in derartige Bestimmungen von verschiedenen Seiten überschießende Verpflichtungen usw. hineininterpretiert werden könnten. Im Sinne der Rechtssicherheit ist es unabdingbar, dass die konkrete Bedeutung einer Vorschrift klar erfassbar ist.

Im Ergebnis ist nochmals zu betonen, dass im Wege von Regelungen zu einem „Informationsaustausch“ zwischen Aufsichtsbehörden weder die Amtsverschwiegenheit noch die Berufsverschwiegenheit der Beaufichtigten umgangen werden dürfen.

2. Zu den Änderungen des WiEReG:

Die Österreichische Notariatskammer spricht sich in aller Deutlichkeit dagegen aus, dass in **§ 1 Abs 2 Z 18** anstelle der bisherigen Formulierung für trustähnliche Vereinbarungen („andere Vereinbarungen, sofern diese in Funktion und Struktur mit einem trust vergleichbar sind“) nun die Formulierung **„andere Vereinbarungen, wie beispielsweise fiducie, fideicomiso oder Treuhandschaften, sofern diese in Funktion und Struktur mit einem trust vergleichbar sind“** verwendet werden soll.

In Österreich sind Treuhandschaften sehr häufig; typischerweise handelt es sich dabei um Abwicklungstreuhandschaften, zB. für Liegenschaftstransaktionen. Diese dienen als Sicherungsinstrument für Käufer und Verkäufer und sind daher keinesfalls mit einem trust vergleichbar. Vielmehr soll mittels einer derartigen Abwicklungstreuhandschaft sichergestellt werden, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer zu ihrem Recht kommen. Der Käufer will sich dagegen absichern, den Kaufpreis bezahlt zu haben, ohne in der Folge als neuer Eigentümer ins Grundbuch eingetragen zu werden; der Verkäufer will sich dagegen absichern, das Eigentum an der Liegenschaft zu verlieren, ohne den Kaufpreis erhalten zu haben. Wenn die Vertragsparteien einen berufsmäßigen Parteienvertreter als Treuhänder beauftragen (auf dessen Treuhandkonto der Kaufpreis kurzfristig zu verwahren ist), wird mittels der abzuschließenden Treuhandvereinbarung geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Auszahlung des Kaufpreises an den Verkäufer erfolgen kann (häufig: nachdem der Käufer als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist).

In den Erläuterungen wird als Begründung, warum man in Z 18 nun als Beispiele für mögliche andere Vereinbarungen „fiducie, fideicomiso und Treuhandschaften“ anführen will, ausgeführt, dass die von der 5. GW-RL eingeführten Beispiele übernommen werden sollen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die 5. GW-RL das Wort „Treuhandschaften“ gar nicht verwendet. Der Begriff „Treuhandschaften“ kommt in der 5. GW-RL überhaupt nicht vor. Die Verwendung der erwähnten Aufzählung ist daher nicht notwendig; es gibt keinen Anlass, die bisherige Definition zu ändern.

Es ist überhaupt unpassend und unangebracht bzw. sogar irreführend, in einem österreichischen Umsetzungsgesetz bei der Aufzählung von möglichen trustähnlichen Vereinbarungen das Wort „Treuhandschaften“ zu verwenden, da aufgrund des österreichischen Grundbuchsystems Liegenschaftstransaktionen üblicherweise mit Abwicklungstreuhandschaften eines beruflichen Parteienvertreters, der von den Transaktionsparteien zur Sicherung der Zug-um-Zug-Abwicklung als Treuhänder beauftragt wird, einhergehen und derartige Abwicklungstreuhandschaften keinesfalls mit einem trust verglichen werden können. Zwar wird in den Erläuterungen ausgeführt, dass bei einer Treuhandschaft *„in der üblichen im Rechtsverkehr gebräuchlichen Form regelmäßig nicht das Erfordernis, dass die Treuhandschaft in Funktion oder Struktur mit einem trust vergleichbar ist, gegeben sein wird“*. Die Erläuterungen stehen aber dem Gesetzestext natürlich nicht gleich!

Jedenfalls müsste in den Erläuterungen der Unterschied zwischen Abwicklungstreuhandschaften und trusts viel deutlicher hervorgehoben werden. In diesem Zusammenhang darf an die ausführlichen Erläuterungen in der Regierungsvorlage zum WiEReG erinnert werden. Hier wurde zutreffenderweise genau erläutert, dass eine Treuhandschaft typischerweise keine Rechtsvereinbarung darstellt, die in ihrer Struktur und Funktion einem trust ähnelt, weil bei der Treuhandschaft Rechtsbeziehungen zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder geschaffen werden und grundsätzlich keine Verwaltung des Vermögens zugunsten eines Dritten vorgesehen ist, womit ein deutlicher Unterschied in der Struktur der Treuhandschaft zu einem common law trust besteht.

In Umsetzung der 5. GW-RL sind im WiEReG zusätzliche Regelungen betreffend trusts vorgesehen. In diesem Zusammenhang sind für trusts und trustähnliche Vereinbarungen auch gewisse Meldungen an das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene vorgesehen. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist eine ausdrückliche Klarstellung geboten, dass das Treuhandregister des österreichischen Notariats (§§ 109a, 140d NO), das der Registrierung von Abwicklungstreuhandschaften durch Notare als Treuhänder dient, nichts mit trusts und trustähnlichen Vereinbarungen zu tun hat und daher auch nicht mit allfälligen ausländischen „Trust-Registern“ (siehe zB § 5a Abs. 4) vergleichbar ist.

Gemäß **§ 9 Abs. 5b neu** soll jeder Verpflichtete, der zwecks Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlichen Eigentümer eines Rechtsträgers in das Register Einsicht nimmt, künftig die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme mit jenem berufsmäßigen Parteienvertreter bekommen, der den Rechtsträger aus Anlass der Meldung vertreten hat.

Damit zusammenhängend sieht **§ 5 Abs. 1 Z 4 lit. c** vor, dass bei Meldungen durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter dieser zwingend seine E-Mail-Adresse für Rückfragen im Zusammenhang mit einer Meldung (bzw. auch mit einem allfälligen Compliance-Package) anzugeben hat.

Für die Österreichische Notariatskammer ist nicht nachvollziehbar, weshalb, ohne diesbezügliche europarechtliche Vorgaben, derartige Regelungen geschaffen werden sollen, die aus Sicht der

Österreichischen Notariatskammer eher negative Auswirkungen auf die Qualität des Registers erwarten lassen: müssen berufsmäßige Parteienvertreter, die Meldungen für Rechtsträger vornehmen, nämlich - jederzeit - Rückfragen von diversen Verpflichteten erwarten (die wohl auch schon berufsrechtlich zu beantworten wären), kann davon ausgegangen werden, dass das Interesse berufsmäßiger Parteienvertreter, im Auftrag von Klienten Meldungen an das Register der wirtschaftlichen Eigentümer vorzunehmen, abnehmen würde und die Rechtsträger selbst die Meldungen vornehmen würden. Gerade professionelle Meldungen durch berufsmäßige Parteienvertreter sind aber ein ganz wesentlicher Faktor für die Qualität des Registers der wirtschaftlichen Eigentümer.

Die überschießende Regelung, dass meldende Parteienvertreter im Wege eines Kontaktformulars (letztlich über das „WiEReG-Managementsystem“) für Anfragen von Verpflichteten zur Verfügung stehen müssten, ist daher aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer für die Zwecke des Registers kontraproduktiv.

Die Verpflichtung für meldende Parteienvertreter - völlig unabhängig von optionalen „Compliance-Packages“ - zwingend eine Kontaktadresse für Rückfragen durch Verpflichtete anzugeben, wird daher abgelehnt. Vielmehr sollte die Angabe einer Kontaktadresse durch die meldenden Parteienvertreter lediglich als freiwillige Möglichkeit vorgesehen werden.

Auch zum „Compliance-Package“ gemäß dem neu vorgeschlagenen **§ 5a** ist festzuhalten, dass mit der freiwilligen Nutzung dieses Instrumentariums die berufliche Verschwiegenheit eines Parteienvertreter, die insbesondere auch die Interessen des Mandanten schützt, nicht umgangen werden darf. Insofern muss aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer (auch künftig) die Einstellung von „Compliance-Packages“ in das Register der wirtschaftlichen Eigentümer eine freiwillige Angelegenheit bleiben, wobei im Übrigen der damit verbundene Aufwand des einschreitenden Parteienvertreter (sowohl bei Einstellung als auch bei eventuellen Rückfragen) vom Klienten honorarmäßig abgegolten werden müsste.

Wie bei der „Auskunftspflicht“ (§§ 5 Abs. 1 Z 4 lit. c, 9 Abs. 5b neu) wird auch bei den „Compliance-Packages“ eine professionelle Meldung durch berufsmäßige Parteienvertreter von entscheidender Bedeutung für die Qualität des Registers der wirtschaftlichen Eigentümer sein. Aus diesem Grund darf auch hier die Praxis nicht zu einem unverhältnismäßigen Aufwand führen, weshalb die Österreichische Notariatskammer anregt, die Option des „Compliance-Packages“ in angemessener Zeit nach deren Einführung einer Evaluierung zu unterziehen.

Schließlich weist die Österreichische Notariatskammer nachdrücklich auf das unklare, unzureichend geregelte Problem möglicher **Haftungen berufsmäßiger Parteienvertreter**, insbesondere im Zusammenhang mit dem Inhalt von „Compliance-Packages“ sowie mit Auskünften im Falle von Rückfragen durch Verpflichtete, hin.

§ 11 Abs. 1 1. Satz sieht unverändert vor, dass sich „Verpflichtete bei der Anwendung ihrer Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden nicht ausschließlich auf die im Register enthaltenen Angaben über die wirtschaftlichen Eigentümer eines Rechtsträgers verlassen dürfen“.

§ 5 Abs. 1 Z 4 lit. a in der vorgeschlagenen Fassung sieht verpflichtend eine Angabe des meldenden Parteienvertreters, ob er die wirtschaftlichen Eigentümer des Rechtsträgers festgestellt und überprüft hat, vor.

Es ist nicht klar, ob eine Bestätigung im Sinne § 5 Abs. 1 Z 4 lit. a (erfolgte Feststellung und Überprüfung der wirtschaftlichen Eigentümer) sowie „Compliance-Packages“ bzw. Auskünfte durch berufsmäßige Parteienvertreter, insbesondere im Zusammenhang mit „Compliance-Packages“, als „*im Register enthaltene Angabe über die wirtschaftlichen Eigentümer*“ im Sinne von § 11 Abs. 1 1. Satz zu qualifizieren wären und bejahendenfalls, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen dies für einen berufsmäßigen Parteienvertreter haben könnte.

Betreffend Auskünfte von berufsmäßigen Parteienvertretern im Falle von Rückfragen durch Verpflichtete finden sich keine näheren Regelungen dazu, wie Verpflichtete damit umzugehen hätten bzw welche Qualität diese Auskünfte haben sollen.

Aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer ist es jedenfalls geboten, im WiEReG generell entsprechende **Haftungsausschlüsse für die berufsmäßigen Parteienvertreter** (nicht nur gegenüber Dritten / Verpflichteten / Registerbehörden / sonstigen Behörden, sondern auch gegenüber dem eigenen Klienten) vorzusehen.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Hon.-Prof. Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner
(Präsident)