

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 30.4.2010
GZ: 261/10; smp

BMJ-L318.029/0001-II 2/2010

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Rechtsanwaltsordnung, die Notariatsordnung, das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden; Begutachtungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 14. April 2010, bei der Österreichischen Notariatskammer am 16. April 2010 eingelangt, hat das Bundesministerium für Justiz den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Rechtsanwaltsordnung, die Notariatsordnung, das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden, übersendet und ersucht, dazu bis 30. April 2010 eine Stellungnahme abzugeben.

Die Österreichische Notariatskammer bedankt sich für die Möglichkeit einer Äußerung zum vorliegenden Entwurf und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben:

Vorweg ist festzuhalten, dass die Bestimmungen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung auf Basis der Richtlinie 2005/60/EG



des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 stets in einem Spannungsverhältnis mit dem Recht der Parteien auf die berufliche Verschwiegenheit ihres Notars stehen.

Diese Spannungsverhältnis mit dem notariellen Berufsgeheimnis ist besonders sensibel, da die berufliche Verschwiegenheit des Notars (§ 37 NO) einen Stützpfeiler der gesetzlichen Berufspflichten und Berufsrechte darstellt.

Für den nationalen Gesetzgeber muss es daher bei Umsetzung in nationale Normen geboten sein, jede nach der Geldwäsche - Richtlinie bestehende Möglichkeit zur Wahrung der beruflichen Verschwiegenheit auszuschöpfen.

Diesem Ziel wurde aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer in der Vergangenheit leider nicht immer ausreichend Rechnung getragen: so gehen teilweise bereits bestehende gesetzliche Pflichten über die Anforderungen der Dritte Geldwäsche-Richtlinie hinaus, da der nationale Gesetzgeber (auf freiwilliger Basis) bereits strengere Berufspflichten als die Richtlinie vorgesehen hat, wobei diese Pflichten in der Praxis teilweise erheblichen zusätzlichen Aufwand hervorrufen.

Demonstrativ wird auf § 36b Abs. 2 NO verwiesen, der inhaltlich strengere Anforderungen an die Pflicht zur Identitätsfeststellung als Art. 8 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2005/60/EG vorsieht. Ebenso geht § 36b Abs. 3 NO im Zusammenhang mit den Identifizierungspflichten bei einem Ferngeschäft inhaltlich über die Vorgaben der Dritten Geldwäsche-Richtlinie (die Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 lit. a bis e müssen alternativ, nicht kumulativ vorliegen) hinaus.

Gleichzeitig hält die Österreichische Notariatskammer jedoch fest, dass sie in der Vergangenheit und auch weiterhin die Bemühungen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung aktiv unterstützt.

In diesem Sinne werden die Notarinnen, Notare, Notariatskandidaten und deren Mitarbeiter von der Österreichischen Notariatskammer laufend über Neuerungen informiert, mit internen Arbeitsbehelfen (Anwendungsempfehlungen, „red flag“-Listen, Fragebogen zur Feststellung der wirtschaftlichen Eigentümer und der PEPs, Mitarbeiterinstruktionen) vorsorgt und Schulungen und Seminare durch Experten angeboten und abgehalten. Diese Maßnahmen der Österreichischen Notariatskammer wurden im übrigen auch vom Prüftteam des IWF anlässlich der FATF-Prüfung der Republik Österreich im Bereich der non-financial businesses and professions (DNFBP) positiv gewertet.

Vor diesem Hintergrund ist zum vorliegenden Entwurf, mit dem neuerlich unter anderem die Identifizierungs- und Sorgfaltspflichten der Rechtsanwälte und Notare verschärft werden sollen, festzuhalten:

Zu Z 1 (§ 36b Abs. 4 NO):

Durch die vorgesehene Änderung soll aus Anlass einer Kritik im Rahmen des FATF-Länderberichts vom 26.6.2009 sichergestellt werden, dass der wirtschaftliche Eigentümer in *jedem* Fall - und nicht erst nach Durchführung einer risikobasierten Beurteilung - zu identifizieren ist. Ein risikobasierter Ansatz soll aber sehr wohl beim erforderlichen Umfang und der Intensität der Überprüfung Anwendung finden.

Die Österreichische Notariatskammer hält dazu fest, dass die Regelung, wer konkret als wirtschaftlicher Eigentümer gilt (§ 36d NO), per se bereits komplex und für den anwendenden Notar in der Praxis kompliziert ist.

Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers kann nur in Fällen relevant sein, in denen es sich bei der Partei um eine juristische Person (Gesellschaft oder sonstige Rechtsperson, beispielsweise Stiftungen oder Trusts) handelt oder die Partei durch eine (auf fremde Rechnung handelnde) natürliche Person vertreten wird. Im zweiten Fall kann eine Pflicht des Notars zur Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers logischerweise nur dann ausgelöst werden, wenn er zumindest einen konkreten Hinweis darauf hat, dass die tatsächlich erschienene Partei für einen anderen (wirtschaftlichen Eigentümer) handelt.

Die Österreichische Notariatskammer geht davon aus, dass die beabsichtigte Neuregelung des § 36b Abs. 4 NO damit in Einklang steht. Jegliche andere Auslegung wäre unsinnig, da ansonsten der Notar bei *jeder* Partei (natürliche Person) eines geldwäschegeneigten Geschäfts zur Feststellung und Identifizierung (auch) des wirtschaftlichen Eigentümers genötigt wäre, was einen nicht vertretbaren Mehraufwand auslösen würde.

Zu Z 2 und 3 (§ 36b Abs. 6 NO):

Durch die beabsichtigte Neuregelung soll der Notar verpflichtet werden, insbesondere solchen Geschäftsbeziehungen und Geschäften erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen, die eine besonders komplizierte oder ungewöhnliche vertragliche oder wirtschaftliche Konstruktion aufweisen und die den

wirtschaftlichen oder rechtlichen Zweck der Geschäftsbeziehung oder des Geschäftes nicht ohne weiteres erkennen lassen.

Die Österreichische Notariatskammer lehnt die diesbezügliche Verschärfung der beruflichen Pflichten ab. Die ausdrückliche Anführung einer derartigen Verpflichtung des Notars im Gesetz wäre ein weiteres Beispiel dafür, dass über die Vorgaben der Dritte Geldwäsche-Richtlinie (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. c und d) hinaus gegangen wird.

Zur Begründung dieser Ablehnung ist darauf hinzuweisen, dass bereits die bestehenden Sorgfaltspflichten gemäß § 36b Abs. 6 NO (die wie gesagt Art. 8 Abs. 1 lit. c und d der Dritte Geldwäsche-RL ausreichend umsetzen) in der Praxis äußerst schwierig umzusetzen sind. Dazu trägt bei, dass der Gesetzgeber bereits anlässlich des Berufsrechts-Änderungsgesetzes 2008 - BRÄG 2008, BGBl. I Nr. 111/2007 bedauerlicherweise (auch in den Erläuterungen) für den Rechtsanwender nicht abschließend klargestellt hat, ob sich die „*laufende Überwachung der Geschäftsbeziehung*“ nur auf die Geschäftsbeziehung zwischen dem Notar und seiner Partei oder auch auf die Geschäftsbeziehung zwischen der Partei des Notars und Dritten bezieht.

Für die Österreichische Notariatskammer ist nur die erste Auslegungsvariante (die laufende Überprüfung betrifft die Geschäftsbeziehung zwischen Notar und seinem Mandanten) praktikabel, vertretbar und vom Gesetz gedeckt. Dafür sprechen auch die seinerzeitigen erläuternden Bemerkungen zum BRÄG 2008, wonach die laufende Überwachung der Geschäftsbeziehung nur bei Anknüpfung eines Dauerauftragsverhältnisses im Sinne § 36b Abs. 1 Z 1 NO (nicht aber bei den sonstigen Geschäften mit einer Auftragssumme von mindestens EUR 15.000,-) besteht. Alleine die Auslegungsschwierigkeiten für den rechtsanwendenden Notar, die durch die Verwendung der unbestimmten Gesetzesbegriffe der Dritten Geldwäsche-Richtlinie ohne nähere gesetzliche Definition verschärft werden, müssen zu einer Ablehnung der beabsichtigten zusätzlichen Verschärfung der Sorgfaltspflichten bei besonders komplexen oder ungewöhnlichen Transaktionen führen.

Der nationale Gesetzgeber hat es bedauerlicherweise bislang in vielen Punkten der Umsetzung der Geldwäscheverpflichtungen unterlassen, den rechtsanwendenden Notar durch etwas präzisere Bestimmung seiner gesetzlichen Verpflichtungen zu unterstützen. So heißt es auch zur Pflicht der laufenden Überwachung der Geschäftsbeziehung in den erläuternden Bemerkungen des BRÄG 2008: *„Eine abschließende Aufzählung der erforderlichen Maßnahmen ist schon im Hinblick auf die Vielfältigkeit der von Notaren eingegangenen Geschäftsbeziehungen nicht möglich.“*

Im Übrigen wird zur geplanten Neufassung des § 36b Abs. 6 NO festgehalten, dass es bereits bisher zur Praxis der Österreichischen Notariatskammer zählt, die Liste jener Staaten, die die Empfehlungen der FATF nicht oder nur unzureichend umsetzen, auf der Website der Österreichischen Notariatskammer bereit zu stellen. Auf diese Staaten wird auch laufend in Rundschreiben der Österreichischen Notariatskammer hingewiesen.

Auch unter diesem Aspekt ist daher eine gesetzliche Anordnung nicht notwendig, wenngleich es die Notariatskammer begrüßen würde, eine aktuelle Liste der betreffenden Staaten vom Bundesministerium für Finanzen zu erhalten, da sich erfahrungsgemäß Recherchen auf der Website der FATF schwierig gestalten.

Zu Z 4 (§ 37a NO):

Gegen die Zitat Anpassung auf Grund eines aktuellen Entwurfs zur Änderung des Bankengesetzes bestehen keine Einwände.

Da die Österreichische Notariatskammer - wie ausgeführt - auch stets aktive Unterstützerin der Bemühungen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung war, bestehen im Übrigen keine spezifischen Kritikpunkte gegen die beabsichtigten Änderungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung. Insbesondere die vorgeschlagene Kriminalisierung der Eigengeldwäscherei sollte den FATF-Empfehlungen stärker als bisher Rechnung tragen. Unter Zugrundelegung der Ausführungen des Bundesministeriums für Justiz in den erläuternden Bemerkungen zum vorliegenden Entwurf, wonach überdies die Änderung des § 116 StPO nicht im Widerspruch zum Bankgeheimnis gemäß § 38 BWG steht, bestehen seitens der Österreichischen Notariatskammer auch diesbezüglich auch keine Einwände.

Die Österreichische Notariatskammer ersucht um Berücksichtigung obiger Ausführungen zu den Änderungen der Notariatsordnung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner e.h.
(Präsident)