

# Die „Geldwäsche“-Richtlinie (Vorschlag der Kommission der EG) und mögliche Anpassungserfordernisse im österreichischen Recht\*)

Von Dr. Stefan Weber, LL. M. (Harvard), Wien

- I. Der Begriff „Geldwäsche“
- II. Die Mittel des Richtlinienvorschlages im Kampf gegen die Geldwäsche
- III. Die wesentlichen Tatbestände des Richtlinienvorschlages und die Anpassungserfordernisse im österreichischen Recht
  1. Die Kriminalisierung der Geldwäsche (Art 2)
    - a) Geldwäschereibegründende Vortaten
    - b) Vermögenswerte – Vermögensgegenstände
    - c) Der Umtausch oder Transfer von Vermögenswerten
    - d) Das Verheimlichen oder Verschleiern von die Vermögensgegenstände betreffenden Umständen
    - e) Geldwäsche – Hehlerei
  2. Die Bekanntgabe der Identität von Kunden und wirtschaftlichen Eigentümern (Art 3)
  3. Die Sorgfaltspflichten der Kredit- und Finanzinstitute (Art 4)
  4. Die Zusammenarbeit zwischen Kredit- und Finanzinstituten, Aufsichtsbehörden und Justizbehörden (Art 5 und 6)
    - a) Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses
    - b) Die Anzeigepflichten

Am 23. März 1990 hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art 57 Abs 2 Satz 3 EWGV einen *Vorschlag* für eine *Richtlinie des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche* (im fol-

\*) Der Beitrag stellt in Kürze den RL-Vorschlag dar und vergleicht ihn mit der österreichischen Rechtsordnung. Dabei zeigt er einzelne Probleme einer möglichen Anpassung (im autonomen Nachvollzug oder als Mitglied der EG) auf, ohne diese Probleme umfassend und abschließend zu behandeln.

genden kurz RL-Vorschlag) vorgelegt<sup>1)</sup>. Diese RL wird – nach Erlassung durch den Rat – wegen der Verflechtungen der (europäischen) Finanzsysteme auch dann für Österreich richtungsweisend sein, wenn Österreich nicht Mitglied der EG wird und die Bestimmungen allenfalls autonom nachvollzöge<sup>2)</sup>.

Erklärtes Ziel der Kommission ist es, die Geldwäsche, insbesondere im Zusammenhang mit dem Drogenhandel, zu bekämpfen<sup>3)</sup>. Geldwäscher könnten die Solidität und Stabilität der beteiligten Kreditinstitute und des europäischen Finanzsystems erheblich gefährden<sup>4)</sup>, was zu Vertrauenseinbußen in der Öffentlichkeit führen würde<sup>5)</sup>. Die Gemeinschaft habe daher zu verhindern, daß Geldwäscher den Binnenmarkt im Bereich der Finanzen, also den freien Kapitalverkehr (Art 67ff EWGV) und die Freizügigkeit bei den Finanzdienstleistungen (Art 59ff, insb Art 61 Abs 2 EWGV) ausnutzen. Ginge die Gemeinschaft nicht gegen die Geldwäsche vor, so könnte dies die Mitgliedstaaten dazu veranlassen, zum Schutz ihres Finanzsystems Maß-

<sup>1)</sup> KOM (90) 106; Artikelzahlen ohne Bezeichnung beziehen sich auf den RL-Vorschlag.

<sup>2)</sup> Das bekannteste Beispiel für den autonomen Nachvollzug einer Norm des EG-Rechtes ist das Produkthaftungsgesetz BGBl 1988/99; dazu *Posch*, Probleme „autonomer Rechtsanpassung“ – dargestellt am Produkthaftungsgesetz in: *Aicher-Koppensteiner (Hrsg)*, FS Ostheim (1990), 665 ff.

<sup>3)</sup> KOM (90) 106, I. 2.

<sup>4)</sup> Der RL-Vorschlag zielt also im wesentlichen auf die Bekämpfung der „Wäsche“ größerer Geldmengen ab.

<sup>5)</sup> KOM (90) 106, II. 2.

nahmen zu ergreifen, die der Vollendung des Binnenmarktes entgegenstehen könnten“).

### I. Der Begriff „Geldwäsche“

Der Begriff „Geldwäsche“ (im Englischen „money laundering“) wurde insbesondere im deutschen Sprachraum bisher nur umgangssprachlich gebraucht<sup>7)</sup>. Umso schwerer war es, eine juristisch zufriedenstellende Definition zu finden. Der RL-Vorschlag enthält schließlich auch keine eigenständige Bestimmung des Begriffes „Geldwäsche“, sondern übernimmt jene der *United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* (UN-Konvention)<sup>8)</sup>. Die UN-Konvention und damit auch der RL-Vorschlag verstehen Geldwäsche im Ergebnis als eine Form der *Hehlerei*<sup>9)</sup>.

Gemäß Art 1 ist *Geldwäsche*:

„der Umtausch oder Transfer von Vermögenswerten in Kenntnis der Tatsache, daß diese Vermögenswerte aus schweren Straftaten stammen, zum Zwecke der Verheimlichung oder Verschleierung des illegalen Ursprungs des Vermögenswertes oder der Unterstützung von Personen, die an einer solchen Straftat oder solchen Straftaten beteiligt sind, um den rechtlichen Konsequenzen solcher Aktivitäten zu entgehen, und das Verheimlichen oder Verschleiern der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung, Bewegung sowie der Rechte an oder der Eigentumsverhältnisse von Vermögensgegenständen, in Kenntnis der Tatsache, daß diese Gegenstände aus schweren Straftaten stammen.“

Diese Definition entspricht im wesentlichen Art 3 Abs 1 lit b der UN-Konvention. Zum Unterschied von dieser beschränkt sich der RL-Vorschlag aber nicht auf die Geldwäsche aus Straftaten im Zusammenhang mit Drogen, sondern bezieht alle Arten von schweren Verbrechen, Terrorismus und organisiertes Verbrechen mit ein.

### II. Die Mittel des RL-Vorschlages im Kampf gegen die Geldwäsche

Die Nutzung des europäischen Finanzsystems zur Geldwäsche will der RL-Vorschlag vor allem auf zwei Ebenen verhindern:

Der Kern des RL-Vorschlages ist die *Kriminalisierung des Geldwaschens* (Art 2). Diese Maßnahme ist trotz des spektakulären Namens vor dem Hintergrund des österreichischen Strafrechtes nichts Besonderes. Was der RL-Vorschlag als Geldwäsche bezeichnet, regelt das StGB im wesentlichen in § 164 als Hehlerei.

Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten den *Kredit- und Finanzinstituten* bestimmte *Pflichten* und *Beschränkungen* aufzuerlegen. Dabei sollten möglichst alle Finanztransaktionen vom RL-Vor-

schlag umfaßt werden. Da ein auf Kreditinstitute beschränkter Anwendungsbereich zur Verlagerung der Geldwäsche auf ähnliche Einrichtungen führen könnte, benutzt der RL-Vorschlag überdies den (weiteren) Begriff Finanzinstitut<sup>10)</sup>. Der RL-Vorschlag enthält für Kredit- und Finanzinstitute insbesondere die Pflicht, die Identität ihrer Kunden festzustellen (Art 3), bestimmte Sorgfaltspflichten (Art 4), eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses (Art 5) und Anzeigepflichten für Kredit- und Finanzinstitute und Aufsichtsbehörden (Art 5 und 6).

*Formell* schlägt die Kommission gemäß Art 57 Abs 2 EWGV dem Rat die Erlassung einer RL vor. Eine RL ist an die Mitgliedstaaten (und nicht – wie die Verordnung – an die EG-Bürger direkt) gerichtet (hier: an alle Mitgliedstaaten, Art 10). Sie ist verbindlich und erfordert die Mitwirkung der nationalen Gesetzgebungsorgane<sup>11)</sup>. Die Art der Umsetzung in die nationale Rechtsordnung obliegt dem einzelnen Mitgliedstaat (Art 189 Abs 3 EWGV). Dieser ist verpflichtet, seine Rechtsvorschriften innerhalb einer bestimmten Frist (hier: bis zum 1. Jänner 1992, Art 9) anzupassen. Werden die Rechtsvorschriften bis dahin nicht angepaßt, können sich die EG-Bürger auf inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen der RL (unmittelbar) berufen<sup>12)</sup>.

### III. Die wesentlichen Tatbestände des RL-Vorschlages und Anpassungserfordernisse im österreichischen Recht

#### 1. Die Kriminalisierung der Geldwäsche (Art 2)

Art 2 lautet:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß das Waschen der Erlöse aus schweren Straftaten nach ihren nationalen Rechtsvorschriften als strafbare Handlung gilt.“

Wenn Vermögenswerte aus einer schweren Straftat stammen, soll also gemäß Art 1<sup>13)</sup> iVm Art 2 der „*Umtausch oder Transfer*“ dieser Vermögenswerte (Art 1 erster Fall) und das „*Verheimlichen oder Verschleiern*“ von Umständen, die diese Vermögenswerte betreffen, (Art 1 zweiter Fall) unter bestimmten Voraussetzungen strafbar sein.

Im österreichischen Recht ist wegen *Hehlerei* nach § 164 Abs 1 Z 1 StGB strafbar, wer den Täter beim *Verheimlichen* oder *Verhandeln* einer ua durch ein Verbrechen erlangten Sache unterstützt. Nach § 164 Abs 1 Z 2 StGB ist strafbar, wer eine ua durch ein Verbrechen erlangte Sache *kauft, zum Pfand nimmt, oder sonst an sich bringt, verheimlicht* oder *verhandelt*. Sowohl die vorsätzliche Begehung (§ 164 StGB) als auch die fahrlässige Begehung (§ 165 StGB) der Tat sind strafbar<sup>14)</sup>.

<sup>10)</sup> KOM (90) 106, III. 1.; s unten III. 2.

<sup>11)</sup> Vgl dazu *Beutler-Bieber-Pipkorn-Streil*, Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik<sup>3</sup>, 182 ff mwH.

<sup>12)</sup> EuGH Rs 8/81 (Becker), Slg 1982/53; vgl *Beutler ua* (FN 11), 230.

<sup>13)</sup> S oben I.

<sup>14)</sup> Dazu *Liebscher* (ergänzt durch *Tschulik*) in WK, § 164 Rz 1 ff; *Leukauf-Steininger*, StGB<sup>3</sup>, § 164 Rz 1 ff; *Foregger-Serini*, StGB<sup>4</sup>, § 164 Anm Iff; *Kienapfel*, Strafrecht BT II<sup>2</sup> vor und zu § 164.

<sup>6)</sup> KOM (90) 106, II. 4.

<sup>7)</sup> *Brockhaus*, Enzyklopädie<sup>19</sup> und *Duden*, Rechtschreibung<sup>18</sup> beispielsweise kennen diesen Begriff nicht; vgl aber *Tschulik* in WK, § 164 StGB, Rz 2c.

<sup>8)</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den illegalen Handel mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, angenommen am 19. Dezember 1988 in Wien.

<sup>9)</sup> §§ 164, 165 StGB; s unten III. 1.

Das österreichische Strafrecht entspricht in diesem Punkt schon jetzt<sup>15)</sup> im wesentlichen den Vorstellungen der Kommission:

a) Geldwäschereibegründende Vortaten

*Hehlereibegründende Vortaten* sind gemäß § 164 Abs 1 Z 1 StGB nur *Verbrechen* (und bestimmte, das Vermögen betreffende Vergehen sowie bestimmte Amtsdelikte). *Geldwäschereibegründende Vortaten* nach dem RL-Vorschlag sind „*schwere Straftaten*“. Der Vorschlag bestimmt zwar nicht, was unter „schwerer Straftat“ zu verstehen ist, nennt jedoch in Art 1 als Beispiele die Suchtgiftdelikte der UN-Konvention<sup>16)</sup>, den Terrorismus und „insbesondere“ das organisierte Verbrechen<sup>17)</sup>. Im übrigen wird auf die „Definition der Mitgliedstaaten“ verwiesen. Das österreichische Strafrecht kennt in § 17 StGB eine passende „Definition“, nämlich das *Verbrechen* im Unterschied zum *Vergehen*: Danach sind Verbrechen vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, Vergehen sind alle anderen strafbaren Handlungen. Gemessen an den Zielen der Kommission<sup>18)</sup> geht der Begriff „Verbrechen“ iSd § 17 (iVm § 164) StGB grundsätzlich über den Begriff „schwere Straftat“ hinaus und deckt diesen im wesentlichen ab. Nicht zur Gänze abgedeckt sind jedoch die Suchtgiftdelikte der UN-Konvention. Es müßte daher entweder im Suchtgiftgesetz sichergestellt werden, daß alle in der UN-Konvention genannten Delikte Verbre-

<sup>15)</sup> Das Strafgesetz 1852, das bis 1974 gegolten hatte, kannte lediglich den Diebstahl, die Veruntreuung und den Raub als hehlereibegründende Vortaten (§§ 185, 196 StG). Durch § 164 StGB wurde im Jahre 1975 die strafbare Hehlerei auf alle Vermögensdelikte ausgedehnt; Suchtgiftdelikte beispielsweise blieben weiter ausgeschlossen. Durch das 2. AntikorruptionsG (BGBl 1982/205) wurde im Jahre 1982 der Anwendungsbereich des § 164 StGB schließlich ua auf alle Verbrechen erweitert. Der Charakter der *Hehlerei* hatte sich damit jedoch *grundlegend geändert*: War ursprünglich die Diebsbeute typischerweise Objekt der Hehlerei, war nun ein Delikt geschaffen, das (allgemein) verhindern soll, daß Vermögenslagen aufrecht erhalten bleiben, die durch Erträge aus (schweren) Vortaten (welcher Art immer) rechtswidrig geschaffen wurden. (vgl. *Kienapfel* (FN 14), Vorbem §§ 164f RN 2; *Pallin*, Die neuen Bestimmungen gegen Korruption und Vergabemißbrauch, ÖJZ 1982, 337, 339; *Leukauf-Steininger*, StGB<sup>2</sup>, § 164 Rz 5).

<sup>16)</sup> Art 3 Abs 1 lit a und c UN-Konvention zählt diese Delikte auf: Es sind dies die im SuchtgiftG enthaltenen Delikte (zB die Erzeugung oder das Inverkehrbringen von Suchtgift). Dazu gehören aber auch der Besitz von (sonst harmlosen) Gegenständen und Materialien mit dem Wissen, daß sie (später) zur Erzeugung von Suchtgiften verwendet werden (zB Aceton oder Glasbehälter), oder der Ankauf von Vermögen, das aus Suchtgifterträgen angeschafft wurde.

<sup>17)</sup> Unter „organisiertem Verbrechen“ versteht der RL-Vorschlag nicht die Vorbereitungshandlungen der Bandenbildung (§ 278 StGB, § 14 SSG) oder des verbrecherischen Komplotts (§ 277 StGB, § 14 SSG) sondern die gewerbsmäßig oder als Bande durchgeführten Verbrechen.

<sup>18)</sup> S oben in der Einleitung.

chen sind, oder § 164 StGB entsprechend novelliert werden.

b) Vermögenswerte – Vermögensgegenstände

Objekt der Geldwäsche können nach dem RL-Vorschlag Vermögenswerte und Vermögensgegenstände sein, wobei Art 1 Vermögensgegenstände als „Vermögenswerte aller Art (materiell oder immateriell, beweglich oder unbeweglich) und Urkunden oder Rechtstitel, die das Eigentumsrecht oder Rechte an solchen Vermögenswerten belegen“, definiert. Gemeint ist offenbar, daß nicht nur körperliche Sachen (dingliche Rechte) sondern auch Immaterialgüterrechte und Forderungen<sup>19)</sup> Objekt der Geldwäsche sein können. Objekt der Hehlerei nach § 164 StGB sind jedenfalls körperliche Sachen (auch Wertpapiere oder Geld)<sup>20)</sup>. Eine weitergehende, richtlinienkonforme Auslegung des § 164 StGB ist nicht ausgeschlossen: Schon der Gesetzgeber wollte mit dem Begriff „erlangen“ einen weiten Anwendungsbereich des § 164 StGB sicherstellen<sup>21)</sup>. Dazu kommt, daß die Rechtsprechung<sup>22)</sup> aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch Bankguthaben, also Forderungen gegen Banken, als „Gut“ versteht<sup>23)</sup>. Allenfalls müßte der Gesetzgeber hier den Anwendungsbereich erweitern.

c) Der Umtausch oder Transfer von Vermögenswerten

Der *Umtausch* oder *Transfer* von Vermögenswerten (Art 1 erster Fall) ist in Österreich nach § 164 StGB strafbar. Das Tatbild der Hehlerei besteht gemäß § 164 Abs 1 Z 2 StGB ua im Kaufen, Ansiebringen oder Verhandeln einer Sache, die ein anderer ua durch ein Verbrechen erlangt hat<sup>24)</sup>. *Ansiebringen* bedeutet, den Gewahrsam über Vermögenswerte zu erwerben. Dabei ist es gleichgültig, ob der Gewahrsamserwerb für sich oder einen anderen, ob entgeltlich oder unentgeltlich, für Dauer oder nur vorübergehend erfolgt<sup>25)</sup>. Um aber eine Sache „umzutauschen“ oder zu „transferieren“, muß sie zuerst in Gewahrsam genommen werden, also „an sich gebracht“ werden. Das „Ansiebringen“ iSd § 164 StGB bildet daher die erste Teil-

<sup>19)</sup> Vgl. *Spielbühler* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz 1 zu § 285.

<sup>20)</sup> *Kienapfel* (FN 14), § 164 RN 5; *Foregger-Serini*, StGB<sup>4</sup>, § 164 Anm I.

<sup>21)</sup> *Leukauf-Steininger*, StGB<sup>2</sup>, § 164 Rz 5.

<sup>22)</sup> OGH SSt 56/17.

<sup>23)</sup> AA *Liebscher-Tschulik*, (FN 14), Rz 24b und *Kienapfel* (FN 14), § 164 Rz 5, der den Sachbegriff des § 164 StGB (ausgenommen unbewegliche Gegenstände) jenem des § 127 StGB (Diebstahl) gleichstellt. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber den Charakter der Hehlerei eben weg von den Vermögensdelikten hin zu einem allgemeinen Perpetuierungsdelikt verändert hat. War einstmals der Diebstahl die Vortat und der körperliche Gegenstand das Objekt, so kann heute jedes Verbrechen Vortat und jeder Vermögenswert Objekt sein. Gegen eine weite Auslegung des Sachbegriffes spricht allerdings, daß dann § 164 Abs 1 Z 4 StGB bedeutungslos wäre.

<sup>24)</sup> ZB *Liebscher-Tschulik*, (FN 14).

<sup>25)</sup> *Leukauf-Steininger*, StGB<sup>2</sup>, § 164 Rz 10; OGH SSt 20/144.

handlung eines „Umtausches“ oder eines „Transfers“ iSd Art 1 des RL-Vorschlags. Darüber hinaus können bestimmte Fälle des Umtausches und Transfers auch „Kaufen“ oder „Verhandeln“ iSd § 164 StGB sein<sup>26)</sup>.

Hinsichtlich der Herkunft der Vermögenswerte („in Kenntnis der Tatsache, daß diese Vermögenswerte aus schweren Straftaten stammen“) verlangt Art 1 des RL-Vorschlags *Wissentlichkeit*, § 164 StGB verlangt allgemein Vorsatz, § 165 StGB Fahrlässigkeit. Eine *Absicht*, den Ursprung der Vermögenswerte zu verheimlichen oder einen Straftäter zu begünstigen („zum Zwecke der Verheimlichung oder Verschleierung des illegalen Ursprungs des Vermögenswertes oder der Unterstützung von Personen, die an einer solchen Straftat oder solchen Straftaten beteiligt sind, um den rechtlichen Konsequenzen solcher Aktivitäten zu entgehen“), verlangt das österreichische Strafrecht nicht<sup>27)</sup>. Das österreichische Strafrecht ist daher in diesen Punkten strenger als der RL-Vorschlag.

d) *Das Verheimlichen oder Verschleiern von die Vermögensgegenstände betreffenden Umständen*

Art 1 zweiter Fall des RL-Vorschlags (das *Verheimlichen* oder *Verschleiern* von die Vermögenswerte betreffenden Umständen) ist in Österreich ebenfalls nach § 164 Abs 1 Z 2 StGB als Hehlerei strafbar. Tatbild nach § 164 Abs 1 Z 2 StGB ist auch das Verheimlichen einer Sache. Verheimlichen ist ein Handeln oder Unterlassen<sup>28)</sup>, das darauf abzielt, die Entdeckung eines Vermögenswertes zu verhindern oder zu erschweren<sup>29)</sup>. Eine allgemeine Pflicht, bei Geldwäsche Anzeige zu erstatten, enthält der RL-Vorschlag trotz seines sehr weiten Tatbildes („Verheimlichen und Verschleiern“) nicht. Dies ergibt sich im Umkehrschluß von Art 5, der Kredit- und Finanzinstitute zur Anzeigenerstattung verpflichtet<sup>30)</sup>. Auch ist eine derartige Absicht im RL-Vorschlag nicht erkennbar. Das Tatbild der Z 2 des § 164 Abs 1 StGB umfaßt daher das Tatbild des RL-Vorschlags („das Verheimlichen oder Verschleiern der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung, Bewegung sowie der Rechte an oder der Eigentumsverhältnisse von Vermögensgegenständen“) mit. Auch hier verlangt der RL-Vorschlag *Wissentlichkeit* hinsichtlich der Herkunft der Gegenstände („in Kenntnis der Tatsache, daß diese Gegenstände aus schweren Straftaten stammen“), das österreichische Strafrecht ist strenger und ver-

langt in § 164 StGB allgemein Vorsatz, in § 165 StGB Fahrlässigkeit.

e) *Geldwäsche – Hehlerei*

Im Unterschied zur Hehlerei iSd § 164 StGB trifft das Tatbild der Geldwäsche iSd Art 1 iVm 2 auch den Täter der „schweren Straftat“ selbst<sup>31)</sup>. Im österreichischen Strafrecht ist die „Hehlerei“ des Täters eine straflose Nachtat („Sache, die ein *anderer* durch ein Verbrechen . . . erlangt hat“)<sup>32)</sup>. Ob dies von der Kommission beabsichtigt war, ist aus dem RL-Vorschlag nicht zu erkennen. Kriminalpolitisch ist eine derartige Maßnahme mE nicht erforderlich<sup>33)</sup>.

Mitarbeiter österreichischer Kredit- und Finanzinstitute sind daher schon jetzt strafbar, wenn sie „Vermögenswerte aus schweren Straftaten umtauschen oder transferieren“, also Geldwaschen, insbesondere, da die Delikte nach § 164 StGB gemäß § 165 StGB auch fahrlässig begangen werden können und gemäß § 164 Abs 1 Z 3 StGB auch die Ersatzhehlerei strafbar ist<sup>34)</sup>.

2. Die Bekanntgabe der Identität von Kunden und wirtschaftlichen Eigentümern (Art 3)

Art 3 verlangt, daß der Gesetzgeber eine *Identitätsfeststellungspflicht*, eine *Nachforschungspflicht* nach dem wirtschaftlichen Eigentümer und eine *Aufzeichnungsführungspflicht* normiert:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Kredit- und Finanzinstitute von ihren Kunden die Bekanntgabe ihrer Identität verlangen, wenn sie mit diesen in Geschäftsbeziehungen treten oder für sie Geschäfte durchführen, und daß diese Institute, falls sie Zweifel hegen, ob ein Kunde im eigenen Namen handelt, angemessene Maßnahmen ergreifen, um die tatsächliche Identität der Person festzustellen, in deren Auftrag eine Transaktion getätigt oder ein Konto eröffnet wird. Die Kredit- und Finanzinstitute führen mindestens fünf Jahre lang, nachdem die Geschäftsbeziehungen mit ihren Kunden beendet wurden, Aufzeichnungen über die Identitätsausweise.“

Diese Bestimmung trafe die österreichische Rechtsordnung unvorbereitet, da der *Gesetzgeber* Banken bisher nicht verpflichtet hat, Aufzeichnungen über die Identität von Kunden zu führen<sup>35)</sup>.

<sup>31)</sup> Wäre der Täter vom Straftatbestand nicht mit umfaßt, bestünde für die Kredit- und Finanzinstitute beispielsweise keine Anzeigepflicht (Art 5 Z 1) bei Geldwäsche durch den Täter selbst, da diese Bestimmung am Straftatbestand der Art 1 und 2 („strafbare Geldwäsche“) und nicht an der Definition des Art 1 anknüpft.

<sup>32)</sup> ZB *Leukauf-Steininger*, StGB<sup>2</sup>, § 164 Rz 1.

<sup>33)</sup> Diesfalls läge eine echte Realkonkurrenz zwischen der Geldwäsche und der „schweren Straftat“ vor. Gemäß § 28 StGB würde die grundsätzlich strengere Strafdrohung des Verbrechens die Strafdrohung des Hehlens nach dem Absorptionsprinzip verdrängen.

<sup>34)</sup> Dazu zB *Liebscher-Tschulik*, (FN 14), Rz 20 ff.

<sup>35)</sup> Die Rechtslage war freilich nicht immer so: Bis zum Jahre 1948 galt in Österreich die reichsdeutsche Abgabenordnung. In § 163 war angeordnet, eindeutige, die Identität der Person des Kontoverfügberechtigten betreffende, ununterbrochene Aufzeichnungen auf den entsprechenden Konten zu führen. Der Gesetzgeber der Nach-

<sup>26)</sup> Vgl dazu *Liebscher-Tschulik*, (FN 14), Rz 15 ff.

<sup>27)</sup> Vgl allerdings § 164 Abs 1 Z 1 StGB, der das den Vortäter begünstigende Verheimlichen einer Sache unter Strafe stellt, und § 299 Abs 1 StGB, der unter dem Titel Begünstigung jenen bestraft, der einen Vortäter der Verfolgung oder der Vollstreckung der Strafe entzieht.

<sup>28)</sup> ISd § 2 StGB (Garantenstellung); vgl allerdings OGH EvBl 1976/15: ein rein passives Verhalten, wie etwa die Duldung des Verbringens von Diebsgut in die gemeinsame Wohnung, genügt nicht.

<sup>29)</sup> *Liebscher-Tschulik*, (FN 14), Rz 13 mwH, vgl auch OGH LSK 1981/58.

<sup>30)</sup> S unten III. 4. b.

Die Pflichten des RL-Vorschlages treffen „Kredit- und Finanzinstitute“. Der Vorschlag definiert in Art 1 *Kreditinstitut* mit einem Hinweis auf Art 1 der RL des Rates 77/780/EWG<sup>36)</sup> als ein „Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“. Diese Definition umfaßt im wesentlichen die in § 1 Abs 2 Z 1 und 3 KWG als Einlagegeschäft und als Kreditgeschäft zusammengefaßten Bankgeschäfte. *Finanzinstitute* sind Unternehmen, die nach der RL des Rates 89/646/EWG<sup>37)</sup> andere Tätigkeiten von Banken, wie das Girogeschäft, das Wertpapieremissionsgeschäft, das Garantiegeschäft, das Diskontgeschäft etc. als ihre Haupttätigkeit durchführen. Im österreichischen Recht ist die Ausübung dieser Tätigkeiten in den *Bankgesetzen* (KWG, SpG, VAG 1931 etc.) geregelt. Von dieser RL umfaßt sind jedoch überdies Tätigkeiten, die (in Österreich) nicht ausschließlich Bankgeschäfte sind, wie das Finanzierungsleasing, die Portfolioverwaltung und -beratung (ohne Depothaltung), die Schließfachverwaltungsdienste und die Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur und die industrielle Strategie. Die Ausübung dieser Tätigkeiten regelt in Österreich die *GewO*<sup>38)</sup>. Finanzinstitute sind weiters die nach den RLn des Rates 73/239/EWG<sup>39)</sup> und 79/267/EWG<sup>40)</sup> zugelassenen Ver-

kriegszeit hob diese Bestimmung ersatzlos auf, da er sie im besonderen dazu geeignet erachtete, das – zum Wiederaufbau des Kapitalmarktes notwendige – Vertrauen der Bankkundschaft stark zu beeinträchtigen. Vgl dazu *Luther*, Österreichisches Bankgeheimnis – das unbekannte Wesen oder Was Sie schon immer über das österreichische Bankgeheimnis wissen wollten, NZ 1990, 8f.

<sup>36)</sup> Erste RL des Rates vom 12. Dezember 1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (77/780/EWG), AB1 L 322/1977, 30.

<sup>37)</sup> Zweite RL des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der RL 77/780/EWG (89/646/EWG), AB1 L 386/1989, 1.

<sup>38)</sup> Tätigkeiten gemäß Anhang der RL 89/646/EWG: Ausleihungen (insbesondere Konsumentenkredite, Hypothekendarlehen, Factoring, Handelsfinanzierung einschließlich Forfaitierung), Finanzierungsleasing, Dienstleistungen zur Durchführung des Zahlungsverkehrs, Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln, Bürgschaften und Eingehen von Verpflichtungen, Handel mit Geldmarktinstrumenten, Wechselkurs- und Zinssatzinstrumente, Geldwechselgeschäfte, Termin- und Optionsgeschäfte, Wertpapiergeschäfte, Teilnahme an der Wertpapieremission, Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur und die industrielle Strategie, Geldmaklergeschäfte am Interbankenmarkt, Portfolioverwaltung und -beratung, Wertpapieraufbewahrung und -verwaltung und Schließfachverwaltungsdienste.

<sup>39)</sup> Erste RL des Rates vom 24. Juli 1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) (73/239/EWG), AB1 L 228/1973, 3.

<sup>40)</sup> Erste RL des Rates vom 5. März 1979 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die

sicherungsunternehmen; es sind dies im wesentlichen jene Versicherungsunternehmen, die Schadens-, Unfall-, Lebens- und Pensionsversicherungen durchführen. Deren Tätigkeit ist in Österreich im VAG und im PensionskassenG geregelt. Schließlich verlangt Art 8 von den Mitgliedstaaten, die Richtlinienbestimmungen auf Berufe und Unternehmen *auszudehnen*, die keine Kredit- und Finanzinstitute sind, aber am Barzahlungsverkehr in einer Form beteiligt sind, die besonders geeignet ist, für die Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden. Dazu gehören beispielsweise die Spielkasinos<sup>41)</sup> oder das Dorotheum.

All diese Unternehmen haben also nach dem RL-Vorschlag von ihren Kunden die Identität festzustellen, nach dem wirtschaftlichen Eigentümer zu forschen und entsprechende Aufzeichnungen zu führen.

De lege ferenda wird es besondere Probleme verursachen, die österreichischen Kredit- und Finanzinstitute zu diesen Maßnahmen zu verpflichten. Dies betrifft in erster Linie die Identifizierung derzeit anonymer Konten<sup>42)</sup>. Der RL-Vorschlag ist in diesem Punkt nicht eindeutig: Die Begriffe „in Geschäftsbeziehung treten“, „Geschäfte durchführen“, „eine Transaktion getätigt oder ein Konto eröffnet wird“ können so verstanden werden, daß eine *Identitätsfeststellung* nur für *künftige* Geschäfte verlangt ist und derzeit bestehende anonyme Konten bestehenbleiben können. Offen bleibt auch, ob laufende Geschäfte, wie das Gutschreiben von Zinsen auf ein anonymes Sparbuch oder das Geldabheben von einem anonymen Sparbuch, zur Identitätsfeststellung verpflichtende Transaktionen sind<sup>43)</sup>.

Die Pflicht zur Identitätsfeststellung ist aber nicht gänzlich neu. Auf *Verordnungsebene* finden sich derartige Vorschriften mit eingeschränktem Anwendungsbereich, uzw in der Kundmachung DE 2/90 der Oesterreichischen Nationalbank<sup>44)</sup>. Inländische Banken sind danach verpflichtet, bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einem Kunden den devisarechtlichen Status zu klären. Ausländer haben bei der Eröffnung von Konten und Depots ihre Identität nachzuweisen, Inländer haben dies bei der Eröffnung eines Fremdwährungsguthabens zu tun. Die Bank hat den Namen und den Wohnsitz des Kunden und jenes Dokument festzuhalten, mit dem sich der Kunde ausgewiesen hat.

Aufnahme und Ausübung der Direktversicherung (Lebensversicherung) (79/267/EWG), AB1 L 63/1979, 1.

<sup>41)</sup> KOM (90) 106, III. 1.

<sup>42)</sup> Und damit verbunden Finanz(straf)verfahren und Kapitalflucht.

<sup>43)</sup> Sind auch bestehende anonyme Guthaben von der Identitätsfeststellungspflicht umfaßt, könnte eine Geldabhebung nur gegen Nachweis der Identität oder, bei Weigerung des Berechtigten, nur verbunden mit einer Anzeige an die Staatsanwaltschaft (Art 5 Z 1, s unten III. 4. b.) erfolgen.

<sup>44)</sup> Pkt 7.4 Kundmachung DE 2/90 der Oesterreichischen Nationalbank v 22. 11. 1989, AB1WrZ 282, 6. 12. 1989, dazu *Schwarzer-List*, Das österreichische Devisenrecht 1990, 154.

Derartige Bestimmungen können jedoch durch einen Treuhänder leicht umgangen werden<sup>45)</sup>.

Dies weiß auch die Kommission, weshalb die Kredit- und Finanzinstitute zu verpflichten sind, bei Zweifeln am Handeln des Kunden im eigenen Namen „angemessene Maßnahmen“ zur *Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers* zu ergreifen. Worin diese „angemessenen Maßnahmen“ bestehen sollen, geht aus dem RL-Vorschlag nicht hervor. Viel mehr als eine Frage an den Kunden nach dem wirtschaftlichen Eigentümer oder ein Blick in das Handelsregister ist wohl nicht zumutbar. Offen bleibt auch, welche Tatsachen Zweifel am Handeln des Kunden im eigenen Namen begründen können; oder ob Tatsachen, die Zweifel am Handeln des Kunden im eigenen Namen begründen, schon Tatsachen sind, die „möglicherweise auf eine strafbare Geldwäsche schließen lassen“ und gemäß Art 5 Abs 1 zur Anzeigerstattung verpflichten<sup>46)</sup>.

Sollen die Regelungen des RL-Vorschlages systemkonform in die Materiengesetze transformiert werden, müßten diese Regelungen (im wesentlichen gleichlautend) in das VAG, in die Bankgesetze, in die GewO etc aufgenommen werden. Als Alternative bietet sich eine zwar nicht ganz systemsaubere dafür aber umso einfachere Lösung an, nämlich – wie schon in der Vergangenheit<sup>47)</sup> – die BAO.

### 3. Die Sorgfaltspflichten der Kredit- und Finanzinstitute (Art 4)

Der RL-Vorschlag verlangt von den Mitgliedstaaten in Art 4, bestimmte (Sorgfalts)Pflichten für Kredit- und Finanzinstitute, nämlich eine *besondere Überprüfungspflicht* der Geschäfte auf ihren Zusammenhang mit Geldwäsche und eine *Unterlassungspflicht* für mit Geldwäsche zusammenhängende Geschäfte zu normieren:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß die Kredit- und Finanzinstitute ungewöhnliche Transaktionen, die offensichtlich keinem wirtschaftlichen oder eindeutig legalen Zweck dienen, besonders sorgfältig prüfen, und daß sie von Transaktionen Abstand nehmen, bei denen der Verdacht besteht, daß sie mit einer Geldwäsche zusammenhängen.“

Regelungen über Sorgfaltspflichten der Kredit- und Finanzinstitute sind der österreichischen Rechtsordnung nicht fremd. Gemäß § 12 Abs 1 KWG beispielsweise sind die Geschäfte einer Bank mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters iSd § 84 Abs 1 AktG zu führen. Es sind die Vorkehrungen einer Bank – vor allem hinsichtlich der Begrenzung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken<sup>48)</sup> – an jenen Vorkehrungen zu messen, die nach der Verkehrsauffassung zur Führung eines vergleichbaren Unternehmens und zur Erreichung der unterneh-

merischen Ziele im Einzelfall zu treffen sind. Dazu gehört auch die Berücksichtigung der Rechtsvorschriften<sup>49)</sup>. § 84 Abs 1 AktG ist auch von Versicherungsaktiengesellschaften anzuwenden. Ähnliches bestimmt § 44 Abs 1 VAG für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Eine *Überprüfungspflicht* zur Vermeidung von Geldwäsche ist damit nicht normiert, solange die unternehmensspezifischen Risiken begrenzt bleiben. Eine besondere Überprüfung der Geschäfte auf ihren Zusammenhang mit Geldwäsche verlangt die österreichische Rechtsordnung – soweit ersichtlich – auch sonst nicht<sup>50)</sup>. Diesbezüglich setzt der RL-Vorschlag daher ein höheres Sorgfaltsmaß für Kredit- oder Finanzinstitute fest als die österreichische Rechtsordnung<sup>51)</sup>. Eine Übernahme dieser Bestimmung in das österreichische Recht hätte zur Folge, daß Transaktionen, die bis dahin (noch) straffrei geblieben wären, dann – wegen der erhöhten Sorgfaltspflicht – als *fahrlässige Hehlerei* strafbar wären.

Anders liegt die Sache bei der *Unterlassungspflicht*. Im Anwendungsbereich des KWG sind Geschäfte jedenfalls dann zu unterlassen, wenn damit ein strafgesetzwidriger Erfolg herbeigeführt würde. Da mit Geldwäsche zusammenhängende Geschäfte das Tatbild der Hehlerei nach § 164 StGB erfüllen, normiert das KWG daher schon jetzt eine Unterlassungspflicht für derartige Geschäfte<sup>52)</sup>. Gleiches gilt für das VAG.

Darüber hinaus sind die Kredit- oder Finanzinstitute gemäß Art 7 zu verpflichten, *Fortbildungsprogramme* für Beschäftigte zu veranstalten und interne *Kontrollverfahren* einzuführen, um zu verhindern, zu erkennen oder zu erschweren, daß sie in mit Geldwäsche verbundene Geschäfte verwickelt werden.

### 4. Die Zusammenarbeit zwischen Kredit- und Finanzinstituten, Aufsichtsbehörden und Justizbehörden (Art 5 und 6)

Gemäß Art 5 und 6 haben die Mitgliedstaaten *Anzeigepflichten* und eine *Ausnahme von Bankgeheimnis* vorzusehen:

#### a) Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses

Gemäß Art 5 Abs 1

„erteilen (die Kredit- und Finanzinstitute) den (Justiz)Behörden alle für gerichtliche Ermittlungen oder ein Rechtshilfeersuchen im Rahmen des geltenden Rechts erforderlichen Auskünfte über Fälle von Geldwäsche“.

Gemäß § 23 Abs 2 KWG besteht bei eingeleiteten gerichtlichen Strafverfahren (und eingeleiteten

<sup>45)</sup> Schiemer, Aktiengesetz<sup>2</sup>, § 84 Anm 2.1.

<sup>46)</sup> Vgl auch die Sorgfaltspflichterklärung des österreichischen Bankwesens, Economy 3/1989, 34 und 36.

<sup>47)</sup> Die Rechtsprechung stellt schon jetzt strenge Sorgfaltsanforderungen an den Kunst- und Antiquitätenhandel (OGH EvBl 1982/64, vgl *Tschulik* in WK, § 165 StGB, Rz 6a). Gleichartige Maßstäbe könnten auch für Kredit- und Finanzinstitute entwickelt werden.

<sup>48)</sup> Als Sanktionen für Verletzungen sieht § 33 KWG Zwangsstrafen und den Konzessionsentzug vor.

<sup>45)</sup> Vgl auch *Klotz*, Die Umgehung gesetzter Hindernisse (1986), 69.

<sup>46)</sup> Was dazu führen würde, daß jedes von einem Rechtsanwalt oder einem Vermögensverwalter eröffnete Konto der Staatsanwaltschaft angezeigt werden müßte.

<sup>47)</sup> S FN 35.

<sup>48)</sup> § 12 Abs 1 zweiter Satz KWG.



Strafverfahren wegen vorsätzlicher Finanzvergehen, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten) ohnehin keine Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses<sup>53)</sup>. Soweit für Kredit- und Finanzinstitute, die nicht dem KWG unterliegen, eine gesetzliche Verpflichtung zur Wahrung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besteht, ist deren Verletzung nach § 122 StGB strafbar. Die „erforderlichen Auskünfte“ dürfen jedoch gemäß § 122 Abs 4 StGB erteilt werden, wenn dies durch ein öffentliches Interesse, wie zB die Strafverfolgung, gerechtfertigt ist. Ein Anpassungsbedarf besteht daher in diesem Punkt nicht.

#### b) Die Anzeigepflichten

Der Anzeigepflicht unterliegen die Kredit- und Finanzinstitute (Art 5 Z 1) und die Aufsichtsbehörden (Art 6):

„Kredit- und Finanzinstitute ... unterrichten (die Justiz)Behörden von sich aus von allen Tatsachen, die Ihnen bekannt werden und die möglicherweise auf eine strafbare Geldwäsche schließen lassen.“

„Die zuständigen Aufsichtsbehörden ... unterrichten ... (die Justiz)Behörden, wenn sie bei der Überprüfung von Kredit- oder Finanzinstituten oder bei anderen Gelegenheiten auf Tatsachen stoßen, die auf eine Geldwäsche hindeuten.“

Für die Aufsichtsbehörden bringt der RL-Vorschlag grundsätzlich nichts Neues. Alle öffentlichen Behörden sind nämlich gemäß § 84 StPO schon jetzt „schuldig“, wahrgenommene strafbare Handlungen der Staatsanwaltschaft mitzuteilen. Neu hingegen ist, daß auch Kredit- und Finanzinstitute einer Pflicht zur Anzeigenerstattung unterworfen werden und damit auch das Bankgeheimnis gemäß § 23 KWG durchbrochen wird.

Beide Bestimmungen sind extrem weit formuliert. Die Justizbehörden sollen nicht nur von einer versuchten Geldwäsche informiert werden, nicht nur von Tatsachen, die auf eine Geldwäsche schließen lassen, sondern von Tatsachen, die (nur) *möglicherweise* auf eine Geldwäsche schließen lassen. Wo die Grenze zu ziehen ist, ist auch aus den Ausführungen der Kommission nicht erkennbar<sup>54)</sup>.

Korrespondierend zur Anzeigepflicht normiert Art 5 Z 2 einen *Rechtfertigungsgrund* für Mitarbei-

<sup>53)</sup> Dazu insb *Jabornegg-Strasser-Floretta*, Das Bankgeheimnis (1985), 106ff mwH; *Jabornegg*, Neues zum Bankgeheimnis, WBl 1990, 29, 31ff mwH.

<sup>54)</sup> Letztendlich hätte die Grenze der EuGH zu ziehen, vgl dazu *Beutler ua* (FN 11), 221ff.

ter von Kredit- und Finanzinstituten. Nicht als Verletzung des vertraglichen oder durch Rechts- oder Verwaltungsbestimmungen geregelten Bankgeheimnisses soll gelten und keinerlei zivil- oder strafrechtliche Folgen für die Betroffenen soll nach sich ziehen, wenn ein Angestellter oder Leiter eines Kredit- oder Finanzinstitutes den zuständigen Justiz- oder Strafverfolgungsorganen in gutem Glauben Mitteilung von dem Verdacht oder der Überzeugung macht, daß ein Finanzgeschäft auf eine Geldwäsche abzielt oder damit zusammenhängt.

Da bei der Geldwäsche iSd RL-Vorschlags alle (auch finanzstrafrechtliche) Verbrechen Vortaten sein können und zudem der Vortäter vom Tatbild der Geldwäsche umfaßt ist, müßten die Kredit- und Finanzinstitute quasi als Spitzel im Dienste der Strafjustiz tätig sein. Dies trifft das Selbstverständnis der Kreditinstitute im Grundsätzlichen, sehen sie doch ihr Verhältnis zum Kunden als Vertrauensverhältnis<sup>55)</sup>. Eine allgemeine Pflicht zur Anzeigenerstattung besteht im österreichischen Recht nicht. Dies mit gutem Grund, soll doch der Staatsbürger – schon wegen des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit – nicht zur Mitwirkung an der Aufklärung strafbarer Handlungen verpflichtet werden<sup>56)</sup>. Es fragt sich, ob derartige Maßnahmen zur Erreichung der Ziele der Kommission notwendig sind, da der Umtausch oder der Transfer von Vermögenswerten aus schweren Straftaten schon gemäß Art 2 – auch für Mitarbeiter von Kredit- und Finanzinstituten – strafbar ist<sup>57)</sup>. Zusammen mit der erhöhten Sorgfaltspflicht nach Art 4 und der Pflicht zur Identitätsfeststellung nach Art 3 scheint eine effiziente Kontrolle gewährleistet zu sein. Allenfalls könnte die strafrechtliche Schwelle auf das österreichische Maß herabgesetzt werden und auch die fahrlässige Geldwäsche unter Strafe gestellt werden.

<sup>55)</sup> Abs 1 der Einleitung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmungen vom 1. 10. 1979, ABiWrZ 210, 12. 9. 1979.

<sup>56)</sup> Vgl OGH EvBl 1976/17.

<sup>57)</sup> Bedenken könnten auch im Hinblick auf § 1 iVm § 17 DatenschutzG entstehen. Fraglich ist jedoch, ob der Betroffene ein „schutzwürdiges Interesse“ an der Geheimhaltung hat, wenn er straffällig geworden ist. Darüber hinaus hat Österreich im Falle einer Mitgliedschaft in den EG auch verfassungswidrige Richtlinienbestimmungen zu transformieren.