

Bohrn/Habsburg-Lothringen/Just/Kammel/Lenhard/Leustek/
Moth/Samhaber/Zahradnik

Praxishandbuch MiFID II

Das neue Wertpapierrecht

Berufsrecht für Finanz-
und Wertpapierdienstleistung
in Österreich

inkl. 3. Aktualisierungslieferung
03/2021

Zitiervorschlag: *Autor in Praxishandbuch MiFID II (2021), [Seite]*

VLB – Verzeichnis Lieferbarer Bücher

Ein Titelsatz für diese Publikation ist bei dem VLB Verzeichnis Lieferbarer Bücher erhältlich.

© Finanzverlag

Der Finanzverlag ist eine eingetragene Marke und Unternehmensbereich der

© Kitzler Verlag GmbH

Uraniastraße 4

1010 Wien

Telefon: (01) 713 53 34-0

Fax: (01) 713 53 34-85

Email: office@finanzverlag.at

Internet: www.financeverlag.at

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Weise (Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet oder vervielfältigt werden.

Dieses Werk wurde mit höchster Sorgfalt erstellt. Dennoch ist eine Haftung der Autoren oder der Verlage ausgeschlossen.

Vorliegendes Werk spiegelt die persönliche Meinung der Autoren wider.

Lektorat und Satz: finanzverlag

Herstellung: paco I fact, 1160 Wien

Printed in Austria 2021

ISBN 978-3-9503373-9-6

VORWORT

Das vorliegende Praxishandbuch beschäftigt sich mit der Regulierung von Wertpapierdienstleistungen wie der Anlageberatung, der Portfolioverwaltung und der Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Finanzdienstleistungen.

Die wesentlichste Rechtsgrundlage ist die Europäische Richtlinie Markets in Financial Instruments Directive II (RL 2014/65/EU vom 15.5.2014), allgemein als MiFID II bekannt.

Als Fortführung und Erweiterung der MiFID (RL 2004/39/EG vom 21.4.2004) wurden mit MiFID II neben einer Überarbeitung von bestehenden Regulierungen wie den Organisationsvorschriften auch völlig neue Regulierungen eingefügt. Bemerkenswert sind dabei die Produktregulierung, Telefonaufzeichnungspflichten und neue Informations- und Berichtspflichten bei der Anlageberatung. Zusätzlich wurde auch das Konzept der „unabhängigen“ Beratung eingeführt.

Die Anwendung der MiFID II seit 3.1.2018, ihre gesetzliche Umsetzung in Österreich durch das WAG 2018 und die direkt anzuwendende Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 vom 25. April 2016 veränderten die Geschäftsprozesse und Geschäftspraktiken von allen konzessionierten Wertpapierdienstleistungserbringern wie Kreditinstituten, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Das Ziel dieser Loseblattsammlung war es von Anfang an, die Unternehmen bei ihrer praktischen Umsetzung der Regelungen zu unterstützen. Dabei werden neben den relevanten Bestimmungen für konzessionierte Wertpapierdienstleistungserbringer insbesondere auch für vertraglich gebundene Vermittler und Wertpapiervermittler wesentliche Inhalte angesprochen.

In der aktuellen 3. Lieferung wurden insbesondere die Kapitel Auslagerungen/ Outsourcing und Produktregulierung/Product Governance überarbeitet und um Vorgaben aus dem Themenkomplex **Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken und Sustainable Finance** erweitert. Die Kapitel zu Beschwerdemanagement und Interner Revision wurden aktualisiert. Der Praxishandbuch-Charakter wird durch einen umfassenden Abschnitt mit Fragen und detaillierten Antworten für die Absolvierung von **Fit-&-Proper Tests** maßgeblich verstärkt.

Ziel dieses Werks ist es weiterhin, mit dem Thema und seinen Anforderungen an die Praxis „mitzuwachsen“ und Sie auch zukünftig am aktuellen Stand über Gesetze, technical standards, Aufsichtspraktiken oder zivilrechtliche Entscheidungen zu halten.

Wien, im März 2021

die Autoren

Hinweis: Die durchgehend männlichen Bezeichnungen dienen allein der sprachlichen Vereinfachung und erfassen selbstverständlich stets auch die jeweiligen weiblichen Bezeichnungen.

AUTOREN

Mag. Philipp H. BOHRN

war bis Juni 2018 Geschäftsführer des Fachverbands Finanzdienstleister der WKO und Verhandlungsführer bei der Umsetzung beider MiFID-RL auf nationaler und europäischer Ebene. Er war federführend bei der Konzeption und Herausgabe dieses Praxishandbuchs. Seit Juni 2018 ist er bei der Bitpanda, aktuell Geschäftsführer der Bitpanda Payments GmbH.

Co-Autor der Kapitel I-1 bis I-8, II-11.



Maximilian HABSBURG-LOTHRINGEN, BSc (WU)

ist seit 2008 in der Wirtschaftsprüfung tätig mit Schwerpunkt Finanzdienstleister (Banken, Vermögensverwalter, Fondsmanager, Finanzvertrieb). Zuvor absolvierte er Praktika bei Banken in London, Paris, Mailand sowie bei der österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehörde.

Autor der Kapitel II-2 und II-4.



RA Mag. Barbara JUST (geb. Cervenka)

ist Juristin und Expertin für Bank- und Kapitalmarktrecht/ Wertpapieraufsichtsrecht sowie Compliance. Sie betreute als Rechtsanwältin in diesen Bereichen Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Investmentfonds und Alternative Investmentfonds Manager. Barbara Just ist Fachautorin auf dem Gebiet des Bank- und Kapitalmarktrechts.

Autorin der Kapitel II-6, II-7, II-11, III-1, III-2.



Prof. (FH) Dr. Armin KAMMEL, LL.M. (London), MBA (CLU)

ist Head of Legal & International Affairs bei der Vereinigung Österreichischer Investmentgesellschaften (VÖIG) sowie Professor (FH) für Bankrecht und Finanzmarktregulierung an der Lauder Business School (LBS) in Wien. Zudem ist Dr. Kammel allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger im Fachbereich Kredit, Banken, Börsen sowie Fachautor.

Autor der Kapitel „Einleitung“ und IV-1.



Mag. Karin LENHARD

ist in der Erste Group Markets Compliance verantwortliche Ansprechperson für CEE Compliance Officer in Themen der MiFID II Investor Protection, Marktmissbrauch und PRIIPs; sie ist verantwortlich für die Einhaltung der konzernweiten Mindeststandards und SPOC für Sustainability Compliance.

Autorin der Kapitel II-5, II-9.



Dr. Oliver LEUSTEK, LL.M.

ist seit 1998 im Wertpapierdienstleistungs-/Bankenbereich in verschiedenen Aufgaben und als Fachbuchautor tätig. Seit Mai 2019 stv. Leiter Recht bei der LGT Bank Österreich. Davor in mehreren Leitungsfunktionen in Kreditinstituten sowie in der Bundes-Wertpapieraufsicht tätig.

Autor der Kapitel I-9, II-1, II-8, II-10, III-3.



Mag. Thomas MOTH

ist seit Juli 2018 Geschäftsführer des Fachverbands Finanzdienstleister in der WKO; war davor als Referent im BMF, Abteilung „Banken- und Kapitalmarktrecht“ mit den Schwerpunkten MiFID 2/WAG 2018, PSD 2/ZaDiG 2018, Prospekt-VO/KMG/AltFG befasst.

Autor der Kapitel I-1 bis I-8, I-10, Fit & Proper FAQ.



KommR Dr. Herbert SAMHABER

ist Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Wertpapiergeschäfte und Vermögensberatung sowie Vorstandsvorsitzender der Dr. Samhaber & Partner Vermögensverwaltungs AG. Er ist Vorsitzender des Fachausschusses Wertpapierunternehmen in der WKO, Vorstandsmitglied der Sparte Information und Consulting in der WKOÖ, Fachgruppenobmann der Finanzdienstleister in der WKOÖ, Fachprüfer für Kreditvermittlung und Vermögensberatung und Universitätslektor für Kapitalmarktrecht und Wertpapieranalyse.

Autor des Kapitels II-3.



Mag. Michael SAMHABER, MBA

ist Mitglied der Prüfungskommission für Vermögensberatung und Wertpapiervermittlung der WKOÖ sowie Referent im Rahmen der gesetzlich verpflichtenden Fortbildung für Wertpapiervermittler. Michael Samhaber ist Prokurist und Risikomanager der Dr. Samhaber & Partner Vermögensverwaltungs AG.

Autor des Kapitels II-3.



RA Dr. Andreas ZAHRADNIK

ist Rechtsanwalt in Wien und seit 1996 Partner der DORDA Rechtsanwälte GmbH. Andreas Zahradnik ist vorwiegend im Bank- und Kapitalmarktrecht, im Bereich der Unternehmensakquisitionen (vor allem betreffend Finanzinstitutionen) und im Gesellschaftsrecht tätig. Er betreut nationale wie internationale Mandanten sowohl im Inland als auch im Ausland und ist Autor zahlreicher Fachpublikationen und Universitätslektor.

Autor der Kapitel II-6, II-7, II-11, III-1, III-2.



Vorliegendes Werk spiegelt die persönliche Meinung der Autoren wider.

3 Wertpapierfirma (WPF)

Mag. Philipp Bohrn, Mag. Thomas Moth

Wichtige Rechtsquellen:

§§ 3, 6-15 WAG 2018; DelVO/DfVO (EU) 2017/565.

3.1 Einleitung

Dieses Kapitel gibt einen Überblick über die ergänzenden zusätzlichen Anforderungen an WPF ab dem 3.1.2018. Die allgemeinen Voraussetzungen wurden bereits im Kapitel I-2 ‚Allgemeine Konzessionsvoraussetzungen‘ beschrieben.

3.2 Zusätzliche Anforderungen

3.2.1 Anforderungen an die Gesellschaftsform

Voraussetzung für die Konzessionserteilung als Wertpapierfirma ist, dass das Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft geführt wird und seinen Sitz und seine Hauptverwaltung in Österreich hat.

3.2.2 Zwei Geschäftsführer

Es muss mindestens zwei Geschäftsleiter geben. In der Satzung muss zusätzlich festgeschrieben werden, dass die Einzelvertretungsmacht, die Einzelprokura oder die Einzelhandelsvollmacht für den gesamten Geschäftsbereich ausgeschlossen sind. Bei Genossenschaften darf die Führung der Geschäfte nur von den Geschäftsleitern ausgeübt werden.

3.2.3 Hauptberuflichkeit

Kein Geschäftsleiter darf einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bank-, Versicherungs- oder Wertpapierdienstleistungswesens ausüben. In Zweifelsfällen ist es wichtig, Aufzeichnungen über die Anzahl der Stunden zu führen, welche als Geschäftsleiter der WPF verbracht werden. Häufig wird von der FMA dabei ein Ansatz von mindestens 25 bis 30 Stunden für die Geschäftsleitung der WPF als Mindestsatz gefordert.

3.3 Anforderungen an das Eigenkapital

Das Eigenkapital von WPF muss zumindest die Höhe der höchsten Anforderung der folgenden drei Ansätze haben:

- Das Anfangskapital
- Die fixen Gemeinkosten
- Das Kreditrisiko

Die verschiedenen Ansätze müssen nicht addiert werden. Alle drei Ansätze müssen errechnet werden und jener Ansatz, welcher die **höchste Anforderung** ergibt, muss erfüllt werden.

Hinweis:

Die Eigenkapitalanforderungen von WPF sind nicht in der MiFID sondern in den Kapitaläquivalenzvorschriften (CRD IV und CRR) geregelt.

Im Moment wird in der Europäischen Union an einer umfassenden Neugestaltung der Eigenkapitalvorschriften für Wertpapierfirmen gearbeitet. Die Europäische Kommission hat am 20.12.2017 einen Entwurf veröffentlicht. Die Umsetzung eventueller Änderungen ist aus heutiger Sicht erst ab 2020 zu erwarten.

3.3.1 Anfangskapital

Für WPF gibt es grundsätzlich drei verschiedene Anfangs- bzw. Eigenkapitalvorsetzungen.

- Eigenkapital in Höhe von **EUR 50.000,-** benötigen WPF, wenn sie nur eines oder auch beide der folgenden Geschäfte ausüben möchten:
 - Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente,
 - Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern Finanzinstrumente betroffen sind,
 - Portfolioverwaltung in Bezug auf Finanzinstrumente.
- Eigenkapital in Höhe von **EUR 730.000,-** ist für den Betrieb einer multilateralen Handelsplattform oder eines organisierten Handelssystems erforderlich.

WPF können Anfangskapital durch eine Berufshaftpflichtversicherung nach § 3 Abs 6 WAG 2018 ersetzen; dieses ersetzt jedoch nicht die Anforderungen der fixen Gemeinkosten oder des Kreditrisikos.

3.3.2 Fixe Gemeinkosten

WPF müssen anrechenbare Eigenmittel in der Höhe von 25% der fixen Gemeinkosten, welche im voran gegangenen Jahr angefallen sind, halten. Als fixe Gemeinkosten gelten die Betriebsaufwendungen, die vom jeweiligen Beschäftigungsgrad der Wertpapierfirma unabhängig sind, und die den einzelnen Kostenträgern (Produkten) nicht direkt zugerechnet werden können. Für WPF, die ihre Geschäftstätigkeit seit weniger als einem Jahr ausüben, sind die im Unternehmensplan vorgesehenen fixen Gemeinkosten heranzuziehen.

Rechtsfrage

Ist die Delegierte Verordnung der Kommission über Eigenmittelanforderungen für Wertpapierfirmen auf der Grundlage der fixen Gemeinkosten¹ für österreichische Wertpapierfirmen anwendbar?

- Wertpapierfirmen ohne Portfolioverwaltung:

Für Wertpapierfirmen nach § 10 WAG 2018 ist die Verordnung nicht anwendbar, da sich diese nur auf den Anwendungsbereich der CRR bezieht. Explizit erläutert wird die Anwendung für Portfolioverwaltende Wertpapierfirmen unter Punkt 2.

Zur Frage der eventuellen analogen Anwendung ist Folgendes zu überlegen:

Die gegenständliche Verordnung definiert nicht grundsätzlich „fixe Gemeinkosten“, sondern erläutert explizit, wie die Berechnung der anrechenbaren Eigenmittel für „CRR Wertpapierfirmen“ und bestimmte sonstige Firmen zu sehen ist. Aus meiner Sicht ist daher kein Spielraum für eine analoge Anwendung gegeben.

- Wertpapierfirmen mit Portfolioverwaltung:

Für Wertpapierfirmen mit Portfolioverwaltung muss eine weitergehende Überprüfung stattfinden:

Nach Artikel 4 Abs 1 Nummer 2 Buchstabe c der VO Nr. 575/2013 sind Unternehmen, die lediglich eine oder mehrere der folgenden Dienstleistungen erbringen (Nummern 1, 2, 4 und 5 nach Anhang I Abschnitt A der Richtlinie 2014/65/EU – MiFID II), keine Wertpapierfirmen:

1. Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die ein oder mehrere Finanzinstrument(e) zum Gegenstand haben
2. Ausführung von Aufträgen im Namen von Kunden
- ...
4. Portfolio-Verwaltung
5. Anlageberatung

§ 10 WAG 2018 gilt weder für Wertpapierfirmen, die CRR-Wertpapierfirmen sind, noch Firmen gemäß Art. 4 Abs. 1 Nummer 2 lit. c der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, die Wertpapierdienstleistungen oder Anlagentätigkeiten gemäß Nr. 2 oder 4 nach Anhang I Abschnitt A der Richtlinie 2014/65/EU anbieten.

Die delegierte Verordnung (EU) 2015/488 ist explizit anwendbar für CRR Wertpapierfirmen und Firmen, welche Dienstleistungen nach den Nummern 2 und 4 nach Anhang I Abschnitt A der Richtlinie 2014/65/EU – MiFID II erbringen. Damit ergibt sich aus Sicht des Fachverbands Finanzdienstleister, dass **Wertpapierfirmen, welche Portfolioverwaltung ohne Ausführung von Aufträgen erbringen, nicht in den Anwendungsbereich der gegenständlichen Verordnung fallen.**

Die gegenständliche Verordnung ist bewusst nur für Firmen anwendbar, welche gleichzeitig **Ausführung von Aufträgen im Namen von Kunden und Portfolio-Verwaltung** erbringt,

1 (EU) 2015/488 vom 4. September 2014.

da die Kombination dieser Tätigkeiten ein besonderes Risiko darstellt und eine explizite Regelung vorliegt.

Zusätzlich ist grundsätzlich zu hinterfragen, ob die Verordnungsermächtigung überhaupt auf Firmen, welche explizit nicht unter den Anwendungsbereich der CRR fallen, greift. Da österreichische Wertpapierfirmen jedoch, wie oben erläutert, gar nicht von der Verordnung betroffen sind, ist dies nicht relevant.

3.3.3 Das Kreditrisiko

Das Kreditrisiko definiert sich als risikogewichtete Forderungsbeträge für das Kredit- und Verwässerungsrisiko in allen Geschäftsfeldern eines Instituts, ausgenommen risikogewichtete Forderungsbeträge aus der Handelsbuchstätigkeit. Eine Grundlage für die genaue Berechnung für Wertpapierfirmen fehlt, da es keine Verweise auf die umfassenden Bestimmungen dazu in der CRR gibt. Jedenfalls wollte der Europäische Richtliniengeber keine Verringerung gegenüber der Grundlage vor dem 1.1.2014. Die zuvor geltende Gewichtung der Aktiva ist daher weiterhin aufrecht.

3.3.4 Konkretes Beispiel

Wertpapierfirma mit Konzession zur Anlageberatung und Annahme und Übermittlung von Aufträgen in Bezug auf Finanzinstrumente. Die fixen Gemeinkosten werden mit einer Höhe von Euro 400.000,– festgestellt. Die festgestellten bereits gewichteten Kreditrisiken betragen Euro 80.000,–.

Die drei Anforderungen sind konkret:

- Euro 50.000,– für eine Konzession ohne Portfolioverwaltung
- Euro 100.000,– als 25 % der fixen Gemeinkosten
- Euro 80.000,– für das gewichtete Kreditrisiko

Die höchste Anforderung sind die fixen Gemeinkosten, welche damit auch die Eigenkapitalanforderung in der Höhe von Euro 100.000,– festlegen.

3.3.5 Nachweis des Eigenkapitals

Das Eigenkapital ist durch eine der folgenden Möglichkeiten nachzuweisen:

- Durch eine Bankbestätigung und eine Erklärung der freien Verfügbarkeit;
- durch eine Gründungsprüfung im Fall einer Sachgründung;
- durch Vorlage und Prüfung der Abschlüsse und Zwischenabschlüsse bei einer neuen Konzession für ein bestehendes Unternehmen.

6 Vertraglich gebundener Vermittler (vgV)

Mag. Philipp Bohrn, Mag. Thomas Moth

Wichtige Rechtsquellen:

§ 1 Z 44 und § 36 WAG 2018; § 136a GewO.

6.1 Einleitung

Der vertraglich gebundene Vermittler (vgV) ist Erfüllungsgehilfe eines Rechtsträgers. Seine Aufgabe besteht darin, Wertpapierberatungs- und Wertpapiervermittlungsdienstleistungen als selbstständiger Unternehmer auszuüben. Dabei ist ein vgV an einen **einzigen Rechtsträger** gebunden.

VgV dürfen nicht mehr wie bisher nur für Wertpapierfirmen (WPF) und Kreditinstitute tätig werden, sondern auch für Wertpapierdienstleistungsunternehmen arbeiten. Ansonsten haben sich die **Rechtsgrundlagen** für vgV durch die MiFID II kaum verändert und es wurden die bestehenden Regelungen des WAG 2007 in das WAG 2018 übernommen. Die neuen **Einsichtsrechte der FMA** und die aufsichtsrechtliche und gewerberechtliche **Weiterbildungsverpflichtung** von vertraglich gebundenen Vermittlern werden im Abschnitt I Kapitel 5 „Allgemeines zu Erfüllungsgehilfen“ und im Abschnitt I Kapitel 10 „Weiterbildungsverpflichtung“ beschrieben.

6.2 Tätigkeitsumfang

Das WAG 2018 beschreibt das Dienstleistungsspektrum des vgV abschließend. Zum Tätigkeitsbereich des vgV gehören:

- die Förderung des Dienstleistungsgeschäfts,
- die Akquisition neuer Geschäfte,
- die Annahme von Kundenaufträgen,
- die Übermittlung dieser Aufträge,
- das Platzieren von Finanzinstrumenten,
- die Anlageberatung hinsichtlich Finanzinstrumente und Dienstleistungen.

All diese Tätigkeiten darf der vgV nur im Namen und auf Rechnung seines Rechtsträgers erbringen. Der vgV darf diese Tätigkeiten auch nur über jene Geschäfte, Aufträge und Finanzinstrumente erbringen, für die sein Haftungsträger eine Konzession besitzt und dem vgV erlaubt hat, tätig zu werden.

Die größte praktische Relevanz hat die Annahme und Übermittlung (Vermittlung) von Kundenaufträgen und die Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente. Zusätzlich ergibt sich aus dieser Aufzählung, dass vgV nicht zur Portfolioverwal-

tung legitimiert sind. Natürlich dürfen vgV aber neue Kunden für die Portfolioverwaltungstätigkeit ihres Haftungsträgers akquirieren.

Bei den Finanzinstrumenten wird dem vgV keine Einschränkung gemacht. Er könnte daher Beratungs- und Vermittlungsdienstleistungen für all jene Finanzinstrumente erbringen, die sein Haftungsträger im Konzessionsumfang hat. Welche Dienstleistungen und Finanzinstrumente konkret vom vgV angeboten werden dürfen, hängt jedoch von der Vereinbarung zwischen vgV und Rechtsträger ab.

Der Vertrag zwischen Rechtsträger und vgV sollte die Tätigkeitsbereiche des vgV klar definieren. Auf den Umfang der gesetzlichen Haftung des Rechtsträgers für den vgV hat diese mögliche vertragliche Einschränkung prinzipiell keinen Einfluss. Dem vgV sollte von seinem Rechtsträger eine Vollmacht („Ausweis“) über seinen Tätigkeitsbereich ausgestellt werden. Diese Vollmacht hat der vgV unaufgefordert im Geschäftsverkehr (potentiellen) Kunden vorzulegen.

Hinweis:

VgV dürfen keine Beratungs- oder Vermittlungsdienstleistungen von **Veranlagungen** oder von anderen **nicht unter das WAG 2018 fallenden Produkten** für ihren Haftungsträger anbieten. Diese Dienstleistung können sie nur im Rahmen der Gewerbeberechtigung „Gewerbliche Vermögensberatung“ anbieten. Der Unterschied liegt in der direkten Haftung für die Beratung und Vermittlungsleistungen von Veranlagungen.

6.3 Voraussetzungen

Um als vgV tätig zu sein, müssen folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein:

- der Gewerbeschein der Gewerblichen Vermögensberatung;
- die Eintragung in die Liste der Finanzmarktaufsicht (FMA);
- die erforderliche Zuverlässigkeit und entsprechende allgemeine, kaufmännische und berufliche Kenntnisse, um alle relevanten Informationen über die angebotene Dienstleistung korrekt an den Kunden weiterzuleiten; Strittig ist, ob diese Verpflichtung grundsätzlich durch die Gewerbeberechtigung der Gewerblichen Vermögensberatung erfüllt wird. Vorsichtigerweise sollten Haftungsträger daher die Zuverlässigkeit sowie die allgemeinen, kaufmännischen und beruflichen Kenntnisse zusätzlich (beispielsweise auf einem Formblatt) feststellen, wobei die Gewerbeberechtigung ein wesentlicher Indikator für die Erfüllung dieser Voraussetzung ist.

Für die Tätigkeit als vgV ist der Gewerbeschein ‚Gewerbliche Vermögensberatung gemäß § 94 Z 75 GewO 1994 ausgenommen Personalkreditvermittlung‘ (auch

4 Beschwerdemanagement

Maximilian Habsburg-Lothringen, BSc (WU)

Wichtige Rechtsquellen:

Art 16 Abs 2 RL 2014/65/EU (MiFID II);

Art 26 delVO (EU) 2017/565;

FMA RS 07/2018 – Organisation, Kapitel 8 (RZ 142 bis 149);

ESMA 2014-1569 – ESMA, Technical Advice zur MiFID II (Kapitel 2.4);

ESA JC 2018-35 – Leitlinien zur Beschwerdeabwicklung für den Wertpapierhandel und das Bankwesen.

4.1 Rechtsgrundlagen

Bereits im **WAG 2007** war die Einrichtung eines Beschwerdemanagements für Rechtsträger vorgeschrieben und Bestandteil der allgemeinen organisatorischen Anforderungen iSd § 17 WAG 2007. Demnach hatte ein Rechtsträger „*wirksame und transparente Verfahren für die angemessene und unverzügliche Bearbeitung von Beschwerden von Privatkunden einzurichten und laufend anzuwenden.*“ Weiters war die Verpflichtung gegeben, „*jede Beschwerde sowie die Aufzeichnung der zu ihrer Erledigung getroffenen Maßnahmen aufzubewahren*“. Die eher allgemein gehaltenen Regelungen des WAG 2007 wurden im sog. „WAG-Organisationsrundsreiben“ der FMA aus September 2015 (Kapitel 6.7.1 – Einbindung in das Beschwerdemanagement) weiter konkretisiert.

Durch die **MiFID II** wurde insbesondere die Förderung außergerichtlicher Verfahren für Verbraucherbeschwerden hervorgehoben (s. Art 75). Damit sollte vor allem der grenzüberschreitende Rechtsschutz für Anleger gestärkt werden, wie in der Abschlusserklärung des G20 Gipfels von Cannes 2011 beschlossen. Die Richtlinie – und folglich auch das **WAG 2018** – enthält aber keine näheren Ausführungen zum Beschwerdemanagement; diese finden sich nun ausschließlich in Art 26 der **delegierten Verordnung 2017/565**. In den sieben Absätzen des Art 26 der delVO finden sich nahezu wortgleich die Empfehlungen der ESMA aus ihrem Final Report Technical Advice to the Commission on MiFID II and MiFIR (**ESMA 2014-1569**). In ihrem **Rundsreiben 07/2018** betreffend die organisatorischen Anforderungen des WAG und der delVO hat die FMA die Bestimmungen des Art 26 der delVO um ihre Auslegungssicht praktikabel präzisiert. Ergänzend können die Leitlinien der ESA (**JC 2018-35**) herangezogen werden, welche als Hilfeleitung für europäische Aufsichtsbehörden zu Überprüfung eines aufsichtsrechtlich konformen Beschwerdemanagements von Rechtsträgern erstellt wurde.

4.2 Wesentliche Neuerungen durch MiFID II

- (1) **Erweiterter Anwendungskreis:** Die Regelungen zum Beschwerdemanagement gelten nun für alle „Kunden oder potenzielle Kunden“ des Rechtsträgers. Dies betrifft also nicht nur jene Kunden, die als Privatkunden eingestuft wurden und mit denen der Rechtsträger eine bestehende Geschäftsbeziehung hatte, sondern auch potenzielle (Neu-)Kunden. Auch die Einstufung als Privatkunde ist nicht mehr relevant – nunmehr sind auch professionelle Kunden umfasst; diese waren zuvor von den Regelungen zum Beschwerdemanagement ausgenommen.
- (2) **Leitlinie zum Beschwerdemanagement:** Rechtsträger müssen Grundsätze für das Beschwerdemanagement festlegen und diese in einer für alle Mitarbeiter des Rechtsträgers verbindlichen Leitlinie schriftlich festhalten. Diese Grundsätze sind zudem von der Geschäftsleitung zu genehmigen.
- (3) **Veröffentlichungspflicht:** Rechtsträger haben ihren Kunden oder potenziellen Kunden detaillierte Angaben zum Beschwerdemanagement offenzulegen.
- (4) **Hinweis zu alternativer Streitbeilegung:** Kunden und potenzielle Kunden sind bei Mitteilung des Rechtsträgers über den Standpunkt betreffend die Beschwerde zusätzlich über die Möglichkeiten der Inanspruchnahme einer alternativen Streitbeilegungsstelle bzw einer zivilgerichtlichen Klage zu informieren.
- (5) **Einrichtung einer Funktion:** Rechtsträger haben – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – eine eigene Beschwerdemanagementfunktion einzurichten, welche für die Prüfung, Bearbeitung und Dokumentation von Beschwerden verantwortlich ist.
- (6) **Involvierung der Compliance:** Eingegangene und bearbeitete Beschwerden sind verpflichtend auch der Compliance zur Kenntnis zu bringen, damit diese analysiert und allenfalls erforderliche weitere Maßnahmen eingeleitet werden können.
- (7) **Information an Aufsichtsbehörde:** Rechtsträger übermitteln der zuständigen Aufsichtsbehörde regelmäßig Informationen über Beschwerden und deren Abwicklung.

4.3 Gesetzliche Regelung und Umsetzung

Die Gliederung hierfür orientiert sich an Art 26 delVO (EU) 2017/565.

(1.1) *Rechtsträger müssen wirksame und transparente Strategien und Verfahren für das Beschwerdemanagement festlegen und auf Dauer umsetzen, mit denen die Beschwerden von Kunden oder potenziellen Kunden unverzüglich abgewickelt werden.*

Zu diesen Strategien und Verfahren zählen insbesondere die Festlegung von verbindlichen Grundsätzen zum Beschwerdemanagement, die Implementierung eines klar definierten Prozesses zur unverzüglichen Bearbeitung von Beschwerden, die Einrichtung einer hierfür zuständigen Beschwerdemanagementfunktion sowie ein regelmäßiger Informationsaustausch mit Compliance zur Auswertung von eingegangenen und bearbeiteten Beschwerden.

Eine allgemeingültige Festlegung zur Unverzüglichkeit ist aufgrund der Verschiedenartigkeit der Beschwerden nicht zielführend, insbesondere wenn für die Bearbeitung der Beschwerde die Einbindung externer Kooperationspartner erforderlich ist. Die Erfassung, die Mitteilung an den Beschwerdeführer über den Erhalt der Beschwerde sowie die Einleitung des Beschwerdeverfahrens sollten jedenfalls unverzüglich ohne unnötigen Aufschub erfolgen. Bei Verzögerungen während der Bearbeitung der Beschwerde ist der Beschwerdeführer darüber ebenfalls zu informieren.

(1.2) *Rechtsträger haben Aufzeichnungen über die eingegangenen Beschwerden zu führen und Maßnahmen zu deren Lösung zu ergreifen.*

Beschwerden sind unverzüglich nach Eingang beim Rechtsträger aufzuzeichnen. Der Beschwerdebegriff ist nach Sicht der FMA dabei weit zu fassen. So zählen hierzu nicht nur materielle Forderungen (zB Schadenersatzansprüche), sondern auch solche, die aus Sicht des Rechtsträgers unberechtigt sind bzw deren Inhalt (noch) nicht überprüft wurde. Folglich ist jede Beschwerde zu dokumentieren und zu prüfen. Der Ausschluss von ganzen Themenbereichen oder die Festlegung von betragsmäßigen Grenzen („Bagatellgrenze“) für das Eingreifen des Beschwerdemanagements sind unzulässig.

Zu den Mindestaufzeichnungen zählen Name und Kontaktdaten des Beschwerdeführers, Art und Zeitpunkt des Einlangens beim Rechtsträger sowie die Inhalte der vorgebrachten Beschwerde. Allfällige weitere bereitgestellte Nachweise oder Dokumente sind ebenfalls zu archivieren. Im Rahmen der Erfassung könnte auch gleich eine Einteilung der Beschwerde in geeignete Kategorien erfolgen.

9 Produktregulierung

Mag. Karin Lenhard

Wichtige Rechtsquellen:

Art 24 Abs 2 und Art 16 Abs 3 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (MiFID II);

Art 10 f Delegierte Richtlinie (EU) 2017/593 der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Schutz der Finanzinstrumente und Gelder von Kunden, Produktüberwachungspflichten und Vorschriften für die Entrichtung beziehungsweise Gewährung oder Entgegennahme von Gebühren, Provisionen oder anderen monetären oder nicht-monetären Vorteilen; ESMA-Leitlinien zu den Produktüberwachungsanforderungen der MiFID II (ESMA35-43-620) vom 05.02.2018;

ESMA, Q&As on MiFID II and MiFIR Investor Protection and intermediaries topics (ESMA 35-43-349);

§§ 30 und 31 WAG 2018;

FMA, Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision (11. 9. 2018);

BaFin Rundschreiben 05/2018 (WA) - Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten (MaComp);

Deutscher Derivateverband (DDV), MiFID II – Product Governance Gemeinsamer Mindeststandard für Zielmarktbestimmung für Wertpapiere, Stand 03.04.2017;

Deutscher Derivateverband (DDV), MiFID II – Product Governance Gemeinsamer Standard zum Rückmelderegime, Stand 17.10.2018;

ESMA Konsultationspapier zur Integration von Nachhaltigkeitsrisiken und -faktoren in MiFID II* (ESMA35-43-1210) vom 19.12.2018;

Draft of Commission Delegated Directive amending Delegated Directive (EU) 2017/593 as regards the integration of sustainability factors and preferences into the product governance obligations; Ref.Ares (2020)2955234 – 08/06/2020.

9.1 Zweck der Produktüberwachung

Eine der wesentlichsten Erneuerung in den Organisationsvorschriften der MiFID II ist die Verpflichtung, einen internen Produktüberwachungs- bzw -freigabeprozess einzuführen. Der Europäische Gesetzgeber verfolgte damit das Ziel etwaige Risiken aus **Anlegerschutzsicht** schon von einem möglichst frühen Zeitpunkt an zu erkennen, zu vermeiden und, wenn dies nicht möglich ist, zu mindern.¹

Die Regelung stellt unter anderem eine wesentliche Maßnahme zur **Interessenkonfliktprävention** dar und dient gleichzeitig der Qualitätsverbesserung der Finanzprodukte. Das darin vorgesehene Zielmarktkonzept erfasst den Vertriebsprozess in seiner Gesamtheit, von der Konzeption eines Finanzinstruments bis hin zu

¹ Erwägungsgrund (15) delRL MiFID II (EU) 2017/593.

dessen Verkauf an die Anleger. Hintergrund der Regelung war die Beobachtung, dass in der Vergangenheit teilweise Finanzinstrumente hergestellt und vertrieben wurden, die nicht im Interesse der Kunden lagen. Nun soll bereits im Vorfeld verhindert werden, dass „schädliche“ Finanzprodukte auf den Markt kommen.²

Gemäß Erwägungsgrund (71) der MiFID II Richtlinie 2014/65/EU (MiFID II) soll sichergestellt werden, dass Finanzinstrumente nur mehr dann konzipiert, angeboten oder empfohlen werden, wenn dies im Interesse des Kunden liegt.³

Weiters sollen Gefahren für geordnetes Funktionieren und Stabilität der Finanzmärkte vermieden werden.

9.2 Anwendungsbereich

Für die Zwecke der Produktüberwachungsanforderungen werden Wertpapierfirmen, die Anlageprodukte schaffen, entwickeln, begeben und/oder gestalten, als Produkthersteller (**Konzepteure**) angesehen. Im Falle von Emissionstätigkeiten aus dem Unternehmenssektor sind jene Wertpapierfirmen als Konzepteur anzusehen, welche bei der Auflage neuer Finanzinstrumente die Emittentin beraten.

Wertpapierfirmen, die den Kunden Finanzinstrumente und -dienstleistungen hingegen anbieten oder verkaufen, werden seitens MiFID II als **Vertreiber** angesehen.

Der Begriff der **Anlageprodukte** ist hierbei weit zu verstehen; im Sinne der rechtlichen Bestimmungen sind einerseits Finanzinstrumente im Sinne von Art 4 Abs 1 Z 15 der MiFID II als auch strukturierte Einlagen gemäß Art 4 Abs 1 Z 43 der MiFID II umfasst.

Anlageprodukte, die vor dem 3. Jänner 2018 konzipiert oder vertrieben wurden, fallen aus dem Anwendungsbereich heraus. Hingegen müssen für Anlageprodukte, die zwar vor dem 3. Jänner konzipiert jedoch noch nicht vertrieben wurden, die für den Vertreiber geltenden Vorschriften erfüllt werden. In diesem Fall muss der Vertreiber so agieren, als wäre der Konzepteur ein Unternehmen, das nicht den MiFID II Vorschriften unterliegt; insbesondere muss dieser eine Zielmarktdefinition vornehmen.⁴

2 *Baum Harald*, Die Regelung von Interessenkonflikten: MiFID II, WAG 2018 und WpHG 2018, ÖBA 2019, 266.

3 EG (71) MiFID II RL 2014/65/EU.

4 ESMA Leitlinien; Rz 64f.

9.3 Vorschriften für Produkthersteller (Konzepteure)

Wertpapierdienstleister, die Finanzinstrumente zum Verkauf konzipieren, sind organisatorisch verpflichtet ein Verfahren bzw einen internen Prozess für die Freigabe jedes Finanzinstruments einzurichten und zu betreiben, bevor das Finanzinstrument an Kunden vermarktet oder vertrieben wird (**Produktfreigabeverfahren**).

Der interne Prozess muss sicherstellen, dass für jedes konzipierte Finanzinstrument innerhalb der jeweiligen Kundengattung ein bestimmter Zielmarkt festgelegt wird. Hierbei ist der Kreis jener Kunden festzulegen, mit deren Bedürfnissen, Merkmalen und Zielen das Finanzinstrument im Einklang stehen muss. Die **Zielmarktbestimmung** hat somit jedenfalls im Interesse der Kunden und nicht jenem des Wertpapierdienstleisters zu erfolgen, weshalb etwaige Interessenkonflikte zu analysieren, zu managen und in letzter Konsequenz offenzulegen sind. Insgesamt muss das Konzipieren von Finanzinstrumenten jedenfalls den Anforderungen an einen geeigneten Umgang mit Interessenkonflikten, einschließlich der jeweils geltenden Anforderungen an die Vergütungsrichtlinien, entsprechen. Das Management der gegenläufigen Interessen von Emittenten und Kunden und die verpflichtende Festlegung eines zulässigen **Chancen-Risiko-Profiles** sind jedenfalls eine komplexe Herausforderung.⁵

Die **Verantwortung** für ein bestehendes und funktionierendes Produktfreigabeverfahren obliegt bei Kreditinstituten gemäß § 39 Abs 2 BWG der Geschäftsleitung. Eine diesbezügliche hinreichende konkrete und schriftliche **Dokumentation** in Form von Regelwerken, Policies oder Dienstanweisungen ist sowohl für Konzernsteuerungszwecke als auch zum Zwecke des Nachweises und der Kenntnisnahme durch die Mitarbeiter dienlich.⁶

Gemäß ESMA gilt das **Proportionalitätsprinzip**; je nach Komplexität des Produkts, des Vertriebskanals und Grad der öffentlichen Verfügbarkeit können einfachere oder aber auch komplexere Vorschriften festgelegt werden. Einfache Produkte, wie zB Aktien, welche als reines Ausführungsgeschäft (execution only) vertrieben werden, können einfacheren Vorschriften unterliegen.

Praxistipp:

Neben einer schriftlichen internen Policy ist es ratsam, ein standardisiertes Template zu erstellen, in welchem alle Stakeholder ihre Bewertung des relevanten Produkts eintragen und dokumentieren können. Dies dient nicht nur als interner Leitfaden für den Prozess sondern auch zum Nachweis gegenüber der Aufsichtsbehörde.

⁵ Siehe FN 2, 272.

⁶ FMA, OrgRS; Rz 17.

2 Anlageempfehlung

Mag. Barbara Just, RA Dr. Andreas Zahradnik

Wichtige Rechtsquellen:

§ 1 Z 3 lit e, § 50; §§ 55-59 WAG 2018;
Art 4 Abs 1 Z 4, Art 24 Abs 4, Art 25 der RL 2014/65/EU (MiFID II);
Art 9, 52-56 DfVO/delVO (Entwurf C (2016)/2398);
ESMA Leitlinien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen (22/03/2016 ESMA/2015/1886 DE);
ESMA Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Eignung (06/11/2018 ESMA35-43-1163 DE);
FMA Rundschreiben – Kriterien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen von Anlageberatern und Personen, die Informationen zu Anlageprodukten erteilen (21 August 2017).

2.1 Einleitung

Im Bereich der Anlageberatung verfolgt MiFID II das **Ziel der verstärkten Kosten- und Produkttransparenz**. WPU sollen demnach die Kosten einer Beratung offenlegen und klarstellen, ob die Beratung abhängig oder unabhängig erbracht wird und überdies, ob die Produktpalette weitläufig oder eingeschränkt ist. Zusätzlich muss Kunden nach MiFID II bekannt gegeben werden, ob eine regelmäßige Beurteilung der empfohlenen Finanzinstrumente erfolgt oder nicht. Neu ist auch, dass Kunden in Zukunft die Gründe für eine Empfehlung mittels Geeignetheitserklärung offengelegt werden müssen.

Im Bereich der Geeignetheit von Anlageberatungs- und Portfolioverwaltungsdienstleistungen bringt MiFID II Anpassungen, aber keine groben Änderungen. Neu sind **Vorschriften zu Querverkäufen**. Darunter wird grob gesagt eine Bündelung von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen verstanden (zu Details siehe dieses Kapitel, Punkt 2.9.3). Sowohl beim Fehlen von Informationen als auch bei der Nicht-Geeignetheit eines Finanzinstrumentes bestehen wie auch bisher **Warnpflichten**. Nach MiFID II soll das WPU nach Abgabe einer Warnung das weitere Vorgehen allerdings verpflichtend dokumentieren.

Der Anlegerschutz soll zusätzlich durch **Konkretisierung der Kenntnisse und Kompetenzen der Mitarbeiter** des WPU, die im Rahmen der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen herangezogen werden, gestärkt werden. Die ESMA Leitlinien zählen dazu auch vertraglich gebundene Vermittler. Die ESMA hat zu diesem Zweck Leitlinien herausgegeben (ESMA Leitlinien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen (22/03/2016 ESMA/2015/1886 DE)), in deren Entsprechung die FMA die Kriterien für die Kenntnisse und Kompetenzen für Mitarbeiter veröffentlichen soll. Die FMA hat im August 2017 ein entsprechendes Dokument in der Form eines Rundschreibens veröffentlicht (FMA Rundschrei-

ben – Kriterien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen von Anlageberatern und Personen, die Informationen zu Anlageprodukten erteilen).

Die „Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Eignung“ (in der Folge „ESMA Leitlinien zur Eignung“) der ESMA bieten überdies praktische Erläuterungen zu bestimmten Aspekten der MiFID II Anforderungen an die Eignung und sollen eine einheitliche und konsistente Anwendung der MiFID II sicherstellen.

2.2 Eignung von Mitarbeitern

Zwar prüft die FMA auch derzeit im Rahmen von Vor-Ort Prüfungen, ob Mitarbeiter und Vermittler eines WPU über ausreichende Fachkenntnisse verfügen, zB ob es Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen im Unternehmen gibt. Die Anforderungen an Mitarbeiter wird durch MiFID II im Hinblick auf Kenntnisse und Erfahrungen allerdings konkretisiert.¹ Dabei wird unterschieden, ob Mitarbeiter Anlageberatungsdienstleistungen erbringen oder Kunden Informationen über Anlageprodukte, Wertpapier- oder Nebendienstleistungen erteilen.

Die ESMA hat bereits 2015 entsprechende Leitlinien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen herausgegeben, die seit März 2016 auch ins Deutsche übersetzt sind (ESMA „Leitlinien für die Beurteilung von Kenntnissen und Kompetenzen“ (ESMA/2015/1886 DE), in der Folge „**ESMA Leitlinien zu Kenntnissen**“). Diese ESMA Leitlinien beinhalten Mindeststandards für die Beurteilung des Vorliegens der Kenntnisse und Kompetenzen der relevanten Mitarbeiter iSv Art 25 Abs 9 MiFID II. Sie sind zeitgleich mit Inkrafttreten des WAG 2018 ab 3. Jänner 2018 anzuwenden. Die FMA hat gemäß § 55 Abs 1 WAG 2018 die Kriterien, die für die Beurteilung des Vorliegens der Kenntnisse und Kompetenzen der relevanten Mitarbeiter angewendet werden, zu veröffentlichen. Siehe hierzu das bereits erwähnte FMA Rundschreiben, das ergänzend zu den ESMA Leitlinien anzuwenden ist.

Durch diese Neuerung werden die **Anforderungen an Berater erhöht**, mit dem erklärten Ziel, dass Anleger nur mehr durch kompetente und erfahrene Finanzberater beraten werden sollen. Konkret wird hierbei wie folgt unterschieden:

- Kriterien für die Kenntnisse und Kompetenzen von Mitarbeitern, die **Informationen** über Anlageprodukte, Wertpapier- oder Nebendienstleistungen erteilen;
- Kriterien für die Kenntnisse und Kompetenzen von Mitarbeitern, die **Anlageberatungsdienstleistungen** erbringen.

An die Anlageberater werden die höchsten Anforderungen gestellt. Diese haben insbesondere Kenntnisse und Kompetenzen in Zusammenhang mit der Beurteilung der Geeignetheit aufzuweisen und über folgendes Verständnis zu verfügen:

¹ Art 25 Abs 1 MiFID II.

- der wesentlichen Merkmale, Risiken und Funktionen der erhältlichen Anlageprodukte,
- der allgemeinen steuerlichen Auswirkungen,
- der Kosten und Gebühren,
- der Merkmale der Wertpapierdienstleistungen,
- der Funktionsweise der Finanzmärkte und
- des Einflusses von wirtschaftlichen Kennzahlen und relevanten Ereignissen auf die Märkte und den Wert der Anlageprodukte.²

In ihrem **FMA Rundschreiben** verlangt die FMA, dass die für die jeweilige Funktion erforderlichen Kenntnisse und Kompetenzen (siehe 2.1 bzw 2.2 des FMA Rundschreibens) durch die Absolvierung von Ausbildungen zu den jeweils angeführten Lerninhalten zu erwerben sind. Die Erreichung der Lernziele hat durch die Dokumentation der positiven Ablegung von Prüfungen über die für die jeweilige Funktion angeführten Lerninhalte nachweisbar zu sein. Die FMA hat in ihrem Rundschreiben überdies konkretisiert, dass eine angemessene Weiterbildung der relevanten Mitarbeiter sicherzustellen ist: dies beinhalten berufliche Schulungen oder Weiterbildungen im Ausmaß von mindestens 15 Stunden (à 60 Minuten) pro Jahr.

Aber auch Personen, die Informationen über Anlageprodukte, Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erteilen, haben ein entsprechendes Verständnis aufzuweisen. Die **ESMA Leitlinien zur Eignung** adressieren unter Leitlinie 11 auch die Eignung der Mitarbeiter wie folgt: Firmen haben zu gewährleisten, dass die an wesentlichen Aspekten des Prozesses der Eignungsfeststellung/Geeignetheitsprüfung beteiligten Mitarbeiter über ausreichende Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen.

In den dazugehörigen flankierenden Leitlinien legt die ESMA in weiterer Folge dar, dass Mitarbeiter wissen müssen, welche Rolle sie im Prozess der Eignungsbeurteilung/Geeignetheitsprüfung spielen, und über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen, einschließlich hinlänglicher Kenntnisse des rechtlichen Rahmens und der entsprechenden Verfahren, verfügen müssen, damit sie ihrer Verantwortung gerecht werden können. Demnach fordert ESMA nicht nur von Kundenberatern, die die Anlageberatung erbringen, Kenntnisse und Kompetenzen in Bezug auf die Eignungsfeststellung/Geeignetheitsprüfung, sondern auch von anderen Mitarbeitern. Mitarbeiter ohne Kundenkontakt, die in die Eignungsbeurteilung/Geeignetheitsprüfung miteinbezogen werden, müssen demnach über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die in Abhängigkeit von ihren konkreten Rollen im Prozess der Eignungsfeststellung/Geeignetheitsprüfung erforderlich sind. Dabei kann es sich zB um die Erstellung der Fragebögen, die Festlegung der Algorithmen für die Eignungsbeurteilung/Geeignetheitsprüfung oder andere Aspekte handeln, die für die Durchführung der

² Im Detail siehe hierzu die ESMA Leitlinien zu Kenntnissen.

Eignungsbeurteilung/Geeignetheitsprüfung und die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Geeignetheit/Eignung notwendig sind.

Auch der Einsatz von **Technologien und Algorithmen** wird von den ESMA Leitlinien zur Eignung Rechnung getragen. Soweit erforderlich sollten WPU, die automatisierte Instrumente (einschließlich hybrider Instrumente) verwenden, dafür Sorge tragen, dass ihre an den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Festlegung dieser Instrumente beteiligten Mitarbeiter

- über ein angemessenes Verständnis der für die Erbringung der digitalen Beratung eingesetzten Technologien und Algorithmen verfügen (und dass sie insbesondere in der Lage sind, die Grundlagen, die Risiken und die Vorschriften in Bezug auf die Algorithmen zu verstehen, die der digitalen Beratung zugrunde liegen), und
- in der Lage sind, die von den Algorithmen erbrachte digitale/automatisierte Beratung zu verstehen und zu überprüfen.

Aus organisatorischer Sicht müssen WPU die Verantwortlichkeiten ihrer Mitarbeiter niederlegen und sicherstellen, dass entsprechend ihrer **internen Organisation** klar zwischen der Beschreibung der Verantwortlichkeiten für die Beratungsrolle und der Beschreibung der Rolle der bloßen Informationserteilung unterschieden wird. Die Kenntnisse und Kompetenzen von Mitarbeitern sind durch Schulungen und abgelegte Prüfungen sicherzustellen und der Aufsicht auf Anfrage nachzuweisen.

Tipp:

Prüfen Sie die Kenntnisse und Kompetenzen Ihrer Mitarbeiter und sorgen Sie für Weiterbildungsmaßnahmen, um die neuen Anforderungen zu erfüllen. Führen Sie überdies Aufzeichnungen.

WPU müssen der FMA auf Anfrage **Aufzeichnungen über die Kenntnisse und Kompetenzen** ihrer Mitarbeiter übermitteln. Diese Aufzeichnungen sollen der FMA die Überprüfung der Einhaltung der Leitlinien ermöglichen. Folglich wird es erforderlich sein, einzelne Mitarbeiter, die in der Kundenbetreuung tätig sind, den oben genannten Kategorien (Informationserteilung/Beratung) zuzuordnen und zusätzlich die jeweiligen Kenntnisse und Erfahrungen eines jeden Mitarbeiters zu dokumentieren (also etwa Ausbildung, praktische Erfahrung und interne sowie externe Weiterbildungsveranstaltungen).

Mitarbeiter, die nicht über die angemessene Erfahrung zur Erbringung der einschlägigen Dienstleistungen verfügen, können diese Dienstleistungen nur unter Aufsicht erbringen. Zeitlich wird dies allerdings dahingehend begrenzt, dass eine **Tätigkeit unter Aufsicht** maximal für eine Dauer von zwei Jahren zulässig ist. Die ESMA Leitlinien haben einen Rahmen von bis zu 4 Jahren vorgegeben, den die FMA nicht voll ausschöpft. Wie eine Dienstleistung konkret unter Aufsicht

3. Anzeige- und Bewilligungspflichten

1. Welche Tatbestände gemäß § 7 WAG 2018 mit § 73 BWG haben Sie der FMA unverzüglich schriftlich anzuzeigen? (mind 5 Punkte)

Antwort:

Von § 73 BWG sind nach § 7 WAG 2018 die Ziffern 1 bis 8 und 11 des ersten Absatzes einzuhalten. Daher haben WPF und WPDLU folgende Punkte unverzüglich der FMA schriftlich anzuzeigen:

- Jede Satzungsänderung und den Beschluss auf Auflösung;
- jede Änderung der Voraussetzungen gemäß § 5 Abs 1 Z 6, 7, 10 und 13 BWG bei bestehenden Geschäftsleitern;
- jede Änderung in der Person der Geschäftsleiter sowie die Einhaltung von § 5 Abs 1 Z 6 bis 11 und 13 BWG;
- die Eröffnung, Verlegung, Schließung oder vorübergehende Einstellung des Geschäftsbetriebes der Hauptniederlassung oder von Zweigstellen;
- Umstände, die für einen ordentlichen Geschäftsleiter erkennen lassen, dass die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen gefährdet ist;
- den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung;
- jede Erweiterung des Geschäftsgegenstandes;
- jede Herabsetzung des eingezahlten Kapitals (§ 23 Abs 3 BWG) und des Partizipationskapitals mit Dividenden-Nachzahlungsverpflichtung (§ 23 Abs 4 und 5 BWG);
- den oder die Verantwortlichen für die interne Revision sowie Änderungen in deren Person.

2. Nennen Sie mindestens drei bewilligungspflichtige Tatbestände gemäß § 7 WAG 2018 iVm § 21 BWG!

Antwort: Nach § 21 Abs 1 BWG ist eine besondere Bewilligung der FMA bei folgenden Punkten erforderlich:

- Für jede Verschmelzung oder Vereinigung – ausgenommen sind Beteiligungen an einem Zentralinstitut;
- für jede Änderung der Rechtsform;
- für die Errichtung von Zweigstellen in einem Drittland;
- für die Spaltung gemäß § 1 des Bundesgesetzes über die Spaltung von Kapitalgesellschaften – SpaltG, BGBl Nr. 304/1996;
- für jede Verschmelzung oder Vereinigung mit Nichtwertpapierfirmen oder sonstigen konzessionierten Unternehmen, ausgenommen Tochterunternehmen gemäß § 59 Abs 3 BWG.

3. Welchen Unterschied stellt eine Anzeigepflicht gegenüber einer Bewilligungspflicht in Bezug auf die Durchführung dar?

Antwort:

Bei gesetzlichen Anzeigepflichten hat **nach** der Erfüllung des anzeigepflichtigen Tatbestandes eine unverzügliche Meldung an die FMA zu erfolgen.

Bei gesetzlichen Bewilligungspflichten hat **vor** der Erfüllung des anzeigepflichtigen Tatbestandes eine Meldung bzw ein Antrag an die FMA zu erfolgen. Die FMA entscheidet darüber mit Bescheid.

4. Welche Konsequenzen ergeben sich für Ihr Unternehmen bei Nichtbeachtung der Bewilligungs- und Anzeigepflichten?

Antwort:

Bei Verletzung der Anzeigepflichten gemäß § 7 WAG 2018 iVm § 73 BWG droht dem § 9 VStG-Verantwortlichen des Unternehmens eine Geldstrafe von bis zu EUR 20.000 (§ 95 Abs 6 WAG 2018), außer es wurde die nicht ordnungsgemäß erstattete Anzeige nachgeholt, bevor die FMA Kenntnis von dieser Übertretung erlangt hat (§ 95 Abs 9 WAG 2018).

Zusätzlich kann die FMA gemäß § 92 Abs 8 WAG 2018 iVm § 70 Abs 4 BWG als Aufsichtsmaßnahmen

- dem Unternehmen binnen angemessener Frist unter Androhung einer Zwangsstrafe auftragen, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen,
- im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Unternehmens die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, oder
- die Konzession zurückzunehmen, wenn andere Maßnahmen die Funktionsfähigkeit des Unternehmens nicht sicherstellen können.

5. Darf ich meinen Kunden anweisen, Geld auf mein Konto zu überweisen, um damit Kundenaufträge zu bezahlen?

Antwort:

Nein, keine WPF und kein WPDLU darf nach § 3 Abs 5 Z 4 WAG 2018 jemals Schuldner seiner Kunden sein. WPDLU dürfen niemals Gelder oder Finanzinstrumente von Kunden halten. Der Kunde muss immer der Inhaber und wirtschaftlich Berechtigte über seine Gelder und Finanzinstrumente sein.

6. Ist jede Änderung der Satzung zu melden, oder nur eine Anzeige an die FMA zu erstatten, wenn sich das Grundkapital des Unternehmens ändert?

Antwort:

Jede Änderung der Satzung ist nach § 7 WAG 2018 iVm § 73 Abs 1 Z 1 BWG der FMA zu melden. Zusätzlich ist bei Satzungsänderungen zu beachten, dass gemäß § 3 Abs 5 Z 6 WAG 2018 iVm § 5 Abs 1 Z 2 BWG eine Satzung, die die ordnungsgemäße Durchführung der Geschäfte gewährleistet, eine Voraussetzung für die Konzession darstellt.

7. Was sind meldepflichtige Finanzinstrumente und wer ist in diesem Zusammenhang zur Meldung verpflichtet?

Antwort:

Gemäß Art 26 MiFIR müssen Wertpapierfirmen, die Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten tätigen, die vollständigen und zutreffenden Einzelheiten dieser Geschäfte so schnell wie möglich und spätestens am Ende des folgenden Arbeitstags der FMA melden.

Die Verpflichtung gilt für

- Finanzinstrumente, die zum Handel zugelassen sind oder die an einem Handelsplatz gehandelt werden oder für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel gestellt wurde;
- Finanzinstrumente, deren Basiswert ein an einem Handelsplatz gehandeltes Finanzinstrument ist, und
- Finanzinstrumente, deren Basiswert ein aus an einem Handelsplatz gehandelten Finanzinstrumenten zusammengesetzter Index oder Korb von Finanzinstrumenten ist.

8. Sie verlegen die Hauptniederlassung. Was ist bei dieser Änderung zu beachten?

Antwort:

Die Verlegung der Hauptniederlassung ist zu melden. Dies gilt auch für Zweigstellen.

9. Ist bezüglich einer Änderung der Rechtsform Anzeige an die FMA zu erstatten?

Antwort:

Die Änderung der Rechtsform ist bewilligungspflichtig nach § 7 WAG 2018 iVm § 21 Abs 1 Z 3 BWG.