

Bank- und finanzmarktaufsichts- rechtliche Compliance

Peter Knobl

Sonderdruck aus:

Bernhard Kofler-Senoner (Hrsg)

Compliance-Management
für Unternehmen

Prävention und Krisenmanagement

2016

Handbuch

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

VIII. Bank- und Finanzrecht

Peter Knobl/David Gasser

A. Einführung

- 1031 Die Finanzkrise der letzten Jahre hat eine Regulierungsflut verursacht, die vorrangig europarechtlich getrieben ist und deren Ergebnisse in die nationalen Rechtsordnungen fortlaufend Einzug halten. Neben den Verschärfungen der bestehenden Regulierungen im Banken-, Wertpapier- und Versicherungsaufsichtsrecht kamen bislang wenig regulierte Sektoren wie Alternative Investmentfondsmanager („AIFM“) oder die Marktinfrastrukturanbieter wie Clearinghäuser, Transaktionsregister und Zentralverwahrer in den Fokus der Europäischen Gesetzgebung. Von der Regulierungswelle erfasst wurden auch der Handel mit und der Vertrieb von grundsätzlich nicht produktbezogen regulierten Finanzinstrumenten wie OTC-Derivaten, Alternativen Investmentfonds („AIFs“), verpackten Anlageprodukten für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukten („PRIIPs“). Nur mehr Restbestände des Finanzmarktrechts sind nicht EU-weit vereinheitlicht, also nicht „harmonisiert“.
- 1032 Für nahezu jede Finanzdienstleistung, also untechnisch gesprochen jede Dienstleistung über Geld oder Wertpapiere – sei es zB deren Entgegennahme, Vermittlung, Übertragung, Verwaltung, Verleihung, Handel oder das Versprechen ihrer Bereitstellung – gibt es einschlägige, großteils europäisch geprägte Materien Gesetze. Kaum ein Finanzdienstleister- oder Produkttypus, der von den Europäischen Verordnungen, Richtlinienumsetzungen und Durchführungsrechtsakten nicht betroffen wäre, Tendenz weiter steigend. Zusätzlich zu den delegierten oder Durchführungsrechtsakten, die die EuK auf Grundlage von technischen Regulierungsstandards (*Regulatory Technical Standards* – RTS) oder technischen Durchführungsstandards (*Implementing Technical Standards* – ITS) der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (*European Banking Authority* – „EBA“) oder der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde in Paris (*European Securities and Markets Authority* – „ESMA“)⁴⁶⁵ verabschiedet, existieren **Leitlinien**, **Rundschreiben** und **Mindeststandards** sowie mitunter umfangreiche Fragenkataloge (Q&As) der jeweiligen Behörden, die bei der Auslegung zu beachten sind.⁴⁶⁶ In diesem

465 Die dritte europäische Aufsichtsbehörde („ESA“) ist die EIOPA.

466 Bei der Behandlung von Rechtsfragen ist der Blick auf die Website der Behörden ratsam. Beinahe täglich gibt es neue Veröffentlichungen, die bei der Beantwortung helfen können: www.fma.gv.at; www.eba.europa.eu; www.esma.europa.eu. Für den Compliance-Bereich nur am Rande relevant die Website des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) unter der Leitung der Europäischen Zentralbank (EZB): www.bankingsupervision.europa.eu.

Zusammenhang ist eine stark zunehmende Zersplitterung des Rechtsbestandes zu beobachten. Der Rechtsanwender kann sich nicht mehr auf die Kodifizierung relevanter Normen in ein und demselben Rechtsakt verlassen. Hier den Wissensstand aktuell zu halten und die Übersicht zu bewahren erfordert mittlerweile auch von Spezialisten ein beträchtliches zeitliches Engagement. Das Monitoring neuer Regulierungsvorschläge in einem frühen Stadium kann sich jedoch bezahlt machen, um zeitgerecht über die Interessenverbände Einfluss auf die Gesetzgebung nehmen zu können, knappe Umsetzungsfristen nach Inkrafttreten – auch für die Compliance-Abteilung – abzufedern und das Geschäftsmodell ggf rechtzeitig anpassen zu können.⁴⁶⁷

Abhängig von der Art der Tätigkeit, der der Finanzdienstleister nachgehen möchte, variieren das Ausmaß und der Detailgrad der gesetzlichen Anforderungen. Banken (Kreditinstitute) haben aufgrund ihres Einflusses auf Finanzmarktstabilität und Realwirtschaft sicher mit den umfangreichsten Vorgaben zu kämpfen.⁴⁶⁸ Daneben konzentriert sich dieser Beitrag aber auch auf Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen („WPDLU“), Verwaltungsgesellschaften für OGAW („OGAW-Verwaltungsgesellschaften“) und Manager von AIFs („AIFMs“).⁴⁶⁹ Dieser Beitrag gliedert sich entlang jener materiellen Regelungsblöcke, die im Zusammenhang mit Compliance traditionell behandelt werden. Abhängig von den angebotenen Produkten und Dienstleistungen gelten die einschlägigen Rechtsnormen kraft Verweis oder paralleler Regelung im einschlägigen Sondergesetz (etwa im Investmentfondsgesetz 2011 – „InvFG“) nämlich – wenn auch teils in abgestufter Form – für alle hier behandelten Finanzdienstleister.

1033

467 Ein monatliches Statusupdate der WKO Bundessparte Banken und Versicherungen wird im Österreichischen Bankarchiv geliefert. Daneben existieren zahlreiche regulatorische und EU-politische Newsletters.

468 Innerhalb der Banken findet nunmehr eine weitere aufsichtsrechtlich und compliance-relevante Differenzierung statt, die für den Umfang der Pflichten der einzelnen Bank relevant ist: mittlerweile muss man Kreditinstitute von erheblicher Bedeutung (§ 5 Abs 4 BWG), Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von mehr als € 1 Mrd oder mit zum Handel an einem geregelten Markt zugelassenen Wertpapieren (§ 39 Abs 5 BWG), CRR-Kreditinstitute (§ 1a Abs 1 Z 1 BWG), CRR-Wertpapierfirmen (§ 1a Abs 1 Z 2 BWG; oftmals Kreditinstitute nach der österreichischen Terminologie des BWG), bedeutende beaufsichtigte Kreditinstitute (Art 2 Z 16 SSM-Rahmenverordnung) und Kreditinstitute mit den Merkmalen nach § 271a Abs 1 UGB voneinander unterscheiden.

469 „Wertpapierdienstleister“ wird in diesem Beitrag als Überbegriff jener Unternehmen verwendet, die aufgrund der Erbringung von Wertpapier(neben-)dienstleistungen das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 („WAG“) zumindest in Teilen einzuhalten haben. Das sind jedenfalls Wertpapierfirmen und WPDLU und idR Banken. Dazu können, abhängig vom erlaubten Dienstleistungsspektrum, aber auch OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs gehören. Über WAG-Themen hinaus wird als Überbegriff „Finanzdienstleister“ oder schlicht „(beaufsichtigte) Unternehmen“ verwendet.

B. Executive Summary

Verwaltungsstrafrechtliche und aufsichtsrechtliche Sanktionen			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung			
Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung	Freiheitsstrafe bis zu 6 Wochen oder Geldstrafe bis zu € 150.000 gegen den Verantwortlichen (§ 9 VStG)	§ 98 Abs 5a Z 3 Bankwesengesetz („BWG“); § 95 Abs 10 WAG; § 67 Abs 11 Zahlungsdienstegesetz („ZaDIG“); § 191 InvFG; § 60 Abs 3 Alternative Investmentfonds Manager Gesetz („AIFMG“)	Kapitel 8
	Geldstrafe gegen die juristische Person iHv max 10 % des Gesamtnettoumsatzes des letzten Jahresabschlusses oder bis zum Zweifachen des erzielten Nutzens	§ 99d BWG; § 94 Abs 4 WAG; § 150 InvFG; § 60 Abs 6 AIFMG; § 64 Abs 8 ZaDIG	
	Veröffentlichung bzw Bekanntmachung der Strafe im Internet und uU auch des Namens des Verantwortlichen oder des Unternehmens (BWG, InvFG)	§ 99c BWG; Art 59 Abs 2 u 3 der 4. GeldwäscheRL (EU) 2015/849 ⁴⁷⁰	
	Nach Umsetzung der 4. Geldwäscherichtlinie bis 26. Juni 2017: Bei Kredit- und Finanzinstituten: maximale Geldbußen von mindestens € 5 000 000 für Verantwortliche und/oder juristische Personen; für juristische Personen alternativ 10 % des Gesamtnettoumsatzes des letzten Jahres	Art 53 Abs 3 der 4. Geldwäscherichtlinie (EU) 2015/849	

470 Richtlinie (EU) 2015/849 vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission.

Verwaltungsstrafrechtliche und aufsichtsrechtliche Sanktionen			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
	abschlusses als Mindest- höchstgrenze.		
	Bei Nichtbanken: maximale Geldbußen in mindestens zweifacher Höhe der infolge des Verstoßes erzielten Gewinne oder mindestens € 1 Mio.	Art 59 Abs 2 der 4. Geldwäschericht- linie (EU) 2015/849	
Wohlverhaltenspflichten			
WAG-Wohlverhaltens- pflichten	Geldstrafe gegen den Verant- wortlichen (§ 9 VStG) bis zu € 100.000	§ 95 Abs 2 Z 1 WAG; § 2 Abs 3 WAG	Kapi- tel 7
	Nach Inkrafttreten der MiFID II-Umsetzung bis 3. Jänner 2018 und seit Umsetzung der OGAW V-RL 2014/91/EU ⁴⁷¹ mit 18. März 2016 drastische Erweiterung und Erhöhung der Sanktions- maßnahmen insbesondere im Hinblick auf die Bestrafung juristischer Personen.	Art 70 Abs 6 MiFID II 2014/65/ EU ⁴⁷² ; §§ 190 f InvFG; Art 1 Z 16 OGAW V-RL 2014/91/EU	
Vorschriften zum Um- gang mit Interessen- konflikten bei OGAW- Verwaltungsgesellschaften und AIFMs	Geldstrafe gegen den Verant- wortlichen (§ 9 VStG) bis zu € 60.000	§ 190 Abs 3 Z 1 InvFG; § 60 Abs 2 Z 8 iVm § 12 AIFMG	
Wohlverhaltenspflichten bei der Vermögensverwal- tung auf Einzelbasis oder bei der Anlageberatung, jeweils durch OGAW- Verwaltungsgesellschaften	Geldstrafe gegen den Verant- wortlichen (§ 9 VStG) bis zu € 60.000	§ 190 Abs 4 Z 6 InvFG	

471 Richtlinie 2014/91/EU vom 23. Juli 2014 zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen (engl. „UCITS V“).

472 Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU in der Fassung Richtlinie (EU) 2016/1034 vom 23. Juni 2016.

Verwaltungsstrafrechtliche und aufsichtsrechtliche Sanktionen			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
Werbenvorschriften, Informations- und Veröffentlichungspflichten für OGAW	Geldstrafe gegen den Verantwortlichen (§ 9 VStG) bis zu € 60.000	§ 190 InvFG	
Organisationsvorschriften			
Organisationsvorschriften (ua Einrichten einer Compliance-Funktion)	Geldstrafe gegen den Verantwortlichen (§ 9 VStG) bis zu € 60.000	§ 95 Abs 2 Z 2 WAG iVm § 18 WAG	Kapitel 2
	Zur MiFID II siehe bereits unter „Wohlverhaltenspflichten“	§ 190 Abs 3 InvFG iVm § 15 InvFG § 60 Abs 2 Z 20 AIFMG iVm Art 61 der EU-Ergänzungsverordnung zur AIFMD ⁴⁷³	
Finanzsanktionen/Embargos			
Verbot der Verfügung über Konten, die zur Erfüllung einer UN-Entscheidung gesperrt wurden (§ 78 Abs 7 BWG)	Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu € 100 000	§ 98 Abs 4 BWG	Kapitel 9
Transaktionen in von nationalen, EU- oder UN-Sanktionsmaßnahmen betroffenen Vermögensbestandteilen bis zu einem Wert von € 100 000 (darüber strafrechtliche Relevanz, su)	Geldstrafe bis zu € 50 000	§ 12 Abs 1 SanktionenG	
Erbringung von Dienstleistungen bis zum Wert von € 100 000 (darüber strafrechtliche Relevanz, su) an natürliche oder juristische Personen zum	Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu € 50 000	§ 12 Abs 2 SanktionenG	

473 Delegierte Verordnung (EU) Nr 231/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung.

Verwaltungsstrafrechtliche und aufsichtsrechtliche Sanktionen			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
Zweck der Ausübung geschäftlicher Tätigkeiten in einem bestimmten Staat trotz Verbots (§ 2 Abs 2 Z 5 SanktionenG)			
Erschleichen einer in den Sanktionsmaßnahmen vorgesehene Ausnahmegenehmigung durch unrichtige oder unvollständige Angaben	Geldstrafe bis zu € 50 000 zu bestrafen	§ 13 SanktionenG	
Nicht vollständige oder fristgerechte Erfüllung der Verpflichtungen nach § 8 Abs 2 SanktionenG zur Erteilung von Auskünften, zur Bekanntgabe von Daten, zur Vorlage von Unterlagen und Nachweisen oder zur Einsichtgewährung oder wissentlich unvollständige oder unrichtige Angaben	Geldstrafe bis zu € 5 000 zu bestrafen	§ 14 SanktionenG	
Für Verwaltungsstrafen nach dem SanktionenG ist jeweils die Bezirksverwaltungsbehörde bzw die Landespolizeidirektion zuständig			
Marktmanipulation			
Marktmanipulation	6 Monate – 5 Jahre	§ 48n Abs 1, Abs 2 BörseG-E	Kapitel 6
	(Schwerwiegende Fälle: ≤ 4 Jahre Freiheitsstrafe)	(Art 7 Abs 2 CRIM-MAD)	
	Sonstige Fälle: Verwaltungsübertretung: ≤ € 5 Mio (nat.P.)	Art 30 Abs 2 lit (i) sublit (i) MAR, § 48c Abs 1 Z 3 BörseG-E	
	≤ € 15 Mio oder 15 % des Gesamtkonzernumsatzes (jur.P.)	Art 30 Abs 2 lit (j) sublit (i) MAR, § 48e Abs 3 Z 1 BörseG-E	

Strafrecht			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
Missbrauch von Insiderinformationen			
Verbot des (versuchten) Tätigen von Insidergeschäften, Verbot der Empfehlung von oder Anstiftung zu Insidergeschäften, Verbot der unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen (Art 8–11 und 14 MAR)	Vorsatz, schwerwiegende Fälle: 6 Monate – 5 Jahre Freiheitsstrafe (≤ 4 Jahre Freiheitsstrafe)	§ 48m Abs 1, Abs 2 BörseG-E (Art 7 Abs 2 CRIM-MAD)	Kapitel 6
	Unrechtmäßige Offenlegung außerhalb der normalen Berufsausübung: ≤ 3 Jahre (Primärinsider) bzw. ≤ 2 Jahre (Sekundärinsider) Freiheitsstrafe (≤ 2 Jahre Freiheitsstrafe)	§ 48m Abs 3 BörseG-E (Art 7 Abs 3 CRIM-MAD)	
	Sonstige Fälle: Verwaltungsübertretung: ≤ € 5 Mio (nat. P.)	Art 30 Abs 2 lit (i) sublit (i) MAR, § 48c Abs 1 Z 1, Z 2 BörseG-E	
	≤ € 15 Mio oder 15 % des Gesamt- konzernumsatzes (jur.P)	Art 30 Abs 2 lit (j) sublit (i) MAR, § 48e Abs 3 Z 1 BörseG-E	

Darüber hinaus kommen als Sanktionen / Rechtsfolgen bei Marktmanipulation und bei Missbrauch von Insiderinformationen noch der Widerruf der Börszulassung (§ 64 Abs 5 BörseG), Schadenersatzansprüche geschädigter Anleger für den Fall, dass Compliance-Bestimmungen mit Schutzcharakter verletzt wurden, das Ruhen der Stimmrechte bei Verletzung der Beteiligungspublizität, strafrechtliche Sanktionen gemäß § 163a StGB 2015, und Veröffentlichung von Strafe und betroffener Person (naming / blaming / shaming, § 48j BörseG-E) in Betracht. Weitere Befugnisse nach Art 30 MAR, § 48f BörseG E sind: Anordnung, den Verstoß einzustellen und von einer Wiederholung abzusehen, Einzug der erzielten Gewinne/vermiedenen Verluste, Verwaltungsstrafen bis zur mindestens dreifachen Höhe des/der erzielten Nutzens bzw. Gewinne/vermiedenen Verluste, öffentliche (Ver)warnung, Entzug der Zulassung der Wertpapierfirma oder Geschäftsführung/Handelsverbote der dortigen Führungskräfte.

Strafrecht			
Verletzte Pflichten / Relevante Tatbestände	Sanktion	Norm	Kapitel
Prospekt- und Fondsrecht			
Keine Prospektveröffentlichung, unrichtige vorteilhafte Angaben über erhebliche Umstände oder Verschweigen nachteiliger Tatsachen im veröffentlichtem Prospekt, KID, Rechenschafts- oder Halbjahresbericht oder Verschmelzungsinformation nach § 120 InvFG, keine Veröffentlichung eines Rechenschaftsberichts	Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen	§ 15 Abs 1 KMG; § 189 Abs 2 InvFG	Kapitel 1
Finanzsanktionen/Embargos			
Transaktionen in Vermögensbestandteilen, die von nationalen, EU- oder UN-Sanktionsmaßnahmen betroffen sind, in einem € 100 000 übersteigenden Wert	Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen	§ 11 Abs 1 SanktionenG	Kapitel 9
Erbringung von Dienstleistungen in einem € 100 000 übersteigenden Wert an natürliche oder juristische Personen zum Zweck der Ausübung geschäftlicher Tätigkeiten in einem bestimmten Staat trotz Verbots (§ 2 Abs 2 Z 5 SanktionenG)	Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen	§ 11 Abs 3 SanktionenG	
Geheimnisverrat			
Offenbarung von Tatsachen des Bankgeheimnisses, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder um einem anderen einen Nachteil zuzufügen	Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen (Ermächtigungsdelikt)	§ 101 BWG (iVm § 191 InvFG)	Kapitel 2
Offenbarung oder Verwertung von vertraulichen Tatsachen, die (i) Wertpapierdienstleister ausschließlich aus Wertpapiergeschäften/-dienstleistungen, die sie im Auftrag ihrer Kunden ausführen oder vermitteln (ii) Zahlungsinstitute ausschließlich aus Zahlungsdiensten, die sie im Auftrag ihrer Zahlungsdienstnutzer ausführen, erfahren haben, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder um einem anderen einen Nachteil zuzufügen	Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen (Ermächtigungsdelikt)	§ 94 Abs 3 WAG (iVm § 4 Abs 6 AIFMG) § 66 Abs 2 ZaDiG	

C. Qs & As

1. Welche Sanktionen drohen wem im Fall eines Gesetzesverstoßes?

1034 Sanktionen

Die tabellarische Übersicht in Abschnitt C. oben konzentriert sich auf Tatbestände, die im Zusammenhang mit typischen Aufgabenfeldern der Compliance-Funktion stehen. Der Großteil des Finanzmarktaufsichtsrechts ist strafbewährt, sodass eine vollständige Übersicht aller Sanktionen hier nicht möglich ist. Der Blick ins Gesetz wird dringend empfohlen. Die wichtigsten Strafnormen, sowohl **verwaltungsstrafrechtlicher, aufsichtsrechtlicher** als teilweise auch **strafrechtlicher Natur**, finden sich in den §§ 98 BWG ff, §§ 94 WAG ff, §§ 189 InvFG ff, §§ 60 ff AIFMG, §§ 66 ff ZaDiG. Maßgeblich sind natürlich auch die Delikte gegen fremdes Vermögen im Strafgesetzbuch (StGB).

1035

Bei Verwirklichung der oben behandelten Verwaltungsstraftatbestände droht idR eine Höchststrafe von € 100.000 (WAG, SanktionenG) bzw 6 Wochen Freiheitsstrafe (SanktionenG) bzw € 60.000 (InvFG, AIFMG). Bei ernsteren Delikten wie dem Verstoß gegen Sorgfaltspflichten rund um die Geldwäscheprävention beträgt die Höchststrafe € 150.000. Neuere EU-Rechtsakte (CRD IV⁴⁷⁴ wie umgesetzt in §§ 98 Abs 1 und 99d BWG; MiFID II, 4. Geldwäscherichtlinie, OGAW V-RL) schreiben gegenüber Banken eine Mindest-Höchststrafe von € 5 Mio (oder dem Zweifachen Nutzen) vor und bringen die kumulative Strafbarkeit der juristischen Person (bis zu 10 % des Jahresumsatzes oder dem zweifachen Nutzen) neben jene des außenvertretungsbefugten Organen oder verantwortlichen Beauftragten (vgl noch unten „Adressaten der Sanktionen“). Ist nicht die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) die zuständige Verwaltungsstrafbehörde, wurde gesondert darauf hingewiesen. Gerichtliche Strafbarkeit ist nur in Sonderfällen wie etwa Verletzung der Prospektpflicht oder falschen Prospektangaben vorgesehen.

1036

Die **Verfolgungsverjährung** tritt bei den relevanten Verwaltungsstraftatbeständen abweichend vom § 31 Abs 1 VStG nicht schon nach einem Jahr sondern erst nach 18 Monaten ein. Verfolgungshandlungen (§ 32 Abs 2 Verwaltungsstrafgesetz – „VStG“) nach Ablauf dieser Frist sind nicht zulässig. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat. Ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, läuft die Frist von diesem Zeitpunkt.

474 Richtlinie 2013/36/EU vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG.

Adressaten der Sanktionen

1037

Für Verwaltungsübertretungen, die dem beaufsichtigten Unternehmen zuzurechnen sind,⁴⁷⁵ haftet grundsätzlich, wer „zur Vertretung nach außen befugt ist“ (§ 9 VStG), also alle organmäßigen Vertreter wie **Geschäftsführer** oder **Vorstand**,⁴⁷⁶ weil angenommen wird, dass sie in der Lage wären, die Begehung von Verwaltungsübertretungen zu verhindern.⁴⁷⁷ Diese tragen die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die juristische Person kumulativ, dh alle Geschäftsführer können für dasselbe Delikt bestraft werden.⁴⁷⁸ Der Geschäftsführer haftet aber nur für eigenes Verschulden. Hat er alles unternommen, um Verwaltungsübertretungen durch der Gesellschaft zurechenbare Personen zu verhindern, indem er ein „wirksames Kontrollsystem“⁴⁷⁹ eingerichtet hat, kann ihm kein Vorwurf gemacht werden.⁴⁸⁰ Sein Verschulden wird aber gemäß § 5 Abs 2 VStG vermutet. Prokuristen⁴⁸¹ und Handlungsbevollmächtigte sind nicht „zur Vertretung nach außen berufen“ und können nur dann verantwortlich sein, wenn sie zu verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 VStG bestellt werden.

Generell können sich die Geschäftsleiter von ihrem verwaltungsstrafrechtlichen Haftungsrisiko durch Übertragung auf **verantwortliche Beauftragte** (wie zB den CO, sofern er seiner Bestellung zustimmt und dies der FMA mitgeteilt wird) gemäß § 9 Abs 2 VStG befreien und damit auch bei mehreren Verstößen innerhalb dieses übertragenen Verantwortungsbereiches ihre persönliche Zuverlässigkeit in den Augen der Aufsicht bewahren (Stichwort *fitness and propriety*).⁴⁸² Dabei kann die Verantwortung für das gesamte Unternehmen oder bestimmte räumlich und sachlich abgegrenzte Bereiche durch schriftliche Vereinbarung gegenüber der FMA auf einzelne Geschäftsführer übertragen und damit die Solidarhaftung ausgeschlossen werden. Für bestimmte räumlich und sachlich abgegrenzte Bereiche, nicht für das gesamte Unternehmen ist auch eine Übertragung auf andere Perso-

1038

475 VwGH 17. 12. 2008, 2004/03/0195.

476 In weiterer Folge meint „Geschäftsführer“ alle außenvertretungsbefugten Organe, auch Vorstände von Aktiengesellschaften.

477 Vgl VwGH 4. 9. 2006, 2003/09/0096.

478 Siehe etwa VwGH 30. 10. 2006, 2006/02/0248.

479 Zum Begriff und den Voraussetzungen für die Haftungsbefreiung durch Einrichtung eines „wirksamen Kontrollsystems“ siehe die Rechtsprechung des VwGH in den Entscheidungen VwGH 2007/09/0278; 2008/03/0176; 2008/02/0127; 2003/03/0033; 2006/09/0004; 2001/09/0215; 95/11/0411; 94/04/0214 und 86/09/0174. Die Rechtsprechung des VwGH ist streng. Kein Kontrollsystem wurde bislang als konkret ausreichend befunden (*Lewis* in *Lewis/Fister/Weilguni*, VStG (2013) § 9 Rz 43).

480 *Stöger* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 5/6.

481 ZB VwGH 4. 10. 1996, 96/02/0274.

482 Siehe § 5 Abs 1 Z 7 BWG; § 3 Abs 5 Z 6 WAG; § 6 Abs 2 Z 13 InvFG; § 6 Abs 1 Z 3 AIFMG.

nen, also Nicht-Geschäftsführer möglich. Auch bei wirksamer Bestellung kann es unter Umständen zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit der außenvertretungsbefugten Organe kommen (vgl § 7 und praktisch bedeutsamer § 9 Abs 6 VStG).

1039 In neueren EU-Rechtsakten wird auch die **juristische Person** in der es zur Rechtsverletzung gekommen ist, zur Verantwortung gezogen. So sehen etwa § 99d BWG für einzelne Verstöße aber auch der noch umzusetzende Art 70 Abs 6 lit f) und h) MiFID II Geldbußen von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtnettoumsatzes oder bis zum zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens vor. Die MiFID II verlangt hier eine maximale Geldbuße von mindestens € 5 Mio (so auch die OGAW V-RL oder die 4. GeldwäscheRL). Die Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person tritt grundsätzlich kumulativ neben die Bestrafung der Verantwortlichen. Die FMA kann gemäß § 99d Abs 5 BWG aber von der Bestrafung eines Verantwortlichen, also etwa des Vorstands, absehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

1040 Im Falle der gerichtlichen Strafbarkeit bestimmter Delikte ist das zweispurige Sanktionssystem (Strafbarkeit der juristischen Person neben der Strafbarkeit der handelnden natürlichen Person) durch das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) und die zumeist nebenstrafrechtlichen Sondertatbestände institutionalisiert.

1041 Zu maßgeblichen Kriterien für die Strafbemessung siehe § 99e BWG.

2. Die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Funktion

1042 **Begriff:** Durch Compliance soll das Handeln in Übereinstimmung mit geltenden Gesetzen, regulatorischen Vorschriften, über- oder innerbetrieblichen Regelwerken, Regularien quasi-hoheitlicher Organisationen und berufsständischen Integritätsstandards (also auch *soft law*) sichergestellt werden. Dadurch soll das Haftungsrisiko wegen Fehlverhaltens vermindert werden. Compliance stellt damit ein Instrument zur Vermeidung von Gesetzesverstößen dar und trägt dazu bei, das Risiko (aufsichts-)rechtlicher Strafen, finanziellen Schadens oder eines Reputationsverlustes auf Grund der Nicht-Befolgung von insbesondere kapitalmarktrechtlichen Rechtsvorschriften zu minimieren.⁴⁸³

483 FMA Pflichtenheft zum WAG 2007 (2012), Rz 6.41, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/unternehmen/wertpapierdienstleister/konzessionswesen/pflichtenheft-wag-2007.html> (26. 8. 2015) mit Verweis auf den Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft; Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht, Compliance and the compliance function in banks (2005), Einleitung Nr 3, abrufbar unter <http://>

Abgrenzung: Abzugrenzen ist die Compliance-Funktion vom Risikomanagement und der Internen Revision. Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht identifiziert in seinen Guidelines on corporate governance principles for banks vom Oktober 2014 (Konsultationsfassung)⁴⁸⁴ drei „Verteidigungslinien“ beim Umgang mit Risiken, die im Rahmen des Risiko-Gesamtkonzepts eines Instituts (*risk governance framework*) unter der Primärverantwortung der Geschäftsleitung eine wichtige Rolle spielen. Die erste Verteidigungslinie stellen demnach die einzelnen operativen Geschäftsabteilungen dar, welche die Risiken eingehen. Die zweite Linie bildet das Risikomanagement, das die eingegangenen Risiken unternehmensweit identifiziert, misst, überwacht und darüber berichtet. Die Compliance-Funktion ist als Teil dieser zweiten Linie beim Management operativer Risiken anzusiedeln.⁴⁸⁵ Während sich Compliance auf die rechtlichen und regelbezogenen Risiken im weiteren Sinn bezieht, behandelt das Risikomanagement alle sonstigen Unternehmensrisiken, muss die Compliance-Risiken aber miterkennen und behandeln.⁴⁸⁶ An dritter Stelle steht schließlich die Interne Revision, die die Qualität und Effektivität des Risiko-Rahmenkonzepts, einschließlich des Risikomanagements und der Compliance-Funktion für die Geschäftsleitung überprüft und sicherstellt. Risikomanagement, Compliance und Interne Revision bilden zusammen einen wesentlichen Teil des internen Kontrollsystems.

Pflicht zur Einrichtung: Erster Anknüpfungspunkt für die Einrichtung von Compliance-Strukturen ist das Gesellschaftsrecht. Die Geschäftsleitung, also der Vorstand oder Geschäftsführer, hat bei der Führung des Unternehmens die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.⁴⁸⁷ Missachtet die Geschäftsleitung geltendes Aufsichtsrecht oder unterlässt sie es, Rechtsverletzungen im Unternehmen abzustellen, handelt sie weder ordentlich noch gewissenhaft. Das Gesellschaftsrecht sieht daher regelmäßig die Verpflichtung zur Einrichtung eines IKS, also die Pflicht zur ordnungsgemäßen internen Organisation vor.⁴⁸⁸ Diese Pflicht zur Einrichtung

www.bis.org/publ/bcbs113.pdf (26. 8. 2015). Vgl auch die Definition des Compliance-Risikos in ESMA, Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID-Anforderungen an die Compliance-Funktion (2012), abrufbar unter http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-388_de.pdf (26. 8. 2015).

484 Abrufbar unter <http://www.bis.org/publ/bcbs294.pdf> (26. 8. 2015).

485 Diese Einteilung soll nicht darüber hinweg täuschen, dass Compliance-Beauftragte grundsätzlich nicht auch im Risikomanagement tätig sein sollen (Grundsatz der Funktionstrennung). Zu Ausnahmen davon wegen Unverhältnismäßigkeit, die eine Doppelverwendung auch im Risikomanagement erlauben, siehe weiter unten.

486 *Bittinger*, Synergien zwischen Compliance und Risikomanagement am Beispiel einer Wertpapierfirma, *Compliance Praxis* 3/2014, 18 mwN.

487 Siehe §§ 84 AktG; § 16 SpG; § 25 GmbHG.

488 Siehe § 82 AktG; § 22 GenG; § 22 GmbHG.

von IKS wird aber im Falle von Banken, Wertpapierfirmen, OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs durch speziellere Aufsichtsnormen überlagert.

1045 Für Kreditinstitute präzisiert § 39 BWG die **Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter**. Sie haben bei ihrer Geschäftsführung ua

- die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs 1 AktG anzuwenden;
- sich insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, und
- diese durch angemessene Strategien und Verfahren einschließlich eines angemessenen IKS zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen.⁴⁸⁹

Die Geschäftsleitung trifft daher eine Organisationsverpflichtung zur Vermeidung ua von Rechtsverletzungen.

1046 Der § 18 WAG 2007⁴⁹⁰ normiert nunmehr am deutlichsten die Pflicht zur dauerhaften Einrichtung einer unabhängigen Wertpapier-Compliance-Funktion.⁴⁹¹ Er ist über Verweise in § 2 Abs 3 WAG und § 10 Abs 5 InvFG bzw § 4 Abs 6 AIFMG auch auf OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs anzuwenden.

Demnach hat ein Rechtsträger durch Festlegung angemessener Strategien und Verfahren dafür zu sorgen, dass er selbst, seine Geschäftsleitung, seine Beschäftigten und seine vertraglich gebundenen Vermittler den Verpflichtungen des WAG sowie den Vorkehrungen für persönliche Geschäfte dieser Personen nachkommen.

Es sind angemessene Grundsätze und Verfahren festzulegen und einzuhalten, die darauf ausgelegt sind, jedes Risiko einer etwaigen Missachtung der im WAG festgelegten Pflichten sowie die damit verbundenen **Risiken aufzudecken**. Durch angemessene Maßnahmen und Verfahren sind diese Risiken sodann auf ein Mindestmaß zu **beschränken**. Durch die Festlegung interner Verfahren ist also eine Bestandsaufnahme der laufenden Geschäftstätigkeit sicherzustellen, das bestehende Gefährdungs- und Risikopotenzial zu bewerten (**Risikoanalyse**) und die systematische Erfassung aller gesetzlichen Verpflichtungen zu gewährleisten. Die Risikoanalyse sollte die **Grundlage für die Ziele und das Arbeitsprogramm der Compliance-Funktion** bilden. Auf ihrer Basis sollten die geeigneten Compliance-Verfahren und Maßnahmen sowie der Umfang und Turnus der Überwachungshandlungen festgelegt werden. Die Ergebnisse der Risikoanalyse sind regelmäßig und bei Bedarf

489 Vgl auch § 19 ZaDiG.

490 In Umsetzung insb des Art 6 MiFID-DurchführungsRL 2006/73/EG der Kommission.

491 Diese ist gemäß § 15 Abs 2 Z 1 WAG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen nicht verpflichtend.

auch ad hoc zu **überprüfen**, um etwaige neu auftretende Risiken (die sich zB aus neuen Geschäftsfeldern oder sonstigen Umstrukturierungen beim Unternehmen ergeben) zu erfassen.⁴⁹²

Das Erfordernis der Einrichtung einer Compliance-Funktion wird auch im Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft („SCC“) anerkannt.⁴⁹³ 1047

Der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäftstätigkeit des Rechtsträgers sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten ist dabei Rechnung tragen (**Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**; vgl noch unten). 1048

Damit die Compliance-Funktion ihre Aufgaben ordnungsgemäß und unabhängig wahrnehmen kann, hat der Rechtsträger Folgendes zu gewährleisten (§ 18 Abs 4 WAG): 1049

1. Die mit der Compliance-Funktion betrauten Personen müssen über die notwendigen Befugnisse, Ressourcen und Fachkenntnisse verfügen (fit & proper⁴⁹⁴) und zu allen für sie relevanten Informationen Zugang haben; den Mitarbeitern der Compliance-Abteilung ist daher ein uneingeschränktes und jederzeitiges **Einsichts-, Zugangs- und Auskunftsrecht** hinsichtlich aller einschlägiger Unterlagen, Aufzeichnungen und Personaldaten zu gewähren;
2. es ist ein fachlich qualifizierter CO zu benennen, der für die Compliance-Funktion verantwortlich ist; der CO untersteht direkt dem Gesamtvorstand und agiert im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung unabhängig und weisungsfrei; damit muss zwangsläufig ein gewisser Schutz vor Absetzung oder Versetzung für den CO und seinen Stellvertreter verbunden sein; der CO ist dem Vorstand auskunftspflichtig; eine dauernde und effektive Stellvertretung für den Fall der Abwesenheit des Compliance-Beauftragten ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit einzurichten; die Bestellung ist der FMA zu melden; in der Praxis kommt es intern mitunter zur Ernennung eines COs mit Letztverantwortung und mehreren Compliance-Beauf-

492 ESMA Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID-Anforderungen an die Compliance-Funktion (2012) ESMA/2012/388, Rz 17, abrufbar unter http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-388_de.pdf (26. 8. 2015).

493 Der SCC ist auf der Website der FMA abrufbar.

494 Der CO muss als „Inhaber einer Schlüsselfunktion“ (*key function holder*) persönlich zuverlässig und unter angemessener Berücksichtigung der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte des Instituts sowie der Zuständigkeiten der betreffenden Position fachlich geeignet und ausreichend erfahren sein. Vgl FMA Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben) (2014), 33, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/banken.html> (26. 8. 2015).

tragen für die verschiedenen Abteilungen, die für die Zusammenarbeit mit dem CO zuständig sind;

3. relevante Personen, die in die Compliance-Funktion eingebunden sind, dürfen nicht in die Dienstleistungen oder Tätigkeiten eingebunden werden, die sie überwachen (**Verbot der Selbstüberprüfung**), wie etwa die Kundenberatung, und grundsätzlich auch sonst keine anderen Tätigkeiten (wie etwa Revisionsagenden) übernehmen (**Grundsatz der Funktionstrennung**)⁴⁹⁵;
4. die Vergütung des CO darf sich nicht nach dem Ergebnis jener Unternehmensbereiche richten, die von der Compliance-Funktion überwacht werden, um deren Objektivität nicht zu beeinträchtigen. Die FMA empfiehlt hier eine leistungsorientierte Entlohnung nach qualitativen und nicht ausschließlich quantitativen Kriterien bzw die Bezahlung eines höheren Grundgehaltes mit geringem Anteil an variablen Komponenten.⁴⁹⁶

Die unter Z 3 und 4 genannten Anforderungen müssen nicht erfüllt werden, wenn der Rechtsträger nachweist, dass diese aufgrund der Art, dem Umfang und der Komplexität seiner Geschäftstätigkeit sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten unverhältnismäßig sind und die Compliance-Funktion auch ohne Erfüllung dieser Anforderungen einwandfrei ihre Aufgabe erfüllt (Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

- 1050** Eine **Mischverwendung** der Compliance-Mitarbeiter ist jedoch nachvollziehbar zu begründen und der FMA muss im Prüfungsfall nachgewiesen werden (genaue Dokumentation der Entscheidungsgründe), inwieweit dies unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist. Ob die Rechtfertigung für die Inanspruchnahme dieser organisatorischen Erleichterung weiterhin gegeben ist, muss laufend überwacht werden. Das Interessenkonfliktpotential zwischen den ausgeübten Funktionen hat möglichst gering zu sein. Die Betrauung von Mitarbeitern aus Profit-Centern (zB Kundenberatung) mit Compliance-Agenden ist ausgeschlossen. Eine Mischverwendung mit Risikomanagement- oder Rechtsabteilungsagenden ist mit Compliance-Agenden jedoch vereinbar, immer vorausgesetzt die reine Compliance-Funktion des Mitarbeiters wäre unverhältnismäßig.⁴⁹⁷

495 Vgl dazu auch die ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance-Funktion, Rz 67 ff.

496 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des WAG 2007 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision, 7, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/wohlverhaltensregeln-compliance/rundschreiben-sonstiges.html> (26. 8. 2015).

497 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 8.

- Die **Aufgaben** einer Compliance-Organisation sind⁴⁹⁸
- Aufdeckung und **Analyse** der bestehenden Compliance-Risiken;
 - Entwicklung interner schriftlicher Richtlinien, Verfahren und Organisationsvorschriften (**Compliance-Richtlinien**/-Handbuch/-Policy/-Ordnung/-Kodex), die dazu beitragen, dass das Unternehmen sowie seine Organe und Mitarbeiter sich regelkonform verhalten und das Compliance-Risiko auf ein Mindestmaß beschränkt wird. Auf Verstöße ist seitens der Compliance-Abteilung daher nicht nur im Nachhinein zu reagieren. Sie muss auch „im Vorhinein“ deren Entstehen verhindern;⁴⁹⁹
 - Eigentwurf oder Beratung bei der Entwicklung der Vergütungsgrundsätze und -verfahren und bei den Leitlinien zum Umgang mit Interessenkonflikten;
 - **Schulung** und Ausbildung der Mitarbeiter sowie laufende **Beratung** und Unterstützung des Personals;⁵⁰⁰ Information der Mitarbeiter über bestehende Verfahren und Maßnahmen zur Risikominimierung zB hinsichtlich Leitlinien zum Umgang mit Interessenkonflikten, Mitarbeitergeschäfte oder Geschenkkannahme. Die Compliance-Funktion ist daher insbesondere auch Ansprechperson bei Fragestellungen der Umsetzung des WAG und anderer Compliance-Themen im Unternehmen;⁵⁰¹
 - **Laufende Überwachung** und regelmäßige Bewertung der **Angemessenheit** und Wirksamkeit der Compliance-Verfahren und der Mängelbehebungsmaßnahmen (§ 18 Abs 3 Z 1 WAG; insb bezüglich Insiderrecht, Interessenkonflikte); laufende Verbesserung und Überwachung der internen Abläufe und Kontrollschritte; zu diesem Zweck zumindest passive Einbindung in möglichst viele Informations- und Berichtsprozesse sowie das Beschwerdewesen;
 - **Laufende Überwachung** des ordnungsgemäßen Verhaltens der **Mitarbeiter**, um allfällige Regelverstöße festzustellen und Abhilfe zu schaffen; bei Vorliegen von Verdachtsfällen bzw auffälligen Transaktionen führt der CO Erhebungen durch und hält mit den Betroffenen Rücksprache, sofern die Untersuchung dadurch nicht beeinträchtigt wird; bewahrheitet sich ein Anfangsverdacht kann die Zusammenarbeit mit der Arbeitsrechtsabteilung erforderlich sein, um angemessen zu reagieren.

498 Vgl zu Aufgaben der Compliance-Funktion und Organisatorische Anforderungen an die Compliance-Funktion § 18 WAG und die Leitlinien der ESMA zu einigen Aspekten der MiFID-Anforderungen an die Compliance-Funktion (ESMA/2012/388) abrufbar unter http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-388_de.pdf (26. 8. 2015).

499 FMA Pflichtenheft, 28.

500 Vgl Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft, Modul 1, Grundsätze ordnungsmäßiger Compliance, Rz 3.

501 FMA Pflichtenheft, 28.

- Die Compliance-Funktion sollte ausgehend von der Risikoanalyse (vgl oben) einen **Überwachungsplan** aufstellen, der sich auf alle Bereiche der Wertpapierdienstleistungen, Anlagetätigkeiten sowie einschlägigen Nebendienstleistungen des Unternehmens bezieht und den Umfang und Turnus (wiederkehrend, anlassbezogen und/oder fortlaufend) der Überwachungshandlungen festlegt. Ausgehend von der Bewertung des Compliance-Risikos im Rahmen der Risikoanalyse sollen im Überwachungsplan Prioritäten festgelegt werden.⁵⁰² Außerdem sollte die Compliance-Funktion dafür sorgen, dass ihre Tätigkeit nicht auf akten- oder computerbasierte Überwachungshandlungen beschränkt ist, und sich beispielsweise durch Vor-Ort-Prüfungen in den operativen Geschäftseinheiten, zB durch Interviews mit verantwortlichen Mitarbeitern, von der praktischen Umsetzung der Grundsätze und Verfahren überzeugen.⁵⁰³
- mindestens jährlicher **Tätigkeitsbericht** an die Geschäftsleitung und ggf den Aufsichtsrat (§§ 18 Abs 4 Z 2, 21 Abs 2 WAG), in dem die Tätigkeit des Compliance-Beauftragten zusammengefasst und insbesondere angegeben wird, ob zur Behebung etwaiger Mängel geeignete Maßnahmen getroffen wurden.

1052 In der Praxis übernimmt der CO darüber hinaus regelmäßig folgende Aufgaben:

- Streng vertrauliche Behandlung aller der Compliance-Abteilung zur Kenntnis gebrachten Insiderinformationen; Führung der Beobachtungs- und Sperrliste, sowie des Konfliktregisters und der Konfliktbeobachtungsliste im Zusammenhang mit der Vermeidung von Interessenkonflikten;⁵⁰⁴
- Compliance-relevante Kommunikation mit der Aufsichtsbehörde, insbesondere Meldungen an die FMA gemäß Art 16 Abs 3 MAR.
- Stichprobenartige Überprüfung von Mitarbeiterkonten bzw -depots (in Vertraulichkeitsbereichen) um die Einhaltung der Bestimmungen zu Mitarbeitergeschäften zu kontrollieren; in diesem Zusammenhang auch die Genehmigung von Fremdbankdepots und deren Überprüfung; die Mitarbeiter müssen über die von ihnen getätigten Wertpapiergeschäfte Auskunft geben und Einsicht in ihre Konten und Depots gewähren; Fremdbanken sind diesbezüglich vom Bankgeheimnis und dem Datenschutz zu entbinden;
- Entscheidung über die Anwendbarkeit und Auslegung compliance-relevanter Bestimmungen;

502 ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance-Funktion, Rz 18.

503 ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance-Funktion, Rz 21.

504 Vgl SCC Modul 4 Punkt 1.6.2.

- Mitwirkung an Vereinbarungen zur Auslagerung wichtiger betrieblicher Aufgaben (§ 25 WAG) um sicherzustellen, dass die Aufgaben der Compliance-Funktion nicht beeinträchtigt werden;
- Übernahme der Funktion des Geldwäsche-Beauftragten; in diesem Zusammenhang ua Erstellung oder Beratung bei der Erstellung der Geldwäsche-Policy des Unternehmens;
- Dokumentation
 - der Maßnahmen und Entscheidungen, die nach Meldungen an die Compliance-Abteilung getroffen wurden;
 - der gesetzten Maßnahmen und Ergebnisse von Erhebungen im Rahmen von Kontrollmaßnahmen und Überprüfungen;
 - aller an den CO weitergeleiteten Meldungen gem Art 19 Abs 1 MAR und Art 16 Abs 3 MAR;
 - aller Beschwerden im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen (Beschwerdemanagement); intern ist eine entsprechende Verpflichtung zur Meldung von eingegangenen Beschwerden an den CO vorzusehen;
 - aller an den CO gemeldeten Mitarbeitergeschäfte sowie die Ergebnisse der durchgeführten Stichproben.

§ 15 InvFG wiederholt die Anforderungen des § 18 WAG sinngemäß für **OGAW-Verwaltungsgesellschaften**. Für AIFMs ergeben sich ganz ähnliche Pflichten aus **Art 61 der EU-Ergänzungsverordnung zur AIFMD**.⁵⁰⁵ Die Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Funktion trifft also Kreditinstitute, Wertpapierfirmen (und WPDLU), Verwaltungsgesellschaften und Alternative Investmentfonds Manager gleichermaßen. 1053

Die grundsätzlich zulässige **Auslagerung** der Compliance-Funktion (die als wesentlich iSd § 25 WAG zu betrachten ist) darf nicht zu einer Delegation der ursprünglichen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung für die Compliance des auslagernden Instituts führen. Die Verantwortung für die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen verbleibt in jedem Fall bei der Geschäftsleitung des auslagernden Finanzdienstleisters bzw einem (internen) verantwortlichen Beauftragten des Unternehmens. Die Qualität der internen Revision darf durch die Auslagerung nicht wesentlich beeinträchtigt werden.⁵⁰⁶ Die auszulagernden Agenden sind in Form eines schriftlichen, den Anforderungen des § 25 iVm Anlage 1 zu § 25 WAG bzw des § 28 InvFG oder des § 18 1054

505 Delegierte Verordnung (EU) Nr 231/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung, ABl 22. 3. 2013 L 83 S 1.

506 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 11.

AIFMG sowie der EU-Ergänzungsverordnung zur AIFMD entsprechenden Vertrages festzuhalten. Trotz teilweiser Auslagerung von Compliance-Agenden muss beim auslagernden Rechtsträger selbst ein Compliance-Ansprechpartner vorhanden sein.⁵⁰⁷

a) *Exkurs: Risikomanagement und Interne Revision*

1055 Banken, Wertpapierfirmen, OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs haben weiters über eine unabhängige **Risikomanagementfunktion** zu verfügen.⁵⁰⁸ § 39 Abs 5 BWG normiert exemplarisch für Banken bestimmter Größe oder Banken, die börsenzugelassene Wertpapiere begeben haben:

„In Kreditinstituten jedweder Rechtsform, deren Bilanzsumme eine Milliarde Euro übersteigt oder die übertragbare Wertpapiere ausgegeben haben, die zum Handel an einem geregelten Markt (...) zugelassen sind, ist eine vom operativen Geschäft unabhängige Risikomanagementabteilung mit direktem Zugang zu den Geschäftsleitern einzurichten, deren Kompetenzen und Ressourcen die Erfüllung folgender Aufgaben sicherstellen:

- 1. Erkennung und Messung der Ausprägung von Risiken gemäß Abs 2b,*
- 2. Meldung von Risiken und der Risikolage an die Geschäftsleiter,*
- 3. Beteiligung an der Ausarbeitung der Risikostrategie des Kreditinstituts und allen wesentlichen Entscheidungen zum Risikomanagement,*
- 4. vollständiger Überblick über die Ausprägung der vorhandenen Risikoarten und die Risikolage des Kreditinstituts.*

An der Spitze der Risikomanagementabteilung steht eine Führungskraft, die eigens für diese Funktion zuständig ist. Wenn Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte des Instituts es nicht rechtfertigen, ausschließlich für diesen Zweck eine Person zu benennen, kann eine andere Führungskraft des Instituts diese Funktion wahrnehmen, sofern kein Interessenskonflikt besteht. Der Leiter der Risikomanagementabteilung kann seines Amtes nicht ohne die vorherige Information des Aufsichtsrates enthoben werden.“

§ 19 WAG betont darüber hinaus die Pflicht zur *dauerhaften* Einrichtung dieser Funktion, die Festlegung angemessener **Leitlinien** und Verfahren für das Risikomanagement und wirksame Steuerungsmechanismen (vgl § 13 AIFMG: „**Risikomanagement-Systeme**“). Bei Kreditinstituten kann die gemäß § 39 BWG einzurichtende Risikomanagement-Funktion, sofern diese hinreichend unabhängig ist, gemäß § 15 Abs 3 WAG die nach WAG

507 Vgl zu all dem das FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen; ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance-Funktion, Rz 72 ff.

508 § 39 BWG; § 19 WAG; §§ 17, 85 ff InvFG; § 13 AIFMG.

geforderten Risikomanagement-Aufgaben im Sinne einer Gesamtbank-Risikosteuerung übernehmen.⁵⁰⁹

Die zu überwachenden Risiken, die mit den Geschäften, Abläufen und Systemen des Unternehmens verbunden sind (§ 19 Abs 1 Z 2 WAG), finden sich in nicht abschließender Aufzählung in § 39 Abs 2b BWG.⁵¹⁰ In OGAW-Verwaltungsgesellschaften ist das Risikomanagement auch insbesondere für die Einhaltung der gesetzlichen Risikolimits (§§ 89–91 InvFG) verantwortlich (§ 17 Abs 3 Z 2 InvFG).

Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs haben zur „*laufenden und umfassenden Prüfung der Gesetzmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des gesamten Unternehmens*“ eine **interne Revision** (Internal Audit) als eigene Organisationseinheit einzurichten.⁵¹¹ Wieder gilt, dass bei Kreditinstituten die gemäß BWG einzurichtende Innenrevision die vom WAG geforderten Revisionsaufgaben übernehmen kann.⁵¹² WPDLU müssen keine eigene Innenrevision einrichten (§ 15 Abs 2 Z 3 WAG), haben jedoch gemäß § 17 Abs 1 Z 3 und 4 WAG dennoch angemessene interne Kontrollmechanismen vorzusehen (§ 17 Abs 1 Z 3 WAG). Sehr kleine Banken (§ 42 Abs 6 BWG) müssen keine eigene Innenrevisionsabteilung iSd BWG einrichten und können die interne Revision auslagern, haben aber im Falle der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen dennoch die Einrichtung einer eigenen Organisationseinheit iSd § 20 WAG zu prüfen.⁵¹³ Hier kann es zu einem de facto-Verbot der Auslagerung der internen Revision für Banken im Unterschwellenbereich kommen. Regelmäßig werden sog **Organisationsrichtlinien** von der Geschäftsleitung verabschiedet. Die Verantwortung für die Einrichtung und Funktionsfähigkeit der internen Revision kann nicht delegiert werden (etwa an den Leiter der Konzernrevision) und obliegt den Geschäftsleitern.

§ 42 Abs 2 BWG und § 16 Abs 2 InvFG schließen Personen von der Tätigkeit in der Innenrevision aus, denen die erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung im Bankwesen fehlt, oder deren objektive Wahrnehmung, etwa aufgrund paralleler Funktion als Bankprüfer, beeinträchtigt sein kann. Verfügungen über die Innenrevision sind bei Kreditinstituten (inkl OGAW-Verwaltungsgesellschaften) von mindestens zwei Geschäftsleitern gemeinsam zu treffen.

Die interne Revision ist **getrennt** und **unabhängig** von der Compliance-Funktion und dem Risikomanagement zu führen, weil sie beide Abteilungen

509 Vgl FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 13.

510 Vgl auch die Kreditinstitute-Risikomanagementverordnung der FMA gemäß § 39 Abs 4 BWG.

511 § 42 BWG; § 20 WAG; § 16 InvFG; Art 62 AIFM-ErgänzungsVO.

512 Die interne Revision des Kreditinstituts muss dabei die FMA Mindeststandards für die interne Revision von Kreditinstituten vom 18. 2. 2005 jedenfalls einhalten.

513 Vgl FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 16.

1056

1057

1058

1059

zu prüfen hat (**Verbot der Selbstüberprüfung**). Daher ist auch eine Doppelfunktion kritisch zu betrachten und allenfalls im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich, wenn sichergestellt ist, dass Mitarbeiter sich nicht selbst überprüfen. Die FMA hält bei entsprechender Unverhältnismäßigkeit einer völligen organisatorischen Trennung etwa die Überprüfung durch einen anderen Mitarbeiter oder durch externe Stellen für möglich.⁵¹⁴ Zum **ausschließlichen Aufgabenbereich**, der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit der internen Revision wird auf die Grundsätze der FMA-Mindeststandards für die interne Revision vom 18. 2. 2005 verwiesen.⁵¹⁵

1060 Die interne Revision hat einen jährlichen Revisionsplan aufzustellen (**Revisionsprogramm**) und die **Prüfungen** danach dauerhaft wie auch anlassbezogen vorzunehmen (exemplarisch § 42 Abs 5 BWG). Grundsätzlich ist das gesamte Unternehmen mit seinem Internen Kontrollsystem zu prüfen. Die FMA betont für Wertpapierdienstleister insbesondere die Prüfung der Einhaltung der **Wohlverhaltensregeln** gegenüber Kunden.⁵¹⁶ Generell ist die Innenrevision auch für die Prüfung der Einhaltung der **Geldwäschevorschriften** verantwortlich. Bei Kreditinstituten sind weiters die gesetzlichen Prüfpflichten für Meldungen und Anzeigen an die FMA und die Eigenmitelanforderungen für das Marktrisiko zu beachten. Auf Grundlage der Prüfungsergebnisse gibt die Innenrevision **Empfehlungen** ab, deren Einhaltung sie überprüft. Zumindest einmal jährlich, bei Kreditinstituten quartalsweise, ist ein **Tätigkeits- bzw Prüfbericht** zu erstellen, welcher an die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat, bei Kreditinstituten auch an den Prüfungsausschuss weiterzuleiten ist.

1061 Sowohl der Leiter des Risikomanagements als auch der Leiter der internen Revision sind Inhaber von Schlüsselfunktionen (key function holder) und müssen daher **persönlich** zuverlässig und unter angemessener Berücksichtigung der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte des Instituts sowie der Zuständigkeiten der betreffenden Position **fachlich geeignet** und **ausreichend erfahren** sein (fit & proper).⁵¹⁷

514 Vgl FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 16.

515 Abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/mindeststandards/banken.html> (26. 8. 2015).

516 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 15.

517 Vgl FMA Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben) (2014) 33, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/banken.html> (26. 8. 2015).

3. Der Geldwäscherei-Beauftragte

Die hier behandelten Finanzdienstleister haben innerhalb ihres Unternehmens einen besonderen Beauftragten zur Sicherstellung der Einhaltung der §§ 40 ff BWG zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vorzusehen (§ 41 Abs 4 Z 6 BWG; der Geldwäscherei-Beauftragte – „GWB“).⁵¹⁸ Dieser hat lediglich den Geschäftsleitern gegenüber verantwortlich zu sein und ihnen direkt – ohne Zwischenebenen – zu berichten. Dadurch soll seine Unabhängigkeit gewährleistet werden.⁵¹⁹ 1062

Der GWB muss als „Inhaber einer Schlüsselfunktion“ (*key function holder*) **persönlich zuverlässig** und unter angemessener Berücksichtigung der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte des Instituts sowie der Zuständigkeiten der betreffenden Position **fachlich geeignet** und **ausreichend erfahren** sein (*fit & proper*).⁵²⁰ 1063

Zum **Aufgabengebiet** des GWB, wozu ua die Risikoanalyse, die Erstellung interner Regelwerke (Geldwäsche-Policy), Schulungsmaßnahmen, die Überprüfung der Geschäftsbeziehungen und die Erstattung von Verdachtsmeldungen gehören, siehe Rz 23 des FMA Rundschreibens zum Geldwäschereibeauftragten. Die dafür notwendigen **Kompetenzen**, wie freier Zugang zu sämtlichen Informationen, Daten, Aufzeichnungen und Systemen, die in irgendeinem möglichen Zusammenhang mit Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung stehen könnten, das Recht Geschäftsbeziehungen abzulehnen, Konten zu sperren, den Mitarbeitern Weisungen zu erteilen sowie Verdachtsmeldungen im eigenen Ermessen erstatten zu können, sind dem GWB einzuräumen (vgl Rz 24 des genannten Rundschreibens). WPDLU müssen keine eigene Risikomanagement-Abteilung einrichten (§ 15 Abs 2 Z 2 WAG).⁵²¹ 1064

Die **Doppelfunktion** als GWB und CO ist laut FMA zulässig, sofern ausreichende Ressourcen zur einwandfreien Erfüllung beider Aufgabengebiete zur Verfügung stehen. Darüber hinaus nennt das Rundschreiben der FMA zum Geldwäschereibeauftragten enge organisatorische Voraussetzungen, unter denen die Kombination etwa auch mit Funktionen der Rechtsabteilung, 1065

518 § 41 Abs 4 Z 6 BWG gilt über Verweis in § 6 Abs 1 WAG auch für Wertpapierfirmen und WPDLU, gemäß § 10 Abs 6 InvFG auch für OGAW-Verwaltungsgesellschaften und gemäß § 10 Abs 3 AIFMG auch für AIFMs.

519 Vgl FMA Rundschreiben zum Geldwäschereibeauftragten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Stand 2012), Rz 20 f, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/geldwaescherei-terrorismusfinanzierung.html> (26. 8. 2015).

520 Vgl FMA Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben) (2014) 33, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/banken.html> (26. 8. 2015).

521 Vgl FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 14.

oder aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Funktion eines Vorstands oder gar der Innenrevision denkbar sein kann.⁵²²

- 1066** **Auslagerungen** der GWB-Funktion sind **nur konzernintern** und nur über einen Auslagerungsvertrag (*Service Level Agreement*) möglich, wenn beim auslagernden Institut ein fachkundiger Mitarbeiter und ein Stellvertreter positioniert bleiben. Eine Delegation der Verantwortung für die Einhaltung der gesetzlichen Regeln darf dadurch nicht erfolgen. Sie bleibt beim auslagernden Unternehmen bzw dessen Geschäftsleitung oder einem allfälligen verantwortlichen Beauftragten. Die Steuerungsmöglichkeiten und Kontrollrechte der Geschäftsleitung, sowie die Prüfungsrechte und Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde dürfen durch die Auslagerung nicht beeinträchtigt werden. Beim auslagernden Institut muss vor Ort jederzeit eine unmittelbare Reaktionsmöglichkeit bestehen bzw müssen die erforderlichen Prozesse eingeleitet werden können. Eine Übertragung von Aufgaben, zu deren Erfüllung eine Vor-Ort-Präsenz erforderlich ist, ist nicht zulässig.⁵²³

4. Hinweisgebersystem (Whistleblowing)⁵²⁴

- 1067** Kreditinstitute und CRR-Wertpapierfirmen⁵²⁵ haben gemäß § 99g BWG (ggf iVm § 6 Abs 2 WAG) und gegebenenfalls gemäß § 48h BörseG-E über angemessene Verfahren zu verfügen, die es ihren Mitarbeitern ermöglichen, auf anonymer Basis betriebsinterne Verstöße gegen bestimmte einschlägigen Bundesgesetze, Verordnungen oder Bescheide an eine geeignete (interne) Stelle zu melden. Diese „WB-Systeme“ müssen die personenbezogenen Daten der anzeigenden Person und des mutmaßlichen Täters schützen, soweit die Identität nicht im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen, gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahrens zwingend offenzulegen ist. Darüber hinausgehend werden Arbeitnehmer, die Verstöße gegen die MAR oder börsengesetzliche Vorschriften an den Arbeitgeber oder die FMA melden, vor strafrechtlicher Verfolgung und arbeitsrechtlicher Diskriminierung geschützt, außer sie meldeten vorsätzlich unwahr (§ 48h Abs 4 BörseG-E).

- 1068** Die interne Meldestelle ist von der Geschäftsleitung außerhalb der standardisierten Berichtslinien, etwa im Rahmen der internen Revision einzurichten. Das Hinweisgebersystem kann auch innerhalb der Kreditinstitutsgruppe bei

522 FMA Rundschreiben zum Geldwäschereibeauftragten, Rz 27 ff.

523 FMA Rundschreiben zum Geldwäschereibeauftragten, Rz 39 ff.

524 Siehe allgemein zum Whistleblowing im 3. Kapitel III. B. Whistle Blowing dieses Handbuches.

525 Das sind aufgrund der Konzessionspflicht nach BWG für den Handel für eigene Rechnung und das Emissionsgeschäft regelmäßig Kreditinstitute im österreichischen Sinn oder aber (so zur Umsetzung der CRD IV EB RV 2438 BlgNR 24. GP 79) Wertpapierfirmen, die ein multilaterales Handelssystem betreiben.

einem übergeordneten Kreditinstitut oder dezentral innerhalb des Sektors angesiedelt werden.⁵²⁶

Mit dem WB-System ist eine Prozesskontrolle beim Unternehmen, zusätzlich zur Compliance-Abteilung und der Internen Revision möglich. Allerdings ist damit auch die Notwendigkeit zu Einrichtung einer professionellen Ermittlungsabteilung (Investigation Unit) verbunden. Bei der Einführung des Hinweisgebersystems ist zu berücksichtigen, dass aufgrund des Vorliegens sensibler Daten je nach Gestaltung des Systems uU eine Meldung bei der Datenschutzbehörde (DSB)⁵²⁷ und eine Betriebsratsgenehmigung⁵²⁸ erforderlich sein können.

1069

Auch die FMA ist aufgrund des BWG und des BörseG-E zur Einrichtung eines WB-Systems verpflichtet, das Bürger dazu ermutigt, Verstöße oder Verdachtsmomente anzuzeigen. Das FMA-System muss zusätzlich zu den Anforderungen an interne Hinweisgebersysteme spezielle Verfahren für den Empfang der Meldungen und deren Weiterverfolgung vorsehen. Mitarbeiter von Kreditinstituten, die Verstöße ihres Instituts melden, müssen durch das System zumindest vor Vergeltungsmaßnahmen, Diskriminierung oder anderen Arten von Mobbing geschützt werden. Die FMA hat ein solches Hinweisgebersystem auf ihrer Website eingerichtet.⁵²⁹ Eigenen Angaben zufolge nimmt die FMA jede Beschwerde ernst und geht allen Hinweisen nach. Bei entsprechenden Verdachtsmomenten ist sie zur amtswegigen Verfolgung verpflichtet.

1070

5. Welche Regeln des materiellen Rechts gilt es einzuhalten?

Die anwendbaren Regeln lassen sich idealerweise anhand der angebotenen Dienstleistungen oder Produkte identifizieren. Werden etwa keine Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten angeboten, wird auch die Wertpapiercompliance idR nicht relevant sein. Die Frage, ob bereits eine regulierte

1071

526 EB RV 2438 BlgNr 24 GP 64.

527 Etwa bei Etablierung einer Weblösung, also einer automatisierten Datenanwendung, anstelle zB eines Ombudsmanns, vgl *Prebil/Schäfer*, Der Einsatz von Hinweisgebersystemen in Banken, *Compliance Praxis* 4/2013, 4.

528 *Prebil/Schäfer*, Der Einsatz von Hinweisgebersystemen in Banken, *Compliance Praxis* 4/3013, 5 nehmen an, dass Meldungen, die sich verpflichtend aufgrund gesetzlicher Erfordernisse – wie jenem des § 99g BWG normiert – ergeben, keine Zustimmung des Betriebsrates benötigen. AA *Reissner* in *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*² § 96 ArbVG Rz 25, der ein Hinweisgebersystem, das den Mitarbeitern derart kommuniziert wird, dass sie zu dauernder Wachsamkeit aufgerufen werden, als Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG ansieht. Zur möglichen Regelung durch Betriebsvereinbarung siehe *Resch*, Whistleblowing und Arbeitsrecht in *Gruber/N. Raschauer*, Whistleblowing (2015) 28.

529 Abrufbar unter <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=11FMA61&language=ger> (26. 8. 2015).

Dienstleistung vorliegt, kann durchaus Probleme bereiten – etwa bei der Frage, ob ein Geschäftsmodell als Alternativer Investmentfonds anzusehen ist oder ob damit das Einlagengeschäft nach dem BWG betrieben wird.

1072 Der Normenbestand lässt sich folgendermaßen aufgliedern:

1. Unmittelbar anwendbares Recht	EU-Verordnungen, nationale Umsetzungen von EU-Richtlinien, Durchführungsrechtsakte der EuK, nationale Sondergesetze (nicht harmonisiert), Verordnungen der Aufsichtsbehörden
2. Veröffentlichte Aufsichtspraxis	Auslegung durch die Aufsichtsbehörden in Empfehlungen, Leitlinien, Mindeststandards, Rundschreiben, und Q&As der Aufsichtsbehörden
3. Selbstbindung der Branche	ZB Standard Compliance Codes der österreichischen Kreditwirtschaft oder der österreichischen Wertpapierfirmen oder der Verhaltenskodex (<i>code of conduct</i>) der österreichischen Investmentfondsindustrie. ⁵³⁰

Die beste Übersicht über das maßgebliche Recht verschafft wohl der Blick in die Kodex Reihe Finanzmarktrecht, die mittlerweile aus drei Bänden besteht und auch die EU-Rechtsakte berücksichtigt. Ergänzend sollten die Websites der FMA und der Europäischen Aufsichtsbehörden konsultiert werden, um neue Entwicklungen und im Kodex noch nicht berücksichtigte Rechtsakte nicht zu übersehen. Maßgebliche praktische Bedeutung für die Compliance-Organisation haben die diversen FMA Rundschreiben sowie die ESMA-Leitlinien zum Thema (siehe dazu noch später), sowie der Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft mit seinen Sondervorschriften für Kapitalanlagegesellschaften (nunmehr „Verwaltungsgesellschaften“),⁵³¹ und jener der österreichischen Wertpapierfirmen, wobei darauf hinzuweisen ist, dass beiden keine normative Bedeutung zukommt.⁵³²

1073 In der Praxis ist es üblich, nur bestimmte Rechtsbereiche, nämlich solche, die unter Compliance-Gesichtspunkten mit besonderen Risiken behaftet sind, in den Aufgabenbereich der Compliance-Funktion fallen zu lassen, obwohl natürlich auch die übrigen Teile des Finanzmarktaufsichtsrechts zT empfindliche Strafen normieren. Die **üblichen Betätigungsfelder der Compliance-Abteilung bei Finanzdienstleistern** sind heute die Verhinderung des Marktmissbrauchs und Insiderhandels, Wertpapierdienstleistungen, Geldwä-

530 Der Verhaltenskodex der österreichischen Investmentfondsindustrie ist abrufbar unter http://www.voeig.at/voeig/internet_4.nsf/sysPages/qualitaetsstandards.html (1.9.2015).

531 Abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/wohlverhaltensregeln-compliance/standard-compliance-code-der-oesterreichischen-kreditwirtschaft.html> (1.9.2015).

532 Für den SCC Kreditwirtschaft vgl. BVwG 11.8.2014, W210 2000434–1.

sche, Betrug- und Korruptionsbekämpfung sowie Regeln zur Geschenkannahme, Datenschutz und allgemeiner Verbraucherschutz (zB bei Kreditgeschäften), Finanzsanktionen und die Offenlegungspflichten für ausländische Finanzinstitute nach der US-amerikanischen FATCA. Darüber hinaus sollten die Institute eigenverantwortlich prüfen, in welchen Bereichen weitere besondere Compliance-Risiken existieren, die von der Compliance-Funktion aufzugreifen sind.⁵³³

In der Folge sollen nur jene Bereiche umrissen werden, die nicht bereits Gegenstand anderer Kapitel dieses Buches sind. So wurden die Themen Strafrecht / Antikorruption (4. Kapitel I.), Lobbying (4. Kapitel IV.), Kapitalmarkt mit der Definition des Insiderhandels und der Marktmanipulation (4. Kapitel V.) und Datenschutzrecht (4. Kapitel VI.) bereits an anderer Stelle in diesem Handbuch behandelt. Auf eine Darstellung des Versicherungsaufsichtsrechts, des FATCA-Regimes und des Konsumentenschutzes (etwa im Hinblick auf die AGB-Kontrolle von Standardformularen) wird hier aus Platzgründen ebenfalls verzichtet. Anzumerken ist aber, dass die AGB-Judikatur des OGH in Folge der Verbandsklagen gemäß § 28 KSchG insbesondere des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) und der Arbeiterkammern regelmäßigen Überarbeitungsbedarf der von Finanzdienstleistern verwendeten Dokumente verursacht.

1074

6. Marktmanipulation und Insiderrecht

Die Tatbestände des (versuchten) Missbrauchs einer Insiderinformation (Art 14 MAR) und der (versuchten) Marktmanipulation (Art 15 MAR) wurden bereits im Kapitel „Kapitalmarktrecht“ (4. Kapitel VI.) behandelt. An dieser Stelle soll nur auf die Besonderheiten für die Compliance-Praxis bei Finanzdienstleistern eingegangen werden.

1075

Um die Verbreitung von Insiderinformationen zu vermeiden, werden in den Unternehmen **Vertraulichkeitsbereiche** eingerichtet, die von anderen Einheiten räumlich, persönlich und organisatorisch abzugrenzen sind (*chinese walls*), weil dort ständig oder fallweise Insiderinformationen anfallen können (vgl § 17 Abs 2 WAG). So können etwa Banken mit Unternehmensbeteiligungen verbesserten Zugang zu (Insider-)Informationen haben, die auch für ihre Analysten und Händler von Interesse sein könnten,⁵³⁴ sodass die entsprechenden Abteilungen voneinander zu separieren sind. Insiderinformationen und sonstige vertrauliche und kurssensible Informationen, deren

1076

533 Vgl auch BaFin, Neue MaRisk für Banken, Fachartikel vom 15. 3. 2013, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2013/fa_bj_2013_03_marisk_ba.html (1. 9. 2015).

534 Otto, „Chinese Walls“ gegen Interessenkonflikte, Compliance Praxis 1/2011, 36.

Veröffentlichung mit hoher Wahrscheinlichkeit den Kurs eines Finanzinstruments beeinflussen kann (compliance-relevante Informationen)⁵³⁵ dürfen die Grenzen der Vertraulichkeitsbereiche grundsätzlich nicht passieren. Über die Weitergabe von compliance-relevanten Informationen, wie sie etwa für die Erbringung von „Shared Services“⁵³⁶ dennoch betriebsnotwendig sein kann, ist der CO zu informieren.⁵³⁷

1077 Finanzinstrumente, zu denen beim Unternehmen noch nicht öffentliche compliance-relevante Informationen vorliegen, kommen auf eine streng vertrauliche „**Beobachtungsliste**“, die der CO verwaltet, die nur ihm in ihrer Gesamtheit bekannt ist und die laufend aktualisiert wird. Sie soll dem Unternehmen durch die laufende Überwachung von Mitarbeiter- und Eigengeschäften des Unternehmens, sowie von Geschäften im Fonds- und Vermögensverwaltungsbereich die Kontrolle ermöglichen, ob Vertraulichkeitsbereiche respektiert werden und ob Mitarbeiter compliance-relevante Informationen ausnutzen. Die Werte auf der Beobachtungsliste unterliegen keiner Handelsbeschränkung, dh Geschäfte in diesen Werten sind erlaubt, werden bei der Überwachung der Mitarbeitergeschäfte aber besonders beachtet und können im Einzelfall der Untersagung durch den CO unterliegen. Verdichten sich die verfügbaren Informationen, sodass eine sofortige wesentliche Kursänderung bei Veröffentlichung zu erwarten wäre, werden die Titel auf die Sperrliste gesetzt. Finanzinstrumente, die nicht Gegenstand des Eigenhandels, von Mitarbeitergeschäften, der Finanzanalyse, der Vermögensverwaltung oder der Anlageberatung werden dürfen, werden in dieser streng vertraulichen „**Sperrliste**“ eingetragen. Dadurch soll der Eindruck der unzulässigen Verwendung von compliance-relevanten Informationen zum Vorteil der Mitarbeiter, des Unternehmens oder eines Kunden vermieden werden. Die Liste schützt außerdem die Mitarbeiter (insb Berater) davor, in Unkenntnis noch nicht öffentlicher compliance-relevanter Informationen Insidergeschäfte oder von einem Interessenkonflikt infizierte Geschäfte abzuschließen, Empfehlungen in der Anlageberatung abzugeben oder sich auch nur dem Verdacht der Informationsausnutzung auszusetzen. Über die Aufnahme von Titeln auf diese Listen entscheidet regelmäßig der CO. Der Grund dafür ist vertraulich und wird den Mitarbeitern, denen die Liste bekanntzumachen ist, nicht bekannt gegeben.

1078 Schließt ein Mitarbeiter eines Finanzdienstleisters oder das beaufsichtigte Unternehmen selbst, in Kenntnis der Orderlage, insb in Kenntnis von

535 Siehe zum Rechtsbegriff in § 3 Abs 1a Emittenten-Compliance-Verordnung 2007 (ECV).

536 Das sind Dienstleistungen im Unternehmen, die, abhängig von Unternehmenstyp und -größe für alle Unternehmensabteilungen zentral erbracht werden, wie zB das Personalwesen, die Rechtsabteilung, die Buchhaltung, etc, vgl Otto, „Chinese Walls“ gegen Interessenkonflikte, Compliance Praxis 1/2011, 36.

537 Vgl dazu im Zusammenhang mit Interessenkonflikten auch SCC Modul 4 Punkt 1.6.4, 4.

Großorders Geschäfte ab, wird eine Insiderinformation missbraucht (Art 8f MAR). Dieses Phänomen wird als „**Frontrunning**“ oder „**Parallelrunning**“ bezeichnet. Mitarbeiter-Eigengeschäfte und Eigengeschäfte des Kreditinstitutes (Nostrohandel) sind daraufhin zu überwachen. **Großorders** sind solche, die eine erhebliche Kursveränderung verursachen können. Sie sind dem CO idR zu melden. Im Detail zu Mitarbeitergeschäften siehe noch weiter unten.

Der **Verdacht** auf ein Insidergeschäft oder auf Marktmanipulation ist dem CO zu melden. Die anzeigenden Personen dürfen aufgrund der **Meldung** nicht diskriminiert werden (vgl auch § 99g BWG und § 48h Abs 4 BörseG-E zum Hinweisgebersystem). Gemäß Art 16 Abs 3 MAR haben Personen, die beruflich Geschäfte mit Finanzinstrumenten tätigen und in Österreich zugelassen sind oder dort eine Haupt- oder Zweigniederlassung haben, unverzüglich der FMA zu melden, wenn sie auf Grund der ihnen zur Kenntnis gelangten Fakten und Informationen den begründeten Verdacht haben, dass eine Transaktion ein Insider-Geschäft oder eine Marktmanipulation oder den Versuch dazu darstellen könnte. Die genannten Personen haben jeweils von Fall zu Fall zu entscheiden, ob bei einer Transaktion ein begründeter Verdacht für das Vorliegen eines Insider-Geschäfts oder einer Marktmanipulation oder eines Versuchs dazu gemäß Art 14 und 15 MAR besteht. Dieses Ermessen übt regelmäßig der CO aus, wenn er über eine Meldung an die FMA entscheidet.

1079

7. Wertpapier-Compliance

Anwendbarkeit: Im traditionellsten Compliancebereich haben alle im Rahmen ihrer Konzession berechtigten Anbieter von Wertpapierdienstleistungen bzw Finanzinstrumenten, also

1080

- Kreditinstitute (§ 1 Abs 3 BWG);
- Wertpapierfirmen;
- OGAW-Verwaltungsgesellschaften, die eine erweiterte Konzession zur Anlageberatung oder zur individuellen Portfolioverwaltung auf Einzelbasis halten (§ 10 Abs 5 InvFG; § 2 Abs 3 WAG);⁵³⁸ und
- Alternative Investmentfondsmanager, die eine erweiterte Konzession zur Anlageberatung, Annahme und Übermittlung von Aufträgen über Finanzinstrumente oder zur individuellen Portfolioverwaltung auf Einzelbasis halten (§ 4 Abs 6 AIFMG; § 2 Abs 3 WAG)⁵³⁹

538 Bei der kollektiven Portfolioverwaltung stehen die Interessen von Einzelkunden im Gegensatz zum WAG nicht im Vordergrund.

539 AIF des geschlossenen Typs gelten nicht als Finanzinstrument iSd WAG (§ 1 Z 6 lit c WAG). Die WAG-Konzession (wohl aber die BWG-Konzession) umfasst daher nicht den Vertrieb von AIF des geschlossenen Typs. Soweit ein Vertrieb von AIF des geschlossenen Typs nach den Bestimmungen des AIFMG zulässig ist, setzt dieser grundsätzlich eine Berechtigung als gewerblicher Vermögensberater gemäß §136a

(im Folgenden zusammen als „Wertpapierdienstleister“ bezeichnet) die maßgeblichen Regeln des WAG einzuhalten.⁵⁴⁰ Das sind im Wesentlichen die Bestimmungen des 2. Hauptstücks (Organisatorische Anforderungen). Insbesondere im InvFG bestehen zum Teil parallele Regelungen, die die Anforderungen der MiFID bzw des WAG widerspiegeln. Auf Besonderheiten wird fallweise hingewiesen.

- 1081 Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang vor allem diverse Rundschreiben der FMA⁵⁴¹, der Standard Compliance Code für Kreditinstitute mit seinen Sondervorschriften für Kapitalanlagegesellschaften, der Standard Compliance Code für Wertpapierfirmen und der WAG Leitfaden der Bankwissenschaftlichen Gesellschaft.⁵⁴²

a) Allgemeine organisatorische Anforderungen

- 1082 Zur zwingenden Einrichtung einer Compliance-Funktion im Unternehmen siehe bereits oben. Darüber hinaus sieht § 17 WAG (über § 39 BWG hinausgehend) allgemeine organisatorische Anforderungen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips vor. Diese Anforderungen sind:⁵⁴³

1. klare und dokumentierte Entscheidungsprozesse und Organisationsstruktur:

Es müssen transparente, klar definierte und nachvollziehbar dokumentierte Zuständigkeitsbereiche, Aufgabenverteilungen und Berichtspflichten etwa in Form von Organigrammen oder Stellen- und Bereichsbeschreibungen im Unternehmen bestehen;

GewO voraus (siehe dazu auch die FMA FAQs). § 4 Abs 6 AIFMG nicht zwischen offenen und geschlossenen AIFs, wenn er die Einhaltung der relevanten WAG-Pflichten fordert. Es wäre auch nicht einzusehen, warum der Vertrieb geschlossener AIFs geringeren Wohlverhaltenspflichten unterliegen sollte.

540 Versicherungsunternehmen werden hier nicht behandelt. Vermitteln Versicherungsunternehmen Investmentfondsanteile gemäß § 6 Abs 3 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) 2016, unterliegen sie hinsichtlich dieser Tätigkeit darüber hinaus bestimmten Vorschriften des WAG 2007 (§ 2 Abs 2 WAG 2007).

541 Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 im Hinblick auf Compliance, Risikomanagement und interne Revision; Pflichtenheft WAG 2007; Rundschreiben zu Informationen einschließlich Marketingmitteilungen gemäß WAG 2007; Rundschreiben der FMA zur Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen; Rundschreiben der FMA bezüglich der Werbung für Anteilsscheine an Investmentfonds und Immobilienfonds.

542 Der WAG-Leitfaden ist abrufbar unter [http://www.bwg.at/bwg/bwg_v4.nsf/sysPages/m1.html/\\$file/WAG-Leitfaden_2007_Final%20Version_25092007.pdf](http://www.bwg.at/bwg/bwg_v4.nsf/sysPages/m1.html/$file/WAG-Leitfaden_2007_Final%20Version_25092007.pdf) (1. 9. 2015).

543 Die Ergänzungen zum Gesetzestext in Kursivschrift stammen aus dem FMA Pflichtenheft. §10 InvFG und § 16 AIFMG regeln Paralleles für OGAW-Verwaltungsgesellschaften und AIFMs.

2. die Kenntnis aller relevanten Personen von den bei Aufgabenerfüllung einzuhaltenden **Verfahren**:
etwa durch entsprechende Dienstanweisungen oder interne Leitlinien für Mitarbeiter und schriftliche Prozessbeschreibungen sowie Schulungen durch erfahrene Mitarbeiter;
3. Einrichtung und Aufrechterhaltung angemessener **interner Kontrollmechanismen**, die die Einhaltung von Beschlüssen und Verfahren auf allen Ebenen sicherstellen:
Interne Kontrollsysteme können zB durch die Einrichtung von Genehmigungs- und Berechtigungssystemen, der strikten Umsetzung des Vier-Augen-Prinzips, Aufgaben- und Funktionstrennungen oder physischen Zugangsbeschränkungen umgesetzt werden;
4. notwendige Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen bei den betrauten Mitarbeitern:
Die ausreichende Qualifikation des Personals kann zB durch entsprechendes Recruiting, Schulungspläne, Mentoring-Systeme, Einschulung durch erfahrene Mitarbeiter und Job-Rotation erreicht werden. Der Wissensstand der Mitarbeiter ist nach Meinung der FMA zu überprüfen und zu verbessern. Dabei ist die laufende Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter sicherzustellen.
5. Einrichtung und laufende Sicherstellung einer reibungslos funktionierenden **internen Berichterstattung** und Weitergabe von Informationen auf allen maßgeblichen Ebenen:
Ein formelles internes Berichts- und Informationswesen ist einzurichten und Protokolle und Ablaufbeschreibungen sind zu erstellen.
6. Führung angemessener und systematischer Aufzeichnungen über die Geschäftstätigkeit und interne Organisation; zB die Erstellung von Protokollen, Rule-Books, Stellenbeschreibungen oder Leitlinien zur Orderabwicklung und Kundenbetreuung. Die **Aufzeichnungspflichten** sind in § 22 WAG 2007 genauer geregelt⁵⁴⁴.
7. Gewährleistung der ordentlichen, redlichen und professionellen Erfüllung der einzelnen Funktionen auch dann, wenn relevante Personen mehrere Funktionen ausüben (**Mischverwendung**):
Nehmen Mitarbeiter mehrere Aufgaben nach WAG 2007 wahr, ist durch organisatorische Maßnahmen wie zB schriftliche Funktionsbeschreibungen und effektives Management von Interessenkonflikten sicherzustellen, dass durch die Ausübung mehrerer Funktionen auftretende Spannungsverhältnisse vermieden bzw aufgelöst werden. Besondere Bedeutung kommt dabei

544 Eine Übersicht der Aufzeichnungspflichten findet sich auf der Website der FMA, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/unternehmen/wertpapierdienstleister/spezialthemen/mindestaufzeichnungspflichten.html> (1.9.2015).

nach Einschätzung der FMA der Berichtspflicht an die Geschäftsleitung gem § 21 Abs 2 WAG zu. Einschränkungen der Wahrnehmung verschiedener Funktionen können sich aus dem Erfordernis der Unabhängigkeit einzelner Funktionen (Compliance-Beauftragter, Risikomanager, interne Revision, Geldwäschebeauftragter) ergeben (Grundsatz der Funktionstrennung, vgl schon oben). Bei Auslagerung der Compliance-Funktion, des Risikomanagements oder der Internen Revision kommt den allgemeinen Organisationsanforderungen besondere Bedeutung zu.

8. Einrichtung und laufende Anwendung angemessener Systeme und Verfahren zum Schutz von Sicherheit, Integrität und **Vertraulichkeit von Informationen**, abhängig von der Art dieser Informationen;

Informationen dürfen nicht verloren gehen, müssen richtig und vollständig erfasst werden und innerhalb angemessener Zeit reproduzierbar sein. Die Einrichtung von Vertraulichkeitsbereichen (Zugriff auf Daten nur durch einen begrenzten Kreis von Personen) kann erforderlich sein, um einen Datenmissbrauch zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Geheimhaltungspflichten betreffend Insiderinformationen (Art 14 MAR) hinzuweisen (siehe dazu bereits oben). Auch der Informationsfluss aus dem Unternehmen hinaus muss beschränkt werden. Es ist sicherzustellen, dass keine Dritten Zugriff auf die (Kunden-)Daten und unternehmensinternen Unterlagen haben.

In diesem Zusammenhang sei auf die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 7 WAG und gemäß § 19 Abs 4 ZaDiG und natürlich auf das Bankgeheimnis gemäß § 38 BWG hingewiesen. Geheimnisverrat ist ein mit bis zu sechs Monaten bzw im Fall des Bankgeheimnisses einem Jahr Freiheitsstrafe oder 360 Tagessätzen bedrohtes, gerichtlich strafbares Ermächtigungsdelikt.

9. die **Kontinuität und Regelmäßigkeit der Wertpapierdienstleistungen** und Anlagetätigkeiten muss gewährleistet sein; bei einer Unterbrechung der Systeme und Verfahren müssen wesentliche Daten und Funktionen erhalten bleiben und Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten fortgeführt werden können oder zumindest eine rechtzeitige Wiederherstellung möglich sein.
10. ein wirksames und transparentes **Beschwerdemanagement** für die angemessene und unverzügliche Bearbeitung von Beschwerden von Privatkunden; jede Beschwerde sowie die Aufzeichnung der zu ihrer Erledigung getroffenen Maßnahmen sind aufzubewahren. Nach Ansicht des BVwG hat der Rechtsträger mit Beschwerden nach einem bereits vordefinierten Standard umzugehen. Die Beschwerden sind durch geeignete Personen und keinesfalls durch die jeweiligen Kundenbetreuer zu bearbeiten.

Für **OGAW-Verwaltungsgesellschaften** enthält § 10 InvFG eine Parallelbestimmung mit weitgehend demselben Inhalt, zusätzlich ist § 17 WAG über den Verweis in § 10 Abs 5 InvFG anwendbar. Anlegerbeschwerden werden durch § 11 InvFG geregelt, der zusätzlich ausdrücklich festlegt, dass Beschwerden und Informationen darüber kostenlos sein müssen. 1083

Für **AIFMs** ist zusätzlich § 16 AIFMG zu beachten, wonach ein AIFM für die ordnungsgemäße Verwaltung der AIF jederzeit angemessene und geeignete personelle und technische Ressourcen einzusetzen hat. Unter Berücksichtigung der Art der von dem AIFM verwalteten AIF müssen eine ordnungsgemäße Verwaltung und Buchhaltung, Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen in Bezug auf die elektronische Datenverarbeitung sowie angemessene interne Kontrollverfahren (inkl. Regeln für persönliche Geschäfte der Mitarbeiter und für das Halten oder Verwalten von Veranlagungen zum Zwecke der Anlage auf dem eigenen Konto), unterhalten werden. Durch sie muss zumindest gewährleistet sein, dass jedes die AIF betreffende Geschäft nach Herkunft, Vertragsparteien, Art, Abschlusszeitpunkt und -ort rekonstruiert werden kann und dass die Vermögenswerte der vom AIFM verwalteten AIF gemäß den Vertragsbedingungen oder Satzungen der AIF und gemäß den geltenden rechtlichen Bestimmungen angelegt werden. 1084

b) Mitarbeitergeschäfte⁵⁴⁵

Ein persönliches Geschäft (Mitarbeitergeschäft) gemäß § 23 WAG ist ein Geschäft mit einem Finanzinstrument, das von einer relevanten Person (§ 1 Z 29 WAG; zB Mitarbeiter, Geschäftsleiter, vertraglich gebundener Vermittler) getätigt wird 1085

- für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter wobei die relevante Person außerhalb ihres Aufgabenbereichs⁵⁴⁶ handelt, für den sie beim Rechtsträger zuständig ist; oder
- innerhalb des Aufgabenbereiches der relevanten Person (a) für Rechnung der Person selbst, (b) für Rechnung einer Person, die Führungsaufgaben bei einem Emittenten von Finanzinstrumenten wahrnimmt und zu der eine familiäre oder enge Bindung besteht oder (c) für Rechnung einer Person, die ein direktes oder indirektes wesentliches Interesse am Ausgang des Geschäfts hat (ausgenommen bloße Gebühren oder Provisionen für die Abwicklung des Geschäfts).

⁵⁴⁵ Vgl § 23 f WAG, § 18 InvFG; § 16 Abs 2 AIFMG.

⁵⁴⁶ Nach Ansicht der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist funktionsbezogen, etwa anhand der Arbeitsplatzbeschreibung zu beurteilen, ob eine relevante Person innerhalb ihres Aufgabenbereichs tätig wird. Vgl BaFin, Rundschreiben 4/2010 idF vom 7. 8. 2014, BT 2 Überwachung von Mitarbeitergeschäften nach § 33b WpHG und § 25 KWG.

Die Wertpapierdienstleister haben gemäß § 24 WAG relevante Personen von persönlichen Geschäften abzuhalten, wenn

- die Tätigkeit der Person im Unternehmen zu einem Interessenkonflikt Anlass geben könnte, oder
- die Person auf Grund dieser Tätigkeit Zugang zu Insider-Informationen im Sinne von § 48a Abs 1 Z 1 BörseG oder zu anderen vertraulichen Informationen über Kunden oder über Geschäfte hat, die mit oder für Kunden getätigt werden, und
- (a) das Geschäft das Verbot des Insiderhandels oder der Marktmanipulation verletzt, (b) mit dem Missbrauch oder der vorschriftswidrigen Weitergabe der vertraulichen Informationen einherginge oder (c) das Geschäft gegen das WAG verstieße oder die begründete Annahme bestünde, dass es dagegen verstoßen könnte.

Dies erfolgt in der Praxis durch die Anlage von **Beobachtungs- und Sperrlisten** für bestimmte Finanzinstrumente (siehe schon oben).

In diesem Zusammenhang sei auch auf § 55 Abs 4 WAG hingewiesen, der den Missbrauch von Informationen im Zusammenhang mit laufenden Kundenaufträgen (zB **Frontrunning**, vgl oben) verbietet und den Wertpapierdienstleister zur Verhinderung des Missbrauchs durch die relevanten Personen verpflichtet. Die Vorschriften der §§ 48a ff BörseG und der MAR sind natürlich auch darüber hinaus zu beachten. Um unternehmensinterne Überwachung zu ermöglichen, werden in der Praxis **Meldegrenzen** für Mitarbeitergeschäfte vorgesehen, bei deren Überschreitung jede Order eines Mitarbeiters an die Compliance-Abteilung zu melden ist.

Zu beachten sind auch die Regeln für das **Zusammenlegen von Kundenaufträgen mit Geschäften für eigene Rechnung** in §§ 56 f WAG.

1086 Personen, die den Zeitplan oder Inhalt einer **Finanzanalyse** iSd § 36 WAG, also einer nicht personalisierten Anlagestrategieempfehlung kennen, dürfen keine Geschäfte in den von der Analyse betroffenen Finanzinstrumenten oder damit preislich verbundenen Finanzinstrumenten (zB Derivaten) tätigen.

Vgl zu **organisatorischen und persönlichen Anforderungen rund um Finanzanalysen** im Detail § 37 WAG und Art 20 MAR.

1087 § 18 InvFG sieht vor, dass jede betroffene Person die Regeln zu Mitarbeitergeschäften kennen muss, die **OGAW-Verwaltungsgesellschaft** über jedes persönliche Geschäft zu unterrichten ist und jedes persönliche Geschäft sowie Erlaubnisse und Verbote in diesem Zusammenhang festzuhalten hat. Davon bestehen gewisse Ausnahmen gemäß § 18 Abs 4 InvFG. Diese Vorgaben sind auch von den anderen Wertpapierdienstleistern zu beachten, da Präventionsmaßnahmen sonst nicht wirksam sein können.

1088 Gemäß § 16 Abs 2 AIFMG hat auch ein AIFM unter Berücksichtigung der Art der von dem AIFM verwalteten AIF über angemessene interne Kon-

trollverfahren, zu denen insbesondere Regeln für persönliche Geschäfte seiner Mitarbeiter und für das Halten oder Verwalten von Veranlagungen zum Zwecke der Anlage auf dem eigenen Konto gehören, zu verfügen.

c) *Interessenkonflikte*⁵⁴⁷

Wertpapierdienstleister haben bei der Erbringung und Durchführung von Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell **im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden** zu handeln (§ 38 WAG). Sie sind daher verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Interessenkonflikte zwischen ihnen und den Kunden zu **erkennen**, zu **verhindern** und wenn eine Vermeidung nicht möglich ist **offenzulegen** (Dreistufenordnung). Das Entstehen von Interessenkonflikten an sich lässt sich angesichts der vielen Geschäftsfelder und Kunden nicht vermeiden. Es muss jedoch verhindert werden, dass solche Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden.⁵⁴⁸ Interessenkonflikte können einerseits zwischen dem Unternehmen bzw ihm zuzurechnenden Personen und dem Kunden oder aber zwischen mehreren Kunden entstehen.

1089

Um Interessenkonflikte zu **erkennen** ist gemäß § 34 Abs 2 WAG zu prüfen ob der Wertpapierdienstleister, seine Mitarbeiter, ein vertraglich gebundener Vermittler oder eine andere direkt oder indirekt durch Kontrolle mit dem Wertpapierdienstleister verbundene Person⁵⁴⁹

1090

- zu Lasten der Kunden einen finanziellen Vorteil erzielt oder finanziellen Verlust vermeidet;
- ein Interesse am Geschäft/an der Dienstleistung für den Kunden hat, das vom Interesse des Kunden abweicht;
- einen finanziellen oder sonstigen Anreiz hat, einen anderen Kunden oder eine andere Gruppe von Kunden gegenüber dem Kunden zu bevorzugen, zB weil die anderen Kunden eine besondere „performance fee“ versprochen haben;
- die gleiche geschäftliche Tätigkeit ausübt wie der Kunde und daher mit diesem im Wettbewerb steht;⁵⁵⁰ oder
- von einem Dritten aktuell oder künftig einen Vorteil in Form von Geld, Gütern oder Dienstleistungen für die an den Kunden erbrachte Dienstleistung erhält, die über die für diese Dienstleistung üblichen Provisionen oder Gebühren hinausgeht („*Inducements*“, § 39 WAG) und daher zB ein

547 Vgl § 34, 35, 38, 39 WAG, §§ 22–25 InvFG; § 12 AIFMG.

548 Vgl SCC Modul 4 Interessenkonflikte, Punkt 1.1 S 1.

549 Zur Definition der „relevanten Person“ siehe § 1 Z 29 WAG.

550 Beim Interbankengeschäft muss gemäß SCC Modul 4 Punkt 1.2 S 2 nicht grundsätzlich von einem Interessenkonflikt ausgegangen werden.

besonderes Absatzinteresse an einem bestimmten Wertpapier hat (im Detail zu solchen Vorteilszuwendungen siehe noch weiter unten).

Ein potenzieller Interessenkonflikt liegt also immer dann vor, wenn die Interessen des Unternehmens mit seinen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden konkurrieren. Dabei reicht es nicht aus, dass dem Unternehmen ein Vorteil entstehen kann. Der Kunde muss auch potenziell einen Nachteil erleiden können.⁵⁵¹

1091 Der CO hat die relevanten Abteilungen bzw Mitarbeiter zu informieren und anzuleiten, damit sie Interessenkonflikte erkennen und bewältigen und gegebenenfalls eine Meldung an den CO veranlassen können. Die Erkennung und Bewältigung konkreter Interessenkonflikte bleibt Aufgabe der betreffenden Abteilungen bzw Mitarbeiter, ist jedoch vom CO zu überwachen und ggf durchzusetzen.⁵⁵²

1092 § 35 WAG sieht die zwingende Erstellung und Anwendung von **Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten** („*Conflicts of interest policy*“) entsprechend der Größe und Komplexität der Geschäfte und Produkte eines Wertpapierdienstleisters vor. Darin sind nach der entsprechenden Bestandsaufnahme im Unternehmen alle potenziellen Interessenkonflikte mit Beeinträchtigungspotenzial festzulegen und die Umstände zu beschreiben in denen ein kundenschädlicher Interessenkonflikt vorliegt oder entstehen könnte sowie festzulegen welche Verfahren und Maßnahmen einzuleiten sind, um solche Interessenkonflikte zu steuern bzw zu bewältigen. Dabei sind in Konzernen auch Interessenkonflikte zu berücksichtigen, die sich aus der Tätigkeit anderer Gruppenmitglieder ergeben können. Besonderes Augenmerk gilt in diesem Zusammenhang auch der Vergütung der Mitarbeiter (Kundenberater), deren Ausgestaltung Interessenkonflikte verursachen kann.⁵⁵³

1093 **Maßnahmen im Umgang mit Interessenkonflikten:** Die FMA hat auf Grundlage von § 35 Abs 4 WAG die „Interessenkonflikte- und Informationen für Kunden-Verordnung (IIKV)“ erlassen, die in § 2 Standards festgelegt, denen die Verfahren und Maßnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten entsprechen müssen. Sie sieht insbesondere die Einrichtung von **Vertraulichkeitsbereichen** zur Vermeidung schädlichen Informationsaustausches auf horizontaler Ebene (zwischen den separierten Geschäftsbereichen) und auf vertikaler Ebene (zwischen einem separierten Geschäftsbereich und der

551 FMA Rundschreiben der FMA zur Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen, Rz 21, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/wertpapierdienstleister.html> (1.9.2015).

552 SCC Modul 4 Interessenkonflikte, Punkt 1.2, 2.

553 Zu Fallvarianten siehe das FMA Rundschreiben zur Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen.

Unternehmensspitze) vor.⁵⁵⁴ Ist ein Informationsaustausch aus dienstlichen Gründen unumgänglich, ist der CO vorab davon und über den Inhalt zu verständigen und in besonders sensiblen Fällen ist der CO dem Gespräch beizuziehen.⁵⁵⁵ Die IIKV sieht außerdem die **Kontrolle von Mitarbeitergeschäften und des Eigenhandels**, die **Vermeidung von schädlichen Vergütungsanreizen** bei den Mitarbeitern, die **Vermeidung ungebührlichen Einflusses** auf die Art und Weise der Geschäftsausführung (zB durch Geschenkkannahme) und die **Vermeidung einer konfliktbehafteten Doppelverwendung von Mitarbeitern** (Funktionstrennungsgebot) vor.⁵⁵⁶

Der SCC der Kreditwirtschaft⁵⁵⁷ sieht darüber hinaus diverse, praktisch relevante Maßnahmen im Umgang mit Interessenkonflikten vor:

1094

- **Meldung an den CO:** Interessenkonflikte bzw der begründete Verdacht sind ausnahmslos an den CO zu melden, der die Umstände der Meldung und die ergriffenen Maßnahmen zu dokumentieren hat. Zu melden sind insb Interessenkonflikte, die auf Insiderinformationen oder sonstigen compliance-relevanten Informationen beruhen, Geschäfte aus denen aufgrund eines Interessenkonflikts ein Schaden für den Kunden droht und die unvermeidbare Einbeziehung eines Mitarbeiters, die ein ordnungsgemäßes Konfliktmanagement beeinträchtigen könnte;⁵⁵⁸
- Die Rechtsträger haben Aufzeichnungen über aufgetretene oder potenzielle Interessenkonflikte zu führen und diese laufend zu aktualisieren. Der CO hat daher ein streng vertrauliches, in seiner Gesamtheit nur ihm bekanntes **Konfliktregister** zu führen, das ggf durch andere Informationssysteme – wie etwa Mandatsdatenbanken oder Insiderverzeichnisse – ergänzt wird. Will der Wertpapierdienstleister neue Geschäftsbeziehungen oder Beteiligungen mit Interessenkonfliktpotential eingehen, werden diese zuvor einem „Konflikt-Check“ unterzogen. Kommt es zum Abschluss des Geschäfts (oder zur Vornahme einer Beteiligung), werden diese dem Register hinzugefügt.
- Geschäfte, aus denen ein Interessenkonflikt resultiert, sind auf eine **Konfliktbeobachtungsliste** zu setzen und der weitere Verlauf der Transaktion ebenso wie die involvierten Personen vom CO zu überwachen. Es obliegt der Entscheidung des CO, betroffene Geschäfte wieder von der Konfliktbeobachtungsliste zu streichen;

554 Zu Vertraulichkeitsbereichen im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Insiderinformationen vgl bereits oben.

555 SCC Modul 4 Interessenkonflikte Punkt 1.6.4, 4.

556 Vgl auch SCC Modul 4 Interessenkonflikte Punkt 1.6.6 bis 1.6.8 und 1.6.10, 4f.

557 SCC Modul 4, Punkt 1.6., 3

558 Vgl auch FMA Pflichtenheft, Rz 7.2 aE.

- Interessenkonflikte zwischen Kunden, zB bei der **Ausführung von Kundenorder** bei begrenztem Angebot, sind zu lösen, indem die Aufträge nach der Reihenfolge ihres Eingangs beim Rechtsträger ausgeführt werden (§ 55 WAG). Vgl in diesem Zusammenhang auch § 56 f WAG zur Zusammenlegung von Aufträgen wonach „**Leitlinien für die Zuordnung von Aufträgen**“ festzulegen und wirksam umzusetzen sind, die die redliche Zuordnung zusammengelegter Aufträge und Geschäfte auch im Hinblick darauf regeln, wie das Volumen und der Preis von Aufträgen die Zuordnung und Teilbearbeitung von Aufträgen bestimmen.⁵⁵⁹ Siehe auch § 52 WAG zur bestmöglichen Durchführung von Aufträgen („*best execution*“) anhand einer festgelegten und dem Kunden mitgeteilten „**Durchführungspolitik**“.
- **Information der Privatkunden:** Beschreibung der Leitlinien über den Umgang mit Interessenkonflikten vor Bindung des Kunden im Rahmen eines Vertrags bzw Erbringung der Dienstleistung (§ 42 WAG) und Bereitstellung von Einzelheiten zu diesen Interessenkonflikten auf Anfrage.⁵⁶⁰

1095 Im Einzelfall kann es auch erforderlich sein, dass die Wertpapierdienstleister eines von mehreren miteinander in Konflikt stehenden Geschäften unterlassen. In diesem Falle ist es dem Wertpapierdienstleister allerdings nicht verwehrt, das für ihn lukrativere Geschäft zu wählen.⁵⁶¹

1096 Lassen sich Interessenkonflikte trotz der im Unternehmen getroffenen Vorkehrungen nicht vermeiden, müssen sie dem Kunden **offengelegt** werden, bevor das Geschäft getätigt wird (§ 35 Abs 5 WAG). Der Umfang der Information richtet sich dabei nach der Einstufung des Kunden als Privatkunde, professioneller Kunde oder geeignete Gegenpartei iSd §§ 58–61 WAG. Dem Kunden steht damit die Möglichkeit offen, auch im Falle eines bereits erteilten Auftrages von dem Geschäft Abstand zu nehmen oder die Bedingungen abzuändern. Trotz einer Offenlegung sind die Wertpapierdienstleister verpflichtet, das Entstehen von Interessenkonflikten im Vorhinein zu vermeiden. Die bloße Offenlegung des Interessenkonfliktes gegenüber dem Kunden und dessen Einverständnis sind daher nicht ausreichend.⁵⁶² Zur Offenlegung von Vorteilszuwendungen siehe noch unten.

aa) Vorteile (Inducements)

1097 Ein Wertpapierdienstleister handelt nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden (§ 38 WAG), wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier(neben-)dienstleistungen

559 FMA Pflichtenheft, Rz 8.8.

560 Siehe § 40 Abs 1 Z 1 WAG iVm Z 1 lit h) und i) Anlage 1 zu § 40 WAG.

561 SCC Modul 4 Interessenkonflikte Punkt 1.5, 3.

562 FMA Pflichtenheft, Rz 7.3, 40.

Provisionen, Gebühren oder nicht in Geldform bestehende Zuwendungen (Vorteile) zahlt oder entgegennimmt (§ 39 WAG). Nicht in Geldform bestehende Zuwendungen können etwa die Erbringung von Dienstleistungen, die Übermittlung von Finanzanalysen, das Überlassen von IT-Hardware oder Software oder die Durchführung von Schulungen sein.⁵⁶³ Kleine Geschenke oder Einladungen sind nicht unmittelbar als verbotene Anreize zu betrachten, wenn es sich um nicht wiederkehrende Leistungen in einer Größenordnung handelt, die eine unvoreingenommene Erbringung der Wertpapierdienstleistung nicht vereitelt. Als ungefährender Richtwert gelten in der Praxis € 100. Es kann in den internen Richtlinien aber festgelegt werden, dass der CO auch unterhalb dieses Schwellenwertes zu unterrichten ist.⁵⁶⁴

§ 39 WAG determiniert die Voraussetzungen, unter denen die grundsätzlich verbotene Gewährung oder Annahme solcher Vorteile ausnahmsweise zulässig ist:

- a) der Vorteil wird an den Kunden oder vom Kunden gewährt; oder
- b) der Vorteil ermöglicht die Dienstleistung erst, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und kann seiner Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des Dienstleisters hervorrufen, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln; oder
- c) wird der Vorteil einem Dritten oder von einem Dritten gewährt,
 - i) muss die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteiles dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise **offengelegt** werden. Ist die Höhe des Betrages nicht feststellbar, so ist die Art und Weise der Berechnung offenzulegen. Die Offenlegung kann auch in Form einer Zusammenfassung erfolgen, auf Nachfrage sind jedoch weitere Einzelheiten offenzulegen; und
 - ii) muss der Vorteil generell, dh bezogen zumindest auf bestimmte Kunden- und/oder Produktgruppen ex ante darauf ausgelegt sein, die **Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und** darf den Dienstleister **nicht dabei beeinträchtigen, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln**. So ist zB das Überlassen von IT-Hardware oder Software oder die Durchführung von Schulungen idR darauf ausgerichtet, die Qualität der Dienstleistung zu verbessern.

Im Standard Compliance Code der österreichischen Wertpapierfirmen (2009), S 32 heißt es zum Merkmal der Qualitätsverbesserung:

563 FMA Pflichtenheft, 41.

564 *Bittinger*, Synergien zwischen Compliance und Risikomanagement am Beispiel einer Wertpapierfirma, Compliance Praxis 3/2014, 21.

„Die gesetzlich geforderte Eignung zur Qualitätsverbesserung liegt insb. dann vor, wenn die betreffenden Vorteile nach den Umständen für den Rechtsträger keinen ausschlaggebenden Anreiz schaffen, pflichtwidrig zu handeln. Ferner ist in jedem Fall eine Qualitätsverbesserung zu bejahen, wenn der Anbieter kostenlose Schulungen anbietet oder qualitativ hochwertige Infrastrukturen für die Erbringung seiner Dienstleistungen einrichtet bzw unterhält. Geld ist in der Regel dazu geeignet, die Qualität der Dienstleistung zu verbessern, weil daraus Mitarbeiter und Infrastruktur sowie Informationsunterlagen bezahlt werden können. Auch Bestandsprovisionen, die dem Finanzdienstleister laufend gewährt werden, ist daher grundsätzlich die Eignung zur Qualitätsverbesserung zuzuerkennen. Diese werden regelmäßig eine laufende Betreuung des Kunden (zB bei Fragen) sicherstellen. Allgemein kann festgehalten werden, dass bei der Anlageberatung, -vermittlung und -verwaltung die Eignung zur Qualitätsverbesserung bereits dann besteht, wenn die entsprechende Dienstleistung ohne den Vorteil nicht stattgefunden hätte (...). Die Annahme einer Provision bezweckt eine qualitative Verbesserung der Dienstleistung gegenüber dem Kunden, sofern die Dienstleistung trotz der Annahme der Provision unvoreingenommen erbracht wird.“⁵⁶⁵

- 1099** Ein klassisches Beispiel für einen Vorteil sind Retrozessionen (Kick-back-Zahlungen). Das sind umsatzabhängige Provisionen, welche die depotführende Bank an die vermögensverwaltende Wertpapierfirma oder an das die Aufträge übermittelnde Wertpapierdienstleistungsunternehmen zahlt. Diese Vergütungen werden in der Regel aus Mitteln gezahlt, welche die Bank vom Kunden für die Durchführung der veranlassten Wertpapiergeschäfte und die Depotverwaltung erhält. Das Kundeninteresse wird hier dadurch gefährdet, dass für den Wertpapierdienstleister ein Anreiz geschaffen wird, sowohl bei der Auswahl der orderausführenden Bank als auch hinsichtlich der Anzahl und des Umfangs der für den Kunden über die Bank abzuwickelnden Geschäfte nicht allein das Interesse des Kunden, sondern auch das eigene Interesse an möglichst umfangreichen Vergütungen seitens der Bank zu berücksichtigen.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Zu Fällen, in denen kein Vorteil in diesem Sinn oder aber eine Qualitätsverbesserung vorliegen soll, vgl auch SCC Modul 4 Interessenkonflikte Punkt 2.2. S 6. Angesichts der kritischen zivilrechtlichen Judikatur, der bevorstehenden MiFID II-Umsetzung und des mangelnden normativen Charakters des SCC Wertpapierfirmen sind diese Beispiele aber mit einer gewissen Vorsicht zu lesen bzw zu übernehmen.

⁵⁶⁶ OGH 6 Ob 110/07 f. Dort weiter: „Ein solcher Interessenkonflikt tritt bei der Vermögensverwaltung verstärkt auf, weil das Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen, autonomen Entscheidung des Kunden fehlt. Ein Anlageverwalter, der beim Kapitalanleger über eine hinreichende Vertrauensstellung verfügt, kann in diesem Sinne –

Bei entsprechender Qualitätsverbesserungseignung und marktüblicher Höhe (die dazu führen soll, dass der Wertpapierdienstleister keinem besonderen Anreiz im Vergleich zu anderen Anbietern unterliegt) wäre mit ihrer Offenlegung dem § 39 WAG Genüge getan.

Zur Frage der Marktüblichkeit hat die FMA nach Erhebungen der WKO eine Liste der **Bandbreiten für marktübliche Entgelte** für Wertpapierdienstleistungen veröffentlicht.⁵⁶⁷ Sie soll – ua auch im Hinblick auf das Erkennen möglicher Interessenkonflikte – eine Orientierungshilfe für Kunden bei der Inanspruchnahme von Wertpapierdienstleistungen bieten.⁵⁶⁸

1100

Die getroffenen Vereinbarungen über Vorteilszuwendungen dürfen dem Kunden in zusammengefasster Form offengelegt werden. Auf Wunsch des Kunden ist der Wertpapierdienstleister aber zur Offenlegung von Einzelheiten verpflichtet.⁵⁶⁹ Der Ausweis von Gesamtzusendungen in Absolutbeträgen oder in Prozentsätzen oder die Angabe von Bandbreiten entsprechen gemäß SCC idR dem Offenlegungserfordernis des § 39 WAG. Ist der Umfang der Zuwendung im Zeitpunkt der Aufklärung noch nicht bestimmbar, kann die Art und Weise der Berechnung mitgeteilt werden.

1101

Das Thema Vorteilszuwendung ist insbesondere auch beim Abschluss von **Vertriebsvereinbarungen** relevant. Dem Vertriebspartner sollten nur marktübliche Entgelte versprochen werden (in diesen Fällen liegt keine Vorteilszuwendung und keine die Dienstleistung erst ermöglichende und daher auch keine offenlegungspflichtige Zuwendung vor), er sollte im Zweifel zur Offenlegung gegenüber dem Kunden verpflichtet werden und der Eindruck einer wirtschaftlichen Nahebeziehung, die den Vertriebspartner dazu verleitet, nicht mehr zumindest überwiegend im Interesse des Kunden tätig zu werden, ist zu vermeiden, um eine **Zurechnung der Beratungsfehler** des Vertriebspartners zB zur Depotbank zu verhindern. Die Gestaltung einer zurechnungsresistenten Vertriebsvereinbarung dürfte vor dem Hintergrund der strengen Judikaturlinie des OGH aber kein leichtes Unterfangen sein.⁵⁷⁰

1102

vom Interesse des Anlegers her nicht gerechtfertigte – Provisionen durch Ausnutzung einer ihm erteilten Vollmacht „schinden“. Unter Spesentreiberei („Churning“) – als Steigerung – versteht man schließlich den durch das Interesse des Kunden nicht gerechtfertigten, häufigen Umschlag eines Anlagekontos, durch den der Broker oder der Vermittler oder beide sich zu Lasten der Gewinnchancen des Kunden Provisionseinnahmen verschaffen.“

567 Abruflbar unter <https://www.fma.gv.at/de/verbraucher/wertpapiere/marktuebliche-entgelte.html> (9. 9. 2015).

568 In diesem Zusammenhang besteht für Wertpapierfirmen die zusätzliche Informationspflicht gegenüber ihren Kunden, auf die von der FMA veröffentlichten Bandbreiten für marktübliche Entgelte hinzuweisen (§ 75 Abs 8 WAG).

569 Siehe § 40 Abs 1 Z 1 WAG iVm Z 1 lit h) und i) Anlage 1 zu § 40 WAG.

570 Zur OGH-Judikatur siehe RIS-Justiz RS0128476; OGH 4 Ob 129/12t; 9 Ob 46/13z; 2 Ob 24/13p.

- 1103** Innerhalb eines Unternehmens stellt sich die Frage nach Interessenkonflikten insbesondere im Zusammenhang mit der Gehalts- und Bonizusammensetzung für Mitarbeiter. Es leuchtet ein, dass eine Prämie oder Sondervergütung für den Absatz eines bestimmten Produkts, den Mitarbeiter dazu verleitet, dem Kunden ebendieses Produkt zu empfehlen, wenn für den Absatz anderer Produkte keine oder nur eine geringere Prämie versprochen ist. Darauf ist bei der Gestaltung der **unternehmensinternen Vergütungssysteme** zu achten.⁵⁷¹
- 1104** Die Bestimmungen für **Fondsverwalter** § 22 ff InvFG und § 12 AIFMG ziehen sinngemäße Parallelen zum WAG, sind aber auch bei der Erbringung anderer Dienstleistungen als Wertpapierleistungen anwendbar. Durch das Wesen der Fondsverwaltung bedingt, regeln sie auch Interessenkonflikte zwischen den verwalteten OGAWs bzw AIFs, deren Anlegern, ihren sonstigen Kunden und den OGAW-Verwaltungsgesellschaften bzw AIFMs selbst.

*d) Handeln im besten Interesse des Kunden –
Wohlverhaltenspflichten (§§ 38 bis 54 WAG)*

- 1105** Aufgrund ihres Umfangs kann auf die „Wohlverhaltensregeln“, die das Handeln im besten Interesse des Kunden gewährleisten sollen, soweit sie nicht bereits oben erörtert wurden, hier nicht im Detail eingegangen werden, sodass an dieser Stelle nur ein „Streifzug“ durch das WAG unternommen und ergänzend auf das WAG und sonstige Literatur verwiesen wird. Nichtsdestotrotz wollen wir die Bedeutung hervorheben, die insbesondere den Informations- und Aufklärungspflichten beim Wertpapiervertrieb zukommt. Teilweise wird vertreten, dass die aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten zivilrechtlich nur einen Mindeststandard festlegen, sodass im Einzelfall abhängig von der konkreten vorvertraglichen Beziehung darüber hinausgehende zivilrechtliche Aufklärungspflichten bestehen können. Verletzungen dieser Pflichten waren für einen Großteil der zahlreichen abgeschlossenen oder noch anhängigen „Anlegerverfahren“ ursächlich.
- 1106** **Informationen für den Kunden** (§§ 40–42 WAG): der Rechtsträger hat über sich und seine Dienstleistungen, die betroffenen Finanzinstrumente,⁵⁷² den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und Kundengeldern, die Kosten und Nebenkosten, die vorgeschlagenen Anlagestrategien und die Ausführungsplätze vor Erbringung einer Wertpapier(neben)dienstleistung umfangreich aufzuklären, wobei solche Informationen stets redlich, eindeutig

571 Zum Themenbereich wird die Lektüre des Rundschreibens der FMA zur Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen empfohlen. Vgl auch III.3 und VI. des Code of Conduct der österreichischen Investmentfondsindustrie 2012.

572 Vgl dazu auch Anlage 3 zu § 40 WAG.

und nicht irreführend sein dürfen.⁵⁷³ Nach diesen Maßstäben sind etwa auch Werbebroschüren (Marketingmitteilungen) für Finanzinstrumente zu beurteilen. Die IIKV stellt hier Grenzen für einen Hinweis auf die frühere Performance eines Wertpapiers, deren Simulation oder Prognosen der künftigen Wertentwicklung auf. Hinzuweisen sind die Kunden auch auf die allfällige Nichtmitgliedschaft bei einer Anlegerentschädigungseinrichtung bei Dienstleistern, die nur Anlageberatung betreiben, auf die allfällige Miteinbeziehung von Eigenprodukten des Rechtsträgers in die Dienstleistung (zB konzernintern emittierte Finanzinstrumente), auf die Publikation der FMA über Bandbreiten für marktübliche Entgelte der Wertpapierfirmen, die von der WKO als Interessenvertretung der Finanzdienstleister erhoben werden,⁵⁷⁴ sowie auf die Tatsache, dass Wertpapierfirmen und WPDLU zur Entgegennahme von Kundengeldern nicht befugt sind (§ 75 Abs 5 bis 8 WAG).

Eignungs- oder zumindest Angemessenheitstest: Der Rechtsträger hat außerdem bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen die **Angemessenheit** und bei Anlageberatung und Portfolioverwaltung auf Einzelbasis auch die **Eignung** der in Aussicht genommenen Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente für den Kunden zu prüfen. Angemessen ist eine Dienstleistung oder ein Finanzinstrument dann, wenn der Kunde über ausreichende **Kenntnisse und Erfahrungen** in Bezug auf den Produkt-/Dienstleistungstyp verfügt, um das Risiko im Zusammenhang mit den angebotenen Produkten/Dienstleistungen zu verstehen. Die Eignungsprüfung verlangt, darüber hinaus Informationen über die **finanziellen Verhältnisse** und die **Anlageziele** (darin eingeschlossen die Risikobereitschaft) des Kunden einzuholen, damit der Wertpapierdienstleister dem Kunden geeignete Dienstleistungen oder Finanzinstrumente empfehlen kann. Wenn das Geschäft nur in der Ausführung oder der Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen in Bezug auf nicht komplexe Finanzinstrumente besteht, kann unter gewissen Umständen auf die Angemessenheitsprüfung verzichtet werden („execution only“-Geschäft, § 46 WAG). Erleichterungen bestehen auch gegenüber professionellen Kunden (§ 44 Abs 6 WAG) und „geeigneten Gegenparteien“ (siehe zu den Begriffen §§ 58 ff WAG).

Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sind vor der ersten Wertpapierdienstleistung in einer Rahmenvereinbarung festzuhalten. Einzelvereinbarungen unter dieser Rahmenvereinbarung sind zu **dokumentieren** (§ 47 WAG).

573 Siehe dazu das FMA Rundschreiben zu Informationen einschließlich Marketingmitteilungen gemäß WAG 2007 und das FMA Rundschreiben bezüglich der Werbung für Anteilscheine an Investmentfonds und Immobilienfonds 2011.

574 Die Publikation ist auf der Webseite der FMA abrufbar.

1107

1108

- 1109** Die Rechtsträger haben den Kunden von den erbrachten Dienstleistungen zu berichten und dabei auch deren Kosten anzugeben. **Berichte** über ausgeführte Aufträge sind, je nach Dienstleistung und Anbieter umgehend, mindestens alle sechs Monate oder mindestens jährlich zu erstatten (Details in den §§ 50, 51 WAG).
- 1110** Aufträge des Kunden sind so auszuführen, dass möglichst das beste Ergebnis für den Kunden erzielt wird (best execution, § 52 WAG). Zu diesem Zweck ist eine **Durchführungspolitik** zu erstellen, die alle relevanten Aspekte wie Kurs, Kosten, Schnelligkeit, Wahrscheinlichkeit der Ausführung und Abwicklung des geordneten Umfangs sowie die Art des Auftrags berücksichtigt und abhängig vom Kundenprofil entsprechend gewichtet. Für Privatkunden ist das Gesamtentgelt maßgeblich für das beste Ergebnis (§ 54 WAG). Die Durchführungspolitik hat auch die diversen **Ausführungsplätze** (zB Wertpapierbörsen) anzugeben, die der Rechtsträger nützt. Der Kunde ist über die Durchführungspolitik zu informieren.
- 1111** **Aufzeichnungspflichten**
Rechtsträger haben gemäß § 22 Abs 1 WAG 2007 Aufzeichnungen über alle ihre Dienstleistungen und Geschäfte zu führen, mittels derer die FMA die Einhaltung der Anforderungen des WAG überprüfen und sich vergewissern kann, ob sämtliche Verpflichtungen gegenüber den Kunden eingehalten wurden. Die Aufzeichnungen sind für mindestens fünf Jahre aufzubewahren (siehe dazu auch § 66 WAG für meldepflichtige Institute). Zu Aufzeichnungspflichten für OGAW-Verwaltungsgesellschaften siehe § 19 InvFG.
- 1112** **Änderungen durch die MiFID II**
Ab 3. Jänner 2018 werden die nationale Umsetzung der Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente („**MiFID II**“) und die Verordnung (EU) Nr 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente („**MiFIR**“) direkt anzuwenden sein. Insbesondere die MiFID II bringt wesentliche Neuerungen im Wertpapiervertrieb, die hier kurz umrissen werden:
- **Erweiterung der Strafmaßnahmen:** Erhöhung auf eine Maximal-Geldstrafe von mindestens € 5 Mio oder dem zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens gegen natürliche Personen und juristische Personen. Für juristische Personen alternative Höchstgrenze für Geldstrafen: 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes. Auch ein vorübergehendes Tätigkeitsverbot für Wertpapierdienstleister wird möglich (Art 70 Abs 6 MiFID II). Art 1 Z 16 OGAW V-RL enthält eine parallele Bestimmung für OGAW-Verwaltungsgesellschaften.
 - Der Anwendungsbereich des Wertpapieraufsichtsrechts wird erweitert, indem der Finanzinstrumente-Begriff um strukturierte Einlagen und Waren- und sonstige Derivate ergänzt wird und Eigenemissionen von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen auch als Wertpapierdienstleistung behandelt werden.

- Ein **Product Governance**-Regime wird eingeführt, wonach für jedes Produkt ein Zielmarkt und eine Zielkundschaft zu definieren sind, deren Bedürfnissen, Eigenheiten und Vorstellungen das Produkt entsprechen muss. Es kommt zu einer Vorab-Produktprüfung und -genehmigung und einer laufenden Produktbeobachtungspflicht. Die Vertriebsstrategie muss mit dem Zielmarkt vereinbar sein und der Vertrieb außerhalb des Zielmarktes ist zu vermeiden.
- verschärfte Dokumentationspflichten: Artikel 25 Abs 6 MiFID II sieht eine Eignungserklärung vor. Darin sollen Wertpapierfirmen künftig darlegen, „wie die Beratung auf die Präferenzen, Ziele und sonstigen Merkmale des Kleinanlegers abgestimmt wurde.“
- Sämtliche orderrelevante Kommunikation soll aufgezeichnet werden (zB Telefonate, E-Mails, Faxe und Gespräche).
- Personen, die gegenüber Kunden im Namen des Rechtsträgers eine Anlageberatung erbringen oder Kunden Informationen über Anlageprodukte, Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erteilen, müssen über die notwendigen Kenntnisse und Kompetenzen verfügen („*know your product*“)
- Änderungen wird es auch im Hinblick auf Interessenkonflikte und die Annahme/Gewährung von Vorteilen geben
- Geeignete Gegenparteien werden in Zukunft besser geschützt
- Bei der Anlageberatung wird künftig zwischen **abhängiger und unabhängiger Anlageberatung** unterschieden. Die unabhängige Anlageberatung setzt dabei voraus, dass eine ausreichende Palette an auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten bewertet wird und keine Zuwendungen angenommen werden bzw Provisionen dem Kunden weitergeleitet werden.
- Der Kreis der nicht-komplexen Finanzinstrumente, für die das execution-only Geschäft und die damit verbundene Einschränkung des Kundenschutzes zulässig ist, wird eingeschränkt;
- ESMA/EBA werden bei erheblichen Bedenken für den Anlegerschutz oder bei Gefahr für die Marktfunktion oder –integrität bei Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gemäß MiFIR auch präventiv **Produkte verbieten** oder deren Vertrieb beschränken können.

8. Vermeidung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Geldwäsche nach § 165 StGB ist das Verbergen, Verschleiern der Herkunft, wissentliche Verwahren, Anlegen, Verwalten, Umwandeln, Verwerten oder Übertragen von Vermögen, das aus einem Verbrechen oder bestimmten Vergehen (darunter auch die gerichtlich strafbare Steuerhinterziehung) herrührt. **Terrorismusfinanzierung** ist in § 278d StGB definiert als das Bereitstellen oder Ansammeln von Vermögenswerten, mögen sie auch nicht aus einem

1113

Verbrechen oder Vergehen herrühren, zur Ausführung bestimmter schwerer Straftaten wie zB der Luftpiraterie oder einer Tat mit Tötungs- oder Verletzungsvorsatz, wenn sie jeweils auch darauf abzielt, Bevölkerungsgruppen oder Regierungen einzuschüchtern oder zu nötigen.

- 1114** **Anwendbarkeit:** Banken, Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 6 WAG), OGAW-Verwaltungsgesellschaften (§ 10 Abs 6 InvFG) und AIFMs (§ 10 Abs 3 AIFMG) haben im Wesentlichen die §§ 40 bis 41 BWG einzuhalten.⁵⁷⁵ Dort wurden die Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung der Richtlinie 2005/60/EG zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung („**3. GeldwäscheRL**“) umgesetzt. Die 4. Geldwäscherichtlinie 2015/849/EU vom 20. Mai 2015 ist bereits in Kraft und bis 26. Juni 2017 umzusetzen.⁵⁷⁶
- 1115** Zum Thema Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (*anti money-laundering and counter terrorist financing* – „**AML**“) existieren umfangreiche Rundschreiben der FMA, deren Inhalte in diesem Format nicht umfänglich wiedergegeben werden können. Deshalb sei auf die hier relevanten Rundschreiben hingewiesen: Rundschreiben zum Geldwäschereibeauftragten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Rundschreiben zur Feststellung und Überprüfung der Identität für Kreditinstitute, Rundschreiben zum risikoorientierten Ansatz, Rundschreiben zu Verdachtsmeldungen.⁵⁷⁷
- 1116** Die Hauptgesichtspunkte der Geldwäscherei-Bestimmungen kreisen um die Themen Identitätsfeststellung des Kunden, des Treugebers und des wirtschaftlichen Eigentümers, Ermittlung des Zwecks der Geschäftsbeziehung und schließlich um risikobasierte Maßnahmen zur Überwachung derselben (Transaktions-Monitoring), um im Verdachtsfall Meldung an die Geldwäschemeldestelle erstatten und Transaktionen ggf unterbinden zu können. Dieses Kompendium an Pflichten wird in der Praxis mittels der Schlagwör-

575 AIFMs müssen § 40c BWG (Erleichterungen bei bestimmten Überweisungen) und § 40d BWG (Unzulässige Geschäftsbeziehungen) nicht einhalten. Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen müssen § 40c BWG nicht einhalten. Da Wertpapierfirmen/WPDLU keine Kundengelder entgegennehmen (§ 75 Abs 7 WAG) oder halten dürfen (§ 3 Abs 5 Z 4 WAG), wird vertreten, dass die Geldwäschebestimmungen in der Praxis regelmäßig primär von den Kreditinstituten einzuhalten sind (*Zabradnik/Brandl*, Der Standard Compliance Code der österreichischen Wertpapierfirmen, 44).

576 Die EU-Richtlinien basieren auf jeweils aktualisierten Empfehlungen der Financial Action Task Force der OECD.

577 Sämtliche Geldwäsche-Rundschreiben sind auf der Webseite der FMA abrufbar: <https://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/geldwaescherei-terrorismusfinanzierung.html> (9. 9. 2015).

ter „**Know Your Customer**“ („KYC“) und „**Customer Due Diligence**“ zusammengefasst.

a) *Organisatorische Verpflichtungen*

Zur verpflichtenden Bestellung eines **Geldwäschereibeauftragten** siehe bereits oben. 1117

Ganz generell haben die beaufsichtigten Unternehmen ihr Geschäft anhand geeigneter Kriterien (insb Produkte, Kunden, Komplexität der Transaktionen, Geschäft der Kunden, Geographie) einer **Risikoanalyse** betreffend ihres Risikos, für Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungszwecke missbraucht zu werden, zu unterziehen (Geldwäschegefährdungsanalyse; § 40 Abs 2b BWG).⁵⁷⁸ 1118

Die Unternehmen sehen daraufhin angemessene und geeignete **Strategien und Verfahren** vor für Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden, Verdachtsmeldungen, die Aufbewahrung von Aufzeichnungen, die interne Kontrolle, die Risikobewertung, das Risikomanagement, die Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften und die Kommunikation, um Transaktionen, die mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen, vorzubeugen und zu verhindern. Sie haben geeignete Strategien zur Verhinderung des Missbrauchs von neuen Technologien für Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung zu entwickeln.⁵⁷⁹ In der Praxis erfolgt dies durch Festlegung einer „**Geldwäsche-Policy**“ oä, die unter starker Einbindung des Geldwäscherei-Beauftragten bzw ggf auch von der Compliance-Abteilung entworfen wird.⁵⁸⁰ 1119

Diese einschlägigen Strategien und Verfahren teilen sie ihren **Zweigstellen und Tochterunternehmen in Drittländern** mit und veranlassen deren Einhaltung vor Ort (vgl § 40 Abs 4 Z 1 BWG). 1120

Die mit der Abwicklung von Transaktionen befassten **Mitarbeiter** sind mit den einschlägigen Bestimmungen vertraut zu machen. Im Rahmen von **Schulungen** sollen sie lernen, möglicherweise mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängende Transaktionen zu erkennen und sich in solchen Fällen richtig zu verhalten. Bei der Auswahl des Personals haben die Unternehmen auf Zuverlässigkeit in Bezug auf dessen Verbundenheit mit den rechtlichen Werten zu achten; ebenso ist vor der Wahl ihrer Aufsichtsräte auf deren Verbundenheit mit den rechtlichen Werten zu achten. 1121

Die Unternehmen müssen außerdem **Systeme** einrichten, die es ihnen ermöglichen, auf Anfragen der Geldwäschemeldestelle oder der **FMA** voll- 1122

578 Details im FMA Rundschreiben zum risikoorientierten Ansatz.

579 § 41 Abs 4 BWG.

580 Zur Zulässigkeit der Doppelrolle siehe oben.

ständig und rasch darüber **Auskunft** zu geben, ob sie mit bestimmten natürlichen oder juristischen Personen eine Geschäftsbeziehung unterhalten oder während der letzten fünf Jahre unterhalten haben, sowie über die Art dieser Geschäftsbeziehung. Der FMA ist jederzeit die Überprüfung der Wirksamkeit der Systeme zur Bekämpfung der Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung zu ermöglichen.

1123 **Aufbewahrungspflichten:** Die Unternehmen haben gemäß § 40 Abs 3 BWG Unterlagen, die einer Identifizierung dienen, bis mindestens fünf Jahre nach Beendigung der Geschäftsbeziehung und Belege und Aufzeichnungen von sämtlichen Transaktionen bis mindestens fünf Jahre nach deren Durchführung aufzubewahren. Die FMA kann die Frist durch Verordnung auf bis zu fünfzehn Jahre verlängern.

1124 Eine gute Checkliste für die organisatorischen AML-Anforderungen an beaufsichtigte Unternehmen bietet der Fragebogen der **Wolfsberg-Gruppe**⁵⁸¹.

b) Identifizierungspflichten

1125 Vor Begründung einer **dauernden Geschäftsbeziehung** (zB Konto-, oder Depoteröffnung) **oder** einer Transaktion außerhalb einer dauernden Geschäftsbeziehung im Wert von **mindestens € 15.000**, beim Verdacht auf Zugehörigkeit des Kunden zu einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB) oder der objektiven Mitwirkung des Kunden an Transaktionen, die der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung dienen, bei Ein-/Auszahlungen von Spareinlagen zu mindestens € 15.000 oder bei Zweifeln an der Echtheit oder Angemessenheit zuvor erhaltener Kundendaten ist die **Identität** des Kunden anhand eines amtlichen Lichtbildausweises und grundsätzlich bei persönlicher Anwesenheit (Ausnahme unter den Voraussetzungen des § 40b BWG) **festzustellen und zu überprüfen**. Anonyme Konten sind nicht mehr zulässig. Der Kunde hat bekannt zu geben, ob er auf fremde Rechnung bzw in fremdem Auftrag handelt und in diesem Fall auch die **Identität seines Treugebers** (Auftraggebers) nachzuweisen. Die Nichtoffenlegung einer solchen Treuhandsbeziehung ist mit einer Geldstrafe von bis zu € 60.000 bedroht.⁵⁸² Der Treuhänder muss bei der Identifikation jedenfalls persönlich anwesend sein und eine schriftliche Erklärung darüber abgeben, dass er sich von der Identität des Treugebers überzeugt hat. Die Angaben sind zu überprüfen, wobei ein risikoorientierter Ansatz angelegt werden muss.⁵⁸³

1126 Ist der Kunde eine juristische Person, hat die Identifizierung über beweiskräftige, landesübliche Urkunden zu erfolgen. Das sind insbesondere

581 Abrufbar unter <http://www.wolfsberg-principles.com/> (9.9.2015).

582 § 99 Abs 1 Z 9 BWG (iVm § 191 InvFG); § 60 Abs 4 AIFMG.

583 Zum Thema: Das FMA Rundschreiben zum risikoorientierten Ansatz.

aktuelle Auszüge aus österreichischen oder ausländischen Registern wie dem Firmenbuch, Handelsregister, Vereinsregister, etc. Hilfsweise können auch Konzessionen einer staatlichen Behörde oder die Bestätigung einer Handelskammer-Mitgliedschaft, eine Bankauskunft, Steuerregistrierungsbestätigung etc. herangezogen werden.

Wird der Kunde rechtsgeschäftlich, gesetzlich oder organschaftlich vertreten, ist der Vertreter zu identifizieren, wobei die für Kunden beschriebenen Maßnahmen zur Anwendung kommen. Neben ihrer Identität haben vertretungsbefugte Personen auch ihre Vertretungsbefugnis anhand geeigneter Bescheinigungen (zB Vollmacht, Gerichtsbeschluss, Satzung der juristischen Person) nachzuweisen. 1127

Die Kunden haben außerdem die Identität ihres **wirtschaftlichen Eigentümers** (*beneficial owner*) bekannt zu geben, die von den beaufsichtigten Unternehmen risikobasiert und angemessen zu überprüfen ist, sodass sie davon überzeugt sind zu wissen, wer der wirtschaftliche Eigentümer ist. Das ist jene natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Kunde letztlich steht. Fallgruppen für Gesellschaften einerseits und Rechtspersonen, wie Stiftungen und Trusts, die Gelder verwalten, werden in § 2 Z 75 BWG definiert und im FMA Rundschreiben zur Feststellung und Überprüfung der Identität für Kreditinstitute ausführlich erläutert. Bei juristischen Personen umfasst die Feststellung des wirtschaftlichen Eigentümers auch risikobasierte und angemessene Maßnahmen, um die Eigentums- und Kontrollstruktur des Kunden zu verstehen. Ist die Berechtigung des wirtschaftlichen Eigentümers keine unmittelbare, sondern wird zB über mehrere Zwischenholdings vermittelt, genügt es nach Ansicht der FMA nicht, das letzte Glied dieser Berechtigungskette zu kennen, sondern es sollten auch die Länge der Kette und die Art und die Bezeichnung ihrer Glieder bekannt sein. Absolutes Minimum dabei sind die Feststellungen (i) ob es sich bei dem „Kettenglied“ um eine natürliche oder juristische Person handelt und (ii) wie der Name und die Staatsbürgerschaft einer natürlichen Zwischenperson bzw die Bezeichnung, Rechtsform und das Registrierungsland einer juristischen Zwischenperson lauten. Welche darüber hinausgehenden Informationen über die Zwischenglieder der Kette eingeholt werden sollten, ist risikobasiert zu bestimmen.⁵⁸⁴ 1128

Unter bestimmten Voraussetzungen können sich beaufsichtigte Unternehmen auch qualifizierter Dritter bedienen, um ihren Identifizierungspflichten nachzukommen. Näheres regelt § 40 Abs 8 BWG. 1129

Bevor die beschriebenen Informationen nicht vorliegen, darf ein Bankkonto nicht bzw nur gesperrt eröffnet werden, sodass darüber keinerlei Transaktionen laufen können und Einlagen noch nicht entgegengenommen werden. Auch Einzeltransaktionen ab € 15.000 dürfen ohne die Identifizie- 1130

⁵⁸⁴ Vgl auch das FMA Rundschreiben zum risikoorientierten Ansatz.

rung nicht durchgeführt werden. Können die notwendigen Informationen nicht eingeholt werden, ist die angebahnte Geschäftsbeziehung zu beenden (ein blockiert eröffnetes Konto zu schließen) und eine Meldung über den Kunden an die Geldwäschemeldestelle beim Bundeskriminalamt (§ 41 BWG) in Erwägung zu ziehen. Wie lange ein Unternehmen dabei zuwarten darf, ist nicht geregelt und im Einzelfall nach Risikomaßstäben zu ermitteln, wobei die Spanne von wenigen Tagen (Hochrisikokunden) bis hin zu Wochen reichen dürfte, abhängig von den Umständen im Einzelfall und der konkreten Risikolage.

c) Art und Zweck der Geschäftsbeziehung

- 1131** Die Unternehmen haben Informationen über die **Art und den Zweck der angestrebten Geschäftsbeziehung** einzuholen (§ 40 Abs 2a Z 2 BWG). Auch hier gilt wieder der risikoorientierte Ansatz. In der Praxis werden die Informationen über einen „**KYC-Fragebogen**“ ermittelt. Die Geschäftsbeziehung ist in der Folge kontinuierlich zu überwachen (**Monitoring**), wobei Transaktionen zu überprüfen sind, um sicherzustellen, dass diese mit den Kenntnissen über den Kunden, seiner Geschäftstätigkeit und seinem Risikoprofil zusammenpassen. Die Kundeninformationen sind aktuell zu halten (§ 40 Abs 2a Z 3 BWG).

d) Verstärkte und vereinfachte Sorgfaltspflichten

- 1132** **Verstärkte Sorgfaltspflichten** gelten, (i) wenn der Kunde oder sein Vertreter zur Feststellung der Identität nicht physisch anwesend sind, (ii) im Verhältnis zu Korrespondenzbanken und (iii) hinsichtlich Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen mit **politisch exponierten Personen** („**PEP**“) aus dem Ausland. Um herauszufinden, ob es sich bei einem Kunden um eine PEP handelt, werden regelmäßig kostenpflichtige Datenbanken abgefragt („**PEP-Listen**“) (§ 40b BWG). Denkbar, aber wohl weniger verlässlich, sind auch gezielte Fragen an den Kunden.
- 1133** Erhöhte Sorgfaltspflichten und die Verpflichtung zur verstärkten kontinuierlichen Überwachung der Geschäftsbeziehung gelten außerdem kraft Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiko-Verordnung („**GTV-VO**“) iSd § 40b Abs 1 aE BWG wenn Kunden, Vertreter des Kunden oder wesentliche Geschäftspartner des Kunden, der Treugeber oder der wirtschaftliche Eigentümer des Kunden ihren (Wohn-)Sitz in einem der in der GTV-VO aufgelisteten Länder haben oder wenn das Konto, über das die Transaktion abgewickelt wird bei einem Kreditinstitut in einem dieser Länder eingerichtet ist. Derzeit handelt es sich bei den Ländern um den Iran, Nordkorea, Algerien, Ecuador, Myanmar, Somalia und Syrien.

Schlechthin unzulässig sind Korrespondenzbankbeziehungen mit **Bank-Mantelgesellschaften** (*shell banks*), also solchen Banken, die in einem Land gegründet wurden, in dem sie nicht physisch anwesend sind, sodass dort keine echte Leitung und Verwaltung stattfindet und die auch keiner regulierten Finanzgruppe angeschlossen sind (§ 2 Z 74 BWG). 1134

Vereinfachte Sorgfaltspflichten: Beurteilt das beaufsichtigte Unternehmen das Risiko der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung als gering, kann es bei der Identifizierung und bei der Einholung der Informationen zu Art und Zweck der Geschäftsbeziehung und deren Monitoring geringere Maßnahmen anwenden, wenn es sich beim Kunden zB um ein EU-Kredit- oder Finanzinstitut oder ein gleichwertigen Pflichten unterworfenen Drittlandsinstitut, um eine in der EU börsennotierte Gesellschaft oder eine in einem Drittland börsennotierte Gesellschaft, die gleichwertigen Offenlegungspflichten unterworfen ist, oder um inländische Behörden oder EU-Behörden handelt. Zu Details und weiteren Fällen vgl § 40a BWG. 1135

e) Verdachtsmeldungen & Geldwäschemeldestelle

Verdachtsmeldungen an die **Geldwäschemeldestelle**⁵⁸⁵ beim Bundeskriminalamt (BMI) sind gemäß § 41 BWG zu erstatten, wenn sich im Laufe der Beratungsgespräche oder im Laufe des Identifizierungsprozesses der Verdacht oder der berechnete Grund zu der Annahme ergeben hat, dass eine Geschäftsbeziehung oder eine Transaktion der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung dient, dass der Kunde einer terroristischen Vereinigung angehört,⁵⁸⁶ oder dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Treuhandschaften verletzt wurde.⁵⁸⁷ Ein erhöhtes Risiko der Geldwäscherei und in weiterer Folge einen meldepflichtigen Verdacht können in diesem Zusammenhang ua folgende Auffälligkeiten begründen:⁵⁸⁸ Komplexe oder unüblich große Transaktionen, Erzeugen von Zeitdruck bei Geschäftsabschluss; Verweigerung üblicher Auskünfte ohne Angabe von Gründen; Kunden, die falsche oder irreführende Angaben machen; Kunden, die den direkten Kontakt zur Bank auffällig meiden, oder allzu auffällig den Kontakt zu bestimmten Angestellten suchen; möglicherweise auch das Hinhalten der Bank nach Auskunftersuchen.⁵⁸⁹ Eine anstehende Transaktion ist auf Anordnung des Bundeskriminalamtes zu unterlassen bzw aufzuschieben. Die Behörde kann auch anordnen, dass Aufträge des Kunden über Geldausgänge nur mit ihrer Zustimmung durch-

1136

585 Details im FMA Rundschreiben zu Verdachtsmeldungen.

586 Rundschreiben Identifizierung Rz 148.

587 FMA Rundschreiben zu Verdachtsmeldungen Rz 69.

588 FMA Rundschreiben zu Verdachtsmeldungen Rz 102, 105.

589 UVS Wien, 2. 9. 2011, 06/FM/9/59/2011.

geführt werden dürfen. Der Kunde und die Staatsanwaltschaft sind von der Anordnung zu informieren.

f) *Die 4. Geldwäscherichtlinie („AMLD IV“)*

1137 Die 4. Geldwäscherichtlinie 2015/849/EU vom 20. Mai 2015⁵⁹⁰ ist bis 26. Juni 2017 umzusetzen. Die Mitgliedstaaten können strengere Vorschriften als in der Richtlinie vorgesehen erlassen. Die neue Richtlinie bringt überblicksmäßig folgende relevante Neuerungen für Finanzdienstleister, die mit einem Mehraufwand, insbesondere in größeren und/oder grenzüberschreitend tätigen Unternehmen, aber auch für die Behörden einhergehen:

- Der **risikoorientierte Ansatz** im Unternehmen in Gestalt der Risikoanalyse und den daran anknüpfenden Sicherungsmaßnahmen wurde intensiviert. Die vordefinierten Situationen, in denen bislang verstärkte oder vereinfachte Sorgfaltspflichten gelten (siehe oben), werden künftig nur mehr als einzelne Risikofaktoren angesehen, während die Automatisierung aufgegeben und jede einzelne Geschäftsbeziehung und Transaktion auf ihr Risikopotenzial hin zu überprüfen ist. Erst die Gesamtbetrachtung aller relevanten Risikofaktoren (risikoreduzierende und risikoerhöhende Indikatoren werden ua im Anhang zur 4. GeldwäscheRL aufgelistet) führt zur Kategorisierung als geringeres oder erhöhtes Risiko.
- Auch für die Behörden gibt es neue Vorgaben zum risikoorientierten Ansatz: Jeder Mitgliedstaat hat eine nationale Risikobewertung anzufertigen und aktuell zu halten. Die EuK wird künftig gemeinsam mit den Europäischen Aufsichtsbehörden EBA, EIOPA und ESMA („ESAs“) eine Analyse der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsrisiken, die den Binnenmarkt beeinträchtigen und mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Zusammenhang stehen, vornehmen (supranationaler Risikobericht). Aus der Analyse heraus sollen dann Empfehlungen an die Mitgliedstaaten und die geldwäscherechtlich Verpflichteten formuliert werden. Die Analyse bzw die Empfehlungen sind von den Verpflichteten bei der Suche nach konkreten Maßnahmen zur Verringerung oder Vermeidung der identifizierten Risiken zu berücksichtigen. Auch die Aufsichtsbehörden sollen künftig nach einem risikoorientierten Ansatz vorgehen.
- Die Mitgliedstaaten dürfen auf Grundlage einer eigenen Risikoeinschätzung erlauben, dass Verpflichtete im Zusammenhang mit **E-Geld** bestimmte Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden nicht erfüllen müssen.

590 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.

- Die Angaben zum **wirtschaftlichen Eigentümer** von juristischen Personen werden künftig in einem **Zentralregister** gespeichert, auf das zuständige Behörden, zentrale Meldestellen und – im Rahmen der Sorgfaltspflicht gegenüber Kunden – Verpflichtete, wie Banken, zugreifen können. Auch Personen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können, sollen gewisse Mindestdaten einsehen können. Mitgliedsstaaten, die dies wünschen, können ein öffentliches Register führen. Im Falle von Trusts erfolgt die zentrale Erfassung von Angaben zum wirtschaftlichen Eigentum, wenn mit dem Trust steuerliche Folgen verbunden sind.
- **Niederlassungen** (Zweigstellen) in einem Gastland (Aufnahmemitgliedstaat) haben künftig die dortigen Geldwäschevorschriften einzuhalten und werden diesbezüglich **von der Aufsichtsbehörde im Gastland beaufsichtigt**.
- Bei mehreren Niederlassungen oder Agenten von Zahlungs- oder E-Geld-Instituten ist die Bekanntgabe einer **zentralen Kontaktstelle** durch das Gastland anordenbar, um die Aufsicht zu erleichtern.
- Der Begriff der **politisch exponierten Person** (PEP) soll ausgedehnt werden, um hohe Funktionäre von nationalen Behörden und internationalen Organisationen abzudecken. Eine PEP-Liste auf EU-Ebene wird es weiterhin nicht geben, sodass die verpflichteten Unternehmen weiterhin auf kostenpflichtige Datenbanken angewiesen sind.
- Das Geldwäschekomitee („**AMLC**“) des Gemeinsamen Ausschusses der Europäischen Aufsichtsbehörden wird neben der erwähnten Stellungnahme für einen Risikobericht der EuK **Leitlinien und Technische Regulierungsstandards** zur Verabschiedung durch die EuK ausarbeiten, etwa zur risikoorientierten Aufsicht durch die zuständigen Behörden und zu den Risikofaktoren und Maßnahmen, die in Fällen geringeren oder erhöhten Risikos zu beachten sind.
- Was die **Sanktionen** betrifft, so sehen die Vorschriften eine maximale Geldstrafe in mindestens der zweifachen Höhe der infolge des Verstoßes erzielten Gewinne oder von mindestens € 1 Mio vor. Für Verstöße an denen Kredit- oder Finanzinstitute beteiligt sind, gilt im Falle einer juristischen Person eine maximale Geldstrafe von mindestens € 5 Mio oder 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes; im Falle einer natürlichen Person gilt eine maximale Geldstrafe von maximal € 5 Mio. Darüber hinaus wird die betroffene juristische oder natürliche Person und die Art des Verstoßes veröffentlicht werden („*naming and shaming*“), sofern nicht übergeordnete Gründe eine anonymisierte Veröffentlichung gebieten. Die nationalen Aufsichtsbehörden haben alle Sanktionen und Maßnahmen an die ESAs zu melden.
- Zusammen mit der 4. Geldwäscherichtlinie wird auch die Auftragsgeberdatenverordnung (EG) Nr 1781/2006 aufgehoben und durch eine neue Ver-

ordnung über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers („**Geldtransferverordnung**“) ersetzt. Sie soll die lückenlose Rückverfolgbarkeit von Geldtransfers gewährleisten. Die bestehenden Rechtsvorschriften verpflichten Zahlungsdienstleister zwar bereits, bei Geldtransfers Angaben zum Auftraggeber zu übermitteln, nach den neuen Vorschriften müssen allerdings auch **Angaben zum Begünstigten** beigefügt werden. Auch zwischengeschaltete Zahlungsdienstleister müssen künftig ab Transaktionsbeträgen von mehr als € 1.000 prüfen, ob Abgaben fehlen oder unvollständig sind und risikobasierte Verfahren für (Folge-)Maßnahmen vorsehen. EBA, EIOPA und ESMA sollen Leitlinien für die zuständigen Behörden und Zahlungsdienstleister herausgeben, damit diese wissen, wie im Fall von Geldtransfers mit fehlenden oder unvollständigen Angaben zum Auftraggeber oder zum Begünstigten vorzugehen ist. Die Mitgliedstaaten können Zahlungen bis zu € 1.000 ausnehmen, die auf Zahlungskonten im Inland für die Lieferung von Gütern oder Dienstleistungen erfolgen. Das Sanktionenregime der neuen Geldtransferverordnung ähnelt jenem der 4. GeldwäscherRL.

9. Finanzsanktionen

- 1138** Die Finanzsanktionen, grob unterteilbar in (i) Maßnahmen zur Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung und (ii) länderspezifische Sanktionsmaßnahmen, wurzeln im Wesentlichen entweder in Resolutionen des UN-Sicherheitsrates („UNSR“), der EU oder den Vereinigten Staaten. Diverse Verordnungen verbieten insbesondere den Banken, Transaktionen durchzuführen, an denen namentlich bestimmte Personen oder Gruppierungen beteiligt sind und tragen ihnen auf, deren Gelder **einzufrieren (Asset Freeze)**⁵⁹¹ bzw verbieten ihnen diesen Personen Vermögen zur Verfügung zu stellen oder weiterzuleiten (**Zurverfügungstellungsverbot**). Daneben normieren sie Meldepflichten an die zuständige Behörde. Mit den Russland / Ukraine-Sanktionen wurden auch sogenannte „Sektorale Sanktionen“ eingeführt, die bestimmte Geschäfte mit (sektoral) Sanktionierten – etwa am Kapitalmarkt – verbieten.⁵⁹²
- 1139** Die Kreditinstitute haben ihren Kundenstock und den Überweisungsverkehr folglich laufend mit „**Sanktionslisten**“ oder „**Schwarzen Listen**“

591 Jegliche Form der Bewegung, des Transfers, der Veränderung und der Verwendung von Geldern sowie des Zugangs zu ihnen oder ihres Einsatzes, wodurch das Volumen, die Höhe, die Belegenheit, das Eigentum, der Besitz, die Eigenschaften oder die Zweckbestimmung der Gelder verändert oder sonstige Veränderungen bewirkt werden, die eine Nutzung der Gelder einschließlich der Vermögensverwaltung ermöglichen, muss verhindert werden.

592 Vgl *Güldner-Bervoets*, Auslegung von EU-Sanktionen aus Bankensicht, Compliance Praxis 1/2015, 38 ff.

(*black lists*) abzugleichen und bei Treffern entsprechend den Verordnungen zu handeln.

Neben Reputationsschäden für die Bank drohen bei Nichteinhaltung auch Verwaltungsstrafen, gerichtliche Strafen oder der faktische Ausschluss vom Marktzugang (USA). 1140

Zuständige **Überwachungsbehörde** für die Einhaltung der Sanktionsbestimmungen durch Kredit- und Finanzinstitute sowie Zahlungsinstitute ist die **OeNB**, die unter bestimmten Voraussetzungen (zB für die Deckung von Grundbedürfnissen gelisteter Personen) Ausnahmen vom Einfriergebot bzw vom Zurverfügungstellungsverbot genehmigen kann. 1141

Die **Verwaltungsstrafen** nach den §§ 12 ff SanktionenG werden hingegen von der Bezirksverwaltungsbehörde bzw der Landespolizeidirektion ausgesprochen. Wer entgegen einer Verordnung oder einem Bescheid der OeNB oder entgegen unmittelbar anwendbaren Sanktionsmaßnahmen der EU eine Transaktion oder ein sonstiges Rechtsgeschäft durchführt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu € 50.000 zu bestrafen. Bezieht sich der Verstoß auf ein Rechtsgeschäft in der Höhe von über € 100.000, so ist die Tat durch ein Strafgericht mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen (§§ 11 f SanktG). 1142

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die **Terrorismusverordnungen** der EU auf Grundlage von UNSR-Resolutionen,⁵⁹³ die Kundmachung der OeNB DL 2/2002 in der Fassung der Kundmachung DL 1/2009 für inner-europäischen Terrorismus als Verordnung iSd § 2 Abs 1 iVm § 16 SanktG 2010⁵⁹⁴. Außerdem die Sanktionen gegen den **Iran**⁵⁹⁵ **Syrien**⁵⁹⁶ und 1143

593 Verordnung (EG) Nr 2580/2001 des Rates vom 27.12.2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus („Allgemeine Terrorismus-VO“); Verordnung (EG) Nr 881/2002 des Rates vom 27. 5. 2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit *Osama bin Laden*, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen („Taliban-VO“); Verordnung (EU) Nr 753/2011 des Rates vom 1. August 2011 über restriktive Maßnahmen gegen bestimmte Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen angesichts der Lage in Afghanistan.

594 Bis zum 1. Juli 2010 wurden diese Maßnahmen in Österreich ausschließlich durch Verordnungen der OeNB („Kundmachungen“) auf Grundlage des § 4 Devisengesetz 2004 erlassen.

595 Mit Erlass der Verordnung (EU) Nr 1263/2012 des Rates vom 21. Dezember 2012 wurde die Verordnung (EU) Nr 267/2012 über restriktive Maßnahmen gegen Iran und damit die bereits seit April 2007 bestehenden Iran-Sanktionen verschärft.

596 Verordnung (EU) Nr 36/2012 des Rates vom 18. Januar 2012 über restriktive Maßnahmen angesichts der Lage in Syrien und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr 442/2011 idgF; Beschluss 2013/255/GASP des Rates vom 31. Mai 2013 über restriktive Maßnahmen gegen Syrien.

die Sanktionen gegen **Russland** (iZm der Ukraine), die ua Maßnahmen zur Beschränkung des Zugangs der russischen staatlichen Finanzinstitutionen zu den Kapitalmärkten umfassen.⁵⁹⁷

- 1144** Obwohl die US-Sanktionen nicht zum nationalen oder EU-Rechtsbestand gehören, haben Banken, die im USD-Zahlungsverkehr tätig oder am US-Markt vertreten sind oder sonstige Geschäfte mit US-Partnern oder US-Banken betreiben,⁵⁹⁸ auch die **Sanktionen nach US-amerikanischem Recht** zu beachten, da ansonsten im schlimmsten Fall das Verbot der Eröffnung von Korrespondenzkonten in den USA droht. Das Office of Foreign Assets Control (OFAC) veröffentlicht zu diesem Zweck entsprechende Listen. Dabei ist zu beachten, dass die US-Sanktionen ihrem Ausmaß nach von den EU-Sanktionen abweichen können, wie dies etwa bei den Russland-Sanktionen der Fall ist.

10. Welche Behörden vollziehen dieses Rechtsgebiet und nach welchem Verfahren?

- 1145** **Kompetenzen und Maßnahmen der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA)**

Für die Überwachung der einschlägigen Rechtsnormen ist die FMA im Rahmen der Compliance-Aufsicht zuständig. Im FMA-Bereich IV „Integrierte Aufsicht“ dient dazu die Abteilung IV/3 „Wohlverhaltensregeln und Compliance“, die sich in die Teams „Standards und Verfahren“ und „Vor-Ort-Prüfungen“ gliedert sowie die Abteilung IV/5 „Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung“.

Der gezielten Überprüfung dienen insbesondere die **Vor-Ort-Prüfungen** gemäß §§ 70 Abs 1 Z 3, 71 BWG (bei Kreditinstituten durchgeführt von der Oesterreichischen Nationalbank – „OeNB“⁵⁹⁹), § 91 Abs 3 Z 3 WAG 2007, Art 23 Abs 2 lit d MAR sowie § 3 Abs 8 BWG iVm § 147 Abs 1 und 2 InvFG 2011. Überprüft wird dabei, inwieweit die Compliance-Einrichtungen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und die Wohlverhaltensregeln auch tatsächlich eingehalten werden.⁶⁰⁰ Weitere Aufsichtsmaßnahmen sind

597 Weiterführende Informationen sind abrufbar unter <http://www.oenb.at/Ueber-Uns/Rechtliche-Grundlagen/Finanzsanktionen.html> (9.9.2015).

598 *Güldner-Bervoets*, Ukraine-Sanktionen – Probleme der Umsetzung in österreichischen Banken, *Compliance Praxis* 2/2014, 5.

599 Zur Organisation der Bankenaufsicht in Österreich, allerdings noch vor Einführung des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM), zum Zusammenspiel FMA – OeNB und zu den Aufsichtsmaßnahmen im Allgemeinen FMA/OeNB, *Bankenaufsicht in Österreich* (Handbuch Bankenaufsicht), abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/ueber-die-fma/publikationen.html> (9.9.2015).

600 Vgl zum Ablauf einer Vor-Ort-Prüfung bei Emittenten 4. Kapitel V.D. Kapitalmarktrechtliche Compliance-Prüfung durch die FMA.

Company Visits und im Rahmen des „**strukturierten Dialogs**“ **Managementgespräche**, die dazu dienen, den laufenden Kontakt mit den beaufsichtigten Unternehmen sicherzustellen, anlassbezogen konkrete Problemstellungen mit den Unternehmen zu erörtern (**Risikomanagementgespräche**) oder die Umsetzungen der FMA-Empfehlungen nach Durchführung einer Vor-Ort-Prüfung zu erörtern (**Follow-Up-Maßnahme**). Im Jahr 2014 wurden laut Jahresbericht der FMA⁶⁰¹ insgesamt 86 Vor-Ort-Maßnahmen bzw. Managementgespräche durchgeführt.

Des Weiteren analysiert die FMA die von den Wirtschaftsprüfern erstellten Anlagen gemäß § 63 Abs 5 und 7 BWG zum Prüfungsbericht (**Anlage zum Prüfungsbericht**, „AZP“) und an die FMA übermittelte **Compliance-Richtlinien** von beaufsichtigten Unternehmen.

Bei Bedarf überprüft die FMA mittels **Fit-&Proper-Test** bei Compliance-Beauftragten bzw. bei Geschäftsleitern die fachliche Eignung im Bereich Wohlverhaltensregeln und Compliance. 1146

Ergeben sich im Zuge der Aufsichtstätigkeit Anhaltspunkte zB für einen Verstoß gegen die Wohlverhaltensregeln oder die Sorgfalts- bzw. Meldepflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, wird ein **Ermittlungsverfahren** zur Prüfung und Klärung des Sachverhalts eingeleitet. Wird im Zuge der Aufsichtstätigkeit ein aktuell rechtswidriger Zustand festgestellt, ist primär der rechtmäßige Zustand wieder herzustellen. Das betreffende Unternehmen wird von der FMA mit den vorliegenden Mängeln konfrontiert und aufgefordert, Maßnahmen zu deren Beseitigung zu definieren und umzusetzen. Zur Überprüfung, inwieweit die festgestellten Mängel beseitigt wurden, werden regelmäßig **Follow-Up-Maßnahmen** (Nachprüfungen der Bereinigungsmaßnahmen) durch die FMA gesetzt. 1147

Zur **Unterbindung von Gesetzesverletzungen** und zur dauernden Gewährleistung der **Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen** ist die FMA (bei Konzessionsentziehungen in Bezug auf die in der Eurozone niedergelassenen CRR-Kreditinstitute jedoch die EZB) befugt:⁶⁰²

- a) dem Unternehmen unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den **rechtmäßigen Zustand** binnen einer angemessenen Frist **wiederherzustellen**;
- b) im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern die **Geschäftsführung** ganz oder teilweise zu **untersagen**, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen

601 Abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/de/ueber-die-fma/publikationen/fma-jahresberichte.html> (9.9.2015).

602 § 92 Abs 8 WAG iVm § 70 Abs 4 BWG.

gemäß lit a erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen;

- c) die **Konzession** eines Unternehmens **zurückzunehmen**, wenn andere Maßnahmen die Funktionsfähigkeit des Kreditinstitutes nicht sicherstellen können (ultima ratio).

In Ausübung ihrer Zuständigkeiten ist die FMA außerdem ua dazu ermächtigt, in die Unternehmensbücher und -daten Einsicht zu nehmen, Personen vorzuladen und zu befragen, Vor-Ort-Prüfungen durchzuführen, Aufzeichnungen von Telefongesprächen anzufordern, eine Beschlagnahme iSd StPO durch die Staatsanwaltschaft zu beantragen, Auskünfte von Abschlussprüfern bzw Revisoren einzuholen, die Aussetzung des Handels mit einem Finanzinstrument durch ein Börseunternehmen oder andere Handelsplattformen zu verlangen, den Widerruf der Zulassung eines Finanzinstruments zu verlangen oder den Verdacht strafbarer Handlungen einer Staatsanwaltschaft oder Sicherheitsbehörde anzuzeigen.⁶⁰³

1148 Zur Abwendung einer **Gefahr für die finanziellen Belange der Kunden** (§ 92 Abs 1 WAG) kann die FMA durch Bescheid für max 18 Monate insb Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen untersagen, einen Regierungskommissär bestellen, der dem Rechtsträger Geschäfte untersagen kann, die die Gefahr für die finanziellen Belange der Kunden eines Unternehmens vergrößern könnten, den Geschäftsleitern des Unternehmens die Führung des Unternehmens untersagen oder die Fortführung des Geschäftsbetriebes ganz oder teilweise untersagen.

1149 Die FMA ist innerhalb bestimmter Grenzen zur **Veröffentlichung** der von ihr getroffenen Maßnahmen berechtigt (§ 99c BWG).

1150 **Verwaltungsstrafverfahren bei der FMA**

Die FMA ist bei Verstößen gegen die ihr zur Aufsicht übertragenen Gesetze (§ 2 FMABG) Verwaltungsstrafbehörde erster und letzter Instanz und kann Verwaltungsstrafverfahren führen.⁶⁰⁴ Innerhalb der FMA ist dafür die Abteilung „Verfahren und Recht“ zuständig. Das Verwaltungsstrafgesetz 1991 und das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz („AVG“) sind auf die Verwaltungsstrafverfahren der FMA anzuwenden. Die Sonderbestimmungen in den Materiengesetzen sind zu beachten.

Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ist die FMA zur Einleitung eines (Verwaltungsstraf-)Verfahrens verpflichtet. Die FMA verfolgt mögliche Gesetzesverletzungen durch beaufsichtigte Unternehmen oder sonstige

603 Zu diesen und weiteren Befugnissen siehe §§ 91 ff WAG; vgl auch §§ 70 BWG ff und § 64 ZaDIG.

604 § 98 BWG f; § 96 WAG; § 66 ff ZaDIG; § 193 InvFG; § 60 AIFMG; etc.

Personen, die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierbar sind, nach amtlicher Wahrnehmung (insb durch Aufsichtsbereiche), nach Beschwerden oder nach Anzeigen an die FMA (§ 13 AVG). Wenn die FMA amtswegig oder durch Beschwerden von strafbaren Handlungen erfährt, deren Verfolgung nicht in ihre Zuständigkeit fällt, ist sie verpflichtet, eine Sachverhaltsdarstellung (Anzeige) an die zuständige Staatsanwaltschaft (oder Kriminalpolizei) zu erstatten (§ 78 StPO).

Die FMA kann von der Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung nicht möglich ist oder einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Ein Verwaltungsstrafverfahren wird durch eine **Verfolgungshandlung** (zB Aufforderung zur Rechtfertigung, Ladung des Beschuldigten oder eines Zeugen oder Erlassung einer Strafverfügung) eingeleitet (§ 32 VStG). Die Verfolgungshandlung muss innerhalb der Frist für die Verfolgungsverjährung gesetzt werden (18 Monate). Diese Frist beginnt mit Abschluss der strafbaren Tätigkeit. Nach einem Ermittlungsverfahren (amtswegige Feststellung des Sachverhaltes unter Gewährung des Parteiengehörs) zum Beispiel durch Zeugeneinvernahmen, Urkunden oder Sachverständigen, endet das Verwaltungsstrafverfahren mittels bescheidmäßiger Verhängung einer Strafe, Ermahnung oder mit der Einstellung des Verfahrens (zB wenn sich der Verdacht nicht konkretisiert, keine ausreichenden Beweismittel oder aber Verjährung vorliegt, die Strafbarkeit ausgeschlossen ist oder von der Strafe abgesehen wurde).

Mit **Straferkenntnis** wird eine Geldstrafe oder primäre Freiheitsstrafe nach einem Ermittlungsverfahren bescheidmäßig vorgeschrieben. Eine **Strafverfügung** kann ohne weiteres Ermittlungsverfahren erlassen werden, wenn der Sachverhalt ausreichend klar ist. Die Geldstrafe kann in diesem Fall maximal € 600,- pro Verstoß betragen, aber bei mehrfachen Verstößen entsprechend kumulativ verhängt werden. Ist die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering, kann die FMA von einer Strafe absehen und den Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid **ermahnen**.

In Verwaltungsstrafsachen ist die FMA erste und zugleich letzte *behördliche* Instanz. Im Jahr 2015 hat die FMA 181 Verwaltungsstrafverfahren geführt.⁶⁰⁵

Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 geht der Rechtszug nunmehr durch **Beschwerde** gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG an das **Bundesverwaltungsgericht** (BVwG). Die Beschwerde ist binnen 4 Wochen ab Zustel-

605 FMA Jahresbericht 2015, 40.

lung des Straferkenntnisses bei der FMA einzubringen. Bevor die FMA die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weiterleitet, hat sie die Möglichkeit, eine sogenannte **Beschwerdevorentscheidung** zu erlassen und kann dabei die Strafe bestätigen, reduzieren oder zur Gänze aufheben. Gegen eine solche Beschwerdevorentscheidung besteht die Möglichkeit des **Vorlageantrags** an das Bundesverwaltungsgericht. Vor dem Bundesverwaltungsgericht wird das Strafverfahren zur Gänze wiederholt. Im Strafverfahren findet in aller Regel eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. In dieser Verhandlung kommt auch der **FMA Parteistellung** zu. Über Beschwerden gegen Bescheide der FMA entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch **Senat**, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden bei denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine € 600 übersteigende Geldstrafe verhängt wurde.⁶⁰⁶

Gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes stehen dem Beschuldigten sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche **Revision** gem Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG an den **Verwaltungsgerichtshof** (VwGH) als Verwaltungsgericht zweiter Instanz zu. Zulässig ist eine Revision allerdings nur, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Wer sich durch eine Entscheidung des BVwG in seinen verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechten verletzt fühlt oder sich durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes oder einer gesetzwidrigen Verordnungen in seiner Rechtssphäre beeinträchtigt fühlt, kann neben der Revision an den VwGH auch eine **Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof** (VfGH) gem Art 144 B-VG einbringen. Die Verfahrensdauer beim VwGH beträgt ca 2 Jahre, beim VfGH etwa 9 Monate.

1151 **Sonstige Verfahren bei der FMA/EZB**

Neben dem Verwaltungsstrafverfahren werden bei der FMA (bzw bei der EZB in Bezug auf die in der Eurozone niedergelassenen CRR-Kreditinstitute) auch Konzessions-, Anzeige-, (Eigentümer-)Bewilligungs- und Notifikationsverfahren (EU-Pass) geführt. Sie werden im Wesentlichen durch die finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sondergesetze (§§ 91 ff WAG; §§ 70 ff BWG; § 22 FMABG; etc) geregelt, subsidiär ist jeweils das AVG, von der EZB zusätzlich die SSM-Verordnung⁶⁰⁷ und die SSM-Rahmenverordnung⁶⁰⁸ anzuwenden. Für die Compliance iES sind diese Verfahren aber von geringerer Bedeutung.

606 § 22 Abs 2a FMABG.

607 Verordnung (EU) Nr 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute an die Europäische Zentralbank.

608 Verordnung (EU) Nr 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den national benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus.

Gerichtliche Strafbarkeit

1152

Manche der FMA zur Aufsicht übertragenen Gesetze enthalten auch Tatbestände, die strafrechtlich zu verfolgen sind (eine Auswahl findet sich zu Beginn dieses Kapitels). Hier hat die FMA bei begründetem Verdacht auf einen Gesetzesverstoß Anzeige bei der Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei zu erstatten bzw übermittelt die FMA Sachverhaltsdarstellungen. Die Sanktionierung erfolgt gegebenenfalls durch ordentliche Gerichte. Solche Tatbestände sind beispielsweise der verbotene Insiderhandel gemäß BörseG oder das öffentliche Anbieten von Veranlagungen ohne einen dem KMG entsprechenden Prospekt. Weiters werden der FMA im Zuge ihrer Aufsichtstätigkeit auch immer wieder Sachverhalte bekannt, die den Verdacht auf einen Verstoß gegen eine strafgesetzliche Norm begründen und zur Anzeige verpflichten. Die häufigsten Sachverhalte betreffen den Verdacht auf Untreue und/oder Betrug⁶⁰⁹ sowie auf Verletzung der Prospektspflicht beim Angebot von Wertpapieren.

Geldwäschemeldestelle

1153

Zuständig für die Entgegennahme von Geldwäsche-Verdachtsmeldungen in Österreich ist die „Meldestelle Geldwäsche“ des Bundeskriminalamtes (BKA) beim Bundesministerium für Inneres (BMI). Sie steht im internationalen Austausch mit den Geldwäschebehörden anderer Länder. Sofern sich eine Verdachtsmeldung auf Terrorismusfinanzierung bezieht, wird diese intern vom BKA an das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) weitergeleitet. Das BVT führt dann die Ermittlungen in Zusammenarbeit mit den Regionalbehörden durch. Ansprechstelle für den Privatsektor bleibt aber grundsätzlich die Geldwäschemeldestelle.

Zuständigkeit bei Finanzsanktionen/Embargos

1154

Die Einhaltung der Finanzsanktionen überwacht die OeNB. Die Verwaltungsstrafen nach § 12 ff SanktionenG spricht die Bezirksverwaltungsbehörde bzw die Landespolizeidirektion aus.

11. Können neben Behörden auch Dritte Rechtsverstöße aufgreifen (Private Enforcement)?

Haben Privatpersonen Schäden durch beaufsichtigte Unternehmen erlitten, können sie diese nicht bei der FMA geltend machen, sondern müssen den zivilrechtlichen Weg beschreiten oder sich mit Verbraucherschutzorganisationen bzw Anlegerentschädigungsorganisationen in Verbindung setzen. Die Verjährungsfristen werden durch eine Beschwerde bei der FMA nicht unterbrochen.

1155

⁶⁰⁹ FMA Jahresbericht 2014, 90.

1156 Wurden Bankgeschäfte ohne die erforderliche Konzession betrieben hat der konzessionslose Anbieter der Bankdienstleistung bei Fortbestand des Vertrages **keinen Anspruch auf Entgelt** (Zinsen, Provisionen, etc) vom Kunden. Entgegenstehende Vereinbarungen sowie mit diesen Geschäften verbundene Bürgschaften und Garantien sind rechtsunwirksam (§ 100 Abs 1 BWG). § 194 InvFG enthält die Parallelbestimmung für die Ausgabe oder den Vertrieb von Investmentfondsanteilen ohne die erforderliche Berechtigung. Auch ist der Einwand, dass dem Anspruch des Anbieters ein als Spiel und Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft (vgl § 1271 ABGB) zugrunde liegt, in diesem Fall ausnahmsweise zulässig (§§ 100 Abs 2; 1 Abs 5 BWG). Insoweit liegt zusätzlich zur Verwaltungsstrafe auch eine zivilrechtliche „Sanktion“ vor.

1157 Irrtums- und Schadenersatzansprüche (**Anlegerprozesse**)

Werden die umfassenden Erkundigungs-, Informations- und Aufklärungspflichten des WAG nicht erfüllt, drohen für den Fall, dass Kunden ein Wertpapier verkauft wurde, dessen Wertentwicklung oder Rendite in der Folge nicht zufriedenstellend ausfällt, Klagen dieser Anleger. Diese basieren in der Regel auf dem Rechtsgrund des Schadenersatzes (§ 1293 ff ABGB) wegen **Verletzung (vor-)vertraglicher Aufklärungspflichten**, etwa nach WAG oder aber allgemeinem Zivilrecht, oder auf dem Rechtsgrund des **Irrtums** (§§ 871 ff ABGB) mangels Aufklärung über wesentliche Eigenschaften des Finanzinstruments. Daneben können im Einzelfall durchaus auch andere Rechtsgründe wie etwa die Gewährleistung eine Rolle spielen. Die österreichischen Gerichte müssen sich spätestens seit Ausbruch der Finanzkrise 2008 mit einer Flut solcher „**Anlegerprozesse**“ befassen, sodass mittlerweile eine umfangreiche und insgesamt tendenziell anlegerfreundliche Judikatur zu den diversen Fragen existiert. Betroffen sind davon Emittenten, deren Prospekte und Werbematerialien mangelhaft waren, Wertpapierdienstleister inkl Banken, die ihre Kunden falsch oder ungenügend aufgeklärt oder beraten haben, sowie Banken, die zwar nur Aufträge von andernorts beratenen Kunden ausführen, zum Anlageberater aber in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stehen, das die Zurechnung seiner Fehler zur Bank rechtfertigt.⁶¹⁰

Voraussetzung für eine Anfechtung des Kaufvertrags über die Wertpapiere oder eine Anpassung wegen **Geschäftsirrtums** (vgl § 871 Abs 2 ABGB) ist, dass die unterlassene Aufklärung einen für den Vertragsabschluss kausalen Irrtum des Anlegers veranlasst hat oder ein solcher Irrtum dem Emittenten offenbar auffallen musste. Die Irrtumsanfechtung muss binnen 3 Jahren ab Vertragsabschluss gerichtlich erfolgen und ist für den Anleger insofern nach-

610 Zur Zurechnungsjudikatur des OGH vgl RIS-Justiz RS0128476; OGH 4 Ob 129/12t; 9 Ob 46/13z; 2 Ob 24/13p.

teiliger als eine Schadenersatzklage, deren Verjährung erst ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, also zB ab Erkennen von Kursverlusten, die nicht zur geäußerten Risikobereitschaft passen, zu laufen beginnt. Die Beweislast liegt beim Anleger. Hat der Anleger nachgewiesen, dass er bei richtiger Aufklärung die Wertpapiere nicht gekauft hätte, führt die Irrtumsanfechtung zur Vertragsaufhebung. Es kommt zur **bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung** des Kaufvertrages über die Wertpapiere. Die Vertragsparteien werden so gestellt, als hätten sie den Vertrag nie geschlossen bzw erfüllt. Dementsprechend hat die Bank bzw der Emittent den Kaufpreis samt gesetzlichen Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe der Wertpapiere und bezogener Dividenden, Zinsen etc rückzuerstatten. Zwischen Erwerb und Rückabwicklung angelaufene Kursverluste sind nach allgemeinem Bereicherungsrecht somit von der Bank bzw dem Emittenten zu tragen.

Hat ein Anleger wegen schuldhafter Verletzung der WAG-Wohlverhaltenspflichten oder sonstiger zivilrechtlicher Vertragspflichten einen Schaden erlitten, weil er zB **ein Wertpapier erworben hat, das er nicht wollte**, kann er ungeachtet einer allfälligen Verfristung der Irrtumsanfechtung aus dem Titel des **Schadenersatzes** verlangen, dass ihm der Schädiger die Wertpapiere abnimmt. Anders als bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wird hier auf die Wiederherstellung des Zustands vor Schädigung, also vor Abschluss des Kaufvertrags (sogenannte **Naturalrestitution**) abgezielt. Aus dem Titel des Schadenersatzes kann die Aufhebung des Vertrags und die Rückerstattung des Preises erreicht werden. Der Ertrag einer **hypothetischen Alternativveranlagung** kann – anders als bei der Irrtumsanfechtung – im Schadenersatzrecht berücksichtigt werden. Den Geschädigten trifft in diesem Fall die Behauptungs- und Beweislast nicht nur dafür, dass er bei korrekter Information die Anlageprodukte nicht erworben hätte, sondern auch dafür, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch alternativ verhalten und wie sich daher sein Vermögen entwickelt hätte.⁶¹¹

Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche der Konkurrenz, Unterlassungsansprüche von Interessenverbänden, und uU auch Schadenersatzansprüche von Verbrauchern⁶¹² aus Unlauterem Wettbewerb (UWG) sind ebenfalls denkbar, praktisch aber weniger relevant.

1158

611 OGH 7 Ob 221/13w.

612 Die Aktivlegitimation von Verbrauchern nach UWG ist strittig. Dafür: OGH 4 Ob 53/98 t (Einzelentscheidung); weitere Nachweise bei *Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² (2012) § 16 Rz 8 ff.*

12. Welche Unternehmensspezifika sind für eine Risikoanalyse relevant, um möglichst effektive Compliance-Maßnahmen für mein Unternehmen einzuführen?

- 1159 Die Compliance-Vorgaben im Finanzmarktaufsichtsrecht unterliegen dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. Das Spektrum der Compliance-Aufgaben ist durch die abgedeckten Geschäftsfelder bzw die angebotenen Dienstleistungen und Produkte bedingt. So normiert § 18 WAG, dass bei der Einrichtung der Compliance-Funktion der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäftstätigkeit des Rechtsträgers sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten Rechnung zu tragen ist. Die FMA⁶¹³ führt dazu aus:

„Je komplexer und umfangreicher, aber auch je risikoreicher die Geschäftstätigkeit des Rechtsträgers ausgestaltet ist, umso weniger können organisatorische Erleichterungen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Anspruch genommen werden.“ Der einzelne Rechtsträger sei selbst gefordert, sein konkretes Geschäftsmodell zu evaluieren, wobei den Kriterien

- Art, Umfang und Komplexität der Geschäftstätigkeit; und
- Art und Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten⁶¹⁴

besondere Bedeutung zukommt.

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist der FMA gegenüber in nachvollziehbarer Art und Weise darzustellen und zu dokumentieren.⁶¹⁵

Die organisatorischen Anforderungen und damit auch die Verpflichtung zur Einrichtung der Compliance-Funktion an sich stehen nicht unter dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und sind jedenfalls vorzunehmen.⁶¹⁶ Lediglich der tatsächliche Organisationsgrad bestimmt sich individuell und hängt von den oben genannten Kriterien ab.

- 1160 Nach den ESMA-Leitlinien zur Compliance-Funktion⁶¹⁷ sollen Wertpapierdienstleister sicherstellen, dass die Compliance-Funktion im Interesse eines effizienten Ressourceneinsatzes einen **risikobasierten Ansatz** verfolgt. Dazu sind ausgehend von einer Bewertung des Compliance-Risikos (Risikoanalyse), die vom Geschäftsmodell des Dienstleisters abhängt, **Schwerpunkte für die Überwachungs- und Beratungstätigkeit** der Compliance-Funktion festzulegen. Diese **Risikoanalyse** sollte regelmäßig erfolgen, damit die Schwerpunkte und der Umfang der Compliance-Überwachung und -Beratung stets

613 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 2.

614 Zu Beispielen der FMA siehe das soeben genannte Rundschreiben, 2 f.

615 FMA Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen, 3.

616 FMA, Pflichtenheft, 28.

617 ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance-Funktion, Rz 14.

den aktuellen Erfordernissen entsprechen. Es ist Aufgabe der Wertpapierfirmen, bei Änderungen an ihrem Geschäftsmodell zu bestimmen, ob Änderungen an den Ressourcen und der Funktion der Compliance-Funktion erforderlich sind.

Der risikobasierte Ansatz gilt übrigens auch für die Aufsichtsbehörde im Rahmen der laufenden Aufsicht. Sie soll risikobasiert beurteilen, ob die Wertpapierfirma ausreichende Maßnahmen im Hinblick auf die Compliance-Funktion ergriffen hat und ob die Compliance-Funktion ihren Aufgaben ordnungsgemäß nachkommt und beurteilen sowie ggf überwachen, ob aufgrund von Änderungen im Geschäftsmodell Änderungen an den Ressourcen und der Funktion der Compliance-Funktion notwendig sind und vorgenommen wurden.⁶¹⁸ **1161**

Ein Abstellen auf das Risiko gibt es auch im Geldwäscherecht des BWG. Das entsprechende **Rundschreiben der FMA zum risikoorientierten Ansatz** nennt Risikokriterien, die durch die Geschäftstätigkeit der Unternehmen gegeben sein können und im Rahmen der verpflichtenden Risikoanalyse (§ 40 Abs 2b BWG) zu beurteilen sind. In die Bewertung des Gesamt-Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierungsrisikos sollten daher insbesondere mögliche Risiken einfließen, die sich ergeben aus **1162**

- den angebotenen Produkten und Dienstleistungen (erhöhtes Risiko zB in der Vermögensverwaltung, bei Korrespondenzbankbeziehungen, oder Dienstleistungen ohne persönlichen Kontakt);
- der Kundenstruktur (Betreuung von Stiftungen und Trusts wo der wirtschaftliche Eigentümer nur schwer auszumachen ist, ungewöhnliche Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen, Kunden aus Hochrisikoländern, NPOs, politisch exponierte Personen);
- Komplexität der Transaktionen;
- Unternehmensgegenstand der Kunden;
- Transaktionen mit Bezug zu bestimmten riskanten geografischen Regionen.

Weitere Details dazu im Rundschreiben der FMA. Der risikoorientierte Ansatz wird mit der Umsetzung der 4. GeldwäscheRL intensiviert (siehe dazu oben). Künftig werden die Risikoindikatoren laut Anhang zur Richtlinie, laut Risikobericht der EuK und laut nationaler Einschätzung zu berücksichtigen sein.

⁶¹⁸ Vgl ESMA Leitlinien zur MiFID Compliance Funktion, Rz 82.