

1. Das Prinzip der single license und der europäische Pass

Prinzipiell ist es so, dass souveräne Staaten das Recht zur Berufsausübung autonom im Gebiet ihres Hoheitsgebietes regeln. Das bedeutet, dass ein Handwerker oder ein Dienstleister oder auch ein Anbieter von Dienstleistungen am Kapitalmarkt bestimmte Regeln zur Berufsausübung hinsichtlich Zulassung¹ und Tätigkeitsausübung eines Staates erfüllen muss, um seine Tätigkeit in diesem Staat entfalten zu können.

Dies hat zur Konsequenz, dass zwar Tätigkeiten in diesem Staat erbracht werden dürfen, eine grenzüberschreitende Tätigkeit aber nicht möglich ist. Wenn ein Unternehmen seine Tätigkeiten in einem anderen Land erbringen will, ist es erforderlich, die in diesem anderen Staat geltenden Zulassungsregeln einzuhalten. Dies macht es erforderlich, eine (weitere) Berechtigung für die Erbringung der Tätigkeiten in diesem Land zu erwerben; meistens wird dies nur dadurch möglich sein, dass eine eigene Entität in jenem Land gegründet werden muss, wo man seine Tätigkeiten entfalten möchte.

Dies geht mit erheblichem administrativen Aufwand einher und verursacht hohe Kosten. Ganz besonders problematisch ist jedoch, dass in derartigen Konstruktionen auch verschiedene Rechtsordnungen (die normalerweise zwischen Staaten nicht harmonisiert sind) einzuhalten sind und für die hoheitliche Aufsicht verschiedene Behörden diese verschiedenen Rechtsgrundlagen vollziehen, und zwar auch nach unterschiedlichen Verfahrensstandards.

Diese Umstände stellen Einschränkungen des Wirtschaftslebens dar, welche die Gefahr mit sich bringen, dass bestimmte Regionen² im Zuge des weltwirtschaftlichen Wirtschaftsgeschehens ins Hintertreffen geraten können.

Daher gab und gibt es in vielen Bereichen der Welt Bestrebungen, durch gesetzliche Übereinkommen den freien Handel zwischen Staaten zu erleichtern, so etwa AFTA in Südostasien oder MERCOSUR in Südamerika, Beispiele für regional-ökonomische Integrationsgemeinschaften.

Und auch die Europäische Union hat sich unter ihren vielen Zielen³ – ganz besonders die Erhaltung des Friedens – auch die Schaffung eines Binnenmarktes als einen entscheidenden Faktor zum Funktionieren einer Wirtschaftsunion vorgenommen.

Ein Ziel der Europäischen Union ist es nämlich, dass die EU-Bürgerinnen und -Bürger in allen EU-Ländern studieren, wohnen, einkaufen, arbeiten oder ihren Ruhestand verbringen sowie aus einem reichhaltigen Angebot an Produkten aus ganz Europa wählen können. Zu diesem Zweck stellt sie den freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen in einem EU-Binnenmarkt sicher. Durch die Beseitigung technischer, rechtlicher und bürokratischer Hindernisse ermöglicht die EU den Bürgerinnen und Bürgern den freien Handel und die freie Ausübung von Geschäftstätigkeiten.⁴

1 Derartige Regeln finden sich in Österreich typischerweise in der Gewerbeordnung, aber auch in Spezialgesetzen wie dem Wertpapieraufsichtsgesetz für MiFID-Unternehmen.

2 Speziell dann, wenn – wie dies in Europa der Fall ist – im globalen Vergleich eher kleinstaatliche Strukturen vorherrschen.

3 Siehe Europäische Union, Ziele und Werte, abgerufen unter https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/aims-and-values_de (abgerufen am 12.2.2023).

4 Siehe Europäische Union, Binnenmarkt, abgerufen unter https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/single-market_de (abgerufen am 12.2.2023).

Dies bedingt zwei rechtliche grundsätzliche Maßnahmen: Einerseits wird ein Rechtsrahmen geschaffen, der innerhalb der Europäischen Union einheitliche Regelungen für die Berufsausübung in den betroffenen Bereichen sicherstellt. Dies ist im Bereich der Wertpapierdienstleistungen die MiFID, die fast gänzlich maximalharmonisierend ist und nur in einigen wenigen, ganz besonders strittigen Bereichen nationalstaatliche Abweichungen zulässt.⁵

Und andererseits muss ein Rechtsrahmen geschaffen werden, der es gestattet, mit einer einzigen Berechtigung zur Erbringung von Dienstleistungen, die in einem Land erworben wurde, der Dienstleistungserbringung in Teilnehmerländern eines einheitlichen Wirtschaftsraumes nachzugehen, ohne dass alle erforderlichen Berechtigungen in allen betroffenen Staaten von der Pike auf neu erworben werden müssen. Dieser Rechtsrahmen wird in Form des sogenannten Prinzips der „single license“ verwirklicht, welches durch Vergabe eines behördlichen Dokuments, dem „europäischen Pass“, aufsichtsrechtliche Eintrittsbarrieren auf neuen Märkten beseitigt und ein einheitliches Geschäftsgebaren unter dem Regime grenzüberschreitend einheitlicher Bestimmungen realisiert. Ähnlich dem Verfahrensablauf hinsichtlich eines Reisepasses, ist im Bereich der MiFID die zuständige Behörde des Herkunftslandes, durch Vorlage von Unterlagen, vor Aufnahme der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeiten über das geplante Vorhaben zu informieren („Notifikationsverfahren“).

Die rechtlichen Grundlagen dafür finden sich im zweiten Abschnitt des WAG 2018, welcher die Bestimmungen zu Art 34 und 35 MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU) abbildet. Während Art 34 MiFID II sich den Regelungen zum Dienstleistungsverkehr widmet, haben die Bestimmungen zu Art 35 MiFID II den Tatbestand der Niederlassungsfreiheit im Fokus. Die Adressaten dieser Vorschriften stellen einerseits konzessionierte Institute aus Mitgliedstaaten dar, welche Geschäftstätigkeiten in Österreich über eine ständige Niederlassung bzw ohne Präsenz im Wege der Dienstleistungsfreiheit erbringen (§§ 17 und 19 WAG 2018). Andererseits richten sich die Vorgaben des zweiten Abschnitts an österreichische Institute, die beabsichtigen, in Mitgliedstaaten Dienstleistungen zu erbringen (§§ 18 und 20 WAG 2018).

Die Rahmenbedingungen rund um die Erbringung grenzüberschreitender Tätigkeiten sowie die jeweilig korrespondierenden Regelungen sollen nun weiter erörtert werden.

2. Willkommen in Österreich: EWR-Institute in Österreich

Beabsichtigt ein lizenziertes Institut mit Sitz oder Hauptverwaltung im europäischen Binnenmarkt, im Wege der Niederlassungs- bzw Dienstleistungsfreiheit in Österreich Wertpapierdienstleistungen sowie Wertpapiernebenleistungen zu erbringen und/oder Anlagetätigkeiten auszuüben, so ist eine rechtmäßige Umsetzung dieses Vorhabens an drei Voraussetzungen gebunden:

- Die erste Voraussetzung knüpft an die aufrechte Zulassung und Beaufsichtigung als Wertpapierfirma iSd MiFID II bzw als Kreditinstitut im Einklang mit der Richtlinie

⁵ So zum Beispiel bei den Inducements; siehe dazu im Detail im Beitrag „Interessenkonflikte und Inducements“.

Rechtsfolgen aufgrund einer unrichtigen Einstufung ergeben sich aber aus dem Aufsichtsrecht, für das die FMA zuständig ist. Je nach Schwere des Verstoßes können die Sanktionen bis hin zum Entzug der Konzession gehen.¹³⁶

6. Unerbetene Nachrichten

§ 69 WAG 2018 enthält eine eigene Bestimmung, die sich mit dem Versenden von Werbung an Kunden ohne deren Einverständnis auseinandersetzt. Dabei wird auf die Norm des § 174 Telekommunikationsgesetz (TKG) verwiesen, da diese bereits die Problematik der sogenannten unerbetenen Nachrichten abschließend regelt und der Versuch einer autonomen Regelung innerhalb des WAG aus Gründen der Verfassungskonformität in der Vergangenheit scheiterte.¹³⁷

Die MiFID II oder andere unionsrechtliche Normen beinhalten keine Vorgaben bezüglich der Regelung von unerbetenen Nachrichten im Finanzdienstbereich. Da damit vor allem ein höherer Datenschutz und die Privatsphäre der Kunden sichergestellt werden sollen, regeln die Datenschutzrichtlinien des Unionsrechts diese Thematik und bedarf es keiner erneuten Auseinandersetzung im Rahmen der MiFiD II oder anderer unionsrechtlicher Bestimmungen.¹³⁸

Die Norm des § 69 WAG 2018 und deren Verweis auf § 107 TKG (eigentlich § 174 TKG) verfolgt den Zweck eines verbesserten Schutzes der Privatsphäre der Kunden. Sie sollen von Nachrichten, Werbungen oder Telefonaten des Rechtsträgers verschont bleiben, sofern sie keine Zustimmung erteilt haben. Dadurch wird gleichzeitig auch das Vertrauen der Kunden in die Professionalität des Rechtsträgers gestärkt, da sie von vornherein nicht mit unseriösen, störenden oder unangenehmen Nachrichten belästigt werden.¹³⁹

Trotz des Verweises auf die Norm des § 107 TKG (eigentlich § 174 TKG) und auch auf all seine Rechtsfolgen, verbleibt die Zuständigkeit in aufsichtsrechtlichen Angelegenheiten bei der FMA und eben nicht bei der zuständigen Behörde, die laut der Regelung des TKG beauftragt wäre (Fernmeldebüro). Das WAG 2018 schaffte dadurch eine vollständige Konzentration der Aufsichtskompetenz bei der FMA.¹⁴⁰

6.1. Anwendungsbereich

In allen Bestimmungen des § 174 TKG geht es um unerbetene Nachrichten, die einen Werbezweck verfolgen. Nicht erfasst sind somit Informationsschreiben, die der Rechtsträger dem Kunden schon allein aus seiner Verpflichtung dazu zukommen lassen muss.¹⁴¹

Die Norm betrifft sowohl alle Rechtsträger im Sinne des § 26 Abs 1 WAG 2018 als auch jegliche Kundengruppen des WAG 2018. Auch die geeignete Gegenpartei ist davon betroffen, da sie nicht von der Ausschlussbestimmung des § 68 Abs 1 WAG 2018 erfasst wird.¹⁴²

136 *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG² 2018 §§ 66–68 Rz 28.

137 *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG 2018 § 69 Rz 1.

138 *Riesz in Riesz/Schilchegger*, TKG § 107 Rz 137.

139 *Gerhartl*, *ecolex* 2016, 732; *Brandl/Klausberger in Brandl/Saria*, WAG 2018 § 69 Rz 5.

140 *Rabl in Gruber/Raschauer*, WAG § 62 Rz 1; *Riesz in Riesz/Schilchegger*, TKG § 107 Rz 135.

141 OGH 4 Ob 251/00s ÖBl 2001, 107; *Handig*, RdW 2011, 708.

142 *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² Rz 5/185.

1. Einleitung

Durch die Verordnung (EU) 2020/1503 über europäische Crowdfunding-Dienstleister für Unternehmen¹ (ECSP-VO) wurde der Kreis der europäischen Wertpapierdienstleister um eine neue Unternehmenskategorie erweitert. Den neuen europäischen Crowdfunding-Dienstleistern eröffnet sich hierdurch die Möglichkeit, ihre Dienstleistungen auf Basis der entsprechenden Zulassung der national zuständigen Aufsichtsbehörde erstmals innerhalb der Union grenzüberschreitend zu erbringen („Single-passport-Prinzip“).

Die Veröffentlichung der ECSP-VO im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 20.10.2020 und sie gilt seit dem 10.11.2021 unmittelbar in sämtlichen Mitgliedstaaten. Ziel der ECSP-VO war und ist es, den innerhalb der Union bisher vorzufindenden Flickenteppich an nationalen, teils stark differenzierenden Crowdfunding-Regimen zu harmonisieren und hierdurch bankferne, alternative Unternehmensfinanzierungsformen – vor allem im KMU-Bereich – zu stärken.²

2. Erbringung von Crowdfunding-Dienstleistungen

2.1. Arten von Crowdfunding-Dienstleistungen

Die ECSP-VO normiert (in einer etwas verschachtelten Systematik) insgesamt vier Arten von Crowdfunding-Dienstleistungen, welche sich nicht nur nach Art der Dienstleistung, sondern auch nach Art des der Dienstleistung zugrundeliegenden Instruments unterscheiden:³

- Annahme und Übermittlung von Aufträgen in Bezug auf übertragbare Wertpapiere: diese Dienstleistung ist inhaltlich mit jener des Anhang I Abschnitt A Nr 1 MIFID II bzw § 1 Z 3 lit a WAG 2018 deckungsgleich;
- Platzierung von übertragbaren Wertpapieren ohne feste Übernahmeverpflichtung: auch diese Dienstleistung deckt sich inhaltlich mit jener des Anhang I Abschnitt A Nr 7 MIFID II bzw § 1 Z 3 lit g WAG 2018;
- Vermittlung von Krediten;
- individuelle Verwaltung von Kreditportfolios.

Systematisch trennt die ECSP-VO somit Crowdlending- von Crowdinvesting-Dienstleistungen in Hinblick auf die zum Einsatz kommenden Instrumente. Der gegenständliche Beitrag wird sich auf den wertpapierrechtlichen Aspekt, also Crowdinvesting-Dienstleistungen fokussieren.⁴ Allen diesen ist jedoch gemein, dass sie über eine Crowdfunding-Plattform,⁵ also ein öffentlich zugängliches, internetbasiertes, von einem Crowdfunding-Dienstleister betriebenes oder verwaltetes elektronisches Informationssystem (Schwarm-

1 Regulation on European crowdfunding service providers for business bzw Verordnung über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen im deutschen Wortlaut.

2 Vgl ErwG 8 ECSP-VO.

3 Art 2 Abs 1 lit a und c ECSP-VO.

4 Für weitere Ausführungen auch in Bezug auf Crowdlending-Tätigkeiten siehe etwa *Kuthe/Dresler-Lenz*, EU-Crowdfunding-Lizenz als wichtiger Vorstoß zum einheitlichen EU-Finanzmarkt, CB 2020, 471 oder *Majcen*, Die neue EU-Crowdfunding Verordnung, ÖBA 2020, 868.

5 Vgl Art 2 Abs 1 lit d ECSP-VO.

1. Einleitung

In einem Handbuch zum WAG 2018 darf im Jahr 2022 ein Beitrag zum Thema Tokenisierung nicht mehr fehlen. In den Medien, meist in einer bastardisierten Mischung aus deutscher und englischer Sprache, hört man immer wieder von „tokenisierten“ Finanzinstrumenten, Wertpapieren oder sonstigen Investments. Oft werden derartige Assets als „Security-Token“ bezeichnet. Seltener hingegen ist klar, worüber aus aufsichtsrechtlicher Sicht gerade gesprochen oder geschrieben wird. In der Juristerei allgemein und ganz besonders im Finanzmarktaufsichtsrecht ist aber die möglichst eindeutige und zielgerichtete Kommunikation von erheblicher Bedeutung. Ansonsten ist der Diskurs zwar unter Umständen intellektuell stimulierend, aber von wenig praktischer Bedeutung.

Um diesen Fallstrick zu überspringen, stehen daher Definitionen der Begriffe „Tokenisierung“, „Finanzinstrument“ und „Security-Token“ am Anfang des Beitrags, bevor auf einige in der Praxis beobachtbare Formen der Tokenisierung in Österreich eingegangen wird.

2. Tokenisierung

Weder für die Begriffe der Tokenisierung noch der DLT („Distributed Ledger Technology“) als deren technische Grundlage existiert im europäischen bzw österreichischen Finanzmarktaufsichtsrecht eine Legaldefinition. Diese Begriffe sind daher mit großer Vorsicht zu verwenden, da jeder Nutzer sie unterschiedlich verstehen und auslegen kann. Als terminologische Grundlage des vorliegenden Beitrags ist in der Folge unter der DLT eine

dezentrale Form der organisierten Speicherung und konsensualen Manipulation von Daten, die nachträglich nicht durch einzelne Akteure verändert werden können

zu verstehen.¹

Die Daten werden dabei nicht wie aktuell im World Wide Web auf zentraler Infrastruktur gespeichert. Stattdessen speichern die Mitglieder eines P2P-Netzwerks diese redundant auf ihren Rechnern ab. Damit diese Daten auf allen Rechnern aktuell gehalten werden und für unterschiedliche Zwecke verwendet werden können, wird vor Inbetriebnahme der Modus („Konsensalgorithmus“) für die Veränderung und Aktualisierung der so gespeicherten Daten festgelegt. Untechnisch betrachtet entspricht der Konsensalgorithmus damit dem Abstimmungsmodus über den aktuellen Zustand des Ledgers. (...) **Vereinfacht kann man DLT-Systeme als hoch komplexe dezentral geführte Kontobücher verstehen.**²

Die Tokenisierung baut auf der DLT auf und nutzt DLT-Token – häufig Kryptowährungen und neuer Crypto-Assets (bzw „Cryptoassets“) genannt –, die iW Verrechnungseinheiten auf der DLT darstellen, als „Container“, um diverse (Rechts-)Beziehungen technisch abzubilden. Das Ziel ist es dabei, das jeweilige Recht, bspw das Eigentum an einer Sache abseits der DLT, so unzertrennlich an das Token zu binden, dass der Inhaber einer Token-

1 *Rirsch, Crypto-Assets: DLT-Token als Objekt der Finanzmarktaufsicht*, 33.

2 *Rirsch, Crypto-Assets: DLT-Token als Objekt der Finanzmarktaufsicht*, 32 f.

Anders als die vertraglich gebundenen Vermittler sind die Wertpapiervermittler in der Legaldefinition der **relevanten Personen**⁹⁰ **nicht explizit angeführt**. Im Hinblick auf Vorkehrungen betreffend Interessenkonflikte werden Wertpapiervermittler aber auch, wenn sie nicht von der Legaldefinition der relevanten Personen umfasst sind, vom Rechtsträger entsprechend einzubeziehen sein.⁹¹

Für etwaige **Verstöße** des Wertpapiervermittlers **gegen** die Bestimmungen des **WAG** (sowie der einschlägigen europäischen und nationalstaatlichen Verordnungen) ist gegenüber der FMA als Aufsichtsbehörde nicht der Wertpapiervermittler selbst **verantwortlich**, sondern die **Wertpapierfirma** oder das **Wertpapierdienstleistungsunternehmen**, für das er bei seinem Verstoß tätig war. Diese Zurechnung des Fehlverhaltens des WPV zum Rechtsträger betrifft aber nicht die den WPV aufgrund der Bestimmungen der GewO treffenden Verpflichtungen.⁹²

Der Wertpapiervermittler unterliegt damit mittelbar über den (die) Rechtsträger, für den (die) er tätig ist, der Kontrolle der FMA und selbst unmittelbar der Kontrolle durch die Gewerbebehörde. Wie bei den VGV ist die FMA aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung aber berechtigt, bestimmte Aufsichtsbefugnisse auch unmittelbar gegenüber dem Wertpapiervermittler auszuüben, und zwar⁹³

- Einsichtnahme in Bücher, Schriftstücke und Datenträgern sowie Anforderung von Kopien dieser,
- Auskunftsverlangen samt Vorladung zur Befragung,
- Vor-Ort-Prüfungen,
- Anforderung von Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen.

Verstöße gegen folgende Bestimmungen im Zusammenhang mit Wertpapiervermittlern sind mit einer Geldstrafe bedroht:

- Heranziehung einer Person als Wertpapiervermittler, die nicht über die dafür notwendige Gewerbeberechtigung verfügt.
- Verstoß gegen die Überwachungspflichten.
- Heranziehen eines Wertpapiervermittlers, der nicht im Register der FMA eingetragen ist.
- Nicht ordnungsgemäße Eintragung eines WPV in das Register der FMA.
- Keine ausreichende Sicherstellung, dass außerhalb des Regimes des WAG liegende Tätigkeiten des WPV keine nachteiligen Auswirkungen auf die Tätigkeiten des WPV im Namen des Rechtsträgers haben.

Im Vergleich zu Verstößen gegen die Bestimmungen betreffend VGV ist die maximale Strafhöhe mit **maximal EUR 50.000,00** deutlich geringer.⁹⁴

Neben der geringen Strafhöhe fällt als weiterer Unterschied auf, dass bei WPV die Heranziehung von Personen, die nicht über die notwendige Gewerbeberechtigung verfügen,

90 § 1 Z 65 WAG.

91 Vgl *Brandl/Klausberger* (aaO) Rz 34.

92 § 37 Abs 3 WAG; zu den für Wertpapiervermittler geltenden gewerberechtlichen Vorschriften sogleich unten zu 4.4.

93 § 90 Abs 3 WAG.

94 § 95 Abs 8 WAG

1. Rechtsträger

§ 26 WAG 2018 definiert Rechtsträger, für die das 2. Hauptstück des WAG 2018 Anwendung findet und schafft Erleichterungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen sowie besondere Bestimmungen für Kreditinstitute.

Das 2. Hauptstück umfasst die organisatorischen Anforderungen des WAG 2018 und inkludiert die Paragraphen 26 bis inklusive 70 WAG 2018. Im Gegensatz zum 1. und 3. Hauptstück, welche grundsätzliche Begriffsdefinitionen und Konzessionsvoraussetzungen sowie aufsichtsrechtliche Bestimmungen enthalten, bildet das 2. Hauptstück den Kern der inhaltlichen Bestimmungen.

Rechtsträger im Sinne dieses Hauptstücks sind Unternehmen, einschließlich Ein-Personen Unternehmen.¹

§ 26 WAG 2018 entspricht weitgehend der Bestimmung des § 15 des bisherigen WAG 2007,² auch die Ausnahmebestimmungen der EU Richtlinien wurden umgesetzt, siehe im Detail im Kapitel zu den Ausnahmen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen.

In der Praxis bedeutet dies, dass jeder Rechtsträger, der hier aufgezählt ist, sein Geschäft überprüfen muss, um die Dienstleistungen an Kunden rechtlich einzugliedern und so Gewissheit erlangen kann, ob das WAG 2018 anwendbar ist oder nicht.

Die Finanzmarktaufsicht stellt eine Unternehmensdatenbank zur Verfügung, in welcher konzessionierte und registrierte Unternehmen samt deren Konzessionen bzw Konzessionsumfängen eingesehen werden können: <https://www.fma.gv.at/unternehmensdatenbank-suche/> (Abrufdatum 24.1.2023).

2. Kreditinstitute

Kreditinstitute, die Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten aufgrund einer Gelalkonzession durchführen, fallen in den Anwendungsbereich des 2. Hauptstücks.

Nach der Begriffsdefinition gem § 1 Abs 1 Bankwesengesetz, BGBl 1993/532, zuletzt geändert durch BGBl I 2021/98 (BWG), ist ein Kreditinstitut ein Institut, das berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben, entweder aufgrund einer Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) gem § 1 Abs 1 und 3 sowie 4 BWG oder nach § 103 Z 5 BWG, soweit ein Kreditinstitut bei Inkrafttreten des BWG nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen Bankgeschäfte betreiben durfte.

Bankgeschäfte sind unter anderem die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden: Einlagengeschäfte, Girogeschäfte, Kreditgeschäfte, Diskontgeschäfte, Depotgeschäfte, Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln, Garantiesgeschäfte, Wertpapieremissionsgeschäfte, Loroemissionsgeschäfte, Bauspargeschäfte, Investmentgeschäfte, Immobilienfondsgeschäfte, Kapitalfinanzierungsgeschäfte, Factoringgeschäfte,

1 Vgl FMA-Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes und der DelVO (EU) 2017/565, 5.

2 Vgl 304/ME 25. GP 27.

2.3. Kernthemen – ein Überblick

Gemäß Art 24 DelVO ist die Einrichtung einer Internen Revision gefordert, die unabhängig sein muss, und zwar auch zu den anderen Einrichtungen des WAG 2018, wie der Compliance-Funktion und der Risikomanagement-Funktion.

Das WAG 2018 listet keine eigenen Kriterien für die Qualifikation⁶⁰ im Bereich Interne Revision auf. Auf Grund der unbestrittenen Bedeutung der Internen Revision – siehe auch vorstehende Ausführungen – ist daher hinsichtlich der Qualifikationskriterien auf andere unterschiedliche Dokumente zu verweisen, und zwar natürlich in Ergänzung zu ESMA-Leitlinien oder FMA-Rundschreiben, wie beispielsweise auf jene des Basel Committee on Banking Supervision oder auch auf jene des Institute of Internal Auditors.

In diesem Zusammenhang sind auch noch die Fit-&-Proper-Regeln zu erwähnen. In der Praxis wird immer wieder diskutiert, wie häufig und umfangreich Schulungen für Mitarbeiter der Internen Revision wirklich sein müssen: Meines Erachtens gibt es dazu nur eine klare Antwort: Sehr umfangreich und absolut regelmäßig, um auch den neuen technischen Anforderungen immer gerecht zu werden.

Das FMA-Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes und der DelVO (EU) 2017/565, das in der aktuellen Fassung 2021 vorliegt, wurde schon im vorgehenden Kapitel zu Compliance erwähnt.

Dieses Rundschreiben befasst sich natürlich auch mit der Internen Revision⁶¹ als wichtigem Bestandteil im Rahmen der Organisationsanforderungen.

Eine Interne Revision ist – wie auch schon zu Compliance vorgehend ausgeführt – als dauerhafte Funktion einzurichten und muss getrennt und unabhängig von anderen Funktionen agieren.

Diese vom Gesetzgeber klar vorgegebene Trennung gilt insbesondere⁶² auch in Bezug auf die Kontrollfunktionen Compliance (gemäß Art 22 Abs 2 DelVO und gemäß § 39 Abs 6 BWG), Risikomanagement und die Funktion des Geldwäschebeauftragten. Es ist die Kernaufgabe der Internen Revision, andere Bereiche und Einheiten zu prüfen – so war immer das Verständnis und bekannte Negativfälle belegen diese Notwendigkeit.

Eine wesentliche Aufgabe der Internen Revision ist es auch, ein Revisionsprogramm⁶³ zu erstellen, das dauerhaft und regelmäßig umzusetzen ist.

Im Rahmen der im Revisionsprogramm vorgenommenen Prüfungen ist einerseits auf wesentliche Geschäftsfelder einzugehen und andererseits auch der Risikoansatz anzuwenden.

Die Zielsetzung eines Revisionsprogrammes ist die Angemessenheit und die Wirksamkeit der Systeme, die internen Kontrollmechanismen und Vorkehrungen einerseits zu prüfen und andererseits auch zu bewerten. Diese durchaus weite Formulierung muss

60 Siehe dazu auch *Brandl/Saria* (Hrsg) WAG 2018², zu § 32, Rz 28, 29 S 16 ff.

61 Siehe dazu zitiertes FMA-Rundschreiben unter 10 S 53 ff.

62 Siehe dazu zitiertes FMA-Rundschreiben unter 10 Rz 177 S 54.

63 Siehe dazu zitiertes FMA-Rundschreiben unter 10 Rz 172 S 53.

1. Allgemeines

Aufgabe der „MiFID II“¹ war bekanntlich die Mängel der ursprünglichen MiFID-Version zu beheben und auf die Lehren aus der Finanzkrise zu reagieren. Ziel dieser neuen Anforderungen war es, die **Marktüberwachung** zu verbessern und die **Rechtssicherheit** im Interesse der Finanzmarktteilnehmer und ihrer Kunden zu erhöhen. Ein Schwerpunkt der MiFID II ist der Anlegerschutz und die damit einhergehende **Sicherung der Kundenvermögen**. In Artikel 16 findet man daher besondere Anforderungen in Bezug auf angemessene Vorkehrungen zur Verbesserung der Unternehmensführung, der Sorgfaltspflicht, der unterschiedslosen Verwendung von Sicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung (TTCA) sowie der Verbesserung der Offenlegung von hinterlegten Kundenvermögen.

Ziel dieser neuen Anforderungen ist es, einerseits die (un)beabsichtigte **Verwendung von Kundenfinanzinstrumenten** zu verhindern und andererseits Maßnahmen zu ergreifen, um eine **angemessene Verwendung von TTCAs** bei Geschäften mit Nicht-Retail-Kunden zu gewährleisten. Weiters sind Vorkehrungen in Bezug auf **Wertpapierfinanzierungsgeschäfte** zu treffen und die **Sorgfaltspflichten**, einschließlich der Diversifizierung, für Firmen, die Kundengelder hinterlegen, weiter zu stärken. Darüber hinaus sollen neue Anforderungen zur Verbesserung der **Offenlegung** von Kundengeldern **unangemessene Pfandrechte** an den Vermögenswerten der Kunden verhindern. Darüber hinaus sollen Maßnahmen ergriffen werden, um die Wirksamkeit der **Segregationsvorschriften** zu erhöhen.

Die entsprechenden gesetzlichen Rahmenbedingungen werden in den §§ 38–44 Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (WAG 2018)² geregelt, welche die unionsrechtlichen Vorgaben des Art 16 MiFID II, sowie Art 2 der delegierten Richtlinie (EU) 2017/593 umsetzen.

2. Safeguarding-Officer

2.1. Organisatorisches

Gemäß § 43 WAG 2018 soll ein verantwortlicher Beauftragter (Safeguarding Officer, Single Officer; im Folgenden „SGO“ genannt) bestellt werden, welcher für die Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Schutz des Kundenvermögens zuständig ist. Diese neu geschaffene **Kontrollfunktion** soll einerseits die besondere Bedeutung der Schutzbestimmungen unterstreichen, als auch eine klare Verantwortlichkeit innerhalb der Rechtsträger schaffen. Es handelt sich bei dem Beauftragten für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten um eine Funktion der sogenannten „zweiten Verteidigungslinie“.³

Gemäß Erwägungsgrund (EG) 5 der DelRL (EU) 2017/593 soll die Gesamtverantwortung für den Schutz der Instrumente und Gelder von Kunden einem **einzelnen Beauftragten**

1 MiFID-Richtlinie 2014/65/EU.

2 BGBl I 2017/107 idF BGBl I 2021/25.

3 BaFin, Rundschreiben 07/2019 (WA) Mindestanforderungen an die ordnungsgemäße Erbringung des Depotgeschäfts und den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (MaDepot), 16.8.2019, P 2.1.5.1.

Erwähnenswert ist, dass die FMA die ersten vier der oben aufgelisteten Befugnisse (Einsichtnahme in die Bücher etc, Auskunftsverlangen/Vorladung/Befragung, Durchführung von Prüfungen vor Ort, Anforderung von Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen) auch unmittelbar gegenüber vertraglich gebundenen Vermittlern und Wertpapiervermittlern ausüben kann.⁴⁴

In Bezug auf die Kommunikation mit den beaufsichtigten Unternehmen hat die FMA in der Praxis von ihrer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht, die Übermittlung bestimmter Anzeigen ausschließlich in elektronischer Form vorzugeben.⁴⁵

Die FMA hat bei Ausübung der genannten Aufsichts- und Ermittlungsbefugnisse die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679⁴⁶ (sog „Datenschutz-Grundverordnung“) und der Verordnung (EG) Nr 45/2001⁴⁷ einzuhalten.⁴⁸ Sie ist allerdings zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten ermächtigt, soweit dies eine wesentliche Voraussetzung zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben in den gesetzlich festgelegten Bereichen ist.⁴⁹ Darüber hinaus ist die FMA im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zur Übermittlung von Daten an nationale und europäische Behörden sowie an Behörden von Drittstaaten ermächtigt.⁵⁰

2.3. Erweiterte Maßnahmenkompetenz

Sieht die FMA bei Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen in der Form einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft⁵¹ im Zusammenhang mit deren bzw dessen Tätigkeit eine Gefahr für die finanziellen Belange der Kunden, so hat sie die Möglichkeit, mittels Bescheid bestimmte – über ihre grundlegenden Befugnisse (siehe Kap 2.2.) hinausgehenden – Maßnahmen anzuordnen. Diese Maßnahmen sind befristet und treten spätestens 18 Monate nach Wirksamkeitsbeginn außer Kraft.⁵²

Die erweiterte Maßnahmenkompetenz umfasst insbesondere:⁵³

- Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen (ganz oder teilweise).
- Bestellung einer fachkundigen Aufsichtsperson (Regierungskommissär)⁵⁴.
 - Eine solche Aufsichtsperson muss dem Berufsstand der Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer angehören.

44 Siehe § 90 Abs 3 letzter Satz WAG 2018.

45 Siehe § 91 WAG 2018.

46 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

47 Verordnung (EG) Nr 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr.

48 Siehe § 103 WAG 2018.

49 Siehe § 90 Abs 4 WAG 2018.

50 Siehe unter anderem § 90 Abs 5, Abs 6 und Abs 7 WAG 2018.

51 Siehe § 3 Abs 5 Z 1 WAG 2018.

52 Siehe § 92 Abs 1 erster Satz WAG 2018.

53 Siehe § 92 Abs 1 Z 1 bis 4 WAG 2018. Alle von der FMA gemäß § 92 Abs 1 und Abs 2 WAG 2018 angeordneten Maßnahmen ruhen gemäß § 92 Abs 4 WAG 2018 für die Dauer eines Geschäftsaufsichtsverfahrens.

54 Hinsichtlich Auswahl, Bestellung und Vergütung von Regierungskommissären siehe auch § 92 Abs 3 und Abs 5 WAG 2018.