

**PER E-MAIL**

begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Präsidentin des Österreichischen Nationalrates
Parlament
Dr. Karl-Renner-Ring 3
1010 Wien

Bereich: Integrierte Aufsicht

GZ: FMA-LE0001.220/0007-LAW/2007

Bitte diese Zahl immer anführen!

Praterstrasse 23
A-1020 Wien
Telefax: +43 (0)1-24 959 - 4399

Sachbearbeiter: Dr. Christoph Kapfer, LL.M, MBA
Telefon: +43 (0)1-24 959 - 4307

E-Mail: Christoph.Kapfer@fma.gv.at

Website: www.fma.gv.at

Wien, am 25.4.2007

Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf des Bundesministeriums für Finanzen zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/39/EG („MiFID“) – GZ. BMF-090103/0003-III/5/2007

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) wurde der Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das WAG 2007 erlassen und das Bankwesengesetz (BWG), das Börsegesetz (BörseG) und andere Bundesgesetze (nachfolgend „Entwurf“) novelliert werden, übermittelt. Zu diesem Entwurf erstattet die FMA folgende

STELLUNGNAHME**A. Allgemeines**

Die FMA begrüßt die Umsetzung der Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente (nachfolgend auch MiFID) samt den Durchführungsmaßnahmen gemäß der Richtlinie 2006/73/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 der Kommission in österreichisches Recht. Die Umsetzung der MiFID in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union stellt einen wichtigen Schritt zu einem integrierten europäischen Markt für Finanzdienstleistungen dar. Der vorliegende Entwurf sieht vor, das Wertpapieraufsichtsgesetz neu als WAG 2007 zu erlassen und löst vielerorts die Verweisstrukturen des geltenden WAG auf. Diese gewählte legislative Vorgehensweise wirkt sich sehr positiv auf die Anwenderfreundlichkeit des vorliegenden Entwurfs aus und wird daher von der FMA ausdrücklich unterstützt.

Die Kernanliegen der FMA können wie folgt zusammengefasst werden:

▪ Einschränkung des Beaufsichtigtenkreises (vgl Anmerkung zu § 4 WAG 2007)

Die FMA schlägt vor, vorzusehen, dass in Zukunft die Beratung und Vermittlung von Anteilen an bestimmten inländischen und ausländischen Kapitalanlage- und Immobilieninvestmentfonds durch gewerbliche Vermögensberater erfolgen kann. Dies würde den Kreis der von der FMA Beaufsichtigten einschränken und eine Fokussierung der Aufsichtsressourcen der FMA auf risikogeneigtere Dienstleistungen ermöglichen. Überdies ist die FMA der Ansicht, dass von der Rechtsfigur des Wertpapierdienstleistungsunternehmens in § 4 WAG 2007 abgegangen werden

kann. Hinzuweisen ist darauf, dass die genannten Anpassungen eine Bereinigung vieler Bestimmungen des WAG 2007 erforderlich machen würde, auf die die Stellungnahme nicht im Detail verweist.

▪ **Kostenbestimmungen (vgl Anmerkungen zu §§ 2 Abs 2, 2 Abs 3 und 90 WAG 2007)**

Nach Ansicht der FMA sollten Änderungen der Kostentragsregelungen im Bereich Wertpapieraufsicht durch das WAG 2007 vermieden werden. Dazu sollte insbesondere ein einziger Subrechnungskreis für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen vorgesehen werden. Versicherungsunternehmen und Kapitalanlagegesellschaften sollten darüber hinaus weiterhin für ihre Wertpapierdienstleistungen im bereits jetzt vorgesehenen Umfang Kostenbeiträge leisten.

▪ **Konzessionen (vgl Anmerkungen zu §§ 1 Z 2 lit b, § 1 Z 1 lit. d, § 3 Abs 1, 3 Abs 2, 3 Abs 2 Z 3, 3 Abs 2 Z 2, 3 Abs 2 Z 3 WAG 2007)**

Nach Ansicht der FMA sollten im Bereich der Definitionen konzessionspflichtiger Tätigkeiten einige Änderungen bzw Klarstellungen vorgenommen werden. Das WAG 2007 sollte in diesem Kernbereich durchgehend wortgleiche Definitionen verwenden und denkmögliche Zweifel am Umfang der einzelnen neuen Konzessionstatbestände im Vergleich zum geltenden WAG (insbesondere betreffend Abschlussvermittlungen) so weit als möglich zu vermeiden versuchen.

▪ **Übergangsbestimmungen (vgl Anmerkung zu §§ 102 und 103 WAG 2007)**

Bei der Überleitung von Wertpapierdienstleistungsunternehmenskonzessionen sollte sowohl für die Beaufsichtigten als auch die FMA ein möglichst ressourcenschonender Weg eingeschlagen werden. Insbesondere soll davon abgesehen werden, dass die FMA hinsichtlich bereits jetzt bestehender Konzessionen erneut ein vollständiges Konzessionsverfahren durchführen muss. Es wird diesbezüglich vorgeschlagen, dass es der Aufsicht ermöglicht wird, übergeleitete Konzessionen auf Basis eines Wirtschaftsprüferberichts feststellen zu können.

Im Detail nimmt die FMA zu den einzelnen Bestimmungen des vorliegenden Begutachtungsentwurfs wie folgt Stellung:

B. Inhaltliche Anmerkungen

§ 1 Z 2 lit b WAG 2007 (Ausführung von Aufträgen)

Die Wortfolge „für Rechnung“ sollte im Sinn des Anhangs I Abschnitt A der RL 2004/39/EG durch „im Namen“ ersetzt werden. Der Verweis auf die „Abschnitte V bis XI“ sollte überdies wie folgt konkretisiert werden: „...Abschnitte V bis XI des II. Hauptstücks...“.

Die Formulierung „hinsichtlich der Abschnitte V bis XI erfasst sowohl die Ausführung von Aufträgen gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 Bankwesengesetz – BWG, BGBl. Nr. 532/1993 als auch die bloße Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten“ ist uE undeutlich. Insbesondere sollte vom Begriff „Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten“ abgegangen und die Wortfolge der MiFID „Annahme und Übermittlung von Aufträgen, die ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben“ durchgehend verwendet werden. Statt „als auch die bloße Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten“ sollte daher die Wortfolge „sowie die Dienstleistung nach lit a“ eingefügt werden.

§ 1 Z 20 WAG 2007 (Vertraglich gebundene Vermittler)

Da die Definition der Wertpapierfirma gemäß § 3 Abs 2 WAG Kreditinstitute nicht umfasst, müssten hier neben Wertpapierfirmen auch Kreditinstitute – die ja gemäß § 15 WAG 2007 iVm

§ 28 WAG 2007 vertraglich gebundene Vermittler heranziehen dürfen – erwähnt werden. Die Textanpassung könnte wie folgt lauten: „... *unter vollständiger und unbedingter Haftung einer einzigen Wertpapierfirma, eines einzigen Kreditinstitutes oder eines einzigen Versicherungsunternehmens im Rahmen des § 2 Abs 2 ...*“. (siehe hinsichtlich Versicherungsunternehmen die Anmerkung zu § 2 Abs 2 WAG 2007).

§ 2 Abs 1 Z 9 WAG 2007 (Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien)

In die Liste der vom WAG 2007 ausgenommenen natürlichen und juristischen Personen sollten auch Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien gemäß § 2 Abs 1 ImmoInvFG aufgenommen werden. Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien sind Kreditinstitute nach § 1 Abs 1 Z 13a BWG und wären somit Rechtsträger nach § 15 Abs 1 WAG 2007. Das heißt, dass ohne diese Ergänzung große Teile des WAG 2007 auf diese Institute Anwendung finden würden, obwohl sie grundsätzlich keine Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs 2 WAG 2007 erbringen dürfen (vgl zB *Diwok/Göth* Bankwesengesetz § 1 Rz 162). Dementsprechend ist es bei Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien im Gegensatz zu den Kapitalanlagegesellschaften nach InvFG – die gemäß § 2 Abs 1 Z 2 InvFG-E über eine Konzession für die Dienstleistungen nach § 3 Abs 2 Z 1 und Z 2 WAG 2007 verfügen können – nicht notwendig, Teile des WAG 2007 für anwendbar zu erklären. Der Verweis auf § 2 Abs 3 WAG 2007 sollte daher bezüglich Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien unterbleiben. § 2 Abs 1 Z 9 WAG 2007 könnte somit wie folgt lauten: „*Kapitalanlagegesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Investmentfondsgesetz – InvFG 1993, BGBl. Nr. 532/1993, vorbehaltlich des Abs. 3 und Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien gemäß § 2 Abs 1 Immobilien-Investmentfondsgesetz – ImmoInvFG, BGBl. Nr. 80/2003.*“

§ 2 Abs 1 Z 10 WAG 2007 (Mitarbeitervorsorgekassen)

Das WAG 2007 findet gemäß dieser Bestimmung auf Pensionskassen keine Anwendung. Das Gleiche sollte für Mitarbeitervorsorgekassen nach dem BMVG gelten. Mitarbeitervorsorgekassen sind allerdings Kreditinstitute nach § 1 Abs 1 Z 21 BWG und wären somit Rechtsträger nach § 15 Abs 1 WAG 2007. Das heißt, dass ohne diese Ergänzung große Teile des WAG 2007 auf diese Institute Anwendung finden könnten. § 2 Abs 1 Z 10 WAG 2007 könnte wie folgt lauten: „*Pensionskassen nach dem Pensionskassengesetz – PKG, BGBl. Nr. 281/1990 und Mitarbeitervorsorgekassen nach dem Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz – BMVG, BGBl. I Nr. 100/2002;*“

EB zu § 2 Abs 1 Z 12 WAG 2007

In den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass die gewerbliche Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit nicht ohne Konzession der FMA erbracht werden darf (z.B. beratende Tätigkeit im Rahmen der gewerblichen Vermögensberatung).

§ 2 Abs 2 WAG 2007 (Gebundene Vermittler bei Versicherungsunternehmen)

Wir empfehlen, die Vorschriften über die Heranziehung von vertraglich gebundenen Vermittlern (§ 28 WAG 2007) auch hinsichtlich Versicherungsunternehmen, die Investmentfondsanteile gemäß § 3 Abs 3 VAG vermitteln dürfen, unter Berücksichtigung der einschlägigen versicherungsaufsichtsrechtlichen und gewerberechtlichen Rahmenbedingungen anwendbar zu machen. Dies um sicherzustellen, dass auf Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen in diesem Bereich gleichwertige Regelungen zur Anwendung kommen. Als Folge dieser Änderung sollten auch die Versicherungsunternehmen in § 1 Z 20 WAG 2007 (siehe auch oben die Anmerkung zu § 1 Z 20 WAG 2007) ergänzt werden.

§ 2 Abs 2 WAG 2007 (Kosten Versicherungsunternehmen)

Versicherungsunternehmen, die die Vermittlung von Investmentfondsanteilen gemäß § 3 Abs 3 VAG durchführen, sind im geltenden WAG für den Rechnungskreis 3 (Wertpapieraufsicht) kostenpflichtig. Da in § 3 WAG 2007 der Begriff „Wertpapierfirma“ aber nicht (mehr) an die „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ sondern an die „Berechtigung Wertpapierdienstleistungen nach diesem(!) Bundesgesetz zu erbringen“, anknüpft, könnten Versicherungsunternehmen deren Berechtigung solche Vermittlungen vorzunehmen auf § 3 Abs 3 VAG zurückgeht, für Kostenzwecke nicht mehr dem Rechnungskreis Wertpapieraufsicht gemäß § 90 WAG 2007 zugeordnet werden. Es ist daher nunmehr auch bezüglich Versicherungsunternehmen notwendig, die für Kapitalanlagegesellschaften in § 2 Abs 3 WAG 2007 normierte Ergänzung des § 90 WAG 2007 vorzusehen, um die gegenwärtige Rechtslage im Zusammenhang mit den Kostenbeiträgen zur Wertpapieraufsicht unverändert zu lassen. In § 2 Abs 2 WAG 2007 sollte folgende Wortfolge angefügt werden: *„Diese Gesellschaften sind dem Subrechnungskreis Wertpapierdienstleistungen zuzurechnende Kostenpflichtige im Sinn des § 90 Abs. 1 und bei der Erlassung der Verordnung nach § 90 Abs. 2 zu 67 vH zu berücksichtigen. Die auf sie entfallenden Beträge sind mit Bescheid vorzuschreiben.“* (vgl auch die Anmerkung zu § 90 Abs 1 WAG 2007). Alternativ wäre es möglich, dies auch in die Kostenbestimmung in § 90 Abs 1 WAG 2007 einzuarbeiten.

§ 2 Abs 3 WAG 2007 (Kapitalanlagegesellschaften, Verweis)

Es fehlt hier uE ein Verweis auf § 53 WAG 2007. Kapitalanlagegesellschaften, die ja gemäß § 2 Abs 2 Z 2 InvFG auch eine Konzession zur Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis im Rahmen einer Vollmacht des Kunden haben können, sollen nämlich im Sinn des Art 66 RL 2004/39 ihre Kunden über die Durchführungspolitik gemäß Art 45 Abs. 5 letzter Satz und Abs. 6 RL 2006/73/EG (der den in Art 66 RL 2004/39 angeführten Art 19 Abs 1 RL 2004/39 durchführt) verständigen bzw. diese periodisch überprüfen müssen.

§ 2 Abs 3 WAG 2007 (Kosten Kapitalanlagegesellschaften)

Der vorletzte Satz sollte um eine klarstellende Ergänzung (im Gleichklang mit dem obigen Vorschlag zu § 2 Abs 2 WAG 2007 hinsichtlich Versicherungsunternehmen), dass Kapitalanlagegesellschaften im Sinn dieser Bestimmung Kostenpflichtige nach § 90 Abs 1 WAG 2007 sind, ergänzt werden. Die letzten beiden Sätze des § 2 Abs 3 WAG 2007 sollten demnach lauten: *„Diese Gesellschaften sind dem Subrechnungskreis Wertpapierdienstleistungen zuzurechnende Kostenpflichtige im Sinn des § 90 Abs. 1 und bei der Erlassung der Verordnung nach § 90 Abs. 2 zu 67 vH zu berücksichtigen. Die auf sie entfallenden Beträge sind mit Bescheid vorzuschreiben.“* (vgl auch die Anmerkung zu § 90 Abs 1 WAG 2007). Alternativ wäre es möglich, dies auch in die Kostenbestimmung in § 90 Abs 1 WAG 2007 einzuarbeiten.

§ 3 Abs 1 WAG 2007 und § 4 WAG 2007 (Hauptverwaltung in Österreich)

Die Wortfolge *„... die ihren Sitz in Österreich hat ...“* sollte durch *„ ... die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich hat“* ergänzt werden. Dies würde § 5 Abs 1 Z 14 BWG entsprechen und in diesem Zusammenhang auch eine klarere Rechtslage im Wertpapierdienstleistungsbereich schaffen.

§ 3 Abs 2 WAG 2007 und § 4 WAG 2007 (Gewerblichkeit)

Wie schon bisher (vgl § 19 Abs 1 Z 1 WAG) sollte weiterhin ausdrücklich auf die gewerbliche Erbringung von Wertpapierdienstleistungen als Konzessionsvoraussetzung abgestellt wird. Diese Anpassung sollte – um Fragen bzw Unsicherheiten der Marktteilnehmer zu vermeiden – sowohl in § 3 WAG 2007 betreffend Wertpapierfirmen als auch bezüglich § 4 WAG hinsichtlich Wertpapierdienstleistungsunternehmen berücksichtigt werden. Wir schlagen folgende ergänzende Formulierung in § 3 Abs 2 WAG 2007 vor: *„Die gewerbliche Erbringung folgender*

Wertpapierdienstleistungen bedarf einer Konzession der FMA...; ebenso könnte § 4 Abs 1 WAG 2007 wie folgt beginnen: „Für die gewerbliche Erbringung ...“.

§ 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 und § 1 Abs 1 Z 2 lit d WAG 2007 (Definition „Portfolioverwaltung“)

Die Wortlaute der Definitionen für die Portfolioverwaltung gemäß § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 und § 1 Abs 1 Z 2 lit d WAG 2007 sollten exakter aneinander angepasst werden. Insbesondere sollte es anstatt „Mandat“ durchgehend „Vollmacht“ heißen. Überdies sollte die Wortfolge „ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält“ in beiden Bestimmungen verwendet werden. § 1 Abs 1 Z 2 lit d WAG 2007 könnte dann lauten: *„Portfolioverwaltung: die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält;“* § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 sollte dann dementsprechend wie folgt lauten: *„die Portfolioverwaltung durch Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält“*

§ 3 Abs 2 Z 3 WAG 2007 (Vermittlung)

Es sollte klargestellt werden, dass von dieser Definition – wie bereits bisher – auch die Abschlussvermittlung erfasst wird. Sinnvoll wäre es, diese Definition unter Berücksichtigung des § 1 Z 2 lit b WAG 2007 – der von seinem Wortlaut her auch die Abschlussvermittlung umfasst – klarstellend anzupassen. Dies könnte in § 3 Abs 2 Z 3 WAG 2007 durch folgenden Einschub nach dem Strichpunkt erfolgen: *„...; dies umfasst auch die Abschlussvermittlung;“*.

§ 3 Abs 5 WAG 2007 (Qualifikation der Geschäftsleiter)

Es wäre sinnvoll, nach dem Vorbild des Wortlauts des § 5 Abs. 1 Z 8 letzter Satz BWG in § 3 Abs 5 Z 3 WAG 2007 nähere Kriterien zur Qualifikation der Geschäftsleiter festzulegen. Überdies sollte hier ein direkter Verweisbezug auf die Bestimmungen des § 10 WAG 2007 (Personen, die die Geschäfte tatsächlich leiten) vorgesehen werden.

Es sollte weiters der Verweis in § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 zur besseren Verständlichkeit zugunsten einer expliziten Aufzählung der hier gemeinten Voraussetzungen aufgelöst werden. Wenn an der Verweisstruktur festgehalten wird, sollte diese Bestimmung um einen Verweis auf § 5 Abs. 1 Z 4a und Z 8 letzter Satz BWG ergänzt werden. Der derzeitige Verweis berücksichtigt nämlich nicht, dass aufgrund § 6 WAG 2007 iVm § 73 Abs. 1 Z 3 BWG bei einem Geschäftsleiterwechsel § 5 Abs. 1 Z 8 BWG jedenfalls Anwendung findet. Mit diesen Anpassungen könnten die bereits nach der aktuellen Rechtslage bestehenden Unschärfen beseitigt werden.

§ 4 WAG 2007 (Anwendungsbereich des WAG 2007)

Es sollte von der Rechtsfigur des Wertpapierdienstleistungsunternehmens gemäß § 4 WAG 2007 abgegangen werden. Es ist nämlich zu bedenken, dass zwar rund 2/3 aller WPDLU Konzessionen in diesem Umfang (vormals „kleine“ Konzessionen) haben, insgesamt von diesen Dienstleistern aber nur ein Anteil von 7% der gesamten Umsatzerlöse von WPDL in Österreich erwirtschaftet wird. Überdies lukrieren diese „kleinen“ WPDLU oft nur einen geringen Teil ihrer Umsätze durch Tätigkeiten im WAG-konzessionspflichtigen Bereich und konzentrieren sich in ihrer Geschäftstätigkeit in erster Linie auf konzessionsfreie Geschäfte wie die Versicherungs- oder Kreditvermittlung. Durch die Rechtsfigur des gebundenen Vermittlers (vgl § 28 WAG 2007) müssten diese auch ihre gegenwärtige Tätigkeit weder aufgeben noch wäre eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des regulatorischen Schutzniveaus zu erwarten. § 4 WAG 2007 sollte daher nach Ansicht der FMA gestrichen werden.

Darüber hinaus sollte § 136a GewO dahingehend adaptiert werden, dass der gewerbliche Vermögensberater zur Anlageberatung und zur Annahme und Übermittlung von Aufträgen in

Bezug auf verbriefte Anteile an inländischen Kapitalanlagefonds sowie Anteile an ausländischen Kapitalanlagefonds, die gemäß § 30 oder § 36 InvFG zum öffentlichen Vertrieb im Inland zugelassen sind, sowie in Bezug auf verbriefte Anteile an inländischen und ausländischen Immobilieninvestmentfonds, berechtigt ist.

In weiterer Folge wäre eine Bereinigung vieler Bestimmungen des WAG 2007, welche WPDLU gemäß § 4 WAG 2007 bzw Versicherungsunternehmen im Rahmen des § 2 Abs 2 WAG 2007 betreffen, notwendig. Hinzuweisen ist darauf, dass der Umfang solcher notwendigen Folgeänderungen von der im Endeffekt gewählten Reglung abhängt und daher in der Stellungnahme zu dem vorliegenden Entwurf nicht herausgearbeitet werden konnte.

§ 5 WAG 2007 (Rücknahme der Konzession)

§ 5 sollte dahingehend ergänzt werden, dass die FMA die Konzession zurückzunehmen hat, wenn eine Wertpapierfirma oder ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Verpflichtungen gegenüber Gläubigern nicht erfüllen, die Voraussetzungen des § 70 Abs 4 Z 3 BWG vorliegen, über das Vermögen der Wertpapierfirma oder des Wertpapierdienstleistungsunternehmens ein Konkursverfahren eröffnet wird und die Wertpapierfirma oder das Wertpapierdienstleistungsunternehmens den organschaftlichen Beschluss auf Auflösung gefasst hat und sämtliche Wertpapierdienstleistungen abgewickelt sind.

Weiters ist anzumerken, dass in § 5 Abs 3 WAG 2007 auf § 6 Abs 4 BWG verwiesen wird. Dieser Verweis führt allerdings ins Leere, da § 6 Abs 4 BWG auf „... die Geschäfte nach § 1 Abs. 1 ...“ verweist und durch das WAG 2007 der Konzessionstatbestand des § 1 Abs 1 Z 19 BWG entfällt. Der Querverweis auf § 6 Abs 4 und 5 BWG sollte daher durch eine entsprechende Bestimmung im WAG 2007 ersetzt werden.

Nach dem Vorbild des § 7a Abs 1a VAG wäre es überdies sinnvoll, auch im Wertpapierbereich vorzusehen, dass die Konzession einer Wertpapierfirma oder eines WPDLU, dass in Form einer Europäischen Gesellschaft (SE) geführt wird, erlischt, wenn der Sitz der Gesellschaft ins Ausland verlegt wird.

§ 7 Abs. 1 WAG 2007 (Verschwiegenheitspflicht)

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches des § 7 WAG 2007 wäre eine Klarstellung dahingehend ratsam, dass – wie in § 38 BWG – die Verschwiegenheitspflicht nicht nur für die Wertpapierfirma, sondern auch für deren Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte und sonst für die Wertpapierfirma tätigen Personen gilt. Damit würde die bereits in der aktuellen Rechtslage bestehende Unschärfe beseitigt werden. Weiters wäre uE der Einschub betreffend Wertpapiergeschäfte (§ 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG) zu streichen. Dementsprechend schlagen wir folgenden Text hinsichtlich des 1. Satzes des § 7 Abs 1 WAG 2007 vor: *„Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen, deren Gesellschafter, Organmitglieder, Beschäftigte und die sonst für die Wertpapierfirma oder das Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätigen Personen sind zur Verschwiegenheit über Geheimnisse, die sie ausschließlich aus Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs. 2 von ihren Kunden erfahren haben, verpflichtet, sofern dieser Verschwiegenheitspflicht keine gesetzliche Auskunftspflicht entgegensteht oder der Kunde der Offenbarung des Geheimnisses zustimmt“.*

§ 9 WAG 2007 (Eigenkapital)

Der Begriff der fixen Gemeinkosten sollte im Zusammenhang mit einer Wertpapierfirma nicht verwendet werden. Die derzeitige Aufsichtspraxis zeigt nämlich, dass WPDLU selten über eine Kostenrechnung verfügen. Es sollte daher hier generell auf die Betriebsaufwendungen abgestellt werden und der Begriff der „fixen Gemeinkosten“ durchgehend durch den Begriff

„Betriebsaufwendungen“ ersetzt werden. Wir schlagen daher vor, dass § 9 Abs 1 erster Satz WAG 2007 demnach wie folgt lauten sollte: *„Das Eigenkapital von Wertpapierfirmen hat zumindest 25 % der Betriebsaufwendungen gemäß Anlage 2 zu § 43 BWG, Teil 2, Position III, des letzten festgestellten Jahresabschlusses, die vom jeweiligen Beschäftigungsgrad der Wertpapierfirma unabhängig sind, zu betragen; für Wertpapierfirmen, die ihre Geschäftstätigkeit seit weniger als einem Jahr ausüben, sind die im Unternehmensplan vorgesehenen Betriebsaufwendungen heranzuziehen.“*

§ 12 Abs 4 WAG 2007, § 14 WAG 2007 und § 90 Abs 1 Z 5 WAG 2007 (Zweigniederlassungen von Wertpapierfirmen)

Wertpapierfirmen, die in Österreich über eine Zweigstelle tätig sind, sollten § 37 WAG 2007 nicht einhalten müssen. § 37 WAG 2007 setzt Art 25 RL 2006/73/EG um, welcher Art 13 Abs 3 RL 2004/39/EG durchführt. Art 13 Abs 3 RL 2004/39/EG ist jedoch nicht in Art 32 Abs 7 RL 2004/39/EG angeführt. Demnach ist diese Bestimmung gemäß der MiFID nicht auf Zweigniederlassungen anzuwenden. Es sollte daher in § 12 Abs 4 WAG 2007, § 14 WAG 2007 und § 90 Abs 1 Z 5 WAG 2007 anstatt „...§§ 36 bis 57...“ wie folgt heißen: *„...§§ 36, 38 bis 57...“* (siehe auch die Anmerkung zu § 9 Abs 7 BWG-E).

Die FMA begrüßt es grundsätzlich, dass die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nun im WAG 2007 geregelt wird. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf die Verweise auf das BWG in den §§ 32a und 32b InvFG. Es wäre sinnvoll, auch dort die materiellen Bestimmungen zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Materiengesetz aufzunehmen.

§ 13 WAG 2007 (Österreichische Wertpapierfirmen in Mitgliedsstaaten)

§ 13 Abs 5 letzter Satz WAG 2007 und § 13 Abs 8 WAG 2007 sollten in einer Bestimmung zusammengefasst werden, wobei die Widersprüchlichkeit dieser beiden Bestimmungen beseitigt werden sollte. Zusätzlich sollten die Erläuterungen zu § 13 Abs. 5 WAG 2007 entsprechend berichtigt werden. Überdies ist es unseres Erachtens notwendig, § 13 Abs. 6 letzter Satz WAG 2007 um die Wortfolge *„im Wege der Dienstleistungsfreiheit“* zu ergänzen.

§ 15 WAG 2007 (Rechtsträger)

§ 15 WAG 2007 definiert den Begriff des „Rechtsträgers“ für das gesamte II. Hauptstück des WAG 2007. Umfasst sind von diesem Begriff auch Zweigstellen von Wertpapierfirmen und Kreditinstitute. Auf diese finden jedoch die organisatorischen Vorschriften des II. Hauptstücks im Sinn des Art 32 Abs 7 RL 2004/39/EG keine Anwendung. Die auf Zweigstellen anwendbaren Vorschriften des WAG 2007 ergeben sich überdies eindeutig aus § 12 Abs 4 WAG (Zweigstellen von Wertpapierfirmen) und aus § 9 Abs 7 BWG-E (Zweigstellen von Kreditinstituten). Andererseits sind Versicherungsunternehmen, auf die im Rahmen der Vermittlung von Investmentfondsanteilen die „Wohlverhaltensregeln“ des WAG 2007 Anwendung finden (vgl. § 2 Abs 2 WAG 2007) im Rechtsträger-Begriff des § 15 nicht erwähnt. Im Sinne einer einheitlichen Regelung im Gesetzestext hat somit die Inkludierung von Zweigstellen von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen aus Mitgliedstaaten im Begriff des „Rechtsträgers“ gemäß § 15 WAG 2007 keinen Regelungsgehalt und könnte daher im Sinne der besseren Verständlichkeit gestrichen werden.

§ 18 Abs 2 WAG 2007 (Umsetzung)

Die Wortfolge *„der Auftragsausführung“* wäre im Sinne einer richtlinienkonformen Umsetzung an dieser Stelle zu streichen. Es sollte daher in § 18 Abs 2 WAG 2007 heißen: *„Der Rechtsträger hat angemessene Grundsätze und Verfahren festzulegen...“*.

§ 18 Abs 4 Z 2 WAG 2007 (Compliance Berichte)

In § 18 Abs 4 Z 2 WAG 2007 sollte nicht auf „in § 21 Abs 2 vorgeschriebene Berichte“ verwiesen werden, sondern schlicht vorgesehen werden, dass der Compliance Beauftragte einen Bericht zu erstellen hat. Dies deshalb, weil in § 21 Abs 2 WAG 2007 kein Compliance Bericht vorgesehen wird, sondern nur geregelt wird, wie die in §§ 18 bis 20 WAG 2007 vorgesehenen Berichte formal und inhaltlich zu gestalten sind. Obwohl es sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass auch vom Compliance Beauftragten ein Bericht zu erstellen ist, sollte diese Verpflichtung – deren Missachtung gemäß § 95 WAG 2007 mit Verwaltungsstrafe bedroht ist – klarer formuliert werden. § 18 Abs 4 Z 2 WAG 2007 könnte lauten: *„2. es ist ein Compliance-Beauftragter zu benennen, der für die Compliance Funktion und die Erstellung eines Tätigkeitsberichts verantwortlich ist;“*.

§ 28 Abs 6 WAG 2007 (Ergänzung um „unverzüglich“)

Es sollte klargestellt werden, dass vertraglich gebundene Vermittler „unverzüglich“ in das hier vorgesehene Register einzutragen sind.

§§ 29-33 WAG 2007 (Schutz des Kundenvermögens)

Da Gelder und Finanzinstrumente für Kunden in Österreich lediglich von Kreditinstituten gehalten werden dürfen, jedoch nicht von Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen bzw. Kapitalanlagegesellschaften, die die Wertpapierdienstleistung der Anlageberatung bzw. Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis erbringen, wäre der Begriff des Rechtsträgers durch „Kreditinstitut“ zu ersetzen. In § 2 Abs 3 wären die Verweise auf die §§ 29-33 WAG 2007 konsequenterweise zu streichen.

Aus Anlegerschutzgründen könnte nach Ansicht der FMA überlegt werden, die Vorschriften bezüglich der Führung von Aufzeichnungspflichten über für Kunden „gehaltene“ Gelder und Finanzinstrumente bzw den damit verbundenen innerorganisatorischen Vorkehrungen (entsprechende Buchhaltung, etc) und einer diesbezüglichen Bestätigung durch einen Wirtschaftsprüfer auch auf jene Unternehmen anwendbar zu machen, die Gelder und Finanzinstrumente für Kunden im Sinn des § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 „verwalten“.

§ 42 WAG 2007 (Zeitpunkt der Übermittlung der Information)

Die Möglichkeit, dass ein Vertrag unter Verwendung von Fernkommunikationsmittel zustande kommt, wurde im Rahmen der Umsetzung nicht berücksichtigt. Es sollte daher überlegt werden, von der diesbezüglichen Möglichkeit gemäß Art 29 Abs 5 RL 2006/73/EG Gebrauch zu machen.

EB zu §§ 43 bis 47 WAG 2007 - Abschnitt VII (Beurteilung der Eignung und Angemessenheit von Wertpapierdienstleistungen)

Zur besseren Verständlichkeit des „Eignungs- bzw. Angemessenheitstests“ empfehlen wir in die Erläuterungen nachstehende Erklärung aufzunehmen: „Die unterschiedlichen Anforderungen hinsichtlich der „Geeignetheit“ oder „Angemessenheit“ ergeben sich aus dem unterschiedlichen Umfang an Informationen, die im Rahmen der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen bzw sonstigen Wertpapierdienstleistungen von Kleinanlegern in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen einzuholen sind. Im Zuge der Erbringung von Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen sind vom Kunden Informationen betreffend seine Kenntnisse und Erfahrungen im Anlagebereich, seiner finanziellen Verhältnissen und Anlageziele einzuholen, um dem Kunden ein für ihn geeignetes („maßgeschneidertes“) Produkt empfehlen zu können. Werden hingegen lediglich sonstige Wertpapierdienstleistungen, wie z.B. die Ausführung oder Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen gegenüber dem Kleinanleger erbracht, ohne dem Kleinanleger bestimmte Produkte oder Dienstleistungen zu empfehlen, ist anhand der vom Kleinanleger einzuholenden Informationen zu seinen Kenntnissen und Erfahrungen in Bezug auf die angebotenen oder

angefragten Produkte oder Dienstleistungen zu prüfen, ob der Kleinanleger in der Lage ist, die Risiken im Zusammenhang mit dem speziellen Produkt oder der Dienstleistung zu verstehen und somit das angebotene Produkt oder die Dienstleistung für diesen angemessen ist.“

§ 32 Abs 1 WAG 2007 (Verwendung der Finanzinstrumente von Kunden)

Der hier verwendete Begriff des „Wertpapierfinanzierungsgeschäfts“ wird im WAG 2007 nicht definiert. Wir empfehlen daher in § 1 eine Definition im Sinn des Artikel 2 Z 10 VO (EG) 1287/2006 aufzunehmen.

§ 60 Abs 1 WAG 2007 (Richtlinienkonformität des Verweises)

Es sollte hier nicht auf § 37 WAG 2007 verwiesen werden. Dies weil § 37 WAG 2007 den Art 25 RL 2006/73/EG umsetzt, welcher wiederum Art 13 Abs 3 RL 2004/39/EG durchführt. Art 13 Abs 3 RL 2004/39/EG ist jedoch nicht in Art 24 Abs 1 RL 2004/39/EG – der durch § 60 Abs 1 WAG 2007 umgesetzt werden soll – zitiert. Der Verweis sollte demnach anstatt „...§§ 36 bis 57...“ wie folgt lauten: „...§§ 36, 38 bis 57...“.

§ 64 Abs 2 WAG 2007 (Einbeziehung von Transaktionen an MTF)

Die Bestimmung enthält gegenüber der Vorgängerregelung in § 10 WAG nicht mehr die Verpflichtung zur Meldung von Geschäften in Finanzinstrumenten, die zum Handel am unregulierten Dritten Markt der Wiener Börse zugelassen sind. Der Dritte Markt wird zwar mit Umsetzung der MiFID als solcher nicht weiterbestehen, der von der Wiener Börse zu erwartende „Folgemarkt“ in Form eines MTF wird jedoch alle dessen Funktionen übernehmen; des Weiteren können in Zukunft auch weitere unregulierte Märkte von anderen Betreibern in Form eines MTF entstehen. Der Handel an MTF wird zudem nach dem vorliegenden § 48a Abs 1a BörseG-E den Insider- und Marktmanipulationsbestimmungen unterliegen. Eine dem Rechnung tragende Transaktionsmeldeverpflichtung wurde jedoch nicht vorgesehen. Dies ist gegenüber der geltenden Rechtslage eine erhebliche Verschlechterung in der Überwachung der Insider- und Marktmanipulationsbestimmungen, die von der MiFID nicht gefordert wird (siehe Erwägungsgrund 45 RL 2004/39/EG). Es wird daher angeregt, die Transaktionsmeldeverpflichtungen, dem derzeitigen Standard entsprechend, auch auf nur an unregulierten Märkten (MTF) gelistete Finanzinstrumente auszudehnen.

EB zu § 75 WAG 2007

Gemäß § 75 WAG 2007 sind alle Wertpapierfirmen und nicht nur jene mit Vermögensverwaltungskonzession verpflichtet einer Entschädigungseinrichtung anzugehören. § 75 WAG 2007 entspricht daher entgegen den Erläuterungen nicht dem derzeitigen § 23b WAG.

§ 77 Abs 1 Z 1 WAG 2007 (Jahresabschlüsse der Anlegerentschädigungseinrichtung)

Die Anlegerentschädigungseinrichtung wird von der FMA nicht weiter beaufsichtigt. Es ist deswegen unseres Erachtens nicht erforderlich, dass der FMA die Jahresabschlüsse der Anlegerentschädigungseinrichtung übermittelt werden. § 77 Abs 1 Z 1 WAG 2007 sollte daher gestrichen werden.

§ 78 WAG 2007 (Zweigstellen, Entschädigungseinrichtung)

Alle Wertpapierfirmen, die gemäß § 12 in Österreich tätig werden, sollten sich auch der Anlegerentschädigungseinrichtung anschließen können. Laut derzeitiger Formulierung können sich nur jene Wertpapierfirmen, die die Dienstleistung der Portfolioverwaltung anbieten, dieser anschließen. Dementsprechend wäre der Verweis auf die „Z 2“ in § 78 Abs 1 erster Satz WAG 2007 zu streichen.

§ 80 Abs 3 WAG 2007 (Antrag auf Eröffnung des Konkurses)

Nach § 80 Abs 3 WAG 2007 kann nur die FMA einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses einer Wertpapierfirma oder eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, das in Form einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft betrieben wird, stellen. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass der FMA – im Gegensatz zum Bankaufsichtsrecht – kein quartalsweises Meldewesen für Vermögens-, Erfolgs- und Risikodaten zur Verfügung steht. Dies macht eine zeitnahe Beurteilung, ob ein Konkursantrag von der Aufsicht zu stellen ist, in vielen denkbaren Fällen schwierig. Die gegenwärtige Formulierung in § 80 Abs 3 WAG 2007 sollte daher wie folgt abgeändert (eingeschränkt) werden: *„Auch die FMA kann einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses stellen.“*

§ 90 Abs 1 WAG 2007 (Gemeinsamer Subrechnungskreis für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen)

Um materiell die gegenwärtige Kostenberechnung beibehalten zu können, sollten Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen einen gemeinsamen Subrechnungskreis bilden. Der 3. Satz des § 90 Abs 1 WAG 2007 sollte lauten: *„Die FMA hat zu diesem Zweck im Rechnungskreis Wertpapieraufsicht einen Subrechnungskreis für meldepflichtige Institute, einen Subrechnungskreis für Emittenten mit Ausnahme des Bundes und einen gemeinsamen Subrechnungskreis Wertpapierdienstleistungen für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu bilden.“*

§ 91 Abs 1 WAG 2007 (Verfahrensvorschriften, Versicherungsunternehmen)

Versicherungsunternehmen haben im Rahmen Ihrer Tätigkeit gemäß § 3 Abs 3 VAG nach § 2 Abs 2 WAG 2007 die dort angeführten Vorschriften des WAG 2007 einzuhalten. Es wäre somit sinnvoll auch Versicherungsunternehmen gemäß § 2 Abs 2 WAG 2007 ausdrücklich in die Liste von Unternehmen gemäß § 91 Abs 1 WAG 2007 aufzunehmen. Dies unter anderem um klarzustellen, dass auch gegenüber Versicherungsunternehmen alle in § 90 Abs 3 WAG 2007 angeführten Befugnisse der FMA gelten. § 91 Abs 1 WAG 2007 sollte daher um eine Z 7 ergänzt werden: *„7. Versicherungsunternehmen im Rahmen des § 2 Abs 2 WAG 2007.“*

§ 91 Abs 1 WAG 2007 (Verfahrensvorschriften, Kapitalanlagegesellschaften)

Kapitalanlagegesellschaften fallen unter § 1 Abs 1 BWG und auch § 2 Abs 3 WAG 2007 verweist auf § 91 WAG 2007 wodurch § 91 Abs 1 WAG 2007 unzweifelhaft auch für Kapitalanlagegesellschaften gilt. Im Sinne der Klarheit der gegenständlichen Norm wäre es allerdings wünschenswert, in § 91 Abs 1 WAG 2007 auch jene Kapitalanlagegesellschaften anzuführen, auf die das WAG 2007 (teilweise) zur Anwendung kommt. § 91 Abs 1 WAG 2007 sollte demgemäß um eine Z 8 ergänzt werden: *„8. Kapitalanlagegesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Investmentfondsgesetz – InvFG 1993, BGBl. Nr. 532/1993 im Rahmen des § 2 Abs 3 WAG 2007.“*

§ 94 Abs 4 WAG 2007 (Veröffentlichung von Amtshandlungen)

Die vorgesehene Möglichkeit der FMA Sanktionen zu veröffentlichen entspricht Art 51 Abs 3 RL 2004/39/EG. Diese Veröffentlichungsmöglichkeiten der FMA nach dem Vorbild des § 48q Abs 4 BörseG etwas weiter zu fassen wäre nach Ansicht der FMA jedoch trotzdem sinnvoll.

§ 94 Abs 6 WAG 2007 iVm § 93 WAG 2007 (Berichtspflicht von Abschlussprüfern)

Ebenso wie gemäß § 99 Z 10 BWG sollte auch im WAG 2007 hinsichtlich der Berichtspflicht von Abschlussprüfern vorgesehen werden, dass sich die diesbezügliche Verwaltungsstrafnorm in den Fällen, in denen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Abschlussprüfer bestellt ist, auch auf die gemäß § 88 Abs 7 WTBG namhaft gemachten natürlichen Personen erstreckt. § 94 Abs 6 WAG 2007 sollte dementsprechend um folgenden Satz ergänzt werden: *„Dies gilt in Fällen, in denen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Abschlussprüfer bestellt wird, auch für die nach § 88 Abs. 7 WTBG namhaft gemachten natürlichen Personen.“*

§ 95 Abs 8 WAG 2007 (Befugnisse Verwaltungsstrafverfahren)

Nach Ansicht der FMA hat diese Bestimmung nur deklarative Natur, da sich der gegenständliche Bedeutungsinhalt bereits aus § 91 Abs 1 WAG 2007 iVm 91 Abs 3 WAG 2007 ergibt. Die Verweise auf Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 94 WAG 2007 und § 95 Abs 1 bis 6 WAG 2007 sind uE zu eng gefasst. Es sollten auch Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 95 Abs 9 und 10 WAG 2007 von dieser Bestimmung umfasst sein. Weiters ist die Wortfolge „von in § 91 Abs. 1 genannten Rechtsträgern“ sprachlich unklar und könnte gestrichen werden – § 91 Abs 3 WAG 2007 nimmt ja auf die Liste von Unternehmen in § 91 Abs 1 WAG 2007 Bezug. § 95 Abs 8 WAG 2007 könnte somit lauten: *„(8) Bei der Ermittlung in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 94, gemäß den vorstehenden Abs. 1 bis 6 und den nachstehenden Abs. 8 bis 9 kommen der FMA alle Kompetenzen gemäß § 91 Abs. 3 zu.“*

§ 102 WAG 2007 (Dienstleistungserbringung betreffend Derivatkontrakte in Bezug auf Waren)

Hinsichtlich der bisher konzessionsfreien Erbringung von Wertpapierdienstleistungen betreffend Derivatkontrakte in Bezug auf Waren sollte ebenfalls eine Übergangsbestimmung vorgesehen werden. Beispielsweise könnte es ermöglicht werden, dass die Erbringung dieser Dienstleistungen aufgrund des Gewerbescheines bis zum 31.12.2007 weiterhin möglich bleibt und sofern bis zu diesem Stichtag ein Konzessionsantrag gemäß § 3 Abs 2 WAG 2007 bei der FMA gestellt wurde, diese Dienstleistungen darüber hinaus bis zum 31.12.2008 weiterhin auf Basis des Gewerbescheins ausgeübt werden können.

§ 102 WAG 2007 (Übergangsbestimmungen, Konzessionen nach WAG)

Um in der Praxis einen aufsichtsrechtlich möglichst verträglichen Übergang vom WAG auf das WAG 2007 zu ermöglichen, wird angeregt, den Text der Übergangsbestimmungen in § 102 WAG 2007 zu ändern. Zu diesem Zweck sollte der letzte Satz der Bestimmung gestrichen und folgende Absätze hinzugefügt werden:

- „(2) Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit gemäß Z 1 oder 2 übergeleiteten Berechtigungen haben der FMA bis zum 30.06.2008 eine von einem Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft uneingeschränkt erteilte Bestätigung über die Erfüllung der für die Erteilung einer Konzession nach § 3 oder § 4 erforderlichen Voraussetzungen vorzulegen, andernfalls die nach Z 1 oder Z 2 übergeleitete Konzession erlischt. § 5 Abs. 3 ist anzuwenden.“*
- (3) Die FMA hat für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit gemäß Z 1 oder 2 übergeleiteten Berechtigungen auf Basis der gemäß Abs. 2 vorgelegten Bestätigung den Umfang der Konzession nach § 3 oder § 4 binnen 12 Monaten festzustellen.“*

§ 103 Z 5 WAG 2007 (Übergangsbestimmung Rechnungslegung und Aufsichtsbericht)

Die Bestimmung ist um den § 73 WAG 2007 zu ergänzen. Überdies wäre eine die Übergangsbestimmung des § 102 WAG 2007 berücksichtigende Regelung hinsichtlich der gemäß § 73 oder § 74 WAG 2007 zu erstellenden und vorzulegenden Berichte einzufügen. Diese könnte wie folgt lauten: *„Für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen, deren Berechtigung gemäß § 102 Abs. 1 übergeleitet wurde und deren Geschäftsjahr bis zum 31.12.2007 endet, finden bei Erstellung der gesonderten Aufsichtsberichte für das Geschäftsjahr 2007 die Bestimmungen § 23 Abs. 3 Z 2 und § 23a Abs. 3 WAG, BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 141/2006 Anwendung, wobei über den Zeitraum zwischen 1. November und 31. Dezember 2007 erst in den Berichten gemäß § 73 und § 74 des darauffolgenden Geschäftsjahres zu berichten ist.“* Mit dieser Bestimmung soll der Umstand

berücksichtigt werden, dass die Mehrzahl der Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihr Geschäftsjahr zum 31.12. abschließt und soll vermieden werden, dass über die Einhaltung des WAG 2007 durch diese Unternehmen bereits nach weniger als einem Quartal berichtet werden muss. Für einen so kurzen Zeitraum würde dies einen zum aufsichtsrechtlichen Gehalt solcher Berichte unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Es ist zudem daran zu zweifeln, ob bei der Überprüfung eines so kurzen Zeitraumes aussagekräftige Feststellungen über die Einhaltung des WAG 2007 überhaupt möglich sind.

§ 9 Abs 7 BWG-E und § 63 Abs 6 Z 2 BWG-E (Zweigniederlassungen von Kreditinstituten)

Kreditinstitute, die in Österreich Wertpapierdienstleistungen über eine Zweigniederlassung erbringen, sollten im Sinn des Art 32 Abs 7 RL 2004/39/EG an die gleichen Bestimmungen des WAG 2007 gebunden sein wie Wertpapierfirmen, die in Österreich Wertpapierdienstleistungen über eine Zweigniederlassung (vgl Anmerkung zu § 12 Abs 4 WAG 2007) erbringen. Anstatt des Verweises auf „die Bestimmungen des II. und III. Hauptstücks WAG 2007“ sollte es daher in § 9 Abs 7 BWG-E und § 63 Abs 6 Z 2 BWG-E heißen: „...die §§ 36, 38 bis 57, 64 bis 66 und 69 bis 71 WAG 2007...“.

§ 38 Abs 2 Z 9 BWG-E

Da die BWA nur zur Beaufsichtigung des Finanzmarktes nach WAG und BörseG zuständig war, wurde in der genannten Bestimmung die gegenständliche ausdrückliche Ausnahme von der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses für die BWA auch nur hinsichtlich der beiden genannten Bundesgesetze vorgesehen. Die Novellierung könnte nun zum Anlass genommen werden, ausdrücklich klarzustellen, dass die Verpflichtung nach § 38 Abs 1 BWG gegenüber der FMA nicht nur bezogen auf WAG und BörseG, sondern in ihrem gesamten Vollzugsbereich nicht gilt. § 38 Abs 2 Z 9 BWG-E würde dann lauten: „9. *im Fall der Verpflichtung zur Auskunftserteilung an die FMA.*“

§ 1 Abs 1 BörseG-E

Der Verweis auf die hier relevanten Finanzinstrumente sollte auf § 1 Abs 1 Z 6 WAG 2007 lauten. Ansonsten könnten an Wertpapierbörsen gemäß § 1 Abs 1 Z 5 WAG 2007 nur Geldmarktinstrumente gehandelt werden.

EB zu § 2 Abs 1 BörseG-E (Börsebegriff)

In die Erläuterungen zum BörseG sollte ein erklärender Passus aufgenommen werden, der klarstellt, dass es sich bei der „sonstigen Wertpapierbörse“ nicht um ein MTF handelt, sondern dass damit der Devisenhandel gemeint ist.

§ 14 Abs 1 Z 4 BörseG (Verweisergänzung betreffend Zulassungshindernis für Börsemitglieder)

§ 14 BörseG regelt die Voraussetzungen für die Zulassung von Börsemitgliedern. Seit Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie finden sich jene Verwaltungsstraftatbestände, die nach Ansicht der FMA als Zulassungshindernis relevant sein sollten, nicht mehr ausschließlich in § 48 BörseG sondern auch in § 48c BörseG (Marktmanipulation). Überdies sollte hier der Straftatbestand des Insiderhandels gemäß § 48b BörseG aufgenommen werden. Der § 14 Abs 1 Z 4 BörseG sollte demnach heißen: „4. *der Antragsteller oder einer seiner Geschäftsleiter nicht nach §§ 48, 48b oder 48c rechtskräftig bestraft wurde, sofern nicht die Verletzung der §§ 48 oder 48c geringfügig ist oder die Strafe getilgt ist.*“

§ 76 Abs 1 BörseG-E (Verzeichnis geregelter Märkte)

Das Wort „insbesondere“ sollte gestrichen werden. Neben dem amtlichen Handel und dem geregelten Freiverkehr gibt es gemäß den Bestimmungen des BörseG keinen anderen geregelten Markt.

C. Formale Anmerkungen

§§ 1 Z 20, 46, 52 Abs 1 Z 3 und 52 Abs 3 Z 2 WAG 2007 (Konstante Verwendung des Begriffs „übermitteln“ anstatt „weiterleiten“)

§ 3 Abs 2 Z 3 WAG 2007 definiert die konzessionspflichtige Tätigkeit der „Vermittlung“ als „Annahme und Übermittlung von Aufträgen...“. Dementsprechend sollte es im WAG 2007 durchgehend – insbesondere in den §§ 1 Z 20, 46, 52 Abs 1 Z 3 und 52 Abs 3 Z 2 WAG 2007 – anstatt „weiterleiten“ „übermitteln“ heißen.

§ 1 Z 27 lit b WAG 2007 (persönliche Empfehlung):

Diese Bestimmung gibt den deutschsprachigen Text des Art 52 RL 2006/73/EG wieder. Das Abstellen auf „...eine Prüfung der Verhältnisse der betreffenden Person...“ scheint uE jedoch im Hinblick auf den englischen Richtlinien text („... based on a consideration of the circumstances of that person...“) als zu streng übersetzt. Wir schlagen daher für § 1 Z 27 lit b WAG 2007 folgende Formulierung vor: *„als für die in lit. a genannte Person geeignet dargestellt wird oder auf die Verhältnisse der betreffenden Person Rücksicht nimmt und auf eine der folgenden Handlungen abzielt.“*

§ 3 Abs 6 Z 1 lit a und b WAG 2007 und § 3 Abs 6 Z 2 WAG 2007

Die hier verwendeten „Kurzdefinitionen“ von Konzessionstatbeständen sollten zur Vermeidung von Missverständnissen entweder an den Wortlaut der Definitionen in § 3 Abs 2 Z 1 WAG 2007 bzw § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 angepasst werden oder mit Verweisen auf diese beiden Definitionen versehen werden.

§ 5 Abs 1 Z 2 WAG 2007

Es sollte anstatt „Monaten“ wohl „Monate“ heißen.

§ 6 WAG 2007 (Verweise auf das BWG)

Ein Ziel des WAG 2007 ist es, die bisher durch Verweis auf das BWG geregelten Vorschriften durch ausdrückliche WAG 2007-Regelungen zu ersetzen. Diese Intention wird hier jedoch nur teilweise erfüllt. Insbesondere wird in § 6 WAG 2007 auf die Bestimmung betreffend Bewilligungen in § 21 BWG und betreffend Anzeigeverpflichtungen in § 73 BWG nur verwiesen. Es wäre der Klarheit förderlich, wenn die in § 6 WAG 2007 angeführten genannten BWG-Bestimmungen (§§ 21 und 73 BWG) direkt in das WAG 2007 aufgenommen würden.

§ 10 Abs 4 WAG 2007 (Rücknahme der Konzession)

Die Rücknahme und das Erlöschen von Konzessionen wird grundsätzlich in § 5 WAG 2007 geregelt. Dementsprechend sollte auch die Konzessionsrücknahme nach § 10 Abs 4 WAG 2007 in § 5 WAG 2007 und nicht hier geregelt werden.

§ 11 Abs 3 WAG 2007 (Aktionäre oder sonstige Gesellschafter mit qualifizierten Beteiligungen)

§ 11 Abs 3 letzter Satz WAG 2007 sollte im Sinn einer durchgehenden Verwendung des Begriffs „untersagen“ in dieser Bestimmung wie folgt lauten: *„Untersagt die FMA den beabsichtigten*

Beteiligungserwerb nicht, so kann die FMA einen Termin vorschreiben, bis zu dem die in Abs. 2 Z 1 und 2 genannten Absichten verwirklicht werden müssen.“

§ 17 Abs. 3, letzter Satz WAG 2007 (Allgemeine organisatorische Anforderungen)

Wir empfehlen von „wieder hergestellt“ anstatt „zurück gewonnen“ zu sprechen.

§§ 22 Abs 4, 26 Abs 3, 26 Abs 4, 40 Abs 2, 69 Abs 6 Z , 66 Abs 5 und 66 Abs 9 WAG 2007

Im gesamten Dokument sollte statt „Homepage“ der Begriff „Website“ verwendet werden, da die Homepage die „Einstiegsseite“ darstellt, hingegen die Website alle Seiten umfasst.

§ 25 WAG 2007(Auslagerung)

Wir empfehlen im gesamten § 25 WAG 2007 (einschließlich der Überschrift) durchgehend von der „Auslagerung von wesentlichen betrieblichen Aufgaben, von Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten“ zu sprechen (vgl Art 14 RL 2006/73/EG).

§ 28 WAG 2007 (Heranziehung von vertraglich gebundenen Vermittlern)

Sollte der Begriff des „Rechtsträgers“ in § 15 WAG 2007 (siehe die Anmerkung zu § 15 WAG 2007 oben) unverändert bleiben, sollte es hier zur besseren Verständlichkeit statt „Rechtsträger“ „Kreditinstitute und Wertpapierfirmen“ heißen.

§ 34 Abs 2 WAG 2007 (Für einen Kunden potenziell nachteilige Interessenkonflikte)

In § 35 Abs 2 WAG 2007 sollte es anstatt „abträglich sein“ „schaden“ heißen (vgl den englischen Text des Art 21 RL 2006/73/EG, der von „...damage the interests of a client...“ spricht).

§ 35 Abs 5 WAG 2007 (Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten)

Unter Bezugnahme auf die obige Anmerkung zu § 34 Abs 2 WAG 2007 erscheint es sinnvoll, auch hier anstatt von „Beeinträchtigung“ von „Schädigung“ zu sprechen.

§ 40 Abs 2 WAG 2007

Zur Klarstellung sollten alle zitierten Artikel – die sich wohl auf die RL 2006/73/EG beziehen – mit einem Richtlinienverweis versehen werden.

§ 41 WAG 2007 (Bedingungen die Informationen erfüllen müssen)

Aus grammatikalischen Gründen schlagen wir vor, den ersten Satz dieser Bestimmung wie folgt umzuformulieren: „*Alle Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger an Kunden richtet, müssen redlich und eindeutig sein und dürfen nicht irreführend sein.*“

§ 44 Abs 2 WAG 2007 (Beurteilung der Eignung von Anlageberatungs- und Portfolioverwaltungsdienstleistungen)

Im Sinne der Aufrechterhaltung der Kontinuität zum derzeitigen WAG empfehlen wir von „Angaben in Bezug auf den Kunden“ anstatt von „Fakten in Bezug auf den Kunden“ zu sprechen.

§ 45 Abs 5 WAG 2007

Anstatt „mitteilen sollte es wohl „mitzuteilen“ heißen.

§ 46 Z 3 WAG 2007 (Bestimmungen für Geschäfte, die nur in der Ausführung oder Annahme und Übermittlung von Kundenaufträgen bestehen)

Es sollte in § 46 Z 3 WAG 2007 anstatt des Begriffs „Eignung“ der Begriff „Angemessenheit“ verwendet werden.

§ 52 Abs 3 Z 1 und 2 WAG 2007 (Bestmögliche Durchführung)

Es sollte durchgehend der Begriff „Gattung von Finanzinstrumenten“ verwendet werden, zumal in der englischen Fassung in Art 21 Z 3 RL 2004/39/EG und in Art 45 Z 5 RL 2006/73/EG auch einheitlich von „class of instruments“ gesprochen wird.

EB zu § 52 Abs 3 Z 2 letzter Satz WAG 2007 (Bestmögliche Durchführung)

Es sollte in den Erläuterungen zum besseren Verständnis der Bestimmung Folgendes aufgenommen werden: *„Der Rechtsträger soll sich jener Einrichtungen bedienen, die ihrerseits die Bestimmungen der §§ 52 ff wirksam umgesetzt haben.“*

EB zu § 53 Abs 2 letzter Satz WAG 2007 (Organisatorische Vorschriften über die Durchführungspolitik)

Es stellt sich die Frage, wie der Rechtsträger diese Mängel beheben soll? Wir empfehlen zumindest in den Erläuterungen Folgendes aufzunehmen: *„Der Rechtsträger soll sich jener Einrichtungen bedienen, die ihrerseits die Bestimmungen der §§ 52 ff wirksam umgesetzt haben.“*

§ 54 Abs 2 Z 1 WAG 2007 (Besondere Vorschriften für Kleinanleger)

Zwecks besserer Verständlichkeit schlagen wir vor, den § 54 Abs 2 Z 1 WAG 2007 wie folgt umzuformulieren: *„eine Beschreibung der vorgenommenen Gewichtung, die der Rechtsträger den in § 52 Abs. 2 angeführten Aspekten und Kriterien beimisst, oder eine Beschreibung der Methode, die der Rechtsträger für diese Gewichtung jeweils anwendet;“* (vgl den Entwurf der deutschen Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung – WpDVerOV)

§ 97 Abs 2 WAG 2007

Die Wortfolge nach dem Wort „unterliegen.“ die lautet „soweit dies ... unterliegen“ ist offensichtlich auf ein Versehen (nach dem Punkt geht es mit einem klein geschriebenen „somit“ weiter) bei der Bearbeitung zurückzuführen und kann gestrichen werden. § 97 Abs 2 WAG 2007 sollte demnach lauten: *„Die FMA kann mit zuständigen Behörden von anderen Mitgliedstaaten zusammen arbeiten, wenn dies zur Wahrnehmung von in der Richtlinie 2004/39/EG, der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 der Kommission oder der Richtlinie 2006/73/EG festgelegten Aufgaben erforderlich ist und soweit die an diese Behörden übermittelten Informationen bei diesen dem Berufsgeheimnis gemäß Art. 54 der Richtlinie 2004/39/EG unterliegen. Die FMA kann für die Zwecke der Zusammenarbeit von ihren Befugnissen Gebrauch machen, auch wenn die Verhaltensweise, die Gegenstand der Ermittlung ist, keinen Verstoß gegen eine in Österreich geltende Vorschrift darstellt. Von ihren Befugnissen nach § 91 Abs 3 Z 1, 2 und 4 kann die FMA für die Zwecke der Zusammenarbeit auch gegenüber natürlichen und juristischen Personen Gebrauch machen, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten als Wertpapierfirma im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2004/39/EG zugelassen sind.“*

§ 15 Abs 3 Z 1 BörseG-E

Der Verweis auf § 16 WAG 2007 sollte auf einen Verweis auf § 15a WAG 2007 abgeändert werden.

§ 25a BörseG

Der Verweis auf das „WAG, BGBl. Nr. 753/1996“ sollte auf einen Verweis auf das „WAG 2007“ abgeändert werden.

§ 57 BörseG

Der Verweis auf § 1 Abs 1 Z 19 BWG sollte auf einen Verweis auf § 3 Abs 2 Z 1 bis 3 abgeändert werden.

§ 82 Abs 6 BörseG (siehe 55 d Blg 23.GP)

Der Verweis auf „§§ 11 bis 18 WAG“ in § 82 Abs 6 BörseG idF 55 d Blg 23.GP (Umsetzung Transparenzrichtlinie) sollte auf einen Verweis auf das „II. und III. Hauptstück des WAG 2007“ abgeändert werden.

§ 16 Abs 4 Z 1 lit b Übernahmegesetz

Der Verweis auf § 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG sollte auf einen Verweis auf § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 korrigiert werden. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass dadurch ein Widerspruch zwischen der derzeit in § 16 Abs 4 Z 1 lit b ÜbG verwendeten Definition der Vermögensverwaltung („für Einzelkunden und auf Sammelkonten für Kundengemeinschaften“) und der Definition in § 3 Abs 2 Z 2 WAG 2007 („Portfolioverwaltung auf Einzelkundenbasis“) entstehen würde.

§ 2 Abs 1 Z 14 Gewerbeordnung

Die Wortfolge „§ 19 Abs 2a des Wertpapieraufsichtsgesetzes“ sollte auf das WAG 2007 aktualisiert werden.

§ 136a Abs 1 Z 1 und 2 Gewerbeordnung

Die Verweise auf § 1 Abs 1 Z 19 BWG sollten auf Verweise auf § 3 Abs 2 WAG 2007 abgeändert werden.

§ 2 Z 3 Finanzkonglomeratengesetz, § 2 Z 5b Finanzkonglomeratengesetz, § 48a Abs 1 Z 3 lit a BörseG, § 48a Abs 1 Z 11 BörseG, § 48f Abs 1 Z 1 BörseG, § 57 Abs 2 BörseG, § 3 Abs 1 Z 2 Finalitätsgesetz, § 9 Finalitätsgesetz, § 2 Z 3 lit b Finanzsicherheiten-Gesetz, § 226 Konkursordnung, § 230 Konkursordnung, § 1 Abs 4 Notifikationsgesetz 1999, Anlage 2 B Z 1 Notifikationsgesetz 1999, § 26 Pensionskassengesetz, § 243a UGB, § 243a Z 1 UGB, § 267 Abs 3a UGB

Die Verweise auf die Richtlinie 93/22EWG (ISD) sollten auf Verweise auf die Richtlinie 2004/39/EG (MiFID) aktualisiert werden.

Die FMA ersucht um Berücksichtigung der in der Stellungnahme gemachten Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüßen,

Finanzmarktaufsichtsbehörde
Bereich Integrierte Aufsicht
Für den Vorstand

Dr. Birgit PUCK
(Abteilungsleiterin)

Dr. Christoph KAPFER

elektronisch gefertigt