



Frau Abteilungsleiterin
Dr. Beate Schaffer
Bundesministerium für Finanzen
Abt III/5
1015 Wien

Wiedner Hauptstr. 63 | Postfach 197
A-1045 Wien
T +43 (0) 5 90 900DW | F + 43 (0) 5 90 90013739
E Erich.Kuehnelt@wko.at
W <http://wko.at>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
FHP/Mag. Erich Kühnelt

Durchwahl
3739

Datum
24.04.2007

Nationale Umsetzung der MiFID - Richtlinie (Entwurf für ein Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, sowie für Änderungen des Bankwesengesetzes, des Börsegesetzes 1989, des Investmentfondsgesetzes, des Kapitalmarktgesetzes, des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes, sowie des Konsumentenschutzgesetzes)

Sehr geehrte Frau Dr. Schaffer!

Die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) dankt für die Übermittlung des Gesetzesentwurfes und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Allgemeine Anmerkungen

Die Umsetzung der MiFID (inkl Durchführungsbestimmungen) bedeutet für die betroffenen Unternehmen (Kreditinstitute, Wertpapierfirmen bzw. Wertpapierdienstleistungsunternehmen) eine enorme Belastung, die durch den bestehenden Zeitdruck der Umsetzung noch verstärkt wird.

Der Umstand, dass fast alle Mitgliedstaaten mit der Umsetzung der Richtlinie bereits im Verzug sind (bis jetzt haben nur Irland, das Vereinigte Königreich und Rumänien der Kommission eine Umsetzung gemeldet - Stand Ende April 2007), zeigt, dass die Fristsetzung - trotz bereits erfolgter Verlängerung - nicht entsprechend den Bedürfnissen der Praxis und der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten erfolgt ist. Ein besonderes Augenmerk muss daher auf die Frage der Übergangsfristen und -bestimmungen gelegt werden.

Wesentliches gemeinsames Anliegen der in der WKÖ von der Umsetzung betroffenen Bundesparteien ist die Beibehaltung der Möglichkeit der Mehrfachvermittlung. Die WKÖ ist der Ansicht, dass die Mehrfachvermittlung auch im Rahmen der MiFID weiter zulässig ist (zB unter Nutzung der fakultativen Ausnahme gem. Art 3).

Wir danken noch für die Möglichkeit, bereits im Rahmen der Vorbegutachtung Anliegen der betroffenen Branchen einzubringen, bedauern allerdings, dass auf Grund des Zeitdrucks viele der besprochenen Änderungen nicht mehr in den nunmehr vorliegenden Begutachtungsentwurf eingearbeitet werden konnten.

Grundsätzliche Ausführungen:

Inkrafttreten

Vorweg ist auf den enormen Zeitdruck bzw. die Verkürzung des ohnehin knapp bemessenen Zeitraumes von 9 Monaten für die Umsetzung hinzuweisen.

Dies schlägt sich einerseits vor allem in signifikanten Problemen betreffend die Adaptierung, Neuprogrammierung und Aktualisierung der EDV-Systeme und im Bereich der Ausbildung und Organisation, der Behandlung der Bestandskunden, sowie im Vertrieb nieder, andererseits im Schlagendwerden zivilrechtlicher Haftungsfolgen mit November 2007. Gerade aus diesen Gründen ist es notwendig, dass gesetzliche Vorkehrungen geschaffen werden, die derart nachteilige Auswirkungen auf die Kreditwirtschaft abfedern, der in diesem Fall nicht einmal auch die europarechtlich vorgegebene Implementierungszeit auf nationaler Ebene eingeräumt wird.

Verordnungsermächtigungen:

- Kritisch zu beurteilen sind die zumindest 11 verschiedenen Verordnungsermächtigungen an die FMA. VO-Ermächtigungen sind sinnvoll, wo gesetzliche Bestimmungen unter Wahrung einer bestimmten Flexibilität zu konkretisieren sind. Bei den meisten VO-Ermächtigungen, die im Entwurf vorgesehen sind, fehlt es aber an diesem Bedarf. An die Stelle der VO sollten hinreichend spezifizierte gesetzliche Bestimmungen treten, die einerseits den höheren Bestandschutz von Bundesgesetzen haben, andererseits aber auch dem Rechtsanwender Spielraum für eine praktikable Umsetzung lassen. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass der Prozess der VO-Erlassung erst nach Erlassung des Bundesgesetzes anlaufen kann und somit einige Zeit in Anspruch nehmen würde. Erst nach Gesetzwerdung vorliegende Verordnungen würden den Zeitablauf noch dramatischer gestalten und eine entsprechende Vorbereitung noch mehr erschweren. Die VO würden daher erst knapp vor dem geplanten Termin des Inkrafttretens vorliegen. Die Rechtsanwender brauchen aber schon jetzt rechtliche Planungssicherheit, weil die Vorbereitungsarbeiten zum Teil schon vor dem Sommer abgeschlossen sein müssen.

Folgende VO-Ermächtigungen müssten somit entfallen:

- **§ 25 Abs 4 Auslagerung:** Anstelle der VO-Ermächtigung sollte eine gesetzliche Regelung treten, zu deren Inhalt wir auf die Ausführungen zur Auslagerung verweisen.
- **§ 29 Abs 4 Schutz von Kundengeldern:** Der RL-Wortlaut reicht als Regelung aus
- **§ 35 Abs 4 Standards für die Interessenskonfliktpolitik:** Der RL-Wortlaut reicht als Regelung aus
- **§ 40 Kundeninfo:** Es besteht kein Bedarf nach einer DVO der FMA. Der Wortlaut der DRL soll in das Gesetz übernommen und damit eine abschließende Regelung getroffen werden. Insbesondere ist in diesem Punkt erhöhte Rechtssicherheit erforderlich, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die zivilrechtlichen Implikationen dieser Bestimmungen. Im Übrigen ist die Regelung auch völlig unklar. Es stellt sich die Frage, wie die Erlassung spezifischer Regelungen in einer VO davon abhängen kann, ob ein Rechtsträger bestimmte anderweitig festgelegte Standards anwendet. Für den Fall, dass dies nicht geschieht, müssten dennoch Regelungen in der VO vorhanden sein.
- **§ 41 Marketing-Info:** Der RL-Wortlaut reicht als Regelung aus

- **§ 49 Berichtspflichten außerhalb Portfolio:** Klarzustellen wäre in einer gesetzlichen Regelung, dass der Kundenauftrag erst als durchgeführt gilt, wenn dies für alle seine Komponenten der Fall ist (Wertpapier- und Fremdwährungsteil)
- **§ 50 Abs 4 Berichtspflichten bei der Portfolioverwaltung:** Der RL-Wortlaut reicht als Regelung aus
- Sofern und soweit Verordnungen der FMA unumgänglich sind, müssen diese unverzüglich erarbeitet und vorgelegt, sowie zeitgleich mit dem Gesetz kundgemacht werden. Die Arbeit an den Verordnungen kann nicht erst dann beginnen, wenn das Gesetz kundgemacht wurde. Die Kreditwirtschaft benötigt den Inhalt der Verordnung sofort, um entsprechende Veranlassungen in den Häusern treffen zu können. In diesem Zusammenhang wäre darauf hinzuweisen, dass eine Verzögerung in der Umsetzung vom BMF und FMA zu verantworten wäre. Je später die Verordnungen im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden, desto gravierender erscheint die mit der verspäteten Umsetzung einhergehende Gemeinschaftsrechtswidrigkeit.

Neuregelung Wertpapierdienstleistungsunternehmen vs. Level Playing Field

Zur Frage der Regelung für Wertpapierdienstleistungsunternehmen werden von den Sparten unterschiedliche Positionen vertreten:

Aus Sicht der **Bundessparte Information und Consulting** sollen WPDLU (§ 4 WAG-Entwurf) weiter im WAG geregelt werden können, aber die Bereichsausnahme des Art 3 (1) der RL 2004/39/EG (MiFID) voll angewendet werden. Daher sollen die in der Richtlinie nicht geforderten Beschränkungen (Umsatzgrenze, Anlegerentschädigung und das Verbot, vertraglich gebundene Vermittler zu beschäftigen) fallen. Im Sinne des Konsumentenschutzes wären die Wohlverhaltensregeln weiter von der FMA zu prüfen; WPDLU müssten zudem eine Haftpflichtversicherung haben. Aus der Ausnahme des Artikel 3 der RL 2004/39/EG (MiFID) ergibt sich, dass diese neuen WPDLU nicht dem Anwendungsbereich des WAG 2007 unterliegen müssen und daher auch vertraglich gebundene Vermittler beschäftigen können.

Die BSIC fordert, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Dies gewährleistet darüber hinaus und ebenfalls zum Vorteil des Konsumenten einen funktionierenden Wettbewerb. Details siehe zu § 4 WAG-Entwurf.

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden hingegen von der **Kreditwirtschaft** im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar. Auch im Bereich der Anlegerentschädigung wird die im vorliegenden Entwurf des BMF vorgesehene Regelung als ausgewogen erachtet.

Heranziehung von vertraglich gebundenen Vermittlern - § 28

Die - auch in den Erläuterungen erwähnte - bewährte Praxis zu den freien Mitarbeitern (Finanzdienstleistungsassistenten gem. GewO als Mehrfachvermittler) sollte im Sinne einer Flexibilität beim mobilen Vertrieb in der Weise MiFID-konform weitergeführt werden, dass eine - weitere - spezielle nationale Regelung im Sinne des Art 3 MiFID geschaffen wird.

Darin sollte insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Konzept der „Aufsicht light“ des § 4 - für die Vermittlung (§ 3 Abs 2 Z 3) und Beratung (§ 3 Abs 2 Z 1) durch natürliche Personen die

erwähnte Gewerbeberechtigung ausreichen, sofern diese, wenngleich selbständig, nur im Namen und auf Rechnung eines Kreditinstitutes, einer Wertpapierfirma oder eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens im Inland tätig sind. Weiters könnten zu § 28 Abs 2 bis 7 analoge Bestimmungen vorgesehen werden.

Damit wären Rechtssicherheit, maximale Flexibilität und MiFID-Konformität erreicht.

Meldevorschriften- überzogene Anforderungen vermeiden

§ 64 setzt Art. 25 der RL 2004/39 um. Abs. 2 geht jedoch über die in der Richtlinie vorgesehene Liste der meldepflichtigen Instrumente hinaus, da sich Abs 2 an § 10 WAG geltende Fassung orientiert.

Gemäß Art. 25 der Richtlinie 2004/39 sind Geschäfte mit zum Handel an einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstrumenten zu melden. § 64 Abs. 2 jedoch sieht vor, dass auch jene Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die lediglich einen Antrag auf Zulassung an einem geregelten Markt gestellt haben, meldepflichtig sind. Weiters sieht § 64 Abs. 2 auch solche Instrumente zur Meldung vor, die zwar nicht zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, aber von einer Aktie oder einem aktienähnlichen Papier abhängen, welches zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen ist. Diese Definition der meldepflichtigen Instrumente geht weit über jene des Art. 25 hinaus. Auch in der Verordnung 1287/2006 findet sich kein Hinweis auf eine solche Definition. Lediglich Erwägungsgrund 45 der RL 2004/39/EG räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Liste der meldepflichtigen Instrumente zu erweitern.

Die in § 64 Abs. 2 vorgenommene, bereits oben dargestellte, Erweiterung wird seitens der FMA mit der Notwendigkeit einer effektiven Überwachung des Marktes im Hinblick auf Missbrauch von Insiderinformationen und Marktmanipulation i.S.d. § 48 BörseG begründet. Marktmanipulation und Missbrauch von Insiderinformation erscheint aber insbesondere mit Investmentfonds, die die Zulassung zu einem geregelten Markt erst beantragt haben, und nicht börsengehandelten Derivaten, die lediglich ein börsengehandeltes Underlying haben, äußerst unwahrscheinlich bis unmöglich.

Der Aufwand der Ermittlung dieser Daten, die nicht von WM unterstützt werden, da § 9 WpHG nicht diese umfangreichen Meldepflichten vorsieht, steht in keinem Verhältnis zum aufsichtsrechtlichen Nutzen einer solchen Meldung.

Da Kreditinstitute bei EDV-Meldungen auf die Zurverfügungstellung von Daten der deutschen Gesellschaft Wertpapier Mitteilungen (WM) zurückgreifen müssen, wäre jede über die deutsche Regelung hinausgehende Verpflichtung nur mit einem unverhältnismäßigen händischen Aufwand machbar.

Daher sind Meldepflichten die über § 9 dt. WPHG hinausgehen in keinem Verhältnis im aufsichtsrechtlichen Nutzen.

Im Hinblick darauf und insbesondere auch auf die deutsche Regelung im Entwurf zu § 9 WpHG sollten die meldepflichtigen Instrumente wie folgt eingeschränkt werden:

- Finanzinstrumente gem. § 1 Z 6
- übertragbare Wertpapiere gem. § 1 Z 4, die einen Antrag auf Zulassung zu einem geregelten Markt gestellt haben

Übergangsbestimmungen

Angesichts der Vielzahl der ungelösten Probleme halten wir es für notwendig, das Inkrafttreten des WAG 2007 zu verschieben. Zumindest sollte in den Übergangsbestimmungen des § 104 WAG 2007 eine Regelung dahingehend getroffen werden, dass alle Maßnahmen, die ein Rechtsträger aufgrund des zweiten Hauptstücks des WAG 2007 über die zum 30.10.2007 geltende Rechtslage hinaus zu setzen hätte, erst bis zu einem späteren Stichtag (1.7.2008) ergriffen werden müssen und dass bis dahin die Beachtung der geltenden Rechtslage ausreichend ist. Wie einleitend dargestellt ist diese Forderung durch die umfangreichen EDV-Änderungen die notwendigen Ausbildungsmaßnahmen und die Behandlung der Bestandskonten begründet, wobei diese Vorkehrungen erst auf der Grundlage des gesamten Regelungspaketes (Gesetz und Verordnungen) tatsächlich erfolgen können.

Gewährung und Annahme von Vorteilen § 39

- Klargestellt werden müsste, dass „beispielsweise“ Anlageberatung und Empfehlungen jedenfalls geeignet sind die Qualität zu verbessern. (siehe dazu das CESR-Konsultationspapier vom 13.4., wo ausdrücklich auf den Beispielcharakter verwiesen wird.) Weiters wäre entsprechend diesem CESR-Dokument die Vermittlung als weiteres Beispiel ausdrücklich anzuführen.
- Um Auslegungsschwierigkeiten zu verhindern sollte am Ende des Absatz 3 die Formulierung aus der Begründung zum deutschen Umsetzungsentwurf (Begründung zu § 31 d WpHG neu) hinzugefügt werden, die die qualitätserhöhende Wirkung von Inducements betont.

„Demnach wird vermutet, dass die Annahme einer Geldleistung von Dritten durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit einer Anlageberatung oder allgemeinen Empfehlung darauf ausgerichtet ist, eine qualitative Verbesserung dieser Dienstleistung gegenüber dem Kunden zu bewirken, wenn die Beratung oder Empfehlung trotz dieser Zuwendung unvoreingenommen erfolgt. Zu den allgemeinen Empfehlungen zählen beispielsweise Marketingmitteilungen oder Finanzanalysen, die sich an eine Vielzahl von Personen richten und sich in allgemeingültiger Form auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen, ohne eine persönliche, auf den individuellen Kunden zugeschnittene Anlageempfehlung zu enthalten.“

Bestmögliche Durchführung von Dienstleistungen § 52

Der Kauf- und Verkauf von Investmentfondsanteilen sowie analog auch von Immobilieninvestmentfondsanteile erfolgt grundsätzlich durch die originäre Ausgabe und Rücknahme der Investmentfondsanteile durch die Kapitalanlagegesellschaft im Primärmarkt („Fondsanteilsscheingeschäft“). Bei diesem Fondsanteilsscheingeschäft sind die Rahmenbedingungen in denen der Kauf- und Verkauf erfolgen kann, gesetzlich geregelt. Dies manifestiert sich einerseits in den Regelungen zur Errechnung des Anteilswertes (§ 7 InvFG), der Fixierung der Kosten in den Rechtsdokumenten (§ 22 Abs 2 Z 5 und 6 InvFG), oder andererseits durch die gesetzliche Rücknahmeverpflichtung zum gemäß § 7 InvFG errechneten Rechenwert (§ 6 InvFG).

Die gesetzliche Rücknahmeverpflichtung nach § 6 InvFG ist typisch für das Fondsanteilsscheingeschäft, da durch diese besondere Verpflichtung dem Kunden eine geschützte Rechtsposition zukommt. Mit den gegenständlichen Kautelen wurden die entsprechenden europäischen Richtlinien, insbesondere die so genannte OGAW-RL ins

österreichische Recht transferiert, die im Bereich des Konsumentenschutzes global als „Goldstandard“ angesehen werden.

Beim Fondsanteilsengeschäft erfolgt aufgrund der vorher dargestellten gesetzlichen Bestimmungen die Anteilsscheinrücknahme zum Net Asset Value, das ist der exakte Inventarwert des Fonds, der der Kontrolle des Wirtschaftsprüfers unterliegt.

Neben dem originären Fondsanteilscheingeschäft werden Fonds auch am Sekundärmarkt gehandelt, z.B. an einer Börse („Sekundärmarktgeschäft“). Die Kursbildung an der Börse erfolgt über Makler, die versuchen durch Korrelationsmodelle die Fondsanteile annäherungsweise zu preisen. Die so erfolgte Preisbildung entspricht naturgemäß nicht dem Net Asset Value. Für das gleiche Fondsprodukt werden daher an verschiedenen Börsen zeitgleich unterschiedliche Preise gestellt, was vor allem aus Sicht des Anlegerschutzes bedenklich ist.

Dies sollte anhand der zu § 52 Abs 7 im Detail ausgeführten Beispiele dargestellt werden.

Dieser fundamentalen Unterscheidung zwischen Fondsanteilsgeschäft und Sekundärmarktgeschäft Rechnung tragend, hat die britische Financial Services Authority (FSA) das Fondsanteilscheingeschäft, jedoch nicht das Sekundärmarktgeschäft in Investmentfondsanteilen von der Verpflichtung der „Best Execution“ ausgenommen.

Analog dazu, hat auch in Deutschland der Deutsche Bundestag schon in Dritter Lesung des beschlossenen Umsetzungsgesetzes das Fondsanteilsgeschäft im Sinne des § 33a WpHG von der „Best Execution“-Verpflichtung ausgenommen.

Aufgrund des gemeinsamen Marktes für Finanzdienstleistungen ist anzunehmen, dass auch die übrigen europäischen Mitbewerber das Fondsanteilsgeschäft von der Best Execution ausnehmen.

Um auch in Österreich eine konsistente Umsetzung der MiFID im Sinne eines level playing fields zu gewährleisten, wird dringend um Aufnahme eines neuen § 52 Abs. 7 WAG 2007, der das Fondsanteilsgeschäfts von der Best Execution ausnimmt, ersucht.

Wir schlagen diesbezüglich folgende Formulierung vor:

„(7) Die Ausgabe oder die Rücknahme von Anteilsscheinen über die Depotbank im Sinne der §§ 6 und 7 des Investmentfondsgesetzes bzw. der §§ 7 und 8 des Immobilieninvestmentfondsgesetzes über eine Depotbank ist keine Ausführung von Kundenaufträgen im Sinne des Absatzes 1.“

Dadurch würde einerseits der notwendigen Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärmarkt Rechnung getragen und andererseits die Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Fondsindustrie gewährleistet.

Zivilrechtliche Aspekte - keine Parallelregelung zum ABGB

§ 62 Abs 1 hat keine explizite Grundlage in der MIFID.

Es besteht auch keine sachliche Notwendigkeit, Teilen des WAG 2007 ausdrücklich Schutzgesetzcharakter zuzumessen, wie dies in § 62 Abs 1 geschieht. Auch der Umstand, dass in § 15 WAG eine ähnliche Bestimmung zu finden ist, kann die Notwendigkeit des § 62 Abs 1 WAG 2007-E nicht rechtfertigen.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen des ABGB sind ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Sorgfaltswidrigkeiten in der Beratung des Kunden oder in der Durchführung seiner Aufträge Schadenersatzverpflichtungen nach sich ziehen. Auf

dieser Grundlage hat der OGH schon mehrfach über Schadenersatzansprüche von Kunden entschieden, ohne auch nur auf § 15 WAG Bezug zu nehmen. Auch in einer Entscheidung, in der der OGH auf § 15 WAG Bezug nimmt (OGH 30. 5. 2006, 3 Ob 289/05d), verweist er darauf, dass § 15 WAG nichts anderes ist als eine Konkretisierung vor- und auch nebenvertraglicher Verpflichtungen. In einer anderen Entscheidung (OGH 20. 1. 2005, 2 Ob 236/04a) wird ebenfalls festgehalten, dass aus zivilrechtlicher Sicht das WAG die schon bisher von der Rechtsprechung und Lehre zu Effektengeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten festschreibt. Auch der BGH vertritt in seinen Entscheidungen die Auffassung, dass den Bestimmungen des dem WAG entsprechenden WpHG "keine eigenständige, über die zivilrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten hinausgehende schadenersatzrechtliche Bedeutung zukommt" (BGH 19.12.2006, XI ZR 56/05). Schon im Lichte dieser Einschätzung durch zwei Höchstgerichte muss ernsthaft zur Diskussion gestellt werden, ob zivilrechtliche Bestimmungen zum Schadenersatz im WAG nicht fehl am Platz sind.

Für die Streichung des gesamten § 62 (1) WAG 2007-E spricht auch der Umstand, dass die meisten der hier angesprochenen Bestimmungen keine zivilrechtliche Relevanz haben, sondern bloße aufsichtsrechtliche Ordnungsvorschriften darstellen. Dies zeigt sich zB an den angesprochenen §§ 25 und 26 WAG. Diese beziehen sich auf die Voraussetzungen der Auslagerung, die aber von der Frage allfälliger Schadenersatzansprüche des Kunden völlig unabhängig zu sehen sind. Die in den §§ 25 und 26 angesprochenen Dienstleister sind im Verhältnis des Rechtsträgers zu seinem Kunden Erfüllungsgehilfen. Für deren Fehlleistungen haftet der Rechtsträger nach § 1313a ABGB unabhängig davon, ob die Auslagerung nach WAG zulässig war oder nicht. Andererseits ist nicht vorstellbar, dass Schadenersatz nur wegen eines Verstoßes gegen § 25 WAG gewährt würde, auch wenn der Vertrag des Rechtsträgers mit seinem Kunden - wenn auch unter Einschaltung des Dienstleisters - ordnungsgemäß erfüllt wurde. Gleiches gilt für die §§ 29 bis 32. Soweit es um die Verwahrung von Wertpapieren geht, sind ausreichende zivilrechtliche Regelungen im DepotG zu finden. Eine Schadenersatzbestimmung wegen fehlerhafter Verwahrung von Kundengeldern macht schon deswegen keinen Sinn, weil der Schadenersatzanspruch nicht besser durchsetzbar ist als der unmittelbare Rückzahlungsanspruch. Durch den Verweis auf die §§ 40 und 41 wiederum wird die Verletzung formaler Anforderungen an die Information des Kunden auch dann mit Schadenersatz in Verbindung gebracht, wenn die unterlassene oder fehlerhafte Information für die Anlegerentscheidung ohne jede Relevanz ist. Bei anderen Verweisen bleibt deren Umfang völlig im Unklaren.

Die vorstehend angesprochenen Probleme sind durch eine Neuformulierung des § 62 Abs 1 nicht in den Griff zu bekommen, weil dies zu einer kasuistischen, intransparenten Formulierung führen würde, die für den Rechtsanwender um nichts besser zu hand haben wäre als der vorliegende Text. Aus allen vorstehend angeführten Gründen plädieren wir dafür, dass im WAG auf zivilrechtliche Schadenersatzbestimmungen zur Gänze verzichtet wird. In den ErlBem kann diesbezüglich auf die ausreichenden Grundlagen im ABGB verwiesen werden.

Sollten, trotz der angesprochenen Argumente, die schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des geltenden WAG aufrechterhalten werden, muss man sich auch auf den dortigen Umfang beschränken, d.h. es wäre in § 62 WAG 2007 ausschließlich auf die §§ 43 bis 46 Bezug zu nehmen.

Darüberhinaus sollte folgende Formulierung in Anlehnung an die deutsche Regelung vorgesehen werden:

„Bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 43 bis 46 kann Schadenersatz verlangt werden. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.“

Strafbestimmungen

§ 95

Abweichend vom Vorentwurf wird nunmehr bei den Strafbestimmungen (abgesehen von den Absätzen 9 und 10) nicht mehr auf den Verantwortlichen nach § 9 VstG Bezug genommen. Die Straftatbestände sind vielmehr (abgesehen von Abs 3, der natürliche Personen anspricht), allgemein gehalten („Wer“). An sich trifft nach § 9 Abs 1 VStG die Verantwortung für die Einhaltung der Bestimmungen des Verwaltungsrechts durch jur. Personen und Personenhandelsgesellschaften die zur Vertretung nach Außen befugten Personen. Daran würde die jetzt geänderte Formulierung in § 95 VstG nichts ändern. Die in § 95 pönalisierten Verhaltenspflichten treffen nur den jeweiligen Rechtsträger, nicht den einzelnen Mitarbeiter. Durch die jetzige Formulierung des § 95 könnte das aber in Frage gestellt werden. Es wäre daher erforderlich, auch im Straftatbestand klarzustellen, wer dessen Adressat ist (also zB „ Wer als Rechtsträger im Sinne des 15 WAG.....“).

Kritisch ist auch der Umstand, dass der Straftatbestand des Abs 3 auf natürliche Personen Bezug genommen wird. Damit sollen offenbar jene Personen, deren persönliche Geschäfte in §§ 24 geregelt werden, unter Strafdrohung gestellt werden. Dies wäre aber falsch, weil § 24 sich nicht an diese Personen richtet, sondern ausdrücklich an die Rechtsträger, denen Vorkehrungen im Zusammenhang mit den persönlichen Geschäften vorgeschrieben werden. Es muss daher auch der Straftatbestand auf die Rechtsträger eingeschränkt werden.

Die Ausweitung der Strafbestimmungen wird jedenfalls entschieden abgelehnt, da dadurch eine Haftung jedes einzelnen Mitarbeiters oder sonst tätigen Person für Pflichten des Rechtsträgers gegeben wäre.

Im 3. Absatz ist die generelle Strafbarkeit für Verstöße gegen § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 jedenfalls zu weitreichend bzw. zu unbestimmt und abzulehnen.

Ausnahmen

- **Ausnahme für Versicherungsunternehmen:**

Wenngleich sich die Versicherungswirtschaft (auch) hinsichtlich der Vermittlung von Investmentfondsanteilen durch ihre Mitarbeiter zu einer bestmöglichen Information und Beratung des Kunden bekennt, sollte dennoch eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches auf Versicherungsunternehmen vor allem nicht zu Doppelgleisigkeiten von Erfordernissen nach dem VAG einerseits und dem WAG andererseits führen.

Was den Verweis auf die organisatorischen Bestimmungen anbelangt, so sollte dieser aufgrund der im VAG enthaltenen entsprechenden Bestimmungen klargestellt werden, dass Versicherungsunternehmen, soweit sie dem WAG unterliegen, keine Parallelstrukturen aufzubauen verpflichtet sind. Dies gilt umso mehr, als etwa auch für Kreditinstitute, die über eine hinreichend unabhängige Risikomanagementfunktion und eine interne Revision verfügen, in § 15 Abs.3 des Entwurfs ausdrücklich klargestellt wird, dass die in den §§ 18 bis 20 genannten Aufgaben (Compliance, Risikomanagement und interne Revision) von dieser Organisationseinheit ausgeübt werden können. Nach den Erläuternden Bemerkungen sollen nämlich keine Doppelfunktionen hinsichtlich der genannten Bereiche bezweckt werden.

Die Bundessparte Information und Consulting weist dazu im Hinblick auf die Mehrfachvermittlung auf folgenden Aspekt hin:

Die Vermittlung von Investmentfondsanteilen durch Agenten eines Versicherungsunternehmens führt zu einer Ungleichbehandlung: Versicherungsagenten nach der GewO dürfen für mehrere Versicherungsunternehmen konkurrierende Produkte vermitteln, hingegen sollen vertraglich gebundene Vermittler gem vorliegendem WAG-Entwurf nur für eine einzige Wertpapierfirma vermitteln dürfen. Dies ist ein zusätzliches Argument, im WAG die Mehrfachmittlung zuzulassen.

- **Ausnahme für die Vermittlung von Investmentfondsanteilen**

Die Bundessparte Information und Consulting fordert folgende Ausnahmeregelung:

In Umsetzung der Art 3 -Ausnahme soll in Österreich die Vermittlung von Investmentfondsanteilen aus dem WAG ausgenommen werden.

Die Bundessparte Bank und Versicherung hält hingegen die im Entwurf vorgeschlagenen Bestimmungen des Entwurfs im level playing fields über die Tätigkeit der WPDLU und Wertpapierfirmen für ausgewogen. Ein darüber hinausgehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

- **§ 2 Abs 1 - Ausnahme für Immobilien-KAGs**

§ 2 Abs. 1 WAG neu beinhaltet einen taxativen Ausnahmenkatalog, bei dem in Analogie zu § 2 Abs. 1 Z 9 WAG neu die Aufzählung der Immobilien-KAGs nach ImmoInvFG fehlt. Diesbezüglich ersuchen wir um Aufnahme der Immobilien-KAGs in Z 9 oder um Schaffung einer neuen Z 9a ersuchen, da in diesem Sinn Immobilien-KAGs analog zu dem Wertpapier-KAGs auch in § 2 Abs. 1 WAG aufgenommen werden müssten.

Es ist zwar ableitbar, dass Immo-KAGs vom Anwendungsbereich der MiFID aufgrund ihrer Tätigkeit ausgenommen sind, im Sinne der Rechtssicherheit wäre aber eine Klarstellung erforderlich, weshalb wir um entsprechende Klarstellung durch Aufnahme der Immo-KAGs in den Ausnahmekatalog des § 2 Abs. 1 WAG neu ersuchen.

- **MiFID-Ausnahme für Depotbanktätigkeiten**

Die OGAW Ausnahme gemäß Art 2 Abs 1 lit. h MiFID Level 1 bezieht sich nicht nur auf die Tätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft (dort „*manager*“) sondern auch auf die Funktionen der Depotbanken. Die Ausnahmeregelung ist daher unvollständig umgesetzt, wie die Gegenüberstellung zeigt:

DIRECTIVE 2004/39/EC (MIFID Level 1)	WAG Begutachtungsentwurf
<p><i>Article 2</i></p> <p>Exemptions</p> <p>1. This Directive shall not apply to:</p> <p>.....</p> <p>(h) collective investment undertakings and pension funds whether coordinated at Community level or not and the depositaries and managers of such undertakings;</p>	<p>§ 2. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes finden keine Anwendung auf:</p> <p>.....</p> <p>9. Kapitalanlagegesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Investmentfondsgesetz - InvFG 1993, BGBl. Nr. 532/1993, vorbehaltlich des Abs. 3;</p> <p>(3) Auf Kapitalanlagegesellschaften nach § 2 Abs. 1 InvFG, die Dienstleistungen nach § 3 Abs. 2 Z 1 und 2 erbringen, finden hinsichtlich dieser Tätigkeiten die Bestimmungen der §§ 16 bis 26, 29 bis 51, 52 Abs. 1 bis 4, 54 Abs. 1, 91, 92 Abs. 9 und 10 und der §§ 94 bis 96 Anwendung. Diese Gesellschaften sind bei der Erlassung der Verordnung nach § 90 Abs. 2 zu 67 vH zu berücksichtigen. Die auf sie entfallenden Beträge sind mit Bescheid vorzuschreiben.</p>

Es wäre daher notwendig durch Ergänzung des § 2 Abs. 1 Z 9 auch eine Ausnahme für die Depotbanken zu verankern:

9. Kapitalanlagegesellschaften gemäß § 2 Abs. 1 Investmentfondsgesetz - InvFG 1993, BGBl. Nr. 532/1993, vorbehaltlich des Abs. 3 und Kreditinstitute, soweit sie Depotbankfunktionen im Sinne des § 23 Investmentfondsgesetz sowie im Sinne des § 35 Immobilieninvestmentfondsgesetz ausüben;

- **Ausnahme für Mitarbeitervorsorgekassen**

Das geplante Bundesgesetz nimmt im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2004/39/EG eine Reihe von Finanzdienstleistern von der Anwendung der EU-Richtlinie aus.

Die Mitarbeitervorsorgekassen (MVK) sind wie Gruppen-Lebensversicherungen, betriebliche Kollektivversicherungen und Pensionskassen Finanzdienstleister, die ihre Verträge mit Arbeitgebern und nicht mit Letztverbrauchern abschließen. Diese österreichische Besonderheit in Form der Mitarbeitervorsorgekassen (es gibt europaweit keine anderen Finanzdienstleister, die ausschließlich Abfertigungszahlungen finanzieren) hat aufgrund des Willens des Gesetzgebers eine Konzession nach dem BWG. Für das Mitarbeitervorsorgegeschäft wurde ein eigener Konzessionstatbestand im BWG geschaffen (single license principle). Die Veranlagungsvorschriften der MVK entsprechen den Erfahrungen mit langfristiger Veranlagung und sind den Bestimmungen des PKG und VAG nachgebildet, wobei der maximale Aktienanteil auf 40 % beschränkt ist.

Auch Kapitalanlagegesellschaften sind von der Anwendung des WAG ausgenommen, so sie keine Dienstleistungen nach § 3 Abs. 2 Z. 1 und 2 WAG erbringen. Dienstleistungen nach § 3 Abs. 2 Z. 1 und 2 dürfen von Mitarbeitervorsorgekassen nicht erbracht werden.

Es wird daher ersucht, in Analogie zu den Ausnahmen für Lebensversicherungen, Pensionskassen und Investmentfonds auch die Mitarbeitervorsorgekassen in § 2 des Wertpapieraufsichtsgesetzes explizit zu berücksichtigen.

- In den Erläuterungen sollte wie in der BRD ausdrücklich festgehalten werden, dass z.B. Anteile an geschlossenen Immobilienfonds nicht den Aktien vergleichbar sind.

Darüber hinaus dürfen wir im Detail wie folgt Stellung nehmen:

Begriffsbestimmungen § 1 WAG

- Es sollte vermieden werden, den zentralen Begriff "Wertpapierfirma" dreimal - noch dazu voneinander abweichend - zu definieren: § 1 Z 1 und § 3 Abs 1 WAG 2007, § 2 Z 30 BWG. Diese unterschiedlichen Definitionen führen zumindest innerhalb der Systematik des WAG 2007 zu erheblichen Rechtsunsicherheiten

Wünschenswert wäre, dass an den Anfang des Gesetzes eine Bestimmung gestellt wird, aus der klar hervorgeht, für wen dieses Gesetz grundsätzlich gilt. Es finden sich an mehreren Stellen entsprechende Hinweise, die jedoch aufgrund ihres fragmentarischen Charakters kein einheitliches Bild vermitteln. (zB § 15 Abs 1, § 91 Abs 1 WAG). In diesem Sinn wäre etwa auch „Rechtsträger“ schon in § 1 generell zu definieren.

§ 1 Z 2

Es sollte klargestellt werden, ob sich der Begriff „Anlagetätigkeiten“ lediglich auf jene Tatbestände, die nicht „für Dritte“ erbracht werden können, somit ausschließlich „Handel für eigene Rechnung“ umfasst, bezieht.

§ 1 Z 2 letzter Satz

- Es sollte in den Erläuterungen klar gestellt werden, ob die Eigenemission von Kreditinstituten unter die Definition des § 1 Z 2 lit b WAG (Ausführung von Aufträgen für Rechnung von Kunden, vgl. Art. 4 Abs 1 Z 5 MiFID) fällt.
- Weiters ist die bloße Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten unklar: Einerseits ist die Vermittlung etwas anderes als die Auftragsdurchführung andererseits ist die bloße Vermittlung auch nicht als Wertpapierdienstleistung in der MiFID (zusätzlich zu dem in lit a enthaltenen Wortlaut) enthalten. Auch § 3 Abs 2 Z 3 bezeichnet nur die in lit a vorkommende Formulierung als Nachfolgebestimmung zu § 1 Abs 1 Z 19 c BWG (siehe auch die Überleitungsbestimmungen in § 103 Z 1 lit c und Z 2 lit b).

§ 1 Z 2 - weitere Anliegen

- lit b
Der Halbsatz, der mit „hinsichtlich der Abschnitte...“ beginnt, wäre zu streichen. Unklar ist, was dieser Halbsatz bedeutet, sowohl in Bezug auf die Verweise (warum gilt etwa Abschnitt IV nicht - Absicherung des Kundenvermögens) als auch in Bezug auf die Aussage betreffend Vermittlung. Wünschenswert wäre vielmehr eine Klarstellung, etwa in den Erläuternden Bemerkungen, dass lit b dem Tatbestand des § 1 Abs 1 Z 7 BWG entspricht.

- lit c
Analog dem BWG sollte auch hier eingefügt werden „sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt“.
- Es sollte klar definiert werden, wie die Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten behandelt werden:
 - Konzession gemäß § 3 WAG 2007
 - Konzession gemäß § 1 Abs 1 BWG (oder Nebentätigkeit für KIs gemäß § 1 Abs 3 BWG)
 - konzessionsfrei, Anwendbarkeit von bestimmten WAG 2007-Bestimmungen.

Falls bestimmte Wertpapierdienstleistungen gemäß § 1 Abs 1 BWG konzessionspflichtig sein sollten, sollte in dieser Hinsicht das Wording mit dem BWG vereinheitlicht werden, sodass hier keine rechtlichen Unsicherheiten entstehen.

Unklar ist, was unter „Anlagetätigkeit“ zu verstehen ist, auch wenn im letzten Satz der Z 2 der Versuch einer Definition unternommen wird. Es sollte auch klargestellt werden, welche Bestimmungen für „Anlagetätigkeiten“ gelten, was nicht unmittelbar ersichtlich ist. Bei der Definition dieses Begriffs sollte auch erhöhtes Augenmerk auf die Abgrenzung zu Anlagetätigkeiten, die nicht als Wertpapierdienstleistung im Sinne des WAG 2007 zu interpretieren sind, gelegt werden, um rechtliche Unsicherheiten zu vermeiden.

Es sollte das Verhältnis zur GewO 1994 klar gestellt werden, dh, ein Hinweis implementiert werden, dass Konzessionsfreiheit nach WAG 2007 nicht bedeutet, dass man für die Durchführung der Geschäfte keiner Gewerbeberechtigung bedürfte.

Hinsichtlich konzessionsfreier Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten sollte geklärt werden, welche Behörde für die Überwachung der Einhaltung der WAG 2007-Bestimmungen zuständig ist.

§ 1 Z 3 lit g

In lit g in der vorletzten Zeile sollte nach „Wertpapier-“, noch „ , Anlage-“, eingefügt werden.

§ 1 Z 4 lit a neu

Die deutsche RL-Übersetzung nennt zunächst die Voraussetzung ("am Kapitalmarkt gehandelt werden können"), die dann in weiterer Folge bei bestimmten aufgezählten Beispielen gar nicht zutreffen (dass Anteile an Personengesellschaften - jedenfalls in Österreich - nicht gehandelt werden können, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung). Der Grund liegt in einer falschen Bezugnahme der Passage "equivalent to shares" auf "in .. partnerships" statt auf "other securities" in der deutschen Richtlinien-Übersetzung.

Der deutsche Gesetzgeber hat dies erkannt und - anders als die deutsche RL-Fassung - die Passage "Aktien und andere Anteile an Personengesellschaften, soweit sie Aktien vergleichbar sind," gewählt (§ 2 Abs 1 Z 2 WpHG). Wir schlagen daher ebenfalls diese Formulierung vor.

In den Erläuterungen sollte wie in der BRD ausdrücklich festgehalten werden, dass z.B. Anteile an geschlossenen Immobilienfonds nicht den Aktien vergleichbar sind.

§ 1 Z 6 lit c

Entsprechend der EU-Richtlinie sollte besser "Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen" verwendet werden. Begründung: Sonst würden auch die geschlossenen Immobilienfonds mitumfasst sein (siehe unsere Stellungnahme zu Z 4 lit a)

§ 1 Z 6 lit c und Z 7 lit a

Das WAG nimmt in Bezug auf Investmentfonds bei der Definition der Finanzinstrumente eine *weite* Begriffsbestimmung vor (in- oder ausländische Kapitalanlagefonds, in- oder ausländische Immobilienfonds oder ähnliche Einrichtungen, die Vermögenswerte mit Risikostreuung zusammenfassen). Andererseits wird beim Begriff „nicht komplexe Finanzinstrumente“ lediglich von „Anteile eines der Richtlinie 85/611/EWG unterliegenden Organismus für gemeinsame Anlagen“ gesprochen. Damit wären § 20a InvFG - Fonds und PIF's nach InvFG sowie Immobilienfonds nach ImmoInvFG jedenfalls als komplexes Finanzinstrument anzusehen, was aber nicht der Absicht des Richtlinienetzgebers und vor allem den Anliegen der Praxis entsprechen würde.

Um der Intention des RL-Gesetzgebers sowie der Praxis entsprechend Rechnung zu tragen, ersuchen wir um Klarstellung in den EB zu § 1 Z 7 lit. a WAG neu, dass auch Investmentfonds nach § 20a Investmentfondsgesetz (InvFG), Immobilieninvestmentfonds gem. ImmoInvFG sowie Pensionsinvestmentfonds gem. InvFG nicht komplexe Finanzinstrumente darstellen. Die Vergleichbarkeit dieser Produkte ist durchaus gegeben und es wäre sachlich ungerechtfertigt, wenn Investmentfonds nach § 20a InvFG, Immobilieninvestmentfonds gem. ImmoInvFG sowie Pensionsinvestmentfonds gem. InvFG als komplexe Finanzinstrumente angesehen werden würden. Deshalb ersuchen wir um Klarstellung, dass der Verweis auf die OGAW-RL auch die Intention hat, diese Finanzinstrumente zu umfassen. Auf alle Fälle sollte unstrittig sein, wenn sich der Gesetzgeber zu dieser Erläuterung nicht durchringen sollte, dass Investmentfonds nach § 20a InvFG, Immobilieninvestmentfonds gem. ImmoInvFG sowie Pensionsinvestmentfonds gem. InvFG zumindest nicht komplexe Finanzinstrumente im Sinne des § 1 Z 7 lit. b WAG sind.

§ 1 Z 14 Kleinanleger

Es ist zwar bewusst, dass es sich hierbei um den in der deutschen Übersetzung der Richtlinie für Retail client verwendeter Begriff handelt, allerdings ist dieser in diesem Zusammenhang unpassend. Zutreffender wäre der im deutschen Umsetzungsentwurf im WpHG verwendete Begriff „Privatkunde“. Es führt nämlich gerade bei den unter diesen Begriff des Kleinanlegers fallenden Kunden, die auch Veranlagungen in mehreren Millionen Euro tätigen, möglicherweise zu Irritationen. Dies gerade deshalb, da der Kunde über seine Einstufung zu informieren ist.

§ 1 Z 15

Angelehnt an die englische Richtlinienfassung sollte es besser lauten:
„Limitauftrag: ein Kauf- oder Verkaufsauftrag für ein Finanzinstrument **zu** einem festgelegten Kurslimit **oder besser** und in einem festgelegten Umfang.“

§ 1 Z 20

Die Mehrfachvermittlung soll auch weiter nicht ausgeschlossen sein.

Die Bundessparte Bank und Versicherung führt dazu folgende Begründungen aus:

Was mit „... **oder** sonst unter vollständiger und unbedingter Haftung“ gemeint ist, sollte klargestellt werden. Gem. § 28 Abs 2 haftet der Rechtsträger gem. § 1313a ABGB für den gebundenen Vermittler, d.h. wie für einen Erfüllungsgehilfen. Offenbar beziehen sich dann die anderen Möglichkeiten auf im Ausland herangezogene Vermittler. Wenn das stimmt, könnte es in den Erläuterungen klargestellt werden.

Vertraglich gebundener Vermittler kann eine natürliche oder juristische Person sein. Wenngleich dies eher den § 28 betreffen wird, ist der Umgang mit juristischen Personen als vertraglich gebundener Vermittler nach dem Entwurf insgesamt unklar. Die juristische Person als vertraglich gebundener Vermittler einer Wertpapierfirma kann sich ihrerseits wieder vertraglich gebundener Vermittler bedienen, wobei hier wiederum juristische oder natürliche Personen in Frage kommen.

Zu hinterfragen ist, als wessen Erfüllungsgehilfe nun der vertraglich gebundene Vermittler einer solchen „Kette“, der dem Kunden gegenübertritt, tätig wird. Als vertraglich gebundener Vermittler „seiner“ Wertpapierfirma, oder als Erfüllungsgehilfe der Wertpapierfirma, für die „seine“ Wertpapierfirma tätig wird?

Fraglich ist auch, wie dies dem Kunden gegenüber offenzulegen ist, bzw. wie soll dies im entsprechenden Register der FMA berücksichtigt werden soll und welche Wertpapierfirma die Haftung gegenüber dem Kunden trifft.

Die Haftung für vertraglich gebundene Vermittler sollte klar der Wertpapierfirma zugeordnet werden, die sich des Vermittlers bedient, da dieser Auswahl, Schulung und Überwachung „ihrer“ vertraglich gebundenen Vermittler obliegt. Die Offenlegung gegenüber dem Kunden sollte ebenfalls dahingehend erfolgen und auf die Haftung der Wertpapierfirma, unter Außerachtlassung etwaiger dahinterliegender „Vermittlerketten“, erfolgen.

Die Bundessparte Information und Consulting führt zu der Bestimmung aus:

Diese Bestimmung ist unter Rücksichtnahme einer richtlinienkonformen Umsetzung, insbesondere im Hinblick auf eine teleologische Interpretation, zu streng. Vertraglich gebundene Vermittler sollten die Möglichkeit haben, für mehr als einen einzigen Geschäftsherrn (Rechtsträger nach § 15 WAG, Versicherungsgesellschaften und Kapitalanlagegesellschaften) Wertpapierdienstleistungen und/oder Nebendienstleistungen zu erbringen. Dafür spricht eine Reihe von Argumenten: Haftungszuordnung, Spezialisierung, wirtschaftliche Konsequenzen und Gleichheitswidrigkeit.

a. Haftungszuordnung (rechtliche Möglichkeit einer anderen Gestaltung)

Der Hintergrund der RL 2004/39/EG (MiFID) ist die eindeutige Haftungszuordnung für den Konsumenten, dies sollte hier analysiert werden. Bei den Versicherungsvermittlern ist die rechtliche Situation sehr ähnlich und trotzdem dürfen diese für mehrere Unternehmen tätig sein.

So wurde in den §§ 137 - 138 GewO der Mehrfachagent aus gutem Grund auch für konkurrenzierende Produkte zugelassen. Damit aber eine Zurechnung an einen bestimmten Haftungsträger möglich ist, sollte die Auswahlberatung je konkretem Kunden für mehrere Geschäftsherrn verboten werden. Daraus folgt, dass Vertriebsverträge - wie bisher - mit mehreren Wertpapierfirmen zulässig bleiben können.

WPDLU sollen weiterhin die Möglichkeit haben, vertraglich gebundene Vermittler heranziehen zu dürfen. Diese Möglichkeit kann richtlinienkonform erfolgen, wenn die Ausnahme in Artikel 3 (1) 2004/39/EG (MiFID) zum Tragen kommt. Die Ausnahme führt dazu, dass die WPDLU nicht dem Reglement der MiFID-Richtlinie unterliegen.

b. Spezialisierung

Viele Wertpapierfirmen haben sich auf einzelne Dienstleistungen und Produkte spezialisiert. Ein vertraglich gebundener Vermittler könnte daher, wenn er bei Ausübung seiner Tätigkeit an eine einzige Wertpapierfirma (WPF) - wie dies im WAG-Entwurf

vorgesehen ist - gebunden ist, seine Kunden nur mehr eingeschränkt beraten. WPF, die sich spezialisiert haben, werden kaum noch vertraglich gebundene Vermittler, die ihre Produkte anbieten, finden. Ein vertraglich gebundener Vermittler muss eine breite Produktpalette anbieten, um im Geschäftsalltag zu überleben. Daher ergeben sich zwei Probleme: Erstens können vertraglich gebundene Vermittler ihren Kunden nur mehr eine kleinere Produktpalette anbieten; und zweitens werden WPF mit einem spezialisierten Produktangebot keine vertraglich gebundenen Vermittler finden, um ihre kundenfreundlichen Nischenprodukte anzubieten. Als Folge würden Nischenprodukte, die für viele Konsumenten besonders wichtig sind, vom Markt verschwinden. Diese Einschränkung widerspricht der verfassungsrechtlich gewährleisteten Erwerbsfreiheit und schadet dem Wettbewerb.

Wenn eine Richtlinie mit den Verfassungsgesetzen kollidiert, muss der Gesetzgeber diese Richtlinie so umsetzen, dass beiden Rechtsnormen Rechnung getragen wird. Unser Vorschlag ist der einzige, der beide Kriterien erfüllt und muss daher umgesetzt werden. Sollte der Gesetzgeber trotzdem eine andere Lösung wählen, müssen zumindest Ausnahmeregelungen für Nischen- und Spezialprodukte gefunden werden, da diese Spezialisierung auch wirtschaftliche Konsequenzen hat.

c. Wirtschaftliche Konsequenzen

In der wirtschaftlichen Realität droht ca. 200 WPF sowie ca. 10.000 gewerblichen Finanzdienstleistungsassistenten (vertraglich gebundene Vermittler), die im Interesse des Kunden Produkte mehrerer Anbieter vermittelt haben, hohe Umsatzverluste sowie der Verlust eines großen Teil des Kundenstockes und daher das geschäftliche Aus. Im vorliegenden Entwurf bleibt die wesentliche Frage ungeklärt, wie die Situation mit jenen vertraglich gebundenen Vermittlern, die jetzt mit mehr als einer WPF Vermittlungsverträge abgeschlossen haben, zu beurteilen ist. Diese Vermittlungsverträge sind über Verfügungsentgelte (Bestandsprovisionen), die ihre Zuordnung über den Kundenvertrag haben, geregelt. Es kann den vertraglich gebundenen Vermittlern nicht zugemutet werden, zwischen den Bestandsprovisionen bei der einen WPF oder bei einer anderen WPF zu wählen und damit einen Großteil ihrer schon erwirtschafteten Einkünfte zu verlieren.

Weiter kann es den Kunden nicht zugemutet werden, dass aufgrund dieser Umsetzung ihre Verträge in eine neue WPF verschoben werden müssen. Die Kontinuität der meist auf Langfristigkeit ausgelegten Kundenberatung ist gefährdet, wenn die derzeit ca. 10.000 tätigen Finanzdienstleistungsassistenten (vertraglich gebundene Vermittler, die jetzt Mehrfachvermittler sind) gezwungen sind, nach dem 1.11.2007 nur mehr für eine WPF zu arbeiten und daher die Kunden bei den anderen WPF oder den WPDLU nicht mehr betreut werden dürfen.

d. Gleichheitswidrigkeit

Die vorgesehene Regelung des vertraglich gebundenen Vermittlers ist gleichheitswidrig, weil Versicherungsagenten als Mehrfachagenten für mehrere Versicherungsunternehmen Investmentfonds vermitteln dürfen (§ 3 (3) VAG), während vertraglich gebundenen Vermittlern nach MiFID diese Möglichkeit verwehrt bleibt. Eine weitere Ungleichbehandlung ist die fehlende Registrierungspflicht für derartige Versicherungsagenten bei der FMA. In § 3 (1) 2. Satz WAG-Entwurf wird festgelegt, dass natürliche oder juristische Personen, die sich auf das BWG gründen und Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten ausüben, keine WPF sind. Genauso verhält es sich mit Versicherungsunternehmen und Kapitalanlagegesellschaften. Daher lässt der aktuelle Gesetzestext den Schluss zu, dass vertraglich gebundene Vermittler zwar nur für eine WPF, aber für mehrere Kreditinstitute oder Versicherungen oder Invest-

mentfondsgesellschaften arbeiten dürfen. Diese unsachliche Differenzierung stellt einen gleichheitswidrigen Zustand her und sollte auf jeden Fall vor Gesetzwerdung korrigiert werden, um nicht einer Verfassungsklage standhalten zu müssen. Der vertraglich gebundene Vermittler muss entweder, wie wir fordern, für jeden arbeiten können oder nur für ein Unternehmen, egal ob dieses ein Versicherungsunternehmen, Kapitalanlagegesellschaft oder eine WPF ist. Eine andere Interpretation wäre darüber hinaus richtlinienwidrig, da die Richtlinie für alle Wertpapierfirmen gilt und zwar auch dann, wenn Banken, Versicherungsunternehmen oder Kapitalanlagegesellschaften aufgrund einer österreichischen Bestimmung die in der MiFID umfassten Geschäfte ausführen dürfen, ohne eine WPF sein zu müssen.

e. Vorschlag der BSIC:

Der folgende Vorschlag muss im Zusammenhang mit dem vorgeschlagenen § 28 (9) WAG (dieser wird bei der Stellungnahme zu § 28 WAG-Entwurf vorgestellt) gesehen werden. Dadurch ist der Zweck, die eindeutige Haftungszuordnung, genauso gegeben, aber die Kluft zwischen der verfassungsrechtlich gebotenen Erwerbsfreiheit und der richtlinienkonformen Umsetzung überwunden. Durch den Vorschlag sind die Bedenken der Gleichheitswidrigkeit entkräftet und die bestehende Angebotsvielfalt ist nicht mehr so akut gefährdet. Aus Sicht der BSIC besteht eine nationale Gestaltungsmöglichkeit analog zu jener bei den Versicherungsvermittlern. Diese muss ausgenutzt werden.

Vorschlag daher der Bundessparte Information und Consulting:

§ 1 Z 20 WAG-Entwurf:

Vertraglich gebundener Vermittler: jede natürliche oder juristische Person, die als Erfüllungsgehilfe oder sonst unter vollständiger und unbedingter Haftung einer Wertpapierfirma oder eines einzigen Wertpapierdienstleistungsunternehmens Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringt, Aufträge von Kunden über Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente annimmt, weiterleitet oder ausführt, Finanzinstrumente platziert oder die Dienstleistung der Anlageberatung erbringt.

§ 1 Z 27

Diese Bestimmung ist zu unbestimmt. Die Grenzlinie zwischen einer Beratung für das „breite Publikum“ und jener Anlageberatung, die eine persönliche Beratung erfordert, ist unter Beachtung von Online-Plattformen zu ungenau. Die Erläuterungen erwähnen das Internet zwar genauso wie die Erwägung 79 der RL 2006/73/EG (DfRL), jedoch wird hier nicht zwischen dem Internet als Werbeplattform und dem Internet als Geschäftsplattform unterschieden. Für letzteres sollte eine differenzierte Regelung getroffen werden.

§ 1 Z 27 lit a

Begriff "Anleger" ist nicht definiert, sollte "Kunde" (Z 12) gemeint sein sollte darauf verwiesen werden, der Begriff "potentieller Anleger" würde diesfalls nicht benötigt.

§ 1 Z 29 lit c

Der Begriff „Firma“ ist in diesem Zusammenhang nicht zutreffend.

§ 1 Z 29 31 und 32

Die genannten Bestimmungen definieren die Begriffe "relevante Person" und "Auslagerung", wobei - im Unterschied zu Z 33 - nur auf Wertpapierfirmen abgestellt wird. Klarzustellen wäre, ob auch Kreditinstitute gemeint sind (oder nur Wertpapierfirmen gem. § 3).

§ 1 Z 31

Zur Definition der Auslagerung:

Es fehlt der Nachsatz aus Art 2 Z 6 D-RL (...), das/die die Wertpapierfirma ansonsten selbst übernehme.

§ 1 Z 32 lit a

Die Passage „und den Unternehmen, an denen das Mutterunternehmen oder seine Tochterunternehmen eine Beteiligung halten“ bedeutet, dass im WAG eine andere Gruppendifinition verwendet wird als im BWG. Es wird bezweifelt, ob dies sinnvoll ist.

§ 2 Ausnahmen

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auch auf die in den grundsätzlichen Ausführungen angeführten Anliegen und weisen auf folgende ergänzende Anliegen hin:

§ 2 Abs 1

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird die Auffassung vertreten, dass Art 3 auch bestimmte Finanzinstrumente vom Anwendungsbereich der MiFID ausnimmt (OGAWs), und diese Ausnahmeoption in Anspruch genommen werden soll, wobei die Wohlverhaltensregeln und die Konsumentenschutzbestimmungen aber weiter für diese Instrumente gelten sollen.

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden hingegen von der **Kreditwirtschaft** im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar. Auch im Bereich der Anlegerentschädigung wird die im vorliegenden Entwurf des BMF vorgesehene Regelung als ausgewogen erachtet.

§ 2 Abs 1 Z 5

Diese Ausnahmebestimmung wurde aus der MIFID übernommen, ohne zu erläutern, welche Personen, welche beruflichen Tätigkeiten und welche Standesregeln nach innerstaatlichem Recht von dieser Richtlinienbestimmung erfasst werden sollen. Durch den Hinweis in den Erläuterungen, dass diese Bestimmung in dieser Form bereits im bisherigen WAG enthalten war (§ 9 Abs 1 Z 3), wird der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung nicht klarer.

§ 2 Z 8

Wir sprechen uns gegen die Ausnahme der BFA aus, soweit sie über die Schuldenverwaltung des Bundes hinausgeht.

§ 2 Z 9

Hier wäre eine Ergänzung der Ausnahme um KAGs für Immobilien nach dem ImmoInvFG vorzunehmen.

§ 2 Abs 3

Der Entwurf sieht vor, dass das WAG hinsichtlich bestimmter, taxativ aufgezählter Bestimmungen, auf Kapitalanlagegesellschaften Anwendung findet. In " 2 Abs 3 vor der Passage „ §§ 16 bis 26, ...“ sollte auch „§ 15 Abs. 3“ (Risikomanagement und Interne Revision) eingefügt werden

Zu § 2 Abs 2 und 3 vertritt die Bundessparte Information und Consulting folgende Position:

§ 2 Abs 2

Es bleibt in dieser Ausnahmebestimmung offen, ob Versicherungen von dieser Ausnahmebestimmung betroffen sind. Zum Beispiel enthalten fondsgebundene Lebensversicherungen oft einen überwiegenden Aktienanteil. Diese teilweise risikoreichen Geschäfte sind von der Richtlinie umfasst. Daher sollte geregelt werden, dass von Versicherungsunternehmen vertriebene Fonds auch vom gesamten WAG 2007 umfasst sind. Sonst entsteht ein erheblicher Wettbewerbsnachteil für die WPF und WPDFLU. Der von der Richtlinie angepeilte Konsumentenschutz wäre nicht gegeben. Bei einer eventuellen Regelung dieser Wettbewerbsverzerrung sollte auch das Problem eines späteren Wechsels zu einem anderen Fonds geregelt werden.

Auffallend ist ebenfalls, dass die Bestimmung des § 75 (2) VAG (entspricht inhaltlich den §§ 11 ff WAG alt) nicht an die Neuregelung des WAG angepasst wurde. Durch diesen „Fehler“ entsteht eine unnötige Ungleichbehandlung und damit ein erheblicher Wettbewerbsvorteil der fondsgebundenen Lebensversicherung. Dies sollte aus wettbewerbsrechtlichen Gründen sowie Konsumentenschutzerwägungen unbedingt abgeändert werden.

Aus diesen und anderen wettbewerbsrechtlichen Erwägungen und aufgrund der unbegründeten Ungleichbehandlung müssen die §§ 16 - 57 WAG-Entwurf auch für Versicherungsunternehmen gelten.

§ 2 Abs 3

Für diesen Absatz gilt dieselbe Argumentation wie bei den Versicherungsunternehmen in § 2 Abs 2 WAG-Entwurf. Aus diesen Erwägungen müssen die §§ 16 - 57 WAG-Entwurf auch für Kapitalanlagegesellschaften nach § 2 Abs 1 InvFG zur Anwendung kommen.

Die Bundessparte Bank und Versicherung lehnt diese Forderungen ab, da die Richtlinie den Bereich der Versicherungsunternehmen explizit ausnimmt.

§ 3 Wertpapierfirmen

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDFLU werden auch Sicht der Bundessparte Bank und Versicherung im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist aus Sicht der österreichischen Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

Auch im Bereich der Anlegerentschädigung wird die im vorliegenden Entwurf des BMF vorgesehene Regelung als ausgewogen erachtet.

Dazu werden aber zum Teil abweichende Meinungen der Bundessparte Information und Consulting vertreten (der Fachverband Finanzdienstleister, der WPDLUs vertritt, ist in dieser Bundessparte vertreten).

§ 3 Abs 1

Klarzustellen wäre, dass Kreditinstitute ebenfalls das MTF-Geschäft betreiben dürfen. Das ist durch die Formulierung des Abs 1 derzeit nicht sicher gestellt.

§ 3 Abs 3

Abgesehen davon, dass der Begriff „österreichische Kreditinstitute“ sowohl dem WAG 2007 als auch dem BWG fremd ist, sollte aus systematischen Gründen der Umfang der Berechtigung von Kreditinstituten sich ausschließlich nach dem BWG richten. Auch hier sollten sich die Begrifflichkeiten eng am Katalog in § 1 Z 3 orientieren, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

§ 3 Abs 4

Hier wäre eine Art „Konkordanztabelle“ in den Erläuterungen wünschenswert um klarzustellen, welcher Tatbestand dem WAG und welchem im BWG entspricht. Ansonsten sind Friktionen zu befürchten.

§ 3 Abs. 5

Es sollte die Zugehörigkeit zu einer Entschädigungseinrichtung im Falle des § 3 Abs 2 Z 2 auch zu den Konzessionsvoraussetzungen gehören (vgl Art 11 RL 2004/39/EG). Die fachliche Eignung der Geschäftsleiter sollte in den Katalog der Konzessionsvoraussetzungen aufgenommen werden (vgl § 10 Abs 4).

- Zu § 3 (5) Z 6 WAG-Entwurf wird von der Bundessparte Information und Consulting folgende Position vertreten: Der Verweis auf § 5 (1) Z 6 ist zu streng. Diese Bestimmung ist ein Berufsverbot für unverschuldet in Konkurs gegangene Unternehmer. Experten aus Wissenschaft und Lehre, darunter Kalss/Holoubek/Raschauer und Brandl/Wolfbauer, lehnen diese und ähnliche Bestimmungen in dieser Ausformung ab. Diese Bestimmung sollte durch eine Nachsichtsregelung ähnlich dem § 13 GewO gelockert werden.
- Im Hinblick darauf, dass der gesamte Wertpapierbereich ein sehr sensibler ist, wird die Forderung von der Bundessparte Bank und Versicherung als problematisch angesehen.

§ 3 Abs 6

Zu § 3 Abs 6 vertritt die Bundessparte Information und Consulting folgende Position:

Die Umsetzung ist nicht richtlinienkonform. Der Art 12 der RL 2004/39/EG (MiFID) verweist auf die RL über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten in der aktuellen Fassung (RL 2006/49/EG vom 14. Juni 2006). Aus Art 3 (1) b iii iVm Art 7 dieser RL ergibt sich, dass Wertpapierfirmen, die lediglich befugt sind, die Dienstleistungen der Anlageberatung zu erbringen und/oder Aufträge von Anlegern entgegen zu nehmen und weiter zu leiten, ohne dass sie Geld oder Wertpapiere ihrer Kunden halten, und die aufgrund dessen zu keiner Zeit zu Schuldnern dieser Kunden werden können, ein Anfangskapital von 50.000 EUR haben müssen oder über eine für das

gesamte Gemeinschaftsgebiet geltende Berufshaftpflichtversicherung oder eine vergleichbare Garantie für Haftungsfälle aus beruflichem Verschulden verfügen, die eine Haftungssumme von mindestens 1,000.000 EUR für jeden einzelnen Schadensfall und eine Gesamtsumme von mindestens 1,500.000 EUR für sämtliche Schadensfälle eines Kalenderjahres vorsieht oder eine Kombination aus Anfangskapital und Berufshaftpflichtversicherung aufweisen, die ein Deckungsniveau ermöglicht, das dem der unter den Buchstaben a oder b genannten gleichwertig ist. Diese Bestimmung kann nicht als eine Option für den Gesetzgeber interpretiert werden, sondern ist klar eine Möglichkeit für die Wertpapierfirmen. Daher muss der WPF die Möglichkeit gegeben werden, zwischen Anfangskapital und Berufshaftpflichtversicherung oder einer Kombination von beiden zu wählen.

Die Anfangskapitalforderung für alle MTF mit 730.000 EUR ist überschießend und durch die RL über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten in der aktuellen Fassung nicht geboten. Daraus entsteht eine Inländerdiskriminierung zum Beispiel gegenüber Anbietern aus Deutschland. Deswegen sollte für MTF, die keine Kundengelder halten dürfen, die Anfangskapitalausstattung auf 125.000 EUR gesenkt werden.

Die Bundessparte Information und Consulting schlägt daher vor:

Z 2. 125.000 EUR, sofern der Geschäftsgegenstand die Portfolioverwaltung mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden umfasst oder den Betrieb eines MTF der nicht das Halten der Kundengelder oder den Eigenhandel im Geschäftsgegenstand umfasst.

Z 3. 730.000 EUR, sofern der Geschäftsgegenstand den Betrieb eines für MTF umfasst und nicht in die Ausnahme der Z 2 fällt.

Weiters ergibt sich aus der RL über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten in der aktuellen Fassung Folgendes: Nach Art 8 RL 2006/49/EG besteht die Möglichkeit, die Anfangskapitalausstattung für die im Sinne der RL 2002/92/EG (Versicherungsvermittlungsrichtlinie) eingetragenen Firmen die Berufshaftpflichtversicherung der Höhe nach zu halbieren. Diese Möglichkeit sollte vom österreichischen Gesetzgeber ergriffen werden, um damit eine Inländerdiskriminierung von vornherein auszuschalten.

Vorschlag der Bundessparte Information und Consulting für einen Z 4 in § 3 (6):

Z 4. Ist eine Wertpapierfirma nach Z 1 auch als Versicherungsvermittler eingetragen und erfüllt die Wertpapierfirma eine Berufshaftpflichtvoraussetzung als Versicherungsvermittler, muss diese Firma nur entweder

a) ein Anfangskapital von 25.000 EUR oder

b) eine für das gesamte Gemeinschaftsgebiet geltende Berufshaftpflichtversicherung oder eine vergleichbare Garantie für Haftungsfälle aus beruflichen Verschulden verfügen, die eine Haftungssumme von mindestens 500.000 EUR für jeden einzelnen Schadensfall und eine Gesamtsumme von mindestens 750.000 EUR für sämtliche Schadensfälle vorsieht, oder

c) eine Kombination aus Anfangskapital und Berufshaftpflichtversicherung aufweisen, die ein Deckungsniveau ermöglicht, das dem der unter den Buchstaben a oder b genannten gleichwertig ist.

Die Bundessparte Bank und Versicherung sieht hingegen die im Entwurf vorgesehenen Regelungen im Sinne eines level playing fields als ausgewogen. Ein darüber hinausgehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

§ 3 Abs 6 Z 1

Die Diktion sollte mit § 1 Z 2 und § 3 Abs 2 gleichgeschaltet werden, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

§ 4 Wertpapierdienstleistungsunternehmen

Zu der Frage konnte kein Konsens zwischen den Bundessparten in der WKÖ hergestellt werden:

Seitens der Bundessparte Bank und Versicherung wird dazu vorgebracht:

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden von der Kreditwirtschaft im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist aus Sicht der österreichischen Kreditwirtschaft nicht vorstellbar. Auch im Bereich der Anlegerentschädigung wird die im vorliegenden Entwurf des BMF vorgesehene Regelung als ausgewogen erachtet.

Es sollte klar definiert werden, wer ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist und welchen Konzessionsvoraussetzungen ein solches Unternehmen unterliegt. Dies ist durch die Konstruktion des § 4 derzeit noch nicht ausreichend sichergestellt, wo nur definiert wird, welche Voraussetzungen nicht gelten. Auch sollte in Abs 1 der Begriff „Wertpapierdienstleistungsunternehmen“ zumindest einmal erwähnt werden, denn offensichtlich wird der Begriff dort definiert. Weiters fordert die Bundessparte Bank und Versicherung, dass geregelt werden soll, was zu passieren hat, wenn die 730 T EUR-Grenze überschritten wird.

Die Bundessparte Information und Consulting (BSIC - die Wertpapierdienstleistungsunternehmen werden von dieser Sparte vertreten) vertritt hingegen dazu folgende Position:

Die BSIC fordert grundsätzlich, dass WPDLU aus dem WAG ausgenommen werden. Sollte dies nicht möglich sein, kann der Verbleib des WPDLU im WAG unter folgenden Voraussetzungen akzeptiert werden. Die Ausnahme des Art 3 (1) in der RL 2004/39/EG (MiFID) muss richtig und nicht überschießend umgesetzt werden. Wenn nur die in Art 3 (1) der RL 2004/39/EG (MiFID) genannten Tätigkeiten und diese nur im Inland ausgeübt werden dürfen, sollten die nicht notwendige Umsatzgrenze von 730.000 EUR sowie das Verbot, das in der Richtlinie keine Deckung findet, vertraglich gebundene Vermittler zu beschäftigen, aus dem Gesetzesentwurf entfernt werden. Bei einer in diesem Gesetzesentwurf angestrebten Maximalharmonisierung sollte auch die Verwendung der Ausnahme des Art 3 (1) der RL 2004/39/EG (MiFID) einheitlich erfolgen, die Einführung einer nationalen Umsatzdeckelung entspricht diesem Prinzip nicht.

Die Grenze von 730.000 EUR, deren Notwendigkeit und Nützlichkeit deutlich bestritten wird, sollte nur Umsätze aus der Tätigkeit einer WPF beinhalten. Dies insbesondere unter Berücksichtigung von Unternehmen, die diese Tätigkeit als ihren zweiten Geschäftsbereich

betreiben. Daher sollte klargestellt werden, dass sich die Umsatzerlöse nur auf den Tätigkeitsbereich als WPDLU beziehen.

Vorschlag der BSIC für die Absätze 1 und 2:

§ 4. (1) Für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs 2 Z 1 und 3 brauchen natürliche oder juristische Personen mit Sitz im Inland, sofern diese im Rahmen der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/39/EG angeführten Schranken erfolgt, für die Erlangung der Konzession die in Abs 2 genannten Voraussetzungen nicht erfüllen. Solche Unternehmen dürfen sich nicht als Wertpapierfirmen bezeichnen. Sie sind ausschließlich zur Erbringung von Dienstleistungen im Inland berechtigt.

(2) Folgende Konzessionsvoraussetzungen und sonstige für Wertpapierfirmen geltende Anforderungen müssen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen nicht erfüllt werden:

- 1. Die in § 5 Abs 1 Z 12 und 13 BWG genannten Voraussetzungen für Geschäftsleiter;*
- 2. die Voraussetzung nach § 3 Abs 6, wenn das Unternehmen durch eine Berufshaftpflichtversicherung versichert ist;*
- 3. die Verpflichtung gemäß § 9 Abs 2.*

Auf die fehlende Voraussetzung nach § 5 Abs 1 Z 12 BWG muss in den Geschäftspapieren in geeigneter Form hingewiesen werden.

Position der BSIC zu § 4 (3) WAG-Entwurf:

Diese Bestimmung kann so verstanden werden, dass nur Haftpflichtversicherungen mit Versicherungsunternehmen, die den Sitz in Österreich haben, abgeschlossen werden dürfen. Dies sollte unmissverständlich berichtet werden. Es ist wichtig, dass Haftpflichtversicherungen auch mit Versicherungsunternehmen, mit Sitz im EWR-Ausland unter Einschluss der Schweiz, abgeschlossen werden können, da sonst befürchtet werden muss, dass sich entweder keine Anbieter finden, oder nur wenige Versicherungsunternehmen zu sehr hohen Preisen diese neuen Versicherungstatbestände anbieten. Diese Befürchtung hat sich schon bei der Einführung anderer Berufshaftpflichtversicherungen bewahrheitet. Die jetzige Bestimmung ist auch unter europarechtlichen Überlegungen bedenklich, da eine Diskriminierung von europäischen Versicherungsunternehmen vorliegt, die unserer Meinung nach nicht gerechtfertigt werden kann.

Zu § 4 WAG-Entwurf: Folgender neuer Abs 4 soll eingefügt werden

(4) Wertpapierdienstleistungsunternehmen dürfen sich im Inland mehrerer gebundener Vermittler bedienen. Diese haben sich bei Aufnahme des Kundenkontaktes unaufgefordert auszuweisen unter Darlegung für welche Wertpapierfirma oder welches Wertpapierdienstleistungsunternehmen sie Wertpapierdienstleistungen erbringen. Die vertraglich gebundenen Vermittler sind unter keinen Umständen zur Empfangnahme von oder Verfügung über Kundengelder befugt. Auf diesen Umstand ist in den den Vermittlern auszustellenden Ausweisen und den Geschäftspapieren der Wertpapierfirma oder des Wertpapierdienstleistungsunternehmens hinzuweisen. Jede Auswahlberatung konkurrenzierender Produkte, die von verschiedenen Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder Kreditinstituten angeboten werden, ist unzulässig. Gewerbliche Vermögensberater (§ 94 Z 75) sind bei Einhaltung der Bedingungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes auch zu Tätigkeiten im Sinne des § 28 WAG berechtigt. § 7 des Wertpapieraufsichtsgesetzes gilt für diese Tätigkeiten sinngemäß.

§ 5 (3)

Diese Bestimmung ist in Bezug auf Vermögensverwalter unklar. Es wäre wünschenswert, hier auch die Situation der Vermögensverwalter zu berücksichtigen. Denn es ist im Moment nicht klar, wie ein Vermögensverwalter seine Wertpapierdienstleistungen abwickeln muss, damit er seine Konzession rechtmäßig zurücklegen kann. Es sollte die Möglichkeit gegeben werden, im Einvernehmen mit dem Kunden, die Kundenbetreuung auf ein anderes konzessioniertes Unternehmen zu übertragen.

§ 7 Verschwiegenheitspflicht

Die Bundessparte Bank und Versicherung vertritt dazu folgende Position:

Auch wenn diese Bestimmung dem jetzigen Rechtsbestand entnommen ist, ist es unter dem Gesichtspunkt eines level playing field erforderlich, dass die Zustimmung des Kunden zur Geheimnisoffenbarung jedenfalls ausdrücklich und schriftlich erfolgen muss (und nicht bloß mündlich bzw. konkludent).

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird dazu folgende ergänzende Klarstellung vorgeschlagen:

§ 7 (1) Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen sowie deren vertraglich gebundene Vermittler sind zur Verschwiegenheit über Geheimnisse, die sie ausschließlich aus Wertpapiergeschäften (§ 1 Abs 1 Z 7 lit. b bis f BWG) oder Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs 2 ihrer Kunden, die sie im Auftrag ihrer Kunden gemäß § 3 Abs 2 Z 3 vermitteln oder anbahnen oder im Rahmen ihrer Vollmacht gemäß § 3 Abs 2 Z 2 für diese ausführen, erfahren haben, verpflichtet, sofern dieser Verschwiegenheitspflicht keine gesetzliche Auskunftspflicht entgegensteht oder der Kunde der Offenbarung des Geheimnisses zustimmt. Die Verschwiegenheitspflicht nach dem ersten Satz gilt weiters nicht, soweit die Offenbarung des Geheimnisses zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunden erforderlich ist.

§ 8

Diese Bestimmung sollte genauer gefasst werden. Die Formulierung „entsprechend rechtskräftiger Bescheide“ lässt viele Interpretationsmöglichkeiten offen. Diese Formulierung hat schon in den letzten Jahren zu Verwirrungen geführt und daher sollte die Möglichkeit dieser Novellierung genutzt werden, diese Unklarheiten zu bereinigen.

§ 9 Eigenkapital

- Zu § 9 merkt die Bundessparte Information und Consulting grundsätzlich an, dass WPF nicht mit Banken verglichen werden sollten. WPF können keine Kredite gewerbsmäßig vergeben. Außerdem halten die nicht vermögensverwaltenden Wertpapierfirmen keine Kundengelder. Diese Regelung ist nach der RL 2004/39/EG (MiFID) nicht geboten.
- Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden hingegen von der Kreditwirtschaft im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

§ 9 Abs 4

Wenngleich diese Bestimmung bereits mit BGBl Nr 63/1999 ins WAG eingeführt wurde, erscheint sie diesbezüglich doch etwas weitgehend. Im Gegensatz zu dem in den EB (NR: GP XX RV 1614) zu dieser Bestimmung genannten § 23 Abs 6 BWG (hier: Wiederbefüllung der Haftrücklage) wird hier der Fall angesprochen, dass das Mindesteigenmittelerfordernis gemäß § 9 Abs 2 unterschritten wird. Es wird für eine Streichung plädiert.

§ 9 Abs 5 und 6

Dazu vertritt die Bundessparte Information und Consulting folgende Position:

Absatz 5 und 6 sollen wegfallen, weil das operative Risiko schon in den Absätzen 1 - 4 erfasst ist und Wertpapierfirmen und WPDLU grundsätzlich keine Kredite vergeben können, daher keinem Kreditrisiko unterliegen und zudem niemals Schuldner ihrer Kunden werden können. Ein trotzdem auftretendes operatives Risiko kann besser von einer Haftpflichtversicherung abgedeckt werden. (Es sei daran erinnert, dass die letzten Konkurse von WPDLU null Masse ergeben haben.)

Diese Bestimmung ist nicht ausreichend konkretisiert und auf Vermittler de facto unanwendbar. Die Bestimmungen des BWG setzen einige Verordnungen der FMA voraus. Ohne diese Verordnungen, für die es im vorliegenden Entwurf keine rechtliche Grundlage gibt, sind diese Bestimmungen völlig unbestimmt (dies widerspricht Art 18 B-VG), mathematisch nicht greifbar und insofern ungeeignet, da die Wertpapierfirmen nicht Schuldner ihrer Kunden werden dürfen und daher keine Abwicklungs- oder Handelsrisiken bestehen. Es gibt kein Transaktionsrisiko von WPF, weil diese keine Kredite vergeben und Orders nicht selbst abwickeln. WPF leiten Orders nur weiter und haben kein Handelsbuch. Daher sollten keine weiteren Voraussetzungen normiert werden. Die Erfordernisse der RL 2006/49/EG (RL über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten) müssen als ausreichend angesehen werden. Bei Bestehen einer Haftpflichtversicherung analog den WPDLU (§ 4 (2) und (3) WAG-Entwurf) im Sinne der Bestimmungen des BWG können keine operationalen Risiken (außer der Fehlberatung des Kunden) das Eigenkapital belasten und daher sollte jedenfalls kein weiteres Eigenkapital in diesen Fällen gehalten werden müssen. Die einzigen Risikofaktoren sind die fehlerhafte Weiterleitung von Kundenorders oder die Fehlberatung. Diese Faktoren sind bei Vermittlern bis dato nicht in eine statistische Beziehung zum Eigenkapital und einer Schadensgeneigntheit gesetzt worden. Aus diesem Grund sind entsprechende „capital at risk“-Ansätze falsch.

Bei den Beratern und Vermittlern ist ein operationelles Risiko nicht denkbar, weshalb diese Bestimmung entfallen sollte. Versicherte Vermögensverwalter sollten jedenfalls aus dieser zusätzlichen Notwendigkeit, mehr Eigenkapital aufzubringen, befreit werden.

Die Bundessparte Bank und Versicherung hingegen sieht die Bestimmungen in Hinblick auf das level playing field als ausgewogen.

§ 10 Abs 1

Hinsichtlich der „**erforderlichen Zuverlässigkeit**“ sollte die etwas klarere Formulierung des BWG (§ 5 Abs 1 Z 7) übernommen werden, ebenso hinsichtlich der „**ausreichenden Erfahrung**“ (§ 5 Abs 1 Z 8 BWG).

§ 11 Abs 3 u. 6

Auch hier („**erforderliche solide und umsichtige Führung**“) sollte die BWG-Formulierung übernommen werden (§ 5 Abs 1 Z 3).

Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

§ 12

Zwar wurde nun im § 6 bei den österreichischen Wertpapierfirmen § 78 Abs 8 und 9 BWG als zu berücksichtigende Norm aufgenommen nicht jedoch bei jenen, die im Rahmen der Niederlassungsfreiheit tätig werden. Auch hier wäre diese Bestimmung zu ergänzen.

Zu § 12 Abs 4: Es darf nicht möglich sein, dass ausländische Unternehmen im Wege der freien Dienstleistungsfreiheit Wertpapierdienstleistungen unter den Wohlverhaltensregeln des Herkunftslands erbringen.

Jeder Österreicher soll sich darauf verlassen können, dass ihm Wertpapierdienstleistungen nur unter der Anwendung der österreichischen Wohlverhaltensregeln erbracht werden. Es ist für die Konsumenten sonst nicht nachvollziehbar, wie und unter welchen Wohlverhaltensregeln die Leistung erbracht wird.

§ 14

Es wird dafür plädiert, den Bankaufsichtlichen Prüfbericht (BAP) für Zweigstellen aufrecht zu erhalten. (Vgl bisherigen § 63 Abs 6a BWG.)

Die Aufsichtsbestimmung des § 72, bei dem es um die Aufsicht von Internalisierern ausländischer Kreditinstitute oder Wertpapierfirmen nach § 12 geht, sollte systematisch auch unter § 14 geregelt werden.

Organisation

§ 15

Es müsste vermutlich richtig heißen: " von einer dieser Organisationseinheiten".

§ 15 Abs 2 Z 4

- Die Bundessparte Information und Consulting fordert eine Streichung dieser Ziffer und gründet dies auf die Ausnahme-option gem Art 3 der RL.
- Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden hingegen von der **Kreditwirtschaft** im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

§ 17 (1) Z 7:

Nach Ansicht der Bundessparte Information und Consulting wird über § 17 (1) Z 7 WAG-Entwurf indirekt normiert, dass die bei der Wertpapierfirma einzurichtenden „Funktionen“ von einer einzelnen Person ausgeführt werden können. Eine gesetzgeberische Klarstellung scheint notwendig.

§ 17 Abs 5

Im Zusammenhang mit den Beschwerden sollte, um Unschärfen zu vermeiden, zur Präzisierung die Formulierung „der zu ihrer Erledigung getroffenen Maßnahmen“ verwendet werden.

§ 18 Compliance

Die hier angesprochenen "Grundsätze der Auftragsdurchführung" finden sich im umgesetzten Art 6 Abs 1 DRL nicht. Dieser Artikel bezieht sich auf Grundsätze, die allgemein sicherstellen sollen, dass die Bestimmungen des WAG eingehalten werden. Insofern wäre die Bezugnahme auf die "Grundsätze der Auftragsdurchführung" zu streichen.

§ 18 Abs 1

Weshalb gerade die Vorkehrungen für persönliche Geschäfte gemäß § 24 extra betont werden (im Unterschied zu allen sonstigen Vorkehrungen der Rechtsträger), sollte begründet werden, da diese Betonung ansonsten verwirrend wirkt.

§ 18 Abs 2

Der Umstand, dass die angemessenen Maßnahmen und Verfahren für die FMA nachvollziehbar sein müssen, ist in der Richtlinie nicht enthalten. Diese spricht vielmehr davon, dass die Behörde in der Lage sein muss, ihre Befugnisse im Rahmen der Richtlinie wirksam auszuüben. Wir verstehen diese Bestimmung in der Weise, dass die FMA uneingeschränkter Zugang haben muss. Das Wort Nachvollziehbarkeit ist daher zu streichen und stattdessen entweder der Richtlinien text oder folgende Formulierung zu übernehmen: „Hiebei ist zu gewährleisten, dass die FMA im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse uneingeschränkter Zugang hat bzw. ihr die Unterlagen zur Verfügung gestellt werden.“

§ 18 Abs 4 Z 2

In den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass „verantwortlich“ im Sinn von koordinierend verstanden wird. Ansonsten würde die Organisationsflexibilität, die mit dem Begriff „Compliance-Funktion“ geschaffen wurde, wieder rückgängig gemacht und alles müsste wieder beim Compliance-Beauftragten konzentriert werden.

§ 19

Bei Unternehmen, die nur beraten und/oder vermitteln, fordert die Bundessparte Information und Consulting einen Entfall des Risikomanagements. Dies ergibt sich insbesondere dadurch, dass Unternehmen, die nur beraten oder vermitteln, kein Risiko im Sinne eines Risikomanagements haben. In Artikel 7 Absatz 1 lit a der DfRL steht, dass „angemessene Grundsätze und Verfahren

für ihr Risikomanagement festzulegen“ sind. Dies indiziert ganz deutlich, dass kein Risikomanagement gebraucht wird, wenn es nicht notwendig und daher nicht angemessen ist. Aus diesem Grund sollte es eine im Gesetz statuierte Ausnahme für jene Bereiche geben, die kein Risikomanagement nach der Maßnahme der Angemessenheit in der RL haben.

Die Bundessparte Bank und Versicherung sieht die Bestimmungen des Begutachtungsentwurfes zu Wertpapierfirmen und WPDLU hingegen im Sinne des level playing field als ausgewogen.

§ 22 Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen

§ 22 Abs 3

Das Wort „dauerhaft“ nach Datenträger und insbesondere die Erläuterungen sind wenig hilfreich. Der Begriff Datenträger ist gerade nicht ident mit dem dauerhaften Datenträger iS des § 1 Z 28. Dieser soll die unveränderte Informationswiedergabe ermöglichen, hier muss die - befugte - Änderung leicht feststellbar sein. Außerdem trifft die Erläuterung mit dem Hinweis auf die Papierform nicht den Kern von regelmäßig EDV-unterstützten Bankaufzeichnungen.

Auch die Richtlinie enthält nur den Begriff Datenträger.

§ 24 Abs 1

In § 24 Abs 1 Z 1 lit a sollte nicht generell auf die Marktmissbrauchs-Richtlinie verwiesen werden, sondern auf die relevante Bestimmung des österreichischen Umsetzungsgesetz (§ 48b bis d Börsegesetz).

Lit. c sollte gänzlich gestrichen werden, da diese Bestimmung zu weitreichend ist und den Mitarbeitern die genaue Kenntnis der einzelnen Bestimmungen sowie die Beurteilung deren Einhaltung durch den Rechtsträger nicht möglich und zumutbar ist. Insbesondere auch deshalb, da jeder Mitarbeiter alle Beschränkungen bezüglich persönlicher Geschäfte zu kennen hat.

In Z 2 und 3 ist der generelle Verweis auf § 37 zu weitgehend. Im Übrigen wird dort nämlich nicht nur auf Finanzanalysten, sondern zusätzlich auf „relevante Person“ abgestellt.

Das Verbot des § 55 Abs 4 sollte zu leichteren Lesbarkeit in der Z 1 berücksichtigt werden.

§ 25 Auslagerung

Innerhalb der Bundessparte Bank und Versicherung werden zu dieser Frage unterschiedliche Positionen vertreten:

Sparkassen-, Raiffeisenverband, Genossenschaftsverband und der Verband der Landeshypothekenbanken erachten eine gesetzliche Regelung, die den Kreditinstituten eine weitergehende Flexibilität ermöglicht für notwendig (siehe angeschlossener Formulierungsvorschlag).

Der Bankenverband spricht sich gegen dieses Anliegen aus:

- **Bankenverband**

Der Bankenverband kann im Sinne einer Gleichbehandlung aus wettbewerbsrechtlichen Gründen und zu Aufrechterhaltung eines Level playing fields dem angeschlossenen Formulierungsvorschlag zu § 25 nur dann zustimmen, wenn die im Rahmen der Auslagerung vorgeschlagene erweiterte Gruppendifinition dem WAG ganz allgemein zu Grunde gelegt wird und auch für andere auf die Gruppe abstellende Sachverhalte wie die in § 35 geregelten Verpflichtungen zu den Interessenskonflikten zur Anwendung kommt. Er fordert daher im Zusammenhang mit den Regelungen zu den Interessenskonflikten Bezug auf die erweiterte Gruppendifinition zu nehmen und die entsprechenden Bestimmungen wie folgt abzuändern:

In § 35 Abs 1 2ter Satz:

(...) Ist der Rechtsträger Teil einer Gruppe nach § 25 Abs 5, müssen diese Leitlinien darüber hinaus allen Umständen Rechnung tragen, von denen der Rechtsträger weiß oder wissen müsste und die aufgrund der Struktur und der Geschäftstätigkeiten anderer Gruppenmitglieder einen Interessenkonflikt nach sich ziehen könnten.(...)

In §35 Abs 3:

Diese Verfahren und Maßnahmen sind so zu gestalten, dass relevante Personen, die mit Tätigkeiten befasst sind, bei denen ein Interessenkonflikt im Sinne von Abs. 2 Z 1 besteht, diese Tätigkeiten mit einem Grad an Unabhängigkeit ausführen, der der Größe und dem Betätigungsfeld des Rechtsträgers und der Gruppe nach § 25 Abs 5, der er angehört, sowie dem Risiko einer Schädigung von Kundeninteressen angemessen ist.

- **Raiffeisenverband, Sparkassenverband, Genossenschaftsverband und Hypoverband**

sprechen sich gegen die Forderung des Bankenverbandes aus und schlagen als Kompromiss folgende Klarstellung in den EB zu § 25 vor:

„Durch die Inanspruchnahme der Erleichterungen des vorgeschlagenen § 25 Abs 5 dürfen keine zusätzlichen Interessenkonflikte hervorgerufen werden,“

Begründung:

Bei der Auslagerung reicht es aus, dass die Auslagernden das Verhalten des Dienstleisters beeinflussen können (was - wie schon die Wortwahl der RL zeigt - weniger als Kontrolle bedeutet). Bei den Interessenkonflikten sieht die RL die Rechtfertigung dafür, dass man den Gruppenmitgliedern die Kenntnis von Interessenkonfliktsfällen zumutet, in der in der Gruppe herrschenden Kontrolle, die schon begrifflich mehr umfassen muss als bloße Beeinflussung . Im übrigen haben die Regelungen zu den Interessenkonflikten nichts mit der Auslagerung zu tun, sodass auch sachlich kein Grund besteht, in beiden Fällen an die selben Voraussetzungen anzuknüpfen.

- Seitens des Genossenschaftsverbandes wird eine explizite Erwähnung des Verbandes und von Anbietern von Nebendienstleistungen gem. § 2 Abs. 1 Z 27 BWG (inbes. Rechenzentren) in diesem Zusammenhang verlangt.

Abs. 5 des Vorschlags zu § 25 sollte daher wie folgt adaptiert werden:

- (5) Bei der Auslagerung an
 - (a) an einen Dienstleister, der der selben Gruppe angehört wie der auslagernde Rechtsträger,
 - (b) an einen Dienstleister, den die Rechtsträger, die zu diesem Dienstleister auslagern, gemeinsam kontrollieren oder an dem sie zusammen direkt oder indirekt

mehrheitlich beteiligt sind, jedenfalls erfasst sind Auslagerungen an einen Revisionsverband und an Anbieter von Nebendienstleistungen (§ 2 Abs 1 Z 27).

.....

Dieser Vorschlag wird allerdings von keinem anderen Verband unterstützt.

§ 25 Abs 2 WAG

Die „jederzeitige“ Einhaltung ist nicht ident mit dem RL-Begriff „kontinuierlich“ (engl. continuous). Daher sollte es RL-konform besser „dauernde“ Einhaltung heißen.

§ 26 Abs 4

Der Verweis in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ist falsch. Es wird nicht der Art 15 (5) der RL 2004/39/EG (MiFID) umgesetzt, sondern der Art 15 (5) der RL 2006/73/EG (DfRL).

§ 28 Heranziehung von vertraglich gebundenen Vermittlern

Die WKÖ fordert, dass auch künftig die Mehrfachvermittlung möglich sein muss. Dies sollte unseres Erachtens ohne Widerspruch zur MiFID möglich sein.

Die Bundessparte Bank und Versicherung führt dazu aus:

Die - auch in den Erläuterungen erwähnte - bewährte Praxis zu den freien Mitarbeitern (Finanzdienstleistungsassistenten gem. GewO als Mehrfachvermittler) sollte im Sinne einer Flexibilität beim mobilen Vertrieb in der Weise MiFID-konform weitergeführt werden, dass eine - weitere - spezielle nationale Regelung im Sinne des Art 3 MiFID geschaffen wird.

Darin sollte insbesondere auch im Zusammenhang mit dem Konzept der „Aufsicht light“ des § 4 - für die Vermittlung (§ 3 Abs 2 Z 3) und Beratung (§ 3 Abs 2 Z 1) durch natürliche Personen die erwähnte Gewerbeberechtigung ausreichen, sofern diese, wenngleich selbständig, nur im Namen und auf Rechnung eines Kreditinstitutes, einer Wertpapierfirma oder eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens im Inland tätig sind. Weiters könnten zu § 28 Abs 2 bis 7 analoge Bestimmungen vorgesehen werden.

Damit wären Rechtssicherheit, maximale Flexibilität und MiFID-Konformität erreicht.

Zur Klarstellung könnte im Rahmen des § 28 folgender Absatz eingefügt werden (analog zur deutschen Regelung):

"Ein vertraglich gebundener Vermittler gilt nicht als Wertpapierfirma. Seine Tätigkeit wird dem Rechtsträger zugerechnet, der ihn heranzieht."

§ 28 Abs 6

Dafür, dass die Rechtsträger für die Eintragung ins Vermittlerregister verantwortlich sein sollten, besteht auf Grundlage der MiFID keine Notwendigkeit. Das Eintragungsverfahren kann durchaus auch durch die Vermittler selbst wahrgenommen werden.

Die Bundessparte Information und Consulting führt zu § 28 aus:

§ 28 (8)

Diese Klarstellung ist wichtig, jedoch sollte diese Maßnahme durch die Schaffung eines gewerblichen Tatbestandes ergänzt werden durch Anpassung des § 2 (1) Z 14 GewO. Zusätzlich sollte unbedingt eingefügt werden, **dass die Tätigkeit als vertraglich gebundener Vermittler kein steuerrechtliches Arbeitsverhältnis begründet.**

§ 28 (9)

Folgender Absatz 9 sollte eingefügt werden. Absatz 9 korrespondiert mit der Forderung bezüglich der vertraglich gebundenen Vermittler und ist eine Angleichung an den Versicherungsvermittler (sh. dazu auch unsere Forderung zu § 1 (1) Z 20 und § 4 WAG-Entwurf).

Absatz 9 sollte lauten:

(9) Vertraglich gebundene Vermittler dürfen je bestimmten Kunden nur im Namen und unter der Haftung einer einzigen Wertpapierfirma oder eines einzigen Wertpapierdienstleistungsunternehmens Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringen und Aufträge von bestimmten Kunden über Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente annehmen, weiterleiten oder ausführen, Finanzinstrumente platzieren oder die Dienstleistung der Anlageberatung erbringen, unbeschadet, ob sie in vertraglicher Beziehung mit mehreren Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen stehen. Diese haben sich bei Aufnahme des Kundenkontaktes unaufgefordert unter Bezugnahme auf die in Kundenkontakt tretende natürliche Person auszuweisen, unter Darlegung, für welche Wertpapierfirma oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen sie diese Wertpapierdienstleistungen erbringen. Diese sind unter keinen Umständen zur Empfangnahme von oder Verfügung über Kundengelder befugt. Auf diesen Umstand ist in den den Vermittlern auszustellenden Vollmachten und den Geschäftspapieren der Wertpapierfirma oder des Wertpapierdienstleistungsunternehmens hinzuweisen. Jede Auswahlberatung konkurrenzierender Produkte, die von verschiedenen Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder Kreditinstituten angeboten werden, ist unzulässig.

Schutz des Kundenvermögens § 29

§ 29 Abs 3

Hier ersuchen wir um Klarstellung, dass eine bankinterne, eindeutige Zuordnung von Kundenvermögen ausreichend ist und bei der Lagerstellung die lediglich Trennung in Bank- und Kundenvermögen erfolgen kann. Zu klären ist auch, ob in Z 4 eine eindeutige externe Kontentrennung bei den Lagerstellen erforderlich ist oder eine bankinterne eindeutige Zuordnung nach Bank- und Kundenvermögen in den Büchern der Bank genügt.

§ 29 Abs 4

Es besteht kein Bedarf nach einer DVO der FMA. Insbesondere sind die für weitere Regelungen der Mitgliedsstaaten in der DRL genannten Voraussetzungen nicht gegeben. Die ohnehin

vorgeschriebenen Maßnahmen reichen nach österreichischem Recht aus, um den Schutz des Kunden zu gewährleisten.

§ 30 Abs 1

Angelehnt an die englische Originalfassung sollte es statt „Ruf des Dritten auf dem Markt“ besser „Reputation „ (allenfalls „Reputation des Dritten auf dem Markt“) heißen.

§§ 30 Abs 1, 31 Abs 5

Zumindest in den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass „Überprüfung“ nicht im Sinne eines aufwendigen Prüfprozesses gemeint ist, sondern - abgeleitet vom Originalwort „review“ - im Sinne einer Aktualisierung der Beurteilung bzw. Einschätzung des Vertragspartners.

§ 32 Abs 1

Aus der DRL wird hier - und auch an anderen die Formulierung "im Namen des Kunden" übernommen. Daraus ergäbe sich nach österreichischem Recht das Vorliegen eines Vollmachtverhältnisses, was hier nicht in Betracht kommt. Richtig wäre daher die Formulierung: "für Kunden" (siehe die englische RL-Fassung „on behalf“)

Interessenskonflikte

§ 34 Abs 1

Hier wird der Wortlaut des Art 18 der RL 2004/39/EG übernommen, allerdings wird statt ihrer Geschäftsführung und ihrer Beschäftigten im WAG der Begriff der relevanten Personen verwendet. Im Hinblick darauf, dass in der Begriffsbestimmung des § 1 Z 29 die relevante Person weitergehend ist, sollte hier wie in der RL vorgesehen von ihrer Geschäftsführung und ihren Beschäftigten gesprochen werden.

§§ 34 Abs 1 und 35 Abs 2 Z 1

Die in den Erläuterungen aufgezählte Mehrfachumschreibung der EU führt zu folgender Umschreibung: „Wertpapier- und Nebendienstleistungen oder eine Kombination derselben sowie Anlagetätigkeiten“. Eine Kombination mit Anlagetätigkeiten ist nicht umfasst.

Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten.

§ 35 Abs 2 Z 1

Das Vorliegen/Entstehen eines Interessenkonfliktes ist strenger als in der Richtlinie geregelt. Dort müssen die Interessenkonflikte geeignet sein, den Kundeninteressen **erheblich** zu schaden. Dies ist noch einzufügen.

§ 35 Abs 4

Zur Begründung der VO-Ermächtigung ist anzumerken, dass die Richtlinie die Wertpapierfirmen und nicht die Aufsicht verpflichtet, alternative/zusätzliche Maßnahmen/Verfahren zu erlassen, sollten die aufgezählten Maßnahmen/Verfahren in der Praxis nicht das erforderliche Maß an

Unabhängigkeit gewährleisten. Damit ist ein viel markt- und praxisnäheres Reagieren auf Einzelkonstellationen gewährleistet.

Die Ermächtigung zu zusätzlichen FMA-Standards, soweit dies zur Gewährleistung des erforderlichen Maßes an Unabhängigkeit notwendig ist, entbehrt ebenfalls der EU-Grundlage. Laut Richtlinie schließen vielmehr die vom Rechtsträger zu erlassenden Verfahren/Maßnahmen bestimmte Punkte ein, soweit dies zur Gewährleistung des geforderten Grades an Unabhängigkeit notwendig und angemessen ist. D.h. dieses Kriterium ist Maßstab für den Rechtsträger bei der Festlegung seiner Verfahren bzw. Maßnahmen.

Absatz 4 sollte daher gestrichen werden und stattdessen die in Art 22 Abs 3 lit a) - e) DF-RL aufgezählten Verfahren/Maßnahmen in das Gesetz aufgenommen werden. § 37 Abs 1 wäre entsprechend anzupassen.

§ 35 Abs 5

Auch die Offenlegung geht in einem wichtigen Punkt über die Richtlinie hinaus: Nach dieser ist bloss die **allgemeine** Art von Interessenkonflikten offen zu legen. Kreditinstitute sind ja dabei weiterhin an das Bankgeheimnis gebunden. Der Text ist daher entsprechend zu ergänzen.

§ 35 Abs 6

Hier gehen die Formulierungen in zweifacher Hinsicht über die Richtlinie hinaus:

Aufzuzeichnen und insbesondere zu aktualisieren sind nicht einzelne Interessenkonflikte, sondern solche **Arten von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen bzw Anlagetätigkeiten, bei denen ein** näher bestimmter **Interessenkonflikt** aufgetreten ist.

Ferner ist nicht jeder Schaden relevant, sondern ein den Kundeninteressen **in erheblichem Maße** abträglicher Interessenkonflikt. Eingefügt werden sollte daher etwa „erheblich“ vor geschadet.

Finanzanalysen § 36

§ 36 Abs 1

Der Einschub „gemäß § 48f Abs 1 Z 3 BörseG“ trägt eher zur Verwirrung bei, da die nachfolgenden Merkmale bereits in der zitierten BörseG-Bestimmung enthalten sind und daher dadurch eine doppelte Definition erfolgt. Dieser Einschub sollte daher weggelassen werden.

Z 1 geht über die Richtlinie hinaus bzw gibt sie nicht richtig wieder:

Die Passage „oder in einer Weise dargestellt, die den Eindruck einer Finanzanalyse erweckt“ ist in der Richtlinie nicht enthalten.

Die Passage „oder sonst als objektive oder unabhängige Analyse dargestellt“ lautet EU-konform vielmehr „oder aber als objektive oder unabhängige **Erläuterung der in der Empfehlung enthaltenen Punkte** dargestellt“.

Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden

§ 38

- Auch bei den Beratungen über Veranlagungen gem. § 1 Abs 1 Z 3 KMG müssen auch weiterhin die Wohlverhaltensregeln zur Anwendung kommen.
- Hier wurde nunmehr ein Satz betreffend die Veranlagungen gem. § 1 Abs 1 Z 3 Kapitalmarktgesetz angefügt. Es sind hier "insbesondere" die §§ 39, 40 usw anzuwenden. Unklar ist dieses Wort "insbesondere", es gehört klar geregelt, welche Bestimmungen auf derartige Veranlagungen anwendbar sind, daher soll "insbesondere" entfallen und die entsprechenden Paragraphen taxativ aufgezählt werden.

Gewährung und Annahme von Vorteilen § 39

- Klargestellt werden müsste, dass „beispielsweise“ Anlageberatung und Empfehlungen jedenfalls geeignet sind die Qualität zu verbessern. (siehe dazu das CESR-Konsultationspapier vom 13.4., worin ausdrücklich auf den Beispielcharakter verwiesen wird.) Weiters wäre entsprechend diesem CESR-Dokument die Vermittlung als weiteres Beispiel ausdrücklich anzuführen.
- Um Auslegungsschwierigkeiten zu verhindern sollte am Ende des Absatzes 3 die Formulierung aus der Begründung zum deutschen Umsetzungsentwurf (Begründung zu § 31 d WpHG neu) hinzugefügt werden, die die qualitätserhöhende Wirkung von Inducements betont.

„Demnach wird vermutet, dass die Annahme einer Geldleistung von Dritten durch das Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Zusammenhang mit einer Anlageberatung oder allgemeinen Empfehlung darauf ausgerichtet ist, eine qualitative Verbesserung dieser Dienstleistung gegenüber dem Kunden zu bewirken, wenn die Beratung oder Empfehlung trotz dieser Zuwendung unvoreingenommen erfolgt. Zu den allgemeinen Empfehlungen zählen beispielsweise Marketingmitteilungen oder Finanzanalysen, die sich an eine Vielzahl von Personen richten und sich in allgemeingültiger Form auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen, ohne eine persönliche, auf den individuellen Kunden zugeschnittene Anlageempfehlung zu enthalten.“

- Grundsätzlich sollte von Anreizen und nicht von Vorteilen gesprochen werden.

Wir sprechen uns daher gegen den Begriff "Vorteile" aus, da dieser Begriff negativ besetzt ist. Dies bringen auch die Erläuternden Bemerkungen zum Ausdruck, die für die Verwendung des Begriffes "Vorteile" in der österreichischen Rechtsordnung ausschließlich negative Beispiele wie die Entlassungsbestimmungen des Angestelltengesetzes, strafrechtliche Bestimmungen oder Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb anführen. Es sollte daher der bereits in der Richtlinie verwendete Begriff „Inducements“/„Anreize“ - wie im Übrigen auch im deutschen Umsetzungsgesetz (WpHG) - beibehalten werden.

Jedenfalls wären die Verweise in den Erläuternden Bemerkungen auf das Strafgesetzbuch zu streichen.

§ 39 Abs 1

Der erste Absatz inkriminiert Vorteile jeglicher Art im Vornhinein. Eine neutrale Variante wäre, die Vorteile aufzählen, welche grundsätzlich zulässig sind, und in der Folge die nicht erlaubten

auszuschließen. Andernfalls könnte eine entschärfte Formulierung (zB im Allgemeinen, grundsätzlich, etc) gewählt werden.

§ 39 Abs 2

Die Passage „sonstige Geldleistungen“ geht über die Richtlinie hinaus und sollte daher gestrichen werden.

Zu § 39 führt die Bundessparte Information und Consulting ergänzend aus:

Die Wertpapierdienstleister sollten nicht von vornherein dem Vorwurf unterliegen, nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln. Eine positive Formulierung, wie *„Ein Rechtsträger handelt ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden, solange er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen gemäß § 38 keine Vorteile gewährt oder annimmt“* wäre sehr wünschenswert. Diese oder eine ähnliche Formulierung würden die Richtlinie genauso richtig umsetzen, aber die nicht notwendige negative Formulierung aussparen und somit eine schiefe Optik in Österreich vermeiden. Dem Rechtsträger sollten daher zuerst jene Voraussetzungen genannt werden, unter der die Annahme von Provisionen erlaubt ist. Erst danach sollten jene Fälle aufgezählt werden unter denen der Rechtsträger nicht ehrlich, redlich und professionell handelt.

Die wesentliche Idee des Erwägungsgrundes 39 der RL 2006/73/EG ist, dass bei Annahme einer Provision von Dritten durch den Rechtsträger im Zusammenhang mit einer Anlageberatung oder Empfehlung grundsätzlich davon auszugehen ist, dass diese eine qualitative Verbesserung der Dienstleistung erwirkt. Dieser Grundsatz im Reglement der Vorteile sollte nicht in den Erläuterungen versteckt werden, sondern Bestandteil des Gesetzestextes werden. Die §§ 38 und 39 WAG-Entwurf können nur richtliniengetreu verstanden werden, wenn deutlich gemacht wird, dass nicht bei jeder Annahme von Provisionen bewiesen werden muss, dass diese qualitative Verbesserungen erwirkt. Diese Bestimmung sollte nur dann zu einer Haftung führen, wenn die qualitative Verbesserung beweisbar nicht eingetreten ist. Dies ist ein wesentlicher Unterschied und diese Differenzierung muss im Gesetz zum Ausdruck kommen.

Klargestellt werden sollte außerdem, dass Portfolioverwalter als Kunden seitens der Depotbank behandelt werden müssen. Dies ergibt sich daraus, dass Portfolioverwalter keine Schuldner der Kunden werden dürfen, keine Sammelkonten führen dürfen und keine Geschäfte über einen Broker durchführen können. Daher sollte der Portfolioverwalter als Kunde der Depotbank jene Informationen erhalten, die jeder andere Kunde auch erhält.

Dabei ist zu beachten, dass es einen wesentlichen Unterschied macht, ob eine „Kickback“-Provision an einen Bevollmächtigten des Kunden ohne dessen Wissen bezahlt wird und daher diese bereits nach § 1009 ABGB unzulässig ist, oder der Vermittler aus dem Ertrag des Produktgebers, den der Kunde aufgrund der Verwaltungsgebühr oder des Agios ja genau kennt, dh ohne Verminderung des Vermögens, des Kunden bezahlt wird oder eine Innenprovision vorliegt, die der Kunde heimlich ohne Darstellung der Spesen des Produktes zusätzlich bezahlt.

Im Sinne aller Marktteilnehmer, eines fairen und funktionierenden Wettbewerbs und insbesondere im Interesse des Konsumentenschutzes wäre es angezeigt, in den Erläuterungen zum WAG beispielhaft einige Vorteile aufzuführen, die als unbedenklich im Sinne der RL 39/2004/EG (MiFID) anzusehen sind. Unserer Meinung nach sind dies zum Beispiel Vorteile, deren Höhe handelsüblich sind und daher großteils nicht geeignet sind, den insbesondere nicht zur Verwaltung bevollmächtigten Berater/Vermittler zur unsachgemäßen Beratung zu

verleiten oder die aus dem Prospekt des Investmentfonds offen gelegten Gebühren. Die zulässigen Vorteile nach § 39 WAG sollten umsatzsteuerrechtlich befreit sein und eine Klarstellung erfolgen. Diese Klarstellung sollte in § 6 (1) Z 8 UStG 1994 erfolgen.

Information für Kunden

Generell sollte laut Bundessparte Information und Consulting klargelegt werden, dass es nicht notwendig ist, alle Bestandskunden auf einmal zu informieren, sondern dass nur Neuabschlüsse betroffen sind, und die Information im Rahmen der Jahresinformation zum 31.12.2007 für die bestehenden Kunden ausreichend ist.

§ 40 Abs 1 Z 3

Die Formulierung legt nahe, dass jedenfalls Informationen über den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und Kundengeldern zu geben wären. Dem gegenüber verlangt die DRL Kundeninformation nur in den im Entwurf in a) und b) genannten Fällen. Das muss entsprechend klargelegt werden.

§ 40 Abs 2

Es besteht auch schon aus Zeitgründen kein Bedarf nach einer DVO der FMA. Der Wortlaut der DRL soll in das Gesetz übernommen und damit eine abschließende Regelung getroffen werden.

§ 40 Abs 3

Abs 3 normiert eine Pflicht des Kreditinstitutes die Kunden bei wesentlichen Änderungen der in Absatz 1 Z 1-6 aufgezählten Informationen zu verständigen. Dies geht jedoch über den Umfang der in der RL vorgesehenen Informationspflichten hinaus. Diese normieren lediglich eine dahingehende Pflicht bei wesentlichen Änderungen im Rahmen der Best Execution. Weiteres normiert die RL, dass all diese Informationen stets aktuell zu halten sind.

§ 40 Abs 4

§ 40 Abs 4 WAG besagt, unter welchen Voraussetzungen ein vereinfachter Prospekt als angemessene Information gilt. Diese Bestimmung entstammt der DurchführungsRL, ist jedoch missverständlich formuliert, und sollte wie folgt formuliert werden:

„Ein vereinfachter Prospekt im Sinn des Art. 28 der RL 85/611/EWG gilt im Hinblick auf Abs. 1 Z 2 und 5 als angemessene Information. Bezüglich der Kosten und Nebenkosten einschließlich Ausgabeauf- und Rücknahmeabschläge gilt dieser Prospekt im Hinblick auf Abs. 1 Z 4 als angemessene Information.“

In Österreich ist in diesem Zusammenhang auf die besondere Situation hinzuweisen, dass durch die VÖIG die Prospekte für Investmentfonds nach § 20a InvFG, Immobilieninvestmentfonds gem. ImmoInvFG sowie Pensionsinvestmentfonds gem. InvFG „OGAW-Standard“ haben, da die VÖIG-Musterprospekte als Branchenstandard anzusehen sind. Vor diesem Hintergrund wird um Klarstellung in den EB ersucht, dass die Prospekte für Investmentfonds nach § 20a InvFG, Immobilieninvestmentfonds gem. ImmoInvFG sowie Pensionsinvestmentfonds gem. InvFG, die diesen „OGAW-Standard“ erfüllen, als angemessene Information im Sinn von MiFID anzusehen sind

§ 41 Abs 3

Die VO-Ermächtigung muss aus den schon mehrfach erwähnten Gründen durch eine abschließende gesetzliche Regelung ersetzt werden. Die DRL bietet dafür genug Präzision.

§ 42 Abs 4

Es sollte ein Abs. 4 in **Ausübung des Wahlrechts** des Art. 29 Abs. 5 der Richtlinie 2006/73/EG angefügt werden.

Beurteilung der Eignung und Angemessenheit

§ 44 Abs 2 Z 3 und § 45 Abs 1

Es wäre erforderlich, in den EB klarzustellen, dass die "Kenntnisse und Erfahrungen" im Sinne dieser Bestimmungen als kommunizierende Gefäße aufzufassen sind, die insgesamt gewährleisten müssen, dass der Kunde die Risiken richtig einschätzen kann. Insbesondere ist es nicht so, dass das Fehlen von Vorgeschäften in einer WP-Kategorie den Kunden auf immer von derartigen Geschäften ausschließt. Der Mangel an Erfahrung muss durch ein plus an Kenntnissen aufgewogen werden.

§ 44 Abs 4

In § 44 Abs 4 ist nicht klar, welche Informationen zusätzlich unter „sein Risikoprofil“ zu verlangen sind. Die Information über „seine Präferenzen ist hinsichtlich des einzugehenden Risikos“ ausreichend. Das Risikoprofil ist das Ergebnis der unter diesem Absatz sonstigen zu erfragenden Informationen.

§ 44 Abs 5

Gemäß § 44 Abs. 5 darf bei Ablehnung des Kunden, persönliche Angaben zu erteilen, von Seiten der Wertpapierfirma bzw. des Kreditinstitutes keine weitere Dienstleistung empfohlen werden. Fraglich ist, ob diese Formulierung im Sinne richtlinienkonformer Interpretation tatsächlich ein klares Abschlussverbot beinhaltet bzw. ob das Wort „empfehlen“ lediglich das Vermeiden von subjektiver Einschätzung und Beratung eines Kundenbetreuers bedeutet (wir gehen dabei von letzterer Interpretation aus). Wir ersuchen um Klarstellung, da dies für die Praxis und künftige Mitarbeiterschulung von essentieller Bedeutung ist.

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird dazu ergänzend ausgeführt:

Der derzeitige Vorschlag stellt die Anlageberatung und Portfolioverwaltung in eine schwierige Lage. Vor einer Beratung muss der Kunde zwingend Informationen erteilen; wenn aber der Kunde die Angaben verweigert, muss der Berater das Geschäft ablehnen und darf keine Beratung durchführen. Dies führt zu einer Verschlechterung für beide Geschäftsparteien. Will der Kunde bewusst gewisse Angaben verweigern, kommt das Geschäft entweder nicht zustande oder beide Parteien einigen sich auf ein beratungsfreies Geschäft oder „execution only“-Geschäft. Damit erhält der Kunde, der ein Geschäft machen will, aber nicht alle seine Vermögensverhältnisse aufdecken will, gar keine Beratung. Selbst dann nicht, wenn diese Verhältnisse nicht unbedingt notwendig wären, um eine gute Beratung durchzuführen. Die Möglichkeit, sich mit dem Kunden zu einigen, ihn nur aufgrund der vorliegenden Informationen nach einer Warnung eingeschränkt zu beraten, sollte erhalten bleiben. Ebenso sollten Kunden die ihre Vermögensverhältnisse nicht beim ersten Gespräch zur Gänze aufdecken wollen, die Möglichkeit einer Beratung haben. Diese

Bestimmung könnte zu einem nahezu unüberwindbaren Hindernis für WPF, WPDLU und vertraglich gebundene Vermittler bei der Akquirierung von Neugeschäft werden. Es sollte die Möglichkeit gegeben werden, den gewarnten Kunden eine limitierte Beratung aufgrund der gegebenen Informationen zu geben.

Daher schlägt die Bundessparte Information und Consulting folgenden Absatz 6 vor.

§ 44 (6) Sofern ein Rechtsträger bei der Erbringung von Dienstleistungen in Form der Anlageberatung oder Portfolioverwaltung die gemäß Abs 1 erforderlichen Informationen nicht erhält, darf er dem Kunden nur Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente empfehlen, wenn er den Kunden unter Hinweis auf die allgemeinen Produktrisiken darüber warnt, dass der Kunde unter diesen Umständen nur eine eingeschränkte sachgerechte Beratung erhalten kann.

§ 46 Execution Only

Es muss jedenfalls klargestellt werden, dass auch Banken mit Vollkonzession zur Durchführung des Execution only Geschäftszweiges berechtigt sind.

§ 46 Z 3

Laut § 46 Z 3 ist der Kunde bei execution-only Dienstleistungen unter anderem zu informieren, dass er „nicht in den Genuss des Schutzes der einschlägigen Wohlverhaltensregeln kommt“. Im gesamten Entwurf gibt es anders als im derzeit geltenden WAG keinen Abschnitt „Wohlverhaltensregeln“. Es müsste hier jedenfalls angeführt werden welche „einschlägigen“ Wohlverhaltensregeln gemeint sind, über deren Verlust zu warnen ist.

Berichtspflichten gegenüber den Kunden

§ 49 Abs 1

Hier wurde der RL Text 1:1 übernommen. Wir möchten nochmals darauf hinweisen, dass T + 1 bei Fremdwährungsgeschäften dahingehend interpretiert werden muss, dass der Auftrag erst endgültig mit dem Devisengeschäft abgewickelt ist. Dies sollte der Gesetzgeber ausdrücklich in den Text mit aufnehmen bzw in den Erläuterungen klarstellen.

- Die Informationsverpflichtung für Rechtsträger sollte übertragbar sein und nicht doppelt ausgeführt werden müssen. Wenn mehrere Rechtsträger beauftragt sind, reicht die Information durch einen Rechtsträger.
- Die Bundessparte Bank und Versicherung spricht sich gegen dieses Anliegen aus.

§ 49 Abs 1 Z 2

- Statt „eine Mitteilung zur Bestätigung der Auftragsausführung zu übermitteln“ sollte es entsprechend dem englischen Originalwortlaut „notice confirming execution“ besser heißen „eine Bestätigung der Auftragsdurchführung zu übermitteln“, um klarzustellen, dass nur die Auftragsbestätigung zu übermitteln ist und nicht eine zusätzliche darauf Bezug nehmende Mitteilung.
- Es müsste statt Geschäftstag (nicht gesetzlich definiert) Bankarbeitstag lauten.

§ 49 Abs 4

Wieder wäre die VO-Ermächtigung zu streichen und eine abschließende gesetzliche Regelung schon aus Zeitgründen zu treffen.

§ 50 Abs 4

Die Streichung der VO-Ermächtigung zwecks abschließender gesetzlicher Regelung wäre auch hier erforderlich.

§ 51

Die Bundessparte Information und Consulting fordert eine Klarstellung in den Erläuterungen, dass dieser Paragraph nicht für Portfolioverwalter gilt, da diese keine Kundengelder halten.

Die Bundessparte Bank und Versicherung hält hingegen die Regelungen im Sinne eines level playing fields für ausgewogen.

Bestmögliche Durchführung von Dienstleistungen**§ 52**

Generell erscheint zu § 52 klarstellungsbedürftig, unter welches Regime Deckungsgeschäfte im Zusammenhang mit Kommissionsgeschäften fallen, soweit die Bank nicht direkt Aufträge an einen Ausführungsplatz zur Ausführung weiterleitet, sondern sich dazu zwischengeschalteter Dritter - wie Broker - bedient. Relevant ist diese Zuordnung im Rahmen der Inhalte der Durchführungspolitik sowie der zu beurteilenden „Ausführungsobjekte“ (s. dazu § 52 Abs 3 Z 1 und 2).

Diese Problematik wurde bereits von CESR im Konsultationspapier „Best execution under MIFID“, insbesondere im Abschnitt „Chains of Execution“ aufgegriffen.

Zu diesem in der Praxis generell für alle Nicht-Börsenmitglieder, aber auch für jede Orderweiterleitung an einen Broker an einer Börse, wo das Kreditinstitut selbst nicht Börsenmitglied ist, relevanten Punkt sollte in den EB zu § 52 generell auf die noch ausstehenden Klarstellungen im CESR Papier „Best execution under MIFID“ und insbesondere zu § 52 Abs 1 Z 3 WAG klargestellt werden, dass die Durchführung von Deckungsgeschäften im Rahmen der Wertpapierkommission unter § 52 Abs 1 Z 3 WAG 2007 zu subsumieren ist.

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird zu § 52 ausgeführt:

§ 52 (1):

Der Maßstab der „best execution“ ist das gleichbleibend bestmögliche Ergebnis. Dies könnte den Kunden verwirren und sollte im Gesetz klargestellt werden. Wie die MiFID verlangt auch der WAG-Entwurf nicht eine bestmögliche Ausführung jedes Auftrages. Aus der RL 39/2004/EG (MiFID) geht klar hervor, dass die Unternehmen nur eine Durchführungspolitik („policy“) aufstellen müssen die das gleichbleibend bestmögliche Ergebnis erzielt. Daher müssen Regelungen getroffen werden wie mit bestimmten Aufträgen umgegangen wird. Daraus ergibt sich aber zwangsläufig, dass nicht jeder Auftrag einzeln geprüft wird, sondern diese Durchführungspolitik Anwendung findet. Da jede Regelung Unschärfen hat, ist auf den „Durchschnittswert“ abzustellen; eine retrospektive Analyse wird fast immer eine andere Möglichkeit als besser bewerten. Daher ist die

Durchführungspolitik dahingehend zu überprüfen, ob sie durchschnittlich gleichbleibend bestmögliche Ergebnisse erzielt oder nicht.

Nochmals im Gesetz sowie in den Erläuterungen klargestellt werden sollte auch, dass die „best execution“ nicht nur auf den Preis, sondern auf viele andere Faktoren, wie beispielsweise Sicherheit, Geschwindigkeit der Ausführung und Abwicklung des Umfangs abgestellt werden muss. Daher kann sich eine retrospektive Analyse als schwieriger darstellen, als dies den Kunden in dieser Bestimmung vermittelt wird.

§ 52 (1) Z 1

In den Erläuterungen fehlt hier bei Artikel 21, dass die RL 2004/39/EG (MiFID) gemeint ist.

§ 52 (1) Z 3:

Die Erstreckung auf die reinen Vermittlungsleistungen ist überschießend, nicht nachvollziehbar und daher abzulehnen. Hier wird der Artikel 44 der RL 39/2004/EG (MiFID) umgesetzt. In der Richtlinie steht „Ausführung von Kundenaufträgen“. Die Ausführungsplätze im Sinne des Art 44 der RL 39/2004/EG (MiFID) sind der geregelte Markt, systematische Internalisierer, Market Maker oder vergleichbare Einrichtungen aus Drittländern. Klar geregelt ist daher, dass eine Bank kein Ausführungsplatz im Sinne der RL 39/2004/EG (MiFID) ist. Daraus folgt, dass die bloße Weiterleitung der Order im Zuge eines Vermittlungsgeschäftes nicht von der Richtlinie erfasst ist. Im vorliegenden Umsetzungsentwurf wird die Verpflichtung zur „best execution“ ausdrücklich auch auf die reinen Vermittlungstätigkeiten ausgedehnt.

Es ist nicht notwendig sowie nicht sinnvoll, hier eine strengere Regelung als in der RL 39/2004/EG (MiFID) zu haben. Neben der nicht notwendigen Erschwerung für die Vermittler unterliegen die ausführenden Banken diesem Prinzip auch ohne diese Regelung. Es ist unlogisch, dem Kleinanleger eine Informationspflicht über Liquidität zu geben, wenn diese nicht relevant ist.

Sollte es unbedingt notwendig erscheinen, was es nicht ist, diese Regelung zu behalten, sollte zumindest klargestellt werden, dass die Vermittler auf die Policy der ausführenden Stelle verweisen können, um dieser Regelung gerecht zu werden.

Klarestellt werden sollte, dass es zulässig ist, die Pauschalierung der Kosten und Beschaffungsspesen sowie die Beschränkung auf einige Beschaffungsmärkte und Bezugsquellen, insbesondere dann, wenn nach der Art der Verwaltung und des Produktes eine Vielzahl gleicher Order für mehrere Kunden abgegeben werden sollte und die Ordnerabwicklung über mehrere Depots verschiedener Institute untunlich wäre, mit dem Kunden zu vereinbaren. Weitere Kriterien sollten daher sein: Bonität, Liquidität, Verlässlichkeit des Systems und Verfügbarkeit des Produktes. Dies ergibt sich indirekt auch aus § 52 (1) WAG-Entwurf und aus Artikel 25 DfRL.

Die Bundessparte Bank und Versicherung vertritt dazu folgende Position:

Auch für Vermittler muss die best execution gelten, da diese darlegen müssen, warum sie gerade mit diesem speziellen KI das Geschäft abwickeln. Jedes Kreditinstitut übermittelt seine best execution den Vermittlern und diese müssen entscheiden, an welches Kreditinstitut sie ihre Kundenaufträge weiterschicken. Es gibt kein Argument, warum Kunden von Vermittlern schlechter gestellt werden sollen, als Kunden von Kreditinstituten.

Investmentfonds Best Execution - § 52 Abs 7 neu

Der Kauf- und Verkauf von Investmentfondsanteilen sowie analog auch von Immobilieninvestmentfondsanteile erfolgt grundsätzlich durch die originäre Ausgabe und Rücknahme der Investmentfondsanteile durch die Kapitalanlagegesellschaft im Primärmarkt („Fondsanteilsscheingeschäft“). Bei diesem Fondsanteilsscheingeschäft sind die Rahmenbedingungen in denen der Kauf- und Verkauf erfolgen kann, gesetzlich geregelt. Dies manifestiert sich einerseits in den Regelungen zur Errechnung des Anteilswertes (§ 7 InvFG), der Fixierung der Kosten in den Rechtsdokumenten (§ 22 Abs 2 Z 5 und 6 InvFG), oder andererseits durch die gesetzliche Rücknahmeverpflichtung zum gemäß § 7 InvFG errechneten Rechenwert (§ 6 InvFG).

Die gesetzliche Rücknahmeverpflichtung nach § 6 InvFG ist archetypisch für das Fondsanteilsscheingeschäft, da durch diese besondere Verpflichtung dem Kunden eine geschützte Rechtsposition zukommt. Mit den gegenständlichen Kautelen wurden die entsprechenden europäischen Richtlinien, insbesondere die so genannte OGAW-RL ins österreichische Recht transferiert, die im Bereich des Konsumentenschutzes global als „Goldstandard“ angesehen werden.

Beim Fondsanteilsengeschäft erfolgt aufgrund der vorher dargestellten gesetzlichen Bestimmungen die Anteilsscheinrücknahme zum Net Asset Value, das ist der exakte Inventarwert des Fonds, der der Kontrolle des Wirtschaftsprüfers unterliegt.

Neben dem originären Fondsanteilscheingeschäft werden Fonds auch am Sekundärmarkt gehandelt, z.B. an einer Börse („Sekundärmarktgeschäft“)¹. Die Kursbildung an der Börse erfolgt über Makler, die versuchen durch Korrelationsmodelle die Fondsanteile annäherungsweise zu preisen. Die so erfolgte Preisbildung entspricht naturgemäß nicht dem Net Asset Value. Für das gleiche Fondsprodukt werden daher an verschiedenen Börsen zeitgleich unterschiedliche Preise gestellt, was vor allem aus Sicht des Anlegerschutzes bedenklich ist.

Dies sollte anhand der folgenden Ausführungen in der „Fragen & Antworten“ - Sektion der Website der Börse Hamburg - Fondsbörse Deutschland² plakativ dargestellt werden:

Wie errechnet sich bei der "Fondsbörse Deutschland" der Preis?

Die Preisbildung bei einem Fonds ist nicht nur eine Sache von Angebot und Nachfrage; der Preis orientiert sich stark an dem Rückkaufswert. Die Fondsgesellschaft veröffentlicht diesen Wert zwar nur einmal am Tag, dennoch ist der Wert keinesfalls statisch. Bis zur Feststellung des nächsten Rückkaufswertes durch die Fondsgesellschaft, ändern sich die Preise für die im Fonds befindlichen Werte fortlaufend. Damit ändert sich theoretisch auch ständig der Rückkaufswert.

Bei der Fondsbörse Deutschland wird die aktuelle Marktsituation laufend berücksichtigt.

Die Preisberechnung erfolgt grundsätzlich auf der Basis des zuletzt durch die Fondsgesellschaft ermittelten Rückkaufswertes (NAV = Net Asset Value). Auf diesen Betrag wird der Spread gerechnet. Für jeden Fonds kennt der Makler zudem die sogenannte Benchmark, also die Bezugsgröße (z.B. der DAX). Auf Grund der historischen Korrelation (Wechselbeziehung) von Fonds und Benchmark kann ermittelt werden, wie sich der Preis von Fonds "A" verändert, wenn der DAX um X % schwankt.

Beispiel: Fonds "A" hat eine Korrelation von 90 % zum DAX. DAX heute: 2.950 Punkte, Rücknahmepreis Fonds "A" heute: 50 .. Am folgenden Tag erreicht der DAX kurze Zeit nach

¹ Siehe dazu etwa die Handelsbedingungen an der Fondsbörse Hamburg im Anhang I.

² Siehe dazu http://www.fondsboersedeutschland.de/cgi-bin/ix.cgi?IXpg=hn232_faq#faq12.

Eröffnung einen Stand von 3.000 Punkten (+ 1,69 %). Der Fonds "A" hat daraufhin einen rechnerischen Rücknahmepreis von 50,76 . (90 % von 1,69% = +1,52 % auf 50 .). Dieser rechnerische Rücknahmepreis ist für diesen Moment Ausgangsbasis für den Maximalspread.

Setzen wir beispielsweise (in der Praxis sind die Spreads oft geringer) den Maximalspread an (z. Zt. 1,5% - Stand: 01.01.2007), so würde der Makler einen Preis von 50,76 (Geld-Kurs) zu 51,52 (Brief-Kurs) stellen. Zum Brief-Kurs können Sie kaufen; zum Geld-Kurs verkaufen. Für den Fall, dass zwischen diesen Eckpunkten weitere Kundenorders mit Limiten lägen, würden selbstverständlich engere Spreads gestellt werden.

Beispiel: Angenommen, es würde zur Börsen-Eröffnung eine Kauf-Order über Stück 500 bei 51,25 vorliegen. Der Makler würde diesen Preis als ersten Kurs festlegen und die Taxe daraufhin auf 51,25 zu 51,78 stellen.

Für die Preisbekanntgabe an der Börse Hamburg (Fondsbörse Deutschland) ist also grundsätzlich die Berechnung von Fondsrücknahmepreis im Vergleich zur Benchmark maßgeblich.

Dieser fundamentalen Unterscheidung zwischen Fondsanteilsgeschäft und Sekundärmarktgeschäft Rechnung tragend, hat die britische Financial Services Authority (FSA)³ das Fondsanteilscheingeschäft, jedoch nicht das Sekundärmarktgeschäft in Investmentfondsanteilen von der Verpflichtung der „Best Execution“ ausgenommen.⁴ Analog dazu, hat auch in Deutschland der Deutsche Bundestag schon in Dritter Lesung des beschlossenen Umsetzungsgesetzes das Fondsanteilsgeschäft im Sinne des § 33a WpHG von der „Best Execution“-Verpflichtung ausgenommen.

Aufgrund des gemeinsamen Marktes für Finanzdienstleistungen ist anzunehmen, dass auch die übrigen europäischen Mitbewerber das Fondsanteilsgeschäft von der Best Execution ausnehmen.

Um auch in Österreich eine konsistente Umsetzung der MiFID im Sinne eines level playing fields zu gewährleisten, wird dringend um Aufnahme eines neuen § 52 Abs. 7 WAG 2007, der das Fondsanteilsgeschäfts von der Best Execution ausnimmt, ersucht.

Wir schlagen diesbezüglich folgende Formulierung vor:

„(7) Die Ausgabe oder die Rücknahme von Anteilscheinen über die Depotbank im Sinne der §§ 6 und 7 des Investmentfondsgesetzes bzw. der §§ 7 und 8 des Immobilieninvestmentfondsgesetzes über eine Depotbank ist keine Ausführung von Kundenaufträgen im Sinne des Absatzes 1.“

Dadurch würde einerseits der notwendigen Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärmarkt Rechnung getragen und andererseits die Wettbewerbsfähigkeit der österreichischen Fondsindustrie gewährleistet.

§ 52 Abs 3 Z 1

Am Ende des Punktes sollte es RL-konform „erzielen kann“ (statt „erzielt“) lauten.

³ www.fsa.gov.uk/

⁴ <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/COB/7/5> - Punkt 7.5.4. des FSA-Handbooks

§ 53

Die hier generell vorgesehene vorherige Kundenzustimmung geht über die Regelungen der MIFID bzw. der Durchführungs-RL hinaus und wird daher abgelehnt. Eine Zustimmung des Kunden ist ausschließlich gemäß in Art 21 Abs 3 2. Unterabsatz MIFID, nicht jedoch in Art 45 Durchführungs-RL vorgesehen. Die unterschiedlichen Regime für die Best Execution Policy sind auch im WAG 2007 darzustellen

Besondere Vorschriften für Kleinanleger § 54

§ 54

In § 54 sollte zur Klarstellung, dass nicht vor jedem Auftrag eine eigene Mitteilung und Warnung zu erfolgen hat (insb. problematisch bei Online-Kunden)
- in Abs 2 das Wort „einmalig“ eingefügt werden:

„(2) Ein Rechtsträger hat einem Kleinanleger **einmalig**, rechtzeitig vor Erbringung einer Dienstleistung im Sinne des [§ 52 Abs. 1] folgende Angaben zu seiner Durchführungs politik zu übermitteln: (...)“

- in Abs 3 - bzw. zumindest in den Erl.Bemerkungen - folgender Zusatz eingefügt werden: „Diese Warnung kann in standardisierter Form erfolgen und im Dokument der Durchführungs politik angeführt sein.“

§ 54 letzter Satz

Es ist unklar, was mit dem Verweis auf eine Website, die kein dauernder Datenträger ist, gemeint ist. Insbesondere macht für diesen Fall der Verweis auf § 16 nicht wirklich Sinn.

§ 56 Abs 1 Z 2 - Zusammenlegung und Zuordnung von Aufträgen

Anlehnend an die englische Originalversion „that the effect of aggregation may work to its disadvantage“ sollte es „...., dass der Effekt einer Zusammenlegung in Bezug auf einen bestimmten Auftrag nachteilig sein kann“ heißen, um klarzustellen, dass diese Mitteilung nur einen grundsätzlichen, abstrakten Hinweis enthält.

§ 58 Abs 3

§ 58 Abs 3 ist überschießend, da die MIFID diese Informationsverpflichtung nicht für alle professionellen Kunden vorsieht, sondern nur für die im Anhang II (I 2) angeführten Unternehmen.

Professionelle Kunden und geeignete Gegenparteien

§ 60 Abs 1

Zur Klarstellung, dass in § 60 Abs 1 auch Rechtsträger erfasst sind, die für andere Rechtsträger Nebendienstleistungen zu den genannten Geschäften erbringen, wie etwa Drittverwahrer, müßte ein ergänzender Satz 2 hinzugefügt werden, etwa folgenden Wortlautes:

"Dies gilt gleichermaßen für Rechtsträger, die für den genannten Rechtsträger die in direktem Zusammenhang mit diesen Geschäften stehenden Nebendienstleistungen erbringen" (zB Drittverwahrer).

§ 60 Abs 2 und 4

Gemäß Erläuterungen soll im Schlussteil des § 60 Abs. 2 und 4 Art. 24 Abs. 3 zweiter Satz der Richtlinie 2004/39/EG umgesetzt werden. Daher müssen die Erläuterungen wie folgt lauten: „Art. 24 Abs. 3 zweiter Satz der Richtlinie 2004/39/EG wird im Schlussteil von Abs. 2 und 4 umgesetzt.“

Es ist kaum feststellbar, ob eine andere Rechtsordnung eines anderen Mitgliedsstaates eine andere Einteilung als geeignete Gegenpartei vorsieht.

Eine Liste, die durch die Aufsicht erstellt wird, wäre hilfreich.

§ 60 Abs 2

Abs. 2 3. Satz: muss gemäß Art. 24 Abs. 2 1. Unterabsatz Richtlinie 2004/39/EG lauten: „Unternehmen gemäß § 2 Abs. 1 Z. 13 und 14 sind geeignete Gegenparteien.“ Daher muss das 2. Paragraphenzitat in Art. 60 Abs. 2 2. Satz lauten „[Art. 58 Abs. 2 Z. 1 lit. i]“.

§ 60 Abs 3

In Umsetzung des Art. 50 Abs. 2 Richtlinie 2006/73/EG muss der 2. Satz lauten: „Der Rechtsträger hat die betreffende Gegenpartei als professionellen Kunden zu behandeln, sofern der Rechtsträger diesem Antrag stattgibt und diese nicht ausdrücklich eine Behandlung als Kleinanleger verlangt.“

Abs. 4 sollte lauten: „Für die Zwecke dieses Paragraphen und [§ 61] kann der Rechtsträger ein Unternehmen ... als geeignete Gegenpartei einstufen ...“

Aus dem Wortlaut des § 60 Abs 4 WAG ist nicht eindeutig erkennbar, dass sich die Bestimmung auf andere als die in § 60 Absatz 1 angeführten Unternehmen bezieht, die Bestimmung also nicht als Einschränkung sondern als Ergänzung des Anwendungsbereiches anzusehen ist.

§§ 61 iVm 104 WAG/2007

Zu klären ist, ob man davon ausgehen kann, dass Altkunden, deren Einstufung nach Umsetzung der MiFID dieselbe ist (Kleinanleger), wie nach WAG alt, von der Einstufung nicht benachrichtigt werden müssen. Die EB sind hier unklar formuliert.

Schadenersatz

§ 62 Abs 1

Diese Bestimmung hat keine explizite Grundlage in der MIFID.

Es besteht auch keine sachliche Notwendigkeit, Teilen des WAG 2007 ausdrücklich Schutzgesetzcharakter zuzumessen, wie dies in § 62 Abs 1 geschieht. Auch der Umstand, dass in § 15 WAG eine ähnliche Bestimmung zu finden ist, kann die Notwendigkeit des § 62 (1) WAG 2007-E nicht rechtfertigen.

Die zivilrechtlichen Bestimmungen des ABGB sind ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Sorgfaltswidrigkeiten in der Beratung des Kunden oder in der Durchführung seiner Aufträge Schadenersatzverpflichtungen nach sich ziehen. Auf dieser Grundlage hat der OGH schon mehrfach über Schadenersatzansprüche von Kunden entschieden, ohne auch nur auf § 15 WAG Bezug zu nehmen. Auch in einer Entscheidung, in der der OGH auf § 15 WAG Bezug nimmt (OGH 30. 5. 2006, 3 Ob 289/05d), verweist er darauf, dass § 15 WAG nichts anderes ist als eine Konkretisierung vor- und auch nebenvertraglicher Verpflichtungen. In einer anderen Entscheidung (OGH 20. 1. 2005, 2 Ob 236/04a) wird ebenfalls festgehalten, dass aus zivilrechtlicher Sicht das WAG die schon bisher von der Rechtsprechung und Lehre zu Effektingeschäften insbesondere aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Aufklärungs- und Beratungspflichten festschreibt. Auch der BGH vertritt in seinen Entscheidungen die Auffassung, dass den Bestimmungen des dem WAG entsprechenden WpHG "keine eigenständige, über die zivilrechtlichen Aufklärungs- und Beratungspflichten hinausgehende schadenersatzrechtliche Bedeutung zukommt" (BGH 19.12.2006, XI ZR 56/05). Schon im Lichte dieser Einschätzung durch zwei Höchstgerichte muss ernsthaft zur Diskussion gestellt werden, ob zivilrechtliche Bestimmungen zum Schadenersatz im WAG nicht fehl am Platz sind.

Für die Streichung des gesamten § 62 Abs 1 WAG 2007-E spricht auch der Umstand, dass die meisten der hier angesprochenen Bestimmungen keine zivilrechtliche Relevanz haben, sondern bloße aufsichtsrechtliche Ordnungsvorschriften darstellen. Dies zeigt sich zB an den angesprochenen §§ 25 und 26 WAG. Diese beziehen sich auf die Voraussetzungen der Auslagerung, die aber von der Frage allfälliger Schadenersatzansprüche des Kunden völlig unabhängig zu sehen sind. Die in den §§ 25 und 26 angesprochenen Dienstleister sind im Verhältnis des Rechtsträgers zu seinem Kunden Erfüllungsgehilfen. Für deren Fehlleistungen haftet der Rechtsträger nach § 1313a ABGB unabhängig davon, ob die Auslagerung nach WAG zulässig war oder nicht. Andererseits ist nicht vorstellbar, dass Schadenersatz nur wegen eines Verstoßes gegen § 25 WAG gewährt würde, auch wenn der Vertrag des Rechtsträgers mit seinem Kunden - wenn auch unter Einschaltung des Dienstleisters - ordnungsgemäß erfüllt wurde. Gleiches gilt für die §§ 29 bis 32. Soweit es um die Verwahrung von Wertpapieren geht, sind ausreichende zivilrechtliche Regelungen im DepotG zu finden. Eine Schadenersatzbestimmung wegen fehlerhafter Verwahrung von Kundengeldern macht schon deswegen keinen Sinn, weil der Schadenersatzanspruch nicht besser durchsetzbar ist als der unmittelbare Rückzahlungsanspruch. Durch den Verweis auf die §§ 40 und 41 wiederum wird die Verletzung formaler Anforderungen an die Information des Kunden auch dann mit Schadenersatz in Verbindung gebracht, wenn die unterlassene oder fehlerhafte Information für die Anlegerentscheidung ohne jede Relevanz ist. Bei anderen Verweisen bleibt deren Umfang völlig im Unklaren.

Die vorstehend angesprochenen Probleme sind durch eine Neuformulierung des § 62 Abs 1 nicht in den Griff zu bekommen, weil dies zu einer kasuistischen, intransparenten Formulierung führen würde, die für den Rechtsanwender um nichts besser zu handhaben wäre als der vorliegende Text. Aus den vorstehend angeführten Gründen plädieren wir dafür, dass im WAG auf zivilrechtliche Schadenersatzbestimmungen zur Gänze verzichtet wird. In den ErlBem kann diesbezüglich auf die ausreichenden Grundlagen im ABGB verwiesen werden.

Sollte der Gesetzgeber aber zur Auffassung gelangen, dass es trotz der angesprochenen Argumente erforderlich ist, die schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des geltenden WAG aufrechtzuerhalten, muss er sich auch auf den dortigen Umfang beschränken, d.h. es wäre in § 62 WAG 2007 ausschließlich auf die §§ 43 bis 46 Bezug zu nehmen.

Darüberhinaus sollte folgende Formulierung in Anlehnung an die deutsche Regelung vorgesehen werden:

„Bei Verletzung der Pflichten nach den §§ 43 bis 46 kann Schadenersatz verlangt werden. Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.“

Konsumentenschutz

§ 63 Abs 2

Obwohl diese Regelung "Altbestand" darstellt, ist ihre sachliche Rechtfertigung - insbesondere bei den Investmentfonds - nachhaltig in Frage zu stellen. Die sachliche Rechtfertigung für § 3 KSchG liegt in der Überrumpfungsfahr (siehe im Kontext des Wertpapierverkaufs zB OGH 28. 7. 2004, 7 Ob 78/04b). Dort, wo der Kunde selbst die Initiative zum Vertragsabschluss ergreift, kann von dieser Gefahr nicht die Rede sein und es fehlt daher jede Rechtfertigung dafür, den Grundsatz der Vertragstreue zu untergraben. Dies gilt umso mehr, als zwischen Vertragsabschluss und Ablauf der Rücktrittsfrist durchaus Wertentwicklungen eintreten können, die den Kunden - wiewohl er selbst die Initiative zum Vertragsabschluss gesetzt hat - zum Rücktritt zulasten seines Vertragspartners veranlassen können. Auf diesen Sachverhalt hat das FernFinG in Umsetzung der entsprechenden Richtlinie Bedacht genommen (siehe den Ausschluss des Rücktrittsrechts in § 10 FernFinG). Auch dies spricht für die ersatzlose Beseitigung der erratischen Bestimmung des § 63 Abs 2)WAG 2007.

Meldepflichten

§ 64 Abs. 2

§ 64 setzt Art. 25 der RL 2004/39 um. Abs. 2 geht jedoch über die in der Richtlinie vorgesehene Liste der meldepflichtigen Instrumente weit hinaus, da sich Abs 2 an § 10 WAG geltende Fassung orientiert.

Gemäß Art. 25 der Richtlinie 2004/39 sind Geschäfte mit zum Handel an einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstrumenten zu melden. § 64 Abs. 2 jedoch sieht vor, dass auch jene Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die lediglich einen Antrag auf Zulassung an einem geregelten Markt gestellt haben, meldepflichtig sind. Weiters sieht § 64 Abs. 2 auch solche Instrumente zur Meldung vor, die zwar nicht zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, aber von einer Aktie oder einem aktienähnlichen Papier abhängen, welches zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen ist. Diese Definition der meldepflichtigen Instrumente geht weit über jene des Art. 25 hinaus. Auch in der Verordnung 1287/2006 findet sich kein Hinweis auf eine solche Definition. Lediglich Erwägungsgrund 45 der RL 2004/39/EG räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Liste der meldepflichtigen Instrumente zu erweitern.

Die in § 64 Abs. 2 vorgenommene, bereits oben dargestellte, Erweiterung wird seitens der FMA mit der Notwendigkeit einer effektiven Überwachung des Marktes im Hinblick auf Missbrauch von Insiderinformationen und Marktmanipulation i.S.d. § 48 BörseG begründet. Marktmanipulation und Missbrauch von Insiderinformation erscheint aber insbesondere mit Investmentfonds, die die Zulassung zu einem geregelten Markt erst beantragt haben, und nicht börsengehandelten Derivaten, die lediglich ein börsengehandeltes Underlying haben, sehr unwahrscheinlich bis unmöglich.

Der Aufwand der Ermittlung dieser Daten, die nicht von WM unterstützt werden, da § 9 WpHG nicht diese umfangreichen Meldepflichten vorsieht, steht in keinem Verhältnis zum aufsichtsrechtlichen Nutzen einer solchen Meldung.

Im Hinblick darauf und insbesondere auch auf die deutsche Regelung im Entwurf zu § 9 WpHG sollten die meldepflichtigen Instrumente wie folgt eingeschränkt werden:

- Finanzinstrumente gem. § 1 Z 6
- übertragbare Wertpapiere gem. § 1 Z 4, die einen Antrag auf Zulassung zu einem geregelten Markt gestellt haben

§ 64 Abs 3

Die Meldungen haben die in Anhang I der Verordnung 1287/2006 genannten Angaben zu enthalten. Dabei - und insbesondere bei der Verordnung der FMA gem. Abs. 5 - ist zu beachten, dass bei Punkt 6 des Anhang I der Verordnung 1287/2006 bei Derivaten nur der zweite Anstrich zur Anwendung kommen kann, da nicht börsengehandelte Derivate keine einheitlichen Identifikationscodes haben (zB.. ISIN).

§ 64 Abs 3 iVm Abs 5

Im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 DF-VO sollte auf die Meldung der nun zusätzlichen Meldefelder aus Gründen einer Praxiserleichterung vorläufig verzichtet werden bzw könnten nach Möglichkeit diese Daten von der FMA selbst von anderer Stelle (wie z.B. von der OeNB) beschafft werden. Art. 13 Abs. 1 DF-VO besagt, dass die zuständige Behörde erklären muss, dass sie nicht bereits im Besitz dieser Informationen ist und diese ihr auch nicht anderweitig zur Verfügung stehen.

§ 65 Abs 1

Das Wort "insbesondere" wäre ersatzlos zu streichen, da die erwähnten Informationen gem MiFID die einzigen sind. Der Verweis auf Art 29 Abs 3 deckt den Ausnahmefall Portfoliogeschäft ausreichend ab.

§ 67 - Betrieb MTF

Wir verweisen diesbezüglich auf unser Anliegen zu § 3 Abs 1.

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird dazu ausgeführt

Der Verweis auf die Handelsteilnahme nach §§ 14 und 15 BörseG sollte entfallen, da sonst der Eindruck entstehen könnte, nur Börsemitglieder dürfen an einem MTF teilnehmen oder es sollte klargestellt werden, dass eine Beschränkung der Teilnehmer am MTF nicht beabsichtigt ist. Teilnehmer sollen im Sinne der Richtlinie nicht nur Börsemitglieder sein sondern auch sonstige zugelassene Finanzintermediäre. Eine Erschwerung wäre richtlinienwidrig, dies zeigt der Erwägungsgrund 6 und der Artikel 14 (3) RL 2004/39/EG (MiFID).

§ 74 Abs 3

Alle WPDLU sollen künftig nicht nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zur Prüfung der Beachtung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes heranziehen können. Dies ist eine nicht notwendige Erschwerung für WPDLU, welche Einnahmen-Ausgabenrechner sind.

Steuerberater sollten diese Prüfung für nicht buchführungspflichtige Unternehmen ebenfalls durchführen können.

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird für Absatz 3 eine Ergänzung um folgenden Satz vorgeschlagen:

„Hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers ist § 275 UGB sinngemäß anzuwenden.“

§ 75

Seitens Bundessparte Information und Consulting wird die vorgeschlagene Bestimmung als überschießend gesehen. Nachfolgend wird die Position dieser Sparte zu diesem Vorschlag wiedergegeben.

Nicht alle Wertpapierfirmen sollten einer Entschädigungseinrichtung angehören müssen, sondern nur solche, die die Konzession zur Portfolioverwaltung mit Verfügungsvollmacht haben. Es ist nicht möglich, dass Wertpapierfirmen ohne Vermögensverwaltung einen Schadensfall im Sinne der Anlegerentschädigung herbeiführen und trotzdem müssen diese aufgrund ihres Tätigkeitsfeldes für Unternehmen mit der Konzession zur Vermögensverwaltung haften. Hier werden ungleiche Sachverhalte gleich geregelt, **daher handelt es sich um einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz**. Diese Regelung könnte auch zu einer Verschiebung des Geschäfts ins Ausland führen, da dort dieses Risiko nicht anfällt und daher günstigere Angebote gelegt werden können.

Sollte es nicht möglich sein, Wertpapierfirmen ohne Vermögensverwaltung von der Anlegerentschädigung zu exkludieren, wäre es unbedingt erforderlich, dass diese Wertpapierfirmen einer eigenen unabhängigen Anlegerentschädigungseinrichtung angehören und damit nicht der Haftungsfalle der Unternehmen mit Vermögensverwaltung unterliegen. Wir vertreten in Übereinstimmung mit der FMA die Auffassung, dass die derzeitige Anlegerentschädigungseinrichtung offenbar unzureichend für Entschädigungsfälle ausgerüstet ist. Es ist kein rechtsstaatliches Argument, dass der Haftungsfonds dadurch zu klein sein könnte und daher die WPF ohne Portfolioverwaltung mit Verfügungsvollmacht auch der Anlegerentschädigungseinrichtung angehören müssen. Es ist unsachlich, die WPF ohne Vermögensverwaltung in diese Haftung einzubeziehen. Die Auswirkung dieser Regelung wäre eine massive Abwanderung von Unternehmen ins Ausland.

Der ex lege-Entzug der Konzession für WPF ohne Berechtigung zur Portfolioverwaltung mit Verfügungsbefugnis ist verfassungs- und gleichheitswidrig, da sie selbst gar keinen Entschädigungsfall verantworten können.

Wenn Anleger Ansprüche anmelden, dann sollte nicht das Konkursgericht die Entscheidung über diese Ansprüche treffen, sondern die Anlageentschädigungseinrichtung.

Die Bestimmung ist zudem durch die MiFID nicht gedeckt: nach Art 11 MiFID prüft die zuständige Behörde, ob eine Rechtspersönlichkeit, die einen Antrag auf Zulassung gestellt hat, bei der Zulassung die Anforderungen der Anlegerentschädigungsrichtlinie erfüllt - in dieser Richtlinie ist aber klar definiert, wer Mitglied der Entschädigungseinrichtung sein soll, und damit die Anforderungen der Richtlinie zu erfüllen hat.

§ 75 (2)

Dies ist verfassungsrechtlich sehr bedenklich, weil Absatz 2 die Mitglieder, die aufgenommen werden müssen, beschränkt. Dies trifft die Wertpapierfirmen ohne Portfolioverwaltung, diese müssen einer Anlegerentschädigungseinrichtung angehören, welche diese nicht aufnehmen muss.

Die Bundessparte Bank und Versicherung sieht hingegen auch die im Entwurf vorgeschlagene Regelung zur Anlegerentschädigung im Sinne eines Level Playing Field als ausgewogen.

§ 91

Nach Ansicht der Bundessparte Information und Consulting räumen die neuen Verfahrensvorschriften der FMA neue und zu weit reichende Befugnisse ein (dabei wird v.a. auf die Möglichkeit der FMA verwiesen, jederzeit Vor Ort-Prüfungen vorzunehmen).

Berichtspflicht von Abschlussprüfern § 93

In § 93 müsste beim Verweis auf § 91 zusätzlich auch Z 5 angefügt werden, da die Bestimmung für Zweigniederlassungen von Wertpapierfirmen aus Mitgliedstaaten im BWG (§ 63 Abs 6a BWG) entfällt. Im Übrigen ist im § 91 Z 5 -analog zu § 6 - der § 78 Abs 8 und 9 BWG einzufügen.

Strafbestimmungen

§ 95

Abweichend vom Vorentwurf wird nunmehr bei den Strafbestimmungen (abgesehen von den Absätzen 9 und 10) nicht mehr auf den Verantwortlichen nach § 9 VstG Bezug genommen. Die Straftatbestände sind vielmehr (abgesehen von Abs 3, der natürliche Personen anspricht), allgemein gehalten („Wer“). An sich trifft nach § 9 Abs 1 VStG die Verantwortung für die Einhaltung der Bestimmungen des Verwaltungsrechts durch jur. Personen und Personenhandelsgesellschaften die zur Vertretung nach Außen befugten Personen. Daran würde die jetzt geänderte Formulierung in § 95 VstG nichts ändern. Die in § 95 pönalisierten Verhaltenspflichten treffen nur den jeweiligen Rechtsträger, nicht den einzelnen Mitarbeiter. Durch die jetzige Formulierung des § 95 könnte das aber in Frage gestellt werden. Es wäre daher erforderlich, auch im Straftatbestand klarzustellen, wer dessen Adressat ist (also zB „Wer als Rechtsträger im Sinne des 15 WAG.....“).

Kritisch ist auch der Umstand, dass der Straftatbestand des Abs 3 auf natürliche Personen Bezug genommen wird. Damit sollen offenbar jene Personen, deren persönliche Geschäfte in §§ 24 geregelt werden, unter Strafdrohung gestellt werden. Dies wäre aber falsch, weil § 24 sich nicht an diese Personen richtet, sondern ausdrücklich an die Rechtsträger, denen Vorkehrungen im Zusammenhang mit den persönlichen Geschäften vorgeschrieben werden. Es muss daher auch der Straftatbestand auf die Rechtsträger eingeschränkt werden.

Die Ausweitung der Strafbestimmungen wird jedenfalls entschieden abgelehnt, da dadurch eine Haftung jedes einzelnen Mitarbeiters oder sonst tätigen Person für Pflichten des Rechtsträgers gegeben wäre.

Im 3. Absatz ist die generelle Strafbarkeit für Verstöße gegen § 24 Abs 1 Z 1 bis 3 jedenfalls zu weitreichend bzw. zu unbestimmt und abzulehnen.

§ 102

Die gemäß Z 1 und 2 übergeleiteten Berechtigungen dürfen nicht mit Ablauf des 31. Dezember 2008 erlöschen. Es kann nicht sein, dass bestehende Konzessionen neu konzessioniert werden müssen. Die alten Berechtigungen sollten ex lege in die neuen Berechtigungen übergeleitet werden. Eine Möglichkeit wäre, die Unternehmen zu verpflichten, die Einhaltung der neuen Bestimmungen im Wege des nächsten Prüfberichts (der ohnehin jährlich der FMA zu übermitteln ist) nachzuweisen. Dadurch würden keine zusätzlichen Kosten weder bei den betroffenen Unternehmen noch bei der FMA anfallen.

Die FMA ist organisatorisch nicht in der Lage 300 Neukonzessionen durchzuführen. Wie beschrieben ist die Erteilung von Auflagen ohne eine Neukonzession leicht möglich. Der Übergang der Berechtigung von WPF, WPDLU oder des gewerblichen Vermögensberaters und Finanzdienstleistungsassistenten sollte analog der GewO und des Fortbetriebsrechtes geregelt werden, ebenso die Rechtsfolgen bei Umgründungen.

Zu § 102 wird von der Bundessparte Information und Consulting folgende Formulierung vorgeschlagen:

§ 102 wird zu § 102 (1) und wird wie folgt ergänzt:

(2) Die Berechtigung einer eingetragenen Personengesellschaft geht mit dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters auf den verbleibenden Gesellschafter über, wenn dieser die Voraussetzungen für die Ausübung erfüllt. Abs 4 und 5 gelten sinngemäß mit der Maßgabe, dass der verbleibende Gesellschafter den Übergang der Berechtigung innerhalb von sechs Monaten nach dem Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters der Behörde anzuzeigen hat.

(3) Bei Umgründungen (Verschmelzungen, Umwandlungen, Einbringungen, Zusammenschlüssen, Realteilungen und Spaltungen) geht die ursprüngliche Konzession auf den Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) nach Maßgabe der in den Abs 4 und 5 festgelegten Bestimmungen über. Zu den Umgründungen zählt auch die Einbringung von Unternehmen eingetragener Unternehmer in eine zu diesem Zweck gegründete eingetragene Personengesellschaft. Die Bestimmungen des ersten Satzes sind auch in dem Fall anzuwenden, dass in Entsprechung des § 8 Abs 3 UGB die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175ff ABGB) in das Firmenbuch als eingetragene Personengesellschaft erfolgt. Darüber ist ein Feststellungsbescheid zu erlassen.

(4) Die Berechtigung zur weiteren Konzessionsausübung im Sinne des Abs 3 entsteht mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) die Voraussetzungen für die Ausübung erfüllt. Der Nachfolgeunternehmer (Rechtsnachfolger) hat der Behörde den Übergang unter Anschluss der entsprechenden Belege vor Eintragung im Firmenbuch anzuzeigen.

(5) Die Berechtigung des Nachfolgeunternehmers (Rechtsnachfolgers) endet nach Ablauf von sechs Monaten ab Eintragung der Umgründung im Firmenbuch, wenn er innerhalb dieser Frist den Rechtsübergang nicht angezeigt hat oder im Fall des Abs 4 letzter Satz kein Bescheid über die Erbringung des Nachweises über die Konzessionsvoraus-

setzungen beantragt wurde. Es endigt die Berechtigung, wenn die Behörde mit Bescheid feststellt, dass die Voraussetzungen beim Nachfolgeunternehmen für die Konzession nicht vorliegen. Gleiches gilt, wenn die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Wertpapierfirma wegfallen, jedoch jene eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens vorliegen oder umgekehrt und ein Antrag auf Erteilung der Konzession in der anderen Form gestellt wird. Bis zur Entscheidung über diesen Antrag besteht die Berechtigung im Umfang jener Geschäfte, wie sie dem geringsten Konzessionsumfang der bestehenden oder der beantragten Konzession entsprechen, fort.

(6) Alle Personen, die gemäß § 19 (2a) WAG alt zum Zeitpunkt des 30.10.2007 im Register der FMA eingetragen waren, sind nach den Bestimmungen des § 28 WAG-Entwurf zur Tätigkeit als vertraglich gebundener Vermittler befugt und gemäß § 28 (6) WAG-Entwurf in das Register bei der FMA automatisch aufzunehmen.

Die Bundessparte Bank und Versicherung ergänzt dazu:

Sollten hier Erleichterungen vorgesehen werden, wären diese analog auch für Kreditinstitute vorzusehen.

§ 103 WAG - Übergangs- und Schlussbestimmungen

Wir weisen nochmals auf die Forderung, das Inkrafttreten des WAG 2007 zu verschieben, hin.

Zumindest sollte in den Übergangsbestimmungen des § 104 WAG 2007 eine Regelung dahin getroffen werden, dass alle Maßnahmen, die ein Rechtsträger aufgrund des zweiten Hauptstücks des WAG 2007 über die zum 30. Oktober 2007 geltende Rechtslage hinaus zu setzen hätte, erst bis zu einem späteren Stichtag (1.6.2008) ergriffen werden müssen und dass bis dahin die Beachtung der geltenden Rechtslage dem Gesetz genüge tut. Begründet kann dies damit werden, dass Veranlassungen auch gegenüber allen bestehenden Kunden getroffen werden müssen, die erst auf Grundlage des geltenden Gesetzes (und der diesbezüglichen VO) auch tatsächlich in Angriff genommen werden können.

§ 103 Z 6

Die Bundessparte Information und Consulting vertritt dazu folgende Ansicht:

Korrespondierend mit der Forderung, nur Wertpapierfirmen, die Wertpapierdienstleistungen nach § 3 (2) Z 2 WAG-Entwurf erbringen, in eine Entschädigungseinrichtung zu zwingen, muss diese Ziffer geändert werden. Nur jene Wertpapierfirmen, die Wertpapierdienstleistungen nach § 3 (2) Z 2 erbringen, sollen ihre Konzession am 30. April 2008 verlieren.

Die Bundessparte Bank und Versicherung hingegen sieht die vorgeschlagenen Bestimmungen betreffend Anlegerentschädigung als ausgewogen.

BWG

Allgemein

Unklar ist, wie der MiFID-Katalog im Hinblick auf Anhang I RL 2006/48/EG zu interpretieren („gegenseitige Anerkennung“) ist bzw. ob eine Notifikationen für Kreditinstitute notwendig ist, die Wertpapierdienstleistungen im Sinne des WAG 2007 erbringen.
(siehe dazu Formulierungsvorschlag zu § 1 Abs 1 BWG)

Reine Spezialinstitute (zB MVKs, E-Geld-Institute, Wechselstuben, Moneytransmitter) sollten nicht in den Genuss von § 1 Abs 3 BWG kommen und Wertpapierdienstleistungen als Nebengeschäft durchführen dürfen, da dies auch nicht richtlinienkonform wäre .

Legistische Behandlung der Ausweitung des Umfangs der „Finanzinstrumente“

Problemstellung:

Die Bundessparte Bank und Versicherung vertritt dazu folgende Position:

Mit der MiFID wird offensichtlich auch der Bankgeschäftekatalog der RL 2006/48/EG erweitert, einerseits um die Wertpapierdienstleistungen der MiFID, andererseits um die Finanzinstrumente der MiFID. Dies erfordert eine Gleichschaltung des Begriffs „Finanzinstrumente“ in WAG 2007 und BWG. Die Konsequenz ist, dass der Handel mit „neuen“ Finanzinstrumenten, insbesondere Commodities, nunmehr konzessionspflichtig werden müssen. Dies Konzessionspflicht wäre schon alleine deswegen sicher zustellen, um ein einheitliches level playing field - sowohl innerstaatlich als auch gemeinschaftsweit - herzustellen.

Es sollte vermieden werden, dass Kreditinstitute, die bislang schon die Berechtigung zum Handel gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG inne hatten, mit allzu großen bürokratischen Hürden konfrontiert werden. Daher wurde Anleihe an § 7 E-Geld-Gesetz genommen, da bei der Einführung des E-Geld-Geschäfts eine ähnliche Problemlage vorlag.

Folgende Anpassung wäre erforderlich:

- Anpassungen all jener Gesetzesstellen im BWG und anderen Gesetzen, in denen auf § 1 Abs. 1 Z 7 BWG verwiesen wird.

Vorschlag der Bundessparte Bank und Versicherung:

§ 1. (1) Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:

[...]

7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit
 - a) ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen- und Valutengeschäft),
 - b) Finanzinstrumenten,

sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt.

§ 2. Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

34. Finanzinstrumente: Finanzinstrumente gemäß § 1 Z 6 WAG 2007;

§ 103f. (1) Wer bei In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xxx/2007 auf Grund § 1 Abs. 1 Z 7 den Handel auf eigene oder fremde Rechnung ohne Einschränkung betreiben durfte, hat, damit diese Berechtigung sich nunmehr auf den vollen Umfang der in § 1 Abs. 1 Z 7 lit. b genannten Finanzinstrumente bezieht, bis zum 31. Oktober 2007 einen Antrag auf Umschreibung dieser Berechtigung auf eine Konzession gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG in der Fassung BGBl. I Nr. xxx/2007 zu stellen. Wird dieser Antrag nicht gestellt, besteht die Berechtigung mit Ablauf des 31. Oktober 2007 lediglich im Umfang gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 in der Fassung BGBl. I Nr. 141/2007 weiter. Bei rechtzeitig gestelltem Antrag auf Umschreibung der Berechtigung erweitert sich mit 1. November 2007 die Berechtigung zur Durchführung des Handels auf eigene oder fremde Rechnung auf den Umfang der in § 1 Abs. 1 Z 7 lit. b in der Fassung BGBl. I Nr. xxx/2007 genannten Finanzinstrumente vorläufig bis zur Entscheidung der Finanzmarktaufsichtsbehörde über den Antrag auf Umschreibung der Berechtigung.

(2) Kreditinstitute, die eine Zweigstelle im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates betreiben, oder die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs tätig sind, können im Rahmen eines Antrags gemäß Abs. 1 anzeigen, bestehende Notifikationen gemäß Z 7 des Anhangs I der Richtlinie 2006/48/EG um die in Anhang I, letzter Absatz, Richtlinie 2006/48/EG genannten Finanzinstrumente gemäß Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2004/39/EG zu erweitern. § 10 Abs. 5 letzter Satz und Abs. 7 kommen zur Anwendung.

§ 1 Abs 1 Z 18

Die Bundessparte Information und Consulting schlägt zu dieser Bestimmung vor:

Die Möglichkeit dieser Gesetzesnovellierung sollte benutzt werden, um eine vorhandene Unklarheit bei der Vermögensverwaltung auszuräumen. Daher sollte diese Bestimmung lauten:

„Z 1, ausgenommen durch Unternehmen der Vertragsversicherung *und Gewerbliche Vermögensberater gem. § 94 Z 75 GewO*“.

Die bisherige Definition des Einlagengeschäfts als Bankgeschäft erlaubt es in der geltenden Rechtslage dem „Gewerblichen Vermögensberater“ nicht, Geldeinlagen (wie zum Beispiel Spareinlagen) an Banken zu vermitteln, weil diese Tätigkeit Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen vorbehalten ist. Die Gewerbeberechtigung „Gewerbliche Vermögensberatung“ umfasst zwar auch die „Vermittlung von Veranlagungen und Investitionen ...“ (§ 136a Abs 1 Z 2 GewO). Dies ist jedoch mit der Einschränkung zu lesen bzw. zu interpretieren, dass diese Vermittlung nicht Befugnis eines anderen Gewerbes ist (zB bei Immobilien für Immobilitreuhänder) bzw. nicht durch andere Rechtsvorschriften bestimmten anderen Unternehmen (wie Kreditinstituten bzw. Unternehmen der Vertragsversicherung) vorbehalten ist. Daher ist die Vermittlung von Personalkrediten durch gewerbliche Vermögensberater im BWG (§ 1 Abs 1 Z 18 b) ausdrücklich vom Katalog der Bankgeschäfte ausgenommen. Nur aufgrund dieser Ausnahme ist es gewerblichen Vermögensberatern erlaubt, Hypothekarkredite zu vermitteln, ohne von der Strafdrohung für die Betreibung von Bankgeschäften ohne die erforderliche Konzession § 98 BWG betroffen zu sein.

Die Vermittlung von Geldeinlagen sollte daher ebenfalls in § 1 (1) Z 18 lit. a BWG aufgenommen werden. Dies könnte zu einer Klarstellung eines seit Jahren gegebenen und keine Probleme bereitenden Zustandes führen.

Die Bundessparte Bank und Versicherung vertritt dazu folgende Ansicht:

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zu Wertpapierfirmen und WPDLU werden hingegen auch in diesem Bereich von der Kreditwirtschaft im Sinne eines level playing field grundsätzlich als ausgewogen angesehen und positiv beurteilt. Ein darüber hinaus gehendes Abweichen ist für die österreichische Kreditwirtschaft nicht vorstellbar.

§ 9

In Absatz 7 müsste auch § 78 Abs 7 bis 9 BWG aufgenommen werden, da diese Bestimmung auch für im Rahmen der Niederlassungsfreiheit tätigen ausländischen Kreditinstitute gelten muss.

Erläuterungen Besonderer Teil zu Art. 3 (Änderung des BWG) zum Entfall von § 1 Abs 1 Z 19 BWG:

In Satz 2 wird festgehalten, dass die "an sich unsystematische Einordnung" der Finanzdienstleistungsgeschäfte als Bankgeschäfte "aus Gründen einer historischen Rechtslage erfolgte, die nicht mehr besteht".

Mit dieser Feststellung wird der Eindruck erweckt, dass das Wertpapierdienstleistungsgeschäft kein Bankgeschäft wäre und diese unsystematische Einordnung als Bankgeschäft in der Vergangenheit begründet wäre aufgrund einer damaligen Rechtslage, die heute nicht mehr besteht.

Konkret geht es um die Diskussion Universalbanksystem vs. Spezialbanksystem.

Zur Vermeidung dieser Interpretation und da zur Begründung des Entfalles von § 1 Abs 1 Z19 überflüssig, können und haben die ersten beiden Halbsätze zumindest ersatzlos zu entfallen und reicht völlig aus, wenn als Satz 2 der Begründung lediglich festgestellt wird, dass die Regelung der Konzessionstatbestände für Wertpapierdienstleistungen im WAG 2007 der besseren Systematik und Übersichtlichkeit der Rechtsordnung dient.

BörseG

§ 1 Abs. 1

Unbeschadet der Notwendigkeit der Neudefinition der „Wertpapierbörse“, weisen wir darauf hin, dass die getroffene Definition verwirrend ist, da der Begriff Markt im Gesetz nicht vorkommt bzw. definiert ist, und nun fraglich ist, was genau alles umfasst sein soll. Eine Klarstellung in den EB wäre nötig.

Entfall des § 23

Unklar ist, warum § 23 entfällt. Durch Entfall dieser grundsätzlichen Einteilung in amtlichen Handel und geregelten Freiverkehr wird unklar, wie und warum in der Folge die Zulassungsanforderungen zum amtlichen Handel etc. beibehalten werden.

Konsumentenschutzgesetz

§ 28a

Die Aufnahme der Wort „oder Wertpapierdienstleistungen“ wird abgelehnt. Aus der MiFID ergibt sich keine Verpflichtung, ein Mahnverfahren für Wertpapierdienstleistungsgeschäfte zu etablieren.

Änderung anderer Gesetze

Die Bundessparte Information und Consulting hat in ihrer Stellungnahme Änderung zu anderen Gesetzen, die im Entwurf nicht berücksichtigt wurden, angeregt:

§ 6 (1) Z 8 UStG 1994:

Aufgrund unserer Forderung zur umsatzsteuerlichen Gleichbehandlung in § 39 WAG-Entwurf sollte der vorhandene § 6 (1) Z 8 lit f UStG ersetzt werden. **Vorschlag:**

f) die Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren und die Vermittlung dieser Umsätze, ausgenommen die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren, unter Einschluss aller aus Anlass der Vermittlung erfolgenden Beratung und unter Einschluss von bezahlten Bestandsprovisionen, mögen diese auch für die laufende Kundeninformation geleistet werden.

§§ 2 Z 14, 136a (3) und 138 (4) GewO:

Diese Bestimmungen müssten angepasst werden, um den Veränderungen im WAG gerecht zu werden.

§ 75 (2) VAG:

Wie in der Stellungnahme zu § 2 (2) WAG-Entwurf zum Ausdruck kommt, muss diese Bestimmung aus Konsumentenschutzerwägungen an die neuen Wohlverhaltensregeln im WAG-Entwurf angepasst werden.

Die Bundessparte Bank und Versicherung spricht sich gegen diese Forderungen aus.

Auslagerung von wesentlichen betrieblichen Aufgaben an Dienstleister**§ 25**

- (1) Ein Rechtsträger hat sicherzustellen, dass beim Rückgriff auf Dritte (Dienstleister) zur Wahrnehmung betrieblicher Aufgaben, die für die kontinuierliche und zufrieden stellende Erbringung von Dienstleistungen für Kunden und Ausübung von Anlagetätigkeiten wesentlich sind, angemessene Vorkehrungen getroffen werden, um unnötige zusätzliche Geschäftsrisiken zu vermeiden. Die Auslagerung wesentlicher betrieblicher Aufgaben an Dienstleister darf jedenfalls nicht so erfolgen, dass die Qualität der internen Kontrolle oder die Möglichkeit der FMA zu überprüfen, ob das Unternehmen sämtlichen Anforderungen genügt, wesentlich beeinträchtigt werden. Bei Abschluss, Durchführung oder Kündigung einer Vereinbarung über die Auslagerung von wesentlichen betrieblichen Aufgaben, Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten an einen Dienstleister ist mit der gebotenen Professionalität und Sorgfalt zu verfahren. Insbesondere ist eine klare Aufteilung der Rechte und Pflichten zwischen dem Rechtsträger und dem Dienstleister vorzunehmen. Auslagerungsvereinbarungen, die nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingegangen werden, sind unbeschadet ihrer Wirksamkeit schriftlich abzuschließen.
- (2) Eine betriebliche Aufgabe ist wesentlich im Sinne von Abs. 1, wenn deren unzureichende oder unterlassene Wahrnehmung die jederzeitige Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen oder der anderen Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Rechtsträgers oder die Solidität oder Kontinuität der Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten wesentlich beeinträchtigen würde. Folgende Aufgaben werden jedenfalls nicht als wesentlich betrachtet:
1. Für einen Rechtsträger erbrachte Beratungs- und andere Dienstleistungen, die nicht Teil seines Anlagegeschäfts sind, insbesondere die Beratung in Rechtsfragen, Mitarbeiterschulungen, die Buchhaltung und die Bewachung von Gebäuden und Schutz von Mitarbeitern;
 2. der Erwerb standardisierter Dienstleistungen, wie insbesondere Marktinformationsdienste und Preisdaten.
- (3) Ein Rechtsträger, der wesentliche betriebliche Aufgaben oder Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten auslagert, ist für die Erfüllung aller seiner Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz verantwortlich und hat insbesondere Folgendes zu gewährleisten:
1. Die Auslagerung darf nicht zu einer Delegation der Aufgaben der Geschäftsleitung führen;
 2. das Verhältnis und die Pflichten des Rechtsträgers gegenüber seinen Kunden müssen unverändert bleiben;
 3. die Voraussetzungen für eine Konzession nach § 3 oder § 4 BWG müssen weiterhin erfüllt sein.
- (4) Rechtsträger haben bei Auslagerung wesentlicher betrieblicher Aufgaben an Dienstleister folgendes zu gewährleisten:
- a) der Dienstleister muss über die Eignung, die Kapazität sowie alle gesetzlich vorgeschriebenen Zulassungen verfügen, um die ausgelagerten Aufgaben, Dienstleistungen

- oder Tätigkeiten zuverlässig und professionell auszuführen und muss die ausgelagerten Dienstleistungen wirkungsvoll ausführen;
- b) der Rechtsträger muss Methoden für die Bewertung der Leistungen des Dienstleisters festlegen;
 - c) der Dienstleister muss die Ausführung der ausgelagerten Aufgaben ordnungsgemäß überwachen und die mit der Auslagerung verbundenen Risiken angemessen steuern;
 - d) es müssen angemessene Schritte eingeleitet werden, falls Zweifel daran bestehen, dass der Dienstleister seine Aufgaben wirkungsvoll und unter Einhaltung aller geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausführt;
 - e) der Rechtsträger muss weiterhin über die notwendigen Fachkenntnisse verfügen, um die ausgelagerten Aufgaben wirkungsvoll zu überwachen und die mit der Auslagerung verbundenen Risiken zu steuern, und er muss diese Aufgaben auch tatsächlich überwachen und diese Risiken auch tatsächlich steuern;
 - f) der Dienstleister muss dem Rechtsträger jede Entwicklung zur Kenntnis bringen, die die Fähigkeit des Dienstleisters, die ausgelagerten Aufgaben wirkungsvoll und unter Einhaltung aller geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften auszuführen, wesentlich beeinträchtigen könnte;
 - g) der Rechtsträger muss in der Lage sein, die Auslagerungsvereinbarung erforderlichenfalls zu kündigen, ohne dass dies die Kontinuität und Qualität der für ihre Kunden erbrachten Dienstleistungen beeinträchtigt;
 - h) der Dienstleister muss in Bezug auf die ausgelagerten Tätigkeiten mit den für den Rechtsträger zuständigen Behörden zusammenarbeiten;
 - i) der Rechtsträger, seine Abschlussprüfer und die jeweils zuständigen Behörden müssen tatsächlich Zugang zu den mit den ausgelagerten Tätigkeiten zusammenhängenden Daten und zu den Geschäftsräumen des Dienstleisters haben, und die zuständigen Behörden müssen von diesen Zugangsrechten Gebrauch machen können;
 - j) der Dienstleister muss alle vertraulichen Informationen, die den Rechtsträger und ihre Kunden betreffen, schützen;
 - k) der Rechtsträger und der Dienstleister müssen einen Notfallplan festlegen und dessen kontinuierliche Einhaltung sicherstellen, der bei einem Systemausfall die Speicherung der Daten gewährleistet und regelmäßige Tests der Backup-Systeme vorsieht, sollte dies angesichts der ausgelagerten Funktion, Dienstleistung oder Tätigkeit erforderlich sein.

(5) Bei der Auslagerung an

- (a) an einen Dienstleister, der der selben Gruppe angehört wie der auslagernde Rechtsträger,
- (b) an einen Dienstleister, den die Rechtsträger, die zu diesem Dienstleister auslagern, gemeinsam kontrollieren oder an dem sie zusammen direkt oder indirekt mehrheitlich beteiligt sind,
- (c) das Zentralinstitut (§ 23 (13) Z 6 BWG) des auslagernden Kreditinstituts oder gegebenenfalls das Zentralinstitut, dem das Zentralinstitut des auslagernden Kreditinstituts seinerseits angeschlossen ist, oder
- (d) einen Dienstleister, der direkt oder indirekt kontrolliert wird
 - vom Zentralinstitut des auslagernden Kreditinstituts oder
 - vom Zentralinstitut, dem das Zentralinstitut des auslagernden Kreditinstituts seinerseits angeschlossen ist,kann hinsichtlich der nach Absatz 4 zu treffenden Maßnahmen berücksichtigt werden,
 - in welchem Umfang die auslagernden Rechtsträger den Dienstleister kontrollieren oder sein Handeln beeinflussen können, und

- wie weit sich die auslagernden Rechtsträger für diese Aufgaben unter Beachtung des Abs. 3 gemeinsamer Dienstleister bedienen.
- (6) Auf deren Verlangen hat der Rechtsträger der FMA alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die notwendig sind, um zu überwachen, ob die Anforderungen dieses Bundesgesetzes betreffend die Auslagerung von Aufgaben eingehalten werden.

Übergangsvorschrift

Auslagerungsvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgeschlossen wurden, sind bis XXX den Anforderungen dieses Bundesgesetzes anzupassen.

Die Wirtschaftskammer Österreich ersucht um Berücksichtigung ihrer Anliegen und steht für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Wunschgemäß wird diese Stellungnahme auch dem Parlament übermittelt.

Freundliche Grüße

Dr. Christoph Leitl
Präsident

Dr. Reinhold Mitterlehner
Generalsekretär-Stv.