

Die gewerbliche Vermögensberatung

Voraussetzung, Regeln und Pflichten bei der Berufsausübung

Allgemeines Berufsrecht (Modul 1 des Lehrplans des Fachverbands
Finanzdienstleister zur Weiterbildung des Wertpapiervermittlers)

Veranstalter: Fachgruppe Finanzdienstleister Tirol
Vortragender: RA Prof. Dr. Christian Winternitz

Innsbruck am 15.09.2016

© Prof. Dr. Christian Winternitz

1

Themen der heutigen Veranstaltung im Überblick

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung
2. Kapitel – Gewerbeinhalte: die Teiltätigkeiten nach § 136a Abs 1 GewO
3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten
4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und Produktrecht/Haftung
5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung
6. Kapitel – MiFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

© Prof. Dr. Christian Winternitz

2

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

A. Allgemeine Voraussetzungen (für freies Gewerbe erforderlich)

- **Eigenberechtigung**
 - Geschäftsfähigkeit (Vollendung des 18. Lebensjahrs, keine Sachwalterbestellung)
 - keine Gewerbeausschließungsgründe (d.h. keine finanzstrafrechtlichen- oder einschlägigen strafgerichtliche Verurteilungen, die noch nicht getilgt sind)
- **Staatsbürgerschaft eines EU- oder EWR-MS oder bilateraler StaatsV oder Aufenthaltstitel**
 - Inländische Staatsbürgerschaft
 - oder Staatsbürgerschaft eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats
 - Alternativ bilateraler Staatsvertrag
 - oder Aufenthaltstitel (etwa bei Staatenlosen oder Asylberechtigten)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

3

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

3. Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

- Der Gewerbliche Vermögensberater hat eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung folgenden Inhalts nachzuweisen:
 - mind. EUR 1.257.505,00 für jeden einzelnen Schadensfall
 - EUR 1.886.258,00 für alle Schadensfälle eines Jahres
 - Versicherungssummen werden alle fünf Jahre angehoben
 - für alle Tätigkeiten als gewerblicher Vermögensberater mit Ausnahme der Versicherungsvermittlung (gesonderte Versicherungspflicht)
 - keine Versicherungspflicht für die Tätigkeit als VGV oder WPV (für diese Tätigkeit haftet der Rechtsträger, unter dessen Haftungsdach der Vermittler tätig ist)
- Der Gewerbebehörde ist die Deckungserklärung der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung bei der Gewerbeanmeldung vorzulegen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

7

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

4. Nachweis des Vertragsverhältnisses

- Der WPV kann für höchstens drei Rechtsträger (Wertpapierfirmen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen) tätig sein
- Voraussetzungen für die Gewerbeberechtigung des WPV ist der Nachweis zumindest eines Vertretungsverhältnisses (zur Wertpapierfirma oder zum Wertpapierdienstleistungsunternehmen)
- Nachweis ist bei Gewerbeanmeldung zu erbringen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

8

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

5. Weiterbildungsverpflichtung für den WPV

- Verpflichtung des WPV gemäß § 136c GewO:
 - Ab Eintragung in das Gewereeregister: Verpflichtung zur Schulung jeweils innerhalb von drei Jahren
 - Nachweis über die Schulung ist am Standort mindestens fünf Jahre zur Einsichtnahme durch die Behörde bereitzuhalten
 - einmaliger Verstoß führt zur Gewerbeentziehung
- Schulungen iSd Gesetzes:
 - mind. 40 Stunden an einschlägigen Lehrgängen bei einer unabhängigen Ausbildungsinstitution
 - zuständige Fachorganisation der Wirtschaftskammer hat Lehrplan für Schulungen zu erarbeiten (Bestätigung durch BMWF und Recht auf Stellungnahme durch FMA)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

9

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

C. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen der gewerblichen Vermögensberatung

- Gewerbeordnung (GewO)
- Maklergesetz
- Versicherungsvertragsgesetz (VersVG)
- Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (HIKrG)
- Verbraucherkreditgesetz (VKrG)
- Kapitalmarktgesetz
- AIFMG
- AltFG
- WAG 2007

© Prof. Dr. Christian Winternitz

10

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

D. Rechtsfolgen von Gesetzesverstößen

1. Strafrechtliche Konsequenzen

- Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht § 7 WAG 2007 (Ermächtigungsdelikt) Freiheitsstrafe bis 6 Monate, Geldstrafe bis 360 Tagessätze
- Geldwäscherei § 165 StGB: bis 10 Jahre
- Terrorismusfinanzierung § 278d StGB: bis 10 Jahre
- Anbieten von Prospektpflichtigen WP und Veranlagungen ohne veröffentlichten Prospekt gem. § 15 KMG: bis 2 Jahre Freiheitsstrafe

© Prof. Dr. Christian Winternitz

11

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

2. Verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen

- Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ohne Berechtigung: § 94 Abs. 1 WAG 2007: Geldstrafen bis EUR 100.000,00
- Verstöße gegen die GewO Strafbestimmung gem. § § 366 ff GewO (bis EUR 30.000,00 für unterlassene Geldwäschemeldung)
- Verstöße gegen das VKrG (bis EUR 10.000,00)
- Verstöße gegen das HIKrG (Geldstrafen bis EUR 10.000,00)
- Verstöße gegen VersVG, VAG, DSG, etc.

© Prof. Dr. Christian Winternitz

12

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

3. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen (1)

- Gewerbliche Vermögensberatung unterliegt der Gewerbeaufsicht
- Aufsichtsverfahren fallen daher in die Zuständigkeit der Gewerbebehörde
- Gewerbeentziehungsverfahren nach § 87 GewO (siehe Seite 6 oben)
- Automatische Einleitung eines Gewerbeentziehungsverfahrens in folgenden Fällen
 - Wegfall der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung beim gewerblichen Vermögensberater
 - Wegfall der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung beim Versicherungsvermittler
 - Wegfall des letzten Vertretungsverhältnisses beim Wertpapier Vermittler

© Prof. Dr. Christian Winternitz

13

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

3. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen (2)

- Gewerbeentziehung außerdem in folgende Fällen:
- Generell schwerwiegende Verstöße gegen einschlägige gewerberechtliche Vorschriften, sodass keine Zuverlässigkeit mehr gegeben ist
 - Strafbare Handlungen im Sinn des § 13 GewO, die eine Begehung gleicher oder ähnlicher Straftaten bei der Ausübung des Gewerbes befürchten lassen
 - Nicht Ausübung des Gewerbes über längere Zeit

© Prof. Dr. Christian Winternitz

14

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

4. Zivilrechtliche Folgen (1)

- Bei Vorliegen der Voraussetzungen des §§ 1295 ff ABGB Schadenersatz (Voraussetzungen: rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten, Kausalität und Rechtswidrigkeitszusammenhang)
- Berechnung des Schadens: Differenzmethode
- Fälle der Haftung in der jüngsten Vergangenheit
 - Vermittlung eines risikobehafteten Finanzinstruments durch gewerblichen Vermögensberater ohne ordnungsgemäße Aufklärung
 - Vermittlung von Fremdwährungskrediten ohne gehörige Aufklärung über das Währungskursrisiko
 - Vermittlung von fondsgebunden Lebensversicherungen mit hohem Risikogehalt ohne deutliche Aufklärung über das Verlustrisiko von 30%

© Prof. Dr. Christian Winternitz

15

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

4. Zivilrechtliche Folgen (2)

- Für den Erfüllungsgehilfen (VGV oder WPV)
- WPV und VGV sind per Definition für einen Rechtsträger (Haftungsdach) tätig, der sich ihrer bei der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden bedient (Erfüllungsgehilfe nach § 1313a ABGB)
- Nach ständiger Rechtsprechung kann es auch zu einer eigenen Haftung des Erfüllungsgehilfen kommen und zwar wenn
 - sein Verhalten keinem Geschäftsherren zugerechnet werden kann
 - er ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hatte oder
 - wenn er bei deren Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat

© Prof. Dr. Christian Winternitz

16

1. Kapitel – Voraussetzungen und Verpflichtungen der gewerblichen Vermögensberatung

4. Zivilrechtliche Folgen (3)

- Das Interesse des Erfüllungsgehilfen an seiner eigenen Vergütung stellt für sich noch kein „ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse“ dar
- Das in Anspruch genommen persönliche Vertrauen muss über das in wirtschaftlichen Angelegenheiten regelmäßig entgegengebrachte Vertrauen hinausgehen (RS 0019726).

© Prof. Dr. Christian Winternitz

17

2. Kapitel – Gewerbeinhalt: die Teiltätigkeiten nach § 136a Abs 1 GewO

A. Umfang des Gewerbes gemäß § 136a GewO:

Insgesamt vier Teiltätigkeiten:

1. Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung (mit Ausnahme der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente)
2. Vermittlung von Veranlagungen und Investitionen (ausgenommen Finanzinstrumente)
3. Vermittlung von Personalkrediten und Hypothekarkrediten und Finanzierungen
4. Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

18

2. Kapitel – Gewerbeinhalte: die Teiltätigkeiten nach § 136a Abs 1 GewO

1. Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung (mit Ausnahme der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente) gemäß § 136a Abs 1 GewO

- umfasst jede Beratung, die mit Ausbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung zusammenhängt
- einzige Ausnahme ist die konzessionspflichtige Beratung in Bezug auf Finanzinstrumente (§ 3 Abs 2 Z 1 WAG 2007)
- Begriff der Finanzinstrumente siehe § 1 Z 6 WAG 2007 (Aktien, Anleihen, in- und ausländische Investmentfondsanteile, Derivate)
- Beratung in Bezug auf Finanzinstrumente ist den Rechtsträgern gemäß § 15 WAG 2007 vorbehalten

© Prof. Dr. Christian Winternitz

19

2. Kapitel – Gewerbeinhalte: die Teiltätigkeiten nach § 136a Abs 1 GewO

1. Beratung bei Aufbau, Sicherung und Erhaltung von Vermögen und Finanzierung (mit Ausnahme der Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente) gemäß § 136a Abs 1 GewO

- Begriff der Beratung ist offen definiert und umfasst neben, Unternehmensanteilen, Bauherrenmodellen, Vorsorgewohnungen, Gold auch diverse Sachanlagen
- Finanzierungsmodelle, die Gegenstand der Beratung sein können
 - Crowdinvesting
 - Mezzaninkapital
 - Geförderte Finanzierungen (z.B. awS/erp Fonds, FFG, EIF oder OeKP)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

20

2. Kapitel – Gewerbeinhalte: die Teiltätigkeiten nach § 136a Abs 1 GewO

2. Vermittlung von Veranlagungen und Investitionen

- Vermittlung von Veranlagungen und Investitionen umfasst u.a. Unternehmensbeteiligungen sofern die Rechte nicht verbrieft sind (Kommanditanteile, atypische stille Beteiligungen oder GmbH-Anteile)
 - Geschlossene Fonds
 - Second Hand Polizzen
 - Sachanlagen
- Veranlagungen nach § 1 Abs 1 Z 3 KMG bzw. geschlossene Fonds
- Vermittlung von Beteiligungen erfolgt durch gewerbliche Vermögensberater (aufgrund eigener Gewerbeberechtigung)
- dies bedeutet: gewerblicher Vermögensberater haftet auch selbstständig für Beratungsfehler (kein Haftungsdach)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

21

3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

- 1. Abgrenzung zur Versicherungsvermittlung
- 2. Abgrenzung zum Immobilienreuhänder
- 3. Abgrenzung zum Wertpapierfirmen/Wertpapierdienstleistungsunternehmen
- 4. Abgrenzung zum Tipgeber

© Prof. Dr. Christian Winternitz

25

3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

1. Abgrenzung zur Versicherungsvermittlung

- Gewerblicher Vermögensberater ist zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen berechtigt
- Versicherungsvermittler können auch Sachversicherungen vermitteln
- Für gewerbliche Vermögensberater (Gewerbeanmeldung nach dem 01.01.2009) besteht keine Möglichkeit der Vermittlung von Sachversicherungen (auch nicht als Nebengewerbe)
- Berechtigungen, die vor dem 01.01.2009 erlangt wurden, bleiben aufrecht

© Prof. Dr. Christian Winternitz

26

3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

2. Abgrenzung zum Immobilienreuhänder

- Überschneidung bei der Vermittlung von Hypothekarkrediten, die von Immobilienreuhändern und gewerblichen Vermögensberatern vermittelt werden können
- Beratung und Vermittlung im Bezug auf konkrete Immobilien steht nur den Immobilienreuhändern zu
- Gewerblicher Vermögensberater kann (allgemein) in Bezug auf Vorsorgewohnungen oder Bauherrenmodelle beraten bzw. diese in ein Veranlagungskonzept aufnehmen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

27

3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

3. Abgrenzung zu Wertpapierfirmen/Wertpapierdienstleistungsunternehmen

- Beratung und Vermittlung (Annahme und Übermittlung von Kundenorder) in Bezug auf Finanzinstrumente sind Wertpapierdienstleistungen im Sinn des WAG 2007
- Wertpapierdienstleistungen sind den Rechtsträgern nach § 15 WAG 2007 vorbehalten
- Gewerbliche Vermögensberater (und Wertpapiervermittler) können in Bezug auf Wertpapierdienstleistungen nur als Erfüllungsgehilfen der Rechtsträger in deren Namen tätig werden
- Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ohne Berechtigung stellt eine Verwaltungsübertretung nach § 94 Abs. 1 WAG 2007 dar

© Prof. Dr. Christian Winternitz

28

3. Kapitel – Abgrenzung zu anderen gewerblichen Tätigkeiten

4. Abgrenzung zum Tipgeber

- Tipgeber präsentiert dem Dienstleistungsanbieter potentielle Kunden und gibt deren Namen und Kontaktdaten weiter
- Tipgeber erbringt keine Beratungsleistungen und ist auch nicht berechtigt, Angaben zu den Erfahrungen und Kenntnissen, finanziellen Verhältnisse und Anlagezielen des Kunden aufzunehmen
- Tipgeber darf keine Informationen über Dienstleistungen und Finanzinstrumente weitergeben

© Prof. Dr. Christian Winternitz

29

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und Produktrecht/Haftung

1. Anwendbarkeit des Alternativ Investmentfonds Manager Gesetzes (AIFMG)
2. Anwendbarkeit des Alternativfinanzierungsgesetzes (AltFG)
3. Anwendbarkeit des Kapitalmarktgesetzes (KMG)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

30

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

1. Anwendbarkeit des AIFM-Gesetzes (1)

- Grundlage ist die EU-Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds
- Definition des AIF:
„ist ein Organismus für gemeinsame Anlagen, der kein OGAW ist, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient“

© Prof. Dr. Christian Winternitz

31

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

1. Anwendbarkeit des AIFM-Gesetzes (2)

- Beim AIF macht es keinen Unterschied, ob dieser als offener oder geschlossener Typ strukturiert ist, in welcher Vertragsform er errichtet wurde und welche Rechtsstruktur der Manager hat
- Bestimmte AIF geschlossenen Typs können auch vom gewerblichen Vermögensberatern vertrieben werden
- Beschränkungen der § 48,49 AIFM-Gesetz (Vertrieb an Privatkunden)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

32

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

2. Anwendbarkeit des AltFG (1)

- AltFG reduziert den Anwendungsbereich der Prospektpflicht
- Voraussetzungen für Anwendbarkeit
 - Emittent ist ein KMU
 - es liegt eine alternatives Finanzinstrument vor (Nachrangdarlehen, Aktien, Anleihen, GmbH-Anteile, Genossenschaftsanteile, Genussrechte)
 - kein unbedingter Rückzahlungsanspruch (Ausnahme Anleihe)
 - keine Nachschusspflicht (Ausnahme Genossenschaftsanteile)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

33

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

2. Anwendbarkeit des AltFG (2)

- Gesamtwert übersteigt nicht EUR 1,5 Mio. (Ausnahmen: bei Aktien und Anleihen liegt die Grenze bei EUR 250.000,00; Genossenschaftsverbände fallen erst bei einem Wert über EUR 750.000,00 darunter)
- Emissionsvolumen beschränkt auf EUR 5 Mio. (über 7 Jahre)
- Limitiertes Investment bei Verbrauchern maximal EUR 5.000,00 pro Emission im Jahr
- Spezielle Vorschriften für Plattformbetreiber

© Prof. Dr. Christian Winternitz

34

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

3. Anwendbarkeit des KMG

- Öffentliches Anbieten von Wertpapieren und Veranlagungen unterliegt der Prospektpflicht
- Emissionsprospekt, der dem Anleger als Informationsquelle dient, bedarf der Billigung durch die FMA
 - Zentrale Frage, ob öffentliches Angebot vorliegt (oder Private Placement)
 - Öffentliches Angebot richtet sich an unbestimmten Personenkreis
 - Öffentliches Angebot über ein Wertpapier oder eine Veranlagung darf nur erfolgen, wenn spätestens einen Bankarbeitstag davor der Prospekt gehöng veröffentlicht worden ist (Sanktion: Strafnorm des § 15 KMG)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

35

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und
Produktrecht/Haftung

3. Beispiele für Ausnahmen von der Prospektpflicht (§ 3 KMG)

- Angebote von Wertpapieren oder Veranlagung mit einer Mindeststückelung von EUR 100.000,00
- Angebote von Wertpapieren oder Veranlagungen über einen Gesamtgegenwert von weniger als EUR 1,5 Mio., sofern dieses unter das AltFG fällt
- Angebote von Wertpapieren, die sich an weniger als 150 natürliche oder juristische Personen richtet
- Angebot über einen Gesamtgegenwert von weniger als EUR 100.000,00 (gerechnet über 1 Jahr)
- Angebot, das sich ausschließlich an qualifizierte Anleger richtet

© Prof. Dr. Christian Winternitz

36

4. Kapitel – Spezielle Fragen zum Berufs- und Produktrecht/Haftung

- Strenge Regeln zur Werbung im Bezug auf ein öffentliches Angebot (§ 4 KMG)
- Regeln zum Nachtrag zum Prospekt (Nachtrag zum Prospekt über jeden wichtigen neuen Umstand in Bezug auf Prospekt)
- Prospekthaftung (trifft Vermittler nur insoweit als er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder der Kontrolle gekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (Plausibilitätsprüfung, § 11 KMG)
- Materielle Prüfung des Prospekts durch Wirtschaftsprüfer (§ 8 KMG) und Billigung durch FMA gemäß § 8a KMG (letztere ist eine formelle und keine inhaltliche Prüfung)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

37

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in der GewO

Unter besonderer Berücksichtigung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie 2015/849 4. EU-Geldwäscherichtlinie veröffentlicht am 5. Juni 2015 (Richtlinie EU) 2015/849)

Rechtsgrundlagen
StGB: § § 165, 278d
GewO: § § 365m ff.

© Prof. Dr. Christian Winternitz

38

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Geldwäscherei § 165 Abs. 1 StGB (1)

Wer Vermögensbestandteile, die aus bestimmten

- Verbrechen,
- Vergehen oder
- Finanzvergehen

herrühren,

- verbirgt oder
- ihre Herkunft verschleiert, insbesondere, indem er im Rechtsverkehr
 - über den Ursprung oder die wahre Beschaffenheit dieser Vermögensbestandteile,
 - das Eigentum oder sonstige Rechte an ihnen,
 - die Verfügungsbefugnis über sie,
 - ihre Übertragung oder darüber, wo sie sich befinden,
- falsche Angaben macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

© Prof. Dr. Christian Winternitz

39

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Terrorismusfinanzierung § 278d Abs. 1 StGB (2)

- eines erheblichen Angriffs auf Leib oder Leben eines anderen auf einem Flughafen
- einer strafbaren Handlung gegen ein Schiff oder eine feste Plattform
- der Beförderung eines Sprengsatzes oder einer anderen tödlichen Vorrichtung an einen öffentlichen Ort, einem öffentlichen Verkehrssystem oder einer Versorgungseinrichtung
- einer strafbaren Handlung, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung einer Zivilperson, wenn diese Handlung darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen, verwendet werden, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

© Prof. Dr. Christian Winteritz

43

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Terrorismusfinanzierung gemäß § 278d StGB

Terrorismusfinanzierung ist sohin Leistung eines finanziellen Beitrags zur Unterstützung einer terroristischen Vereinigung, die bestimmt Straftaten begeht, zu begehen beabsichtigt oder androht

Im Gegensatz zur Geldwäsche:

- Erträge stammen zur Geldwäsche nicht aus Straftaten, sondern können aus legalen Quellen stammen.
- Maßgeblich ist stets der Verwendungszweck

© Prof. Dr. Christian Winteritz

44

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Know-Your-Customer-Prinzip

Oberstes Prinzip bei der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Umfasst:

- Identifizierung des Kunden anhand eines amtlichen Lichtbildausweises
- Dokumentation über den Ursprung des Geldes (Ersparnisse, Erbe, Unternehmensverkauf, etc.)
- Besondere Beachtung ungewöhnlicher Geschäftsmodelle und Transaktionen ohne wirtschaftlichem Grund
- Bei Verdacht: Meldung an die Geldwäschestelle beim Bundeskriminalamt im Bundesministerium für Inneres (Finacial Intelligence Unit)

© Prof. Dr. Christian Winteritz

45

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

§ 365p Abs. 2 GewO

- Der Umfang der in Abs. 1 genannten Sorgfaltspflichten bestimmt sich nach dem konkreten Risiko sohin je nach
 - Kunden
 - Geschäftsbeziehung
 - Produkt oder
 - Transaktion.
- Angemessenheit der gesetzten Maßnahmen muss nachgewiesen werden
- Kundendaten sind mit der gebührenden Sorgfalt zu erheben
- Sofern Gewerbetreibende den Pflichten des § 365p nicht nachkommen können, sind sie verpflichtet, keine Transaktionen abzuwickeln, keine Geschäftsbeziehungen zu begründen „oder“ die Geschäftsbeziehung zu beenden

© Prof. Dr. Christian Winternitz

49

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

§ 365t Abs. 1 GewO

- Gewerbetreibenden haben Transaktionen, die einen Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung besonders nahe legen, besondere Aufmerksamkeit zu widmen.
- Gilt insbesondere für komplexe oder unüblich große Transaktionen oder Transaktionen ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder erkennbaren rechtmäßigen Zweck (Art. 20 RL 2005/60)
- Gilt weiters für Transaktionen mit Personen aus oder in Staaten, in denen ein erhöhtes Risiko der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung anzunehmen ist
- Gewerbetreibende haben in diesen Fällen den Hintergrund und Zweck der beabsichtigten Transaktion zu prüfen und die Ergebnisse schriftlich aufzuzeichnen (Aufbewahrungspflicht der Aufzeichnungen: 5 Jahre)
- NEU: (Art. 18(2) ähnlich bisher; Art. 18(4) d. 4. RL): Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörden zu Risikofaktoren und Maßnahmen bei erhöhtem Risiko

© Prof. Dr. Christian Winternitz

50

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Vereinfachte Sorgfaltspflichten

- Für bestimmte Kunden/bestimmte Produkte gelten vereinfachte Sorgfaltspflichten
- Den allgemeinen Sorgfalts- und Identifikationspflichten muss dann nur bei konkretem Verdacht nachgekommen werden
- Anwendungsfälle: Lebensversicherungen mit Jahresprämie bis EUR 1.000,00 oder Einmalerlag bis EUR 2.500,00
 - Rentenversicherungsverträge ohne Rückkaufsklausel und nicht als Sicherheit für ein Darlehen dienen
 - Rentensysteme, Pensionspläne als Altersvorsorgeleistung für Arbeitnehmer (Abzug vom Gehalt, nicht übertragbar)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

51

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Vereinfachte Sorgfaltspflichten

- Gelten auch für Spar-, Versicherungs- und Anlageprodukte unter folgenden Voraussetzungen
 - Schriftlicher Vertrag
 - Abwicklung über europäisches oder qualifiziertes Kreditinstitut aus Drittstaat
 - Keine anonyme Transaktion
 - Jahresprämie bis EUR 1.000,00 Einmalbetrag bis EUR 2.500,00
 - Leistung bei Ableben, Berufsunfähigkeit/Erreichen einer Altersgrenze
 - Bestimmt langfristige Finanzanlagen (keine Sicherheit/Rückkaufsklausel/vorzeitig Kündigung)
- Elektronisches Geld in geringen Umfang

© Prof. Dr. Christian Winternitz

52

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Erhöhte Sorgfaltspflichten § 365s GewO

Ferngeschäfte:

- Für Ferngeschäfte bestehen erhöhte Identifikationspflichten
- Bestellantragsformular ist per eingeschrieben Brief an Sitz oder Wohnsitz zuzustellen
 - Kunde muss bei Rückübersendung Leserliche Kopie eines amtlichen Lichtbildausweises beilegen
 - Gewerbetreibender hat Kundenangaben zur Identität in der Bestellung und im Auftrag zu überprüfen
- Versteigerer haben die bei öffentlichen Auktionen erhöhte Sorgfaltspflicht einzuhalten
- Politisch exponierte Personen (PEP) von anderen Mitgliedsstaaten oder Drittländern ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen
 - Definition des PEP siehe § 365n Zi. 4 GewO

© Prof. Dr. Christian Winternitz

53

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Maßnahmen bei Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen zu PEPs

- Angemessene risikobasierte Verfahren zur Bestimmung ob es sich beim Kunden um eine PEP handelt
 - Einholung der Zustimmung auf Führungsebene vor Aufnahme der Geschäftsbeziehung
 - Angemessene Maßnahmen zur Feststellung des Ursprungs der Gelder
 - Verstärkte fortlaufende Überwachung der Geschäftsbeziehung
- NEU: künftig kommen erhöhte Sorgfaltspflichten auch auf inländische PEPs zur Anwendung
- Künftig ist zu ermitteln, ob Begünstigter aus einer Lebensversicherung ein PEP ist

© Prof. Dr. Christian Winternitz

54

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Meldung an die Geldwäschemeldestelle (FIU) gemäß § 365t ff. GewO

- Meldung bei jedem Verdacht auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung
- Meldung vor Transaktion oder (wenn nicht anders möglich und Verfolgung erschwert) dann unmittelbar danach
- Meldestelle kann Unterbleiben der Transaktion anordnen
- Gewerbetreibender hat Kunden von der erfolgten Verdachtsmeldung nicht zu informieren

© Prof. Dr. Christian Winternitz

55

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Sonstige Pflichten der Gewerbetreibenden § § 365x-z GewO

- keine Mitteilung an Kunden, dass Informationen an Meldestelle
- Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen 5 Jahre (4. RL Neu: Äußerungen zum Datenschutz, Art 40ff)
- interne Schulungen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

56

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Geldwäscherichtlinie (1)

- Einbeziehung von Steuerstraftaten im Höchstausmaß höher als 1 Jahr oder Mindestausmaß höher als 6 Monate
- Einbeziehung des gesamten Glücksspielsektors (bisher nur Casinos)
- Herabsetzung der Sorgfaltspflichten auslösenden Betragsschwelle bei Barzahlungen (jetzt 15.000€) auf 10.000€
- Stärkung des risikobasierten Ansatzes und Verpflichtung zur Durchführung nationaler Risikoanalysen
- Erfassung auch inländischer politisch exponierter Personen (PEP's) und PEP's von internationalen Organisationen (bisher nur ausländische PEP's)
- Meldung an FIU, wenn Gelder aus krimineller Tätigkeit oder zur Terrorismusfinanzierung (unabhängig vom Betrag)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

57

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Geldwäscherichtlinie (2)

- Anhang mit Risikovariablen : von höherem Risiko wird ausgegangen bei:
- Kunde aus Risikogebiet
 - Unternehmen mit Inhaberaktien
 - bargeldintensive Unternehmen
 - komplizierte Eigentümerstruktur
 - Geschäfte ohne persönliche Kundenkontakte

© Prof. Dr. Christian Winternitz

58

5. Kapitel – Regeln zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Finanzmarkt-Geldwäschegesetz

- Gesetzesentwurf samt Materialien und Textgegenüberstellungen wurde am 30.08.2016 in Begutachtung versandt
- Ende der Begutachtungsfrist ist der 03.10.2016
- Verweis Anpassungen in verschiedenen Materiengesetzen
- Grundsatz: vereinfachte und verstärkte Sorgfaltspflichten auf Basis der Risikoanalyse auf Unternehmensebene
- Dadurch sollen individuelle Gegebenheiten und Risiken besser berücksichtigt werden
- Für konkrete Anwendungsfälle wird die FMA eine Verordnung erlassen.

© Prof. Dr. Christian Winternitz

59

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

MIFID II – Zeitplan

MIFID II 2014/65/EU
MIFIR VO Nr. 600/2014

Zeitplan für MIFID:

- Umsetzung in den Mitgliedstaaten bis 03.07.2017
- Inkrafttreten bis 03.01.2018
- MIFIR (Verordnung) tritt am 03.01.2018 (automatisch) in Kraft

© Prof. Dr. Christian Winternitz

60

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Ziele von MIFID II und MIFIR

- Höhere Transparenzanforderungen an alle Marktteilnehmer
- Marktintegration: gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen den Handelsplätzen
- Verstärkung des Anlegerschutzes:
 - Verschärfung der Regelung für Anreize
 - Zusätzliche Mechanismen zum Schutz der Vermögenswerte
 - Produktüberwachung

© Prof. Dr. Christian Winternitz

61

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Zusätzliche Rechtsquellen

- Delegierte Verordnung der EU-Kommission vom 25.04.2016 (deIVO)
- ESMA (European Securities and Markets Authority) Leitlinie vom 22.03.2016 (ESMA 2015/1886)
 - Leitlinien für die Kenntnisse und Kompetenzen von Mitarbeitern, die Informationen über Anlageprodukte, Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erteilen
- Delegierte Richtlinie der EU-Kommission vom 07.04.2016 (enthält Regelungen über die Produktüberwachungsanforderungen und in Kapitel IV. über Anreize)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

62

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

- Anlageberatung iSd Art 4 Z 1 (4) MiFID II: Legaldefinition
- Persönliche Empfehlung an Kunden entweder:
 - Auf Anforderung des Kunden
 - Auf Initiative der Wertpapierfirma (WPF)
 - die sich auf ein oder mehrere Geschäfte mit Finanzinstrumenten (FI) beziehen
- Geeignetheitsprüfung (derzeit § 44 WAG 2007) bleibt in Grundzügen erhalten

© Prof. Dr. Christian Winternitz

63

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Neuerungen:

- Unterscheidung zwischen
 - unabhängiger Anlageberatung
 - nicht unabhängiger Anlageberatung (gesetzliche Begriffsbestimmung)
- Pflicht, dem Kunden die Eignung des Produktes nach erfolgter Beratung nachzuweisen
- Erhöhte Transparenzpflichten (Informationspflichten) insbesondere bei
 - Kosten
 - Vorteile von Dritten / Vertriebsentschädigungen
 - Anreize (Vorteile) an Mitarbeiter / Vertrieb
- Pflicht zur Aufzeichnung von Telefongesprächen die Wertpapierdienstleistungen zum Gegenstand haben (Problematisch im Lichte der EUGH-Judikatur zur Vorratsdaten RL)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

64

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Informationspflichten bei der Anlageberatung im Überblick

- Allgemeine Informationen über WPF, FI, etc.
- Kosten, als Zusammenfassung und im Detail
- Vorteile, Vertriebsentschädigungen
- Art der Anlageberatung (unabhängig oder nicht)
- Produktpalette (ausreichend oder diversifiziert)
- Analyse (umfangreich oder beschränkt)
- Information zur Eignung der beabsichtigten Wertpapierdienstleistung
- Regelmäßige Beurteilung der Eignung

© Prof. Dr. Christian Winternitz

65

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Information zu den **Kosten**

- Zusammenfassung aller Kosten, einschließlich Beratungskosten und Zahlungen durch Dritte, in Bezug auf einzelne FI und Dienstleistungen (die nicht durch das zugrunde liegende Marktrisiko verursacht werden)
- Kunde soll dadurch die Gesamtkosten sowie deren kumulative Wirkung auf die Rendite der Anlage verstehen
- Falls vom Kunden verlangt: Aufstellung nach einzelnen Positionen
- regelmäßige, zumindest jährliche Information zu den Kosten

© Prof. Dr. Christian Winternitz

66

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Informationspflichten in Bezug auf **Vorteile/Vertriebsentschädigungen** von Dritten

- Existenz, Art und Betrag der Vorteile ist offenzulegen
- Wenn Betrag nicht feststellbar, Art und Weise der Berechnung
- Offenlegung hat unmissverständlich in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise zu erfolgen
- Wird Anlageberatung unabhängig erbracht, ist über den Mechanismus für die Weitergabe der Gebühren, Provisionen und sonstigen Vorteile an den Kunden zu unterrichten, die WPF im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen einnimmt
- Zahlungen und Vorteile, die die Erbringung der Dienstleistungen ermöglichen (Verwaltungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsabgaben oder gesetzliche Gebühren) und keine Konflikte mit der Pflicht im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln, hervorrufen können, unterliegen nicht der Weiterleitungspflicht

© Prof. Dr. Christian Winternitz

67

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Vor Beginn der Beratung hat WPF bekannt zu geben ob Anlageberatung unabhängig oder nicht unabhängig erfolgt

- Bei Unabhängiger Anlageberatung ist folgendes zu beachten
 - WPF muss mittels Auswahlverfahren eine ausreichend breite Streuung an FI zur Verfügung stellen können (Produktpalette)
 - WPF darf nicht nur FI anbieten, die von ihr oder eines ihr rechtlich oder wirtschaftlich nahen Emittenten stammen (zumindest 50%)
 - Keine Vorteile (Vertriebsentschädigung, Gebühren, Provisionen) von Dritten (Produktanbietern) oder deren Vertretern annehmen oder behalten (Ausnahme: kleinere, nicht monetäre Vorteile)

© Prof. Dr. Christian Winternitz

68

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Anforderungen an WPF, die sowohl unabhängige Anlageberatung als auch nicht unabhängige Anlageberatung anbieten

Werden von WPF unabhängige und nicht unabhängige Anlageberatung angeboten, bestehen folgende **weitere Informationspflichten**:

- Vor jeder Dienstleistungserbringung hat WPF Kunden darüber aufzuklären, dass eine unabhängige Anlageberatung oder alternativ eine nicht unabhängige Anlageberatung erbracht wird (analog Art. 24 Abs. 4 lit. a MiFID II)
- WPF darf sich in diesem Fall nicht (insgesamt) als unabhängiger Anlageberater darstellen
- Auftritt als unabhängiger Anlageberater ist nur für jene Bereiche gestattet, in welchem diese Leistung erbracht wird

© Prof. Dr. Christian Winternitz

69

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Produktpalette iSd MiFID II

Das Verfahren zur Auswahl der FI zur **Produktpalette** hat folgendes miteinzuschließen:

- Ausreichende und diversifizierte Palette von FI nach Art, Emittent und Produktanbieter
- Anzahl und Art der FI, die Gegenstand des Auswahlverfahrens sind, haben verhältnismäßig zu jenen FI zu sein, die am Markt verfügbar sind
- Der Umfang der FI, der vom WPF selbst oder von Einrichtungen, die ihr nahestehen, emittiert und angeboten werden, sollte verhältnismäßig zum Gesamtumfang der FI sein, die in die Produktpalette aufgenommen werden

© Prof. Dr. Christian Winternitz

70

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Informationserteilung zur Produktpalette

Gehören zur Produktpalette auch FI von Unternehmen, die der WPF nahestehen:

- WPF hat dann über das Verhältnis zu den jeweiligen Einrichtungen (Emittenten, Produktanbietern, Vertragspartnern) aufzuklären
- WPF hat weiters über die FI, die von solchen nahestehenden Einrichtungen emittiert oder angeboten wurden, speziell aufzuklären
- WPF hat außerdem über das Verhältnis von jenen FI, die von Einrichtungen emittiert oder angeboten wurden, zu solchen, bei welchen eine solche Verbindung nicht besteht, speziell zu informieren

© Prof. Dr. Christian Winternitz

71

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Informationserteilung zur Eignung der beabsichtigten Wertpapierdienstleistung

- Nach erfolgter Beratung / vor Durchführung des Geschäfts ist dem Kunden eine Dokumentation zu übermitteln, dass das empfohlene Produkt für ihn geeignet ist
- Information hat Erklärung zur Geeignetheit zu enthalten, einschließlich Erläuterung der erbrachten Beratung sowie darüber, wie die Beratung auf Präferenzen, Ziele und sonstige Merkmale abgestimmt wurde
- Üblicherweise wird diese Dokumentation und Informationserteilung im Rahmen eines **Beratungsprotokoll** erfolgen

© Prof. Dr. Christian Winternitz

72

6. Kapitel - MIFID II: Informationspflichten bei der Anlageberatung

Aufzeichnung von Telefongesprächen (nach Art. 24 Abs. 7 MiFIDII)

- Bei Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation hat die WPF dafür zu sorgen, dass jegliche Kommunikation, die sich auf die Annahme, Übermittlung und Ausführung von Kundenaufträgen beziehen, aufgezeichnet werden
- Die WPF haben Grundsätze festzulegen, um zu verhindern, dass ein Angestellter oder freier Mitarbeiter die genannte Kommunikation mit Hilfe privater Geräte führt, die die WPF nicht aufzeichnen können.
- WPF haben ihre Kunden im Voraus über die Aufzeichnung zu informieren, andernfalls dürfen für diese weder telefonische Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeit erbracht werden

© Prof. Dr. Christian Winternitz

73



Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit

WIN LAW®

Winternitz Rechtsanwalts GmbH
Burgring 1
1010 Wien

© Prof. Dr. Christian Winternitz

74
