



works

Newsletter Kapitalmarkt- und Bankrecht, FinTechs Issue 7|2021

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Gestaltungsmöglichkeiten für Stimmrechte in der Satzung: Zwischen Höchststimmrecht und Super Voting Shares](#)
2. [Geldwäsche: Wer ist eigentlich wirtschaftlicher Eigentümer einer Gesellschaft?](#)
3. [Whistleblower-RL: Was Sie schon jetzt tun können](#)
4. [Aktualisierung des FMA-Organisationsrundschreibens WAG 2018](#)

1. Gestaltungsmöglichkeiten für Stimmrechte in der Satzung: Zwischen Höchststimmrecht und Super Voting Shares

In der außerordentlichen Hauptversammlung der S IMMO vom Juni stand das Höchststimmrecht in deren Satzung zur Disposition. Dieses besagt, dass kein Aktionär mehr als 15 Prozent der Stimmrechte halten darf, auch wenn er einen höheren Aktienanteil besitzt. Die (damals) an einer (mittlerweile gescheiterten) Übernahme der S IMMO arbeitende IMMOFINANZ wollte die Beseitigung des Höchststimmrechts. Die notwendigen Mehrheiten fand sie dafür nicht. Wir nehmen dies dennoch zum Anlass, uns wieder einmal mit Gestaltungsmöglichkeiten zu Stimmrechten zu befassen.

Höchststimmrechte wie jene in der S IMMO-Satzung sind aktienrechtlich zweifelsfrei zulässig. Das AktG besagt, dass wenn ein Aktionär mehrere Aktien besitzt, die Satzung das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken kann (§ 12 Abs 2 AktG). Und sie sind ein scharfes Schwert gegen feindliche Übernahmen: Selbst wenn man die einfache oder gar eine qualifizierte Mehrheit der (grundsätzlich) stimmrechtstragenden Aktien erwirbt, kann das Höchststimmrecht beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft verhindern. Dies zeigt recht gut, wozu Höchststimmrechte dienen (sollen). Kleineren Aktionären wird durch sie ein gewisser Schutz ihrer Interessen gewahrt. Für Großaktionäre stellt ein Höchststimmrecht aber natürlich einen nachteiligen Einschnitt ihrer Einflussmöglichkeiten dar. Vorstand und Aufsichtsrat der S IMMO sprachen sich übrigens (wohl auch zum Schutz vor einer als feindlich empfundenen Übernahme durch IMMOFINANZ) im Vorfeld der Hauptversammlung gegen die Aufhebung des Höchststimmrechts aus.

Die sozusagen Gegenkonstruktion zu Höchststimmrechten *à la* S IMMO wären sogenannte *super voting shares*. Diese sind eine Aktiengattung, die in der Regel den Gründern vorbehalten ist und im Vergleich zu anderen vom Unternehmen ausgegebenen Aktiengattungen überproportionale Stimmrechte bietet. Dadurch kann eine begrenzte Anzahl von Aktionären ein Unternehmen kontrollieren. In den USA haben derartige *super voting shares* erheblichen Aufwind, insbesondere bei Tech-



works

Unternehmen. Dies wird dort kontrovers diskutiert, aber teilweise auch von den (Mit-)Aktionären geduldet, da man der Führung der/des Gründer/s besonderes Vertrauen schenkt. In Österreich (wie auch Deutschland) ist die Schaffung von *super voting shares* durch das AktG ausgeschlossen. § 12 Abs 3 AktG (wie auch § 12 Abs 2 dt. AktG) verunmöglicht dies durch den lapidaren Satz „*Mehrstimmrechtsaktien sind unzulässig.*“.

Völlig ohne Möglichkeiten, Aktien abzugeben ohne Einfluss zu verlieren, ist man aber auch bei uns nicht. Eine Gestaltung die das AktG ausdrücklich zulässt, ist, dass man einer bestimmten Gattung an Aktien keine Stimmrechte zuerkennt: Dabei handelt es sich um (notwendigerweise in der Satzung zu regelnde) stimmrechtslose Vorzugsaktien. Das AktG setzt hier aber eine Grenze: Stimmrechtslose Vorzugsaktien dürfen nur bis zu einem Drittel des Grundkapitals ausgegeben werden (§ 12a Abs 2 AktG). Hintergrund solcher Vorzugsaktien ist, dass einzelne Kapitalgeber mehr Wert auf höheren Ertrag als auf Mitbestimmungsrechte legen. Daher genießen Vorzugsaktien in aller Regel den Vorteil einer vorrangigen Dividendenzahlung. Durch Stammaktien und Vorzugsaktien kann somit heterogenen Investoreninteressen nachgekommen werden.

Eine weitere Möglichkeit, sich Einfluss auf eine AG zu sichern, sind Entsenderechte in den Aufsichtsrat. Aktieninhaber können durch Satzungsbestimmung berechtigt werden, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Damit kann Aktionären Einfluss auf das Kontrollgremium gewährt werden und mittelbar auch auf den Vorstand, da ja der Aufsichtsrat den Vorstand bestellt. Die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder darf in börsennotierten Gesellschaften ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen. In nicht börsennotierten Gesellschaften darf die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder die Hälfte aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen (§ 88 Abs 1 AktG). Hierfür sind zwei Varianten möglich: In der Variante einer personengebundenen Entsendungsberechtigung ist der entsendungsberechtigte Aktionär in der Satzung namentlich zu nennen. Das Entsendungsrecht ist dann ein höchstpersönliches Recht. Eine Vinkulierung ist hierfür nicht Voraussetzung. In der (zweiten) Variante eines aktiengebundenen Entsendungsrechts wird das Recht den jeweiligen Inhabern vinkulierter Namensaktien eingeräumt und geht gemeinsam mit der Aktie als Bestandteil der Mitgliedschaft auf den neuen Inhaber über.

Auch wenn das österreichische Aktienrecht grundsätzlich streng ist, kann man also auch hierzulande durch die Gestaltung der Satzung Einfluss zugunsten von einzelnen Aktionären verschieben. Welche Gestaltung man im Einzelfall sinnvollerweise wählt, ist natürlich immer genau zu evaluieren und dahingehend abzuwägen, ob die Gesellschaft durch die gewählte Gestaltung noch hinreichend attraktiv für andere Investoren bleibt.

Sebastian Sieder



works

2. Geldwäsche: Wer ist eigentlich wirtschaftlicher Eigentümer einer Gesellschaft?

Eine der zentralen Sorgfaltspflichten zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist, die Identität von Kunden festzustellen und zu prüfen. Ist der Kunde keine natürliche Person, ist zudem der „wirtschaftliche Eigentümer“ des Kunden festzustellen und zu prüfen. Bei Gesellschaften sind wirtschaftliche Eigentümer alle natürlichen Personen, die (i) direkt oder indirekt einen ausreichenden Anteil am Kapital oder den Stimmrechten halten oder (ii) die Kontrolle auf die Gesellschaft ausüben. Dabei ist zu unterscheiden:

Direkter wirtschaftlicher Eigentümer

Wer als natürliche Person mit mehr als 25% an den Stimmrechten oder am Kapital einer Gesellschaft beteiligt ist, ist jedenfalls deren wirtschaftlicher Eigentümer (unabhängig davon, ob er/sie auch tatsächlich Kontrolle über die Gesellschaft ausüben kann). Weiters sind direkte wirtschaftliche Eigentümer eine oder mehrere natürliche Personen, die (allenfalls gemeinsam) Kontrolle auf die Gesellschaft ausüben. Der relevante Kontrollbegriff ist überaus kompliziert. Zunächst wird Kontrolle ohne weiteres angenommen, wenn eine Beteiligung von mehr als 50% am Kapital oder den Stimmrechten gehalten wird (dies gilt auch, wenn im Einzelfall andere Personen nach Maßgabe der nachstehenden Kriterien ebenfalls Kontrolle ausüben). Relevant ist dieser Anwendungsfall primär bei der Feststellung indirekter wirtschaftlicher Eigentümer, die nachstehend beschrieben wird.

Über eine Mehrheitsbeteiligung hinaus liegt Kontrolle zunächst dann vor, wenn ein Kriterium des § 244 Abs 2 UGB zutrifft. Neben der schon anderweitig erfassten Stimmenmehrheit vermittelt somit auch das Recht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen Kontrolle (vorausgesetzt man ist auch gleichzeitig Gesellschafter). Einigermaßen abstrakt ist die gesetzliche Anordnung, dass auch derjenige eine Gesellschaft kontrolliert, dem „das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben“. Und nicht zuletzt auch, wem aufgrund eines Vertrags mit einem oder mehreren Gesellschaftern der betroffenen Gesellschaft das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter (soweit sie mit ihren eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind) bei der Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder eines Aufsichtsratsorgans auszuüben sind.

Beispiel 1: Festzustellen sind die wirtschaftlichen Eigentümer der Kunde GmbH (K). A, B, C, D und E halten je 20% (Stimmrechte und Kapital) an K. Deren Gesellschaftsvertrag räumt A das Recht ein, zwei von drei Geschäftsführern der K zu entsenden. Über die Person des dritten Geschäftsführers entscheiden B, C und D gemeinsam. A übt Kontrolle über K aus und ist deren direkter wirtschaftlicher Eigentümer.



works

Beispiel 2: A, B und C halten je 20% (Stimmrechte und Kapital) an der Kunde AG (K), der Rest der Aktien befindet sich im Streubesitz. In einem Syndikatsvertrag zwischen A, B und C ist geregelt, dass A und B bei Wahlen in den Aufsichtsrat der K ihr Stimmrecht so ausüben haben, wie C sein Stimmrecht ausübt. C übt Kontrolle über K aus und ist deren direkter wirtschaftlicher Eigentümer.

Damit nicht genug. Wer bei einem Trust, einer Stiftung oder einem Fonds als oberster Rechtsträger eine bestimmte Funktion (siehe § 2 Z 2 und 3 WiEReG) ausübt, dem kommt ebenfalls Kontrolle über die Gesellschaft zu. Und nicht zuletzt begründet ein Treugeber oder eine vergleichbare Person Kontrolle durch ein Treuhandschaftsverhältnis oder ein vergleichbares Rechtsverhältnis.

Indirekter wirtschaftlicher Eigentümer

Die Person(en), welche einen Rechtsträger, der an der Gesellschaft mit mehr als 25% an den Stimmrechten oder am Kapital beteiligt ist, kontrolliert/kontrollieren, ist/sind indirekte(r) wirtschaftliche(r) Eigentümer.

Beispiel 1: An der Kunde GmbH (K) hält A 20%, B 26%, C 26% und die D GmbH 28%. A hält 74% an der D GmbH, B die restlichen 26% (jeweils Kapital und Stimmrechte). A ist indirekter wirtschaftlicher Eigentümer von K, weil er die D GmbH kontrolliert. B ist direkter wirtschaftlicher Eigentümer von K, nicht aber auch Indirekter (er kontrolliert die D GmbH nicht, auch wenn er an dieser maßgeblich beteiligt ist). C ist direkter wirtschaftlicher Eigentümer von K. Bei der D GmbH wären im Übrigen sowohl A, als auch B direkte wirtschaftliche Eigentümer, weil sie mit jeweils mehr als 25% beteiligt sind.

Beispiel 2: An der Kunde GmbH (K) hält A 20%, B 20%, C 32% und die D GmbH 28%. A hält 20% an der D GmbH, die restlichen 80% hält die E GmbH. An der E GmbH hält A wiederum 20%, B hält 80% (jeweils Kapital und Stimmrechte). B ist indirekter wirtschaftlicher Eigentümer von K, weil er den obersten Rechtsträger E GmbH kontrolliert, dieser wiederum kontrolliert die D GmbH als 28%-Gesellschafter von K. Oberster Rechtsträger bezeichnet im Übrigen (i) jene Rechtsträger in einer Beteiligungskette, die von indirekten wirtschaftlichen Eigentümern direkt kontrolliert werden sowie (ii) jene Rechtsträger an denen indirekte wirtschaftliche Eigentümer direkt Aktien, Stimmrechte oder eine Beteiligung halten, wenn diese zusammen mit dem oder den vorgenannten Rechtsträger(n) das wirtschaftliche Eigentum begründen.

Wenn mehrere Rechtsträger, die von derselben natürlichen Person oder denselben natürlichen Personen direkt oder indirekt kontrolliert werden, insgesamt eine Beteiligung am Kapital oder den Stimmrechten von mehr als 25% halten, ist diese natürliche Person oder sind diese natürlichen Personen indirekte wirtschaftliche Eigentümer. Ein von der oder den vorgenannten natürlichen Personen direkt gehaltener Anteil an Aktien oder Stimmrechten oder eine direkt gehaltene Beteiligung ist jeweils hinzuzurechnen.

Beispiel 1: An der Kunde AG (K) hält die A GmbH 13%, die B GmbH 13% und C 26% (jeweils Kapital und Stimmrechte). Der Rest der Aktien befindet sich in Streubesitz. Alleineigentümer der A GmbH und der B GmbH ist D. C ist direkter wirtschaftlicher Eigentümer. D ist indirekter wirtschaftlicher Eigentümer von K, weil die von ihm kontrollierten Gesellschaften A und B zusammen mehr als 25% des Kapitals und der Stimmrechte an K halten.



works

Beispiel 2: An der Kunde AG (K) hält die A GmbH 13% und B 13% (jeweils Kapital und Stimmrechte). Der Rest der Aktien befindet sich in Streubesitz. Alleineigentümer der A GmbH ist B. Es gibt keinen direkten wirtschaftlichen Eigentümer (B hält nicht mehr als 25% direkt). Indirekter wirtschaftlicher Eigentümer von K ist B, weil er die A GmbH kontrolliert und diese gemeinsam mit der direkten Beteiligung von B auf mehr als 25% am Kapital und den Stimmrechten der K kommt.

Wenn nach vorstehenden Kriterien keine natürliche Person als wirtschaftlicher Eigentümer ermittelt werden kann, sind jene natürlichen Personen die „wirtschaftlichen Eigentümer“, die der obersten Führungsebene der Gesellschaft angehören (etwa alle Vorstandsmitglieder einer AG oder alle Geschäftsführer einer GmbH).

Gernot Wilfling

3. Whistleblower-RL: Was Sie schon jetzt tun können

Zur Erinnerung: Juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors sind ab 17.12.2021 verpflichtet, Kanäle und Verfahren für interne Meldungen von bestimmten Rechtsverstößen und für Folgemaßnahmen einzurichten. Konkret trifft diese Verpflichtung Unternehmen ab 250 Mitarbeitern sowie öffentliche Einrichtungen einschließlich Gemeinden ab 10.000 Einwohnern. Unternehmen mit 50 bis 249 Mitarbeitern müssen diese Maßnahmen erst zwei Jahre später, somit ab 17.12.2023, umsetzen. Einen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Whistleblower-RL gibt es leider nach wie vor nicht. Aufgrund einer parlamentarischen Anfrage an Justizministerin Zadic ist nunmehr aber zumindest klar, dass für die Umsetzung das Bundesministerium für Arbeit federführend zuständig ist.

Auch wenn es in dieser unglücklichen Situation für die Rechtsunterworfenen natürlich schwer ist, sich gut vorzubereiten, ein paar „To-dos“ empfehlen wir schon derzeit. Die Geschäftsleitung sollte über die geplanten Umsetzungsschritte vorab im Detail informiert werden. Zudem sollte eine Whistleblowing-Compliance-Richtlinie die wesentlichen Fragen regeln, etwa: Wer darf melden? Unter welchen Voraussetzungen sind Hinweisgeber geschützt? Welche Meldungen sind von der Richtlinie erfasst? Wie ist zu melden? Sinnvoll ist auch die Erstellung eines Ablaufdiagrammes sowie einer Zuständigkeitsmatrix, woraus sich insbesondere ergibt, wer für die Entgegennahme, Aufarbeitung und Unterrichtung über Meldungseingang sowie über gesetzte Maßnahmen zuständig ist. Nicht zuletzt ist natürlich was die konkrete Umsetzung betrifft auch zu überlegen, ob ein elektronisches Hinweisgebersystem installiert werden soll (und gegebenenfalls die Produktauswahl zu treffen).

Wir beobachten für Sie weiterhin die Entwicklungen bezüglich der Whistleblower-RL und werden weiter über den Status der Umsetzung berichten.

Sebastian Sieder



works

4. Aktualisierung des FMA-Organisationsrundschreibens WAG 2018

Am 7. Juli 2021 hat die FMA ihre Aktualisierung des FMA-Rundschreibens betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes und der DelVO (EU) 2017/565 („**Organisationsrundschreiben WAG 2018**“) veröffentlicht. Hintergrund der Aktualisierung war insbesondere die Veröffentlichung der ESMA-Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II Anforderungen an die Compliance-Funktion am 06.04.2021 (ESMA35-36-1952). Die wesentlichen Aktualisierungen werden nachfolgend kurz dargestellt und betreffen die folgenden Themenbereiche:

- **Jährliche Überprüfung und Informationsaustausch:** Die Geschäftsleitung sollte regelmäßig, mindestens aber einmal jährlich, überprüfen, ob die Compliance-Funktion über ausreichende Personalressourcen verfügt und die Qualifikation der Mitarbeiter noch ausreicht, um die Aufgaben der Compliance-Funktion zu erfüllen. Neu ist daran, dass ausdrücklich eine jährliche Überprüfung und auch eine solche hinsichtlich des Vorliegens der ausreichenden Qualifikation der Mitarbeiter vorgeschrieben werden. Der Rechtsträger hat außerdem Vorkehrungen zu treffen, die einen wirksamen Informationsaustausch zwischen der Compliance-Funktion und den anderen Kontrollfunktionen (zB interne Revision sowie Risikomanagementfunktion) sowie mit internen und externen Prüfern gewährleisten. (Rz 23 f)
- **Schlüsselfunktion und Stellung:** Der Compliance-Beauftragte gilt nunmehr ausdrücklich als Inhaber einer Schlüsselfunktion, da dieser den Personen zuzurechnen ist, die aufgrund ihrer Position einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ausüben. Auch organisatorisch macht das Rundschreiben „neue“ Vorgaben: Unbeschadet der Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung sollte der Compliance-Beauftragte nicht einer Person unterstellt sein, die die Verantwortung für die Durchführung der Tätigkeiten trägt, die der Compliance-Beauftragte überwacht und kontrolliert. (Rz 30 f)
- **Fitness & Propriety:** Hier übernimmt die FMA die „Generalklausel-artigen“ Vorgaben aus Art 21 DelVO 2017/565: Die Compliance Mitarbeiter müssen über Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben erforderlich sind. Wie bisher verlangt die FMA zumindest Kenntnis der MiFID II, der dazugehörigen delegierten Rechtsakte (wie zB die DelVO (EU) 2017/565) und der entsprechenden Rechtsvorschriften des WAG 2018, die hierzu erlassenen Verordnungen der FMA und alle dazugehörigen Standards und Leitlinien der ESMA sowie die einschlägigen FMA-Rundschriften, sofern diese für die Erfüllung ihrer Aufgaben relevant sind. Zur Aktualisierung ihres Kenntnisstandes sind die Compliance Mitarbeiter regelmäßig zu schulen. Wie diese Schulungen durchzuführen sind, konkretisiert die FMA nunmehr: Schulungen können u.a. in Form von Präsenzs Schulungen, Nutzung digitaler Lerntechnologien „e-learning“ („web-based training“, „webinare“ ua), einer Kombinati-



works

on aus Präsenzveranstaltungen und Online-Bestandteilen („blended learning“) bzw durch Inanspruchnahme externer Anbieter wahrgenommen werden. Ausschließlich im Selbststudium erworbene Kenntnisse werden demgegenüber von der FMA ausdrücklich als nicht ausreichend erachtet. (Rz 40 ff)

- **Unabhängigkeit der Compliance-Funktion:** Es wird nunmehr ausdrücklich eine möglichst hohe hierarchische Ansiedelung der Compliance-Funktion gefordert. Die Stellung in der Hierarchie kann laut FMA ein wesentliches Indiz dafür sein, welche Bedeutung im Unternehmen dem Thema Compliance zugemessen wird. Es darf laut FMA auch zu keiner mittelbaren Beeinflussung der Compliance-Funktion kommen (FMA nennt als Beispiele Gewährung von Prämien bzw Genehmigung von Aus- und Fortbildungsmaßnahmen). Die Überprüfung der Angemessenheit bzw Festlegung von Budgets für die Compliance-Funktion sollte ausschließlich durch die Geschäftsleitung oder zumindest durch den für die Compliance-Funktion disziplinar zuständigen Geschäftsleiter erfolgen. Die Festlegung bzw Vereinbarung von Zielen der Compliance-Funktion (sowie die Überwachung der Zielerfüllung) hat ebenfalls durch die Geschäftsleitung oder zumindest durch den für die Compliance-Funktion disziplinar Zuständigen zu erfolgen. Dementsprechend ist bei der Nominierung und Bestellung des Compliance-Beauftragten sicherzustellen, dass diesem auch effektiv das erforderliche Entscheidungspouvoir sowie die Letztverantwortung im Hinblick auf die Compliance-Funktion zukommt. Zudem ist auch ein geeigneter Eskalationsprozess der Compliance-Funktion an die Geschäftsleitung vorzusehen. (Rz 57 ff)
- **Vereinbarkeiten und Kombinationen:** Als Unterkapitel der Unabhängigkeit hat die FMA eine Zweiteilung in Vereinbarkeit und Kombination eingeführt. Unter dem Titel „Vereinbarkeit“ ist es, wie bisher, unter gewissen Voraussetzungen möglich, dass der Geschäftsleiter die Compliance-Funktion übernimmt und dass die Rechtsabteilung und die Compliance-Funktion zusammengelegt werden.

Unter dem neuen Titel „Kombination“ wird die Funktionszusammenlegung von Compliance-Funktion und Mitarbeitern der Internen Revision nunmehr als „grundsätzlich unzulässig“ (bisher „grundsätzlich zu vermeiden“) erklärt. Ebenfalls wie bisher kann die Zusammenlegung der Compliance-Funktion mit anderen Kontrolleinheiten wie zB Geldwäscheprävention, Risikomanagementfunktion zulässig sein, sofern dies keinen nachteiligen Einfluss auf die wirksame und vollumfängliche Aufgabenerfüllung und die Unabhängigkeit der Compliance-Funktion hat. Neu ist, dass die Zusammenlegung der WAG-Compliance-Funktion mit der BWG-Compliance-Funktion gemäß § 39 Abs 6 BWG – unter Berücksichtigung von ausreichenden Ressourcen, die für beide Funktionen zur Verfügung stehen sollen – ausdrücklich ebenfalls zulässig ist. Der Safeguarding-Officer kann weiterhin auch andere Kontrollfunktionen wahrnehmen (zB Compli-



works

ance-Beauftragter). Konkretisierend geäußert hat sich die FMA auch zur Kombination von Compliance-Funktion und Beschwerdemanagementfunktion: Die Übernahme der Beschwerdemanagementfunktion durch die Compliance-Funktion ist, wie gehabt, grundsätzlich zulässig. Zur Vermeidung allfälliger Interessenkonflikte sollte der Rechtsträger jedoch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglichst eine Organisationsstruktur wählen, die eine Trennung der Compliance-Funktion von der Beschwerdemanagementfunktion vorsieht. Bei einer Kombination ist auf allfällige Interessenkonflikte Bedacht zu nehmen und sind diese insbesondere im Rahmen der Berichtspflichten der Compliance-Funktion zu berücksichtigen. (Rz 76 ff)

- **Überwachung und Beschwerden:** Die FMA weist nunmehr darauf hin, dass die Kontrollen durch die Geschäftsbereiche oder andere interne Kontrolleinheiten nicht die Vornahme eigenständiger Überwachungsmaßnahmen der Compliance-Funktion ersetzen können. Die FMA fordert aber ausdrücklich von der Compliance-Funktion ex-post eine gesamthafte Analyse der Beschwerden und deren Abwicklung vorzunehmen, um sicherzustellen, dass alle Risiken und Probleme ermittelt und behoben wurden. Die Compliance-Funktion hat im Rahmen ihrer jährlichen Berichterstattung die Informationen über die Abwicklung von Beschwerden sowie die diesbezüglich ergriffenen oder zu ergreifenden Abhilfemaßnahmen aufzunehmen. (Rz 111 ff)
- **Berichterstattung:** Die FMA macht nunmehr sehr umfangreiche inhaltliche Vorgaben für den jährlichen schriftlichen Bericht der Compliance Funktion. So ist konkret aufgelistet, welche Punkte, soweit relevant, die schriftlichen Compliance-Berichte jedenfalls enthalten sollten. Es wird auch aufgelistet, welche Mindestangaben der Abschnitt des Tätigkeitsberichts zu den Produktüberwachungsanforderungen aufweisen sollte. Sofern die Beschwerdemanagementfunktion durch die Compliance-Funktion übernommen wurde, hat der Tätigkeitsbericht der Compliance-Funktion weitere Ausführungen zu enthalten. (Rz 117 ff)
- **Auslagerung:** Neu ist die Vorgabe, dass bei vollständiger Auslagerung der Compliance-Funktion eine natürliche Person als Compliance-Beauftragter beim Dienstleister zu benennen ist, der für die ausgelagerten Tätigkeiten der Compliance-Funktion sowie für die Compliance-Berichterstattung im auslagernden Unternehmen verantwortlich zeichnet. Anzumerken ist auch noch, dass soweit die Compliance-Funktion vollständig bzw die Aufgaben der Compliance-Funktion teilweise an Dienstleister außerhalb der EU ausgelagert werden, es einer gesteigerten Due-Diligence-Prüfung sowie einer laufenden Kontrolle bedarf, um die Aufsicht und Überwachung des Auslagerungsvorhabens sicherzustellen. (Rz 143 ff)
- **Beschwerdemanagement:** Die Aktualisierung macht interne Vorkehrungen notwendig, die Vorgaben zur Abwicklung der Beschwerdebearbeitung wie zB Fristsetzung und Abarbeitung sowie die Kontrolle der Einhaltung von festgelegten Fristen bei der Bearbeitung von Beschwer-



works

den enthalten. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist durch ein angemessenes internes Kontrollsystem zu überprüfen. (Rz 157)

- **Safeguarding-Officer:** Sofern auf den Compliance-Beauftragten nicht zugleich die Verantwortung des Safeguarding-Officer übertragen wurde, handeln beide Funktionen unabhängig voneinander. Eine Überwachungspflicht durch die Compliance-Funktion besteht gegenüber der Funktion des Safeguarding-Officer bei Einrichtung von zwei getrennten Funktionen durch den Rechtsträger nicht. Ebenfalls besteht gegenüber dem Safeguarding-Officer keine Weisungsbefugnis des Compliance-Beauftragten. (Rz 150 f)

Vor dem Hintergrund dieser Aktualisierungen raten wir dazu, sich eingehend mit dem aktualisierten Organisationsrundsreiben WAG 2018 zu beschäftigen. Dies einerseits vor dem Hintergrund des Setups Ihrer Organisation, da die Aktualisierungen eine neue Aufsichtspraxis der FMA darstellen. Andererseits raten wir auch dazu, ihre Mitarbeiter hinsichtlich der Neuerungen zu schulen. Laut altem wie aktualisierten Rundschreiben müssen nämlich die Compliance Mitarbeiter die einschlägigen FMA-Rundschreiben kennen.

Sebastian Sieder



Teamleitung

Mag. Gernot Wilfling

T +43 1 535 8008, E g.wilfling@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH

Rockhgasse 6, 1010 Wien

www.mplaw.at