

FMA RUNDSCHREIBEN
ZU
PERSÖNLICHEN GESCHÄFTEN
VON MITARBEITERN MIT
FINANZINSTRUMENTEN
GEMÄSS ART 28 f MIFID II
DELVO (EU) 2017/565

Konsultationsentwurf Mai 2018

I.	EINLEITUNG	3
II.	Leitsätze	4
(1)	Der Kreis der relevanten Person ist weit zu fassen	4
(2)	Die getroffenen Vorkehrungen sind schriftlich zu dokumentieren und haben auch Kontrollmaßnahmen zu umfassen	5
(3)	Eine Unterscheidung von In-house- oder Fremdbank-Depots ist nicht zulässig	6
(4)	Der Rechtsträger ist über jedes persönliche Geschäft mit einem Finanzinstrument zu unterrichten. Das Einziehen von Bagatellgrenzen ist unzulässig	6
(5)	Der Rechtsträger ist unverzüglich über persönliche Geschäfte zu unterrichten	7
(6)	Auch ein Geschäft, das von einem Mitarbeiter für Rechnung Dritter (über Zeichnungsberechtigung oder Vollmacht) getätigt wird, ist als persönliches Geschäft iSd Art 28 f DeIVO (EU) 2017/565 zu qualifizieren	7
(7)	Die Unterrichtung kann durch Meldung des Geschäfts oder durch andere Verfahren erfolgen.	7
(8)	Kontrollmaßnahmen umfassen sowohl die Kontrolle der Einhaltung der Meldepflicht als auch materielle Kontrollen der Transaktionen	8
(9)	Die unverzügliche Unterrichtungspflicht impliziert die Setzung zeitnaher Kontrollmaßnahmen.	9

I. EINLEITUNG

1. Um den Rechtsträgern iSd § 26 Abs. 1 WAG 2018 eine Orientierungshilfe zur Entsprechung der gesetzlichen Regelungen iZm persönlichen Geschäften gemäß Art 28 f der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (im Folgenden DeIVO (EU) 2017/565) zu geben, veröffentlicht die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) nachfolgendes Rundschreiben. Dieses Rundschreiben gibt – unter Berücksichtigung der (mittlerweile auch von den Instanzen bzw. vom Höchstgericht bestätigten) Rechtsansicht bzw. Aufsichtspraxis der FMA – einen Überblick über zentrale Anforderungen in diesem Themenbereich.
2. Das gegenständliche Rundschreiben wurde erstmals im Jahr 2016 veröffentlicht und wird vorliegend in aktualisierter Form insbesondere im Hinblick auf das WAG 2018 iVm der DeIVO (EU) 2017/565 (Verweisanpassungen) wiederveröffentlicht. Es gilt die jeweils zuletzt veröffentlichte Fassung.
3. Dieses Rundschreiben richtet sich an Kreditinstitute als Rechtsträger iSd § 26 WAG 2018. Die enthaltenen Leitsätze wurden aus der Aufsichtspraxis bei Kreditinstituten herausgearbeitet. Sie können jedoch als Hilfestellung auch von anderen Rechtsträgern gemäß § 26 WAG 2018 herangezogen werden. Gleiches gilt für die Rechtsauslegung jener Vorschriften, die den Regelungen der MiFID nachgebildet wurden (Investmentfondsgesetz 2011 bzw. AIFM-Verordnung).
4. Für Zwecke dieses Rundschreibens wird für persönliche Geschäfte iSd Art 28 DeIVO (EU) 2017/565 auch der Begriff Transaktionen und für die relevante Person iSd Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 der Begriff Mitarbeiter verwendet.
5. Dieses Rundschreiben stellt keine Verordnung dar. Es soll als Orientierungshilfe dienen und gibt die Rechtsauffassung der FMA wieder. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus dem Rundschreiben nicht abgeleitet werden.
6. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Formulierung für beide Geschlechter.

II. LEITSÄTZE

(1) Der Kreis der relevanten Person ist weit zu fassen

7. Eine Maßnahme zur Hintanhaltung verbotener persönlicher Geschäfte ist die Kontrolle des Informationsflusses durch die Einrichtung von Vertraulichkeitsbereichen (VB).¹ In der Praxis werden für jene Mitarbeiter, die regelmäßigen oder anlassbezogenen Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben, ständige bzw. vorübergehende VB eingerichtet. Die Zugehörigkeit zu einem VB ist in der Praxis häufig ein wesentlicher Anknüpfungspunkt für die durch das Unternehmen getroffenen Vorkehrungen iZm persönlichen Geschäften. Wenn die Definition einer relevanten Person iSd Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 an die Zugehörigkeit zu einem VB geknüpft wird, dürfen die VB nicht zu eng gefasst werden und haben all jene Personen zu umfassen, die als relevante Person persönliche Geschäfte iSd Art 28 DeIVO (EU) 2017/565 tätigen.
8. In VB sind insbesondere Personen zu erfassen, die im direkten Kundenkontakt stehen und an der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten beteiligt sind:²
- So sind etwa Personen, die mit dem Handel von Wertpapieren für einen Rechtsträger betraut sind, oder Personen, die enge Kundenkontakte pflegen, als relevante Personen iSd Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 anzusehen. Dazu gehören auch Mitarbeiter des Vertriebs.³
 - Auch Mitarbeiter im Bereich des Private sowie Corporate Banking sowie sonstige Wertpapierkundenbetreuer (etwa Mitarbeiter von regionalen Vertriebseinheiten wie Bankstellen) sind durch ihren unmittelbaren Kundenkontakt bei Konto- und Depotführung im Rahmen der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten Interessenkonflikten ausgesetzt und daher relevante Personen iSd Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565.⁴
 - Ebenfalls sind Angestellte eines vertraglich gebundenen Vermittlers (VGV) relevante Personen iSd Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565, sofern diese tatsächlich und unmittelbar Wertpapierdienstleistungen für das Kreditinstitut erbringen.⁵

¹ Modul 1 Grundsätze ordnungsgemäßer Compliance, Punkt 9 bzw. Modul 2 Insiderrecht und Marktmanipulation, Abschnitt 1 Punkt 4 des Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft (Stand 28.12.2007 bzw. 24.02.2011).

² UVS Wien 10.12.2012, UVS-06/FM/47/4460/2012.

³ BVwG 11.08.2014, W210 2000417-1/8E.

⁴ UVS Wien 10.12.2012, UVS-06/FM/47/4460/2012.

⁵ UVS Wien 23.06.2010, UVS 06/FM/47/3890/2009.

(2) Die getroffenen Vorkehrungen sind schriftlich zu dokumentieren und haben auch Kontrollmaßnahmen zu umfassen

9. Bereits aus § 29 Abs 1 WAG 2018 ergibt sich, dass ein Rechtsträger durch Festlegung angemessener Strategien und Verfahren dafür zu sorgen hat, dass er selbst, seine Geschäftsleitung, seine Beschäftigten und vertraglich gebundenen Vermittler den organisatorischen Maßnahmen gemäß Kapitel II der DeIVO (EU) 2017/565 (im Kapitel II Art 29 sind die Anforderungen im Hinblick auf persönliche Geschäfte normiert) nachkommen.
10. Unter angemessene Vorkehrungen sind solche Anforderungen an die Organisation bzw. an die Strategien und Verfahren zu verstehen, die sicherstellen, dass kein verpöntes persönliches Geschäft im Sinne des Art 29 Abs 2-4 DeIVO (EU) 2017/565 abgeschlossen wird. Die getroffenen Vorkehrungen sind schriftlich zu dokumentieren. Angemessene Vorkehrungen haben auch Kontrollmaßnahmen des Rechtsträgers zur Sicherstellung der Einhaltung der Verpflichtungen durch die Mitarbeiter vorzusehen.⁶
11. Damit eine jederzeitige Überprüfung und Kenntnisnahme durch die Mitarbeiter ermöglicht wird, haben Rechtsträger als Vorkehrung iSd Art 29 DeIVO (EU) 2017/565 ein hinreichend konkretes schriftliches Regelwerk für diese zu erstellen (zB in Form einer Compliance-Richtlinie oder eines Compliance-Handbuches). In diesem sind die Verhaltenspflichten wie etwa eine Meldepflicht von Wertpapierdepots sowie der einzelnen persönlichen Geschäfte, Übermittlung von Zweitschriften oder Jahrestransaktionslisten festzuhalten. Diese Pflichten sind den Mitarbeitern nachweislich zur Kenntnis zu bringen (siehe auch Art 29 Abs 5 lit a DeIVO (EU) 2017/565).
12. Des Weiteren haben Rechtsträger schriftlich festzuhalten, welche konkreten Kontrollmaßnahmen in Bezug auf die persönlichen Geschäfte ihrer Mitarbeiter getroffen werden. Dies kann zB in Form einer Prozess- oder Ablaufbeschreibung oder auch in einer Dienstweisung an die zuständige Stelle erfolgen.⁷ Nach Auffassung des VwGH hat der Gesetzgeber ein konkretes Regelwerk für Mitarbeiter im Auge, das sich am Zweck und am Ziel der Norm(en) zu orientieren hat. Es versteht sich von selbst, dass solche „Vorkehrungen“ schriftlich zu dokumentieren sind, wodurch insbesondere ihre jederzeitige Überprüfung und die Kenntnisnahme der Mitarbeiter ermöglicht wird.⁸ Dabei ist aus Sicht der FMA konkret festzuhalten, welche Tätigkeiten und diesbezüglichen Kontrollschritte sowie welche Schritte bei Nichteinhaltung der Meldeverpflichtung seitens der zuständigen Stelle durchgeführt werden.

⁶ VwGH 27.03.2015, ZI Ra 2015/02/0025-5: „Allenfalls sind Vorkehrungen, die keine Kontrollen vorsehen, nicht angemessen (...)“.

⁷ Die Aufsichtspraxis zeigt, dass Rechtsträger regelmäßig die Compliance-Organisation mit dem Thema der persönlichen Geschäfte der Mitarbeiter betrauen.

⁸ VwGH 27.03.2015, ZI Ra 2015/02/0025-5.

(3) Eine Unterscheidung von In-house- oder Fremdbank-Depots ist nicht zulässig

13. Gemäß Art 29 Abs 5 lit b DeIVO (EU) 2017/565 ist der Rechtsträger unverzüglich über jedes persönliche Geschäft einer relevanten Person iSd Art 29 Abs. 1 DeIVO (EU) 2017/565 zu unterrichten. Die DeIVO (EU) 2017/565 unterscheidet hierbei nicht, ob das persönliche Geschäft über ein im eigenen Kreditinstitut geführtes Depot des Mitarbeiters (In-House-Depot) oder über ein bei einer Drittbank geführtes Depot (Fremdbank-Depot) durchgeführt wird. Die Unterrichtung muss über alle – mit Ausnahme der in Art 29 Abs 6 DeIVO (EU) 2017/565 angeführten – persönlichen Geschäfte erfolgen, unabhängig davon, ob sie über ein In-House- oder ein Fremdbank-Depot abgewickelt werden.

(4) Der Rechtsträger ist über jedes persönliche Geschäft mit einem Finanzinstrument zu unterrichten. Das Einziehen von Bagatellgrenzen ist unzulässig

14. Die Verpflichtung zur Unterrichtung umfasst alle persönlichen Geschäfte mit einem Finanzinstrument mit Ausnahme der in Art 29 Abs 6 DeIVO (EU) 2017/565 genannten Geschäfte. Aufgrund der abschließenden Ausnahmeregelung des Art 29 Abs 6 DeIVO (EU) 2017/565 ist es daher nicht zulässig, dass die Unterrichtung entweder nur auf persönliche Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten (zB Aktien)⁹ eingeschränkt bzw. dass die Unterrichtung von persönlichen Geschäften mit bestimmten Finanzinstrumenten (zB Staats- und Kontrollbankanleihen) ausgenommen wird¹⁰.

15. Des Weiteren ist es nicht zulässig, die Unterrichtung über persönliche Geschäfte einer unter Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 fallenden relevanten Person auf eine vordefinierte Betragsgrenze einzuschränken, sondern hat die Unterrichtung jedes persönliche Geschäft – unabhängig von der Betragshöhe – zu umfassen.¹¹

⁹ UVS Wien 12.03.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

¹⁰ UVS Wien 06.03.2013, UVS-06/FM/40/5480/2012.

¹¹ UVS Wien 14.04.2011, UVS-06/FM/47/11679/2010, UVS Wien 06.03.2013, UVS-06/FM/40/5480/2012.

(5) Der Rechtsträger ist unverzüglich über persönliche Geschäfte zu unterrichten

16. Nach Ansicht der FMA wird dem Erfordernis der Unverzüglichkeit Rechnung getragen, wenn durch die Vorkehrungen die Unterrichtung über persönliche Geschäfte (unabhängig, ob durch Meldepflicht oder systemische Auswertung, siehe auch (7)) sowohl über In-House- als auch bei Fremdbank-Depots unverzüglich nach Ausführung – dh am selben oder spätestens am darauf folgenden Bankarbeitstag – erfolgt. Dem Kriterium der unverzüglichen Unterrichtung wird somit insbesondere dann nicht entsprochen, wenn die Unterrichtung über Transaktionen nur in bestimmten routinemäßigen Intervallen¹² (zB wöchentlich, monatlich oder jährlich) erfolgt.

(6) Auch ein Geschäft, das von einem Mitarbeiter für Rechnung Dritter (über Zeichnungsberechtigung oder Vollmacht) getätigt wird, ist als persönliches Geschäft iSd Art 28 f DeIVO (EU) 2017/565 zu qualifizieren

17. Bei einer allfälligen Unterrichtung von persönlichen Geschäften durch systemische Vorkehrungen bedeutet dies, dass auch jene In-House-Depots Dritter, bei denen Mitarbeiter über eine Zeichnungsberechtigung oder über eine Vollmacht verfügen, in den Systemen des Rechtsträgers zu erfassen und als solche zu kennzeichnen sind.

18. Bei einer Meldepflicht von Wertpapierdepots hat der Rechtsträger sicherzustellen, dass von der Meldepflicht auch jene Wertpapierdepots umfasst sind, bei denen Mitarbeiter über eine Zeichnungsberechtigung oder über eine Vollmacht verfügen.

(7) Die Unterrichtung kann durch Meldung des Geschäfts oder durch andere Verfahren erfolgen

19. Die Unterrichtung über jedes persönliche Geschäft kann entweder durch Meldung des Geschäfts (Meldepflicht für die Mitarbeiter) oder durch andere Verfahren, die dem Rechtsträger die Feststellung solcher Geschäfte ermöglichen (zB Zweitschriftverfahren), erfolgen.

20. Die Meldepflicht für die Mitarbeiter kann somit dann entfallen, wenn Rechtsträger über andere Verfahren verfügen, die ihnen die Feststellung von persönlichen Geschäften ermöglichen. Die Aufsichtspraxis zeigt, dass Rechtsträger bei In-House-Depots häufig systemische Vorkehrungen treffen (EDV-mäßige Kennzeichnung), um die unverzügliche Unterrichtung bzw. Kontrolle sicherzustellen.

¹² BVwG 09.11.2015, W204-201636-1/9E, BVwG vom 22.12.2014, W204-2000423-1/8E.

(8) Kontrollmaßnahmen umfassen sowohl die Kontrolle der Einhaltung der Meldepflicht als auch materielle Kontrollen der Transaktionen

21. Rechtsträger haben regelmäßige Kontrollen durchzuführen, ob die Mitarbeiter ihren Verpflichtungen iZm persönlichen Geschäften (zB unverzügliche und vollständige Meldung von Transaktionen) nachkommen. Sofern keine automationsunterstützte Unterrichtung und Kontrolle von persönlichen Geschäften vorgesehen ist, führen die Rechtsträger in der Praxis die Kontrolle auf Vollständigkeit und Unverzüglichkeit durch Abgleich der (unterjährig) gemeldeten bzw. sonst festgestellten Transaktionen mit einer Jahrestransaktionsliste durch. Hierfür kann eine repräsentative Stichprobe gezogen werden. Die diesbezüglich anzufordernden Jahrestransaktionslisten sind mit den unterjährig eingelangten Meldungen abzugleichen. Bei dieser Kontrolle genügt es nicht, sich nur den Jahresendstand auf den Depotauszügen anzusehen, da auf diesen die einzelnen Transaktionen nicht aufgelistet sind und daher auch nicht kontrolliert werden können.¹³
22. Für die Übermittlung der Jahrestransaktionsliste an die Compliance-Organisation sollte der Rechtsträger eine zeitnahe Frist (zB 31.01. des Folgejahres) festlegen und den betroffenen Mitarbeitern kommunizieren. In weiterer Folge ist die zeitgerechte Übermittlung dieser Transaktionslisten zu kontrollieren und sind bei Nichteinhaltung entsprechende Schritte durch den Rechtsträger zu setzen.
23. In materieller Hinsicht sind die einzelnen Transaktionen mit der Beobachtungs- und Sperrliste, mit den Transaktionen des Kunden- und des Eigenhandels inklusive Großorders, die das Unternehmen durchgeführt hat, abzugleichen.¹⁴ Die Aufsicht empfiehlt die persönlichen Geschäfte der Mitarbeiter mit sämtlichen Transaktionen des Kunden- und Eigenhandels abzugleichen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in Einzelfällen auch kleinere Orders (welche nicht unter die Großorderdefinition fallen, etwa bei Häufung kleinerer Orders) den Markt bewegen und somit relevant sein können. Eine Alternative zum Abgleich mit sämtlichen Transaktionen des Kunden- und Eigenhandels kann der Abgleich nur mit Großorders darstellen. Dies setzt aber voraus, dass die vom Unternehmen festgelegte Großorderdefinition adäquat gewählt und implementiert ist und vom Kreditinstitut zusätzliche Vorkehrungen getroffen wurden, die alle Fälle von Informationsvorsprung berücksichtigen bzw. aufdecken. Bei mangelhafter Umsetzung der Großorderdefinition bzw. deren Implementierung sowie nicht ausreichender zusätzlicher Vorkehrungen besteht das Risiko, nicht alle Transaktionen für eine wirksame Kontrolle zu erfassen.
24. Wie auch bereits bei der Unterrichtung über Transaktionen, ist auch bei der Kontrolle von diesen Transaktionen keine Einschränkung (etwa nur auf Aktientitel des eigenen Unternehmens) zulässig.¹⁵ Eine Kontrolle von persönlichen Geschäften, die erst ab einer

¹³ UVS Wien 12.03.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

¹⁴ UVS Wien 12.03.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

¹⁵ UVS Wien 12.03.2013, UVS-06/FM/40/4027/2012.

bestimmten Wertgrenze oder aber auch ab dem Vorliegen „größerer“ Orders erfolgt, stellt keine angemessene Vorkehrung gemäß Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 dar. Die Kontrolle hat jedes persönliche Geschäft einer unter Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 fallenden relevanten Person (mit Ausnahme der in Art 29 Abs 6 DeIVO (EU) 2017/565 normierten persönlichen Geschäfte) zu umfassen.

(9) Die unverzügliche Unterrichtungspflicht impliziert die Setzung zeitnaher Kontrollmaßnahmen

25. Gemäß Art 29 Abs 1 DeIVO (EU) 2017/565 haben Rechtsträger nicht nur angemessene Vorkehrungen zu treffen, sondern diese auch dauernd einzuhalten. Somit müssen Rechtsträger insbesondere durch Kontrollen sicherstellen, dass die dauernde Einhaltung der implementierten Vorkehrungen tatsächlich erfolgt bzw. bei Nichteinhaltung entsprechende Maßnahmen setzen. Die Möglichkeit der Kontrolle von persönlichen Geschäften hängt grundlegend von deren Kenntnis ab.
26. Bei einer automationsunterstützten Unterrichtung über persönliche Geschäfte über In-House-Depots sind auch Vorkehrungen zu treffen, die eine zeitnahe Kontrolle der Transaktionen durch zeitnahe Auswertungs- bzw. Abfragemöglichkeiten sicherstellen.
27. Bei der Unterrichtung über persönliche Geschäfte über Fremdbank-Depots haben Rechtsträger mangels systemischer Abfragemöglichkeiten andere angemessene Verfahren zur Sicherstellung einer zeitnahen Kontrolle zu definieren (zB Zweitschriftverfahren, siehe auch Rz 19).
28. Für eine Kontrolle iSd Art 29 Abs. 5 lit b DeIVO (EU) 2017/565 genügt es nach Ansicht der FMA nicht, wenn persönliche Geschäfte (unabhängig davon, ob diese über ein In-House-Depot oder ein Fremdbank-Depot durchgeführt wurden) mit der Beobachtungs- und Sperrliste, mit den Transaktionen des Kunden- und Eigenhandels inklusive Großorders¹⁶ nur in routinemäßigen Intervallen (zB monatlich oder gar jährlich) abgeglichen werden, sondern dies zeitnah (mehrmals wöchentlich) zu erfolgen. Hierbei können Proportionalitätserwägungen wie Größe des Unternehmens, Anzahl der Mitarbeiter berücksichtigt werden.

¹⁶ Bzw. alternativer Kontrollmaßnahmen im Sinne von Rz 22.