



Newsletter Kapitalmarkt- und Bankrecht, FinTechs Issue 1|2022

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Der neue Geldwäsche-Tatbestand](#)
2. [Geldwäsche: FMA erlaubt rein biometrisches Verfahren zur Kundenidentifikation](#)
3. [FMA und OeNB geben Schwerpunkt für Bankenaufsicht 2022 bekannt](#)
4. [Leerverkaufsattacken weiter im Trend – S&T AG schon zum zweiten Mal Opfer](#)
5. [VfGH: Keine Amtshaftung für FMA-Aufsicht bei Commercialbank Mattersburg](#)
6. [Kapitalmarkt-TV: Fernsehprogramm 2022](#)

1. Der neue Geldwäsche-Tatbestand

Kürzlich wurde § 165 StGB, welcher den Tatbestand der Geldwäsche regelt, in Folge der Umsetzung der 6. EU-Geldwäsche-Richtlinie neu gefasst. Nachfolgend stellen wir die Neuregelung im Detail vor. Im Kern geht es natürlich weiterhin um Verfügungen in Zusammenhang mit Vermögensbestandteilen, die entweder aus einer bestimmten kriminellen Tätigkeit (Vortat) stammen, oder die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung unterliegen. Einschlägige Vortaten sind wie bisher alle mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Handlungen und bestimmte weitere, gesetzlich ausdrücklich normierte Delikte.

Liegen nun Vermögensbestandteile aus einer relevanten Vortat vor, sind damit ebenfalls wie bisher verschiedene Dinge als Geldwäsche verboten. Im Detail ist die (komplexe) Neuregelung aber abweichend textiert. Etwas vereinfacht gesagt begeht Geldwäsche nun zunächst einmal, wer den Vermögensbestandteil aus einer Vortat umwandelt oder überträgt mit dem Vorsatz auf eines von zwei Dingen: (a) Vorsatz, den illegalen Ursprung des Vermögensbestandteils zu verheimlichen oder zu verschleiern; oder (b) Vorsatz, eine andere Person, die an der Vortat beteiligt ist, zu unterstützen, damit diese den Rechtsfolgen der Tat entgeht. „Vorsatz“ heißt hier nicht, dass jemand etwas mit Absicht macht oder genau weiß, was er tut. Für die Verwirklichung dieser Ausprägungen der Geldwäsche reicht vielmehr bedingter Vorsatz. Das StGB sagt hierzu: Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Geldwäsche begeht auch, wer Vermögensbestandteile erwirbt, sonst an sich bringt, besitzt, umwandelt, einem anderen überträgt oder sonst verwendet, wenn er zur Zeit des Erlangens weiß, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit (Vortat) eines anderen herrühren. Bei dieser Ausprägung muss der Geldwäscher also hinsichtlich des Abstammens aus krimineller Tätigkeit tatsächlich Klarheit haben. Das StGB definiert die diesbezüglich erforderliche „Wissentlichkeit“ wie folgt: Der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält.



works

Und nicht zuletzt begeht auch Geldwäsche, wer Vermögensbestandteile, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation oder einer terroristischen Vereinigung (nicht aber auch: einer kriminellen Vereinigung nach § 278 StGB) unterliegen, in deren Auftrag oder Interesse erwirbt, sonst an sich bringt, besitzt, umwandelt, einem anderen überträgt oder sonst verwendet, wenn er zur Zeit des Erlangens von dieser Verfügungsmacht weiß. Auch hier gilt also das vorstehend beschriebene qualifizierte Vorsatzerfordernis hinsichtlich der Zuordnung des Vermögensbestandteils.

Der Begriff „Vermögensbestandteil“ ist übrigens (wie bisher) einigermaßen weit. Das StGB legaldefiniert als „Vermögenswerte aller Art, ob körperlich oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, und Rechtstitel oder Urkunden in jeder – einschließlich elektronischer oder digitaler – Form, die das Eigentumsrecht oder Rechte an solchen Vermögenswerten belegen, weiters Einheiten virtueller Währungen und die auf diese entfallenden Wertzuwächse oder durch diese belegte Rechte, nicht aber bloße Ersparnisse, wie etwa nicht eingetretene Wertverluste, Forderungsverzichte oder ersparte Aus- und Abgaben.“ Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer kriminellen Tätigkeit her, wenn ihn der Täter der kriminellen Tätigkeit durch die Tat erlangt oder für ihre Begehung empfangen hat oder wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögensbestandteils verkörpert.

Gernot Wilfling

2. Geldwäsche: FMA erlaubt rein biometrisches Verfahren zur Kundenidentifikation

Die FMA hat durch eine Novelle der Online-Identifikationsverordnung (Online-IDV) die Möglichkeit geschaffen, rein biometrische Verfahren zur geldwäscherechtlichen Fernidentifikation von Neukunden von Finanzdienstleistern anzuwenden. Bei diesen Verfahren erfolgt die Identifizierung eines Kunden grundsätzlich allein algorithmisch, ohne dass ein Mitarbeiter des Finanzdienstleisters im persönlichen Kontakt eingebunden ist.

Voraussetzung ist, dass der Kunde der biometrischen Identifikation zustimmt, das Verfahren dem aktuellen Stand der Technik entspricht und eine gleichwertige Sicherheit wie bei der Identifikation durch Mitarbeiter garantiert sowie, dass mittels Video überprüft wird, dass die Person tatsächlich physisch am Endgerät an der Identifikation teilnimmt. Zudem muss ab 01.01.2023 der Lichtbildausweis auch durch Auslesen des elektronischen Sicherheitschips (NFC-Chip) überprüft werden. Bis dahin sind auch videogestützte Ausweisprüfungen zulässig.

Seit 02.11.2021 haben damit KYC-Verpflichtete die Möglichkeit, Neukunden mittels rein biometrischer Verfahren zu identifizieren. Diese Neuerung wird in der Industrie sehr begrüßt und entspricht auch dem Zeitgeist vor allem jüngerer Kunden. Das rein biometrische Identifikationsverfahren wird den KYC-Prozess einfacher und schneller machen können. Die Kosten sind im Vergleich zum bisherigen Video-Identifizierungsverfahren deutlich niedriger. Zudem weisen biometrische Identifikati-



works

onsverfahren laut FMA eine derartige Systemsicherheit auf, dass sie einer persönlichen physischen Identifikation gleichzustellen sind.

Vor diesem Hintergrund können sich sowohl KYC-Verpflichtete wie Kunden als auch die verpflichteten Rechtsträger über diese Neuerung freuen.

Sebastian Sieder

3. FMA und OeNB geben Schwerpunkt für Bankenaufsicht 2022 bekannt

Die FMA und OeNB legen bei der Bankenaufsicht 2022 ihr Augenmerk auf folgende sechs Themenschwerpunkte:

1. **COVID-19 Maßnahmen:** Resilienz und Stabilität sollen durch geeignete Früherkennungsmaßnahmen und transparente Kommunikation weiter gestärkt werden.
2. **Digitalisierung und ICT-Risiken:** Hier liegt der Fokus auf der Analyse und Bestimmung von Risiken iZm der fortschreitenden Digitalisierung.
3. **ESG Risiken:** Der Aspekt Klimarisiko soll im Risikomanagement der Kreditinstitute stärker berücksichtigt werden.
4. **Regulierung und Aufsichtspolitik:** Das aufsichtliche Handwerkszeug (zB Methoden, Prozesse) soll laufend an neue Gegebenheiten angepasst werden.
5. **Nachhaltigkeit der Geschäftsmodelle:** Die Resistenz in Krisen und die Zukunftsfähigkeit der Geschäftsmodelle sollen gestärkt werden.
6. **Risiken der Immobilienfinanzierung:** Durch adäquate mikro- und makroprudenzielle Maßnahmen sollen die steigenden Risiken im Wohn- und Gewerbeimmobilienbereich verringert werden. Dieses Thema bringt die Aufsicht nun schon zum wiederholten Male auf den Tisch, hat sie doch schon letztes Jahr Banken zur Sorgfalt bei der Kreditvergabe gemahnt.

Valentina Treichl

4. Leerverkaufsattacken weiter im Trend – S&T AG schon zum zweiten Mal Opfer

Am 16.12.2021 wurde ein österreichischer Emittent mit Börsennotiz in Frankfurt erneut Opfer einer Leerverkaufsattacke: Fraser Perring´s Viceroy Research hat einen negativen Research Bericht über S&T veröffentlicht (hier abrufbar: <https://viceroyresearch.org/2021/12/16/sant-a-flaws-the-naughty-list/>). S&T hat noch am gleichen Tag eine kurze Äußerung zum Viceroy-Report veröffent-



works

licht (hier abrufbar: <https://ir.snt.at/news/S-T-AG-Statement-short-report-by-Viceroy.en.html>) und am 28.12.2021 eine detaillierte Stellungnahme zu den Vorwürfen abgegeben (hier abrufbar: <https://ir.snt.at/news/S-T-AG-STELLUNGNAHME-ZUM-REPORT-DES-SHORT-SELLERS-VICEROY-R.pdf>).

Der Kurs der S&T-Aktie ist in Folge der Leerverkäufer-Attacke deutlich gefallen. Vor Veröffentlichung des Viceroy-Berichts lag der Aktienkurs bei über EUR 19, danach unter EUR 13. Bis heute hat sie sich nur auf etwas über EUR 14 wieder erholt.

S&T ist bereits zum zweiten Mal Ziel eines Research-Reports eines Leerverkäufers geworden. Bereits 2020 hatte ein Research-Bericht aus UK S&T „angegriffen“. Damit zeigt sich nach den letzten prominenten Fällen in Deutschland, Grenke AG und Adler Group SA, dass sich der Trend zu vermehrten Leerverkaufsattacken im deutschsprachigen Raum weiter verfestigt.

Die kapitalmarktrechtlichen Vorgaben für Leerverkaufsattacken ergeben sich vor allem aus der Leerverkaufsverordnung (Short Selling Regulation, SSR: Verbot ungedeckter Leerverkäufe und Transparenzpflichten etc) und der Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation, MAR: Insiderverbote, Marktmanipulation, Anlageempfehlungen ect). Zudem können Aufsichtsbehörden auch Leerverkaufsverbote erlassen. Insbesondere auch vor dem Hintergrund der Schmach, derer sich die BaFin im Fall Wirecard ausgesetzt hat, erscheint es zweifelhaft, dass diese wieder eingreift (zur Erinnerung: S&T ist zwar ein österreichisches Unternehmen, aber in Deutschland börsennotiert, weshalb die BaFin zuständig wäre, nicht die FMA). Die Sachlage bezüglich der Vorwürfe in Research-Berichten ist ja meist nicht so eindeutig und schnell zu klären...

Die rechtlichen Vorgaben der SSR und MAR helfen zudem dem Emittenten nicht hinsichtlich des durch den Research-Report (oftmals) verursachten Kursverlustes. Auch eine Intervention der Aufsicht wird, wenn überhaupt, meist zu spät kommen, um den initialen Kursverlust zu verhindern bzw auch nur abzuschwächen.

Vor diesem Hintergrund ist klar, wie „Activism Preparedness“ für Emittenten ist. Ausgangspunkt sollte eine umfassende Risikoanalyse des Emittenten hinsichtlich Leerverkaufsattacken sein. Zudem sollte ein Team von internen und externen Fachleuten aus verschiedenen Fachrichtungen (Kommunikationsberater, Rechtsanwälte etc) gebildet werden, um im Falle einer Leerverkaufsattacke schnell handlungsfähig zu sein. Erhobene Vorwürfe sollten bestmöglich und vor allem auch möglichst rasch aufgeklärt und Missstände beseitigt werden. Transparenz, eine rasche und klare Kommunikation und im Anschluss die sorgfältige, faktenbasierte Darstellung der tatsächlichen Gegebenheiten sind zentral. Zudem sind natürlich auch rechtliche Maßnahmen (Anzeige bei Aufsichtsbehörde/Staatsanwaltschaft, zivilrechtliche Klagen etc) zu prüfen, wenn Zweifel am gesetzeskonformen Handeln des Leerverkäufers bestehen.



works

Aus Kommunikationsperspektive hat sich zuletzt übrigens Carolin Amann im Finance-TV mit Leerverkaufsattacken beschäftigt: <https://www.finance-magazin.de/tv/finanzabteilung/deutschland/nach-wirecard-unternehmen-muessen-bei-shortseller-attacken-besser-reagieren-5603/>.

Vorstehendes ist natürlich nur ein ganz kurzer Abriss zu einer sehr komplexen Materie. In meiner mehrfach prämierten und als Buch erschienenen Dissertation habe ich mich ausführlich damit beschäftigt, wie man sich auf Leerverkaufsattacken vorbereiten kann. Darin findet man auch mögliche Strategien zur Verteidigung gegen solche Attacken (<https://www.lindeverlag.at/buch/short-selling-regulierung-in-europa-und-den-usa-18438>). Wir werden die Entwicklungen für Sie verfolgen und stehen bei Bedarf gerne parat, Sie bei der Vorbereitung auf Leerverkaufsattacken zu unterstützen.

Sebastian Sieder

5. VfGH: Keine Amtshaftung für FMA-Aufsicht bei Commerzialbank Mattersburg

Die Insolvenz der Commerzialbank Mattersburg im Burgenland hat für die Kunden der Bank teilweise erhebliche Schäden verursacht. Insgesamt machen Geschädigte rund eine Milliarde Euro im Klagsweg geltend. Allein die Einlagensicherung Austria (ESA) hatte beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien eine Amtshaftungsklage über 490 Millionen Euro gegen den Bund eingebracht. Das Land Burgenland klagte über ihre geschädigte Energie Burgenland AG auf 4,9 Millionen Euro. Mit dem Argument, die FMA hätte bei der Beaufsichtigung der Commerzialbank schwere Fehler gemacht, wollten sich also zahlreiche Kunden am Bund schadlos halten.

Ein wesentliches Hindernis dabei findet sich in § 3 Abs 1 FMABG, wo es heißt: *„Für die von Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung der in § 2 genannten Bundesgesetze zugefügten Schäden, einschließlich Schäden gemäß § 29 Abs. 1 DSG 2018, haftet der Bund nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes. Schäden im Sinne dieser Bestimmung sind solche, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen. Die FMA sowie deren Bedienstete und Organe haften dem Geschädigten nicht.“*

Dennoch kam es wie gesagt zu zahlreichen Amtshaftungsklagen von Geschädigten. Im Zuge derer wurden Anträge auf Aufhebung des § 3 Abs 1 zweiter Satz FMABG wegen Verfassungswidrigkeit gestellt. Der Ausschluss der Haftung des Handelns der Aufsicht gegenüber Bankkunden sei eine Verletzung des Gleichheitssatzes, eine Aufhebung wegen Verfassungswidrigkeit daher geboten.

In seinem enorm ausführlichen Erkenntnis schloss sich der VfGH dieser Rechtsansicht der Kläger letztlich nicht an. Das Aufsichtsrecht diene dem Schutz der Gläubiger (An- und Einleger) in ihrer Gesamtheit, also sozusagen dem Funktionsschutz; einzelne Ein- und Anleger könnten dagegen keine Ansprüche aus einer Verletzung der Beaufsichtigung ableiten. Die vom Gesetzgeber getroffene-

ne Regelung, dass der Steuerzahler nicht im Wege der Amtshaftung für die wirtschaftlichen Folgen einer Bankeninsolvenz aufkommen soll, sei nicht zu beanstanden. Die Entscheidung (VfGH 16.12.2021, G 224/2021) ist im Volltext hier abrufbar: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis G 224 2021 vom 16. Dezember 2021.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH-Erkenntnis_G_224_2021_vom_16._Dezember_2021.pdf).

Sebastian Sieder

6. Kapitalmarkt-TV: Fernsehprogramm 2022

Auch heuer setzen wir unser beliebtes Format „Kapitalmarkt-TV“ natürlich fort. Derzeit stehen mit Beginn jeweils 17:30 Uhr am Programm:

- 24.02.2022: Update Compliance nach dem BWG und dem WAG; Vortragende Franz Pampel (NWT) und Sebastian Sieder
- 07.04.2022: Ausgewählte Aspekte der Nachhaltigkeit am Kapitalmarkt; Vortragende Karin Lenhard (Erste Group), Otto Lucius (Universitätslektor, BEC), Gernot Wilfling
- 29.09.2022: Update Kapitalmarktrecht; Vortragende Gernot Wilfling, Sebastian Sieder, Valentina Treichl
- 17.11.2022: Geldwäsche – Status quo und quo vadis? Vortragender Gernot Wilfling

Wenn es das Infektionsgeschehen zulässt, werden die Veranstaltungen hybrid stattfinden. Man kann also sowohl „live“ bei uns im Haus teilnehmen, als auch gemütlich von überall aus via Zoom. Die Veranstaltung am 29.09.2022 wird übrigens als „Jubiläums-Kapitalmarkt-TV“ im Zeichen des 40ers unseres Partners Gernot Wilfling stehen und dementsprechend etwas feierlicher aufgezogen werden als sonst. Wir freuen uns auf zahlreiche persönliche Teilnahme! Außerdem schätzen wir es immer sehr, wenn uns aus der Unternehmens- und Bankenpraxis Themen zugerufen werden, die für künftige Kapitalmarkt-TV aus Sicht des Kapitalmarkts interessant wären.

Ihre Anmeldung senden Sie bitte an events@mplaw.at

Ihre Müller Partner Kapitalmarktpraxis



Teamleitung

Mag. Gernot Wilfling

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

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH
Rockgasse 6, 1010 Wien
www.mplaw.at