

Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 17/105

BMF-160000/0001-III/5/2017

BG, mit dem das Bankwesengesetz, das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, das Finanzmarktaufsichtsgesetz, das Kapitalmarktgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 geändert werden

Referent: Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

I. ALLGEMEINES

- a. Der vorliegende Gesetzesentwurf will die österreichische Aufsichtsstruktur verbessern, an die europäischen Vorgaben anpassen und insb auch die Effizienz der Aufsicht steigern. Beabsichtigt ist neben der Verbesserung der Rechtssicherheit und Transparenz in der Finanzmarktaufsicht eine generell verbesserte „Governance der Aufsicht.“ Zudem soll Unternehmen der Zugang zum Kapitalmarkt erleichtert werden und überdies bei den beaufsichtigten Unternehmen durch eine Anpassung der Anwendung des Proportionalitätsprinzips eine Kostensenkung erreicht werden.

Der Gesetzesentwurf verfolgt sohin nachstehende konkrete Ziele, deren Umsetzung zweifellos zu einer verbesserten Transparenz und letztlich auch Rechtssicherheit im Bereich der Aufsicht führen werden und zudem durchaus antiquiert anmutende Hürden, wie etwa die Verpflichtung, zu billigende Prospekte ausschließlich physisch und eigenhändig unterschrieben einreichen zu müssen, beseitigen wird.

Ziel 1: Verbesserung der Rechtssicherheit und Transparenz in der Finanzmarktaufsicht

In diesem Zusammenhang wird die derzeit durchaus unbefriedigende Situation wiedergegeben und Maßnahmen beschrieben, um Verbesserungen herbeizuführen und damit letztlich auch die Planungssicherheit der beaufsichtigten Unternehmen zu steigern. Angeführt werden dabei folgende Problembereiche:

Derzeit ist es der FMA verwehrt, einfache Rechtsauskünfte zu erteilen; insb ist eine Auskunft mittels Bescheid derzeit nicht möglich. Es gibt gegenwärtig keine Möglichkeit, Verfahren bei der FMA einvernehmlich zu beenden und es gibt auch keine Verpflichtung zur Durchführung öffentlicher Begutachtungsverfahren durch die FMA bei der Erlassung von Verordnungen, Rundschreiben und Mindeststandards. Prüfungsschwerpunkte der FMA werden nur in sehr geringem Umfang veröffentlicht und die Auslagerung von Dienstleistungen hat im BWG keine konkrete Rechtsgrundlage.

Diesem durchaus unbefriedigenden Zustand soll dadurch abgeholfen werden, als Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden soll, für die rechtsverbindliche aufsichtsrechtliche Beurteilung relevanter Sachverhalte die Beantwortung von Rechtsfragen mittels Auskunftsbescheid beantragen zu können. Für die einvernehmliche Verfahrensbeendigung soll eine Rechtsgrundlage geschaffen werden. Vor der Erlassung von Verordnungen, Rundschreiben und Mindeststandards soll die FMA dazu verpflichtet werden, öffentliche Begutachtungsverfahren durchzuführen. Schließlich sollen jährlich Prüfungsschwerpunkte festgelegt und auf der Internetseite der FMA veröffentlicht werden.

Ziel 2: Kostensenkungen bei den beaufsichtigten Unternehmen durch eine Anpassung der Anwendung des Proportionalitätsprinzips

Gegenwärtig wird bei der Einhaltung umfangreicher Normen zur Unternehmensführung nicht auf die jeweilige Unternehmensgröße Bezug genommen und daher auch keine Differenzierung bei der Vorgabe zur Einhaltung dieser Vorschriften vorgenommen. Für Finanzunternehmen kleiner und mittlerer Größe kann sich die Einhaltung umfangreicher Normen zur Unternehmensführung freilich ungleich schwieriger gestalten als für große Unternehmen, obwohl das systemische Risiko, das von einzelnen kleinen und mittleren Finanzunternehmen für die Finanzmarktstabilität ausgeht, verhältnismäßig gering ist (vgl Vorblatt zum Gesetzesentwurf S 4, 5). Ziel ist es daher, regulatorische Erleichterungen für Finanzunternehmen kleiner und mittlerer Größe im Bereich der Unternehmensführung zu erreichen.

So sind Kreditinstitute derzeit ohne Berücksichtigung ihrer Größe verpflichtet, im Aufsichtsorgan einen Nominierungs-, einen Vergütungs- und einen Risikoausschuss einzurichten (das gilt derzeit für 131 Kreditinstitute; vgl Vorblatt zum Gesetzesentwurf S 5). Derzeit müssen 58% der österreichischen Kreditinstitute alleine auf Grund ihrer Bilanzsumme oder ihres Mitarbeiterstandes keine eigene Organisationseinheit für die interne Revision einrichten. Diese Quote soll bis zum Jahr 2022 auf 70% steigen. Ab einer Bilanzsumme von einer Milliarde Euro soll den Kreditinstituten zudem die Möglichkeit eingeräumt werden, die interne Revision auszulagern.

Ziel 3: Verbesserte Governance der Aufsicht

„Durch eine Weiterentwicklung der Governance-Anforderungen wird die Aufsichtsstruktur im Finanzmarktbereich modernisiert. Die FMA und die OeNB, letztere im Bereich der Bankenaufsicht, sollen dabei unterstützt werden, ihre Aufsichtsaufgaben effizient und transparent zu erfüllen und wirksame Mechanismen zur Kosten- und Qualitätskontrolle anzuwenden.“ (vgl Vorblatt zum Gesetzesentwurf S 5)

Derzeit ist die öffentliche Ausschreibung von Positionen der zweiten Führungsebene der FMA und die Einrichtung einer internen Revision in der FMA gesetzlich nicht geregelt. Hier soll eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Zudem ermittelt die OeNB ihre direkten Kosten aus Vor-Ort-Prüfungen, Einzelbankanalysen und gutachterlichen Äußerungen derzeit auf Basis des VAG 2016 und übermittelt diese an die FMA. Diese Verpflichtung soll ausgedehnt werden und eine Übermittlung dieser Kostenanalysen soll zusätzlich auch an das BMF erfolgen. Zur Erhöhung der Transparenz sollen diese Kostenaufstellungen danach auf der Internetseite der OeNB veröffentlicht werden.

Ziel 4: Erleichterter Zugang zum Kapitalmarkt für Unternehmen

„Um den österreichischen Kapitalmarkt zu stärken und den Unternehmen neben der klassischen Finanzierung durch den Bankensektor die Inanspruchnahme zusätzlicher Finanzierungsquellen zu erleichtern, ist es wichtig, den Zugang zum Kapitalmarkt für Unternehmen weiter zu erleichtern. Es soll daher ein durchgängig elektronisches Prospektbilligungsverfahren vom Emittenten über die FMA bis zur OeKB ohne jegliche Medienbrüche eingeführt und so der Zugang zum Kapitalmarkt erleichtert werden. Durch die Möglichkeit der Beantragung von Auskunftsbeseiden wird ebenfalls der Zugang zum Kapitalmarkt für Unternehmen erleichtert.“ (vgl Vorblatt zum Gesetzesentwurf S 6)

Es entspricht wohl nicht mehr dem Stand der digitalen Welt, die Emittenten zu verpflichten, finale Prospektentwürfe zur Billigung bei der FMA ausschließlich physisch und eigenhändig unterschrieben einzureichen. Ziel soll und muss es daher sein, der FMA finale Prospektentwürfe zur Billigung auch auf elektronischem Wege vorlegen zu können. Die FMA sollte im Weiteren dazu angehalten werden, gebilligte Prospekte elektronisch an die OeKB zur Verwahrung weiterzuleiten.

II. ZU DEN GRUNDLAGEN DES GESETZESENTWURFS

Die mit der Erlassung des Gesetzes verfolgten Ziele werden auch im Allgemeinen Teil der EB wiedergegeben und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Steigerung der Transparenz der österreichischen Finanzmarktaufsicht in den Bereichen Organisation, operative Tätigkeit und Aufsichtskosten
- Stärkung der Qualität der Aufsicht und Verbesserung der aufsichtsbehördlichen Verfahrensabläufe

- Verbesserung der Rechtssicherheit für die beaufsichtigten Unternehmen und für sonstige Personen, die im Finanzdienstleistungsbereich tätig werden wollen
- Organisatorische Erleichterungen für Kreditinstitute

Der Gesetzesentwurf soll mit 3. Jänner 2018 in Kraft treten.

III. ZU DEN NEUERUNGEN IM EINZELNEN

1. Zu § 2 Z 7 BWG

Die neu eingefügte Z 7¹ (diese Ziffer war zuletzt nicht vergeben), nimmt eine Definition des Begriffes „*Auslagerung*“ vor und orientiert sich dabei an § 5 Z 36 VAG 2016.

Die Definition entspricht der Vorgabe des § 5 Z 36 VAG, ausgetauscht wurden nur die Begriffe „Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen“, die durch „Kreditinstitut“ ersetzt wurden. Im Interesse des Gleichklangs gesetzlicher Normen ist diese Orientierung an der Legaldefinition des VAG 2016 zu begrüßen.

2. Zu den § 5 Abs 4, § 29, § 39c Abs 1 und § 39d Abs 1 BWG

Durch den Wegfall der bislang vorgenommenen Verweisungen wird die europarechtliche Vorgabe zur Einrichtung von Ausschüssen des Aufsichtsorgans auf jene Organisationen beschränkt, die unter den von Art 76 Abs 3, 88 Abs 2, 95 Abs 1 der Richtlinie 2013/36/EU normierten Begriff „Institut“ fallen.

So wird etwa in Art 76 Abs 3 RL 2013/36/EU festgelegt, dass jene *„Institute, die aufgrund ihrer Größe, ihrer internen Organisation und der Art, des Umfangs und der Komplexität ihrer Geschäfte von erheblicher Bedeutung sind“*, ua einen Risikoausschuss einzusetzen haben.

Nur Kreditinstitute, die diesen Kriterien entsprechen und insofern „von erheblicher Bedeutung sind“, sind gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2013/36/EU dazu verpflichtet, Ausschüsse einzurichten (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 3), was der eingangs angeführten Zielsetzung, hier eine Differenzierung ausgehend von der Größe des Kreditinstitutes vorzunehmen, entspricht. Auf eine eigene Definition zu verzichten und sich stattdessen an der unionsrechtlichen Vorgabe zu orientieren, entspricht zudem der Normökonomie.

3. Zu § 25 BWG

§ 25 BWG idgF dieser Bestimmung trägt die Überschrift: *„Auslagerung und Heranziehung von vertraglich gebundenen Vermittlern; Auslagerung von wesentlichen betrieblichen Aufgaben an Dienstleister“*. Dieser Titel wird durch das bloße Schlagwort „Auslagerung“ ersetzt.

¹ In den EB zum Gesetzesentwurf wird irrtümlich von „Abs 7“ gesprochen.

Die Neufassung der Bestimmung folgt inhaltlich der Einsicht, dass die Auslagerung wesentlicher bankbetrieblicher Tätigkeiten die ausdrückliche Normierung von Grenzen sowie die Festsetzung qualitativer Grundsätze verlangt. Die neugefasste Bestimmung orientiert sich an § 25 WAG 2007 und § 21 ZaDiG und den CEBS Leitlinien.²

Im Entwurf wird zudem klargestellt, dass bloß bankbetriebliche Tätigkeiten ausgelagert werden können, nicht aber die bankgeschäftlichen Kerntätigkeiten eines Kreditinstituts worunter etwa die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder die Kreditvergabe gehören. Die neugefasste Bestimmung stellt ua klar, dass Kreditinstitute „*jederzeit über angemessene Personalressourcen*“ verfügen müssen und überdies die Beaufsichtigung durch die Auslagerung bankbetrieblicher Tätigkeiten nicht beeinträchtigt werden darf. Zudem haben die getroffenen Vereinbarungen zwischen dem Kreditinstitut und dem beigezogenen Dienstleister schriftlich zu erfolgen. Mit dieser Vorgabe soll insb die Nachvollziehbarkeit und die Überprüfbarkeit sichergestellt werden, welche Aufgabe beim Kreditinstitut verbleibt und welche ausgelagert werden soll. Dies erscheint nicht nur für eine funktionierende Aufsicht erforderlich, es liegt auch im Interesse des Kreditinstitutes, weil nur dadurch eine entsprechende Dokumentation der wechselseitigen Rechte und Pflichten gewährleistet wird.

Klar ist und wird insb auch in den EB zum Gesetzesentwurf festgehalten, dass die Auslagerung wesentlicher betrieblicher Tätigkeiten jedenfalls dann unzulässig ist und einen Verstoß gegen die gebotene Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 39 bedeutet, „*wenn es durch die Auslagerung zu einer Beeinträchtigung der internen Kontrollsysteme oder der internen Revision kommt oder die Auslagerung die Aufsichtstätigkeit der zuständigen Aufsichtsbehörden behindert oder einschränkt*“ (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 3).

Die in Abs 4 geschaffene Regelung, nach der „berücksichtigt werden kann, in welchem Umfang der Dienstleister kontrolliert oder sein Handeln beeinflusst werden kann“, wenn das Kreditinstitut und der Dienstleister derselben Kreditinstitutsgruppe bzw demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören, erscheint an sich sinnvoll und entspricht den Zielvorgaben. Sie ist aber einigermaßen schwammig formuliert und lässt offen, was es bedeutet, dass die Auslagerung innerhalb einer Kreditinstitutsgruppe und bestimmter Verbandsstrukturen „berücksichtigt werden kann“. Die EB halten zwar fest, dass in solchen Konstellationen „*ein größerer Spielraum zuerkannt werden kann*“ (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 4), aber auch dies lässt weitgehend offen, was das nun im Einzelfall bedeutet und ob dieser Spielraum im Einzelfall genutzt wird oder nicht. Überlegenswert wäre hier eine Formulierung, nach der Auslagerungen innerhalb einer Kreditinstitutsgruppe vereinfacht werden und zulässig sind, wenn die in § 25 Abs 1 bis 4 festgelegten Kriterien eingehalten werden.

Die in Abs 5 vorgesehene Notifizierungsverpflichtung über eine beabsichtigte Auslagerung wesentlicher betrieblicher Aufgaben, die es der FMA ermöglicht, ihrer

² Leitlinien des Committee of European Banking Supervisors (CEBS) (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 3)

Aufsichts- und Kontrollfunktion nachzukommen, ist sachlich geboten und daher nicht zu beanstanden.

4. Zu §§ 29, 39c und 39d BWG

Die in den angeführten Bestimmungen jeweils vorgenommene Streichung der Bezugnahme auf die Bilanzsumme der betroffenen Kreditinstitute (mehr als eine Milliarde Euro) oder die Ausgabe von übertragbaren, für den Handel an einem gemäß § 1 Abs 2 des Börsegesetzes 1989 geregelten Markt zugelassenen Wertpapiere und stattdessen die Einfügung der Wortfolge *„die von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 5 Abs 4 sind“*, ist konsequent und im Interesse der Normökonomie geboten.

5. Zu § 42 Abs 6 BWG

Mit Einführung dieser Bestimmung wird dem eingangs erwähnten Ziel einer stärkeren Differenzierung bei der Verpflichtung zur Einhaltung organisatorischer und administrativer Vorgaben Rechnung getragen. Durch die Anpassung der Schwellenwerte beim Erfordernis einer institutseigenen Organisationseinheit für die Interne Revision wird eine risikoadäquate Entlastung insb kleiner Kreditinstitute angestrebt, was jedenfalls begrüßenswert ist.

Auch die in den EB des Gesetzesentwurfs zu § 42 Abs 6 angesprochenen Synergieeffekte, die durch die effiziente und konzentrierte Nutzung des Know-Hows innerhalb der Gruppe erreicht werden, sind nachvollziehbar und bestätigen die Sinnhaftigkeit der geplanten Regelung.

6. Zu § 71 Abs 6 BWG

Die Festlegung des Ablaufs des Prüfverfahrens, die Übermittlung und Weiterleitung des Prüfberichtes, die Verpflichtung des Kreditinstitutes zur Erstellung eines Zeitplans zur Umsetzung der im Prüfbericht getroffenen Feststellungen und die verschiedenen damit verbunden Berichtspflichten sichern eine ordnungsgemäße und rasche Umsetzung der von der Aufsichtsbehörde relevierten Themen.

Inhaltlich ist die beabsichtigte Regelung nicht zu beanstanden. Allerdings scheint die sprachliche Umsetzung wenig geglückt. Die Formulierung bleibt einigermaßen sperrig und wenig ökonomisch, wenn gezählte sieben Mal ein Satz mit der Wendung *„Das Kreditinstitut hat ...“* begonnen wird. Anzudenken ist, diese Wortfolge nur einmal zu führen und die jeweils formulierte Verpflichtung des Kreditinstitutes als Aufzählung aufzunehmen.

7. Zu § 76 Abs 8 und 10 BWG

Die bisherige Bestimmung über Rolle und Aufgabe des Staatskommissärs wurde insb um folgenden Satz ergänzt: *„Der Staatskommissär und dessen Stellvertreter haben der FMA jeweils nach Ende eines jeden Quartals des Geschäftsjahres sowie einmal jährlich über das gesamte Geschäftsjahr einen schriftlichen Bericht über ihre Tätigkeit zu übermitteln.“*

Damit wird die Berichtspflicht des Staatskommissärs, die bislang nur in einem jährlichen Rhythmus bestand, auf einen quartalsweisen Zeitraum erweitert. Diese Maßnahme ist zu begrüßen, zumal dadurch der Informationsaustausch zwischen Staatskommissär, dessen Stellvertreter und der FMA, insb in Hinblick auf den Inhalt und den Ablauf der regelmäßigen Sitzungen des Aufsichtsrates (und dessen Ausschüsse) sowie kurzfristige Entwicklungen in der Geschäftspolitik des beaufsichtigten Kreditinstitutes, verstärkt und verbessert wird (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 5).

Auch die in Abs 10 aufgenommene Verpflichtung der Staatskommissäre zur regelmäßigen Fort- und Weiterbildung ist begrüßenswert und steht in Einklang zu der bereits in § 2 Abs 2 BWG enthaltenen Vorgabe, nach der als Staatskommissäre nur Personen bestellt werden dürfen, die auf Grund ihrer Ausbildung, ihres beruflichen Werdeganges und der während ihrer Funktionsperiode ausgeübten beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit die erforderlichen Sachkenntnisse besitzen.

8. Zu § 79 Abs 4b BWG

In den eingangs angeführten Zielsetzungen wird ua auch die transparente, vereinfachte und raschere Kostenbestimmung der Tätigkeit der OeNB angeführt. Die vorgeschlagene Neufassung des § 79 Abs 4b BWG trägt diesem Plan Rechnung und schafft veränderte Regelungen bei der Kostenbestimmung und Kostentransparenz.

Geändert wird die bestehende Rechtslage insb dadurch, dass sämtliche der OeNB aus ihren Aufgaben und Tätigkeiten nach dem BWG erwachsenden Kosten in der Aufstellung zu erfassen sind. Zum anderen hat die OeNB künftig nicht nur die direkten Kosten aus ihren Aufgaben und Tätigkeiten im Bereich der Bankenaufsicht, sondern auch die damit zusammenhängenden indirekten Kosten nach Vorbild der EZB in der Aufstellung zu erfassen.

Die Verpflichtung der OeNB zur Veröffentlichung der ihr aus ihren Aufgaben und Tätigkeiten im Rahmen der Bankenaufsicht entstandenen Kosten auf der Internetseite der OeNB trägt ebenfalls zur Erhöhung der Kostentransparenz bei.

9. Zur „Anlage zu § 25 BWG“ / „Auslagerungsbedingungen“

Die Auslagerungsbedingungen geben in 12 Punkten die wesentlichen Parameter wieder, die bei einer Auslagerung bankbetriebliche Tätigkeiten zu beachten sind. Dabei wird nicht nur auf das Kreditinstitut Bezug genommen, sondern insb auch auf den Dienstleister Bedacht genommen, der die ausgelagerten Tätigkeiten verrichten soll.

Die Aufstellung gibt die zentralen Aspekte, die bei einer Auslagerung zu beachten sind, komprimiert wieder und die darin enthaltenen Vorgaben können von den beteiligten Vertragspartnern als praxisrelevante Hilfestellung bei der Festlegung der wechselseitigen Rechte und Pflichten herangezogen werden.

Durch die Festlegung allgemeiner Grundsätze sollen angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung unnötiger Geschäftsrisiken geschaffen werden, die die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften gewährleisten und die Steuerung potentieller

und tatsächlicher Risiken sowie die Überprüfung der ausgelagerten Tätigkeiten durch die zuständigen Aufsichtsbehörden sicherstellen (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 6).

10. Zu § 6 Abs 6 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (ESAEG)

Die geplante Neufassung von § 6 Abs 6 ESAEG entspricht inhaltlich dem neugefassten § 79 Abs 4b BWG.

11. Zu § 2 Abs 6, § 14 Abs 1a Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz

Die geplante Neuformulierung verpflichtet die FMA für jeden der in den Abs 1 bis 4 dieser Bestimmung angeführten Aufsichtsbereiche jährliche Prüfungsschwerpunkte festzulegen und diese auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. Weiters hat die FMA die gemäß § 70 Abs 1b Z 4 BWG gemeinsam mit der OeNB im Rahmen des jährlichen Prüfungsprogramms festgelegten themenmäßigen Prüfungsschwerpunkte auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen.

Als weitere Maßnahme zur Erhöhung der Transparenz und auch der Planbarkeit der Tätigkeit der Aufsichtsbehörden ist auch diese Maßnahme jedenfalls begrüßenswert. Mit der beabsichtigten neuen Regelung des § 14 Abs 1a wird die Pflicht der FMA zur öffentlichen Ausschreibung von unmittelbar dem Vorstand nachgeordneten Leitungsfunktionen (zweite Führungsebene) gesetzlich verankert. Damit werden die Objektivität und letztlich auch die Qualität bei der Besetzung von Organen der FMA zweifellos erhöht, was begrüßenswert ist.

12. Zu § 16a Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz

Es ist tatsächlich wenig nachvollziehbar, wenn eine Aufsichtsbehörde bei den ihr zur Prüfung unterliegenden Kreditinstituten stets auf die ordnungsgemäße Einrichtung und die Funktionsfähigkeit einer internen Revision zu achten hat, selbst aber keiner vergleichbaren internen Kontrolle unterliegt.

Die Einrichtung einer internen Revision in der FMA wird nunmehr gesetzlich verpflichtend vorgesehen, was begrüßenswert ist. Die Regelungen orientieren sich dabei an den Regeln für die interne Revision bei Kreditinstituten gemäß § 42 BWG.

13. Zu § 22 Abs 2b und 2c Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz

Die beabsichtigte Regelung räumt nunmehr die Möglichkeit ein, vor Erlassung eines Bescheids einen Verzicht auf die Einbringung einer Beschwerde abzugeben. Eine solche Verzichtserklärung kann rechtswirksam nur dann abgegeben werden, wenn aus der abgegebenen Erklärung hervorgeht, dass dem Verzichtenden im Zeitpunkt ihrer Abgabe der Inhalt des Spruches des zu erwartenden Bescheides bekannt war.

Wird die Verzichtserklärung mittels Niederschrift festgehalten, ist diese dem Verzichtenden auszufolgen. Eine Begründung des Bescheids kann diesfalls entfallen. Eine trotz Verzichts eingebrachte Beschwerde ist dann naturgemäß nicht mehr zulässig. Neben einer wesentlichen Verfahrensverkürzung wird dadurch auch eine raschere Herstellung der Rechtssicherheit für den Adressaten des Bescheides

erreicht. In geeigneten Fällen kann damit das Verfahren unter Mitwirkung der Partei deutlich schneller erledigt werden, was jedenfalls sinnvoll erscheint.

Klar muss sein (und wird durch die EB auch verdeutlicht; vgl EB zum Gesetzesentwurf S 7), dass weder ein Anspruch der Partei auf Mitteilung des zu erwartenden Spruchinhalts vor Bescheiderlassung besteht, noch darauf, dass ein Bescheid mit dem Spruchinhalt erlassen wird, der Gegenstand der Verzichtserklärung war. Erledigt die Behörde das Verfahren vielmehr (wider Erwarten) mit einem anderen Spruchinhalt, so steht der Partei mangels rechtswirksamen Verzichts die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. In diesem Fall gelingt zwar die beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung nicht, es kommt aber auch zu keiner Verkürzung in den Rechtspositionen der Parteien.

14. Zu § 23 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz

Die neu geplante Bestimmung des § 23 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz ermöglicht die Erlassung sog „Aufsichtsbescheide“. Die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Erlassung derartiger Bescheide trägt dem Umstand Rechnung, dass der bislang fehlende Rechtsanspruch auf Vorwegbeurteilung und die mangelnde Verbindlichkeit erteilter Rechtsauskünfte der FMA, der Rechts- und Planungssicherheit der von der FMA beaufsichtigten Finanzmarktteilnehmer abträglich war.

§ 23 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz sieht nun vor, dass die FMA auf Antrag mit Auskunftsbescheid über die aufsichtsrechtliche Beurteilung von zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verwirklichten Sachverhalten (Abs 2) absprechen kann. Es muss sich dabei um Sachverhalte handeln, deren Beurteilung nicht der Europäischen Zentralbank vorbehalten ist und bei denen in Hinblick auf die (möglicherweise) erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse besteht.

Die FMA wird damit ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt, ob aus ihrer Sicht die Grundlagen für die Erlassung eines – möglicherweise mit nicht unerheblicher Breitenwirkung ausgestatteten – Auskunftsbescheides gegeben sind.

In den Abs 3 und 4 werden der Kreis der antragslegitimierten Personen, die Vorgaben an den zu stellenden Antrag und auch an den Auskunftsbescheid selbst festgelegt.

Insgesamt ist die Einführung von Auskunftsbescheiden jedenfalls zu begrüßen, weil insb bei der beabsichtigten Ausübung neuartiger Geschäftsmodelle die Rechtssicherheit der betroffenen Personen markant erhöht werden kann. Andererseits weiß der Antragsteller, wenn er den beantragten Auskunftsbescheid erlangt, sehr schnell, auf welche Weise er die beabsichtigte Tätigkeit ausüben kann, wo die Aufsichtsbehörde die Grenzen der Zulässigkeit sieht und was generell bei einer im Einklang mit den Vorgaben die Aufsichtsbehörde auszuübenden Tätigkeit zu beachten ist.

Aufwendige und für alle beteiligten unerfreuliche Strafverfahren können auf diese Weise schon von vornherein vermieden werden.

15. Zu § 8 KMG

Aus den Zielsetzungen des gegenständlichen Gesetzentwurfs ergibt sich die nicht mehr zeitgemäße Vorgabe an Emittenten, den zu billigenden Prospekt schriftlich und mit eigenhändiger Unterschrift des Antrages bei der FMA einzureichen. Der bisherige Gesetzeswortlaut forderte von den Emittenten neben der Unterschrift überdies die Beifügung „*als Emittent*“. Erst diese Art der Unterfertigung begründete die unwiderlegliche Vermutung, „*dass der Prospekt von ihm oder für ihn erstellt worden ist.*“

Nunmehr sieht § 8 Abs 8 KMG vor, dass der Antrag auf Billigung des Prospektes vom Emittenten oder einem Vertreter unter Nachweis der Vollmacht durch den Emittenten schriftlich bei der FMA einzureichen ist. Der mit dem Billigungsantrag vorzulegende und der schließlich zu billigende Prospekt sind sodann elektronisch bei der FMA vorzulegen. Wird ein Prospekt ordnungsgemäß nach diesen Vorgaben vorgelegt, begründet dies die unwiderlegliche Vermutung, dass er vom Emittenten oder für ihn erstellt worden ist.

Zukünftig baut die unwiderlegliche Vermutung, wen als Emittent die Prospekthaftung trifft, nicht mehr auf der unverfälschten Unterfertigung einer vertretungsbefugten Person auf, sondern auf der ordnungsgemäßen, namentlich manipulationsfreien technischen Übermittlung (vgl EB zum Gesetzesentwurf, S 8). Es leuchtet ein, dass diese Art der Übermittlung einfacher und zeitgemäßer ist und dennoch klar zuordenbar bleibt, wer konkret Emittent ist bzw wer für diesen eingeschritten ist.

Wien, am 16. August 2017

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

