

Bundesministerium für Finanzen

Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien
e-Recht@bmf.gv.at

Zl. 13/1 10/76

GZ 040407/0003-III/5/2010

BG, mit dem das Finalitätsgesetz geändert wird

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

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag 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	1
II. ZUM ENTWURF:ÄNDERUNGEN DES FINALITÄTSGESETZES	3
1. Allgemeines	3
2. Zu § 3 Abs 1 Z 1 und 2	4
3. § 7 Abs 1 und 3.....	4
4. Zu § 8	4
5. Zu § 14	4
6. Zu § 15 Abs 1 und Abs 2.....	4
7. Zu § 15 Abs 4	5
8. Zu § 15 Abs 5	6
9. Zu § 17 Abs. erster Satz	6
10. Redaktionelle Anmerkungen	6

I. ALLGEMEINES

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf wird

- Art 1 der Richtlinie 2009/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 zur Änderung der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und Wertpapierabrechnungssystemen und der Richtlinie 2002/47/EG über

Finanzsicherheiten im Hinblick auf verbundenen Systeme und Kreditforderungen (im Folgenden „FinalitätsRL“) umgesetzt.

Die Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und Wertpapierabrechnungssystemen trat am 11. Dezember 1999 in Kraft. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Richtlinie ebenfalls von den zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) gehörenden Staaten (Norwegen, Island und Liechtenstein) angewandt wird.

Bereits im Jahr 1994 wurde offensichtlich, dass ein Bedürfnis nach einer stabilen und wirksamen Zahlungsinfrastruktur zur Unterstützung grenzüberschreitender Zahlungen, auch zur Förderung der zukünftigen einheitlichen Währungspolitik und zur Minimierung des Systemrisikos, insbesondere auf die zunehmenden grenzüberschreitenden Aktivitäten, besteht.

Die Richtlinie war dem Bedürfnis nach Minimierung des Systemrisikos und zur Sicherstellung der Stabilität der Zahlungs- und Wertpapierliefer- und Wertpapierabrechnungssysteme dadurch nachgekommen, dass die in diese Systeme eingebrachten Übertragungsaufträge nicht zurückgezogen oder in anderer Form ungültig gemacht werden können. Dieser Schutz wird dadurch geschaffen, dass die Unwiderruflichkeit und Wirksamkeit von Übertragungsaufträgen, die in ein Qualifizierungssystem eingebracht werden, selbst im Insolvenzfall gegen den einen in- oder ausländischen Systemteilnehmer zur Bedingung gemacht wird. In den Mitgliedstaaten bestand ein Schutz, jedoch unterschiedlicher Art.

Die Europäische Kommission legte im März 2006 einen Auswertungsbericht zur Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen vor, mit dem Ziel, das Verfahren, das durch die FinalitätsRL eingeführt wurde, zu analysieren und eine Liste potentiell problematischer Angelegenheiten zu identifizieren, die Gegenstand einer künftigen Änderung der Richtlinie sein könnten. Übereinstimmend wurde aus den Mitgliedstaaten kommuniziert, dass die FinalitätsRL ein äußerst wichtiges Instrument zur Sicherstellung eines verbesserten Schutzes gegen das Systemrisiko bei europäischen Zahlungs- und Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen ist und für höhere Rechtssicherheit und bessere Vorhersagbarkeit unter den Teilnehmern aus den EU 27 sorgt.

Dennoch wurde die Notwendigkeit erkannt, dass es zu „*Klärungen und Vereinfachungen*“ innerhalb der Richtlinie 98/26/EG kommen müsse (Erwägungsgrund 2 der RL 2009/44/EG)

Der nun vorliegende Text der FinalitätsRL beinhaltet die als notwendig erachteten Änderungsvorschläge, die der Auswertungsbericht der Kommission zu Tage brachte.

In Erwägungsgrund 1 der RL 2009/44/EG wird nochmals ausdrücklich betont, dass es Ziel der Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates¹ ist, in-

¹ ABl. L 166 vom 11.6.1998, S. 45.

und ausländischen Teilnehmern von Zahlungs- und Wertpapierliefer- und Wertpapierabrechnungssystemen die Gewissheit zu verschaffen, dass Zahlungs- bzw Übertragungsaufträge und Netting endgültig sind und dass das Sicherungsgut verwertet werden kann.

Eine wesentliche Aufgabe der FinalitätsRL ist es, Systembeeinträchtigungen im Falle eines Insolvenzverfahrens gegen einen Systemteilnehmer zu vermeiden und auch ein rückwirkendes Eingreifen eines Insolvenzverfahrens in die Rechte und Verpflichtungen der Systemteilnehmer auszuschließen.

Die RL zielt in erster Linie auf eine Anpassung an jüngste Marktentwicklungen und regulatorische Entwicklungen ab. Zu diesem Zweck soll der durch die FinalitätsRL gewährleistete Schutz auf die Nachtverarbeitung und die Abwicklung zwischen verbundenen Systemen ausgeweitet werden, weil gemäß der Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente² („Markets in Financial Instruments“, kurz „MiFID“) und dem Europäischen Verhaltenskodex für Clearing und Settlement³ davon auszugehen ist, dass Systeme in zunehmendem Maße miteinander verknüpft und interoperabel werden (Erwägungsgrund 3 der RL 2009/44/EG) .

Ziel des Kodex ist es, die Effizienz der europäischen Abrechnungs- und Abwicklungssysteme zu verbessern, die durch das in Artikel 34 und 36 von MiFID verankerte Recht, nämlich das der Nutzer auf Wahl des Systems, nun zu einer tatsächlichen Option anstelle einer theoretischen Möglichkeit wird. Allgemeine Grundsätze von Kapitel IV des Kodex und die detaillierten Regeln in der Leitlinie hinsichtlich Zugang und *Interoperabilität* ⁴, die die Infrastrukturanbieter im Juni 2007 vorlegten, ermöglichen die Wahl des Diensteanbieters durch die Nutzer, indem es für Systeme leichter gemacht wird, Verbindungen aufzubauen, dh Zugang zu Systemen auf ausländischen Märkten zu erlangen und mit diesen *interoperabel* zu werden. Damit auch in dieser neuen Situation an den Grundsätzen und Zielen der FinalitätsRL festgehalten werden kann, ist eine Anpassung der Richtlinie an diesen „neuen“ Marktplatz, der eine immer höhere Vernetzung zur Folge hat, als unentbehrlich anzusehen.

II. ZUM ENTWURF:ÄNDERUNGEN DES FINALITÄTSGESETZES

1. Allgemeines

Die Anpassung der Definitionen wie auch die Neuschaffung von Definitionen entsprechen generell den in der Richtlinie 2006/44/EG verwendeten Begriffsbestimmungen und weichen nur zeitweise vom Originaltext ab.

² Abl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1.

³ Der Verhaltenskodex ist abrufbar auf der Website der Europäischen Kommission: http://ec.europa/internal_market/financial_markets/docs/code/code_en.pdf

⁴ Leitlinie wurde auf Website der Europäischen Kommission veröffentlicht: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/guideline_en-pdf

2. Zu § 3 Abs 1 Z 1 und 2

Artikel 2 lit b enthält mehrere Verweise auf EU-Richtlinien, die nicht mehr in Kraft sind und durch andere Richtlinien ersetzt worden sind. Die vorliegenden Änderungen sind hauptsächlich redaktioneller Natur, beinhalten jedoch auch eine inhaltliche Änderung:

Es ist nunmehr geklärt, dass E-Money-Institute ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, denn in der Vergangenheit waren die Mitgliedstaaten unterschiedlicher Meinung darüber, ob E-Money-Institute als Kreditinstitute anzusehen sind oder nicht. Diese Rechtsunsicherheit ist nun dadurch behoben, dass der bisherige Verweis auf die Richtlinie 77/780/EWG durch den Verweis auf Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2006/48/EG (die konsolidierte Neufassung der Richtlinie ersetzt die Richtlinie 77/780/EWG) ersetzt wird und nunmehr E-Money-Institute (im Sinne der Richtlinie 2000/46/EG) als Kreditinstitute zu betrachten sind.

3. § 7 Abs 1 und 3

Der Kodex sieht mehrere Möglichkeiten vor, wie Systeme miteinander verbunden sein können. Drei dieser Möglichkeiten sind in der FinalitätsRL von Bedeutung: Standardzugang, individueller Zugang und Interoperabilität. Systeme, die über einen Zugang miteinander verbunden sind, wobei ein System Teilnehmer eines anderen Systems wird, werden von der FinalitätsRL nicht erfasst, weil ein System derzeit nicht Teilnehmer sein kann. Durch MiFID als auch durch den Kodex ist ein solcher Zugang wahrscheinlich, aber auch zunehmend wichtiger, sodass mit dem hier zugrundeliegenden Richtlinienentwurf *Artikel 2 lit f* auch ein System Teilnehmer werden kann.

4. Zu § 8

Die Richtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten, den durch die Richtlinie gewährten Schutz auf indirekte Teilnehmer auszuweiten, wenn sie der Ansicht sind, dass dies mit dem Begriff „Systemrisiko“ kompatibel ist.

5. Zu § 14

Der österreichische Entwurf übernimmt die Anpassung des Begriffs „Sicherheiten“ im Sinne des Art 1 Z 5 lit h der Richtlinie 2009/44/EG, einschließlich des Begriffs „Finanzsicherheit“ im Sinne des Art 1 Abs. 4 lit a der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten ohne Einschränkung, schließt aber erneut (wie schon in dem vorliegenden Gesetz) bei der Besicherung die im RL-Text vorgesehenen **Rechte aus** und benennt nur die Verbindlichkeiten.

6. Zu § 15 Abs 1 und Abs 2

Hier wird eingefügt, dass Zahlungs- bzw Überweisungsaufträge als auch aufgrund solcher Aufträge erfolgte Abrechnungen, die vor Beschlussfassung über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen einen Teilnehmer in ein System gemäß

§ 2 eingebracht werden, nicht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen. Ein Zahlungs- oder Überweisungsauftrag kann von dem in den Regeln des Systems bestimmten Zeitpunkt an weder von einem Teilnehmer an ein System noch von Dritten mit Wirkung für das System widerrufen. Dies gilt auch für das Insolvenzverfahren gegen einen Teilnehmer (des betreffenden Systems oder eines interoperablen Systems) oder gegen den Betreiber eines interoperablen Systems, der nicht selbst Teilnehmer des Systems ist.

Somit ergibt sich eine Gleichstellung wie im Falle der Insolvenz über das Vermögen eines Teilnehmers.

Eine gewisse Rechtsunsicherheit könnte freilich aus dem Fehlen einer Verpflichtung in einigen Mitgliedstaaten resultieren, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden genau die Tageszeit anzugeben haben, wann der Insolvenzbeschluss gefasst wird. Dies wäre auf europäischer Ebene zu diskutieren.

In den letzten Jahren wurde verstärkt beobachtet, dass immer mehr Systeme „Geschäftstage“ einführen, weil besonders im Massen- und Privatkundengeschäft diese Systeme verstärkt Nachtverarbeitung anbieten. Um diese Unsicherheiten hinsichtlich des Wirkungsbereichs der FinalitätsRL auszuräumen, wurde der Begriff „Tag“ durch „Geschäftstag“ ersetzt. Diese Klarstellung im Sinne der Rechtssicherheit ist sehr zu begrüßen.

Eine enge Begriffsauslegung hätte nämlich einen Auftrag, der nach Mitternacht noch in Verarbeitung ist, nicht unter den Schutzschild der Richtlinie gestellt.

Auch bisher wurde in § 15 Abs 1 und Abs 2 Finalitätsgesetz Bezug auf die Beschlussfassung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens genommen. Die Rechtswirkungen der Eröffnung treten erst mit Beginn des Tages ein, der der öffentlichen Bekanntmachung in der Insolvenzdatei folgt (vgl § 2 KO)

7. Zu § 15 Abs 4

Um den auf Interoperabilität basierenden Verbindungen Rechnung zu tragen, zu denen es gemäß dem Europäischen Verhaltenskodex für Clearing und Settlement⁵ kommen kann, regelt Artikel 3 Absatz 4 (neu), wie sich bei interoperablen Systemen der Zeitpunkt des Einbringens des Auftrags bestimmt.

Anderenfalls wäre nicht eindeutig geklärt, welche Systemregeln anzuwenden sind. So könnte die Interoperabilität zur Folge haben, dass Teilnehmer oder gar das System selbst Risiken ausgesetzt sind, die aus Übertragungsfehlern oder Fehlern in anderen Systemen resultieren, mit denen das System interoperabel ist.

⁵ Der Verhaltenskodex ist abrufbar auf der Website der Europäischen Kommission: http://ec.europa/internal_market/financial_markets/docs/code/code_en.pdf

8. Zu § 15 Abs 5

Hier wird die Frage geregelt, wie der Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit von Zahlungs- und Überweisungsaufträgen in interoperablen Systemen festgelegt wird, zB bei Regeln von Zahlungssystemen, die auf Basis der Bruttoabwicklung in Echtzeit arbeiten („Real Time Gross Settlement“) oder bei Systemen, die miteinander verbunden sind.

9. Zu § 17 Abs. erster Satz

Systeme operieren auf der Grundlage von Besicherungsmechanismen, bei denen die Teilnehmer, meist automatisch, eine Sicherheit zugunsten des Systems bestellen oder bei denen ein Sicherheitspool zur Sicherung der Abwicklung im Fall des Ausfalls gebildet wird. Bisher war für den Fall der Interoperabilität diese Art der Bestellung einer Sicherheit in der alten Fassung der FinalitätsRL nicht explizit gegeben. Nun wird in Absatz 1 dieser Lücke Rechnung getragen und die Neufassung der Sicherheitenbestimmung umgesetzt.

Diese Rechtsunsicherheit wird nun beseitigt.

10. Redaktionelle Anmerkungen

Der österreichische Gesetzgeber verwendet im vorliegenden Gesetzesentwurf, da diese Richtlinie auch für EWR-Mitgliedsstaaten gilt, den Begriff „Zentralbanken der Vertragsstaaten des EWR-Abkommens“. In § 17 Z 3 jedoch wird der Begriff „Zentralbanken der Mitgliedstaaten“ aus dem Richtlinien text übernommen. Dies sollte einer Vereinheitlichung zugeführt werden.

Wien, am 31. Mai 2010

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident