



BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

BMJ-Z20.346/0003-I 7/2011

Museumstraße 7
1070 WienTel.: +43 1 52152 2856
E-Mail: team.z@bmj.gv.atSachbearbeiter/in:
Dr. Dietmar Dokalik

An das
Bundesministerium für Finanzen
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

Betrifft: Bundesgesetz, mit dem das Bankwesengesetz, das Börsegesetz, das Finalitätsgesetz, das Finanzkonglomeratengesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Kapitalmarktgesetz, das Ratingagenturenvollzugsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz und das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 geändert werden.

Zur GZ BMF-040402/0007-III/5/2011

Das Bundesministerium für Justiz bedankt sich für die Erstreckung der Stellungnahmefrist bis 14. Oktober 2011 und beehrt sich, zu dem gegenständlichen Gesetzesentwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu Art. 2 Z 25 (§ 39c BWG):

Die Verpflichtung zur Einrichtung eines Vergütungsausschusses im Aufsichtsrat bestimmter Kreditinstitute ergibt sich aus EU-Recht. Problematisch ist aus Sicht des Bundesministeriums für Justiz in diesem Zusammenhang allerdings der vierte Satz der vorgeschlagenen Bestimmung, wonach die Funktion des Vergütungsexperten in Kreditinstituten mit einer Bilanzsumme von weniger als fünf Milliarden Euro auch von einer nicht dem Aufsichtsrat angehörenden Person ausgeübt werden könnte.

Durch eine derartige Konstruktion würden leitende Grundsätze des Organisationsrechts der Aktiengesellschaft durchbrochen: Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden grundsätzlich – d.h. soweit keine Entsendungsrechte bestehen (vgl. § 88 AktG, § 110 ArbVG) – von der Hauptversammlung gewählt. Nur derart durch den Willen der Aktionäre legitimierte Personen kommen als Mitglieder von Ausschüssen des Aufsichtsrats in Betracht (vgl. auch § 92 Abs. 4 erster Satz AktG: „Der Aufsichtsrat kann aus seiner Mitte ... Ausschüsse bestellen“).

Der vorgeschlagene vierte Satz des § 39c BWG scheint demgegenüber davon auszugehen,

dass das Aufsichtsratsplenum entscheidet, wer als dem Aufsichtsrat nicht angehörender Vergütungsexperte hinzugezogen werden soll. Dies wäre nicht nur eine systemwidrige Verschiebung von Kompetenzen der Hauptversammlung an den Aufsichtsrat, sondern würde auch eine Reihe praktischer Fragen aufwerfen (z.B. in Bezug auf die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit des hinzugezogenen Vergütungsexperten, da § 99 AktG nur für Aufsichtsratsmitglieder gilt).

In den Erläuterungen ist davon die Rede, dass ein hinzugezogener Vergütungsexperte dem Aufsichtsrat (nur) „beratend zur Seite steht“. Dies findet im Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung allerdings keine Deckung, da der Vergütungsexperte dort generell als Mitglied des Ausschusses (und damit als stimmberechtigt) behandelt wird. Sollte tatsächlich gemeint sein, dass ein hinzugezogener Experte für Vergütungsfragen bloß beratende Funktion hat, so müsste dies anders zum Ausdruck gebracht werden (z.B. durch eine Bezugnahme auf § 93 Abs. 1 zweiter Satz AktG). Mit einer solchen Konstruktion auf Basis des geltenden Aktienrechts würden sich auch die zuvor dargestellten Bedenken des Bundesministeriums für Justiz erledigen.

Zum dritten Satz der vorgeschlagenen Bestimmung sei angemerkt, dass dieser in sprachlicher Hinsicht verbessert werden könnte („Die Zusammensetzung ... und setzt sich ... zusammen“).

Schließlich weist das Bundesministerium für Justiz darauf hin, dass es für § 39c BWG wohl eine spezifische Übergangsvorschrift geben sollte, da jene Kreditinstitute in der Rechtsform der AG, in denen eine als Vergütungsexperte geeignete Person erst in den Aufsichtsrat gewählt werden muss, dazu eine Hauptversammlung abhalten müssen. Ein mögliches Vorbild für eine solche Übergangsvorschrift findet sich in § 262 Abs. 10 dritter Satz AktG (in Bezug auf die Einrichtung eines Prüfungsausschusses nach § 92 Abs. 4a AktG). Für den Zeitraum bis zur nächsten Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds könnte für alle Kreditinstitute die Möglichkeit der Beiziehung eines externen Sachverständigen für Vergütungsfragen mit lediglich beratender Funktion (vgl. § 93 Abs. 1 zweiter Satz AktG) erwogen werden.

Zu Art. 4 Z 3 (§ 20 Finalitätsgesetz):

Da die Ausgleichsordnung mit Ablauf des 30. Juni 2010 außer Kraft getreten ist (Artikel 10 des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2010, BGBl. I Nr. 29/2010), geht der Verweis auf „§ 5 Abs. 1 Z 3 AO“ ins Leere und sollte entfallen. Der in § 20 Finalitätsgesetz ebenfalls vorgesehene Verweis auf „§ 75 Abs. 1 Z 3 IO“ ist korrekt und ausreichend.

Zu Art. 9 (Versicherungsaufsichtsgesetz):

Allgemeine Bemerkungen:

Bei einzelnen der vorgeschlagenen Maßnahmen ist aus den Erläuterungen nicht unmittelbar ersichtlich, warum sie notwendig sind. Es wird nur darauf verwiesen, dass „geänderte globale wirtschaftliche Rahmenbedingungen“ es erfordert haben, von der Bedingung des unmittelbaren Haltens stimmberechtigter Aktien abzusehen. Wie konkret durch diese Maßnahmen die „internationale Wettbewerbsfähigkeit“ gesichert und der „heimische Kapitalmarkt“ gestärkt werden soll (Erläuterungen Seite 3 aE und 4), lässt sich nicht ableiten. Eine Konkretisierung der Problemstellung sowie der angestrebten Ziele wäre daher wünschenswert. Jedenfalls aber sollte ein weiteres „Entfernen“ der Vereinsmitglieder oder Begünstigten der Privatstiftung, die ja in der Mehrzahl Versicherungsnehmer (als Konsumenten) sind, von den Vermögenswerten der Versicherung durch Zwischenschalten von Schachtelkonstruktionen rechtlich derart abgesichert sein, dass diese durch die Aufgabe der Unmittelbarkeit der Beteiligung keine Verschlechterung ihrer finanziellen Absicherung erleiden.

Zu Art. 9 Z 1 und 2 (§§ 56, 61b VAG):

Wiewohl zugestanden wird, dass für die Versicherungsnehmer die Auflösung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVG) ex lege in abwicklungstechnischer Hinsicht mit mehr Rechtsunsicherheiten verbunden ist als der vorgeschlagene Auflösungsbeschluss (wegen des in § 56 Abs. 4 VAG normierten Erlöschens der Versicherungsverhältnisse bei einem Auflösungsbeschluss), ist fraglich, wie die neue Regelung vollziehbar wird und sich auf die Abfindung der Versicherungsnehmer auswirkt. Zunächst stellt sich die Frage, was zu geschehen hat, wenn das oberste Organ einen solchen Beschluss nicht fasst. Dabei ist zu bedenken, dass das oberste Organ die Mitgliederversammlung (der Versicherungsnehmer) ist, die uU gar nicht an der Auflösung des VVG interessiert ist (beispielsweise weil diese zur Unzeit erfolgt oder mehrheitlich eine Fortsetzung der Versicherungsverhältnisse, etwa bei Krankheitskostenversicherungen oder Lebensversicherungen, gewünscht wird).

Aber auch, wenn ein Auflösungsbeschluss gefasst wird, ist fraglich, was beim Versagen einer Genehmigung durch die FMA geschehen soll, weil ein *„wesentlicher Kernaktionär wegfällt und dadurch volkswirtschaftliche Schäden zu erwarten sind“*. Abgesehen davon, dass diese Anforderung im Hinblick auf das Determinierungsgebot eher unkonkret scheint, kann durch das Versagen der Genehmigung der Schaden idR weder verhindert noch saniert werden. Nach den EB hat die FMA „die unverzügliche Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes anzuordnen“. Was dieser „gesetzmäßige Zustand“ ist, ist nirgends erläutert. Eben so wenig wie dieser wiederhergestellt werden soll (Nichtigkeitssanktionen für die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte sind nicht vorgesehen). Wenn das Beibehalten der Sperrminorität als „gesetzlicher Zustand“ angesehen wird, so müsste eine Bestimmung in das Gesetz

aufgenommen werden, dass der Verkauf von Anteilen bis zu der Sperrminorität von 26 % bzw. die Zustimmung zu einer Kapitalerhöhung, die eine Verwässerung der Anteile auf unter 26% zur Folge hätte, prinzipiell verboten (nichtig) ist, es sei denn die FMA bestätigt mit ihrer Genehmigung, dass kein wesentlicher Kernaktionär wegfällt und dass ein volkswirtschaftlicher Schaden nicht zu erwarten wäre.

Soweit aber die FMA nur nach dem Absinken unter 26% die Möglichkeit hat, ex post den volkswirtschaftlichen Schaden zu prüfen, sind die Rechtsfolgen der ihr zur Verfügung stehenden „Maßnahmen“ unklar. Wenn die Maßnahmen darauf abzielen, den VVaG zu verhalten, eine bestimmte Beteiligung wieder zu erlangen, so muss ins Kalkül gezogen werden, dass dem Verein unter Umständen der Rückkauf der Beteiligungen dann rechtlich und de facto gar nicht (mehr) möglich sein kann. Dann bliebe als ultima ratio wiederum nur mehr die Auflösung, die aber einen schon eingetretenen Schaden nicht mehr rückgängig machen kann. Denn der volkswirtschaftliche Schaden durch Wegfall eines Kernaktionärs entsteht nicht erst mit dem Auflösungsbeschluss, sondern bereits mit der Anteilsveräußerung oder mit der Kapitalmaßnahme.

Es wird daher vorgeschlagen, dass bereits die Maßnahme des Vereins, die zu einem Absinken der Beteiligung führt, genehmigungs- oder zumindest anzeigepflichtig bei der FMA ist bzw. unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung der FMA steht, damit sinnvolle Maßnahmen aufgetragen werden können (wie dies z.B. auch bei Maßnahmen nach § 61e Abs. 2 letzter Satz idF des Entwurfs vorgesehen ist). Dabei sollen als Prüfungsmaßstab die derzeit in § 65 Abs. 3 Z 2 und 3 idF des Entwurfs geregelten Erfordernisse gelten. Diese Maßnahmenbefugnis sollte dann aber auch bis zu einer Möglichkeit gehen, den Verein aufzulösen (das scheint derzeit von § 104 VAG nicht gedeckt zu sein) oder zumindest eine Feststellungsbefugnis analog § 61f Abs. 3 Z 3c Satz 6 idF des Entwurfs erhalten, die eine Auflösung bewirkt. Überdies sollte die FMA auch jenen dritten Personen Anordnungen erteilen können, die durch einen Beteiligungserwerb, der zum Absinken unter die Sperrminorität von 26 % beiträgt, eine maßgebliche Beteiligung erlangen.

Zu Art. 9 Z 4 (§ 61e):

§ 61e kommt zur Anwendung, wenn durch ein Rechtsgeschäft der Versicherungsbetrieb aus der AG „herausgelöst“ und einem anderen Unternehmen übertragen wird, nicht jedoch bei einer Veräußerung von Anteilen an der AG. Während durch die vorgeschlagene Z 2 lit. b, die insoferne dem geltenden Recht entspricht, die AG als „Holding“ dazwischengeschaltet bleibt, und über diese „Holding“ der Einfluss ausgeübt werden kann, sieht die neue lit. c vor, dass kein bestimmter Anteil an dem „anderen Unternehmen“ oder an der „Holding-AG“ gehalten werden muss, sondern nur eine vergleichbare Einflussmöglichkeit besteht. Wenn es bereits unklar ist, wann direkt an dem „anderen Unternehmen“ ein der lit. a vergleichbarer Einfluss

vorliegt, so ist es umso unklarer, wann der Einfluss auf die „Holding-AG“ und der Einfluss von dieser auf das „andere Unternehmen“ der lit. b vergleichbar wäre, wenn von jeglicher Beteiligungsgrenze abgesehen wird. Es wird daher angeregt, zumindest jene Instrumente zu konkretisieren, die geeignet sind, einen „vergleichbaren maßgeblichen Einfluss“ sicherzustellen, und klarzustellen, dass sämtliche diese Einflussmöglichkeit berührenden Rechtsakte der FMA gegenüber auch in aller Zukunft offen zu legen sind. Auch hier wäre die Maßnahmenbefugnis der FMA zu erweitern (siehe dazu bereits die Ausführungen zu §§ 56, 61b VAG oben). Anderenfalls scheinen die Rechte der Vereinsmitglieder (Versicherungsnehmer) für die Zukunft nicht hinreichend abgesichert.

Zu Art. 9 Z 7 (§ 61f):

Zu Z 3a gelten die zu §§ 56, 61b VAG vorgetragenen Einwände sinngemäß. Die Problematik wird bei der Privatstiftung noch verstärkt, da die Begünstigten keinen Einfluss auf die Beteiligungsveräußerungen haben.

Durch Z 3b wird § 61e auch für die Privatstiftung anwendbar gemacht, wogegen prinzipiell kein Einwand besteht.

Gegen die Z 3c bestehen prinzipielle Bedenken. Danach wird nicht einmal mehr eine Mindestbeteiligung an dem Versicherungsunternehmen verlangt, in das der Versicherungsbetrieb eingebracht wurde. Es soll nur noch darauf ankommen, wie viel der Verein im Versicherungsunternehmen investiert, gleichgültig, ob damit an dem Versicherungsunternehmen nur noch ein verschwindender Einfluss besteht. Damit würde man sich aber vom Erfordernis eines „maßgeblichen Einflusses“ verabschieden, der für VVaG in den §§ 56, 61b und 61e VAG vorgesehen ist. Diese Sonderstellung für Privatstiftungen wäre unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (insbesondere des Gleichheitsgebots) zu prüfen. Ebenso sollte im Hinblick auf den Schutz der Rechtsposition und der Vermögenswerte der Versicherungsnehmer diese Bestimmung überarbeitet werden. Der in den EB erwähnte Sachzusammenhang zu den Begünstigten, die ihrerseits Versicherungsnehmer der operativ tätigen Aktiengesellschaft sind, wäre durch die Bestimmung aufgelöst. Nach dem Wortlaut der Regelung wäre es sogar zulässig, in irgendein Versicherungsunternehmen zu investieren, solange diesem nur die operative AG „angehört“ (redaktionell ist anzumerken, dass es im zweiten Satz wohl „hat ... anzugehören“ heißen muss). Zu welcher Beteiligungsquote die operative AG dem Versicherungsunternehmen „angehört“, wird nicht spezifiziert; es wäre durchaus möglich, hier von einer 100%igen Beteiligung auszugehen, um das Unternehmen (in dem deren finanzielle Rechtsposition gebündelt war) nicht noch weiter von den Begünstigten „wegzurücken“. Es ist weiters nicht klar, was die Privatstiftung dagegen unternehmen sollte und könnte, wenn die Konzernmutter die operative AG veräußert. Hier könnte es zu einer Feststellung der FMA kommen, dass die Bestimmungen nicht eingehalten wurden, was zu

einer Auflösung der Privatstiftung führen würde. Es sollte hier daher eine Möglichkeit geschaffen werden, dass die FMA zumindest auch die Konzernmutter „in die Pflicht“ nehmen kann, im Interesse der Begünstigten deren Rechtspositionen zu wahren.

Zu Art. 9 Z 15 (§ 131):

Die Vollziehungszuständigkeit der Bundesministerin für Justiz sollte für § 61e Abs. 1 Z 1 und Z 2 lit. a bis c beibehalten werden und sich auch auf den vorgeschlagenen Abs. 3 beziehen, sodass die Vollzugszuständigkeit für die Bundesministerin für Finanzen hinsichtlich des § 61e Abs. 1 Z 2 letzter Satz bestehen bliebe. Alternativ könnte für die Z 2 eine Vollzugszuständigkeit der Bundesministerin für Finanzen im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Justiz vorgesehen werden. Sollte hingegen der § 61b Abs. 5 so beibehalten werden, so fiel diese Bestimmung zumindest in die Mitzuständigkeit der Bundesministerin für Finanzen.

Die Vollziehung des § 61f Abs. 4 Z 1 bis 5 sollte ebenfalls bei der Bundesministerin für Justiz liegen (entsprechend der Vollzugsklausel für den damaligen § 61e idF vor der Novelle BGBl. I 2007/56). Abs. 6 fällt nicht in die Vollziehungszuständigkeit der Bundesministerin für Justiz (diese Bestimmung verfügt überdies nicht über eine Ziffernuntergliederung).

Redaktionell ist anzumerken, dass es in Art. 4 Z 5 statt „der Bundesminister für Justiz“ „die Bundesministerin für Justiz“ heißen müsste. Bei Art. 10 fehlt die Promulgationsklausel.

Wien, 14. Oktober 2011

Für die Bundesministerin:

Dr. Maria Wais

Elektronisch gefertigt