



An das
Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

Per E-mail:
e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, am 13. Mai 2016

**Stellungnahme des Österreichischen Compliance Officer Verbunds zu einem
Begutachtungsentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Börsegesetz 1989
geändert wird
GZ: BMF-090101/0001-III/5/2016**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Compliance Officer Verband bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum übermittelten Gesetzesentwurf, mit welchem die Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD) und Marktmissbrauchsverordnung (MAR) in nationales Recht umgesetzt werden soll.

1. Generelle Anmerkungen:

1 a) Unterstützung der Normunterworfenen dringend erforderlich!

Wir begrüßen selbstverständlich sämtliche Maßnahmen zur Förderung der Marktintegrität. Allerdings ist es für den Normunterworfenen aufgrund der vielfältigen, verschiedenen Normen fast nicht möglich, die nun anzuwendenden Rechtsvorschriften schnell und einfach aufzufinden und sich zu orientieren. Alleine um das neue Directors' Dealing-Formular auszufüllen, ist stundenlange, akribische Recherchearbeit in zumindest 6 verschiedenen Verordnungen erforderlich; der Entwurf einer dieser Verordnungen umfasst rund 550 Seiten! Angesichts dieser Komplexität sind Fehler vorprogrammiert, die potentiell sehr hohe Strafen nach sich ziehen können.

Es wäre daher auch im Hinblick auf das von der MAR verfolgte Ziel der Förderung der Marktintegrität äußerst wünschenswert, wenn das BörseG oder das FMABG die FMA mit einem generellen Informations- und Schulungsauftrag zur Umsetzung dieser neuen Normen betraut und es ihr auch ermöglicht, Ressourcen dafür vorzusehen, zB einen Help desk für kurzfristige Anfragen oder entsprechende Onlinetools.

Ganz wichtig wäre wieder ein Leitfaden, der alle Vorschriften, die im Zusammenhang mit MAD und MAR stehen und praktische Anwendungsfälle sowie Musterformulare enthält sowie die rasche Klärung, welche Verordnungen noch anwendbar sind.

1 b) Nutzung sämtlicher innerstaatlicher Spielräume - kein Goldplating!

Angeichts der hohen Strafen, der Komplexität der Vorschriften und des hohen administrativen (leider überhaupt nicht wertschaffenden) Aufwands, sollte der Gesetzgeber alle innerstaatlichen Spielräume zugunsten der Emittenten nutzen und von jeglichem Goldplating absehen. Auch nationales Goldplating aus der Umsetzung der Transparenzrichtlinie sollte bei dieser Gelegenheit "rückgebaut" werden (siehe beigefügten Anhang - "Rückzubauendes Goldplating aus der Umsetzung der Transparenzrichtlinie").

1 c) Delisting Bestimmungen erforderlich!

Es bestehen **nach wie vor keine klaren Regelungen für das Delisting** von Emittenten. Diese Lücke führt zu großen Rechtsunsicherheiten und hat zur Folge, dass ein Delisting nur mit "Kunstgriffen" möglich ist. Gerade die Einführung der exorbitanten, ja potentiell existenzvernichtenden Strafdrohungen und des zusätzlichen administrativen Aufwands zwingt jeden Emittenten zu einer Neubewertung seiner Börsennotiz unter Wirtschaftlichkeits- und Risikogesichtspunkten. **Da derartige Delisting-Vorschriften in keinem Zusammenhang mit der verzögerten Umsetzung von MiFiD stehen, spricht aus unserer Sicht nichts gegen eine sofortige Einfügung entsprechender Normen im BörseG bzw. in den gesellschaftsrechtlichen Normen.**

2. Zu den einzelnen Punkten des Gesetzesentwurfes:

2 a) Directors' Dealing Meldungen - Ausnutzen innerstaatlicher Spielräume erforderlich!

Art. 19 sieht vor, dass die Führungskraft ihre Meldung betreffend ein umfasstes Geschäft an den Emittenten und die FMA binnen 3 Arbeitstagen ab Geschäftsabschluss zu melden hat. Die Veröffentlichung durch den Emittenten hat ebenfalls binnen 3 Arbeitstagen ab Geschäftsabschluss zu erfolgen. Bei einer späten Meldung durch die Führungskraft kann dies dazu führen, dass der Emittent unverschuldet die 3 Tagesfrist nicht mehr einhalten kann und dafür mit strengen Sanktionen bedroht ist.

Dies verschärft sich noch weiters, da nicht klar ist, ob der Emittent die von der Führungskraft übermittelten Formulare auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen und diese allenfalls sogar ergänzen muss, bevor er diese veröffentlicht. Wie eingangs erwähnt, sind für das korrekte Ausfüllen des Formulars gemäß DurchführungsVO der Kommission 2016/523 umfassende Kenntnisse weiterer europarechtlicher Vorschriften notwendig.

Art. 19 MAR sieht vor, dass Mitgliedstaaten bestimmen können, dass eine zuständige Behörde die Informationen selbst veröffentlichen kann. Vor allem vor dem Hintergrund der enorm verschärften Sanktionen für diesen Tatbestand ersuchen wir den Gesetzgeber dringend, **zu bestimmen, dass die FMA für die Veröffentlichung der Directors' Dealing Meldungen Sorge trägt.**

Wir schlagen daher vor, **§ 48a um einen Absatz (2) wie folgt zu ergänzen:**

(2) "Auf Basis der Ermächtigung in Art. 19 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 hat die FMA Meldungen von Eigengeschäften zu veröffentlichen."

Im § 3 FMABG könnte allenfalls Amtshaftung für derartige Veröffentlichungen ausgeschlossen werden.

Sollte dies nicht möglich bzw. erwünscht sein, ersuchen wir zumindest gesetzlich festzulegen, dass der Emittent das von der Führungskraft übermittelte Formular ohne Prüfung zu veröffentlichen hat und von einer Bestrafung des Emittenten abgesehen wird, wenn dieser die Veröffentlichung innerhalb von 24 Stunden ab Erhalt der Meldung während der Geschäftszeiten vornimmt.

Weiters sieht Art. 19 die **Möglichkeit vor, dass der Schwellenwert für meldepflichtige Geschäfte von EUR 5.000 auf EUR 20.000 pro Kalenderjahr angehoben wird.** Wir ersuchen den Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen.

Wir schlagen daher vor, **§ 48a um einen Absatz (3) wie folgt zu ergänzen:**

(3) "Der in Art. 19 Abs. 8 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 festgelegte Schwellenwert wird auf Basis der Ermächtigung in Abs. 9 auf 20 000 Euro angehoben."

In diesem Zusammenhang ersuchen wir weiters, dass seitens der FMA genaue Anweisungen bzw. Leitfäden erstellt werden, damit Emittenten die geforderten Listen über "Directors" und in enger Beziehung stehende Personen erstellen können, ihren Informationspflichten gem. Art. 19 MAR gegenüber Führungskräften entsprechend nachkommen und diesen Hilfestellung beim Ausfüllen der Directors' Dealing Meldungen geben können. Idealerweise gibt es bei der FMA in Zukunft einen Helpdesk für Fragestellungen rund um das Thema Directors' Dealing Meldungen.

2 b) Aufschiebung von ad-hoc Meldungen - Ausnutzung von innerstaatlichem Spielraum erwünscht!

Gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR können die Mitgliedsstaaten alternativ festlegen, dass die schriftliche Erläuterung über das Vorliegen der Bedingungen eines Aufschubes nur auf Verlangen der FMA zu übermitteln ist. Dies würde bei gleichbleibendem Schutz des Kapitalmarktes zu einer Erleichterung sowohl der Emittenten als auch der FMA führen.

Wir schlagen daher vor, **§ 48a um einen Absatz (5) wie folgt zu ergänzen:**

(5) "Bei Aufschub der Veröffentlichung von Insiderinformationen hat der Emittent die FMA unmittelbar nach Offenlegung der Insiderinformation über den Aufschub zu informieren und der FMA auf Verlangen schriftlich zu erläutern, inwieweit die Voraussetzungen für einen Aufschub erfüllt waren."

2 c) Zu § 48d:

Hier ist ein legislativer Fehler unterlaufen. In der letzten Zeile wird irrtümlich eine Z 6 angeführt, die es nicht gibt.

§ 48d letzter Satz hat daher zu lauten:

"...Z 3 bis 5 mit einer Geldstrafe bis zu 500 000 Euro zu bestrafen."

2 d) Zu §48e Abs.4

Der jährliche Gesamtnettoumsatz gemäß Abs. 3 ist bei Kreditinstituten der Gesamtbetrag aller in Z 1 bis 7 der Anlage 2 zu § 43 BWG angeführten Erträge abzüglich der dort angeführten Aufwendungen; handelt es sich bei dem Unternehmen um eine Tochtergesellschaft, ist auf den jährlichen Gesamtnettoumsatz abzustellen, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im konsolidierten Abschluss der Muttergesellschaft an der Spitze der Gruppe ausgewiesen ist. Bei sonstigen juristischen Personen ist der jährliche Gesamtumsatz maßgeblich. Soweit die FMA die Grundlagen für den Gesamtumsatz nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

Wir bitten den Gesetzestext so umzustellen, dass er klar im Einklang mit Art. 30 Abs. 2 lit. j letzter Absatz der MAR steht. Der Text der Verordnung sieht vor, dass das konsolidierte Jahresergebnis der Muttergesellschaft zur Berechnung der Strafe heranzuziehen ist, wenn es die Muttergesellschaft selbst betrifft, oder eine Tochtergesellschaft, **die einen „konsolidierten Abschluss... aufzustellen hat“**.

2 e Klarstellung beim Whistleblowing erforderlich!

Art. 32 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 betreffend "Meldung von Verstößen" (Whistleblowing) sieht in Abs. 3 vor, dass lediglich Arbeitgeber, die in Bereichen tätig sind, die durch Finanzdienstleistungregulierung geregelt werden, interne Whistleblowing Prozesse einzurichten haben. § 48 h des Entwurfes verweist hierbei auf § 2 FMABG und lässt vom Wording her befürchten, dass zB auch Arbeitgeber, welche Pensionskassenverträge abgeschlossen haben, oder einfache Emittenten, die selbst überhaupt keine Finanzdienstleistungen anbieten, unter diese Bestimmung fallen; dies ist bestimmt nicht die Intention des Gesetzgebers. Uns erscheint es daher **eindeutiger, auf Arbeitgeber zu verweisen, deren Tätigkeit eine Konzession der FMA voraussetzt**.

Wir schlagen daher vor, **§ 48h (1) wie folgt zu ändern:**

(1) "Arbeitgeber, die Tätigkeiten ausüben, welche einer Konzession der FMA bedürfen oder ein Gewerbe"

Sollte dies nicht tunlich sein, ist ein klärender Hinweis in den EB dringend geboten, dass Emittenten keine Whistleblowing Prozesse einzurichten haben.

2 f) Kein Goldplating bei den gerichtlichen Strafen!

Art. 7 MAD sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für in Art. 3 (Insidergeschäfte) und 5 (Marktmanipulation) genannte **Straftaten Höchststrafen von mindestens 4 Jahren** und für die in Art. 4 (unrechtmäßige Offenlegung von Insider-Informationen) genannte Straftat Höchststrafen von mindestens 2 Jahren vorzusehen haben.

Die §§ 48m und 48n des Entwurfes sehen aber **jeweils statt 4 fünf und statt 2 drei Jahre vor und setzt damit die Richtlinie überschießend um. Wir ersuchen den Gesetzgeber, sich vor dem Hintergrund der eingangs erwähnten Überlegungen auf die Umsetzung der Mindestanforderungen von MAD zu beschränken!**

Die MAD sieht nicht vor, dass der grob fahrlässig handelnde Sekundärinsider gerichtlich zu bestrafen ist; diese Strafbarkeit ist überschießend und sollte daher nicht implementiert werden.

2 g) **Faires und transparentes Verwaltungsstrafverfahren erforderlich!**

Vor dem Hintergrund, dass bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben immer auch grundrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte mit zu berücksichtigen sind, sollten natürliche als auch juristische Personen, gegen welche die FMA Erhebungen wegen Marktmissbrauch durchführt bzw. ein Verwaltungsstrafverfahren einleitet, im Hinblick auf die enorm hohen Strafdrohungen ein **fares Verwaltungsstrafverfahren und gleichen Schutz wie im Rahmen eines gerichtlichen Strafverfahrens** erhalten.

So sollten Beschuldigte bzw Betroffene von Auskunftersuchen insbesondere von der Einstellung von Vorerhebungen bzw. der Entscheidung der FMA, kein Strafverfahren einzuleiten, informiert werden (*§ 34 VStG sieht dies leider nicht vor. Dies ist vermutlich auch der Grund dafür, warum ein Emittent, der auf ein Auskunftersuchen der FMA antwortet, dann nie wieder etwas hört und damit nicht weiß, ob es nun zu einem Verfahren kommt oder nicht*).

Weiters sollten Beschuldigten adäquate Rechtsmittel bei Hausdurchsuchungen und Vorortprüfungen durch die FMA zur Verfügung stehen.

Wir schlagen daher vor, **§ 48g um folgende Absätze (3) und (4) wie folgt zu ergänzen:**

(3)" Die FMA hat den Betroffenen über sämtliche Verfahrensschritte, insbesondere über die Entscheidung, von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen, unverzüglich zu informieren."

(4)"Für das durch die FMA durchgeführte Ermittlungsverfahren - insbesondere bei Hausdurchsuchungen und Vorortprüfungen - gelten die §§ 106 und 107 StPO sinngemäß."

Weitere Ergänzungen aufgrund des unzureichenden VStG erforderlich:

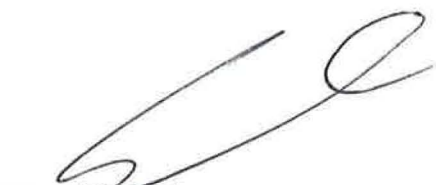
Angesichts der hohen, existenzbedrohenden Strafen und des mangelnden Rechtsschutzes im Bereich des VStG (*das grundsätzlich nicht für solche Verfahren konzipiert ist*) erscheinen folgende Ergänzungen zu den Verfahrensregelungen dringend - vor allem auch im Hinblick auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK, Art 47ff GRC) erforderlich:

- **Keine Anwendung der Vermutung fahrlässigen Verhaltens bei Ungehorsamsdelikten (§5 VStG Stichwort: "probatio diabolica");**
- **Kein Kumulationsprinzip:** das Kumulationsprinzip müsste zumindest für den Anwendungsbereich der MAR und der Transparenzrichtlinie durch das Absorptionsprinzip ersetzt werden (analoge Anwendung des § 28 StGB)
- **Verfahrensregeln für die Bestrafung juristischer Personen erforderlich (analoge Anwendung des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes);**
- **Klarstellung dahingehend, dass ein Vorrang der Bestrafung der juristischen Person vor der Bestrafung der natürlichen Person besteht;**
- **Beschuldigtenrechte sollten an diejenigen des Strafverfahrens angeglichen werden: analoge Anwendung §49 StPO; hier ganz wichtig;**
- **Implementierung des Selbstbeichtigungsverbots** (der Betroffene muss im AVG-Verfahren mitwirken, dies wird ihm dann im Verwaltungsstrafverfahren zum Verhängnis).

Wir ersuchen höflich um Kenntnisnahme, Berücksichtigung unserer Anregungen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Österreichischer Compliance Officer Verbund



Mag. Rudolf Schwab MBA

ÖCOV Vorstandsmitglied

Leiter der ÖCOV AG Emittenten Compliance

rudolf.schwab@telekomaustria.com



www.oecov.at

Best Practice | Netzwerk | Diskurs

Der **Österreichische Compliance Officer Verbund (ÖCOV)** besteht seit November 2013 und fungiert als Interessenvertretung von Personen und Organisationen im Compliance Bereich. Der Verbund besteht aus Mitglieder aus dem Public, Corporate und Bankensektor.

Die wesentlichen Ziele des ÖCOV sind die Förderung der gesetzlichen Stärkung von Compliance-Maßnahmen sowie die Weiterentwicklung des Berufsbildes des Compliance Officer. Erreicht wird dies durch die aktive Teilnahme am öffentlichen und wissenschaftlichen Diskurs, einer Zusammenarbeit mit Interessenvertretungen auf internationaler Ebene und der damit einhergehende Erfahrungsaustausch sowie die Entwicklung von Branchenstandards. Der ÖCOV bietet hierfür eine Plattform für die Vernetzung und den Austausch seiner Mitglieder.

ÖCOV Österreichischer Compliance Officer Verbund,
1030 Wien Marxergasse 25, ZVR 883926048

Rückzubauendes Goldplating aus der Umsetzung der Transparenzrichtlinie

- Fristen für Beteiligungsmeldungen wieder verlängern:

Die in **§ 91 Abs. 1 und § 93 Abs. 2 BörseG** (Beteiligungspublizität) enthaltenen Fristen wurden auf zwei Handelstage gekürzt, obwohl die TransparenzRL längere Fristen ermöglicht hätte. Wir regen daher an, diese Fristen **auf 4 Handelstage auszudehnen**

- Automatisches Ruhen des Stimmrechtes beseitigen:

Die TransparenzRL hat - entgegen der früheren Rechtslage - hohe Strafen bei Beteiligungsmeldeverstößen eingeführt (bis zu 2 Mio Euro bei natürlichen Personen und bis zu 10 Mio Euro bzw. 10 % des Gesamtumsatzes bei juristischen Personen). Meldeverstöße sind nun absolut kein Kavaliersdelikt mehr, sondern können schmerzhaft Strafen nach sich ziehen. Damit ist gewährleistet, dass genug "Motivation" bei den Meldepflichtigen zur Einhaltung der Meldevorschriften besteht. Die bisherige Sanktion, dass bei Meldeverstößen die betroffenen Stimmrechte automatisch ruhen, ist daher nicht mehr erforderlich:

Art. 28b (2) der TransparenzRL bestimmt, dass national die „**Möglichkeit**“ vorzusehen ist, bei **schwerwiegendsten Verstößen** gegen die Beteiligungspublizität, die Ausübung der Stimmrechte „**auszusetzen**“.

§ 94a des geltenden BörseG, sieht leider noch immer undifferenziert vor, dass bei Verstoß gegen die Beteiligungspublizität **die Stimmrechte automatisch ruhen** und sollte angesichts der strengen Strafen bei Meldeverstößen, die das viel gezieltere Sanktionsmittel sind, dringend geändert werden.

Dieses automatische Ruhen von Stimmrechten führt nämlich zu einer unsicheren Rechtslage in Hauptversammlungen, weil nicht klar ist, ob die Beschlüsse gültig gefasst wurden. Gerade wenn es um strukturelle Entscheidungen oder um die wirksame Besetzung des Aufsichtsrates geht, kann diese Unsicherheit für die Gesellschaft fatal sein. Ob Beschlüsse gültig sind, kann erst in langwierigen Anfechtungsprozessen geklärt werden, die gegen die Gesellschaft selbst (! - und nicht gegen den gegen die Meldepflicht verstoßenden Aktionär!! -) zu führen sind.

Leidtragende dieser Bestimmung sind daher die Emittenten und damit indirekt alle ihre Aktionäre, die selbst keinen Verstoß begangen haben, aber der massiven Unsicherheit ausgesetzt sind, dass ihre in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse aufgehoben werden, da ihnen das Ruhen bestimmter Stimmrechte nicht bekannt war. Die daraus entstehenden Kosten (zB Wiederholung der Hauptversammlung, Verfahrenskosten etc.) belasten wiederum den Emittenten und indirekt sämtliche Aktionäre. Weiters hätten Aktionäre im Wissen auf andere Stimmverhältnisse allenfalls anders abgestimmt bzw. disponiert. **Die Lasten treffen also auch all jene, die mit dem Meldeverstoß überhaupt nichts zu tun haben!**

Die Möglichkeit, einen Stimmrechtsverlust auf schwerstwiegende Verstöße zu beschränken, sollte jedenfalls ausgeschöpft werden. Diese Sanktion wiegt nämlich besonders schwer, da es sich dabei nicht um eine Verwaltungsstrafe, sondern um eine privatrechtliche Sanktion handelt. Insofern sollte eine Erheblichkeitsschwelle eingeführt werden, die der FMA ein pflichtgemäßes Ermessen bei der Anwendung der Strafbestimmung einräumt.

Wir schlagen daher vor, **§ 94a Abs 1** wie folgt zu ändern:

- (1) "Verstößt ein Erwerber oder Veräußerer einer bedeutenden Beteiligung gegen eine Meldepflicht gemäß §§ 91 bis 92 und wirkt sich der Verstoß erheblich aus, kann die FMA das Ruhen aller Stimmrechte an dem Emittenten, die dieser Person gehören oder die ihr gemäß § 92 zuzurechnen sind, im Ausmaß der Differenz zwischen dem neuen Stimmrechtsanteil und dem letzten von ihr gemeldeten Stimmrechtsanteil mit Bescheid für die Dauer von bis zu sechs Monaten verfügen."**