



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

An das
Bundesministerium für Finanzen
Abteilung III/5
Z.H. Herrn Dr. Erlacher und
Herrn Dr. Lorenz

Geschäftszahl: BKA-603.449/0001-
V/A/8/2005

Sachbearbeiter: Herr Mag Josef BAUER

Pers. e-mail: josef.bauer@bka.gv.at

Telefon: 01/53115/2219

Ihr Zeichen 20.568/42-I.10/2003

vom: 25.01.2005

Antwortschreiben bitte unter An-
führung der Geschäftszahl an:

v@bka.gv.at

Per Email: e-recht@bmf.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Kapitalmarktgesetz, das Börsengesetz und das Investmentfondsgesetz geändert werden;
Begutachtung

Zum ausgesendeten Gesetzesentwurf samt Beilagen nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

I. Zum Gesetzesentwurf:

1. Allgemeine legistische Bemerkungen insbesondere zur Umsetzung von Gemeinschaftsrecht:

Es fällt auf, dass der Entwurf recht umfangreich ausgefallen ist und die Formulierungen in weiten Bereichen mit dem Richtlinienentwurf ident sind. Es ist zwar erforderlich, die Umsetzung durch innerstaatliche Rechtsvorschriften so präzise als möglich vorzunehmen, durch eine wörtliche Wiedergabe des Richtlinienentwurfes leidet aber die leichte Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzes (vgl. in diesem Zusammenhang auch die RL 35 ff des EU-Addendums zu den Legistischen Richtlinien: im Internet: www.bundeskanzleramt.at/legistik, wonach die Umsetzung so zu erfolgen hat, dass sie sich in begrifflicher und systematischer Hinsicht so weit als möglich in die übrige innerstaatliche Rechtsordnung einfügt. Eine unreflektierte wörtliche Wiedergabe des Richtlinienentwurfes ist zu vermeiden und der österreichischen Gesetzessprache, soweit der Richtlinieninhalt mit deren Hilfe ebenfalls korrekt ausgedrückt werden kann, der Vorzug einzuräumen).

Die österreichische Gesetzessprache soll nach den LRL durch sprachliche Sparsamkeit und vor allem auch normative Anordnungen geprägt sein. Die Tatbestände sollten so formuliert sein, dass die einzelnen Gebote und Verbote (wie auch die Zuständigkeiten und etwaige Verfahrensvorschriften) ohne größere Auslegungsanstrengungen erkennbar sind.

Weiters sollen Sätze nicht zu lange ausfallen (vgl. LRL 18), Aktivkonstruktionen (LRL 17) verwendet werden. Auch Hauptwortphrasen sind nach der LRL 28 durch Zeitwörter zu ersetzen (z.B. in § 2 Abs. 3: anstelle von „... Die Bestimmungen gemäß den §§ ... kommen ... nicht zur Anwendung“, „§§ ... sind ... nicht anzuwenden“).

In diesem Sinne wird ersucht, nochmals im Detail zu prüfen, inwieweit auch eine kürzere Fassung erreicht werden kann (etwa durch „Verschiebung“ von für das Verständnis nicht erforderlicher Aussagen in die Erläuterungen, die oft nur Umsetzungshinweise enthalten), Zusammenfassung von Verweisungen (z.B. bei den qualifizierten Anlegern) oder überhaupt kürzere Formulierungen und Vermeidung von Wiederholungen: z.B. in § 3 Abs. 1a und 1b anstelle von: „Nichtdividendenwerte der Republik Österreich oder Nichtdividendenwerte der österreichischen Bundesländer oder Nichtdividendenwerte der Oesterreichischen Nationalbank ...“, „Nichtdividendenwerte des Bundes, der Länder oder der Oesterreichischen Nationalbank ...“).

Verweisungen:

In legislativer Hinsicht sollte auch nochmals geprüft werden, inwieweit Verweisungen, sowohl innerhalb des Gesetzestextes als auch Verweisungen auf Richtlinien vermieden werden könnten (vgl. dazu insb. LRL 54 ff, wonach Verweisungen nur dann vorgesehen werden sollten, wenn dadurch gegenüber der inhaltlichen Wiedergabe der Rechtsvorschrift eine wesentliche Vereinfachung erreicht werden kann und die Verständlichkeit nicht beeinträchtigt wird). Insbesondere sind auch die Verweisungen in § 1 Abs. 1 Z 5a lit. c bis e und § 1 Abs. 2 und 3 sehr komplex ausgefallen und sollten nochmals überarbeitet werden. Wird auf Richtlinien verwiesen, sollte bei erstmaliger Zitierung auch die Fundstelle angegeben werden (LRL 51 ff des EU-Addendums).

Gliederung / Klarheit der Anordnungen:

In einzelnen Fällen könnte auch eine stärkere Gliederung der leichteren Lesbarkeit dienlich sein (insbesondere bei längeren Anordnungen, z.B. § 16c). Nach LRL 26

sollten auch die Ausdrücke „beziehungsweise“, sowie „und/oder“ aber auch das Nachstellen von Alternativen in Klammern soweit als möglich vermieden werden.

Einleitungssatz:

Zur Vermeidung etwaiger Redaktionsversehen sollte bereits im Entwurf anstelle von Platzhaltern die genaue Fundstelle der Stammfassung (und soweit bereits bekannt der letzten Änderung) des Gesetzes angegeben werden, das novelliert werden soll. So sollte etwa der Einleitungssatz zur Änderung des KMG bereits im Begutachtungsentwurf lauten: „Das Kapitalmarktgesetz (KMG), BGBl. Nr. 625/1991, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 80/2003, wird wie folgt geändert:“.

Inhaltsverzeichnis / Überschriften vor Paragraphen

Angeregt wird auch noch zu prüfen, ob den novellierten Gesetzen ein Inhaltsverzeichnis vorangestellt werden sollte. Bei einigen der neu eingefügten Paragraphen sollten noch geeignete Überschriften aufgenommen werden (z.B. §§ 7a KMG, 8a, 8c)

Sonstige legistische Hinweise:

Abkürzungen sollten im Text einheitlich erfolgen. Verweise auf andere Absätze wären im Gesetzestext durchgehend mit „Abs.“ abzukürzen (siehe insb. in § 8a Abs. 3 und 4). Nach LRL 142 sollten Geldbeträge nicht durch Punkt, sondern nur durch Leerzeichen getrennt werden.

Es wird ersucht, den Ausdruck „EWR-Mitgliedstaaten durch „EWR-Vertragsstaaten“ zu ersetzen.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu Art. 2 (§1 KMG):

Die Definitionen sind mitunter sehr komplex ausgefallen und schwer verständlich (z.B. Z 12 „Herkunftsmitgliedstaat“). Es wird ersucht nochmals zu prüfen, ob alle im Entwurf angeführten Definitionen für das Verständnis erforderlich sind. Grundsätzlich sollte dabei auch nicht auf die Richtlinien verwiesen werden, sondern – wenn eine Verweisung überhaupt für erforderlich erachtet wird (siehe oben) – auf die innerstaatliche Rechtslage, die in Umsetzung der verwiesenen Rechtslage geschaffen wurde. Insbesondere wäre wohl auch noch zu prüfen, inwieweit gemeinschaftsrechtliche Begriffe der innerstaatlichen Terminologie anzupassen sind (z.B. anstelle von „Pensionsfonds“ wohl „Pensionskassen“).

In Z 12 lit. c sollte nicht auf ein Angebot „nach dem In-Kraft-Treten dieser Richtlinie“ abgestellt werden, sondern ein konkretes Datum angegeben werden (Datum des In-Kraft-Tretens der RL ist der 31. Dezember 2003 (Art. 32); sinnvoller erscheint aber wohl das voraussichtliche Datum des In-Kraft-Tretens der novellierten innerstaatlichen Bestimmungen).

In § 1 Abs. 2 wird als ein Kriterium für qualifizierte Anleger angeführt, ob der Anleger „an Wertpapiermärkten Geschäfte in großem Umfang getätigt“ hat. Es wird ersucht zu prüfen, inwieweit der Ausdruck „Geschäfte in großem Umfang“ (zahlenmäßig oder durch Relationen) näher determiniert werden kann.

§ 1 Abs. 3 soll die Führung eines Registers regeln, in das sich „qualifizierte Anleger“ eintragen lassen können. Anstelle der relativ unbestimmten Richtlinienformulierung, dass das Register allen Emittenten und Anbietern zur Verfügung zu stehen hat, sollte dem Wortlaut nach eindeutiger geregelt werden, dass Emittenten in das Register einsehen können, wenn sie ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen, dass die Einsichtnahme erforderlich ist, damit das Angebot nur qualifizierten Anlegern unterbreitet wird (vgl. dazu den deutschen Entwurf eines Prospektrichtlinien-Umsetzungsgesetzes, BT Drucksache 15/4999). Weiters sollte dem Wortlaut nach klarer zum Ausdruck kommen, dass ein Anleger auf Antrag unverzüglich aus dem Register zu löschen ist.

Zu Art. 2 Z 9 (§ 2 KMG):

Der Begriff „Billigung“ ist in der österreichischen Rechtssprache bisher eher ungewöhnlich. Er dürfte in der deutschen Rechtssprache gebräuchlich sein (und auch deshalb in der deutschen Sprachfassung der Richtlinie verwendet worden sein). In der englischsprachigen Version wird der Begriff „approval“, in der französischen „aprobation“ verwendet. Es wird daher angeregt – trotz der bereits erfolgten vereinzelt Verwendung des Begriffs „Billigung“ im KMG und BörseG – Begriffe wie „Genehmigung“ oder „Bewilligung“ zu verwenden.

Im Begutachtungsentwurf ist auch die „Billigungsbehörde“ noch nicht festgelegt. Dazu wird ausgeführt, dass dies erst aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens geschehen soll. In legislativer Hinsicht ist zu bemerken, dass die dann festgelegte Behörde auch in allen übrigen Vorschriften, wo auf sie Bezug genommen wird, namentlich angeführt und nicht bloß in § 2 definiert werden sollte. Dies er-

scheint im Interesse der Klarheit erforderlich, da mehrfach auch auf „Billigungsbehörden“ anderer Mitgliedstaaten Bezug genommen wird.

Im Übrigen sollen der Billigungsbehörde auch verwaltungsstrafrechtliche Kompetenzen zukommen (z.B. § 16). Die Rechtsprechung des VfGH (insb. VfSlg. 16.400/2001), wonach solche Aufgaben staatliche „Kernaufgaben“ sind, wäre daher bei der Festlegung bzw. der organisationsrechtlichen Ausgestaltung der Behörde entsprechend zu berücksichtigen.

Zu Art. 2 (§ 3 KMG):

Im Interesse der Einheitlichkeit sollte durchgehend von „Länder“ (nicht „Bundesländer“ oder „österreichische Bundesländer“, Z 1a und 1b) die Rede sein. Mit der „Republik Österreich“ dürfte wohl der „Bund“ gemeint sein.

Zu Art. 2 Z 18 (§ 4 KMG):

Nach dieser geplanten Bestimmung „kann“ die Billigungsbehörde kontrollieren, ob bei der Werbung die Grundsätze des § 4 beachtet werden. „Sie übt die Tätigkeit ausschließlich bei begründetem Verdacht eines Verstoßes gegen die Bestimmungen gemäß Abs. ... aus.“ Die Erläuterungen führen dazu aus, dass ohne Vorliegen eines begründeten Verdachts keine Verpflichtung zur aktiven Nachforschung besteht.

Hier sollte bereits im Gesetzestext präzisiert werden, dass die Billigungsbehörde verpflichtet ist, allfällige Werbeverstöße zu untersuchen, wenn ein begründeter Verdacht (ev. besser „hinreichende Anzeichen“) vorliegt.

Zu Art. 2 Z 19 (§ 6 KMG):

Dieser Paragraph soll sog. Nachträge zum Prospekt regeln. Insofern sollte auch die Überschrift des § 6 von „sonstige Veröffentlichungen“ auf „Nachtrag zum Prospekt“ geändert werden.

Weiters scheint für das Verständnis der Regelung der Klammerausdruck „Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben)“ nicht erforderlich.

Auch sollte in der Bestimmung bereits dem Wortlaut nach zum Ausdruck kommen, wer einen solchen Nachtrag zu erstellen hat und dass der Nachtrag der Billigungsbehörde unverzüglich vorzulegen ist.

Anstelle der Formulierung in Abs. 2: „Anleger haben das Recht, ihre Zusagen ... zurückzuziehen“ dürfte eine Wendung wie „können vom Vertrag zurücktreten“ eher der

Gesetzessystematik entsprechen (vgl. § 5). Eine „sinngemäße“ Anwendung des § 5 sollte nicht angeordnet werden. Ein Verweis scheint dafür auch nicht nötig, da es im Wesentlichen ja ohnehin nur um das Erfordernis der Schriftform gehen dürfte. In systematischer Hinsicht sollte auch die abweichende konsumentenschutzrechtliche Regelung in § 5 KMG eingefügt werden.

Zu Art. 2 Z 21 (§ 7 KMG):

Dieser Paragraph ist sehr umfangreich aufgefallen. Eine Aufteilung auf zwei oder drei Paragraphen sollte geprüft werden.

In Abs. 4 vorletzter Satz sollte die dortige Anordnung, dass bei „der Billigungsbehörde oder einer hiezu von der Billigungsbehörde gegen angemessene Vergütung beauftragten Einrichtung“ zu hinterlegen ist, weiter vereinfacht werden. Die Möglichkeit der Behörde, eine „Einrichtung“ zu beauftragen, findet sich auch weiters in § 7 Abs. 1, § 10 KMG und auch in §75a BörseG) und sollte daher wohl nur einmal in einer selbständigen Bestimmung geregelt werden.

Abs. 6 sieht vor, dass die Behörde über Antrag des Emittenten mit Bescheid gestatten kann, dass bestimmte Angaben nicht in den Prospekt aufgenommen werden müssen. Ein solcher Grund ist das öffentliche Interesse. Hier stellt sich aber die Frage, ob für die Wahrnehmung dieses öffentlichen Interesses nicht auch die Möglichkeit einer amtswegigen Wahrnehmung vorgesehen werden sollte.

Abs 7 ist nur schwer verständlich. Insbesondere durch die Verwendung des unbestimmten Begriffs „angemessene“ Information bleibt der Inhalt vage. Präziser schiene eine Formulierung wie: „Angaben sind nicht in den Prospekt aufzunehmen, wenn sie aufgrund des Tätigkeitsbereiches oder der Rechtsform des Emittenten ... nicht geeignet sind, dem Anleger ein fundiertes Urteil über die Wertpapiere oder Veranlagungen zu ermöglichen.“

Zu Art. 2 Z 22 (§7b KMG):

Die Billigungsbehörde soll ermächtigt werden, durch Verordnung andere Sprachen als Deutsch und Englisch anzuerkennen, in denen der Prospekt auch erstellt werden darf. Es wird angeregt zu prüfen, inwieweit diese Verordnungsermächtigung inhaltlich noch näher determiniert werden könnte.

Zu Art. 2 Z 24 (§ 8 Abs. 2a)

In § 8 Abs. 2a wird angeordnet, dass Prospektkontrolloren „in keinem Fall“ Organe der Billigungsbehörde im Sinne des Amtshaftungsgesetzes sind. Hier ist festzuhalten, dass insbesondere die Judikatur des OGH zu den Bankprüfern¹ eine sehr weite Auslegung des amtshaftungsrechtlichen Organbegriffs vorgenommen hat. Ob auch der verfassungsrechtliche Organbegriff (Artikel 23 B-VG) diese weite Bedeutung hat, dürfte bisher von der Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärt sein.² Gerade aber in jenen Fällen, in denen die Prospektkontrolloren von der Billigungsbehörde beauftragt werden, erscheint aber ein Ausschluss der Amtshaftung als verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.³ Jedenfalls sollten in diesem Zusammenhang noch zusätzliche Erläuterungen aufgenommen werden.

In Abs. 2 b sollte im Interesse der Einheitlichkeit auch auf „beeidete Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften“ Bezug genommen werden (vgl. Abs. 2 Z 3).

Zu Art. 2 Z 27 (§§ 8a, 8b, 8c KMG):

Diese Bestimmungen sind recht komplex formuliert. Es wird angeregt zu prüfen, ob insbesondere § 8a ohne Bedeutungsverlust vereinfacht werden kann.

In § 8a Abs. 3 sollte anstelle der Wendung „Die Billigungsbehörde ... teilt ... durch Bescheid ihre Entscheidung hinsichtlich der Billigung des Prospekts mit“ bereits vom Wortlaut her eindeutig zum Ausdruck kommen, welche Entscheidungen die Behörde zu treffen hat (wohl nur „billigen“ oder „nicht billigen“).

Zu § 8b ist aufgefallen, dass er wohl bereits dem Wortlaut nach auf jene Bestimmungen beschränkt werden sollte, die das Vorgehen der österreichischen „Billigungsbehörde“ regeln (also insb. Übermittlung des Prospekts auf Antrag). Die verwendete Formulierung bringt dies noch nicht hinreichend zum Ausdruck. Es wird angeregt, nochmals zu prüfen, ob auch die jeweiligen Bezugnahmen auf die Behörde des Her-

¹ Z.B. OGH 1 Ob 188/02g; weitere Nachweise der Judikatur bei Kucsko-Stadlmayer, in Kori- nek/Holoubek, BVG-Kommentar, Art. 23 Rz. 14; kritisch zuletzt Raschauer, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005, 1.

² In VfSlg. 13476/1993 dürfte eher eine weite Auffassung vertreten worden sein: „Der Verfassungsgerichtshof geht ... davon aus, daß eine gesetzliche Regelung, welche eine Amtshaftung eines Rechtsträgers für die in seinem Vollzugsbereich von welchem Organ auch immer gesetzten rechtswidrig schuldhaften Verhaltensweisen ausschließt, dem Artikel 23 Absatz 1 B-VG widersprechen würde und daher verfassungswidrig wäre.“

³ Vgl. etwa wiederum Raschauer, ÖJZ 2005, 1 (8), der etwa im Falle der Beauftragung von Bankprüfern durch die FMA nach § 70 BWG die Organstellung bejaht.

kunftsstaates oder des Aufnahme staates nicht durch eine andere Formulierung vermieden werden könnten.

Zu Art. 2 Z 28 (§ 10 KMG):

Anstelle des englischsprachigen Ausdrucks „Website“ sollte besser durchgehend von „Internet-Seite“ (so z.B. auch bereits § 48d BörseG) gesprochen werden.

Zu Art. 2 Z 32 (§ 11 KMG)

Die Anordnung, dass der Prospekt den „Wortlaut der entsprechenden unwiderleglichen Vermutungen im Sinne dieses Absatzes enthalten“ muss, sollte noch präzisiert werden, weil der Absatz mehrere Haftungsfragen regelt und eine unwiderlegliche Vermutung nur bei den Ausschließungsgründen nennt. Sollte die unwiderlegliche Vermutung nach § 8 Abs. 2a gemeint sein (Unterfertigung begründet die Vermutung, dass der Unterfertigte den Prospekt kontrolliert und für vollständig, kohärent und verständlich befunden hat), sollte dies im Wortlaut eindeutig zum Ausdruck kommen.

Zu Art. 2 Z 42 (§ 16 c KMG):

In den Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass es sich im vorliegenden Zusammenhang nicht um Amtshilfe im Sinne des Art. 22 B-VG handelt.

Zu Art. 3 (BörseG):

Hier ist aufgefallen, dass vielfach auf „gemäß der RL ... erstellte Prospekte“ und dgl. verwiesen wird. In Z 8 (§ 75a BörseG) wird überhaupt auf „gemäß den Gesellschaftsrechtsrichtlinien ...“ geforderte Informationen verwiesen. Im Interesse der Klarheit sollte nochmals geprüft werden, inwieweit diese Verweise nicht aufgelöst oder zumindest näher determiniert werden können.

II. Zu Vorblatt, Erläuterungen und Textgegenüberstellung:

1. Zum Vorblatt:

Es wäre ein Hinweis auf (allfällige) Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens im Sinne des Rundschreibens des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 13. November 1998, GZ 600.824/8-V/2/98, anzubringen.

2. Zum Besonderen Teil der Erläuterungen:

Es fällt auf, dass mitunter die Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen recht umfangreich sind. Diesfalls wäre im Interesse der einfacheren Lesbarkeiten eine stärkere Gliederung in Erwägung zu ziehen.

Im Besonderen Teil der Erläuterungen finden sich vielfach auch nur Hinweise auf die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie, die umgesetzt werden. Nach LRL 86 der LRL 1979 sollten die Erläuterungen eingehend Aufschluss über die der Vorlage zugrunde liegenden Umstände und Motive, über ihren wesentlichen Inhalt und die Auswirkungen zu geben. Es wird angeregt, im Interesse der Rechtsanwendung zusätzliche Erläuterungen aufzunehmen Einzelne Abkürzungen wie „CESR“ oder Fachbegriffe wie „Level 3 Prozess“ sollten auch noch erläutert werden.

Dem Präsidium des Nationalrats werden unter einem 25 Ausfertigungen und eine elektronische Fassung dieser Stellungnahme übermittelt.

Für den Bundeskanzler: