

**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ**

BMJ-B10.022/0004-I 3/2006

Museumstraße 7  
1070 WienAn das  
Bundesministerium für Finanzen  
z.H. Herrn Dr. Markus Chmelik  
Himmelpfortgasse 4-8  
1015 WienBriefanschrift  
1016 Wien, Postfach 63e-mail  
kzl.b@bmj.gv.atTelefon                      Telefax  
(01) 52152-0\*              (01) 52152 2829Sachbearbeiter(in): Dr. Martin Weber  
\*Durchwahl:              2733

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Einrichtung einer Prüfstelle für die Finanzberichterstattung von Unternehmen deren Wertpapiere zu einem Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind („Enforcementstellen-Gesetz“) erlassen und das Börsengesetz geändert wird.

Zum Entwurf eines Enforcementstellen-Gesetzes nimmt das Bundesministerium für Justiz wie folgt Stellung:

**1. Allgemeines:**

Das Bundesministerium für Justiz begrüßt die Initiative des Bundesministeriums für Finanzen, im Einklang mit anderen Mitgliedstaaten und den Empfehlungen des von der Kommission eingesetzten Ausschusses der Wertpapierregulierungsbehörden (CESR) ein die Abschlussprüfung ergänzendes Prüfsystem einzurichten. Es ist zu erwarten, dass allein die Möglichkeit einer nachprüfenden Kontrolle – sei es im Rahmen einer Stichprobe, sei es aufgrund einer konkreten Beschwerde oder Pressemeldung – eine beachtliche präventive Wirkung entfaltet. Sie wird auch den Prüfer in einer von den Anliegen der geprüften Gesellschaft unbeeinflussten Haltung bestärken und daher generell zu einer einheitlichen und korrekten Anwendung der Rechnungslegungsbestimmungen – und insbesondere der für Konzernabschlüsse börsennotierter              Gesellschaften              maßgeblichen              internationalen Rechnungslegungsstandards – beitragen.



Der Umfang der folgenden Stellungnahme – die als konstruktiver Beitrag zu sehen ist – ergibt sich sohin nicht aus einer skeptischen Haltung des Bundesministeriums für Justiz, sondern aus den zahlreichen und vielschichtigen Aspekten dieses Gesetzesvorhabens. Da sich im Bereich des Börsegesetzes Überschneidungen mit dem derzeit noch verhandelten Vorschlag einer Richtlinie betreffend die Stärkung von Aktionärsrechten ergeben könnten, ersucht das Bundesministerium für Justiz um nochmalige Befassung vor der Fertigstellung der Regierungsvorlage.

Die folgenden amtshaftungsrechtlichen Überlegungen sind nicht mit dem dafür zuständigen Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst abgestimmt und sollen sohin gegenüber der Meinung des Bundeskanzleramts-Verfassungsdiensts zurücktreten. Unter diesem Vorbehalt unterstützt das Bundesministerium für Justiz den grundsätzlichen Ansatz des Entwurfs, wonach eine hoheitliche Kontrolltätigkeit am Zweck dieser Kontrollaufgabe gemessen werden kann und daher der Normzweck – wie hier vorgeschlagen – ausdrücklich auf das Interesse einer einheitlichen Finanzberichterstattung am Kapitalmarkt eingeschränkt werden kann (vgl. § 4 Abs. 2 zweiter Satz des Entwurfs). Die neu zu schaffende Prüfungscompetenz hat eindeutig nicht das Ziel, die individuellen Adressaten der Rechnungslegung zu schützen, dies könnte auch durch eine nachprüfende und ohnehin nur stichprobenartige bzw. reaktive und daher eher zufallsgesteuerte Prüfung nicht geschehen.

Dem geprüften Unternehmen kann aber der Schutz des Amtshaftungsrechts – sofern eine hoheitliche Prüfungstätigkeit vorliegt – bei einer hoheitlichen Prüfungstätigkeit nicht entzogen werden. Schäden, die dem geprüften Unternehmen dadurch entstehen, sind nach den verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsätzen des Amtshaftungsrechts zu ersetzen (näher siehe die Stellungnahme zu § 4 Abs. 2, insbesondere zur Frage der Hoheitlichkeit).

Vorstellbar wären hier Schäden des Unternehmens durch eine ungerechtfertigt aufwändige oder häufige Prüfung, durch Verletzung der Verschwiegenheitspflicht oder durch ein unrichtiges Prüfungsergebnis, das zwar von der Enforcement-Behörde festgestellt wird, aber in aller Regel auf dem Prüfungsergebnis der Prüfstelle beruhen würde.

Die erwähnte begrüßte Beschränkung des Normzwecks sollte allerdings auf die gesamte Prüfungstätigkeit, also auch auf die Tätigkeit der Enforcement-Behörde erstreckt werden, zumal sich die Enforcement-Behörde der Prüfstelle bedienen soll

und die Trennung zwischen behördlichem Einschreiten und „privatrechtlicher“ (Vor)Prüfung schwierig scheint.

Schließlich darf angeregt werden, den Gesetzestitel und die daran anknüpfende Terminologie zu ändern. Der Ausdruck „Enforcement“ hat einen viel weiteren „Begriffshof“ als die Verbesserung des Rechnungswesens und die Durchsetzung des Rechnungslegungsrechts. Insoweit könnte die Terminologie des Entwurfs in die Irre führen. Zudem sollte vermieden werden, sich in österreichischen Gesetzen im Titel und im Text selbst der englischen Terminologie zu bedienen. Darüber hinaus wird der Begriff „Enforcement“ im Gemeinschaftsrecht mit dem Begriff „Vollstreckung“ gleichgesetzt. Dieser Begriff ist bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung von Gerichtsurteilen gebräuchlich (Regulation 805/2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims). Zudem wird der Begriff „Law Enforcement“ als Umschreibung der Tätigkeit der Polizei und der justiziellen Seite der Strafverfolgung benützt.

## **2. Zu den einzelnen Bestimmungen des Enforcementstellen-Gesetzes:**

### **Zu § 1:**

Der Entwurf folgt – angelehnt an das deutsche Bilanzkontrollgesetz, dBGBl. I 69/2004, – dem Konzept einer Prüfung der Abschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen durch einen Verein, der unter bestimmten Voraussetzungen vom Bundesminister für Finanzen im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Justiz als Prüfstelle anerkannt werden kann.

Wie zu den weiteren Bestimmungen dargestellt, bestehen aus der Sicht des Bundesministeriums für Justiz Zweifel an der rechtlichen Stellung einer solchen Prüfstelle, die nach dem Konzept des Entwurfs keine hoheitliche Tätigkeit entfalten soll, solange das zu prüfende Unternehmen mit der Prüfungstätigkeit einverstanden ist.

§ 1 enthält verschiedene Kriterien für die Anerkennung eines solchen Vereins als „Austrian Review Panel“, wie zB. die Frage, ob die Statuten des Vereins eine „ausreichende Gewähr für eine sachverständige, unabhängige und vertrauliche Erfüllung der Aufgaben des Vereins bieten“ und ob „geeignete organisatorische Vorkehrungen für die Prüfungstätigkeit in einer Verfahrensordnung festgelegt sind“.

Da das Bundesministerium für Justiz Zweifel an der verfassungsrechtlichen Einordnung einer solchen ausgelagerten Prüfstelle und keine praktische Erfahrung betreffend die notwendige Ausstattung einer solchen Prüfstelle, den notwendigen Prüfungsumfang und die zweckmäßige Stichprobenhäufigkeit hat, behält es sich eine Stellungnahme zur Frage des Erfordernisses einer Einvernehmensherstellung bis zur endgültigen Fassung einer Regierungsvorlage vor (s. dazu auch die Stellungnahme zu § 8).

#### Zu § 2 Abs. 2:

Im Sinn einer einheitlichen Terminologie sollten die Begriffe des Dritten Buchs des UGB verwendet werden. Es sollte daher in Abs. 2 im ersten Satz das Wort „Einzelabschluss“ durch das Wort „Jahresabschluss“ ersetzt werden. Nach § 125 Abs. 2 Aktiengesetz wird nur der Jahresabschluss festgestellt; der Konzernabschluss ist vom Aufsichtsrat nur zu prüfen, insofern sollte der zweite Satz lauten: *„Sie umfasst lediglich zuletzt festgestellte Jahresabschlüsse und geprüfte Konzernabschlüsse sowie die sonstigen vorgeschriebenen Informationen gemäß § 81a Abs. 1 Z 9 BörseG des vergangenen und laufenden Geschäftsjahres.“*

In den Erläuterungen sollte der Hinweis auf den Schutz potenzieller Anleger (s. unten die Bemerkungen zu § 4 Abs. 2) entfallen.

#### Zu § 4 Abs. 2:

Wie oben angeführt, bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Entwurf den Zweck der vorgesehenen Regelungen in § 4 Abs. 2 ausdrücklich im Konnex mit der Haftungsfrage definiert und damit den Schutzzweck der Norm im Sinn des § 1311 ABGB einschränkt.

Eine Einschränkung bloß auf Schäden des geprüften Unternehmens selbst erscheint jedoch zu eng. Neben dem Unternehmen müssten auch dessen Organe/leitende Angestellte/Mitarbeiter, die ad personam durch fehlerhafte Prüfungsergebnisse (zB. in ihren Erwerbchancen) geschädigt werden könnten, sowie der Abschlussprüfer erfasst sein, weil auch zugunsten dieser Personen die Verschwiegenheitspflicht besteht und eine Anzeigepflicht von einem begründeten Verdacht abhängt.

Es darf darauf hingewiesen werden, dass ein Ausschluss der Anwendbarkeit des AHG nicht auch zum Ausschluss der Amtshaftung nach Art. 23 B-VG führt; das AHG würde voraussichtlich – wie bei der Staatshaftung – von der Judikatur zumindest in

seinen Grundzügen analog angewendet werden, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach als hoheitlich qualifiziert werden muss.

Nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz handelt die Prüfstelle bei Vornahme der Prüfung in Vollziehung der Gesetze (und daher hoheitlich) und unterliegt somit der Amtshaftung nach Art. 23 B-VG: Die Prüfstelle wird mit Bescheid staatlich anerkannt, ihre Statuten und Verfahrensordnung bedürfen jeweils der ex ante Genehmigung, sie wird dadurch erst mit den Befugnissen nach §§ 2 ff des Entwurfs „beliehen“. Für eine hoheitliche Prüfungstätigkeit spricht weiters, dass

- a) die Prüfstelle „von Amts wegen“ – nicht nur im Auftrag der Behörde (konkret des Börseberufungssenats nach Z 2) tätig zu werden hat (§ 2 Abs. 1 Z 1 und 3 des Entwurfs), und sich dritter Personen bedienen kann;
- a) die Prüfstelle dann nicht tätig wird, wenn bereits ein gerichtliches Verfahren eine Prüfung veranlasst (§ 2 Abs. 2 des Entwurfs);
- b) das Unternehmen an der Prüfung mitwirken und deren Ergebnis akzeptieren muss, will es sind im Auftrag der Enforcement-Behörde geprüft werden und es gegen das Prüfergebnis kein Rechtsmittel, sondern nur eine Äußerungsmöglichkeit gibt;
- c) das Unternehmen gegenüber der Prüfstelle eine Aussage- und Wahrheitspflicht mit Entschlagungsrecht (in ihrer Schwere vergleichbar der im Gerichtsverfahren) trifft, worüber die Prüfstelle zu belehren hat (§§ 3, 7 des Entwurfs; strafbar sind auch fahrlässige Verstöße !!!);
- d) die Prüfstelle eine Anzeigepflicht wie Behörden trifft (§§ 4 Abs. 3 und 12 des Entwurfs), weil sie bei Verdacht entsprechender Missstände zur Anzeige an die Strafverfolgungsbehörde und/oder zur Disziplinaranzeige verpflichtet ist;
- e) die Prüfstelle der Enforcement-Behörde jedenfalls über Einleitung und Ergebnis der Prüfung sowie die Reaktion des Unternehmens zu berichten hat;
- f) die Prüfstelle der Enforcement-Behörde über die Verweigerung der Mitwirkung des Unternehmens zu berichten hat, was eine Prüfung durch die Behörde zur Folge hat, die sich der Prüfstelle zur Prüfung bedienen kann (§§ 3, 4 Abs. 1 Z 2 und 3, 9 Abs. 1 und 3 des Entwurfs);
- g) die Prüfbefugnis der Behörde selbst nur bei Verweigerung der Mitwirkung, Ablehnung des Prüfergebnisses durch das Unternehmen oder Zweifel an der Richtigkeit der Prüfung besteht;
- h) der Behörde keine über die Befugnis der Prüfstelle hinausgehenden Prüfungsbefugnisse zustehen (§ 9 Abs. 2 des Entwurfs);
- i) alle Mitarbeiter der Prüfstelle über das Dienstverhältnis hinaus zur Verschwiegenheit verpflichtet sind (entspricht der Amtsverschwiegenheit, § 5 Abs. 1 des Entwurfs);
- j) der Prüfstelle im Verfahren vor der Enforcement-Behörde eine dem Amtssachverständigen entsprechende, ja sogar darüber hinausgehende behördliche Funktion zukommt (§§ 8 Abs. 1 und 3, 9 Abs. 3 des Entwurfs; die Prüfstelle scheint das wesentliche Prüfungs- und Vollzugsorgan dieser Behörde zu sein, das im Regelfall immer das Prüfergebnis erstellt);

- k) der Prüfgegenstand von Prüfstelle und Enforcement-Behörde der gleiche ist (§§ 2 Abs. 2, 9 Abs. 2 des Entwurfs);
- l) der nahezu einzige Unterschied zum Verfahren vor der Enforcement-Behörde darin besteht, dass eine Mitwirkungspflicht des Unternehmens und des Prüfers besteht und dass nur die Enforcement-Behörde das Prüfergebnis bescheidmäßig feststellen kann, während der Gang des Verfahrens keinerlei Unterschied aufweist (§ 11 des Entwurfs); das Zusammenspiel der Verfahren erinnert vielmehr an das Gerichtskommissariat.

Eine haftungsmäßige Beschränkung bei hoheitlichem Handeln auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bzw. auch in ziffernmäßiger Höhe scheint gleichheitswidrig (weil sachlich nicht gerechtfertigt), und dürfte auch Art. 23 B-VG widersprechen, der keine solche Einschränkung kennt. Die „Attraktivität der Mitarbeit in der Prüfstelle“ wird aber durch die Haftung der Prüfstelle auch im Fall leichter Fahrlässigkeit nicht berührt, weil für die Mitarbeiter als Organe bzw. Angestellte ohnehin die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit im Regress beschränkt ist, und die Mitarbeiter selbst den Geschädigten als Organe überhaupt nicht haften, was eher ein Anreiz zur Mitarbeit sein dürfte. Sind die Mitarbeiter angestellt, so werden auf das Verhältnis zwischen ihnen und der Prüfstelle die Bestimmungen des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes anwendbar sein. Sie bieten einen entsprechenden arbeitsrechtlichen Schutz. Es erscheint auch unklar, was diese „Attraktivität“ für die Beschäftigten mit einer Haftungseinschränkung der Prüfstelle zu tun haben soll, zumal ja die – deliktische - Haftung der Beschäftigten selbst nicht eingeschränkt wird. Es darf angeregt werden, die Erläuterungen zu § 4 Abs. 2 zu ergänzen: So könnte dem ersten Satz angefügt werden „und dem geprüften Unternehmen dadurch ein von einem Bediensteten oder Beauftragten der Prüfstelle verschuldeter Schaden entsteht.“

Unklar ist auch das Verhältnis zwischen § 4 Abs. 2 und § 5 Abs. 2 des Entwurfs. An sich würde § 4 Abs. 2 den Schluss nahe legen, dass für eine leicht fahrlässige Verletzung der Verschwiegenheitspflichten nach § 5 Abs. 2 überhaupt nicht gehaftet wird. Dem scheint aber nicht so zu sein, zumal § 5 Abs. 2 auf § 275 Abs. 2 UBG verweist, der auch leicht fahrlässige Verletzungen der Verpflichtung zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung (und nicht der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach § 275 Abs. 1 UBG) betrifft. Darüber hinaus ist der in § 5 Abs. 2 letzter Satz enthaltene Verweis auf das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz nicht klar, weil im Text von der Haftung des Beschäftigten, in den Erläuterungen aber von dessen Regressverpflichtung die Rede ist. Insgesamt gesehen erscheint das Haftungsregime des Entwurfs noch nicht konsistent. Es wäre daher wünschenswert,

die Sonderregeln des § 4 Abs. 2 vierter Satz zu streichen. Das hätte zur Folge, dass die Prüfstelle den geprüften Unternehmen gegebenenfalls auch bei leichter Fahrlässigkeit einstehen muss. Weiters sollte auch § 5 Abs. 2 überdacht werden. Wenn die Haftung der Prüfstelle wie die Haftung des Abschlussprüfers nach § 275 UGB eingeschränkt werden sollte, dann sollte dies klar und deutlich in § 4 Abs. 2 und nicht nur im Konnex mit einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ausgedrückt werden. Der Verweis auf das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz erscheint letztlich obsolet.

Zu § 4 und 12 (aus strafrechtlicher Sicht):

Gegen die nach § 4 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehene Mitteilungspflicht der Prüfstelle gegenüber der Kammer der Wirtschaftstreuhandler bei Vorliegen eines Verdachts auf eine Berufspflichtverletzung durch den Abschlussprüfer bestehen keine inhaltlichen Bedenken.

Zur weiters vorgesehenen Verpflichtung der Prüfstelle, den zur Verfolgung zuständigen Behörden den Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens anzuzeigen, ist zu bemerken, dass die für alle Behörden und öffentliche Dienststellen geltende Anzeigepflicht nach § 84 StPO auf von Amts wegen zu verfolgende strafbare Handlungen beschränkt ist. Bloße Privatanklagedelikte, bei denen das Strafverfolgungsrecht dem Privatankläger zusteht und bei denen Anzeige an eine zur Strafverfolgung zuständige Behörde daher von vornherein nicht in Betracht kommt, sind von einer Anzeigepflicht explizit ausgenommen. Im Zusammenhang mit der Festlegung der Anzeige- und Mitteilungspflicht sieht § 12 des Entwurfs zudem vor, dass die Enforcement-Behörde unbeschadet der allgemeinen Anzeigepflicht nach § 84 StPO Tatsachen, die auf das Vorliegen einer Berufspflichtverletzung durch den Abschlussprüfer schließen lassen, der Kammer der Wirtschaftstreuhandler anzuzeigen hat. Tatsachen, die auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen börserechtliche Vorschriften schließen lassen, sind der FMA und den davon betroffenen Unternehmen mitzuteilen.

Damit setzt § 12 für die Enforcement-Behörde richtigerweise das Bestehen der allgemeinen Anzeigepflicht nach § 84 StPO bei einem Verdacht einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung voraus und normiert in dieser Hinsicht lediglich eine über diese Anzeigepflicht hinausgehende Mitteilungspflicht, wenn der strafrechtlich nicht relevante Verdacht einer Berufspflichtverletzung oder eines Verstoßes gegen börserechtliche Vorschriften besteht.

Die Anzeigpflicht nach § 4 Abs. 3 sollte daher entsprechend der für die Enforcement-Behörde nach § 84 StPO in Verbindung mit § 12 vorgeschlagenen Anzeigpflicht ausdrücklich auf von Amts wegen zu verfolgende Straftaten beschränkt werden. § 4 Abs. 3 erster Satz könnte wie folgt gefasst werden: „Die Prüfstelle hat Tatsachen, die den Verdacht einer von Amts wegen zu verfolgenden Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung eines Unternehmens begründen, der die Verfolgung zuständigen Behörde anzuzeigen.“

#### Zu § 7:

Die im Entwurf vorgesehene Beschränkung der zivilrechtlichen Haftung auf vorsätzliches Handeln wohingegen nach § 7 des Entwurfs (verwaltungs-)strafrechtliche Haftung bereits bei Fahrlässigkeit eintreten soll, erscheint systemwidrig und sollte überdacht werden, zumal fast jeder Fehler im gegenständlichen Bereich zumindest auf Fahrlässigkeit beruhen und dementsprechend die vorgesehene verwaltungsstrafrechtliche Haftung auslösen dürfte. Weiters sollte die Einführung einer Subsidiaritätsregelung entsprechend § 48 Abs. 1 Z 9 Börsegesetz erwogen werden. Nicht nachvollziehbar erscheint schließlich der Umstand, dass die vorgesehene Strafdrohung an die freiwillige Mitwirkung des Unternehmens bei der Prüfung anknüpft, während für den Fall der nichtfreiwilligen Mitwirkung - soweit ersichtlich - keine vergleichbare Regelung vorgesehen ist.

#### Zu § 8:

Enforcement-Behörde ist der Börseberufungssenat nach § 64 Börsegesetz. Jedem (der) Senat(e) hat ein Mitglied aus dem aktiven Richterstand anzugehören. Die von der Enforcement-Behörde festzulegende Geschäftsordnung ist vom Bundesministerium für Finanzen im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Justiz zu genehmigen. In § 8 Abs. 2 des Entwurfs ist vorgesehen, dass bei einer Arbeitsaufteilung im Börseberufungssenat auf verschiedene Senate jedem dieser Senate ein Mitglied anzugehören hat, das dem aktiven Richterstand angehört. Aus Anlass der hier vorgeschlagenen Erweiterung des Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiches des Börseberufungssenats spricht sich das Bundesministerium für Justiz gegen die Heranziehung von Richtern in Kommissionen nach Art. 133 Z 4 B-VG aus.

Nicht nur das Bundesministerium für Justiz hat auf die mit der Heranziehung von Richtern in Kommissionen für das Justizressort verbundene Problematik wiederholt hingewiesen. Auch der Verfassungsgerichtshof hat schon in seinem Tätigkeitsbericht



1998 an der steigenden Zahl von Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag scharfe Kritik geübt; ebenso in seinem Erkenntnis vom 29. Juni 2000, G 175-266/99-17 (Einrichtung der Regionalradio- und Kabelrundfunkbehörde als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag).

Für die Mitwirkung von Richtern in Art. 6 EMRK-Tribunalen besteht keine (verfassungs-)gesetzliche, rechtsstaatliche und praktische Notwendigkeit. Tribunale nach Art. 6 EMRK haben den Anforderungen an die Unabhängigkeit des jeweiligen Gremiums (wie zB Weisungsfreiheit, Bestattungsdauer, organisatorische Unabhängigkeit, Recht der Beschwerdeführer, bestimmte Senatsmitglieder abzulehnen) genüge zu tun. Diesen Anforderungen an ein Tribunal kann auch durch Einrichtung eines Gremiums aus rechts- und sachkundigen Personen mit entsprechender Erfahrung, die durch eine eigene Verfassungsbestimmung weisungsfrei gestellt sind, für einen mehrjährigen Mindestzeitraum bestellt werden, organisatorisch unabhängig sind, unter bestimmten gesetzlich festzuschreibenden Voraussetzungen abberufen oder von den Beschwerdeführern abgelehnt werden können, aber nicht Richter im Sinne der nationalen Bestimmungen – also nicht Richter im Sinne des Art. 86 B-VG bzw. nicht Richter im Sinne des Richterdienstgesetzes – sein müssen, Rechnung getragen werden. Von dieser rechtlich zulässigen Alternative zu Kommissionen mit Richterbeteiligung wurde beispielsweise im Salzburger Grundverkehrsgesetz 2001, LGBl. Nr. 9/2002 Gebrauch gemacht; den dort vorgesehenen Kommissionen gehören keine Richter an.

In Zeiten einer straffen Budget- und Personalpolitik und angesichts einer Justiz, die sich laufend mit neuen und komplexer werdenden Aufgaben konfrontiert sieht, bestehen zudem gewichtige personalwirtschaftliche Bedenken gegen eine Inanspruchnahme richterlicher Arbeitskapazitäten außerhalb der Rechtsprechung. Auf die vorgeschlagene Richterbeteiligung sollte daher verzichtet werden.

Da § 64 Abs. 2 BörseG ohnehin im Verfassungsrang steht und diese Bestimmung wohl angesichts der geplanten Zuständigkeitserweiterung geändert werden müsste, kann hier das gewünschte Ziel wie ausgeführt gut auch ohne Richterbeteiligung erreicht werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Richter in Fragen der Rechnungslegung und insbesondere in Fragen der richtigen Anwendung der internationalen Rechnungslegungsstandards keine Fachkenntnis haben.

Zu § 10:

Zu der in § 10 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehenen Auskunftserteilung und Vorlage von Unterlagen stellt sich die Frage, ob die Vorlage von Arbeitspapieren des Abschlussprüfers, in denen er seine Vorgehensweise, allfällige prüferische Feststellungen und für die Erteilung des Bestätigungsvermerks notwendige Schlussfolgerungen festgehalten hat, ebenfalls Gegenstand der Auskunftserteilung oder der Vorlagepflicht von Unterlagen sein soll. Dann hätte die Enforcement-Behörde – trotz der Bestimmung des § 2 Abs. 2 dritter Satz – auch die Möglichkeit, das Ergebnis der handelsrechtlichen Abschlussprüfung durch den bestellten Abschlussprüfer zu kontrollieren. Jedenfalls sollte nochmals überlegt werden, ob die von einem Abschlussprüfer vorzulegenden Unterlagen nur Unterlagen des Unternehmens, sofern sie Teil des Prüfungsaktes sind, sein sollen oder ob eine weitergehende Mitwirkungspflicht angestrebt wird, wenn im Auftrag der Enforcement-Behörde geprüft wird.

Abs. 2 normiert, dass die Auskunftspflicht nach Abs. 1 dann nicht gilt, wenn sich die dort genannten Personen damit selbst oder einen nahen Angehörigen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen würden. Die Vorlagepflicht bleibt hingegen davon unberührt. Nach dieser Bestimmung müssen daher die in § 10 Abs. 1 genannten Personen auch solche Unterlagen vorlegen, durch die sie sich selbst oder einen nahen Angehörigen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen würden. Dies wird in den Materialien damit begründet, dass andernfalls jegliche Prüfungstätigkeit unmöglich sein würde. Ob diese Differenzierung - zulässige Verweigerung der Auskunftspflicht aber unzulässige Verweigerung der Vorlagepflicht – sachlich gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft.

Zu § 11:Abs. 1:

Diese Bestimmung normiert, dass die Enforcement-Behörde bei Feststellung der Fehlerhaftigkeit der Rechnungslegung des Unternehmens dies mit Bescheid festzustellen hat. Dieser Feststellungsbescheid kann nach den Materialien mit Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof angefochten werden. Die Materialien führen dazu weiters aus, dass die

Fehlerfeststellung aber ohne unmittelbare Auswirkungen auf etwaige gesellschaftsrechtliche Ansprüche bleibt, die sich aus der beanstandeten Abschluss ergeben. Allerdings könne ein Bescheid, mit dem ein Fehler in der Rechnungslegung eines Unternehmens festgestellt werde, in einem allfälligen Zivilprozess geschädigter Personen Tatbestandswirkung haben. Es erscheint unklar, was mit dieser Formulierung („Tatbestandswirkung“) gemeint ist. Der OGH hat zu diesem Thema wiederholt ausgesprochen, dass die Gerichte an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden grundsätzlich, dass heißt sofern es sich nicht um „absolut nichtige Verwaltungsakte“ handelt, im Hinblick auf die Einheit des Staatswillens gebunden sind (JBI. 1980, 320; SZ 64/98; ÖJZ 1996, 608). Absolut nichtig ist ein Verwaltungsakt nach Ansicht des OGH, wenn die Verwaltungsbehörde offenkundig unzuständig war, den Wirkungskreis überschritten hat oder einen offenkundig unzulässigen Verwaltungsakt gesetzt hat (SZ 57/23; SZ 64/98).

#### Abs. 2:

Diese Bestimmung normiert, dass die Enforcement-Behörde nach Maßgabe des öffentlichen Interesses bescheidmässig anordnen kann, dass das Unternehmen den von der Enforcement-Behörde oder von der Prüfstelle im Einvernehmen mit dem Unternehmen festgestellten Fehler samt den wesentlichen Teilen der Begründung unverzüglich bekannt zu machen hat. Anders als zu Abs. 1 wird in den Materialien nicht ausgeführt, ob auch diesbezüglich Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof oder Verwaltungsgerichtshof zulässig ist. Wenn eine derartige Beschwerde (die Frage, ob ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung besteht, kann durchaus strittig sein) zulässig ist (was wohl anzunehmen ist), dann müsste ihr wohl auch aufschiebende Wirkung zukommen, denn die Beeinträchtigung des Unternehmens durch eine erschienene Veröffentlichung kann wohl durch die nachträgliche Feststellung der Unrichtigkeit des Bescheides nicht mehr ausgeglichen werden. Allerdings könnte das Unternehmen damit die Veröffentlichung blockieren.

Fraglich ist auch, ob dann, wenn das Unternehmen Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof oder Verwaltungsgerichtshof wegen Verfassungswidrigkeit oder Rechtswidrigkeit des Feststellungsbescheides (§ 11 Abs. 1) erhoben hat, die Erlassung des „Veröffentlichungsbescheides“ (§ 11 Abs. 2) zulässig wäre. Einerseits könnte das Unternehmen damit die Veröffentlichung um Jahre hinauszögern, andererseits könnte es zur Veröffentlichung eines rechtswidrigen oder gar verfassungswidrigen Bescheides kommen.

Zu § 12:

Diese Bestimmung normiert neben der allgemeinen Anzeigepflicht nach § 84 StPO noch weitere Anzeigepflichten an die FMA, den Arbeitsausschuss für externe Qualitätsprüfungen sowie die Kammer der Wirtschaftstreuhandler. Dazu wird in den Materialien ausgeführt, dass die Enforcement-Behörde bei Verdacht einer Straftat im Zusammenhang mit der Rechnungslegung gemäß der allgemeinen Anzeigepflicht für Behörden und öffentliche Dienststellen in § 84 StPO dies der zur Verfolgung zuständigen Behörde anzuzeigen hat. Die in den Materialien angesprochene Einschränkung bezüglich Straftaten im Zusammenhang mit der Rechnungslegung ist wohl aus dem Wortlaut des § 12 nicht ableitbar.

Nach § 2 Abs. 2 dritter Satz des Entwurfs ist der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers und damit die Durchführung der Abschlussprüfung selbst nicht Gegenstand der Prüfung durch die Prüfstelle bzw. durch die Enforcement-Behörde. Daher ist davon auszugehen, dass nur äußerst selten Prüfungsfeststellungen in Richtung der bei einem Abschlussprüfer eingesetzten Qualitätssicherungsmaßnahmen möglich sind. Die in § 12 zweiter Satz vorgesehene Mitteilung der Enforcement-Behörde an den Arbeitsausschuss für externe Qualitätsprüfungen sollte daher nur zur Information dienen und keine Mitteilungspflicht des Arbeitsausschusses auslösen.

Zu § 13:

Diese Bestimmung regelt datenschutzrechtliche Belange und die internationale Zusammenarbeit. Im Rahmen der Zusammenarbeit der Enforcement-Behörde mit „Stellen im Ausland“ (Was ist damit gemeint? Nur Enforcement-Behörden oder auch andere Behörden?) kann ein gegenseitiger Informations- und Datenaustausch erfolgen, soweit er sich auf das für die Zusammenarbeit notwendige Maß beschränkt und dadurch weder das Bankgeheimnis (§ 38 BWG) noch die abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht (§ 48a BAO) verletzt werden. Weiters wird normiert, dass die Erteilung von Auskünften an eine Behörde in einem Drittland nur dann gestattet ist, wenn es in diesem Land ein dem Europäischen Datenschutzvorschriften entsprechendes Datenschutzniveau gibt. Es ist nicht ersichtlich, wie die Behörde ermitteln soll, ob ein Drittland ein den Europäischen Datenschutzvorschriften entsprechendes Datenschutzniveau hat.



Zu § 17:

Der wohl zeitlich zu verschiebenden Regelung des In-Kraft-Tretens wäre eine Vollziehungsklausel beizufügen.

**3. Zum Allgemeinen Teil der Erläuterungen:**

Nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz liegt die europarechtliche Grundlage für die Einrichtung einer Prüfstelle in Art. 24 Abs. 4 der Transparenz-RL. Die IAS-Verordnung enthält nur einen diese Verpflichtung ankündigenden Erwägungsgrund. Diese Ansicht vertritt auch die deutsche Bundesregierung in einer Anfragebeantwortung vom 29.5.2006, Drucksache des Deutschen Bundestags 16/1626. Dabei betont sie auch das kapitalmarktpolitische Anliegen der Bilanzkontrolle als vertrauensbildende Maßnahme und verweist auf die Erwartungshaltung der US-amerikanischen Börsenaufsichtsbehörde SEC, die Enforcement-System in Europa als wesentliche Voraussetzung für die Akzeptanz der IFRS an der New Yorker Börse ansieht.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die voraussichtliche Kostenbelastung der börsennotierten Unternehmen nicht unbedingt auf der Linie des vom Bundesministerium für Finanzen initiierten Projektes „Verwaltungskostenreduktion für Unternehmen“ liegt.

**4. Zu den Änderungen des Börsegesetzes:**Zu § 48 Abs. 1:

Gegen die vorgeschlagene Zusammenfassung der bisher in den §§ 48 Abs. 1 Z 6 und Z 6a enthaltenen Straftatbestände im Zusammenhang mit der Verletzung von dort im Einzelnen umschriebenen Veröffentlichungs-, Mitteilungs- und Meldepflichten zu einem einzigen – nach dem Entwurf in § 48 Abs. 1 Z 6 enthaltenen - Straftatbestand bestehen keine Einwände.

Zu § 81a:

§ 81a Abs. 1, der für die §§ 75a und 81a bis 94 des Entwurfs maßgebliche Begriffsbestimmung enthält, sieht eigenständige Definitionen für den geregelten Markt und für Kreditinstitute vor.

Nach § 81a Abs. 1 Z 3 Börsegesetz soll das Vorliegen eines geregelten Marktes nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der Richtlinie 2004/39/EG („Richtlinie für Märkte für Finanzdienstleistungen“) definiert werden, dessen Art. 69 das Außerkrafttreten der RL 93/22/EWG vorsieht und in dem normiert wird, dass Verweise auf diese RL als Verweise auf die RL für Märkte für Finanzdienstungen anzusehen sind. In Bezug auf Kreditinstitute verweist die Begriffsbestimmung in § 84a Abs. 1 Z 13 auf Unternehmen im Sinne des Art. 1 Z 1 der RL 2006/48/EG.

Demgegenüber stellt § 48a BörseG, der nach dem Entwurf unverändert beibehalten werden soll, für die Zwecke der §§ 48a bis 48r hinsichtlich des Vorliegens eines geregelten Marktes auf Art. 1 Z 13 der RL 93/22/EWG unter Miteinbeziehung des unregulierten dritten Marktes nach § 69 BörseG (§ 48a Abs. 1 Z 4 BörseG) und hinsichtlich der Definition „Kreditinstitut“ auf Art. 1 Z 1 der RL 2000/12/EG (§ 48a Abs. 1 Z 12 BörseG) ab.

Im Hinblick auf eine anzustrebende Einheitlichkeit des Börsegesetzes sollten unterschiedliche Begriffsdefinitionen für den geregelten Markt und für Kreditinstitute vermieden werden. Es besteht keine Notwendigkeit, die Begriffe des geregelten Marktes und des Kreditinstitutes für die Anwendung der §§ 48a bis 48r BörseG einerseits und für die Zwecke der §§ 75a und 81 bis 94 BörseG andererseits unterschiedlich zu definieren.

#### Zu § 82:

§ 82 Abs. 4 Z 3 vorletzter Halbsatz sowie § 87 Abs. 1 Z 3 letzter Halbsatz: Die Wortfolge „tatsächlichen Verhältnissen“ sollte durch die Wortfolge „ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ ersetzt werden. „True and fair view“ wird in den deutschen Fassungen der EG-Richtlinien mit „tatsächlichen Verhältnissen“ übersetzt. In der österreichischen Umsetzung im UGB und anderen gesetzlichen Bestimmungen ist für „true and fair view“ stets die Begriffsfolge „möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ verwendet worden.

#### Zu § 83:

Der Normenhalt des neuen Abs. 1 findet sich bereits in § 47a AktG. Dort allerdings mit dem Wortlaut: „Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.“

Um Zweifelsfragen zu vermeiden, ersucht das Bundesministerium für Justiz, diesen Absatz entfallen zu lassen oder den Wortlaut des Aktiengesetzes zu wiederholen.

Zu § 83 Abs. 2 Z 2 darf darauf hingewiesen werden, dass im Zuge der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie möglicherweise eine andere Regelung gefunden werden kann. Vorerst wird zur Entschärfung der Übermittlungspflicht aber folgender Text vorgeschlagen:

„...jeder Person, die berechtigt ist, an der Hauptversammlung stimmberechtigt teilzunehmen, mit der individuellen Benachrichtigung zur Hauptversammlung, wenn eine solche ergeht, oder auf Verlangen nach der Einberufung der Hauptversammlung ein Vollmachtsformular in Papierform oder durch elektronische Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen;“

die Wendung „zur Verfügung zu stellen“ kann auf die englische Textfassung „make available“ und auch auf die französische Textfassung „mettre à disposition“ gestützt werden.

(Die Kommission hat jedenfalls in informellen Arbeitsgesprächen die Ansicht vertreten, dass bei einer Einberufung der Hauptversammlung allein mittels Amtsblatt keine Verpflichtung besteht, die Aktionäre individuell mit einem Vollmachtsformular auszustatten.)

#### Zu § 85:

Die Unterscheidung zwischen "veröffentlichen" in Abs. 1 und "bekannt geben" in Abs. 2 beruht auf einem Übersetzungsfehler der RL (dort immer "disclose"), der verbessert werden sollte; es sollte beide Male „zu veröffentlichen“ heißen.

#### Zu § 86:

Nach § 86 Abs. 1 dritter Satz ist der Geschäftsbericht zu veröffentlichen. Dieser wird in seinem Umfang und Inhalt nicht definiert. Die handels- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen kennen den Begriff des Geschäftsberichtes nicht mehr. Es wäre daher notwendig, den Inhalt näher zu erläutern. Zudem wurde der Inhalt des Lageberichtes wesentlich erweitert und ein Jahresfinanzbericht eingeführt, sodass zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden sollte, welche zusätzlichen Pflichtinformationen der Geschäftsbericht zu enthalten hat.

#### Zu § 87:

Insbesondere in § 87 des Entwurfs werden verschiedene, bisher im Handelsrecht (Unternehmensrecht) nicht übliche Begriffe verwendet. Es darf angeregt werden, diese direkt aus der Transparenz-RL übernommenen Begriffe in den zutreffenden handelsrechtlichen Kontext zu stellen; dies betrifft insbesondere:

Der Begriff „konsolidierter Jahresabschluss“ (§ 87 Abs. 2) sollte ersetzt werden durch den Begriff „Konzernabschluss“.

Beim „Halbjahresfinanzbericht“ (§ 87 Abs. 1) werden durch die vorgeschlagenen Regelungen verschiedene Kategorien von so genannten Halbjahresberichten normiert:

- § 87 Abs. 1 Z 1: „verkürzter Abschluss“, Aufbau gemäß einer Verordnung der FMA aufgrund VO-Ermächtigung in § 87 Abs. 4.

- Zwischenberichterstattung nach IAS 34, gemäß VO 1606/2002/EG übernommener internationaler Rechnungslegungsstandard: Hier ist klarzustellen, dass in Entsprechung des Art. 5 der Transparenz-RL eine Zwischenberichterstattung nach IAS 34 nur dann nicht zulässig ist, wenn der Emittent keinen Konzernabschluss aufstellen muss.

#### Abs. 2:

Der in Abs 2 enthaltene zweite Satz hinsichtlich der stetigen Anwendung von Ansatz- und Bewertungsgrundsätzen könnte zur besseren Darstellung in einen eigenen Absatz gestellt werden.

#### Abs. 3:

Vorgeschlagen werden darf, die Begriffe „wichtige Ereignisse“ und „Großgeschäfte mit nahestehenden Personen und Unternehmen“ unter das Kriterium der Wesentlichkeit zu stellen.

#### Abs. 4:

Das gemäß § 27 Abs 2 der Richtlinie 2004/109/EG eingeräumte Recht, zu bestimmten Punkten per Verordnung die von der Kommission erlassenen Durchführungsmaßnahmen in das Österreichische Recht zu transformieren, gestattet es nicht, eigene Regeln zu erlassen. Demnach wäre Abs. 4 Z 2 zu streichen.

Es besteht ein Wertungswiderspruch dahingehend, dass zwar für den Abschlussprüfer nach § 275 Abs. 2 UGB eine Haftungsbeschränkung besteht, nicht aber für die prüferische Durchsicht, für die mangels einer Regelung eine



unbeschränkte Haftung eingreifen würde. Dies bereitet auch im Hinblick auf die Versicherung des Risikos Probleme. Es sollte daher auf § 275 Abs. 2 UGB verwiesen werden.

Abs. 5: der Zeitraum von maximal einem Monat zur Veröffentlichung der Zwischenmitteilungen erscheint unter der Berücksichtigung der zu gebenden Informationen mit einer sachgerechten Berichterstattung eines Konzern unrealistisch kurz. Die Transparenz-RL erlaubt einen längeren Zeitraum.

In diesem Absatz wurde die Befreiung gemäß Art. 6 Abs. 2 Transparenz-RL nicht übernommen. Diese Bestimmung hätte vorgesehen, dass im Falle der Veröffentlichung von Quartalsfinanzberichten (gemeint Zwischenberichterstattung im Sinne von IAS 34) die Veröffentlichung einer Zwischenmitteilung entfallen kann.

Z 3 hinsichtlich der Mindestangaben geht über die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 der Transparenz-RL hinaus. Insbesondere ist anzumerken, dass die Angabe eines Ergebnisses vor und nach Steuern in jedem Fall die Aufstellung eines kompletten Abschlusses voraussetzt, also der grundsätzlichen Intention einer verkürzten Berichterstattung nicht entspricht.

Nach Art 6 Abs. 1 der Transparenz-RL sind Zwischenmitteilungen der Geschäftsleitung in einem Zeitraum zwischen zehn Wochen nach Beginn und sechs Wochen vor Ende des betreffenden Sechs-Monatszeitraums zu erstellen. Die § 87 Abs. 5 vorgesehene Frist von einem Monat stellt daher eine wesentliche Verkürzung gegenüber den Anforderungen der Transparenz-RL dar.

Abs. 5 Z 1: In den Erläuterungen der Zwischenmitteilung ist unter anderem auch „die Entwicklung der Kosten und Preise“ anzugeben. Es fehlt hier der Hinweis, welche Kosten und Preise gemeint sind. Da diese Angaben nach der Richtlinie nicht gefordert sind, könnten sie auch gestrichen werden.

Abs. 6 erster Satz: Die bisher verwendete Buchstabenfolge „IFRS“ sollte durch „Internationale Rechnungslegungsstandards“ ersetzt werden.

Im ersten Satz wird weiters – abweichend von der Transparenz-RL - vorgesehen, dass nicht nur der verkürzte Abschluss (gemeint Halbjahresfinanzbericht), sondern auch die gemäß § 87 Abs. 5 für das erste und dritte Quartal vorgesehenen Zwischenmitteilungen nach Maßgabe der gemäß VO 1606/2002/EG übernommenen IFRS aufzustellen sind. Dies würde bewirken, dass die Quartalsberichterstattung des ersten und dritten Quartals zwingend auch nach dem Standard IAS 34 –

Zwischenberichterstattung zu erfolgen hat. Diese Anforderung geht über die Transparenz-RL heraus, da dort ausdrücklich nur für den Halbjahresfinanzbericht die Anwendung von IAS 34 vorgesehen ist. Um den Bestimmungen des § 87 Abs. 5 zu entsprechen, könnte daher im ersten Satz der Teil „... und die Zwischenmitteilung ...“ gestrichen werden.

Das gleiche gilt für die Bestimmungen hinsichtlich der Prüfung sowie der Durchführung einer prüferischen Durchsicht: auch in Abs. 6 zweiter Satz wird – ebenfalls abweichend von der Transparenz-RL – die Zwischenmitteilung in die Bestimmungen über die Veröffentlichung des Ergebnisses einer Prüfung sowie einer prüferischen Durchsicht durch den Abschlussprüfer aufgenommen.

In Abs. 6 dritter Satz wäre die Formulierung „... gleiches gilt für die prüferische Durchsicht ...“ durch die Formulierung „... gleiches gilt für den Bericht über die prüferische Durchsicht ...“ zu ersetzen, da im Unterschied zu einer Prüfung, die mit einem Bestätigungsvermerk als Prüfungsurteil endet, die Durchführung einer prüferischen Durchsicht nach den internationalen Bestimmungen nur zu einem Bericht über die prüferische Durchsicht, der nicht einem Bestätigungsvermerk entspricht, führt.

Ebenso wäre in Abs. 6 letzter Satz der Hinweis auf die Zwischenmitteilung sinngemäß zu streichen.

#### Zu § 91:

Soweit ersichtlich wurde bei "Emittent" immer der Zusatz "dessen Aktien zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind" gestrichen, weil sich dies ohnehin aus § 81a Abs 1 Z 4 ergibt. Das könnte auch in § 91a geschehen.

Warum in § 91 immer noch von "der Aktiengesellschaft" und der "Gesellschaft" (statt auch dort von "Emittent") die Rede ist, erscheint unklar.

#### Zu § 92a:

in § 92 wurde richtigerweise der Terminus "Stimmrechte halten" durch "Stimmrechte ausüben" ersetzt, was auch in den EB festgehalten wurde. Dies könnte auch in § 92a Abs. 1 Z 2 und in § 91 Abs. 2a geschehen.

03. Oktober 2006  
Für die Bundesministerin:  
Dr Sonja Bydlinski

Elektronisch gefertigt

