



Bundesministerium für Finanzen
Hintere Zollamtsstrae 2b
1030 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at

ZI. 13/1 12/105

BMF-090100/0003-III/5/2012

BG, mit dem ein BG über das Wirksamwerden der Verordnung (EU) Nr. xxx/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetz – ZGVG) erlassen wird sowie das Finanzmarktaufsichtsbehordengesetz und das Finalitatsgesetz geändert werden

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

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Inhalt

I. ALLGEMEINES	2
II. Zu Artikel 1 des ENTwurfes (Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetz – ZGVG)...	3
1. Zu  1:	3
2. Zu  2:	3
3. Zu  3	3
4. Zu  4:	5
5. Zu  5:	5
6. Zu  6:	5
7. Zu  7:	5



I. ALLGEMEINES

Am 15. September 2010 hat die Europäische Kommission in Reaktion auf die Finanzkrise einen Verordnungsentwurf zur Regulierung des „over-the-counter“- (OTC) – also des außerbörslichen – Handels von Derivaten vorgelegt.¹ Am 29. März 2012 hat das Europäische Parlament in erster Lesung einen Standpunkt² angenommen, der die Basis des Begutachtungsentwurfs bildete, da die gegenständliche EU-Verordnung (kurz „EU-Verordnung“) zum Zeitpunkt der Erstellung des Entwurfs noch nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht war.³

Der Handel mit Derivaten gilt als einer der Hauptauslöser der weltweiten Finanzkrise. Daher sieht der Entwurf der neuen Verordnung, die den außerbörslichen Derivat Handel sicherer und transparenter machen soll, vor, dass außerbörsliche OTC-Derivate über als zentrale Gegenparteien fungierende Clearinghäuser (CCP) abgewickelt werden müssen, um das Risiko eines einseitigen Kreditausfalls für Anleger zu verringern.⁴ Außerdem soll die EU-Verordnung zu einer Verbesserung der Transparenz von Derivatekontrakten führen.⁵

Um diese Ziele zu erreichen, sieht die EU-Verordnung im Wesentlichen folgende unionsweite Regelungen vor:

- Einführung einer grundsätzlichen Clearingpflicht für jene OTC-Derivate, die für ein Clearing durch eine zentrale Gegenpartei als geeignet eingestuft werden;
- Einführung von Risikomanagementverfahren zur Minimierung des Gegenparteiausfallrisikos im Zusammenhang mit OTC-Derivaten, die keiner Clearingpflicht durch eine zentrale Gegenpartei unterliegen;
- Steigerung der Transparenz durch die Einführung einer Meldepflicht für (zentrale) Gegenparteien hinsichtlich der Einzelheiten der abgeschlossenen Derivatkontrakte an sogenannte Transaktionsregister;
- Harmonisierung der Zulassungs-, Aufsichts- und Organisationsvorschriften für zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister.

Der Gesetzesentwurf beschränkt sich auf die Einfügung jener Bestimmungen in das österreichische Recht, die notwendig sind, damit die oa EU-Verordnung in Österreich wirksam werden kann. Dabei handelt es sich um die Benennung einer zuständigen Behörde zur Mitwirkung am in der EU-Verordnung vorgesehenen Aufsichtssystem, Sanktionsbestimmungen betreffend Verstöße gegen die EU-Verordnung sowie die für einen wirkungsvollen Vollzug notwendigen sonstigen begleitenden Verfahrens- und Aufsichtsvorschriften.

¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, KOM(2010) 484 endgültig vom 15. September 2010.

² Standpunkt des Europäischen Parlaments angenommen in erster Lesung am 29. März 2012 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EU) Nr. .../2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister.

³ EB zum Entwurf des ZGVG, 3 (Allgemeiner Teil).

⁴ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments, Referenz-Nr.:20120329IPR42137.

⁵ EB zum Entwurf des ZGVG, 3 (Allgemeiner Teil).

II. ZU ARTIKEL 1 DES ENTWURFES (ZENTRALE GEGENPARTEIEN-VOLLZUGSGESETZ – ZGVG)

1. Zu § 1:

Mit dieser Bestimmung wird der Zweck des ZGVG definiert, nämlich die für die Wirksamkeit der EU-Verordnung in Österreich erforderlichen Bestimmungen zu schaffen.

2. Zu § 2:

Gemäß Art 22 Abs 1 der EU-Verordnung benennt jeder Mitgliedstaat die zuständige Behörde, die für die Wahrnehmung der aus dieser Verordnung erwachsenden Aufgaben hinsichtlich Zulassung und Beaufsichtigung der in seinem Gebiet niedergelassenen zentralen Gegenparteien verantwortlich ist.

Gemäß Art 10 Abs 5 der EU-Verordnung benennt jeder Mitgliedstaat eine Behörde, die dafür zuständig ist, die Einhaltung der Pflichten für nichtfinanzielle Gegenparteien sicherzustellen.

Der Entwurf sieht für beide genannten Aufgaben eine Zuständigkeit der FMA vor. Dies ist nicht zu beanstanden, da die FMA als Allfinanzaufsicht konzipiert ist und insofern die Einsetzung der FMA für die Umsetzung dieser Aufgabe zweckmäßig erscheint.⁶

3. Zu § 3

a. Gemäß Art 22 Abs 2 der EU-Verordnung stellt jeder Mitgliedstaat sicher, dass die zuständige Behörde mit den für die Ausübung ihrer Funktionen notwendigen Aufsichts- und Untersuchungsbefugnissen ausgestattet ist. § 3 des Entwurfs sieht dazu in den Abs 1 bis 7 eine Ausstattung der FMA mit Aufsichts- bzw Untersuchungsbefugnissen gegenüber zentralen Gegenparteien vor, wobei als Vorbild für die genannten Regelungen § 91 Abs 3 WAG dient. Die Möglichkeit der FMA, die OeNB mit der Vornahme von Prüfungen zu beauftragen, ist bereits bestehenden Regelungen in anderen Aufsichtsgesetzen (etwa ZaDiG und E-Geldgesetz 2010) nachgebildet. Auch die für den Schutz der Clearingmitglieder und Kunden möglichen „Notfallsmaßnahmen“ durch die FMA samt den verfahrensrechtlichen Vorgaben entsprechen weitgehend der im WAG 2007 bestehenden Regelung.⁷ Die Bestimmungen des WAG 2007, die als Vorbild der nunmehr vorgeschlagenen Regelungen des Entwurfs gedient haben, sind das Resultat der Umsetzung der RL 2004/39/EG („MiFID“) und basieren damit – wie der vorliegende Entwurf – auf einer europarechtlichen Grundlage. Da die FMA mit den bestehenden Vorschriften auf Grund der nunmehr mehrjährigen Geltung des WAG 2007 vertraut ist, ist es durchaus sinnvoll, die im WAG 2007 bestehende Regelungssystematik auch für das ZGVG zu übernehmen.

⁶ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 2 Rz 14; § 1 Abs 1 FMABG.

⁷ Vgl EB zum Entwurf des ZGVG zu § 3 ZGVG.

Gemäß Art 22 Abs 3 der EU-Verordnung gewährleistet jeder Mitgliedstaat, dass i Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften geeignete Verwaltungsmaßnahmen getroffen oder den verantwortlichen natürlichen oder juristischen Personen auferle werden können für den Fall, dass den Bestimmungen der EU-Verordnung nicht nachgekommen wird. Auch hier wird die FMA zur Verwendung von bereits an anderen Bereichen des österreichischen Aufsichtsrechts bekannten grundlegenden Aufsichtsmitteln ermächtigt.⁸ Wie oben ausgeführt, gilt auch für die Aufsichtsmittel „Auftrag zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes“ und die „Unterstützung der Geschäftsführung“, dass es durchaus sinnvoll ist, aus anderen Gesetzen bekannte Aufsichtsmittel (konkret verweist der Entwurf auf § 70 Abs 4 Z 1 und 2 BWG) in das neue ZGVG zu implementieren. Die getroffene Regelung ist daher zu begrüßen.

b. Zu § 3 Abs 9 ZGVG, nach dem Bescheide in Verfahren gemäß der EU-Verordnung mit der Hinterlegung bei der FMA als erlassen gelten, ist das Folgende zu bemerken:

Die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des ZGVG führen aus, dass nach österreichischem Recht Bescheide erst mit deren Zustellung als erlassen gelten. Durch die Regelung des Abs 3 (richtig wohl: Abs 9) soll nun sichergestellt werden, dass die Entscheidungsfrist für die FMA nicht unangemessen – zumindest um den Postweg – im Vergleich zu anderen europäischen Behörden verkürzt wird. Der Entwurf verweist dazu beispielhaft auf die Frist gemäß Art 17 Abs 7 iVm Art 19 Abs 2 der EU-Verordnung: Die genannten Vorschriften enthalten für die zuständigen Behörden Fristen von sechs bzw vier Monaten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Abweichung vom Grundsatz, dass ein Bescheid erst mit Zustellung als erlassen gilt, nicht nachvollziehbar und auch nicht erforderlich, zumal der Postweg in der DR wohl nicht länger als einige wenige Tage in Anspruch nehmen wird und eine maßgeblich Verkürzung bestehender Fristen dadurch nicht zu erwarten ist.

Soweit nämlich eine Regelung durch ein auf Art 11 Abs 2 B-VG gestütztes Bedarfsgesetz erfolgt, ist eine abweichende Regelung in einem Materiangesetz nur zulässig, wenn dies durch „besondere Umstände“ erforderlich oder unerlässlich ist. Diese verfassungsgesetzlich geforderte „Erforderlichkeit“ eines Abweichens von der grundlegenden Regelung, wonach ein Bescheid grundsätzlich mit der Zustellung als erlassen gilt, ist – wie gesagt – hier nicht gegeben.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass die Erlassung eines Bescheides (theoretisch) auf unterschiedliche Weise erfolgen kann: In erster Linie erfolgt die Erlassung nämlich wie gesagt durch Zustellung. Grundsätzlich wäre auch die mündliche Verkündung oder etwa, nach Maßgabe besonderer Verwaltungsvorschriften, die Erlassung durch faktische Vornahme der beantragten Amtshandlung (vgl. *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*² § 56 AVG Anm. mwN).

⁸ Vgl. EB zum Entwurf des ZGVG zu § 3 ZGVG.

⁹ *Mayer*, B-VG³ Art 11 II.3 mwN.

Gemäß Art 22 Abs 3 der EU-Verordnung gewährleistet jeder Mitgliedstaat, dass im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften geeignete Verwaltungsmaßnahmen getroffen oder den verantwortlichen natürlichen oder juristischen Personen auferlegt werden können für den Fall, dass den Bestimmungen der EU-Verordnung nicht nachgekommen wird. Auch hier wird die FMA zur Verwendung von bereits aus anderen Bereichen des österreichischen Aufsichtsrechts bekannten grundlegenden Aufsichtsmitteln ermächtigt.⁸ Wie oben ausgeführt, gilt auch für die Aufsichtsmittel „Auftrag zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes“ und die „Untersagung der Geschäftsführung“, dass es durchaus sinnvoll ist, aus anderen Gesetzen bekannte Aufsichtsmittel (konkret verweist der Entwurf auf § 70 Abs 4 Z 1 und 2 BWG) in das neue ZGVG zu implementieren. Die getroffene Regelung ist daher zu begrüßen.

b. Zu § 3 Abs 9 ZGVG, nach dem Bescheide in Verfahren gemäß der EU-Verordnung mit der Hinterlegung bei der FMA als erlassen gelten, ist das Folgende zu bemerken:

Die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf des ZGVG führen aus, dass nach österreichischem Recht Bescheide erst mit deren Zustellung als erlassen gelten. Durch die Regelung des Abs 3 (richtig wohl: Abs 9) soll nun sichergestellt werden, dass die Entscheidungsfrist für die FMA nicht unangemessen – zumindest um den Postweg – im Vergleich zu anderen europäischen Behörden verkürzt wird. Der Entwurf verweist dazu beispielhaft auf die Frist gemäß Art 17 Abs 7 iVm Art 19 Abs 1 und 2 der EU-Verordnung: Die genannten Vorschriften enthalten für die zuständigen Behörden Fristen von sechs bzw vier Monaten. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Abweichung vom Grundsatz, dass ein Bescheid erst mit Zustellung als erlassen gilt, nicht nachvollziehbar und auch nicht erforderlich, zumal der Postweg idR wohl nicht länger als einige wenige Tage in Anspruch nehmen wird und eine maßgebliche Verkürzung bestehender Fristen dadurch nicht zu erwarten ist.

Soweit nämlich eine Regelung durch ein auf Art 11 Abs 2 B-VG gestütztes Bedarfsgesetz erfolgt, ist eine abweichende Regelung in einem Materiengesetz nur zulässig, wenn dies durch „besondere Umstände“ erforderlich oder unerlässlich ist.⁹ Diese verfassungsgesetzlich geforderte „Erforderlichkeit“ eines Abweichens von der grundlegenden Regelung, wonach ein Bescheid grundsätzlich mit der Zustellung als erlassen gilt, ist – wie gesagt – hier nicht gegeben.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man berücksichtigt, dass die Erlassung eines Bescheides (theoretisch) auf unterschiedliche Weise erfolgen kann: In erster Linie erfolgt die Erlassung nämlich wie gesagt durch Zustellung. Grundsätzlich möglich wäre auch die mündliche Verkündung oder etwa, nach Maßgabe besonderer Verwaltungsvorschriften, die Erlassung durch faktische Vornahme der beantragten Amtshandlung (vgl *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze*² § 56 AVG Anm 2 mwN).

⁸ Vgl EB zum Entwurf des ZGVG zu § 3 ZGVG.

⁹ *Mayer*, B-VG³ Art 11 II.3 mwN.

4. Zu § 4:

Hier wird – zusätzlich zu Art 23 der EU-Verordnung, nach dem die zuständigen Behörden untereinander, mit der ESMA, und falls erforderlich, mit dem ESZB eng zusammenarbeiten - darauf verwiesen, dass die FMA die ESMA und deren Bevollmächtigte bei der Aufsicht über Transaktionsregister gemäß den Vorschriften der EU-Verordnung unterstützt. Außerdem wird bestimmt, dass die FMA sich dabei auch auf Amtshilfebestimmungen des FMABG stützen kann. Da sich diese Regelung an den europäischen Vorgaben orientiert, erscheint sie sachgerecht.

5. Zu § 5:

§ 5 betrifft die Tragung der Kosten der Beaufsichtigung durch die FMA und steht im Einklang mit dem bereits bestehenden Kostenverrechnungssystem der FMA.

6. Zu § 6:

§ 6 Abs 1 stellt Verstöße gegen das ZGVG unter Strafe und soll der FMA darüber hinaus ermöglichen, bei Verstößen einer zentralen Gegenpartei gegen zB organisatorische oder aufsichtsrechtliche Anforderungen der EU-Verordnung Geldstrafen zu verhängen.

§ 6 Abs 2 gewährleistet Untersuchungsbefugnisse der FMA auch gegenüber anderen Normadressaten der EU-Verordnung als gegenüber zentralen Gegenparteien.

§ 6 Abs 3 statuiert – auf der Grundlage von Art 12 Abs 2 der EU-Verordnung - die Verpflichtung der FMA, regelmäßig Berichte über die Bewertung der Wirksamkeit der Strafbestimmungen des ZGVG zu veröffentlichen.

7. Zu § 7:

Die Benennung der FMA als erste Instanz für die Verwaltungsstrafverfahren nach ZGVG sowie die lange Verfolgungsverjährungsfrist von 18 Monaten entsprechen der Regelung in § 96 Abs 1 WAG 2007.¹⁰

Des Weiteren sieht § 7 des Entwurfs die Möglichkeit der Veröffentlichung von (aufsichtsrechtlichen) Maßnahmen oder Sanktionen vor. Dies ist auch bereits in anderen Aufsichtsgesetzen vorgesehen und die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf führen aus, dass gemäß Art 12 Abs 2 der EU-Verordnung sogar eine Pflicht zur Veröffentlichung von Sanktionen bestehe, die wegen Verstößen gegen einzelne Bestimmungen der EU-Verordnung (bspw Clearingpflicht und Meldepflicht) verhängt wurden.

Zusätzlich sieht der Entwurf vor, dass auch Maßnahmen nach § 3 Abs 3, 5 und 8, und damit Sanktionen wegen jeglicher Verletzung von Bestimmungen des ZGVG oder der EU-Verordnung veröffentlicht werden können. Auch Sanktionen gegen verantwortliche Beauftragte nach § 9 VStG könnten veröffentlicht werden. In der

¹⁰ Vgl N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer (Hrsg), Wertpapieraufsichtsgesetz § 96 Rz 1 ff.

Literatur wurde bereits behandelt, dass hier in der Praxis gravierende rechtspolitische Bedenken bestehen¹¹, weshalb eine Einschränkung der Bekanntmachungen auf den durch die EU-Verordnung gezogenen Rahmen gefordert wird.

Wien, am 17. Juli 2012

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



¹¹ *Kalss/Oelkers*, Öffentliche Bekanntgabe – ein wirksames Aufsichtsinstrument in der Praxis?, ÖBA 2009, 123 (140 f).