

Univ.-Ass. Mag. Luca Caramanica
c/o Institut für Unternehmens- und Steuerrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, 6020 Innsbruck

An das
Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

Per E-Mail: e-recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

BMF-160400/0007-III/5/2019

Stellungnahme
zum Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das
Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG) geändert wird

142/ME XXVI. GP

1. Einleitung

Die Einrichtung einer Regulatory Sandbox bei der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) wird begrüßt. Dies ist nicht nur geeignet Innovation zu fördern, sondern ermöglicht der FMA einen besseren Einblick in laufende technologische Entwicklungen. Eine Regulatory Sandbox hilft damit Risiken innovativer Finanzprodukte und Finanzdienstleistungen frühzeitig zu erkennen und ihnen präventiv zu begegnen. Ein begleiteter Markteintritt im Rahmen einer Regulatory Sandbox kann auch aus Sicht des Anlegerschutzes effektiver sein, als rein nachträgliche Maßnahmen der FMA.¹ Wird sichergestellt, dass es zu keiner Herabsetzung unionsrechtlicher und nationaler aufsichtsrechtlicher Anforderungen kommt, ist eine (maßgebliche) Regulierungsarbitrage und Wettbewerbsverzerrung nicht zu befürchten.

2. Inhaltliche Anmerkungen

Zu Abs 1 (§ 23a FMABG)

In Abs 1 wird der Begriff „*Sandboxgeschäftsmodell*“ als „*ein in Entwicklung befindliches, innovatives Geschäftsmodell*“ verstanden. Es ist zu erwägen die Innovativität des Geschäftsmodells gemäß Abs 1 in den Erläuterungen zu konkretisieren und klarzustellen, dass eine technische Innovativität hinreichend ist.

Nach den Erläuterungen zu Abs 1 handelt es sich bei Sandboxgeschäftsmodellen, „[...] *um in Entwicklung befindliche Geschäftsmodelle, welche vor Eintritt in die Sandbox noch nicht*

¹ Vgl auch *Krimphove/Rohwetter*, Regulatory Sandbox – Sandkastenspiel auch für Deutschland? Zur Möglichkeit einer „vereinfachten“ aufsichtsrechtlichen Prüfung von FinTechs, BKR 2018, 494 (498).

betrieben wurden.“ Im nächste Satz heißt es differenzierend: „Ausgenommen davon sind nur jene Geschäftsmodelle, welche gemäß Abs. 2 Z 1 lit. b von einem Antragsteller, der bereits über eine Konzession, Genehmigung, Zulassung oder Registrierung nach einem der in § 2 Abs. 1 bis 4 angeführten Bundesgesetze verfügt und seinen Antrag gemeinsam mit einem nicht nach einem in § 2 Abs. 1 bis 4 angeführten Bundesgesetz konzessions-, genehmigungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Unternehmen stellt: In diesen Fällen muss sich nur die Tätigkeit des nicht konzessions-, genehmigungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Unternehmens in Entwicklung befinden.“² Der inhaltliche Gehalt dieser Differenzierung für das Tatbestandsmerkmal des Sandboxgeschäftsmodells ist unklar. Es wird angeregt den Sinngehalt der Differenzierung klarer zum Ausdruck zu bringen und auch in den Gesetzestext einfließen zu lassen. Dabei bietet sich an, auch das Verhältnis zwischen der soeben zitierten Differenzierung in den Erläuterungen zu Abs 1 und den Satz „Auch Unternehmen, denen bereits eine Berechtigung von der FMA oder der Europäischen Zentralbank erteilt wurde, können in die Sandbox aufgenommen werden, wenn sie ein neues, in Entwicklung befindliches Geschäftsmodell testen wollen“ aus den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 aufzuklären.

Zu Abs 2 Z 1 (§ 23a FMABG)

Bezüglich Abs 2 Z 1 lit a ist auf einen Widerspruch zu den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 hinzuweisen. Während letztere ein Geschäftsmodell verlangen, das „[...] mit sehr großer Wahrscheinlichkeit einer Konzession, Genehmigung, Zulassung oder Registrierung durch die FMA bedarf [...]“, lässt der Gesetzestext es genügen, wenn „[...] eine Beurteilung als konzessions-, genehmigungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit nach einem der in § 2 Abs. 1 bis 4 angeführten Bundesgesetze oder gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 zumindest denkmöglich [...]“ ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass Abs 2 Z 1 nicht an den Antragssteller, sondern an das Sandboxgeschäftsmodell bestimmte Voraussetzungen stellt. Neben dem Wortlaut der Bestimmung, kommt dies auch in den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 zum Ausdruck: „Z 1 stellt nicht darauf ab, ob eine Berechtigung oder keine Berechtigung des Antragstellers vorliegt. Es kommt vielmehr darauf an, ob die FMA oder die Europäische Zentralbank für die Aufsicht der in der Sandbox zu testenden Tätigkeit zuständig ist.“ Vor diesem Hintergrund ist Abs 2 Z 1 lit b zu betrachten. Dieser verlangt, dass dem Antragsteller „[f]ür das Sandboxgeschäftsmodell [...] bereits eine Konzession, Genehmigung, Zulassung oder Registrierung nach einem der in § 2 Abs. 1 bis 4 angeführten Bundesgesetze erteilt [wurde]“. Nach Wortlaut und Systematik (insb als Alternativvariante zu Abs 2 Z 1 lit a) fallen daher jene Antragsteller, die zwar bereits über eine Konzession, Genehmigung, Zulassung oder Registrierung nach einem der in § 2 Abs 1 bis 4 angeführten Bundesgesetze verfügen, diese jedoch nicht für das betreffende Sandboxgeschäftsmodell erhalten haben, nicht unter Abs 2 Z 1 lit b. Sandboxgeschäftsmodelle solcher Antragsteller müssten demnach Abs 2 Z 1 lit a genügen. Sollte dies bezweckt sein, wird zur Erwägung gestellt auch solchen Antragstellern, obgleich sie nicht unter Abs 2 Z 1 lit b fallen, die Möglichkeit zu schaffen, gemeinsam mit nicht konzessions-, genehmigungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Unternehmen einen Antrag auf Aufnahme in die Sandbox stellen zu können.

² Sämtliche Hervorhebung in der Stellungnahme durch den Verfasser.

Die Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 scheinen möglicherweise ein – von Wortlaut und Systematik – abweichendes Bild zu zeichnen, wenn sie ausführen: *„Auch Unternehmen, denen bereits eine Berechtigung von der FMA oder der Europäischen Zentralbank erteilt wurde, können in die Sandbox aufgenommen werden, wenn sie ein neues, in Entwicklung befindliches Geschäftsmodell testen wollen. Diese Unternehmen können ihren Antrag auch gemeinsam mit Unternehmen stellen, deren Geschäftsmodell keiner Berechtigung der FMA bedarf.“* Denn daraus kann abgeleitet werden, dass Unternehmen, denen bereits eine Berechtigung von der FMA oder der Europäischen Zentralbank erteilt wurde, dann unter Abs 2 Z 1 lit b fallen sollen (arg: nur jenen Unternehmen, die unter Abs 2 Z 1 lit b fallen, steht es offen einen Antrag gemeinsam mit Unternehmen zu stellen, deren Geschäftsmodell keiner Berechtigung der FMA bedarf), *„wenn sie ein neues, in Entwicklung befindliches Geschäftsmodell testen wollen“*. Dabei könnte die Wortfolge *„ein neues“* zum Ausdruck bringen, dass das zu testende Sandboxgeschäftsmodell nicht jenes Geschäftsmodell sein muss, für welches das Unternehmen bereits seine Berechtigung erhalten hat. Folglich würde ein Sandboxgeschäftsmodell immer dann unter Abs 2 Z 1 lit b fallen, wenn der Antragssteller bereits über eine Berechtigung verfügt. Sollte dies bezweckt sein muss allerdings folgendes beachtet werden: Fällt ein Sandboxgeschäftsmodell unter Abs 2 Z 1 lit b, ist es für die Aufnahme in die Sandbox unerheblich, ob das Sandboxgeschäftsmodell den Voraussetzungen des Abs 2 Z 1 lit a genügt (arg: *„oder“*). Im Ergebnis könnten damit Sandboxgeschäftsmodelle von Unternehmen, die bereits über eine Berechtigung verfügen, der Voraussetzung des Abs 2 Z 1 entsprechen, ohne dass die FMA für die Aufsicht der in der Sandbox zu testenden Tätigkeit zuständig ist (zB wenn eine gewerbliche Ausgabe von E-Geld oder ein öffentliches Angebot von Wertpapieren nicht im Inland erfolgen soll). In den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 heißt es aber: *„Z 1 stellt nicht darauf ab, ob eine Berechtigung oder keine Berechtigung des Antragstellers vorliegt. Es kommt vielmehr darauf an, ob die FMA oder die Europäische Zentralbank für die Aufsicht der in der Sandbox zu testenden Tätigkeit zuständig ist.“*

Vor dem Hintergrund der soeben gemachten Ausführungen wird angeregt in den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 klarer zum Ausdruck zu bringen, unter welchen Voraussetzungen ein Sandboxgeschäftsmodell unter Abs 2 Z 1 lit b fällt.

In den Erläuterungen zu Abs 2 Z 1 findet sich folgender Satz: *„Für einen solchen Antrag soll ein rechtsverbindlicher Vertrag zwischen den beiden Unternehmen bestehen, der gewährleistet, dass es während der Dauer der Sandbox zu keiner einseitigen Kündigung einer Partei kommen kann.“* Sofern dies eine Voraussetzung zur Aufnahme in die Sandbox darstellen soll, wird angeregt den Sinngehalt in den Gesetzestext aufzunehmen.

Zu Abs 2 Z 2 und Z 5 (§ 23a FMABG)

Es wird angeregt das Verhältnis zwischen Abs 2 Z 1 lit a und Z 2 lit a in den Erläuterungen zu konkretisieren. Während Abs 2 Z 1 lit a von *„[...] zumindest denkmöglich [...]“* spricht, verlangt Abs 2 Z 2 lit a, dass *„die Ausführung des Sandboxgeschäftsmodells [...] eine aufsichtsrechtliche Beurteilung der FMA nach den in § 2 Abs. 1 bis 4 angeführten Bundesgesetzen erfordert.“*

Gemäß Abs 2 Z 5 ist die Aufnahme in die Sandbox nur dann zulässig, wenn *„[...] zu erwarten [ist], dass allfällige offene aufsichtsrechtliche Fragen im Rahmen der Sandbox abgeklärt*

werden können.“ Das Wort „*allfällige*“ lässt den Umkehrschluss zu, dass Abs 2 Z 5 auch dann erfüllt ist, wenn keine offenen aufsichtsrechtlichen Fragen bestehen, welche im Rahmen der Sandbox abgeklärt werden könnten. Dies steht im Widerspruch zu den Erläuterungen zu Abs 2 Z 5, wonach „*[j]ene Geschäftsmodelle, welche die FMA bereits mit Bescheid uneingeschränkt gestattet oder beauskunftet hat oder jene die keine aufsichtsrechtlichen Sachverhalte erfüllen, [...] nicht der Voraussetzung der Z 5 [entsprechen]*“. Es wird angeregt das Wort „*allfällige*“ (im Gesetzestext und in den Erläuterungen zu Abs 2 Z 5) zu streichen oder die Erläuterungen entsprechend anzupassen.

Zu Abs 3 (§ 23a FMABG)

Es ist auf einen Widerspruch zwischen Abs 3 erster Satz und den Erläuterungen zu Abs 3 hinzuweisen. Während die FMA gemäß Abs 3 erster Satz dem Bundesministerium für Finanzen „*[...] vollständige und beurteilungsreife Anträge gemäß Abs 2 zur Kenntnis zu bringen [...]*“ hat, findet sich in den Erläuterungen der Satz: „*Erst mit Stellungnahme des Regulatory Sandbox Beirats ist der Antrag vollständig.*“

Unklar ist auch, was mit dem nachfolgenden Satz in den Erläuterungen genau gemeint ist: „*Bei der Prüfung der Voraussetzungen des Abs. 2 Z 2 lit. c (volkswirtschaftliches Interesse), Abs. 2 Z 3 (Testreife) und Abs. 2 Z 4 (Beschleunigung Markt reife) hat sich die FMA grundsätzlich auf die Stellungnahme des Regulatory Sandbox Beirat zu stützen, sofern keine begründeten Zweifel an deren Richtigkeit bestehen.*“ Nachdem die FMA gemäß § 1 letzter Satz FMABG in Ausübung ihres Amtes an keine Weisungen gebunden ist, wird der Stellungnahme des Regulatory Sandbox Beirats (nur) ein konsultativer Charakter zukommen. Es wird daher angeregt die Erläuterungen klarstellend wie folgt anzupassen: „*[...] kann sich die FMA grundsätzlich auf die Stellungnahme des Regulatory Sandbox Beirat stützen [...]*.“

Zu Abs 4 (§ 23a FMABG)

Nach Abs 4 „*[darf] Werbung von Teilnehmern der Sandbox [...] nicht den Eindruck erwecken, dass die Teilnahme an der Sandbox einen Vorteil für Konsumenten darstellt*“. Da Abs 4 wohl nicht auf den Konsumentenbegriff des KSchG bezugnehmen will, sondern vielmehr undifferenziert den Schutz aller (potenziellen) Kunden des Teilnehmers bezweckt, wird im Sinne einer einheitlichen Rechtssprache angeregt das Wort „*Konsumenten*“ klarstellend mit dem Wort „*Kunden*“ zu ersetzen.

Innsbruck, am 15. Mai 2019