

Bundesministerium für Finanzen
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

e-Recht@bmf.gv.at

BEREICH Integrierte Aufsicht
GZ FMA-LE0001/0019-LAW/2011
(bitte immer anführen!)

SACHBEARBEITER/IN Dr. Sergio Materazzi, LL.M.
TELEFON (+43-1) 249 59 -4314
TELEFAX (+43-1) 249 59 -4399

WIEN, AM 07.10.2011

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bankwesengesetz, das Börsegesetz, das Finalitätsgesetz, das Finanzkonglomeratengesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Kapitalmarktgesetz, das Ratingagenturenvollzugsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz und das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 geändert werden; GZ. BMF-040402/0007-III/5/2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

die FMA bedankt sich für die Möglichkeit, zum oben angeführten Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu können.

Die **FMA begrüßt die regulatorische Weiterentwicklung der Eigenmittelanforderungen** für Handelsbuch und Wiederverbriefungen durch Umsetzung der CRD III-Richtlinie im BWG. Ebenso ausdrücklich befürwortet wird die **Stärkung der Kooperation im Europäischen Finanzmarktaufsichtssystem** durch Umsetzung der Omnibus-Richtlinie.

Vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Integration europäischer und internationaler Finanzmärkte stellen diese Maßnahmen einen **bedeutenden Schritt** für die **europäische Finanzmarktregulierung** sowie eine weitere **Verstärkung der Zusammenarbeit** zwischen den europäischen Finanzmarktaufsichtsbehörden dar.

Anpassungsbedarf besteht aus Sicht der FMA hingegen bezüglich der im Entwurf vorgesehenen Novellierung der **Bestimmungen des VAG zu Beteiligungen** von Trägervereinen und Privatstiftungen **an Versicherungsaktiengesellschaften**. Insbesondere sollte der **Sicherstellung der behördlichen Vollziehbarkeit** der geplanten Änderungen Rechnung getragen werden.

Im Einzelnen regt die FMA folgende Änderungen an:

a) Zu den Änderungen des BWG

Zu § 39c BWG-E

Es wird angeregt, die Aufgaben des Vergütungsausschusses dahingehend zu ergänzen, dass dieser auch Beschlüsse über die Vergütungspolitik ausarbeiten soll. Dies würde einerseits der Formulierung von Anhang V Punkt 24 der RL 2006/48/EG idF der RL 2010/76/EU Rechnung tragen. Andererseits würde das seitens der FMA grundsätzlich begrüßenswerte Institut des Vergütungsausschusses insofern eine Aufwertung erfahren, als diesem neben einer kontrollierenden auch eine aktive, gestaltende Rolle in der Vergütungspolitik zukommen würde.

Zu § 74 BWG-E

Gemäß § 74 Abs. 7 BWG-E hat die FMA nunmehr Meldestichtage, die Gliederung und Inhalte der Meldungen und die Meldeintervalle gemäß Abs. 1 bis 5 durch Verordnung festzusetzen. In den Abs. 1 (VERA) und 5 (STDM) werden allerdings die Meldeintervalle weiter vorgeschrieben, womit es zu einem Widerspruch zwischen Abs. 7 und den Abs. 1 und 5 kommt. Ein gewisser Spielraum für die Behörde ist allerdings deswegen erforderlich, da sich neben den technischen Durchführungsstandards zu COREP (ONA) auch aus anderen EBA-Guidelines Anforderungen an das Meldewesen ergeben (z.B. Guidelines zur Sammlung von Informationen zur Vergütung, welche in der VERA-Meldung umzusetzen sind, wobei aber bloß eine jährliche Erhebung erforderlich ist). In § 74 Abs. 7 BWG sollte der zweite Satz deshalb wie folgt angepasst werden:

„Die FMA kann dabei festlegen, dass einzelne Positionen der Abs. 1, 2 und 5 in einem kürzeren Intervall zu übermitteln sind.“

Zu § 77 Abs. 5 BWG-E

Wie im WAG 2007 sollten auch Ermittlungen (vgl. § 91 Abs. 4 Z 11 WAG 2007) in die Datenarten gemäß § 77 Abs. 4 BWG aufgenommen werden. Dies hätte – höchst praxisrelevant – zur Folge, dass alle Informationen, die nach den Bestimmungen des BWG ermittelt werden können, unter den Bedingungen des § 77 Abs. 5 BWG auch ausgetauscht werden können.

Es wird daher angeregt, in § 77 Abs. 4 Z 18 BWG vor dem Wort „Maßnahmen“ die Wortfolge „Ermittlungen nach § 70 Abs. 1,“ einzufügen.

Zu § 77a BWG-E

Die Überschrift „Aufsichtskollegien und Kooperationsvereinbarungen“ sollte zu § 77b BWG (statt zu § 77a BWG) eingefügt werden.

Zu den Erläuternden Bemerkungen

- Allgemeines

Es wird abwechselnd und damit uneinheitlich der Begriff Anhang (z.B. zu § 22p Abs. 1 BWG) und dann wieder Annex (z.B. zu § 39c BWG) verwendet.

– Zu § 2 Z 61a und 65a

Hierbei handelt es sich um die Umsetzung der Art. 4 Abs. 40a und 40b der RL 2006/48/EG (nicht 2006/49/EG).

b) Zu den Änderungen des Börsegesetzes

Zu § 14 Abs. 1 Z 4 BörseG-E

Die FMA begrüßt ausdrücklich die Neufassung der Wortfolge in § 14 Abs. 1 Z 4 BörseG-E, mit welcher dem VfGH-Erk. vom 4.3.2011, G 105/10, Rechnung getragen werden soll.

Zu den Erläuternden Bemerkungen zu § 14 Abs. 1 Z 4 BörseG-E

In Satz 3 der Begründung sollte im Rahmen der demonstrativen Aufzählung jener Fälle, in denen eine Ermessensausübung beim Ausschluss der Börsemitgliedschaft zulässig sein kann, die Wortfolge „kein Verschulden“ entfallen, da gemäß § 5 VStG das Vorliegen von Verschulden stets Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe ist.

Auch sollte in Satz 3 zwecks Klarstellung, dass das Prinzip der Gesamtverantwortung des vertretungsbefugten Organs gemäß § 9 Abs. 1 VStG (sofern kein verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellt wurde) unberührt bleibt, der Begriff der „Zuständigkeit“ des bestraften Geschäftsleiters durch jenen der „Ressortzuständigkeit“ ersetzt werden.

Ebenfalls regen wir an, in Satz 3 den Begriff der „wahrnehmbaren“ Störung des Anlegervertrauens und der Finanzmarktintegrität durch den Begriff der „schwerwiegenden“ Störung zu ersetzen; in den meisten Marktmanipulationsfällen kommt es zu einer „wahrnehmbaren“ Störung des Anlegervertrauens (nämlich im Sinne einer Täuschung hinsichtlich der Qualität und Verlässlichkeit des gebildeten Preises) und der Finanzmarktintegrität.

Weiters wird insbesondere angeregt, die Sätze 4 und 5 der Begründung (insbesondere: „der im Vergleich zu anderen Vergehen grundsätzlich besonders hohe Unrechtsgehalt der Marktmanipulation“) entfallen zu lassen. Im gegenteiligen Fall wäre trotz Neufassung des § 14 Abs. 1 Z 4 BörseG-E in den überwiegenden Fällen einer rechtskräftig festgestellten Marktmanipulation davon auszugehen, dass die Mitgliedschaft der Börsemitglieder von der Wiener Börse AG zu kündigen ist, da Verstöße gegen § 48c BörseG mit hohem Unrechtsgehalt behaftet wären. Eine solche durch den Gesetzgeber abstrakt festgelegte Wertung eines besonders hohen Unrechtsgehalts würde somit dem Anliegen zuwiderlaufen, eine Differenzierung im Rahmen der Ermessensausübung beim Ausschluss der Mitgliedschaft zu erlauben.

Zusammenfassend wird angeregt, die Begründung zu § 14 Abs. 1 Z 4 BörseG-E sprachlich wie folgt anzupassen:

„Die Änderung trägt der Aufhebung einer Wortfolge im geltenden § 14 Abs. 1 Z 4 durch den VfGH Rechnung. Mit Erk. vom 4. März 2011, G 105/10, wurde die geltende Formulierung als verfassungswidrig erkannt, da sie im Fall von Bestrafungen nach § 48c keine Ermessensausübung beim Ausschluss von der Mitgliedschaft ermöglichte. Wie sich in Anlassfällen zeigte, besteht jedoch die Notwendigkeit, wie bei Bestrafungen nach § 48 Ermessen ausüben zu können (z.B. nur geringfügiger Unrechtsgehalt, kein Verschulden bzw. keine ~~Zuständigkeit~~ Ressortzuständigkeit des bestraften Geschäftsleiters, keine ~~wahrnehmbare~~ schwerwiegende Störung des Anlegervertrauens und der Finanzmarktintegrität u.ä.). Bei der Ermessensausübung wird jedoch der im Vergleich zu anderen Vergehen grundsätzlich besonders hohe Unrechtsgehalt der Marktmanipulation zu beachten sein, wie er sich schon aus der Höhe des Strafrahmens gemäß § 48c ergibt. Die verfassungskonforme Ermessenseinräumung ändert somit grundsätzlich nichts an der vom Gesetzgeber getroffenen Wertung des Unrechtsgehalts der Marktmanipulation. Die verfassungskonforme Neuregelung ist dringend geboten, da ansonsten die Aufhebung des Ausschlussgrundes der Bestrafung nach § 48c am 1. Jänner 2012 in Kraft treten würde, somit Verstöße gegen § 48c überhaupt nicht mehr als Ausschlussgrund gelten würden.“

Zu § 48q Abs. 6 BörseG-E

Die in § 48q Abs. 6 BörseG-E vorgesehene jährliche Übermittlungsverpflichtung zusammengefasster Informationen an ESMA soll alle „gemäß diesem Paragraphen ergriffenen Verwaltungsmaßnahmen und Sanktionen“ zum Gegenstand haben. Verwaltungsmaßnahmen nach § 48q Abs.1 BörseG umfassen auch beispielsweise die Versendung eines Auskunftersuchens oder das Fotokopieren von Unterlagen. Die Übermittlung derartiger Informationen wäre unter verwaltungsökonomischen Gesichtspunkten und aus Sicht der Marktaufsicht nicht sinnvoll und ist wohl auch nicht intendiert.

Auch die europarechtlichen Grundlagen sprechen dafür, dass die Übermittlung derartiger Informationen nicht beabsichtigt ist. Art. 14 Abs. 5 der RL 2003/6/EG (MAD) idF der RL 2010/78/EU enthält einen Verweis auf „gemäß den Absätzen 1 und 2 ergriffenen Verwaltungsmaßnahmen und verhängten Sanktionen“. Art 14 Abs. 1 MAD spricht von „Verstößen gegen die gemäß dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften“ und von „geeigneten Verwaltungsmaßnahmen ... oder im Verwaltungsverfahren zu erlassenden Sanktionen“. Diesbezüglich wäre zu beachten, dass es sich bei § 48q BörseG um eine Sammelnorm von Vorschriften aus der MAD handelt (siehe die Materialien zu BGBl. I 2004/127) und nach § 48q BörseG keine Sanktionen verhängt werden. Ein pauschaler Verweis auf den gesamten § 48q BörseG erscheint somit nicht geeignet, Art 14 Abs 5 MAD idF der RL 2010/78/EU in nationales Recht umzusetzen.

Aus diesem Grund sollte der Anwendungsbereich des § 48q Abs. 6 BörseG folgendermaßen angepasst werden:

„(6) Die FMA hat der ESMA jährlich eine Zusammenfassung von Informationen zu allen gemäß § 48 Abs 1 Z 2, § 48c sowie § 48q Abs 3 und 4 diesem Paragraphen ergriffenen Verwaltungsmaßnahmen und von ihr verhängten Sanktionen zu übermitteln. Hat die FMA eine Verwaltungsmaßnahme oder eine Sanktion gemäß Abs. 4 der Öffentlichkeit bekannt gemacht, so unterrichtet sie die ESMA gleichzeitig darüber.“

Zu § 48r BörseG-E

Im Zuge der immer stärkeren Vernetzung und Integration internationaler Finanzmärkte ist die FMA zunehmend mit Sachverhalten konfrontiert, die Transaktionen und Marktteilnehmer mit Anknüpfungspunkt in Drittländern zum Gegenstand haben. Zum Zwecke einer wirksamen Zusammenarbeit mit Aufsichtsbehörden aus Drittländern wird angeregt, die

Informationsaustauschs- und Zusammenarbeitsbestimmungen des § 48r BörseG auf für die Aufsicht über Finanzmärkte zuständige Behörden aus Drittländern zu erstrecken.

c) Zu den Änderungen des WAG 2007

Zu § 94 Abs. 5 WAG 2007-E

Die Formulierung müsste wohl wie folgt lauten:

„Die FMA übermittelt der ESMA jährlich eine Zusammenfassung von Informationen über alle wegen Verstößen gegen die nach diesem Bundesgesetz erlassenen Vorschriften oder auf Grund von § 48 Abs. 5 BörseG ergriffenen Verwaltungsmaßnahmen und verhängten Sanktionen.“

Zu § 97 Abs. 1 2. Satz WAG 2007-E

Die FMA ist bereits durch die geltende Fassung des § 97 Abs. 1 WAG 2007 als einzige Kontaktstelle im Sinne von Art. 56 Abs. 1 der RL 2004/39/EG eingerichtet. Da neben der FMA keine weiteren Behörden für die Entgegennahme von Ersuchen um Austausch von Informationen oder um Zusammenarbeit gemäß dieser Bestimmung in Betracht kommen, wäre der zweite Satz zu streichen und die nunmehr in Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie 2004/39/EG vorgesehene Mitteilung der „Kontaktbehörde“ an Kommission und ESMA direkt durch das BMF zu veranlassen. Hierfür spricht auch Art. 56 Abs. 1 der RL 2004/39/EG idF der RL 2010/78/EU, in welchem der Begriff „Mitgliedstaaten“ an Stelle des Begriffs der „zuständigen Behörde“ Verwendung findet.

a) Zu den Änderungen des VAG

Zu § 56 Abs. 3 VAG-E

Eine Änderung des § 56 VAG, der die Auflösung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit betrifft, stellt sich als überflüssig dar und kann daher ersatzlos entfallen.

Schon derzeit ist normiert, dass der Auflösungsbeschluss des Vereins der Genehmigung durch die FMA bedarf und diese Genehmigung dann zu versagen ist, wenn die Interessen der Mitglieder aus dem Mitgliedschaftsverhältnis nicht ausreichend gewahrt sind. Nichts Anderes regelt § 56 Abs. 3 Z 3 VAG-E; die neu formulierte Z 1 ist lediglich ein Unterfall der Z 3 (keine ausreichende Wahrung der Mitgliederinteressen aufgrund der beschlossenen Verteilungsgrundsätze) und kann daher entfallen. Z 2 betrifft nur die Sonderfälle bei (und nach) der Einbringung in eine Aktiengesellschaft und wäre daher systematisch dort zu regeln.

Zu § 56 Abs. 3 Z 2 (sowie § 61f Abs. 3 Z 3a lit b) VAG-E

Es ist unklar, weshalb vom „wesentlichen Kernaktionär“ gesprochen wird, obwohl die Beteiligung des Vereins (also des gemeinten Aktionärs) in diesen Fällen unter 26 % gesunken ist und keine gesellschaftsrechtliche Sperrminorität unter diesen Bedingungen mehr besteht.

§ 56 Abs. 3 Z 2 VAG-E determiniert weder wann die FMA einen „wesentlichen Kernaktionär“ annehmen soll, noch wann eine „volkswirtschaftliche Schädigung“ vorliegen soll und worin sie bestehen soll.

Des Weiteren ist anzumerken, dass der Gesetzeszweck des VAG der Versichertenschutz ist und an keiner geltenden Gesetzesstelle auf das volkswirtschaftliche Interesse Bezug genommen wird. Diesbezüglich kann aus Sicht des EU-Rechts und insbesondere der Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit eine „volkswirtschaftliche Schädigung“ nicht allein in einem Wegfall eines inländischen (Kern-)Aktionärs bestehen. Zudem wird die Zuverlässigkeit und finanzielle Solidität eines Eigentümerwechsels bereits im Verfahren nach §§ 11b ff VAG geprüft; vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen einer „volkswirtschaftlichen Schädigung“ im Fall einer positiven Beurteilung der Zuverlässigkeit und finanziellen Solidität eines Erwerbers durch die FMA schwer vorstellbar.

Angesichts einer so schwerwiegenden Rechtsfolge wie der Auflösung eines Versicherungsvereins bzw. einer (Versicherungsverein-)Privatstiftung wäre es erforderlich, die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale klar und eindeutig zu formulieren (wie es derzeit mit der 26%-Regelung der Fall ist). Weiters ist zu bedenken, dass es hier um die Genehmigung von Auflösungsbeschlüssen des Vereins, also um freiwillige Vereinsauflösungen geht. Ein solcher Eingriff erscheint dann gerechtfertigt, wenn die Auflösung dem Gesetzeszweck des VAG, dem Versichertenschutz, widersprechen würde, d.h. hier die Interessen der Mitglieder aus dem Mitgliedschaftsverhältnis – welche nicht immer mit den Interessen der Konzernleitung deckungsgleich sind – nicht ausreichend gewahrt wären.

Aus diesen Gründen lehnt die FMA diesen Genehmigungsversagungsgrund ab.

Zu § 61b Abs. 5 VAG-E

Bislang bestimmte das Gesetz eine Auflösung des Vereins ex lege, wenn sein Anteil an der Aktiengesellschaft, in die sein Versicherungsbetrieb eingebracht worden war, unter 26% sank. Diese Auflösung schon aufgrund des Gesetzes soll nunmehr durch eine Auflösung aufgrund eines vom obersten Organ des Vereins zwingend zu fassenden Auflösungsbeschlusses ersetzt werden. Nicht ersichtlich ist, worin der Vorteil liegen soll, dass nun der Verein „unverzüglich einen Auflösungsbeschluss ... zu fassen“ hat, ihm also kein Handlungsspielraum eingeräumt wird.

Des Weiteren wird im letzten Satz der Erläuterungen zu § 61b Abs. 5 VAG-E festgehalten:

„Ist eine Auflösung des Vereins aus den im Gesetz genannten Gründen nicht möglich, hat die FMA die unverzügliche Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes anzuordnen.“

Dieser Satz ist insofern unklar, als das Sinken des Anteils unter 26% nicht gesetzwidrig ist. Die FMA mag den vielleicht darin liegenden Gedanken einer „**2-Stufen-Auflösung**“ aufgreifen, die etwa folgendermaßen legislativ ausgestaltet sein könnte: Sinkt der Anteil des Vereins unter 26%, so ist in einer ersten Stufe von der FMA dem Verein eine angemessene

Frist einzuräumen, um den Mindestanteil von 26% wiederherzustellen. Sollte der Verein dies nicht tun, dann hat die FMA (als zweite Stufe) den Verein aufzulösen (ähnlich wie sie bei Nichtdurchführung der im Solvabilitäts- oder Finanzierungsplan vorgesehenen Maßnahmen die Konzession nach § 7b Abs. 1 Z 2 VAG zu widerrufen hat). So würde dem Verein selbst die Möglichkeit eingeräumt, bei kurzfristiger Unterschreitung des Mindestanteils durch entsprechende Maßnahmen die Vereinsauflösung zu verhindern.

Die FMA lehnt daher diese gesetzliche Neuregelung ab und regt an, vorzugsweise bei der bisherigen gesetzlichen Regelung zu bleiben (Auflösung ex lege) oder aber hilfsweise eine „2-Stufen-Lösung“ vorzusehen.

Zu § 61e Abs. 1 Z 2 VAG-E

Für diese Änderung sieht die FMA keine Notwendigkeit.

Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die bestehende Regelung in lit a und lit b zu gliedern. Dabei sollte gleichwohl, auch lit b betreffend, an der bisherigen Formulierung festgehalten werden, zumal erst durch Satzungsbestimmungen oder sonstige Rechtsgrundlagen die geforderte maßgebliche Einflussmöglichkeit gewährleistet werden kann.

In lit c des Entwurfs wird auf eine Mindestbeteiligung verzichtet und statt dessen auf einen „vergleichbaren maßgeblichen Einfluss“ abgestellt. Demgegenüber ist die klarere und praxisbewährte derzeitige gesetzliche Regelung, die im Wesentlichen auf die gesellschaftsrechtliche Sperrminorität abstellt, zu bevorzugen. Zur Herstellung der behördlichen **Vollziehbarkeit** der neuen Regelung müsste jedenfalls eine gesetzliche Konkretisierung jener Instrumente erfolgen, die geeignet sind, einen „vergleichbaren maßgeblichen Einfluss“ sicher zu stellen.

Ebenfalls unklar erscheint der letzte Teil des § 61e Abs. 1 Z 2 VAG-E: Das Erfüllen der gesetzlichen Anforderungen nach § 61e Abs. 1 Z 2 VAG ist Voraussetzung für die Nicht-Auflösung des Vereins. Hinsichtlich der aufsichtsbehördlichen Überprüfung hält das derzeit geltende Gesetz fest: „Diese Einflussmöglichkeit ist der FMA im Zuge des Genehmigungsverfahrens nach § 13a Abs. 1 nachzuweisen.“ Systematisch geht es also um eine Genehmigung nach § 13a VAG, nicht um eine eigene Genehmigung nach § 61e VAG. Insofern bedarf es auch keiner Genehmigung nach § 61e VAG-E hinsichtlich nachträglicher Änderungen. Sollte es sich um Satzungsänderungen handeln, besteht diesbezüglich bereits eine Genehmigungspflicht, ansonsten liegt es im Interesse des Vereins, dass durch Änderungen keine Auflösung des Vereins bewirkt wird. Bei allfälligen Zweifeln wäre (wie auch bei anderen aufsichtsrechtlichen Fragen) Kontakt mit der FMA anzuraten.

Hinsichtlich der Formulierung, eine nachträgliche Änderung der Einflussmöglichkeiten erfordere eine „unverzögliche Genehmigung“ durch die FMA, geht die FMA von einem redaktionellen Versehen aus. Beabsichtigt war wohl, dass eine Änderung unverzüglich anzuzeigen sei. Sollte dem entgegenstehend an einer eigenständigen Genehmigung nach

§ 61e Abs. 1 Z 2 VAG-E festgehalten werden, wäre auch noch hinsichtlich lit b der Genehmigungsmaßstab im Gesetz zu normieren.

Zu § 61e Abs. 3 VAG-E

Offenbar ist hier bezweckt, eine § 61b Abs. 5 entsprechende Bestimmung zu schaffen. Hinsichtlich der hier in Z 2 vorgeschlagenen Rechenweise wird angemerkt, dass die prozentmäßige Beteiligung an der Aktiengesellschaft unabhängig davon zählen würde, ob diese am operativen Versicherungsunternehmen 100% oder lediglich 50% plus eine Stimme hielte.

Hinsichtlich lit c (des § 61e Abs. 1 Z 2) bleibt unklar, was mit „gemeinsam ausübbarer Einfluss mehrerer Vereine“ gemeint ist und weshalb eine solche Regelung für den Fall, in dem keine Mindestbeteiligung verlangt wird, als erforderlich angesehen wird.

Zu § 61f Abs. 3 Z 3a bis 3d VAG-E

In § 61f Abs. 3 Z 3a VAG-E wird – wohl versehentlich – die Aufzählung lit a und lit b zweimal verwendet.

Die beabsichtigte gesetzliche Verpflichtung des Stiftungsvorstands, bei Unterschreitung der gesetzlichen Mindestgrenze einen einstimmigen Auflösungsbeschluss zu fassen, wird seitens der FMA – wie bei § 61b Abs. 5 VAG-E – nicht für sinnvoll erachtet. Dementsprechend sollte die bezweckte Rechtsfolge der Auflösung unmittelbar an gesetzliche Merkmale geknüpft werden und nicht an einen dem Stiftungsvorstand aufgezwungenen Auflösungsbeschluss.

Wie oben zu § 56 Abs. 3 VAG-E festgehalten, ist hinsichtlich der Genehmigung der FMA ausreichend, die Versagung dann vorzusehen, wenn die Interessen der Begünstigten nicht ausreichend gewahrt sind (§ 61f Abs. 3a lit c VAG-E). Denn der Versagungsgrund in lit a ist davon umfasst und hinsichtlich des Versagungsgrundes in lit b bestehen die bereits oben näher geschilderten Bedenken.

Die in ihrer vorliegenden Fassung in einigen Aspekten unvollziehbare Bestimmung des § 61f Abs. 3 Z 3c VAG-E soll – wie in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung festgehalten – den vermögensverwaltenden Privatstiftungen ermöglichen, einen alternativen und auf vermögensrechtlichen Aspekten abstellenden Ansatz zu wählen. Demnach wäre nicht mehr eine Mindestbeteiligung am Versicherungsunternehmen, in das der Versicherungsbetrieb eingebracht wurde, verlangt. Es würde lediglich verlangt, dass zumindest 50% des Vermögens der Privatstiftung in die Unternehmen derjenigen Versicherungsgruppe veranlagt wird, dem das Unternehmen, in das der Versicherungsbetrieb eingebracht wurde, angehört. Es würde also nicht mehr auf die Größe der Beteiligung ankommen, sondern auf die Aufteilung des Vermögens der Privatstiftung.

Dabei ist zu bedenken, dass für den Einfluss der Privatstiftung nicht der veranlagte prozentuelle Anteil am Vermögen der Privatstiftung sondern die Beteiligungsgröße maßgeblich ist. Nach dem Entwurf wäre es also nicht zu beanstanden, wäre bei einem Vermögen von

1,5 Mio. EUR eine Beteiligung von insgesamt 1 Mio. EUR an der Versicherungsunternehmensgruppe vorhanden, dem gegenüber wäre bei einem Privatstiftungsvermögen von 1 Mrd. EUR die Beteiligung an der Versicherungsgruppe in der Höhe von 490 Mio. EUR unzureichend.

Hervorzuheben ist, dass diese Änderung neue versicherungsaufsichtsrechtliche Vorkehrungen erforderlich machen würde, damit ein angemessener Schutz der Interessen der Vereinsmitglieder weiterhin gewährleistet werden kann. Der in den Erläuterungen zu § 61f Abs. 3 Z 3c VAG-E angesprochene Konnex zur Zielsetzung des Versicherungsaufsichtsrechts – durch die geforderte Unternehmensgruppenbeteiligung – ist diesbezüglich nicht offensichtlich. Sofern kein maßgeblicher Einfluss auf das Versicherungsgeschäft mehr vermittelt wird (darin wurde bislang die Rechtfertigung für das Weiterbestehen eines Trägervereins gesehen, vgl. *Baran*, VAG³, Anm. 10 zu § 61c VAG), wäre ersatzweise zu überlegen, welche alternativen Schutzinstrumente dem besten Interesse der Vereinsmitglieder dienen können. Zur Interessenswahrung der Vereinsmitglieder sollte mindestens eine verpflichtende Ausschüttung zumindest eines Teils des Gewinns (Jahresüberschusses) an die Vereinsmitglieder vorgesehen werden.

Aus Sicht der Vollzugsbehörde FMA fällt besonders ins Gewicht, dass **einige Gesetzesformulierungen unvollziehbar** erscheinen. Beispielsweise ist es der FMA nicht möglich, die in Z 3c angesprochene „mittelbare“ **Veranlagung** in Gruppenunternehmen zu überprüfen, da die hierfür erforderlichen Daten fehlen. Möglicherweise ist aber lediglich die Formulierung überschießend; so könnte beispielsweise auf eine mittelbare Beteiligung mit bestimmendem Einfluss, d. h. auch eine Beachtung von mittelbaren Beteiligungen, wenn in der Beteiligungskette durch Beteiligungen von (jeweils) mindestens 50% der maßgebliche Einfluss gesichert ist, abgestellt werden (diesfalls müsste die Rechenweise festgelegt werden).

Zudem wird in § 61f Abs. 3 Z 3c VAG-E vorletzter Satz um Klarstellung ersucht, ob die FMA einen Feststellungsbescheid oder einen rechtsgestaltenden Bescheid zu erlassen hat. Eine Formulierung wie „die Feststellung der FMA ... bewirkt die Auflösung der Privatstiftung“ sollte daher vermieden werden.

Von der FMA ausdrücklich abgelehnt wird das Vorhaben, eine derart schwerwiegende Rechtsfolge wie die Auflösung einer Privatstiftung an nicht klar definierte unbestimmte Merkmale zu knüpfen. Neben der Nichteinhaltung der (hier beanstandeten) Bestimmung wird darüber hinaus gefordert, dass „**dadurch die Interessen der Begünstigten schwerwiegend und grundlegend gefährdet sind**“. Diesbezüglich bleibt unklar, wann eine solche qualifizierte Gefährdung anzunehmen wäre und wann nicht. Da die gesamte Bestimmung nicht am Kriterium der Beteiligungshöhe anknüpft und diese auch in den Erläuterungen nicht erwähnt ist, dürfte hierfür die Beteiligungshöhe nicht maßgeblich sein. Aber auch hinsichtlich der Höhe des in der Versicherungsgruppe veranlagten Vermögens enthalten weder der vorliegende Gesetzesentwurf noch dessen Erläuterungen Hinweise, so dass auch ein Anknüpfen daran nicht nahe liegt.

Entgegen des in den Erläuterungen zu § 61f Abs. 3 Z 3c VAG-E erwähnten „entsprechenden Ermessensspielraums“ der FMA bleibt somit offen, nach welchen Kriterien die FMA bei der Beurteilung des Vorliegens einer schwerwiegenden und grundlegenden Interessensgefährdung ihren Ermessensspielraum – wie es Art. 130 Abs. 2 B-VG fordert – ausüben sollte. Die FMA meldet deshalb **ausdrücklich verfassungsrechtliche Bedenken** gegen die vorliegende Fassung des § 61f Abs. 3 Z 3c VAG-E an.

Eine **Alternative** böte im Übrigen die bereits oben angesprochene „**2-Stufen-Lösung**“: Die FMA könnte die Privatstiftung auffordern, binnen einer angemessenen Frist den gesetzlichen Zustand herzustellen, ansonsten die Privatstiftung aufzulösen wäre.

Diese Stellungnahme wurde auch an die Präsidentin des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at) übermittelt.

Wir ersuchen höflich um Berücksichtigung unserer Anregungen und stehen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,


Finanzmarktaufsichtsbehörde
Bereich Integrierte Aufsicht

Für den Vorstand

Dr. Sergio Materazzi, LL.M.

Dr. Christoph Seggermann

elektronisch gefertigt

Signaturwert	MbOMVIHG5asZgFN3Agj6Nd5vjEMx03OJ01LOD85ocmr6vY3GO3AvOUwzmmYPSeOp+SU6fyLb8uDwmCXs3MpJ0ca7An+Nxmd0UOtrJDDPpZoWITeRPxk624u+WwtWzkH0QarFKIFd0+oAXsGLWIlTB845es4Qu2/fB1HafFBhWcbjtHmGD+E7PLupVeAkt7NNWzdow029NMQZcYrM1q17E3PUoMDLuVDr8ubp+b3AMLp4ih/KZdkJ6sVdqxDhGWaxZCWBwiozWgzk8VcYZfwCO09ZKU4ZJhNFzReRwRaFTAtLÜx43fFN6hp89yX2PZPIZ8641B7uh/nND5D2SvMTzew==	
	Unterzeichner	Österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde
	Datum/Zeit-UTC	2011-10-07T16:52:39Z
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	524262
	Methode	urn:pdfsigfilter:bka.gv.at:binaer:v1.1.0
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: http://www.signaturpruefung.gv.at	
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert. Auch ein Ausdruck dieses Dokuments hat gemäß § 20 E-Government-Gesetz die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.	