

# Finanzsicherheiten-Gesetz

## Kurzkommentar

von

Thomas Krumhuber  
Andreas Zahradnik

2. Auflage

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Wien 2011

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Alle Angaben in diesem Fachbuch  
erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr.  
Eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-7046-5706-0

© Verlag Österreich GmbH 2011

A-1010 Wien, Bäckerstraße 1

Tel. + 43-1-610 77-394, Fax + 43-1-610 77-419

e-mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)

Internet: [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

Satz: EXAKTA GmbH, Wien, [www.exakta.at](http://www.exakta.at)

## Vorwort zur 2. Auflage

Mit dem am 1.12.2003 in Kraft getretenen Finanzsicherheiten-Gesetz (FinSG) hat der österreichische Gesetzgeber die Finanzsicherheitenrichtlinie umgesetzt. Eine Änderung dieser Richtlinie im Jahr 2009 machte eine Novellierung des FinSG erforderlich. Im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelungen steht die einfache Bestellung sowie rasche und unbürokratische Verwertung von Finanzsicherheiten. Dazu werden Finanzsicherheiten von bestimmten Vorschriften des österreichischen Pfand- und Insolvenzrechts ausgenommen, soweit diese einer effektiven Verwertung der Finanzsicherheit entgegenstehen. Anders als beispielsweise in Deutschland, wo sich der Gesetzgeber für die punktuelle Anpassung der betroffenen Bestimmungen in den jeweiligen Einzelgesetzen entschieden hat, wurde in Österreich ein eigenes Gesetz geschaffen. Lediglich im IPRG wurde eine neue Bestimmung eingefügt. Die Richtlinienumsetzung in der vorliegenden Form hat zwar den Vorzug, die besonderen Regelungen für Finanzsicherheiten leicht überblickbar zu machen. Andererseits werden nicht auf Finanzgeschäfte spezialisierte Rechtsanwender bei Prüfung zivil- und insolvenzrechtlicher Sachverhalte nicht auf die – aufgrund Spezialität vorgehenden – Bestimmungen des FinSG hingewiesen. Durch die ursprüngliche Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den Verkehr zwischen Finanzinstitutionen sowie Körperschaften öffentlichen Rechts, war die Gefahr der Nichtbeachtung des FinSG infolge bloßer Unkenntnis über die Existenz des Gesetzes aber begrenzt. Durch die Novellierung kommt das FinSG aber auch auf Unternehmen zur Anwendung, die keine professionellen Finanzmarktteilnehmer sind, wenn zumindest ein Vertragspartner ein solcher Finanzmarktteilnehmer ist.

Das Buch richtet sich vor allem an Kreditinstitute und sonstige Finanzdienstleister sowie deren Berater und Geschäftspartner, und soll insbesondere der Praxis eine Hilfestellung sein. Der Darstellung der einzelnen Bestimmungen des FinSG (Teil III) ist eine Kurzübersicht über den Regelungsgegenstand, welche eine Einführung in die Materie bieten soll, vorangestellt (Teil I). Daran schließen die Erwägungsgründe zur Richtlinie sowie die Gesetzesmaterialien (Allgemeiner Teil der EB sowie der Ausschussbericht) an (Teil II). Teil III enthält zu

## Vorwort

jedem einzelnen Paragraphen des FinSG die EB, die korrespondierende Richtlinienbestimmung sowie Anmerkungen der Autoren. Die im Anhang befindliche Textsammlung (Teil IV) enthält neben dem Gesetzes- und Richtlinienentwurf auch das Haager Wertpapier-Übereinkommen in englischer und deutscher Fassung sowie thematisch mit dem FinSG in Zusammenhang stehende Regelungen. Dabei handelt es sich um die Aufhebungsbestimmungen der österreichischen Insolvenzordnung sowie den Text der Finalitätsrichtlinie und des Finalitätsgesetzes.

Für Anmerkungen, Kritik und Anregungen sind die Autoren dankbar (andreas.zahradnik@dbj.at und thomas.krumbhuber@recht.at).

Wien, Oktober 2011

*Thomas Krumbhuber  
Andreas Zahradnik*

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 2. Auflage .....	3
Inhaltsverzeichnis .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	7
Literaturverzeichnis .....	11

## FinanzsicherheitenG

<b>I. Kurzübersicht über den Regelungsgegenstand .....</b>	<b>13</b>
Allgemeines .....	13
Persönlicher Anwendungsbereich .....	15
Formerfordernisse.....	15
Verwertung .....	15
Verfügungsrecht über Finanzsicherheiten .....	16
Vollrechtsübertragung, Aufrechnung infolge Beendigung .....	16
Nichtanwendung bestimmter Insolvenzbestimmungen .....	16
Internationales Privatrecht .....	17
Haager Wertpapier-Übereinkommen.....	17
<b>II. Einleitung.....</b>	<b>19</b>
Erwägungsgründe Finanzsicherheiten RL 2002/47/EG.....	19
Erläuternde Bemerkungen der Regierungsvorlage zum FinSG (Allgemeiner Teil) .....	27
Bericht des Justizausschusses .....	31
Erläuternde Bemerkungen der Regierungsvorlage zur Änderung des FinSG (Allgemeiner Teil).....	34
Bericht des Justizausschusses .....	37
<b>III. Bundesgesetz über Sicherheiten auf den Finanz- märkten (Finanzsicherheiten-Gesetz – FinSG).....</b>	<b>39</b>
Anwendungsbereich (§§ 1, 2).....	39
Begriffsbestimmungen (§ 3) .....	50
Schriftlicher Nachweis und Übertragungsart (§ 4).....	65
Verwertung der Sicherheit (§§ 5,6) .....	70

## Inhaltsverzeichnis

Verfügungsrecht (§ 7) .....	75
Anerkennung der Vollrechtsübertragung (§ 8) .....	79
Aufrechnung infolge Beendigung (§ 9) .....	80
Be- und Verwertungsgrundsätze (§ 10) .....	83
Verhältnis zu anderen Vorschriften (§ 11).....	85
Schlussbestimmungen (§§ 12 bis 14).....	89
Änderungen des IPR-Gesetzes (§§ 33a und 50 Abs 3 IPRG).....	91
<b>IV. Textsammlung</b> .....	97
Finanzsicherheiten-Gesetz – FinSG .....	97
Finanzsicherheiten-Richtlinie.....	109
Haager Wertpapier-Übereinkommen (englische Originalfassung) .....	133
Haager Wertpapier-Übereinkommen (deutsche Übersetzung) .....	151
Aufrechnungsbestimmungen der Insolvenzordnung.....	171
Finalitätsrichtlinie .....	173
Finalitätsgesetz .....	191

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der EU
Abs	Absatz
AktG	Aktiengesetz
Anm	Anmerkung
AO	Ausgleichsordnung
Art	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (deutsch)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (deutsch)
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BR	Bundesrat
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BWG	Bankwesengesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVHGB	Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EZB	Europäische Zentralbank
f	folgend (-e; -er)
ff	und die folgenden

## Abkürzungsverzeichnis

FinSG	Finanzsicherheiten-Gesetz
FN	Fußnote
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
IBA	International Bar Association
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IFLR	International Financial Law Review
insb	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung (deutsch)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JA	Justizausschuss
JAB	Bericht des Justizausschusses
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz (deutsch)
leg cit	legis citatae
lit	litera
mAv	mit Anmerkung von
Mio	Million
mwN	mit weiteren Nachweisen



Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NZ	Österreichische Notariatszeitung
oä	oder ähnliche (-r; -s)
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht
PRIMA	Place of the Relevant Intermediary Approach
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
RN	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
s	siehe
S	Seite
Slg	Sammlung
ua	unter anderem
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (deutsch)
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (deutsch)
ZPO	Zivilprozessordnung

## Abkürzungsverzeichnis

zT	zum Teil
zust	zustimmend

## Literaturverzeichnis

*Eder/Zwitter-Tehovnik*, Die Finanzsicherheitenrichtlinie und ihre Umsetzung, ÖBA 2003, 345

*Ebricke*, Die Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie (Richtlinie 2002/47/EG) im Rahmen des Diskussionsentwurfs zur Änderung der Insolvenzordnung, ZIP 2003, 1065

*Ebricke*, Nochmals: Zur Umsetzung der Finanzsicherheiten-Richtlinie in das deutsche Recht, ZIP 2003, 2141

*Einsele*, Das Haager Übereinkommen über das auf bestimmte Rechte im Zusammenhang mit zwischenverwahrten Wertpapieren anzuwendende Recht, WM 2003, 2349

*Kathrein*, Das Finanzsicherheiten-Gesetz, ÖBA 2004, 172

*Keller*, Die EG-Richtlinie 98/26 vom 19.5.1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen und ihre Umsetzung in Deutschland, WM 2000, 1269

*Keller/Langer*, Überblick über EU-Gesetzgebungsvorhaben im Finanzbereich, BKR 2003, 616

*Koch*, Nettingvereinbarungen und das österreichische Konkursrecht, ÖBA 1995, 495

*Kühnelt*, Warum besteht Bedarf an einem Mobiliarpfandrechtsregister für Österreich? NZ 2002, 25

*Mätzler/Hebein*, Neue Möglichkeiten für Verpfändungen – die Ausweitung des Finanzsicherheitsgesetzes, ÖBA, 2011, 624

*Obermüller*, Anglerlatein oder: Der Widerstand gegen die Umsetzung der Finanzsicherheitenrichtlinie, ZIP 2003, 2336

## Literaturverzeichnis

- Rechberger*, Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich, NZ 2002, 2
- Reuschle*, Das neue IPR für Intermediär-verwahrte Wertpapiere, BKR 2003, 562
- Ruhm*, Novellierung des Finanzsicherheiten-Gesetzes, ZFR 2010/149, 236
- Sabel*, Änderungen des Insolvenzrechts im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der InsO, des BGB und anderer Gesetze, ZIP 2003, 781
- Schima/Vogt-Majarek*, Entwurf für ein Finanzsicherheiten-Gesetz – quo vadis Insolvenzrecht? RdW 2003, 486
- Werlen/Zug*, Modernising Collateralisation Laws in International Financial Markets – the move from the Lex Rei Sitae Principle to PRIMA, IBA Section on Business Law, Committee E News September 2003, 13
- Wimmer*, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Finanzsicherheiten-Richtlinie, ZIP 2003, 1563
- Zypries*, Bundesregierung setzt EU-Finanzsicherheitenrichtlinie kapitalmarktauglich um, ZIP 2004, 51

# I. Kurzübersicht über den Regelungsgegenstand

## Allgemeines

Das FinSG wurde in Umsetzung der FinanzsicherheitenRL erlassen. Diese beruht auf der Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (sogenannte FinalitätsRL). Die Umsetzung der FinalitätsRL hatte gezeigt, dass weitere Maßnahmen zur Schaffung gemeinsamer Regeln für zugunsten solcher Systeme bestellte Sicherheiten notwendig sind. Die FinanzsicherheitenRL und die FinalitätsRL wurden 2009 durch die RL 2009/44/EG geändert. Dies machte eine Novellierung des FinSG und des Finalitätsgesetzes in Österreich notwendig.

Ziel der FinanzsicherheitenRL ist die Schaffung einer gemeinschaftsweiten Regelung für die Bestellung von Wertpapieren und Barguthaben als Sicherheiten in Form eines beschränkt dinglichen Sicherungsrechts oder im Wege der Vollrechtsübertragung. Dies soll der weiteren Integration des europäischen Finanzmarktes dienen und zur Stabilität des Finanzsystems in der Gemeinschaft beitragen. Dabei spielen zweiseitige Vereinbarungen über die Bestellung von Finanzsicherheiten eine zentrale Rolle.

Die FinanzsicherheitenRL soll auch Probleme bei der Anwendung internationaler Rahmenverträge für den Derivativenhandel (zB des ISDA Master Agreement) beseitigen.

Die Mitgliedstaaten sollen dafür sorgen, dass Finanzsicherheiten von bestimmten Vorschriften des Insolvenzrechts ausgenommen sind, insbesondere von Vorschriften, die der effektiven Verwertung einer Sicherheit im Wege stehen oder derzeit praktizierte Verfahren, wie die bilaterale Aufrechnung infolge Beendigung (close-out netting), die Bereitstellung zusätzlicher Sicherheiten oder die Ersetzung bestehender Sicherheiten in Frage stellen würden.

Rechte an den als Finanzsicherheit gestellten Vermögensgegenständen, die außerhalb einer Sicherungsvereinbarung erwachsen (etwa

ein Rückgabeanspruch aus Rückabwicklung wegen zB Irrtums, mangelnder Geschäftsfähigkeit etc), bleiben durch die RL unberührt.

Die Bestellung und Wirksamkeit einer Finanzsicherheit sowie die prozessuale Beweisführung oder die Besitzverschaffung an einer Finanzsicherheit sollen nicht von besonderen Formerfordernissen abhängig sein (zB dem Eintrag in öffentliche Register). Die RL gilt jedoch nur für besitzgebundene Finanzsicherheiten, bei denen die Besitzverschaffung schriftlich oder auf andere Weise nachgewiesen werden kann. Kein unzulässiges Formerfordernis im Sinne der RL ist das Indossament oder der Eintrag im Emittentenregister (Aktienbuch) bei auf Namen lautenden Wertpapieren.

Die Wirksamkeit der Bestellung einer Finanzsicherheit in Form der Vollrechtsübertragung soll durch die RL geschützt werden. Dies zB dadurch, dass die „Umdeutung“ („recharacterization“) in ein beschränkt dingliches Geschäft ausgeschlossen wird.

Die bilaterale Aufrechnung infolge Beendigung (close-out netting) wird durch die RL rechtlich abgesichert. Allgemeine einzelstaatliche Aufrechnungs- oder Verrechnungsvorschriften bleiben aber unberührt (zB Aufrechnung nur bei Gegenseitigkeit der Forderungen).

Die Aufstockung einer bestehenden Sicherheit bzw deren Rückstellung oder ihr Ersatz werden von „bestimmten automatischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsregeln“ ausgenommen, also solchen, wonach alle innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgten Sicherheitenbestellungen unwirksam sind. Im Übrigen bleibt das einzelstaatliche Anfechtungsrecht jedoch unberührt (zB wenn Gläubiger vorsätzlich geschädigt worden sind).

Barsicherheiten sollen sowohl im Wege der Vollrechtsübertragung als auch in Form eines beschränkt dinglichen Sicherungsrechts bestellt werden können. Unter Barsicherheit ist jedoch nicht Bargeld zu verstehen, sondern nur ein Kontoguthaben oder eine vergleichbare Geldforderung.

Die RL sieht ein Verfügungsrecht über Finanzsicherheiten in Form eines beschränkt dinglichen Sicherungsrechts vor (Weiterverwendung von verpfändeten Wertpapieren).

Die RL strebt auch rasche und unbürokratische Verwertungsverfahren an.

## **Persönlicher Anwendungsbereich**

Sowohl Sicherungsnehmer als auch Sicherungsgeber müssen einer der folgenden Kategorien angehören:

- Öffentlich-rechtlich Körperschaften;
- Zentralbanken, EZB, Europäische Investitionsbank, Internationaler Währungsfonds, multilaterale Entwicklungsbanken, Bank für Internationalen Zahlungsausgleich;
- Beaufsichtigte Finanzinstitute;
- Zentrale Vertragsparteien, Verrechnungsstellen und Clearingstellen etc.

Jedenfalls nicht erfasst sind natürliche Personen. Für „andere als natürliche Personen“ (juristische Personen), sowie Einzelkaufleute und Personengesellschaften können die Mitgliedstaaten eine Freistellung von der RL vorsehen (opt-out-Klausel). Von dieser Möglichkeit hat Österreich in der ursprünglichen Fassung des FinSG Gebrauch gemacht. Durch das BGBl 2010/90 wurde der persönliche Anwendungsbereich des FinSG auf juristische Personen, Einzelunternehmer und Personengesellschaften ausgedehnt, wenn ihr Vertragspartner ein professioneller Finanzmarktteilnehmer (iSd § 1 Abs 1 FinSG) ist.

## **Formerfordernisse**

Die Bestellung, Wirksamkeit und die Besitzverschaffung an einer Finanzsicherheit darf nicht von Formerfordernissen abhängen (das Erfordernis der schriftlichen Nachweisbarkeit der Besitzverschaffung bzw Bestellung der Sicherheit ist davon ausgenommen – siehe bei § 4 FinSG).

## **Verwertung**

Bei Finanzinstrumenten (Aktien und andere handelbare Wertpapiere) erfolgt die Verwertung nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarungen ohne gerichtliche Bewilligung durch Verkauf oder Aneignung und

anschließende Verrechnung ihres Werts mit den maßgeblichen Verbindlichkeiten oder Verwendung an Zahlungen statt (vgl §§ 5 und 6 FinSG).

Barsicherheiten werden durch Aufrechnung oder Verwendung an Zahlungen statt verwertet. Eine Aneignung ist bei Barsicherheiten aber nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

## **Verfügungsrecht über Finanzsicherheiten**

Der Sicherungsnehmer darf in Form eines beschränkt dinglichen Sicherungsrechts über die bestellte Finanzsicherheit verfügen. Er ist aber verpflichtet, im Fall der Verfügung eine Sicherheit derselben Art zu beschaffen, die an die Stelle der ursprünglichen Sicherheit tritt. Die „ersatzweise“ beschaffte Sicherheit ist so zu behandeln, als wäre sie zum selben Zeitpunkt wie die ursprüngliche Sicherheit bestellt worden. Die Rechte des Sicherungsnehmers bleiben vom Austausch der Sicherheit unberührt (vgl § 7 FinSG).

## **Vollrechtsübertragung, Aufrechnung infolge Beendigung**

Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass Finanzsicherheiten in Form der Vollrechtsübertragung (also zB Sicherungsübereignung bzw Wertpapierpensionsgeschäfte) und die Aufrechnung infolge Beendigung wirksam werden können. Dem entspricht das FinSG in den §§ 8 und 9.

## **Nichtanwendung bestimmter Insolvenzbestimmungen**

Die Bestellung bzw Besitzverschaffung an einer Finanzsicherheit darf nicht deshalb für unwirksam, nichtig erklärt oder rückgängig gemacht werden, weil die Bestellung (Besitzverschaffung)

- am Tag der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens (Sanierungsverfahrens), jedoch vor Erlass des hierfür erforderlichen Gerichtsbeschlusses oder Verwaltungsaktes oder



- innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor der Eröffnung eines Liquidationsverfahrens (Sanierungsverfahrens) oder vor dem Erlass eines Gerichtsbeschlusses (Verwaltungsaktes, etc) erfolgte.

Die RL berührt die allgemeinen einzelstaatlichen Insolvenzvorschriften in Bezug auf die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Geschäften nicht (siehe auch § 11 Abs 2 FinSG). Ausgeschlossen soll aber die Unwirksamkeit der Sicherheit durch die rückwirkende Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (zB 0 Uhr des Tages, an dem das Gericht den Beschluss der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fasst) oder das grundsätzliche Erlöschen aller Finanzsicherheiten, die innerhalb einer bestimmten Frist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellt wurden, auch wenn kein besonderer Anfechtungsgrund (zB Kenntnis von der Insolvenz) vorliegt, sein (vgl § 6 Abs 2 FinSG). Wie die Materialien ausführen, war hier eine Änderung der geltenden österreichischen Anfechtungsbestimmungen nicht erforderlich.

## Internationales Privatrecht

Die RL nennt die Regelungsgegenstände, die im Hinblick auf im Effektingiro übertragbare Wertpapiere dem Recht des Landes unterliegen, in dem das maßgebliche Konto geführt wird. Solche Regelungsgegenstände sind:

- Rechtsnatur und dingliche Wirkung;
- Anforderungen an Bestellung und Besitzverschaffung;
- Eigentum und sonstige dingliche Rechte eines Dritten;
- Verwertung.

Dieser Vorgabe wurde durch Einfügung eines neuen § 33a in das IPRG entsprochen.

## Haager Wertpapier-Übereinkommen

Am 13.12.2002 hat die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht auf ihrer 19. diplomatischen Sitzung das Übereinkommen über das auf bestimmte Rechte im Zusammenhang mit zwischenverwahrten Wertpapieren anzuwendende Recht (sogenanntes Haager

Wertpapier-Übereinkommen) angenommen. Beim Haager Wertpapier-Übereinkommen, das in der Textsammlung dieses Buches abgedruckt ist, handelt es sich um einen multilateralen – noch nicht in Kraft getretenen – Vertrag, mit dem die Rechtsunsicherheiten bei grenzübergreifenden Wertpapiergeschäften ausgeräumt werden sollen. Gegenstand des Übereinkommens ist die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung für sachenrechtliche Verfügungen über Wertpapiere, die von Intermediären verwahrt werden. Das im internationalen Sachenrecht geltende Prinzip der *lex rei sitae* – wonach das Recht des Landes, in dem die Sache belegen ist, zur Anwendung gelangt – führt in der Praxis bei internationalen Wertpapiertransaktionen zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, weil die Belegenheitsorte der physischen Wertpapiere nur schwer zu ermitteln sind und bei Depotverfügungen die Sachenrechte aller Staaten, in denen Miteigentumsanteile an Sammelbeständen verwahrt werden, zu beachten wären.

Die in Artikel 4 des Haager Wertpapier-Übereinkommens enthaltene Hauptanknüpfungsnorm überlässt es dem Intermediär und dem Depotinhaber, das für die in Artikel 2 Abs 1 des Übereinkommens erfassten Aspekte geltende Recht zu vereinbaren. Nur wenn die getroffene Rechtswahl ungültig ist oder eine solche überhaupt fehlt, kommen subsidiäre Anknüpfungsregeln zur Anwendung (vgl. Artikel 5). Das Haager Übereinkommen stellt damit nicht mehr auf die Belegenheitsorte der Wertpapiere ab, sondern knüpft – wie in der Präambel ausgeführt – am PRIMA (Place of the Relevant Intermediary Approach)-Grundsatz an, also am Ort des unmittelbar depotführenden Intermediärs, wobei die Parteien die Freiheit der Rechtswahl haben, soweit der Intermediär im Staat des gewählten Rechts eine Geschäftsstelle hat, die depotspezifische Merkmale erfüllt.

Die Kommission hat am 15.12.2003 dem Rat die Unterzeichnung des Haager Wertpapier-Übereinkommens vorgeschlagen. Die Ratifizierung des Übereinkommens war ursprünglich für Ende 2004 oder Anfang 2005 geplant. Die Kommission hat den Vorschlag auf Unterzeichnung des Haager Wertpapier-Übereinkommens aber am 25.3.2009 als überholt zurückgezogen (ABl Nr C 71 vom 25.3.2009).

## II. Einleitung

Der eigentlichen Darstellung des FinSG werden zum besseren Verständnis nachfolgend die Erwägungsgründe der Finanzsicherheiten-RL (geändert durch die RL 2009/44/EG), auf welcher das FinSG basiert, sowie der Allgemeine Teil der Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage und der Bericht des Justizausschusses zum FinSG vorangestellt. Im Anschluss befinden sich die beiden letztgenannten Dokumente auch für die Novelle zum Finanzsicherheiten-gesetz 2010.

### **Erwägungsgründe FinanzsicherheitenRL 2002/47/EG geändert durch RL 2009/44/EG**

(1) Die Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen<sup>(5)</sup> stellte einen entscheidenden Schritt zur Schaffung eines soliden rechtlichen Rahmens für Zahlungs- und Wertpapierabrechnungssysteme dar. Die Umsetzung dieser Richtlinie hat gezeigt, dass das bei derartigen Systemen durch unterschiedliche Rechtsordnungen bedingte Risiko begrenzt werden muss und gemeinsame Regeln für die zugunsten solcher Systeme bestellten Sicherheiten von Nutzen sind.

(2) In ihrer Mitteilung vom 11. Mai 1999 an das Europäische Parlament und den Rat über Finanzdienstleistungen „Umsetzung des Finanzmarktrahmens: Aktionsplan“ hat sich die Kommission nach Anhörung von Marktsachverständigen und nationalen Behörden dazu verpflichtet, weitere Vorschläge für Legislativmaßnahmen zum Thema Sicherheiten auszuarbeiten, um über die Richtlinie 98/26/EG hinausgehende Fortschritte zu erzielen.

(3) Es sollte eine gemeinschaftsweite Regelung für die Bereitstellung von Wertpapieren und Barguthaben als Sicherheit in Form eines beschränkten dinglichen Sicherungsrechts oder im Wege der Vollrechtsübertragung, einschließlich Wertpapierpensionsgeschäften

(Repos), geschaffen werden. Dies wird zu einer weiteren Integration und höheren Kostenwirksamkeit des Finanzmarkts sowie zur Stabilität des Finanzsystems in der Gemeinschaft beitragen und dadurch den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr im Finanzbinnenmarkt fördern. Im Zentrum dieser Richtlinie stehen zweiseitige Vereinbarungen über die Bestellung von Finanzsicherheiten.

(4) Diese Richtlinie wird in einem europäischen Rechtsrahmen angenommen, der neben der Richtlinie 98/26/EG insbesondere aus der Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten(6), der Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen(7) und der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren(8) besteht. Diese Richtlinie passt sich in die generelle Ausrichtung dieser bestehenden Rechtsakte ein und legt nichts Gegenteiliges fest. Vielmehr ergänzt sie die bestehenden Rechtsakte, indem sie weitere Bereiche regelt und in Bezug auf bestimmte, durch diese Rechtsakte bereits geregelte Aspekte eine Erweiterung vornimmt.

(5) Um die Rechtssicherheit im Bereich der Finanzsicherheiten zu erhöhen, sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass Finanzsicherheiten von bestimmten Vorschriften ihres Insolvenzrechts ausgenommen sind, und zwar insbesondere von solchen Vorschriften, die der effektiven Verwertung einer Sicherheit im Wege stehen oder derzeit praktizierte Verfahren, wie die bilaterale Aufrechnung infolge Beendigung („close out netting“), die Bereitstellung zusätzlicher Sicherheiten oder die Ersetzung bestehender Sicherheiten in Frage stellen würden.

(6) Diese Richtlinie behandelt nicht die Rechte an als Finanzsicherheit gestellten Vermögensgegenständen, die außerhalb einer Sicherungsvereinbarung oder außerhalb der Rechtsvorschriften über die Einleitung oder Fortsetzung eines Liquidationsverfahrens oder von Sanierungsmaßnahmen erwachsen, wie beispielsweise Ansprüche auf Rückgabe wegen Irrtums, Versehens oder fehlender Geschäftsfähigkeit.