Exposé der Dissertation

Vorläufiger Arbeitstitel der Dissertation

Rechtliche Rahmenbedingungen für die Einrichtung einer Regulatory Sandbox am österreichischen Finanzmarkt

Verfasserin

Mag. iur. Polina Klemenko, LL.B. (WU)

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Betreuer

ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian M. Piska

Wien, Oktober 2022

Matrikelnummer: 01053864

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Studienrichtung lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Inhaltsverzeichnis

1. Inhaltliche Beschreibung des Dissertationsprojektes 3
2. Überblick über den Forschungsstand 5
3. Darstellung der geplanten Methoden 6
5. Vorläufiges Quellenverzeichnis 8
6. Zeit- und Arbeitsplan 10

1. Inhaltliche Beschreibung des Dissertationsprojektes

Regulatory Sandboxes für Finanzmarktteilnehmer wurden in den letzten Jahren in einigen EU-Ländern bereits zur gängigen Praxis. In Österreich wurde die Einrichtung der Regulatory Sandbox bei der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) im Juli 2020 gesetzlich beschlossen. Die Umsetzung erfolgte im § 23a Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG), welches am 1. September 2020 in Kraft getreten ist.[1]

Die Regulatory Sandbox der stellt ein Aufsichtskonzept dar, welches den Test innovativer Geschäftsmodelle am Finanzmarkt im Einklang mit den aufsichtsrechtlichen Anforderungen ermöglicht. Dadurch sollen Innovationen begünstigt und der Standort Österreich gestärkt werden.[2]

In der gegenständlichen Dissertation wird das für den österreichischen Finanzmarkt neue Sandbox Konzept erläutert und von anderen ähnlichen Modellen und aufsichtlichen „Instrumenten" abgegrenzt. Darüber hinaus werden die vier Phasen des Ablaufs einer Sandbox-Teilnahme rechtlich analysiert: die Zulassungsphase, die „Pre-support"-Phase (Vorbereitung auf die Teilnahme), die Testphase in der Sandbox und die „Final support & exit" – Phase (die Evaluierungsphase).

Die Aufnahme in die Sandbox erfolgt gemäß § 23a FMABG auf Grund eines Antrags des sich in Entwicklung befindenden, innovativen Geschäftsmodells des Teilnehmers und unter der Voraussetzung der Erfüllung festgelegter Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen:[3] ein innovatives Geschäftsmodell, welches auf Informations- und Kommunikationstechnologie basiert, darf vor Eintritt in die Sandbox noch nicht betrieben worden sein; es muss sich um konzessionspflichtige Tätigkeit basierend auf einem test- und marktreifem Geschäftsmodell handeln, welche im für den österreichischen Finanzmarkt relevant ist und die Finanzmarktstabilität nicht gefährdet und Klärungspotenzial in Bezug auf offenen aufsichtsrechtlichen Fragen mit sich bringt.[4] Die gegenständliche Dissertation wird sich mit der Frage befassen, <u>inwiefern die Antragsvoraussetzungen klar und verständlich sind und insbesondere, ob sie im Einklang mit den in Österreich geltendem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz stehen.</u>

[1] Änderung des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes BGBl I Nr. 89/2020, 2.
[2] ME Änderung des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes,142/ME 26. GP Erläut 1.
[3] Vgl § 23a Abs 2 S 1 142/ME 26. GP.
[4] 142/ME 26. GP Erläut 2.

Die Aufnahmeanträge werden bei der FMA eingebracht; die Begutachtung der vollständigen Anträge erfolgt gemäß § 23a Abs. 3 FMABG durch den beim Bundesministerium für Finanzen (BMF) einzurichtenden Regulatory Sandbox Beirat. Der Beirat setzt sich aus bis zu zehn Experten zusammen (jeweils ein Vertreter des BMF, des Bundeskanzleramtes, der FMA, der OeNB und bis zu sechs durch das BMF ernannte Fachexperten). In diesem Zusammenhang stellen sich einige Fragen, die im Rahmen der Dissertation analysiert werden sollen: die Zumutbarkeit der Erbringung der benötigten Nachweise und Unterlagen durch die AntragstellerInnen; die tatsächliche Zusammensetzung des Beirats (im Hinblick auf die rechtliche Expertise und potenzielle Interessenskonflikte); die fehlende Bindung der FMA an die Stellungnahme des Beirats bei der eigenen Entscheidungsfindung; die Dauer des Zulassungsverfahrens bei der FMA.

Nach Aufnahme in die Sandbox werden die Testbedingungen für die Erprobung des Geschäftsmodells festgelegt. Dies erfolgt durch die FMA nach Anhörung und unter Mitwirkung des Sandbox Teilnehmers. Die Testbedingungen beinhalten die Testparameter und messbare Ziele zur Bewertung der Umsetzung des Sandboxgeschäftsmodells innerhalb des durch den § 2 Abs. 1 bis 4 FMABG vorgegebenen rechtlichen Rahmens.[5] Die Tests dürfen ausschließlich unter der Bedingung der Einhaltung der (ggf. beschränkten) Konzession durchgeführt werden.[6] Das gesetzliche Konzept sieht vor, dass die Erprobung des Geschäftsmodells unter Rechtsbelehrung der FMA erfolgen soll,[7] was den Hauptunterschied zwischen dem Sandbox-Betrieb und der „regulären“ Aufsicht über konzessionierte Unternehmen darstellt. Nach den Berichten über die positiven Erfahrungen mit der Sandbox in Europa, vor allem in Großbritannien, sind die Erwartungen an die österreichische Sandbox hoch. Vor allem erwartet man sich aus Unternehmersicht eine „safe harbor“, in dessen Rahmen innovative Geschäftsmodelle und die Erbringung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen in einem geschützten aufsichtsrechtlichen Rahmen erprobt werden können. Die Frage, inwiefern die Sandbox einen geschützten Rechtsrahmen, insbesondere während der Testphase darstellt, soll in der Dissertation untersucht werden.

Aus finanzmarktaufsichtsrechtlicher Sicht ergeben sich im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der aufsichtlichen Anforderungen während der Testphase verschiedene Fragestellungen, von denen in der Dissertation zwei herausgegriffen werden: inwiefern kann

[5] FMA, Rechtliches zur Sandbox, https://www.fma.gv.at/kontaktstelle-fintech-sandbox/fma-sandbox/rechtliches-sandbox/ (abgefragt am 25.10.2022)
[6] RV 193 BlgNR 27. GP § 23a Abs 6 FMABG.
[7] RV 193 BlgNR 27. GP § 23a Abs 1 FMABG.

das Unternehmen die innovative Tätigkeit in der Sandbox „sicher“ erproben, trotz des strengen aufsichtsrechtlichen Rahmens und inwiefern die FMA bei der Beaufsichtigung der Sandbox TeilnehmerInnen das Proportionalitätsprinzip berücksichtigt.

Darüber hinaus ist an dieser Stelle eine Untersuchung der Konformität des Sandbox-Konzepts mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz beabsichtigt, hinsichtlich der Zulässigkeit der unterschiedlichen aufsichtlichen Behandlung der Sandbox-TeilnehmerInnen und den „regulär“ konzessionierten Finanzmarktteilnehmern durch die Aufsichtsbehörde.

Die Teilnahme an Sandbox kann entweder während der Vorbereitungs- oder der Evaluierungsphase auf Antrag des Teilnehmers abgebrochen werden oder während der Evaluierungsphase durch Ablauf der Befristung der Teilnahme oder durch Bescheid der FMA erfolgen.[8] In Bezug auf diese Phase soll in der vorliegenden Dissertation hinterfragt werden, inwiefern die Beendigungskriterien durch den Gesetzgeber klar definiert wurden und ob dennoch Ermessensspielraum der FMA besteht. Darüber hinaus wird darauf eingegangen, inwiefern die Möglichkeit der FMA, Teilnehmer aus der Sandbox während der Testphase per Bescheid auszuschließen sich mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip von Treu und Glauben vereinbaren lässt.

Die zentrale Fragestellung der vorliegenden Dissertation zielt sich darauf ab, zu untersuchen, inwiefern die gesetzliche Umsetzung der österreichischen Regulatory Sandbox im Einklang mit der restlichen Rechtsordnung steht. Insbesondere wird das verfassungsrechtliche Rahmenwerk im Fokus der Analyse stehen. Darüber hinaus soll analysiert werden, inwiefern die Teilnahme an der Sandbox für heimische Unternehmen attraktiv ist bzw. welche Vorteile diese gegenüber der „regulären“ Aufsicht mit sich bringt. Um diese Fragen zu beantworten ist eine Analyse des finanzmarktaufsichtsrechtlichen Rechtsrahmens notwendig, sowie auch ein Verständnis des Verwaltungsverfahrensrechts.

2. Überblick über den Forschungsstand

Die Regulatory Sandbox ist für Österreich ein neues Konzept. Seit der Einrichtung der Regulatory Sandbox bis zum Jahresultimo 2021 wurden fünf Anträge auf die Zulassung durch UnternehmerInnen bei der FMA gestellt; vier BewerberInnen wurden tatsächlich in der

[8] RV 193 BlgNR 27. GP § 23a Abs 4 FMABG; Vgl. Caramanica/Raschner, wbl 2019, 499.

Sandbox betreut.[9] Es liegen daher praktisch keine Erfahrungsberichte über die Teilnahmerfahrungen vor.

Die rechtlichen Bedingungen für die Einrichtung einer Regulatory Sandbox am österreichischen Finanzmarkt wurden in der Rechtswissenschaft nur vereinzelt und nicht tiefgreifend, in Form von Beiträgen in juristischen Zeitschriften behandelt. Eine Durchleuchtung der Sandbox Teilnahmevoraussetzungen im Lichte des österreichischen verfassungsrechtlich gewährleisteten Gleichheitssatzes hat in der Forschung noch nicht stattgefunden.[10] Die Kompatibilität der österreichischen Sandbox Gestaltung mit dem finanzaufsichtsrechtlichen Rechtsrahmen wurde nicht untersucht. Dieses Thema wurde auch noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung. Zum Vergleich existieren in Deutschland bereits zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten und Literatur über die Regulatory Sandbox der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

3. Darstellung der geplanten Methoden

Aufgrund der Neuheit des Regulatory Sandbox-Konzeptes erfolgt die Ansammlung des Schriftenmaterials primär im Internet (Webseiten von Regulatoren und Aufsichtsbehörden im Finanzmarktbereich) und in gängigen (Rechts-)Datenbanken (RDB, Lexis-Nexis, Linde, Beck-Online). Die aus diesen Quellen gewonnenen Erkenntnisse werden den geltenden Rechtsnormen des Finanzaufsichtsrechts und des Verfassungsrechts gegenübergestellt und kritisch analysiert. In dieser Phase werden einschlägige Lehr- und Fachbücher, Gesetzeskommentare, Beiträge und Artikel in juristischen Zeitschriften, etwaige Judikatur von österreichischen und europäischen Gerichten sowie Vorträge als Quellen herangezogen. Darüber hinaus werden Erkenntnisse aus der mehrjährigen Berufserfahrung der Dissertationsverfasserin im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Bereich bei einem Kreditinstitut, insbesondere für die kritische Analyse der rechtlichen Praktikabilität einer Sandbox-Teilnahme, eingesetzt.

4. Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung

1.1. Die Herkunft des Regulatory Sandbox-Konzepts

[9] FMA, 2021 Jahresbericht

[10] Im Zuge der Recherche wurde nur eine Publikation identifiziert, welche auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz eingeht: *Schock*, Die Regulatory Sandbox und das Verfassungsrecht, ecolex 2021/255

1.2. Definitionen
1.3. Die österreichische Regulatory Sandbox
1.3.1. Der neue §23a FMABG
1.3.2. Ablauf der Sandbox Teilnahme bei der FMA
1.3.2.1. Zulassung
1.3.2.2. Pre-support
1.3.2.3. Testphase
1.3.2.4. Final support und Exit
1.4. Abgrenzung von Regulatory Sandboxes von Innovation Hubs
1.5. Abgrenzung von Regulatory Sandboxes vom Instrument des FMA-Auskunftsbescheides
2. Die Zulassungsphase und die Sandbox-Zulassungsvoraussetzungen
2.1. Überblick über die Voraussetzungen
2.1.1. Informations- und Kommunikationstechnologie
2.1.2. Konzessionspflichtige Tätigkeit
2.1.3. Relevanz des Geschäftsmodells für den österreichischen Finanzmarkt
2.1.4. Keine Gefährdung der Finanzmarkstabilität oder des Verbraucherschutzes
2.1.5. Testreife des Geschäftsmodells
2.1.6. Marktreife des Geschäftsmodells
2.1.7. Klärungspotenzial in Bezug auf offene aufsichtsrechtliche Fragen
2.2. Potenzielle Vorzüge
2.3. Potenzielle Probleme
2.4. Vereinbarkeit der Zulassungsvoraussetzungen mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz
2.4.1. Gleichbehandlungsgebot
2.4.2. Differenzierungsverbot
2.5. Vereinbarkeit der Zulassungsvoraussetzungen mit den Prinzipien des österreichischen Finanzaufsichtsrechts
2.5.1. Proportionalitätsprinzip
2.5.2. „Level-playing-field“ Konzept der FMA: faire Wettbewerbsbedingungen
2.6. Der Regulatory Sandbox Beirat
2.7. Verfahrensablauf
3. Die „Pre-support“ Phase (Vorbereitungsphase)
3.1. Gestaltung der Testbedingungen

3.2. Erteilung einer „Berechtigung“ durch die FMA
4. Die Testphase
4.1. Tests unter Marktbedingungen
4.2. Monitoring durch die FMA
4.3. Mitwirkungspflicht der TeilnehmerInnen
4.4. Prüfung der anwendbaren aufsichtsrechtlichen Bestimmungen; Vorteile für Sandbox-Teilnehmer im Vergleich zu „regulär“ konzessionierten Marktteilnehmern
4.5. Prüfung der Konformität der Testphase mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (aufsichtliche Bedingungen für Sandbox-Teilnehmer vs „regulär“ Konzessionierte Unternehmen)
5. Die „Final report“ und „Exit“ Phase: Beendigung der Sandbox-Teilnahme
5.1. Beendigung auf Antrag des Teilnehmers
5.2. Beendigung von Amts wegen
5.2.1. Kritische Prüfung der Konformität dieser Beendigungsmöglichkeit mit dem Prinzip von Treu und Glauben (Gleichheitssatz)
6. Regulatory Sandboxes in der Europäischen Bankenunion
6.1. Vergleich der Regulatory Sandboxes in der Bankenunion
6.2. Allgemeine Vorteile und Herausforderungen
6.3. Mögliche Erkenntnisse für die rechtliche Gestaltung des österreichischen Sandbox-Konzeptes
6.4. Mögliche Implementierung einer europäischen grenzüberschreitenden Sandbox: potenzielle Auswirkungen
7. Conclusio, Ausblick und zukünftige Entwicklungen

5. Vorläufiges Quellenverzeichnis

<u>Lehrbücher / Gesetzeskommentare / Monografien / Sammelwerke</u>

- *Berka*, Verfassungsrecht[7] (2018)
- *Chini/Oppitz*, BWG|CRR Kommentar[2] (2018)
- *Finanzmarktaufsichtsbehörde* (FMA), 2021 Jahresbericht (2022)
- *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG[4]
- *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII (2014)
- *Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015)

- *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Lehrbuch[6] (2021)
- *Raschauer*,Allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Lehrbuch[6] (2019)

Aufsätze

- *Barth/Natlacen*, Update: Studie zur Digitalisierung am österreichischen Finanzmarkt, GesRZ 2020, 5
- *Barth/Natlacen*, Regierungsprogramm 2020 bis 2024, GesRZ 2020, 3
- *Barth/Natlacen*, Regulatory Sandbox für Finanz-Start-ups, GesRZ 2020, 228
- *Caramanica/Raschner*, Zur Einrichtung einer Regulatory Sandbox für FinTechs im österreichischen und europäischen Aufsichtsrecht, wbl 2019, 49
- *Damm*, FMA: Aufsichts- und Prüfschwerpunkte 2020, ÖBA 2020, 88
- *Damm*, Aufsichtsrecht und Risikomanagement, ÖBA 2020, 88
- *Eisenberger*, Sharing Economy: Motor für die Modernisierung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts?, ÖZW 2020, 102
- *Fleischmann*, Der Sandkasten der Finanzinstitute, ZFR 2019, 101
- *Fleischmann*, Financial Innovation Made in Austria - die österreichische Regulatory Sandbox, ZFR 2021, 13
- *Gorzala*, Robo Advice, ÖBA 2020, 622
- *Kary*, Sandkiste für neue Finanzdienste, Die Presse 2020/29/06
- *Krönke*, Regulatory Sandboxes aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts, ÖZW 2020, 108
- *Krönke*, Die Regulatory Sandbox - Maßanfertigung oder Multifunktionstool?, ÖZW 2022, 3
- *Kumpfmüller*, "FinTechs" - Herausforderungen für Regulierung und Aufsicht, CFOaktuell 2017, 95
- *Pfurtscheller/Raschauer/Stern*, Von regulatorischen Sandplätzen und Innovationsknotenpunkten - rechtsvergleichende Bemerkungen zur Förderung von Fintechs in der DACH-Region, ZFR 2021/2
- *Piska/Völkel*, Blockchain und Kryptorecht; Regulierungs-Chancen de lege lata und de lege ferenda, ZTR 2017, 97
- *Potacs/Kircher*, "Regulatory Sandbox" in der Finanzmarktaufsicht, RdW 2021/14
- *Repa*, Regulatory Sandboxes: The European Perspective, ÖZW 2022, 18

- *Schock*, Die Regulatory Sandbox und das Verfassungsrecht, ecolex 2021/255
- *Völkel*, Was lange währt, wird endlich gut - Ist die Regulatory Sandbox bald Teil des österreichischen Rechts?, ZFR 2020/143
- *Zahradnik/Schöller*, Eine Sandkiste für ein neues Aufsichtskonzept, Der Standard 2020/11/02
- *Zahradnik/Schöller/Sieder* in *Anderl* (Hrsg), Blockchain in der Rechtspraxis (2020)

Internetquellen

- Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) www.bis.org
- Bundeskanzleramt (BKA) www.bundeskanzleramt.gv.at
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) www.bafin.de
- Bundesministerium für Finanzen (BMF) www.bmf.gv.at
- Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) www.fma.gv.at
- Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA), www.eba.europa.eu
- Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) www.esma.europa.eu
- Europäische Kommission www.ec.europa.eu
- Europäisches Parlament, www.europarl.europa.eu
- Österreichisches Parlament www.parlament.gv.at

6. Zeit- und Arbeitsplan

Alle gemäß dem Curriculum erforderlichen Seminare und Lehrveranstaltungen aus dem Doktorratsstudium wurden bereits absolviert. Auch eine umfassende Recherche ist bereits erfolgt. Die Fertigstellung der Rohfassung der Dissertation ist für Ende des SoSe 2023 geplant. Die Fertigstellung der Dissertation und der Abschluss des Studiums sollen im Laufe des WiSe 2023/24 erfolgen.