

Österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA)
Otto-Wagner-Platz 5
1090 Wien

Bundessparte Bank und Versicherung
Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 320
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-272
E bsbv@wko.at
W <http://wko.at/bsbv>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, Sacharbeiter
BSBV 115/Dr. Egger

Durchwahl
3137

Datum
4.7.2018

FMA-Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper Rundschreiben)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum Entwurf des Fit & Proper-Rundschreibens dürfen wir die folgende Stellungnahme abgeben:

Grundsätzlich möchten wir vorausschicken, dass die die bankinterne Fit & Proper - Beurteilung betreffenden regulatorischen Vorgaben (EBA-Leitlinien, FMA-Rundschreiben, ECB-Guide) mittlerweile ein Ausmaß an **Bürokratie, Formalismus und Detailtiefe** erreicht haben, die nicht nur kleinere Kreditinstitute in der Umsetzung überfordert, sondern angesichts der nur mehr für Spezialisten zu steuernden Komplexität auch grundsätzliche Fragen zu Sinnhaftigkeit und Rechtsstaatlichkeit dieser Regelungen aufwirft. Diese Vorgaben der europäischen Aufsichtsbehörden stellen die Institute vor große Herausforderungen.

Vor diesem Hintergrund besteht umso mehr **keine aufsichtsrechtliche Notwendigkeit auf Basis eines nationalen Rundschreibens der FMA noch zusätzliche, überschießende Anforderungen an die Institute und die (potentiellen) Mandatsträger zu stellen**, die über die Vorgaben der Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden und jene des BWG teilweise noch hinausgehen (siehe dazu im Folgenden insb. die Ausführungen zur formalen Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern und zur Zählweise von Mandaten).

Der Rundschreiben-Entwurf ist an zahlreichen Stellen davon geprägt, dass gesetzliche Vorgaben **überzogen ausgelegt werden** und steht damit auch im Widerspruch zu zahlreichen De-Regulierungsinitiativen des Gesetzgebers mit dem Ziel der Beseitigung von Bürokratie.

Wir ersuchen, auch im FMA-Rundschreiben das im Gesetz vorgezeichnete **Konzept inklusive der Diktion der „formalen Unabhängigkeit“ zu übernehmen** und die unterschiedlichen Unabhängigkeitskonzepte **nicht miteinander zu vermischen**. Das FMA-Rundschreiben spricht zB an zahlreichen Stellen nur von „Unabhängigkeit“, meint aber dabei im Konkreten die mit der letzten BWG-Novelle eingeführte „formale Unabhängigkeit“. Da neben dem Konzept der „formalen Unabhängigkeit“ im BWG auch noch andere - eigenständige - Unabhängigkeitsdefinitionen (mit unterschiedlichen Auswirkungen) existieren, sind diese Konzepte auch im Rundschreiben durchgängig konsequent voneinander zu trennen (zB in II.G.).

Aufsichtsbehörden in anderen Mitgliedstaaten (siehe insbesondere Frankreich und Deutschland) agieren insofern praxisnäher, als sie sich zu bestimmten Regelungen der ESMA/EBA-Vorgaben von vorne herein non-compliant erklärt haben. Insofern wird es auch zu keiner harmonisierten Umsetzung in allen EU-Mitgliedstaaten kommen, da die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften in den nationalen Rechtsordnungen stark divergieren.

Wesentlichste Anliegen (im Detail siehe weiter unten bei der jeweiligen Rz):

- Ein und dieselbe Person darf nicht den Vorsitz über mehrere Ausschüsse haben, obwohl die EBA-GL nur vorsehen, dass der Vorsitzende des Risikoausschusses („sofern möglich“) unabhängig sein sollte und keinem anderen Ausschuss vorsitzen sollte. Nach FMA-Vorgabe dürfte nicht einmal mehr der Vorsitzende des Nominierungsausschusses und des Vergütungsausschusses ein und dieselbe Person sein.
- Die Vorgabe, dass im Nominierungs- und im Risikoausschuss 2 unabhängige AR-Mitglieder sein müssen, ist überschießend, da sich diese Vorgabe nicht in der BWG-Novelle findet, insbesondere weil - wie man den EB zur BWG-Novelle entnehmen kann - sich der Gesetzgeber beispielsweise bei der EBA-Vorgabe einer mehrheitlich unabhängigen Besetzung des Nominierungsausschusses bei sogen. O-SIIs dazu entschlossen hat dies aufgrund grundrechtlicher Bedenken (Recht auf Eigentum) so in Österreich nicht umzusetzen. In Zusammenspiel mit der Vorgabe der Rz 68, wonach die Ausschüsse nicht aus der gleichen Gruppe von Mitgliedern bestehen sollen, die bereits einen anderen Ausschuss bilden, wird damit die Vorgabe für den Gesamtaufwandsrat bei KIs über 5 Mrd. Euro Bilanzsumme mindestens 2 unabhängige Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, unterlaufen. Wenn man laut ÖCGK max. 10 Aufsichtsräte haben soll bzw. nach AktienG höchstens 20 Aufsichtsräte haben kann, stößt man an seine Grenzen bzw. ist das praxisfern, weil man de facto - durch die strengen Unabhängigkeitsvorgaben des FMA-RS-Entwurfs in den Ausschüssen - mehr als 2 unabhängige Aufsichtsräte haben muss. Dadurch läuft man aber Gefahr als Mehrheitseigentümer nicht mehr über die Mehrheit im Aufsichtsrat zu verfügen, was grundrechtlich (Recht auf Eigentum) bedenklich wäre.
- Die Unabhängigkeitskriterien werden strenger definiert, als in § 28a Abs. 5a BWG (und in den EBA-GL) vorgesehen; zB hinsichtlich der sektoralen Verbundenheit und beim Unabhängigkeitskriterium des wesentlichen Vertragspartners sowie in Rz 89: Der den Kriterienkatalog der „formalen Unabhängigkeit“ definierende BWG-Gesetzeswortlaut bezieht sich eindeutig und ausschließlich auf Aufsichtsratsmitglieder als natürliche Personen, nicht aber auf juristische Personen, in denen eine geschäftsführende Funktion durch das Aufsichtsratsmitglied ausgeübt wird. Da der Kriterienkatalog ohnehin sehr breit gefasst ist, sollte er auch restriktiv ausgelegt und nicht nochmals ausgeweitet werden; dass in der von der FMA genannten Konstellation tatsächlich ein (potentieller) Interessenkonflikt bestehen kann, der zu identifizieren, offenzulegen und zu steuern ist, ist unbestritten. Das richtige Instrumentarium, um diese Interessenkonflikte zu adressieren, ist aber §39 iVm §28a BWG, nach denen derartige Konflikte mit angemessenen Verfahren zu adressieren sind. Regelmäßig sind auch die in §28 BWG (Organgeschäfte) vorgesehenen Verfahren einzuhalten. Konstellationen, in denen Ratsmitglieder eine geschäftsführende Funktion in einem Unternehmen innehaben, mit denen eine wesentliche finanzielle Beziehung unterhalten wird, müssen daher nicht zusätzlich im Regime der „formalen Unabhängigkeit“ angesprochen werden.
- Zurücknahme der überschießenden Anforderungen an die Compliance-Funktion auf Basis des § 39 Abs 6 BWG.
- Die Anforderungen an die kollektive Eignung von Mitgliedern des Aufsichtsrats dürfen nicht verschärft werden.
- Anzeige aller tatsächlichen und potentiellen Interessenkonflikte an die FMA: In § 28 BWG ist dies nicht vorgesehen, zumindest sollte eine Einschränkung auf wesentliche

Interessenkonflikte erfolgen. Andernfalls wäre damit hoher bürokratischer Aufwand verbunden und würde eine Flut an Anzeigen an die FMA bewirken.

- Im RS-Entwurf finden sich keine Übergangsbestimmungen (Bestandsschutz) für Altmandate. Solche Bestimmungen wären aber notwendig.

Abgrenzung zum Rundschreiben der FMA betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018 und der DelVO (EU) 2017/565 („Organisationsrundschreiben WAG 2018“), idF Konsultationsentwurf vom 21.2.2018:

Wir ersuchen, im Rundschreiben eine klare Abgrenzung zwischen der Compliance Funktion gemäß § 39 Abs. 6 BWG und der (Wertpapier)Compliance-Funktion gemäß Art 22 DelVO (EU) 2017/565 durchgängig sicherzustellen bzw. auch abseits der Fußnoten klarzustellen. Insbesondere sollte, um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, der Begriff „Compliance Funktion“ im Fließtext jeweils um einen entsprechenden Zusatz („gemäß BWG“ bzw. „gemäß WAG“) ergänzt werden. Bei gegenseitigen Bezugnahmen der beiden Rundschreiben muss weiters sichergestellt sein, dass keine widersprüchlichen Anforderungen oder Regelungen entstehen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Rz 145 nicht den finalen Gesetzestext der letzten BWG-Novelle widerspiegelt. Wie auch im Zuge des Gesetzgebungsprozesses seitens der Kreditwirtschaft bereits angemerkt wurde, ist es wohl nicht möglich, dass eine Person die Einhaltung aller relevanten Normen sicherstellt, weshalb dies im Gesetzestext auch nun dahingehend formuliert ist, dass angemessene Grundsätze und Verfahren schriftlich festzulegen sind, Risiken einer etwaigen Gesetzesmissachtung aufzudecken und diese Risiken auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Würde die Sicherstellung der Einhaltung verlangt werden, so wäre die Aufgabenteilung in einer Bank nicht mehr möglich und auch das Verhältnis zur Geschäftsleitung neu zu definieren, da dadurch auch die Einhaltung der Gesetze durch die Geschäftsleitung geprüft werden müsste (auch bei Aufgaben, die jedoch nur der Geschäftsleitung zukommen).

Dringend angeregt wird daher, dass v.a. die Rz 145 mit dem Gesetzeswortlaut von § 39 Abs 6 BWG in Einklang gebracht und damit Gesetzeskonformität hergestellt wird.

Zu Seite 7, C. Normadressaten und Anwendungsbereich, Rz 11 und 13, FN 13:

In Rz 11 ist offenkundig mit „Compliance Funktion“ jene gemäß § 39 Abs. 6 BWG angesprochen:

(11) [...] „§ 39 Abs. 5 und 6 BWG legt die Vorgaben für die Leiter des Risikomanagements und der Compliance Funktion fest.“

Wohingegen in Rz 13 offenbar mit „Compliance-Funktion“ jene gemäß WAG bzw. Art 22 DelVO (EU) 2017/565 gemeint sein soll:

(13) „Die F&P-GL erfassen sämtliche Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Leitungs- bzw. in seiner Aufsichtsfunktion (in der Diktion des BWG: „Geschäftsleiter“ und „Aufsichtsratsmitglieder“) sowie alle Inhaber von Schlüsselfunktionen¹³. Insbesondere umfasst die F&P-GL die Überprüfung der Leiter der internen Kontrollfunktionen (Risikomanagementabteilung, interne Revision, Compliance-Funktion¹⁴);

Zusätzlich ist in FN 13 auch noch der „*Compliance-Officer*“ genannt. Hier ist nicht klar, welche Compliance angesprochen ist.

Die Verwendung des einheitlichen Begriffs „Compliance Funktion“ für zwei verschiedene Funktionen schafft Verwirrung. Wir ersuchen daher um eine entsprechende Klarstellung. Man könnte hier bspw. von Compliance Funktion gemäß WAG und Compliance Funktion gemäß BWG sprechen. Wir gehen davon aus, dass beide Funktionen eine Schlüsselfunktion sein sollen, demgemäß wären aber beide entsprechend getrennt anzuführen. Insgesamt scheinen auch hier die FMA-Vorgaben über die Anforderungen in Deutschland hinauszugehen.

Zu den einzelnen Randziffern des Rundschreibens:

Rz 32 (Unvoreingenommenheit)

Die Formulierung der Unvoreingenommenheitsanforderung in Rz 32 erweckt den Eindruck, als wäre es möglich, dass jeder Geschäftsleiter und jedes AR-Mitglied jeden Sachverhalt stets unabhängig beurteilen kann und frei von Interessenkonflikten ist. Das ist aber, wie schon das Beispiel der Organgeschäfte zeigt, nicht der Fall. Niemand kann die eigenen Organgeschäfte oder die Organgeschäfte seiner nahen Angehörigen unvoreingenommen beurteilen. Darum verbietet § 28 BWG ja die Teilnahme an den entsprechenden Abstimmungen. Die Formulierung der Rz 32 sollte sich daher besser am Wortlaut des Art 91 Abs 8 CRD IV orientieren, wo es heißt, „jedes Mitglied des Leitungsorgans handelt ... unvoreingenommen“. Wenn man nicht unvoreingenommen handeln kann, weil wie bei einem eigenen Organgeschäft ein Interessenkonflikt vorliegt, dann darf man nicht für das Institut handeln.

Eine dies besser zum Ausdruck bringende Formulierung der Rz 32 könnte zB lauten:

„(32) Jeder Geschäftsleiter und jedes Aufsichtsratsmitglied muss bei der Erfüllung der jeweiligen Funktion die anstehenden Sachverhalte vernünftig, objektiv und unvoreingenommen beurteilen und seine Entscheidungen unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten treffen. Dieses unvoreingenommene Handeln spiegelt sich einerseits in den Verhaltensfähigkeiten des Mitglieds, andererseits in der Freiheit von Interessenkonflikten wider. Besteht im Einzelfall doch ein Interessenkonflikt, dann ist entsprechend der institutseigenen Interessenkonfliktpolitik vorzugehen, was zB bedeuten kann, dass das betreffende Mitglied an der Entscheidung nicht teilnehmen darf.“

Rz 33 (Interessenkonflikte)

Rz 33 sieht eine Verpflichtung zur Anzeige von tatsächlichen und potentiellen Interessenkonflikten inklusive Milderungsmaßnahmen an die FMA vor. Eine derartige Meldepflicht, die auch sämtliche Organgeschäfte umfassen würde, hat keine gesetzliche Grundlage und sollte daher gestrichen werden. Zumindest sollte eine Anzeigepflicht auf jene Fälle beschränkt werden, in denen **die bankinterne Beurteilung ergibt, dass der Interessenkonflikt die Unvoreingenommenheit beeinträchtigen könnte** (und der Interessenkonflikt damit einen potentiellen Verlust der Eignung bewirken kann; siehe dazu auch RZ 86 der EBA Leitlinien). Organgeschäfte gem. § 28 BWG sollten jedenfalls von der Anzeigepflicht ausgenommen werden.

Eine Anzeigepflicht für jeden tatsächlichen und potentiellen Interessenkonflikt ist überzogen, wenn man bedenkt, dass Organgeschäfte stets mit einem Interessenkonflikt verbunden sein können. Wir gehen davon aus, dass die FMA nicht an einer Flut von Organgeschäftsmeldungen interessiert sein kann, zumal eine derartige Meldepflicht in § 28 BWG nicht vorgesehen ist.

Im letzten Satz der Ausführungen zu Rz 33 des Rundschreibens wäre daher zusätzlich klarzustellen, dass die darin aufgezählten Maßnahmen, insb. die Meldung an die FMA

ausschließlich hinsichtlich **wesentlicher Interessenkonflikte** zu erfolgen hat und das Vorliegen einer der in Rz 34 des Rundschreibens beispielhaft aufgezählten Interessenkonflikte nicht per se die Wesentlichkeit eines solchen Interessenkonflikts indiziert.

Rz 34

Es wird auf die in Rz 84 der EBA/ESMA Richtlinie aufgelisteten Kriterien verwiesen, diese werden aber in verschärfter Form wiedergegeben.

Rz 84a EBA/ESMA GL spricht von einem möglichen Interessenkonflikt, wenn „Darlehen an ein Unternehmen gegeben werden, die Mitgliedern des Leitungsorgans gehören“

Im Rundschreiben heißt das dann: Darlehen an ein dem Mitglied „nahestehendes“ Unternehmen. Das ist nicht nur eine andere Formulierung für das Gleiche, sondern eine zusätzliche Verschärfung und stellt daher Gold-Plating dar.

Beispielsweise sehen die EBA F&P GL nur Unternehmen erfasst, welche einem Mitglied des Leitungsorgans gehören (somit ein Beteiligungsverhältnis vorliegt), die FMA dehnt diesen Kreis jedoch auf jegliche Unternehmen aus in denen ein Mitglied eines Leitungsorgans seinerseits Organstellung hat (Bezeichnung als „nahestehendes Unternehmen“). Diese Wertung widerspricht im Übrigen auch der gesetzlichen Regelung in § 28 BWG (welche Bestimmung die zentrale Interessenkonfliktregelung des BWG darstellt), deren Regelungskreis hinsichtlich der Mitglieder des Aufsichtsrates eines Kreditinstitutes weder Geschäfte mit Unternehmen im (Mit-)Eigentum dieser Personen noch solchen in denen ein Aufsichtsratsmitglied Mitglied der Geschäftsführung ist, umfasst.

Das in Fußnote 23 angeführte Beispiel für einen die Unvoreingenommenheit beeinträchtigenden Interessenkonflikt geht ebenfalls über den Wortlaut der Leitlinien hinaus. Dieses spricht nämlich von ausfallgefährdeten Krediten. Eine derartige Handhabung würde selbst über die strengen Vorgaben des EZB Leitfadens hinausgehen, der ordnungsgemäß bediente Kredite unabhängig davon, ob diese ausfallgefährdet sind oder nicht, als für die Unvoreingenommenheit nicht wesentliche Beeinträchtigung erachtet.

Die dezidierte, grundsätzliche Klarstellung in Rz 87 der EBA F&P GL, wonach das Bestehen einer Geschäftsbeziehung zum beaufsichtigten Kreditinstitut per se nicht zu einer Beeinträchtigung der Unvoreingenommenheit des betreffenden Mitglieds führt, fehlt hingegen im Rundschreiben.

Allgemein ist zu diesem Punkt jedenfalls festzuhalten, dass jegliche (Geschäfte im Rahmen einer) Geschäftsbeziehung jedenfalls aus dem Blickwinkel von Interessenkonflikten bzw. der Unvoreingenommenheit oder Unabhängigkeit solange außer Betracht zu bleiben haben, als diese Geschäfte zu Konditionen geführt werden, welche zu marktüblichen Konditionen („at arm's length“) und nicht notleidend sind, als es in dieser Konstellation dem jeweiligen Mitglied jederzeit möglich ist Geschäfte bzw. die Geschäftsbeziehung als Ganzes ohne Nachteil zu einem Wettbewerber zu verlagern. Diese Ansicht korreliert im Übrigen auch mit den Ausführungen in Tabelle 1 auf Seite 19 des von der EZB publizierten Leitfadens zur Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit.

Rz 34 (3. Punkt)

Hier stellt sich die Frage, was unter „beruflichen Beziehungen zu Mitarbeitern des Instituts“ zu verstehen ist. Beispiele wären hier hilfreich.

Rz 36 (Stellvertreter in den Ausschüssen)

Es gibt weder im BWG noch in den EBA-Leitlinien eine rechtliche Grundlage für eine Cooling-off-Periode des Vorsitzenden-Stellvertreters. Vor diesem Hintergrund sollte der Begriff „Stellvertreter“ in Rz 36 gestrichen werden.

Rz 39 (Offenlegung der Vermögensverhältnisse)

Eine Verpflichtung zur Offenlegung der Vermögensverhältnisse steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zur EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und sollte daher nur bei begründeten erheblichen Zweifeln an der finanziellen Solidität bestehen.

Rz 49 (letzter Satz)

Hier ist nicht nur auf die FMA, sondern auch auf andere, gleichwertige (ausländische) Aufsichtsbehörden abzustellen. Zusätzlich sollte diese Vermutung unabhängig von einem entsprechenden Zeitraum in der Funktion als Geschäftsleiter greifen, da für die Qualifikation als Geschäftsleiter schon ursprünglich das Kriterium der erforderlichen Leitungserfahrung erfüllt werden musste.

Rz 60 und Rz 71 (erforderliche Kenntnisse von Aufsichtsratsmitgliedern)

Der Know-your-structure-Grundsatz umfasst die Kenntnisse über die Struktur. Darüber hinaus wird in Rz 60 und Rz 71 verlangt, dass Aufsichtsräte die Verantwortlichkeiten im Institut kennen. UE sind die Verantwortlichkeiten Teil der operativen Tätigkeit und deren Kenntnis geht über die für die Ausübung der Aufsichtstätigkeit als Aufsichtsrat erforderlichen Kenntnisse über das Institut hinaus. Zudem würde eine diesbezügliche Anforderung zu überbordenden Informationspflichten führen, denn zum einmaligen Informationserwerb über die Verantwortlichkeiten müssten die Aufsichtsräte zusätzlich Kenntnisstand aktuell halten. Aus den eben dargelegten Gründen ist uE die geforderte Kenntnis der Verantwortlichkeiten zu streichen.

Rz 61ff.

Im bisherigen RS wurde für die einfachen Aufsichtsratsmitglieder in Rz 56 auf § 28a Abs. 5 Z 3 BWG („die Mitglieder des Aufsichtsrates verfügen jederzeit über ausreichende Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, **um gemeinsam in der Lage zu sein**, die Geschäftstätigkeiten des jeweiligen Kreditinstitutes einschließlich damit verbundener Risiken soweit zu verstehen, dass sie die Entscheidungen der Geschäftsleitung überwachen und kontrollieren können“) Bezug genommen und auf die Auslegung im Sinne der Proportionalität und Kollektivität hingewiesen („es ist daher nicht erforderlich, dass alle Aufsichtsratsmitglieder über die gleiche *“fachliche Eignung“* und Erfahrung verfügen“); auf Individualebene wird lediglich „von grundlegenden Kenntnissen und einer gewissen Erfahrung“ gesprochen.

Im Entwurf des neuen RS werden in Rz 61 ff augenscheinlich die für alle erforderlichen Individualkenntnisse (Bankbetrieb, Bankgeschäft, Recht etc.) hervorgehoben, die eine ursächliche Bedingung für die gemeinsame Kontrollaufgabe darstellen sollen.

Eine wieder stärkere Betonung der Proportionalität und Kollektivität und der sich ergänzenden fachlichen Kenntnisse und gemeinsamen Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion als Gremium wäre wünschenswert.

Rz 65 (Fachliche Eignung bei einfachen Aufsichtsratsmitgliedern)

Rz 65 betont die Proportionalität bei den Anforderungen an Kenntnisse der Aufsichtsratsmitglieder.

Dann heißt es aber leider in einer auf Proportionalität nicht Rücksicht nehmenden Formulierung, es sei aber „in jedem Fall erforderlich“, dass die (einfachen) Aufsichtsratsmitglieder mit folgenden Rechtsmaterien vertraut sind. Die im Anschluss daran folgende Liste umfasst neben zentralen Bestimmungen des BWG und der CRR zum Beispiel auch zentrale Bestimmungen des FM-GwG, des WiEReG, der relevanten delegierten Verordnungen, relevante Bestimmungen des europäischen Bankaufsichtsrechts (von der SSM-VO bis hin zu CEBS-GL, EBA-GL und BTS) und schließlich auch noch die für die Aufsichtstätigkeit wesentlichen Inhalte der FMA-Verordnungen, FMA-Rundschreiben und FMA-Mindeststandards.

Abgesehen davon, dass es nicht um eine bankaufsichtliche „Aufsichtstätigkeit“, sondern um eine gesellschaftsrechtliche Aufsichtsratsstätigkeit geht, mögen die hier aufgelisteten Materien für ein Aufsichtsratsmitglied einer international agierenden Großbank erforderlich sein, gehen aber über ein vernünftiges Anforderungsprofil an ein Aufsichtsratsmitglied in einer (kleineren) Bank hinaus. Der Katalog sollte gekürzt und der Einleitungssatz umformuliert werden, sodass er sinngemäß lautet:

„Im Einzelfall kann es erforderlich sein, dass die Aufsichtsratsmitglieder mit den folgenden Rechtsmaterien vertraut sind:“

Rz 68 (Ausschüsse)

Dass es einem Aufsichtsratsmitglied untersagt wäre, **den Vorsitz mehrerer Ausschüsse zu übernehmen**, ergibt sich weder aus den EBA-GL, noch aus dem BWG. Einzige Einschränkung hinsichtlich der Zusammensetzung von Ausschüssen findet sich Rz 48 der EBA GL on Internal Governance, wonach Ausschüsse nicht aus derselben Gruppe an Mitgliedern bestehen dürfen, die bereits in anderen Ausschüssen vertreten ist. Der Übernahme mehrerer Vorsitz-Funktionen steht vielmehr lediglich ein nicht mehr ausreichendes Zeitbudget entgegen. Lediglich in Bezug auf den Risikoausschuss wird in den EBA Fit & Proper GL in Rz 54 ausgeführt: „In allen Instituten sollte der Vorsitzende des Risikoausschusses weder der Vorsitzende des Leitungsorgans noch der Vorsitzende eines anderen Ausschusses sein.“ Das ist so in der EBA Fit & Proper GL nicht zu finden und würde bedeuten, dass man mindestens 4 verschiedene Ausschussvorsitzende benötigen würden. Diese Regelung ist überschießend und im Zusammenhang mit anderen gesetzlichen Forderungen (Fachexperten in den Ausschüssen, Unabhängigkeit der Vorsitzenden in diversen Ausschüssen) auch kaum umsetzbar.

Auch inhaltlich erachten wir Personenidentitäten in Vorsitzfunktionen als sinnvoll und einer effektiven Überwachung zuträglich, zumal dadurch der wechselseitige Informationsfluss und die Koordination zwischen den Gremien gestärkt wird. **Das Verbot der Übernahme mehrerer Ausschuss-Vorsitzfunktionen ist daher zu streichen.**

Dies gilt im Übrigen auch für das in Rz 69 vorgesehene Rotationsprinzip von Ausschussmitgliedern bzw. -vorsitzenden, deren Zuweisung zu einem Ausschuss ja gerade nicht „zufällig“, sondern kompetenzbezogen zu erfolgen hat (siehe genauer unten zu Rz 69).

Bei höchstens 10 Aufsichtsrats-Mitgliedern laut ÖCGK bzw. 20 laut AktienG stellt das eine kaum bewältigbare Herausforderung für das jeweilige Institut dar. Denn in der Praxis werden aufgrund strategischer und geschäftlicher Strukturen und der zumeist damit verbundenen fachlichen Qualifikationen, die eine Voraussetzung für die Übernahme einer AR-Funktion darstellen, eine hohe Anzahl von abhängigen Mitgliedern dem Aufsichtsrat angehören.

Rz 69 - „Rotation“ in den Ausschüssen

Nach Rz 69 des Entwurfs sei mitunter ein gelegentlicher Austausch der Mitglieder der einzelnen Ausschüsse sowie Ausschussvorsitzenden in Betracht zu ziehen („Rotation“), wobei auf die spezifischen Ausschussanforderungen Rücksicht zu nehmen sei.

Dieses Rotationsprinzip ist praxisfremd und lässt den entscheidenden Vorteil einer ständigen Besetzung der Ausschüsse außer Acht, nämlich, dass die Mitglieder der jeweiligen Ausschüsse die erforderliche spezielle Expertise aufweisen. Die jeweiligen Experten würden dann aus „ihren“ Ausschüssen hinausrotieren, was auch aus einer aufsichtsbehördlichen Perspektive nicht zweckmäßig sein kann. Zudem kostet eine Einarbeitung in Themen eines anderen Ausschusses viel wertvolle Zeit, die angesichts der ständigen Dynamik im Bereich der Finanzmarktregulierung in der Regel gar nicht zur Verfügung steht und besser im Rahmen der ständigen Besetzung der Ausschüsse investiert werden sollte.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns für die Streichung der Rz 69 aus.

Rz 78 f (Kollektive Eignung)

Gemäß RZ 78 sind *zusätzlich* zu den geforderten Individualkenntnissen alle notwendigen spezifischen Kenntnisse, Fähigkeiten, Eigenschaften und Erfahrungen durch den Aufsichtsrat als Kollektiv zu erfüllen. Diesbezüglich möchten wir darauf hinweisen, dass die erforderlichen Individualkenntnisse Bestimmungen umfassen, die auch bei der kollektiven Eignung verlangt werden. Z.B. finden sich in der Liste zu RZ 65 Bestimmungen der CRR, die auch Vorgaben für den Bereich „Risiko“ umfassen. Diese sind allerdings auch in der Liste der RZ 76 angeführt (z.B.: „Risikomanagement“). Da es hier zu Redundanzen kommen kann, ist eine Anpassung des Wortlauts wie folgt erforderlich: „**Ergänzend** zu den erforderlichen Individualkenntnissen...“.

In RZ 79 wird verlangt, dass bei der Besetzung von Ausschüssen auf deren kollektive Eignung berücksichtigt wird. UE ist diese Vorgabe überschießend und auch nicht nachvollziehbar. Denn selbst die EBA Leitlinien hinsichtlich der Zusammensetzung der Ausschüsse nur, dass diese angemessen ist (RZ 152). Die kollektive Eignung ist allerdings nur hinsichtlich des Aufsichtsrates als Ganzes zu prüfen. Zudem ist es in Ausschüssen nicht erforderlich, dass eine kollektive Eignung ähnlich jener im Gesamtgremium vorliegt. Denn in Ausschüssen sollen eben jene (Fach-)Experten einen Sitz haben, die man für eine gute Vorbereitung für das Gesamtgremium braucht. Das für die endgültige Entscheidung erforderliche Gesamt-Know-How liegt dann wieder im Gesamtgremium vor. Eine Erweiterung der kollektiven Eignung auf die Ausschüsse würde zu einer Schlechterstellung Österreichs gegenüber anderen Mitgliedstaaten und daher zu einem Gold-Plating führen. Zudem ist darauf zu achten, dass der Grundsatz der Drittelparität hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter in Ausschüssen des Aufsichtsrates diese Bestimmung

Daher regen wir an, das Erfordernis, die kollektive Eignung in den Ausschüssen zu berücksichtigen, zu streichen.

Rz 84 (Bezugnahme auf das Unvoreingenommenheitserfordernis)

In Rz 84 wird im Einleitungssatz wieder auf das schon in Rz 32 angesprochene Unvoreingenommenheitserfordernis Bezug genommen und dabei wieder nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder immer unvoreingenommen sein, sondern nur immer unvoreingenommen handeln müssen (oder eben nicht handeln dürfen).

Der Einleitungssatz sollte sinngemäß zB wie folgt formuliert werden:

„Während alle Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder stets unvoreingenommen zu handeln haben (Rz 32), sieht § 28a Abs. 5a BWG auch eine Mindestanzahl an unabhängigen Mitgliedern im Aufsichtsrat vor, wobei § 28a Abs. 5b BWG die maßgeblichen Kriterien normiert.“

Rz 85

Hier wird im Rundschreiben auf die Notwendigkeit von unabhängigen Mitgliedern im Nominierungsausschuss und Risikoausschuss verwiesen. § 29 BWG normiert keine Vorgaben an die Unabhängigkeit der Mitglieder des Nominierungsausschusses, womit Rz 85 des RS-Entwurfs in diesem Punkt nicht im Einklang mit dem maßgeblichen BWG steht. Zudem hat die FMA auch explizit eine „partially compliant“-Erklärung zu den EBA GL zur internen Governance dahingehend abgegeben, dass beim Nominierungsausschuss von den EBA-Vorgaben abgewichen werden soll; **die Anführung des Nominierungsausschusses ist daher in Rz 85 zu streichen.**

Der letzte Satz in Rz 85 muss daher wie folgt angepasst werden:

„Um eine effektive Umsetzung dieser Ziele zu ermöglichen und einen hinreichenden Informationsfluss sicherzustellen, sind in Instituten von erheblicher Bedeutung unabhängige Mitglieder auch im ~~Nominierungs- und~~ Risikoausschuss vertreten.“

Hinsichtlich des Risikoausschusses sollte im Rundschreiben explizit auf § 39d Abs. 5 BWG („Kriterien der formalen Unabhängigkeit“ und die enthaltene Einschränkung deren Anwendung auf Risikoausschüsse in systemrelevanten Institute gem. § 23b und c BWG) hingewiesen werden.

Rz 85 (Unabhängige Mitglieder im Aufsichtsrat - keine sektorale Verbundenheit)

Die einleitende Aussage, dass die unabhängigen Mitglieder zur effektiven gegenseitigen Kontrolle der Entscheidungsfindung dienen, suggeriert, dass jene Mitglieder, die die Unabhängigkeitskriterien nicht erfüllen, dafür nicht geeignet sind. Ähnlich könnte man aus Satz 4 der Rz 85 den Umkehrschluss ziehen, dass es Aufsichtsratsmitgliedern, die die Unabhängigkeitskriterien nicht erfüllen, nicht obliegt, einen kritischen Diskurs zu führen. Beides wäre eine Verkennung der Aufgaben und Verantwortung sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder. Selbstverständlich sind alle zu einem kritischen Diskurs und zu effektiver Kontrolle berufen. Um dies klarzustellen, sollte man formulieren, dass die unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder dazu jeweils "in besonderer Weise" berufen sind. Diese Formulierung schließt eine gleichartige Aufgabenstellung auch für die nicht unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder nicht aus.

Wenn man die Aussage im Rundschreiben, dass zumindest ein Mitglied des Aufsichtsorgans „keine sektorale Verbundenheit“ aufweisen darf, als Sicherstellung versteht, dass sich der Aufsichtsrat nicht nur aus Mitgliedern, welche als Geschäftsleiter der Primärstufe bestellt sind, zusammensetzt, ist dagegen nichts einzuwenden. Das ergibt sich schon aus den Erläuterungen zur BWG-Novelle. Wünschenswert wäre aber eine ergänzende Klarstellung des logischen Umkehrschlusses, nämlich dass Personen, die keine wesentliche Geschäftsbeziehung zur Primärstufe unterhalten, also nicht hauptberuflich als Geschäftsleiter, sondern lediglich als Eigentümerversorger (nicht hauptamtliches Vorstandsmitglied, Aufsichtsratsmitglied) im Rahmen der genossenschaftlichen Selbstverwaltung für diese tätig sind, keine wesentliche Geschäftsbeziehung zur Primärstufe aufweisen. Schließlich haben diese Personen alle einen Hauptberuf außerhalb der Primärstufe und sind für ihr persönliches Fortkommen nicht auf diese angewiesen.

Rz 86

In Rz 86 ist festgelegt, dass die „Institute“ die unabhängigen Mitglieder auf ihre Position hinweisen sollen. Abgesehen davon, dass dies Aufgabe des Nominierungsausschusses wäre, ist diese Hinweispflicht aber auch nicht zweckmäßig. Sie ist auch gesetzlich nicht vorgesehen.

Rz 87 (Unabhängigkeitskriterium „12 Jahre“)

Gemäß Rz 91a der F&P EBA/ESMA GL wird eine „Cooling-Off-Periode“ für frühere Organe in leitender Funktion festgeschrieben.

Gemäß Rz 91j der F&P EBA/ESMA GL gilt das Mitglied dann als abhängig, wenn es für 12 aufeinander folgende Jahre oder länger als Mitglied des Leitungsorgans tätig war.

Daraus ist abzulesen, dass mit der „12 Jahre Regelung“ das Leitungsorgan in seiner Aufsichtsfunktion gemeint sein muss, weil sonst ein „Cooling-Off“ von 5 Jahren keinen Sinn ergeben würde.

Im Rundschreiben der FMA (Rz 87) wird das auf einen durchgehenden Zeitraum von 12 Jahren als Geschäftsleiter oder Aufsichtsratsmitglied des betreffenden Kreditinstituts ausgedehnt.

Das ist nicht nur überschießend, sondern würde die Regelung einer „Cooling-Off Periode“ sinnentkleiden und dazu führen, dass frühere Geschäftsleiter eigentlich immer als „abhängig“ zu werten wären.

Zudem möchten wir darauf hinweisen, dass der Verweis auf die Definition des höheren Managements gemäß BWG zu einer potentiellen Ausdehnung der Unabhängigkeitsanforderungen führt, denn die Definition im BWG ist weiter gefasst als jene in den EBA Leitlinien. Während das BWG Führungskräfte, die der Geschäftsleitung rechenschaftspflichtig sind, umfasst, adressieren die GL nur jene Personen, die auf **höchster hierarchischer Ebene** angestellt sind und **nur** dem Leitungsorgan **unmittelbar** rechenschaftspflichtig sind. Daher ist der Verweis auf die Definition im BWG uE nicht möglich und sollte durch eine eigene Definition, die den EBA Leitlinien entspricht, abgelöst werden.

Rz 88

Wir begrüßen ausdrücklich den Ansatz der FMA, in ihren Ausführungen zu Rz 88 eine für die Kreditwirtschaft handhabbare Definition des Begriffs der „Wesentlichkeit“ iZm finanziellen/geschäftlichen Beziehungen zu verankern. Die Definition ist aber in der Praxis teilweise nicht handhabbar bzw. mit Blick auf Rz 94 auch widersprüchlich. Insbesondere das Erfordernis, die „Wesentlichkeit“ aus Sicht des Instituts und aus Sicht des Ratsmitglieds - somit auf zwei Ebenen - zu prüfen, ist in der Praxis nur schwer administrierbar.

Zur Ebene des Instituts: Nachvollziehbar und aufrechterhalten werden sollte der festgelegte 1-%-Schwellenwert der anrechenbaren Eigenmittel, da dieser Schwellenwert leicht und präzise feststellbar ist. Eine zusätzliche Ergänzung um einen alternativen absoluten Mindestbetrag iHv zB EUR 500.000,- (ähnlich dem Konzept des Zustimmungsvorbehalts bei Großkrediten iSv § 28b BWG) wäre wünschenswert, da ansonsten kleine Kreditinstitute mit niedrigen anrechenbaren Eigenmitteln benachteiligt werden würden (Stichwort: Hypothekarimmobilienkredit).

Zur Ebene des Ratsmitglieds: die Prüfung der Wesentlichkeit auf Ebene des Ratsmitglieds kann und sollte generell entfallen, da ohnedies bereits als allgemeine individuelle Anforderung an die persönliche Eignung die „wirtschaftliche Solidität“ jedes Ratsmitglieds gesetzlich verankert ist und sich aus geschäftlichen/finanziellen Beziehungen ergebende (tatsächliche

oder potentielle) Interessenkonflikte ohnedies durch die im Institut zu verankernden Col-Verfahren zu adressieren sind.

Der Entfall der Prüfung auf Ebene des Ratsmitglieds ist umso mehr gerechtfertigt, als in Rz 94 weitere Zahlungen an das AR Mitglied bereits als wesentlich eingestuft werden, wenn sie mindestens 25% der AR-Vergütung übersteigen. In der Praxis würde dies bedeuten, dass bei einer Vergütung von zB EUR 6.000,- p.a. weitere Zahlungen über EUR 1.500,- (25%) als wesentlich einzustufen wären. Wir gehen davon aus, dass dieses Ergebnis so nicht gewollt sein kann.

In Rz 88 sollte zudem die Klarstellung aufgenommen werden, dass zu fremdüblichen Konditionen und damit zum Wohle der Bank abgeschlossene Geschäfte der geforderten Unabhängigkeit von AR-Mitgliedern nicht abträglich sein sollen.

Zudem sollte die Wortfolge „das finanzielle Fortkommen“ im letzten Satz der Rz 88 gestrichen werden, zumal diese Formulierung zu weit und zu unbestimmt ist und der Aufsicht daher ein zu großer behördlicher Ermessensspielraum eingeräumt wird. Darüber hinaus findet diese Anforderung in Rz 91 lit c ESMA/EBA F&P-GL auch keine hinreichende Deckung.

Rz 89

Rz 91c der ESMA/EBA GL definiert als Kriterium, dass „das Mitglied nicht über wesentliche finanzielle oder geschäftliche Beziehungen zum Institut verfügt“.

Das Rundschreiben erweitert das auch auf die vom Mitglied vertretenen Unternehmen: „So ist der Geschäftsleiter eines Unternehmens, das mit dem Institut in einer wesentlichen finanziellen und geschäftlichen Beziehung steht, als abhängiges Mitglied zu qualifizieren.“

Weiters ist festzuhalten, dass die hier einschlägige Bestimmung des § 28a Abs 5b Z 3 BWG (idF BGBl I 36/2018) auch keinen Raum für eine weitere Auslegung des Gesetzes lässt, als das Gesetz lediglich vom „Mitglied des Aufsichtsrates“ spricht, nicht jedoch Unternehmen einbezieht, in welchen ein solches Mitglied beispielsweise eine Geschäftsführungsfunktion innehat. Mehr noch führen die parlamentarischen Materialien (106 d.B., XXVI. GP, Seite 3) unter anderem zu § 28a Abs 5b BWG aus, dass

„Unter der in § 28a Abs. 5b Z 8 angeführten Personen, die „im letzten Jahr eine wesentliche Geschäftsbeziehung mit einem wesentlichen Vertragspartner unterhalten“ haben, fallen insbesondere Personen, die beim wesentlichen Vertragspartner des Kreditinstituts (beziehungsweise eines Unternehmens innerhalb Gruppe, der das Kreditinstitut angehört) eine Leitungsfunktion innehaben oder innerhalb des vergangenen Jahres innehatten.“

woraus sich ergibt, dass die Einbeziehung von Unternehmen in denen ein Aufsichtsratsmitglied eine Geschäftsführungsfunktion ausübt, lediglich hinsichtlich des Tatbestandes des § 28a Abs 5b Z 8 BWG (bezüglich welcher Norm die Wesentlichkeit aus Sicht des jeweiligen Kreditinstituts zu bestimmen ist), angeordnet ist.

Da der Kriterienkatalog ohnehin sehr breit gefasst ist, sollte er auch restriktiv ausgelegt und nicht nochmals ausgeweitet werden; dass in der von der FMA genannten Konstellation tatsächlich ein (potentieller) Interessenkonflikt besteht, der zu identifizieren, offenzulegen und zu steuern ist, ist unbestritten. Man sollte dies vielleicht dort als Beispiel erwähnen, aber nicht überschießend als „Abhängigkeitskriterium“ definieren.

Das richtige Instrumentarium, um diese Interessenkonflikte zu adressieren, ist aber § 39 iVm §28a BWG, nach denen derartige Konflikte mit angemessenen Verfahren zu adressieren sind. Regelmäßig sind auch die in § 28 BWG (Organgeschäfte) vorgesehenen Verfahren einzuhalten.

Konstellationen, in denen Ratsmitglieder eine geschäftsführende Funktion in einem Unternehmen innehaben, mit denen eine wesentliche finanzielle Beziehung unterhalten wird, müssen daher nicht zusätzlich im Regime der „formalen Unabhängigkeit“ adressiert werden.

Rz 89 kann daher entfallen.

Rz 90 (beherrschender Anteilseigner)

Im Einklang mit Rz 104 sollte Rz 90 wie folgt ergänzt werden:

„Auch ein beherrschender Anteilseigner gemäß Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie 2013/34/EU (bzw. im Fall einer juristischen Person dessen gesetzlicher Vertreter im Sinne der Rz 104) sowie ein Angestellter⁶¹ dessen, oder eine Person, die zum beherrschenden Anteilseigner eine wesentliche Geschäftsbeziehung⁶² unterhält (Kriterium des beherrschenden Anteilseigners), gelten als abhängige Personen.“

Rz 91 (Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat)

In Rz 91 heißt es, dass Arbeitnehmersvertreter unabhängige Aufsichtsratsmitglieder darstellen können, sofern keine anderen „disqualifizierenden“ Umstände vorliegen. Die Aussage ist in der Sache richtig, die Wortwahl „disqualifizierend“ aber unpassend. Personen, die die Unabhängigkeitskriterien nicht erfüllen, sind als Aufsichtsratsmitglieder nicht „disqualifiziert“; sie sind auch nicht schlecht, sondern sie erfüllen schlicht die Unabhängigkeitskriterien nicht, womit kein Unwerturteil verbunden ist. Das sollte die FMA auch sprachlich beachten.

Die Formulierung sollte daher besser lauten:

„Arbeitnehmersvertreter können unabhängige Aufsichtsratsmitglieder darstellen, sofern keine anderen die Unabhängigkeit ausschließenden Umstände vorliegen.“

Weiter heißt es in Rz 91:

„Sie sind aber als solche nicht auf die erforderlichen Zahlen der unabhängigen Mitglieder anzurechnen, da sie eine eigene Kategorie von Aufsichtsratsmitgliedern darstellen.“

Diese Aussage ist korrekt für die erforderliche Zahl an Aufsichtsratsmitgliedern im Gesamtaufichtsrat und wahrscheinlich ist auch nur dieser Zusammenhang gemeint. Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder werden aber auch im Zusammenhang mit der Ausschussbesetzung verlangt und in diesem Zusammenhang sind die Arbeitnehmersvertreter angesichts des österreichischen Arbeitsrechts sehr wohl als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder anzurechnen, zB wenn es um die Mehrheit im Risikoausschuss geht.

Dies sollte im Satzesatz der Rz 91 zum Ausdruck gebracht werden, zB wie folgt:

„Sie sind als solche nicht auf die erforderlichen Zahlen der unabhängigen Mitglieder im Gesamtaufichtsrat, wohl aber auf die Erfordernisse bei der Ausschusszusammensetzung anzurechnen.“

Hinsichtlich des Verweises auf die Definition des „höheren Managements“ verweisen wir auf die Ausführungen zu Rz 87 und ersuchen um Anpassung an die Anforderungen der EBA Leitlinien.

Rz 92 (Bankprüfer)

In der FN 64 sollte die Bestimmung des § 61 Abs. 1 BWG betreffend Bankprüfer korrekt zitiert werden, sodass es dort heißt: „*Gemäß § 61 Abs. 1 BWG gelten als Bankprüfer die zum Abschlussprüfer bestellten beideten Wirtschaftsprüfer oder*

Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und die Prüfungsorgane (Revisoren, Prüfungsstelle des Sparkassen-Prüfungsverbandes) gesetzlich zuständiger Prüfungseinrichtungen.“

Weiters ist die im 2. Satz verwendete Wendung „*alle für die Prüfung des jeweiligen Instituts verantwortlichen Personen*“ unklar. Im BWG wird demgegenüber iZm der Durchführung der Prüfung von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften als Bankprüfer stets auf die nach § 88 Abs. 7 WTBG [nunmehr gleichlautend in § 77 Abs. 9 WTBG 2017] für den Prüfungsauftrag namhaft gemachten natürlichen Personen verwiesen (siehe u.a. §§ 62 Z 17, 63 Abs. 1 und 99 Abs. 1 Z 10 BWG). Daher sollte dieser Satz in der FN 64 dahingehend adaptiert werden, dass hinsichtlich der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die gemäß § 63 Abs. 1 BWG für den Prüfungsauftrag namhaft gemachten natürlichen Personen nicht als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder anzusehen sind.

Die FN 64 sollte daher wie folgt lauten:

„Gemäß § 61 Abs. 1 BWG gelten als Bankprüfer die zum Abschlussprüfer bestellten beideten Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und die Prüfungsorgane (Revisoren, Prüfungsstelle des Sparkassen-Prüfungsverbandes) gesetzlich zuständiger Prüfungseinrichtungen. Hinsichtlich der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sind alle gemäß § 63 Abs. 1 BWG für den Prüfungsauftrag namhaft gemachten natürlichen Personen nicht als unabhängige Aufsichtsratsmitglieder anzusehen.“

Rz 92 (Unabhängigkeitskriterium von Beratern)

Nach Rz 92 gilt auch als abhängig, wer innerhalb der letzten drei Jahren Bankprüfer des Instituts oder eines anderen Mitglieds der Institutsgruppe war, oder derjenige, der in diesem Zeitraum den Bestätigungsvermerk unterzeichnet hat. Ebenfalls abhängig sollen all jene Berater - insbesondere Anwälte, Wirtschaftsprüfer Steuer- und Unternehmensberater sowie die Inhaber und Geschäftsleiter solcher Beratungsunternehmen und Kanzleien - sein, die innerhalb der letzten drei Jahre für das Institut oder ein anderes Institutsgruppenmitglied in wesentlichem Ausmaß tätig wurden (Kriterium des Beraters).

Ein wesentliches Ausmaß soll nach Ansicht der FMA dann bestehen, wenn eine mehrmalige Beratung erfolgt (zB regelmäßige Vertretung) oder aber eine einmalige in einem erheblichen Ausmaß (zB Beratung bzw. Durchführung von Umstrukturierungen, Übernahmen).

Statt auf das wesentliche Ausmaß der Tätigkeit abzustellen, sollte ein bestimmter prozentualer Schwellenwert der Beratungstätigkeit am Gesamtumsatz des Beratungsunternehmens (zB mindestens 25 %) vorgesehen werden. Für große Beratungsunternehmen stellen Tätigkeiten in einem wesentlichen Ausmaß in aufsichtsrechtlicher Betrachtungsweise in der Regel keinen so großen Anteil am Gesamtumsatz des Beratungsunternehmens dar, dass schon von einem Interessenkonflikt ausgegangen werden kann, der die Unabhängigkeit von deren Mitarbeitern oder Partner dieser Beratungsunternehmen nicht mehr gewährleistet.

Gemäß Rz 92 letzter Satz sollte zudem eine Unabhängigkeit eines AR-Mitglieds dann nicht mehr gegeben sein, wenn eine Beratung insbesondere in der Erstellung oder Ausgestaltung von Strategien bzw. institutsinternen Leitlinien oder hinsichtlich des Risikoappetits erfolgt. Diese Anforderung findet in Rz 91 lit h der ESMA/EBA F&P-GL keine Deckung und stellt eine überschießende Anforderung im Vergleich zu den Vorgaben der Leitlinien dar.

Vor diesem Hintergrund sollte der letzte Satz in Rz 92 gestrichen werden.

Rz 93 (Unabhängigkeitskriterium bei wesentlichen Vertragspartnern)

Nach Rz 93 des Entwurfs sollen auch AR-Mitglieder, die gegenwärtig oder innerhalb des vergangenen Jahres wesentliche Vertragspartner des Instituts oder eines anderen Mitglieds der gleichen Institutsgruppe waren, sowie Personen, die zu einem solchen Vertragspartner eine wesentliche Geschäftsbeziehung unterhalten, als abhängig zu qualifizieren sein (Kriterium des wesentlichen Vertragspartners).

Davon sollen insbesondere Personen in Leitungsfunktion des wesentlichen Vertragspartners umfasst sein. Ein Vertragspartner kann nach Ansicht der FMA aus monetären (bspw. hohe Einlage, hohe Zinszahlungen, andere finanzielle Verbindlichkeiten oder substantielle Bankgarantieverträge) aber auch nicht monetären (Werbewert oder Vernetzung) Gründen als wesentlich eingestuft werden. Wesentliche Vertragspartnerschaft kann sich auch aufgrund von sektoralen Vertragsbeziehungen ergeben. Darunter sollen auch IPS-Mitgliedsverträge fallen (Fußnote 65 des Entwurfs).

Diese Vorgaben basieren auf Rz 91 lit h EBA F&P-GL wonach ein Mitglied des Aufsichtsrats dann nicht als unabhängig gelten soll, wenn dieses im vergangenen Jahr ein wesentlicher Lieferant oder wesentlicher Kunde des CRD-Instituts oder eines sonstigen Unternehmens im aufsichtlichen Konsolidierungskreis war oder gegenwärtig ist oder in einer anderen wesentlichen Geschäftsbeziehung zu einem wesentlichen Lieferanten, Kunden oder gewerblichen Unternehmen stand, der/das über eine wesentliche Geschäftsbeziehung verfügt, oder ein leitender Angestellter dieser ist oder anderweitig direkt oder indirekt mit diesen verbunden ist.

Rz 91 lit h EBA F&P-GL spricht von wesentlichen Geschäftsbeziehungen zu wesentlichen Lieferanten, Kunden oder gewerblichen Unternehmen. Wesentliche sektorale Vertragspartnerschaften werden an dieser Stelle hingegen mit keinem Wort erwähnt. Dieses Erfordernis stellt daher eine überschießende Anforderung im Vergleich zu den Vorgaben der Leitlinien (gold plating) dar und richtet sich damit gegen alle Institutssicherungssysteme.

Vor diesem Hintergrund sollte der letzte Satz in Rz 93 gestrichen werden.

Zudem ist die Einstufung eines Ratsmitglieds als „wesentlichem Vertragspartner“ aufgrund einer „hohen Einlage“ verfehlt. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der für die Einlage vereinbarte Zinssatz marktunüblich wäre, da ansonsten ein Einlagenvertrag als Bankgeschäft des täglichen Lebens zu qualifizieren wäre. Bankgeschäfte des täglichen Lebens zu marktüblichen Konditionen werden auch in Rz 88 explizit als nicht wesentlich qualifiziert.

Rz 94 (Unabhängigkeit von AR bei monetärer Vergütung)

Nach Rz 94 soll ein AR-Mitglied auch dann nicht mehr unabhängig sein, wenn es zuzüglich zu seiner Vergütung für die Tätigkeit im Aufsichtsrat oder aus anderen wesentlichen finanziellen oder geschäftlichen Beziehungen zu dem Institut oder zu einem anderen Mitglied der Institutsgruppe weitere Zahlungen in wesentlicher Höhe oder andere wesentliche Vorteile bezieht.

Zahlungen sind nach dem RS-Entwurf dann wesentlich, wenn sie (mindestens) 25% der Aufsichtsratsvergütung ausmachen. Entspricht der tatsächliche Gegenwert eines anderen Vorteils (mindestens) 25% der Vergütung oder ist sonst von einer solchen Bedeutung für das Mitglied auszugehen, dass ein unabhängiges Verhalten des Aufsichtsratsmitgliedes nicht mehr

zu erwarten wäre, soll diejenige Person nicht auf die Anzahl der unabhängigen Mitglieder anzurechnen sein.

Diese Anforderung fußt auf Rz 91 lit i EBA F&P-GL, die lautet wie folgt:

„das Mitglied erhält zusätzlich zur Vergütung für seine Rolle und Arbeitsvergütung gemäß Punkt (e) bedeutende Geldbeträge oder sonstige Vorteile vom CRD-Institut oder einem anderen Unternehmen im aufsichtlichen Konsolidierungskreis“

Ausgenommen sind nach den EBA F&P-GL Arbeitsvergütungen gemäß Pkt e. Sinn dieser Ausnahme ist, dass ohne sie die Gegen Ausnahme für Kündigungsgeschützte Betriebsratsmitglieder in Pkt e sinnlos wäre, weil diese zwar als Arbeitnehmer nach lit e unabhängig wären, ihre Unabhängigkeit aber aufgrund ihres Gehalts nach lit i wegen der bedeutenden Geldbeträge verlieren würden. Der österreichische Gesetzgeber hat diesen Aspekt in § 28a Abs 5b Z 9 BWG mit dem Verweis auf Z 3 leider nicht ganz treffend umgesetzt. Schließlich ist zB das neben der Aufsichtsratsvergütung fließende Anwaltshonorar genau das, was die Unabhängigkeit gefährdet und erfasst werden sollte. Das FMA-Rundschreiben würde die Gelegenheit bieten, das Gemeinte klarzustellen und von hohen Geldbeträgen zuzüglich zur Aufsichtsratsvergütung und bei Arbeitnehmervertretern zuzüglich zur Arbeitsvergütung nach Z 5 zu sprechen.

Angesichts der - im internationalen Vergleich - niedrigen Gehälter von Aufsichtsräten in Österreich kann bei 25 % der Aufsichtsratsvergütung nicht von bedeutenden Geldbeträgen im Sinne der Rz 91 lit i F&P-Leitlinien gesprochen werden.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns für die Streichung der 25 %-Schwelle aus, zumal diese Interessenkonflikte ohnedies über die strenge conflict of interest policy in den Instituten abgedeckt ist.

Sofern sich die FMA nicht für die Streichung der 25 %-Schwelle entscheidet, sollte zumindest die Bemessungsgrundlage geändert werden. Eine Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds von den sonstigen Bezügen beim CRD-Institut kann sich ergeben, wenn diese sonstigen Bezüge 25% seiner Gesamteinnahmen ausmachen. Das Abstellen auf die Gesamteinnahmen als Bemessungsgrundlage würde dem Ansatz des nach § 61 Abs 2 BWG auch für die Unabhängigkeit der Bankprüfer maßgeblichen Schwellenwertes für Abschlussprüfer in Höhe von 30% bzw 15% der Gesamteinnahmen in § 271 Abs 2 Z 7 und § 271 Abs 1 Z 1 UGB entsprechen.

Zählweise der Mandate - „Vogelperspektive“

In der derzeit noch aktuellen Version des FMA Fit & Proper-Rundschreibens wird hinsichtlich der Zusammenzählung der Mandate eines Geschäftsleiters oder Aufsichtsrats folgende Rechtsansicht der FMA festgehalten¹:

„Die Anzahl der aufgrund der oben angeführten ‚Privilegien‘ zusammenzuzählenden Tätigkeiten eines Geschäftsleiters oder Aufsichtsratsmitglieds wird zwar in erster Linie auf Basis (bzw. aus Sicht) des anzeigenden Instituts berechnet; ist die betreffende Person allerdings in mehreren gemäß § 5 Abs. 1 Z 9a lit. a bis c bzw. § 28a Abs. 5 Z 5 lit. a bis c BWG

¹ Siehe FMA, Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (2014), Rz 83.

verbundenen Kreditinstituten geschäftsführend oder als Aufsichtsratsmitglied tätig (beispielsweise im Mutter- und Tochterinstitut) tätig, so ist die Betrachtung aus der ‚Vogelperspektive‘ maßgeblich: Kommt man, je nachdem von welchem anzeigenden Institut aus betrachtet, zu mehreren verschiedenen Ergebnissen hinsichtlich der zusammenzurechnenden Mandate, dann gilt für den betreffenden Mandatsinhaber jenes Ergebnis, das ihm die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (am ehesten) erlaubt.“

Diese Aussage ist nach wie vor wichtig, denn die Ausnahmebestimmungen des § 28a Abs 5 Z 5 lit a - c BWG haben einen etwas zu eng geratenen Wortlaut, der immer darauf abzustellen scheint, dass die Bank, Mutterinstitut ist oder eine Beteiligung hält. Entgegen diesem Wortlaut müssen diese Ausnahmen im selben Sinne gelten, wenn man die Zulässigkeit bei einer bedeutenden Tochterbank prüft. Sonst wäre die Ausnahme wertlos, wenn jemand beispielsweise Geschäftsleiter der bedeutenden Mutterbank A ist, im Aufsichtsrat der bedeutenden Tochterbank B sitzt und zusätzlich in 5 Beteiligungsunternehmen der Mutterbank A ein Aufsichtsratsmandat innehat. Aus der Perspektive der Mutter ist das selbst nach der strengen neuen EBA-Zählweise beim Beteiligungsprivileg (dazu gleich unten) zulässig, weil die 5 Mandate in Beteiligungsunternehmen danach zusammen nur als 1 Mandat zählen. Auch bei Prüfung der Zulässigkeit des Aufsichtsratsmandats in der bedeutenden Tochterbank B muss diese Perspektive angewendet werden, auch wenn die Tochterbank B an den 5 Beteiligungsunternehmen der Mutterbank A selbst keine qualifizierte Beteiligung hält. Jede andere Auslegung würde das Beteiligungsprivileg wie gesagt entwerten, weil man als Aufsichtsratsmitglied der bedeutenden Tochterbank in dem obigen Beispiel dann gar nicht davon profitieren könnte. Bei der Mandatszählprüfung ist daher auch für die Prüfung der Zulässigkeit in der Tochter immer die Perspektive der Mutter einzunehmen („Vogelperspektive“)²).

Vor diesem Hintergrund sollte im F&P-Rundschreibens auch weiterhin die Zulässigkeit der Mandatszählung auf Basis der „Vogelperspektive“ klargestellt werden.

Rz 96 iVm Anhang 1 Punkt 6 (Erfüllung der Unabhängigkeitskriterien - eidesstattliche Erklärung)

Unklar ist hier, ob die Widerlegung der Abhängigkeit nur über die eidesstattliche Erklärung erfolgen kann. Weiters impliziert die Formulierung "insbesondere" im letzten Satz der Rz 96, dass auch andere Kriterien nachzuweisen sind. Auch zu diesem Punkt wäre eine Klarstellung hilfreich.

Rz 97

Rz 97 erster und zweiter Satz lauten wie folgt:

„Mitglieder, die die Unabhängigkeitskriterien erfüllen, sind aktiv in die Ausschüsse einzubinden. Insbesondere sind im Risiko- und Nominierungsausschuss zumindest zwei unabhängige Mitglieder vertreten.“

Zu den Unabhängigkeitsanforderungen beim Nominierungsausschuss verweisen wir auf die Anmerkungen bei Rz 85. Es ist nicht nachvollziehbar, auf welcher rechtlichen Grundlage für alle Risiko- und Nominierungsausschüsse zumindest 2 unabhängige Mitglieder vorgesehen werden. Diese Vorgabe ist in der beschlossenen BWG-Novelle nicht zu finden. Vielmehr hat bei Instituten von erheblicher Bedeutung iSd § 5 Abs 4 BWG (bei denen die Ausschüsse einzurichten sind) „nur“ der Vorsitzende des Risikoausschusses unabhängig zu sein. Bei diesen

²Dellinger/Schmatzberger in Dellinger, BWG (8. Lfg) § 28a Rz 70 f.

Instituten ist die gesetzliche Vorgabe nicht zu finden, dass mindestens zwei Mitglieder unabhängig zu sein haben.

Wenn für das Gesamtgremium, das aus 10 oder mehr Kapitalvertretern besteht, 2 Unabhängige genügen, dann kann nicht die gleiche Quote für Ausschüsse herangezogen werden, die aus Gründen der Arbeitseffizienz natürlich von einem kleineren Kreis gebildet werden, zumal ja die FMA zusätzlich keine Personengleichheit bei Ausschussvorsitzenden dulden will und die Ausschüsse auch nicht personengleich sein dürfen. Auch die Besetzung der Ausschüsse mit entsprechenden Experten wird dadurch wesentlich erschwert.

Die Festlegung von mindestens zwei unabhängigen Mitgliedern widerspricht der bewussten „Nichtübernahme der Rz 52 der EBA GL Regelung“ im BWG, weil durch derartige Vorgaben die im österreichischen Gesellschaftsrecht für Eigentümer vorgesehene Kontroll- und Mitwirkungsrechte wieder weitgehend beschnitten würden.

Rz 97 zweiter Satz ist daher zu streichen.

Rz 97 (Vorsitzender des Nominierungs- und des Risikoausschusses)

Die EBA GL geben in Rz 52 bzw. 54 vor, dass bei Instituten von erheblicher Bedeutung der Vorsitz, sofern möglich, von einem unabhängigen Mitglied wahrgenommen werden soll. Im Rundschreiben heißt es hingegen in Rz 97: „Der Vorsitzende des Risikoausschusses erfüllt in allen Instituten die Unabhängigkeitskriterien.“

Die FMA erweitert die einschränkende Regelung der EBA-GL („sofern möglich“) auf „alle Institute“ und lässt auch die relativierende Formulierung „wenn möglich“ weg. Auch das BWG (§ 39d Abs. 5) sieht nur vor, dass bei Instituten, die von der FMA gemäß § 23b oder § 23c als systemrelevant eingestuft wurden, der Vorsitzende des Risikoausschusses unabhängig zu sein hat.

Zusammengefasst führen diese Verschärfungen, für welche zudem auch keine Erklärungen oder Belege hinsichtlich einer damit einhergehenden Verbesserung der Funktion der Ausschüsse geliefert werden, dazu, dass eine weitreichende Umgestaltung der Ausschüsse in betroffenen Kreditinstituten vorzunehmen wäre, mit der Konsequenz, dass die Expertise und verlässliche Funktion dieser Gremien - jedenfalls vorübergehend - nicht mehr auf dem bisherigen Niveau sein würde und eine aus fachlicher Sicht optimale Besetzung wohl nachhaltig beeinträchtigt würde.

Rz 101

Das in den EBA-GL angeführte „Benchmarking“ ist intransparent und (außer für Statistik-Experten) nicht nachvollziehbar. Sofern nicht unbedingt erforderlich, ersuchen wir dieses zu streichen; ansonsten sollten die Benchmarking - Ergebnisse nachvollziehbar in „Prosa“ im FMA-Rundschreiben beschrieben werden.

Rz 101 lit e (Kriterien zur ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit)

Es bedarf hinsichtlich der Rz 101 lit e der Klarstellung, dass der Begriff "Tätigkeiten" auch synonym für Mandate verwendet wird, so wie dieser im RS definiert wird. Fraglich ist weiters, ob auch Einzelunternehmer miterfasst sein sollen.

Rz 111 (Beteiligungsprivileg)

Nach Rz 111 des RS-Entwurfs sollen alle Tätigkeiten bei Unternehmen inner- und außerhalb der Finanzbranche, an denen das Kreditinstitut eine qualifizierte Beteiligung gemäß Art 4 Abs

1 Nr 36 CRR hält, als ein zusätzliches, weiteres Mandat zu dem Mandat, das im Institut gehalten wird, gezählt werden.

Mandate in Unternehmen, an denen der Gruppe zugehörige Unternehmen qualifizierte Beteiligungen halten, gelten nach Rz 111 als ein weiteres Mandat, zusätzlich zu dem, das sich aus der Gruppe ergibt. Folglich sollen die Mandate innerhalb der Gruppenmitglieder als ein Mandat und diejenigen innerhalb der qualifizierten Beteiligung als ein zweites weiteres Mandat zu zählen sein.

Diese Vorgaben der Rz 111 zur Zählweise der Mandate bei qualifizierten Beteiligungen steht im Widerspruch zur geltenden Rechtslage auf Basis des § 28a Abs 5 Z 5 BWG, wonach die Mandate innerhalb des Gruppenprivilegs, des IPS-Privilegs und des Beteiligungsprivilegs insgesamt als ein Mandat zu zählen sind.

Auch in der aktuellen Fassung des FMA Fit & Proper-RS wird in Rz 77 noch explizit klargestellt:

„Bei der Berechnung der höchst zulässigen Mandatszahl zählen im Folgenden aufgezählte Tätigkeiten in geschäftsführender Funktion und als Mitglied eines Aufsichtsrats (iF: Tätigkeiten) insgesamt als nur eine Tätigkeit:“

Diese Zählweise hat auch gute Gründe: Die Übernahme von Aufsichtsratsfunktionen in den Beteiligungsunternehmen eines Instituts ist Teil des Aufgabengebiets eines Vorstands, um sich auch in erforderlicher Weise um diese kümmern zu können. Nur so kann eine bestmögliche, Kontrolle bei den Beteiligungsunternehmen ausgeübt werden.

Die Zählweise der EBA widerspricht daher dem Grundgedanken der Ausnahmeregelung des § 28a Abs 5 Z 5 BWG. Die FMA stellt im Entwurf des RS auch einleitend klar, dass über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten aus dem RS nicht abgeleitet werden können (vgl Rz 2).

Mandate in qualifizierten Beteiligungen sollten daher zusammen mit dem Mandat, das im Institut gehalten wird, insgesamt als ein Mandat gelten.

Rz 113

In der FN 113 wird von einer anzeigepflichtigen Änderung der Voraussetzungen bereits bestellter Mitglieder ausgegangen, wenn eine „*andere Position im Aufsichtsrat bzw. in den Ausschüssen wahrgenommen wird*“. Diese Auslegung ist zu undifferenziert, zumal eine Änderung in der Position nicht zwangsläufig mit einer Änderung der kollektiven oder individuellen Eignung im Gremium verbunden sein muss.

Rz 115 (Organisationen, die nicht überwiegend gewerbliche Ziele verfolgen)

Aus Klarstellungszwecken sollten in diese demonstrative Liste der Beispiele für Organisationen, die nicht überwiegend gewerbliche Zwecke verfolgen, auch Tätigkeiten in Einlagensicherungssystemen aufgenommen werden.

Rz 118 (Bestandsschutz für Altmandate)

Rz 118 enthält unter der Überschrift Bestandsschutz für Altmandate eine überholte Übergangsvorschrift aus der Zeit der Einführung der Mandatszahlbegrenzung per 1.7.2014. Wenn die FMA entgegen unseren oben angeführten Bedenken auf die neue Zählweise der EBA beim Beteiligungsprivileg umschwenkt, sollte man die überholte Übergangsvorschrift der Rz

118 durch eine neue Übergangsregelung für das neu entstehende Übergangsproblem ersetzen. Durch die Änderung der Zählweise beim Beteiligungsprivileg werden nämlich bisher zulässige Mandate nunmehr als unzulässig behandelt. Die EBA Fit&Proper-GL selbst enthalten in Rz 17 eine Übergangsregelung, wonach die Institute die neue Zählweise bei Personen, die vor dem Datum des Inkrafttretens der Leitlinien ernannt wurden, spätestens bei der turnusmäßigen Neubewertung nach Rz 155 anwenden sollen.

Das FMA-Rundschreiben sollte diesbezüglich klarstellen, dass es genügt, wenn im Zuge der Neubewertung nach Rz 155 die Auflage erteilt wird, Mandate im Rahmen des ordnungsgemäßen Betriebs der Beteiligungsunternehmen (also zB mit Wirkung zum Termin der nächsten ordentlichen General- oder Hauptversammlung des Beteiligungsunternehmens) ehestmöglich zurückzulegen, sodass gewährleistet ist, dass es nicht durch überhasteten Rückzug aus Mandaten in den Beteiligungsunternehmen zu Situationen der Führungslosigkeit oder zu sonstigen Verwerfungen kommt.

Rz 125 (Verfahren zur Einhaltung der gesetzlichen Mandatsbegrenzungen)

Nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 73 Abs 1 Z 2 und 3 BWG besteht eine Anzeigepflicht grundsätzlich nur bei Eintritt des Fortfalls der Eignungsvoraussetzungen von Geschäftsleitern und Aufsichtsräten. Diese Regelung wird auch in Fußnote 112 bei Rz 170 vorgesehen. Im Widerspruch zu den genannten Regelungen des BWG und zu Rz 170 des Entwurfs sieht die FMA in Rz 125 jedoch eine Anzeigepflicht bereits bei Änderungen vor, die zum Wegfall der Eignungsvoraussetzungen führen (können).

Vor dem Hintergrund der eindeutigen Regelung zu § 73 Abs 1 Z 2 und 3 BWG sowie hinsichtlich Rz 170 sollte in Rz 125 klargestellt werden, dass eine Anzeigepflicht grundsätzlich „nur“ bei Eintritt des Fortfalls der Eignungsvoraussetzungen von Geschäftsleitern und Aufsichtsräten besteht.

Rz 133 (fachliche Eignung)

Gemäß RZ 133 ist vom Vorliegen der erforderlichen Qualifikation und Erfahrung dann auszugehen, wenn die Person bereits im Bankwesen in einer vergleichbaren Position nicht nur vorübergehend tätig war. UE ist der Zusatz „nicht nur vorübergehend“ zu streichen, da dies unbeabsichtigte Auslegungsfragen nach sich ziehen könnte (Wann ist eine Tätigkeit nur vorübergehend?). Zusätzlich sei anzumerken, dass derartige Positionen gemäß Marktusus immer befristet und daher „auf vorübergehende Zeit“ besetzt werden.

Daher sollte uE der Zusatz „nicht nur vorübergehend“ gestrichen werden.

Rz 134

der Verweis zu Kapitel II C bewirkt, dass eine Unzahl an Bestimmungen zu „Kennen und zu Können“ erforderlich sind, die nicht für die konkrete interne Kontrollfunktion relevant sind. Hier sollte ein entsprechend einschränkenderer Wortlaut verwendet werden.

Der erste Satz sollte (ähnlich wie in Rz 32 und 84) wie folgt formuliert werden:
„Unabhängig von Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte des Instituts müssen die Leiter der internen Kontrollfunktionen jederzeit persönlich zuverlässig und aufrichtig sein und unvoreingenommen handeln.“

AD C. LEITER DER COMPLIANCE-FUNKTION (Rz 142-145)

Es ist unser Verständnis, dass mit der neuen Bestimmung [i.e. § 39 (6) BWG] bezweckt werden soll, dass Kreditinstitute angemessene Prozesse eingerichtet haben sollen, welche dazu dienen „Risiken einer etwaigen Missachtung der in §69 Abs. 1 aufgelisteten Vorschriften [...] sowie die damit verbundenen Risiken aufzudecken und diese Risiken auf ein Mindestmaß zu beschränken“. D.h. es sollte aus Sicht des Gesetzgebers in den Kls sichergestellt sein, dass (neue/geänderte) Regularien rechtzeitig in Bezug auf ihre Auswirkung und Anwendung hin analysiert und entsprechend implementiert werden. In diesem Sinne ist es Aufgabe der Compliance-Funktion auf die Implementierung wirksamer Verfahren zur Einhaltung der für das Institut wesentlichen rechtlichen Regelungen und Vorgaben und entsprechender Kontrollen hinzuwirken.

Vor diesem Hintergrund ist der Entwurf in 142-145 **weit überzogen**, speziell hinsichtlich des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles. Als Hilfestellung zur Interpretation wollen wir vor allem auf die im deutschen Recht implementierten Regelungen (i.e. MaRisk), welche ebenfalls als Grundlage auf den EBA GL on Internal Governance basieren, und die damit verbundenen Erklärungen der deutschen Behörden hinweisen. Gemäß Information der BaFin hat die deutsche Compliance-Funktion „schwerpunktmäßig eine beratende und koordinierende Funktion, unterstützt und berät die Geschäftsleitung in Compliance-relevanten Fragen. In der Regel sind keine eigenen Prüfungshandlungen notwendig, Kontrollhandlungen müssen jedoch möglich sein (entsprechende Kontrollrechte müssen vorhanden sein)“.

Da es einerseits die neue EBA GL on Internal Governance (EBA GL 2017/11) offenhält und auch der § 39 Abs. 6 BWG weniger streng formuliert ist, sehen wir im Rahmen der Verantwortlichkeiten und Aufgaben der neuen Regulatory Compliance Funktion eine formale Kontrolle der Umsetzung der im § 69 Abs. 1 BWG genannten Gesetze, **nicht jedoch eine materielle Prüfung** der Umsetzung dieser (im Sinne einer Second Level Control). Die Ausführungen des Entwurfs des FMA Fit & Proper RS sind jedoch teilweise umfassender bzw. nicht eindeutig interpretierbar. **Wir würden daher generell eine Anlehnung an die deutsche Compliance-Funktion gemäß MaRisk begrüßen, welche eine schwerpunktmäßig beratende und koordinierende Funktion - im Sinne eines Qualitätsmanagement - einnimmt.**

Generell ist anzumerken, dass die derzeit im Entwurf des FMA RS festgehaltenen Bestimmungen in Bezug auf die Einrichtung einer verantwortlichen Funktion, nicht auf den in der Regel existierenden, organisatorischen Stufenbau eines Kls eingehen. Durchaus problematisch wird gesehen, dass - streng ausgelegt - **Verantwortungen wie „Beratung“ - „Kontrolle“ - „Sicherung“ in einer Funktion vereint werden sollen.**

Detail-Kommentare zu RZ 142-145 (iVm § 39 Abs. 6 BWG)

Die in § 69 Abs. 1 BWG genannten Regularien (A) verweisen mitunter auf andere Regularien (B), die nicht in diesem Paragraphen explizit angeführt sind. Sind diese Regularien (B) von der neuen Bestimmung ebenfalls betroffen?

Beispiel: KapitalpufferVO

In Rz 145 wird hinsichtlich der fachlichen Eignung verlangt, dass der Compliance-Beauftragte Detailkenntnisse aller der im § 69 Abs 1 BWG genannten Gesetze hat, was faktisch nicht möglich ist.

Wie eingangs erwähnt, kann die Sicherstellung der Einhaltung der relevanten Gesetze und Compliance-Richtlinien nicht durch eine Person wahrgenommen werden, da dadurch die gesamte Struktur der Governance von Banken geändert werden müsste. Diese Funktion müsste damit mit einer Anweisungsbefugnis für alle einschlägigen Themen ausgestattet sein und würde damit über allen anderen (auch der Geschäftsleitung) stehen. (Rz 145 2. und 4. Spiegelstrich)

Die Sicherstellung der Einhaltung von regionalen Vorschriften und Gesetzen bei Tochtergesellschaften und Zweigstellen ist gesellschaftsrechtlich v.a. bei Tochtergesellschaften nicht möglich, da diese selbständige rechtliche Einheiten sind und damit auch für sich volle Verantwortung tragen und eine Einflussnahme durch unternehmensexterne Personen nicht zulässig und gesellschaftsrechtlich auch nicht vorgesehen ist (Rz 145 7. Spiegelstrich).

§ 41 BWG schreibt die Meldeverpflichtungen in Bezug auf Geldwäsche (Verweis auf FM-GwG) vor. Würde hier ein Interessenskonflikt („Vereinbarung von Prozessimplementierung/Prozesskontrolle“) vorliegen, im Falle einer Vereinigung der Funktionen des Regulatory Compliance Beauftragten und den Geldwäsche-Beauftragten in einer Person?

§ 39 Abs. 6 Z 1 BWG tritt mit 1.9.2018 in Kraft und regelt, dass unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Komplexität der Geschäftstätigkeit, angemessene Grundsätze und Verfahren schriftlich festzulegen sind. Bedeutet dies, dass mit 1.9. bereits eine schriftliche Verankerung der neuen Compliance Funktion und der dazugehörigen Prozesse erfolgen muss (Widerspruch zum Implementierungsdatum 1.1.2019)?

Ist der Geldwäsche-Beauftragte eine Compliance-Funktion, eine Kontrollfunktion oder „nur“ eine Schlüsselfunktion (in „aufsteigender“ Reihenfolge, d.i. Compliance ist eine Kontrollfunktion und die Kontrollfunktionen sind Schlüsselfunktionen).

Welche „Stellung“ hat der neue Leiter der (neuen) Compliance-Funktion gegenüber dem Wertpapier-Compliance-Beauftragten, dem Geldwäsche-Beauftragten und dem Risiko-Management, ohne deren festgeschriebene Unabhängigkeit im Rahmen der 2nd Line of Defense zu untergraben.

Welche „Stellung“ hat der Leiter der (neuen) Regulatory Compliance Funktion gegenüber dem Wertpapier-Compliance-Beauftragten und dem Geldwäsche-Beauftragten in ihren gesetzlichen unabhängigen Funktionen, als auch dem Risiko-Management-Leiter, ohne dadurch Interessenskonflikte zu schaffen? (Erklärung: mitunter verantworten der WAG- und GW-Beauftragte auch 1st Level Controls).

Rz 143

In Rz 143 bzw. der FN 89 zu „Compliance-Funktionen“ ist nur jene gemäß WAG bzw. Art 22 DelVO (EU) 2017/565 genannt - aufgrund der Formulierung in der Mehrzahl sollten auch in der FN beide Compliance Funktionen, also auch jene gemäß BWG angeführt werden:

(143) [...] Institute können ihre Organisation so einrichten, dass dieselben Personen bzw. dieselben Organisationseinheiten für die unterschiedlichen Compliance-Funktionen⁸⁹ zuständig bzw. verantwortlich sind.⁹⁰

Rz 144

In Rz 144 ist angeführt, dass „eine andere Führungskraft des Instituts“ die Leitung der Compliance Funktion (gemäß BWG) wahrnehmen kann. Mit dem Abänderungsantrag wurde bei

der letzten BWG-Novelle im parlamentarischen Prozess jedoch noch das Erfordernis einer „Führungskraft“ gestrichen. Alternativ würden wir es begrüßen, wenn die demonstrative Aufzählung noch um den Leiter „Generalsekretariat“ und „opRisk“ erweitert wird.

Rz 145 (Fachliche Eignung des Leiters der Compliance - Funktion)

Die Anforderungen an die Leitung der und Aufgaben der neuen Compliance Funktion gemäß BWG sind im Rundschreiben strenger formuliert als im BWG vorgesehen.

Das Erfordernis der Sicherstellung der Einhaltung regionaler Vorschriften und Gesetze bei Tochtergesellschaften/Zweigstellen ist zu weitgehend. Alternativ bedarf diese Vorgabe einer einschränkenden Klarstellung, denn es kann nicht gemeint sein, dass die Compliance Funktion der Mutter nicht auf eine Compliance Funktion bzw eingerichtete Compliance Grundsätze und Verfahren der Tochter vertrauen darf (soweit eingerichtet), oder dass diese die Arbeit der Co-Funktion der Tochter ebenso (für die Tochter) ausüben hat.

Bzgl. der Prüfung neuer Produkte sollte die Verantwortlichkeit nur auf die Prüfung von Prozessen limitiert werden. Es stellt sich idZ aber generell die Frage, wieso der Leiter der Compliance-Funktion überhaupt verpflichtend in den bereits bisher bestehenden Produktprüfungsprozess zu involvieren wäre.

Rz 145, erster Absatz

In Bezug auf die fachliche Eignung des Regulatory Compliance Beauftragten werden „Detailkenntnisse der im § 69 Abs. 1 BWG genannten Gesetze“ vorausgesetzt.

Ist damit gemeint, dass die Person, welche die neue Regulatory Compliance Funktion einnimmt:

- selbst über sämtliche Detailkenntnisse in allen betroffenen Regularien verfügen muss oder
- ob sichergestellt sein muss, dass diese Person jederzeit über Mittel (Zugang) verfügt, um diese Detailkenntnisse zu erhalten.

Generell ist anzumerken, dass durch die Forderung nach Detailkenntnissen aller im § 69 Z1 genannten Bestimmungen eine Verdoppelung von KIs internen Funktionen und damit verbundenen (organisatorischen) Anforderungen/Verantwortungen produziert wird: Eine singuläre Funktion (die Compliance-Funktion), wäre verantwortlich, sämtliche Inhalte (nämlich detailliert für die Umsetzung im konkreten Institut) der in § 69 (1) genannten Regularien und deren Auswirkungen auf sämtliche Geschäftsfelder des Instituts im Detail (bis auf Produktebene) zu kennen.

Rz 145, 3. Spiegelstrich

Unter der fachlichen Eignung wird folgende Verantwortlichkeit / Aufgabe angeführt:

„Bewertung der möglichen Auswirkungen von Änderungen im rechtlichen oder regulatorischen Umfeld auf die Geschäftstätigkeit des Instituts und des Compliance-Rahmenwerk“

Wie ist hier der Begriff „Compliance-Rahmenwerk“ zu verstehen?

Rz 145, 4. Spiegelstrich

Unter der fachlichen Eignung wird folgende Verantwortlichkeit/Aufgabe angeführt:

„Errichtung eines strukturierten und genau definierten Compliance-Überwachungsprogramms und Sicherstellung der Einhaltung der Compliance-Richtlinien“.

Darunter ist wohl die Einrichtung der Funktion selbst zu verstehen, i.e. die neue Funktion benötigt ein strukturiertes, genau definiertes Überwachungsprogramm (eine 2nd Level Control) und die Einhaltung der in Zusammenhang mit 39 (6) BWG errichteten Richtlinie muss sichergestellt sein. Es kann damit wohl kaum gemeint sein, dass mit dieser Formulierung sämtliche in § 69 Abs. 1 BWG angeführten Gesetze angesprochen werden, d.h. der Verantwortliche „müsste“ ein für alle relevanten Regelungen und Gesetze genau definiertes Überwachungsprogramm (i.e eine 2nd Level Control/materielle Korrekturmaßnahmen)

errichten und in seiner Person sicherstellen, dass die dazugehörigen Richtlinien auch eingehalten werden (Anm.: Dies würde in weiterer Folge mitunter eine Verdoppelung der bereits bestehenden 2nd Level Control Tätigkeiten bedeuten und wäre überschießend.)

Rz 145 7. Spiegelstrich (Aufgaben und Verantwortung der Compliance-Funktion)

Nach Rz 145 7. Spiegelstrich sollen die spezifischen Aufgaben und Verantwortung der Compliance-Funktion auch die Sicherstellung der Einhaltung der regionalen Vorschriften und Gesetze bei Tochtergesellschaften und Zweigstellen umfassen.

Der Verweis auch auf Tochtergesellschaften ist hier zu weitreichend, da diese selbst den maßgeblichen Compliance-Regelungen unterliegen.

Der 7. Spiegelstrich zu Rz 145 sollte daher wie folgt angepasst werden:

- Sicherstellung der Einhaltung der regionalen Vorschriften und Gesetze bei ~~Tochtergesellschaften und~~ Zweigstellen im Inland.

Rz 150 (Schulungen)

Sofern ein Nominierungsausschuss eingerichtet ist, soll dieser gemäß Rz 150 in die Erstellung der Richtlinien und Prozesse einzubeziehen sowie der Inhalt der Schulungsprogramme mit den relevanten Geschäftsbereichen und internen Kontrollfunktionen abzustimmen sein.

Es sollte klargestellt werden, was in diesem Zusammenhang unter „Richtlinien und Prozesse“ zu verstehen sein soll.

Rz 156 (bankinterne Fit & Proper-Beurteilung)

Rz 156 des Entwurfs sieht vor, dass den Gesellschaftern - sofern die Bestellung des Mandatsträgers durch diese in der HV oder GV erfolgt - die Ergebnisse der internen Eignungsbewertung zur Verfügung gestellt werden und diesen Zugang zu den, für die Überprüfung der Eignung, relevanten Unterlagen gewährt werden soll.

Der geforderte Zugang der Gesellschafter zu den Ergebnissen der internen Eignungsbewertung, um eine Überprüfung der individuellen und kollektiven Eignung zu ermöglichen, steht im Konflikt mit dem Recht des Betroffenen auf Schutz von personenbezogenen Daten auf Basis der DSGVO und sollte daher wie folgt formuliert werden.

„Darüber hinaus sind den Gesellschaftern im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit Informationen über das Ergebnis der Überprüfung der individuellen und kollektiven Eignung zu erteilen.“

Rz 161

normiert, dass KI ohne verpflichtenden Nominierungsausschuss die in Z 6 und 7 des § 29 BWG vorgesehenen Überprüfungen „lediglich“ alle 2 Jahre vorzunehmen haben. Eine 2-jährige Re-Assessment-Frequenz erscheint uns überschießend. Vielmehr sollten konkrete Ereignisse vorgesehen werden, die eine Re-Evaluierung als erforderlich indizieren.

Rz 169ff

Wir gehen davon aus, dass bereits vor der BWG-Novelle 2018 bestellte Leiter von Kontrollfunktionen nicht anzeigepflichtig sind (keine Anzeigepflicht für „Altbestand“). Darüber hinaus ersuchen wir, entsprechend dem WAG-Organisationsrundschreiben, auch die

im bisherigen GWB-Rundschreiben noch enthaltene „Anzeigepflicht“ entsprechend anzupassen (Anzeigepflicht nur für KI von erheblicher Bedeutung).

Rz 172

Fußnote 113 auf Seite 65 sieht eine Ausweitung der Anzeigepflicht vor, wenn durch ein Ratsmitglied eine andere Position in einem Ausschuss wahrgenommen bzw. ein Aufsichtsratsmitglied neu in einen Ausschuss entsandt wird. Diese Anzeigeverpflichtung stellt nicht nur einen erheblichen bürokratischen Mehraufwand dar, dem kein nachvollziehbarer Nutzen gegenübersteht, sondern entbehrt auch einer gesetzlichen Grundlage. Sie hat daher ersatzlos zu entfallen.

FN 52

In Fußnote 52 wird als Stichtag der spätest möglichen Einhaltung der Regelungen der 1.9.2019 genannt (anstatt: 1.7.2019 - § 103w BWG).

FN 98 und 110 (Verweis auf FMA Geldwäsche-Rundschreiben)

In den beiden Fußnoten wird auf das FMA Rundschreiben betreffend die interne Organisation zur Prävention von GW und TF erwähnt verwiesen. Es bedarf der Klarstellung, ob hiermit das noch nicht veröffentlichte, derzeit noch in Überarbeitung befindliche Rundschreiben der FMA gemeint sein soll.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Ausführungen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Dr. Franz Rudorfer
Geschäftsführer
Bundessparte Bank und Versicherung