

österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde
Otto-Wagner-Platz 5
1090 Wien

per E-Mail: konsultation.RS.FP@fma.gv.at

ZI. 13/1 18/98

FMA-SG23 5000/0064-CSA/2018

Konsultation zur Neufassung des „FMA-Rundschreibens zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben)“

**Referent: Dr. Clemens Hasenauer, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Peter Knobl, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Ernst Brandl, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Im Allgemeinen könnte die am 1.9.2018 bzw 1.1.2019 in Kraft tretende Novelle des Bankwesengesetzes und des Investmentfondgesetzes 2011 (BGBl 1 36/2018) stärker im Entwurf des Rundschreibens Berücksichtigung finden, da es ja selbst erst ab Juli 2018 oder danach Anwendung finden soll. Exemplarisch verweisen wir dazu auf Punkt 3 unserer nachfolgenden Stellungnahme im Detail.

Im Einzelnen ist Folgendes anzumerken:

1. Zu Rz 6 und Rz 128 des Entwurfs des Fit & Proper-Rundschreibens:

Rz 6 des FMA-Rundschreibens führt aus, dass die Eignungsprüfung von Inhabern von Schlüsselfunktionen hinsichtlich bedeutender Institute in die ausschließliche Kompetenz der EZB fällt und gibt als Rechtsgrundlage dafür die SSM-VO an. Das BWG stellt nur an die Leiter des Risikomanagements, der internen Revision sowie der Compliance-Funktion Anforderungen hinsichtlich ihrer fitness and propriety, nicht aber an sonstige Inhaber von Schlüsselfunktionen. Hier stellt sich die Frage, auf Basis welcher Rechtsgrundlage die Inhaber von sonstigen Schlüsselfunktionen zu Fit and Proper-Tests in die FMA geladen werden sollen (Rz 128 des Rundschreibens). Wenn dies allgemeine Sorgfalts- oder Organisationsanforderungen des BWG sein sollen, sollten diese im Rundschreiben angeführt werden.



2. Zu Rz 30 und Rz 37 des Entwurfs des Fit & Proper-Rundschreibens:

Ähnlich wie in den Fit and Proper-Guidelines der EBA (EBA-GL-2017-12) und im ECB Guide to Fit and Proper Assessments (Mai 2018) sollen auch „sonstige abgeschlossene oder gegenwärtige Ermittlungen oder Maßnahmen von Aufsichtsbehörden oder Berufsverbänden“ undifferenziert in Ermittlungsverfahren zur Aberkennung der Zuverlässigkeit einbezogen werden. Eine solche pauschale Einbeziehung von abgeschlossenen (verwaltungs-)strafrechtlichen Ermittlungen, welche trotz ihrer strafrechtlichen Irrelevanz die aufsichtsrechtliche Unzuverlässigkeit begründen sollen, verstößt gegen Art 15 GRC und weiter gegen die sonst von nationalen oder unionsrechtlichen Aufsichtsbehörden angewandten Beurteilungsmaßstäbe. Beispielsweise sind gemäß § 9 Abs 2 EKV 2016 Strafverfahren, die aus rechtlichen Gründen oder mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt oder mit einem Freispruch beendet wurden, ebenso wenig aufsichtsrechtlich zu berücksichtigen wie Strafverfahren, die durch Rücktritt der Verfolgung beendet wurden, wenn nach dem Rücktritt von der Verfolgung 5 Jahre vergangen sind, sowie getilgte Verurteilungen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum der Beurteilungsmaßstab des Fit and Proper-Rundschreibens von jenem der EKV 2016 und unionsrechtlichen Grundrechtsverbürgungen abweichen sollte.

3. Zu Rz 84-96 und 97f des Entwurfs des Fit & Proper-Rundschreibens:

Die Ausführungen zu unabhängigen Mitgliedern im Aufsichtsrat (Rz 84 - 96) sowie zu unabhängigen Mitgliedern in den Ausschüssen (Rz 97 f) stehen im Widerspruch zu den Ausführungen des Gesetzgebers in der Begründung der Regierungsvorlage zum Bundesgesetz BGBl I 2018/36. Dort wird in der Begründung zur abgeänderten Fassung des § 63a Abs 4 BWG, die am 1.9.2018 in Kraft tritt, ausgeführt, dass für die Zusammensetzung des Prüfungsausschusses die bisher bestehenden Vorgaben betreffend die Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder zur Feststellung der Unabhängigkeit heranzuziehen sind. Es sind daher für die Mitglieder des Prüfungsausschusses nicht die Unabhängigkeitskriterien der Rz 87 - 96 des Fit and Proper-Rundschreibens oder des § 28a Abs 5b BWG maßgebend, sondern ausschließlich die Unabhängigkeitskriterien gemäß Art 39 der Richtlinie 2006/43/EG. Dies geht aus Rz 97 des FMA-Rundschreibenentwurfs nicht klar hervor.

4. Parteistellung im Abberufungsverfahren:

Im Zusammenhang mit dem Thema "fit & proper" sei erneut auf die – aus rechtsstaatlicher Sicht bedenkliche - fehlende Parteistellung der Geschäftsleiter in ihrem eigenen Abberufungsverfahren hingewiesen. Die Möglichkeit der Abberufung eines Geschäftsleiters gehört sicherlich zu einem der mächtigsten Aufsichtsmittel der FMA gegenüber den aufsichtsunterworfenen Instituten. Es handelt sich aber auch um eine sehr einschneidende Maßnahme für den betroffenen Geschäftsleiter, weil die beruflichen Auswirkungen für diesen enorm sind – so wird er nicht nur einen unmittelbaren finanziellen Schaden erleiden, sondern wird ihm etwa auch der Reputationsschaden nicht mehr ermöglichen, in diesem Bereich in Zukunft tätig zu sein. Der europäische Gesetzgeber war sich dieser Konsequenzen durchaus bewusst, als er die dem Abberufungsverfahren zugrunde liegende Richtlinie erlassen hat und hat deswegen in der Richtlinie vorgesehen, dass auch der Geschäftsleiter selbst gegen seine Abberufung Rechtsmittel erheben kann. Freilich sind die Mitgliedstaaten

verpflichtet, ihren Umsetzungspflichten (Art 288 AEUV iVm Art 4 Abs 3 EUV) nachzukommen und ein effektives Überprüfungsverfahren auch für einen Geschäftsleiter vorzusehen.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich im Zuge der Umsetzung der Capital Requirements Directive (CRD) nicht dazu durchringen können, die Rechtsmittellegitimation des Geschäftsleiters explizit im BWG festzuhalten, womit sich diese nur aus § 8 AVG ergeben kann. Bereits aufgrund der bisherigen (allgemeinen) Judikatur des VfGH ist die Auffassung zu vertreten, dass dem Geschäftsleiter Parteistellung in Abberufungsverfahren nach BWG und akzessorisch dazu eine Rechtsmittellegitimation zukommen müsste.

Die derzeit herrschende Rechtsprechung des VfGH, wonach dem Geschäftsleiter keine Parteistellung in Abberufungsverfahren zukommt, etwa weil man von reinen "wirtschaftlichen Reflexwirkungen" (infolge der Auflösung eines Arbeitsvertrages) spricht, konfligiert nicht nur mit einschlägigen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten (etwa dem Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 47 GRC); sie blendet auch aus, dass im Abberufungsverfahren regelmäßig über die persönliche Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters abgesprochen wird. Eine negative Auslegung der FMA hat gravierende Folgen für den betroffenen Geschäftsleiter, der dadurch – ohne sich gegen die Auslegung der Behörde wehren zu können – in seinem beruflichen Fortkommen behindert und mit existenziellen Konsequenzen bedroht wird. Dies ist nicht nur auf den Bereich des BWG beschränkt.

Es wäre daher Zeit, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems annimmt und die Parteistellung des Geschäftsleiters in diesen Verfahren explizit vorsieht (Brandl/Raschauer, ZFR 2016, 107).

Wir ersuchen um Berücksichtigung der von uns aufgeworfenen Punkte und bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wien, am 10. Juli 2018

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

