

III. Fit & Proper im Aufsichtsrecht: Anforderungen an Mitglieder von Leitungsorganen von Kreditinstituten und (gemischten) Finanzholdinggesellschaften

A. Anwendbares Aufsichtsrecht

1. BWG/europäisches Bankenaufsichtsrecht

Das Bankenaufsichtsrecht sieht neben den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen zusätzliche vor. Das Bankwesengesetz (BWG) statuiert in § 5 Abs 1 Z 6–13, § 28a und § 30 Abs 7a allgemeine Voraussetzungen, persönliche Anforderungen an GL, AR-V und AR-M von KI,¹⁸⁹ FH,¹⁹⁰ und gemischten FH.¹⁹¹ Diese Anforderungen betreffen die persönliche Zuverlässigkeit, Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit (insbesondere Rechtswidrigkeiten im Rahmen der beruflichen Tätigkeit oder in der persönlichen Sphäre), die so genannte *propriety*, und die fachliche Eignung (ausreichende theoretische und praktische Kenntnisse) sowie die für die Ausübung der Leitungs- bzw Aufsichtsfunktion erforderliche Erfahrung (im Bankenbereich oder vergleichbaren Unternehmen), in anderen Worten die *fitness*, und die ausreichende zeitliche Verfügbarkeit.

Spezielle Aufgabenbereiche innerhalb des AR setzen zudem vertiefte Spezialkenntnisse voraus, die für Mitglieder des Prüfungsausschusses in § 63a Abs 4, des Vergütungsausschusses in § 39c Abs 3 und des Risikoausschusses in § 39d Abs 3 BWG normiert werden. Gesonderte Anforderungen gibt es auch für Mitarbeiter der internen Revision von KI, da § 42 BWG¹⁹² voraussetzt, dass die betroffenen

189 Im Sinne des § 1 Abs 1 BWG.

190 Im Sinne des Art 4 Abs 1 Nr 20 der VO (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, ABL L 176, 1; in Folge mit „CRR“ abgekürzt.

191 Im Sinne des Art 2 Abs 15 RL 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats, ABL L 35, 1 bzw § 2 Z 15 Bundesgesetz über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats (Finanzkonglomeratengesetz – FKG) idgF.

192 Mitarbeiter der internen Revision von Kapitalanlagegesellschaften (KAGs) haben überdies gem § 16 Bundesgesetz über Investmentfonds (Investmentfondsgesetz 2011 – InvFG 2011) idgF über die erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung im Investmentfondswesen zu verfügen.

Personen über die für die Revision eines KI erforderliche Sachkenntnis und Erfahrung im Bankwesen verfügen.

Eine allgemeine Regel betreffend sämtliche Mitarbeiter eines KI findet sich überdies in § 41 Abs 4 Z 3 BWG, da KI bei der Auswahl ihres Personals auf die Zuverlässigkeit in Bezug auf dessen Verbundenheit mit den rechtlichen Werten zu achten haben. An derselben Stelle wird auch die Verbundenheit mit den rechtlichen Werten für die zu wählenden AR im Gesetz verankert.

Mit der Eignung von GL, AR-V, AR-M und SFI in Zusammenhang stehende Rechtsvorschriften finden sich allerdings auch in § 29 BWG (insbesondere in der Z 4 zur Diversität im AR), und § 39 BWG (allgemeine Governance-Vorschriften).

2. EBA-Guidelines

Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (European Banking Authority, „EBA“) hat zur Aufgabe, den europäischen Bankensektor wirksam und kohärent zu regulieren, wobei sie insbesondere zur Harmonisierung des Aufsichtsrechts beiträgt und europäische Rechtsgrundlagen – in diesem Fall insbesondere die CRD IV – verbindlich auslegt. Hierzu definiert sie qualitativ hochwertige Aufsichts- und Regulierungsstandards, indem sie zB Leitlinien und Empfehlungen herausgibt. Im Bereich *Corporate Governance* gibt es zur Zeit zwei einschlägige Leitlinien-Sets: Die „*Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders*“ („EBA-GL 6“)¹⁹³ legen Mindestanforderungen für die Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit, fachlichen Eignung und Erfahrung von Personen in Leitungs- und Kontrollfunktionen in KI, FH und gemischten FH (GL, AR-V, AR-M und SFI) fest, und zwar sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht (Eignungskriterien und Beurteilungsprozess). Darüber hinaus normieren die „*Guidelines on Internal Governance*“ („EBA-GL 44“)¹⁹⁴ weiter gehende Anforderungen an die interne „*Governance*“ von KI, wobei auch hier Anforderungen an einzelne Mitglieder von Leitungsorganen gestellt werden, zum Beispiel in Bezug auf Kenntnisse der Institutsstrukturen, zeitliche Verfügbarkeit und Unabhängigkeit. Zudem ist drauf hinzuweisen, dass die EBA auf Grundlage von Art 91 Abs 12 der Richtlinie 2013/36/EU („CRD IV“) in Zukunft Leitlinien zu den Konzepten der ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit, der kollektiven Eignung, der Aufrichtigkeit, Integrität und Unvoreingenommen-

193 Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders, https://eba.europa.eu/documents/10180/106695/EBA_2012_00220000_DE_COR.pdf (Stand 22.11.2012).

194 Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), Guidelines on Internal Governance, https://eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA_2012_00210000_DE_COR.pdf (Stand: 27.9.2011).

heit, der für (Ein-)Schulung von Leitungsorganen zur Verfügung stehenden Finanzressourcen sowie der Diversität herausgegeben wird.

Nach Art 16 Abs 3 EBA-VO (vgl auch § 69 Abs 5 BWG) sind sowohl die EBA-GL 6 als auch die EBA-GL 44 von den zuständigen Behörden, KI und (gemischten) FH anzuwenden.¹⁹⁵

3. Normadressaten und Anwendungsbereich

Welche persönlichen Anforderungen von GL erfüllt werden müssen, wird in § 5 Abs 1 Z 6 bis 9a und 13 BWG normiert; Anforderungen an AR-V finden sich in § 28a Abs 1 und 3 BWG. Nicht zuletzt finden sich aufgrund der Umsetzung der CRD IV nunmehr auch im BWG normierte Anforderungen an einfache AR-M, und zwar in § 28a Abs 5 Z 1 bis 5 BWG.

§ 30 Abs 7a BWG erweitert den Geltungsbereich von § 5 Abs 1 Z 6 bis 9 und § 28a Abs 5 Z 1 bis 4 BWG – mit Bedacht auf Unterschiede in Bezug auf Geschäftsmodell und Organisation – auch auf GL, AR-V und AR-M von (gemischten) FH.

Darüber hinaus sieht § 6 Abs 2 Z 13 InvFG 2011 vor, dass die in § 5 Abs 1 Z 6, 7, 9 bis 14 BWG geregelten Voraussetzungen auch von GL einer Kapitalanlagegesellschaft (KAG) zu erfüllen sind; § 10 Abs 6 InvFG 2011 erstreckt die in § 28a BWG normierten Anforderungen auch auf Mitglieder des AR von KAG.

Die EBA-GL 6 richten sich an alle sämtliche Mitglieder des Leitungsorgans in seiner Leitungs- bzw in seiner Aufsichtsfunktion sowie alle SFI¹⁹⁶ und sie finden sowohl auf KI als auch auf (gemischte) FH Anwendung. Die Vorgaben der EBA-GL 6 sind nicht zum Zeitpunkt der Bestellung, sondern auf laufender Basis einzuhalten. Dies bedeutet, dass Schulungen, Fortbildungsmaßnahmen und erneute Eignungsüberprüfungen jederzeit erforderlich sein können.

Die EBA-GL 6 sowie die mit diesen in Zusammenhang stehenden EBA-GL 44 sind von den Instituten sowohl auf Einzel- als auch auf Gruppenbasis anzuwenden und unter Beachtung der Unterschiede in Bezug auf Geschäftsmodell und Organisation entsprechend auch von FH sowie gemischten FH zu berücksichtigen, sofern die beiden letztgenannten Teil einer KI-Gruppe im Sinne des § 30 BWG sind.

195 Durch die Novellierung des BWG im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl L 176, 288 („CRD IV“) und des Inkrafttretens der CRR werden wesentliche Inhalte der EBA-GL 6 und der EBA-GL 44 nunmehr im BWG abgebildet. Davon unbeschadet bleiben die EBA-GL 6 und die EBA-GL 44 weiterhin anwendbar und sind auch zur Interpretation von BWG-Bestimmungen heranzuziehen.

196 ZB Leiter wichtiger Geschäftsfelder bzw -bereiche, Hauptverantwortliche für die internen Kontrollfunktionen (wie insbesondere der internen Revision oder des Risikocontrollings bzw der Risikomanagementabteilung, Compliance Officer, Geldwäschebeauftragte) sowie GL bedeutender Zweigstellen im Sinne des § 18 BWG und gruppenangehöriger Tochterunternehmen.

B. Aufsichtsrechtliche Anzeigepflicht

1. Allgemeines zur Anzeigepflicht

Eine **wirksame Aufsicht**, die Missständen im Kredit- und Finanzdienstleistungssektor frühzeitig entgegenwirkt, setzt voraus, dass die zuständigen Aufseher standardmäßig über bestimmte, die Unternehmen betreffende Sachverhalte durch entsprechende Anzeigen informiert werden.¹⁹⁷ Wichtiger Bestandteil der laufenden Überwachung von KI sind die in Gesetzen und den hierzu erlassenen Verordnungen normierten Anzeigepflichten, die der ständigen **zeitnahen Information der Aufsichtsbehörde über wesentliche aufsichtsrelevante Sachverhalte** dienen. Wesentlich für eine wirksame (Banken-)Aufsicht – und der hierfür zuständigen Behörde daher unverzüglich anzuzeigen – sind Sachverhalte, die die Eignung von GL, AR-M und SFI von KI betreffen – sei es, dass eine neue Person in ihr Amt bestellt wird, sei es, dass sich etwas an der Eignung bestehender Funktionsträger ändert. Pflichten, derartige Sachverhalte der Aufsicht gegenüber anzuzeigen, normiert für KI in erster Linie das BWG, konkret in den §§ 28a und 73 *leg cit.* Für „bedeutende Institute“ iSd SSM-VO sind darüber hinaus die in Art 93 und 94 SSM-RahmenVO normierten Anzeigepflichten beachtlich; die nationalen Anzeigetatbestände werden dadurch jedoch nicht derogiert. Für KAG, auf die als konzessionierte (Sonder-)KI auch weite Teile des BWG (ua auch § 28a Abs 4 BWG) anzuwenden sind (vgl § 10 Abs 6 InvFG 2011), finden sich die Anzeigepflichten an die FMA in § 151 InvFG 2011.¹⁹⁸

2. Adressaten der Anzeigepflichten und anknüpfender Verwaltungsstraftatbestände

Die Pflichten gem § 73 Abs 1 BWG bzw § 151 Abs 1 InvFG 2011 richten sich an **KI** bzw **KAG** mit Sitz im Inland;¹⁹⁹ Art 93 Abs 1 SSM-RahmenVO verpflichtet nur **bedeutende Institute** zur Anzeige. Adressaten der in § 73 Abs 1a BWG normierten Anzeigepflichten sind wiederum **FH** und **gemischte FH**.

Sichergestellt werden soll die Einhaltung dieser Pflichten mittels **Verwaltungsstrafdrohung** (§ 98 Abs 2 Z 4a und Z 7, § 99 Abs 1 Z 1 BWG; § 190 Abs 2 Z 1 InvFG 2011; siehe unter III.B.7.), die sich kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung an die Verantwortlichen gem § 9 VStG derjenigen juristischen Person²⁰⁰ bzw

197 Vgl *Johler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 73 Rz 1.

198 Die ebenfalls als Sonderkreditinstitute zu qualifizierenden Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien (kurz: Immo-KAGs) unterliegen den Anzeigepflichten gem § 73 BWG (vgl § 3 Abs 4a BWG e contrario).

199 Dies ergibt sich aus der Definition des Kreditinstituts in § 1 Abs 1 BWG und der Konzessionsvoraussetzung des Sitzes im Inland gem § 5 Abs 1 Z 14 *leg cit* bzw § 6 Abs 2 Z 13 InvFG 2011.

200 *Lewisch* weist zutreffend darauf hin, dass § 9 VStG – lege non distinguente – für (alle) juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts gilt (*ders* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 9 Rz 9).

eingetragenen Personengesellschaft²⁰¹ richtet,²⁰² die selbst der Adressat der Anzeigepflichten ist.²⁰³ Dies folgt auch unmittelbar aus § 9 Abs 1 VStG, wonach für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen (eingetragene Personengesellschaften) grundsätzlich verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist, wer zur Vertretung nach außen berufen ist (siehe unter III.B.8.).²⁰⁴

3. Anzeige in schriftlicher und elektronischer Form

Anzeigen sind nach dem einhelligen Wortlaut des Gesetzes (§ 28a Abs 4 und § 73 Abs 1 BWG, § 151 InvFG 2011) in **schriftlicher Form** an die FMA zu erstatten. Telefonische (Vor-)Ankündigungen anzeigepflichtiger Sachverhalte sind daher zwar zumeist für beide Seiten hilfreich, aber keinesfalls ausreichend.²⁰⁵ Somit kommen aufgrund des Schriftlichkeitserfordernisses grundsätzlich eine Übermittlung in Briefform, aber auch eine telegrafische, per Fax oder im Wege elektronischer Datenübertragung (wie insbesondere E-Mail) verfasste Mitteilungen in Betracht.²⁰⁶ § 13 AVG ist anzuwenden.²⁰⁷

Seit 1.7.2010 sind jedoch bestimmte Anzeigen einschließlich jener, die die Eignung von GL, AR-M und SFI von KI betreffen, zwingend elektronisch über eine zentrale Internet-Plattform, die für diese Zwecke eigens eingerichtet wurde, einzubringen (§ 1 IP-Verordnung; § 73a BWG bzw § 153 InvFG 2011).²⁰⁸ Diese sog. „**Incoming Plattform**“ (kurz: IP) ermöglicht die elektronische Übermittlung von behördlichen Dokumenten, gleich ob in standardisierter oder nichtstandardisierter Form, an eine einzige Stelle, zu der sowohl FMA als auch OeNB Zugang haben. Soweit keine elektronische Übermittlung im Wege der IP gem § 73a BWG erfolgt, sind Anzeigen nach § 73 BWG (nicht nur der FMA, sondern gem § 79 Abs 2 *leg cit* auch der OeNB) unverzüglich zu übermitteln. Einbringungen über die IP bzw Anzeigen im Allgemeinen ersetzen jedoch nicht das elektronische Meldewesen an die OeNB gemäß den §§ 44, 74, 74a und 75 BWG, und zwar auch dann nicht, wenn über ein und denselben Sachverhalt informiert wird.²⁰⁹

4. Unverzüglichkeit

Anzeigen haben gem § 73 Abs 1 und 1a BWG bzw § 151 InvFG 2011 **unverzüglich** zu erfolgen. Der Zeitraum zwischen dem anzeigepflichtigen Ereignis und dem Zeitpunkt der Übermittlung der Anzeige an die FMA darf somit nicht schuldhaft

201 Die Regelung des § 9 VStG gilt nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut für juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften.

202 Vgl *Laurer* in *L/B/S/S/S*, BWG³ § 98 Rz 3.

203 Vgl *Öhlinger* in *Dellinger*, BWG § 98 Rz 6.

204 Ebenda.

205 Vgl *Johler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 73 Rz 3.

206 *Borns* in *L/B/S/S/S*, BWG³ § 73 Rz 18; *Johler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 73 Rz 3.

207 *Borns* in *L/B/S/S/S*, BWG³ § 73 Rz 18; *Johler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 73 Rz 3.

208 Dies betrifft alle österreichischen KI und FH, auch wenn sie unter der direkten Aufsicht der EZB stehen.

209 Zur Unterscheidung von Anzeigen und Meldungen vgl *Borns* in *L/B/S/S/S*, BWG³ § 73 Rz 1; *Johler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 73 Rz 2.

verzögert werden.²¹⁰ Zumal der Gesetzgeber im BWG keine explizite Frist für die Übermittlung der Anzeige vorgesehen hat, ist dem Anzeigepflichtigen eine im Einzelfall derart angemessene Frist für die Anzeigeerstattung zuzubilligen, die es ihm ermöglicht, bei sorgfältiger Geschäftsführung dem gesetzlichen Auftrag „ohne Verzug“ nachzukommen.²¹¹ In der Regel wird diese Frist wenige Tage betragen; länger als zwei Wochen kann nach der hM keinesfalls mehr als unverzüglich qualifiziert werden.²¹² Dieses Ergebnis ergibt auch der Vergleich mit der Anzeigepflicht des § 28a Abs 4 BWG, wonach jede Änderung in der Person des Vorsitzenden des AR der FMA schriftlich binnen zwei Wochen zur Kenntnis zu bringen ist (gesetzlich fixierte Zweiwochenfrist).²¹³ Für eine unverzüglich vorzunehmende Anzeige kann selbstredend keine längere Frist als diese ausdrücklich normierte angenommen werden.²¹⁴

5. Anzeigepflichtiges Ereignis

In jeder Anzeige ist auch der Zeitpunkt mit Datum anzugeben, welcher die Anzeigepflicht auslöst (zB Tag des Organbeschlusses, Zeitpunkt ab Kenntnis bestimmter Umstände etc; siehe dazu unten bei den einzelnen Anzeigeverpflichtungen). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist im Fall einer **Beschlussfassung** das Eintreten der Wirksamkeit des Beschlussgegenstandes nicht abzuwarten.²¹⁵ Das bedeutet, dass im Falle der Beschlussfassung über eine entsprechende Änderung, die erst in Zukunft wirksam werden soll, die Anzeigepflicht bereits mit der Beschlussfassung ausgelöst wird:²¹⁶ Änderungen in der GL geht regelmäßig ein Beschluss des AR voraus; ändert sich Letzterer, so liegt davor idR ein entsprechender Gesellschafterbeschluss. Die jeweilige Änderung selbst tritt mitunter erst einige Zeit nach Beschlussfassung ein. Im Sinne einer effizienten Aufsicht ist es – ausweislich der erläuternden Bemerkungen²¹⁷ – wesentlich, dass die FMA möglichst frühzeitig von Änderungen erfährt, damit sie nach Möglichkeit noch vor Wirksamwerden beispielsweise einer Geschäftsführerbestellung bankenaufsichtsbehördliche Maßnahmen ergreifen kann. Es kommt daher wie im Beispielsfall eines GL-Wechsels auf die Beschlussfassung über die Bestellung an, nicht auf dessen Amtsantritt.²¹⁸ Treten Änderungen schon vor einer entsprechenden Beschlussfassung ein, ist selbstverständlich nicht die Beschlussfassung abzuwarten.²¹⁹

210 Vgl VwGH 29.4.1988, 85/17/0049; *Borns in L/B/S/S/S*, BWG³ § 73 Rz 2; *Johler/Waldherr in Dellinger*, BWG § 73 Rz 4.

211 *Öhlinger in Dellinger*, BWG § 98 Rz 27 mit Verweis auf VwGH 23.7.1999, 97/02/0509.

212 Vgl *Johler/Waldherr in Dellinger*, BWG § 73 Rz 4; *Öhlinger*, BWG § 98 Rz 27.

213 Vgl *Öhlinger in Dellinger*, BWG § 98 Rz 27; zu § 28a Abs 4 BWG s *Dellinger*, BWG § 28a Rz 36.

214 *Öhlinger in Dellinger*, BWG § 98 Rz 27.

215 Diese Klarstellung durch BGBl I 2009/22 ist den Erläuterungen (ErläutRV 45 BlgNR 24. GP 10) zufolge im Hinblick auf die VwGH-Jud zu dieser Frage (VwGH 27.5.2008, 2007/17/0111 ZFR 2008, 138) nötig geworden.

216 *Öhlinger in Dellinger*, BWG § 98 Rz 29.

217 ErläutRV 45 BlgNR 24. GP 10.

218 ErläutRV 45 BlgNR 24. GP 10.

219 ErläutRV 45 BlgNR 24. GP 10.