

FINANZPROKURATUR

Singerstraße 17-19
1011 Wien

☎ 51439/220 DW Telefax 512 29 75
PSK-Kto. 5500.017 DVR: 0057169

XII/19257

An das
Präsidium des Nationalrates

1010 Wien

St. Klausgruber

Betr.: Entwurf eines Bankenaufsichtsbehördengesetzes
25 Beilagen

Die Finanzprokurator beehrt sich, beiliegend 25 Abzüge ihrer Äußerung an das Bundesministerium für Finanzen zu dem im Betreff genannten Gesetzesentwurf zu übermitteln.

20. Mai 1999
Im Auftrag:

(Dr. R. Steiner)

FINANZPROKURATURSingerstraße 17-19
1011 Wien☎ 51439/220 DW Telefax 512 29 75
PSK-Kto. 5500.017 DVR: 0057169

XII/19257/1

An das
Bundesministerium für Finanzen
Abt. V/14

1010 Wien

**Betr.: Bankenaufsichtsbehördengesetz
zu GZ.: 23 1009/11-V/14/99**

Zu dem der Prokuratur am 6.5.1999 zugestellten Entwurf eines Bankenaufsichtsbehördengesetzes (BABG) nimmt die Finanzprokuratur wie folgt Stellung, wobei sich diese Äußerung im Hinblick auf die, gemessen am Umfang und Inhalt des Gesetzesentwurfes äußerst knapp bemessene Begutachtensfrist nur auf die wesentlichsten Punkte beschränken kann:

1. Wie den Erläuterungen zu § 70 Abs 2 1. Satz BWG zu entnehmen ist, soll die Neufassung dieser Bestimmung der Aufsichtsbehörde ermöglichen, ohne eine konkret eingetretene Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstitutes gegenüber seinen Gläubigern - somit schon früher als nach der derzeitigen Rechtslage - einzugreifen.

Nach Ansicht der Prokuratur ist allerdings zu bezweifeln, daß die im Entwurf gewählte Formulierung, wonach *".....aufgrund gefährlicher Geschäftsverläufe der Eintritt einer solchen Gefahr ohne diese Maßnahmen wahrscheinlich ist."* für die Behörde tatsächlich eine wesentliche Erleichterung bringt, da zum einen wiederum eine konkrete Gefahr, nämlich *"gefährliche Geschäftsverläufe"* nachzuweisen ist, und zum anderen die vagen Begriffe *"gefährliche Geschäftsverläufe"* sowie *"wahrscheinlich"* in der Praxis den Vollzug dieser Bestimmung erheblich erschweren wird.

Ein Ansteigen der Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts und der Amtshaftungsverfahren auf diesem Gebiet ist nach Ansicht der Prokuratur mit dieser Bestimmung vorprogrammiert.

2.

2.1. Nach der im Entwurf vorgesehenen Verfassungsbestimmung des § 79 BWG wird die Durchführung der gesamten Bankenaufsicht der Oesterreichischen Nationalbank als

beliehenem Unternehmen übertragen, welche bei Besorgung dieser Aufgaben weisungsfrei ist.

Nach Ansicht der Prokurator ist es zumindest rechtspolitisch bedenklich, daß eine Bank - auch wenn es sich um die nationale Notenbank handelt und ähnliche Konstruktionen im Ausland zu finden sind - mit der Aufsicht (inklusive Verwaltungsstrafkompetenz !) über Banken betraut wird. Mit dem vorliegenden Konzept wird dem rechtspolitischen Postulat nach einer klaren Trennung von Wirtschaft und Staat jedenfalls nicht entsprochen.

2.2. In Absatz 3 leg cit sieht der Entwurf eine Schad- und Klagloshaltung des Bundes durch die Oesterreichische Nationalbank vor. In Absatz 4 ist die Rückhaftung der Organe der Oesterreichischen Nationalbank auf Rechtsverletzungen eingeschränkt, die sie *"vorsätzlich verübt oder verursacht haben"*.

Mit diesen Bestimmungen wird wesentlich von fundamentalen Grundsätzen des Amtshaftungsgesetzes abgewichen, und zwar einerseits dadurch, daß eine Rückhaftung des beliehenen Unternehmens gegenüber dem Rechtsträger, dem das Organverhalten zuzurechnen ist, statuiert wird, zum anderen durch die Einschränkung des Rückersatzanspruches gegen die Organe auf Vorsatz.

Die Finanzprokurator verkennt keineswegs die aus der Zunahme der Betrauung juristischer Personen als beliehene Unternehmer mit der Vollziehung von Bundesaufgaben resultierende Notwendigkeit einer Regelung der Rückgriffshaftung dieser juristischen Personen (vgl. die dem Sinn nach analogen Regelungen in § 10 Austro ControlG BGBl. 1993/898, in § 57 b KFG idF BGBl 1997/103 und in § 7 PostG BGBl. 1998/18). Diese Notwendigkeit resultiert daraus, daß das AHG in seinem § 1 Abs 2 einen Organregreß nur dann vorsieht, wenn physische Personen als Organ fungieren. Im Hinblick auf die Zunahme derartiger Haftungsregelungen (die inhaltlich Ausnahmebestimmungen zum AHG darstellen) scheint es aber angezeigt, eine entsprechende Änderung des AHG ins Auge zu fassen. Nach Auffassung der Finanzprokurator stünde Art. 23 B-VG einer solchen Änderung nicht entgegen.

Keinesfalls ist aber einzusehen, wieso Dienstnehmer der Oesterreichischen Nationalbank den schärferen Regreßbestimmungen des § 3 Abs 1 AHG unterliegen, der eine Rückhaftung des Organs auch bei grob fahrlässig zugefügten Rechtsverletzungen vorsieht, wenn sie in Vollziehung des Devisengesetzes als Organe des Bundes hoheitlich handeln, während im Falle von Rechtsverletzungen bei Vollzug des BWG eine Rückhaftung der als Organe des Bundes handelnden Dienstnehmer desselben beliehenen Unternehmens nur bei Vorsatz besteht.

3. Zum Entwurf des § 80 BWG (Kosten) ist anzuführen, daß nach Ansicht der Prokurator erhebliche Zweifel bestehen, daß die der Bankenaufsichtsbehörde als Verordnungsgeber überlassene Festsetzung der Regelungen über die Kostenaufteilung und ihrer Vorschreibung dem Legalitätsprinzip entspricht. Abgesehen von der Grundsatzaussage, daß die Kostenaufteilung "... unter Beachtung des Verursacherprinzips und des volkswirtschaftlichen Interesses an einer funktionsfähigen Beaufsichtigung ..." zu erfolgen hat, fehlt es an ausreichenden materiell-rechtlichen Determinanten für die Kostenfestsetzung und liegt in diesem Punkt sohin nach Ansicht der Prokurator eine formalgesetzliche Delegation vor.

4. Laut Entwurf soll in § 82 Abs. 2 und 3 sowie in § 83 Abs. 1 BWG die Wortgruppe "der Finanzprokurator" bzw. "vom Bundesminister für Finanzen durch die Finanzprokurator" jeweils durch Anführung der Bankenaufsichtsbehörde ersetzt werden.

Da den Erläuterungen diesbezüglich nichts zu entnehmen ist, geht die Prokurator davon aus, daß ein Hinweis auf die Vertretung durch die Finanzprokurator als entbehrlich angesehen wurde, zumal die Vertretung des Bundes - und damit auch der Bankenaufsichtsbehörde - als Partei oder sonstiger Beteiligter vor Gericht nach § 1 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 2 Prokuratorgesetz ohnedies ausschließlich der Finanzprokurator vorbehalten ist, sodaß es eines diesbezüglichen Hinweises im Gesetz gar nicht bedarf.

Es wäre auch sachlich nicht einzusehen, weshalb gerade im Falle der Bankenaufsichtsbehörde - von deren Dienstnehmern nicht anzunehmen ist, daß sie über die für den Verkehr mit Gerichten erforderliche anwaltliche Ausbildung und Erfahrung verfügen - nicht die für Zwecke der Vertretung des Bundes vor Gericht speziell eingerichtete und auch im Bereich des BWG praxisbewährte Finanzprokurator anwaltlich vor Gericht einschreiten sollte.

Um Mißverständnissen und Rechtsunsicherheiten (insbes. Fehlzustellungen und daraus resultierende Nichtigkeitsfolgen) vorzubeugen sollten die Hinweise auf die Vertretung durch die Finanzprokurator in den vorgenannten Bestimmungen des BWG daher beibehalten werden.

25 Abzüge dieses Schreibens übermittelt die Finanzprokurator u.e. dem Präsidium des Nationalrates. Ferner wird die Äußerung auch auf elektronischem Weg an die do. Abt. V/14 sowie an das Parlament übermittelt.

20. Mai 1999
Im Auftrag
(Dr. R. Steiner)

