

Bundesministerium
für Finanzen

Himmelpfortgasse 4-8
1015 Wien

ZI. 13/1 06/61

GZ 040402/0012-III/5/2006

BG mit dem das BWG, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das E-Geldgesetz und das Sparkassengesetz geändert werden

Referent: Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

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

I. ALLGEMEINES

Der vorliegende Gesetzesentwurf ist die Umsetzung der sogenannten „*Basel II-Richtlinie*“, bestehend aus der Neufassung der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute („*EU Bankrechtsrichtlinie*“) und der Neufassung der Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapieren und Kreditinstituten („*Kapitaladäquanz-Richtlinie*“).

Der Gesetzesentwurf orientiert sich unter (teilweiser) Ausnützung des von der EU-Richtlinie vorgegebenen Spielraumes in weiten Bereichen an den europarechtlichen Vorgaben. Das gesamte Normen-Paket „*Basel II*“ ist grundsätzlich zu begrüßen, weil es durch die die Praxiserfahrungen der Vergangenheit einbeziehenden, verbesserten Eigenkapital- und Kontrollkriterien zu einer (weiteren) Stabilisierung des Bank- und Finanzsektors in Österreich (wie in Europa) kommen sollte. Ob die Beurteilungs- und Berechnungsmethoden zur Erfassung der einschlägigen Risiken im Hinblick auf ihre hohe Komplexität auch für kleine Kreditinstitute geeignet sind, wird wohl erst die Praxis zeigen. Aus der Sicht des Anleger- bzw Gläubigerschutzes, sowie zur Verwirklichung des Ziels der mittel- bis langfristigen Erhaltung der Stabilität des Bankensektors und somit - in weiterer Konsequenz - zur Erhaltung der Stabilität der

Volkswirtschaft, gibt es aber ohne Zweifel keine Alternative zum genannten Normenpaket.

Die technische Umsetzung der EU-Richtlinien in der hier gewählten Form - im Bankwesengesetz sind die materiellen Ordnungsnormen und Bewilligungsverfahren der sogenannten Säule I (Mindestkapitalvorschriften) sowie der Vorschriften der sogenannten Säulen II und III (Eigenmittelkonzept und Offenlegungspflichten) umfassend umgesetzt, aber technische Details (wie beispielsweise finanzmathematische Formeln) wurden bzw werden im Wege von Verordnungen der FMA „ausgelagert“ - dient im Ergebnis der Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit, wobei man in punkto Übersichtlichkeit beim Bankwesengesetz nicht gerade verwöhnt und das Gesetz schon in der bisherigen Fassung selbst für – es sei denn ständig mit der Materie befaßte – Juristen kaum lesbar ist.

Die jüngsten Vorfälle in zwei österreichischen Banken (BAWAG und Hypo Alpe Adria) geben auch in Österreich jenen Auftrieb, die eine (noch) stärkere Regulierung und Beaufsichtigung des Bankensektors verlangen. Dabei würde aber übersehen, daß der Bankensektor schon derzeit zu den am meisten und für die betroffenen Unternehmen am kostenintensivsten (so tragen die Kreditunternehmungen zB auch die Kosten ihrer Aufsichtsbehörde) regulierten Wirtschaftssektoren gehört und sich in den beiden erwähnten „Skandalen“ – nach allem, was bisher bekannt ist – kein Strukturproblem der österreichischen Kreditwirtschaft manifestiert, sondern ein keineswegs „banktypisches“ oder auf regulatorische Defizite zurückzuführendes Versagen von (in erster Linie wohl: unternehmensinterner) Kontrollinstanzen vorliegt. Bei der Umsetzung der Richtlinien sollte deshalb darauf geachtet werden, daß aus der Richtlinie resultierende Verpflichtungen von Kreditunternehmungen tendenziell im mindestmöglichen Ausmaß auferlegt werden sowie daß durch die Richtlinien eingeräumte Wahlrechte nicht zuletzt aus Gründen der internationalen Wettbewerbsposition des österreichischen Finanzsektors möglichst optimal in dessen Interesse genutzt werden.

Die Komplexität des Normenmaterials macht es aus legistischer Sicht notwendig, den Rechtstext nach Möglichkeit zu vereinfachen. Die Lesbarkeit und Verständlichkeit des Entwurfes leidet vor allem unter der extrem hohen Anzahl an Verweisungen (die in vielen Fällen sogar Kettenverweisungen sind). Rechtstechnisch sollten Verweisungen nur dann gewählt werden, wenn dadurch eine wesentliche Vereinfachung im Aufbau der Norm erzielt werden kann. Im konkreten Entwurf enthält annähernd jede Bestimmung zumindest eine einzelne Verweisung. In nicht wenigen Bestimmungen finden sich bis zu fünf oder sechs Verweisungen. Diese Problematik existiert freilich nicht erst seit dem vorliegenden Entwurf, sondern belastet die Lesbarkeit des BWG schon bisher sehr stark.

Die Umsetzungstechnik in Form von Verordnungen der Finanzmarktaufsicht ist weiters in Einklang mit europarechtlichen Vorgaben, vor allem der Regelung des Art 249 Abs 3 EGV, wonach eine europäische Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel überlassen wird. Die innerstaatlichen Stellen sind bei der Umsetzung bekanntlich zwar an das Richtlinienziel gebunden, können aber die „Rechtstechnik“ sowie die wirtschafts- und

sozialpolitischen Methode frei wählen¹. Die Transformation muß nicht zwingend in Form eines Gesetzes erfolgen². Die Umsetzung im Wege von Verwaltungsvorschriften (Verordnung) ist ausreichend, wenn sie tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie in klarer und bestimmter Weise gewährleistet und die Begünstigten in die Lage versetzt, von all ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor nationalen Gerichten durchzusetzen³. Diese europarechtlichen Vorgaben scheinen im gegebenen Fall erfüllt.

II. ZU ART 2 DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES BANKWESEN-GESETZES)

1. Zu § 2 Z 3

Der Entfall der Wortgruppe „*an dem eine Beteiligung gehalten wird*“ wurde im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2000/12/EG erforderlich. Inhaltlich ist der Entfall der Wortgruppe aber eine systematische Bereinigung eines Irrtums. § 2 Abs 2 1. Satz idgF definiert die (einfache) „*Beteiligung*“: „*das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 vH der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen*“; § 2 Abs 3 1. Satz idgF definiert die „*qualifizierte Beteiligung*“ wie folgt: „*das direkte oder indirekte Halten von wenigstens 10 vH des Kapitals oder der Stimmrechte oder die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung eines Unternehmens, **an dem eine Beteiligung gehalten wird***“⁴; Die Beibehaltung des gestrichenen Teilsatzes wäre daher irreführend gewesen, weil dies bedeutet hätte, daß eine qualifizierte Beteiligung (die nach der geltenden Regelung schon beim Halten von 10% der Stimmrechte bzw des Kapitals an einem anderen Unternehmen vorliegt) nur an einem Unternehmen möglich wäre, an dem eine mindestens 20%-ige Beteiligung gehalten wird.

2. Zu § 2 Z 5a und 5b

Im Rahmen der Begriffsbestimmungen des § 2 BWG wurde das Begriffspaar „*regionale Gebietskörperschaften*“ neu eingeführt, weil die in der Richtlinie 2000/12/EG gewählte Begriffsbezeichnung „*Gebietskörperschaften*“, anders als in der österreichischen Rechtsordnung, alle Gebietskörperschaften mit Ausnahme des Bundes meint. Die Einführung des Begriffes „*regionale Gebietskörperschaften*“ wäre aus juristischer Sicht dennoch entbehrlich. Die Wahl des Begriffes „*Gebietskörperschaften*“ hätte ausgereicht, weil die Definition des § 2 Z 5a ohnehin klarstellt, daß damit „*Länder, Gemeinden, Regionalregierungen und örtliche*⁵ *Gebietskörperschaften der Mitgliedstaaten und Drittländer*“ gemeint sind und sich auch aus der Zusammenschau mit § 2 Z 5b ergibt, daß der Bund nicht unter § 2 Z 5a zu subsumieren ist. § 2 Z 5b definiert den Begriff „*Zentralstaat*“ als „*der Bund und die Zentralregierungen der Mitgliedstaaten und Drittländer*“; die Erfindung eines der österreichischen Gesetzessprache weitgehend unbekanntes Begriffspaares „*regionale Gebietskörperschaften*“ sollte daher im Interesse der Einheitlichkeit der österreichischen Gesetzesbegriffe vermieden werden.

¹ GTE/Schmidt, EGV/EUV, Rz 39 zu Art 189 (jetzt Art 249) EGV .

² EuGH Rs 29/84, Kommission/Deutschland, Slg 1985, 1661 Rn 23.

³ EuGH 30.05.1991 – C-361/88; Schwarze – EU-Kommentar Rz 28 zu Art 249 EGV.

⁴ Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

⁵ Siehe hiezu auch die Stellungnahme zu § 2 Z 9b.

3. Zu § 2 Z 9b

Die Definition der „*öffentlichen Stellen*“ wurde etwas umfassender gewählt als in Art 4 Z 18 der Richtlinie 2000/12/EG. Unklar ist aber, weswegen – bezugnehmend auf die Begriffsdefinition der „*regionalen Gebietskörperschaften*“ in § 2 Z 5b nunmehr von „*örtlichen Gebietskörperschaften*“ gesprochen wird und eine allfällige Definition dieses Begriffes fehlt. Es wäre eine Vereinheitlichung der Begriffsbildung wünschenswert.

Sachlich nicht nachvollziehbar ist, weswegen der Begriff der „*öffentlichen Stellen*“ zwar auch „*Unternehmen ohne Erwerbscharakter im Besitz des Bundes oder von Zentralstaaten, für die ausdrückliche Sicherungssysteme gelten, sowie selbstverwaltete Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die einer öffentlichen Beaufsichtigung unterliegen*“ umfaßt, offenbar aber im Besitz von Ländern und Gemeinden befindliche Unternehmen ohne Erwerbscharakter nicht berücksichtigt sind. Diesbezüglich sollte der Entwurf ergänzt oder aber in den Erläuterungen ein Hinweis auf eine allfällige sachliche Differenzierung hinzugefügt werden.

4. Zu § 2 Z 11b

Die Definition „*EWR-Mutterkreditinstitut*“ („*ein Mutterkreditinstitut in einem Mitgliedstaat, das nicht Tochtergesellschaft eines anderen, in einem der Mitgliedstaaten zugelassenen Kreditinstituts oder einer in einem der Mitgliedstaaten errichteten Finanz-Holdinggesellschaft ist;*“) sollte anstatt des Begriffes „*Tochtergesellschaft*“⁶ den im § 2 Z 12 BWG definierten Begriff „*Tochterunternehmen*“⁷ verwenden, zumal dieser Begriff auch in § 2 Z 11a des Entwurfes für die Definition des Begriffes „*Mutterkreditinstitut in einem Mitgliedstaat*“ verwendet wird.

5. Zu § 2 Z 16

Der Begriff „*Zweigstelle*“ orientiert sich an der Begriffsbildung des Art 4 Z 3 der Richtlinie 2000/12/EG. Zum Unterschied von der Definition in der Richtlinie werden aber nicht nur Betriebsstellen, die ein rechtlich unselbständiger Teil eines Kreditinstitutes sind, erfaßt, sondern auch solche eines Finanzinstitutes oder eines Wertpapierunternehmens. Diese Erweiterung der Begriffsdefinition folgt insofern der Definition des § 2 Z 16 BWG idGF.

6. Zu § 2 Z 45

Der Begriff „*Wertpapier- oder Warenverleihgeschäfte und Wertpapier- oder Warenleihgeschäfte*“ ist weiter gefaßt als jener der Richtlinie 93/6/EWG (Art 3 Z 1 lit n). Der Begriff der Richtlinie umfaßt jene Geschäfte, durch die ein Institut oder seine Gegenpartei Wertpapiere bzw Waren **gegen entsprechende Sicherheiten**⁸ überträgt, wohingegen der Aspekt der Sicherheit in der österreichischen Regelung nicht berücksichtigt wurde. Die Erläuternden Bemerkungen geben darüber

⁶ Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

⁷ Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

⁸ Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

keineswegs erschöpfend Auskunft. Eine Ergänzung in den Erläuternden Bemerkungen wäre daher zweckmäßig.

7. Zu § 21a

Die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für das Kreditrisiko nach dem „auf internen Ratings basierenden Ansatz“ gemäß § 22b durch ein Kreditinstitut oder ein übergeordnetes Kreditinstitut für die Kreditinstitutsgruppe bedarf der Bewilligung der FMA. Diese ist zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des § 21a Abs 1 Z 1 bis 9 erfüllt sind. Gemäß § 21a Abs 3 Z 1 muß der Wegfall dieser Voraussetzungen sowie die Nichteinhaltung von bescheidmäßigen Auflagen und Bedingungen unverzüglich schriftlich angezeigt werden. Offen bleibt die Behandlung jener Konstellationen, wo Kreditinstitute die Voraussetzungen für die Anwendung des auf den internen Ratings basierenden Ansatzes **ungewollt** nicht mehr erfüllen. Fraglich ist daher, ob für solche Sachverhalte § 21a Abs 3 Z 2 analog angewandt wird. Dieser sieht für beabsichtigte Änderungen eine unverzügliche schriftliche Anzeige sowie den Nachweis („darzutun“) vor, daß diese Änderungen nicht wesentlich sind.

Anstatt des in § 21a Abs 1 Z 1 gewählten Begriffes „ordnungsgemäß“ sollte, wie aus den Erläuterungen ersichtlich, die Begriffswahl „ordnungsgemäß und dem Stand der Technik entsprechend“ gewählt werden.

Gem § 21a Abs 1 Z 5 ist die Bewilligung der Bemessungsgrundlage für das Kreditrisiko (§ 22 Abs 2) zu erteilen, wenn (ua) das Kreditinstitut über eine „eigene unabhängige Organisationseinheit verfügt, die für die verwendeten internen Ratingsysteme zuständig ist“. Art 84 Abs 2 lit c der Richtlinie 2000/12/EG verlangt lediglich eine „Abteilung „Kreditrisikokontrolle““ die „über das notwendige Maß an Unabhängigkeit verfügt und vor ungebührlicher Einflußnahme geschützt ist“. Da laut Richtlinie nicht unbedingt eine unabhängige Organisationseinheit erforderlich ist, sondern lediglich das Maß an Unabhängigkeit sichergestellt sein soll, empfiehlt sich hier die wörtliche Übernahme des Art 84 Abs 2 lit c der Richtlinie 2000/12/EG in § 21a Abs 1 Z 5.

Die Unterscheidung, wann die Änderungen im genehmigten auf internen Ratings basierenden Ansatz oder dessen Anwendung „wesentlich“ oder „unwesentlich“ sind, kommt nicht hinlänglich klar zum Ausdruck. Daraus entsteht eine Rechtsunsicherheit, die Relevanz hat, weil bloß „unwesentliche Änderungen“ gemäß § 21a Abs 3 Z 2 nur anzeigepflichtig sind, wohingegen „wesentliche Änderungen“ gemäß § 21a Abs 4 eine Genehmigungspflicht auslösen. Die fachkundige Einschätzung sollte für die Adressaten durch Hinzufügung einzelner Parameter (allenfalls auch im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen) erleichtert werden und zur Entlastung der FMA führen, die in letzter Konsequenz mit dieser Abgrenzung verfahrenstechnisch befaßt ist.

8. Zu § 21b

Das Bewilligungsverfahren (Konzessionsverfahren) für externe Rating-Agenturen ist hinsichtlich der dabei zu berücksichtigenden (in § 21b Abs 1 Z 5 aufgezählten) objektiven und sachlichen Kriterien teilweise zu wenig aussagekräftig. Es bietet sich an, zumindest im Wege der Erläuternden Bemerkungen diese Kriterien näher zu definieren. So sind zB die Kriterien „die personelle Ausstattung und die

Sachkenntnis“ (lit c) oder „*die Unternehmenskultur*“ (lit d) – letztere wird nach den Erläuterungen als „*insbesondere die Corporate Identity eines Unternehmens*“ zu unklar umschrieben - zu schwammig und hinterlassen großen Interpretationsspielraum. Es besteht daher die Gefahr, daß es in der Praxis durch diese Unschärfen im Gesetzeswortlaut zu Rechtsunsicherheiten kommt.

Die in § 21b Abs 4 geregelte Möglichkeit der Anerkennung (durch die FMA) solcher externer Rating-Agenturen, die bereits von der zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaates anerkannt wurden - „*ohne weitere Prüfung*“ - ist ohne Zweifel durch die Richtlinie 2000/12/EG gedeckt. Durch das Fehlen einschlägiger Harmonisierungsnormen auf europarechtlicher Ebene betreffend die Konzessionskriterien solcher Rating-Agenturen besteht aber die Gefahr eines Qualitätsdumpings, wenn nämlich externe Rating-Agenturen aus Ländern mit geringeren Qualitätsstandards auf diesem Umweg in den österreichischen Markt eintreten. Ob das der FMA eingeräumte rechtliche Können implizit die Verpflichtung beinhaltet, in praxi ein Qualitätsdumping auszuschließen, kann allein aufgrund des vorliegenden Gesetzesentwurfes nicht beurteilt werden.

9. Zu § 21c

Die FMA hat im Rahmen des „*Bewilligungsverfahrens bei Verwendung eigener Volatilitätsschätzungen für kreditrisikomindernde Techniken*“ - entsprechend der bewährten Einbindung der Österreichischen Nationalbank als Gutachter - von der OeNB eine gutachtliche Äußerung über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 21c Abs 1 Z 1 bis Z 4 einzuholen. Es wäre zielführend, ein Zweckmäßigkeitskriterium dergestalt einzuführen, daß die FMA von einer Einholung des Gutachtens in dem Fall absehen kann, wenn die Voraussetzungen gemäß Z 1 bis 4 **offenkundig**⁹ vorliegen oder **offenkundig nicht** vorliegen. Dies wäre im Interesse der Sparsamkeit der Verwaltung gelegen sowie insgesamt eine Vereinfachung des Bewilligungsverfahrens.

Hinsichtlich der Regelung des § 21c Abs 3 wird unter Bezugnahme auf die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Änderungen in genehmigten Modellen auf die Ausführungen zu § 21a BWG im Rahmen dieser Stellungnahme verwiesen.

10. Zu § 21d

Laut den Erläuterungen zu § 21d Abs 2 wird das in der Richtlinie eingeräumte Wahlrecht in der Weise ausgeübt, daß die Überprüfung der Prozesse für die Geschäftsleiter und der Systeme für die Messung des operationellen Risikos durch **Bankprüfer** zu erfolgen hat. Dies kommt in der gesetzlichen Regelung des § 21d Abs 2 Z 5 nicht zum Ausdruck („*durch die interne Revision oder externe Prüfer.*“) Dieser Widerspruch sollte im Sinne einer vernünftigen Ausübung des Wahlrechtes aufgelöst werden.

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen in § 21d Abs 3 und 4 und der damit verbundenen Konsequenz der

⁹ Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

Bewilligungspflicht im Falle wesentlicher Änderungen wird ebenfalls auf die Ausführungen zu § 21a BWG im Rahmen dieser Stellungnahme verwiesen.

11. Zu § 21e

Hinsichtlich der Regelung in § 21e Abs 2 und der damit verbundenen Einbindung der OeNB wird auf die Ausführungen zu § 21c BWG dieser Stellungnahme verwiesen. Das Erfordernis der Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme der Österreichischen Nationalbank sollte daher in Fällen des offenkundigen Vorliegens oder des offenkundigen Nichtvorliegens der Voraussetzungen nicht erforderlich sein.

12. Zu § 21f

Betreffend § 21f Abs 8 wird unter Bezugnahme auf die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Änderungen in genehmigten Modellen auf die Ausführungen zu § 21a BWG im Rahmen dieser Stellungnahme verwiesen.

13. Zu § 21g

Das Konzept des „*Consolidating Supervisors*“ im Rahmen der grenzüberschreitenden Bewilligungsverfahren bedeutet eine wesentliche Neuerung der neuen Eigenmittelbestimmungen im Bereich der internationalen Zusammenarbeit. Die Richtlinie (Art 129 RL 2000/12/EG) sieht vor, daß jener Aufsichtsbehörde, die für die Beaufsichtigung des EU-Mutterkreditinstituts einer Kreditinstitutsgruppe zuständig ist, eine zentrale Rolle zukommen soll. Die seitens der „*Consolidating Supervisors*“ erteilte Bewilligung für ein Modell soll im gesamten EU-Raum Bindungswirkung entfalten. Dies begründet sich darin, daß der „*Consolidating Supervisor*“ gemeinsam mit den zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten über den eingelangten Antrag zu beraten und grundsätzlich mit diesen gemeinsam zu einer einheitlichen Entscheidung zu gelangen hat. Immer wenn dies binnen sechs Monaten ab Einlangen des vollständigen Antrages nicht möglich sein sollte, ist der „*Consolidating Supervisor*“ zur alleinigen Entscheidung über den Antrag berechtigt. Wie dieses Konzept in der Praxis funktionieren wird bleibt abzuwarten. Fraglich ist insbesondere, ob die (zB im Falle eines Verzugs der in den Mitgliedstaaten zuständigen Behörden oder im Falle, daß es zu keiner „*Entscheidung in Abstimmung*“ zwischen der FMA und den übrigen in den Mitgliedstaaten zuständigen Behörden kommt) durch die FMA nach § 21g Abs 3 getroffenen Entscheidungen von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie den in den anderen Mitgliedstaaten betroffenen Kreditinstituten tatsächlich vollinhaltlich anerkannt werden. Dieser Problem ist freilich durch staatliche Normenumsetzung kaum regelbar und wird daher allenfalls durch europarechtliche Adaptierungen zu lösen sein.

14. Zu § 22g

Gemäß § 22g Abs 9 kann die FMA mit Verordnung bestimmen, wie und unter welchen Voraussetzungen die Berechnung des angepaßten Forderungsbetrags durch kreditrisikomindernde Techniken zu erfolgen hat, damit eine ordnungsgemäße Erfassung des Kreditrisikos unter Berücksichtigung der Auswirkungen von Sicherheiten gewährleistet wird. Die in § 22g Abs 9 Z 1 bis 5 konkretisierten

Verordnungsinhalte entsprechen dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG, wonach Verordnungen nur „*aufgrund der Gesetze*“ erlassen werden dürfen. Das aus Art 18 Abs 1 und 2 B-VG an den Gesetzgeber herangetragene Gebot, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen¹⁰, scheint durch die Regelungen des § 22g hinreichend erfüllt zu sein. Die qualitativen und quantitativen Kriterien zur Determinierung des Verordnungsinhaltes, wie sie in § 22g Abs 9 Z 1 bis 5 genannt werden, sind somit aus verfassungsrechtlicher Sicht ausreichend und unbedenklich.

15. Zu § 22h

§ 22h Abs 1 zählt jene Arten von Sicherheiten („*anerkannte Sicherheiten*“) auf, die im Rahmen der Kreditrisikominderung anerkannt werden, wobei die Punkte § 22h Abs 1 Z 1 bis 9 (in Art 4 Z 31 der RL 2000/12/EG als „*Besicherung mit Sicherheitsleistung*“ definiert) dingliche Sicherheiten und § 22h Abs 1 Z 10 (lt den Erläuternden Bemerkungen in der Richtlinie „*Besicherung ohne Sicherheitsleistung*“ definiert¹¹) „*persönliche Sicherheiten*“ betreffen. Während § 22h Abs 1 Z 10 dementsprechend von „*persönlichen Sicherheiten*“ spricht, hat man die dinglichen Sicherheiten in § 22h Abs 1 Z 1 bis 9 ohne Sammelbezeichnung bloß einzeln angeführt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit aber auch der Einheitlichkeit von Rechtsnormen (im Entwurf zur VO der FMA zur Durchführung des Bankwesens hinsichtlich der Solvabilität von Kreditinstituten [Solvabilitäts-VO] werden im zweiten Teil, drittes Hauptstück, erster Abschnitt, erstes Kapitel in den §§ 84 ff ebenfalls „*dingliche Sicherheiten*“ näher beschrieben; auch ist in der Verordnung den §§ 84 ff die Überschrift „*dingliche Sicherheiten*“ vorangestellt) wäre es daher sinnvoll, § 22h Abs 1 strukturell dahingehend zu ändern, daß Z 1 den Begriff „*dingliche Sicherheiten*“ wörtlich anführt. Unter § 22h Abs 1 Z 1 sollten dann unter lit a bis i wie im Entwurf in § 22h Abs 1 Z 1 bis 9 die genannten Sicherheiten aufgezählt werden.

16. Zu § 23

Gemäß § 23 Abs 7 Z 5 sind „*Ergänzungskapital*“ unter anderem „*jene eingezahlten Eigenmittel, deren Restlaufzeit noch mindestens drei Jahre beträgt.*“ Nach dem Entwurf soll bei Kündigung durch das Kreditinstitut vor Ablauf der Restlaufzeit **nachweislich**¹² zuvor Kapital in gleicher Höhe und zumindest gleicher Eigenmittelqualität beschafft werden, wobei diese Ersatzbeschaffung zu dokumentieren ist. Das Kreditinstitut muß also vor Kündigung Kapital in gleicher Höhe und zumindest in gleicher Eigenmittelqualität beschafft haben. Wie der Nachweis gestaltet werden kann, wurde nicht geregelt. Unklar ist auch, ob die Bildung von Rücklagen bzw Reserven nach § 23 Abs 1 Z 2 bis 4 geeignet ist, Ergänzungskapital zu ersetzen. An sich handelt es sich um Eigenmittelbestandteile, die höherwertig als Ergänzungskapital sind. Diese werden indes nicht von außen zugeführt, sodaß sie möglicherweise nicht „*beschafft*“ wurden.¹³ Unklar ist, ob allein das Vorliegen der fristgerechten Ersetzung durch Bestätigung des Bankprüfers als ausreichend erachtet wird, zumal mit der Novelle zum BWG (BGBl I 2005/33) die Verpflichtung, daß der Bankprüfer das Vorliegen der fristgerechten Ersetzung zu

¹⁰ Mayer, Bundesverfassungsrecht³ 120ff.

¹¹ Die genaue Bezeichnung in Art 4 Nr 32 der Richtlinie 2000/12/EG ist „*Absicherung ohne Sicherheitsleistung*“.

¹² Hervorhebung durch die Verfasser der Stellungnahme.

¹³ Siehe Göth in *Diwok/Göth*, Kommentar zum BWG Rz 53 zu § 23

bestätigen hat, entfallen ist. Ergänzende Erläuterungen wären daher aus Gründen der Rechtssicherheit hilfreich.

Die Frage der Dokumentation der nachweislichen Ersatzbeschaffung stellt sich auch in § 23 Abs 8a Z 1, weswegen hierbei auf die Ausführungen zu § 23 Abs 7 Z 5 verwiesen wird.

17. Zu § 26

§ 26 regelt die Offenlegungspflichten der Kreditinstitute in bezug auf ihre Organisationsstruktur, ihr Risikomanagement und ihre Risikokapitalsituation. Diese Informationspflichten sollen unter anderem die Verbesserung der Marktdisziplin durch angemessene Unterrichtung der Marktteilnehmer bewirken. Ziel soll es sein, die Marktstrategien, die Risikosteuerung und das interne Management der Kreditinstitute zu verbessern. Die Relativierung der Offenlegungspflicht in Fällen, in denen deren Inhalt unwesentlich ist oder es sich um vertrauliche Daten handelt, sowie die Berücksichtigung des Bankgeheimnisses und die Berücksichtigung der Wettbewerbsposition der Banken (§ 26 Abs 5 und 6) sind aus unserer Sicht angemessene Maßnahmen der Rechtsgüterabwägung, also einerseits des Interesses des Marktes an Informationen über das Risikomanagement und andererseits berechtigter Schutzinteressen von Kreditinstituten. Die Relativierungen der Offenlegungspflichten sind nachvollziehbar und werden begrüßt.

Im Detail ist darauf hinzuweisen, daß die im neu hinzugefügten Art 145 Abs 3a der Richtlinie 2000/12/EG beschriebene Aufforderung an die Kreditinstitute, *„ihre Ratingentscheidungen den KMU und den anderen Unternehmen, die Kredite beantragt haben, in nachvollziehbarer Weise schriftlich offenzulegen“*, zwar (der Richtlinie nach) erst dann *„auf nationaler Ebene gesetzliche Maßnahmen“* nach sich ziehen soll, wenn die Selbstverpflichtung der Wirtschaft unzureichend Wirkung zeigt. Aus Gründen der Transparenz von Kreditvergabeentscheidungen gegenüber dem Markt wäre es aber sinnvoll, diese Offenlegungsobliegenheit gegenüber Kreditnehmern – und hier stehen Schutzinteressen von Kreditinstituten kaum entgegen – gleich gesetzlich verpflichtend auszugestalten.

18. Zu §§ 39

Die Verpflichtung der Kreditinstitute, für die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken über Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte angemessen sind (§ 39 Abs 2), sollte zur Klarstellung der Diktion in Art 123 der Richtlinie 2000/12/EG folgen und die dort verwendete Wortfolge *„solide, wirksame und umfassende“* unmittelbar vor die Wortfolge *„Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren“* einfügen. Dadurch wäre in diesem nicht nur für die Kreditinstitute sondern für das Funktionieren der gesamten Volkswirtschaft wichtigen Teilbereich der Risikosteuerung und –minimierung die Wichtigkeit und Bedeutung der Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren nochmals hervorgehoben.

Angeregt wird auch die Umsetzung der in Anhang V der Richtlinie 2000/12/EG (in Pkt 8 Unterpunkt 12) vorgesehenen – das operationelle Risiko einschränkenden –

Aufforderung an die Kreditinstitute, „Ausweich- und Notfallpläne“ aufzustellen, „die sicherstellen, daß das Kreditinstitut seine Tätigkeit fortlaufend aufrechterhalten kann und sich die bei schwerwiegenden Betriebsstörungen auftretenden Verluste in Grenzen halten.“ Die Umsetzung sollte in § 39 Abs 2 erfolgen.

Aus Sicht der Verantwortlichen der Kreditinstitute ist andererseits zu bemerken, daß die §§ 39 und 39a zu einer Konkretisierung (und wohl auch Erweiterung) von Verpflichtungen von Geschäftsleitern führen, indem diese im Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht nach § 84 Abs 1 AktG insbesondere über „die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken“ zu informieren haben, diese (Risiken) durch „angemessene Strategien und Verfahren“ steuern, überwachen und begrenzen sowie über Pläne gem § 39a („Kreditinstitutseigene Verfahren zur Bewertung der Eigenkapitalausstattung“) verfügen sollen. Wie diese Ziele konkret erreicht werden sollen, insbesondere welche Schritte zur Erreichung dieser Ziele erforderlich sind, bleibt jedoch unklar. Im Interesse der Rechtssicherheit – insbesondere aber auch aus haftungsrechtlicher Sicht – wäre es daher notwendig, diese – sehr grundsätzlich gehaltenen Positionen – näher zu beschreiben, um Geschäftsleiter nicht der Gefahr auszusetzen, ihre Sorgfaltspflichten mangels wirklich konkreter Anhaltspunkte nicht genauer abschätzen und vollständig erfüllen zu können.

19. Zu § 70

§ 70 Abs 4a setzt Art 136 der Richtlinie 2000/12/EG um. Durch diese Regelung kommt es zu einer Erweiterung der Aufsichtsmaßnahmemöglichkeiten, die der FMA zur Verfügung stehen. Die FMA kann unter bestimmten Umständen, nämlich wenn die Verletzung des BWG zu einer nicht angemessenen Begrenzung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken führt und eine kurzfristige angemessene Erfassung und Begrenzung der Risiken aus dieser Forderung nicht zu erwarten ist, dem Kreditinstitut oder der Kreditinstitutsguppe im Hinblick auf bestimmte Forderungen eine Erhöhung des Mindesteigenmittelerfordernisses bis zu 150% des „normalen“ Mindesteigenmittelerfordernisses gemäß § 22 Abs 1 vorschreiben. Dies soll nach dem Grundsatz der Anwendung des jeweils gelindesten zielführenden Mittels aber erst dann geschehen, wenn die Androhung einer im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessenen Zwangstrafe unwirksam ist. Nach den Erläuternden Bemerkungen zu § 70 Abs 4a soll die FMA bei der Vorschreibung dieser besonderen Eigenmittelunterlegung quantitative, qualitative und zeitliche Faktoren berücksichtigen. Diese Verpflichtung der FMA ergibt sich wohl zwar auch aus der Anwendung allgemeiner, die Tätigkeit der FMA betreffender Rechts- und Handlungsgrundsätze, wäre jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit innerhalb der Regelung des § 70 Abs 4 bzw 4a am besten unterzubringen. Darüber hinaus sollte die Vorschreibung einer Erhöhung des Mindesteigenmittelerfordernisses hinsichtlich der Kriterien, wie dieses zusätzliche Mindesteigenmittelerfordernis bemessen werden soll, näher ausgestaltet werden, mit anderen Worten: wie die quantitativen, qualitativen und zeitlichen aufsichtsbehördlichen Vorgaben im Einzelnen umgesetzt werden können.

III. ZU ART 3 DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES FINANZMARKT-AUFSICHTBEHÖRDENGESETZES)

1. Zu § 26 Abs 11

Durch die Neueinführung des § 26 Abs 11 FMABG soll gewährleistet werden, daß die FMA auch für solche Bewilligungen, die neue Bewilligungstatbestände im BWG erfüllen, aber noch vor Inkrafttreten dieser BWG-Novelle erteilt werden, angemessene Gebühren verlangen kann. Diese Regelung ist angemessen, weil zB Anträge im Bewilligungsverfahren für den auf internen Ratings basierenden Ansatz gemäß § 21a schon ab **Kundmachung** dieser Novelle gestellt und Bewilligungen erteilt werden können.

IV. ZU ART 5 DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES SPARKASSEN-GESETZES)

1. Zu § 24 Abs 1

Die Bestimmung soll laut den Erläuternden Bemerkungen sicherstellen, daß die (vom Sparkassen-Prüfungsverband zu unterhaltende) Prüfungsstelle die im Rahmen der Wirtschaftsprüfungstätigkeit erforderlichen und üblichen Prüfungen durchführen kann. Durch die Wortwahl „(...) er (der Prüfungsverband¹⁴) hat den Zweck, eine Prüfungsstelle (...) zur Durchführung von Prüfungen nach Abs 2, sonstigen Prüfungen, prüfungsnahen Tätigkeiten und Prüfungen, die ihm nach anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen aufgetragen sind (...) zu unterhalten“, besteht die Gefahr, daß über das in den Erläuterungen formulierte Ziel „hinausgeschossen“ wurde. Es wäre daher ausreichend gewesen, der derzeitigen in Geltung befindlichen Regelung („(...) Zweck, eine Prüfungsstelle (...) zur Vornahme der gesetzlichen Prüfungen nach Abs 2 und jener Prüfungen zu unterhalten, deren Durchführung ihm nach anderen bundesgesetzlichen Bestimmung aufgetragen oder ermöglicht ist“) den Satz anzufügen: „insbesondere soll die Prüfungsstelle, die im Rahmen der Wirtschaftsprüfungstätigkeit erforderlichen und üblichen Prüfung durchführen können.“ Ein derartiger Zusatz würde zur Klarstellung ausreichen und die Regelung nicht der Gefahr aussetzen, einen zu weiten und für den konkreten Zweck nicht erforderlichen Spielraum zu erzeugen.

Wien, am 28. April 2006

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident

¹⁴ Einfügung durch die Verfasser der Stellungnahme.