



Österreichischer
Rechtsanwaltskammertag



Die österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium für Finanzen

Himmelpfortgasse 4-8
1015 Wien

ZI. 13/1 07/218

GZ 040402/0008-III/5/2007

BG, mit dem das BWG, das Sparkassengesetz und das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz 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	2
II.	ZU ARTIKEL I DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES BANKWESENGESETZES)	3
1.	Zu § 21 Abs 1a	3
2.	Zu § 21d Abs 1a	3
3.	Zu § 25 Abs 13	4
4.	Zu § 28a Abs 1	4
5.	Zu § 28a Abs 3 und 4	4
6.	Zu § 42 Abs 3	5
7.	Zu § 63a Abs 4	5
8.	Zu § 69 Abs 2 und 3	5
9.	Zu § 70 Abs 1 Z 3 und 4; § 70 Abs 1a bis 1d sowie § 70a Abs 2	6
10.	Zu § 76 Abs 1	6
11.	Zu § 77a Abs 1	7
12.	Zu § 79 Abs 2 dritter Satz; § 79 Abs 3; § 79 Abs 4a und 4b	7
III.	ZU ARTIKEL II DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES SPARKASSENGESETZES) ...	7
1.	Zu § 17 Abs 7 und 8	7
IV.	ZU ARTIKEL III DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES FINANZMARKTAUFSICHTSBEHÖRDENGESETZES)	8
1.	Zu § 19 Abs 1 und § 19 Abs 5a	8
2.	Allgemeines zur Amtshaftung für die Tätigkeit der FMA	8
V.	ZU ARTIKEL IV DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES NATIONALBANKGESETZES) 10	
1.	Allgemeines	10
2.	Zu § 44b	10

I. ALLGEMEINES

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf werden

- Die Anregungen des Rechnungshofes aus der Prüfung der FMA, der OeNB und des BMF im Oktober und November 2006 sowie die Erkenntnisse des Untersuchungsausschusses des Nationalrats vom Frühsommer 2007 betreffend die Finanzmarktaufsicht („*Banken-Untersuchungsausschuß*“) sowie
- die Richtlinie 2006/43/EG (Abschlußprüferrichtlinie)

umgesetzt.

1. Die wichtigsten Bestimmungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes sind die § 25 BWG (Änderungen bzw Alternativen beim Halten der **Liquiditätsreserve**), § 28a BWG (**Wechsel eines Geschäftsleiters zum Vorsitzenden des Aufsichtsrates** soll erst nach zwei Jahren möglich sein), § 28a BWG (der einen bis dato nur für Geschäftsstellenleiter vorgesehenen **„Fit & Proper Test“** auch für **Aufsichtsratsvorsitzende** anordnet), die in § 42 Abs 3 BWG geregelte **Erweiterung der Aufgaben der Innenrevision**; die gemäß § 63a Abs 4 BWG eingeführte **verpflichtende Errichtung eines Prüfungsausschusses** sowie die §§ 70 Abs 1a und 79 BWG, die die **Aufgaben, Befugnisse sowie Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden OeNB und FMA neu regeln**. (Wirtschaftlich) neu ist für die betroffenen Kreditinstitute die geplante Änderung des FMAG sowie des NatBankG im Hinblick auf die Verpflichtung der FMA, der OeNB die **Kosten der Vor-Ort-Prüfung** zu ersetzen, die jedoch – im Wege der periodischen Abrechnungen – letztlich **von den Beaufsichtigten zu tragen** sein werden.

2. Der vorliegende Gesetzesentwurf ist als ein Kompromiß zu qualifizieren, er ist in seiner Gesamtheit und vor allem **hinsichtlich der näheren Umschreibung der Aufteilung der Aufsicht** über den österreichischen Finanzplatz zwischen den zwei bestehenden Aufsichtsbehörden, der FMA und der OeNB **zu begrüßen** (der Entwurf sieht vor, daß die laufende Bankaufsicht in die OeNB verlagert wird und die Notenbank betreffend die „Vor-Ort-Prüfung“ ein jederzeitiges selbständiges Prüfrecht ohne Auftrag der FMA erhält, wenn dies aus makroökonomischen Gründen erforderlich ist; die FMA bleibt eine unabhängige, weisungsfreie Behörde, die die hoheitliche Aufsicht innehat).

Schade ist, daß das grundsätzlich begrüßenswerte Bestreben, durch optimale Zusammenarbeit der FMA und der OeNB die Aufsicht über Finanzinstitute effizient und insbesondere wirksam zu gestalten, durch nach wie vor nicht ganz klar abgegrenzte Verantwortlichkeiten beider Aufsichtsbehörden zueinander nicht vollständig realisiert wird. Das Funktionieren der im Entwurf vorgesehenen Kompetenzaufteilung setzt voraus, daß sich die FMA und die OeNB auf ein Prüfungsprogramm einigen, und somit eigenständig Doppelgleisigkeiten vorwegnehmen; ebenso hängen die weiteren Aufsichtsmodalitäten, der Umfang und die Effizienz der Aufgabenverteilung sowie des Datenaustausches zwischen den Aufsichtsbehörden vom Zusammenwirken der OeNB und der FMA ab, deren (Nicht-)Funktionieren in den letzten Monaten (unter anderem im Rechnungshofsbericht und im Abschlußbericht des Bankenausschusses) kritisiert wurde. Wenn auch das Anliegen des Gesetzgebers, den beiden Aufsichtsbehörden die (wohl im Einzelfall

gebotene) Flexibilität zu belassen, verständlich ist, wäre eine detailliertere Klarstellung bzw. nähere Umschreibung der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in den vorstehend angesprochenen Punkten zweckmäßig und sinnvoll.

3. Die mit den Kompetenzverschiebungen verbundenen **Kostenfolgen** sind im Entwurf – ungeachtet dessen, daß der in den Erläuterungen geäußerten Auffassung zuzustimmen ist, daß sich die durch den Entwurf angestrebte Stärkung des Finanzplatzes Österreich positiv auf den Wirtschaftsstandort auswirken wird - angedeutet, keinesfalls jedoch umfassend dargelegt: die Angaben zu den finanziellen Auswirkungen sind vielmehr nicht ausreichend bzw. nicht nachvollziehbar. Die Erläuterungen weisen zwar darauf hin, daß die gesetzlichen Änderungen keine zusätzlichen Kosten bei der FMA entstehen lassen. Bei der Umsetzung des Entwurfs kommt es aber zu einer zusätzlichen Belastung der Beaufsichtigten, wenn letztere auch die Kosten der OeNB zu tragen haben werden, die bisher die Kosten für die ihr übertragenen Aufsichtsbefugnisse selbst getragen hat. In welchem Ausmaß jedoch die Beaufsichtigten belastet werden, läßt sich dem Gesetzesentwurf nicht entnehmen; § 19 Abs 5a des FMAG-Entwurfes sieht zwar eine grundsätzliche Deckelung der Erstattungsbeiträge vor, ihre betragsmäßige Festlegung fehlt jedoch im Entwurf.

II. ZU ARTIKEL I DES ENTWURFES (ÄNDERUNG DES BANKWESENGESETZES)

1. Zu § 21 Abs 1a

Mit der Übertragung neuer Befugnisse von der FMA an die OeNB, wie im gegenständlichen Entwurf vorgesehen, ist es sinnvoll, die von der FMA zu erteilende besondere Bewilligung zu den in § 21 Abs 1 Z 1, Z 6 und Z 6 BWG aufgezählten Umgründungsvorgängen von Finanzinstituten durch die vorangehende Anhörung der OeNB aufzuwerten. Die Umgründung einer Kapitalgesellschaft schafft insbesondere hinsichtlich der einzuhaltenden Fristen sowie auf Grund des Erfordernisses einer raschen und zügigen Abwicklung eine besonders heikle Phase für die Gesellschaftsorgane, die Gesellschaft sowie ihre Aktionäre. Der Umgründungszeitraum sollten daher durch die nunmehr vorgesehene Anhörung nicht verzögert oder unnötig verlängert werden; dies gilt für Finanzinstitute in besonderem Maße. Wünschenswert wäre daher die gesetzliche Festlegung einer Frist, innerhalb der die OeNB ihre Stellungnahme an die FMA zu übermitteln hat, oder einer Frist, nach deren Ablauf angenommen werden kann, daß die OeNB von ihrem Anhörungsrecht nicht Gebrauch haben will.

2. Zu § 21d Abs 1a

Die Einholung einer gutachtlichen Äußerung der OeNB durch die FMA bei einem Bewilligungsverfahren gemäß § 21d trägt dem Anliegen Rechnung, in der Aufsicht über den österreichischen Finanzplatz fachliche Kompetenz, besondere Expertise und Erfahrung der OeNB zu nutzen. Die Regelung ist daher konsequent und zu begrüßen.

3. Zu § 25 Abs 13

Die Änderung der Bestimmungen betreffend die Teilnahme der Kreditinstitute an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs war auf Grund der europarechtlichen Vorgaben erforderlich und ist die nunmehr geschaffene Möglichkeit, zwischen der Liquiditätshaltung beim Zentralinstitut und der bei einem anderen Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat zu wählen, zu begrüßen.

4. Zu § 28a Abs 1

In § 28a, einer „lex Hypo Alpe Adria“, setzt der Gesetzgeber die bereits bestehende C-Regel Nr 55 des Österreichischen Corporate Governance Kodex („*Der Vorsitzende des Aufsichtsrats ist nicht der ehemalige Vorstandsvorsitzende, es sei denn, es liegt ein Zeitraum von 2 Jahren zwischen der Beendigung der Tätigkeit als Vorstandsvorsitzender und dem Beginn der Tätigkeit als Aufsichtsratsvorsitzender*“) in zwingendes Gesetzesrecht um. Der ÖRAK begrüßt ausdrücklich diese Regelung und hält sie für einen sinnvollen Beitrag zur Sicherstellung der Unvoreingenommenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden sowie zur Vermeidung von unerwünschten Interessenkollisionen.

Festzuhalten ist, daß die Regelung Kreditinstitute einem strengeren Regime unterwirft als andere, den Corporate Governance Kodex anwendende Kapitalgesellschaften, weil diese sich an die C-Regel Nr 55 des öCGK halten können, aber nicht müssen. Der ÖRAK ist der Auffassung, daß diese „Ungleichbehandlung“ – auf Grund der besonderen Stellung der Finanzinstitute sachlich gerechtfertigt und daher zu befürworten ist. Will das Kreditinstitut besondere Fach- und Sachkenntnisse des scheidenden Vorstandsmitglieds nutzen, stehen neben der Bekleidung der Funktion als einfaches Aufsichtsratsmitglied (der Stellvertreter des/der Vorsitzenden) auch anderen Formen der Zusammenarbeit (wie zB Konsulentenverträge usw) zur Verfügung.

Die geplante gesetzliche Anordnung, daß der Aufsichtsratsvorsitzende bei Verstoß gegen die Norm als „*nicht gewählt gilt*“, sollte klarstellen, daß damit sinnvollerweise wohl nur die – durch den Aufsichtsrat erfolgende – Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden gemeint sein kann, nicht aber die dieser Wahl notwendigerweise vorangehende Wahl zum einfachen Mitglied durch die Hauptversammlung.

5. Zu § 28a Abs 3 und 4

Da die Aufgaben und Verantwortung des Aufsichtsrates, somit insbesondere auch des Aufsichtsratsvorsitzenden, zunehmend an Bedeutung gewinnen, ist die gesetzliche Verankerung von (Mindest-)Anforderungen für die Ausübung der Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden grundsätzlich zu begrüßen. Nur die fachliche Eignung des Geschäftstellenleiters (§ 5 BWG) zu determinieren, wäre nach Auffassung des ÖRAK nicht ausreichend. Von dem zu erwarteten Widerstand „interessierter Kreise“ gegen den geplanten „Fit and Proper Test“ für Aufsichtsratsvorsitzende sollte sich der Gesetzgeber nicht beirren lassen.

Im Unterschied zu § 5 Abs 1 Z 8 BWG, der die fachlichen Anforderungen für das Amt des Geschäftstellenleiters regelt, ist jedoch die vorgeschlagene Fassung des § 28a

Abs 3 Z 1 BWG zu unbestimmt. Eine Anpassung der Regelung an die fachlichen Voraussetzungen für den Geschäftsstellenleiter durch Festlegung einer gesetzlichen Vermutungsbestimmung wäre zu begrüßen; ebenso weitere präzisierende Klarstellungen, wann das Vorliegen der geforderten Erfahrung angenommen werden kann (wie zB eine Mindestdauer der Ausübung einer einschlägigen Position im Finanzbereich).

Im Gesetzestext (Übergangsbestimmungen) sollte klargestellt werden, daß § 28a nur für Aufsichtsratsvorsitzende gilt, die nach dem Inkrafttreten gewählt werden.

6. Zu § 42 Abs 3

Entsprechend dem in den Kreditinstituten üblichen Vieraugen-Prinzip müssen die die interne Revision betreffenden Verfügungen von mindestens zwei Geschäftsstellenleitern gemeinsam getroffen werden; diese Regelung ist sinnvoll und geboten. Die in der Bestimmung vorgesehene Zweistufigkeit der Berichterstattung (Geschäftsstellenleiter berichten an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates sowie, sofern einer besteht, dem Prüfungsausschuß; der „*Aufsichtsratsvorsitz*“ [hier handelt es sich offenbar um ein Versehen, das Wort sollte in „*Aufsichtsratsvorsitzender*“ geändert werden] hat in der nächsten Sitzung dem Plenum zu berichten) ist sinnvoll, der Geschäftsstellenleiter soll nicht direkt an den Gesamtaufsichtsrat berichten müssen.

7. Zu § 63a Abs 4

Die Bestimmung setzt Art 41 Abs 6 lit d) der RL 2006/43/EG um und nimmt die durch die Richtlinie den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit in Anspruch, von der Verpflichtung zur Errichtung eines Prüfungsausschusses jene Kreditinstitute zu befreien, deren Anteile nicht zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind und die dauernd oder wiederholt ausschließlich Schuldtitel ausgegeben haben, vorausgesetzt der Gesamtnominalwert aller Schuldtitel liegt unter € 1 Mrd (Art 41 Abs 5 Z d der RL), und daß sie keinen Prospekt veröffentlicht haben. Die Regelung ist auch – durch das Abstellen nicht nur auf das Vorliegen von bestimmten, im Interesse des Finanzplatzes und Verbraucherschutzes besonderes beaufsichtigungsbedürftigen Geschäften, sondern auch durch die zusätzliche, die Prüfungsausschußpflicht begrenzende Betragsgrenze von einer Bilanzsumme von € 1 Mrd – ausgewogen und angemessen; sie entspricht im übrigen der L-Regel Nr 40 des österreichischen Corporate Governance Kodex und ist zu begrüßen.

8. Zu § 69 Abs 2 und 3

Diese Regelung definiert näher die (neu geregelten) Aufgaben und Befugnisse der FMA; sie stellt klar, daß für die institutsbezogene (und nicht generell den Finanzmarktplatz betreffende) Aufsicht die FMA zuständig ist. Eine solche Abgrenzung gegenüber den (durch den vorliegenden Gesetzesentwurf verstärkten) Befugnissen der OeNB ist geboten und sinnvoll.

Der Katalog jener Parameter, nach denen die FMA bei ihrer Aufsichtstätigkeit der Institute vorzugehen und die Erforderlichkeit der von ihr zu setzenden Maßnahmen zu würdigen hat (*„Art, Umfang und Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte der Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen, ... welches zur quantitativen und*

qualitativen Absicherung aller wesentlichen bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zur Verfügung steht ...“) ist zu unbestimmt und sollte, um den Beaufichtigten eine bessere Beurteilung der Rechtslage (im Sinne einer Selbstüberprüfung) zu ermöglichen, näher präzisiert werden.

9. Zu § 70 Abs 1 Z 3 und 4; § 70 Abs 1a bis 1d sowie § 70a Abs 2

Wie vorstehend festgehalten, ist das (zu einem Großteil auch verwirklichte) Anliegen des Gesetzesentwurfes zu begrüßen, eine klare Abgrenzung zwischen den Aufgaben und Befugnissen der FMA und der OeNB vorzunehmen und damit die (in der Vergangenheit, wie auch im Abschlußbericht des „Bankenausschusses“ festgehalten, nicht immer funktionierende) lückenlose Aufsicht über den österreichischen Finanzmarkt sicherzustellen, ohne hierdurch Doppelgleisigkeiten und Überschneidungen der Kompetenzen der beiden Aufsichtsinstitute zu schaffen. Die Kompetenzabgrenzung wird in einigen Bestimmungen verwirklicht („§ 70 Abs 1 Z 3: *„Die Kompetenz der Oesterreichischen Nationalbank zur Vor-Ort-Prüfung ... erstreckt sich dabei auf die Prüfung aller in § 2 Z 57 bis 57e genannten Risikoarten“*). §§ 70 ff des Gesetzesentwurfes zeigen jedoch auch, daß der Gesetzgeber eine abschließende, klare Abgrenzung der Zuständigkeiten nicht selbst vornehmen möchte, sondern diese der Abstimmung zwischen der OeNB und der FMA überläßt (§ 70 Abs 1a: *„Stellt die OeNB bei einer Vor-Ort-Prüfung fest, daß der gemäß Abs 1 Z 3 oder 4 erteilte Prüfungsauftrag zur Erreichung des Prüfungszwecks nicht ausreicht, so hat sie die FMA um die erforderlichen Ergänzungen zu ersuchen; die FMA hat hierüber unverzüglich, längstens jedoch binnen einer Woche zu entscheiden“*).

Wie bereits vorstehend angemerkt, wäre – zur Sicherstellung der Vermeidung der Doppelgleisigkeiten, einer effizienten Aufsicht und einer raschen Durchführung von insbesondere ad-hoc-Prüfungen (die ja bereits begriffsmäßig nicht geplant und somit nicht Gegenstand des Prüfungsplanes sein können) – eine nähere Determinierung der Kompetenzen und des Verfahrens für Fälle, in denen ein „Kompetenzkonflikt“ besteht, wünschenswert und im Sinne des Legalitätsprinzips geboten.

10. Zu § 76 Abs 1

Die ohnehin überfällige Anhebung der Bilanzsumme von € 375 Mio auf € 1 Mrd, ab deren Erreichen der Bundesminister für Finanzen einen Staatskommissär zu bestellen hat, ist im Hinblick auf die nunmehr vorgeschlagene Fassung des § 63a Abs 4 BWG konsequent. Die Bestellung des Staatskommissärs ist eine Form der Aufsicht über die ihr unterliegenden Institute; für das Handeln des Staatskommissärs haftet die FMA. Gibt der Gesetzgeber aber – in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben – durch § 63a Abs 4 BWG zu erkennen, daß er eine besondere Beaufsichtigung der Kreditinstitute (dort: Errichtung des Prüfungsausschusses) erst ab einer Bilanzsumme von € 1 Mrd für geboten und erforderlich hält, ist es zweckmäßig, diese Betragsgrenze auch für das Erfordernis der Bestellung eines weiteren besonderen Aufsichtsorgans, nämlich des Staatskommissärs, einzuführen.

Angeregt wird die Festlegung eines Verfahrens, wie diese Betragsgrenze (im Hinblick auf künftige Entwicklungen) anzupassen sein wird (Valorisierung?).

11. Zu § 77a Abs 1

Der Abschluß eines entsprechenden Abkommens zwischen dem BMF, der OeNB und der FMA über die Vorgehensweise bei der Zusammenarbeit der FMA und der OeNB bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist – auf Grund der vorstehenden Ausführungen – aus der Sicht der ÖRAK dringend erforderlich, um das mit dem vorliegenden Gesetz angestrebte Ziel, nämlich eine Klarstellung der Befugnisse sowie die nähere Umschreibung des Zusammenwirkens der beiden Aufsichtsbehörden, zu erreichen.

12. Zu § 79 Abs 2 dritter Satz; § 79 Abs 3; § 79 Abs 4a und 4b

a. Die Klarstellung der Vorgehensweise bei Austausch der von der FMA erhobenen sowie von der OeNB auszuwertenden Daten; ihre datenschutzrechtliche Qualifizierung sowie Behandlung und die Meldepflichten der OeNB gegenüber der FMA im Hinblick auf die von ihr wahrzunehmenden Befugnisse (Vor-Ort-Prüfung) sind zu begrüßen.

Eine nähere Klarstellung, in welchem Umfang die FMA die Analysen der OeNB zu übernehmen und zu verwerten und inwieweit sie diese einer eigenständigen Prüfung zu unterziehen hat, fehlt jedoch im Entwurf.

b. Wie vorstehend ausgeführt, ist es zwar grundsätzlich nachvollziehbar, daß die Kosten der Aufsicht, darunter auch der Vor-Ort-Prüfung nach ihrer Verlagerung von der FMA an die OeNB weiterhin wirtschaftlich von den Beaufsichtigten zu tragen sein werden (indem diese Kosten in die Gewinn- und Verlustrechnung der FMA Eingang finden). Der Gesetzesentwurf enthält jedoch keine näheren Angaben oder Schätzungen darüber, wie sich die organisatorische Neugestaltung der Aufsicht zwischen der FMA und die OeNB auf die Beaufsichtigten finanziell auswirkt. Den Beaufsichtigten sollten (über den Weg der FMA) nur jene Kosten angelastet werden können, die mit Vor-Ort-Prüfungen bzw im Zusammenhang mit den einzelnen Instituten angefallen sind. Allgemeine Aufgaben der OeNB, die zur Wahrung der Stabilität des Finanzplatzes bis dato durch die OeNB ohne Zahlungspflicht der Beaufsichtigten wahrgenommen wurden, sollten auch künftig die Finanzinstitute nicht belasten.

III. ZU ARTIKEL II DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES SPARKASSENGESETZES)

1. Zu § 17 Abs 7 und 8

In Anbetracht der immer stärker schwindenden Unterschiede zwischen den Tätigkeitsgebieten sowie Bilanzsummen von (einzelnen) Sparkassen und Bankinstituten ist zu begrüßen, daß auch für den Vorsitzenden des Sparkassenrates die Bestimmungen des BWG über den „Fit & Proper-Test“ unterliegen sollen. Daß dies im Hinblick auf die teilweise noch faktisch gegebenen Strukturen bei den Betroffenen nicht auf Gegenliebe stößt, zeigt höchstens die Berechtigung des Anliegens.

IV. ZU ARTIKEL III DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES FINANZMARKTAUFSICHTSBEHÖRDENGESETZES)

1. Zu § 19 Abs 1 und § 19 Abs 5a

a. Der VfGH hat die Kostenüberwälzung im Bereich der Bankenaufsicht in seiner Entscheidung vom 30. September 2002, B 891/02, geprüft und für nicht verfassungswidrig befunden. Dafür waren insbesondere die folgenden Überlegungen maßgeblich:

*„Im Bereich der Wirtschaftsaufsicht hat der Gesetzgeber schon bisher in verschiedenen Zusammenhängen die Beaufsichtigten verpflichtet, die Kosten der Aufsicht (mit-) zutragen. ... Die Ratio solcher Regelungen liegt offenkundig darin, daß **in besonders sensiblen Wirtschaftsbereichen im Interesse der Funktionssicherung und des Gläubigerschutzes eine besondere öffentliche Aufsicht als geboten erachtet wird, die Sonderbelastungen des Staates mit sich bringt, es aber nicht als gerechtfertigt angesehen wird, diese Sonderbelastungen von der Allgemeinheit tragen zu lassen, sondern (zumindest teilweise auch) von jenen, die durch ihre - zu beaufsichtigende - Tätigkeit Erträge erwirtschaften wollen. Daß eine solche Regelung an sich unsachlich sein sollte, kann der VfGH nicht finden und der zeitliche und legistische Zusammenhang mit der Ausgliederung und den Bestrebungen zur Entlastung des Bundesbudgets ändert daran nichts.**“*

Die neu einzuführende Verpflichtung der FMA, der OeNB die mit der Vor-Ort-Prüfung und der Einzelbankanalyse verbundenen Kosten zu erstatten, trägt dem Umstand der neu aufgeteilten Aufsichtsbefugnisse Rechnung und ist daher konsequent; sie ist auch, wie vorstehend ausgeführt, zulässig.

Grundsätzlich sollte jedoch – da dieses System in der Regel gerechter ist und besser der wirtschaftlichen Lage der Finanzinstitute angepaßt ist – **die Kosten für die Beaufsichtigung der Kreditinstitute, die von den Beaufsichtigten selbst zu tragen sind, nicht mit einem Fixbetrag, sondern vielmehr mit einem prozentmäßigen Kostenanteil bemessen werden.**

Im übrigen wird auf die Ausführungen zu § 79 Abs 2 dritter Satz; § 79 Abs 3; § 79 Abs 4a und 4b des Entwurfes verwiesen.

2. Allgemeines zur Amtshaftung für die Tätigkeit der FMA

a. Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in § 44b Abs 1 des NatBankG (siehe weiter unten) die Festlegung vor, daß die OeNB im öffentlichen Interesse das Vorliegen aller jener Umstände zu beobachten habe, die für die Sicherung der Finanzmarktstabilität in Österreich von Bedeutung seien. **Eine entsprechende Ermächtigung bzw Klarstellung fehlt jedoch im FMAG.**

b. Wie vorstehend ausgeführt, kann die FMA die Kosten der Aufsicht grundsätzlich an die beaufsichtigten Institute überwälzen. Geht es aber um die deliktische Haftung von Staatsorganen, kommen die vorstehend genannten Ansätze nicht zum Tragen.

Eine Finanzierungsbelastung hinsichtlich der deliktischen Haftung von Staatsorganen hat nichts mit der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden und mit dem Rating von Finanzmärkten zu tun; sie würde also (grundsätzlich) nicht zugunsten der Beaufsichtigten wirken (vgl. *B. Raschauer*, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, ÖBA 2004, 338 ff; aA hinsichtlich der Überwälzung von Versicherungsprämien, die zu Gunsten der FMA und somit des Bundes wirken, *N. Raschauer/Sander*, Von Amtshaftpflichtversicherungen und Aufsichtskosten oder: Warum es ein Begutachtungsverfahren gibt, *juridikum* 2005, 120).

c. Nach § 1 AHG haftet - in Bezug auf die Bankaufsicht iS von Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG - der Bund nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als seine Organe handelnden Personen durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben. Ein „Verhalten“ kann in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen; es können also sowohl Eingriffsakte der Bankaufsicht als auch das Nichtergreifen der nach Lage des Falls gebotenen aufsichtsbehördlichen Akte dazu führen, daß ein "Schaden" am Vermögen entsteht, ein Schaden am Vermögen des Kreditinstituts ebenso wie in weiterer Konsequenz am Vermögen seiner Eigentümer, der Einleger oder von Investoren.

d. Es entsprach bereits früher der hL und der höchstgerichtlichen Judikatur (vgl. nur *Raschauer*, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, ÖBA 2004, 338 ff; OGH 7. März 2006, 1 Ob 257/05h = ÖBA 2007/1390), daß für die Schadenszufügung durch Organe der FMA in Ausübung finanzmarktaufsichtsbehördlicher Funktionen nicht die FMA, sondern der Bund haftet. Mit der am 1. Juli 2005 in Kraft getretenen Novellierung des § 3 Abs 1 FMABG (BGBl I 2005/33) wurde auch gesetzlich klargestellt, daß der Bund für das hoheitliche Handeln der FMA-Organen als Rechtsträger iSd AHG einzustehen hat.

e. Es entspricht ebenfalls ständiger, auch von der Lehre (*B. Raschauer*, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005/1) gebilligter Rechtsprechung, daß die Verursachung eines Vermögensschadens nur dann ersatzpflichtig macht, wenn dem geltend gemachten Anspruch die vorwerfbare Verletzung eines absoluten Rechts, die Übertretung eines Schutzgesetzes nach § 1311 ABGB oder ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers zugrunde liegt. Wird die Haftung auf die Verletzung von Rechtsvorschriften gestützt, so muß die übertretene Bestimmung gerade (auch) den Zweck haben, den Geschädigten vor eintretenden Vermögensnachteilen zu schützen. Gehaftet wird demnach nur für Schäden, die gerade in Verwirklichung jener Gefahr verursacht wurden, um deren Vermeidung willen der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten fordert oder untersagt. Dabei ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung und dem eingetretenen Schaden dann anzunehmen, wenn die übertretene Norm die Verhinderung eines Schadens wie des später eingetretenen bloß mitbezweckte. **Daraus allein, daß eine im öffentlichen Interesse vorgenommene Amtshandlung mittelbar auch die Interessen eines Dritten berührt, diesem zugute kommt oder zum Nachteil gereicht und damit als Reflexwirkung pflichtgemäßen Verhaltens einen Vorteil verschaffen kann, läßt sich noch nicht auf eine Rechtspflicht gerade einem solchen Dritten gegenüber schließen** (OGH 25. März 2003, 1 Ob 313/01p mwN).

f. In den für die Koordinierung des Bankrechts maßgeblichen EG-RL ist von der „Stabilität des Finanzsystems und seiner Integrität“ die Rede. Wohl aus diesem Grund hat der österreichische Gesetzgeber eine verbale Brücke geschlagen und den Begriff der „Finanzmarktstabilität“ in das BWG eingefügt. Dementsprechend ordnet die für die Bankaufsicht zentral maßgebliche Bestimmung des § 69 BWG an, daß die Behörde im Rahmen der Überwachung „auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität Bedacht zu nehmen“ hat. Der Schutzzweck des Funktionsschutzes umfaßt keine bestimmte einzelne Person, kein bestimmtes einzelnes Unternehmen, Amtshaftungsansprüche für Vermögensschäden kommen von vornherein nicht in Betracht.

Bei jeder einzelnen Vorschrift ist der **Normzweck** zu erforschen, der sich aus der wertenden Beurteilung deren Sinnes ergibt. Wie weit der Normzweck (Rechtswidrigkeitszusammenhang) reicht, ist das Ergebnis der Auslegung im Einzelfall (OGH 25. März 2003, 1 Ob 313/01p mwN).

g. Aus dem vorstehend Ausgeführten ergibt sich, daß die unterlassene Klarstellung im FMAG, die FMA handle (wie die OeNB) im öffentlichen Interesse, uU Auswirkungen auf die Auslegung des Normzwecks (und der Schutzobjekte) von bankrechtlichen Bestimmungen im Einzelfall haben könnte. Diese Auslegung ist aber wichtig, um klarzustellen, für welche Verfehlungen (und gegenüber wem) die Organe der FMA haften. Da für den durch die Organe der FMA Dritten zugefügten Schaden der Bund, mithin der Gesetzgeber, haftet, wäre es zweckmäßig, eine § 44b Abs 1 des Entwurfes (NatBankG) entsprechende Bestimmung in das FMAG aufzunehmen.

V. ZU ARTIKEL IV DES ENTWURFS (ÄNDERUNG DES NATIONALBANKGESETZES)

1. Allgemeines

Der Verweis auf die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf erfolgende Änderung auch des Nationalbankgesetzes (Art 4 des Entwurfs) fehlt in der Bundesgesetzbezeichnung und sollte (unter anderem um das lückenlose Funktionieren der bestehenden Suchmaschinen im Rechtsinformationssystem des Bundes zu gewährleisten) ergänzt werden.

2. Zu § 44b

Die Bestimmung bezieht sich auf § 79 Abs 4a BWG; es darf daher auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Generell ist anzumerken, daß der nunmehr gesetzlich geregelte Informationsaustausch zu einer Entlastung der beaufsichtigten Kreditinstitute führen soll; eine einmal erstattete Meldung (an die FMA oder an die OeNB) sollte jedenfalls nicht zusätzlich an die anderen Aufsichtsbehörden erfolgen müssen.

Wien, am 30. Oktober 2007
DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident