

Stellungnahme der Oesterreichischen Nationalbank (OeNB) zum Begutachtungsentwurf des Bundesministeriums für Finanzen für ein Bundesgesetz, mit dem das Bankwesengesetz, das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Kapitalmarktgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 geändert werden (Aufsichtsreform 2017)

Die OeNB begrüßt den vorliegenden Gesetzesentwurf, mit dem eine weitere Optimierung der Effizienz der Aufsicht in Angriff genommen wurde und bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem vorliegenden Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können.

Die Regulierung der Finanzmärkte und der Finanzakteure ist einem ständigen Wandel unterzogen, sodass immer wieder Anpassungen der regulatorischen Rahmenbedingungen notwendig sind, um auch dem internationalen Standard in der Aufsicht gerecht zu werden. Dementsprechend zielt der vorliegende Gesetzesentwurf **auf eine positive Weiterentwicklung der Aufsichtstätigkeit, insbesondere im Hinblick auf die Erhöhung der Transparenz und der Rechtssicherheit für Marktteilnehmer ab.**

Der Erhöhung der Rechtssicherheit für Marktteilnehmer dient auch der – nach Vorbild des § 118 BAO – in **§ 23 FMABG neu eingeführte Auskunftsbescheid**. Dieser soll zu einer höheren Rechts- und Planungssicherheit der von der FMA beaufsichtigten Finanzmarktteilnehmer beitragen, was von der OeNB grundsätzlich begrüßt wird. Im Detail sollten aus Sicht der OeNB **jedoch in zwei Punkten Klarstellungen vorgenommen werden:**

- 1.) In den Erläuternden Bemerkungen ist angeführt, dass dieses neue Rechtsinstitut „*speziell für einige wirtschaftlich besonders bedeutsame Bereiche*“ vorgesehen sein soll, wobei insbesondere Konzessionsvoraussetzungen für neuartige Geschäftsmodelle („*FinTechs*“) genannt werden.

Tatsächlich ist **dem Gesetzestext jedoch keine solche Einschränkung auf „wirtschaftlich besonders bedeutsame Bereiche“ zu entnehmen, der Auskunftsbescheid ist auf jeden denkbaren aufsichtsrechtlichen Sachverhalt anwendbar.**

Eine Einschränkung sieht das Gesetz nur dahingehend vor, als an der Auskunft *in Hinblick auf die erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse* bestehen muss, die aus der Vorbildbestimmung des § 118 BAO übernommen wurde. **Fraglich ist jedoch, was unter einer „erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkung“ zu verstehen ist.** Im Bereich des § 118 BAO wird in der Literatur vertreten, dass unter einer „*erheblichen abgabenrechtlichen Wirkung*“ die **in Geld messbare „steuerliche Auswirkung“** gemeint ist.

Diese Interpretation ist auf das Aufsichtsrecht jedoch nicht anwendbar, da – anders als im Steuerrecht – sich die „*erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkungen*“ im Regelfall nicht in der bescheidmäßigen Pflicht zur Zahlung eines bestimmten Betrages niederschlagen. Eine in Geld ausgedrückte „*aufsichtsrechtliche Auswirkung*“ lässt sich daher im Regelfall nicht, bzw. jedenfalls nicht problemlos aus dem Gesetz ermitteln. Da auch die Erläuternden Bemerkungen zu dieser Frage keinerlei Ausführungen enthalten, ist es letztlich völlig unklar,

was unter „*erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkungen*“ zu verstehen ist, und welche aufsichtsrechtlichen Normen überhaupt die Eignung zu solchen erheblichen Auswirkungen aufweisen.

Die OeNB regt daher an, die Wendung „erheblichen aufsichtsrechtlichen Auswirkungen“ zu streichen, und im Gegenzug eine positiv-formulierte Einschränkung des Anwendungsbereichs wie in § 118 BAO auf bestimmte aufsichtsrechtliche Normen vorzunehmen, bei denen sich das erhebliche Interesse des Antragstellers an der Auskunft bereits aus der Natur der Sache ergibt. Im Bereich des Bankenaufsichtsrechtes würde sich aus Sicht der OeNB insbesondere der Themenbereich Konzessionierung – womit auch dem wesentlichsten Gesichtspunkt, nämlich der höheren Rechts- und Planungssicherheit bei neuartigen Geschäftsmodellen Rechnung getragen würde – sowie einzelne Bewilligungstatbestände anbieten.

- 2.) Gemäß Abs 6 leg cit ist der **Auskunftsbescheid mit einer (zeitlich unbeschränkten) Bindungswirkung für die Behörde versehen.** Von der im Auskunftsbescheid vorgenommenen aufsichtsrechtlichen Beurteilung kann später nur bei wesentlich verändertem Sachverhalt oder Änderung der relevanten Gesetzeslage abgewichen werden.

Dies erscheint aus Sicht der OeNB – insbesondere angesichts der mangelnden Einschränkung des Anwendungsbereiches des Auskunftsbescheids – nicht ausreichend. Während steuerrechtliche Fragestellungen regelmäßig statischer Natur (da stichtags- oder ereignisbezogen) und vom ökonomischen Umfeld unabhängig sind, trifft dies bei einer **Vielzahl an erheblichen aufsichtsrechtlichen Fragestellungen** nicht zu.¹

Aus dem Gesetzesentwurf ist nicht zweifelsfrei ableitbar, dass eine Änderung der ökonomischen Verhältnisse ebenfalls eine nicht nur unwesentliche Änderung des Sachverhaltes im Sinne des Abs 6 leg cit darstellt. Zudem ist es auch völlig **unmöglich zum Bescheiderlassungszeitpunkt die relevanten ökonomischen Verhältnisse abschließend zu beschreiben bzw. sämtliche denkbaren relevanten Änderungen zu bedenken und zu berücksichtigen** – aus Sicht der OeNB muss dennoch **sichergestellt bleiben, dass auch trotz erlassenem Auskunftsbescheid bei Änderung der ökonomischen Verhältnisse eine geänderte aufsichtsrechtliche Beurteilung sowie ein behördliches Eingreifen nach wie vor möglich ist.**

¹ Insbesondere im Hinblick auf (neuartige) Geschäftsmodelle ist festzuhalten, dass deren Tragfähigkeit von einer Vielzahl an ökonomischen Faktoren abhängt, deren Änderung – ohne gleichzeitige Änderung der zu Grunde gelegten Aufsichtsnormen – eine geänderte aufsichtsrechtliche Beurteilung nach sich ziehen kann. So ist es zB denkbar, dass ein 2005 unbeanstandetes Geschäftsmodell im Jahr 2017 möglicherweise nicht mehr tragfähig ist – wenngleich sich die das Geschäftsmodell an sich betreffenden Sachverhaltselemente nicht verändert haben.

Wir regen demnach an Abs 7 leg cit wie folgt zu ergänzen:

*„(7) Der Rechtsanspruch (Abs. 6) erlischt insoweit, als sich in Folge der Aufhebung oder Änderung der dem Auskunftsbeseid zugrunde gelegten aufsichtsrechtlichen Vorschriften, **oder aber auf Grund einer Änderung der ökonomischen Verhältnisse** die rechtliche Beurteilung ändert. Die aufsichtsrechtliche Beurteilung (Abs. 5 Z 2) ist nicht bindend, soweit sie sich zum Nachteil der Partei als nicht richtig erweist.“*