

IST DAS AKTUELLE FIT & PROPER REGIME NOCH LEBBAR?

RA Dr. Bettina Hörtner, Wien

A. Grundlagen der „Fit& Proper“ Anforderungen für Kreditinstitute

A.1. Gesetzliche nationale Vorgaben in Österreich

Im österreichischen Bankwesengesetz („**BWG**“) ist in § 5 Abs. 1 zu den Voraussetzungen für die Konzessionserteilung an ein Unternehmen vorgesehen, dass bei keinem Geschäftsleiter ein Ausschließungsgrund gem. § 13 Abs. 1-3, 5 und 6 Gewerbeordnung („**GewO**“) vorliegen darf, die Geschäftsleiter über geordnete wirtschaftliche Verhältnisse verfügen müssen und keine Zweifel an ihrer persönlichen für den Betrieb von Bankgeschäften erforderlichen Zuverlässigkeit, Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit vorliegen dürfen. Darüber hinaus müssen Geschäftsleiter aufgrund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sein und die für den Betrieb des Kreditinstitutes erforderlichen Erfahrungen haben. Es müssen somit dem Geschäft des Instituts entsprechende theoretische und praktische Kenntnisse sowie Leitungserfahrung bei den Geschäftsleitern vorhanden sein, wobei hier als Maßstab ein Zeitraum von mindestens 3 Jahren in leitender Funktion bei einem Unternehmen vergleichbarer Art und Größe herangezogen wird.

Für Mitglieder des Aufsichtsrats eines Kreditinstituts enthält § 28a Abs. 3 BWG korrespondierende Vorgaben für den Vorsitzenden, für die sonstigen Mitglieder § 28a Abs. 5 BWG. § 28 a BWG legt darüber hinaus eine sogenannte „Cool Off“-Periode von 2 Jahren beim Wechsel eines Vorstandsmitglieds eines Kreditinstituts in dessen Aufsichtsrat fest, d.h. ein Vorstandsmitglied darf erst nach dem Ablauf von 2 Jahren nach Beendigung der Funktion als Vorstandsmitglied Vorsitzender des Aufsichtsrats des Unternehmens werden, in welchem es Vorstandsmitglied war.

Spezifische Regelungen zu Anforderungen an bestimmte Funktionsinhaber sind darüber hinaus lediglich in § 42 BWG betreffend die interne Revision enthalten. § 42 Abs. 2 BWG qualifiziert das Fehlen der erforderlichen Sachkenntnis bzw. eine mögliche Beeinträchtigung der objektiven Wahrnehmung der Aufgaben als Ausschließungsgrund für die Wahrnehmung der Funktion der internen Revision.

A.2. Leitlinien der European Banking Authority (“EBA”) vom 22.11.2012

Die Leitlinien der EBA zur Beurteilung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und von Inhabern von Schlüsselfunktionen in Kreditinstituten („**EBA-**

Leitlinien Fit & Proper“, „Leitlinien“) vom 22.11.2012 haben explizite Regelungen geschaffen, die verlangen, dass Mitglieder des Leitungsorgans und Inhaber von Schlüsselfunktionen eines Kreditinstituts über die für die Ausübung ihrer konkreten Tätigkeit entsprechenden sachlichen und persönlichen Qualifikationen verfügen.

Die EBA-Leitlinien legen dar, was die EBA unter angemessenen Aufsichtspraktiken im Europäischen System der Finanzaufsicht versteht bzw. wie nach ihrer Auffassung Unionsrecht in diesem Bereich anzuwenden ist. Aufgrund der Leitlinien ist die Eignung von Mitgliedern von Leitungsorganen einerseits bei Zulassung als Kreditinstitut bzw. bei behördlichen Meldungen neuer Mitglieder des Leitungsorgans aber auch wenn dies bei bestellten Mitgliedern des Leitungsorgans angemessen ist, zu beurteilen. Diese gesamteuropäischen Vorgaben sollen u.a. sicherstellen, dass die in einem Kreditinstitut aus Risikosicht relevanten Personen über angemessene persönliche und fachliche Qualifikationen verfügen.

Die Beurteilung der Erfahrung von Mitgliedern von Leitungsorganen und von Inhabern von Schlüsselfunktionen hat die Art, den Umfang und die Komplexität der Geschäfte des Kreditinstituts sowie die Zuständigkeit der betreffenden Position zu berücksichtigen. Hier ist somit im Sinne des Proportionalitätsprinzips auf das individuelle Institut Bezug zu nehmen und es muss die für dieses Institut angemessene erforderliche Erfahrung bei den jeweiligen Personen vorliegen. Unabhängig von diesem individuellen Beurteilungsaspekt im Sinne des Proportionalitätsprinzips sollten die in Rede stehenden Personen persönlich zuverlässig sein. Dies ist anhand von Strafregisterauszügen und ähnlichem zu überprüfen, wobei in der Regel im Umkehrschluss anzunehmen ist, dass ein Leitungsorgan als zuverlässig anzusehen ist, wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte bzw. begründete Zweifel daran vorliegen. Weiters wird die persönliche Zuverlässigkeit dann angenommen, wenn das persönliche oder geschäftliche Verhalten der in Rede stehenden Person keinen Anlass zu grundlegenden Zweifeln an der Fähigkeit gibt, das Kreditinstitut umsichtig und solide zu führen.

A.3. Rundschreiben der Österreichischen Finanzmarktaufsichtsbehörde („FMA“) vom Mai 2013

Im österreichischen aufsichtsrechtlichen Rahmen wurden diese Leitlinien von der FMA im Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern,

Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen („**Fit & Proper-Rundschreiben**“, „**FMA-Rundschreiben**“) vom Mai 2013 behandelt.

Die Rechtsnatur von Rundschreiben der FMA ist dergestalt, dass diese die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde wiedergeben und den Adressaten als Orientierungshilfe dienen sollen. Aus einem FMA-Rundschreiben können jedoch über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten nicht abgeleitet werden.

Das Fit & Proper-Rundschreiben stellt insbesondere klar, dass die erforderlichen Anforderungen fachlicher und persönlicher Art bei jedem einzelnen Aufsichtsrats- und Geschäftsleitungsmitglied stets vorhanden sein müssen, d.h. sowohl individuell als auch kollektiv, dies jedoch unter Berücksichtigung der jeweiligen Zuständigkeiten sowie der Art, des Umfangs und der Komplexität der Geschäfte des jeweiligen Instituts.

Die persönliche Zuverlässigkeit ist gemäß FMA-Rundschreiben unter anderem an den gewerberechtlichen Ausschließungsgründen von der Bestellung als gewerberechtlicher Geschäftsführer in der Gewerbeordnung orientiert. Demgemäß sind explizit angeführte strafrechtliche Verurteilungen, wie z.B. wegen betrügerischer Krida, Begünstigung eines Gläubigers, Schädigung fremder Gläubigerinteressen sowie generell wegen einer sonstigen strafbaren Handlung mit einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagsätzen ein Ausschließungsgrund. Wesentlich bei der Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit sind gemäß FMA-Rundschreiben auch einschlägige Verwaltungsakte, wobei kumulative Effekte von mehreren kleineren Gesetzesverstößen - insbesondere gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen - wesentliche Folgen haben können. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens bei Verdacht eines Verstoßes gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen durch die FMA selbst erfolgt und diese auch in erster Instanz erkennende Behörde ist, wodurch der Eindruck einer Interessenkollision entstehen könnte.

Das FMA-Rundschreiben befand sich bei Verfassung dieses Beitrags im Oktober 2014 in Überarbeitung, sodass Änderungen in der Ansicht der Behörde bei Erscheinen des Werkes nicht ausgeschlossen werden können.

B. Konsequenzen für Kreditinstitute

B.1. Anforderungen an das Leitungsorgan und an Inhaber von Schlüsselfunktionen

Sowohl das FMA-Rundschreiben als auch die EBA-Leitlinien verlangen, dass in vordefinierten Prozessen in jedem der Aufsicht unterliegenden Kreditinstitut Überprüfungen der Eignung der Mitglieder von Leitungsorganen bzw. Inhaber von Schlüsselfunktionen vorgenommen werden. Im Rahmen dieser Prozesse sind auch jährlich Evaluierungen vorzunehmen, welche die Prüfung zum Gegenstand haben, ob sich in der vorangegangenen Periode eine Änderung in der Eignung der jeweiligen Personen und somit Handlungsbedarf für das beaufsichtigte Institut ergeben hat.

Wesentliches Element dieses internen Assessment-Prozesses ist die Definition von erforderlichen Qualifikationen fachlicher und persönlicher Art für die einzelnen Schlüsselfunktionen bzw. das Leitungsorgan. Anhand dieser Definition ist zu überprüfen, ob ein Funktionsinhaber bzw. Mandatsträger die erforderliche Qualifikation besitzt, und unter welchen Umständen hier eine Änderung im Sachverhalt im Beobachtungszeitraum zu einer Änderung in der Beurteilung zu führen hat.

B.2. Zunahme an aufsichtsrechtlichen Vorgaben

Untrennbar verbunden mit den Anforderungen an die Eignung der genannten Personen ist das Faktum der Zunahme von Verhaltensregeln für die beaufsichtigten Institute auf europäischer und in der Folge auch auf nationaler Ebene. Verhaltensregeln ergeben sich einerseits aus neuen EU-Richtlinien, welche in nationales Recht umzusetzen sind, aber auch aus Leitlinien bzw. technischen Standards der europäischen Aufsichtsbehörden. Diese Regulierungsmenge stellt auch für Personen, die nicht unmittelbar mit dem täglichen Bankgeschäft befasst sind, wie z.B. Aufsichtsratsmitglieder, eine Herausforderung dar, sich über die aktuell gültigen rechtlichen Rahmenbedingungen der Geschäftstätigkeit des von Ihnen kontrollierten Institutes aktuell zu halten, um die erforderlichen informierten Entscheidungen im Kontrollgremium treffen zu können. Weiterer wesentlicher Aspekt der Zunahme an regulatorischen Vorgaben ist die Konsequenz, dass insbesondere die Anforderungen an den genannten Personenkreis stetig mehr werden, und die Gefahr, durch eine geringe Unachtsamkeit gegen eine der Vorgaben zu verstoßen, steigt: Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass im österreichischen Verwaltungsstrafrecht gem. § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz („**VStG**“) als Verschuldensmaßstab bereits leichte Fahrlässigkeit ausreichend ist. Eine von der

FMA erkannte und geahndete Unachtsamkeit bildet bei Vorliegen der entsprechenden subjektiven Vorwerfbarkeit die Grundlage für von der FMA verhängte Verwaltungsstrafen. Diese Verwaltungsstrafen sind im Rahmen des Fit & Proper Assessments - wie bereits ausgeführt - als eines der Kriterien für die persönliche Zuverlässigkeit heranzuziehen, d.h. können in letzter Konsequenz dazu führen, dass die für die Funktionsausübung erforderliche Eignung aus Sicht der FMA nicht mehr gegeben ist.

B.3. Institutsinternes Fit & Proper Assessment

Bis dato gibt es keine veröffentlichte aufsichtsbehördliche Guidance, in welcher Art und Weise, d.h. insbesondere Höhe, Einschlägigkeit etc., eine Verwaltungsstrafe die Zuverlässigkeit und persönliche Eignung eines Leitungsorgans negativ beeinflusst. Jedes Kreditinstitut muss daher im Rahmen des internen Assessment eigene Überlegungen anstellen, wie eine mögliche vorangehende Verwaltungsstrafe die persönliche Zuverlässigkeit z.B. eines Vorstandsmitglieds eines Kreditinstituts beeinträchtigen kann. Im Fall eines Vorstandsmitglieds ist dieses interne Assessment durch den Aufsichtsrat durchzuführen. Es empfiehlt sich bei Vorliegen von etwaigen Verwaltungsstrafen die Entscheidung samt Grundlagen und Begründung angemessen zu dokumentieren, sodass der Aufsichtsrat jederzeit nachweisen kann, warum die Eignung zum Leitungsorgan in einem Kreditinstitut trotz dieser Verwaltungsstrafen weiterhin gegeben ist. Im Zuge dieser individuellen Beurteilung sind auch etwaige Maßnahmen, die im Anschluss an die Verwaltungsstrafe vom zu Beurteilenden getroffen werden, zu berücksichtigen. D.h. es ist auch darauf abzustellen, ob dieser alle ihm zumutbaren und möglichen Maßnahmen getroffen hat, um weitere ähnliche Verstöße gegen gesetzliche Vorgaben hintanzuhalten.

C. Delegation der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit

C.1. Allgemeines

Um etwaigen Problemen bei der Beurteilung als fit & proper auf Leitungsebene eines Kreditinstituts zu entgehen, ist eine verstärkte Tendenz am Finanzmarkt zu erkennen, dass Mitglieder des Vorstands eines Kreditinstituts ihre Verantwortlichkeit für einzelne Bereiche, insbesondere solche, in denen ein großes Risiko indiziert ist, auch unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters eine Verwaltungsstrafe zu erhalten, an verantwortliche Beauftragte gem. § 9 VStG zu delegieren versuchen. Dies betrifft insbesondere Bereiche wie z.B. die Einhaltung der Sorgfaltsbestimmungen zur Kundenidentifikation oder aber der Eignungsprüfung bei

Wertpapiergeschäften, bei welchen es in der Regel auch bei geringfügigen Sorgfaltsverstößen, z.B. bei einem mangelhaften Identifikationsdokument, bereits zu Verwaltungsstrafen kommen kann.

C.2. Wesen und Voraussetzungen der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gem. § 9 VStG

§ 9 VStG ermöglicht es den Vorstandsmitgliedern von Kreditinstituten für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche einen verantwortlichen Beauftragten zu bestellen. Verantwortlicher Beauftragter kann gem. § 9 Abs. 4 VStG nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.

Die nach diesen Vorgaben erfolgte Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten hat zur Konsequenz, dass die Verwaltungsstrafe in dem ihm unterstellten Bereich nicht mehr wie im Regelfall die Vorstandsmitglieder des Kreditinstitutes trifft, sondern den verantwortlichen Beauftragten. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben. Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er gem. § 9 Abs. 5 VStG dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, dass ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

C.3. Fragen in der praktischen Umsetzung

Bei Delegationen der Verantwortlichkeit auf Basis des § 9 VStG gibt es in der Praxis immer wieder Probleme bei der präzisen Abgrenzung des Verantwortungsbereichs einerseits und der zwingend erforderlichen tatsächlichen Anordnungsbefugnis des verantwortlichen Beauftragten in dem an ihn delegierten Bereich andererseits. Erfolgt beispielsweise eine Delegation der Verantwortlichkeit im Bereich „Compliance gem. WAG und BörseG“, so hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH 11.4.2011, 2011/17/0048) dazu ausgesprochen, dass damit lediglich die Delegation der Verantwortung für Compliance-Aufgaben gem. § 18 WAG gemeint ist, nicht

jedoch betreffend alle Aspekte, die der Begriff „Compliance“ denkmöglich umfassen kann. Delegiert man hingegen die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten im Bereich der Kundenidentifikation an den Geldwäschebeauftragten, so ist kreditinstitutsintern auch sicherzustellen, dass dieser gegenüber den regelmäßig im Identifikationsprozess tätigen Kundenbetreuern, die zumeist als Mitarbeitern des Vertriebs der Vertriebsleitung unterstehen, entsprechende Weisungen zur Befolgung der relevanten aufsichtsrechtlichen Vorgaben erteilen kann, andernfalls die Gefahr besteht, dass die Bestellung des Geldwäschebeauftragten als verantwortlicher Beauftragter in Bezug auf die Einhaltung der Identifikationspflichten für unwirksam angesehen werden könnte.

Aus diesen beiden Beispielen der Praxis ist ersichtlich, dass eine Delegation der Verantwortlichkeit gem. § 9 VStG an strikte gesetzliche Vorgaben geknüpft ist und bei nicht exakter Umsetzung dieser Vorgaben die Delegation nicht wirksam ist und daher nicht das gewünschte Ziel erreicht.

Hand in Hand mit Delegationen gem. § 9 VStG geht die Tendenz, dass die Bereitschaft eine Funktion als Leitungsorgan zu übernehmen im Sinken ist, weil man die damit verbundene Verantwortung und das daraus resultierende persönliche Risiko nicht eingehen möchte. Dies führt dazu, dass der Kreis der am Markt vorhandenen und möglichen Personen für Leitungsfunktionen immer kleiner wird.

D. Resümee und Ausblick

Die vorangehenden Ausführungen zeigen beispielhaft die aktuellen Herausforderungen für am Finanzmarkt aktive Unternehmen resultierend aus der Zunahme von regulatorischen Vorgaben und den nunmehr stärker reglementierten Anforderungen an die persönlichen Qualifikationen von Leitungsorganen und von Inhabern von Schlüsselfunktionen.

Auch für die Aufsichtsbehörde stellen sich insofern neue Themen, als sie ein immer dichter werdendes Regelkorsett vollziehen muss, d.h. die Marktteilnehmer zur Einhaltung der relevanten Vorgaben anhalten muss. Die Behörde ist in erster Instanz auch für die Verhängung von Verwaltungsstrafen bei Verstößen gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben zuständig, und diese Strafen zieht die Behörde in einem nachfolgenden Schritt bei der Beurteilung von Leitungsorganen als fit & proper als

wesentliche Grundlagen heran. Demgemäß hat es die Aufsichtsbehörde in der Hand, die „Personallandschaft“ im Finanzsektor erheblich zu beeinflussen und in letzter Konsequenz am gesamten Finanzmarkt Personalressourcen auszudünnen. Dies hat den Vorteil, dass es zu einer Marktberreinigung kommt und das Qualitätsniveau in Bezug auf Regeltreue gesteigert wird, andererseits immer weniger Personen für Leitungs- und Schlüsselfunktionen in Kreditinstituten vorhanden sind.

Um in diesem Spannungsfeld einen angemessenen Ausgleich und eine sowohl für die FMA als auch für die Marktteilnehmer praktikable und lebbare Situation zu schaffen, erscheint es daher im Licht der aktuellen Entwicklungen wesentlicher denn je zuvor, den Dialog zwischen Behörde und Markt zu verstärken und gemeinsam Vorgehensweisen zu erarbeiten. Die gemeinsam entwickelten Vorgehensweisen sollen den vielfach auch neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen, aber auch von den diesen unterworfenen Instituten in der Praxis umsetzbar sein. Dieser Dialog zwischen Behörde und Markt sollte insbesondere bereits vor dem Inkrafttreten neuer Regelungen dazu führen, dass bereits in der Implementierungsphase ein gemeinsames Verständnis von Behörde und Marktteilnehmern dazu erarbeitet wird, und damit auch bei Geltung der Vorgaben mögliche Verwaltungsstrafen, die die Beurteilung von Leitungsorganen als fit & proper negativ beeinflussen könnten, weitest möglich vermieden werden.