

BEITRÄGE

Dr. Ernst Brandl, LL.M. (Chicago), M.B.A. (Harvard) • Partner Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH
PD Dr. Nicolas Raschauer • CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte OG

Abberufung eines Bankvorstandes – Parteistellung im Abberufungsverfahren geboten!*

» ZFR 2016/54

Verfahren um die Abberufung eines Bankvorstandes, oft medienwirksam ausgetragen, rücken zentrale – und folgeschwere – Aufsichtsmittel der FMA in den Blickpunkt der Öffentlichkeit, deren juristische Ausgestaltung bei näherer Betrachtung einige interessante Fragen aufwirft. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich insb mit der Kompetenz der FMA, Banken aufzutragen, ihre Vorstände mangels Zuverlässigkeit¹ abberufen. Er geht außerdem der Frage nach, ob dem betroffenen Geschäftsleiter im Abberufungsverfahren Parteistellung einzuräumen ist.

Eine der zentralen Fragen des Abberufungsverfahrens ist nämlich, ob der **Geschäftsleiter selbst Partei** im Verfahren ist und er sich daher höchstpersönlich gegen die erhobenen Vorwürfe wehren kann. Auf den ersten Blick überrascht es, dass dieser Punkt überhaupt strittig ist – schließlich scheint es selbstverständlich, dass jene Person, die durch das Verfahren ihre berufliche Zulassung und damit ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage verlieren kann, auch im Verfahren formell Parteistellung erhält, am Verfahren also qualifiziert teilnehmen und die Entscheidung der Behörde auch höchstpersönlich bekämpfen kann. Aus den bisherigen Entscheidungen der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts lässt sich aber ableiten, dass diese zu einem anderen Ergebnis tendieren – auch dazu werden wir in weiterer Folge Stellung nehmen.

1. Ausgangslage

1.1. Allgemeines zum Abberufungsverfahren (§ 70 Abs 4 Z 1 BWG)

Mit dem Abberufungsverfahren wird der FMA die Möglichkeit eröffnet, auf die nach der Bestellung eines Geschäftsleiters² her-

vorgetretene mangelnde Eignung dieser Person zum Führen eines Kreditinstituts zu reagieren. Die FMA kann einen Geschäftsleiter aber nicht direkt abberufen, sondern erreicht dieses Ziel nur **indirekt**, indem sie ein allgemeines Aufsichtsverfahren gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG³ („Abberufungsverfahren“) einleitet.⁴

Nach dieser Bestimmung hat die FMA einem Kreditinstitut unter **Androhung einer Zwangsstrafe**⁵ aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen einer den Umständen des Falles entsprechenden Frist wiederherzustellen, wenn ua die Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession nach § 5 Abs 1 Z 2–14 BWG nicht mehr vorliegen. Zu diesen Konzessionsvoraussetzungen gehört, dass jeder der Geschäftsleiter eines Instituts jederzeit über geordnete wirtschaftliche Verhältnisse verfügen muss und keine Tatsachen vorhanden sind, aus denen sich **Zweifel an seiner persönlichen Zuverlässigkeit**, Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit ergeben.⁶ Falls ein Geschäftsleiter diese Kriterien nicht mehr erfüllt, kann der rechtmäßige Zustand – also jener, der den Wegfall der Konzessionsvoraussetzungen ungeschehen macht⁷ – nur dadurch hergestellt werden, dass das Institut den Geschäftsleiter abberuft und einen neuen „geeigneten“ Geschäftsleiter bestellt. Der Geschäftsleiter wird zwar formal **durch das Kreditinstitut „entfernt“**. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass letztlich die **FMA kausal** für den Entschluss der Bank ist, den Geschäftsleiter seiner Position zu entheben. Immerhin wird das Kreditinstitut unter Androhung staatlicher Hoheitsgewalt dazu gezwungen, diesen Schritt zu setzen. Will das Institut nämlich vermeiden, dass ihm die FMA die Konzession entzieht, wird sich auch die streitbarste Bank letztlich der Anordnung der Aufsichtsbehörde beugen.

* Der Aufsatz ist inspiriert durch Abberufungsverfahren, in denen *Ernst Brandl* als Vertreter der betroffenen Vorstände eingeschritten ist; für die Veröffentlichung wurden keine geldwerten Vorteile gewährt.

1 Zum Begriff und zur umfangreichen Judikatur zum Zuverlässigkeitsbegriff siehe zB *Brandl/Kalss*, Die „erforderlichen Eigenschaften“ von Geschäftsleitern eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, ÖBA 2000, 943.

2 § 2 Z 1 BWG.

3 § 70 BWG idF zuletzt BGBl I 2015/117; zu den Handlungsmöglichkeiten der FMA vgl *Schima/Sindelar*, Aufgetragene Abberufung von Geschäftsleitern, Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung und Konzessionsentzug bei Kreditinstituten, ÖBA 2015, 908 ff.

4 Anders in Deutschland, vgl § 36 KWG.

5 Vgl *N. Raschauer/Schramm*, Neue Enforcementregelungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, ZFR 2006, 8, zur Abgrenzung zu den Maßnahmen nach § 22a FMABG.

6 § 5 Abs 1 Z 7 BWG.

7 *Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG³ § 70 Rz 12 (Stand 1. 9. 2008; rdb.at).

1.2. BWG schweigt zur Parteistellung des Geschäftsleiters

Das BWG normiert nicht, ob dem Geschäftsleiter selbst im Verfahren über seine Abberufung Parteistellung zukommt. Diese Frage ist insb deshalb wichtig, weil mit der Parteistellung elementare Mitwirkungsrechte im Verwaltungsverfahren verbunden sind. Dazu gehören der Anspruch auf rechtliches Gehör oder das Recht auf Akteneinsicht, aber insb auch das Recht, die Entscheidung der FMA **unabhängig davon zu bekämpfen, ob die Bank ein Rechtsmittel erhebt oder nicht**. Diesem Recht kommt – wie oben erwähnt – deshalb besondere Bedeutung zu, weil das Interesse der Bank daran, die Konzession aufrechtzuerhalten und einen jahrelangen Streit mit der Aufsichtsbehörde zu vermeiden, von jenem des Geschäftsleiters, die Behauptung der FMA, er sei ungeeignet oder nicht zuverlässig, im Instanzenzug überprüfen zu lassen, in aller Regel divergieren wird.

Aufschluss über die Parteistellung ergibt sich damit **nur aus § 8 AVG**, der allgemein normiert, dass jene Personen, die an einer Angelegenheit aufgrund eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, **Parteien** [des jeweiligen Verfahrens] sind.⁸

1.3. Einbeziehung des maßgebenden sekundären Unionsrechts

Vor diesem Hintergrund ist zunächst untersuchen, ob die europarechtlichen Grundlagen bereits eine klare Antwort auf die Frage der Rechtsmittellegitimation vorsehen. Mit § 5 Abs 1 Z 7 und § 70 Abs 4 Z 1 BWG wurde nämlich die CRD⁹ umgesetzt.¹⁰ § 5 Abs 1 Z 7 BWG bezieht sich dabei auf Art 13 Abs 1 zweiter UAbs iVm Art 91 CRD.¹¹ Der damit in Zusammenhang stehende § 70 Abs 4 BWG verweist neben der VO (EU) 575/2013 (CRR) ua auf die aufsichtsbehördlichen Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse gem Art 64 CRD. In engem Zusammenhang mit diesen Bestimmungen stehen die Art 65 Abs 2, 66 sowie 67 CRD, nach denen sich diese Befugnisse auch auf **Mitglieder des Leitungsorgans der Institute** beziehen.

Flankiert werden diese Bestimmungen durch Art 72 CRD, der die Pflicht der Mitgliedstaaten vorsieht, die Möglichkeit zu schaffen, dass **Rechtsmittel gegen Entscheidungen** und Maßnahmen nach der CRD **eingelegt werden können**. Da diese Entscheidungen und Maßnahmen wiederum nicht nur Kreditinstitute selbst – sondern auch den Geschäftsleiter – betreffen, kann

Art 72 CRD nur so verstanden werden, dass nicht nur Kreditinstituten, sondern **allen unmittelbar von Aufsichts- und Sanktionsmaßnahmen Betroffenen** ein unmittelbar unionsrechtlich gewährleisteteter Anspruch darauf zukommt, ein Rechtsmittel zu erheben.

Dabei ist außerdem zu berücksichtigen, dass Art 72 CRD zudem eine Ausprägung des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes ist,¹² dem eine **besonders hohe rechtliche Bedeutung zuzuschreiben ist** und der daher keinesfalls zu eng ausgelegt werden darf. Dafür spricht auch der Wortlaut der Vorschrift, die bewusst weit formuliert ist und **keine ausdrückliche Begrenzung der Rechtsmittellegitimierten** enthält.

1.4. Rechtsmittellegitimation des Geschäftsleiters und die Rechtsprechung des EuGH

Selbst dann, wenn sich die Rechtsmittellegitimation nicht unmittelbar aus Art 72 CRD ableiten lassen sollte, so ergibt sich diese jedenfalls aus allgemeinem Unionsrecht. Der Kreis der zur Rechts(mittel)begründung geeigneten Normen des Unionsrechts ist nach der **Rechtsprechung** des EuGH ganz **allgemein großzügig zu bemessen**.¹³ Zu diesem Ergebnis kommt der Gerichtshof mit einer eigentlich selbstverständlichen Begründung – nach seiner Ansicht ist es nämlich „mit dem **zwingenden Charakter**, den Art. 249 EG¹⁴ [einer] **Richtlinie**¹⁵ **verleiht, unveränderbar, grundsätzlich auszuschließen, dass eine mit ihr auferlegte Verpflichtung** [bzw Berechtigung] **von den betroffenen Personen geltend gemacht werden kann**“.¹⁶ Das hat der Gerichtshof erst jüngst in einem aus Österreich vorgelegten Fall bestätigt.¹⁷

Im Lichte dessen hat der EuGH darüber hinaus judiziert, dass die **Voraussetzung einer Rechtsverleihung** durch Unionsrecht dabei nicht unbedingt eine **rechtliche Betroffenheit** voraussetzt; es reicht auch eine mögliche „*De-facto-Betroffenheit*“ aus.¹⁸ Ausschlaggebend ist daher, dass eine Person ein unmittelbares Interesse an der Norm hat, sie also durch ihre Anwendung bzw Nichtanwendung betroffen ist.¹⁹

Eine derartige Betroffenheit ist bei der Abberufung des Geschäftsleiters unserer Ansicht nach jedenfalls zu bejahen; schließlich wird die Rechtsposition des Geschäftsleiters unmittelbar und existenziell durch die Entscheidung der FMA berührt. Das ist bereits deswegen der Fall, weil das Abberufen eine besonders einschneidende Maßnahme sowohl für das Institut wie auch

8 Die Anwendbarkeit des AVG wird an dieser Stelle vorausgesetzt, da die (an das Kreditinstitut adressierte) Aufforderung gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG, einen Geschäftsleiter abberufen, mit Bescheid ausgesprochen wird.

9 Richtlinie 2013/36/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 2013/176 („CRD“).

10 ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 17 und 55 f.

11 In den Materialien wird noch auf eine Entwurfsfassung (nämlich Art 87 Abs 1 lit c der CRD) verwiesen.

12 VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.

13 Vgl Jarass, Charta der Grundrechte der EU² (2013) Art 47 GRC Rz 8.

14 Nunnmehr Art 288 AEUV.

15 Hier der CRD (FN 9).

16 EuGH 25. 7. 2008, C-237/07, Janecek Rz 37; vgl auch verb Rs 8. 10. 1996, C-178/94 et al, Dillenkofer ua Rz 41 f; 26. 5. 2011, verb Rs C-165/09–167/09, Stichting Natuur en Milieu ua Rz 94 (Hervorhebung durch den Verfasser).

17 EuGH 16. 4. 2015, C-570/13, Gruber/UVS Kärnten ua.

18 Jarass, Charta der Grundrechte der EU² (2013) Art 47 GRC Rz 8: „Insgesamt dürften Normen des Unionsrechts regelmäßig Rechte verleihen, sofern sie den Interessenkreis von Bürgern *de facto* unmittelbar berühren“ (Hervorhebung nicht im Original).

19 Vgl EuGH verb Rs 11. 7. 1991, C-87/90 et al, Verholen Rz 23. MwN Jarass, Charta der Grundrechte der EU² (2013) Art 47 GRC Rz 8.



für den einzelnen Geschäftsleiter ist, wird doch dadurch der unmittelbare Abbruch der Vertragsbeziehungen erzwungen.²⁰

1.5. Einbeziehung der GRC

Schließlich führt auch eine Analyse der GRC zu keinem anderen Ergebnis. Da im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist (vgl Art 51 Abs 1 GRC) – dem Geschäftsleiter wird durch Art 72 CRD ein „Recht“ iSd Art 47 Abs 1 iVm Art 51 Abs 1 Satz GRC eingeräumt –, sind außerdem noch die in der GRC gewährleisteten Rechte zu beachten. Diese sind nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art 51 Abs 1 GRC auf alle denkbaren Fallkonstellationen anzuwenden, in denen im Ergebnis eine „Durchführung des Rechts der Europäischen Union“ vorliegt.²¹ Art 47 GRC vermittelt iVm Art 6 Abs 1 EMRK einen Anspruch auf Überprüfung möglicher Verletzung von (unionsrechtlich gewährleisteten) Rechten durch eine gerichtliche Instanz. Dabei ist es ausreichend, wenn die Rechtsverletzung durch Behauptungen gestützt wird, die eine solche Verletzung zumindest als möglich erscheinen lassen („arguable claim“), weil mit dem Rechtsbehelf geklärt werden soll, ob diese tatsächlich stattgefunden hat.²²

In Art 47 GRC ist dabei ausdrücklich vorgesehen, dass jede Person, „deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, [...] das Recht [hat...] bei einem Gericht einen Rechtsbehelf einzulegen.“ Damit handelt es sich bei der Bestimmung um eine „Gewährleistungsgarantie“, weil die Bestimmung einen Zugang zu den Gerichten sowie die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf einzulegen, gewährt. Die Bestimmung normiert daher eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten (bzw der Union), ein Organisations- bzw Verfahrensrecht zu schaffen, damit die normunterworfenen Bürger Zugang zu effektivem Rechtsschutz erhalten können.²³

Durch die Norm ist zudem klargestellt, dass jedem Unionsbürger zumindest ein Rechtsbehelf eingeräumt werden muss, mit dem ihm eine Überprüfung und Entscheidung durch die angerufene Instanz eröffnet wird. Auch dem Geschäftsleiter eines Kreditinstituts ist daher wenigstens schriftlich rechtliches Gehör zu gewähren und im Falle einer festgestellten Rechtsverletzung muss zumindest eine adäquate Abhilfemöglichkeit bestehen.²⁴

Der EuGH hat bereits in vergleichbarem Zusammenhang ausgesprochen, „dass natürliche und juristische Personen die Rechtmäßigkeit jeder nationalen Entscheidung oder anderen Maßnahme, mit der eine Gemeinschaftshandlung allgemeiner Geltung auf sie angewandt wird, gerichtlich anfechten und sich dabei auf die Ungültigkeit dieser Handlung berufen können“ (Hervorhebung nicht im Original).²⁵

Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass sich sowohl aus Art 47 GRC als auch aus Art 72 CRD ergibt, dass dem Geschäftsleiter eines Kreditinstituts zumindest ein Rechtsmittel im Abberufungsverfahren (gegen aufsichtsbehördliche Bescheide der FMA) eingeräumt werden muss.²⁶ Damit ist de lege lata insb die Bescheidbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG gemeint.

2. Parteistellung aufgrund des Abberufungsverfahrens an sich

2.1. Die Rechtsprechung des VwGH

Vor diesem klaren unionsrechtlichen Hintergrund stellt sich die Frage, wieso die bisherige Rechtsprechung des VwGH in die andere Richtung tendiert und der Gerichtshof eine Parteistellung des Geschäftsleiters nach § 8 AVG ablehnen dürfte.

Der VwGH hat über die Jahre ein grundsätzlich sehr differenziertes System entwickelt, anhand dessen er einer Person die Stellung als Partei nach § 8 AVG zuerkennt oder abspricht, und prüft anhand der maßgeblichen Rechtsvorschriften, ob diese nur der Behörde eine Rechtspflicht auferlegen oder auch ein subjektives Rechts des Einzelnen verleihen.²⁷ Maßgebend ist, dass eine behördliche Sachentscheidung in die Rechtssphäre des Betroffenen bestimmt eingreift, und weiters, dass darin eine unmittelbare, nicht bloß abgeleitete und mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt.²⁸

Der VwGH greift bei seiner Auslegung insb auf die Schutznormtheorie zurück, nach der im Zweifel ein subjektives Recht des Betroffenen immer dann zu vermuten ist, wenn nicht ausschließlich öffentliche Interessen, sondern zumindest auch das Interesse einer im Besonderen betroffenen und damit von der Allgemeinheit abgrenzbaren Person für das gesetzliche Festlegen der verpflichtenden Norm maßgeblich war.²⁹ Rechtliches Interesse liegt dabei immer dann vor, wenn ein die subjektiven Rechte belastender Rechtsgestaltungs- oder Feststellungsbescheid erlassen werden soll.³⁰

Im Lichte dieser Grundsätze scheint der VwGH ein weites Verständnis des Begriffs der Parteistellung zu vertreten. Mit der Frage der Parteistellung des Geschäftsleiters eines Kreditinstitutes im Abberufungsverfahren an sich hatte sich der VwGH –

²⁰ Dies zeigt sich etwa daran, dass im Arbeitsvertrag enthaltene „Auflösungsklauseln“ tatbestandsmäßig an die Einleitung eines Abberufungsverfahrens durch die FMA anknüpfen.

²¹ Insb EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson Rz 21: „Da folglich die durch die Charta garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.“

²² Blanke, Art 47 GRC, in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Rz 6; Jarass, Charta der Grundrechte der EU² (2013) Art 47 GRC Rz 11.

²³ Storr in Fischer/Pabel/Raschauer (Hrsg), Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Kap 3 Rz 19.

²⁴ Eser in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 47 Rz 10.

²⁵ EuGH 25. 7. 2002, C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores Rz 42.

²⁶ So auch die entsprechende Regelung in Deutschland, vgl Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz⁴ (2012) § 36 Rz 75 f.

²⁷ Siehe etwa VwGH 26. 2. 2003, 2000/03/0328.

²⁸ VwGH 18. 4. 1994, 92/03/0259.

²⁹ Hengstschläger/Leeb, AVG I² (2014) § 8 Rz 6.

³⁰ VwGH 17. 1. 1992, 89/17/0239.

soweit überblickbar – noch nicht direkt auseinanderzusetzen. Allerdings ließ der VwGH bereits in einigen Entscheidungen anklingen, dass er diese im Hinblick auf **Geschäftsleiter ablehnt**.

Hervorzuheben ist dabei insb eine ältere Entscheidung, in der sich der VwGH mit der Parteistellung des größten Aktionärs eines Kreditinstituts befassen musste, der Akteneinsicht in einem Abberufungsverfahren begehrt hatte. Unter Wiedergabe der schon zuvor genannten Grundsätze hat der VwGH die Parteistellung eines solchen abgelehnt, weil es sich bei den Informationsbedürfnissen eines Aktionärs um ausschließlich wirtschaftliche Interessen handeln würde, die richtigerweise nicht von dem nach § 8 AVG geforderten rechtlichen Interesse umfasst sind.³¹

Eher beiläufig erstreckt der VwGH dieses Ergebnis aber auch auf den Geschäftsleiter eines Kreditinstituts, wenn er das Ansinnen des Aktionärs sowohl in Verfahren, in denen die Vorstände selbst Partei sind, „als auch für Verfahren wie das vorliegende gemäß § 70 Abs 4 BWG [wo sie eben keine Partei sind], das grundsätzlich das Kreditinstitut betrifft und allenfalls in einer Anordnung gegenüber dem Kreditinstitut mündet“, ablehnt.³²

Eine (ausführliche) **Begründung dahin gehend**, warum dem Geschäftsleiter keine Parteistellung zukommen soll, **fehlt** in der Entscheidung.³³ Aus dem letzten zitierten Halbsatz lässt sich aber schließen, dass der Gerichtshof offenbar **ähnliche Überlegungen hegt wie der VfGH**.

2.2. Die Rechtsprechung des VfGH

Dieser hatte sich im Herbst des letzten Jahres mit einem Individualantrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 70 Abs 4 Z 1 BWG auseinanderzusetzen und dort die **Parteistellung des Geschäftsleiters abgelehnt**, obwohl er sich der „*bedeutenden wirtschaftlichen Nachteile*“, die mit einem aufsichtsbehördlichen Vorgehen gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG verknüpft sind, bewusst ist. Er kommt aber zu dem Ergebnis, dass die **Nachteile** nicht durch die angefochtene Bestimmung, „*sondern erst durch die im Privatrechtsverhältnis zwischen den Antragstellern und dem Kreditinstitut allenfalls erfolgende Abberufung als Geschäftsleiter*“ (Hervorhebung nicht im Original) eintreten. Ein unmittelbarer Eingriff in die Rechtssphäre der Antragsteller selbst – freilich nur im Hinblick auf einen Individualantrag gem Art 140 Abs 1 B-VG – liege aber nicht vor.³⁴

2.3. Zwischenergebnis

Im Kern kommen damit beide Höchstgerichte zum Ergebnis, dass die mit dem Abberufungsverfahren gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG konsequenterweise einhergehende Auflösung des Dienstverhält-

nisses an sich nur indirekt durch das aufsichtsbehördliche Verfahren ausgelöst wird. Gänzlich unbeachtet lassen die beiden Höchstgerichte allerdings, dass das Auflösen des Dienstvertrages nicht die einzige – bzw die wesentliche – Konsequenz für den Geschäftsleiter ist. Vielmehr wird nämlich mit dem Bescheid der FMA **auch über die (persönliche) Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters selbst** nach § 5 Abs 1 Z 7 BWG abgesprochen.

3. Begründet bereits die Beurteilung der Zuverlässigkeit an sich ein rechtliches Interesse iSd § 8 AVG?

Der VwGH hatte sich bereits in der Vergangenheit mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit die aufsichtsbehördliche **Beurteilung der Zuverlässigkeit** in Abberufungsbescheiden **an sich ein rechtliches Interesse** nach § 8 AVG begründet. Dabei ist diesen Verfahren regelmäßig die Frage zugrunde gelegen, ob ein Geschäftsleiter – nachdem das Abberufungsverfahren beendet ist – überhaupt noch Rechtsmittel erheben kann.

In diesen Fällen lehnte der VwGH ein **eigenständiges rechtliches Interesse** aber mit jeweils unterschiedlicher Begründung **ab**. Insoweit die jeweiligen Beschwerdeführer auf die Auswirkungen für das berufliche Fortkommen hinwiesen, beurteilte er diese als rein wirtschaftliche Auswirkungen, die unbeachtlich seien.³⁵ Wenn sich der Geschäftsleiter darauf stützte, dass ihm der aufsichtsbehördliche Bescheid das Durchsetzen von Amtshaftungsansprüchen erschweren würde, so sah der VwGH die dadurch allenfalls verletzten Rechtspositionen als nicht zu den rechtlich geschützten Interessensphären gehörend an.³⁶ Und auch das Wiederherstellen des guten Rufes und die vollständige Rehabilitierung³⁷ an sich sei nicht als rechtliches Interesse zu qualifizieren.³⁸ In weiterer Folge lehnte der VwGH die Behandlung der Beschwerden aufgrund von Gegenstandslosigkeit ab – es könne im Hinblick auf das beendete Abberufungsverfahren³⁹ „*nicht Aufgabe eines effektiven Rechtsschutzes sein, Rechtsfragen von lediglich theoretisch-abstraktem Interesse zu entscheiden*“.⁴⁰

Bei einer näheren Analyse der einzelnen, in den Verfahren vorgebrachten Argumente fällt auf, dass sich diese im Wesentlichen auf Auswirkungen beziehen, die allgemein mit Verwaltungsstrafverfahren einhergehen, während sich der VwGH mit einer spezifischen unmittelbaren Rechtsfolge, die aus dem Abberufungsverfahren gem § 70 Abs 4 BWG resultiert, noch nicht auseinandersetzen musste: nämlich der Frage, inwieweit die *pro futuro* wirkende Zuverlässigkeitsbeurteilung als selbstständiges rechtliches Interesse iSd § 8 AVG einzustufen ist.

³¹ StRsp, vgl VwGH 21. 1. 2003, 2002/07/0160; 30. 6. 2011, 2008/03/0107.

³² VwGH 24. 10. 2006, 2006/17/0143.

³³ Wie etwa auch in der erst jüngst ergangenen Entscheidung des BVwG 5. 11. 2015, W107 2115735-1, in der das Gericht sich lediglich darauf beschränkt, das Gesetz sowie eine Entscheidung des VfGH zum rechtlichen Interesse für einen Individualantrag (!) nach Art 140 Abs 1 B-VG wiederzugeben.

³⁴ VfGH 17. 9. 2015, G 398/2015 ua.

³⁵ VwGH 14. 12. 2001, 2007/17/0177.

³⁶ VwGH 22. 10. 2007, 2006/17/0106; 28. 5. 2013, 2010/17/0026.

³⁷ VwGH 28. 5. 2013, 2010/17/0026.

³⁸ Anders die Rechtslage in Deutschland, wo bereits allein der Reputationschaden zu Rechtsmitteln berechtigt, vgl *Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz*⁴ § 36 Rz 76 f.

³⁹ Die Bank war in diesem Fall der Aufforderung der FMA nachgekommen und hatte den Beschwerdeführer abberufen.

⁴⁰ VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.



3.1. Zuverlässigkeit nach dem BWG

IdZ darf nicht übersehen werden, dass die aufsichtsbehördliche Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit nach dem BWG nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft wirkt. Denn aufgrund der behördlichen Beurteilung ist es durchaus möglich, dass die FMA einem Geschäftsleiter auch in Zukunft die erforderliche Zuverlässigkeit für das Ausüben eines Berufs als Geschäftsleiter eines Kreditinstituts nach § 5 Abs 1 Z 7 BWG abspricht. Die FMA zieht nämlich zur Beurteilung, ob eine Person als Geschäftsleiter zuverlässig ist, „sämtliche Sachverhalte, welche, [...] dennoch Bedenken hinsichtlich der Zuverlässigkeit im Hinblick auf die Besonderheiten des Bankgeschäfts begründen [heran]; dazu gehören insbesondere Sachverhalte, die [...] die Beachtung der Rechtsordnung als Rechtsgut schlechthin, erschüttern“⁴¹ (Hervorhebung nicht im Original).

Dabei berücksichtigt die Behörde nicht nur aktuelle Geschehnisse; die FMA nimmt vielmehr auch eine vergangenheitsorientierte Betrachtung vor⁴² und stützt sich auf jede relevante zugängliche Informationsquelle und alle Umstände, die geeignet sind, Bedenken hervorzurufen.⁴³ Die FMA stellt damit auch auf Gründe ab, die nicht notwendigerweise „einschlägig“ sind. Die Behörde zieht dabei auch das Persönlichkeitsbild des Geschäftsleiters und seine Charaktereigenschaften in Betracht, womit etwa nicht durch § 5 Abs 1 Z 6 BWG erfasste Verstöße ebenso relevant sind wie Übertretungen einschlägiger Bestimmungen der Aufsichtsgesetze.⁴⁴

Es lässt sich nicht ganz von der Hand weisen, dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Vielzahl von Kriterien für die Beurteilung der Zuverlässigkeit ausschlaggebend sein kann.⁴⁵ Ob eine derart extensive Auslegung, wie sie die FMA regelmäßig vornimmt, tatsächlich noch geboten erscheint, ist allerdings fraglich.

Der VwGH judizierte nämlich in der Vergangenheit, dass der Einleitungsteil eines aufsichtsbehördlichen Abberufungsbescheides gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG dahin zu verstehen ist, dass die FMA lediglich die Sachverhaltsgrundlage, auf deren Basis der Auftrag zur Abberufung erging, darlege. Eine eigenständige normative Bedeutung würde diesem nur begründenden Spruchteil nicht zukommen. Die FMA nehme lediglich eine vorfrageweise Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters zum Zeitpunkt der Erteilung des behördlichen Auftrages

vor, die nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung für allfällige weitere Verfahren⁴⁶ nicht bindend sei.⁴⁷

Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, dass der VwGH mit dieser sehr klaren Judikaturlinie die Position des Geschäftsleiters stärkt. Allerdings hat die Judikatur des VwGH einen umgekehrten Effekt. Zieht man das zitierte FMA-Rundschreiben aus dem November 2014 heran, bestehen nämlich gute Gründe für die Annahme, dass die FMA bei der zukünftigen Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters bereits rechtskräftig abgeschlossene Abberufungsverfahren sehr wohl berücksichtigt und ggf rechtswidrige Bescheide erlässt.

Jener Geschäftsleiter, der durch einen solchen Bescheid der FMA unmittelbar betroffen ist, kann aber in weiterer Folge – aufgrund eines angeblich fehlenden rechtlichen Interesses – kein Rechtsmittel gegen den Bescheid erheben, da ihm weder in vergangenen Verfahren noch im laufenden Abberufungsverfahren Parteistellung eingeräumt ist; dass dieser Aspekt mit Art 72 CRD und Art 47 GRC nicht vereinbar ist (soweit im Verfahren Verstöße gegen die CRD thematisiert wurden), liegt auf der Hand. Der Geschäftsleiter wird somit – pointiert formuliert – zur Tribünenzieder degradiert und aus dem ihn unmittelbar betreffenden Verfahren ausgesperrt; ein nicht nur rechtspolitisch untragbarer Zustand.⁴⁸

Der Geschäftsleiter ist im weiteren Verlauf des Verfahrens vom „good will“ seines „Arbeitgebers“ Kreditinstitut⁴⁹ abhängig, das ihn abberufen bzw einen neuen Geschäftsleiter bestellen soll. Das Institut wird aber in der Regel kein Interesse an einem Rechtsstreit mit der Aufsichtsbehörde haben, womit der Geschäftsleiter häufig nicht in seiner Funktion verbleiben kann. Der Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes befindet sich damit in einem Teufelskreis, den er aus Eigenem nicht mehr durchbrechen kann; wer in diesem Zusammenhang von bloßen „wirtschaftlichen Reflexwirkungen“ eines behördlichen Abberufungsbescheides spricht, überspielt unions- und verfassungsrechtliche Zusammenhänge (siehe oben Punkt 1.).

3.2. Folgerungen

Wenn die FMA daher die in ihrem Rundschreiben geäußerte Rechtsansicht beibehält und einem Geschäftsleiter weiterhin keine Parteistellung in Abberufungsverfahren gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG einräumt, bedeutet das, dass sich die FMA in solchen Verfahren bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit eines bestehenden Geschäftsleiters ohne weitere Kontrolle auf bereits abgeschlossene Verfahren beziehen könnte, in denen die Behörde bereits die mangelnde Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters „rechtskräftig“ festgestellt hat. Die Behörde hätte es daher – ohne, dass sich ein

⁴¹ FMA, Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen – Fit & Proper-Rundschreiben (November 2014) 10.

⁴² Böck/Astaniou/Stock, Fit & Proper-Anforderungen für Kreditinstitute in Österreich und Großbritannien, ÖBA 2015, 705.

⁴³ FMA, Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen – Fit & Proper-Rundschreiben (November 2014) 11.

⁴⁴ Vgl Kreisl, Aufsichtsrechtliche Pflichten des Geschäftsleitungsorgans anhand ausgewählter kapitalmarktrechtlicher Materiengesetze, in Ratka/Rauter (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2012) Rz 6/26.

⁴⁵ ErläutRV 641 BlgNR 21. GP 75, allerdings zu § 5 Abs 1 Z 3 BWG.

⁴⁶ Etwa für Verwaltungsstrafverfahren.

⁴⁷ VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.

⁴⁸ Es verwundert daher, dass der betroffene Geschäftsleiter den Ausgang dieses Verfahrens nicht mehr in seiner Funktion abwarten kann, sondern das Institut zuvor gezwungen ist, den Geschäftsleiter zu entfernen; dies, ohne dass rechtskräftig geklärt werden konnte, ob der Vorwurf der FMA in der Sache zutrifft.

⁴⁹ Dem formellen Bescheidadressaten.

Geschäftsleiter dagegen ad hoc gerichtlich wehren könnte – in der Hand, dessen berufliches Fortkommen zu behindern.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass im Fall, dass sich der abberufene Geschäftsleiter bei einem anderen Institut um eine Geschäftsleiterposition bewirbt, das andere Kreditinstitut, dem im Verfahren zur Neubestellung des abberufenen Geschäftsleiters Parteistellung zukommt – so es sich überhaupt auf ein Verfahren mit der FMA „einlassen“ sollte – darlegen könnte, dass der damalige behördliche Ausspruch über die mangelnde Zuverlässigkeit des bestehenden Geschäftsleiters zu Unrecht erfolgte bzw nur als gering zu gewichten sei. Allerdings wird ein solcher Einwand in der Regel nicht zielführend sein, wenn etwa relevante Unterlagen oder relevante Zeugen nicht mehr zur Verfügung stehen. Er ist zudem auch verfahrensrechtlich nicht zulässig, weil die FMA an ihre rechtskräftigen Bescheide gebunden ist (§ 68 Abs 1 AVG). Damit ist es dem Geschäftsleiter auch auf diesem Weg nicht mehr möglich, die relevante persönliche Zuverlässigkeit nach dem BWG jemals wiederzuerlangen. Gleichzeitig hat es allein die FMA in der Hand, ausschließlich ihr „gefällige“ Personen als Geschäftsleiter zu akzeptieren.

Das bedeutet, dass ein Abberufungsbescheid der FMA geeignet ist, rechtliche Interessen eines Geschäftsleiters unmittelbar zu beeinträchtigen.

Dass diese Position in anderen Bereichen des öffentlichen Wirtschaftsrechts seit jeher anerkannt ist, zeigt etwa ein kurzer Blick in das Apothekenrecht. Der VwGH hat im Zusammenhang mit Konzessionsverfahren für öffentliche Apotheken⁵⁰ ausgesprochen, dass nicht nur dem unmittelbaren Konzessionswerber selbst, sondern auch Dritten,⁵¹ die aufgrund der Entscheidung der zuständigen Behörde in ihren Rechten eingeschränkt werden können, Parteistellung im relevanten Verwaltungsverfahren zuzuerkennen ist.⁵²

Nichts anderes kann richtigerweise auch im vorliegenden Fall gelten, in dem sich aufgrund des ausschließlich mit dem „Arbeitgeber“ Kreditinstitut geführten Abberufungsverfahrens ergibt, ob der Geschäftsleiter dieses Instituts in weiterer Folge als zuverlässig angesehen wird oder nicht. Im Lichte des Gesagten ist klar, dass der Geschäftsleiter in seinen rechtlichen Interessen eingeschränkt wird. Schon allein aus diesem Grund ist einem Geschäftsleiter Parteistellung im Abberufungsverfahren zuzuerkennen.

3.3. Zuverlässigkeit nach anderen Materiengesetzen

Die Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters nach § 5 Abs 1 Z 7 BWG hat dabei nicht nur Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Geschäftsleiters nach BWG, sondern die Rechtsfolgen gehen noch viel weiter; das Verdikt der FMA erstreckt sich nämlich noch auf andere sachlich verwandte Bereiche.⁵³

Sollte ein (abberufener) Geschäftsleiter etwa eine Tätigkeit erbringen wollen, die nach der GewO als reglementiertes Gewerbe angeführt ist,⁵⁴ wäre ihm der Marktzutritt für diese Berufssparte verwehrt. Gem § 95 Abs 1 GewO hat die Gewerbebehörde nämlich bei bestimmten reglementierten Gewerben keine Gewerbeberechtigung zu erteilen, wenn eine Person nicht über die **erforderliche Zuverlässigkeit iSd § 87 Abs 1 Z 3 GewO** verfügt. Darunter ist zu verstehen, dass diese bei „*schwerwiegenden Verstößen gegen die im Zusammenhang mit dem betreffenden Gewerbe zu beachtenden Rechtsvorschriften und Schutzinteressen*“ keine Gewerbeberechtigung erlangen kann.⁵⁵

Die Behörde hat daher bei Anträgen auf Erteilung einer Gewerbeberechtigung für bestimmte reglementierte Gewerbe die Zuverlässigkeit zu überprüfen. Ihr **Ermessensspielraum** ist dabei grundsätzlich **sehr weit** – auch wenn der Gesetzgeber durch die Einschränkung auf schwerwiegende Gesetzesverstöße sicherstellen wollte, dass bloß geringfügige Verstöße nicht erfasst sind.⁵⁶ Allerdings bedarf es für die Verweigerung bzw den Entzug der Gewerbeberechtigung **nicht einmal einer gerichtlichen oder verwaltungsstrafrechtlichen Verurteilung**.⁵⁷ Vielmehr kann sich die mangelnde Zuverlässigkeit bereits bei Vorliegen einer *Vielzahl an geringfügigen Verwaltungsübertretungen* ergeben, wenn eine wertende Gesamtschau einen ähnlichen Unrechtsgehalt wie bei Verletzung einer einzigen Verwaltungsvorschrift mit schwerwiegendem Unrechtsgehalt ergibt.⁵⁸ Daraus lässt sich somit ableiten, dass auch bereits der Umstand der Abberufung als Geschäftsleiter gemäß BWG an sich von einer Gewerbebehörde herangezogen werden könnte.

Da der Vorwurf der mangelnden Zuverlässigkeit nach § 5 Abs 1 Z 7 BWG als **schwerwiegend** einzustufen ist, ist zu erwarten, dass es **beträchtlicher Argumente bedürfen** wird, um diesen gegenüber der Gewerbebehörde zu entkräften. Besonders relevant dürfte dabei im jeweiligen Einzelfall die Frage sein, inwieweit **Schutzinteressen** des jeweiligen Berufsstandes beeinträchtigt sind; schließlich decken sich – je nach konkretem Vorwurf und angestrebtem Gewerbe – diese Interessen nach beiden Materien. So werden Vorwürfe im Zusammenhang mit der Gefährdung von Kundengeldern etwa für das reglementierte Gewerbe der gewerblichen Vermögensberatung nach § 94 Z 75 GewO besonders relevant sein und dazu führen, dass ein abberufener Geschäftsleiter in diesem Bereich nicht (mehr) tätig sein kann.

Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass die der Entziehung einer Gewerbeberechtigung **zugrunde liegenden Fakten** einer **Verjährung nicht zugänglich** sind, weil die Entziehung keine Strafe, sondern eine administrative Maßnahme ist.⁵⁹ Das führt

⁵⁰ § 10 ApG; dazu näher *N. Raschauer/Schwabl*, § 48 ApoG, in *Resch ua* (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016; im Erscheinen).

⁵¹ ZB Inhabern bestehender Konzessionen für öffentliche Apotheken bzw Hausapotheken.

⁵² ZB VwGH 19. 12. 1989, 87/08/0259; vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 8 Rz 4 mwN.

⁵³ Siehe dazu insb *Brandl/Kalss*, Die „erforderlichen Eigenschaften“ von Geschäftsleitern eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, ÖBA 2000, 943.

⁵⁴ ZB als gewerblicher Vermögensberater gem § 94 Z 75 iVm § 95 GewO.

⁵⁵ Instrukтив dazu *Kreisl*, §§ 87 ff, in *Ennöckl/Raschauer/Wessely* (Hrsg), GewO I (2015).

⁵⁶ *Hanusch*, GewO § 87 (21. Lfg; 2015) Rz 3.

⁵⁷ *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Gewerbeordnung³ (2011) § 87 Rz 14; VwGH 18. 5. 2005, 2005/04/0029.

⁵⁸ *Hanusch*, GewO § 87 (21. Lfg; 2015) Rz 4 mwN; VwGH 25. 6. 2008, 2007/04/0137.

⁵⁹ VwGH 21. 12. 1993, 93/04/0078.



nicht nur zu dem fragwürdigen Ergebnis, dass ein allenfalls von der Gewerbebehörde übersehener Abberufungsbescheid trotz jahrelanger anstandsloser Tätigkeit zu einem zwingenden Entzug der Gewerbeberechtigung führt.⁶⁰ Vielmehr bedeutet das auch, dass ein einmal nach dem BWG für unzuverlässig erklärter Geschäftsleiter auf Dauer von bestimmten Tätigkeiten nach der GewO ausgeschlossen bleibt – ohne die Möglichkeit, Rechtsmittel zu erheben.⁶¹

3.4. Zusammenhänge mit anderen Kapitalmarktgesetzen

Diese Beschränkungen sind dabei nicht nur im Bereich der GewO relevant – vielmehr ist die Frage der Zuverlässigkeit in einigen Gesetzen inner- und außerhalb des Kapitalmarkts ein entscheidendes Abgrenzungsmerkmal, wenn es darum geht, ob eine Person in bestimmten Bereichen tätig sein kann oder nicht.

So können etwa nur Personen, die über die ausreichende Zuverlässigkeit verfügen, die Geschäfte von **Wertpapierfirmen** und **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** leiten (§ 10 Abs 1 WAG). Das WAG verweist dabei auf die Bestimmungen des BWG (§ 3 Abs 5 Z 6 WAG iVm § 5 Abs 1 Z 6, 7 BWG), sodass die obigen Ausführungen hier ebenfalls gelten.⁶²

Auch nach dem AIFMG ist eine Konzession nur zu erteilen, wenn die Personen, die die Geschäfte der AIFM tatsächlich führen, ausreichend zuverlässig sind und auch in Bezug auf die Anlagestrategien der vom AIFM verwalteten AIF über ausreichende Erfahrung verfügen (§ 6 Abs 1 Z 3 AIFMG).⁶³ Dabei ist wiederum zu überprüfen, ob eine Person ihrer gesamten Persönlichkeit nach Gewähr dafür bietet, dass sie die ihr übertragenen Tätigkeiten in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird – womit wohl erneut eine umfassende Beurteilung der Persönlichkeit vorzunehmen ist und die sich aus dem Abberufungsverfahren ergebenden Umstände ebenfalls relevant sein dürften.⁶⁴

Daneben stellt auch das **BörseG** auf eine Zuverlässigkeitsprüfung ab. § 14 Abs 1 Z 1 BörseG setzt nämlich für die Zulassung als Börsemitglied voraus, dass der Antragsteller ausreichend zu-

verlässig ist, wobei eine gesetzliche Definition der Zuverlässigkeit fehlt. Der VfGH hat idZ ausgesprochen, dass der in Rede stehende Begriff unter Bezugnahme auf die Pflichten auszulegen ist, die einem Börsemitglied nach der Rechtsordnung allgemein oder nach dem BörseG auferlegt werden. Auch aus dem (geschäftlichen) Verhalten außerhalb der Börse können Rückschlüsse auf die erforderliche Zuverlässigkeit gezogen werden,⁶⁵ womit auch die Zuverlässigkeit nach dieser Bestimmung weit auszulegen ist.⁶⁶

Daneben gibt es noch eine Vielzahl an weiteren Tätigkeiten, die nur dann erbracht werden können, wenn der jeweilige Antragsteller zuverlässig ist. Dazu gehört etwa die Tätigkeit als Vorstand eines Versicherungsunternehmens (§ 120 Abs 1 VAG 2016).⁶⁷

3.5. Folgerungen

Bereits dieser Überblick zeigt, dass es sich bei der Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit um ein **wesentliches Kriterium** handelt, das in einer **Vielzahl von Gesetzesmaterien** ausschlaggebend ist. Bereits der Umstand, dass nach diesen zu einem erheblichen Teil auf das gesamte Persönlichkeitsbild abzustellen ist, indiziert, dass auch ein Abberufungsverfahren und die im Zuge dessen ergehenden Feststellungen beim Beurteilen der Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters relevant sind. Daher können diese auch ein rechtliches Interesse dieser Person nach § 8 AVG begründen, weil die Geschäftsleiter dadurch erkennbar ein von der Allgemeinheit abgrenzbares Interesse an dem Abberufungsverfahren haben.⁶⁸

Eine Analyse maßgeblicher Bestimmungen des Bundesrechts ergibt daher, dass im Abberufungsverfahren nicht nur dem „Arbeitgeber“ Kreditinstitut, sondern auch dem jeweils vom Verfahren unmittelbar betroffenen Geschäftsleiter selbst Parteistellung nach § 8 AVG zukommt. Dies ergibt sich nicht nur, weil der Geschäftsleiter aufgrund der Auflösung des Dienstvertrages unmittelbar in seinen rechtlichen Interessen betroffen ist, sondern – was wesentlich schwerer wiegt, in der Praxis aber zumeist ausgeklammert wird – weil durch aufsichtsbehördliche Entscheidung unmittelbar über die **persönliche Zuverlässigkeit** des Geschäftsleiters nach dem BWG abgesprochen wird. Dieser behördliche Ausspruch hat zudem unmittelbare Auswirkungen auf die berufliche Stellung des Geschäftsleiters in anderen Materien (**Ausstrahlungswirkung**).

4. Exkurs: Verfassungsrechtliche Überlegungen

Sollte man der Auffassung sein, dass sich aus der aktuellen Gesetzeslage keine Parteistellung für einen Geschäftsleiter eines Kre-

60 Krit *Hanusch*, GewO § 87 (21. Lfg; 2015) Rz 5.

61 Damit ähnelt der Sachverhalt frappierend einer mittlerweile durch den VfGH aufgehobenen Regelung des BörseG: In seinem Erkenntnis konstatierte der VfGH eine Verfassungswidrigkeit der Verpflichtung des Börseunternehmens, ein Börsemitglied im Fall einer rechtskräftigen Bestrafung eines Geschäftsleiters nach § 48c BörseG ohne weiteres Verfahren von der Mitgliedschaft auszuschließen, sofern es nicht den Geschäftsleiter seiner Funktion enthebt. Zudem folgte der VfGH, dass der gesetzliche Eingriff in die Erwerbsfreiheit unverhältnismäßig sei, weil der Verlust der Börsemitgliedschaft automatisch – und ohne die Möglichkeit der Einräumung vorläufigen Rechtsschutzes (vgl § 19 Abs 2 BörseG) – mit der rechtskräftigen Bestrafung des Börsemitglieds selbst oder seines Geschäftsleiters wegen Marktmanipulation verknüpft war. Der VfGH hatte allerdings die Möglichkeit zur Prüfung der gegenständlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen im Zuge eines Individualantrages mangels unmittelbaren Eingriffes in die Rechtssphäre der Antragsteller bedauerlicherweise ausgeschlagen (VfGH 17. 9. 2015, G 398/2015 ua).

62 *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG³ (23. Lfg; 2015) § 3 Rz 16; *Zahradičnik* in *Gruber/Raschauer*, WAG (2010) § 3 Rz 31.

63 Vgl *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² (2015) Rz 51.

64 Vgl *Volhard/Jang* in *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-Richtlinie (2013) Art 8 Rz 7.

65 VfGH 14. 12. 1998, 96/17/0253.

66 Vgl *Erbler* in *Temmel*, BörseG (2011) § 14 Rz 5 f.

67 Vgl *Kreisl*, Aufsichtsrechtliche Pflichten des Geschäftsleitungsorgans anhand ausgewählter kapitalmarktrechtlicher Materiengesetze, in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 6/121.

68 *Hengstschläger/Leeb*, AVG² § 8 Rz 6.

ditinstituts nach § 8 AVG ergibt, hätte dies zur Konsequenz, dass die österreichische Gesetzeslage nicht nur aus unionsrechtlicher, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive bedenklich wäre. Bereits zuvor wurde dargelegt, dass diese Ansicht insb nicht mit dem Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 47 GRC) vereinbar erscheint. Zusätzlich dürfte diese Auslegung auch mit anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten iSd Art 144 Abs 1 B-VG kollidieren.⁶⁹

4.1. Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG; Art 15 GRC)

Der behördliche Auftrag gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG, der in der Sache auf Abberufung eines Geschäftsleiters gerichtet ist, kann nur dann als verhältnismäßig angesehen werden, wenn er den Ansprüchen des Art 6 StGG gerecht wird. Diese Bestimmung **schützt jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist**, also jede Art, Vermögen zu erwerben, womit etwa auch die Tätigkeit als Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes in den Schutzbereich des Grundrechts fällt.⁷⁰

Es wäre **unsachlich** und mit Art 6 StGG nicht zu vereinbaren, wenn die FMA ein Kreditinstitut gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG dazu auffordert, den Geschäftsleiter wegen behaupteter Verfehlungen (bzw mangelnder Zuverlässigkeit) abberufen zu lassen (§ 5 Abs 1 Z 7 BWG), ohne diesem die Möglichkeit zu geben, die erhobenen Vorwürfe in einem rechtsstaatlichen Verfahren überprüfen zu lassen.

Damit besteht zwischen dem öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit der Kreditinstitute (wozu § 70 Abs 4 Z 1 BWG letztlich erlassen wurde) und der durch den Eingriff verkürzten Grundrechtsposition (Eingriff in die Erwerbsfreiheit) keine „angemessene Relation“. Nun ist zwar anzuerkennen, dass der FMA – auch unionsrechtlich bedingt – effektive Aufsichtsbefugnisse zur Hand gegeben werden; die Behörde soll Gesetzesübertretungen eines Kreditinstituts effektiv verfolgen können.

Freilich ist es **mit dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit unvereinbar, wenn die FMA ohne rechtsstaatliches Verfahren und ohne Möglichkeit, diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen, bei jedem noch so geringen Verdacht in bestehende Verträge zwischen Kreditinstituten und ihren Geschäftsleitern eingreifen kann, ohne dass einem Geschäftsleiter in einem zeitlichen Naheverhältnis zur aufsichtsbehördlichen Entscheidung – daher nicht erst in einem ggf eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren – effektive Verteidigungsrechte eingeräumt werden.**

4.2. Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG; Art 17 GRC)

Unserer Ansicht nach würde das Vorgehen der FMA, so dem Geschäftsleiter im Abberufungsverfahren keine Parteistellung eingeräumt wird, auch das durch Art 5 StGG iVm Art 17 GRC verbürgte Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums verletzen. Nach stRsp

des VfGH⁷¹ schützt die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie auch die Privatautonomie, im Besonderen das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge.⁷² So hat der VfGH etwa ausgesprochen, dass eine **staatliche Maßnahme, die einen privatrechtlichen Vertrag unmittelbar verändert, das Eigentumsrecht beider Vertragsteile verletzen kann.**⁷³

Eine vergleichbare Konstellation liegt auch im vorliegenden Fall vor. Zwar kann die FMA den Vertrag zwischen dem Geschäftsleiter und dem Kreditinstitut nicht unmittelbar beenden; allerdings entzieht sie diesem gleichsam die Geschäftsgrundlage, wenn sie dem Geschäftsleiter die persönliche Zuverlässigkeit zum Führen eines Kreditinstituts abspricht. Auch in diesem Fall wird dabei das Grundrecht dadurch verletzt, dass dem Geschäftsleiter keine Möglichkeit eingeräumt wird, sein verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht effektiv in einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren geltend zu machen, um die Stichhaltigkeit der behördlichen Vorwürfe durch eine unabhängige Instanz kontrollieren zu lassen.⁷⁴

5. Conclusio

1. Die Möglichkeit der Abberufung eines Geschäftsleiters gehört sicherlich zu einem der **mächtigsten Aufsichtsmittel der FMA** gegenüber den aufsichtsunterworfenen Instituten. Es handelt sich aber auch um eine sehr **einschneidende Maßnahme für den betroffenen Geschäftsleiter**, weil die beruflichen Auswirkungen für diesen enorm sind – so wird er nicht nur einen unmittelbaren finanziellen Schaden erleiden, sondern wird ihm etwa auch der Reputationsschaden nicht mehr ermöglichen, in diesem Bereich in Zukunft tätig zu sein. Der europäische Gesetzgeber war sich dieser Konsequenzen durchaus bewusst, als er die dem Abberufungsverfahren zugrunde liegende Richtlinie erlassen hat, und hat deswegen in der Richtlinie vorgesehen, dass auch der Geschäftsleiter selbst gegen seine Abberufung Rechtsmittel erheben kann. Freilich sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihren Umsetzungspflichten (Art 288 AEUV iVm Art 4 Abs 3 EUV) nachzukommen und ein effektives Überprüfungsverfahren auch für einen Geschäftsleiter vorzusehen.
2. Der österreichische Gesetzgeber hat sich im Zuge der Umsetzung der CRD nicht dazu durchringen können, die **Rechtsmittellegitimation** des Geschäftsleiters explizit im BWG festzuhalten, womit sich diese **nur aus § 8 AVG** ergeben kann. Bereits aufgrund der bisherigen (allgemeinen) Judikatur des VfGH ist die Auffassung zu vertreten, dass dem Geschäftsleiter Partei-

⁶⁹ Die hier aus Platzgründen nur ansatzweise skizziert werden können.

⁷⁰ Nachweise bei Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015) 641 ff.

⁷¹ VfSlg 12.227/1989, 14.500/1996, 14.503/1996 ua.

⁷² Siehe auch *Pernthaler*, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, FS Öhlinger (2004) 447 (450); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 868.

⁷³ VfSlg 17.817/2006.

⁷⁴ Dass gängige Verträge zwischen Kreditinstituten und Geschäftsleitern „Auflösungsklauseln“ enthalten, die greifen, wenn die FMA ein Abberufungsverfahren gem § 70 Abs 4 Z 1 BWG einleitet, ändert nichts an der hier vertretenen – verfassungsrechtlichen – Auslegung.



stellung in Abberufungsverfahren nach BWG und akzessorisch dazu eine Rechtsmittellegitimation zukommen müsste.

3. Ist man nun – entgegen der hier vertretenen Auffassung – der Ansicht, dass dem Geschäftsleiter keine Parteistellung in Abberufungsverfahren zukommt, etwa weil man von reinen „wirtschaftlichen Reflexwirkungen“ (infolge der Auflösung eines Arbeitsvertrages) spricht, konfliktiert diese Auslegung nicht nur mit einschlägigen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten (etwa dem Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 47 GRC); sie blendet auch aus, dass im Abberufungsverfahren regelmäßig über die persönliche Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters abgesprochen wird. Eine negative Auslegung der FMA hat gravierende Folgen für den betroffenen Geschäftsleiter, der dadurch – ohne sich gegen die Auslegung der Behörde wehren zu können – in seinem beruflichen Fortkommen behindert und mit existenziellen Konsequenzen bedroht wird. Dies ist nicht nur auf den Bereich des BWG beschränkt.

**Der Autor:**

RA Dr. Ernst Brandl, LL.M. (Chicago), M.B.A. (Harvard) ist Partner bei der auf Kapitalmarktrecht und öffentliches Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und vertritt ausschließlich Anbieter von Finanzdienstleistungen. Er ist u.a. Co-Herausgeber und Co-Autor eines Kommentars zum WAG 2007.

✉ office@btp.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Brandl/Ernst

**Der Autor:**

PD Dr. Nicolas Raschauer ist bei CHSH Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Rechtsanwälte OG tätig. Einer seiner Praxis- und Forschungsschwerpunkte ist das Finanzmarktaufsichtsrecht.

✉ raschauer@xlink.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Raschauer/Nicolas

Foto: Fotostudio Helmreich

Foto: privat

Dr. Markus Heidinger, LL.M. • WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Wien

Kritisches zum Sanktionensystem der börserechtlichen Transparenzvorschriften

Teil 1

» ZFR 2016/55

Mit der Transparenz-RL 2013/50/EU will der Unionsgesetzgeber ua drei Problemfelder der Beteiligungstransparenz, nämlich die bisherige Rechtszersplitterung, den als mangelhaft empfundenen Umgehungsschutz bei innovativen Finanzprodukten und die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlichen und teilweise als unzureichend empfundenen Sanktionen bei Verletzungen der Transparenzvorschriften adressieren. Die durch die Transparenz-RL 2013 neu vorgeschriebenen, teils dramatischen Sanktionen und ihre Umsetzung in Österreich sind Gegenstand dieses Beitrags.

1. Transparenz-RL 2013

Am 6. 11. 2013 wurde die Transparenz-RL 2013¹ im ABl der EU veröffentlicht. Sie trat am 26. 11. 2013 in Kraft² und war von den Mit-

gliedstaaten bis 26. 11. 2015 umzusetzen.³ In weiten Bereichen folgt die Transparenz-RL 2013 dem Konzept der Vollharmonisierung.⁴ Im hier interessierenden Bereich der Sanktionen ent-

ments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG, ABl 2013 L 294, 13; zur Vereinfachung wird in diesem Beitrag die Abkürzung „Transparenz-RL 2013“ verwendet. Sofern in diesem Beitrag die Abkürzung „Transparenz-RL“ ohne Jahresangabe verwendet wird, ist damit die konsolidierte Fassung gemeint.

2 Art 6 Transparenz-RL 2013: Inkrafttreten am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im ABl der EU.

3 Art 4 Abs 1 Transparenz-RL 2013: binnen 24 Monaten nach ihrem Inkrafttreten.

4 Ausführlich dazu Burgard/Heimann, Beteiligungspublizität nach der Transparenzrichtlinie 2013, in Heid/Stotz/Verny (Hrsg), Festschrift für Manfred A. Daus zum 70. Geburtstag (2014) 51 ff, die die Vollharmonisierung in der Transparenz-RL 2013 als „zwar gut gemeint, aber nicht gut gemacht“ beurteilen. Zur Transparenz-RL 2013 siehe auch Parmentier, Die

¹ RL 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parla-