



Vor-Ort-Prüfungen sind ein beliebtes Instrument der FMA, sie finden in den Geschäftsräumen eines Rechtsträgers statt. Nun stellt sich die Frage, ob auch in der Privatwohnung der Mitarbeiter geprüft werden darf.

# Hausbesuche

Bisher war klar: Eine **Vor-Ort-Prüfung** findet im Unternehmen und nicht bei den Mitarbeitern am Küchentisch statt. Was passiert nun aber, wenn die Mitarbeiter vermehrt im Homeoffice sind?

**E**s kam für viele Finanzmarktunternehmen in Großbritannien wohl überraschend, als die dortige Aufsichtsbehörde daran erinnerte, sie dürfe auch Wohnungen oder sonstige Räumlichkeiten bei der Vor-Ort-Prüfung betreten. Begründet hat das die Financial Conduct Authority (FCA) damit, dass sie überall, wo gearbeitet wird – eingeschlossen private Wohnungen –, prüfen darf. Dieser Umstand wirft einige Fragen auf und hinterlässt in Großbritannien ein Gefühl der Unsicherheit. Was sollen Mitarbeiter machen, wenn die Behörde klingelt? Wie sollen Mitarbeiter darauf angemessen reagieren? Müssen sie Zutritt gewähren? Die Covid-19-Pandemie eröffnete weltweit das Arbeiten von zu Hause und damit das Entstehen hybrider Arbeitsmodelle, in denen das Homeoffice fester Bestandteil ist. Die FCA versucht diesem Umstand gerecht zu werden, indem sie auch das Homeoffice in ihre Vor-Ort-Prüfungen einbezieht – und zwar unabhängig davon, ob gerade ein Lockdown verhängt

wurde oder nicht. Überall, wo gearbeitet wird, darf sie prüfen. Das hat die FCA selbst als „Erwartung an die Unternehmen“ verlautbart. Ihre Richtlinien hat sie dabei allerdings nicht geändert, sondern stellt dort immer noch lediglich auf Geschäftsräume („premises“) ab, unter denen die FCA nunmehr auch das Homeoffice versteht.

Zumindest während der letzten zwei Jahre hat sich die Frage nach der Reichweite der Prüfbefugnis der FMA nur eingeschränkt gestellt. Die FMA in Österreich hat nämlich per Mitteilung vom 17.3.2020 die physischen Vor-Ort-Prüfungen ausgesetzt. Damit befindet sie sich in guter Gesellschaft – auch die Bafin in Deutschland und die FMA in Liechtenstein haben während der Pandemie und der zahlreichen „Lockdowns“ auf eine Remote-Prüfung umgeschwenkt und den Vorgaben der EZB entsprechend die Tätigkeiten auf das Wichtigste beschränkt. Sofern etwas nicht aufgeschoben werden konnte, wurden „Vor-Ort-Prüfungen“ remote via Meeting

Tools für Befragungen abgehalten. Die Unternehmen wurden dazu angehalten, sämtliche Unterlagen zur Durchsicht elektronisch zur Verfügung zu stellen.

Bereits Ende des Jahres 2021 hat die FMA allerdings verkündet, die Vor-Ort-Prüfungen regulär wieder aufzunehmen. Geblieben aus der Pandemie ist aber das Homeoffice, womit sich in Zukunft vermehrt die Frage stellen wird, wie die FMA damit umgehen wird.

## Situation in Österreich

Besuche bei den beaufsichtigten Unternehmen sind regelmäßig Teil der Aufsichtsmittel der FMA und werden jährlich gemäß den Aufsichtsschwerpunkten geplant. So kann der Schwerpunkt im Verbraucherschutz, auf neuen Geschäftsmodellen oder auch auf Nachhaltigkeit und Digitalisierung liegen. Je nach gesetztem Schwerpunkt wird der Prüfplan für das entsprechende Jahr aufgesetzt und die Vor-Ort-Prüfung bei dem jeweiligen Unternehmen samt Prüfumfang angekündigt.

Die FMA kann bei ihrer Prüfung in alle Dokumente und Unterlagen Einsicht nehmen. Zusätzlich kann sie Mitarbeiter und die Geschäftsleitung befragen. Ihr ist der Zugriff auf Unterlagen und der Zutritt zu

den Geschäftsräumen zu gewähren. Das geprüfte Unternehmen muss der FMA zudem Räumlichkeiten vor Ort zur Verfügung stellen, in denen sie die Prüftätigkeit ausüben kann. Der gesamte regulatorische Rahmen eines Finanzmarktunternehmens ist Teil der Prüfung (je nach gesetztem Schwerpunkt). Bei einer Wertpapierfirma wird unter anderem das Einhalten sämtlicher Sorgfaltspflichten (z.B. Wohlverhaltensregeln des WAG 2018, Meldepflichten gemäß MiFIR) überprüft.

Nach der Gesetzeslage in Österreich ist der FMA bei Vor-Ort-Prüfungen der Zutritt zu den Geschäftsräumen der Finanzmarktunternehmen zu ermöglichen. Wie ist das jedoch in Zeiten einer Pandemie zu verstehen, wenn sämtliche Unternehmen auf Homeoffice umstellen und die Mitarbeiter gar nicht „vor Ort“ sind? Verlagern sich die Geschäftsräume zu den Mitarbeitern nach Hause? Bislang gibt es keine offizielle Publikation der FMA zu hybriden Arbeitsmodellen in der Finanzmarktaufsicht.

Die Grundlage für Vor-Ort-Prüfungen ist in § 71 BWG geregelt, wobei diese Norm zugleich auch die Basis für sämtliche Vor-Ort-Prüfungen bei Wertpapierfirmen und Börseunternehmen bildet (siehe §§ 90, 92 WAG 2018 und §§ 93, 112 BörseG 2018). Das Gesetz und die Rundschreiben der FMA beziehungsweise Guidelines der EZB und EBA sprechen einheitlich von „Geschäftsräumen“. Nach allgemeinem Verständnis fällt der erste Gedanke dabei auf die Bank, die Wertpapierfirma, die Versicherungsgesellschaft – jedenfalls auf das Büro und den Sitz einer Gesellschaft. Privatwohnungen wären damit nicht erfasst.

Nach dem Gesetz gibt es jedoch einige Anhaltspunkte, wonach auf den ersten Blick eine Vor-Ort Prüfung daheim nicht abwegig scheint: So sind etwa Erfüllungsgehilfen von Wertpapierfirmen, zum Beispiel vertraglich gebundene Vermittler oder Wertpapiervermittler, von der Vor-Ort-Prüfungskompetenz mitumfasst, auch wenn

diese außerhalb der Geschäftsräumlichkeiten der Wertpapierfirma tätig sind. Diese sind regelmäßig selbstständig in ihren eigenen Räumlichkeiten tätig. Insofern besteht bereits laut Gesetz eine Möglichkeit der FMA, in Räumlichkeiten „externer“ Betriebseinheiten ihre Prüfbefugnis auszuüben.

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Erweiterung einen zusätzlichen Kostenaufwand bei Ermittlungserfahren beschränken, die sonst über die Wertpapierfirma selbst zu führen wären. Aus praktischer Sicht ist es weiters verständlich, dass die FMA ein Interesse daran hat, die Erfüllungsgehilfen unmittelbar zu kontrollieren, da diese kundenbezogene Dokumente und Unterlagen, zum Beispiel Beratungsprotokolle und Anlegerprofile, bei sich verwahren und somit vom Prüfungsumfang umfasst sind. Bei anderen externen Dienstleistern, an die lediglich Tätigkeiten ausgelagert sind, hat die FMA zumindest ein reines Betretungsrecht. Wenn also bereits diese externen Räumlichkeiten umfasst sind, wäre es naheliegend, auch das Homeoffice einzelner Mitarbeiter, die Kundenakten oder sonstige Unterlagen bei sich verwahren, in die Vor-Ort-Prüfung einzubeziehen.

### Arbeitsrecht

Bei der Prüfung der Heimarbeitsplätze stellt sich aber nicht nur aus der Perspektive des Finanzmarktrechts die Frage, ob dies zulässig ist, sondern auch aus der des Arbeitsrechts. Und dieses stellt doch in einigen Teilbereichen Beschränkungen auf. So ist zumindest im Hinblick auf das Arbeitsinspektorat mittlerweile klargestellt, dass dieses nicht bei den Arbeitnehmern daheim einschreiten darf (§ 4 Abs. 10 ArbIG). Der Gesetzgeber hat damit eine klare Wertungsentscheidung getroffen, dass die Aufsichtsrechte von Behörden nicht uneingeschränkt gelten. Diese Beschränkung war nach dem Gesetzgeber insbesondere aufgrund von verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Achtung

des Privat- und Familienlebens erforderlich. Diese Wertungsentscheidung lässt sich unseres Erachtens auch auf den Bereich des Finanzmarktrechts übertragen, weshalb insofern ein Argumentationsspielraum dafür besteht, dass die FMA für ihre Vor-Ort-Prüfung Privathaushalte nicht einfach betreten darf.

### Blick in die Zukunft

Obgleich der Unsicherheit bezüglich der Begriffe und der Weite der Befugnisse der FMA, ist eines ganz sicher – die FMA wird sich mit Homeoffice und hybriden Arbeitsmodellen beschäftigen und eine klare Antwort finden müssen. Die Pandemie hat einmal mehr das Bedürfnis nach flexibleren Arbeitsmodellen gezeigt, und ein Großteil der Unternehmen wird Homeoffice als Option beibehalten – nicht zuletzt, um auf dem Arbeitsmarkt attraktiv zu bleiben. Damit die FMA einen Heimbesuch weiterhin nicht in Betracht zieht, ist es sicher empfehlenswert, strenge Homeoffice-Richtlinien beizubehalten und die Mitnahme von sensiblen Kundenunterlagen nicht zu gestatten. Dennoch wird – soweit es keine klare gesetzliche Regelung gibt – immer ein Restrisiko bestehen, dass die FMA auch bei Mitarbeitern zu Hause anläutet und von ihren Einsichtsrechten und dem damit einhergehendem Betretungsrecht Gebrauch macht. Eine klare gesetzliche Regelung wäre zu begrüßen. **FP**

Die Autoren: Dr. Raphael Toman LL.M. (NYU) ist assoziierter Partner, Janine Jira, LL.B. (WU) ist studentische Mitarbeiterin in der auf Finanzmarktrecht spezialisierten Kanzlei BRANDL TALOS Rechtsanwälte GmbH.



**Janine Jira,**  
BRANDL TALOS  
Rechtsanwälte



**Dr. Raphael Toman,**  
BRANDL TALOS  
Rechtsanwälte