

Dokumentinformation

Aufgetragene Abberufung von Geschäftsleitern, Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung und Konzessionsentzug bei Kreditinstituten

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.12.2015
Publiziert von	Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft
Autor	Georg Schima Wolfgang Sindelar
Fundstelle	ÖBA 2015, 908
Heft	12 / 2015
Seite	908

Abstract

Die Finanzmarktaufsicht (FMA) verfügt als unter anderem für Kreditinstitute zuständige Aufsichtsbehörde über sehr weitreichende Befugnisse, die in die Geschäftstätigkeit des Kreditinstitutes massiv eingreifen und diese im Falle gravierender Mängel bzw Verstöße sogar beenden können. So kann die FMA in Bezug auf Geschäftsleiter, denen sie die bankrechtliche Zuverlässigkeit abspricht, ein Verfahren einleiten und letztlich dem Kreditinstitut die Abberufung der Geschäftsleiter mittels Bescheides vorschreiben. Eine solche Maßnahme kann durch die Androhung bzw Verhängung von Zwangsstrafen gesichert werden. Die FMA kann Geschäftsleiter nicht selbst abberufen. Dafür sind ausschließlich die je nach Rechtsform des Kreditinstitutes geltenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften maßgebend. Sie kann aber einem nicht für zuverlässig befundenen Geschäftsleiter die Ausübung der Geschäftstätigkeit untersagen. Als schärfstes Mittel steht der FMA der Entzug der Konzession zur Verfügung. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die FMA bei der Auswahl der in § 70 Abs 4 BWG aufgezählten Sanktionen nicht frei ist, und daher der Entzug der Bankkonzession bloß die ultima ratio bedeutet.

The Financial Market Authority (FMA) as the competent authority for inter alia credit institutions has extensive powers that severely intervene in the credit institution's business and even may cease it in the case of serious shortcomings and violations. Hence, the FMA with respect to directors who are deemed not to be personally reliable under the Banking Act in its view, may initiate proceedings and impose the removal of the directors by a decision upon the credit institution. Such a sanction may be secured by the threat and the imposition respectively of a fine. The FMA itself does not have the power to remove directors. Exclusively the applicable company law provisions according to the legal form of the credit institution are decisive. The FMA, however, has the power to prohibit the business activity in the case a director is not deemed personally reliable. The strictest sanction is the withdrawal of the banking license. The present article shows that the FMA is not free in its choice of the sanctions listed in Section 70 para 4 of the Austrian Banking Act, and thus the withdrawal of the banking license is a last resort (ultima ratio).

Text

1. Einleitung - Themenabgrenzung

In jüngster Zeit rückten aus aktuellem Anlass (FN ¹) die Befugnisse der FMA gemäß **§ 70 Abs 4 BWG** ins Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit, was allein Grund genug ist, sich damit aus rechtlicher Sicht näher zu beschäftigen. Zu klären ist vor allem die Frage, ob und in wie weit die FMA in der Wahl der in **§ 70 Abs 4 BWG** aufgezählten Zwangs-

Ende Seite 908

Anfang Seite 909

mittel frei ist, oder ob sie dabei gewisse Grundsätze (Verhältnismäßigkeit, Einsatz des gelindesten Mittels) zu beachten hat. Dies ist nicht nur vor dem Hintergrund der Tatsache bedeutsam, dass - wie auch der breiten Öffentlichkeit in den letzten Jahren eindringlich bewusst geworden ist - Bescheide der FMA regelmäßig von Rechtsmittelbehörden aufgehoben zu werden pflegen. (FN ²) Umso beschwerlicher und unerfreulicher ist es aus der Sicht der betroffenen Kreditinstitute, dass gerade Rechtsmittel gegen Bescheide dieser Behörde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben. Aktualität gewinnt das Problem insbesondere auch durch jene Rechtsprechung des VwGH, (FN ³) wonach ein Kreditinstitut, das einem Auftrag zur Abberufung eines Geschäftsleiters nachkommt, dagegen in der Folge kein Rechtsmittel mehr einbringen kann, weil laut Auffassung des Höchstgerichtes die Beschwer (Rechtsmittellegitimation) aufgrund der Befolgung des Auftrages verloren gegangen ist. In der Praxis befolgen Kreditinstitute in aller Regel bescheidmäßige Aufträge der FMA, insbesondere solche, mit denen die Abberufung der Geschäftsleiter vorgeschrieben wird. Das verwundert nicht, denn es steht viel auf dem Spiel, nämlich in letzter Konsequenz der Konzessionsentzug. Daher ist die Beantwortung der Frage von besonderer Relevanz, ob es nicht Wege gibt, nicht von vornherein den Aufträgen der FMA nachzukommen, sich damit die Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens der FMA offen zu halten und dennoch keinen Konzessionsentzug zu riskieren.

2. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen bei Nichtabberufung von Geschäftsleitern

2.1. Zum Maßnahmenkatalog des **§ 70 Abs 4 BWG**

§ 70 Abs 4 BWG stellt der FMA ein Instrumentarium zur Verfügung, mit dem sichergestellt werden soll, dass Kreditinstitute die Konzessionsvoraussetzungen des § 5 Abs 1 Z 1 bis 14 BWG auch nach Erteilung der Konzession erfüllen, und darüber hinaus die in Abs 4 genannten bankaufsichtsrechtlichen Bundesgesetze sowie die aufgrund dieser Bundesgesetze erlassenen Verordnungen oder Bescheide nicht verletzen. Dieses Instrumentarium besteht aus den in § 70 Abs 4 Z 1 bis Z 3 BWG genannten, aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, mit denen die FMA im Fall des Eintritts von Missständen gegen das den rechtmäßigen Zustand nicht einhaltende Kreditinstitut vorzugehen hat, (FN ⁴) und zwar derart, dass dem Kreditinstitut unter Androhung einer Zwangsstrafe aufgetragen wird, den rechtmäßigen Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen ist (Z 1). Im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall hat die FMA den Geschäftsleitern die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden kann (Z 2). Die gravierendste aufsichtsrechtliche Maßnahme, die der FMA zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes zur Verfügung steht, ist der Entzug der Bankkonzession (Z 3).

2.2. Kein Auswahlermessen der FMA zwischen Zwangsstrafen, Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung und Konzessionsentzug

2.2.1. Allgemeine Überlegungen

Ausgehend von dem eingangs umschriebenen Sachverhalt, dass die FMA einem Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes in einem gegen das Kreditinstitut selbst als Partei eingeleiteten Verwaltungsverfahren die Zuverlässigkeit abspricht, wird die FMA dem betroffenen Kreditinstitut zunächst einmal in einem ersten Schritt gemäß **§ 70 Abs 4 Z 1 BWG** bescheidmäßig die Abberufung dieses Geschäftsleiters unter Androhung einer Zwangsstrafe binnen angemessener Frist mit der Begründung auftragen, dass die von **§ 5 Abs 1 Z 7 BWG** geforderte Konzessionsvoraussetzung nicht mehr vorliegt. Gegen einen solchen Bescheid kann das Kreditinstitut binnen einer Frist von vier Wochen eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG)

erheben, (FN ⁵) der jedoch gemäß **§ 22 Abs 2 FMABG** keine aufschiebende Wirkung zukommt. Auf Antrag ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung durch das BVwG nach Anhörung der FMA mit Beschluss jedoch zuzuerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. (FN ⁶)

Sofern das BVwG dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht stattgibt, und das Kreditinstitut dem Abberufungsauftrag der FMA nicht nachkommt, um nicht im weiteren Verfahren die Beschwer zu verlieren, worauf noch im Folgenden einzugehen sein wird, stellt sich die Frage, welche möglichen, aufsichtsrechtlichen Maßnahmen der FMA zur Durchsetzung dieses bescheidmäßig ausgesprochenen Auftrages zur Verfügung stehen. **§ 70 Abs 4 BWG** sieht in seiner Z 2 als nächste Maßnahme vor, dass die FMA *"im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern die Geschäftsführung ganz oder teilweise untersagen"* kann. Als letzte und damit gravierendste Maßnahme sieht die Z 3 den Entzug der Bankkonzession vor. Im Fall der Anwendung des **§ 70 Abs 4 Z 2 BWG** wird die FMA dem unzuverlässigen Geschäftsleiter voraussichtlich die Ausübung der Geschäftsführung zur Gänze untersagen, weil die FMA nach dem hier dargelegten Ausgangssachverhalt dem Geschäftsleiter die Zuverlässigkeit absprach, und daher verhindern will, dass dieser Geschäftsleiter weiterhin die Geschäfte des Kreditinstitutes führt. Die zentrale Frage, die sich in diesem Zusammenhang jedoch stellt, ist, ob die FMA im Fall der Nichtabberufung des Geschäftsleiters gleich direkt von der Z 3 Gebrauch machen darf, also berechtigt ist, den Entzug der Bankkonzession zu verfügen, wofür auf den ersten Blick sprechen würde, dass ein Vorgehen nach Z 2 nicht zielführend ist, weil damit bloß gewährleistet sei, dass der Geschäftsleiter seine Tätigkeit als Vorstand, dh die ihm laut Geschäftsordnung übertragenen Agenden, nicht mehr ausüben dürfe. Die von der FMA geforderte Abberufung wegen Unzuverlässigkeit wird jedoch durch die Maßnahme der Z 2 nicht herbeigeführt. Bevor eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik erfolgt, soll zunächst einmal aufgezeigt werden, ob die in einem Bescheid der FMA angedrohte Zwangsstrafe sofort - also ohne Erlassung eines gesonderten Bescheides, in dem die Zwangsstrafe dem Kreditinstitut vorgeschrieben wird, - nach **§ 5 Abs 2 VVG** vollzogen werden kann.

2.2.2. Zum Vollzug einer bescheidmäßig angedrohten Zwangsstrafe

Zu diesem Punkt sprach der VwGH in seinem Erkenntnis zu **2002/17/0179** (FN ⁷) aus, dass eine Vollstreckung der gemäß **§ 70 Abs 4 Z 1 BWG** angedrohten Zwangsstrafe das Vorliegen des Bescheides gemäß

Ende Seite 909

Anfang Seite 910

§ 70 Abs 4 Z 2 BWG voraussetzt. Eine Vollstreckung der gemäß **§ 70 Abs 4 Z 1 BWG** angedrohten Zwangsstrafe ist ohne Vorliegen eines Bescheides gemäß **§ 70 Abs 4 Z 2 BWG** unzulässig. Daraus folgt, dass **§ 70 Abs 4 Z 1 und 2 BWG** insofern eine Sonderregelung treffen, als in Abweichung von **§ 5 VVG** im Falle eines weiteren Zuwiderhandelns - also in dem in Z 2 leg cit genannten "Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall" - die nach **§ 70 Abs 4 Z 1 BWG** angedrohte Strafe nicht jedenfalls (automatisch) zu vollziehen ist, sondern die Zulässigkeit der Vollstreckung von einem weiteren Bescheid der Titelbehörde abhängig ist. (FN ⁸)

Erst auf Grund eines solchen Bescheides ist die Vollstreckung der ursprünglich angedrohten Zwangsstrafe zulässig. Wählt die Aufsichtsbehörde hingegen die erste Variante des **§ 70 Abs 4 Z 2 BWG**, also die Untersagung der Geschäftsführung, so kommt es nicht zur Vollziehung der zunächst angedrohten Zwangsstrafe. Im Ergebnis ersetzt der Bescheid nach **§ 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG** für die Vollstreckungsbehörde die eigenen Sachverhaltsfeststellungen, ob einem Titelbescheid, dh dem Bescheid über die erstmalige Androhung der Verhängung einer Zwangsstrafe, entsprochen wurde. Die Vollstreckung der im Erstbescheid angedrohten Zwangsstrafe ist erst nach Ergehen des zweiten Bescheides der FMA auf der Grundlage des **§ 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG** zulässig. Eine Vollziehung der erstangedrohten Zwangsstrafe durch die Vollstreckungsbehörde ist somit nur zulässig, wenn der entsprechende Bescheid gemäß **§ 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG** vorliegt, mit dem im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall eine neuerliche Zwangsstrafe angedroht wird. In weiterer Folge liegt es daher grundsätzlich im Ermessen der FMA, ob sie mittels Bescheides erneut die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes, also die

Abberufung des unzuverlässigen Geschäftsleiters unter Androhung einer neuerlichen, höheren Zwangsstrafe gemäß § 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG einfordert oder sofort die nächste Maßnahme in der von § 70 Abs 4 BWG vorgegebenen Reihenfolge ergreift.

2.2.3. Grundsatz der Anwendung des gelindesten Mittels - Vorrang der Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung

Wie bereits in den allgemeinen Überlegungen umrissen, stellt sich im Fall der Nichtbefolgung eines Abberufungsauftrages der FMA die Frage, ob die FMA von der Aufsichtsmaßnahme der Z 2 des § 70 Abs 4 BWG Gebrauch machen muss oder gleich direkt zur Maßnahme der Z 3 schreiten, und den Entzug der Bankkonzession verfügen kann. Im Hinblick auf die Beurteilung der Zulässigkeit der letzteren Vorgehensweise empfiehlt sich zunächst ein Blick auf § 33 dt KWG, auf den die ErläutRV im Hinblick auf die Systematik des § 70 Abs 4 BWG verweisen. (FN ⁹) Gemäß § 33 Abs 1 Nr 2 dt KWG ist einer Bank die Erlaubnis, dh der von ihr gestellte Zulassungsantrag zu versagen, wenn *"Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass ein Antragsteller oder eine der in § 1 Abs 2 Satz 1 bezeichneten Personen nicht zuverlässig ist."* In weiterer Folge wird in § 35 Abs 2 Nr 3 dt KWG festgehalten, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nachträglich *"die Erlaubnis [...] aufheben kann, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Versagung der Erlaubnis gemäß § 33 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 8 oder Abs 2 Nr 1 bis 3 rechtfertigen würden."* Die durch die 6. KWG-Novelle neu gefasste Nr 3 des § 35 Abs 2 dt KWG stellt klar, dass alle für die Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 33 dt KWG erforderlichen Tatsachen und Sachverhalte dauerhaft gegeben sein müssen. (FN ¹⁰) Durch den Verweis auf § 33 Abs 1 Satz 1 Nr 2 dt KWG wird deutlich, dass die BaFin einem Kreditinstitut nachträglich die Konzession entziehen kann, wenn einer ihrer Geschäftsleiter unzuverlässig wird, also eine Konzessionsvoraussetzung nachträglich wegfällt. Ein Erlaubnisentzug kommt vom Grundsatz her sowohl in Betracht, wenn ein Institut nicht über die gesetzlich vorgeschriebene Mindestzahl an (zuverlässigen) Geschäftsleitern verfügt, als auch dann, wenn einem über die Mindestanzahl hinaus vorhandenen Geschäftsleiter die Geschäftsleiterqualifikation fehlt, weil diese bei *allen* Geschäftsleitern vorhanden sein muss. (FN ¹¹)

§ 36 dt KWG eröffnet der BaFin die Möglichkeit, im Fall mangelnder persönlicher Zuverlässigkeit eines Geschäftsleiters statt gegen das Kreditinstitut zunächst gegen die Geschäftsleiter vorzugehen, in deren Person der Mangel begründet ist, der zum Entzug der Konzession berechtigen würde. (FN ¹²) Die Anwendung des § 36 dt KWG setzt voraus, dass der Missstand durch Entfernung des betroffenen Geschäftsleiters beherrschbar ist. Missstände gemäß § 35 Abs 2 Nr 3 (Unzuverlässigkeit eines Geschäftsleiters), 4 oder 6 dt KWG dürfen nicht die Aufhebung der Erlaubnis für das Kreditinstitut insgesamt notwendig machen. Die BaFin hat daher zunächst einmal zu prüfen, ob statt der Aufhebung der Erlaubnis ein Abberufungsverlangen oder eine Untersagung der Tätigkeit des betreffenden Geschäftsleiters gemäß § 36 Abs 1 dt KWG ausreicht. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (FN ¹³) ist ein Vorgehen gegen betroffene Geschäftsleiter nach § 36 Abs 1 dt KWG in der Regel das mildere Mittel. (FN ¹⁴) Diese Auffassung vertritt auch *Sedlak*, (FN ¹⁵) der betont, dass die BaFin vor einer Aufhebung der Erlaubnis nach § 35 Abs 2 KWG zu prüfen hat, ob Missstände und Verstöße gegen Geschäftsorganisationspflichten nicht durch mildere Maßnahmen, wie informelle oder hoheitliche Maßnahmen, zB Maßnahmen gegen die Geschäftsleiter gemäß § 36 KWG, abgestellt werden können. Die BaFin kann daher etwa im Fall der Unzuverlässigkeit eines Geschäftsleiters im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gemäß § 36 Abs 1 dt KWG statt dem Kreditinstitut die Erlaubnis zu entziehen, bloß die Abberufung des verantwortlichen Geschäftsleiters verlangen, und diesem Geschäftsleiter auch die Ausübung seiner Tätigkeit untersagen. (FN ¹⁶) Das Abberufungsverlangen und die Untersagungsverfügung können nach dt hM sowohl nebeneinander als auch getrennt voneinander von der BaFin angeordnet werden. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 36 Abs 1 dt KWG durch die Verwendung des Wortes *"auch"* sowie aus der Überlegung, der BaFin die Wahl des geeignetsten und in leichteren Fällen des weniger belastenden Mittels zu überlassen. (FN ¹⁷)

Ende Seite 910

Anfang Seite 911

Nach *Schwennicke* (FN ¹⁸) kommt ein sofortiger Entzug der Erlaubnis des Kreditinstitutes gestützt auf § 36 Abs 2 Nr 7 dt KWG (FN ¹⁹) dann in Betracht, wenn ein Kreditinstitut einem Abberufungsverlangen der BaFin nicht unverzüglich Folge leistet. Die Nr 6 des § 36 Abs 2 KWG bestimmt, dass die BaFin die Erlaubnis aufheben kann, wenn *"das Institut nachhaltig gegen Bestimmungen dieses Gesetzes, des*

Geldwäschegesetzes, des Wertpapierhandelsgesetzes oder die zur Durchführung dieser Gesetze erlassenen Verordnungen oder Anordnungen verstoßen hat". Seine Rechtsansicht stützt *Schwennicke* offenbar auf die in § 36 Abs 2 Nr 6 dt KWG genannten "Anordnungen", unter die auch Bescheide der BaFin zu subsumieren sind, weshalb nach seiner Rechtsansicht einem Kreditinstitut, das sich beharrlich weigert, einem behördlichen Auftrag nachzukommen, als ultima ratio die Konzession zu entziehen sei. *Schwennickes* Ansicht überzeugt indes nicht, denn er erklärt nicht, warum die BaFin - sofern das Kreditinstitut über eine ausreichende Anzahl zuverlässiger Geschäftsleiter verfügt - in einem solchen Fall nicht mit der aufsichtsrechtlichen Maßnahme der Untersagung der Geschäftstätigkeit vorzugehen hat, die im Vergleich zum Konzessionsentzug das gelindere Mittel ist. Denn nach den zuvor gemachten Ausführungen ist der Konzessionsentzug auch nach dem dt KWG immer bloß die ultima ratio und daher nur dann anzuordnen, wenn andere Aufsichtsmaßnahmen einen Missstand nicht beseitigen können.

Wendet man diese von § 33 dt KWG, aber auch von den §§ 35 und 36 dt KWG vorgegebene Systematik auf den der FMA zur Verfügung stehenden Maßnahmenkatalog des § 70 Abs 4 BWG an, dann könnte man vielleicht auf den ersten Blick annehmen, die FMA sei gemäß § 70 Abs 4 Z 3 BWG berechtigt, einem Kreditinstitut bei Nichtbefolgung eines Abberufungsauftrages sofort die Bankkonzession mittels Bescheides zu entziehen. Zu einem solchen Schluss könnte der Umstand verleiten, dass genauso wie nach dem dt KWG auch nach dem BWG die Konzessionsvoraussetzungen des § 5 Abs 1 Z 1 bis Z 14 BWG auch nach Erteilung der Konzession an ein Kreditinstitut (dauerhaft) vorliegen müssen. Nach § 6 Abs 2 Z 3 BWG hat nämlich die Aufsichtsbehörde verpflichtend einem Kreditinstitut die Konzession zu entziehen, wenn die Voraussetzungen des § 70 Abs 4 Z 3 BWG vorliegen. Wie *Pangl/Strau* (FN ²⁰) festhalten, ist demnach die Konzession zurückzunehmen, wenn eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 5 Abs 1 Z 1 bis 14 BWG nach Erteilung der Konzession nicht mehr vorliegt oder ein Kreditinstitut Bestimmungen des BWG bzw einschlägiger Gesetze, auf Grund dieser erlassener Verordnungen oder eines Bescheides verletzt. Es liegt daher die Schlussfolgerung nahe, dass in dem Fall, dass sich ein Mitglied des Vorstandes eines Kreditinstitutes nach Erteilung der Konzession als unzuverlässig erweist, die FMA dem Kreditinstitut im Fall des Unterlassens der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes die Bankkonzession entziehen kann. Begründet werden könnte diese Schlussfolgerung mit dem Umkehrschluss, dass ein Kreditinstitut bei Nichtvorliegen der Konzessionsvoraussetzungen des § 5 Abs 1 Z 1 bis Z 14 BWG, zu denen auch die Zuverlässigkeit sämtlicher Geschäftsleiter zählt, von der FMA keine Konzession erhalten hätte. Wenn das Kreditinstitut bei Konzessionserteilung mehr als die gesetzlich vorgeschriebenen zwei Geschäftsleiter haben soll, dann müssen zweifelsfrei *alle* die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und nicht nur die zwei vom Gesetz vorgeschriebenen. (FN ²¹) Anderenfalls wird die Konzession nicht erteilt.

Eine solche Schlussfolgerung ist jedoch uE voreilig und unzutreffend, weil sie den allgemein anerkannten Grundsatz (FN ²²) unberücksichtigt lässt, wonach die Aufsichtsbehörde nach dem Grundsatz des gelindesten Mittels vorgehen muss, das zur Zielerreichung erforderlich ist. In seinem Erkenntnis vom 24. Februar 2014 (FN ²³) befasste sich der VwGH mit dem von der dortigen Beschwerdeführerin, einer konzessionierten Wertpapierfirma nach dem WAG 2007, angefochtenen Bescheid der FMA, in dem diese der beschwerdeführenden Partei "zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 iVm § 92 Abs. 8 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007 idgF, iVm § 70 Abs. 4 Z 1 und 3 Bankwesengesetz (BWG), BGBl Nr. 532/1993 idgF, unter Androhung der Zurücknahme der Konzession" auftrag, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden Partei gemäß § 5 Abs 1 Z 13 BWG keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausüben.

Der VwGH sprach dazu ua aus: "Die Beugemaßnahmen, welche gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 in Verbindung mit § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007 iVm § 70 Abs. 4 BWG verhängt werden können, bieten der Finanzmarktaufsichtsbehörde ein abgestuftes Instrumentarium). [...] In diesem Sinne wird das System des § 70 Abs. 4 BWG in der Literatur auch als "dreistufiges System" beschrieben und die Maßnahme der Zurücknahme der Konzession nach § 70 Abs. 4 Z 3 BWG als "ultima ratio" bezeichnet [...]. Zunächst hat die Finanzmarktaufsichtsbehörde daher unter Androhung einer Zwangsstrafe den Auftrag zu erteilen, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen (§ 70 Abs. 4 Z 1 BWG). Die angedrohte Zwangsstrafe hat in einem auf Geld lautenden, zu zahlenden Betrag oder Haft [...] und nicht etwa in der "Zurücknahme der Konzession" zu bestehen. Die FMA kann in einem ersten Schritt für den Fall der Nichterfüllung eines gleichzeitig zu erteilenden Auftrags zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands nur eine - in Zahlung eines Geldbetrages oder Haft bestehende - Zwangsstrafe androhen. Auch auf der zweiten Stufe - im Falle der

Nichterfüllung des Auftrags - steht der Behörde nur die Alternative zwischen der Vollziehung der zunächst angedrohten Zwangsstrafe und der Wiederholung des Auftrags unter neuerlicher Androhung einer Zwangsstrafe oder die Untersagung der Geschäftsführung durch die Geschäftsleiter offen. Schon deshalb erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig. [...] ist der Konzessionsentzug nach § 70 Abs. 4 Z 3 BWG nur vorgesehen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers nicht sicherstellen können. Zu den in § 70 Abs. 4 erster Satz BWG (bzw im vorliegenden Fall: in § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007) genannten Voraussetzungen für die Anwendung der Z 1 bis 3 des § 70 Abs. 4 BWG tritt demnach im Fall der Z 3 das Erfordernis hinzu, zu überprüfen, ob andere Maßnahmen nach dem BWG [...] die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers sicherstellen können."

Ausgehend von dem hier interessierenden Sachverhalt, dass das Kreditinstitut neben dem beanstandeten Geschäftsleiter eine ausreichende Anzahl zuverlässiger Geschäftsleiter (mindestens zwei) hat, ist daher unter Zugrundlegung der zuvor angestellten Überlegungen, aber auch unter Einbeziehung der vom VwGH in seinem Erkenntnis zu [2010/17/0185](#) aufgestellten

Ende Seite 911

Anfang Seite 912

Grundsätze der Konzessionsentzug nicht das gelindeste Mittel. Folglich hat die FMA - insbesondere im Lichte der zuvor wiedergegebenen und vom VwGH aufgestellten Rechtsgrundsätze - abgesehen von einem Vorgehen nach § 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG (neuerliche Androhung einer Geldstrafe) - uE bloß die Alternative, gemäß § 70 Abs 4 Z 2 BWG dem Geschäftsleiter im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall die Ausübung der Geschäftstätigkeit zu untersagen. Ein Konzessionsentzug wäre demgegenüber ein überschießendes und ganz eindeutig nicht das gelindeste Mittel, das zur Zielerreichung erforderlich ist. Denn der Entzug der Bankkonzession ist ein gravierender Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Kreditinstituts, der diese de facto beendet. (FN ²⁴) Ein Bescheid, mit dem die FMA den Konzessionsentzug androhen bzw aussprechen würde, wäre daher nach unserer Meinung mit Rechtswidrigkeit behaftet, weil - wie der VwGH in seinem Erkenntnis zu [2010/17/0185](#) aussprach - ein Konzessionsentzug bloß dann erfolgen darf, wenn andere Maßnahmen nach dem BWG die Funktionsfähigkeit eines Kreditinstitutes nicht sicherstellen können. Es ist also der oben in den Raum gestellte Schluss gerade *nicht* überzeugend, der Konzessionsentzug könne deshalb immer verfügt werden, wenn bloß einer von mehreren Geschäftsleitern nicht mehr die bankrechtliche Zuverlässigkeit habe, weil bei Konzessionserteilung die Zuverlässigkeitsvoraussetzungen auch bei allen Geschäftsleitern vorliegen müssten. Denn bei der Erteilung der Konzession hat die FMA nur die Wahl zwischen Verweigerung und Erteilung der Konzession. Hat das Kreditinstitut aber nach Konzessionserteilung seine Tätigkeit einmal aufgenommen und verliert ein Geschäftsleiter nachträglich (vermeintlich) die Zuverlässigkeit, dann steht der Aufsichtsbehörde mit der Untersagung der Ausübung der Geschäftstätigkeit gegenüber dem betroffenen Geschäftsleiter eben ein zusätzliches (gelinderes) Mittel zur Verfügung, das sie bei Konzessionserteilung nicht hat.

2.2.4. Wegfall der Beschwer bei Befolgung des Abberufungsauftrages

Der sich aus dem Grundsatz der Anwendung des gelindesten Mittels ergebende Vorrang der Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung wird zudem durch folgenden Umstand verstärkt: Der VwGH judizierte in mittlerweile zwei Erkenntnissen, (FN ²⁵) dass einem Kreditinstitut, das dem Auftrag der FMA, einen Geschäftsleiter abzubrufen, nachkommt, im weiteren Verfahren gegen die von der Aufsichtsbehörde verfügte Maßnahme die Beschwer und damit die Rechtsmittellegitimation fehlt. Das Höchstgericht begründet diese Ansicht mit folgenden Erwägungen:

"Gegenstandslosigkeit wird angenommen, wenn durch Änderung maßgeblicher Umstände zeitlicher, sachlicher oder prozessualer Art das rechtliche Interesse des Beschwerdeführers an der Entscheidung wegfällt. Dabei ist zu beachten, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit einer Partei nicht den Anspruch auf die verwaltungsgerichtliche Feststellung der Gesetzmäßigkeit von Bescheiden an sich gewähren, sondern nur einen Anspruch auf Aufhebung gesetzwidriger Bescheide, die in die Rechtssphäre der Partei eingreifen [...]. Diese Voraussetzung ist im Beschwerdefall gegeben, weil durch die Erfüllung des durch den angefochtenen Bescheid erteilten Auftrages die beschwerdeführende Partei nicht mehr fortdauernd in ihren Rechten verletzt ist. [...] Durch die Erfüllung des behördlichen Auftrages ist der angefochtene Bescheid, der eine Zwangsstrafe für den Fall der Nichterfüllung verhängt hat, wirkungslos

geworden. Einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die dagegen erhobene Beschwerde käme somit nur noch abstrakt-theoretische Bedeutung zu, weil die beschwerdeführende Partei auch durch eine Aufhebung des angefochtenen Bescheides rechtlich nicht besser gestellt wäre." (FN ²⁶)

Die Auffassung des VwGH vermag indes nicht zu überzeugen. Der VwGH begründet die Gegenstandslosigkeit der Beschwerde maßgeblich mit dem Argument, dass nach der Herstellung des von der FMA bescheidmäßig geforderten Zustandes (Abberufung des Geschäftsleiters) die gleichzeitig angedrohte Zwangsstrafe nicht mehr vollstreckbar sei. Der VwGH verweist dabei in seinem Erkenntnis aus 2014 (FN ²⁷) auf die hRsp, wonach eine verhängte Zwangsstrafe nicht mehr vollzogen werden darf, wenn das mit der Verhängung der Zwangsstrafe verfolgte Ziel erreicht ist. (FN ²⁸) Diese zu § 5 VVG vertretene Judikaturlinie - so der VwGH - müsse auch für Zwangsstrafen gemäß § 70 Abs 4 BWG gelten. Dabei übersieht der VwGH jedoch, dass die fehlende Beschwer des dort beschwerdeführenden Kreditinstitutes keinesfalls damit gerechtfertigt werden kann, dass durch die Abberufung des Geschäftsleiters die Zwangsstrafe nicht mehr vollzogen werden kann, weil nach dem dem VwGH Erkenntnis zugrundeliegenden Sachverhalt die FMA in ihrem Bescheid eine Zwangsstrafe bloß androhte, und diese daher nach der Systematik des § 70 Abs 4 BWG überhaupt nicht vollzogen werden konnte.

Vielmehr liegt die Beschwer darin, dass im Fall der Nichtbekämpfbarkeit des Bescheides wegen Entsprechung der darin aufgetragenen Abberufung des Geschäftsleiters die in diesem Bescheid ausgesprochene Unzuverlässigkeit des Geschäftsleiters weiterhin bestehen bleibt, und durch die Einstellung des Beschwerdeverfahrens wegen Gegenstandslosigkeit es de facto niemals zu einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Auftrages auf Abberufung kommen kann, weshalb dem Kreditinstitut dadurch zB auch die *Möglichkeit einer Wiederbestellung des abberufenen Geschäftsleiters* (nach gewonnenem Rechtsmittelverfahren) *genommen* wird. Denn ein von der FMA gemäß § 70 Abs 4 Z 1 BWG erteilter Auftrag auf Abberufung des unzuverlässigen Geschäftsleiters fußt ja gerade auf der Feststellung, dass der Geschäftsleiter die Voraussetzungen des § 5 Abs 1 Z 7 BWG nicht erfüllt, weil er unzuverlässig sei. Es zeigt sich somit, dass angesichts der rückwirkenden Beseitigung des Titels für die Abberufung die Rechtsposition des beschwerdeführenden Kreditinstitutes durch eine allfällige Aufhebung des Bescheides maßgeblich beeinflusst wird, weshalb entgegen der Rechtsansicht des VwGH eine "Gegenstandslosigkeit" nicht vorliegen kann. Die Präjudizwirkung einer von der FMA festgestellten Unzuverlässigkeit und das damit einhergehende Vorliegen einer Beschwer lassen sich auch durch den Verweis des VwGH nicht beseitigen, wonach "eine eigenständige normative Bedeutung diesem begründenden Spruchteil nicht zukomme", mit der Folge, dass eine vorfragenweise Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit des Geschäftsleiters zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags als nicht bindend für allfällige weitere Verfahren angesehen wird, in denen der entsprechende Sachverhalt von Bedeutung wäre.

Wirft man in diesem Zusammenhang einen Blick auf die Bundesabgabenordnung (BAO), so fällt auf, dass auch einer Beschwerde gegen einen Bescheid der Abgabenbehörden keine aufschiebende Wirkung zukommt, dh die Einhebung und zwangsweise Einbringung der Abgaben nicht aufgehoben wird (§ 254 BAO). Wird einem Antrag des Beschwerdeführers auf Zuerkennung der aufschiebenden

Ende Seite 912

Anfang Seite 913

Wirkung seiner Beschwerde nicht nachgekommen, und zahlt der Beschwerdeführer die angebliche, bescheidmäßig von der Abgabenbehörde ausgesprochene Abgabenschuld, so verliert der Beschwerdeführer dadurch, dass er seiner Zahlungspflicht nachkommt, um Maßnahmen nach der Abgabenausführungsordnung zu entgehen, eindeutig nicht seine Beschwer im weiteren Verfahren, in dem sich der Abgabepflichtige gegen die Vorschreibung wehren möchte. Nichts anderes kann und darf im Fall einer Entsprechung eines Bescheides der FMA gelten, mit dem einem Kreditinstitut die Abberufung seines Geschäftsleiters ausgetragen wird.

Auch der Übergang der Prüfungszuständigkeit für Bescheide der FMA an das BVwG mit 1. Jänner 2014 brachte die zuvor dargelegte rechtsschutzfeindliche Judikaturlinie des VwGH nicht zu Fall. Obwohl im VwGVG (FN ²⁹) anders als in § 33 Abs 1 VwGG die Einstellung des Beschwerdeverfahrens wegen Gegenstandslosigkeit nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, sprach das BVwG bereits in zwei Beschlüssen, (FN ³⁰) zuletzt in seinem Beschluss vom 27. Juli 2015, aus, dass mangels einer Regelung im VwGVG wann ein Verfahren einzustellen ist, "ein Beschwerdeverfahren, in dem ein Beschwerdeführer kein

rechtliches Interesse mehr vorweisen kann, in Anlehnung an § 33 Abs 1 VwGG und die dazu ergangene Judikatur des VwGH einzustellen sein wird".

Geht man daher von der - nicht überzeugenden Rechtsansicht - des VwGH aus, die aufgrund der analogen Anwendung des § 33 Abs 1 VwGG durch das BVwG vermutlich auch weiterhin Bestand haben wird, dann spricht dieser Umstand umso mehr gegen die Zulässigkeit des Konzessionsentzuges im Fall der Nichtabberufung eines Geschäftsleiters, sofern das Kreditinstitut über eine ausreichende Anzahl zuverlässiger Geschäftsleiter verfügt. Denn dann stünde das beschwerdeführende Kreditinstitut vor der Alternative, entweder der Ansicht der FMA zu folgen und das inkriminierte Vorstandsmitglied abuberufen, auch wenn die Sichtweise der FMA für rechtswidrig gehalten wird (und vielleicht auch ist), (FN ³¹) und genau aufgrund der Befolgung des behördlichen Auftrages kein Rechtsmittel mehr dagegen zu haben, oder das maximale Risiko einzugehen, es auf den Konzessionsentzugsbescheid ankommen zu lassen, diesen zu bekämpfen und gleichzeitig zu versuchen, für das Rechtsmittel gegen den vorläufig wirksamen Entzugsbescheid die aufschiebende Wirkung bewilligt zu bekommen. Ein solches Szenario ist unter Rechtsschutzaspekten absolut unzumutbar. Im faktischen Ergebnis würde das bedeuten, dass ein Kreditinstitut sich gegen die Vorgangsweise der Aufsichtsbehörde, die Abberufung von Geschäftsleitern wegen angeblicher Unzuverlässigkeit zu fordern, gar nicht wehren könnte, weil sogar die Neubestellung von zuverlässigen Geschäftsleitern in ausreichender Anzahl die Behörde nicht daran hindern könnte, bei Weigerung der Abberufung des inkriminierten Geschäftsleiters dem Kreditinstitut die Konzession zu entziehen, anstatt bloß dem betroffenen Geschäftsleiter die Ausübung der Geschäftstätigkeit zu untersagen. Dies ist - abgesehen von der mit einer solchen Vorgangsweise verbundenen, evidenten Verletzung des Grundsatzes des gelindesten Mittels - ein zwingendes zusätzliches Argument dafür, dass der FMA nicht gestattet ist, im Falle der Verweigerung der Abberufung eines von ihr für unzuverlässig gehaltenen Geschäftsleiters unter der Voraussetzung, dass das Kreditinstitut über eine ausreichende Anzahl (FN ³²) zuverlässiger Geschäftsleiter verfügt, dem Kreditinstitut die Konzession zu entziehen. Vielmehr muss in so einem Fall mit der Untersagung der Ausübung der Geschäftstätigkeit für den betroffenen Geschäftsleiter vorgegangen werden. (FN ³³) Dadurch wird - auf der Grundlage der vom VwGH vertretenen, wenngleich verfehlten Ansicht - dem Kreditinstitut die Möglichkeit belassen, sich im Rechtsweg gegen die Anordnung der Aufsichtsbehörde zu wehren, wie das in einem Rechtsstaat unabdingbar ist.

3. Fazit

Überträgt man die vom VwGH in seinem Erkenntnis (FN ³⁴) zu 2010/17/0185 aufgestellten Rechtsgrundsätze über die Reihenfolge der Anwendung der durch § 70 Abs 4 BWG vorgegebenen, aufsichtsrechtlichen Maßnahmen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der vom VwGH bereits in zwei Erkenntnissen geäußerten Rechtsansicht, wonach ein Kreditinstitut, das einem Auftrag der FMA, einen Geschäftsleiter abuberufen, nachkommt, im weiteren Verfahren gegen die von der Aufsichtsbehörde verfügte Maßnahme die Beschwer und damit die Rechtsmittellegitimation fehlt, auf den hier dargelegten Ausgangsfall, so stehen der FMA bei Nichtabberufung des betroffenen Geschäftsleiters folgende aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Verfügung: Der FMA steht es frei, einen entsprechenden Bescheid gemäß § 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG zu erlassen, mit dem im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall eine neuerliche

Ende Seite 913

Anfang Seite 914

Zwangsstrafe angedroht wird. In diesem Fall kann die Vollstreckungsbehörde die im Erstbescheid erstangedrohten Zwangsstrafe vollziehen. Als Alternative steht der Aufsichtsbehörde die Untersagung der Geschäftsführung durch den betroffenen Geschäftsleiter offen. Bei Auswahl dieser Vorgehensweise kann die FMA mangels Erlassung eines neuen Bescheides gemäß § 70 Abs 4 Z 2 zweiter Halbsatz BWG, mit dem eine neuerliche Zwangsstrafe angedroht wird, nicht die im Erstbescheid angedrohte Zwangsstrafe vollstrecken.

Die aufsichtsrechtliche Maßnahme des Konzessionsentzuges nach § 70 Abs 4 Z 3 BWG steht der FMA dagegen nach dem Ausgangssachverhalt uE eindeutig nicht zur Verfügung, weil nach dieser Bestimmung ein Konzessionsentzug bloß die ultima ratio, dh nur dann zulässig ist, wenn andere Maßnahmen nach dem BWG die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers nicht sicherstellen können. Genau das ist hier jedoch nicht der Fall ist, weil gerade die der FMA zur Verfügung stehende Möglichkeit, gemäß § 70 Abs 4 Z 2 BWG dem

Geschäftsleiter die Ausübung der Geschäftstätigkeit zu untersagen, eine adäquate Maßnahme ist. Die hier vertretene Auffassung wird durch den Umstand gestärkt, dass der VwGH in bisher zumindest zwei Erkenntnissen ausgesprochen hat, dass ein Kreditinstitut, das einem bescheidmäßigen Abberufungsverlangen der FMA nachkommt, in der Folge kein Rechtsmittel ergreifen kann, weil die Beschwer, dh Rechtsmittellegitimation verloren geht.

Literaturverzeichnis

Beckmann/Bauer, Bankaufsichtsrecht (1994).

Dellinger, BWG Kommentar (2012).

Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010).

Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, Kommentar zum BWG (2014).

Reischauer/Kleinhans, Kommentar zum KWG (2015).

Schwennicke/Auerbach, Kommentar zum Kreditwesengesetz (2012).

Sedlak, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation (2014).

Zum Autor

Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*, M.B.L.-HSG, LL.M. (Vaduz) ist Gründungspartner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien; e-mail: georg.schima@ksw.at.

Dr. *Wolfgang Sindelar* ist Juniorpartner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG; e-mail: wolfgang.sindelar@ksw.at.

Fußnote(n)

- 1) Die Presse 29. 7. 2015, Die Finanzmarktaufsicht wirft der MeInl Bank AG grobe Verfehlungen vor und will, dass deren beide Vorstandsmitglieder gehen. Die Bank wehrt sich; Kurier 29. 7. 2015, MeInl Bank: FMA beruft die Chefs ab; vgl auch VfGH 17. 9. 2015, G 398/2015 ua: Zurückweisung der Individualanträge von Vorstandsmitgliedern einer Bank auf Aufhebung von Bestimmungen des BWG betr den Auftrag der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) zur Abberufung der Geschäftsleiter der Bank mangels unmittelbaren Eingriffs in die Rechtssphäre der Antragsteller.
- 2) Presseinformation der MeInl Bank vom 15. 10. 2015, 19 von insgesamt 20 Straferkenntnissen der FMA gegen die MeInl Bank aufgehoben.
- 3) VwGH 28. 5. 2013, 2010/17/0026, VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.
- 4) *Johler* in Dellinger, BWG Kommentar § 70 Rz 2.
- 5) § 7 Abs 4 VwGVG.
- 6) § 22 Abs 2 Satz 2 FMABG.
- 7) VwGH 12. 12. 2005, 2002/17/0179.

- 8) Missverständlich *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG Kommentar § 70 Rz 12, wo *Laurer* iZm der Vollziehung der im Bescheid angedrohten Zwangsstrafe pauschal auf § 5 VVG verweist, und damit den Eindruck erweckt, die Zwangsstrafe könne jedenfalls bei Nichtbefolgung des bescheidmäßig erteilten Auftrages vollzogen werden.
- 9) ErläutRV zu **BGBI 1993/532**: 1130 Blg-NR 18. GP 149.
- 10) *Schwennicke/Auerbach*, Kommentar zum Kreditwesengesetz² § 35 Rz 27.
- 11) *Schwennicke/Auerbach*, Kommentar zum Kreditwesengesetz² § 35 Rz 29.
- 12) *Schwennicke/Auerbach*, Kommentar zum Kreditwesengesetz² § 36 Rz 1.
- 13) BVerwG, 6. 11. 2006 - 15 C 2028/08, WM 2007, 1655 = WuB I L 1.
- 14) *Beckmann/Bauer*, Bankaufsichtsrecht § 36 KWG Nr 9.
- 15) *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation 257 f.
- 16) *Schwennicke/Auerbach*, Kommentar zum Kreditwesengesetz² § 36 Rz 2 ff.
- 17) *Lehnhoff* in *Reischauer/Kleinhans*, KWG Rn 2.5.
- 18) *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach*, Kommentar zum Kreditwesengesetz² § 36 Rz 22.
- 19) Richtigerweise Nr 6, denn § 35 Abs 2 KWG verfügt über keine Nr 7.
- 20) *Pangl/Strau* in *Dellinger*, BWG Kommentar § 6 Rz 25.
- 21) § 5 Abs 1 Z 6, 7, 8, 9a BWG.
- 22) *Johler* in *Dellinger*, BWG Kommentar § 70 Rz 82.
- 23) **VwGH 24. 2. 2014, 2010/17/0185.**
- 24) *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation 258.
- 25) **VwGH 28. 5. 2013, 2010/17/0026, VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.**
- 26) **VwGH 28. 5. 2013, 2010/17/0026.**
- 27) **VwGH 17. 11. 2014, 2010/17/0039.**
- 28) **VwSlg 3171 A/1953 zu Zwangsstrafen nach § 5 VVG.**

- 29) Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33.
- 30) BVwG 28. 7. 2015, W155 2110053-1, BVwG 30. 12. 2014, W183 2000787-2.
- 31) Die Aufhebungsquote ist, wie oben schon erwähnt, bei Bescheiden dieser Behörde exzessiv hoch.
- 32) Diese Anzahl kann richtiger Weise in Abhängigkeit von der Größe des Kreditinstitutes auch größer sein als die gesetzliche Mindestzahl von zwei.
- 33) Nicht erörtert wird in diesem Zusammenhang, welche Auswirkungen die Untersagung der Ausübung der Geschäftstätigkeit gegenüber einem Geschäftsleiter auf dessen Rechtsverhältnis zum Kreditinstitut hat. So stellt sich zB die Frage, ob der Geschäftsleiter (der idR Vorstandsmitglied einer AG sein wird) während der Untersagung der Ausübung der Geschäftsführung Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat. Das ist eine Frage der Anwendung und Auslegung des § 1155 ABGB. Grundsätzlich wird der Umstand, der zur Nichterbringung der Dienstleistung führt, eher der Sphäre des Geschäftsleiters zuzurechnen sein. Interessengerecht ist aber wohl eine Lösung, die den Entgeltfortzahlungsanspruch vom Ergebnis des aufsichtsbehördlichen Verfahrens abhängig macht. Der Geschäftsleiter, der sich letztlich als gar nicht unzuverlässig erweist, weil die Rechtsmittelbehörde den Bescheid der FMA mit dieser Begründung aufhebt, muss uE den Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts auch während der behördlich erzwungenen Nichtarbeit haben. Eine anderes Problem betrifft die Frage, ob eine behördlich erzwungene Fernhaltung eines Vorstandsmitgliedes einer AG von der Amtsausübung über einen Zeitraum hinaus, der nach hA für die Suspendierung von Vorstandsmitgliedern durch den Aufsichtsrat zulässig ist (vgl dazu näher G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat Rz 12/182 ff, 183 mwN: idR nicht mehr als einen Monat) aktienrechtlich auf Schwierigkeiten stößt und zB eine Handlungspflicht des Aufsichtsrates auslöst. Ohne das hier vertiefen zu können, lässt sich doch konstatieren, dass eine Haftung des Geschäftsleiters gegenüber dem Kreditinstitut für Vorgänge in der Gesellschaft während der Untersagung der Amtsausübung uE nicht in Betracht kommt, sodass das Problem der "überlangen Suspendierung" zumindest deutlich entschärft zu sein scheint. Schließlich erhebt sich die Frage, ob der durch die FMA an der Amtsausübung gehinderte (und möglicher Weise mit der Einstellung der Bezüge durch den Aufsichtsrat konfrontierte) Geschäftsleiter aus wichtigem Grund sein Mandat niederlegen und uU sogar den Anstellungsvertrag durch berechtigten Austritt beenden kann. Im gegebenen Zusammenhang von Relevanz ist der Umstand, dass vor dem Hintergrund der - wenn auch verfehlten - Rsp des VwGH der durch die FMA an der Amtsausübung gehinderte Geschäftsleiter durch Rücktritt dem Kreditinstitut die Beschwer/Rechtsmittellegitimation im Verfahren nehmen könnte.
- 34) VwGH 24. 2. 2014, 2010/17/0185.

Meta-Daten

Schlagwort(e)

Abberufung, Geschäftsleiter, Kreditinstitut, Bankkonzession, Zwangsstrafe, VfGH, Aufsicht. JEL-
Classification: G 21, K 14.

Rubrik(en)

Abhandlung

Rückverweise

Kommentare

[BPG und PKG 2 , Schrammel/Kietaibl: § 33a PKG - 01.01.2018 bis ...](#)

[WAG 2018 2 , Brandl/Saria: § 12 \(G. Saria\) Geschäftsleitung und Aufsichtsrat - 01.07.2020 bis ...](#)

WAG 2018 2 , Brandl/Saria: § 92 (Wolfbauer) Weitere Aufsichtsmaßnahmen - 01.07.2020 bis ...

Handbücher

Handbuch Managervergütungen, Geiger/Huber/Sindelar: 2. Kapitel: Allgemeines zur Beschäftigung von Managern (Hahn;Geiger/Huber;Sindelar) - 01.01.2019 bis ...

Zeitschriften

ÖBA 2015, 795: Zurechnung von selbständigen Anlageberatern an Banken gemäß § 1313a ABGB Eine Besprechung von OGH 8 Ob 25/14f ÖBA 832 und OGH 8 Ob 104/12w ÖBA 2013, 438 (Eva Ondreasova) -

© 2021 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH