

Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken

§ 39b. Bei der Festlegung und Anwendung der Vergütungspolitik und -praktiken einschließlich der Gehälter und freiwilligen Rentenzahlungen für Mitarbeiterkategorien einschließlich der Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt, haben die Kreditinstitute die in Anlage zu § 39b genannten Grundsätze in der Weise und in dem Umfang anzuwenden, wie es ihrer Größe, ihrer internen Organisation, der Art, dem Umfang und der Komplexität ihrer Geschäfte, den Mitarbeiterkategorien, der Art und der Höhe ihrer Vergütung sowie der Auswirkung ihrer Tätigkeit auf das Risikoprofil angemessen ist.

[Anlage: siehe Anhang Seite 1087]

EB zu BGBl I 2010/118

Hiermit wird Annex V Nummer 23 der Richtlinie 2006/48/EG umgesetzt. Die Vergütungspolitik des Kreditinstitutes soll zu seiner Größe sowie der Art und Komplexität seiner Tätigkeiten in einem angemessenen Verhältnis stehen sowie den in Anlage zu § 39b festgelegten Grundsätzen entsprechen. Unter dem Terminus „Risikokäufer“ sind jene Mitarbeiter zu verstehen, deren Tätigkeit, ungeachtet ihrer hierarchischen Position, mit dem bestimmungsgemäßen Eingehen bankgeschäftlicher und bankbetrieblicher Risiken iSd § 39 BWG immanent ist. Der vorliegende Richtlinientext lässt keine klare Unterscheidung zwischen diesen Risikokäufern und Mitarbeitern, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören und deren Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil des Kreditinstitutes auswirkt, erkennen. Möglicherweise sind beide Mitarbeiterkategorien auch ident. Die in den Richtlinienverhandlungen zu diesem Punkt von österreichischer Seite vorgebrachten Fragen blieben unbeantwortet. Es ist davon auszugehen, dass unter dem Terminus „Vergütungsgruppe“ (englische Fassung: „remuneration bracket“) ein vergleichbares Gehaltsniveau zu verstreben ist und nicht die Kollektivvertragszugehörigkeit.

Literatur

Heuchemer/Kloft, Neue Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung), WM 2010, 2241; *Huang/Schmatzberger*, Ministerialentwurf vom 24.09.2010 zur Novelle des Bankwesengesetzes (BWG) in Umsetzung der „CRD III-Richtlinie“ hinsichtlich der aufsichtlichen Überprüfung der Vergütungspolitik von Kreditinstituten, ZFR 2010, 265; *Rubner*, Anforderungen an Vergütungssysteme im Finanzsektor, NZG 2010, 1288.

Übersicht

1. Anwendungsbereich	1–5
2. Sonstige Vergütungsregelungen.....	6, 7
3. Verfassungsrechtliche Aspekte	8, 9
4. Anlage zu § 39b.....	10–13
5. Eingriffsbefugnisse der FMA	16–18

1. Anwendungsbereich

§ 39b wurde durch die Novelle BGBl I 2010/118 eingefügt; die Materialien verweisen ¹ auf die Umsetzung von Annex V Nr 23 der Richtlinie 2006/48/EG.⁸⁵⁶ Unter Betonung des **Proportionalitätsgrundsatzes** wird im Wesentlichen auf die **Anlage zu § 39b** verwiesen, was die Anwendung der dort genannten „Grundsätze“ betrifft.

⁸⁵⁶ 922 BlgNR 24. GP 3.

- 2 § 39b legt den Anwendungsbereich der „Grundsätze zur Vergütungspolitik und -praktiken fest; in **sachlicher** Hinsicht geht es jedenfalls um „Gehälter und freiwillige Rentenzahlungen“; aufgrund der diese Begriffe einleitenden Formulierung „einschließlich“ dürfte der Gesetzgeber von einem umfassenden Begriff ausgehen, der – ähnlich § 2 der deutschen Instituts-Vergütungsverordnung – sämtliche finanziellen Belastungen und Sachbezüge gleich welcher Art sowie Leistungen von Dritten, die ein Geschäftsleiter oder Mitarbeiter in Hinsicht auf seine berufliche Tätigkeit enthält, einschließt.⁸⁵⁷
- 3 In **persönlicher** Hinsicht werden „Mitarbeiterkategorien einschließlich der Geschäftsleitung, Risikokäufer, Mitarbeiter mit Kontrollfunktionen und Mitarbeiter, die derselben Vergütungsgruppe wie die Geschäftsleitung und Risikokäufer angehören“ erfasst. Zusatzanforderung ist, dass sich deren Tätigkeit „wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt“. Der Begriff der „Risikokäufer“ wird in den Materialien konkretisiert: Es soll sich um jene Mitarbeiter handeln, deren Tätigkeit ungeachtet ihrer hierarchischen Position mit dem bestimmungsgemäßen Eingehen bankgeschäftlicher und bankbetrieblicher Risiken iS von § 39 immanent ist.⁸⁵⁸
- 4 Zum **zeitlichen** Anwendungsbereich ist angeordnet: Nach § 103o haben die Kreditinstitute und ihre jeweils für den Abschluss von Verträgen und Betriebsvereinbarungen zuständigen Organe darauf hinzuwirken, dass bis zum 31.12.2010 abgeschlossene vertragliche Vereinbarungen, die den Anforderungen der Anlage zu § 39b nicht entsprechen, soweit rechtlich zulässig, auf Grundlage einer objektiv nachvollziehbaren rechtskundigen Begutachtung der Rechtslage und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten angepasst werden. Mit dieser unscharfen – auf eine „Legal Opinion“ verweisenden – Regelung ist eine **Rückwirkung** verbunden; demgemäß betonen auch die Materialien, dass § 39b auch auf bereits bestehende Verträge einschließlich der Boni für das Geschäftsjahr 2010 anwendbar ist.
- 5 Der Begriff der „**Vergütungsgruppe**“, der für die Anwendung der Vergütungsgrundsätze maßgeblich ist, wird im Gesetz nicht erklärt; nach den Materialien soll darunter ein „vergleichbares Gehaltsniveau“ zu verstehen sein, nicht aber die Kollektivvertragszugehörigkeit.

2. Sonstige Vergütungsregelungen

- 6 Bereits der österreichische **Corporate Governance Kodex** sieht beim Abschluss von Vorstandsverträgen spezielle Vergütungsgrundsätze vor (Regel C 27).⁸⁵⁹ Danach richtet sich die Vergütung des Vorstands nach dem Umfang des Aufgabenbereiches, der Verantwortung und der persönlichen Leistung des Vorstandsmitglieds sowie Erreichung der Unternehmensziele, der Größe und der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens. Weiters sieht die Regel C 27 vor, dass die Vergütung „fixe und variable Bestandteile“ enthält. Die Überlegung, dass die variablen Vergütungsteile nicht zum Eingehen unangemessener Risiken verleiten dürfen, findet sich im Corporate Governance Code ebenso wie in Z 1 der Anlage zu § 39b; damit ist ein zentrales Regelungsanliegen angesprochen: Die Vergütung der Beschäftigten von Kreditinstituten soll nachhaltiger

⁸⁵⁷ Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2242; vgl auch § 2 Z 76.

⁸⁵⁸ 922 BlgNR 24. GP 3.

⁸⁵⁹ Fassung Jänner 2010, abrufbar unter www.wienerbörse.at/corporate.

– in Abkehr von einer Belohnung kurzfristiger Erfolge, während Misserfolge ohne Konsequenzen bleiben – gestaltet werden.⁸⁶⁰ Der Corporate Governance Code sieht in Regel C 43 auch die Einrichtung eines Vergütungsausschusses durch den Aufsichtsrat vor, der sich ua mit dem Inhalt von Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern zu befassen und die Vergütungspolitik für Vorstandsmitglieder in regelmäßigen Abständen zu überprüfen hat; zum Vergütungsausschuss vgl § 39c.

Die FMA hat sich zur Gestaltung von Vergütungssystemen bislang im Kontext mit 7 der Interessenkonfliktproblematik in Form eines **Rundschreibens** geäußert.⁸⁶¹

3. Verfassungsrechtliche Aspekte

Die Neuregelungen weisen im Hinblick auf das **Bestimmtheitsgebot** des Art 18 B-VG bemerkenswerte Unschärfen auf; bereits die den Anwendungsbereich vorprägende Formulierung, dass sich die Tätigkeit der betreffenden Mitarbeiterkategorien „wesentlich auf das Risikoprofil auswirkt“, bleibt unbestimmt, zumal in hierarchisch organisierten Unternehmen wie Kreditinstituten stets zu fragen ist, ob die Tätigkeit von bestimmten Mitarbeitern per se eine Auswirkung auf das „Risikoprofil“ haben kann. 8

Die Anlage zu § 39b enthält darüber hinaus eine Reihe von Formulierungen, die sich mit dem Legalitätsprinzip kaum in Einklang bringen lassen; die Anforderung, dass die Vergütungspolitik „mit der Geschäftsstrategie, den Zielen, Werten und langfristigen Interessen des Kreditinstitutes im Einklang“ zu stehen hat (Z 2 der Anlage zu § 39b) lässt sich kaum als eindeutige Determinierung einer „Vergütungspolitik“ verstehen. Auch bei der Vorgabe, dass die Vergütungspolitik „mit einem soliden und wirksamen Risikomanagement vereinbar“ sein soll (Z 1 der Anlage zu § 39b), handelt es sich im Grunde um eine programmatisch gefärbte Regelung. 9

4. Anlage zu § 39b⁸⁶²

Die Anlage zu § 39b enthält „Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken“. 10 Die **allgemeinen Anforderungen** an Vergütungssysteme sind in den Z 1 und 2 der Anlage umschrieben; hervorzuheben ist die Anbindung der Vergütungspolitik an die Geschäftsstrategie, die Ziele, Werte und langfristigen Interessen des Kreditinstituts (Z 2). Daraus ergibt sich, dass Strategieänderungen eine Verpflichtung zur Anpassung der Ausgestaltung der Vergütungssysteme zur Folge haben.⁸⁶³ Einseitige Eingriffe in bestehende Vertragsverhältnisse sieht das Gesetz hingegen – mit Ausnahme der Übergangsbestimmung des § 103o Z 1 – nicht vor.⁸⁶⁴ 11

⁸⁶⁰ Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2241; Huang/Schmatzberger, ZFR 2010, 265.

⁸⁶¹ Rundschreiben der FMA zur Interessenkonfliktproblematik bei bestimmten Vergütungssystemen vom 1.12.2009, abrufbar unter www.fma.gv.at.

⁸⁶² Abgedruckt im Anhang auf Seite 1087.

⁸⁶³ Vgl Rubner, NZG 2010, 1289 mit Verweis auf § 3 I 3 InstitutsVergV.

⁸⁶⁴ Vgl zur deutschen Rechtslage auch Rubner, NZG 2010, 1289: „Aus der das Institut treffenden Pflicht zur Anpassung der Vergütungssysteme kann nicht auf ein Recht zur einseitigen Vertragsänderung geschlossen werden. Vielmehr ist im Fall einer Strategieänderung zunächst das jeweils zuständige Organ dazu aufgerufen, auf eine einvernehmliche Änderung bestehender Verträge hinzuwirken und beim Neuabschluss von Verträgen von vornherein das veränderte Vergütungssystem anzuwenden.“

- 12 Die inhaltliche Umsetzung wird durch die **Verfahrensvorschriften** nach Z 3 und 4 der Anlage festgelegt; der Aufsichtsrat genehmigt die allgemeinen Grundsätze der Vergütungspolitik (Z 3); mindestens einmal jährlich ist die Vergütungspraxis zu überprüfen (Z 4). Einseitige Eingriffe in Vertragsverhältnisse kommen auch hier nicht in Betracht.⁸⁶⁵
- 13 Nach Z 8 der Anlage haben bei der Gesamtvergütung **fixe und variable Bestandteile in einem angemessenen Verhältnis** zu stehen, wobei der fixe Vergütungsanteil so hoch ist, dass eine flexible Politik in Bezug auf die variablen Vergütungskomponenten uneingeschränkt möglich ist und auch zur Gänze auf die Gewährung einer variablen Vergütung verzichtet werden kann. Wiederum ergeben sich im Hinblick auf das Legalitätsprinzip Bedenken, was die Formulierung dieser Vorgabe betrifft. Gemeint ist offenbar, dass der fixe Vergütungsanteil bereits für sich eine angemessene Entlohnung darstellen soll, wobei der für eine variable Vergütung verbleibende Spielraum unbestimmt bleibt und lediglich nach den Kriterien der Z 1 bzw Z 2, die ihrerseits keine klare Abgrenzung ermöglichen, ausgemittelt werden kann.
- 14 Für einen „erheblichen Anteil“ – **mindestens 50% der variablen Vergütungskomponenten** – werden **inhaltliche Vorgaben** für die Vergütung getroffen (Z 11 der Anlage); dabei muss ein erheblicher Anteil der variablen Vergütung – mindestens 40% – während eines mindestens fünfjährigen Zeitraums zurückgestellt werden (Z 12); die Rückstellungszeit wurde daher gegenüber dem durch die Richtlinie eingeräumten Spielraum – mindestens drei bis fünf Jahre – maximiert. Diese „**Deferral**“-Bestimmung bringt mit sich, dass der Anspruchserwerb oder die Auszahlung der variablen Vergütung einschließlich des zurückgestellten Anteils nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf, die in Z 12 lit a der Anlage näher ausgeführt sind; maßgeblich sind die „Finanzlage des Kreditinstituts“ sowie die „Leistung der betreffenden Geschäftsabteilung und Person“.
- 15 Eine wesentliche Determinante für die Vertragsgestaltung ist in der eigenwillig formulierten Regelung von Z 12 lit a Satz 2 der Anlage zu sehen, wonach die gesamte variable Vergütung „unbeschadet allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitsrechts“ erheblich beschränkt wird, wenn es zu einer **verschlechterten oder negativen Finanz- oder Ertragslage des Kreditinstituts** kommt. Vor allem wird bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sein, was unter einer „**erheblichen**“ **Beschränkung** konkret zu verstehen ist. Unklar bleibt im Übrigen, ob die Ausblendung „allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Arbeitrechts“ auch dazu führen kann, dass bereits erworbene Ansprüche erlöschen bzw verfallen können.⁸⁶⁶

5. Eingriffsbefugnisse der FMA

- 16 Die FMA hat nach Maßgabe von § 70 Abs 4a ein **zusätzliches Eigenmittelerfordernis** in einem für die Begrenzung der Risiken aus der Vergütungspolitik und den Vergü-

⁸⁶⁵ Rubner, NZG 2010, 1289.

⁸⁶⁶ Vgl dazu den von der Judikatur (VOEST-Managerpensionen) bestätigter Grundsatz der Einhaltung bestehender Vertrag auch bei drastischer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage: OGH 11.1.1989, JBl 1989, 264.

tungspraktiken angemessenen und erforderlichen Ausmaß vorzuschreiben, wenn bei einem Kreditinstitut oder einer Kreditinstitutsgruppe keine angemessene Risikobegrenzung vorliegt und eine kurzfristige angemessene Erfassung und Begrenzung dieser Risiken durch das Kreditinstitut oder die Kreditinstitutsgruppe nicht zu erwarten ist.

Die FMA kann bei Gefährdung der Finanz- und Solvabilitätslage des Kreditinstituts die **Begrenzung der variablen Vergütung auf einen Prozentsatz des Bilanzgewinns** anordnen (§ 70 Abs 4c Z 2).

Weiters ist die FMA nach Z 11 der Anlage berechtigt, **Beschränkungen** hinsichtlich der Art und Gestaltung der dort genannten **Instrumente der variablen Vergütung aufzuerlegen oder bestimmte Instrumente zu verbieten**. Generelle Vorgaben dergestaltiger Qualität werden, ohne dass dies in der Anlage ausdrücklich vorgesehen wäre, in Verordnungsform zu ergehen haben.

17

18

Vergütungsausschuss⁸⁶⁷

§ 39c. In Kreditinstituten jedweder Rechtsform, deren Bilanzsumme eine Milliarde Euro übersteigt oder die übertragbare Wertpapiere ausgegeben haben, die zum Handel an einem geregelten Markt gemäß § 1 Abs. 2 Börsegesetz 1989 zugelassen sind, ist vom Aufsichtsrat oder dem sonst nach Gesetz oder Satzung zuständigen Aufsichtsorgan des Kreditinstitutes ein Vergütungsausschuss einzurichten. Zu den Aufgaben des Vergütungsausschusses gehört die Überwachung der Vergütungspolitik, Vergütungspraktiken und vergütungsbezogenen Anreizstrukturen, jeweils im Zusammenhang mit der Steuerung, Überwachung und Begrenzung von Risiken gemäß § 39 Abs. 2b Z 1 bis 10, der Eigenmittelausstattung und Liquidität, wobei auch die langfristigen Interessen von Aktionären, Investoren und Mitarbeitern des Kreditinstitutes zu berücksichtigen sind. Die Zusammensetzung des Vergütungsausschusses hat eine unabhängige und integre Beurteilung dieser Themen zu ermöglichen und setzt sich aus mindestens drei Mitgliedern des Aufsichtsrates zusammen, wobei zumindest eine Person über Fachkenntnis und praktische Erfahrung im Bereich der Vergütungspolitik zu verfügen hat. Vorsitzender des Prüfungsausschusses oder Vergütungsexperte darf nicht sein, wer in den letzten drei Jahren Geschäftsleiter oder leitender Angestellter (§ 80 AktG) des betreffenden Kreditinstitutes war oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist. Der Vergütungsausschuss hat zumindest eine Sitzung im Jahr abzuhalten.

EB zu BGBI I 2010/118

Hiermit wird die Einführung von Annex V Nummer 24 der Richtlinie 2006/48/EG umgesetzt. Kreditinstitute, die im Hinblick auf deren Größe und internen Organisation, aber auch im Hinblick auf die Art, den Umfang und die Komplexität der betriebenen Geschäfte als bedeutend eingestuft werden, haben einen Vergütungsausschuss einzurichten. Der Anknüpfungspunkt im nunmehrigen § 39c BWG (Bilanzsumme übersteigt eine Milliarde Euro oder es werden übertragbare Wertpapiere begeben, die

⁸⁶⁷ Entwurf aus der Regierungsvorlage zu BGBI I 2010/118 – noch nicht in Kraft, siehe Kommentierung Rz 1, 2.

zum Handel an einem geregelten Markt gemäß § 1 Abs. 2 Börsegesetz 1989 zugelassen sind) erfüllt die in der Richtlinie genannten Kriterien. In der Richtlinie 2010/xxx/EG wird kein Intervall für die stattzufindenden Sitzungen konkretisiert; dieser wird in § 39c BWG mit einmal jährlich festgelegt. Die Richtlinienformulierung über die Vorbereitung von Entscheidungen der Geschäftsführer stellt auf das „Board-System“ ab und wurde daher auch für das in Österreich eher verbreitete duale System adaptiert. Die „Cooling-Off-Periode“ für den Vorsitzenden des Vergütungsausschusses wurde nach dem Vorbild des § 63a Abs. 4 übernommen. In Hinblick auf die Einrichtung eines Vergütungsausschusses kann ergänzend auf die Empfehlung der Kommission zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor K(2009)3159 und die Empfehlung der Kommission zur Ergänzung der Empfehlungen 2004/913/EG und 2005/162/EG zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleitung börsennotierter Gesellschaften K(2009)3177 verwiesen werden. Auch im österreichischen Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2010) wird die Einrichtung eines Vergütungsausschusses unter C-43 empfohlen.

Literatur

Heuchemer/Kloft, Neue Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung), WM 2010, 2241; *Rubner*, Anforderungen an Vergütungssysteme im Finanzsektor, NZG 2010, 1288.

Übersicht

1. Regelungszweck	1, 2
2. Vergütungsausschuss.....	3–9

1. Regelungszweck

- 1 Mit der Novelle BGBI I 2010/118 sollte neben dem neuen § 39b auch § 39c eingefügt werden, um die Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken durch das Instrument des „**Vergütungsausschusses**“ zu ergänzen. Offensichtlich aufgrund eines Redaktionsversagens wurde § 39c zwar im Inhaltsverzeichnis (Art 2 Z 1 der Novelle) erwähnt; die Regelung des § 39c selbst fehlt in BGBI I 2010/118 jedoch.
- 2 Im Hinblick auf eine absehbare Sanierung dieses Versehens – in der Anlage zu § 39b wird in Z 3 ausdrücklich auf § 39c verwiesen – wird diese Bestimmung der Regierungsvorlage kommentiert.

2. Vergütungsausschuss

- 3 Bereits der österreichische **Corporate Governance Kodex** sieht in Regel C 43 die Einrichtung eines Vergütungsausschusses durch den Aufsichtsrat vor, der sich ua mit dem Inhalt von Anstellungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern zu befassen hat. Die Verpflichtung zur Einrichtung eines Vergütungsausschusses findet sich auch in der deutschen Parallelregelung des § 6 InstitutsVergV.⁸⁶⁸
- 4 Nicht jedes Kreditinstitut hat einen Vergütungsausschuss einzurichten; das Gesetz stellt hinsichtlich des Anwendungsbereichs auf die **Alternativkriterien** der Bilanzsumme (mehr als eine Milliarde Euro) und den Umstand ab, dass das Kreditinstitut

⁸⁶⁸ Dazu *Heuchemer/Kloft*, WM 2010, 2247.

übertragbare Wertpapiere ausgegeben hat, die zum Handel an einem geregelten Markt gemäß § 1 Abs 2 BörseG zugelassen sind.⁸⁶⁹

Der Vergütungsausschuss muss aus mindestens **drei Mitgliedern des Aufsichtsrats** bestehen; zumindest eine Person hat über Fachkenntnis und praktische Erfahrung im Bereich der Vergütungspolitik zu verfügen. Nicht explizit vorgesehen ist, dass ein eigenständiger Ausschuss etabliert werden muss. Ein bereits bestehender **Personalausschuss** könnte die Aufgaben des Vergütungsausschusses übernehmen.⁸⁷⁰

Nach der „**Cooling-off**“-Regelung des Satzes 4 darf Vorsitzender des Vergütungsausschusses oder Experte nicht sein, wer in den letzten drei Jahren Geschäftsleiter oder leitender Angestellter des betreffenden Kreditinstitutes war oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist. Die Materialien verweisen diesbezüglich auf das Vorbild des § 63a Abs 4.

Für das **Sitzungsintervall** besteht keine europarechtliche Vorgabe; der Vergütungsausschuss hat zumindest eine Sitzung im Jahr abzuhalten (Satz 5).

Die **Aufgaben** des Vergütungsausschusses sind im Gesetz nicht abschließend umschrieben; genannt werden die Überwachung der Vergütungspolitik, Vergütungspraktiken und vergütungsbezogenen Anreizstrukturen, jeweils im Zusammenhang mit der Steuerung, Überwachung und Begrenzung von Risiken gemäß § 39 Abs 2b Z 1 bis 10, der Eigenmittelausstattung und Liquidität, wobei auch die langfristigen Interessen von Aktionären, Investoren und Mitarbeitern des Kreditinstitutes zu berücksichtigen sind.

Zusätzlich sind bei Vergütungsregelungen aber auch die **interessenkonfliktorientierten Regelungen** des § 35 WAG sowie der IIKV zu berücksichtigen; während die bankwesenrechtlichen Vorschriften primär die Risikosituation des Instituts selbst im Blick haben, verlangt das WAG eine möglichst weitgehende Entschärfung von Interessenkonfliktpotenzialen im Hinblick auf den Anlegerschutz.⁸⁷¹

Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

§ 40. (1) Die Kredit- und Finanzinstitute haben die Identität eines Kunden festzustellen und zu überprüfen:

- 1. vor Begründung einer dauernden Geschäftsbeziehung;**
- Spareinlagengeschäfte nach § 31 Abs. 1 dieses Bundesgesetzes und Geschäfte nach § 12 Depotgesetz gelten stets als dauernde Geschäftsbeziehung;**

⁸⁶⁹ Nach deutschem Recht sind Vergütungsausschüsse nur von „bedeutenden Instituten“ einzurichten (§ 6 InstitutsVergV), wobei ein Institut dann „bedeutend“ ist, wenn seine Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre € 10 Mrd erreicht oder überschritten hat und es auf Grundlage einer schriftlich zu dokumentierenden plausiblen Risikoanalyse zu der Einschätzung gelangt, dass es bedeutend ist. Institute mit einer Bilanzsumme im maßgeblichen Bemessungszeitraum von € 40 Mrd oder mehr gelten regelmäßig als bedeutend (§ 1 Abs 2 InstitutsVergV); vgl Heuchemer/Kloft, WM 2010, 2245 f; Rubner, NZG 2010, 1290.

⁸⁷⁰ Vgl auch Stellungnahme des österreichischen Rechtsanwaltskammertages vom 8.10.2010 zu BMF-040402/0012-III/5/2010.

⁸⁷¹ Näher dazu Kreisl in Brandl/Saria, WAG § 35 Rz 21 f.

2. vor Durchführung von allen nicht in den Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung fallenden Transaktionen, deren Betrag sich auf mindestens 15 000 Euro oder Euro-Gegenwert beläuft, und zwar unabhängig davon, ob die Transaktion in einem einzigen Vorgang oder in mehreren Vorgängen, zwischen denen eine Verbindung offenkundig gegeben ist, getätigt wird; ist der Betrag vor Beginn der Transaktion nicht bekannt, so ist die Identität dann festzustellen, sobald der Betrag bekannt ist und festgestellt wird, dass er mindestens 15 000 Euro oder Euro-Gegenwert beträgt;
3. wenn der Verdacht oder der berechtigte Grund zu der Annahme besteht, dass der Kunde einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB) angehört oder dass der Kunde objektiv an Transaktionen mitwirkt, die der Geldwäscherei (§ 165 StGB – unter Einbeziehung von Vermögensbestandteilen, die aus einer strafbaren Handlung des Täters selbst herrühren) oder der Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) dienen;
4. nach dem 31. Oktober 2000 bei jeder Einzahlung auf Spareinlagen und nach dem 30. Juni 2002 auch bei jeder Auszahlung von Spareinlagen, wenn der ein- oder auszuzahlende Betrag mindestens 15 000 Euro oder Euro-Gegenwert beträgt;
5. bei Zweifeln an der Echtheit oder der Angemessenheit zuvor erhaltener Kundenidentifikationsdaten.

Die Identität eines Kunden ist durch persönliche Vorlage seines amtlichen Lichtbildausweises festzustellen. Als amtlicher Lichtbildausweis in diesem Sinn gelten von einer staatlichen Behörde ausgestellte Dokumente, die mit einem nicht austauschbaren erkennbaren Kopfbild der betreffenden Person versehen sind, und den Namen, das Geburtsdatum und die Unterschrift der Person sowie die ausstellende Behörde enthalten; bei Reisedokumenten von Fremden muss das vollständige Geburtsdatum dann nicht im Reisedokument enthalten sein, wenn dies dem Recht des ausstellenden Staates entspricht. Bei juristischen Personen und bei nicht eigenberechtigten natürlichen Personen ist die Identität der vertretungsbefugten natürlichen Person durch Vorlage ihres amtlichen Lichtbildausweises festzustellen und die Vertretungsbefugnis anhand geeigneter Bescheinigungen zu überprüfen. Die Feststellung der Identität der juristischen Person hat anhand von beweiskräftigen Urkunden zu erfolgen, die gemäß dem am Sitz der juristischen Personen landesüblichen Rechtsstandard verfügbar sind. Von den vorstehenden Bestimmungen darf nur in den Fällen gemäß Abs. 8 und § 40a abgewichen werden. Von den Kriterien des amtlichen Lichtbildausweises können einzelne Kriterien entfallen, wenn auf Grund des technischen Fortschritts andere gleichwertige Kriterien eingeführt werden, wie beispielsweise biometrische Daten, die den entfallenen Kriterien in ihrer Legitimationswirkung zumindest gleichwertig sind. Das Kriterium der Ausstellung durch eine staatliche Behörde muss jedoch immer gegeben sein.

(2) Die Kredit- und Finanzinstitute haben den Kunden aufzufordern, bekannt zu geben, ob er die Geschäftsbeziehung (Abs. 1 Z 1) oder die Transaktion (Abs. 1

Z 2) auf eigene oder fremde Rechnung bzw. im fremden Auftrag betreiben will; dieser hat der Aufforderung zu entsprechen und diesbezügliche Änderungen während aufrechter Geschäftsbeziehung von sich aus unverzüglich bekannt zu geben. Gibt der Kunde bekannt, dass er die Geschäftsbeziehung (Abs. 1 Z 1) oder die Transaktion (Abs. 1 Z 2) auf fremde Rechnung bzw. im fremden Auftrag betreiben will, so hat er dem Kredit- oder Finanzinstitut auch die Identität des Treugebers nachzuweisen. Die Identität des Treuhänders ist gemäß Abs. 1 und zwar ausschließlich bei physischer Anwesenheit des Treuhänders festzustellen. Eine Identifizierung des Treuhänders durch Dritte ist ebenfalls ausgeschlossen. Der Nachweis der Identität des Treugebers hat bei natürlichen Personen durch Vorlage des Originals oder einer Kopie des amtlichen Lichtbildausweises (Abs. 1) des Treugebers zu erfolgen, bei juristischen Personen durch beweiskräftige Urkunden gemäß Abs. 1. Der Treuhänder hat weiters eine schriftliche Erklärung gegenüber dem Kredit- oder Finanzinstitut abzugeben, dass er sich persönlich oder durch verlässliche Gewährspersonen von der Identität des Treugebers überzeugt hat. Verlässliche Gewährspersonen in diesem Sinn sind Gerichte und sonstige staatliche Behörden, Notare, Rechtsanwälte und Dritte im Sinne des Abs. 8. Bei besonderen Anderkonten von befugten Immobilienverwaltern für Eigentümergemeinschaften von Immobilien gilt als Treugeberidentitätsnachweis von Miteigentümern, die natürliche Personen sind, die Vorlage des Grundbuchsauszuges.

(2a) Kredit- und Finanzinstitute haben weiters

1. den Kunden aufzufordern die Identität des wirtschaftlichen Eigentümers des Kunden bekannt zu geben und dieser hat dieser Aufforderung zu entsprechen sowie haben sie risikobasierte und angemessene Maßnahmen zur Überprüfung von dessen Identität zu ergreifen, sodass sie davon überzeugt sind zu wissen, wer der wirtschaftliche Eigentümer ist; im Falle von juristischen Personen oder von Trusts schließt dies risikobasierte und angemessene Maßnahmen ein, um die Eigentums- und die Kontrollstruktur des Kunden zu verstehen,
2. risikobasierte und angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um Informationen über Zweck und Art der angestrebten Geschäftsbeziehung einzuholen,
3. risikobasierte und angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um eine kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung, einschließlich einer Überprüfung der im Verlauf der Geschäftsbeziehung abgewickelten Transaktionen, durchzuführen, um sicherzustellen, dass diese mit den Kenntnissen der Institute über den Kunden, seine Geschäftstätigkeit und sein Risikoprofil, einschließlich erforderlichenfalls der Herkunft der Geld- oder Finanzmittel, kohärent sind, und Gewähr zu leisten, dass die jeweiligen Dokumente, Daten oder Informationen stets aktualisiert werden.

(2b) Die Kredit- und Finanzinstitute haben ihr Geschäft anhand geeigneter Kriterien (insbesondere Produkte, Kunden, Komplexität der Transaktionen, Geschäft der Kunden, Geographie) einer Risikoanalyse betreffend ihres Risikos, für

Zwecke der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung missbraucht zu werden, zu unterziehen. Die Kredit- und Finanzinstitute müssen gegenüber der FMA nachweisen können, dass der Umfang der auf Grund der Analyse gesetzten Maßnahmen im Hinblick auf die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung als angemessen anzusehen ist.

(2c) Abweichend von den Abs. 1, 2 und 2a ist die Eröffnung eines Bankkontos unter der Bedingung zulässig, dass ausreichend sichergestellt ist, dass Transaktionen von dem Kunden oder für den Kunden erst vorgenommen werden, nachdem eine vollständige Übereinstimmung mit Abs. 1, 2 und 2a zur Kundenidentifizierung und Erlangung der sonstigen erforderlichen Informationen über die Geschäftsbeziehung erreicht worden ist.

(2d) Für den Fall, dass die Kredit- und Finanzinstitute nicht in der Lage sind, die Abs. 1, 2 und 2a zur Kundenidentifizierung und Erlangung der sonstigen erforderlichen Informationen über die Geschäftsbeziehung einzuhalten, dürfen sie keine Transaktion abwickeln, keine Geschäftsbeziehung begründen oder sie müssen die Geschäftsbeziehung beenden; überdies ist eine Meldung über den Kunden an die Behörde (Geldwäschemeldestelle (§ 4 Abs. 2 des Bundeskriminalamt-Gesetzes, BGBl. I Nr. 22/2002)) in Übereinstimmung mit § 41 Abs. 1 in Erwägung zu ziehen.

(2e) Die Kredit- und Finanzinstitute haben die Sorgfaltspflichten gemäß §§ 40 ff zur Feststellung und Überprüfung der Kundenidentität nicht nur auf alle neuen Kunden, sondern zu geeigneter Zeit auch auf die bestehende Kundschaft auf risikoorientierter Grundlage anzuwenden.

(3) Die Kredit- und Finanzinstitute haben aufzubewahren:

1. Unterlagen, die einer Identifizierung nach Abs. 1, 2, 2a und 2e dienen, bis mindestens fünf Jahre nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit diesem Kunden;
2. von sämtlichen Transaktionen Belege und Aufzeichnungen bis mindestens fünf Jahre nach deren Durchführung,

wobei jeweils die genannten Fristen durch Verordnung der FMA auf bis zu fünfzehn Jahre verlängert werden können, soferne dies zur Bekämpfung der Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung notwendig erscheint.

(4) Die Kredit- und Finanzinstitute haben

1. zu veranlassen, dass in ihren Zweigstellen und den Tochterunternehmen in Drittländern Maßnahmen angewendet werden, die zumindest denen entsprechen, die in diesem Bundesgesetz im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden, die Meldepflichten, die Strategien und Verfahren, die Regelungen über den Geldwäscheauftrag, die interne Revision und die Aufbewahrung von Aufzeichnungen, jedoch nur insoweit, als die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung betroffen ist, festgelegt sind;

2. die FMA hiervon zu informieren, wenn die Anwendung der Maßnahmen gemäß Z 1 nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Drittlands nicht zulässig ist, und außerdem andere Maßnahmen zu ergreifen, um dem Risiko der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung wirkungsvoll zu begegnen.

Die FMA hat die zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission über Fälle zu unterrichten, in denen die Anwendung der nach Z 1 erforderlichen Maßnahmen nach den Rechtsvorschriften eines Drittlands nicht zulässig ist und eine Lösung im Rahmen eines abgestimmten Vorgehens angestrebt werden könnte.

(5) Die Entgegennahme und der Erwerb von Wertpapieren für

1. Wertpapierkonten (§ 11 Depotgesetz) und
2. Geschäftsbeziehungen gemäß § 12 Depotgesetz,

die vor dem 1. August 1996 eröffnet oder eingegangen worden sind, sind nur dann zulässig, wenn die Identität des Kunden zuvor festgehalten und Abs. 2 und 2a entsprochen wurde. Die Veräußerung von Wertpapieren und die Auszahlung von Guthaben und Erträgen von Wertpapierkonten (§ 11 DepotG) und aus Geschäftsbeziehungen gemäß § 12 DepotG darf nach dem 30. Juni 2002 nur dann erfolgen, wenn zuvor die Identität des Kunden festgehalten und Abs. 2 und Abs. 2a entsprochen wurde.

(6) Auf bestehende Sparkonten gemäß § 31 dürfen, sofern noch keine Identitätsfeststellung gemäß Abs. 1 erfolgt ist, weder Einzahlungen geleistet noch entgegengenommen werden. Ebenso dürfen keine Beträge aus Überweisungen auf solche Sparkonten, sofern noch keine Identitätsfeststellung gemäß Abs. 1 erfolgt ist, gutgeschrieben werden.

(7) Nach dem 30. Juni 2002 sind Sparkonten, für die noch keine Identitätsfeststellung gemäß Abs. 1 erfolgt ist, als besonders gekennzeichnete Konten zu führen. Ein- und Auszahlungen auf und von diesen Konten dürfen erst durchgeführt und Überweisungen erst gutgeschrieben werden, wenn die Identitätsfeststellung gemäß Abs. 1 erfolgt ist.

(8) Die Kredit- und Finanzinstitute dürfen zur Erfüllung der Pflichten nach § 40 Abs. 1, 2 und 2a Z 1 und 2 auf Dritte zurückgreifen, soweit ihnen nicht Hinweise vorliegen, die eine gleichwertige Erfüllung der genannten Pflichten bezweifeln lassen. Die endgültige Verantwortung für die Erfüllung dieser Pflichten verbleibt jedoch bei den Kredit- oder Finanzinstituten, die auf Dritte zurückgreifen. Als Dritte im Sinne dieses Absatzes gelten, sofern sie nicht ausschließlich über eine Berechtigung für die Durchführung des Wechselstubengeschäfts (§ 1 Abs. 1 Z 22) verfügen,

1. die in Art. 3 Z 1 und 2 der Richtlinie 2005/60/EG genannten Kredit- und Finanzinstitute sowie die in § 3 Z 4 ZaDiG genannten Zahlungsinstitute,
2. die in Art. 3 Z 1 und 2 der Richtlinie 2005/60/EG genannten Kredit- und Finanzinstitute sowie die in § 3 Z 4 ZaDiG genannten Zahlungsinstitute in einem Drittland und

3. die in Art. 2 Abs. 1 Z 3 lit. a und b der Richtlinie 2005/60/EG genannten Personen,

je unter der Voraussetzung, dass sie einer gesetzlich anerkannten obligatorischen Registrierung hinsichtlich ihres Berufs unterliegen und sie Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden und Pflichten zur Aufbewahrung von Unterlagen anwenden müssen, die den §§ 40 ff entsprechen bzw. in der Richtlinie 2005/60/EG festgelegt sind oder diesen entsprechen, und sie einer Aufsicht gemäß Kapitel V Abschnitt 2 dieser Richtlinie unterliegen, was die Einhaltung der Anforderungen dieser Richtlinie betrifft, oder sie in einem Drittland ansässig sind, das Anforderungen vorschreibt, die denen in dieser Richtlinie entsprechen. Die FMA unterrichtet die zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten und die Europäische Kommission über Fälle, in denen ein Drittland ihres Erachtens die vorgenannten Bedingungen erfüllt. Wenn die Europäische Kommission eine Entscheidung nach Art. 40 Abs. 4 der Richtlinie 2005/60/EG trifft, untersagt die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates durch Verordnung den Kredit- und Finanzinstituten, zur Erfüllung der Pflichten nach Abs. 1, 2 und 2a Z 1 und 2 auf Dritte aus dem betreffenden Drittland zurückzugreifen. Die Kredit- und Finanzinstitute haben zu veranlassen, dass die Dritten ihnen die zur Erfüllung der Pflichten nach Abs. 1, 2 und Abs. 2a Z 1 und 2 bzw. nach Art. 8 Abs. 1 lit. a bis c der Richtlinie 2005/60/EG erforderlichen Informationen unverzüglich zur Verfügung stellen. Weiters haben die Kredit- und Finanzinstitute zu veranlassen, dass die maßgeblichen Kopien der Daten hinsichtlich der Feststellung und Überprüfung der Identität des Kunden sowie andere maßgebliche Unterlagen über die Identität des Kunden oder des wirtschaftlichen Eigentümers von dem Dritten ihnen auf ihr Ersuchen unverzüglich weitergeleitet werden. Dieser Absatz gilt nicht für „Outsourcing“- oder Vertretungsverhältnisse, bei denen auf der Grundlage eines Vertrages der „Outsourcing“-Dienstleister oder Vertreter als Teil des zur Erfüllung der Pflichten nach Abs. 1, 2 und 2a Z 1 und 2 verpflichteten Kredit- oder Finanzinstituts anzusehen ist.

(9) (aufgehoben durch BGBl I 2007/108)

EB zu BGBl I 2010/37

Zu Abs 2:

Weiters wird eine Verpflichtung der Kredit- und Finanzinstitute eingeführt, die Geschäftsbeziehung einer kontinuierlichen Überwachung zu unterwerfen. Die Bekanntgabe einer Treuhand soll auch bei aufrechter Geschäftsbeziehung erfolgen.

Zu Abs 2d:

In Abs. 2d erfolgt die Umsetzung der Anmerkung zur FATF-Empfehlung Nr. 26. Der ausdrückliche Hinweis auf die Geldwäschemeldestelle im Bundesministerium für Inneres verdeutlicht deren Zuständigkeit.

Zu Abs 3:

In Abs. 3 erfolgt die Umsetzung der Anmerkung zur FATF-Empfehlung Nr. 10, wobei durch die Verordnungsermächtigung an die FMA die Möglichkeit geschaffen wird, länger auf maßgebliche Unterlagen zuzugreifen. Die Neuregelung ist komplementär zur Verordnungskompetenz der FMA im Zusammenhang mit den verstärkten Sorgfaltspflichten in § 40b Abs. 1 zu sehen.