

Österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde
Otto-Wagner-Platz 5
1090 Wien

per E-Mail: Konsultation.MS.ICAAP@fma.gv.at

Zl. 13/1 24/86

FMA-SG23 5000/0096-CSA/2024

Mindeststandards zum bankinternen Prozess zur Sicherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung (Internal Capital Adequacy Assessment Process – ICAAP; „ICAAP Mindeststandards“)

**Referenten: Dr. Clemens Hasenauer, LL.M., MBA, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Peter Knobl, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

Stellungnahme:

RZ 17 des Entwurfs – Adressaten und Anwendungsbereich

Die FMA-ICAAP-Mindeststandards können und dürfen nicht auf CRR-Kreditinstitute sowie CRR-Finanzinstitute aus anderen Mitgliedstaaten angewendet werden, wenn sie in Österreich Tätigkeiten über eine Zweigstelle (§ 9 Abs 7 BWG; § 11 Abs 5 Z 1 BWG) oder bzw und im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs (§ 9 Abs 8 BWG; § 11 Abs 6 Z 1 BWG), wie im vierten Satz der Rz 17 des Entwurfs referenziert, ausüben. Denn die FMA ist als Behörde des Aufnahmemitgliedstaats im Wege der Residualaufsicht nach der CRD weder für die Erlassung von ICAAP-Vorschriften und die Aufsicht über die Einhaltung des ICAAP durch österreichische Zweigstellen von CRR-Kreditinstituten oder von CRR-Finanzinstituten aus anderen Mitgliedstaaten eine „zuständige Behörde“, noch ist sie eine „zuständige Behörde“ für die Erlassung von ICAAP-Vorschriften und die Beaufsichtigung der Einhaltung der Vorschriften des ICAAP für im Wege der Dienstleistungsfreiheit in Österreich tätige CRR-Kreditinstitute und CRR-Finanzinstitute. Dem scheint zwar dem ersten Anschein nach die Anführung des „§ 39a BWG“ in § 9 Abs 7, § 9 Abs 8 und in § 15 Abs 1 BWG zu widersprechen; allerdings ist die einschlägige österreichische Regelung des § 9 BWG mit dem Verweis auf § 39a BWG in doppelter Hinsicht unionsrechtswidrig und überschießend:

- Sie widerspricht der Vorschrift des Art 73, mit der iVm Art 108 und Art 33 CRD unbedingte Rechte aus Richtlinien von CRR-Kreditinstituten und CRR-Finanzinstituten mit Sitz im EWR festgelegt werden (vgl EuGH, van Duyn, Slg 1974, 1337 Rz 12 ff uvam), weiters der Vorschrift des Art 49 Abs 1 CRD über die Beschränkung der Befugnisse der aufnahmemitgliedstaatlichen Behörden („Residualaufsicht“).
- Darüber hinaus verstößt die Anführung des § 39a BWG in § 9 Abs 7, § 9 Abs 8 und § 15 Abs 1 BWG gegen die primärrechtliche Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit von nichtösterreichischen CRR-Kreditinstituten und von CRR-Finanzinstituten (Art 49, Art 56 EUV).

Der Verweis in § 9 Abs 7, § 9 Abs 8 und § 15 Abs 1 BWG auf § 39a BWG muss daher unangewendet gelassen werden und die Anführung von Zweigstellen und des freien Dienstleistungsverkehrs von CRR-Kreditinstituten und CRR-Finanzinstituten in Rz 17 des Konsultationsentwurfs ist unionsrechtswidrig. Zuständige Behörde zur Erlassung von Vorschriften über den ICAAP ist in diesen Fällen ausschließlich die Herkunftslandbehörde (Art 49 Abs 1 und Art 108 iVm Art 97 CRD).

RZ 20 – Grundsatz 1 des Entwurfs – Das Leitungsorgan ist für eine solide Governance des ICAAP verantwortlich

In Rz 20 des Entwurfs der FMA-ICAAP- Mindeststandards müsste klargestellt werden, dass im Falle des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs und im Falle der grenzüberschreitenden Niederlassung von Zweigstellen, jeweils von CRR-Kreditinstituten und von CRR-Finanzinstituten, der Begriff des „Leitungsorgans“ nicht die „Geschäftsleiter“ (§ 2 Z 1 lit d BWG) von Zweigstellen von Kreditinstituten gem § 9 Abs 1 BWG und von CRR-Finanzinstituten gem § 11 und § 13 BWG umfasst. Dies deshalb, weil die FMA nicht „zuständige Behörde“ für die Beaufsichtigung der ICAAP-Konformität des Handelns dieser Führungskräfte von Zweigstellen oder von Hauptniederlassungen ist (siehe oben Punkt 1.).

Wien, am 19. September 2024

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag

Dr. Armenak Utudjian
Präsident

