

1. Einleitung

1.1. Problem

Die Gesetzgebung und Vollziehung im Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen ist Bundessache (Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG). Dazu zählt auch die Bankenaufsicht. Zur Durchführung (unter anderem) der Bankenaufsicht wurde die FMA als weisungsfreies Verwaltungsorgan (Art 20 Abs 2 Z 5 B-VG) eingerichtet (§ 1 Abs 1 FMABG; Verfassungsbestimmung). Die Aufgabe der FMA in Zusammenhang mit der Bankenaufsicht ist die Wahrnehmung bestimmter gesetzlicher, insbesondere im BWG niedergelegter, Aufgaben und Befugnisse (§ 2 Abs 1 FMABG). Für die von Organen und Bediensteten der FMA in Vollziehung dieser gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse rechtswidrig und schuldhaft zugefügten Schäden haftet der Bund aus dem Titel der Amtshaftung (und nicht die FMA oder deren Organe und Bedienstete selbst) (§ 3 Abs 1 FMABG iVm AHG). Gesetzlich ist somit eine Amtshaftung des Bundes für jene Schäden bestimmt, welche die FMA (allenfalls auch eine andere zur Durchführung der Bankenaufsicht berufene Person)¹ in Vollziehung der Gesetze rechtswidrig und schuldhaft verursacht.

Die Amtshaftung des Bundes für mangelhafte Bankenaufsicht ist (wie die Amtshaftung überhaupt) grundsätzlich schadenersatzrechtlicher Natur und richtet sich als solche nach den einschlägigen Bestimmungen im AHG, welches unter anderem auf das ABGB verweist. Das FMABG enthält noch einige Sonderbestimmungen. Daneben bieten die materiell-rechtlichen Aufsichtsbestimmungen insbesondere im BWG näheren Aufschluss über Rechte und Pflichten der Bankenaufsicht. Außerdem ist die seit Ende der 1970er-Jahre ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen. Weitere Besonderheiten ergeben sich mit Blick auf die (sonstigen) praktischen Probleme, die aus der Verschränkung von Schadenersatzrecht, Amtshaftungsrecht und Bankenaufsichtsrecht folgen.

In der vorliegenden Arbeit sollen unter Berücksichtigung dieser Umstände und auf der Grundlage des geltenden Rechts die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht erforscht werden.

1.2. Der Staat als Wächter über die Banken

Es kann als seit langem ganz herrschende Meinung gelten, dass hoheitliche Aufsicht über die Wirtschaft für einen funktionierenden Staat unumgänglich ist.² Das

1 Unten 2.2.

2 N. Raschauer/Raschauer, Wirtschaftsrecht³, Rz 501d mwN.

Gesetz enthält keine nähere Bestimmung dazu, was unter „Wirtschaftsaufsicht“ zu verstehen ist (verwendet aber selbst den Begriff, vgl zB Art 20 Abs 1 Z 4 B-VG). Die Lehre versteht die Wirtschaftsaufsicht mitunter als Aufsicht über bestimmte Wirtschaftszweige, deren Funktionsfähigkeit im öffentlichen (volkswirtschaftlichen) Interesse zu wahren ist, wobei sich die Aufsicht nicht nur auf die Bewilligung der Aufnahme der Tätigkeit beschränkt, sondern auch die Kontrolle des laufenden Betriebs erfasst.³ Ein wichtiger solcher Wirtschaftszweig ist ohne Zweifel das Bankwesen,⁴ weshalb die hoheitliche Aufsicht über die Banken immer schon als wesentlicher Teil der Wirtschaftsaufsicht überhaupt verstanden wurde.⁵ Dem Staat kommt deshalb historisch und aktuell die Rolle des Wächters über die Banken zu.

Obwohl die Notwendigkeit von Wirtschaftsaufsicht überhaupt im Grunde unstrittig ist, unterscheiden sich die Meinungen über deren Umfang und Grenzen. Das gilt auch für die Bankenaufsicht. Dabei bilden die sich aus den Aufsichtsbestimmungen ergebenden Aufsichtsziele sowie Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörde ein System wechselseitiger Abhängigkeiten. Werden der Behörde mehr Rechte eingeräumt, folgt daraus umgekehrt deren Pflicht, verantwortungsvoll davon Gebrauch zu machen. Umfang und Grenzen der Bankenaufsicht, mit anderen Worten also der an die Aufsichtsbehörde (im Regelfall die FMA) anzulegende Pflichtenmaßstab, können also als Funktion von Umfang und Grenzen der Möglichkeiten verstanden werden, die bei der Durchführung der Bankenaufsicht zur Verfügung stehen. Umgekehrt kann die Ergreifung von gesetzlichen Möglichkeiten geboten oder verboten sein, weil diese von den Aufsichtszielen vorgegeben oder nicht mehr gedeckt ist.⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass – ganz wie sonst auch im Schadenersatzrecht – sowohl ein Tun (des Verbotenen) als auch ein Unterlassen (des Gebotenen) rechtswidrig sein kann. In diesem Spannungsfeld bewegt sich das Werturteil über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Verhalten der Bankenaufsicht. Festzuhalten ist jedenfalls, dass insbesondere der FMA eine Reihe an mitunter sehr eingriffsintensiven Aufsichtsmitteln zur Verfügung steht.⁷ Wann deren Ergreifung ersatzpflichtig macht, ist die zentrale Frage bei der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht.

1.3. Amtshaftung für staatliches Handeln

Jeder hat seinen eigenen Schaden regelmäßig selbst zu tragen (§ 1311 Satz 1 ABGB).⁸ Nur in Ausnahmefällen kann es aufgrund besonderer Zurechnungs-

3 N. Raschauer/Raschauer, Wirtschaftsrecht³, Rz 501 ff.

4 Nach B. Raschauer stellt sich das Bankenaufsichtsrecht sogar als das „klassische, prototypische Gebiet des Wirtschaftsaufsichtsrechts“ dar; B. Raschauer, ZFR 2006, 2. Vgl auch Kalss/Van Boom/Koziol/Witting, 77 (Hervorhebungen im Original): „A sound banking sector is the back-bone of the whole industry and the sector is, therefore subject to comprehensive regulation.“

5 N. Raschauer/Raschauer, Wirtschaftsrecht³, Rz 559 ff.

6 Grundlegend zu den Aufsichtszielen unten 2.4 und zu ausgewählten Aufsichtsmitteln unten 2.5 sowie zur Rechtswidrigkeit unten 3.3.6.

7 Unten 2.5.

8 Grundlegend Koziol, Grundfragen, Rz 1/1 ff.

mente geboten sein, den wirtschaftlichen Nachteil auf einen anderen zu überwälzen und diesen zu verpflichten, anstelle des Geschädigten den Schaden endgültig zu tragen. Wann solche Ausnahmefälle vorliegen, bestimmt das Gesetz, das je nach Zurechnungsgrund verschiedene Haftungsarten unterscheidet.⁹ Eine Haftungsart ist die schadenersatzrechtliche Verschuldenshaftung (§ 1295 Abs 1 ABGB), nach welcher der Schaden von jener Person (Schädiger) zu tragen ist, welche diesen rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat. Als Form der schadenersatzrechtlichen Verschuldenshaftung stellt sich auch die Amtshaftung dar,¹⁰ allerdings mit der Ausnahme, dass nicht der unmittelbare Schädiger den Schaden zu tragen hat, sondern der dahinterstehende Rechtsträger (§ 1 Abs 1 AHG). Im Fall der Bankenaufsicht ist das der Bund, der unter bestimmten Voraussetzungen für insbesondere durch die FMA verursachten Schaden einzustehen hat.

Andere Formen der Ausgestaltung (abgesehen von der Ausgestaltung als Verschuldenshaftung) wären möglich.¹¹ Konkret mit Blick auf die Bankenaufsicht hätte man insbesondere auch daran denken können, eine Gefährdungshaftung anzuordnen: Diese liegt, kurz, dann vor, wenn die Haftung nicht von einem Unrecht in der Sphäre des Belangten, sondern nur von der Zurechnung des schädlichen Erfolges zu einem spezifischen Risikobereich, insbesondere einer besonderen Gefahrenquelle, abhängt und der Geschädigte die Schädigung nicht gesetzlich dulden muss.¹²

Auf die Bankenaufsicht angewendet, könnte man in diesem Sinn die Gefahrenquelle darin erblicken, dass einem bestimmten Unternehmen einmal rechtswirksam die Bankkonzession erteilt wurde; weiters könnte man behaupten, dass es aufgrund der staatlichen Konzessionserteilung auch gerecht sei, dass der Staat, der immerhin die Voraussetzungen für die Konzession bei Erteilung zu prüfen und deren Einhaltung später laufend zu beaufsichtigen hat, jedenfalls dem Geschädigten haftet, wenn diesem aus dem Risikobereich „Bank“ ein Schaden entsteht. Die Folge wäre freilich tatsächlich das, was bereits heute insbesondere angesichts der extensiven höchstgerichtlichen Rechtsprechung teilweise vermutet wird, nämlich eine staatliche Haftpflichtversicherung, deren Prämienlast in letzter Konsequenz jeder einzelne Steuerzahler (auch jener, der gar keine Verbindung zu in Österreich beaufsichtigten Banken hat) zu tragen hätte.¹³ Mit Recht ist dies

9 Koziol, Grundfragen, Rz 2/49.

10 Der Verweis auf die „Bestimmungen des bürgerlichen Rechts“ (§ 1 Abs 1 AHG) ist deshalb nach herrschender, aber wohl auch großteils undifferenzierter Ansicht als Grundlagenverweis auf die entsprechenden Bestimmungen im ABGB (§§ 1293 ff ABGB) zu verstehen und nicht nur als reiner Rechtsfolgenverweis; *Rebhahn*, Staatshaftung, 94 mwN; auch *Ziehensack*, § 1 Rz 802.

11 *Rebhahn*, Staatshaftung, 26 ff; kurz rechtsvergleichend *Rebhahn*/BMJ, 240 ff.

12 Zur Besonderheit der Gefährdungshaftung *Rebhahn*, Staatshaftung, 33 ff und (auch rechtsvergleichend) *Koziol*, Grundfragen, Rz 6/139 ff. Jüngst überarbeitet grundlegend dazu *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht³ III, 7 ff. Zu Unrecht und Schuld als zentralen Merkmalen der Verschuldenshaftung auch übersichtlich *Harrer*/FS ABGB I, 382 ff.

13 In diese Richtung *Rebhahn*, Staatshaftung, 177 ff. Vgl auch in anderem Zusammenhang *Rebhahn*, Staatshaftung, 401, wo die Rede von der „prämienfreien Haftpflichtversicherung“ ist. „Prämienfrei“ ist aber wohl dann nicht mehr treffend, wenn man davon ausgeht, dass die Kreditinstitute die größten-

abzulehnen.¹⁴ Umso wichtiger ist es deshalb, die Qualität der Amtshaftung als Unrechtshaftung auch ernst zu nehmen. Bezogen auf die Bankenaufsicht erfordert dies eine Rückbesinnung auf die gesetzlichen Bestimmungen und eine klare Aussage insbesondere über Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden. Das allgemeine bürgerliche Schadenersatzrecht hält für deren Bewertung bereits ein sehr taugliches Instrumentarium bereit, das es richtig anzuwenden gilt.¹⁵

1.4. Bedeutung der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht

Es kann behauptet werden, dass der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht im System der Amtshaftung überhaupt eine besondere Rolle zukommt. Wenn bei der Durchführung der Bankenaufsicht Fehler begangen werden, kann das nicht nur wirtschaftliche Nachteile für die Bank selbst bedeuten, sondern auch für deren Gläubiger und damit allenfalls auch deren Einleger. Der OGH erkannte bereits in seiner wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 1979, dass auch diese unter bestimmten Umständen Ansprüche gegen den Bund wegen mangelhafter Bankenaufsicht geltend machen können.¹⁶ In der Folge wurde diese Rechtsprechung mehrfach bestätigt und der Bund sah sich in den nächsten Jahrzehnten zahlreichen Klagen von Gläubigern gegenüber, denen aus der Insolvenz einer Bank ein Schaden entstanden war und die behaupteten, dass die Insolvenz von einer ordentlichen Bankenaufsicht hätte verhindert werden können. Die Besonderheit der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht innerhalb des Amtshaftungssystems ergibt sich deshalb faktisch bereits aus der großen Zahl an „Geschädigten“.¹⁷ Rechtlich stellt sich dabei eine Vielzahl schwieriger Fragen, deren Beantwortung eng mit Funktion und Zweck des Schadenersatzrechts und des Amtshaftungsrechts überhaupt zusammenhängt. Angesichts klägerfreundlicher (und damit fiskusfeindlicher) Rechtsprechung sah sich der Gesetzgeber auch mehrfach veranlasst, korrigierend einzugreifen, was ihm aber nicht immer in der wünschenswerten Klarheit gelungen ist. Bürger und Rechtsanwender sind

teils selbst von ihnen zu tragenden Aufsichtskosten wieder auf ihre Kunden „umlegen“. Und „*Verschierung*“ stimmt auch nur, wenn man davon ausgeht, dass jeder Ausfall (jede Insolvenz) bei ordentlicher Bankenaufsicht hätte verhindert werden können. Bereits das ist stark zu bezweifeln.

14 Grundsätzlich für viele wieder *Rebhahn*, Staatshaftung, (zB) 225, eigentlich aber fast Kapitel II *passim*.

15 Hätte man dies konsequent getan, wäre zB meines Erachtens auch der viel diskutierte und kritisierte gesetzgeberische „Einzelfalleingriff“ § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG entbehrlich gewesen; näher unten 3.3.4.2.

16 Unten 3.3.6.6.3.

17 Vgl zB AB 3726 BlgNR 23. GP: „*Gesondert davon zu sehen sind auch die so genannten ‚Bankamtshaftungen‘. Hier können keine vollständigen Zahlen zu den Aufforderungsverfahren und den Anerkennungen genannt werden, da sich die einzelnen Aufforderungsschreiben häufig auf eine Vielzahl von betroffenen Geschädigten bezogen haben, die in den Schreiben angeschlossenen Listen angeführt waren oder es wurden Ansprüche überhaupt für eine nur als Schätzung angeführte Zahl Geschädigter dem Grunde nach geltend gemacht.*“

1.4. Bedeutung der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht

deshalb bei der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht heute mit einer Gemengelage aus extensiver Rechtsprechung, einzelfallspezifischer restriktiver Gesetzgebung und vielen grundsätzlich strittigen zivilrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Fragen konfrontiert.

2. Grundlagen der nationalen Bankenaufsicht

2.1. Vorbemerkung

Im Folgenden wird ein Überblick über wichtige Bestimmungen der Bankenaufsicht nach nationalem Recht gegeben. Der Aufbau folgt dabei einer Ordnung, die auch bei den anschließenden Betrachtungen zur Amtshaftung nützlich ist, und unterscheidet deshalb zwischen Aufsichtsorganen, Beaufsichtigten, Aufsichtszielen und Aufsichtsmitteln.

2.2. Aufsichtsorgane

2.2.1. FMA

Die Gesetzgebung und Vollziehung betreffend das Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen ist Bundessache (Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG) und kann unmittelbar von einer Bundesbehörde besorgt werden (Art 102 Abs 2 B-VG). Zu diesem Zweck wurde die FMA als weisungsfreie Anstalt des öffentlichen Rechts eingerichtet (§ 1 Abs 1 FMABG; Verfassungsbestimmung). Zur von der FMA durchzuführenden Bankenaufsicht zählt die Wahrnehmung der behördlichen Aufgaben und Befugnisse der in § 2 Abs 1 FMABG genannten Gesetze,¹⁸ insbesondere des BWG. Einzelheiten zur Einrichtung der Organe der FMA (Vorstand und Aufsichtsrat) bestimmen §§ 4 ff FMABG. Einzelheiten zum Personal der FMA bestimmen §§ 14 f FMABG.

2.2.2. OeNB

Die OeNB ist eine Aktiengesellschaft und die Zentralbank der Republik Österreich sowie integraler Bestandteil des ESZB (§ 2 NBG). Einzelheiten zur Einrichtung finden sich in § 8 ff NBG. Im Bereich der nationalen Bankenaufsicht kann die OeNB zwar selbständig hoheitlich (§ 7 NBG) tätig werden (vgl zB § 7 Abs 1 NBG, § 44a NBG), häufiger aber auf Auftrag hin (zB auf Auftrag der FMA nach § 70 Abs 1 Z 3 BWG). Praktisch kommt der OeNB dabei regelmäßig eine unterstützende Rolle zu (zB in Zusammenhang mit der Datenverarbeitung und -zurverfügungstellung nach § 79 BWG).

18 Vgl auch § 69 BWG mit einer leicht abweichenden Aufzählung, wobei alle dort genannten Gesetze auch von § 2 Abs 1 FMABG erfasst sind.

2.2.3. BMF

Dem BMF kommen im Bereich der Bankenaufsicht verschiedene Funktionen zu. Eine wesentliche Aufgabe ist die Aufsicht über die FMA. Die FMA ist zwar weisungsfrei (§ 1 Abs 1 FMABG), wird aber vom BMF dahingehend beaufsichtigt, dass sie die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben erfüllt, bei Besorgung ihrer Aufgaben die Gesetze und Verordnungen nicht verletzt und ihren Aufgabenbereich nicht überschreitet (§ 16 Abs 1 FMABG). Zu diesem Zweck regelt das Gesetz Auskunfts- und Informationsrechte im Einzelfall und regelmäßige Berichtspflichten zugunsten des BMF (und teilweise auch zugunsten des Finanzausschusses des Nationalrates) (§ 16 Abs 2 bis 4 FMABG).

2.2.4. Zusammenarbeit

Zwischen FMA, OeNB und BMF bestehen umfangreiche wechselseitige Auskunftsrechte und -pflichten (vgl nur §§ 79 f BWG und § 13b FMABG). Zusätzlich gibt es das Finanzmarkstabilitätsgremium, das sich unter anderem aus Vertretern der FMA, der OeNB und (des Fiskalratsmitglieds) des BMF zusammensetzt und hauptsächlich beratende Funktion hat (§ 13 FMABG).

Außerdem sind (auch) alle (anderen) Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden zur Hilfeleistung der FMA verpflichtet (Amtshilfe, § 21 FMABG). Behörden haben außerdem dem BMF und der OeNB bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Obliegenheiten nach dem BWG Hilfe zu leisten (§ 72 Abs 1 BWG).

2.2.5. Exkurs: Unionsrecht

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Amtshaftung nach nationalem Recht, also grundsätzlich nach AHG.¹⁹ Schadenersatzansprüche wegen Handelns von Organen oder Bediensteten der Europäischen Union (zB Bediensteten der EZB) auf Grundlage des Unionsrechts (und nicht des nationalen Rechts) sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.²⁰ Trotzdem soll im Folgenden kurz auf die konsolidierte Aufsicht im Rahmen des SSM und die Rolle der EZB eingegangen werden.

Die FMA und die OeNB haben die ihnen übertragenen Aufgaben, Befugnisse und Pflichten nur so weit wahrzunehmen, als deren Ausübung aufgrund der Bestimmungen der SSM-VO nicht der EZB vorbehalten ist (§ 77d Abs 1 BWG).

Die SSM-VO regelt gemeinsam mit der SSM-Rahmen-VO die in den Mitgliedstaaten konsolidierte Bankenaufsicht unter dem SSM. Dabei wird grundsätzlich

¹⁹ Für die gesetzlichen Grundlagen näher unten 3.2.

²⁰ Vgl Art 340 UAbs 2 und 3 AEUV: „Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Abweichend von Absatz 2 ersetzt die Europäische Zentralbank den durch sie oder ihre Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“

unterschieden zwischen bedeutenden Kreditinstituten und weniger bedeutenden Kreditinstituten. Während die bedeutenden Kreditinstitute direkt von der EZB im Rahmen eines einheitlichen Aufsichtsmechanismus beaufsichtigt werden, verbleibt die Aufsicht über die weniger bedeutenden Kreditinstitute bei den nationalen Aufsichtsbehörden. Die Beaufsichtigung der bedeutenden Kreditinstitute erfolgt dabei von einem Gemeinsamen Aufsichtsteam, das aus Mitarbeitern der EZB und der nationalen Bankenaufsichtsbehörde besteht.

Daneben gibt es bestimmte Bereiche (Gemeinsame Verfahren), über die letztlich jedenfalls die EZB entscheidet, egal, ob es sich um ein bedeutendes oder ein weniger bedeutendes Kreditinstitut handelt. Dazu gehören die Konzessionserteilung, der Konzessionsentzug und der qualifizierte Erwerb eines Kreditinstituts. Sowohl im Rahmen der Aufsicht über die bedeutenden als auch über die weniger bedeutenden Kreditinstitute ist deshalb auf vielen Ebenen eine Zusammenarbeit zwischen EZB und nationaler Aufsichtsbehörde bestimmt (vgl zB §§ 21a f FMABG).

2.3. Beaufsichtigte

Beaufsichtigte im Sinn des BWG sind die Kreditinstitute (Banken) und die Finanzinstitute.²¹ Ein Kreditinstitut ist, wer zum Betreiben der in § 1 Abs 1 BWG abschließend aufgezählten Geschäfte (Bankgeschäfte) berechtigt (konzessioniert) ist.²² Betreibt jemand ein Bankgeschäft und ist dazu nicht berechtigt, ist er kein Kreditinstitut,²³ sondern begeht eine Straftat.²⁴

Neben dem Konzessionserfordernis enthält das BWG eine Reihe von Bestimmungen, die von jedem Kreditinstitut während des laufenden Geschäftsbetriebs zu beachten sind. Darunter fällt die Einhaltung bestimmter Eigenmittelvorschriften nach CRR / CRD IV (vgl früher § 25 BWG aF), die Wahrung des Bankgeheimnisses (§ 38 BWG) oder die Befolgung von besonderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§§ 26–29 BWG, interne Revision nach § 42 BWG, Rechnungslegung nach §§ 43–65 BWG). Andere Vorschriften sind nur für bestimmte Kreditinstitute interessant (Umgang mit Sparkunden nach §§ 31 f BWG, Verbraucherbestimmungen nach §§ 34–37a BWG, Deckungsstock nach §§ 66–68 BWG, Vorschriften für Sparvereine und Werkssparkassen nach § 95 BWG). Die Pflichten von Kreditinstituten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung finden sich im FM-GwG. Daneben gibt es in einzelnen Materien-gesetzen (zB WAG 2018, InvFG 2011, AIFMG) Bestimmungen, die sich an Kreditinstitute richten.

21 Vgl näher zu den Beaufsichtigten die Abschnitte I–IV des BWG (§§ 1–21h BWG).

22 Vgl gleich unten 2.5.2.

23 Mit dem Betrieb von Bankgeschäften ist auch ein umfassender Bezeichnungsschutz verbunden (§ 94 BWG).

24 Vgl gleich unten 2.5.10.

Verletzt ein Kreditinstitut (oder ein Konzessionswerber) geltendes Recht, ist regelmäßig die FMA unter Berücksichtigung der Aufsichtsziele zum Handeln mittels eines oder mehrerer Aufsichtsmittel(s) berufen.

2.4. Aufsichtsziele

§ 69 Abs 1 BWG bestimmt, dass die FMA die Einhaltung bestimmter Gesetze (insbesondere des BWG) durch (unter anderem) Kreditinstitute zu überwachen hat. Dabei hat sie auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität Bedacht zu nehmen (§ 69 Abs 1 aE BWG). Außerdem hat sie bei der Ausübung ihrer Aufgaben in gebührender Weise die Stabilität des Finanzsystems in allen anderen betroffenen Mitgliedstaaten und insbesondere in Krisensituationen zu berücksichtigen (§ 69 Abs 4 BWG)²⁵ und sich an unionsrechtlichen Vorgaben zu orientieren (§ 69 Abs 5 BWG).

§ 3 Abs 2 FMABG bestimmt, dass die FMA bei ihrer Tätigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen alle nach dem Umständen des Einzelfalls erforderlichen, zweckmäßigen und angemessenen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen und dabei auf die Wahrung der Finanzmarktstabilität zu achten hat.

Die Anwendung aller im BWG genannten Aufsichtsmittel ist sowohl an den Vorgaben des § 69 Abs 1 BWG als auch an jenen des § 3 Abs 2 FMABG zu messen.²⁶

2.5. Ausgewählte Aufsichtsmittel

2.5.1. Grundlagen

Als Aufsichtsmittel werden jene gesetzlichen Handlungsmöglichkeiten bezeichnet, welche der FMA zur Verfügung stehen, um die Bankenaufsicht zu vollziehen. In erster Linie gehören die in § 70 BWG aufgezählten Befugnisse zu den Aufsichtsmitteln. Neben²⁷ den Aufsichtsmitteln des § 70 BWG finden sich aber im BWG und in anderen Gesetzen auch noch weitere Aufsichtsmittel.

Die Aufsichtsmittel werden in präventiv und repressiv wirkende Aufsichtsmittel unterschieden.²⁸ Präventiv wirkt zB das Konzessionserfordernis, weil durch die Prüfung der Voraussetzungen vor Aufnahme des Geschäftsbetriebs schon im Vorhinein eine Gefährdung ausgeschlossen werden soll. Repressiv wirkt zB die Verhängung einer Zwangsstrafe (§ 70 Abs 4 Z 1 BWG).

25 Vgl dazu und insbesondere zum gemeinsam damit bestimmten Ausschluss des AHG unten 3.4.4.

26 § 69 Abs 2 und Abs 3 BWG bestimmen auch noch näher, welche Bereiche die laufende Aufsicht zu umfassen hat. Zusammengefasst handelt es sich dabei um verschiedene Risikotypen: Liquiditätsrisiko (Abs 2 Z 1 leg cit), Systemrisiko (Abs 2 Z 2 leg cit), Risiko laut Stresstests (Abs 2 Z 3 leg cit) und Zinsänderungsrisiko bei Eigengeschäften (Abs 3 leg cit).

27 Arg § 70 Abs 1 BWG: „unbeschadet der ihr auf Grund anderer Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zustehenden Befugnisse“.

28 Jöhler/Dellinger⁹, § 69 Rz 146.

Weiters können die Aufsichtsmittel in Überwachungsmittel, Berichtigungsmittel und Sanktionsmöglichkeiten unterschieden werden. Als Überwachungsmittel kann zB die „Informationsbeschaffung“ nach § 70 Abs 1 BWG verstanden werden, als Berichtigungsmittel zB die Aufforderung der Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands nach § 70 Abs 4 Z 1 BWG und als (drastische) Sanktionsmöglichkeit zB der Konzessionsentzug (§ 70 Abs 3 Z 3 BWG).²⁹

Ergänzt werden die Aufsichtsmittel, insbesondere die Möglichkeiten der „Informationsbeschaffung“ nach § 70 Abs 1 BWG, um laufende Anzeige- und Meldepflichten, bei denen das Kreditinstitut selbst aktiv werden muss (vgl insbesondere §§ 73–75 BWG).

2.5.2. Konzession (§§ 4–6 BWG)

Um Bankgeschäfte betreiben zu dürfen, braucht man eine entsprechende Konzession. Wer zum Betrieb von Bankgeschäften berechtigt ist, regeln die §§ 4 ff BWG. Erfüllt das Unternehmen die Voraussetzungen des § 4 Abs 6, 5 BWG und genügt der Antrag auf Konzessionserteilung dem § 4 Abs 3 BWG, ist die Konzession zu erteilen (§ 4 Abs 2 BWG). Kreditinstitute, die Einlagen entgegennehmen, haben neben den im BWG genannten Voraussetzungen außerdem einer einheitlichen Sicherungseinrichtung anzugehören (§ 8 ESAEG; vgl auch § 8 Z 2 BWG).³⁰

Ändern sich bestimmte Umstände oder fallen Voraussetzungen aus sonstigen Gründen weg, kann die Konzession auch wieder zurückgenommen werden (§ 6 BWG; vgl insbesondere auch § 70 Abs 4 Z 3 BWG) oder gesetzlich erlöschen (§ 7 BWG). Insbesondere ist die Konzession zurückzunehmen, wenn das Kreditinstitut den Eigenmittelvorschriften der CRR oder besonderen Eigenmittel- oder Liquiditätserfordernissen des BWG nicht nachkommt oder seine Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern nicht erfüllt (§ 6 Abs 2 Z 2 BWG) oder wenn auch die Funktionsfähigkeit des Kreditinstituts sonst nicht sichergestellt werden kann (§ 6 Abs 2 Z 3 BWG).

2.5.3. Erwerb einer qualifizierten Beteiligung (§§ 20 ff BWG)

Der Erwerb einer „qualifizierten Beteiligung“ (vgl dazu § 20 Abs 1 BWG) an einem Kreditinstitut muss angezeigt werden und bedarf der vorherigen Nicht-Untersagung (§§ 20 ff BWG).

2.5.4. Bewilligungen (§ 21 BWG)

Bestimmte Rechtshandlungen des Kreditinstituts erfordern eine besondere Bewilligung (§ 21 BWG, zB Verschmelzung nach Z 1 leg cit oder Spaltung nach Z 6 leg cit).

²⁹ Jöhler/Dellinger⁹, § 69 Rz 146.

³⁰ Zur Wahrung ihrer Aufgaben nötige Informationen sind der Sicherungseinrichtung auf Verlangen vom Kreditinstitut zu übermitteln (§ 93 Abs 1 BWG).

2.5.5. Auskunfts- und Informationseinholungsbefugnisse (§ 70 BWG)

Die Aufsichtsmittel des § 70 BWG unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen (zB die „Informationsbeschaffung“ nach Abs 1 „jederzeit“,³¹ die Aufsichtsmittel nach Abs 2 bei Gläubigergefährdung oder die Aufsichtsmittel nach Abs 4 und Abs 4a bei – voraussichtlicher – Rechtsverletzung) und in ihren Folgen (bis zum Konzessionsentzug, vgl Abs 4 Z 3 leg cit). Der § 70 BWG gibt der FMA also praktisch weit mehr als bloße „Auskunfts- und Informationseinholungsbefugnisse“ an die Hand. Es handelt sich stattdessen um eine Sammelbestimmung, die ganz verschiedene Aufsichtsmittel beinhaltet. Im Folgenden soll die Bestimmung systematisch wiedergegeben werden.

Die FMA darf jederzeit³² von Beaufsichtigten die Vorlage von Zwischenabschlüssen, „Ausweisen in bestimmter Form und Gliederung“ und Prüfungsberichten verlangen; außerdem darf sie Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten fordern und Einsicht in Bücher und andere Unterlagen nehmen (Abs 1 Z 1 leg cit). Daneben darf sie grundsätzlich auch von den Bankprüfern, Sicherungseinrichtungen und vom (allenfalls) bestellten Regierungskommissär Auskünfte einholen (und diesen auch Auskünfte erteilen) (Abs 2 Z 2 f leg cit). Als weiter gehende Maßnahme kann sie auch die OeNB mit einer Vor-Ort-Prüfung beim Beaufsichtigten beauftragen (Abs 1 Z 3 leg cit iVm § 71 BWG)³³ oder sich dafür an die zuständige ausländische Behörde wenden (Abs 1 Z 4 leg cit).

Besteht Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstituts gegenüber seinen Gläubigern, insbesondere für die Sicherheit der ihm anvertrauten Vermögenswerte oder zur Gewährleistung der Stabilität des Finanzsektors, kann die FMA zur Abwendung dieser Gefahr für höchstens 18 Monate befristete Maßnahmen durch Bescheid anordnen (§ 70 Abs 2 BWG). Welche Maßnahmen das sind, zählt der Absatz in seinen Z 1 bis 4 abschließend auf:

- Gänzliche oder teilweise Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen (Z 1 leg cit);
- Bestellung einer fachkundigen Aufsichtsperson (Regierungskommissär),³⁴ welche dem Kreditinstitut alle Geschäfte zu untersagen hat, die gefahrenerhöhend sind oder – wenn die Fortführung der Geschäfte ohnehin bereits ganz oder teilweise untersagt wurde – welche einzelne Geschäfte erlaubt, die nicht gefahrenerhöhend sind (Z 2 leg cit);³⁵

31 Gemeint ist damit allerdings nur, dass kein Anlassfall erforderlich ist. Das Behördenhandeln ist freilich weiter an die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die in § 69 Abs 1 BWG genannten Zielsetzungen, gebunden. Vgl *Fletzberger/Laureer/M. Schütz/Kammel/Ratka*⁴, § 69 Rz 4 ff.

32 Vgl FN 31.

33 Vgl § 70 Abs 1a, 1b, 1c und 1d BWG; weiterführend dazu und zu § 71 BWG unten 2.5.6.

34 Vgl näher § 70 Abs 2a, 2b, 3 und 6 BWG.

35 Vgl zum Regierungskommissär auch unten 3.3.2.5.