

1. Bankgeschäfte

Die österreichische Hauptrechtsquelle des Bankrechts sind verschiedene Bundesgesetze. Das österreichische Bankvertragsrecht ist sehr weit zersplittert. Bestimmungen dazu finden sich vor allem im ABGB, UGB sowie im BWG und KSchG. Auf Grund der Verpflichtung des Gesetzgebers zur entsprechenden Umsetzung europäischer Richtlinien wurden manche Änderungen im Zivilrecht auch in eigene Gesetze ausgelagert (zB Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz und Finanzsicherheiten-Gesetz).

Im Gegensatz dazu existiert für den Bereich des regulatorischen Bankrechts eine vereinheitlichte Kodifikation, nämlich das BWG.¹ Dieses stellt eine im Rahmen der Vorbereitung auf den EU-Beitritt gefasste Neufassung des KWG² dar, dessen Ziel es war, die bankrechtlichen Vorschriften der EU in österreichisches Recht umzusetzen.

Das BWG enthält ua Bestimmungen zur Konzessionserteilung und -rücknahme für Kreditinstitute und Finanzinstitute, zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des europäischen Pass-Porting, Eigentümerbestimmungen, Ordnungsnormen und Bestimmungen über den Deckungsstock. Darüber hinaus beinhaltet das BWG Sonderbestimmungen über verpflichtende bzw unzulässige Vertragsinhalte wie etwa in den §§ 31 ff BWG (Spareinlagen), § 34 BWG (Verbrauchergirokontenverträge), § 37 BWG (Wertstellung). Andere bankrechtsrelevante Bestimmungen sind in § 38 BWG (Bankgeheimnis) und in den §§ 39 ff BWG (Geldwäscherei und Terrorismusbekämpfung) zu finden. § 93 BWG regelt die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung.

Allerdings zersplittert das regulatorische Bankrecht auch zusehends auf viele einzelgesetzliche Regelungen:

- Das BausparkassenG³ normiert die Beaufsichtigung und den Betrieb von Bausparkassen. Dies sind Kreditinstitute, die auf Grund einer Konzession nach dem BWG berechtigt sind, Einlagen von Bausparern (Bauspareinlagen) entgegenzunehmen und aus den angesammelten Beträgen den Bausparern für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen und für Maßnahmen der Bildung und Pflege Gelddarlehen (Bauspardarlehen) zu gewähren (Bauspargeschäft).

1 Bundesgesetz über das Bankwesen (BWG), kundgemacht in BGBl 1993/532 idgF.

2 Bundesgesetz über das Kreditwesen (KWG), kundgemacht in BGBl 1979/63, aufgehoben durch das BWG.

3 Bundesgesetz über die Beaufsichtigung und den Betrieb von Bausparkassen (BausparkassengG), kundgemacht in BGBl 1993/532, idgF.

- Das InvestmentfondsG⁴ regelt den Betrieb und die Verwaltung von Kapitalanlagefonds, das Immobilien-InvestmentfondsG⁵ den Betrieb und die Verwaltung von Immobilien-Investmentfonds, das BeteiligungsfondsG⁶ den Betrieb und die Verwaltung von Beteiligungsfonds.
- Das KMG⁷ enthält Regelungen über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen.
- Das gerade neu gefasste ZaDiG 2018⁸ legt die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (sogenannte Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden, und zwar insbesondere im Hinblick auf Entgelte für Zahlungsdienste, Aufwandsatz, Ausführungsfristen und Wertstellung.
- Dazu kommen Bundesgesetze, die der Umsetzung von europäischen RL dienen, wie etwa das Fern-FinG,⁹ das FinanzsicherheitenG¹⁰ und das E-GeldG.¹¹

Zu beachten ist ferner, dass das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Anwendungsvorrang vor dem österreichischen Recht genießt. Steht ein Rechtsakt des Gemeinschaftsrechts mit einer österreichischen Rechtsvorschrift in Konflikt, kommt es nicht zur Derogation (also zum Außerkrafttreten) der österreichischen Rechtsvorschrift, sondern es ist vorrangig die Regel des Gemeinschaftsrechts anzuwenden. Die österreichische Rechtsvorschrift bleibt zwar in Kraft, ist aber in diesem Fall nicht anzuwenden.

-
- 4 Bundesgesetz über Kapitalanlagefonds (InvestmentfondsG), kundgemacht in BGBl 1993/532 idgF.
 - 5 Bundesgesetz über Immobilienfonds (Immobilien-InvestmentfondsG), kundgemacht in BGBl 2003/80 idgF.
 - 6 Bundesgesetz über die Errichtung und Verwaltung von Beteiligungsfonds (BeteiligungsfondsG), kundgemacht in BGBl 1982/111, außer Kraft seit 2013.
 - 7 Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen und über die Aufhebung des Wertpapier-Emissionsgesetzes (KMG), kundgemacht in BGBl 1991/625 idgF.
 - 8 Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz 2018 – ZaDiG 2018), kundgemacht in BGBl I 2018/17 idgF.
 - 9 Bundesgesetz über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Fern-FinG), kundgemacht in BGBl I 2004/62 idgF.
 - 10 Bundesgesetz über Sicherheiten auf den Finanzmärkten (FinSG), kundgemacht in BGBl I 2003/117 idgF.
 - 11 Bundesgesetz über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten (E-GeldG), kundgemacht in BGBl 45/2002 idgF.

- Weiters bringt die neue RL für Finanzinstrumente (MiFID II) neue Anforderungen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und an die Organisation von Wertpapierfirmen, welche im Wesentlichen zu einer Anpassung des WAG (2018) führten. Darüber hinaus bringt die VO über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) Anforderungen in Bezug auf die Veröffentlichung von Handelstransparenzdaten und die Meldung von Geschäftsdaten an die zuständige Behörde. Weiters gibt es Regelungen zur Stärkung der Transparenz auf den Derivatmärkten.

2. Allgemeines zum Bankgeschäft

Als Bankgeschäfte werden jene Geschäfte qualifiziert, die gemäß § 1 Abs 1 des österreichischen Bankwesengesetzes (kurz: BWG) Kreditinstitute mit ihren Kunden abschließen.

2.1. Der Begriff des Kreditinstituts

Als Kreditinstitut iSd BWG wird qualifiziert, wer über eine Berechtigung nach §§ 4 bzw 103 Z 5 BWG – in Form einer Konzession – oder nach besonderen bundesgesetzlichen Regelungen verfügt und aufgrund dessen eines oder auch mehrere der in § 1 Abs 1 BWG aufgezählten Bankgeschäfte betreiben darf.¹² Jemand, der ohne die erforderliche Berechtigung Bankgeschäfte abwickelt, wird dadurch nicht zum Kreditinstitut sondern begeht eine Verwaltungsübertretung und muss sich jedoch wie ein Kreditinstitut behandeln lassen. Anspruch auf Vergütung besteht in solchen Fällen nicht.¹³

Europarechtlich gilt im Vergleich zum BWG eine engere Definition des Kreditinstitutsbegriffes, welcher sich an der Legaldefinition in Art 4 Abs 1 Z 1 der VO (EU) 575/2013 („CRR“) orientiert, auf die die RL 2013/36/EU („CRD IV“) verweist. Demnach ist ein Kreditinstitut „ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“.¹⁴ Unter diese Definition fallen nicht alle in § 1 Abs 1 BWG aufgezählten Bankgeschäfte, weshalb sich ein engerer Anwendungsbereich für die bankspezifischen Aufsichtsnormen ergeben würde. Dass es sich bei dem vorgegebenen Anwendungsbereich jedoch lediglich um einen Mindest-

12 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger* (Hrsg), BWG (2016) § 1 Rz 1.

13 *Diwok in Diwok/Göth*, BWG (2005) § 1 Rz 2; *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger*, BWG § 1 Rz 3.

14 Verordnung (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 646/2012, Abl L 2012/176, 18.

standard handelt, steht einer weiteren Begriffsdefinition, wie der des BWG, nicht entgegen.¹⁵

2.1.1. Der Geldbegriff bei Bankgeschäften

Ein Teil der hier zu behandelnden vertypten Bankgeschäfte ist dadurch charakterisiert, dass eine Leistung in Geld erfolgt oder zugesagt ist. Unter Geld ist hierbei sowohl das gesetzliche Zahlungsmittel (Euro-Banknoten und Euro-Münzen) als auch Buchgeld zu verstehen. Auch ausländische gesetzliche Zahlungsmittel gelten als Geld, da in ausländischer Währung bestehende Verpflichtungen regelmäßig mit den in Österreich gesetzlichen Zahlungsmitteln bezahlt werden können.¹⁶

2.1.2. Gewerblichkeit

Allen vertypten Bankgeschäften ist gemeinsam, dass es sich bei deren Durchführung um eine gewerbliche Tätigkeiten handeln muss. Dabei ist auf den Gewerblichkeitsbegriff des § 2 Abs 1 UStG abzustellen. Demnach ist „jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird“ eine gewerbliche Tätigkeit. Ob für die Durchführung bestimmter Bankgeschäfte ein Entgelt verlangt wird oder nicht, ist nicht entscheidend, denn es reicht aus, dass das Geschäft zu einem späteren Zeitpunkt der Einnahmenerzielung dient.¹⁷ Im Ergebnis ist beispielsweise eine gelegentliche Darlehens- oder Kreditgewährung im privaten oder geschäftlichen Verkehr (zB Gesellschafterdarlehen) nicht als Bankgeschäft anzusehen.

2.2. Die vertypten Geschäfte der Finanzinstitute – § 1 Abs 2 BWG

Bei der Behandlung der Bankgeschäfte ist es wichtig, die Begriffe des Kredit- und Finanzinstituts streng auseinanderzuhalten, denn ein Finanzinstitut gemäß § 1 Abs 2 BWG definiert sich als Nicht-Kreditinstitut und ist explizit nicht zur Ausübung von Bankgeschäften,¹⁸ sehr wohl aber zur gewerbsmäßigen Durchführung der folgenden Tätigkeiten berechtigt, sofern es diese als Haupttätigkeit betreibt:

- Abschluss von Leasingverträgen (Leasinggeschäft);

15 Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 4.

16 Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka (Hrsg), BWG⁴ § 1 Rz 4 (Stand 1. 1. 2017, rdb.at).

17 Oppitz in Chini/Oppitz, BWG (2011) § 1 Rz 4.

18 Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 5.

- Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und in damit verbundenen Fragen sowie die Beratung und die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Zusammenschlüsse und Übernahmen von Unternehmen;
- Erteilung von Handelsauskünften;
- Erbringung von Schließfachverwaltungsdiensten;
- Erbringung von Zahlungsdiensten gemäß § 1 Abs 2 ZaDiG;
- Ausgabe von E-Geld gemäß § 1 Abs 1 E-Geldgesetz 2010.

2.3. Bezeichnungsschutz gemäß § 94 BWG

§ 94 BWG sieht einen Schutz für die Bezeichnungen „Kreditinstitut“ bzw „Finanzinstitut“ vor. Diese Begriffe dürfen demnach nur von Personen benutzt werden, die über eine Kreditinstituts- bzw Finanzinstitutskonzession der FMA verfügen. Weitere, bestimmten Institutionen vorbehaltene Bezeichnungen, sind: Geldinstitut, Kreditunternehmung, Kreditunternehmen, Bank, Bankier, Sparkasse, Finanzinstitut, Finanz-Holdinggesellschaft, Wertpapierfirma, Volksbank, Bausparkasse, Raiffeisen, Landes-Hypothekenbank. Der Schutz des § 94 BWG umfasst auch Bezeichnungen, in denen bloß eines dieser Wörter enthalten ist.¹⁹

Durch diese Regelung soll eine Irreführung des Publikums durch Verwendung bestimmter Bezeichnungen vermieden, der Wettbewerb geschützt und der Ausnützung unlauterer Wettbewerbsvorteile vorgebeugt werden. Im Falle einer Verletzung des Bezeichnungsschutzes stehen betroffenen Mitbewerbern Schadenersatz- bzw Unterlassungsansprüche nach dem UWG zu und wird derjenige, der die Bezeichnung ohne Berechtigung führt überdies verwaltungsstrafrechtlich belangt werden.²⁰

Kredit- und Finanzinstitute aus Mitgliedstaaten der EU, welche in Österreich über eine Zweigstelle oder im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs tätig werden, dürfen ihre Firma im Originalwortlaut registrieren. Wenn sie ihre Firma in einer in die deutsche Sprache übersetzten Fassung führen, so ist die Firma in der Originalsprache beizufügen.

Die Bestimmungen über den Bezeichnungsschutz ergänzen die firmenrechtlichen Vorschriften (§§ 17 ff UGB) und die der §§ 1, 2 und 9 UWG. Sie sind keinesfalls als wettbewerbsneutrale Vorschriften anzusehen, regeln sie doch einen der wesentlichen Parameter der Werbung, eine der Hapterscheinungen des Wettbewerbs, nämlich den der Bezeichnung, die ein Unternehmen führen darf. Das Hauptziel der Bestim-

19 *Ratka/Lentner in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG⁴ § 94 Rz 1 f* (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

20 *Oppitz in Chini/Oppitz, BWG § 94 Rz 1 bis 3.*

mung besteht darin, die Irreführung des Publikums zu verhindern, die durch den Gebrauch der durch § 94 BWG geschützten Bezeichnungen durch Unbefugte eintreten könnte und so letztlich das Vertrauen in das Bankwesen erschüttern muss, weil sonst von Unbefugten Einleger angezogen würden, die infolge der Vorschriften des § 100 BWG nahezu zwangsläufig einen Teil ihrer Einlage verlieren müssen.²¹ Es werden aber nicht nur die Bankkunden geschützt, sondern es wird auch verhindert, dass sich ein nicht den Vorschriften des BWG Unterworfener einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den regulären Banken verschafft, indem er durch eine einschlägige Bezeichnung den Anschein erweckt, diesen Vorschriften unterworfen zu sein.

Daher umfasst der Schutz des § 94 BWG nicht nur die Verwendung der erfassten Bezeichnungen im Firmenwortlaut, sondern etwa auch die Verwendung zu Werbezwecken, da hierdurch in gleicher Weise irreführt werden kann wie durch einen Firmenbestandteil. Wenn daher verhindert werden soll, dass durch die Verwendung bestimmter Bezeichnungen der unzutreffende Eindruck entsteht, mit einem zum Betrieb von Bankgeschäften berechtigten Unternehmen zu tun zu haben, so muss sich das Verbot auf alle Verwendungsarten erstrecken, die einen derartigen Eindruck erwecken können. Dazu zählt die Verwendung als (Teil der) Bezeichnung einer Dienstleistung. Auch sie kann den Eindruck entstehen lassen, der Anbieter der Dienstleistung sei berechtigt, Bankgeschäfte zu betreiben.²²

Einerseits wird durch diese Bestimmung der allgemeine Bezeichnungsschutz geschaffen, von dem allerdings die Unternehmen ausgenommen sind, die ausschließlich zum Betrieb von Finanzdienstleistungsgeschäften berechtigt sind.

Andererseits haben die Vorschriften, die einen Vorbehalt für einzelne Gruppen von KI herstellen überwiegend Abgrenzungsfunktionen für die einzelnen KI, die damit jenen Bereich potenzieller Kunden ansprechen, die aus Erfahrung, Tradition oder Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen zu solchen spezifisch bezeichneten KI tendieren. Eine gewisse Sonderrolle spielt Abs 5. Die auf dem Wortstamm „Bauspar-“ aufbauenden Bezeichnungen dürfen nur geführt werden, wenn eine Berechtigung nach § 1 Abs 1 Z 12 bzw § 103 Z 5 BWG vorliegt, wobei jedoch die treuhändige Entgegennahme von Bauspareinlagen für eine Bausparkasse ausreicht, wenn nur überhaupt eine nach Abs 1 geschützte Bezeichnung geführt werden darf, sofern der Anschein, selbst (also im eigenen Namen) Bauspargeschäfte zu betreiben, ausgeschlossen ist.

21 *W. Schuhmacher/Fuchs in Straube/Ratka/Rauter*, UGB I¹ § 17 Rz 1 f (Stand 1. 12. 2017; rdb.at).

22 *Ratka/Lentner in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ § 94 Rz 8 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

§ 94 BWG eröffnet auch iSd UWG jedenfalls für die demgemäß Berechtigten das Recht, einen Bezeichnungskern im Firmenwortlaut zu führen, auch wenn er dem UWG an sich entgegenliefe. Es kann sich daher ergeben, dass ein Unternehmer, der überwiegend Nichtbankgeschäfte betreibt, aber die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften hat, im Firmenwortlaut eine der von § 94 BWG genannten Bezeichnungen nicht führen darf, aber es ihm andererseits unbenommen bleibt, im geschäftlichen Verkehr einen Hinweis auf seine Eigenschaft als KI durch eine von § 94 BWG genannte Bezeichnung zu geben.

Der nicht als Kern betroffene Teil der Bezeichnung und die Firma unterliegen ohne Einschränkung den Regeln des UGB und des UWG, so dass es etwa unzulässig ist, eine Kleinbank als „Österreichisches Kreditinstitut“ zu bezeichnen, oder einen verwechslungsfähigen Firmenwortlaut zu wählen. Die von Abs 2 eingeschränkten Zusätze sind – wenn wahrheitsgemäß – wohl stets zulässig, wäre die Norm doch sonst überflüssig.²³

Das Verbot, welches § 94 BWG enthält, wirkt absolut und wird nur durch den Besitz bestimmter Berechtigungen durchbrochen. Fallen die entsprechenden Berechtigungen weg – etwa nach § 7 BWG –, so darf die genannte Bezeichnung keinesfalls weitergeführt werden, und zwar auch dann nicht, wenn der eingetragene Firmenwortlaut diese Bezeichnung enthält; vielmehr ist auch die Firma im Firmenbuch zu ändern. In Liquidation befindliche KI sind im beschränkten Umfang zu Bankgeschäften berechtigt; so dass für sie an sich kein Verbot einer derartigen Bezeichnung besteht. Ein Fehlen eines Hinweises auf die Liquidation ist ein firmenrechtlicher Verstoß, der auch gegen § 2 UWG gerichtet ist.

Ein unter Geschäftsaufsicht nach den §§ 83 ff BWG stehendes KI unterliegt keiner Einschränkung bei der Führung einer solchen Bezeichnung. Ein ausdrücklicher Hinweis der laufenden Insolvenz ist bei publikumsorientierten KI erforderlich und das Gegenteil lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass jedermann wisse, was ein Insolvenzverwalter sei, weil das vom rechtsunkundigen Publikum nicht erwartet werden kann.

2.4. Legalkonzession für Kreditinstitute

Gemäß § 1 Abs 1 BWG ist Kreditinstitut, wer berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. § 1 Abs 1 BWG enthält in Folge eine Liste der Tätigkeiten, die, wenn gewerblich durchgeführt, als Bankgeschäfte zu qualifizieren sind. Kreditinstitut ist bereits, wer auch nur zu einem der dort angeführten Bankgeschäfte berechtigt ist. Wenngleich

23 *Ratka/Lentner in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG⁴ § 94 Rz 8 ff* (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

alle nach ZaDiG 2018, WAG 2018 und E-Geldgesetz 2010 konzessionspflichtigen Tätigkeiten auch in den Bankgeschäften des BWG Deckung finden, hat der Gesetzgeber diese Frage in § 1 Abs 3 BWG dennoch einer expliziten Regelung zugeführt.²⁴

Gemäß § 1 Abs 3 BWG ist jedes Kreditinstitut auch zur Erbringung des Finanztransfergeschäfts gemäß § 1 Abs 2 Z 6 ZaDiG 2018 sowie der Tätigkeiten gemäß § 7 Abs 2 Z 2 ZaDiG 2018 berechtigt. Die Berechtigung zur Erbringung sonstiger Zahlungsdienstleistungen nach dem ZaDiG 2018 ergibt sich aus dem konkreten Konzessionsumfang eines Kreditinstituts: Institute, die entweder eine Konzession gemäß § 1 Abs 1 Z 1 und 3 BWG (Einlagen- und zum Kreditgeschäft) oder aber gemäß § 1 Abs 1 Z 2 BWG (Girogeschäft) haben, sind zur Durchführung der Zahlungsdienste gemäß § 1 Abs 2 Z 1–5, 7 und 8 ZaDiG 2018 berechtigt. Kreditinstitute mit einer Konzession gemäß § 1 Abs 1 Z 6 BWG (Ausgabe von Zahlungsmitteln) sind zur Durchführung der Dienste gemäß § 1 Abs 2 Z 4 und 6 berechtigt. Bei Kreditinstituten richten sich die Konzessionsvoraussetzungen für die gewerbliche Erbringung von Zahlungsdiensten aber jedenfalls nach den Bestimmungen des BWG (§ 1 Abs 3 letzter Satz BWG).²⁵

2.4.1. Konzessionspflicht

Der Betrieb der in § 1 Abs 1 genannten Geschäfte bedarf der Konzession der Finanzmarktaufsicht. Eine Konzessionspflicht besteht nur dann, wenn es sich um die gewerbliche Ausübung von Bankgeschäften im Inland handelt. In Österreich gilt allerdings die Konzessionspflicht gleichermaßen für CRR – KI sowie für KI. Eine Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften ist in Österreich auf Basis von vier rechtlichen Grundlagen denkbar. Entweder aufgrund einer Konzession nach § 4 BWG oder durch Konzessionsüberleitung nach § 103 Z 5 BWG, durch Inanspruchnahme der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß § 9 ff BWG oder aufgrund eines anderen speziellen Gesetzes.

Grundsätzlich ist also in Österreich eine FMA Konzession nach § 4 Abs 1 erforderlich. Dagegen sind EWR-KI, die in Österreich im Wege der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit Bankgeschäfte erbringen, nicht an eine Konzession der FMA gebunden. Des Weiteren sind KI aufgrund entsprechender Übergangsbestimmungen, denen eine Konzession noch vom BMF erteilt wurde, bzw aufgrund von Sondergesetzen zur Ausübung von Bankgeschäften in Österreich berechtigt.

24 *Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* (Hrsg), BWG⁴ § 1 Rz 8 (Stand 1. 1. 2017, rdb.at).

25 *Haslhofer-Jungwirth/Kaufmann/Ressnik/Zimmermann in Weilinger* (Hrsg), ZaDiG § 1 Rz 105 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

Es gibt allerdings bestimmte Ausnahmen von der Konzessionspflicht. Einerseits die in § 3 BWG genannten, speziellen Institutionen (wie die OeNB) bzw Gesellschaften nehmen Kreditinstitute teilweise gänzlich vom Anwendungsbereich des BWG aus. Für Legal-Konzessionen ist andererseits keine eigene Konzession erforderlich. Die Konzessionspflicht besteht auch für die Erweiterung des Konzessionsumfangs. Verfahrensrechtlich handelt es sich bei der Konzession um einen Bescheid iSd § 56 AVG, welcher von der FMA nur über einen Antrag erlassen wird.²⁶

2.4.2. Die Kreditinstituts-Konzession

Der Besitz einer Kreditinstituts-Konzession nach § 4 BWG ist eine von vier möglichen Rechtsgrundlagen für den Betrieb von Bankgeschäften gemäß § 1 Abs 1 BWG. Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BWG und somit der Konzessionspflicht bestehen in unterschiedlichem Umfang für gewisse Institutionen bzw Gesellschaften wie zB der OeNB oder Verbriefungsspezialgesellschaften.²⁷ In § 1 Abs 3 BWG wird Kreditinstituten überdies eine Legalkonzession für Geschäfte eingeräumt, die mit den bewilligten Bankgeschäften im direkten Zusammenhang stehen.²⁸ Hinsichtlich dieser Geschäfte muss daher kein eigener Konzessionsantrag gestellt werden.²⁹

2.4.3. Kreditinstituts-Konzession gemäß § 4 BWG

Alle Fragen rund um die Kreditinstituts-Konzession sind in den §§ 4 ff BWG geregelt. Die Entscheidung über die Erteilung einer Konzession liegt jedoch in der Kompetenz der EZB. Das Verfahren der Konzessionserteilung wird als „Common Procedure“ von der österreichischen FMA sowie der EZB gemeinsam geführt.³⁰ Konzessionsanträge sind zunächst bei der FMA einzureichen, die den Antrag prüft und sodann der EZB einen Beschlussentwurf vorlegt, den diese unwidersprochen lässt oder dagegen Widerspruch erhebt. Ebenso erfolgt der Entzug einer Konzession nach Konsultation oder auf Vorschlag der FMA durch die EZB.³¹ Da im Rahmen dieses gemeinsamen Verfahrens Daten von der FMA an die EZB übermittelt werden, muss jeder Konzessionswerber dem verfahrenseinleitenden Antrag eine unterschriebene Datenschutzerklärung der EZB beifügen.³²

26 *Siegl* in *Dellinger*, BWG § 4 Rz 10.

27 *Siegl* in *Dellinger*, BWG § 4 Rz 6.

28 *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG § 1 Rz 70.

29 *Oppitz* in *Chini/Oppitz*, BWG § 4 Rz 1.

30 Vgl <https://www.fma.gv.at/de/unternehmen/banken/konzessionierung.html>.

31 *Pangl/Rehulka/Strau* in *Dellinger*, BWG § 6 Rz 1.

32 Vgl <https://www.fma.gv.at/de/unternehmen/banken/konzessionierung.html>.

2.4.4. Der Weg bis zur Konzessionserteilung

§ 4 Abs 3 BWG legt fest, welche Angaben und Unterlagen ein Kreditinstitut als Antragsteller dem Konzessionsantrag anschließen muss. Die FMA kann jedoch zusätzliche Informationen vom Antragsteller verlangen, wenn sie dies für notwendig erachtet, um das Vorliegen aller Voraussetzungen prüfen zu können. In der Praxis ist es zweckmäßig, bei der Übermittlung von Unterlagen bereits die Voraussetzungen des § 5 BWG zu beachten, da diese Bestimmung die Voraussetzungen für die Erteilung der Konzession vorgibt und inhaltlich über die erforderlichen Unterlagen nach § 4 Abs 3 BWG hinausgeht. Weiters ist es sinnvoll, den Konzessionsantrag schriftlich sowie in mehrfacher Ausfertigung einzubringen. Eine Einbringung bei der FMA auf elektronischem Wege ist nicht möglich.³³

In § 4 Abs 4 BWG werden die Voraussetzungen festgelegt, unter denen ein Drittland-Kreditinstitut über eine Zweigstelle in Österreich tätig werden darf und welche zusätzlichen Informationen dafür im Rahmen des Konzessionsantrages vorgelegt werden müssen. Drittland-Kreditinstitute sind solche, die ihren Sitz außerhalb der EU-Mitgliedstaaten haben und nach den Vorschriften des Sitzstaates berechtigt sind, Bankgeschäfte nach § 1 Abs 1 BWG zu betreiben.³⁴

Der Ablauf des Konzessionsverfahrens ist grundsätzlich in § 4 Abs 5 und 6 BWG geregelt, wobei subsidiär die Regeln des AVG gelten. Für das Konzessionsverfahren gelten für die FMA diverse Informations- und Anhörungspflichten. Die FMA muss zB die jeweils zuständige Bankenaufsichtsbehörde eines anderen EWR-Staates über einen Konzessionsantrag eines Institutes informieren, das von einem Mutterunternehmen in einem anderen EWR-Mitgliedstaat kontrolliert wird (Abs 5). Auf österreichischer Ebene ist die FMA verpflichtet, vor Konzessionserteilung insbesondere die OeNB anzuhören und das BMF zu verständigen. Wenn ein Konzessionsantrag auch die Berechtigung zur Entgegennahme sicherungspflichtiger Einlagen oder zur Durchführung sicherungspflichtiger Wertpapierdienstleistungen umfasst, so muss die FMA auch die jeweilige Sicherungseinrichtung anhören. Auch gegenüber der Öffentlichkeit treffen die FMA gewisse Informationspflichten hinsichtlich bestehender Bankkonzessionen sowie Personen, die ohne Konzession Bankgeschäfte betreiben.³⁵

33 *Siegl in Dellinger, BWG § 4 Rz 17 ff.*

34 *Siegl in Dellinger, BWG § 4 Rz 43.*

35 *Siegl in Dellinger, BWG § 4 Rz 56 ff.*