

Martin Oppitz

# Bank- und Gesellschaftsrecht – gesellschafts- und unternehmensrechtliche Besonderheiten für Kreditinstitute

## Übersicht:

- I. Bankrecht und Gesellschaftsrecht: Ein schwieriges Verhältnis?
- II. Relevante Schnittstellen
  - A. Marktverhaltensrecht
  - B. Bankgesellschaftsrecht
    - 1. Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften
    - 2. Governance
    - 3. Aufsichtsrat
    - 4. Eigentümerbestimmungen
    - 5. Nachhaltigkeit
- III. Gefahr von Dysfunktionalitäten und Bewältigung durch Koordination
  - A. Ein praktisches Beispiel
  - B. Notwendige Koordinationsstrategie
  - C. Ausstrahlung und Infiltration
- IV. Schluss

## I. Bankrecht und Gesellschaftsrecht: Ein schwieriges Verhältnis?

Banken bzw Kreditinstitute<sup>1)</sup> betreiben Bankgeschäfte. Nach der Konzessionserteilungsvoraussetzung des § 5 Abs 1 Z 1 BWG besteht eine Rechtsformbeschränkung: Kreditinstitute können nur in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Sparkasse geführt werden. Banken sind daher Unternehmen, was – jenseits der aufsichtsrechtlichen Dominanz im Bank(aufsichts)recht – die grundsätzliche Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher Vorgaben eröffnet. Damit steht das Bankrecht an der Schnittstelle zweier Rechtskreise.<sup>2)</sup> Bankaufsichtsrecht findet Gesellschaftsrecht vor; es stellt die Basis

---

<sup>1)</sup> Die beiden Begriffe werden hier synonym verwendet; das BWG spricht von „Kreditinstituten“, während die Vorgängernorm, das KWG 1979, den Begriff der „Bank“ zugrunde gelegt hat. Die Referenzierung von „Bankgeschäften“ wurde hingegen im Zuge der Ablöse des KWG 1979 durch das BWG unverändert beibehalten.

<sup>2)</sup> Die Fülle aufsichtsrechtlicher Normenproduktion hat in wertpapieraufsichtsrechtlichem Zusammenhang – auch angesichts der Finanzkrise 2008/2009 – zum Befund

unternehmerischen Handelns von Kreditinstituten dar. Im „Laboratorium des Bankrechts“ spielen sich – wie treffend angemerkt wurde – „Koordinationsexperimente ab, die für die Verhältnisbestimmung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Normierung beispielhaft sind.“<sup>3)</sup>

Die bankrechtlichen Aufsichtsvorschriften haben einerseits verwaltungspolizeiliche Ziele, soweit es um Gebote und Verbote zur Gefahrenprävention geht; dazu kommen wirtschaftsaufsichtsrechtliche Ziele im Sinne der Erhaltung der Funktionsfähigkeit eines Unternehmens; dabei wird als Aufsichtsmaßstab der „Funktions- und, wie aus dem sonstigen Gesetzeszusammenhang erhellt, der Gläubigerschutz“ definiert.<sup>4)</sup> Das BWG bedient sich als klassisches Wirtschaftsaufsichtsgesetz sowohl präventiv als auch repressiv (§ 70 Abs 4 BWG) wirkender Aufsichtsmittel. Im Sinne der Repräsentationshypothese soll die Bankenaufsicht ihre Überwachungsfunktion stellvertretend für die Einlegergesamtheit wahrnehmen. In der Literatur wird von einer „Pyramide der delegierten Überwachung“ insofern gesprochen, als einerseits die Banken für die Einleger die Aufgabe der delegierten Überwachung der Kreditnehmer übernehmen und andererseits die Aufsicht die Aufgabe der delegierten Überwachung der Bank wahrnimmt.<sup>5)</sup> Die Aufsicht über Kreditinstitute ist – wie jene über Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen – Unternehmensaufsicht.<sup>6)</sup>

## II. Relevante Schnittstellen

Sieht man von allgemeinen marktorganisatorischen Vorgaben wie Marktzutrittsbarrieren ab, die durch ein gesetzliches Konzessionserfordernis umgesetzt werden, lassen sich die unternehmensrechtlichen Schnittstellen, in denen das Aufsichtsrecht seine Instrumente zum Einsatz bringt, grob gesprochen wie folgt unterscheiden:<sup>7)</sup>

einer „Entzauberung des Privaten und Rückkehr des Staatlichen“ geführt: Emmenegger, Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften: Tout devient du droit public? FS von Bueren (2009) 643 (645).

<sup>3)</sup> Emmenegger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe – Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht (2004) 5, die aaO 145 auch darauf hinweist, dass sich „Aktienrecht und Bankengesetz“ in Gestalt von Regelungskonkurrenzen, Normenkonkurrenzen und Zielkonkurrenzen überschneiden, was zu einer Koordinationsbedürftigkeit der Teilrechtsordnungen führt.

<sup>4)</sup> Oppitz, Bankrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band 2<sup>4</sup> (2019) 81 mit Verweis auf die Materialien.

<sup>5)</sup> Vgl. Neus in Luz/Neus/Schaber/Schneider/Wagner/Weber, KWG und CRR<sup>3</sup> (2015) Einführung Rz 41.

<sup>6)</sup> Oppitz, Der unions- und verfassungsrechtliche Rahmen aufsichtsbehördlichen Handelns in Rüffler/N. Raschauer (Hrsg), Reform der Finanzmarktaufsicht – Verfassungs- und verfahrensrechtliche Aspekte (2018) 1.

<sup>7)</sup> Nicht gesondert eingegangen wird auf das Phänomen der aufsichtsrechtlich induzierten Schaffung von Finanzprodukten wie von bedingten Pflichtwandelschuldverschreibungen (§ 26 BWG) und stimmrechtslosen Instrumenten nach § 26a BWG (in Nachfolge des seinerzeitigen Partizipationskapitals). Auch die investmentfondsrechtlichen Anteil-

## A. Marktverhaltensrecht

Einerseits geht es um Verhaltensvorschriften; das sog *Marktverhaltensrecht* ist durch die Zuweisung von Rechte- und Pflichtenbündeln an die jeweiligen Akteure – zB Banken – gekennzeichnet. Dazu gehören im Kapitalmarktaufsichtsrecht – ebenso eine für Banken relevante Normengruppen – etwa die sog Wohlverhaltensregeln, welche Handlungs- und Unterlassungsanordnungen enthalten. Rechtsquelle ist das WAG 2018, welches sich insbesondere in seinen §§ 45 ff mit derartigen Vorgaben befasst. Daneben appellieren Marktmissbrauchsverbote (Insiderregelungen, Marktmanipulationsvorschriften) an lauterer Verhalten der Marktteilnehmer insgesamt, also nicht ausschließlich der Organe bzw Belegschaft von Kreditinstituten.<sup>8)</sup>

Im allgemeinen Bankrecht lassen sich eine Reihe geschäftsbezogener Verhaltensvorschriften identifizieren, die sich auf die allgemeine Sorgfaltsanforderung des § 39 BWG zurückführen lassen: Die Geschäftsleiter haben sich bei ihrer Geschäftsführung insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a BWG zu verfügen (§ 39 Abs 1 S 2 BWG). Korrespondierend dazu hat die FMA als Aufsichtsbehörde auf das „volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität Bedacht zu nehmen“ (§ 69 Abs 1 BWG).

Wiewohl die bankaufsichtsrechtliche Zentralnorm, das BWG, überwiegend dem Bankorganisationsrecht und der Aufsichtstätigkeit der FMA gewidmet ist, finden sich bereits hier unterschiedlichste Verhaltensvorgaben, die in bankrechtlichen Nebengesetzen teilweise detaillierter ausbuchstabiert werden. So leiten etwa die besonderen Vorschriften für Hypothekar- und Immobilienkreditverträge die Verbraucherbestimmungen des BWG (VIII. Hauptstück) ein. § 33 BWG sieht „Wohlverhaltensregeln“ für Kreditinstitute im Zusammenhang mit dem Anbieten und Abschließen von Hypothekar- und Immobilienkreditverträgen im Anwendungsbereich des zweiten und dritten Abschnitts des HIKrG vor.<sup>9)</sup> Informationspflichten im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verbrauchergirokontoverträgen sind ebenso im BWG enthalten (§ 34). Auch bei der Verpflichtung, dass Kreditinstitute in den für Verbraucher zugänglichen Geschäftsräumen oder in elektronischer Form auf der Website bestimmte Angaben zugänglich zu machen haben (insbesondere verzinsungs- und entgeltbezogene Informationen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Angaben über die Einlagensicherung), handelt es sich um eine geschäftsbezogene Verhaltensvorschrift (§ 35 BWG). Ähnliches gilt für die im BWG verankerten Sorgfaltspflichten, die Banken im Zuge von Geschäftsbeziehungen zu Jugendlichen zu beachten haben (§ 36

---

scheine (§ 46 InvFG) sind ein Beispiel für die anlassbezogene aufsichtsrechtliche Kreation von Wertpapierarten.

<sup>8)</sup> Zu dieser Systematisierung des Finanzmarktaufsichtsrechts näher *Oppitz* in *Rüffler/N. Raschauer*, Reform der Finanzmarktaufsicht 2f.

<sup>9)</sup> Näher *Oppitz* in *Oppitz/Chini*, BWG<sup>2</sup> (2022) § 33 Rz 1 ff.

BWG), sowie für die Wertstellungsvorschriften (§ 37 BWG), die sich in einer Gemengelage mit den entsprechenden Vorgaben des ZaDiG befinden.<sup>10)</sup>

Die bankrechtlichen Verhaltensvorschriften tragen – soweit sie an Kunden-geschäftsbeziehungen anknüpfen – deutliche Züge des *Individualschutzprinzips*; dieses findet im Bankrecht andererseits auch Grenzen; so ist etwa ein Kontrahierungszwang im Bankrecht grundsätzlich nicht vorgesehen. Banken können daher die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung ablehnen; andererseits hat jeder Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der EU unabhängig von seinem Wohnort das Recht, ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut zu eröffnen und zu nutzen (§ 23 Abs 1 VZKG). Diese Inklusionsüberlegungen Rechnung tragende Regelung kommt zumindest einem gemäßigten Kontrahierungszwang gleich; aus bestimmten Gründen dürfen Kreditinstitute, die in Österreich Verbrauchern im Rahmen ihrer Konzession Zahlungskonten anbieten, den Antrag eines berechtigten Verbrauchers auf Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen ablehnen (§ 23 Abs 4 VZKG).<sup>11)</sup>

## B. Bankgesellschaftsrecht

Bleiben die unmittelbar geschäftsbezogenen aufsichtsrechtlichen Regelungen im Grunde eher eine Domäne der bankrechtlichen Nebengesetze, so stehen im Zentrum des BWG im hier interessierendem Zusammenhang jene Organisationsvorgaben, mit denen ein „*Bankgesellschaftsrecht*“ etabliert wird; die Binnenorganisation von Kreditinstituten ist sohin einerseits durch das einschlägige Gesellschaftsrecht vorgeprägt, andererseits durch aufsichtsrechtliche Vorschriften überlagert.<sup>12)</sup> Wie die Rechtsfiguren der Kreditinstitutsgruppe (§ 30 BWG) sowie des Kreditinstitute-Verbundes (§ 30a BWG) zeigen, nimmt die Überlagerung allgemein-gesellschaftsrechtlicher Normen gruppendifferenzielle Züge an; es ist nicht übertrieben, von einem eigenen „*Bankkonzernrecht*“ zu sprechen.<sup>13)</sup>

### 1. Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften

Wiewohl sich das Europarecht im Verordnungsweg der Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung von Kreditinstituten angenommen hat – die CRR ist zu einem kaum mehr überschaubaren *rulebook* in diesem Bereich geworden –, lässt auch das BWG selbst die Eigenmittelanforderungen als eine der Koordinationsaufgaben zwischen Bank- und Gesellschaftsrecht deutlich erkennen.

<sup>10)</sup> Dazu Oppitz in Oppitz/Chini, BWG § 37 Rz 4, insbesondere zur Subsidiaritätsklausel des § 37 Abs 1 BWG.

<sup>11)</sup> Die Materialien sprechen tatsächlich von einem „*Kontrahierungszwang*“, von dem es nur „*wenige eng begrenzte Ausnahmen*“ gebe (ErläutRV 1059 BlgNR 25. GP 3).

<sup>12)</sup> Oppitz in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht 88; Müllert, Bankenaufsicht und Corporate Governance – neue Organisationsanforderungen im Finanzdienstleistungsbereich, BKR 2006, 349.

<sup>13)</sup> Zu diesem Regelungskomplex sind aus deutscher Sicht die Monografien von Negenborn, Bankgesellschaftsrecht und Sonderkonzernrecht (2019), und Renner, Bankkonzernrecht (2019), illustrativ.

Die „bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken“ werden in § 39 Abs 1 S 2 BWG als Herausforderung an die Geschäftsleiter von Kreditinstituten erkannt. Kreditinstitute haben zusätzlich über „wirksame Pläne und Verfahren zu verfügen, um die Höhe, die Zusammensetzung und die Verteilung des Kapitals, welches zur quantitativen und qualitativen Absicherung aller wesentlichen bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zur Verfügung steht, regelmäßig zu ermitteln und Kapital im erforderlichen Ausmaß zu halten. Die Pläne und Verfahren haben sich an der Art, dem Umfang und der Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte zu orientieren“ (§ 39a Abs 1 BWG).<sup>14)</sup> Diese Verpflichtung zur Implementierung kreditinstitutseigener Verfahren zur Bewertung der Eigenkapitalausstattung trägt der 2. Basler Säule Rechnung, sohin dem „aufsichtlichen Überprüfungsverfahren“, welches sich im „Internal Capital Adequacy Assessment Process“ (ICAAP) sowie im „Supervisory Review and Evaluation Process“ (SREP) niederschlägt.<sup>15)</sup> Dem steht die „Säule 1“ gegenüber, die auch als „regulatorisches Eigenkapital“ bezeichnet wird: Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen haben jederzeit über anrechenbare Eigenmittel in bestimmter Höhe zu verfügen. Anrechenbare Eigenmittel sind nach Art 4 Abs 1 Z 71 CRR einerseits das Kernkapital (Art 25 CRR) und das Ergänzungskapital (zu dessen Posten und Instrumenten Art 62 ff CRR). Das Kernkapital eines Instituts besteht wiederum aus der Summe des harten Kernkapitals und des zusätzlichen Kernkapitals (Art 25 CRR). Hartes Kernkapital – gegen Ausgabe von Kapitalinstrumenten einbezahlte Gelder, die zur freien Disposition der Geschäftsleiter stehen und grundsätzlich nicht rückzahlbar sind – wird als „Common Equity Tier 1“ (CET1) bezeichnet, zusätzliches Kernkapital als „Additional Tier 1“ (AT1).<sup>16)</sup> Die Mindestquote des harten Kernkapitals beträgt 4,5%. Dazu tritt ein Kapitalerhaltungspuffer von 2,5%, der aus CET1 vorzuhalten ist (§ 23 Abs 1 BWG) und das faktische Mindestanforderungs an hartem Kernkapital auf 7% der risikogewichteten Aktiva erhöht. Mindestanforderungen sind im Übrigen nach Art 92 CRR 6% Tier-1-Kapital (davon 4,5% CET1 und 1,5% AT1) sowie eine Gesamtkapitalquote von 8%. Eigenmittelanforderungen stellen sich damit als Präventionsmaßnahme im Hinblick auf die mit der Tätigkeit von Bankgeschäften verbundenen höheren oder geringeren – jedoch nie ganz vermeidbaren – Risiken dar; die in mehreren Etappen stattgefundene Verschärfung und Verfeinerung der Eigenmittelvorgaben einerseits und der für die Eigenmittelanrechenbarkeit andererseits vorgesehenen Voraussetzungen vermitteln den Eindruck, dass das Bankaufsichtsrecht zu einem Gutteil aus Eigenmittelrecht bestünde. Die legislative Entwicklung hat sich gerade in diesem Bereich sohin deutlich von den im Grunde wenig komplexen Kapitalisierungsangaben des all-

<sup>14)</sup> § 39a BWG wird als eine „Art von *lex specialis* hinsichtlich der internen Verfahren zur Bewertung der Eigenkapitalausstattung“ im Verhältnis zu § 39 BWG gesehen: Höllerer in Dellinger (Hrsg), BWG § 39a Rz 11; vgl auch Oppitz in Oppitz/Chini, BWG § 39a Rz 1.

<sup>15)</sup> Vgl dazu auch den Leitfaden FMA/OeNB, Gesamtbankrisikosteuerung – Internal Capital Adequacy Allocation Process, sowie den von der EZB veröffentlichten SSM-Leitfaden zum ICAAP, abrufbar unter [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.icaap\\_guide\\_201811.de.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.icaap_guide_201811.de.pdf) (abgefragt am 28. 10. 2025).

<sup>16)</sup> Vgl B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015) 174; Oppitz in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht 97.

gemeinen Unternehmensrechts entfernt. Insofern gehen die aufsichtsrechtlichen Vorschriften weit über eine bloße Verfeinerung bzw Akzentuierung des Gesellschaftsrechts hinaus; das Eigenmittelrecht hat den Charakter einer bankrechtlichen Subdisziplin angenommen.<sup>17)</sup>

## 2. Governance

*Governance*-Anforderungen hinsichtlich der Binnenorganisation von Kreditinstituten belegen die Bestrebungen des Bankaufsichtsrechts, den Eigenarten bankgeschäftlicher Tätigkeit durch organisationsrechtliche Akzente besser zu entsprechen, besonders anschaulich:

So legt § 5 Abs 1 Z 12 BWG als maßgebliche Konzessionserteilungsvoraussetzung das *Vier-Augen-Prinzip* fest: Ein Kreditinstitut muss mindestens zwei Geschäftsleiter haben. In der Satzung muss Einzelvertretungsmacht, Einzelprokura oder eine Einzelhandlungsvollmacht für den gesamten Geschäftsbetrieb ausgeschlossen<sup>18)</sup> sein.<sup>19)</sup>

Dazu kommen *Fit & Proper-Anforderungen*: Die fachliche und charakterliche Eignung der Geschäftsleitung muss gegeben sein (§ 5 Abs 1 Z 6–13 BWG). Das bedeutet, dass bei keinem Geschäftsleiter ein Ausschlussgrund gemäß § 13 Abs 1–6 GewO vorliegt, insbesondere kein Konkurs eröffnet wurde (Z 6), die Geschäftsleiter über geordnete wirtschaftliche Verhältnisse verfügen und keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Zweifel an ihrer persönlichen für den Betrieb der Geschäfte gemäß § 1 Abs 1 BWG erforderlichen Zuverlässigkeit ergeben (Z 7). Die Geschäftsleiter müssen aufgrund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sein und die für den Betrieb des Kreditinstituts erforderlichen Erfahrungen haben (Z 8). Gegen einen ausländischen Geschäftsleiter dürfen keine Ausschlussgründe bestehen (Z 9). Mindestens ein Geschäftsleiter muss den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich haben (Z 10) und mindestens ein Geschäftsleiter die deutsche Sprache beherrschen (Z 11). Kein Geschäftsleiter darf schließlich einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausüben (Z 13).

Die Verpflichtung zur Einrichtung von *Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren* nach § 39 Abs 2 BWG stellt einen grundsätzlichen organisationsrechtlichen Appell dar: Ziel ist die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken, darunter auch jener Risiken, die sich aus dem makroökonomischen Umfeld der Kreditinstitute unter Berücksichtigung der Phase des jeweiligen Geschäftszyklus ergeben, des Risikos von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung sowie der Vergütungspro-

<sup>17)</sup> *Stern*, Bankenaufsichtsrecht im Europäischen Wirtschaftsraum – normative Lehren aus der Finanzkrise (2015) 131 trifft dazu die Feststellung, dass sich die europäische Bankenregulierung „gerade im letzten Jahrzehnt zu einem breiten und hochkomplexen Regelwerk verdichtet“ hat.

<sup>18)</sup> Das Vier-Augen-Prinzip gilt auch für Filialleiter von Kreditinstituten (OGH 23. 5. 2005, 3 Ob 317/04w mit Verweis auf 1 Ob 164/00z = EvBl 2001/5 = GesRZ 2001, 26 = ÖBA 2001, 334 = ecolex 2000, 871 [Wilhelm] = RdW 2000, 725; RIS-Justiz RS0113864).

<sup>19)</sup> Bei Kreditgenossenschaften muss die Führung der Geschäfte auf die Geschäftsleiter eingeschränkt sein.

litik und -praktiken. Gefordert ist sohin ein *Risikomanagement*, das in § 39 Abs 5 BWG organisatorisch verfestigt wird, soweit Kreditinstitute von erheblicher Bedeutung (§ 5 Abs 4 BWG) betroffen sind: In solchen Kreditinstituten ist eine vom operativen Geschäft unabhängige Risikomanagementabteilung mit direktem Zugang zu den Geschäftsleitern einzurichten, an deren Spitze eine Führungskraft zu stehen hat, die eigens für diese Funktion zuständig ist. Der Leiter der Risikomanagementabteilung kann seines Amtes nicht ohne vorherige Information des Aufsichtsrats enthoben werden.

§ 39 Abs 2 Satz 4 BWG legt fest, dass die Organisationsstruktur durch dem Geschäftsbetrieb angemessene aufbau- und ablauforganisatorische Begrenzungen *Interessen- und Kompetenzkonflikte* zu vermeiden hat. In den FMA-Mindeststandards für das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken (FMA-MS-K)<sup>20)</sup> wird im Hinblick auf Kreditentscheidungen eine funktionale Trennung zwischen „Markt“ einerseits und „Marktfolge“ andererseits vorgeschrieben (Rz 23). Auch gemäß § 3 Abs 2 KI-RMV gilt: *„Kreditinstitute haben innerhalb ihrer Organisationsstruktur über transparente Aufgaben- und Verantwortlichkeitsabgrenzungen zu verfügen, die geeignet sind, Interessen- und Kompetenzkonflikte zu vermeiden.“*

Das Bankaufsichtsrecht findet die gesellschaftsrechtlich vorgeprägten Strukturen vor und gestaltet Zuständigkeiten – wie am Beispiel des Risikomanagements gezeigt – mitunter neu; ein weiteres Beispiel dafür sind die speziellen Organkompetenzen im Zusammenhang mit der Vergabe von *Großkrediten*, für welche ein eigenes Genehmigungs- und Kontrollregime – primär in der CRR – vorgesehen ist (Art 387–403 CRR). Zur Erläuterung: Eine Risikoposition eines Instituts an einen Kunden oder eine Gruppe verbundener Kunden ist ein *Großkredit*, wenn ihr Wert 10% der anrechenbaren Eigenmittel des Instituts erreicht oder überschreitet (Art 392 CRR). 25% der anrechenbaren Eigenmittel dürfen bei Risikopositionen nicht überschritten werden (Art 395 CRR).<sup>21)</sup> Art 393 CRR verordnet wiederum eine organisatorische Infrastruktur in diesem heiklen Regelungsbereich: Institute haben über ordnungsgemäße Verwaltungs- und Rechnungslegungsverfahren sowie angemessene interne Kontrollmechanismen zur Ermittlung, Verwaltung, Überwachung, Erfassung und Meldung aller Großkredite und ihrer späteren Änderungen im Einklang mit der CRR zu verfügen. Das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen CRR und BWG bleibt ganz allgemein eine Herausforderung und ist gerade an dieser Stelle geboten: Jeder gemäß Art 392 CRR ermittelte Großkredit, der mindestens EUR 500.000,– beträgt, bedarf nämlich unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts der ausdrücklichen vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats oder des sonst nach Gesetz und Satzung zuständigen Aufsichtsorgans des Kreditinstituts (§ 28b Abs 1 BWG). Sog Vorratsbeschlüsse – das Gesetz enthält keine Begriffsbestimmung – sind dabei unzulässig.<sup>22)</sup>

<sup>20)</sup> Neufassung 2022.

<sup>21)</sup> Ausnahmen von der Obergrenze sind in Art 400 CRR geregelt.

<sup>22)</sup> Vgl das Rundschreiben der FMA vom 1. 1. 2014 zu § 28b BWG: Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen und Berichterstattungen an das zuständige Aufsichtsorgan; dazu weiters *Oppitz*, Die Funktion des Aufsichtsrats bei Kreditentscheidungen, in *Kalss/Kunz*

Eine spezielle Interessenkollisionsregelung enthält § 28 BWG; es geht um „Organgeschäfte“, sohin Rechtsgeschäfte zwischen dem Kreditinstitut und einzelnen Mitgliedern der Organe sowie bestimmten Angehörigen bzw von Unternehmen, in denen Mitglieder von Organen und/oder deren bestimmte Angehörige wirtschaftliche Eigentümer und/oder geschäftsführende Organe sind.<sup>23)</sup> So darf ein Kreditinstitut etwa mit seinen Geschäftsleitern (und den sonst in § 28 Abs 1 BWG genannten Personen) Rechtsgeschäfte direkt oder indirekt nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses aller Geschäftsleiter und mit Zustimmung des Aufsichtsrats (oder des sonst nach Gesetz oder Satzung zuständigen Aufsichtsorgans) abschließen. Bei Beschlussfassungen über derartige Organgeschäfte hat der Betroffene nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 28 Abs 1 S 2 BWG) kein Stimmrecht.

Europarechtlich inspiriert – es geht um die teilweise wortgetreue Übernahme von Vorschriften der CRD – versucht sich der Gesetzgeber, salopp formuliert, geradezu als Standardsetzer im Bereich der bankrechtlichen *Corporate Governance*; so haben die Geschäftsleiter nach der Anordnung des § 28a Abs 2a BWG „für die Festlegung und Überwachung der internen Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu sorgen, die die erforderliche Sorgfalt bei der Leitung des Instituts gewährleisten, und insbesondere die Aufgabentrennung in der Organisation und die Vorbeugung von Interessenkonflikten vorsehen. Die Geschäftsleiter haben die Wirksamkeit dieser Grundsätze regelmäßig zu bewerten und angemessene Schritte zur Behebung von Mängeln einzuleiten.“ Die hier angesprochene „Aufgabentrennung in der Organisation“ wird auch in der allgemeinen Sorgfaltspflichtanforderung des § 39 Abs 2 BWG aufgenommen: Dort findet sich die Anforderung, dass die Organisationsstruktur „durch dem Geschäftsbetrieb angemessene aufbau- und ablauforganisatorische Abgrenzungen Interessen- und Kompetenzkonflikte zu vermeiden“ hat (§ 39 Abs 2 S 4 BWG).

Die Vorgabe, dass die Geschäftsleiter das Wirken des höheren Managements des Kreditinstituts wirksam zu überwachen haben (§ 28a Abs 2b BWG), wirkt im Grunde trivial; die geradezu sklavische Übernahme europarechtlicher Normtexte führt hier zu einer Doppelgleisigkeit, welche den originären normativen Gehalt ein wenig verschleiert; schließlich zählt die Überwachungsaufgabe ohnehin – nach allgemeinem Gesellschaftsrecht – zu den zentralen Leitungsfunktionen des Vorstands, wenn auch die unverzichtbaren Leitungsaufgaben gemäß § 70 AktG im Gesetz nicht ausdrücklich angeführt sind.<sup>24)</sup> Es entspricht dem herrschenden Meinungsstand, dass der Vorstand auch Maßnahmen zu setzen und Entscheidungen zu treffen hat, welche die Regeln für das Verhalten von Mitarbeitern – und deren Überwachung – betreffen.<sup>25)</sup>

Eine binnenorganisatorische Spezialität von Kreditinstituten stellt die Verpflichtung zur Etablierung einer „*internen Revision*“ (§ 42 BWG) dar. Diese hat

(Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 37/15 ff; Kalss/Oppitz, Das Zustimmungsrecht des Bankaufsichtsrats zu Großkrediten, FS Marhold (2020) 897 ff.

<sup>23)</sup> Chini in Oppitz/Chini, BWG § 28 Rz 1.

<sup>24)</sup> Zu diesem Aspekt etwa Kalss, Leitung der Gesellschaft, in Kalss/Frotz/Schörghofer (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) Rz 12/7.

<sup>25)</sup> Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>3</sup> (2021) § 70 Rz 6.

unmittelbar den Geschäftsleitern zu unterstehen und dient „ausschließlich der laufenden und umfassenden Prüfung der Gesetzmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des gesamten Unternehmens“. Als „Third Line of Defense“<sup>26)</sup> ist es nach der Sichtweise der FMA<sup>27)</sup> die Rolle der internen Revision, „sowohl allgemein als auch anlassbezogenen Prüfungen aller Bereiche, Abläufe, Verfahren und Systeme durchzuführen und die Geschäftsleitung sowie das zuständige Aufsichtsorgan darüber zu informieren, inwieweit der Governance-Rahmen, einschließlich des Risikomanagementrahmens, effektiv ist und entsprechende Verfahren und Grundsätze festgesetzt wurden und laufend eingehalten werden.“ Das Bankaufsichtsrecht setzt somit die Verpflichtung zur Etablierung eines „internen Kontrollsystems“ (IKS) aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgaben (§ 82 AktG, § 22 Abs 1 GmbHG) voraus und etabliert mit der internen Revision – bei Kreditinstitutsgruppen wird der gruppendifferenzierten Betrachtung durch das Erfordernis einer internen Konzernrevision Rechnung getragen (§ 42 Abs 7 BWG) – eine zusätzliche Prüfinstanz, die laufend und entsprechend umfassend tätig zu werden hat.

Nicht identisch mit der internen Revision, jedoch ebenso als Überwachungsinstanz eingerichtet, ist die sog. „BWG-Compliance-Funktion“, die durch § 39 Abs 6 BWG etabliert wird. Kreditinstitute von erheblicher Bedeutung (§ 5 Abs 4 BWG) haben eine dauerhafte, wirksame und unabhängig arbeitende Compliance-Funktion mit direktem Zugang zur Geschäftsleitung einzurichten, die die ständige Überwachung und regelmäßige Bewertung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Grundsätze und Verfahren gemäß § 39 Abs 6 Z 1 BWG sowie der Maßnahmen, die zur Behebung etwaiger Mängel unternommen wurden, sowie diesbezügliche Beratung der Geschäftsleitung zur Aufgabe hat (§ 39 Abs 6 Z 2 BWG). Der Verweis auf Grundsätze und Verfahren gemäß § 39 Abs 6 Z 2 BWG eröffnet einen weiten Anwendungsbereich: Es geht um die Risiken einer etwaigen Missachtung der in der bankaufsichtsrechtlichen Zentralnorm des § 69 Abs 1 BWG aufgelisteten Vorschriften sowie um das Aufdecken damit verbundener Risiken und die Beschränkung dieser Risiken auf ein Mindestmaß.

Nicht nur das BWG selbst nimmt binnenorganisatorische Gestaltungen vor, die das allgemeine Unternehmensrecht zumindest in der lex scripta nicht kennt; so haben Kreditinstitute nach § 23 Abs 3 FM-GwG einen „besonderen Beauftragten“ zur Sicherstellung der Einhaltung der Bestimmungen des FM-GwG zu bestellen. Diese Position ist so einzurichten, dass dieser „lediglich dem Leitungsorgan gegenüber verantwortlich ist und dem Leitungsorgan direkt – ohne Zwischenebenen – zu berichten hat.“ Zusätzlich ist bei Verpflichteten nach dem FM-GwG – sohin auch bei Kreditinstituten – ein Mitglied des Leitungsorgans zu bestimmen, das für die Einhaltung der Bestimmungen, die der Verhinderung oder Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung dienen, zuständig ist (§ 23 Abs 4 FM-GwG). In Geldwäschepräventionszusammenhängen sah sich der Gesetzgeber auch veranlasst, ua Kreditinstituten Vorgaben hinsichtlich charakterlicher Grundhaltungen ihrer Mitarbeiter zu machen: Die Verpflichteten haben

<sup>26)</sup> Die operativen Bereiche sind die „First Line of Defense“ und sollen Risiken erkennen und managen; die Risikomanagementfunktion dient als „Second Line of Defense“ und hat bereichsübergreifend Risiken zu identifizieren.

<sup>27)</sup> Rz 5 der FMA-MS-IR.

bei der Auswahl ihrer Beschäftigten „auf Zuverlässigkeit in Bezug auf deren Verbundenheit mit den rechtlichen Werten zu achten“ (§ 23 Abs 6 FM-GwG).<sup>28)</sup> Die Bestimmung des § 23 Abs 6 FM-GwG ist auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert (§ 34 Abs 1 Z 8 FM-GwG).<sup>29)</sup>

Eine weitere organisationsrechtliche Vorgabe stellt die Verpflichtung zur Etablierung eines *Whistleblowing*-Systems (§ 99g BWG) dar.<sup>30)</sup> Kreditinstitute haben über angemessene Verfahren zu verfügen, die es ihren Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglichen, betriebsinterne Verstöße gegen die in § 99g Abs 1 BWG angeführten Rechtsquellen zu melden.<sup>31)</sup>

### 3. Aufsichtsrat

Nachdem das Bankaufsichtsrecht angesichts der mit Bankgeschäften verbundenen Risiken „kontrollgetrieben“ erscheint, nimmt es nicht Wunder, dass insbesondere der Aufsichtsrat mit seinem gesellschaftsrechtlich vorgeprägten normativen Rahmen Gegenstand aufsichtsrechtlicher Nachschärfung geworden ist.<sup>32)</sup> Der Aufsichtsrat hat nach § 28a Abs 2c BWG mit der Geschäftsleitung die strategischen Ziele, die Risikostrategie und die internen Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu erörtern und deren Umsetzung durch die Geschäftsleitung zu überwachen. Abgesehen von der grundsätzlichen Risikosensitivität des Bankgeschäftes und der damit verbundenen Akzentuierung einer „Risikostrategie“ ergeben sich hier gegenüber allgemein-gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen kaum Abweichungen.

In einigen Bereichen sah sich das Bankaufsichtsrecht hingegen zu einer Weiterentwicklung der gesellschaftsrechtlichen „Grundausstattung“ veranlasst: So wurden etwa die Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern durch § 28 Abs 5 Z 1 und 2 BWG vom Aufsichtsratsvorsitzenden auf sämtliche Aufsichtsratsmitglieder ausgeweitet: Die Mitglieder des Aufsichtsrats haben über geordnete wirtschaftliche Verhältnisse zu verfügen; es dürfen keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Zweifel an ihrer persönlichen Zuverlässigkeit, Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit für die Ausübung der Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrats ergeben. Auch die fachliche Eignung hat bei den Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gegeben zu sein: Die Aufsichtsratsmitglieder haben „jederzeit über ausreichende Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen“ zu verfügen, „um gemeinsam in der Lage zu sein, die Geschäftstätigkeiten des jeweiligen Kreditinstitutes einschließ-

<sup>28)</sup> Ebenso ist nach § 23 Abs 6 BWG vor der Wahl der Aufsichtsräte auf deren Verbundenheit mit den rechtlichen Werten zu achten.

<sup>29)</sup> Die Verwaltungsstrafe beträgt immerhin bis zu EUR 150.000,-.

<sup>30)</sup> Derartige Regelungen sind in verschieden bank- und kapitalmarktrechtlichen Normen aufzufinden; vgl etwa auch § 7 ZvVG, § 40 FM-GwG; § 95 BörseG; § 160 BörseG; zu MAR-bezogenen Verdachtsmeldungen vgl auch die DelVO (EU) 2016/957.

<sup>31)</sup> Die unionsrechtliche Vorgabe für § 99g BWG ist Art 71 CRD IV.

<sup>32)</sup> Zur diesbezüglichen Rechtsentwicklung vgl *Herbst*, Besonderheiten des Aufsichtsrats in Kreditinstituten, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 35/3.