



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Bad Banks“ in Österreich: Konzepte und Rechtsrahmen

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Maximilian Hohenauer

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of  
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
degree program as it appears on the student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt / field of study as it appears on the  
student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M.

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>1</b>
<b>Aufbau und Zielsetzung der Arbeit</b>	<b>12</b>
<b>1. „BAD BANKS“ – BEGRIFF UND KONZEPTE</b>	<b>14</b>
<b>1.1 Zum Begriff der „Bad Bank“</b>	<b>14</b>
Vorliegende Ansätze und Definitionsversuche	14
(a) Presse und Publikationen abseits juristischer Fachliteratur	15
(b) Juristische Begriffsannäherungen	16
(c) Zwischenresümee: Vorläufige Definition einer „Bad Bank“	18
1.1.2 Beispiele und Präzedenzfälle für „Bad Banks“ in Österreich	19
(a) HETA Asset Resolution AG: Kurzdarstellung	20
(b) KA Finanz AG: Kurzdarstellung	23
(c) immigon portfolioabbau ag: Kurzdarstellung	25
1.1.3 Rechtliche Einordnung der Präzedenzfälle und Implikationen auf den „Bad Banks“-Begriff	27
<b>1.2 „Bad Banks“-Konzepte im österreichischen Recht</b>	<b>28</b>
1.2.1 Allgemeines und Ausgangspunkt	28
1.2.2 Abbaueinheit iSd GSA	29
(a) Allgemeines	29
(b) Entstehung	30
(c) Charakteristika der Abbaueinheit iSd GSA	32
(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaueinheit iSd GSA	56
1.2.3 Abbaugesellschaft iSd § 162 BaSAG	62
(a) Allgemeines	62
(b) Entstehung	63
(c) Charakteristika der Abbaugesellschaft	65
(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaugesellschaft	73
1.2.4 Abbaueinheit iSd § 82 ff BaSAG	83
(a) Allgemeines	83
(b) Entstehung	85
(c) Charakteristika der Abbaueinheit iSd BaSAG	136
(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaueinheit iSd BaSAG	140
(e) Die Abbaueinheit iSd BaSAG aus dem Blickwinkel des Sondergesellschaftsrechts und der Auslagerungsgesetzgebung	143
<b>1.3 Abgrenzung: vergleichbare Rechtsinstitute vs „Bad Bank“</b>	<b>149</b>
1.3.1 Brückeninstitute	149
1.3.2 Entzug/Rücknahme der Kreditinstitutskonzession	151
1.3.3 Kreditinstitute unter Geschäftsaufsicht gem §§ 81 ff BWG	151
<b>1.4 Implikationen der „Bad Banks“-Konzepte auf den Begriff der „Bad Bank“</b>	<b>153</b>
1.4.1 Neubewertung und Anpassung der vorläufigen Begriffsdefinition	153
1.4.2 Zusammenfassung: „Bad Banks“-Modelle und Kategorien von „Bad Banks“	155
<b>2. DER RECHTSRAHMEN VON „BAD BANKS“</b>	<b>156</b>
<b>2.1 Allgemeines und Problemstellung</b>	<b>156</b>
<b>2.2 Zivilrechtliche Aspekte</b>	<b>158</b>

2.2.1	Rechtsfolgen von Handlungen außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs	158
(a)	Relevante Bestimmungen und Ausgangspunkt	158
(b)	Gesetzwidrigkeit und Nichtigkeitsfolge iSd § 879 ABGB?	158
(c)	(Un-)Wirksamkeit der Vertretungshandlung?	161
(d)	Konzessionslose Bankgeschäfte und diesbezügliche Regelungen des BWG	167
(e)	Verstöße gegen den Abbauplan	168
2.2.2	Kündigungsrechte infolge der (Re-)Konstituierung als „Bad Bank“ / Präzisierung des <i>ex lege</i> eintretenden Endes der Bankkonzession bei historischen „Bad Banks“	169
(a)	Ausgangspunkt / Unterscheidung zwischen historischen und originären „Bad Banks“	169
(b)	Präzisierung und Einordnung des <i>ex lege</i> -Endes der Kreditinstitutskonzession	170
(c)	Vertragliche Kündigungsrechte	175
(d)	Kündigung aus wichtigem Grund	178
<b>2.3</b>	<b>Regulatorische Aspekte</b>	<b>181</b>
2.3.1	Ausgangspunkt und Vorbemerkung	181
2.3.2	Anwendbarkeit unionsrechtlicher Vorschriften	183
(a)	CRR	183
(b)	MiFIR	187
(c)	EMIR	190
(d)	„Soft Law“: Leitlinien und Empfehlungen der EBA	192
2.3.3	Anwendbarkeit nationaler Vorschriften	195
(a)	BWG	195
(b)	WAG 2018	196
(c)	FM-GwG	198
(d)	ESAEG	200
(e)	BaSAG – Anwendbarkeit von Abwicklungsinstrumenten auf bestehende „Bad Banks“	202
(f)	„Soft Law“: Mindeststandards und Rundschreiben der FMA	206
<b>2.4</b>	<b>Insolvenzrechtliche Aspekte</b>	<b>229</b>
2.4.1	Insolvenzgründe	230
(a)	Ausgangspunkt	230
(b)	Abbaueinheit iSd GSA: Unbeachtlichkeit insolvenzrechtlicher Überschuldung	230
(c)	(Un-)Beachtlichkeit insolvenzrechtlicher Überschuldung bei weiteren „Bad Banks“	230
2.4.2	Insolvenzantragslegitimation, Antragspflicht und Haftung	238
(a)	Antragslegitimation und Mitwirkungspflichten	238
(b)	Pflicht zur Antragstellung und Haftung	240
(c)	Fazit: Einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht; formale Stellung wie bei Schuldneranträgen; Haftung nach dem AHG gegenüber Gläubigern und „Bad Banks“	260
2.4.3	Keine Anfechtung nach der IO bei Vermögensübertragungen nach §§ 82 ff BaSAG	261
2.4.4	Anwendbarkeit des URG auf „Bad Banks“	261
(a)	Ausgangspunkt: Anwendungsbereich und Ziele des URG	261
(b)	Abbaueinheit iSd GSA: Unanwendbarkeit des URG gem § 7 Abs 4 GSA	262
(c)	Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd BaSAG: Unanwendbarkeit des URG trotz fehlender ausdrücklicher Regelung	262
(d)	Fazit: Unanwendbarkeit des URG für sämtliche „Bad Banks“	264
<b>2.5</b>	<b>Abgabenrechtliche Aspekte</b>	<b>265</b>
2.5.1	Zessionsgebühren und Zwischenbankenbefreiung	265
(a)	Ausgangspunkt	265
(b)	Kreditinstitutsbegriff des GebG	265
(c)	Gebührenbefreiung des § 11 Abs 1 GSA / § 165 Abs 1 BaSAG	268
(d)	Fazit: Zwischenbankenbefreiung gilt auch für „Bad Banks“	270
2.5.2	Stabilitätsabgabe	270
2.5.3	Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds	271
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>273</b>

<b>Abstract</b>	<b>279</b>
(a) Deutschsprachige Fassung	279
(b) English version	280

## Abkürzungsverzeichnis

aA	= andere Ansicht
<b>ABBAG-Gesetz</b>	= Bundesgesetz über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes BGBl Nr 51/2014
ABl	= Amtsblatt der EU, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	= Absatz
AEUV	= Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABl C 2008/115
aF	= alte Fassung
<b>AHG</b>	= Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden BGBl Nr 20/1949
<b>AktG</b>	= Bundesgesetz über Aktiengesellschaften BGBl Nr 98/1965
Anlegerentschädigungs-RL	= Richtlinie 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme ABl 173/149
Anm	= Anmerkung

arg	= argumento ( <i>folgt aus</i> )
Art	= Artikel
<b>AußStrG</b>	= Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen BGBl I Nr 111/2003
<b>AVG</b>	= Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl Nr 51/1991
<b>AVRAG</b>	= Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz BGBl Nr 459/1993
<b>BaSAG</b>	= Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken BGBl I Nr 98/2014
betr	= betreffend
BGBI	= Bundesgesetzblatt [österreichisch: Jahr/Nummer; ab 1997: Teil Jahr/Nummer]
BGH	= Bundesgerichtshof (Deutschland)
BM	= Bundesminister, Bundesministerin oder Bundesministerium
BMF	= BM für Finanzen
<b>BörseG 2018</b>	= Bundesgesetz über die Wertpapier- und allgemeinen Warenbörsen 2018 BGBl I Nr 107/2017
BRRD	= Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von

	Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates ABI L 173/190
<b>BSpG</b>	= Bundesgesetz über die Beaufsichtigung und den Betrieb von Bausparkassen BGBl Nr 532/1993
bspw	= beispielsweise
<b>BWG</b>	= Bankwesengesetz BGBl 1993/932
bzgl	= bezüglich
bzw	= beziehungsweise
ca	= circa oder zirka ( <i>ungefähr</i> )
CRD IV	= Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG ABI L 2013/176, 338
CRR	= Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

	26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 ABl L 2013/176, 1
dh	= das heißt
dRGBI	= (deutsches) Reichsgesetzblatt
dKWG	= deutsches Gesetz über das Kreditwesen vom 9. September 1998, BGBl. I S. 2776
dSAG	= deutsches Sanierungs- und Abwicklungsgesetz vom 10. Dezember 2014, BGBl. I S. 2091
E	= Entscheidung
EBA	= Europäische Bankenaufsichtsbehörde
EBA-VO	= Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission ABl L 331/12
EKEG	= Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen BGBl I Nr 92/2003
EMIR	= Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale



	Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl L 201/1
ErlRV	= Erläuterungen zur Regierungsvorlage
<b>ESAEG</b>	= Bundesgesetz über die Einlagensicherung und Anlegerentschädigung bei Kreditinstituten BGBl I Nr 117/2015
EU	= Europäische Union
EU-AbschlussprüfungsVO	= Verordnung (EU) Nr. 537/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über spezifische Anforderungen an die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse und zur Aufhebung des Beschlusses 2005/909/EG der Kommission ABl L 158/77
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
<b>FinStaG</b>	= über Maßnahmen zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarktes (BGBl I Nr 137/2008)
f	= und der, die folgende
<b>FBG</b>	= Firmenbuchgesetz BGBl Nr 10/1991
ff	= und der, die folgenden
FMA	= Finanzmarktaufsichtsbehörde
<b>FMABG</b>	= Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der

	Finanzmarktaufsichtsbehörde BGBl I Nr 97/2001
<b>FM-GwG</b>	= Bundesgesetz zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzmarkt BGBl 118/2016
<b>GebG</b>	= Gebührengesetz 1957 BGBl Nr 267/1957
gem	= gemäß
ggf	= gegebenenfalls
<b>GmbHG</b>	= Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBl Nr 58/1906
<b>GSA</b>	= Bundesgesetz zur Schaffung einer Abbaueinheit BGBl I Nr 51/2014
hA	= herrschende Ansicht
<b>HaaSanG</b>	= Bundesgesetz über Sanierungsmaßnahmen für die HYPO ALPE ADRIA BANK INTERNATIONAL BGBl I Nr 51/2014 (aufgehoben durch BGBl I Nr 108/2015 (VfGH))
<b>HaaSanV</b>	= Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen gemäß § 7 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 und § 4 Abs. 1 HaaSanG BGBl II Nr 1952/2014 (aufgehoben durch BGBl II Nr 225/2015 (VfGH))

Hrsg	= Herausgeber oder Herausgeberin oder Herausgeberinnen
idF	= in der Fassung
iHa	= in Hinblick auf
insb	= insbesondere
<b>IO</b>	= Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren RGI Nr 337/1914
iSd	= im Sinne des
iSv	= im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
iZm	= in Zusammenhang mit
MAR	= Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl L 2014/173, 1
maW	= mit anderen Worten
MiFID	= Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie

	2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl L 2004/145, 1
MiFID II	= Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl 2014/173, 349
MiFIR	= Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 2013/84
<b>MRG</b>	= Bundesgesetz vom 12. November 1981 über das Mietrecht BGBl Nr 520/1981
MS	= Mitgliedstaat oder Mitgliedstaaten
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NÖ Grundverkehrsgesetz	= NÖ Grundverkehrsgesetz 2007 LGBl für Niederösterreich 6800-1
Nr	= Nummer
PRIIP-VO	= Verordnung (EU) Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und

	Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl 352/1
RL	= Richtlinie der EU
Rn	= Randnummer
Rsp	= Rechtsprechung (iSv Judikatur)
Salzburger Grundverkehrsgesetz	= Gesetz vom 12. Dezember 2001 zur Regelung des Grundverkehrs LGBl für Salzburg Nr 9/2002
sog	= sogenannte, sogenannter oder sogenanntes
<b>SpaltG</b>	= Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften BGBl Nr 304/1996
SRM-VO	= Verordnung (EU) Nr. 806/2014 des Europäischen Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 ABl L 225/1
<b>StabAbgG</b>	= Bundesgesetz, mit dem eine Stabilitätsabgabe von Kreditinstituten eingeführt wird BGBl I Nr 111/2010
ua	= unter anderem

<b>ÜbG</b>	= Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote BGBl 127/1998
<b>UGB</b>	= Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen dRGBI 1897, 2919 (Legalabkürzung BGBl I 2005/120)
<b>URG</b>	= Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen BGBl I Nr 114/1997
uU	= unter Umständen
<b>VAG 2016</b>	= Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung BGBl I Nr 34/2015
vs	= <i>versus</i>
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung der EU
<b>WAG 2007</b>	= Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen BGBl 1 Nr 60/2007
<b>WAG 2018</b>	= Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 BGBl I Nr. 107/2017
zB	= zum Beispiel
zust	= zustimmend
Z	= Ziffer

4. Geldwäsche-RL	<p>= Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission ABl L 141/73</p>
------------------	--

## **Aufbau und Zielsetzung der Arbeit**

Der **Aufbau** der vorliegenden Arbeit ist, ihrem Titel entsprechend, zweigliedrig.

**Teil 1** dieser Arbeit befasst sich mit Konzepten für „Bad Banks“ im österreichischen Recht. Dabei wird eingangs der Frage nachgegangen, was eine „Bad Bank“ überhaupt ist. Um dies zu prüfen wird ein Blick über das positive Recht und juristische Fachliteratur hinaus geworfen und der Begriff der „Bad Bank“ in einen breiteren Kontext eingebettet. Zusammen mit vorhandenen Begriffsannäherungen in der juristischen Lehre und Rechtsprechung soll dadurch eine (vorläufige) Definition einer „Bad Bank“ erarbeitet und einschlägigen Präzedenzfällen in Österreich gegenübergestellt werden. In weiterer Folge werden im geltenden Recht verankerte Modelle für „Bad Banks“ identifiziert und vergleichend dargestellt. Die diesbezügliche Analyse dient nicht nur dem Selbstzweck einer Aufarbeitung verschiedener „Bad Banks“-Rechtsfiguren, sondern vor allem auch als Ausgangspunkt für Teil 2 dieser Arbeit. Ferner wird, ausgehend von den gewonnenen Erkenntnissen zu den „Bad Banks“-Modellen der österreichischen Rechtsordnung, die eingangs erarbeitete Begriffsdefinition einer erneuten Prüfung unterzogen und präzisiert; die „Bad Banks“-Modelle werden außerdem anhand bestimmter Gemeinsamkeiten und Unterscheidungskriterien kategorisiert. Zugleich wird eine Abgrenzung zu bestimmten Rechtsfiguren vorgenommen, die zwar Parallelen zu „Bad Banks“ aufweisen, aber aufgrund bestimmter Kriterien nicht der Definition einer „Bad Bank“ entsprechen.

**Teil 2** dieser Arbeit knüpft an die Ergebnisse des ersten Teils der Arbeit an und prüft die rechtlichen Rahmenbedingungen für „Bad Banks“. Dabei werden verschiedene Rechtsgebiete (insb Zivilrecht, Finanzmarktaufsichtsrecht, Insolvenzrecht und Abgabenrecht) berührt, in denen ungeklärte Rechtsfragen im Zusammenhang mit „Bad Banks“ liegen. Wie sich in diesem zweiten Teil der Arbeit zeigen wird, sind die für die jeweilige „Bad Bank“ grundlegenden Bestimmungen des positiven Rechts oft knapp gehalten und lassen, spätestens bei näherer Betrachtung, wesentliche Fragen zu den für sie geltenden Rahmenbedingungen unbeantwortet, vor allem scheinen die „Bad Banks“ zum Teil von durchaus relevanten Teilbereichen der Rechtsordnung unberücksichtigt zu bleiben. Aufgrund der Neuheit von „Bad Banks“ als rechtliches Konzept nimmt aber nicht nur das geltende Recht (noch) nicht umfassend auf „Bad Banks“ Bedacht,



sondern es fehlt zum Teil noch an Rechtsprechung und akademischer Auseinandersetzung, die diese offenen Rechtsfragen aufgreifen oder beantworten könnten. Für zumindest einige dieser (im Anlassfall vermutlich durchaus praxisrelevanten) Aspekte werden in Teil 2 dieser Arbeit Lösungsvorschläge erarbeitet. So soll sich in Zusammenschau mit Teil 1 ein ganzheitliches Bild von „Bad Banks“ im österreichischen Recht ergeben.

**Ziel** dieser Arbeit ist eine umfangreiche rechtliche Analyse von „Bad Banks“ im österreichischen Recht. Dabei soll vor allem auch ein Blick auf praxisrelevante Themenstellungen geworfen werden, die bislang in Lehre und Rechtsprechung unbeantwortet geblieben sind und die im Falle künftiger „Bad Banks“ von Bedeutung sein können. Insofern wird auf eine umfangreiche Darstellung mittlerweile (rechts-)historischer Aspekte (zB zwischenzeitlich aufgehobener oder Rechtsquellen) verzichtet. Der Aufbau der Arbeit soll ermöglichen, dass sie auch als Nachschlagewerk für einzelne rechtliche Fragestellungen zu „Bad Banks“ verwendet werden kann, weshalb auf unnötige Wiederholungen verzichtet werden soll. Dort, wo sich bestimmte Themenfelder überschneiden oder Hintergrundwissen aus anderen Themenbereichen relevant ist, werden daher Verweise – allenfalls auf andere Kapitel dieser Arbeit, die entsprechende Inhalte vertiefend darstellen oder relevantes Hintergrundwissen vermitteln – verwendet, um eine konzise Darstellung zu ermöglichen und dennoch ein vollständiges, kohärentes Format beizubehalten.

Während die abschließende Aufarbeitung sämtlicher rechtliche Problemstellungen im Bereich von „Bad Banks“ unrealistisch erscheint, ist es in Hinblick auf alle hierin nicht (ausdrücklich) beantworteten Problemstellungen ebenso ein Ziel dieser Arbeit, stringente, methodische Vorgehensweisen und Lösungsansätze vorzustellen, die abstrakt als Modell zur Lösung weiterer rechtlicher Fragestellungen herangezogen werden können. Als Ausgangspunkt dafür dient jeweils die ausführliche Analyse der Charakteristika von „Bad Banks“ im Teil 1 dieser Arbeit. Zugleich soll beim Leser ein Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass im Bereich der „Bad Banks“ durchaus rechtliche Graubereiche und Bedarf nach Präzisierung des für „Bad Banks“ geltenden Rechtsrahmens bestehen. Da signifikante Teile der in dieser Arbeit enthaltenen rechtlichen Ausführungen in Lehre und Rechtsprechung bisher nicht abschließend behandelt sind, liegt auf diesen Zielsetzungen besonderes Augenmerk.

## 1. „BAD BANKS“ – BEGRIFF UND KONZEPTE

In diesem ersten Teil der Arbeit soll eine umfangreiche, vergleichende Darstellung „Bad Banks“ erreicht werden und eine möglichst präzise Definition des „Bad Bank“-Begriffs vorgeschlagen werden, um zu einem möglichst sinnvollen Ausgangspunkt für die Überlegungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für „Bad Banks“ im zweiten Teil der Arbeit zu gelangen.

### 1.1 Zum Begriff der „Bad Bank“

Eine erste Begriffsdefinition der „Bad Bank“ soll zunächst über vorliegende Definitionsansätze in der Rsp, der juristischen Fachliteratur sowie weiteren, allenfalls nicht-juristischen Quellen erarbeitet werden. Zudem sollen bisherige Beispiele für „Bad Banks“ bzw. Sachverhalte, in denen eine „Bad Bank“ gesehen wird, in die Analyse einfließen, um diese auf ihre Charakteristika und Implikationen auf den „Bad Banks“-Begriff zu untersuchen.

Dieser Ansatz wird insb deshalb gewählt, da der Begriff der „Bad Bank“, wenngleich im öffentlichen Diskurs oft verwendet, dem geltenden österreichischen positiven Recht fremd ist.<sup>1</sup>

#### 1.1.1 *Vorliegende Ansätze und Definitionsversuche*

Schon aus Gründen der besseren Lesbarkeit und Übersicht kann an dieser Stelle keine vollständige Aufzählung und Wiedergabe sämtlicher bisheriger Begriffsverwendungen und -definitionen stehen. In diesem Abschnitt soll vielmehr eine Übersicht über wesentliche Anhaltspunkte gewonnen werden, die bislang im medialen bzw juristischen Diskurs enthalten waren; in diesem Sinne wurden die nachfolgend referenzierten Quellen selektiv verwendet.

---

<sup>1</sup> Vgl Gesamtabfrage des Rechtsinformationssystems des Bundes (RIS) nach Wortfolge „Bad Bank“ (<https://www.ris.bka.gv.at/Suchen.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Kundmachungsorgan=&Index=&Titel=&Gesetzesnummer=&VonArtikel=&BisArtikel=&VonParagraf=&BisParagraf=&VonAnlage=&BisAnlage=&Typ=&Kundmachungsnummer=&Unterzeichnungsdatum=&FassungVom=09.10.2019&VonInkrafttretedatum=&BisInkrafttretedatum=&VonAusserkrafttretedatum=&BisAusserkrafttretedatum=&NormabschnittnummerKombination=Und&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=%27bad+bank%27&ShowEmptySearchResultMessage=true>) abgerufen am 19. Dezember 2020.

(a) Presse und Publikationen abseits juristischer Fachliteratur

Schon bei bloß oberflächlicher Befassung mit dem Thema „Bad Banks“ wird sichtbar, dass „Bad Banks“ im medialen Diskurs oft genannt werden. Besonders häufig geschah das im Kontext der Finanzkrise 2007/08 und (finanz-)wirtschaftlichen Krisensituationen im Allgemeinen. Aus einer Vielzahl eingesehener Medienberichte kristallisiert sich heraus, dass unter „Bad Bank“ gemeinhin ein Rechtsträger verstanden wird, auf den für wirtschaftlich nachteilig befundene bzw. sich nachteilig entwickelnde Vermögenswerte und Risikopositionen einer Bank übertragen wurden und der (nur) für diesen Zweck besteht oder errichtet wurde.<sup>2</sup>

Ganz in diesem Sinne definiert der Consultingdienstleister *McKinsey* das „Bad Banks“-Konzept wie folgt: „Eine Bank teilt ihre Vermögenswerte in zwei Kategorien, nämlich eine ‚schlechte‘ – beinhaltend illiquide, risikoreiche Wertpapiere und problematische andere Vermögenswerte wie notleidende Kredite (bzw. andere Vermögenswerte, die sie nicht länger halten möchte) und die verbleibende ‚gute‘ Kategorie. Sodann werden diese Vermögenswerte auf unterschiedliche Rechtsträger getrennt bzw. die ‚schlechten‘ Vermögenswerte auf einen separaten Rechtsträger übertragen, sodass die ‚schlechten‘ Vermögenswerte die ‚guten‘ nicht (mehr) kontaminieren oder das wirtschaftliche Fortkommen der ‚guten‘ Bank negativ beeinträchtigen“.<sup>3</sup>

Damit weitgehend in Übereinstimmung nähern sich auch bekannte online-Nachschlagewerke dem Begriff der „Bad Bank“: *Wikipedia* spricht von einer „Bad Bank“ als „gesondertes Kreditinstitut zur Aufnahme von Derivaten und Zertifikaten von in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Emittenten und zur Abwicklung sogenannter notleidender Kredite sanierungsbedürftiger Banken“, wobei das Ziel die Übertragung der Ausfallsrisiken sei, um eine Insolvenz abzuwenden. Als Wesensmerkmal nennt *Wikipedia* weiters, dass die „Bad Bank“ eigens für diesen Zweck gegründet wurde und „formal nicht Kreditinstitut [ist]“.<sup>4</sup> Bereits an dieser Stelle ist der innere Widerspruch

---

<sup>2</sup> Vgl. nur bspw. <https://www.reuters.com/article/us-spain-badbank-analysis/spains-bad-bank-transforms-into-real-estate-fund-as-it-tries-to-stem-losses-idUSKCN1TQ1XH> oder <https://www.theguardian.com/business/2019/jun/17/deutsche-bank-plans-radical-overhaul-with-50bn-hived-off-to-bad-bank-reports> (jeweils zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>3</sup> S. <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/understanding-the-bad-bank> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>4</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Bad\\_Bank](https://de.wikipedia.org/wiki/Bad_Bank) (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

dieser Definition bemerkenswert, die eine „Bad Bank“ einmal als Kreditinstitut, dann aber als („formal“) Nicht-Kreditinstitut bezeichnet und diesen Widerspruch nicht weiter auflöst.

Die online-Finanzplattform *Investopedia* spricht bei „Bad Banks“ von Banken, die errichtet wurden um notleidende Kredite und illiquide Vermögenswerte anderer Finanzinstitute zu übernehmen. Durch die Übertragung dieser Positionen auf die „Bad Bank“ könne die übertragende Bank ihre Bilanz bereinigen und werde die für schlecht befundenen Positionen los.<sup>5</sup>

#### (b) Juristische Begriffsannäherungen

Im Unterschied zur nicht-juristischen Medienlandschaft fällt rasch auf, dass der Begriff der „Bad Bank“ in der juristischen Fachliteratur deutlich sparsamer verwendet wird. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass der Begriff, wie bereits erwähnt, dem geltenden positiven Recht fremd ist<sup>6</sup> und in Folge eine präzise (Legal-)Definition fehlt. Auch in der Rsp wird der Begriff nur vereinzelt und ohne nähere Erläuterung verwendet; so liefert eine Abfrage nach Rsp des VfGH und des VwGH, die den Suchbegriff „Bad Bank“ beinhaltet, jeweils keine Treffer.<sup>7</sup>

Auf immerhin drei Fundstellen hingegen stößt man bei einer entsprechenden Suche nach Rsp des OGH. In den E OGH 26. 9. 2014, 5 Ob 4/14w und OGH 29. 6. 2015, 6 Ob 68/15s wird die Wortfolge „Bad Bank“ jeweils allerdings nur im zusammengefassten Vorbringen der Klägerin verwendet, ohne näher darauf einzugehen; die E OGH 21. 6. 2016, 1 Ob 93/16g referenziert lediglich die unmittelbar unten behandelte Entscheidungsbesprechung *Foglar-Deinhardsteins* zu OGH 26. 9. 2014, 5 Ob 4/14w.

---

<sup>5</sup> <https://www.investopedia.com/terms/badbank.asp> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>6</sup> S FN 1.

<sup>7</sup>

Vgl	zum	VfGH:
<a href="https://www.ris.bka.gv.at/Suchen.wxe?Abfrage=Vfgh&amp;Entscheidungsart=Undefined&amp;Sammlungsnummer=&amp;Index=&amp;SucheNachRechtssatz=True&amp;SucheNachText=True&amp;GZ=&amp;VonDatum=&amp;BisDatum=10.10.2019&amp;Norm=&amp;ImRisSeitVonDatum=&amp;ImRisSeitBisDatum=&amp;ImRisSeit=Undefined&amp;ResultPageSize=100&amp;Suchworte=%27bad+bank%27&amp;ShowEmptySearchResultMessage=true">https://www.ris.bka.gv.at/Suchen.wxe?Abfrage=Vfgh&amp;Entscheidungsart=Undefined&amp;Sammlungsnummer=&amp;Index=&amp;SucheNachRechtssatz=True&amp;SucheNachText=True&amp;GZ=&amp;VonDatum=&amp;BisDatum=10.10.2019&amp;Norm=&amp;ImRisSeitVonDatum=&amp;ImRisSeitBisDatum=&amp;ImRisSeit=Undefined&amp;ResultPageSize=100&amp;Suchworte=%27bad+bank%27&amp;ShowEmptySearchResultMessage=true</a>		
und	zum	VwGH:
<a href="https://www.ris.bka.gv.at/Suchen.wxe?Abfrage=Vwgh&amp;Entscheidungsart=Undefined&amp;Sammlungsnummer=&amp;Index=&amp;AenderungenSeit=Undefined&amp;SucheNachRechtssatz=True&amp;SucheNachText=True&amp;GZ=&amp;VonDatum=&amp;BisDatum=10.10.2019&amp;Norm=&amp;ImRisSeitVonDatum=&amp;ImRisSeitBisDatum=&amp;ImRisSeit=Undefined&amp;ResultPageSize=100&amp;Suchworte=%27bad+bank%27&amp;ShowEmptySearchResultMessage=true">https://www.ris.bka.gv.at/Suchen.wxe?Abfrage=Vwgh&amp;Entscheidungsart=Undefined&amp;Sammlungsnummer=&amp;Index=&amp;AenderungenSeit=Undefined&amp;SucheNachRechtssatz=True&amp;SucheNachText=True&amp;GZ=&amp;VonDatum=&amp;BisDatum=10.10.2019&amp;Norm=&amp;ImRisSeitVonDatum=&amp;ImRisSeitBisDatum=&amp;ImRisSeit=Undefined&amp;ResultPageSize=100&amp;Suchworte=%27bad+bank%27&amp;ShowEmptySearchResultMessage=true</a> (jeweils zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).		

In ebendiesem Beitrag („Ergänzungskapital und Bad Bank“) *Foglar-Deinhardsteins* wird folgender Sachverhalt als „Bad Bank“ qualifiziert: eine vormalige Bank, die in eine „kritische Lage“ geriet, „mit Hilfe der öffentlichen Hand ‚aufgefangen‘“ wurde, „ihren Bankbetrieb [veräußerte]“ und „sich auf eine Abbaueinheit [beschränkte]“, wodurch eine „drohende Insolvenz [abgewendet]“ werden konnte und die „ihre Bankkonzession zurück[legte]“. Nach Ansicht des Autors liege „daher ein typischer Fall der Abwicklung einer Bank vor, bei dem die gesunden Teile herausgeschält werden und die verbleibende Einheit gesondert abgewickelt wird“.<sup>8</sup>

*Homölle/Ruff/Türr* verfolgen einen abstrakteren Zugang und widmen sich ausführlicher einer Begriffsannäherung für „Bad Banks“. Ihrer Ansicht nach handelt es sich bei einer „Bad Bank“ um ein zur „Krisenbekämpfung“ eingesetztes Instrument<sup>9</sup>, bei dem „problembehaftete, aufgrund eines veränderten Geschäftsmodells nicht mehr gewünschte Teile oder sogar die gesamten Aktiva eines Kreditinstituts oder mehrerer Kreditinstitute“ von einer „Bad Bank“ übernommen werden und diese die betreffenden Aktiva „anschließend restrukturiert oder abwickelt“. Dabei könne es sich auch (lediglich) um Abteilungen einer Bank handeln. Die Initiative könne von der Bank ausgehen, aber auch vom Staat, allenfalls unter Rückgriff auf staatliche Ressourcen. Weiters können sich „Bad Banks“ darin unterscheiden, ob sie zentral organisiert sind (eine „Bad Bank“ wird zur Sanierung mehrerer Kreditinstitute verwendet) oder dezentral (eine „Bad Bank“ pro betroffenes Kreditinstitut).<sup>10</sup>

*Katzengruber* hat die Auswirkungen der BRRD auf österreichische Kreditinstitute untersucht und dabei angemerkt, dass in der BRRD verschiedene Abwicklungsinstrumente für Kreditinstitute vorgesehen sind, darunter die „Ausgliederung von (notleidenden) Vermögenswerten auf eine Zweckgesellschaft im öffentlichen Eigentum („Bad Bank-Modell“)“; zu einer „Bad Bank“ komme es demzufolge dann, wenn eine „Bank in zwei Teile, eine ‚Good Bank‘ und eine ‚Bad Bank‘ geteilt [wird], die gleichzeitig die Rechtsnachfolge der ursprünglichen Bank antritt und [...] liquidiert [wird]“.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> *Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2015, 636 (637).

<sup>9</sup> *Homölle/Ruff/Türr*, *ÖBA* 2010, 663.

<sup>10</sup> *Homölle/Ruff/Türr*, *ÖBA* 2010, 663 (664).

<sup>11</sup> *Katzengruber*, *ÖBA* 2014, 513 (516-517).

*Hakenberg* wählt (hinsichtlich der Rechtslage in Deutschland) folgende Definition für „Bad Banks“: „Bad Bank“ ist die Bezeichnung für eine Zweckgesellschaft oder Abwicklungsanstalt, in die Unternehmen des Finanzsektors zur Bilanzentlastung toxische Wertpapiere auslagern können. Das [d]SAG [...] spricht von „Brückeninstitut“<sup>12</sup>.<sup>13</sup> Hierzu ist anzumerken, dass das dSAG in Deutschland, wie das BaSAG in Österreich<sup>14</sup>, der Umsetzung der BRRD in innerstaatliches Recht dient.<sup>15</sup> Ebenfalls in Bezug auf die deutsche Rechtslage bezeichnet es *Bornemann* als „Bad Bank-Lösung“, ein Institut durch Übertragung bestimmter Vermögenswerte vor dessen Verlustrisiken zu bewahren.<sup>16</sup>

(c) Zwischenresümee: Vorläufige Definition einer „Bad Bank“

Bevor ein Brückenschlag zum geltenden Recht versucht wird, sollen nochmals die bislang gewonnenen Charakteristika von „Bad Banks“ zusammengefasst werden. ME lassen sich diese wie folgt auf einen gemeinsamen Nenner bringen:

Eine „Bad Bank“ ist ein Instrument zur wirtschaftlichen Sanierung einer Bank, das die Trennung von kommerziell als nachteilig bewerteten Vermögenswerte der Bank von den verbleibenden Vermögenswerten und deren separate Bewirtschaftung durch ebendiese „Bad Bank“ vorsieht.

Diese Definition wird im weiteren Verlauf bestimmten Präzedenzfällen und insb den in der Rechtsordnung positivierten „Bad Banks“-Konzepten gegenüberzustellen sein. Zumindest auf den ersten Blick (und angesichts der Begrifflichkeit der „Bad Bank“) erscheint aber bereits

---

<sup>12</sup> S näher zum Brückeninstitut in der österreichischen Rechtsordnung 1.3.1 unten.

<sup>13</sup> *Hakenberg* in *Weber*, „Bad Bank“, beck-online (Stand 19. Dezember 2020).

<sup>14</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (1); Artikel 1 (Umsetzungshinweis) BaSAG.

<sup>15</sup> *Weckler* in *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt A.I. Rn 4; *Cichy* in *Binder/Glos/Riepe*, Abschnitt Sanierungs- und Abwicklungsplanung Rz 1 ff.

<sup>16</sup> *Bornemann* in *Beck/Samm/Kokemoor*, 214. AL 07/2020, c) Übertragungstransaktionen (Privatsektorlösung, Bad Bank und Bridge Bank) Rn 114.

bemerkenswert, dass „Bad Banks“ nicht auf Banken (iSv Kreditinstituten)<sup>17</sup> beschränkt zu sein scheinen. Manche Quellen sehen dies sogar als Negativkriterium.<sup>18</sup>

### 1.1.2 Beispiele und Präzedenzfälle für „Bad Banks“ in Österreich<sup>19</sup>

Um uns dem Begriff und Konzept der „Bad Banks“ weiter anzunähern, liegt es nahe, neben der Frage nach den in unterschiedlichen Quellen verwendeten Begriffsannäherungen, auch einen Blick auf Lebenssachverhalte zu werfen, in denen bereits „Bad Banks“ gesehen wurden. Folgende Beispiele für „Bad Banks“ lassen sich (wiederholt) finden:

- die HETA Asset Resolution AG als „Bad Bank“ der Hypo Alpe-Adria-Bank International A.G.;<sup>20</sup>
- die immigon portfolioabbau ag als „Bad Bank“ der Volksbanken AG;<sup>21</sup> und
- die KA Finanz AG als „Bad Bank“ der Kommunalkredit Austria AG.<sup>22</sup>

Um zu prüfen, ob diese, als „Bad Banks“ bezeichneten Gesellschaften mit der zuvor erarbeiteten Definition von „Bad Banks“ zusammenpassen und ob daraus neue Erkenntnisse zur weiteren Präzisierung des „Bad Banks“-Konzepts gewonnen werden können, ist zunächst ein näherer Blick auf die betreffenden Gesellschaften und ihre rechtliche Ausgestaltung zu werfen.

---

<sup>17</sup> S zu den Begriffen „Bank“ und „Kreditinstitut“ auch *Laurer/Kammel* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, § 1 Rz 1.

<sup>18</sup> Vgl FN 4 und FN 8.

<sup>19</sup> mit der nachstehenden Auswahl übereinstimmend *Stadler*, ÖBA 2019, 555 (558).

<sup>20</sup> S etwa Die Presse vom 12. Februar 2015, Verwirrspiel um Gutachten für Hypo-Bad-Bank, abrufbar unter <https://www.diepresse.com/4660748/verwirrspiel-um-gutachten-fur-hypo-bad-bank> oder [https://en.wikipedia.org/wiki/Hypo\\_Alpe\\_Adria\\_Bank](https://en.wikipedia.org/wiki/Hypo_Alpe_Adria_Bank) (jeweils zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>21</sup> S etwa DerStandard vom 16. Mai 2019, Immigon als erste Bad Bank Europas mit Abbau fertig, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000103230090/oevag-abbaufirma-immigon-loest-sich-auf> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>22</sup> S etwa Salzburger Nachrichten vom 6. September 2017, FMA genehmigt Umwandlung der „Bad Bank“ KA Finanz AG, abrufbar unter <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/fma-genehmigt-umwandlung-der-bad-bank-ka-finanz-ag-17135488> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

(a) HETA Asset Resolution AG: Kurzdarstellung<sup>23</sup>

Die HETA Asset Resolution AG (im Folgenden „HETA“) wird als die „Bad Bank“ der (früheren) Alpe-Adria-Bank International A.G. bezeichnet.<sup>24</sup> Die HETA ging aus der Kreditinstitutsgruppe Hypo Group Alpe Adria hervor, der als übergeordnetes Kreditinstitut die Hypo Alpe-Adria-Bank International AG (im Folgenden „HBInt“) vorstand.

Nachdem die Republik Österreich bereits im Vorfeld der Verstaatlichung zur Finanzierung und wirtschaftlichen Stabilisierung der HBInt (zB durch Zeichnung von Partizipationskapital, Ausstellung staatlicher Garantien für Anleihen<sup>25</sup>) beigetragen hatte<sup>26</sup>, übernahm sie 2009 die HBInt vollständig;<sup>27</sup> dies im Rahmen einer auf § 1 FinStaG gestützten Notverstaatlichung<sup>28</sup>. Aus der HBInt wurden sodann bestimmte Beteiligungen und Vermögenswerte per Abspaltung herausgelöst;<sup>29</sup> die HBInt sollte ihrerseits als Abbaueinheit fortgesetzt werden. Dies im Rahmen bestimmter, aus diesem Anlass erlassener<sup>30</sup> Gesetze, einschließlich dem GSA und dem ABBAG-Gesetz.

---

<sup>23</sup> *Anm:* Die folgende Darstellung beinhaltet keine vollständige Wiedergabe der (rechtlichen) Genese der HETA und der diesbezüglichen Gesetzgebung, sondern beschränkt sich auf diejenigen Fakten und Ausführungen, die für Zwecke dieser Arbeit für relevant befunden wurden. Insb werden in dieser Arbeit mittlerweile aufgehobene Gesetze und die damit in Zusammenhang stehenden Verfahren vor dem VfGH *nicht* berücksichtigt; der Fokus liegt vielmehr auf dem (derzeit) geltenden Recht.

<sup>24</sup> S FN 20.

<sup>25</sup> Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. September 2013, abrufbar unter [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-811\\_de.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-811_de.htm) (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>26</sup> S zur Übersicht betreffend Beihilfemaßnahmen auch ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 10.

<sup>27</sup> *Holler/Reiss*, WiPol 2017/ 2 (258); vgl auch *Rechnungshof*, Hypo Alpe-Adria-Bank International AG: Verstaatlichung, Bund 2015/5 (11 f), woraus sich ergibt, dass die Republik Österreich der HETA bzw. HBInt bis einschließlich 2014 ca. 4,35 Milliarden Euro Kapital plus 1,2 Milliarden Euro Haftungsvolumen zur Verfügung stellt.

<sup>28</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (10).

<sup>29</sup> Vgl historischer Firmenbuchauszug der HETA vom 19. Dezember 2020.

<sup>30</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (1 ff).



Die Beihilfe- bzw. Stabilisierungsmaßnahmen der Republik Österreich für die HBInt wurden zudem auf europäischer Ebene geprüft und von der Europäischen Kommission (teils nachträglich) genehmigt.<sup>31</sup>

Die FMA stellte mit Bescheid vom 30. Oktober 2014 fest, dass die HBInt kein Einlagengeschäft mehr betreibt und nicht mehr qualifiziert an einem Kreditinstitut oder an einer Wertpapierfirma beteiligt ist (vgl § 2 Abs 1 GSA).<sup>32</sup> Dem waren mehrere Veräußerungsprozesse vorausgegangen, mit denen die HBInt erreichte, dass die bescheidmäßig festgestellten und zur Erlassung des gegenständlichen Bescheids erforderlichen Kriterien (vgl § 2 Abs 1 GSA) erfüllt waren.<sup>33</sup> Als unmittelbare Rechtsfolge des besagten Bescheids endete gem § 2 Abs 3 GSA die Kreditinstitutskonzession gem BWG der HBInt *ex lege* und die HBInt wurde zur Abbaueinheit gem § 3 GSA mit dem Ziel der geordneten, aktiven und bestmöglichen Verwertung ihres Vermögens. Im Zuge dessen wurde die HBInt auf HETA Asset Resolution AG umfirmiert.<sup>34</sup> Das eigens zur geordneten Abwicklung der HBInt beschlossene<sup>35</sup> GSA<sup>36</sup> war zuvor am 1. August 2014 in Kraft getreten.

Nach Inkrafttreten des BaSAG (mit 1. Januar 2015) wurden seitens der FMA das Vorliegen von Abwicklungsvoraussetzung im Sinne des BaSAG in Bezug auf die HETA festgestellt und infolge dessen zunächst die Fälligkeiten von Verbindlichkeiten der HETA per Mandatsbescheid vom 1. März 2015 nach hinten verschoben. Dies erfolge unter Berufung auf § 58 Abs 1 Z 10 BaSAG<sup>37</sup> und mit dem Zweck, dass zwischenzeitlich ein Abwicklungsplan im Sinne bestehender Abwicklungsvorgaben für Banken entspreche.<sup>38</sup>

---

<sup>31</sup> Vgl Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. September 2013, abrufbar unter [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-811\\_de.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-811_de.htm) (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>32</sup> FMA 30. 10. 2014 GZ FMA-K123 5155/0232-SGB/2014 = ÖBA 2015, 239 (Perner).

<sup>33</sup> S dazu näher Perner, ÖBA 2015, 239 (239).

<sup>34</sup> S historischer Firmenbuchauszug der HETA vom 19. Dezember 2020.

<sup>35</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP; s 1.2.2(a) unten.

<sup>36</sup> S im Detail 1.2.2 unten.

<sup>37</sup> Mandatsbescheid der FMA vom 1. März 2015, Spruchpunkt I (abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/>) zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020.

<sup>38</sup> Fellner, ecolex 2015, 365 (366).

Als weitere Abwicklungsmaßnahmen wurde von der FMA (per Mandatsbescheid vom 10. April 2016) das Instrument der Gläubigerbeteiligung (§§ 50 Abs 1 Z 2 iVm 58 Abs 1 BaSAG) angewendet, wodurch die Forderungen bestimmter Gläubiger (Nachranggläubiger und Eigenkapitalgläubiger) auf null herabgesetzt und die Forderungen bestimmter weiterer (sog „berücksichtigungsfähiger“) Gläubiger auf 46,02% geschnitten wurden (sog „Bail-in“<sup>39</sup>, vgl §§ 85 ff BaSAG). Zusammen mit diesem Schritt wurden mit bestehenden Anteilen und Eigentumstiteln der HETA verbundene Rechte und Pflichten (insb Gewinnbeteiligungsrecht nach §§ 53 ff AktG, Bezugsrecht nach §§ 153 ff AktG und Beteiligungsanspruch am Liquidationserlös nach § 212 AktG) gelöscht und die FMA übernahm die Kontrolle über die HETA durch Ausübung der mit Anteilen an der HETA verbundenen Verwaltungsrechte.<sup>40</sup>

Nach Einwendungen bestimmter Vorstellungswerber, erreichten Abwicklungserfolgen und aktualisierten Gutachten bzw. Bewertungen<sup>41</sup>, erließ die FMA, betreffend den vorgenannten Mandatsbescheid vom 10. April 2016, am 2. Mai 2017 einen Vorstellungsbescheid, demzufolge zwar der Schuldenschnitt für Eigenkapital- und Nachranginstrumente bei 100% verblieb, „berücksichtigungsfähige“ Verbindlichkeiten allerdings nur auf 64,40% (statt ursprünglich 46,02%) geschnitten wurden.<sup>42</sup> Per Mandatsbescheid vom 26. März 2019 bzw. diesbezüglichem Vorstellungsbescheid vom 13. September 2019 wurde die Quote von 64,40% wiederum auf 85,54%<sup>43</sup> bzw. nunmehr 86,32% des jeweiligen Nennbetrags der

---

<sup>39</sup> S auch 2.3.3(e) unten.

<sup>40</sup> Mandatsbescheid der FMA vom 10. April 2016 Spruchpunkte I – V, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>41</sup> Pressemitteilung der FMA vom 2. Mai 2017, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma-erlaesst-vorstellungsbescheid-zur-heta-asset-resolution-ag-schuldenschnitt-fuer-beruecksichtigungsfaeihige-vorrangige-verbindlichkeiten-statt-bisher-5398-nur-mehr-3560/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>42</sup> Vorstellungsbescheid der FMA vom 2. Mai 2017, Spruchpunkte I – III, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>43</sup> Mandatsbescheid der FMA vom 26. März 2019, Spruchpunkt II, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

„berücksichtigungsfähigen“ Verbindlichkeiten aufgewertet.<sup>44</sup> Dies während bereits 85% der Vermögenswerte der HETA verwertet bzw. abgebaut waren.<sup>45</sup>

Gem § 3 GSA obliegt der HETA die Aufgabe, ihre Vermögenswerte mit dem Ziel einer geordneten, aktiven und bestmöglichen Verwertung zu verwalten (sog „Portfolioabbau“).<sup>46</sup> Der Portfolioabbau soll sich an einem Abbauplan iSv § 5 GSA orientieren und ist im Rahmen bestimmter Abbauziele so rasch wie möglich zu bewerkstelligen.

#### (b) KA Finanz AG: Kurzdarstellung<sup>47</sup>

Die KA Finanz AG (im Folgenden „KA Finanz“) entstand in ihrer heutigen Form im Zuge der Notverstaatlichung<sup>48</sup> der (früheren) Kommunalkredit Austria AG 2008. Von jener, früheren Kommunalkredit Austria AG, einem österreichischen Kreditinstitut, wurde zunächst ein Teil zur Neugründung abgespalten, der verbleibende Teil firmiert seither unter KA Finanz AG.<sup>49</sup> Zu den Aktionären der (früheren) Kommunalkredit Austria AG zählte bis dahin insb die ÖVAG mit einem Aktienanteil von 50,78 %.<sup>50</sup>

Der zur Neugründung abgespaltene Teil der früheren Kommunalkredit Austria AG wurde (teil-)privatisiert; im Zuge dessen wurde daraus erneut ein Teil zur Neugründung abgespalten (heutige „Kommunalkredit Austria AG“), der in dieser zweiten Abspaltung verbleibende Teil wurde sodann auf die KA Finanz verschmolzen.<sup>51</sup> Die KA Finanz beinhaltet nach den vorgenannten Reorganisationsmaßnahmen die – sohin von der (heutigen) Kommunalkredit

---

<sup>44</sup> Vorstellungsbescheid der FMA vom 13. September 2019, Spruchpunkte II – III, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>45</sup> Pressemitteilung der FMA vom 13. September 2019, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/heta-asset-resolution-ag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>46</sup> S im Detail 1.2.2(d) unten.

<sup>47</sup> FN 23 gilt sinngemäß.

<sup>48</sup> Vgl *Rechnungshof*, Kommunalkredit Austria und KA Finanz AG, Bund 2012/10, 249 (263), woraus sich ergibt, dass die Republik Österreich um 2 Euro 99,78% der Anteile an der Kommunalkredit Austria AG erwarb.

<sup>49</sup> Vgl historischer Firmenbuchauszug der KF vom 19. Dezember 2020.

<sup>50</sup> Vgl. historischer Firmenbuchauszug der KA Finanz AG und der Kommunalkredit Austria AG. S näher zur ÖVAG 1.1.2(c) unterhalb.

<sup>51</sup> Vgl historischer Firmenbuchauszug der KF vom 19. Dezember 2020; *Holler/Reiss*, WiPol 2017/2 (261).

Austria AG getrennten – problematischen Vermögenswerte der „früheren“ Kommunalkredit Austria AG.<sup>52</sup>

Zudem war 2010 in einem Zwischenschritt die in Zypern ansässige Kommunalkredit International Bank Ltd (im Folgenden „KIB“), eine Tochtergesellschaft der KA Finanz, auf die KA Finanz grenzüberschreitend verschmolzen worden, nachdem die KIB den für sie geltenden aufsichtsrechtlichen Vorgaben nicht mehr entsprochen hatte.<sup>53</sup>

KA Finanz verfügte durch die genannten Zeiträume hindurch über eine aufrechte, gem BWG erteilte Bankkonzession und wurde seit 2011 im Rahmen eines von der Europäischen Kommission genehmigten Restrukturierungsplans betrieben.<sup>54</sup> Dieser beinhaltete insb staatliche Unterstützungsmaßnahmen (zB Eigenkapitalzuschüsse, staatliche Garantien und Darlehen)<sup>55</sup>, die Privatisierung bestimmter Geschäftsbereiche, die Abführung etwaiger Gewinne an die Republik Österreich, die Neuausrichtung des Geschäftsbereichs und eine künftige Bilanzverkleinerung.

Am 6. September 2017 genehmigte die FMA einen Antrag der KA Finanz auf „Umwandlung der bis dahin als Bank konzessionierten ‚KA Finanz AG‘ in eine Abbaugesellschaft gem § 162 Abs 1 [BaSAG]“.<sup>56</sup> Gem § 162 Abs 3 BaSAG endete mit Rechtskraft des genehmigenden Bescheids der FMA die Kreditinstitutskonzession der KA Finanz.

Voraussetzung der Genehmigung nach § 162 Abs 1 BaSAG ist gem Abs 2 *leg cit*, dass die KA Finanz sich ausschließlich auf Portfolioabbau (d.h. die Verwaltung ihrer Vermögenswerte und Verbindlichkeiten mit dem Ziel einer geordneten, aktiven und bestmöglichen Verwertung)

---

<sup>52</sup> *Holler/Reiss*, WiPol 2017/2 (261); *Weismann*, Jahrbuch Beihilferecht 2016, 395 (405 ff).

<sup>53</sup> EuGH C-483/14, *KA Finanz AG/Sparkassen Versicherungs AG Vienna Insurance Group*, ECLI:EU:C:2016:205, Rz 24.

<sup>54</sup> European Commission 2011/3/31, C(2011) 2262 final; s auch Pressemitteilung der FMA vom 6. September 2017, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma-genehmigt-umwandlung-der-ka-finanz-ag-in-abbaugesellschaft-gemaess-basag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>55</sup> European Commission 2011/3/31, C(2011) 2262 final S 3.

<sup>56</sup> Pressemitteilung der FMA vom 6. September 2017, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma-genehmigt-umwandlung-der-ka-finanz-ag-in-abbaugesellschaft-gemaess-basag/> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

beschränkt und dies dauerhaft beschlossen hat. Wie bei der HETA<sup>57</sup>, hat auch bei der KA Finanz der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen (§ 162 Abs 3 BaSAG).<sup>58</sup>

(c) immigon portfolioabbau ag: Kurzdarstellung<sup>59</sup>

Die immigon portfolioabbau ag (bzw nunmehr immigon portfolioabbau ag i.A., im Folgenden „Immigon“) ging aus der (früheren) Österreichischen Volksbanken-Aktiengesellschaft (im Folgenden „ÖVAG“) hervor.

Nachdem die ÖVAG im Zuge der Finanzkrise 2007/08 in wirtschaftliche Schieflage geraten war – dies auch durch die schlagend gewordenen Risiken der Übernahme der (damaligen) Kommunalkredit Austria AG<sup>60</sup>, deren Anteile (rd. 50% der Aktien) die ÖVAG gemeinsam mit der „Investkredit Bank AG“ für (kolportierte) EUR 800.000.000 übernommen hatte und schließlich für EUR 1 an die Republik Österreich übertrug, wobei auch noch Partizipationskapital und Haftungen von der ÖVAG übernommen worden waren<sup>61</sup> – erhielt sie von der Republik Österreich Unterstützungen, ua in Form von Partizipationskapital und Haftungsübernahmen.<sup>62</sup>

Die Republik Österreich legte der Europäischen Kommission 2010 einen Umstrukturierungsplan vor, der im weiteren Verlauf ergänzt und abgeändert wurde; der Umstrukturierungsplan wurde von der Europäischen Kommission letztlich genehmigt und steckt den Rahmen bzw die Maßnahmen zur Sanierung der ÖVAG ab.<sup>63</sup> Neben den bereits genannten Unterstützungsmaßnahmen erfolgte auch eine Kapitalerhöhung in Form von Stammaktien<sup>64</sup>, die von der Republik Österreich und anderen Volksbankeninstituten gezeichnet wurden sowie in Form (weiterer) Garantien der

---

<sup>57</sup> S 1.1.2(a) oben.

<sup>58</sup> S im Detail 1.2.3(d) unten.

<sup>59</sup> FN 23 gilt sinngemäß.

<sup>60</sup> S zur Kommunalkredit Austria AG 1.1.2(b) oben.

<sup>61</sup> DerStandard vom 3. November 2008, Staat übernimmt Kommunalkredit um zwei Euro, abrufbar unter <https://www.derstandard.at/story/1225358894905/staat-uebernimmt-kommunalkredit-um-zwei-euro> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>62</sup> Europäische Kommission 2012/09/19, C(2012) 6307 final S 3.

<sup>63</sup> Vgl <http://immigon.com/ueber-uns/geschichte>; Europäische Kommission 2012/09/19, C(2012) 6307 final.

<sup>64</sup> S historischer Firmenbuchauszug der immigon portfolioabbau ag i.A. vom 19. Dezember 2020.

Republik Österreich.<sup>65</sup> Im Zuge der Umstrukturierung sollte auch das Geschäftsmodell der ÖVAG geändert<sup>66</sup> und Beiträge von weiteren (historischen) Aktionären und Gläubigern der ÖVAG geleistet werden.<sup>67</sup>

2015 wurde in der Hauptversammlung der ÖVAG beschlossen, die Zentralorganisation- und Zentralinstitut-Funktion durch Spaltung zur Übernahme auf die Volksbank Wien-Baden AG zu übertragen. Der verbleibende Teil der ÖVAG wurde (wie die KA Finanz<sup>68</sup>) als Abbaugesellschaft gem § 162 BaSAG unter der Firma „immigon portfolioabbau ag“ fortgeführt.<sup>69</sup>

Wie bereits bei KA Finanz dargestellt<sup>70</sup> ist daraus ableitbar, dass die „(Re-)Konstituierung“ der Immigon als Abbaugesellschaft iSv § 162 Abs 1 BaSAG von der Immigon selbst bei der FMA beantragt wurde und dass mit Rechtskraft des genehmigenden Bescheides der FMA nach § 162 Abs 3 BaSAG ihre Kreditinstitutskonzession *ex lege* endete.

Der genehmigende Bescheid der FMA setzte voraus, dass die Immigon sich ausschließlich auf Portfolioabbau (d.h. die Verwaltung ihrer Vermögenswerte und Verbindlichkeiten mit dem Ziel einer geordneten, aktiven und bestmöglichen Verwertung) beschränkte und dies dauerhaft beschlossen hatte (§ 162 Abs 2 BaSAG); der Portfolioabbau hatte nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen (§ 162 Abs 3 *leg cit*).<sup>71</sup>

Die Immigon zeigte der FMA am 1. Februar 2019 gem § 84 Abs 10 BaSAG an, dass der Portfolioabbau bewerkstelligt sei und ihre Aktionäre fassten einen gesellschaftsrechtlichen Auflösungsbeschluss. Daraufhin stellte die FMA die Beendigung des Betriebs als Abbaugesellschaft iSv § 162 BaSAG gem § 84 Abs 12 BaSAG mit Bescheid vom 28. Juni 2019

---

<sup>65</sup> Europäische Kommission 2012/09/19, C(2012) 6307 final S 6.

<sup>66</sup> Europäische Kommission 2012/09/19, C(2012) 6307 final S 8 – 10.

<sup>67</sup> Europäische Kommission 2012/09/19, C(2012) 6307 final S 12.

<sup>68</sup> S 1.1.2(b) oben.

<sup>69</sup> <http://immigon.com/ueber-uns/geschichte>; <https://www.fma.gv.at/immigon-portfolioabbau-ag/> (jeweils zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020; *Lejsek*, S 12.

<sup>70</sup> S 1.1.2(b) oben.

<sup>71</sup> S im Detail 1.2.3(d) unten.

fest.<sup>72</sup> Damit ist die Immigon keine „Abbaueinheit“ (§ 84 Abs 12 BaSAG – und gem gegenständlichem Bescheid der FMA auch keine „Abbaugesellschaft“<sup>73</sup>) mehr.

Mit Ablauf des 30. Juni 2019 wurde die Immigon aufgelöst und befindet sich in Abwicklung<sup>74</sup>.

### 1.1.3 *Rechtliche Einordnung der Präzedenzfälle und Implikationen auf den „Bad Banks“-Begriff*

Wie sich aus der Kurzdarstellung der einzelnen „Bad Banks“-Präzedenzfälle ergibt, lassen sich diese den folgenden Modellen in der österreichischen Rechtsordnung zuordnen:

- Die HETA ist eine Abbaugesellschaft iSv §§ 2 f GSA;
- die KA Finanz ist eine Abbaugesellschaft iSv § 162 Abs 1 BaSAG; und
- die Immigon ist (bzw war<sup>75</sup>) ebenso eine Abbaugesellschaft iSv § 162 Abs 1 BaSAG.

Zudem kann zwischenzeitlich festgehalten werden, dass der zuvor erarbeitete Definitionsversuch<sup>76</sup> für „Bad Banks“ jedenfalls nicht in Widerspruch zur Genese und Konzeptionierung der genannten Präzedenzfälle steht. Die vorläufige Definition lautete wie folgt:

Eine „Bad Bank“ ist ein Instrument zur wirtschaftlichen Sanierung einer Bank, das die Trennung von kommerziell als nachteilig bewerteten Vermögenswerte der Bank von den verbleibenden Vermögenswerten und deren separate Bewirtschaftung durch ebendiese „Bad Bank“ vorsieht.

Diese in dieser Definition enthaltenen Wesensmerkmale von „Bad Banks“ lassen sich der Historie und Konzeptionierung der genannten Präzedenzfälle klar entnehmen und werden durch diese durchgehend erfüllt.

---

<sup>72</sup> Bescheid der FMA vom 28. Juni 2019 (abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/download.php?d=3995>) zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020.

<sup>73</sup> Bescheid der FMA vom 28. Juni 2019, Spruch S 1 (abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/download.php?d=3995>) zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020.

<sup>74</sup> S historischer Firmenbuchauszug der Immigon vom 19. Dezember 2020.

<sup>75</sup> S näher zum Auflösungsbeschluss der Gesellschafter der Immigon 1.1.2(c) oben.

<sup>76</sup> S 1.1.1(c) oben.

## 1.2 „Bad Banks“-Konzepte im österreichischen Recht

### 1.2.1 *Allgemeines und Ausgangspunkt*

Durch Prüfung, Vergleich und Zusammenführung ausgewählter „Bad Banks“-Definitionsversuche aus juristischen und nicht-juristischen Quellen sowie anhand bestimmter Präzedenzfälle wurde eingangs eine vorläufige Definition von „Bad Banks“ erarbeitet<sup>77</sup>; es wurden außerdem „Bad Banks“-Präzedenzfälle dargestellt und bestimmten Modellen der österreichischen Rechtsordnung für „Bad Banks“ zugeordnet und dabei festgestellt, dass die Präzedenzfälle mit der vorläufigen Begriffsdefinition übereinstimmen.

Ausgehend von diesen Ergebnissen soll nun ein Blick in die österreichische Rechtsordnung geworfen werden, um darin enthaltene „Bad Banks“-Konzepte eingehend zu prüfen.

Im Rahmen dieser Arbeit werden, ausgehend von den bisherigen Überlegungen, folgende Rechtsinstitute des österreichischen Rechts als „Bad Banks“-Modelle eingestuft und ausführlich untersucht:

- Abbaueinheit iSd §§ 2 f GSA (im Folgenden „Abbaueinheit iSd GSA“);
- Abbaugesellschaft iSd § 162 BaSAG (im Folgenden „Abbaugesellschaft“); und
- Abbaueinheit iSd §§ 82 ff BaSAG (im Folgenden „Abbaueinheit iSd BaSAG“)<sup>78</sup>.

Die Auswahl erfolgte aufgrund der Spezifika dieser Rechtsinstitute und deren Übereinstimmung mit dem erarbeiteten „Bad Banks“-Begriff, wie im Rahmen der Analyse dieser Rechtsinstitute darzustellen sein wird. Zur Begründung dieser Auswahl wird weiters im weiteren Verlauf auch dargestellt, weshalb bestimmte (ähnliche) Rechtsinstitute und Modelle der österreichischen Rechtsordnung gerade nicht als „Bad Bank“ anzusehen sind und in dieser Arbeit nicht als solche definiert und untersucht werden.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>78</sup> Vgl zur Einordnung dieser Gesellschaften als „Bad Bank“ auch *Jahn/Geier/Schmitt*, Abschnitt B.III. Rn 33; *Thole*, ZBB 2016, 57 (66); *Bornemann* in *Beck/Samm/Kokemoor*, 214. AL 07/2020, c) Übertragungstransaktionen (Privatsektorlösung, Bad Bank und Bridge Bank) Rn 114.

<sup>79</sup> S 1.3 unten.



### 1.2.2 Abbaueinheit iSd GSA

#### (a) Allgemeines

Das GSA wurde 2014 mit der Zielvorgabe eines „geordneten, aktiven, bestmöglichen und raschen Portfolioabbau[s] der HBInt“ unter Schonung öffentlicher Mittel erlassen.<sup>80</sup> Diesen Portfolioabbau sollte die HBInt (bzw ab deren Umfirmierung 2014 die HETA)<sup>81</sup> in Form einer „Abbaueinheit“ bewerkstelligen.

Das GSA ist somit ein Sondergesetz, das (nur) für die HBInt bzw HETA geschaffen wurde; es trat noch vor dem BaSAG, durch das ein (unionsrechtlich determinierter)<sup>82</sup> einheitlicher rechtlicher Rahmen für die Sanierung und Abwicklung für Banken geschaffen wurde, in Kraft.<sup>83</sup> Daraus ist ableitbar, dass die Entstehung weiterer „Bad Banks“ bzw Abbaueinheiten unter dem GSA ausgeschlossen ist.

Das GSA bzw manche seiner Bestimmungen waren Gegenstand verschiedener, an den VfGH gerichteter Anträge auf Aufhebung. Dies betraf § 1 GSA (in Bezug auf dessen Bestimmtheit), § 1 Abs 1 GSA (wegen Rechtsformenmissbrauchs durch die darin enthaltene Verordnungsermächtigung), § 1 Abs 4 GSA (betreffend die Vermassungsmäßigkeit des Sonderabwicklungsszenarios abseits des herkömmlichen Insolvenzverfahrens) und § 7 Abs 1 GSA (in Bezug auf die Sachlichkeit der hierdurch eingeschränkten Insolvenzgründe)<sup>84, 85</sup>. Im Unterschied zu anderen „Hypo“-Sondergesetzen und -verordnungen, die zur Gänze vom VfGH aufgehoben wurden (HaaSanG und HaaSanV), hielt das GSA in seiner Gesamtheit der Verfassungsmäßigkeitsprüfung des VfGH stand.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (3).

<sup>81</sup> S 1.1.2(a) oben.

<sup>82</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (1).

<sup>83</sup> S vertiefend *Perner*, *ecolex* 2015, 239 mwN.

<sup>84</sup> S zur § 7 GSA auch 2.4.2(a) bzw 2.4.1(b) unten.

<sup>85</sup> S im Detail *Stöger*, *ÖBA* 2015, 546.

<sup>86</sup> VfGH 3. 7. 2015, G 239/2014 ua = *Kalteis/Lindermuth/Oswald/Pinetz/Schaffer*, *ecolex* 2015, 1018; VfGH 3. 7. 2015, G 239/2014 ua = *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, *ÖJZ* 2015, 1128.

(b) Entstehung

Die Abbaueinheit iSd GSA entsteht (entstand) gem § 2 Abs 3 GSA mit Rechtskraft des Bescheids der FMA nach § 2 Abs 1 GSA. Durch diesen Bescheid wurde durch die FMA gem § 2 Abs 1 GSA jener Zeitpunkt festgestellt, ab dem die HETA („HETA“ bezieht sich bis zum Zeitpunkt der Umfirmierung jeweils auch auf die HBInt) kein Einlagengeschäft gem § 1 Abs 1 Z 1 BWG mehr betrieb und keine qualifizierte Beteiligung an einem Kreditinstitut oder an einer Wertpapierfirma hielt. Die Geschäftsleiter der HETA hatten der FMA unverzüglich anzuzeigen und zu bescheinigen, wenn kein Einlagengeschäft mehr betrieben wurde; dies war vom Bankprüfer zu bestätigen (§ 2 Abs 2 GSA). Ab Einlangen der besagten Anzeige, hatte die FMA zwei Wochen Zeit, um einen allfälligen Bescheid nach § 2 Abs 1 GSA zu erlassen (§ 2 Abs 1 letzter Satz).

Die Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA ist also nicht an die Initiative, wie etwa die Antragstellung durch den betreffenden Rechtsträger geknüpft.

Zum Zweck (und chronologisch vor) der Entstehung der Abbaueinheit gemäß § 2 GSA konnte der<sup>87</sup> BMF gem § 1 Abs 1 GSA durch Übertragungsanordnung per Verordnung und gegen angemessenes Entgelt Teile der HETA auf bestimmte Rechtsträger ausgliedern. Der aufnehmende Rechtsträger musste dabei im Stande sein, die Verwaltung der übertragenden Vermögenswerte zu bewerkstelligen und über alle „nötigen“ (gemeint ist wohl „für die Verwaltung der übertragenden Vermögenswerte nötigen“) Berechtigungen verfügen (§ 1 Abs 3 GSA). Eine derartige Übertragung konnte gem § 1 Abs 2 GSA hinsichtlich Vermögenswerte, Rechte „oder“ Verbindlichkeiten der damaligen HBInt „oder“ Anteile oder andere Eigentumstitel (gemeint ist wohl jeweils „und“ statt „oder“), die von der damaligen HBInt an anderen Rechtsträgern gehalten wurden, erfolgen. Alternativ konnte der BMF Vermögenswerte iSd § 1 Abs 2 GSA auch rechtsgeschäftlich erwerben (§ 1 Abs 5 GSA). Die explizite Nennung von „Anteilen“ bzw „Eigentumstitel“ dürfte hierbei lediglich beispielhafter oder klarstellender Natur sein, da diese ohnehin „Vermögenswerte“ bzw „Rechte“ iSd § 1 Abs 2 Z 1 GSA darstellen.

---

<sup>87</sup> *Anm:* Auf eine geschlechterneutrale Darstellung wird an dieser Stelle bewusst verzichtet, da in dem gegenständlichen Zeitraum (dh vom Inkrafttreten des GSA gem § 13 Abs 1 GSA am 1. August 2014 bis zum Bescheid der FMA nach § 2 Abs 1 GSA am 30. Oktober 2014) ausschließlich Männer (Michael Spindelegger und Hans Jörg Schelling) das Amt des BMF innehatten.

Derartige Übertragungsanordnungen nach § 1 Abs 1 GSA waren, im Einklang mit den Materialien, nur zulässig, sofern sie dem Ziel der Schaffung einer Abbaueinheit nach § 2 GSA dienten und durften somit nur erlassen werden, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht bereits erfüllt waren. Wenngleich vermutlich lediglich von rechtshistorischer Bedeutung<sup>88</sup>, ist dieser Einschränkung mE zuzustimmen, da sowohl der Wortlaut (arg „zur Schaffung einer Abbaueinheit“) als auch der Zweck der Bestimmung, nämlich die Ermächtigung des/der BMF, durch Verfügungen die Erfüllung der Voraussetzungen zur (Re-)Konstituierung der damaligen HBInt als Abbaueinheit iSd GSA herzustellen<sup>89</sup>, dies nahelegen.

Der Entstehung der Abbaueinheit chronologisch nachgelagert, steht dem/der BMF gem § 2 Abs 5 GSA wiederum eine Übertragung offen, nämlich die Übertragung der Anteile der (zu diesem Zeitpunkt bereits entstandenen) Abbaueinheit iSd GSA auf die „ABBAG – Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes“ (mittlerweile umgewandelt in eine GmbH und umfirmiert auf „ABBAG – Abbaumanagementgesellschaft des Bundes“<sup>90</sup>).

Angesichts der zuvor erarbeiteten (vorläufigen) Definition von „Bad Banks“<sup>91</sup> erscheint am Konzept der Abbaueinheit iSd GSA bemerkenswert, dass mit der Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA, also der (Re-)Konstituierung der HETA als Abbaueinheit iSd GSA, *per se* keine Trennung der Vermögenswerte auf unterschiedliche Rechtsträger einherging. Das GSA biete zwar die Möglichkeit einer Übertragungsanordnung (§ 1 Abs 1 GSA) im Vorfeld der Entstehung, diese ist aber weder notwendiges Merkmal noch notwendige Voraussetzung für die Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA. Dennoch beinhaltet – auf rein faktischer Ebene – die Historie der HETA derartige „Trennungsprozesse“ in Form von unterschiedlichen Veräußerungen, die ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA, unmittelbar vorausgingen.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> S 1.2.2(a) oben.

<sup>89</sup> S § 1 Abs 1 GSA und ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (12).

<sup>90</sup> Vgl Bundesgesetz aus Anlass des Generalvergleichs mit dem Freistaat Bayern, mit dem das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, das Finanzmarktstabilitätsgesetz und das ABBAG-Gesetz geändert werden (BGBl I Nr 127/2015).

<sup>91</sup> S 1.1.3 oben.

<sup>92</sup> S 1.1.2(a) oben; s näher auch *Perner*, ÖBA 2015, 239 (239).

(c) Charakteristika der Abbaueinheit iSd GSA

(i) Rechtsform?

Das GSA beinhaltet keine spezifischen Vorschriften über die Rechtsform der Abbaueinheit iSd GSA. Mit ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit ging infolgedessen keine Rechtsformänderung der HETA einher und die HETA wird nach wie vor als Aktiengesellschaft betrieben.

Da für die Abbaueinheit iSd GSA gem § 162 Abs 6 BaSAG die im vierten Teil des BaSAG geregelten Befugnisse und Instrumente gelten<sup>93</sup>, könnte die Abwicklungsbehörde die Abbaueinheit iSd GSA in eine Aktiengesellschaft umwandeln (§ 69 BaSAG). Diese Befugnis ist allerdings nur von theoretischer Natur, da sich der Anwendungsbereich des GSA auf die HETA beschränkt<sup>94</sup>, und diese ohnehin eine Aktiengesellschaft ist.

(ii) Kreditinstitut?

(A) Legaldefinition und Analyse

Um festzustellen, ob die Abbaueinheit iSd GSA (nach wie vor) ein Kreditinstitut ist, wird auf die einschlägige Legaldefinition des § 1 Abs 1 BWG zurückgegriffen, die wie folgt lautet:

„Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben.“

Vor dem Hintergrund dieser Definition, ist in einem ersten Schritt auf ein zentrales Wesensmerkmal der Abbaueinheit iSd GSA hinzuweisen: das *ex lege* eintretende Ende ihrer Bankkonzession im Zeitpunkt ihrer Entstehung gem § 2 Abs 3 GSA. Das Vorliegen einer nach dem BWG erteilten Kreditinstitutskonzession und der Betrieb als Abbaueinheit schließen sich also notwendig aus. Eine allfällige Kreditinstitutseigenschaft der Abbaueinheit iSd GSA müsste daher allenfalls – anders als bis zum Entstehungszeitpunkt der Abbaueinheit iSd GSA – auf anderer Grundlage als der bis dahin vorgelegenen BWG-Kreditinstitutskonzession hergeleitet werden.

Gem § 3 Abs 4 GSA darf die Abbaueinheit iSd ungeachtet des Endes ihrer Bankkonzession zur Erfüllung ihrer Aufgabe weiter Bankgeschäfte betreiben, sofern die Erbringung dieser Geschäfte

---

<sup>93</sup> S auch 2.3.3(e) unten.

<sup>94</sup> S auch 1.1.2(a) oben.

der Aufgabenerfüllung der Abbaueinheit mittelbar oder unmittelbar dient. Auch § 3 Abs 6 letzter Satz GSA beinhaltet eine derartig eingeschränkte Erlaubnis zum Betrieb von Bankgeschäften – die dort genannten Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung sind zwar Wertpapierdienstleistungen iSd MiFID bzw MiFID II, stellen in der österreichischen Rechtsordnung aber Bankgeschäfte dar (§ 1 Abs 1 Z 7 und 7a BWG). Dies ist vor allem deshalb relevant, weil gem § 1 Abs 1 BWG ein Kreditinstitut ist, wer *auf Grund „bundesgesetzlicher Regelungen“ berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben*. Das GSA ist unzweifelhaft ein Bundesgesetz und § 3 Abs 4 und Abs 6 GSA beinhalten unzweifelhaft Berechtigungen zum Betrieb von Bankgeschäften; die Materialien sprechen sogar *expressis verbis* von einer „Legalkonzession“ zum Betrieb von Bankgeschäften<sup>95</sup>. Dass dieser Berechtigung bestimmte Grenzen gesetzt sind („zur Erfüllung ihrer Aufgabe“, § 3 Abs 4 GSA), stellt dabei mE keinen Widerspruch zur Legaldefinition des Kreditinstitutsbegriffs iSd § 1 Abs 1 BWG dar, denn auch eine herkömmliche Konzession kann gem § 4 Abs 2 BWG mit Bedingungen, Auflagen oder beschränkt auf einzelne Bankgeschäfte erteilt werden<sup>96</sup>.

Eine Wortlautdefinition der Legaldefinition des § 1 Abs 1 BWG spricht also zunächst klar *für* eine Qualifizierung der Abbaueinheit iSd GSA als Kreditinstitut, wenngleich dies in der einschlägigen Lit teilweise übersehen wird, wenn der Abbaueinheit iSd GSA darin regelmäßig die Kreditinstitutseigenschaft abgesprochen und dies auf die „Zurücklegung“<sup>97</sup> ihrer Bankkonzession zurückgeführt<sup>98</sup> wird.

Aus systematischer Sicht liegt ein Blick in themenverwandte Rechtsvorschriften nahe, wozu *Perners* Überlegungen einen guten Ausgangspunkt bieten: *Perner* stellt die Frage, ob es europarechtlich zulässig bzw geboten ist, den Anwendungsbereich des BaSAG, das, *Perner* zufolge, „zur Sanierung und Abwicklung von [...] Kreditinstituten [...] anzuwenden“ sei, auf die

---

<sup>95</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 13.

<sup>96</sup> S etwa *Siegl* in *Dellinger* § 4 Rz 10 ff.

<sup>97</sup> *Raschauer*, *ecolex* 2015, 928; *Hilkesberger/Schöller*, *ÖBA* 2015, 553). Der Begriff der „Zurücklegung“ ist mE unpräzise, da die Bankkonzession *ex lege* endet und nicht (aktiv), wie etwa in den ausdrücklich in § 7 Abs 3 BWG geregelten Fällen der Zurücklegung der Konzession, vom Rechtsträger zurückgelegt wird, S näher 2.2.2(b) unten.

<sup>98</sup> *Raschauer*, *ecolex* 2015, 928 (929); *Hilkesberger/Schöller*, *ÖBA* 2015, 553 (556).

HETA auszudehnen. *Perner* geht also davon aus, dass die HETA kein Kreditinstitut mehr ist.<sup>99</sup> Diese Annahme wird von *Perner* zunächst nicht näher begründet, eine Miteinbeziehung des BaSAG in die gegenständliche Analyse ist aber aus systematischen Gesichtspunkten sicherlich schon aufgrund dessen inhaltlicher Nähe zum GSA sinnvoll.

Hierbei ist in einem ersten Schritt ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich des BaSAG gem dessen § 1 Abs 1 die Sanierung und Abwicklung von (ua) „Instituten“ (Z 1 *leg cit*) umfasst. Als „Institute“ definiert das BaSAG in § 2 Z 23 BaSAG einerseits CRR-Kreditinstitute<sup>100</sup> (dh Kreditinstitute nach Art 4 Abs 4 Nr 1 CRR, mit Ausnahme von Unternehmen gem Art 2 Abs 5 RL (EU) 2013/36, s § 2 Z 2 BaSAG) und andererseits CRR-Wertpapierfirmen (dh Wertpapierfirmen nach Art 4 Abs 1 Nr 2 CRR, die den in § 3 Abs 6 Z 2 WAG 2018 festgelegten Anforderungen bezüglich Anfangskapital unterliegen, vgl § 2 Z 3 BaSAG). Auch wenn der Begriff der CRR-Kreditinstitute enger ist als derjenige der Kreditinstitute iSd BWG<sup>101</sup>, ist *Perners* begrifflicher Gleichstellung von „Instituten“ iSd BaSAG mit „Kreditinstituten“ im Endergebnis zuzustimmen, denn Kreditinstitute iSd BWG, die nicht zugleich CRR-Kreditinstitut sind, fallen über die Definition der CRR-Wertpapierfirma unter die „Institute“ iSd BaSAG und somit in dessen Anwendungsbereich.<sup>102</sup> Das BaSAG gilt also tatsächlich für die Sanierung und Abwicklung von (ua) Kreditinstituten iSd BWG gilt.

In einem zweiten Schritt ist erneut die Bestimmung des § 162 Abs 6 Satz 1 BaSAG heranzuziehen: Diese erstreckt den Anwendungsbereich bestimmter Teile des BaSAG ausdrücklich auf die Abbaueinheit iSd GSA. Dieses Erstrecken wäre nicht nötig, hätte der Gesetzgeber die Abbaueinheit iSd GSA ohnehin als Kreditinstitut und somit als vom Anwendungsbereich des BaSAG umfasst angesehen; der Gesetzgeber qualifiziert die Abbaueinheit iSd GSA demnach offenkundig nicht als Kreditinstitut. Nicht eingewendet werden kann an dieser Stelle, § 162 Abs 6

---

<sup>99</sup> *Perner*, ÖBA 2015, 239 (240).

<sup>100</sup> S im Detail 1.2.2(c)(iii) unten.

<sup>101</sup> *Laurer/Kammel* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 1 Rz 1 ff; dies ergibt sich schon aus einer Gegenüberstellung der in Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR enthaltenen Definition von (CRR-)Kreditinstituten („ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“) und dem (deutlich weiter gefassten) Bankgeschätskatalog des § 1 Abs 1 BWG.

<sup>102</sup> ErläutRV 361 B1gNR 25. GP 3.

Satz 1 BaSAG enthalte lediglich eine Klarstellung; denn für eine derartige Klarstellung hätte § 162 Abs 6 Satz 2 BaSAG für sich genommen bereits genügt. Systematisch anhand des BaSAG, stellt sich die – im Ergebnis übereinstimmend mit *Perner*<sup>103</sup> – die Abbaueinheit iSd GSA also nicht als Kreditinstitut dar.

In diesem Sinne äußert sich auch der historische Gesetzgeber, wenn in den Materialien zu § 162 Abs 6 BaSAG davon die Rede ist, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein Institut gemäß § 1 BaSAG sei und daher grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des BaSAG falle.<sup>104</sup> Die Materialien zum GSA liefern demgegenüber widersprüchliche Anhaltspunkte: zwar weist die Ausgestaltung der „Ziele“ der dem GSA zugrundeliegenden Regierungsvorlage darauf hin, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein Kreditinstitut sei<sup>105</sup>, an anderer Stelle der Materialien finden sich allerdings auch gegenteilige Hinweise.<sup>106</sup> Einer historischen Interpretation kann also kein klares Ergebnis entnommen werden.

Der Zweck der Regelungen zur Abbaueinheit iSd GSA und ihres Konzepts an sich ist allerdings wiederum klar erkennbar und liegt in der Deregulierung einer bestehenden Bank bei gleichzeitiger Einschränkung ihrer Tätigkeit auf den Abbau ihres Portfolios. Durch die Deregulierung soll die Abbaueinheit iSd GSA nicht länger (bestimmten) bankspezifischen Regelungen unterliegen, deren Einhaltung zusätzliche – und möglicherweise staatliche<sup>107</sup> – Unterstützungsleistungen erfordern würde. Durch die Einschränkung des Geschäftsfelds soll gewährleistet werden, dass sie nur mehr im Rahmen des Portfolioabbaus tätig wird und nicht mehr im Rahmen ihrer Konzession alle Bankgeschäfte erbringen und bspw im Neugeschäft tätig sein kann.<sup>108</sup> Dies stellt gewissermaßen einen Ausgleich zur verminderten bankspezifischen Beaufsichtigung dar. Diese Zielrichtungen spiegelt die Ausgestaltung des GSA deutlich wider: während bei der Entstehung der Abbaueinheit

---

<sup>103</sup> *Perner*, ÖBA 2015, 239 (240).

<sup>104</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP 30.

<sup>105</sup> Vgl die Bezeichnung der HETA als Kreditinstitut im „Ausgangszustand“ und der Deregulierung zur Abbaueinheit im „Zielzustand“, ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 4–5.

<sup>106</sup> Vgl etwa den Hinweis, dass das FinStaG nur für Kreditinstitute und inländische Versicherungsunternehmen gelte und „klargestellt“ wird, dass es auch für die Abbaueinheit iSd GSA gelte, ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 5.

<sup>107</sup> Vgl § 1 Abs 2 FinStaG.

<sup>108</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 3 ff.

iSd GSA die Bankkonzession automatisch endet (§ 2 Abs 3 GSA) und wesentliche bankspezifische Regelungen (entweder ausdrücklich oder als Folge des Wegfalls der Konzession) nicht mehr anwendbar sind<sup>109</sup> (§ 3 Abs 4 und 5 GSA), wird gleichzeitig ihr Tätigkeitsfeld auf den geordneten Portfolioabbau eingeschränkt (§ 3 Abs 1 und 3 GSA)<sup>110</sup>.

Die „Legalkonzession“ der Abbaueinheit (§ 3 Abs 4 und 6 GSA) ist dabei lediglich der Umsetzbarkeit der Aufgabe der Abbaueinheit, dem Portfolioabbau, geschuldet. Dieser wäre ohne die Befugnis, hierfür Bankgeschäfte zu betreiben, wohl nicht zu bewerkstelligen, weil das Portfolio gerade einer Banktätigkeit entstammt. Dieser Umstand erklärt (zusammen mit der verstärkten Aufsicht und Einflussmöglichkeit der öffentlichen Hand insb gem §§ 5f und 8 GSA) überdies, weshalb die Legalkonzession an keine weiteren Konzessionserfordernisse geknüpft ist.

Der Zweck<sup>111</sup> der für die Abbaueinheit iSd GSA maßgebenden Bestimmungen deutet folglich klar darauf hin, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein Kreditinstitut ist, denn banktypische Tätigkeiten sind ihr grundsätzlich untersagt (§ 3 Abs 3 GSA) und typischerweise für Banken geltende Bestimmungen haben für sie weitestgehend keine Geltung mehr (§ 3 Abs 3 GSA).

#### (B) Fazit: kein Kreditinstitut

Bei sachgerechter Auslegung der einschlägigen Bestimmungen ist festzustellen, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein Kreditinstitut ist.

Zu einem anderen Ergebnis kann man lediglich bei (bloßer) Wortlautdefinition des § 1 Abs 1 BWG gelangen, deren Relevanz aber auf Grundlage der weiteren Auslegungsergebnisse in den Hintergrund rückt. Dieses Ergebnis verliert durch die Regelung des § 3 Abs 3 GSA freilich etwas an praktischer Bedeutung, zumal darin die Reichweite der Anwendbarkeit des BWG auf die Abbaueinheit iSd GSA präzise abgesteckt wird und somit ein wesentlicher Aspekt der Klassifizierung als Kreditinstitut, nämlich die Anwendbarkeit des BWG, entfällt. Im weiteren

---

<sup>109</sup> S im Detail 2.3 unten.

<sup>110</sup> S im Detail 1.2.2(d) unten.

<sup>111</sup> Vgl Schauer in Kletečka/Schauer, § 6 Rz 18.



Verlauf wird die Einstufung als (Nicht-)Kreditinstitut dennoch als wichtiger Anknüpfungspunkt dienen.<sup>112</sup>

(iii) CRR-Kreditinstitut?

Für die Definition des „CRR-Kreditinstituts“ verweist § 1a Abs 1 Z 1 BWG auf die einschlägige Definition der CRR. Diese lautet gem Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR wie folgt:

„Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck ‚Kreditinstitut‘ ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren.“

Der Kreditinstitutsbegriff der CRR ist enger als jener des BWG.<sup>113</sup> Umgelegt auf den Bankgeschäftekatalog des § 1 Abs 1 BWG betrifft die Definition des CRR-Kreditinstituts das Einlagengeschäft (Z 1 *leg cit*), das Kreditgeschäft (Z 3 *leg cit*), das Diskontgeschäft (Z 4 *leg cit*), das Wertpapieremissionsgeschäft (Z 9 *leg cit*), das sonstige Wertpapieremissionsgeschäft (Z 10 *leg cit*), das Bausparkassengeschäft (Z 12 *leg cit*), das Kapitalfinanzierungsgeschäft (Z 15 *leg cit*) sowie das Factoringgeschäft (Z 16 *leg cit*)<sup>114</sup>, wobei das Kreditgeschäft definitionsgemäß jeweils zusätzlich erbracht werden muss.<sup>115</sup> An der Definition des CRR-Kreditinstituts ist zudem bemerkenswert, dass – anders als bei der Legaldefinition des Kreditinstituts in § 1 Abs 1 BWG – nicht auf eine (bestehende) Konzessionierung oder andere Formen der Zulassung abgestellt wird. Vielmehr ist die tatsächliche Tätigkeit eines Unternehmens dafür entscheidend, ob es unter den Begriff des CRR-Kreditinstituts fällt.<sup>116</sup>

Gem § 3 Abs 6 GSA ist es der Abbaueinheit iSd GSA untersagt, Gelder vom Publikum aufzunehmen. Dieses Verbot ist in Hinblick auf die relevanten „Gelder“ sogar weiter als die Definition des Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR („Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder“) und umfasst die in der CRR genannten „Gelder“ somit jedenfalls. Die terminologische Unterscheidung

---

<sup>112</sup> S bspw die abgabenrechtlichen Analysen in 2.5 unten sowie die Analysen zur Fortgeltung regulatorischer Bestimmungen in 2.3 unten.

<sup>113</sup> Egger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka Art 4 CRR Rz 5, Vgl FN 101.

<sup>114</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 1a Rz 7.

<sup>115</sup> Egger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka Art 4 CRR Rz 5; Stern, ZFR 2016, 374.

<sup>116</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 1a Rz 4.

zwischen „aufnehmen“ (§ 3 Abs 6 GSA) und „entgegennehmen“ (Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR) ist vor dem Hintergrund der ansonsten gleichlautenden Wortlaute (arg „Gelder vom/des Publikum/s“) und auch der Materialien zu vernachlässigen; die Materialien deuten nämlich darauf hin, dass die Regelungen des § 3 Abs 6 GSA vermeiden sollen, dass die Abbaueinheit iSd GSA ein nach der CRR reguliertes Unternehmen darstellt.<sup>117</sup>

Da gem der Definition des Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR kumulativ Kredite gewährt *und* Gelder des Publikums entgegengenommen werden müssen, um als (CRR-)Kreditinstitut zu gelten, lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass die Abbaueinheit iSd GSA aufgrund des Verbots der Entgegennahme von Geldern des Publikums nach § 3 Abs 6 GSA kein CRR-Kreditinstitut sein kann.

Diesem Zwischenfazit ist allerdings die Regelung des § 3 Abs 4 GSA gegenüberzustellen, wonach die Abbaueinheit iSd GSA zur Erfüllung ihrer Aufgabe Bankgeschäfte betreiben kann<sup>118</sup>. Da die Aufnahme von Publikumsgeldern ebenso ein Bankgeschäft darstellt, besteht zwischen dem Verbot der Aufnahme von Publikumsgeldern gem § 3 Abs 6 GSA und dieser „Legalkonzession“ ein Spannungsverhältnis: Fraglich ist, ob § 3 Abs 6 GSA ein absolutes Verbot beinhaltet, oder ob zur Erfüllung ihrer Aufgabe die Abbaueinheit iSd GSA gem § 3 Abs 4 GSA Gelder vom Publikum aufnehmen darf und damit das Verbot des § 3 Abs 6 GSA von der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 4 GSA durchbrochen wird. Im letzteren Fall wäre das Zwischenfazit jedenfalls in Frage zu stellen; allerdings handelt es sich bei § 3 Abs 6 GSA mE um ein absolutes Verbot der Aufnahme von Publikumsgeldern, das demnach vorrangig vor und ungeachtet der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 4 GSA gilt. § 3 Abs 6 Satz 1 GSA ist uneingeschränkt formuliert und enthält keine Ausnahmetatbestände, insb nicht in Hinblick auf § 3 Abs 4 GSA. Dies ist, aus systematischen Aspekten, umso beachtlicher als § 3 Abs 6 GSA selbst Ausnahmetatbestände beinhaltet (§ 3 Abs 6 Satz 2 GSA) und deutet insofern darauf hin, dass das Verbot bis auf die ausdrücklich genannten Ausnahmen uneingeschränkt gilt. Außerdem wäre die Regelung des § 3 Abs 6 GSA obsolet, wenn

---

<sup>117</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (14). Die Materialien halten hier zu § 3 fest, dass bestimmte Tätigkeiten erlaubt sind, sofern sie unter die Ausnahmebestimmungen vom Begriff der Wertpapierfirma fallen. Wenn keine Wertpapierfirma konstituiert werden muss liegt nahe, dass die Konstituierung eines Kreditinstituts umso mehr vermieden werden soll (*argumentum a fortiori*).

<sup>118</sup> S auch 1.2.2(c)(ii) oben.

das darin enthaltene Verbot nur außerhalb der „Legalkonzession“ des § 3 Abs 4 GSA gelten würde, denn in diesem Fall wäre die Aufnahme von Publikumsgeldern als konzessionslos erbrachtes Bankgeschäft ohnehin unzulässig (vgl § 98 Abs 1 BWG).

Das Zwischenfazit ist auch aus teleologischer Sicht sinnvoll, denn die Legalkonzession des § 3 Abs 4 GSA zielt darauf ab, der Abbaueinheit iSd GSA den Portfolioabbau zu ermöglichen.<sup>119</sup> Die Entgegennahme von Publikumsgeldern (bzw entsprechende Bankgeschäfte) sind hierzu aber typischerweise nicht erforderlich, wodurch ein uneingeschränktes Verbot dem Portfolioabbau nicht entgegensteht, sondern das Tätigkeitsfeld der Abbaueinheit iSd GSA zweckmäßig begrenzt. Das uneingeschränkte Verbot der Aufnahme von Publikumsgeldern steht überdies in Einklang mit § 2 Abs 1 GSA, der die Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA daran knüpft, dass kein Einlagengeschäft mehr betrieben wird, weil gerade das Einlagengeschäft einen Fall der Aufnahme von Publikumsgeldern darstellt.<sup>120</sup>

Als Fazit kann daher festgehalten werden, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein CRR-Kreditinstitut ist.

#### (iv) Wertpapierfirma?

##### (A) Legaldefinition und Analyse

Für die Prüfung, ob die Abbaueinheit iSd GSA als Wertpapierfirma zu qualifizieren ist, wird die Legaldefinition der §§ 1 Z 1 iVm 3 WAG 2018 verwendet, die (zusammenfasst) wie folgt lautet:

„Eine Wertpapierfirma ist eine juristische Person, die ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung in Österreich hat und auf Grund dieses Bundesgesetzes berechtigt ist, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zu erbringen. Natürliche und juristische Personen, deren Berechtigung zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten sich auf § 4, das BWG oder das BörseG 2018 gründet, sind keine Wertpapierfirmen.“

---

<sup>119</sup> S auch 1.2.2(c)(ii)(A) oben.

<sup>120</sup> Vgl *Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 1a Rz 4; s auch die einschlägigen Materialien, wonach der Bescheid der FMA nach § 2 Abs 1 GSA auf der Einstellung des Einlagengeschäfts beruht, ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).

Kreditinstitute sind gem § 1 Abs 3 BWG *ex lege* zur Durchführung bestimmter Wertpapierdienstleistungen (§ 3 Abs 2 Z 1 bis 3 WAG 2018) und gem § 3 Abs 3 WAG 2018 ferner zur Wertpapier- und Finanzanalyse und sonstigen allgemeinen Empfehlungen zu Geschäften mit Finanzinstrumenten berechtigt, wofür der konkrete Umfang der BWG-Konzession keine Rolle spielt.<sup>121</sup> Als ehemaliges Kreditinstitut<sup>122</sup>, konnte die HETA somit bis zu ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA Wertpapierdienstleistungen im Rahmen ihrer BWG-Konzession erbringen ohne dabei definitionsgemäß eine Wertpapierfirma zu sein. Eine parallele Konzessionierung nach dem WAG 2018 (und somit eine Qualifizierung als „Wertpapierfirma“) wäre zu diesem Zeitpunkt demnach nur für die gewerbliche Erbringung der Wertpapierleistungen nach § 3 Abs 2 Z 4 und 5 WAG 2018 (dh Betrieb eines MTF oder OTF iSd WAG 2018) erforderlich gewesen.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GSA sowie im Zeitpunkt des Bescheides der FMA gem § 2 Abs 1 GSA war das WAG 2018 allerdings noch nicht in Kraft war und ist richtigerweise auf die entsprechende Vorgängerregelung, § 3 Abs 2 WAG 2007<sup>123</sup>, abzustellen. Diese beinhaltete noch keine Z 5, weshalb für die HETA zusätzlich zur damals aufrechten Konzession nach dem BWG theoretisch nur eine Wertpapierfirmenkonzession für die Wertpapierleistung des § 3 Abs 2 Z 4 WAG 2007 (Betrieb eines multilateralen Handelssystems) in Frage kam. Für eine derartige Konzession nach dem WAG 2007 (bzw nach dem WAG 2018 – Konzessionen nach dem WAG 2007, die bei Inkrafttreten des WAG 2018 bestanden, blieben in bestehendem Umfang unverändert aufrecht, vgl § 112 Abs 1 WAG 2018) ist im GSA keine, dem *ex lege*-Ende der Kreditinstitutskonzession gem § 2 Abs 3 GSA<sup>124</sup> nachgebildete Rechtsfolge vorgesehen. Es kann daher argumentiert werden, dass eine etwaige Konzession nach dem WAG 2007 von der (Re-)Konstituierung der HETA als Abbaueinheit iSd GSA unberührt geblieben sei. § 2 Abs 3 GSA weist im Umkehrschluss sogar darauf hin, dass eine bestehende Konzession nach dem WAG 2007

---

<sup>121</sup> Zahradnik in Brandl/Saria § 3 Rz 19.

<sup>122</sup> S zur Historie der HETA 1.1.2(a) und 1.2.2(a) oben und zur Frage, ob die Abbaueinheit iSd GSA unter den Kreditinstitutsbegriff iSd BWG fällt S 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>123</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (26).

<sup>124</sup> S zB 1.2.2(b) oben.

aufrecht geblieben wäre, da sich die Bestimmung ausdrücklich nur auf das Ende der BWG-Konzession bezieht.

Folgt man dieser Auslegungsmöglichkeit und geht von einer weiterhin bestehenden Konzession nach dem WAG 2007 bzw WAG 2018 aus, wäre die Abbaueinheit iSd GSA nach wie vor als Wertpapierfirma zu qualifizieren, denn die Legaldefinition stellt auf eine Berechtigung „auf Grund dieses Bundesgesetzes“, und damit eine aufrechte Konzession nach dem WAG 2018 ab<sup>125</sup>. Aufgrund der Kontinuität der nach dem WAG 2007 bestehenden Konzessionen bei Inkrafttreten des WAG 2018 (§ 112 Abs 1 WAG 2018) wäre es für Zwecke der Qualifikation als Wertpapierfirma unerheblich gewesen, dass diese Konzession nach dem WAG 2007 erteilt worden wäre, denn diese hätte ja im Einklang mit der Legaldefinition des § 3 Abs 1 WAG 2018 „auf Grund dieses Bundesgesetzes“ (nämlich auf Grundlage des § 112 Abs 1 WAG 2018) fortgegolten.

Bei wortlautorientierter Auslegung des Wortlautes von § 2 Abs 3 GSA gelangt man daher mE zum vorläufigen Ergebnis, dass die Abbaueinheit iSd GSA nicht *per se* eine allfällige Qualifikation als Wertpapierfirma verloren hat, falls sie im Zeitpunkt ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA als Wertpapierfirma zu qualifizieren war.

Allerdings verbietet das GSA der Abbaueinheit iSd GSA, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zu erbringen (§ 3 Abs 6 GSA). Dass damit Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten iSd WAG 2018 (bzw bis zu dessen Inkrafttreten iSd WAG 2007) gemeint sind, steht außer Frage, denn auf andere wertpapieraufsichtsrechtliche Rechtsquellen als das WAG 2018 (bzw WAG 2007) wird (wurde) im GSA nämlich nicht Bezug genommen und § 3 Abs 5 GSA verweist im wertpapieraufsichtsrechtlichen Kontext ausdrücklich auf das WAG 2018 (vor dessen Inkrafttreten auf das WAG 2007). Auch die Materialien zum GSA nehmen auf die MiFID und damit (indirekt) das WAG 2007<sup>126</sup> Bezug, deren Regelungsbereich demjenigen ihrer Nachfolgeregelungen, MiFID II bzw WAG 2018, entspricht.<sup>127</sup> Aus dem Blickpunkt der (regulatorischen) Rechtseinheit bietet sich außerdem keine sinnvolle abweichende Auslegungsmöglichkeit an.

---

<sup>125</sup> Zahradnik in Brandl/Saria § 3 Rz 3.

<sup>126</sup> ErläutRV 143 BlgNR 23. GP (1).

<sup>127</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP; Erwägungsgrund 1 der MiFID II; *Moloney*, IV.2.3.1.

Aus praktischer Sicht ist daher darauf hinzuweisen, dass eine etwaige, nach (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA weiterhin bestehende Konzession als Wertpapierfirma wohl binnen absehbarer Zeit geendet hätte (etwa durch Rücknahme nach § 6 Abs 1 Z 2 WAG 2018 bzw WAG 2007 oder durch Zurücklegung nach §§ 7 Abs 3 BWG iVm § 5 Abs 3 WAG 2018 bzw § 5 Abs 3 WAG 2007), weil die von der Konzession umfassten Tätigkeiten für die Abbaueinheit iSd GSA per Gesetz verboten sind (§ 3 Abs 6 GSA). Darauf weist auch § 3 Abs 5 hin, wonach die Abbaueinheit iSd GSA Wertpapierdienstleistungen auf Abbau zu stellen hat (§ 3 Abs 5 GSA). Die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen als „reguläre“ Wertpapierfirma steht daher in Widerspruch zur Regelungssystematik des GSA. Auch die Materialien erwähnen die Bedeutung des raschen Endes von Wertpapierdienstleistungen<sup>128</sup>, was nahelegt, dass der historische Gesetzgeber die Abbaueinheit iSd GSA nicht als Wertpapierfirma betrachtete.

Aus teleologischer Sicht, ist (*mutatis mutandis*) auf das bereits betreffend die Kreditinstitutseigenschaft (iSd BWG) der Abbaueinheit iSd GSA Ausgeführte<sup>129</sup> hinzuweisen: Sinn und Zweck der Schaffung des GSA bzw der Abbaueinheit iSd GSA ist die Deregulierung einer bestehenden Bank bei gleichzeitiger Einschränkung ihrer Tätigkeit auf den Abbau ihres Portfolios. Durch die Deregulierung sollen fortan nicht bloß bankspezifische Regelungen entfallen, sondern auch solche, die spezifisch für Wertpapierfirmen gelten. Das ergibt sich einerseits aus dem Verbot zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten (§ 3 Abs 6 GSA) und andererseits aus § 3 Abs 5 GSA, der die Abbaueinheit iSd GSA von weiten Teilen des WAG 2018 ausnimmt (bzw bis zu dessen Inkrafttreten die Abbaueinheit iSd GSA von weiten Teilen des WAG 2007 ausnahm)<sup>130</sup>.

Im gegenständlichen Kontext beachtlich sind auch die Ausnahmen vom Verbot des § 3 Abs 6 GSA, nämlich Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung, sofern diese zur Steuerung von Zins-, Währungs-, Kredit- und Liquiditätsrisiken im Rahmen der Abbautätigkeit durchgeführt werden und sofern damit keine Marketmaking-Tätigkeiten und keine Einräumung von Zugängen zu Handelssystemen für Dritte verbunden sind (§ 3 Abs 6 Satz 2 GSA). Diese

---

<sup>128</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (14).

<sup>129</sup> S 1.2.2(c)(ii)(A) oben.

<sup>130</sup> Vgl ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (52), worin die Novellierung des § 3 Abs 5 GSA im Zuge des Inkrafttretens des WAG 2018 lediglich als „redaktionelle Verweisanpassung“ bezeichnet wird.

Ausnahmebestimmung ist an die Ausnahmebestimmungen vom Begriff der Wertpapierfirma der MiFID (Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID) angeglichen. Die MiFID ist zwar mittlerweile aufgehoben, allerdings ist gem Art 94 MiFID II jeder Verweis auf die MiFID als Verweis auf die geltende MiFID II zu lesen. Im Sinne der „Entsprechungstabelle“ in Anhang IV MiFID II entspricht Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID der gleichlautenden Bestimmung der MiFID II, welche die Ausnahmebestimmungen ebenfalls enthält. Daraus lässt sich der – auch in den Materialien widergespiegelte<sup>131</sup> – Zweck der genannten Ausnahmebestimmung nachvollziehen, der darin liegt, die Abbaueinheit iSd GSA so zu auszugestalten, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der MiFID fällt, die den europarechtlichen, regulatorischen Rahmen für Wertpapierfirmen vorgibt.

Für Zwecke des „nationalen“ Wertpapierfirmen-Begriffs des WAG 2018 liefern die gegenständlichen Ausnahmebestimmungen zwar zunächst keine Aufschlüsse, da der Handel auf eigene Rechnung in Finanzinstrumente zwar eine Wertpapierdienstleistung iSd MiFID bzw MiFID II ist (vgl Anhang 1 Abschnitt A Nr 3 MiFID und MiFID II), aber keine Wertpapierdienstleistung iSd WAG 2018 ist, sondern im österreichischen nationalen Recht ein Bankgeschäft iSd BWG (§ 1 Abs 1 Z 7 und 7a BWG), allerdings stand dem nationalen Gesetzgeber erst durch die Angleichung der Ausnahmebestimmungen an den Wertpapierfirmenbegriff der MiFID überhaupt erst die Möglichkeit offen, die Abbaueinheit iSd GSA vom Anwendungsbereich des (damals geltenden) WAG 2007 auszunehmen, denn dessen Anwendungsbereich war von der MiFID determiniert<sup>132</sup>. An dieser Stelle schließt sich also der Kreis zur „Deregulierungsbestimmung“ des § 3 Abs 6 GSA einschließlich ihrer Ausnahmetatbestände.<sup>133</sup>

Da auch in der CRR für Zwecke der Definition der (CRR-)Wertpapierfirma auf die einschlägige Definition der MiFID (bzw MiFID II) verwiesen wird, bezweckt § 3 Abs 6 GSA weiters die

---

<sup>131</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 14.

<sup>132</sup> ErläutRV 143 BlgNR 23. GP (1).

<sup>133</sup> *Anm:* Eine parallele Argumentationslinie lässt sich in Hinblick auf den Kreditinstitutsbegriff des BWG (s 1.2.2(c)(ii) oben) allerdings nicht verfolgen. Dies liegt daran, dass der Bankgeschäftekatalog des BWG weiter ist als jener der CRR, wodurch eine innerstaatliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs der CRR in § 1a Abs 2 BWG erforderlich wurde. Somit konnten rein auf Grundlage der Konzipierung der GSA als „Nicht-CRR-Kreditinstitut“, die insb durch § 3 Abs 6 Satz 1 GSA erfolgte (s 1.2.2(c)(iii) oben), noch keine Rückschlüsse auf die Kreditinstitutseigenschaft iSd BWG gezogen werden.

Vermeidung der Anwendbarkeit der Vorschriften der CRR in Bezug auf (CRR-)Wertpapierfirmen.<sup>134</sup>

Zweck der genannten Bestimmungen des GSA ist es also, eine Qualifikation der Abbaueinheit iSd GSA als Wertpapierfirma iSd (damals) einschlägigen europäischen Rechtsquellen (MiFID / CRR)<sup>135</sup> zu vermeiden. Da es dem Gesetzgeber hiernach offenstand, zu regeln, inwieweit nationale, wertpapieraufsichtsrechtlichen Regelungen auf die Abbaueinheit iSd GSA anzuwenden sein sollen (vgl § 3 Abs 5 GSA) , konnte von einer ausdrücklichen Regelung in Hinblick auf die Qualifikation als Wertpapierfirma iSd WAG 2018 (und bis zu dessen Inkrafttreten iSd WAG 2007) abgesehen werden. Eine teleologische Interpretation spricht daher dafür, dass die Abbaueinheit iSd GSA nicht als Wertpapierfirma zu qualifizieren ist. Dies gilt mE umso mehr bei einer richtlinienkonformen Auslegung<sup>136</sup> des Begriffs der Wertpapierfirma anhand der MiFID bzw nunmehr MiFID II, an denen sich der Gesetzgeber bei Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd GSA offenkundig orientiert hat.

#### (B) Fazit: keine Wertpapierfirma

Bei sachgerechter Auslegung der einschlägigen Bestimmungen ist mE festzustellen, dass die Abbaueinheit iSd GSA keine Wertpapierfirma ist.

Zu einem anderen Ergebnis kann man lediglich auf Grundlage eines Umkehrschlusses aus § 2 Abs 3 GSA und nur im Fall einer im Zeitpunkt der (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA bestehenden Konzession nach dem WAG 2007 gelangen. Selbst in diesem Fall ist aber anzunehmen, dass eine etwaige aufrechte Konzession nach dem WAG 2007 binnen absehbarer Zeit durch Rücknahme oder Zurücklegung geendet hätte. Systematische und teleologische Auslegung weisen allerdings klar darauf hin, dass die Abbaueinheit iSd GSA jedenfalls keine Wertpapierfirma iSd WAG 2018 ist.

---

<sup>134</sup> S ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (4), worin bei den „Zielen“ des GSA die Nichtanwendbarkeit von Eigenmittelvorschriften genannt wird. Die CRR enthält eigene Eigenmittelvorschriften für (CRR-)Wertpapierfirmen, (Art 92 ff CRR).

<sup>135</sup> S dazu sogleich 1.2.2(c)(v) unten.

<sup>136</sup> S dazu näher bei *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV mwN.



(v) CRR-Wertpapierfirma / MiFID-Wertpapierfirma / MiFID II-Wertpapierfirma?

(A) CRR / MiFID / MiFID II: Definitionen

(I) Entwicklung der Begriffsdefinition der CRR-Wertpapierfirma

Die Definition des BWG für „CRR-Wertpapierfirmen“ verweist auf die CRR (§ 1a Abs 1 Z 2 BWG). Die dort enthaltene Definition der (CRR-)Wertpapierfirma (Art 4 Abs 1 Nr 2 CRR) verweist ihrerseits wiederum auf den Begriff der Wertpapierfirma wie in Art 4 Abs 1 Nr 1 der MiFID definiert, der (ausschnittsweise) wie folgt lautet:

Eine Wertpapierfirma ist „jede juristische Person, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagentätigkeiten ausübt.“

„Wertpapierdienstleistungen“ und „Anlagentätigkeiten“ iSd MiFID sind die in Anhang I Abschnitt A MiFID genannten Dienstleistungen und Tätigkeiten, soweit sie die in Anhang I Abschnitt C MiFID genannten (Finanz-)Instrumente betreffen (Art 4 Abs 1 Nr 2 MiFID). Umgesetzt wurden diese Tatbestände im österreichischen Recht durch die Konzessionstatbestände im Bankgeschäftskatalog des § 1 BWG sowie § 3 WAG 2007, wobei die betreffenden Bestimmungen im Zuge der Umsetzung von MiFID II durch das WAG 2018 novelliert wurden.<sup>137</sup>

Die CRR beinhaltet zudem bestimmte Ausnahmetatbestände vom Begriff der (CRR-)Wertpapierfirma, insb CRR-Kreditinstitute (Art 4 Abs 1 Nr 2 Buchstabe a CRR) und „Firmen“, denen nicht erlaubt ist die in Abschnitt B Nr 1 MiFID genannten Nebendienstleistungen zu erbringen, die lediglich eine oder mehrere der in Anhang I Abschnitt A Nr 1, 2, 4 und 5 MiFID genannten Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten erbringen und die weder Geld noch Wertpapiere ihrer Kunden halten dürfen, und deshalb zu keinem Zeitpunkt Schuldner dieser Kunden sein können (Art 4 Abs 1 Nr 2 Buchstabe c CRR). Auch die MiFID beinhaltet (fakultative und zwingende) Ausnahmetatbestände vom Begriff der Wertpapierfirma (Art 2 bzw 3 MiFID), insb Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID, wonach Personen, deren Wertpapierdienstleistung oder

---

<sup>137</sup> Zahradnik in Brandl/Saria § 3 Rz 4; ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (26).

Anlagetätigkeit nur im Handel für eigene Rechnung besteht, sofern sie keine Market-maker sind oder in organisierter und systematischer Weise häufig für eigene Rechnung außerhalb eines geregelten Marktes oder eines MTF Handel treiben, indem sie ein für Dritte zugängliches System anbieten, um mit ihnen Geschäfte durchzuführen, vom Anwendungsbereich der MiFID (und folglich der Definition der CRR-Wertpapierfirma) ausgenommen sind.<sup>138</sup>

Die MiFID wurde zwischenzeitlich von der MiFID II ersetzt (Art 94 MiFID II).<sup>139</sup> Art 94 Unterabsatz 2 MiFID II schreibt vor, dass Bezugnahmen auf die MiFID unter Heranziehung der in der MiFID II enthaltenen Entsprechungstabelle als Bezugnahmen auf die MiFID II zu lesen sind. Dies führt mE dazu, dass der Verweis auf Art 4 Abs 1 Nr 1 MiFID in der Definition der CRR-Wertpapierfirma richtigerweise als Verweis auf Art 4 Abs 1 Nr 1 MiFID II zu lesen ist (Art 94 Unterabsatz 2 iVm Anhang IV MiFID II).<sup>140</sup>

Die relevante Begriffsdefinition der MiFID II lautet zunächst gleich wie diejenige der MiFID (Art 4 Abs 1 Nr 1 MiFID II), allerdings wurden sowohl der Katalog der Wertpapierdienstleistungen bzw Anlagetätigkeiten (Anhang I Abschnitt A MiFID II) als auch die Ausnahmen vom Anwendungsbereich der MiFID II – und somit vom Begriff der CRR-Wertpapierfirma (Art 4 Abs 1 Nr 2 CRR) – verändert bzw ergänzt. Die oben dargestellte Ausnahmebestimmung des Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID wurde in Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID II wie folgt geändert (Hervorhebungen durch den Autor):

„Personen, die für eigene Rechnung Handel mit Finanzinstrumenten treiben, bei denen es sich nicht um Warenderivate oder Emissionszertifikate oder Derivate davon handelt, und die keine anderen Wertpapierdienstleistungen erbringen oder anderen Anlagetätigkeiten in Finanzinstrumenten vornehmen, bei denen es sich nicht um Warenderivate oder Emissionszertifikate oder Derivate davon handelt, außer diese Personen i) sind Market-Maker oder ii) sind Mitglied oder Teilnehmer eines geregelten Marktes oder MTF oder haben einen direkten elektronischen Zugang zu einem Handelsplatz oder iii) wenden eine hochfrequente algorithmische

---

<sup>138</sup> Moloney, FN 206.

<sup>139</sup> S auch Erwägungsgrund 1 MiFID II.

<sup>140</sup> aA offenbar Egger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka Art 4 CRR Rz 6 f.

Handelstechnik an oder iv) treiben für eigene Rechnung bei der Ausführung von Kundenaufträgen Handel.“

Der Begriff der MiFID II-Wertpapierfirma weicht also vom Begriff der MiFID-Wertpapierfirma ab. Dadurch ändert sich (potentiell) auch der Begriff der CRR-Wertpapierfirma, da dieser auf die MiFID verweist und sich dieser Verweis nach Art 94 MiFID II (potentiell) nunmehr auf die MiFID II bezieht. Da dies aber nicht zweifelsfrei geklärt ist, wird nachfolgend sowohl die Eigenschaft der Abbaueinheit iSd GSA als Wertpapierfirma iSd MiFID als auch iSd MiFID II geprüft. Die Definition der MiFID II hat ohnedies, auch für sich genommen, grundlegende Bedeutung hinsichtlich aktuell geltender aufsichtsrechtlicher Regelungen (insb WAG 2018).

#### (B) MiFID-Wertpapierfirma?

Um festzustellen, ob die Abbaueinheit iSd GSA eine MiFID-Wertpapierfirma ist, ist zu prüfen, ob sie Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten iSd MiFID erbringen darf. Durch MiFID II wurde der Umfang der Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten, verglichen zur MiFID, ausgedehnt. Zugleich sind alle Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten iSd der MiFID weiterhin Wertpapierdienstleistungen bzw Anlagentätigkeiten iSd MiFID II.<sup>141</sup> Der Katalog der Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten gem MiFID und MiFID II wurde in der österreichischen Rechtsordnung auf das BWG (§ 1 Abs 1 BWG, insb Z 7 und 7a *leg cit*) und das WAG 2007 bzw WAG 2018 (§ 3 Abs 2 WAG 2018) aufgeteilt,<sup>142</sup> wobei diese Aufteilung bereits vor Inkrafttreten von MiFID II bzw WAG 2018 im Rahmen der Umsetzung der MiFID durch das WAG 2007 gegeben war<sup>143, 144</sup>.

Die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten iSd MiFID ist für die Abbaueinheit iSd GSA daher auf Grundlage zweier Bestimmungen unzulässig: die Erbringung der im Bankgeschäftskatalog des BWG enthaltenen Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten iSd MiFID ist infolge des *ex lege*-Endes der Bankkonzession unzulässig (§§ 2

---

<sup>141</sup> Vgl Anhang I Abschnitt A MiFID und Anhang I Abschnitt A MiFID II.

<sup>142</sup> Zahradnik in Brandl/Saria § 3 Rz 4.

<sup>143</sup> Vgl zB „Handel für eigene Rechnung“ in Anhang I Abschnitt A Nr 3 MiFID, umgesetzt in § 1 Abs 1 Z 7 BWG aF.

<sup>144</sup> Vgl ErläutRV 143 BlgNR 23. GP (9).

Abs 3 GSA, 98 Abs 1 BWG)<sup>145</sup>, die im WAG 2018 (bzw davor im WAG 2007) enthaltenen Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten iSd MiFID sind daher infolge des Verbots des § 3 Abs 6 GSA unzulässig.

Die für die Abbaueinheit iSd GSA ausnahmsweise zulässige Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten im Rahmen der in § 3 Abs 6 letzter Satz GSA enthaltenen Ausnahme führt nicht zu einer Qualifizierung als Wertpapierfirma iSd MiFID, da Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID gleichlautende Ausnahmebestimmungen enthält. Dies entspricht zugleich der Intention des historischen Gesetzgebers.<sup>146</sup>

Die Abbaueinheit iSd GSA ist somit mE zweifelsfrei keine Wertpapierfirma iSd MiFID.

### (C) MiFID II-Wertpapierfirma

Durch das Ende der BWG-Konzession (in Hinblick auf die im BWG enthaltenen Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten iSd MiFID II) und des Verbots des § 3 Abs 6 GSA (in Hinblick auf die im WAG 2018 enthaltenen Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten iSd MiFID II) ist es der Abbaueinheit iSd GSA zunächst grundsätzlich auch untersagt, Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten iSd MiFID II zu erbringen.

Wie oben ausgeführt<sup>147</sup>, ist § 3 Abs 6 GSA so ausgestaltet, dass Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung (dh Wertpapierdienstleistungen iSd MiFID II, Anhang I Abschnitt I Nr 3 MiFID II) unter den dort bezeichneten Umständen ausnahmsweise zulässig sind. Bereits festgestellt wurde, dass sich diese Ausnahmebestimmungen mit jenen der MiFID überlagern und daher die ausnahmsweise Ausführung von Wertpapierdienstleistungen auf Grundlage von § 3 Abs 6 GSA nicht zur Einstufung als MiFID-Wertpapierfirma führt.

Der grundlegende Ausnahmetatbestand der MiFID hat sich allerdings in der MiFID II dahingehend geändert<sup>148</sup>, dass der Handel in bestimmten Finanzinstrumenten (Warenderivate oder Emissionszertifikate oder Derivate davon) ausdrücklich nicht (mehr) von der Ausnahme umfasst

---

<sup>145</sup> S auch 1.2.2(b) oben.

<sup>146</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (14).

<sup>147</sup> S 1.2.2(c)(v)(B) oben.

<sup>148</sup> S schon in 1.2.2(c)(v)(A) oben.

ist. Zudem wurden Gegenausnahmen eingeführt, in deren Rahmen der relevante Ausnahmetatbestand nicht (mehr) greift: etwa, wenn hochfrequente algorithmische Handelstechniken angewendet werden oder bei der Ausführung von Kundenaufträgen Handel auf eigene Rechnung getrieben wird, vgl Art 2 Abs 1 Buchstabe d Z ii und iii MiFID II.

Diese Neuerungen der MiFID II werden in § 3 Abs 6 GSA nicht berücksichtigt; vielmehr differenziert § 3 Abs 6 GSA weder hinsichtlich der betreffenden Finanzinstrumente, noch werden die Gegenausnahmen darin behandelt. Die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 6 letzter Satz GSA stimmt, kurz gesagt, nicht (mehr) mit den Ausnahmeregelungen der MiFID II überein. Art 2 Abs 1 Buchstabe j MiFID II beinhaltet zwar eine separate (gegenüber der MiFID neu aufgenommene) Ausnahme für Eigenhandel in diesen Finanzinstrumenten, deren Anwendbarkeit allerdings an weitere Voraussetzungen geknüpft ist. Diese weiteren Voraussetzungen haben ebenfalls keinen Einzug in § 3 Abs 6 GSA gefunden.

Umso überraschender erscheint die Novellierung des § 3 Abs 6 GSA im Zuge der nationalen Umsetzung der MiFID II; die gegenständliche Änderung beschränkte sich aber auf eine Verweisanpassung und es fehlen Hinweise auf die geänderten Ausnahmebestimmungen der MiFID II.<sup>149</sup> Dies legt nahe, dass die geänderten Ausnahmebestimmungen in der MiFID II bewusst nicht in § 3 Abs 6 GSA übernommen wurden, wodurch sich der Abbaueinheit iSd GSA potentiell ein Tätigkeitsfeld innerhalb des Anwendungsbereichs der MiFID II eröffnet: Im Rahmen der Abbautätigkeit wären gem § 3 Abs 6 GSA etwa Geschäfte in Finanzinstrumente für eigene Rechnung zulässig, bei denen hochfrequente algorithmische Handelstechniken angewendet werden. Damit fiel die Abbaueinheit in keinen Ausnahmetatbestand der MiFID II (vgl Art 2 Abs 1 Buchstabe d Z iii MiFID II).

Auf dieser Grundlage sind mE mehrere Schlussfolgerungen möglich. Da der Gesetzgeber es – trotz vorgenommener Novellierung des § 3 Abs 6 GSA – unterlassen hat, diese Bestimmung an die adaptierten Ausnahmetatbestände der MiFID II anzupassen, kann mE argumentiert werden, der Abbaueinheit iSd GSA sollte (bewusst) ermöglicht werden, zulässigerweise eine MiFID II-Wertpapierfirma zu sein. Diese Argumentationslinie würde aber beruhen, das Schweigen des Gesetzgebers zu bestimmten Umständen zu deuten, da diese Absicht an keiner Stelle zum

---

<sup>149</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (52).

Ausdruck kommt. Auf diese Weise erarbeitete Auslegungsergebnisse sind allerdings generell zurückhaltend zu verwenden<sup>150</sup>; umso mehr Bedeutung kommt der nachstehenden, alternativen Auslegungsergebnissen zu:

§ 3 Abs 6 GSA zielt, wie bereits festgestellt wurde, darauf ab, dass der Wertpapierfirmenbegriff der MiFID nicht erfüllt wird.<sup>151</sup> Da im Zuge der nationalen Implementierung von MiFID II lediglich redaktionelle Änderungen an der Bestimmung vorgenommen wurden<sup>152</sup>, ist mE davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, die Zielrichtung dieser Norm zu ändern. Darauf deutet auch § 3 Abs 5 GSA hin, der wertpapieraufsichtsrechtliche Regelungen zum Inhalt hat und im Rahmen der Implementierung von MiFID II ebenfalls lediglich redaktionell angepasst wurde.<sup>153</sup> Es liegt daher die Schlussfolgerung nahe, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Einführung des WAG 2018 das GSA möglichst unangetastet lassen und nur „minimalinvasiv“ an die Umstellung von WAG 2007 auf WAG 2018 angleichen wollte. Eine konzeptionelle Änderung der Abbaueinheit iSd GSA sollte folglich gerade nicht erfolgen. Dies steht auch mit dem Ziel der Schaffung einer Abbaueinheit iSd GSA, die vorrangig zur Deregulierung einer (früheren) Bank dient<sup>154</sup>, in Einklang.

MiFID II brachte, nachdem die Abbaueinheit iSd GSA bereits entstanden war, eine Erneuerung des wertpapierrechtlichen Regulierungsrahmens auf europäischer Ebene.<sup>155</sup> Warum aus diesem Anlass wiederum eine „Re-Regulierung“ (im Sinne einer Verstärkung des regulatorischen Rechtsrahmens) der Abbaueinheit iSd GSA erfolgen hätte sollen, ist nicht ersichtlich. Insofern kann dem Gesetzgeber bei der anlassbezogenen Novellierung des GSA nicht ohne Weiteres eine Absicht in diese Richtung unterstellt werden.

---

<sup>150</sup> Schauer in Kletečka/Schauer § 6 Rz 17.

<sup>151</sup> S 1.2.2(c)(v)(B) oben.

<sup>152</sup> S FN 149.

<sup>153</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (52).

<sup>154</sup> S zB 1.2.2(c)(iv) oben.

<sup>155</sup> Vgl Erwägungsgrund 1 MiFID II.

Eine historische und teleologische Interpretation führt vor diesem Hintergrund mE insgesamt zu dem Ergebnis, dass die Abbaueinheit iSd GSA grundsätzlich keine Wertpapierfirma iSd MiFID II ist.

Im Unterschied zur Einordnung nach der MiFID<sup>156</sup> bleibt aber darauf hinzuweisen, dass die Abbaueinheit iSd GSA im Rahmen des § 3 Abs 6 letzter Satz GSA, der bei Umsetzung der MiFID II in Österreich mE unzureichend novelliert wurde, zulässigerweise Anlagetätigkeiten bzw Wertpapierdienstleistungen erbringen dürfe, durch deren faktische Ausübung sie als Wertpapierfirma iSd MiFID II zu qualifizieren wäre.

#### (D) CRR-Wertpapierfirma?

Auf Grundlage der nun erarbeiteten Ergebnisse kann festgehalten werden, dass die Abbaueinheit iSd GSA keine CRR-Wertpapierfirma ist. Dies gilt prinzipiell unabhängig davon, ob man für Zwecke der Definition des Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR einen Verweis auf MiFID oder MiFID II annimmt.

Folgt man Art 94 MiFID II und geht davon aus, dass die Definition der CRR-Wertpapierfirma auf die MiFID II verweist, ist hinzuzufügen, dass im Rahmen der (ausnahmsweise) zulässigen Tätigkeiten der Abbaueinheit iSd GSA auch solche Tätigkeiten liegen, die faktisch zur Qualifizierung als Wertpapierfirma iSd MiFID II führen.

#### (vi) Finanzinstitut?

Um zu prüfen, ob die Abbaueinheit iSd GSA ein Finanzinstitut ist, wird auf die einschlägige Legaldefinition des BWG (§ 1 Abs 2) zurückgegriffen:

„Ein Finanzinstitut ist, wer kein Kreditinstitut im Sinne des Abs. 1 ist und berechtigt ist, eine oder mehrere der folgenden Tätigkeiten gewerbsmäßig durchzuführen, sofern er diese als Haupttätigkeit betreibt: [...]“

---

<sup>156</sup> S 1.2.2(c)(v)(B) oben.

Zunächst kann auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse<sup>157</sup> davon ausgegangen werden, dass das in der Definition enthaltene Negativkriterium des § 1 Abs 2 BWG<sup>158</sup>, kein Kreditinstitut zu sein, als erfüllt betrachtet werden kann.

Einer abstrakt-rechtlichen Prüfung ist die Qualifizierung als Finanzinstitut nur eingeschränkt zugänglich, da hierfür faktisch das Leasinggeschäft oder ein anderes der in § 1 Abs 2 Z 2 bis 8 BWG geführten Geschäfte als „Haupttätigkeit“ iSd § 1 Abs 2 BWG betreiben müsste. Dennoch kann untersucht werden, ob dies für die Abbaueinheit iSd GSA generell zulässig wäre.

Die in der Definition des § 1 Abs 2 BWG genannten Geschäfte umfassen insb das Leasinggeschäft (§ 1 Abs 2 Z 1 BWG), zu deren Erbringung die Abbaueinheit iSd GSA, unabhängig vom Ende ihrer Bankkonzession, ausdrücklich berechtigt ist (§ 2 Abs 4 GSA). Auch die weiteren in § 1 Abs 2 BWG genannten Geschäfte eines Finanzinstituts sind der Abbaueinheit iSd GSA prinzipiell nicht untersagt, sofern diese im Rahmen der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Abbaueinheit iSd GSA erbracht werden. Die gegenständlichen Geschäfte (s § 1 Abs 2 Z 3 bis 8 BWG) werden aber im Normalfall nicht mit der Aufgabenerfüllung der Abbaueinheit iSd GSA zu vereinbaren sein und daher für die Abbaueinheit iSd GSA vermutlich geringe praktische Bedeutung haben; umso mehr rückt das Leasinggeschäft in den Fokus dieser Prüfung, dessen „Fortbetrieb“, auch den Materialien zufolge „für die HBInt wirtschaftlich besonders wichtig ist“<sup>159</sup>. Es scheint somit realistisch, dass die HETA tatsächlich von ihrer gem GSA gegebenen Möglichkeit, Leasinggeschäfte zu betreiben (möglicherweise sogar als „Haupttätigkeit“ iSd § 1 Abs 2 BWG) Gebrauch macht.

Aus der rechtlichen Zulässigkeit, Leasinggeschäft kann abgeleitet werden, dass die Abbaueinheit iSd GSA zulässigerweise ein Finanzinstitut sein kann. Die Materialien können überdies als Hinweis gewertet werden, dass die Abbaueinheit iSd GSA tatsächlich ein Finanzinstitut ist (oder war); diese Frage ist allerdings auf faktischer Ebene zu beurteilen.

---

<sup>157</sup> S 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>158</sup> *Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 1 Rz 32.

<sup>159</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).



(vii) CRR-Finanzinstitut?

Die im BWG (§ 1a Abs 3 BWG) enthaltene Definition der „CRR-Finanzinstitute“ verweist auf Art 4 Abs 1 Nr 26 CRR, wo CRR-Finanzinstitute wie folgt definiert sind:

„Ein Finanzinstitut ist „ein Unternehmen, das kein Institut ist und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben oder eines oder mehrere der in Anhang I Nummern 2 bis 12 und 15 der Richtlinie 2013/36/EU genannten Geschäfte zu betreiben; diese Definition schließt Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Zahlungsinstituten im Sinne der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und Vermögensverwaltungsgesellschaften ein, jedoch nicht Versicherungsholdinggesellschaften oder gemischte Versicherungsholdinggesellschaften gemäß der Definition in Artikel 212 Absatz 1 Buchstabe f beziehungsweise Buchstabe g der Richtlinie 2009/138/EG [...]“

Wie auch der Finanzinstitutsbegriff im BWG beinhaltet die Definition des CRR-Finanzinstituts zunächst ein Negativkriterium („kein Institut“).<sup>160</sup> „Institute“ im Sinne der CRR<sup>161</sup> sind (CRR-)Kreditinstitute und (CRR-)Wertpapierfirmen; dass die Abbaueinheit iSd GSA weder CRR-Kreditinstitut noch CRR-Wertpapierfirma ist, wurde bereits oberhalb erörtert, weshalb dieses Negativkriterium als erfüllt betrachtet werden kann.<sup>162</sup>

Ob die Abbaueinheit iSd GSA ein CRR-Finanzinstitut ist, hängt folglich davon ab, ob sie zulässigerweise eine der in der Definition des Art 4 Abs 1 Nr 26 CRR genannten Tätigkeiten als Haupttätigkeit (iSd CRR) betreiben kann. Diese Tätigkeiten bestehen aus dem Beteiligungserwerb sowie den in Anhang I Nr 2 bis 12 und 15 der CRD IV genannten Geschäften.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Schirk in *Dellinger* § 1a Rz 42.

<sup>161</sup> S dazu näher 0 unten.

<sup>162</sup> S 1.2.2(c)(iii) und 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>163</sup> S näher zum CRR-Finanzinstitut Egger in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* Art 4 CRR Rz 50; Schirk in *Dellinger* § 1a Rz 63.

Im Lichte der Bestimmungen des § 2 Abs 4 GSA, wonach die Abbaueinheit iSd GSA weiterhin Leasinggeschäfte betreiben kann<sup>164</sup> sowie des § 3 Abs 6 GSA, wonach die Abbaueinheit iSd GSA unter bestimmten Umständen Handel in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung betreiben darf<sup>165</sup> stechen vor allem die in Anhang I Nr 3 und 7 der CRD IV genannten Tätigkeiten hervor: es handelt sich dabei um Finanzierungsleasing (Nr 3 *leg cit*) und Handel für eigene Rechnung oder im Kundenauftrag mit bestimmten Instrumenten (Nr 7 *leg cit*). Es verbleibt also einerseits zu prüfen, ob das in § 2 Abs 4 GSA bezeichnete Leasinggeschäft das „Finanzierungsleasing“ iSd Anhang I Nr 3 der CRD IV (mit-)umfasst und, andererseits, ob die in § 3 Abs 6 GSA bezeichneten Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung den „Handel für eigene Rechnung“ iSd Anhang I Nr 7 der CRD IV (mit-)umfassen.

§ 2 Abs 4 GSA verweist hinsichtlich des Leasingbegriffs auf § 1 Abs 2 Z 1 BWG. Der Leasingbegriff des § 1 Abs 2 Z 1 BWG umfasst nach hM das Finanzierungsleasing.<sup>166</sup> An dieser Stelle kann also bereits die Zulässigkeit von Tätigkeiten eines CRR-Finanzinstituts für die Abbaueinheit iSd GSA bejaht werden.

Der in § 3 Abs 6 GSA verwendete Begriff der „Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung“ bezieht sich, wie sich aus den auf die MiFID bezugnehmenden Materialien zu § 3 GSA ergibt, auf den wertpapieraufsichtsrechtlichen Begriff des „Handels für eigene Rechnung“, wie ursprünglich in der MiFID enthalten.<sup>167</sup> Dieser in der MiFID (Anhang I Abschnitt A Nr 3) und der MiFID II (Anhang I Abschnitt A Nr 3 MiFID II) enthaltene Begriff ist wortgleich in der CRD IV enthalten (Anhang I Nr 7 CRD IV) und auf nationaler Ebene im BWG umgesetzt<sup>168</sup>, da der Handel mit Finanzinstrumenten auf eigene Rechnung in Österreich Kreditinstituten vorbehalten ist.<sup>169</sup> Die aus § 3 Abs 6 GSA ableitbare Genehmigung der GSA, Geschäfte in Finanzinstrumente für eigene

---

<sup>164</sup> S 1.2.2(c)(vi) oben.

<sup>165</sup> S 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>166</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 1 Rz 32.

<sup>167</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP 14; s auch 1.2.2(c)(v)(A) oben.

<sup>168</sup> Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger § 1 Rz 61.

<sup>169</sup> Zahradnik in Brandl/Saria § 3 Rz 4.

Rechnung durchzuführen, entspricht daher einer Genehmigung zum „Handel für eigene Rechnung“, wie in der Definition des CRR-Finanzinstituts enthalten.

Es verbleibt daher zu prüfen, ob der in § 3 Abs 6 GSA verwendete Begriff der „Finanzinstrumente“ die in Anhang I Nr 7 CRD IV aufgelisteten Instrumente umfasst. Zur Auslegung des Begriffs der „Finanzinstrumente“ iSd § 3 Abs 6 GSA kommen sowohl die in den jeweiligen Konzessionstatbeständen des § 1 Abs 1 Z 7 und 7a BWG enthaltenen Instrumente als auch die Legaldefinition des § 1 Z 7 WAG 2018 in Frage. Für die erste Variante sprechen systematische Erwägungen, nämlich dass die gegenständliche Genehmigung des § 3 Abs 6 GSA sich auf diese Konzessionstatbestände des BWG bezieht, weil eben die darin enthaltenen Geschäfte aufgrund des *ex lege* eintretenden Konzessionsendes sonst unzulässig wären. Für die zweite Variante spricht eine historische Auslegung des § 3 Abs 6 GSA, denn in den Materialien zu dieser Bestimmung wird auf die MiFID und somit indirekt auf wertpapieraufsichtsrechtliche EU-Regelungen, die im WAG 2007 umgesetzt waren und deren Nachfolgebestimmungen (MiFID II) nunmehr im WAG 2018 umgesetzt sind, verwiesen.<sup>170</sup> Welcher Auslegungsvariante zu folgen ist, kann für die gegenständliche Frage aber dahingestellt bleiben, da man bei beiden Varianten zu dem Ergebnis gelangt, dass § 3 Abs 6 GSA die Abbaueinheit zum Handel für eigene Rechnung in Finanzinstrumenten berechtigt, die in Anhang I Nr 7 CRD IV (und somit in der Definition der CRR-Finanzinstitute) genannt sind; dies ergibt sich aufgrund von Überschneidungen bei den erfassten Finanzinstrumenten.<sup>171</sup>

Folglich kann die Abbaueinheit iSd zulässigerweise sowohl durch Leasinggeschäfte (§ 2 Abs 4 GSA), als auch durch Handel in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung (§ 3 Abs 6 GSA) zulässigerweise ein CRR-Finanzinstitut sein, sofern eine dieser Tätigkeiten als Haupttätigkeit erbracht wird.

#### (viii) CRR-Institut?

Die CRR fasst CRR-Kreditinstitute und CRR-Wertpapierfirmen unter dem Dachbegriff der „Institute“ iSd Art 4 Abs 1 Nr 3 CRR zusammen.

---

<sup>170</sup> S auch 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>171</sup> Vgl zB „Geldmarktinstrumente“ in Anhang I Nr 7 Buchstabe a CRD IV, § 1 Abs 1 Z 7 lit a BWG und § 1 Abs 7 lit a WAG 2018.

Aus den bereits dargestellten Ergebnissen zur Einordnung als CRR-Kreditinstitut und CRR-Wertpapierfirma<sup>172</sup> kann abgeleitet werden, dass die Abbaueinheit iSd GSA kein CRR-Institut ist.

(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaueinheit iSd GSA

(i) Ausgangspunkt

Das GSA setzt der Abbaueinheit iSd GSA bestimmte Ziele und Aufgaben (vgl § 3 Abs 1 GSA: „Der Abbaueinheit obliegt die Aufgabe...“). Zugleich werden bestimmte Tätigkeiten ausdrücklich benannt, die die Abbaueinheit iSd GSA für Zwecke dieser Ziele und Aufgaben zulässigerweise ausüben darf (vgl § 3 Abs 4 GSA: „Zur Erfüllung ihrer Aufgabe kann die Abbaueinheit...“).

Umgekehrt schränkt das GSA das Tätigkeitsfeld der Abbaueinheit iSd GSA auch ausdrücklich ein (§ 3 Abs 3 GSA: „Die Abbaueinheit darf ausschließlich solche Geschäfte betreiben, die der Erfüllung ihrer Aufgabe dienen“).

Im Folgenden soll versucht werden, die Aufgaben und Ziele der Abbaueinheit iSd GSA zu definieren und zu kategorisieren. Darauf aufbauend soll analysiert werden, welche Tätigkeiten von der Abbaueinheit zulässigerweise ausgeübt bzw nicht ausgeübt werden dürfen.

(ii) Aufgabenbereich

Der Abbaueinheit iSd GSA obliegt die gesetzliche Aufgabe, ihre Vermögenswerte mit dem Ziel einer geordneten, aktiven und bestmöglichen zu verwerten (§ 3 Abs 1 Satz 2 GSA). Ebenfalls zählt zur Aufgabe der Abbaueinheit iSd GSA, Übergangsdienstleistungen an andere Rechtsträger zu erbringen, die per 31. Dezember 2013 in den Konzernabschluss der (damaligen) HBInt einbezogen waren oder nach diesem Zeitpunkt bis zur Rechtskraft des Bescheids gemäß § 2 Abs 1 GSA<sup>173</sup> als Konzerngesellschaften der (damaligen) HBInt<sup>174</sup> gegründet wurden (§ 3 Abs 2 Satz 1 GSA); dies bis längstens zwei Jahre nach dem Zeitpunkt, ab dem der Bund weder direkt noch indirekt am Dienstleistungsempfänger beteiligt ist (§ 3 Abs 2 Satz 3 GSA).

---

<sup>172</sup> S im Detail 1.2.2(c)(v) und 1.2.2(c)(iii) oben.

<sup>173</sup> S dazu 1.2.2(b) oben.

<sup>174</sup> S zur Historie der HETA bzw HBInt 1.1.2(a) oben.

Zudem soll die Abbaueinheit iSd GSA auf die Einhaltung der § 3 Abs 1 bis 5 GSA durch Rechtsträger, an denen sie mehrheitlich beteiligt ist, hinwirken (§ 3 Abs 1 Satz 3 GSA).

Ist der Portfolioabbau bewerkstelligt, soll die Abbaueinheit iSd GSA einen Auflösungsbeschluss fassen (§ 3 Abs 7 GSA). Die Abbaueinheit iSd GSA hat also ein „Ablaufdatum“ und keinen über den Portfolioabbau hinausgehenden Horizont. Zur Beurteilung, wann der Portfolioabbau iSd § 3 Abs 7 GSA „bewerkstelligt“ ist, kann aus systematischen Erwägungen auf § 84 Abs 10 BaSAG zurückgegriffen, der diesen Begriff in ähnlichem Kontext weiter präzisiert<sup>175</sup>.

(iii) Bewerkstelligung der Aufgaben und Abbauziele

Die Aufgabe des Portfolioabbaus soll nach Maßgabe eines Abbauplans iSd § 5 GSA und im Rahmen der „Abbauziele“ so rasch wie möglich bewerkstelligt werden (§ 3 Abs 1 Satz 2 GSA).

Wenngleich die „Abbauziele“ im Sinne der vorstehenden Regelung nicht ausdrücklich definiert sind, kommen nur die in § 3 Abs 1 Satz 1 GSA genannten Eigenschaften eines „geordneten, aktiven und bestmöglichen“ Portfolioabbaus als Abbauziele in Frage. Dies bestätigt auch eine systematische Interpretation in Zusammenschau mit der (jüngeren) Bestimmung des § 84 BaSAG, die Abbaugesellschaften (§ 162 Abs 1 BaSAG) und Abbaueinheiten iSd BaSAG<sup>176</sup> ebenfalls die Aufgabe des Portfolioabbaus überträgt und dabei statt auf undefinierte Abbauziele auf eine „[bestmögliche] Verwertung“ verweist.<sup>177</sup> Die „Abbauziele“ präzisieren also, wie die Aufgabe des Portfolioabbaus zu bewerkstelligen ist.

Eine Priorisierung innerhalb der Abbauziele oder eine Gewichtung der Abbauziele gegenüber der Vorgabe, den Portfolioabbau „so rasch wie möglich“ (§ 3 Abs 1 letzter Satz GSA) zu bewerkstelligen, ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Materialien regen an, dass eine diesbezügliche Abwägung im Abbauplan iSd § 5 GSA erfolgen soll<sup>178</sup>, dies ist vom Wortlaut des GSA allerdings nicht gedeckt. Eine teleologische Auslegung muss zum Ergebnis kommen, dass der Geschwindigkeit des Portfolioabbaus jedenfalls nicht oberste Priorität einzuräumen ist,

---

<sup>175</sup> S 1.2.3(d)(ii) unten.

<sup>176</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>177</sup> S dazu auch 1.2.3(d)(iii) unten.

<sup>178</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).

sondern eine (wirtschaftlich) „bestmögliche“ Verwertung Vorrang hat, sodass sich kein Zwang zu einer überstürzten Verwertung oder voreiligen Abbauhandlungen ergeben kann, insb wenn diese für die Abbaueinheit iSd GSA, ihre Gläubiger und den öffentlichen Haushalt<sup>179</sup> nachteilig wäre. Eine abweichende Auslegung würde dem Gesamtzweck des GSA bzw der Abbaueinheit iSd GSA, nämlich der kostenschonenden Abwicklung der „Bad Bank“ HETA, entgegenlaufen, weil uU eine gesetzliche Notwendigkeit bestünde, Vermögenswerte zu offenbar ungünstigen Konditionen zu veräußern, nur um schnellstmöglich vorzugehen.

#### (iv) Tätigkeitsfeld der Abbaueinheit

Gem § 3 Abs 3 Satz 1 GSA darf die Abbaueinheit iSd GSA nur solche Geschäfte betreiben, die der Erfüllung ihrer Aufgabe dienen. Weiters darf sie Vermögenswerte von in § 3 Abs 2 GSA genannten Rechtsträgern erwerben und diese dem Portfolioabbau zuführen, wobei derartige Erwerbe nur bis längstens 31. März 2016 erfolgen durften, wenn der Bund weder direkt noch indirekt am betreffenden Rechtsträger beteiligt war (§ 3 Abs 3 Satz 2 GSA).

Um das zulässige Tätigkeitsfeld der Abbaueinheit iSd GSA weiter zu definieren, ist zu prüfen, was mit „Aufgabe“ iSd § 3 Abs 3 Satz 1 GSA gemeint ist und welche Tätigkeiten dies umfassen kann.

Mit „Aufgabe“ ist laut den einschlägigen Materialien (ausschließlich) der Portfolioabbau iSd § 3 Abs 1 GSA gemeint<sup>180</sup>, wenngleich sich, wie bereits dargestellt<sup>181</sup>, der Aufgabenbereich der Abbaueinheit iSd GSA auf weitere Tätigkeiten erstreckt (Erbringung von Übergangsdienstleistungen gem § 3 Abs 2 GSA, Einwirken auf mehrheitlich gehaltene Rechtsträger gem § 3 Abs 1 Satz 3 GSA). Es erscheine daher sinnvoll, im gegebenen Kontext auf den Begriff „Aufgabenbereich“ zurückzugreifen, anstatt von „Aufgabe“ (Einzahl) zu sprechen. Zulässigerweise müssen nämlich gem § 3 Abs 3 Satz 1 GSA alle Geschäfte von der Abbaueinheit erbracht werden dürfen, die dem gesamten Aufgabenbereich der Abbaueinheit iSd GSA dienen, dh nicht bloß dem Portfolioabbau sondern auch den in § 3 Abs 1 2 GSA bezeichneten Aufgaben (zB die Einwirkung auf gehaltene Rechtsträger, die nicht *per se* vom Portfolioabbau umfasst sein muss). Eine abweichende (den Materialien folgende) Auslegung würde ansonsten dazu führen,

---

<sup>179</sup> Vgl Hübner/Leunert, ZIP 2015, 2259 (2260).

<sup>180</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).

<sup>181</sup> S 1.2.2(d)(ii) oben.

dass die Abbaueinheit iSd GSA alle ihre (weiteren) gesetzlichen Aufgaben abseits des Portfolioabbaus nicht zulässigerweise erfüllen dürfte – das kann nicht Ziel der betreffenden Regelungen sein.

Der (Einzahl-)Ausdruck „Aufgabe“, wie in § 3 GSA verwendet, ist insofern irreführend und die Abbaueinheit iSd GSA darf also vielmehr kraft § 3 Abs 3 GSA solche Geschäfte betreiben, die ihrem in § 3 Abs 1 bis 3 GSA abgesteckten Aufgabenbereich dienen.

Die in § 3 Abs 2 GSA beschriebenen Übergangsdienstleistungen können zB „Service Level Agreements“ betreffen, in deren Rahmen die Abbaueinheit iSd GSA Dienstleistungen zur Verfügung stellt. Die Möglichkeit der Erbringung von Übergangsdienstleistungen an relevante Rechtsträger soll den Verwertungsprozess von (ehemaligen) Tochtergesellschaften fördern, zB durch Vermeidung von Doppelgleisigkeiten. Nach Ansicht des Gesetzgebers entspricht es diesem Gedanken, dass derartige Tätigkeiten nicht länger als ein Jahr nach dem Zeitpunkt erbracht werden sollen, ab dem der Bund nicht am Empfänger der Dienstleistung beteiligt ist.<sup>182</sup> Vor diesem Hintergrund ist ersichtlich, dass die Erbringung von Übergangsdienstleistungen für sich genommen dem Portfolioabbau zugeordnet werden kann und insofern bereits im Rahmen des Portfolioabbaus (§ 3 Abs 1 GSA) zulässig wäre.

Zusätzlich darf die Abbaueinheit iSd GSA gem § 3 Abs 3 Satz 2 GSA von den in § 3 Abs 2 GSA genannten Rechtsträgern (dh denjenigen Rechtsträgern, an die sie Übergangsdienstleistungen erbringen darf<sup>183</sup>) Vermögensgegenstände erwerben und dem Portfolioabbau zuführen; dies war nur bis 31. März 2016 erlaubt, sofern der Bund weder direkt noch indirekt am betreffenden Rechtsträger beteiligt war (§ 3 Abs 3 Satz 2 GSA). Gem § 3 Abs 3 GSA darf die Abbaueinheit iSd GSA „von sonstigen Dritten“ Vermögenswerte nur im Rahmen von Restrukturierungen ihrer Vermögenswerte erwerben. Dies ist allerdings keine zusätzliche Befugnis, sondern lediglich Ausfluss der allgemeinen Einschränkung ihres Tätigkeitsbereichs auf ihren Aufgabenbereich, der insb den Portfolioabbau und damit die Möglichkeit zur Restrukturierung der vorhandenen Vermögenswerte beinhaltet.

---

<sup>182</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13 f).

<sup>183</sup> S 1.2.2(d)(ii) oben.

Der Erwerb neuer Vermögensgegenstände steht zwar *prima vista* in Widerspruch zum Aufgabenbereich der Abbaueinheit iSd GSA, allerdings lässt sich dieser scheinbare durch Veranschaulichung der Historie der Abbaueinheit iSd GSA<sup>184</sup> auflösen: Die Möglichkeit des Erwerbs von Vermögensgegenständen bezweckt, dass die Abbaueinheit iSd GSA Vermögensgegenstände, die zuvor als der (damaligen) HBInt herausgelöst wurden, aber nicht verkauft werden konnten, zurückzuerwerben und somit (nachträglich) dem Portfolioabbau zuzuführen.<sup>185</sup> Die gegenständliche Bestimmung trägt damit den Kriterien des eingangs erarbeiteten „Bad Banks“-Begriffs Rechnung, die eine Trennung von „guten“ und „schlechten“ Vermögenswerten einer (früheren) Bank beinhalten<sup>186</sup>, denn diejenigen Vermögenswerte, die von der Abbaueinheit iSd GSA (zurück-)erworben werden dürfen, haben sich offenbar als „schlecht“ erwiesen und sollen von den „guten“ getrennt und (doch noch) dem Portfolioabbau zugeführt werden. Die Befugnis zum Erwerb von Vermögensgegenständen wird die Aufgabe des Portfolioabbaus daher insofern ausgedehnt, als sich der Portfolioabbau nicht nur auf das bestehende Portfolio der Abbaueinheit iSd GSA, sondern auf das (ursprüngliche) Portfolio der HETA vor (Re-)Konstituierung als Abbaueinheit iSd GSA zu beziehen scheint. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Zielsetzung des GSA (Portfolioabbau der HBInt unter Schonung öffentlicher Mittel)<sup>187</sup> durchaus nachvollziehbar.

Die Aufgabe des Portfolioabbaus wird weiters durch einen Abbauplan gem § 5 GSA präzisiert (§§ 3 Abs 1 Satz 2, 5 Abs 1 und Abs 3 GSA). Aus wichtigem Grund und mit Zustimmung des Aufsichtsrats können dennoch dem Abbauplan entgegenstehende Handlungen vorzunehmen (§ 5 Abs 3 Satz 3 GSA). Weiters ergibt sich aus § 5 Abs 3 Satz 2 GSA, dass im Abbauplan enthaltene Maßnahmen gemäß § 1 Abs 2 FinStaG (dh Maßnahmen wie zB Darlehensgewährungen und Haftungszusagen der/des BMF für die Abbaueinheit iSd GSA, die zur Erreichung der Abbauziele erforderlich sind), nur nach Maßgabe von § 1 Abs 3 FinStaG bindend sind. § 1 Abs 3 FinStaG beinhaltet Kompetenzen für die/den BMF, Maßnahmen zu ergreifen, sofern diese nach EU-Beihilferecht zulässig sind. Diese Einschränkung gilt somit auch für im Abbauplan enthaltene

---

<sup>184</sup> S dazu insb 1.1.2(a) und 1.2.2(b) oben.

<sup>185</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (14).

<sup>186</sup> S dazu 1.1.1(c) oben.

<sup>187</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (2-3); *Hübner/Leunert*, ZIP 2015, 2259 (2260).



Maßnahmen. § 5 Abs 3 Satz 2 GSA beinhaltet also keine weitere Einschränkung des Tätigkeitsfeldes der Abbaueinheit iSd GSA, sondern stellt lediglich klar, dass Maßnahmen nach dem FinStaG, deren Verbindlichkeit durch das FinStaG eingeschränkt wird, nicht über den Umweg des Abbauplans Verbindlichkeit erlangen können.

#### (v) Unzulässige Handlungen

Aus der in § 3 Abs 3 GSA vorgesehenen Befugnis der Abbaueinheit iSd GSA, ausschließlich solche Geschäfte zu betreiben, die der Erfüllung ihres Aufgabenbereichs<sup>188</sup> dienen und im Abbauplan Deckung finden, ist im Umkehrschluss abzuleiten, dass jene Handlungen für die Abbaueinheit iSd GSA unzulässig sind, die diesem Aufgabenbereich nicht dienen und/oder außerhalb des Abbauplans liegen.

Unzweifelhaft unzulässig sind darüber hinaus auch solche Handlungen, deren Unzulässigkeit sich aus anderen für die Abbaueinheit iSd GSA anwendbaren<sup>189</sup> Rechtsnormen ergibt (zB strafrechtlich verpönte Handlungen, Insiderhandel, Marktmanipulation etc). Die Definierung des Aufgabenbereichs der Abbaueinheit iSd GSA stellt also nur eine Eingrenzung ihres zulässigen Tätigkeitsfeldes, nicht zugleich eine allfällige Erweiterung ihres zulässigen Handlungsspielraums (im Sinne einer Genehmigung ansonsten verbotener Handlungen etwa im Rahmen des Portfolioabbaus) dar. Erweiterte Befugnisse der Abbaueinheit iSd sind aber teilweise explizit im GSA vorgesehen (zB in Hinblick auf Bankgeschäfte, vgl § 3 Abs 4 GSA).

Das GSA benennt zudem bestimmte Tätigkeiten ausdrücklich, die für die Abbaueinheit iSd GSA jedenfalls unzulässig sind. Darunter fallen der Betrieb des Einlagengeschäfts gem § 1 Abs 1 Z 1 BWG (als Voraussetzung für die Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA, § 2 Abs 1 GSA), die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, sofern diese nicht auf Abbaugestellt wurden (§ 3 Abs 5 Satz 1 GSA), die Aufnahme von Geldern vom Publikum und die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten sowie der Handel für eigene Rechnung in Finanzinstrumenten, sofern nicht zur Steuerung von Zins-, Währungs-, Kredit- und

---

<sup>188</sup> S zur Definition und Abgrenzung in 1.2.2(d)(ii) und 1.2.2(d)(iv) unmittelbar oberhalb.

<sup>189</sup> S zur Anwendbarkeit bestimmter (regulatorischer) Gesetze und Verordnungen im Detail 2.3 unten.

Liquiditätsrisiken und sofern damit keine Marketmaking-Tätigkeiten und keine Einräumung von Zugängen zu Handelssystemen für Dritte verbunden sind (§ 3 Abs 6 GSA).

Diese gesetzlichen Verbote sind überwiegend klarstellender Natur, da diese Tätigkeiten nicht im Aufgabenbereich der Abbaueinheit iSd GSA liegen und daher bereits auf Grund des generellen Verbots von Tätigkeiten außerhalb des Aufgabenbereichs (§ 3 Abs 3 Satz 1 GSA) ebenso unzulässig sind, wie das zusätzlich in den Materialien erwähnte Begründen neuer oder Ausweiten bestehender Geschäftsfelder<sup>190</sup>.

Das GSA sieht keine ausdrücklichen Rechtsfolgen für den Fall vor, dass die Abbaueinheit iSd GSA außerhalb ihres zulässigen Tätigkeitsfeldes handelt.<sup>191</sup>

### 1.2.3 *Abbaugesellschaft iSd § 162 BaSAG*

#### (a) Allgemeines

Die für die Abbaugesellschaft iSd grundlegende Gesetzesbestimmung ist § 162 BaSAG. Das BaSAG wurde zwar insgesamt in Umsetzung der BRRD erlassen<sup>192</sup>, die unionsweite Vorgaben zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten festlegt, allerdings stellen die § 162 Abs 1 bis 5 BaSAG *Austriaca* dar<sup>193</sup>, die für einen von Vornherein abgrenzbaren Adressatenkreis von (ehemaligen) österreichischen Kreditinstituten in Betracht kamen. Dies liegt daran, dass gem § 162 Abs 2 Z 4 BaSAG nur solche Banken eine Abbaugesellschaft iSd BaSAG werden können (konnten), die bereits vor 31. Dezember 2014 (also bis zum dem Inkrafttreten des BaSAG per 1. Jänner 2015 unmittelbar vorausgehenden Tag, vgl § 167 Abs 1 BaSAG) nach Maßgabe eines von der Europäischen Kommission genehmigten Abwicklungs- oder Restrukturierungsplans geführt wurden. Beide in Betracht kommenden (vormaligen) Banken, nämlich die Immigon und die KA Finanz, haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).

<sup>191</sup> S dazu im Detail 2.2.1 unten.

<sup>192</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP; vgl *Weismann*, Jahrbuch Beihilferecht 2016, 395 (410) mwN.

<sup>193</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (29 f).

<sup>194</sup> S 1.1.2 oben.

Nach abgeschlossenem Portfolioabbau bzw. Auflösung der einzigen relevanten „Bad Banks“, Immigon und KA Finanz, wird daher den Regelungen zur Abbaugesellschaft kein weiterer Anwendungsbereich verbleiben. In diese Richtung dürfte auch die vom Gesetzgeber in den Materialien zu § 162 BaSAG gewählte Bezeichnung der „Übergangsbestimmung“ zu deuten sein.<sup>195</sup>

Abbaugesellschaften iSd § 162 Abs 1 BaSAG haben diverse Gemeinsamkeiten mit weiteren „Bad Banks“-Konzepten; so ist der Betrieb von Abbaugesellschaften insb in § 84 BaSAG geregelt, der grundsätzlich den Betrieb von Abbaueinheiten iSd BaSAG<sup>196</sup> regelt (vgl §§ 162 Abs 1 iVm 84 BaSAG). Abbaueinheiten iSd BaSAG wurden ihrerseits wiederum in Anlehnung an die Abbaueinheit iSd GSA konzipiert<sup>197</sup>, wodurch ein „roter Faden“ des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der „Bad Banks“ sichtbar wird. Zudem werden Abbaugesellschaften iSd § 162 Abs 1 BaSAG und Abbaueinheiten iSd GSA in § 162 Abs 6 BaSAG einheitlich den im vierten Teil des BaSAG enthaltenen Befugnissen und Instrumenten unterworfen, was zu Kontroversen betreffend die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung geführt hat.<sup>198</sup>

#### (b) Entstehung

Die Abbaugesellschaft entsteht (bzw die beiden Abbaugesellschaften entstanden) gem § 162 Abs 3 BaSAG mit Rechtskraft des Bescheids der FMA nach § 162 Abs 1 BaSAG.

Einen derartigen Bescheid kann<sup>199</sup> die FMA gem § 162 Abs 1 BaSAG erlassen, wenn ein Institut einen diesbezüglichen Antrag stellt und die Voraussetzungen des § 162 Abs 2 BaSAG erfüllt. „Institute“ iSd BaSAG – und damit potenzielle Normadressaten – sind CRR-Kreditinstitute und CRR-Wertpapierfirmen (§ 2 Z 23 BaSAG).<sup>200</sup> Die Entstehung der Abbaugesellschaft ist also,

---

<sup>195</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (29).

<sup>196</sup> S im Detail 1.2.4 unten.

<sup>197</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>198</sup> Vgl VfGH 4.10.2018, E 1567/2018 = *Wolfbauer*, ZFR 2019, 21; s im Detail 2.3.3(e)(iii) unten.

<sup>199</sup> S auch ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (29 f).

<sup>200</sup> S zum CRR-Kreditinstitut 1.2.2(c)(iii) oben, zur CRR-Wertpapierfirma 1.2.2(c)(v) oben; s zum Institutsbegriff des BaSAG insb 1.2.2(c)(ii) oben. Vom Institutsbegriff des BaSAG sind somit jedenfalls alle nach dem BWG konzessionierten Kreditinstitute umfasst.

anders als bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>201</sup>, an die Initiative (per Antragstellung) des betreffenden Instituts geknüpft, worin ein Unterscheidungskriterium zu den anderen „Bad Banks“ der österreichischen Rechtsordnung liegt (weder die Abbaueinheit iSd GSA, noch die Abbaueinheit iSd BaSAG „beantragen“ oder initiieren in vergleichbarem Ausmaß ihre Entstehung als „Bad Bank“ selbst)<sup>202</sup>, weshalb die Abbaugesellschaft als *fakultative* „Bad Bank“ bezeichnet werden kann.<sup>203</sup>

Voraussetzung für die Genehmigung der FMA ist, dass das Institut ausschließlich die Verwaltung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten mit dem Ziel, eine geordnete, aktive und bestmögliche Verwertung sicherzustellen, betreibt und dies dauerhaft beschlossen hat. Zudem darf das Institut nur mehr zum Abbau verbleibender Geschäfte am Markt oder gegenüber Dritten auftreten (§ 162 Abs 2 Z 1 BaSAG), gem eigener Beschlussfassung keine Einlagen oder anderen rückzahlbaren Gelder des Publikums entgegennehmen (§ 162 Abs 2 Z 2 BaSAG), muss Verfahren eingerichtet haben, um die laufende Information und Betreuung von Vertragspartner verbliebener Geschäftsbeziehungen angemessen sicherzustellen (§ 162 Abs 2 Z 3 BaSAG) und bereits vor 31. Dezember 2014 seine Geschäfte nach Maßgabe eines von der Europäischen Kommission genehmigten Abwicklungs- oder Restrukturierungsplans geführt haben (§ 162 Abs 2 Z 4 BaSAG), wobei die Voraussetzungen der Z 1 bis Z 3 *leg cit* vom Bankprüfer zu bestätigen sind.

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA endet mit Rechtskraft des Bescheides der FMA *ex lege* die Bankkonzession des (vormaligen) Instituts (§ 162 Abs 3 BaSAG)<sup>204</sup> und das betreffende Institut wird fortan als Abbaugesellschaft iSd § 162 Abs 1 BaSAG betrieben.

Ebenfalls parallel zur Abbaueinheit iSd GSA fällt auf, dass mit der Entstehung der Abbaugesellschaft *per se* keine Trennung der Vermögenswerte des betreffenden Rechtsträgers einhergeht. Dies ist insofern bemerkenswert, als eine derartige „Trennung“ ein Wesensmerkmal der zu Beginn erarbeiteten Definition von „Bad Banks“<sup>205</sup> ist. Ein Blick auf die Historie der beiden

---

<sup>201</sup> S 1.2.2(b) oben.

<sup>202</sup> S 1.2.2(b) oben zur Abbaueinheit iSd GSA bzw 1.2.4(b) unten zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>203</sup> S zur Kategorisierung der österreichischen „Bad Banks“ 1.4.2 unten.

<sup>204</sup> S im Detail 2.2.2(b) unten.

<sup>205</sup> S 1.1.3 oben.

Abbaugesellschaften zeigt aber, dass das Konzept der Abbaugesellschaft und diese Definition durchaus miteinander in Einklang gebracht werden können, weil bei beiden in Betracht kommenden Rechtsträgern, Immigon und KA Finanz, ihrer jeweiligen (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft solche Trennungs- bzw Restrukturierungsschritte bereits vorangingen.

(c) Charakteristika der Abbaugesellschaft

Aufgrund zahlreicher Parallelen zur Abbaueinheit iSd GSA werden nachfolgend lediglich solche Aspekte näher behandelt, die nicht bereits im Rahmen der obigen Analyse der Abbaueinheit iSd GSA<sup>206</sup> ausgeführt wurden. Bereits oberhalb bei der Abbaueinheit iSd GSA behandelte Aspekte, die bei der Abbaugesellschaft gleichermaßen gelten, werden unter Verweis auf die relevanten Kapitel zur Abbaueinheit iSd GSA zusammengefasst dargestellt.

Dass zwischen der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft Parallelen bestehen, ist gesetzgeberisch durchaus gewollt und wird bereits in den Materialien zum Ausdruck gebracht.<sup>207</sup>

Die nachfolgende Prüfung dient ua einem Vergleich zwischen den „Bad Banks“-Modellen, es wird daher jeweils von denselben Legaldefinitionen (Kreditinstitut, CRR-Kreditinstitut, Wertpapierfirma, etc.) ausgegangen wie zu Beginn bei der Abbaueinheit iSd GSA, wo die Legaldefinitionen jeweils abgebildet werden.<sup>208</sup>

(i) Rechtsform?

Die Situation stellt sich im Wesentlichen parallel zur Abbaueinheit iSd GSA dar.<sup>209</sup> Das BaSAG beinhaltet keine Vorschriften über die Rechtsform der Abbaugesellschaft; bei beiden Abbaugesellschaften, Immigon und KA Finanz, erfolgte keine Rechtsformänderung und diese werden (wurden<sup>210</sup>) weiterhin als Aktiengesellschaft betrieben.

Da für die Abbaugesellschaft gem § 162 Abs 6 BaSAG die im 4. Teil des BaSAG geregelten Befugnisse und Instrumente gelten, könnte die Abwicklungsbehörde eine Abbaugesellschaft in

---

<sup>206</sup> S 1.2.2(c) oben.

<sup>207</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16 und 29 f).

<sup>208</sup> S ab 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>209</sup> S 1.2.2(c)(i) oben.

<sup>210</sup> S 1.1.2(c) oben; die Immigon wurde bereits aufgelöst.

eine Aktiengesellschaft umwandeln (§ 69 Abs 1 BaSAG); diese Befugnis ist in Anbetracht der Faktenlage bloß theoretischer Natur.

(ii) Kreditinstitut?

(A) Ausgangspunkt

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>211</sup> endet die Bankkonzession der Abbaugesellschaft endet *ex lege* im Zeitpunkt ihrer Entstehung (§ 162 Abs 3 iVm Abs 1 BaSAG).<sup>212</sup> Gem §§ 162 Abs 1 iVm 84 Abs 2 BaSAG verfügt die Abbaugesellschaft über eine Berechtigung, trotz des Endes der Bankkonzession weiter das Bankgeschäft betreiben zu können, sofern dies der Erfüllung ihrer Aufgaben dient.

Insofern gilt auch bei der Abbaugesellschaft, dass eine Wortlautinterpretation der „Legalkonzession“ zum Betrieb von Bankgeschäften zunächst darauf hindeutet, die Abbaugesellschaft sei ein Kreditinstitut. Allerdings sprechen systematische Gesichtspunkte, insb dass das BaSAG für Kreditinstituten gilt und § 162 Abs 6 Satz 1 BaSAG den Anwendungsbereich bestimmter Teile des BaSAG auf Abbaugesellschaften ausdehnt, im Umkehrschluss dafür, dass die Abbaugesellschaft kein Kreditinstitut ist.

Anders als bei der Abbaueinheit iSd GSA kann zur Abbaugesellschaft festgehalten werden, dass auch die Materialien gegen eine Kreditinstitutseigenschaft der Abbaugesellschaft sprechen, da sie ihr eine Qualifikation als Institut iSd BaSAG absprechen.<sup>213</sup>

Wie bereits bei der Abbaueinheit iSd GSA erörtert, gilt auch für die Abbaugesellschaft, dass für sie maßgeblichen Regelungen eine Deregulierung bei gleichzeitiger Einschränkung ihres Tätigkeitsbereichs bezwecken. Dies ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 84 BaSAG für die Abbaugesellschaft (§ 162 Abs 1 BaSAG) und dem daraus resultierenden Entfall weitgehender Teile des BWG und des WAG 2018 und des Verbots von Tätigkeiten außerhalb ihrer gesetzlichen

---

<sup>211</sup> S 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>212</sup> S näher 2.2.2(b) unten.

<sup>213</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (30); s FN 104.

Aufgabe (§§ 84 Abs 1 bis 3, 162 Abs 1 BaSAG). Durch den Entfall regulatorischer Bestimmungen soll eine effizientere Aufgabenbewältigung erfolgen können.<sup>214</sup>

Daraus ist abzuleiten, dass die für ihren Aufgabenbereich bestehende Legalkonzession der Abbaugesellschaft lediglich der Umsetzbarkeit ihrer Aufgabe geschuldet ist (nämlich ihr Portfolio, zu dem notwendigerweise auch Positionen aus Bankgeschäften zählen, abzubauen), während dabei, soweit zweckmäßig, auf bankenspezifische regulatorische Vorgaben verzichtet wird. Umgekehrt soll die Legalkonzession gerade nicht zum regulären Betrieb von Bankgeschäften berechtigen. Eine teleologische Auslegung legt demnach nahe, dass die Abbaugesellschaft kein Kreditinstitut ist.

#### (B) Fazit: kein Kreditinstitut

Auf Grundlage der vorstehenden Überlegungen lässt sich erkennen, dass die Abbaugesellschaft kein Kreditinstitut ist.<sup>215</sup>

Zu einem anderen Ergebnis kann man lediglich bei (bloßer) Wortlautdefinition des § 1 Abs 1 BWG gelangen, deren Relevanz aber auf Grundlage der weiteren Auslegungsergebnisse in den Hintergrund rückt.

#### (iii) CRR-Kreditinstitut?

Wie auch der Abbaueinheit iSd GSA<sup>216</sup>, ist es der Abbaugesellschaft untersagt, Gelder vom Publikum aufzunehmen (§ 84 Abs 4 BaSAG). Die Regelung ist gleich formuliert wie die Korrespondenzbestimmung im GSA (vgl § 3 Abs 6 GSA), wodurch sich die Ausgangslage parallel zur Abbaueinheit iSd GSA gestaltet, zumal auch der Abbaugesellschaft eine Legalzession zur Erbringung von Bankgeschäften im gleichen Umfang wie der Abbaueinheit eingeräumt wird, nämlich im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgabe (§§ 3 Abs 4 GSA bzw 84 Abs 2 BaSAG). Die zur Abbaueinheit iSd GSA angestellten Auslegungsergebnisse treffen auch für die Abbaugesellschaft zu.

---

<sup>214</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>215</sup> zust ohne nähere Begründung auch *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-20.

<sup>216</sup> S 1.2.2(c)(iii) oben.

Insofern ist auch für die Abbaugesellschaft zu konstatieren, dass diese kein CRR-Kreditinstitut ist.

(iv) Wertpapierfirma?

(A) Ausgangspunkt

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>217</sup> ist auch für die Abbaugesellschaft kein ausdrückliches bzw *ex lege* eintretendes Ende einer (etwaigen) Konzession nach dem WAG 2007 oder dem WAG 2018 vorgesehen; auch Abbaugesellschaften ist aber gesetzlich untersagt, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zu erbringen (§ 84 Abs 4 BaSAG). Im Übrigen war auch Inkrafttreten des BaSAG (wie beim Inkrafttreten des GSA) noch das WAG 2007 in Kraft.<sup>218</sup>

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA kann demnach auch bei der Abbaugesellschaft argumentiert werden, dass eine allfällige Qualifikation als Wertpapierfirma, die vor (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft bestanden, unberührt bliebe. Da die Definition der Wertpapierfirma auf eine bestehende Konzession abstellt, könnte in diesen Fällen argumentiert werden, dass die betr Abbaugesellschaft nach wie vor eine Wertpapierfirma ist – allerdings nur wenn und solange eine derartige Konzession tatsächlich besteht.

Auch die Abbaugesellschaft hat allerdings etwaige Wertpapierdienstleistungen auf Abbau zu stellen (§ 84 Abs 3 BaSAG), und den Portfolioabbau rasch voranzutreiben (§ 84 Abs 1 BaSAG), was mit dem Geschäftsmodell einer regulären Wertpapierfirma in Widerspruch steht. Zudem ist es eine Voraussetzung der Entstehung der Abbaugesellschaft, dass sie bereits davor außer zum Abbau ihres Portfolios nicht mehr auf dem Markt oder gegenüber Dritten auftritt (§ 162 Abs 2 Z 1 BaSAG). Auch die Einrichtung der Abbaugesellschaft bezweckt zudem die Deregulierung einer bestehenden Bank bei gleichzeitiger Einschränkung ihrer Tätigkeit<sup>219</sup>, insb normiert § 84 Abs 3 die Unanwendbarkeit weitgehender Bereiche des WAG 2018 für die Abbaugesellschaft fest.

Wie im GSA sind Ausnahmetatbestände normiert, innerhalb derer die Abbaugesellschaft Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung tätigen darf und die mit den

---

<sup>217</sup> S 1.2.2(c)(iv) oben.

<sup>218</sup> Vgl §§ 117 f WAG 2018 und 167 BaSAG.

<sup>219</sup> S 1.2.3(c) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, an die die Abbaugesellschaft konzeptuell angelehnt ist, Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).



Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich der (damals geltenden) MiFID übereinstimmen, was aus teleologischer Sicht ebenfalls gegen eine Wertpapiereigenschaft spricht.

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Abbaugesellschaft keine Wertpapierfirma ist.

(v) CRR-Wertpapierfirma / MiFID-Wertpapierfirma / MiFID II-Wertpapierfirma?

(A) MiFID-Wertpapierfirma

Die rechtliche Ausgestaltung der Abbaugesellschaft ist im gegebenen Kontext ähnlich zur Abbaueinheit iSd GSA<sup>220</sup>: gem § 84 Abs 4 BaSAG beinhaltet eine zu § 3 Abs 6 GSA korrespondierende Bestimmung, wonach es der Abbaugesellschaft verboten ist, Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zu erbringen. Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung der Abbaueinheit zwecks Steuerung von Zins-, Währungs-, Kredit- und Liquiditätsrisiken im Rahmen der Abbautätigkeit sind zulässig, sofern damit keine Marketmaking-Tätigkeiten und keine Einräumung von Zugängen zu Handelssystemen für Dritte verbunden sind.

Wie auch bei der Abbaueinheit iSd GSA, wurden die einschlägigen Regelungen im Rahmen der Erlassung des WAG 2018 novelliert und verwiesen bis dahin auf die entsprechenden Vorgängerbestimmungen des WAG 2007.<sup>221</sup>

Die im BaSAG verwendeten Begriffe der „Wertpapierdienstleistungen“ und „Anlagetätigkeiten“ sind jeweils nach dem WAG 2007 bzw dessen Inkrafttreten nach dem WAG 2018 auszulegen; dies ist im Sinne der aufsichtsrechtlichen Rechtseinheit und dem systematischen Zusammenhang zwischen WAG 2007 bzw WAG 2018 und BaSAG eindeutig. Dh das Verbot des § 84 Abs 4 BaSAG bezieht sich auf Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten iSd MiFID, der dazugehörige Ausnahmetatbestand entspricht wiederum dem Ausnahmetatbestand des Art 2 Abs 1 Buchstabe d MiFID.

Die Abbaugesellschaft ist daher, aus denselben Gesichtspunkten, die bei der Abbaueinheit iSd GSA besprochen wurden, keine Wertpapierfirma iSd MiFID.

---

<sup>220</sup> S 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>221</sup> Vgl ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 58, worin ebenfalls von „redaktionellen“ Änderungen die Rede ist.

(B) MiFID II-Wertpapierfirma

Wie auch bei der Abbaueinheit iSd GSA sind die für die Abbaugesellschaft geltenden Verbote zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten und die diesbezüglichen Ausnahmebestimmungen (§ 84 Abs 2 BaSAG) im Zuge der Implementierung von MiFID II nicht überarbeitet und an MiFID II angepasst worden. § 84 Abs 2 BaSAG greift (wie § 3 Abs 6 GSA) daher nicht weit genug, um der Abbaugesellschaft jedwede Tätigkeit zu verbieten, durch die sie in die Definition der Wertpapierfirma iSd MiFID II fallen würde.

Auf dieser Grundlage bieten sich die bereits bei der Abbaueinheit iSd GSA ausführlich dargestellten Auslegungsvarianten an. Auch für die Abbaugesellschaft kann festgehalten werden, dass durch die Bestimmungen der §§ 84 und 162 BaSAG grundsätzlich die Anwendbarkeit des wertpapierrechtlichen Aufsichtsrahmens auf die Abbaugesellschaft vermieden werden soll und die Abbaugesellschaft grundsätzlich keine MiFID II-Wertpapierfirma ist. Dieses Ergebnis ist aber nicht eindeutig, da § 84 BaSAG im Zuge der MiFID II-Umsetzung unzureichend novelliert wurde und der Abbaugesellschaft deshalb Spielraum bietet, sich im Tätigkeitsbereich einer MiFID II-Wertpapiergesellschaft zulässigerweise zu bewegen, wodurch sie anlassbezogen zulässigerweise als Wertpapierfirma iSd MiFID II zu qualifizieren wäre.

(C) CRR-Wertpapierfirma?

Wie bereits bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>222</sup> lassen sich die Konzeptionierung als Wertpapierfirma iSd MiFID und MiFID II verneinen, woraus abgeleitet werden kann, dass die Abbaugesellschaft keine Wertpapierfirma iSd CRR ist.

(vi) Finanzinstitut?

Wie auch bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>223</sup> ist zunächst auf das Negativkriterium hinzuweisen, dass Finanzinstitut nur sein kann, wer kein Kreditinstitut ist (§ 1 Abs 2 BWG). Im Einklang mit den bisherigen Ergebnissen, kann dieses Negativkriterium als erfüllt betrachtet werden.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> S 1.2.2(c)(iv)(B) oben.

<sup>223</sup> S 1.2.2(c)(vi) oben.

<sup>224</sup> S 1.2.3(c)(ii) oben.

Die im Katalog des § 1 Abs 2 BWG genannten Geschäfte sind der Abbaugesellschaft nicht ausdrücklich untersagt; das BaSAG beinhaltet wie das GSA sogar eine explizite Genehmigung zum Betrieb von Leasinggeschäften zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe (§ 84 Abs 2 BaSAG). Anders als im GSA wird aber die Bedeutung des Leasinggeschäfts für die Abbaugesellschaft an keiner Stelle auf vergleichbare Weise hervorgehoben. Dies mag an der geringeren praktischen Relevanz des Leasinggeschäfts für die individuellen, in Frage kommenden Rechtsträger (Immigon, KA Finanz) im Gegensatz zur Abbaueinheit iSd GSA (HETA) liegen, könnte aber auch daran festzumachen sein, dass die Regelungen des BaSAG betreffend Abbaugesellschaften weniger von bloß einem konkreten<sup>225</sup>, sondern von zumindest zwei möglichen<sup>226</sup> Anwendungsfällen aus- und daher weniger auf die Einzelfallcharakteristika eingingen.

Im GSA ist darüber hinaus noch an weiterer Stelle – in Zusammenhang mit dem Verlust der Bankkonzession bei Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA – klargestellt, dass die Berechtigung zum Betrieb von Leasingtätigkeiten unberührt bleibt. Eine korrespondierende Regelung findet sich im BaSAG nicht.

Dennoch lässt sich aus § 84 Abs 2 BaSAG klar ableiten, dass die Abbaugesellschaft zulässigerweise ein Finanzinstitut sein kann. Aufgrund der augenscheinlich geringeren Relevanz des Leasinggeschäfts für Abbaugesellschaften (verglichen mit der Abbaueinheit iSd GSA) scheint es *prima vista* praktisch weniger realistisch, dass eine Abbaugesellschaft faktisch ein Finanzinstitut ist, da definitionsgemäß (zumindest) eines der betreffenden Geschäfte als „Haupttätigkeit“ betrieben werden muss (§ 1 Abs 2 BWG).

#### (vii) CRR-Finanzinstitut?

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>227</sup> kann das Negativkriterium, kein (CRR-)Institut<sup>228</sup> zu sein, auf Grundlage der bisherigen Ergebnisse verneint werden. Die Qualifizierung als CRR-Finanzinstitut folglich davon ab, ob die Abbaugesellschaft zulässigerweise eine der in der

---

<sup>225</sup> S 1.2.2(a) oben.

<sup>226</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>227</sup> S 1.2.2(c)(vii) oben.

<sup>228</sup> S dazu gesondert in 1.2.3(c)(viii) unten.

Definition des Art 4 Abs 1 Nr 26 CRR genannten Tätigkeiten als Haupttätigkeit betreibt. Dabei erscheinen (wie bereits bei der Abbaueinheit iSd GSA) vor dem Hintergrund der im BaSAG enthaltenen Genehmigungen zum Betrieb von Leasinggeschäften für Zwecke des Portfolioabbaus (§ 84 Abs 2 BaSAG) und zum Handel in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung zur Risikosteuerung (§ 84 Abs 4 Satz 2 BaSAG), vorrangig die Tätigkeiten des Finanzierungsleasings (Anhang I Nr 3 der CRD IV) und des Handels für eigene Rechnung (Anhang I Nr 4 der CRD IV) relevant.

Wenngleich im BaSAG, anders als im GSA (vgl § 2 Abs 4 GSA), nicht ausdrücklich auf den Leasingbegriff des BWG verwiesen wird, kann aus systematischer Sicht dennoch davon ausgegangen werden, dass sich auch der Leasingbegriff des § 84 Abs 2 BaSAG auf jenen des BWG bezieht. Dies ergibt sich bereits auf Grundlage des Regelungszusammenhangs mit dem BWG. Auch die zur Abbaueinheit iSd GSA erarbeitete Argumentationslinie betreffend Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung gem § 84 Abs 4 Satz 2 BaSAG und Handel für eigene Rechnung gem Anhang I Nr 7 CRD IV kann aufgrund der wortgleich ausgestalteten Formulierung des § 84 Abs 4 Satz 2 BaSAG und des § 3 Abs 6 Satz 2 GSA beibehalten werden, zumal bei Erlass beider Regelungen noch die MiFID in Kraft war.

Dadurch gelangt man zum Ergebnis, dass die Abbaugesellschaft ebenfalls zulässigerweise ein CRR-Finanzinstitut sein kann bzw ist, wenn eine relevante Tätigkeit als Haupttätigkeit betrieben wird.

#### (viii) CRR-Institut?

Aufgrund der zuvor erarbeiteten Ergebnisse, die ergeben haben, dass die Abbaugesellschaft weder CRR-Kreditinstitut<sup>229</sup> noch CRR-Wertpapierfirma<sup>230</sup> ist, kann ebenso verneint werden, dass die Abbaugesellschaft ein CRR-Institut ist.

---

<sup>229</sup> S 1.2.3(c)(iii) oben.

<sup>230</sup> S 1.2.3(c)(v) oben.

(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaugesellschaft

(i) Ausgangspunkt

Auch der Abbaugesellschaft sind, wie der Abbaueinheit iSd GSA<sup>231</sup>, per Gesetz bestimmte Aufgaben zugeordnet und bestimmte Tätigkeiten zur Erfüllung dieser Aufgabe für zulässig erklärt. Gleichzeitig werden – zum Teil durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung und zum Teil durch das rechtliche Wesen der Abbaugesellschaft bedingt – mit der (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaften bestimmte Tätigkeiten gesetzlich unzulässig, die möglicherweise bis dahin zulässigerweise erbracht werden durften (zB Bankgeschäfte, die nicht dem Portfolioabbau dienen und deshalb nicht von der „Legalkonzession“ des § 84 Abs 2 BaSAG erfasst sind). Wiederum ergeben sich bei der diesbezüglichen Analyse einige Parallelen zur Abbaueinheit iSd GSA.<sup>232</sup>

(ii) Aufgabenbereich

Wie der Abbaueinheit iSd GSA<sup>233</sup> obliegt auch der Abbaugesellschaft die gesetzliche Aufgabe, auf sie übertragene Vermögenswerte mit dem Ziel zu verwalten, eine geordnete, aktive und bestmögliche Verwertung sicherzustellen (sog „Portfolioabbau“, § 84 Abs 1 BaSAG).

Dazu zählt wiederum die Erbringung von Übergangsdienstleistungen an solche Dritte, die am letzten Bilanzstichtag vor „Antragstellung“ in den Konzernabschluss des Instituts einbezogen waren oder nach diesem Zeitpunkt bis zur Rechtskraft des Bescheids nach § 162 Abs 1 als Konzerngesellschaften gegründet wurden (§ 162 Abs 5 BaSAG). Mit „Antragstellung“ dürfte die Antragstellung nach § 162 Abs 1 BaSAG<sup>234</sup> gemeint sein, wodurch der betreffende Rechtsträger den Fortbetrieb (seine „(Re-)Konstituierung“) als Abbaugesellschaft beantragt. In der genannten Regelung manifestiert sich zugleich ein Wesensunterschied zwischen der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft. Die Korrespondenzbestimmung des § 3 Abs 2 Satz 1 GSA nimmt nämlich anstelle des (flexiblen) Antragstellungszeitpunkts auf ein bestimmtes Datum (31. Dezember 2013) Bezug. Diese Unterscheidung kann nur darauf beruhen, dass, einerseits, die Entstehung der Abbaugesellschaft ein fakultatives Element (Antragstellung) beinhaltet, während

---

<sup>231</sup> S 1.2.2(d) oben.

<sup>232</sup> S 1.2.2(d) oben.

<sup>233</sup> S 1.2.2(d)(ii) oben.

<sup>234</sup> S 1.2.3(b) oben.

dies bei der Abbaueinheit iSd GSA nicht der Fall ist, und dass, andererseits, bei der Abbaugesellschaft mehr als bloß ein möglicher Anwendungsfall besteht<sup>235</sup>, während es lediglich eine Abbaueinheit iSd GSA geben kann. Aufgrund dieser Merkmale konnte für die Abbaueinheit iSd GSA ein fixes Datum vorgesehen werden, während für Abbaugesellschaften ein flexibles Datum gewählt werden musste, um zulässige Empfänger von Übergangsdienstleistungen iSd § 84 Abs 1 BaSAG abzugrenzen.

Wie auch die Abbaueinheit iSd GSA soll die Abbaugesellschaft auf die Einhaltung des für sie maßgeblichen Rechtsrahmens (konkret: des § 84 BaSAG) durch Rechtsträger, an denen sie mehrheitlich beteiligt ist, hinwirken (§§ 84 Abs 1 letzter Satz, 162 Abs 1 Satz 3 BaSAG).

Ist der Portfolioabbau bewerkstelligt, soll die Abbaugesellschaft – wie die Abbaueinheit iSd GSA – einen Auflösungsbeschluss fassen (§ 84 Abs 11 Satz 1 BaSAG). Im Unterschied zur Abbaueinheit iSd GSA ist für die Abbaugesellschaft gesetzlich spezifiziert, wann dieser Fall eintritt, nämlich wenn (kumulativ) alle Bankgeschäfte und Wertpapierdienstleistungen abgewickelt sind und die liquiden Mittel der Abbaugesellschaft ausreichen, um die bestehenden und erwarteten zukünftigen Verbindlichkeiten zu befriedigen (§ 84 Abs 10 BaSAG). Zudem ist die Bewerkstelligung des Portfolioabbaus unverzüglich der Abwicklungsbehörde (FMA<sup>236</sup>) anzuzeigen, wobei eine Bestätigung des Wirtschaftsprüfers beizulegen ist (§ 84 Abs 11 Satz 2 BaSAG).

### (iii) Bewerkstelligung der Aufgaben

Wie auch bei der Abbaueinheit iSd GSA soll der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans (iSd § 84 Abs 6 BaSAG) erfolgen (§§ 162 Abs 3 Satz 1 und 84 Abs 1 Satz 3 BaSAG) und ist, im Rahmen einer bestmöglichen Verwertung so rasch wie möglich zu bewerkstelligen (§ 84 Abs 1 Satz 3 BaSAG). Anders als im GSA (wo erst durch Auslegung der relevanten Normen ein entsprechendes Ergebnis ermittelt wurde) geht also bereits aus dem Wortlaut der Bestimmungen des BaSAG klar hervor, dass das Ziel der raschen Abwicklung nicht den wirtschaftlichen Aspekten der Abwicklung vorgeht.

---

<sup>235</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>236</sup> Vgl § 3 Abs 1 BaSAG.

Anders als bei der Abbaueinheit iSd GSA (§ 3 Abs 1 GSA) werden im BaSAG zur Aufgabe des Portfolioabbaus keine spezifischen Abbauziele genannt. Stattdessen wird auf die „bestmögliche Verwertung“ verwiesen (§ 84 Abs 1 BaSAG), was in der Praxis dasselbe bedeuten dürfte (mE wird hierdurch das oben dargestellte Verständnis der „Abbauziele“ der Abbaueinheit iSd GSA<sup>237</sup> bestätigt). Bei der Abbaugesellschaft wird der unbestimmte Begriff der „Abbauziele“ (nur) hinsichtlich des Abbauplans genannt (§ 84 Abs 6 Z 4 BaSAG). Auch hier wird „Abbauzielen“ wohl die geordnete, aktive und bestmögliche Verwertung (vgl § 84 Abs 1 Satz 1 BaSAG) gemeint sein.

#### (iv) Tätigkeitsfeld der Abbaugesellschaft

Bei Prüfung des zulässigen Tätigkeitsfelds der Abbaugesellschaft fällt auf, dass sich dieses wie bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>238</sup> aus dem Gesetz ableiten lässt, aber darüber hinaus bereits vor der (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft durch Beschlussfassungen eingeschränkt sein muss (§ 162 Abs 2 BaSAG). Es liegt also nahe, das gesetzlich definierte vom beschlussmäßig definierten Tätigkeitsfeld zu unterscheiden. Dies erscheint vor allem deshalb sinnvoll, weil Überschreitungen des zulässigen Tätigkeitsfelds insofern unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen können.<sup>239</sup>

#### (A) Gesetzlich zulässiges Tätigkeitsfeld

Wie die Abbaueinheit iSd GSA darf auch die Abbaugesellschaft nur solche Geschäfte betreiben, die der Erfüllung ihrer Aufgabe dienen (§ 84 Abs 1 Satz 2 BaSAG).

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA<sup>240</sup> ist der Begriff der „Aufgabe“ vom Portfolioabbau iSd § 84 Abs 1 Satz 1 BaSAG auf das Erbringen von Übergangsdienstleistungen an bestimmte Dritte iSd § 162 Abs 5 BaSAG und das das Einwirken auf mehrheitlich gehaltene Rechtsträger iSd § 162

---

<sup>237</sup> S 1.2.2(d)(iii) oben.

<sup>238</sup> S 1.2.2(d)(iv) oben.

<sup>239</sup> S im Detail 2.2.1 unten.

<sup>240</sup> S 1.2.2(d)(iv) oben.

Abs 1 Satz 2 BaSAG auszudehnen.<sup>241</sup> Insofern bietet sich auch bei der Abbaugesellschaft an, von „Aufgabenbereich“ statt lediglich von (einer) „Aufgabe“ zu sprechen.

Im Unterschied zum GSA enthält das BaSAG keine zu § 3 Abs 3 Satz 2 GSA korrespondierende Bestimmung, wonach es der Abbaugesellschaft (ausdrücklich) erlaubt wäre, von bestimmten Rechtsträgern Vermögensgegenstände zu erwerben und dem Portfolioabbau zuzuführen. Diese Diskrepanz ist insofern bemerkenswert, als der oben herausgearbeitete Zweck dieser Befugnis (nämlich, zuvor aus der früheren HBInt herausgelöste Vermögensgegenstände, zu einem späteren Zeitpunkt der „Bad Bank“ zuzuordnen und so dem Portfolioabbau zuzuführen) auch für Abbaugesellschaften von Bedeutung scheint: beide in Frage kommenden Rechtsträger (Immigon und KA Finanz) haben nämlich bereits vor ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft (und sogar vor Kundmachung des BaSAG am 29. Dezember 2014 und dem diesbezüglichen Nationalratsbeschluss am 11. Dezember 2014)<sup>242</sup> Umstrukturierungsschritte unternommen, bei denen die Vermögenswerte der ursprünglich in Notlage geratenen Bank separiert wurden.<sup>243</sup> Insofern wäre eine § 3 Abs 3 Satz 2 GSA entsprechende Befugnis auch bei der Abbaugesellschaft nachvollziehbar gewesen, um einerseits einen möglichst vollständigen Portfolioabbau der „schlechten“ (einschließlich sich erst später als „schlecht“ erweisenden) Vermögenswerte und andererseits eine möglichst erfolgreiche Sanierung der separaten Gesellschaften mit den „guten“ Vermögenswerten zu ermöglichen.

Es erscheint daher überlegenswert, das Vorliegen einer planwidrigen Lücke in § 84 BaSAG (und eine Anwendung von § 3 Abs 3 Satz 2 GSA *per analogiam* auf Abbaugesellschaften)<sup>244</sup> zu prüfen.

Eine systematische Interpretation der §§ 84 und 162 BaSAG in Zusammenschau mit dem GSA zeigt, dass das GSA bei der Ausgestaltung der für Abbaugesellschaften maßgeblichen Bestimmungen weitgehend kopiert wurde. Dies indiziert, dass nicht übernommene Bestimmungen des GSA bewusst (und nicht planwidrig) weggelassen wurden. Auch lässt sich der § 3 Abs 3 Satz

---

<sup>241</sup> Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP 16 bzw 30, worin, abweichend von den korrespondierenden Materialien zum GSA, keine andere Auslegungsvariante impliziert wird.

<sup>242</sup> Vgl BGBl I Nr 98/2014.

<sup>243</sup> S bei 1.1.2(b) (KA Finanz) und 1.1.2(c) (Immigon) oben.

<sup>244</sup> S näher zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses und zum Vorliegen planwidriger Lücken etwa *Schauer* in *Kletečka/Schauer* § 7 Rz 6.



2 GSA in dieser Analyse beigemessene Zweck nicht eindeutig nachweisen, weshalb nicht auszuschließen ist, dass er tatsächlich nur eingeschränkt und/oder nur in Bezug auf die Abbaueinheit iSd GSA zutrifft bzw andere, individuelle Gesichtspunkte zu einer bewusst unterschiedlichen Regelung führten (denkbar wäre etwa, dass eine zu § 3 Abs 3 Satz 2 GSA korrespondierende Bestimmung nicht im BaSAG aufgenommen wurde, weil bei Immigon und KA Finanz wesentliche Umstrukturierungsschritte erst *nach* Erlass des BaSAG erfolgten und deshalb unberücksichtigt blieben, bspw die Spaltung der ÖVAG 2015<sup>245</sup> oder die Spaltung der Kommunalkredit Austria AG 2015<sup>246</sup>).

Bei diesen Erwägungen sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass die HBInt bereits deutlich *vor* Inkrafttreten des GSA im Jahr verstaatlicht wurde und im Anschluss daran (also unter der Kontrolle der Republik Österreich als Eigentümerin) bestimmte Vermögenswerte aus der HBInt herausgelöst wurden.<sup>247</sup> Folglich ist denkbar, dass der Gesetzgeber in Hinblick auf die gegenständliche Befugnis zum Rückerwerb „herausgelöster“ Vermögenswerte bewusst zwischen den Abbaugesellschaften und der Abbaueinheit iSd GSA differenzierte, weil es sich bei den aus der HBInt (also der Abbaueinheit iSd GSA) herausgelösten Vermögenswerten um solche Vermögenswerte handelt, die (zumindest vormals) im Staatseigentum standen. Dies ist bei den Abbaugesellschaften, wie sich gezeigt hat, nicht notwendigerweise der Fall: ein Rückerwerb von („schlechten“) Vermögenswerten die bislang nicht den jeweiligen „Bad Banks“ zugeordnet waren, würde sohin vorrangig in Privateigentum stehenden Rechtsträgern (zB der Kommunalkredit Austria AG) entgegenkommen. Ob dies dem Zweck des BaSAG entspricht, kann bezweifelt werden, weil derartige Erwerbsvorgänge höchstwahrscheinlich wirtschaftlich nachteilig für die „Bad Bank“ sind. Daher lassen sie sich teleologisch betrachtet wohl nur vor dem eben erwähnten historischen Hintergrund der HBInt rechtfertigen, der für die Abbaugesellschaften (KA Finanz, Immigon) gerade nicht zutrifft. Auch aus beihilferechtlicher Sicht kann ein entsprechender Erwerb nachteiliger Vermögenswerte von privaten Unternehmen zum Abbau durch eine im öffentlichen Eigentum stehende „Bad Bank“ problematisch sein.

---

<sup>245</sup> S 1.1.2(c) oben.

<sup>246</sup> S 1.1.2(b) oben.

<sup>247</sup> S 1.1.2(a) oben.

Resümierend kann daher eine analoge Anwendung von § 3 Abs 3 Satz 2 GSA auf Abbaugesellschaften ausgeschlossen und festgehalten werden, dass die Abbaugesellschaft über keine dementsprechende Befugnis zum Rückerwerb zuvor aus ihr herausgelöster Vermögenswerte verfügt. Entsprechende Erwerbsgeschäfte sind somit nicht zulässig sind (sofern nicht vom allgemeinen Aufgabenbereich abgedeckt).

Wie bei der Abbaueinheit iSd GSA hat auch bei der Abbaugesellschaft der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen (§§ 162 Abs bzw 84 Abs 6 BaSAG), wodurch die Aufgabe des Portfolioabbaus durch ebendiesen Abbauplan weiter präzisiert wird. Das BaSAG enthält, anders als das GSA (§ 5 Abs 3 GSA), keine Regelung, wonach unter bestimmten Umständen vom Abbauplan abgewichen werden darf. Wiederum spricht eine systematische und historische Betrachtung dafür, dass eine derartige Bestimmung bewusst nicht ins BaSAG aufgenommen wurde, da das GSA für Zwecke der hier relevanten Bestimmungen des BaSAG über weite Teile praktisch wortgleich übernommen wurde und daher etwaige Abweichungen bewusst und nicht planwidrig erfolgt sein durften. Ferner lässt sich die unterschiedliche Regelung wiederum durch die individuellen Charakteristika der Abbaueinheit iSd GSA (HETA) erklären: Gemäß § 5 Abs 3 Satz 2 GSA ist bei der Abbaueinheit iSd GSA ein Abweichen vom Abbauplan (unter anderem) nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats möglich. Da die Republik Österreich Alleinaktionärin der HETA ist<sup>248</sup> und der Aufsichtsrat gem § 87 Abs 1 AktG von der Hauptversammlung (also den Aktionären) gewählt wird, ist ein Abweichen vom Abbauplan also jedenfalls staatlicher Kontrolle unterworfen. Von einer derartigen Eigentümerstruktur konnte der Gesetzgeber hinsichtlich den Abbaugesellschaften nicht ausgehen (etwa ist die Republik Österreich nur mit 43,30% an der Immigon beteiligt<sup>249</sup>). Da bei Abbaugesellschaften demnach kein gleichwertiges Maß staatlicher Kontrolle greifen würde, ist es nachvollziehbar, dass ein zu § 5 Abs 3 Satz 2 GSA korrespondierender Ausnahmetatbestand zur Abweichung vom Abbauplan bei der Abbaugesellschaft fehlt und das Vorliegen einer planwidrigen Lücke ist zu verneinen.

Ein Abweichen vom Abbauplan ist daher für die Abbaugesellschaft grundsätzlich unzulässig. Im Bedarfsfall wäre der Abbauplan abzuändern, wofür mangels eigener Regelungen die

---

<sup>248</sup> S 1.1.2(a) oben.

<sup>249</sup> Vgl <http://www.immigon.com/ueber-uns/immigon-portfolioabbau-ag> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

(Genehmigungs-)Erfordernisse betreffend dessen Erstellung heranzuziehen sein werden (§§ 162 Abs 4, 84 Abs 6 BaSAG).

#### (B) Beschlussmäßig zulässiges Tätigkeitsfeld

Die (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft setzt voraus, dass das betreffende Institut eine bestimmte Beschlusslage hergestellt hat. Es muss „dauerhaft beschlossen“ worden sein, ausschließlich die Verwaltung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten mit dem Ziel, eine geordnete, aktive und bestmögliche Verwertung sicherzustellen, zu betreiben (§ 162 Abs 2 BaSAG). Nach dem entsprechenden, „auf Dauer angelegten Beschluss“, dürfen gem § 162 Abs 2 Z 2 BaSAG weiters keine Einlagen oder anderen rückzahlbaren Gelder des Publikums entgegengenommen werden.

#### (I) Herstellung der entsprechenden Beschlusslage

Das BaSAG lässt die Frage offen, wie die erforderliche Beschlusslage hergestellt werden soll, insb von welchem Organ die relevanten Beschlüsse zu fassen sind. Aufgrund des von Vornherein auf zwei Institute (KA Finanz, Immigon)<sup>250</sup> eingeschränkten Adressatenkreises des § 162 BaSAG ist dieses Problem aus praktischer Sicht die Kompetenzverteilung innerhalb von Aktiengesellschaften zu reduzieren. Außerdem steht fest, dass beide Rechtsträger bis zu ihrer (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft über eine Bankkonzession nach dem BWG verfügten (vgl § 162 Abs 3 BaSAG)<sup>251</sup>.

#### (II) Vorstand

Die Formulierung des § 162 Abs 2 BaSAG legt nahe, dass die Beschlusslage vom Vorstand herzustellen ist, indem von Beschlüssen gesprochen wird, die vom Institut selbst gefasst werden (*arg* „für ein Institut, das [...] beschlossen hat“). Als Aktiengesellschaften werden die Institute vom Vorstand vertreten (§ 71 Abs 1 AktG).

#### (III) Aufsichtsrat

Für einen derartigen Vorstandsbeschluss kann die Genehmigung des Aufsichtsrats gem § 95 Abs 5 Z 8 AktG („Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik“) erforderlich sein. Dies

---

<sup>250</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>251</sup> S 1.2.3(b) oben.

hängt aber letztlich von den Einzelfallumständen, insb der bereits im Vorfeld bestehenden Beschlusslage und Geschäftspolitik, abhängig: zu berücksichtigen ist vor diesem Hintergrund insb § 162 Abs 2 Z 4 BaSAG, der potenzielle Abbaugesellschaften auf solche Institute beschränkt, die ihre Geschäfte bereits vor 31. Dezember 2014 (also vor Inkrafttreten der Bestimmung)<sup>252</sup> nach Maßgabe eines von der Europäischen Kommission Abwicklungs- oder Restrukturierungsplans führen. Auf dieser Basis scheint plausibel, dass die nach § 162 Abs 2 BaSAG herzustellende Beschlusslage – insb in Hinblick auf die Geschäftspolitik (ausschließlicher Betrieb des Portfolioabbaus) – bereits (weitgehend) Deckung in der bestehenden Beschlusslage und Geschäftsführung findet, sodass möglicherweise nur beschränkte Änderungen in der Beschlusslage notwendig sind. In solchen Fällen kann ein Genehmigungserfordernis durch den Aufsichtsrat nach § 95 Abs 5 Z 8 AktG entfallen. Dies würde etwa zutreffen, wenn die im BaSAG geforderten Ziele des Instituts (bestmöglicher Portfolioabbau), die Strategiefindung (entsprechend den Inhalten eines Abbauplans) und der gesetzlich determinierte Tätigkeitsbereich<sup>253</sup> bereits vom Institut verfolgt bzw umgesetzt werden.<sup>254</sup>

#### (IV) Hauptversammlung („Holzmüller-Doktrin“)

Das Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses kann sich einerseits aus § 103 Abs 2 AktG ergeben, wenn der Vorstand oder der Aufsichtsrat des betreffenden Instituts die Hauptversammlung um eine entsprechende Entscheidung anruft, was in dessen pflichtgemäßen Ermessen liegt<sup>255</sup> (ein allfälliges Verlangen einer zuständigen Aufsichtsbehörde, zB der FMA, würde diesen Ermessensspielraum wohl stark eingrenzen)<sup>256</sup>. Da die Genehmigung des Betriebs als Abbaugesellschaft eine Ermessensentscheidung der FMA darstellt (§ 162 Abs 1 BaSAG), ist durchaus realistisch, dass derartige formale Voraussetzungen von der FMA ins Treffen geführt werden.

---

<sup>252</sup> Vgl § 167 Abs 1 BaSAG.

<sup>253</sup> S im Detail 1.2.3(d)(iv)(A) unmittelbar oberhalb.

<sup>254</sup> S im Detail zum gegenständlichen Genehmigungserfordernis *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 95 Rz 114 mwN.

<sup>255</sup> *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 16.

<sup>256</sup> Vgl *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 16.

In der österreichischen Rsp bislang offen und in der Lit kontrovers diskutiert ist zudem die Frage nach nicht ausdrücklich im AktG normierten, „ungeschriebene“ Zuständigkeiten der Hauptversammlung bei tiefgreifenden Strukturmaßnahmen, die die Aktionärsrechte tiefgreifend verändern.<sup>257</sup> Ein beachtlicher Teil der Lit hat sich einem entsprechenden Konzept des BGH (sog „Holzmüller-Doktrin“) grundsätzlich angeschlossen<sup>258</sup>, wenngleich die darin enthaltene Zustimmungskompetenz der Hauptversammlung methodisch unterschiedlich hergeleitet wird<sup>259</sup>. Folgt man dieser Ansicht und bejaht eine Zuständigkeit der Hauptversammlung bei tiefgreifenden Strukturmaßnahmen, ist eine entsprechend tiefgreifende Strukturmaßnahme bereits im Antrag des Instituts auf Betrieb als Abbaugesellschaft (und dem dadurch impliziert beantragten Ende der Bankkonzession<sup>260</sup>) zu erkennen, denn die Bankkonzession stellt die öffentlich-rechtliche Grundlage zum Betrieb des bisherigen Unternehmensgegenstands dar. Auch die freiwillige „Unterwerfung“ unter den gesetzlich determinierten Tätigkeitsbereich der Abbaugesellschaft<sup>261</sup> als Folge eines (genehmigten) Antrags nach § 162 Abs 1 BaSAG kann einzelfallabhängig als eine derartig tiefgreifende Strukturmaßnahme qualifiziert werden, wobei hier wiederum ein Vergleich zum bisherigen Tätigkeitsfeld – insb vor dem Hintergrund des ggf bereits im Rahmen eines Abwicklungs- oder Restrukturierungsplans betriebenen Geschäfts (§ 162 Abs 2 Z 4 BaSAG) – anzustellen ist.

Ein entsprechender Beschluss der Hauptversammlung bedürfte nach der Lit eine Dreiviertelmehrheit.<sup>262</sup> Ein fehlender Hauptversammlungsbeschluss dürfte allerdings keine Wirkungen im Außenverhältnis haben, wodurch eine entsprechende Geschäftsführungsmaßnahme prinzipiell auch ohne Hauptversammlungsbeschluss wirksam wäre.<sup>263</sup>

---

<sup>257</sup> Vgl etwa *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 103 Rz 28 ff oder *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 19 ff, jeweils mwN.

<sup>258</sup> Vgl etwa *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1990, 285; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 21 mwN.

<sup>259</sup> S näher *Rüffler*, *Lücken im Umgründungsrecht*, 467 ff sowie *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 103 Rz 31.

<sup>260</sup> S 1.2.3(b) oben.

<sup>261</sup> S 1.2.3(d)(iv)(A) unmittelbar oben.

<sup>262</sup> *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 23; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 103 Rz 34.

<sup>263</sup> OGH 9. 10. 2014, 6 Ob 77/14p; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus* § 103 Rz 23; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 103 Rz 35.

(C) Exkurs: Beschlussfassung iZm Satzungsänderungen

Spätestens bei Anpassung der Satzung des Instituts (bspw im Rahmen einer Änderung des Unternehmensgegenstands, vgl § 17 Z 2 AktG) ist im Zuge der (Re-)Konstituierung als Abbaugesellschaft ein Hauptversammlungsbeschluss erforderlich; ein solcher kann auch erst bei bescheidmäßiger Genehmigung durch die FMA nach § 162 Abs 1 BaSAG oder etwa aufschiebend bedingt mit ebendieser Genehmigung erfolgen. In beiden Fällen wäre § 84 Abs 8 BaSAG (iVm § 162 Abs 1 BaSAG), wonach Satzungsänderungen der Abbaugesellschaft zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedürfen, noch nicht anwendbar, weil die Abbaugesellschaft in diesem Zeitpunkt noch nicht entstanden wäre.

Satzungsänderungen sind weiters auch im Zusammenhang mit dem Entfall der §§ 29, 39c und 39d BWG für Abbaugesellschaften (§§ 84 Abs 2 iVm 162 Abs 1 BaSAG) zu erwarten, da durch den Wegfall dieser Regelungen keine Pflicht zur Einrichtung von Risiko-, Vergütungs- und Nominierungsausschüssen des Aufsichtsrats mehr besteht. Derartige Ausschüsse sind gem §§ 29, 39c und 39d BWG allerdings nur bei Kreditinstituten von erheblicher Bedeutung iSd § 5 Abs 4 BWG einzurichten. Aufgrund des eingeschränkten Adressatenkreises von § 162 BaSAG ist dieser Punkt ohnehin von lediglich rechtshistorischer Bedeutung.

(v) Unzulässige Handlungen

§ 84 Abs 1 Satz 2 (iVm § 162 Abs 1) BaSAG beinhaltet eine zu § 3 Abs 3 GSA<sup>264</sup> parallellaufende Regelung, wonach die Abbaugesellschaft nur solche Geschäfte betreiben darf, die der Erfüllung des Aufgabenbereichs dienen. Die bereits bei der Abbaueinheit iSd GSA angestellten Überlegungen, wonach nach anderen Rechtsnormen unzulässige Handlungen (weiterhin) unzulässig sind, selbst wenn sie dem Aufgabenbereich dienen würden, gelten auch für die Abbaugesellschaft. Wie auch bei der Abbaueinheit iSd GSA sind für Abbaugesellschaften bestimmte Tätigkeiten gesetzlich jedenfalls unzulässig: die Aufnahme von Publikumsgeldern, die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten (§§ 84 Abs 4 Satz 1 und 162 Abs 2 Z 2 BaSAG) und Geschäfte in Finanzinstrumenten für eigene Rechnung außerhalb des Ausnahmetatbestands des § 84 Abs 4 Satz 2 BaSAG<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> S 1.2.2(d)(v) oben.

<sup>265</sup> S 1.2.3(d)(iv)(A) oben.

Ferner – und über die diesbezüglichen Regelungen des GSA hinausgehend – darf eine Abbaugesellschaft außer zum Abbau verbleibender Geschäfte nicht mehr am Markt oder sonst gegenüber Dritten geschäftlich auftreten (§ 162 Abs 2 Z 1 BaSAG). Dies scheint allerdings lediglich Ausfluss des generellen Verbots von Tätigkeiten außerhalb des Aufgabenbereichs zu sein und wäre dadurch auch ohne ausdrückliche Anordnung untersagt.

Wie das GSA enthält das BaSAG keine Regelungen zu Rechtsfolgen für den Fall, dass die Abbaugesellschaft außerhalb ihres Aufgabenbereichs tätig wird.<sup>266</sup>

#### 1.2.4 Abbaueinheit iSd § 82 ff BaSAG

##### (a) Allgemeines

Wie die Abbaugesellschaft<sup>267</sup> beruht auch das Rechtsinstitut der Abbaueinheit iSd §§ 82 ff BaSAG auf den Regelungen des BaSAG, das zur nationalen Umsetzung der BRRD erlassen wurde<sup>268</sup>. Anders als die Regelungen zur Abbaugesellschaft, sind die für die Abbaueinheit iSd BaSAG maßgeblichen Bestimmungen allerdings keine *Austriaca*, sondern beruhen im Wesentlichen auf den Vorgaben der BRRD, wobei die BRRD zahlreiche Details der Umsetzung dem nationalen Gesetzgeber überlässt (vgl Art 42 BRRD); der nationale Gesetzgeber hat sich hierbei insb an der Abbaueinheit iSd GSA orientiert.<sup>269</sup>

Die für den Betrieb von Abbaueinheiten iSd BaSAG maßgebliche Bestimmung des § 84 BaSAG gilt außerdem gem § 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG auch für die Abbaugesellschaften. Diese beiden „Bad Banks“-Konzepte basieren also weitgehend auf derselben Regelung; gleichzeitig darf nicht vergessen werden, die signifikanten konzeptionellen Unterschiede zwischen der Abbaueinheit iSd BaSAG und der Abbaugesellschaft (sowie auch der Abbaueinheit iSd GSA) hervorzuheben. Sowohl bei der Abbaugesellschaft, deren Entstehung auf Eigeninitiative durch Antragstellung beruht (§ 162 Abs 1 BaSAG)<sup>270</sup> als auch bei der Abbaueinheit iSd GSA, deren Entstehung zwar nicht unmittelbar an die Initiative des betreffenden Rechtsträgers, aber an eine vorausgehende

---

<sup>266</sup> S dazu im Detail 2.2.1 unten.

<sup>267</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>268</sup> S FN 192.

<sup>269</sup> Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>270</sup> S 1.2.3(b) oben.

Anpassung seines Geschäftsbereichs (allenfalls unter vorgelagerter und im Verordnungswege erfolgter Auslagerung bestimmter Vermögenswerte) und eine diesbezügliche Anzeige bei der FMA<sup>271</sup> gekoppelt ist, erfolgt im Zuge deren Entstehung keine (für „Bad Banks“ charakteristische<sup>272</sup>) Trennung der Vermögenswerte. Diese erfolgte bei allen (im Voraus feststehenden) Normadressaten vielmehr bereits chronologisch vorgelagert.

Anders stellt sich die Situation bei der Abbaueinheit iSd BaSAG dar, deren Entstehung eine Trennung der Vermögenswerte des betreffenden Rechtsträgers *immanent* ist, denn die Abbaueinheit iSd BaSAG entsteht im Zuge der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG; dieses Abwicklungsinstrument basiert auf einer hoheitlichen Übertragung von Vermögenswerten, Rechten oder Verbindlichkeiten eines Instituts (oder eines anderen in § 82 Abs 1 BaSAG genannten Rechtsträgers) auf eine Zweckgesellschaft (sog „Abbaueinheit“<sup>273</sup>). Auf diese Weise sollen problematische Vermögenswerte einer Bank abgetrennt und in einer separaten, spezialisierten Zweckgesellschaft liquidiert werden.<sup>274</sup>

Vor diesem Hintergrund, kommt der Abbaueinheit iSd BaSAG gewissermaßen eine Sonderstellung unter den „Bad Banks“-Konzepten des österreichischen Rechts zu, da (nur) ihr das Wesensmerkmal der Aufspaltung der Vermögenswerte des in Schieflage geratenen Kreditinstituts immanent ist. Die Abbaueinheit iSd BaSAG könnte daher als *originäre „Bad Bank“* bezeichnet werden, im Unterschied zur Abbaueinheit iSd GSA und den Abbaugesellschaften, die als *historische „Bad Banks“* kategorisiert werden könnten, weil bei ihnen das Merkmal der Trennung von Vermögenswerten auf ihrer individuellen Historie, anstatt dem jeweiligen „Bad Bank“-Konzept selbst beruht.

Das genannte Unterscheidungsmerkmal der Abbaueinheit iSd BaSAG beruht darauf, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG bzw die Verwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nicht im Voraus auf bestimmte Rechtsträger beschränkt ist, sondern *pro*

---

<sup>271</sup> S im Detail 1.2.2(b) oben.

<sup>272</sup> S im Detail 1.1.1(c) oben.

<sup>273</sup> Vgl § 61 dSAG, wo statt „Abbaueinheit“ der treffende Begriff der „Vermögensverwaltungsgesellschaft“ verwendet wird.

<sup>274</sup> Vgl Erwägungsgründe 59 und 66 BRRD; *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-11.



*futuro* den Einsatz von „Bad Banks“ regeln soll. Dennoch wird schnell sichtbar, dass Gesetzgeber für sämtliche „Bad Banks“ einen möglichst einheitlichen Rechtsrahmen etablieren wollte. Das ergibt sich einerseits aus der Geltung des für Abbaueinheiten iSd BaSAG maßgeblichen § 84 BaSAG auch für Abbaugesellschaften (§ 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG) und andererseits an der inhaltlichen Anlehnung der §§ 84<sup>275</sup> und 162 BaSAG an das GSA.

(b) Entstehung

Abbaueinheiten iSd BaSAG entstehen im Zuge der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG. Sie dienen dabei als Zweckgesellschaft, auf die bestimmte Vermögenswerte eines in Abwicklung befindlichen Instituts übertragen werden.

Bei der Analyse der Entstehung einer Abbaueinheit iSd BaSAG liegt somit nahe, einerseits die Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten insgesamt und andererseits die Entstehung der Abbaueinheit iSd BaSAG für sich genommen zu betrachten.

(i) Entstehung der Abbaueinheit iSd BaSAG als solche

(A) Gesellschaftsformen / Neu- bzw Vorratsgründung

Aus § 83 Abs 1 BaSAG lässt sich ableiten, dass als Abbaueinheiten iSd BaSAG nur Kapitalgesellschaften fungieren können.<sup>276</sup> Verdeckte Kapitalgesellschaften (GmbH & Co KG) scheiden aus, was sich aus § 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG, wo davon ausgegangen wird, dass für die Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG ein Grund- oder Stammkapital aufzubringen ist, ergibt; dies wäre bei einer verdeckten Kapitalgesellschaft nämlich nicht zutreffend.

Diese Gesellschaften sind von den in § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG genannten Rechtsträgern (dh dem Bund, oder der FIMBAG mit Zustimmung der/des BMF) eigens zu gründen (*arg* „[...] können Kapitalgesellschaften gründen“). Dass die Gesellschaft „eigens“ für ihren Einsatz als Abbaueinheit iSd BaSAG zu gründen ist, ist auch aus Art 42 Abs 2 Buchstabe b BRRD abzuleiten. Unter „eigens“ ist dabei zu verstehen, dass eine „eigene“ (iSv separate) Gesellschaft als Abbaueinheit

---

<sup>275</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>276</sup> zust ohne nähere Begründung auch *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-17.

iSd BaSAG und nicht etwa die abzuwickelnde Bank selbst oder eine bereits am Geschäftsverkehr anderweitig teilnehmende Gesellschaft als Abbaueinheit dienen soll. Das Erfordernis einer „eigens“ zu gründenden Gesellschaft kann, aus teleologischer Sicht, aber einer Vorratsgründung nicht entgegenstehen, denn der bloße Zeitpunkt der Gründung der als Abbaueinheit iSd BaSAG dienenden Zweckgesellschaft ist für deren Zielerreichung und das gegenständliche Abwicklungsinstrument irrelevant. Eine Vorratsgründung wird auch beim Abwicklungsinstrument des Brückeninstituts<sup>277</sup> für zulässig erachtet<sup>278</sup>, das sich im gegebenen Kontext nicht von der Abbaueinheit unterscheidet.<sup>279</sup> Zulässig dürfte überdies auch die Übertragung von Vermögenswerten mehrerer in Abwicklung befindlicher Institute auf eine Abbaueinheit, maW die Verwendung bloß einer Zweckgesellschaft bei mehrfacher Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten sein (vgl § 83 Abs 2 Z 3 BaSAG, Art 42 Abs 2 Buchstabe b BRRD).<sup>280</sup> In diesem Fall wäre die betreffende Abbaueinheit iSd BaSAG, nach der von *Homölle/Ruff/Türr* vorgeschlagenen Einteilung, eine *dezentrale* „Bad Bank“.<sup>281</sup>

Nachdem das Spektrum der Gesellschaftsformen nunmehr auf Kapitalgesellschaften eingeschränkt wurde und eine Gründung durch Hoheitsakt nicht in Frage kommt<sup>282</sup>, richtet sich die Gründung und Entstehung dieser Gesellschaften grundsätzlich nach den dafür vorgesehenen allgemeinen, rechtsformabhängigen, gesellschaftsrechtlichen Regelungen, die hierin nicht vollständig dargestellt werden. Diese grundlegenden Regelungen werden allerdings teilweise von Sonderregelungen des BaSAG überlagert, die nachfolgend untersucht werden.

---

<sup>277</sup> S dazu 1.3.1 unten.

<sup>278</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (15).

<sup>279</sup> Vgl *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-11 ff; vgl auch ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16), wo innerhalb der Ausführungen zur Abbaueinheit iSd BaSAG (§ 83 BaSAG) auf entsprechenden Ausführungen zum Brückeninstitut (§ 79 BaSAG) verwiesen wird.

<sup>280</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18 f.

<sup>281</sup> *Homölle/Ruff/Türr*, ÖBA 2010, 663 (664); s auch 1.4.2 unten.

<sup>282</sup> S *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18; vgl auch zum Brückeninstitut ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (15).

(B) Aufbringung des Grund- oder Stammkapitals gem § 83 Abs 1 BaSAG

Das Grund- oder Stammkapital der als Abbaueinheit iSd BaSAG eingesetzten Gesellschaft kann gem § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG durch die Übertragung von Anteilen oder Vermögenswerten des in Abwicklung befindlichen Instituts aufgebracht werden.

Diese Sonderregelung erscheint problematisch, weil unter „Anteilen des in Abwicklung befindlichen Instituts“ die Anteile *an* diesem Institut verstanden werden könnten. Das Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff sieht aber grundsätzlich keine Übertragung von „Anteilen“ (iSv Anteilen am abzuwickelnden Institut) vor: gem § 82 Abs 1 BaSAG können Gegenstand einer Übertragungsanordnung lediglich Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten eines Instituts sein. Dieses Ergebnis liefert auch eine richtlinienkonforme Interpretation (Art 42 Abs 1 BRRD). Somit können Gegenstand der Übertragung zwar (vom in Abwicklung befindlichen Institut gehaltene) *Anteile an anderen Gesellschaften* sein (diese stellen nämlich „Vermögenswerte“ des Instituts dar), allerdings können *Anteilen am betreffenden Institut* selbst, gerade nicht Gegenstand der Übertragung sein.

§ 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG ist daher richtlinienkonform und auch durch systematische Interpretation im Lichte von § 82 Abs 1 BaSAG so zu verstehen, dass die Aufbringung des Grund- oder Stammkapitals von Abbaueinheiten iSd BaSAG zwar durch Übertragung von *Vermögenswerten (einschließlich Anteilen an anderen Gesellschaften)*, *nicht aber von Anteilen an dem in Abwicklung befindlichen Institut selbst* möglich ist.<sup>283</sup>

Von diesen Sonderregeln unberührt bleibt die Leistung von Anteilen als Sacheinlage<sup>284</sup> bei einer herkömmlichen Sachgründung bzw Kapitalerhöhung (also bei Leistung durch den Gesellschafter).

---

<sup>283</sup> Vgl auch *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-17; *Hübner/Leunert*, ZIP 2015, 2259 (2264); *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.I. Rn 154.

<sup>284</sup> S dazu 1.2.4(b)(i)(C) unmittelbar unterhalb.

### (C) Weitere Gegenstände von Sacheinlagen

Grundsätzlich können die in § 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG genannten „Vermögenswerte“ auch nach den allgemeinen Gründungsvorschriften Gegenstand einer Sachgründung sein. Dies setzt nach allgemeinem Gesellschaftsrecht die Feststellbarkeit ihres wirtschaftlichen Werts voraus.<sup>285</sup>

Es könnte daher überlegt werden, ob aus § 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG *e contrario* abzuleiten ist, dass eine Sachgründung bzw Kapitalerhöhung mittels Sacheinlagen bei der Abbaueinheit iSd BaSAG *nur* mit den in § 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG genannten Vermögensgegenständen zulässig ist. Dies mag naheliegend erscheinen, weil bestimmte „Anteile“, wie oberhalb festgestellt<sup>286</sup>, gerade nicht im Wege einer Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG als Sacheinlage verwendet werden können.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 83 Abs 2 BaSAG nicht den Gegenstand der Sacheinlage, sondern die Art der Leistung der betreffenden Sacheinlage zum Inhalt hat: im Normalfall werden (Sach-)Einlagen nämlich von Gesellschaftern geleistet. §§ 82 ff BaSAG ermöglichen demgegenüber, dass die Leistung der Sacheinlage im Wege einer behördlich angeordneten Übertragung von Vermögensgegenständen von einem Nicht-Gesellschafter (nämlich dem in Abwicklung befindlichen Institut) erfolgt. Die (Sach-)Einlage wird hierbei also weder von einem Gesellschafter geleistet noch wird deren Leistung von einem Gesellschafter angeordnet. Der Umfang der Sacheinlagen, die so geleistet werden können, richtet sich notwendigerweise nach dem Umfang der Gegenstände, die von der Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG umfasst sein können. Daraus können aber keine Rückschlüsse auf Einschränkungen in Bezug auf Gegenstände von Sacheinlagen gezogen werden.

§§ 82 ff BaSAG untersagen daher nicht, dass das Grund- oder Stammkapital der Abbaueinheit iSd BaSAG auf anderem – gesellschaftsrechtlich zulässigen – Weg aufgebracht wird. Herkömmliche Bargründungen, Sachgründungen sowie Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen nach den einschlägigen Regelungen des GmbHG bzw AktG kommen daher weiterhin parallel für die Abbaueinheit iSd BaSAG in Betracht.

---

<sup>285</sup> Vgl etwa RS0118302, OGH 18.11.2003, 1 Ob 253/03t.

<sup>286</sup> S 1.2.4(b)(i)(B) unmittelbar oberhalb.

Da die Abbaueinheit iSd BaSAG gem § 83 Abs 1 Satz 1 vom Bund oder der FIMBAG zu gründen ist und Anteile an der Abbaueinheit iSd BaSAG gem § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG (zumindest mehrheitlich) von einer öffentlichen Stelle zu halten sind, scheint es in der Praxis aber unwahrscheinlich, dass Anteile an in Abwicklung befindlichen Institut im herkömmlichen Weg als Sacheinlage an die Abbaueinheit iSd BaSAG geleistet werden: denn hierzu müsste das in Abwicklung befindliche Institut ja bereits teilweise im Eigentum einer öffentlichen Stelle als Gesellschafter der Abbaueinheit iSd GSA stehen.

(D) (Sach-)Gründung / Kapitalerhöhung

§ 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG ermöglicht die Aufbringung des Grund- oder Stammkapitals durch Übertragung bestimmter Vermögenswerte und differenziert dabei nicht zwischen Gründungsstadium der Kapitalgesellschaft und (späterer) Kapitalerhöhung.

Sinnvollerweise ist diese Bestimmung so auszulegen, dass Sacheinlagen sowohl im Gründungsstadium als auch bei Kapitalerhöhungen (etwa bei chronologisch vorgelagerten Vorratsgründungen<sup>287</sup>) erlaubt sind.<sup>288</sup> Für die Zielerreichung des Abwicklungsinstruments wäre eine diesbezügliche Differenzierung nämlich irrelevant und eine restriktivere Auslegung erscheint daher nicht geboten.

(E) Entfall der Gründungsprüfung

(I) Interne / externe / gerichtliche Gründungsprüfung

Gem § 83 Abs 1 BaSAG ist der Bewertung der nach § 83 Abs 1 Satz 2 BaSAG zur Aufbringung von Grund- oder Stammkapital der Abbaueinheit iSd BaSAG verwendeten Vermögenswerte<sup>289</sup> für die Gründung sowie für die Eröffnungsbilanz der Abbaueinheit iSd BaSAG die abschließende Bewertung gemäß § 57 Abs 2 BaSAG zugrunde zu legen. Wenn eine solche zum Zeitpunkt der Errichtung der Gesellschaft noch nicht existiert, ist die vorläufige Bewertung gemäß § 57 Abs 1 BaSAG soweit wie möglich zugrunde zu legen. Außerdem kann gem § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG eine „Gründungsprüfung“ unterbleiben.

---

<sup>287</sup> S zur Zulässigkeit von Vorratsgründungen 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>288</sup> Vgl *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18.

<sup>289</sup> S zum Umfang dieses Begriffs 1.2.4(b)(i)(B) und 1.2.4(b)(i)(C) oben.

Diese Regelung ist insofern unpräzise, als sie keine Aussage zur (Un-)Anwendbarkeit spezifischer Regelungen des AktG oder GmbHG zur Gründungsprüfung trifft.

Bei Aktiengesellschaften hat grundsätzlich gem § 25 Abs 1 AktG unabhängig davon, ob eine Bar- oder Sachgründung vorliegt, eine sog „interne Gründungsprüfung“, also eine Gründungsprüfung durch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, zu erfolgen.<sup>290</sup> Zudem hat in bestimmten Fällen, insb bei Sachgründungen, gemäß § 25 Abs 2 AktG eine sog „externe Gründungsprüfung“, also eine Gründungsprüfung durch gerichtlich bestellte Gründungsprüfer<sup>291</sup> zu erfolgen. Der Umfang der internen und externen Gründungsprüfung wird in §§ 25 f AktG definiert und betrifft (zusammengefasst) den Hergang der Gründung, bestimmte Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien, die Einlagepflicht und bestimmte Satzungsfestsetzungen (§§ 19, 20 AktG) sowie die Feststellung, ob der Wert der Sacheinlagen den Ausgabebetrag der dafür zu gewährenden Aktien erreicht. § 31 AktG sieht außerdem eine gerichtliche Prüfung vor. Da deren Prüfgegenstand nicht bloß die Errichtung der Aktiengesellschaft, sondern den gesamte Gründungshergang und die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Firmenbuch umfasst<sup>292</sup>, könnte diese Prüfung nach § 31 AktG ebenso als Gründungsprüfung iSd § 83 BaSAG qualifiziert werden, etwa als Form der „gerichtlichen Gründungsprüfung“.

Ähnlich ist die Rechtslage im GmbH-Recht: Gem § 6a Abs 4 GmbHG gelten weitgehend die eben genannten aktienrechtlichen Vorschriften, sofern nicht mehr als die Hälfte des Stammkapitals durch Bareinlagen aufgebracht wird. In den hier relevanten Fällen der Sachgründung kommen die für Sachgründungen vorgesehenen aktienrechtlichen Vorschriften zur externen Gründungsprüfung automatisch neben den Vorschriften zur internen Gründungsprüfung zur Anwendung.<sup>293</sup> Der Verweis in § 6a Abs 4 GmbHG schließt zwar die „gerichtliche Gründungsprüfung“ nach § 31 AktG nicht mit ein, allerdings wird (trotz fehlender Anordnung im GmbHG)<sup>294</sup> eine derartige gerichtliche Prüfpflicht – im vergleichbaren Umfang wie nach § 31 AktG – auch bei der GmbH

---

<sup>290</sup> *Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus* § 25 Rz 1.

<sup>291</sup> Vgl § 25 Abs 4 AktG.

<sup>292</sup> *Zehetner in Artmann/Karollus* § 31 Rz 7.

<sup>293</sup> *Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler* § 6a Rz 25.

<sup>294</sup> *Zehetner in Artmann/Karollus*, § 31 Rz 3.

vertreten<sup>295</sup>, und zwar unabhängig davon, ob eine Sachgründung erfolgt, die gegebenenfalls in die gerichtliche Prüfung miteinzubeziehen ist.<sup>296</sup>

Um nun festzustellen, inwieweit bei GmbH und Aktiengesellschaft die oben skizzierten Gründungsprüfungen entfallen können, ist auf den Kontext des § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG hinzuweisen: § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG ordnet nämlich den Entfall einer Gründungsprüfung im systematischen Zusammenhang der Zulässigkeit der Aufbringung von Grund- oder Stammkapital durch bestimmte Vermögenswerte an. Gleichzeitig regelt Satz 3 *leg cit* die Art und Weise der Bewertung dieser Vermögenswerte, nämlich gem § 57 Abs 1 und 2 BaSAG durch Bewertungsprüfer oder allenfalls (vorläufig) durch die Abwicklungsbehörde. Die Bewertung der Vermögensgegenstände erfolgt demnach durch externe Bewerter (und eben nicht, wie bei der herkömmlichen Sachgründung, durch die Gesellschafter in Gesellschaftsvertrag oder Satzung)<sup>297</sup>.

Für die externen Bewerter gilt gem § 54 Abs 2 BaSAG im Wesentlichen dasselbe Anforderungsprofil gilt wie für externe Gründungsprüfer gem § 25 Abs 4 AktG (iVm § 6a Abs 4 GmbHG), nämlich dass Wirtschaftsprüfer bzw Wirtschaftsprüfungsgesellschaften heranzuziehen sind (gem § 54 Abs 2 BaSAG können auch „sonstige geeignete Sachverständige“ die Bewertung durchführen, was an der parallelen Stoßrichtung der besprochenen Normen nichts ändert).

Die nach § 83 Abs 1 Satz 3 BaSAG vorzunehmende Bewertung der übertragenen Vermögenswerte erfüllt daher den Zweck der externen Gründungsprüfung und kann daher (nur) diese ersetzen.

Dass infolgedessen auch die interne Gründungsprüfung obsolet wird, lässt sich angesichts der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften nicht vertreten. Eine interne Gründungsprüfung erfolgt nämlich gem §§ 25 ff AktG in jedem Fall; selbst vor dem Hintergrund, dass sowohl interne als auch externe Gründungsprüfung primär dem Gläubigerschutz dienen<sup>298</sup> bzw durch die Gründungsberichte der Schutz vor unzulänglichen Gründungen durch Publizität verstärkt werden soll<sup>299</sup>, dient die externe Gründungsprüfung (und wohl auch § 83 Abs 1 Satz 3 BaSAG) – im

---

<sup>295</sup> Vgl Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler § 11 Rz 4 ff; Petrasch/Verweijen in Straube/Ratka/Rauter § 11 Rz 4.

<sup>296</sup> S näher Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler § 11 Rz 10.

<sup>297</sup> § 6 Abs 4 GmbHG bzw § 20 AktG; vgl OGH 26.09.2007, 7 Ob 129/07g.

<sup>298</sup> Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler § 6a Rz 2.

<sup>299</sup> Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus § 24 Rz 1.

Unterschied zur internen Gründungsprüfung – vor allem der Nachprüfung der objektiven Werthaltigkeit von Sacheinlagen.<sup>300</sup> Die interne Gründungsprüfung erfolgt demgegenüber aus anderem (nämlich eben einem „internen“) Blickwinkel als die Prüfung bzw Bewertung nach § 83 Abs 1 Satz 3 BaSAG. Außerdem bestünde weder Anlass dazu noch ein Vorteil darin, die dazu berufenen Organe der Abbaueinheit iSd BaSAG von der Pflicht zur Durchführung einer internen Gründungsprüfung zu befreien.

Dasselbe muss für die gerichtliche Prüfung der Gründung gelten, die primär dem Schutz des Firmenbuchs vor unzulässigen und der wahren Sach- bzw Rechtslage widersprechenden Eintragungen dient. Dieser Schutzzweck wird weder durch eine externe Gründungsprüfung nach §§ 25 AktG noch durch die gleichgelagerte Prüfung nach §§ 83 Abs 1 iVm 57 Abs 1 und 2 BaSAG verfolgt bzw gewährleistet. Auch erfolgt (wie bereits bei der internen Gründungsprüfung erwähnt) die gerichtliche Prüfung aus anderem Blickwinkel als externe Gründungsprüfung bzw die Prüfung nach §§ 83 Abs 1 iVm 57 Abs 1 und 2 BaSAG und kann deshalb nicht durch diese ersetzt werden.

Auf dieser Grundlage ist zu konstatieren, dass der Entfall der Gründungsprüfung nach § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG sich (ausschließlich) auf externe Gründungsprüfungen nach § 25 Abs 2 AktG (iVm § 6a Abs 4 GmbHG) bezieht. Eine interne Gründungsprüfung und die gerichtliche Prüfung haben dessen ungeachtet aus systematisch-teleologischen Erwägungen auch bei Abbaueinheiten iSd BaSAG zu erfolgen.

Die BRRD liefert zur gegenständlichen Fragestellung keine Anhaltspunkte oder Vorgaben und steht diesem Auslegungsergebnis folglich auch nicht entgegen. Die thematisch verwandte Regelung des Art 42 Abs 1 BRRD, wonach die Übertragung von Vermögenswerten ohne Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Verfahrensvorschriften erfolgen kann, wurde separat in § 82 Abs 1 Satz 3 BaSAG umgesetzt und bezieht sich ihrem Wortlaut zufolge eher auf den behördlich angeordneten Übertragungsvorgang und nicht die separate Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG und diesbezügliche gesellschaftsrechtliche Vorschriften.

---

<sup>300</sup> van Husen in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 6a Rz 289.



## (II) Nachgründungen gem § 45 Abs 3 AktG

Da im Zuge der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten eine mehrmalige Übertragung von Vermögenswerten auf die Abbaueinheit iSd BaSAG möglich ist (§ 82 Abs 6 BaSAG)<sup>301</sup>, kann es, abhängig von der Höhe der Gegenleistungen (§ 83 Abs 3 BaSAG), uU zur Anwendbarkeit von § 45 AktG kommen.

§ 45 AktG hat Nachgründungen zum Inhalt; soll die Gesellschaft binnen zwei Jahren ab Eintragung von einem Gründer Vermögensobjekte gegen eine Vergütung ab 10% ihres Grundkapitals erwerben, sind bestimmte Sondervoraussetzungen einzuhalten. Das dient der Vermeidung der Umgehung der Gründungsvorschriften zur Sachgründung durch die Verlegung der Einbringung der Sacheinlage in die Zeit nach Eintragung.<sup>302</sup> Gem § 45 Abs 3 AktG ist bei bestimmten Nachgründungen eine Prüfung durch Gründungsprüfer vorzunehmen, wobei die Vorschriften zur (externen) Gründungsprüfung sinngemäß gelten.

Da auch nach Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG auf sie übertragene Vermögenswerte gem § 82 Abs 3 BaSAG dem Bewertungsverfahren nach §§ 54 ff BaSAG unterliegen, gilt § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG analog auch für diese Fälle und eine „externe Gründungsprüfung“ gem § 45 Abs 3 AktG kann folglich ebenso unterbleiben. Die *ratio legis* des § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG<sup>303</sup> kommt bei Nachgründungen ebenso zu tragen und durch das darin vorgesehene Bewertungsverfahren erübrigt sich die externe Prüfung des § 45 AktG gleichermaßen wie die (herkömmliche) externe Gründungsprüfung.

Bei GmbHs stellt sich die gegenständliche Rechtsfrage nicht: eine § 45 AktG entsprechende Nachgründungsvorschrift ist im GmbH-Recht nämlich nicht enthalten und eine analoge Anwendung von § 45 AktG scheidet bei GmbHs nach hA aus.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> S 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>302</sup> Zehetner in Artmann/Karollus AktG I6 § 45 Rz 8.

<sup>303</sup> S 1.2.4(b)(i)(E)(I) oben.

<sup>304</sup> Zehetner in Artmann/Karollus § 45 Rz 2-5 mwN; OGH 6 Ob 132/00f = Konwitschka, ecolex 2001, 205.

### (III) Kein Entfall der Gründungsprüfung bei herkömmlichen Gründungsvorgängen

Der Entfall der Gründungsprüfung nach § 83 Abs 1 BaSAG ist aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit der in derselben Bestimmung enthaltenen vorgesehenen Möglichkeit des Aufbringens des Grund- oder Stammkapitals durch auf sie übertragene Vermögenswerte auf jene Fälle einzuschränken, in denen von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht wird.

§ 83 Abs 1 BaSAG enthält keine Pflicht zur Aufbringung des Grund- oder Stammkapitals auf dem dort vorgesehenen Weg. Vielmehr kann genauso eine herkömmliche Gründung mit Bar- oder Sacheinlagen erfolgen.<sup>305</sup> In diesen Fällen würde keine Bewertung nach §§ 83 Abs 1 Satz 3 BaSAG iVm 54 ff BaSAG erfolgen und es bestünde kein Grund, von einer externen Gründungsprüfung nach aktien- bzw. GmbH-rechtlichen Vorschriften abzusehen. § 83 Abs 1 letzter Satz BaSAG ist also teleologisch insoweit zu reduzieren, als eine Gründungsprüfung im Rahmen der Regelungen des GmbHG bzw AktG nur dann unterbleiben kann, wenn das Grund- oder Stammkapital tatsächlich nach der Sonderregel des § 83 Abs 1 Satz 1 bis 3 BaSAG aufgebracht wird.

### (F) Gesellschafterstruktur

#### (I) Mehrheitliches Halten durch öffentliche Stellen

§ 83 Abs 2 Z 1 BaSAG stellt bestimmte Anforderungen an die Gesellschafterstruktur der Abbaueinheit iSd BaSAG. „Ihre Anteile“ (gemeint sind wohl „*Anteile an der Abbaueinheit*“)<sup>306</sup> müssen entweder ganz oder mehrheitlich vom Bund, der FIMBAG, ABBAG, der Abwicklungsbehörde oder einer anderen öffentlichen Stelle gehalten werden.

Diese Regelung beinhaltet gleich zwei (vermeintliche) Abweichungen von der grundlegenden Regelung BRRD<sup>307</sup>: Art 42 Abs 2 Buchstabe a BRRD verlangt nämlich, dass die (im BaSAG als

---

<sup>305</sup> S dazu bereits 1.2.4(b)(i)(C) oben

<sup>306</sup> S zur Notwendigkeit dieser Unterscheidung bereits 1.2.4(b)(i)(B) oben.

<sup>307</sup> Vgl *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18, worin lediglich auf eine Abweichung, nämlich diejenige zwischen „teilweise“ und „mehrheitlich“, hingewiesen wird.

„Abbaueinheit“ bezeichnete) Zweckgesellschaft ganz *oder teilweise* im Eigentum einer *oder mehrerer* öffentlichen Stellen steht.<sup>308</sup>

Das BaSAG und die relevanten Materialien schweigen zur Frage, weshalb diese Abweichungen von der BRRD vorgenommen wurden. In beiden Fällen ist die Umsetzungsregel des BaSAG aber strenger die BRRD, womit die Abweichungen aus europarechtlicher Sicht prinzipiell zulässig wären, denn die BRRD sieht (lediglich) eine Mindestharmonisierung vor<sup>309</sup> und steht somit strengeren nationalen Umsetzungsregelungen *per se* nicht entgegen<sup>310</sup>.

Unproblematisch erscheint zunächst die Auslegung des Begriffs „mehrheitlich“, der (wortlautorientiert) als „mehr als 50%“ zu verstehen ist. Ein bloß teilweises Halten (iSd Art 42 Abs 2 Buchstabe a BRRD) unter diesem Schwellenwert stünde Wortlaut der Bestimmung entgegen und ist daher unzulässig.

Mehr Interpretationsspielraum lässt demgegenüber § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG. Da nicht ersichtlich ist, warum die Anteile (anders als nach dem Konzept der BRRD) lediglich von *einer* öffentlichen Stelle gehalten werden sollten, liegt nahe, dass ein Halten der Anteile durch *mehrere* öffentliche Stellen auch nach § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG zulässig ist; denn selbst wenn im BaSAG (anders als in Art 42 Abs 2 Buchstabe a BRRD) nicht ausdrücklich von „mehreren“ öffentlichen Stellen die Rede ist, nennt die Bestimmung ausdrücklich mehrere öffentliche Stellen beispielhaft. Die Regelung lässt also (wie auch die BRRD) offen, welche spezifische öffentliche Stelle die Anteile halten soll, weshalb ihr Zweck gerade nicht darin liegen kann, die Anteile bei einer bestimmten öffentlichen Stelle zu bündeln. Das Wort „oder“ wird hierbei außerdem verwendet, um eine demonstrative Aufzählung zu beschließen und nicht um auszudrücken, dass jeweils nur eine der genannten Alternativen in Frage kommt; die Verwendung von „und“ anstelle „oder“ wäre nicht möglich gewesen, da hierdurch eine (nicht gewollte) Notwendigkeit des gemeinsamen Haltens der Anteile statuiert würde. Bei wortlautorientierter bzw. grammatikalischer, sowie teleologischer und richtlinienkonformer Auslegung des § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG ist also festzustellen, dass die

---

<sup>308</sup> Vgl zur Umsetzung in Deutschland § 133 Abs 1 dSAG bzw. *Jahn/Geier/Schmitt*, Abschnitt B.III. Rn 33 und Abschnitt B.IV. bzw. § 132 Abs 1 Z 1 dSAG.

<sup>309</sup> Vgl Erwägungsgrund 10 der BRRD.

<sup>310</sup> *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV Rz 51.

Bestimmung einem Halten der Anteilmehrheit durch mehrere öffentliche Stellen nicht entgegensteht. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht von den Vorgaben der BRRD abweichen wollte, sondern lediglich (beispielhaft) in Frage kommende öffentliche Stellen bezeichnen wollte. Es ist daher zulässig, dass mehrere öffentliche Stellen zusammen die Anteilmehrheit an der Abbaueinheit iSd BaSAG halten.

§ 83 Abs 2 Z 1 BaSAG ist also erfüllt, wenn die Mehrheit (über 50%) der Anteile an der Abbaueinheit iSd BaSAG von einer oder mehreren (zB einer oder mehrerer der in § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG genannten) öffentlichen Stellen gehalten werden.

## (II) Übertragung von Anteilen auf Bund oder FIMBAG

Gem § 83 Abs 3 BaSAG können die Anteile der Abbaueinheit iSd BaSAG (korrekt wohl „*Anteile an der Abbaueinheit*“) auf den Bund oder die FIMBAG übertragen werden. Dabei gelten gem § 83 Abs 4 BaSAG die Anforderungen gem § 5 Abs 1 Z 3 und 4 sowie § 20 BWG als erfüllt. In § 84 Abs 4 BaSAG liegt hierbei ein redaktionelles Versehen vor, weil eindeutig auf Übertragungen nach Abs 3 *leg cit* verwiesen, aber irrtümlich auf Abs 2 *leg cit* (worin keine Übertragungen geregelt werden) referenziert wird. Richtigerweise ist daher § 84 Abs 4 BaSAG (berichtigend) so auszulegen<sup>311</sup>, dass darin Übertragungen nach § 83 Abs 3 BaSAG geregelt werden.

Auch inhaltlich ist die Regelung des § 84 Abs 4 BaSAG bei genauerer Betrachtung der als erfüllt geltenden Normen des BWG bemerkenswert: § 5 Abs 1 BWG hat Konzessionsvoraussetzungen zum Inhalt, dabei bezieht sich Z 3 *leg cit* auf bestimmte Eigenschaften der Personen, die qualifizierte Beteiligungen an einem Kreditinstitut halten, Z 4 *leg cit* sieht vor, dass die FMA nicht durch enge Verbindungen des Kreditinstituts mit anderen Personen an ihrer Aufsichtspflicht gehindert werden soll. § 20 BWG beinhaltet Regelungen zum Erwerb von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten.

Da die Abbaueinheit iSd BaSAG allerdings kein Kreditinstitut ist<sup>312</sup> und zudem die Anwendung von §§ 5 und 20 BWG auf die Abbaueinheit iSd BaSAG explizit im BaSAG ausgeschlossen wird

---

<sup>311</sup> S zur berichtigenden Auslegung bei Redaktionsversehen bspw *Kodek in Rummel/Lukas* § 6 ABGB Rz 104 mwN.

<sup>312</sup> S im Detail 1.2.4(c)(ii) unten.

(§ 84 Abs 2 BaSAG)<sup>313</sup>, kommen die darin genannten Anforderungen auf Übertragungen nach § 83 Abs 3 BaSAG gar nicht erst zur Anwendung. Die Bestimmung des § 83 Abs 4 BaSAG, wonach ebendiese „Anforderungen“ „als erfüllt [gelten]“ überrascht vor diesem Hintergrund, weil das „Erfüllen“ von Anforderungen die Anwendbarkeit dieser Anforderungen impliziert. Demgegenüber kann § 83 Abs 4 BaSAG vielmehr bloß klarstellen, dass die gegenständlichen Anforderungen im konkreten Fall unproblematisch sind und trifft hierfür eine irreführende Wortwahl.

#### (G) Bestellung von Organen

Gem § 83 Abs 6 BaSAG bestellt die Abwicklungsbehörde den ersten Aufsichtsrat der Abbaueinheit iSd BaSAG. Zudem bedarf die Bestellung (wie auch eine allfällige Abberufung und die Vereinbarung über deren Vergütung (s zu den Kriterien § 83 Abs 6 letzter Satz BaSAG) der Geschäftsleiter der Zustimmung der Abwicklungsbehörde. Der Geschäftsleiterbegriff des BaSAG entspricht dabei jenem des § 2 Z 1 BWG (§ 2 Z 25 BaSAG).<sup>314</sup>

Diese Kompetenzen der Abwicklungsbehörde sind in der BRRD vorgezeichnet (Art 42 Abs 4 BRRD).

Überlagert wird hinsichtlich GmbHs § 30b Abs 1 GmbHG, wonach der Aufsichtsrat durch Gesellschafterbeschluss gewählt wird (es sei denn, die Abwicklungsbehörde, was im Einklang mit § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG stünde, zugleich Alleingesellschafterin und kann so durch Gesellschafterbeschluss gem § 30b Abs 1 GmbHG auf herkömmliche Weise den ersten Aufsichtsrat bestellen). Ergänzt wird außerdem § 15 Abs 1 GmbHG, wonach Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss oder (bei Gesellschaftergeschäftsführern) im Gesellschaftsvertrag bestellt werden. Ohne der Sonderregelungen des BaSAG zu bedürfen, könnte im Übrigen der Gesellschaftsvertrag der GmbH gem § 15 Abs 3 GmbHG ohnehin die Bestellung der Geschäftsführer der Abwicklungsbehörde (als öffentlich-rechtliche Körperschaft) vorbehalten, um § 83 Abs 6 BaSAG zu entsprechen. Ebenso ergänzt durch ein Zustimmungserfordernis wird § 16 GmbHG, hinsichtlich der Abberufung von Geschäftsführern. Auf einen Rücktritt der Geschäftsführer nach § 16a GmbHG ist das Zustimmungserfordernis nach § 83 Abs 6 BaSAG mE

---

<sup>313</sup> S im Detail 2.3.3(a) unten.

<sup>314</sup> *Schütt in Dellinger* § 2 BWG Rz 7.

weder unmittelbar noch analog anzuwenden, da zwischen Abberufung und Rücktritt prinzipiell terminologisch unterschieden wird (§§ 16 f GmbHG) und zudem Rücktritte, anders als Abberufungen, vom betreffenden Geschäftsführer selbst vorgenommen werden und nicht von den Gesellschaftern. § 83 Abs 6 BaSAG modifiziert allerdings nur die Kompetenzen der Gesellschafter und bezweckt insofern zusätzliche Kontrollkompetenzen der Abwicklungsbehörde. Weshalb ein freiwilliger Rücktritt an eine behördliche Zustimmung gekoppelt sein sollte, ist demgegenüber nicht ersichtlich und aus der Systematik der Bestimmung nicht abzuleiten.

In Hinblick auf Aktiengesellschaften überlagert § 83 Abs 6 BaSAG die Bestimmung des § 23 Abs 1 AktG, wonach der erste Aufsichtsrat von den Gründern bestellt wird. Obsolet ist diese Überlagerung, wenn die Abwicklungsbehörde im Einklang mit § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG selbst Gründerin der Abbaueinheit iSd BaSAG ist. Zudem werden betreffend Bestellung des (ersten) Vorstands §§ 23 Abs 2 und 75 Abs 1 AktG um das Zustimmungserfordernis des § 83 Abs 6 BaSAG ergänzt, wonach der Vorstand vom Aufsichtsrat bestellt wird. Dies ist wiederum dann obsolet, wenn die Abwicklungsbehörde im Einklang mit § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG Alleinaktionärin ist und der Aufsichtsrat lediglich aus Kapitalvertretern besteht. Dasselbe gilt für § 75 Abs 4 AktG hinsichtlich einer Abberufung des Vorstands. Die im AktG nicht ausdrücklich geregelte, aber allgemein anerkannte Möglichkeit der Niederlegung der Vorstandsfunktion<sup>315</sup> bleibt vom Zustimmungserfordernis des § 83 Abs 6 BaSAG aus den oberhalb zum Geschäftsführerrücktritt bei der GmbH erörterten Argumenten ebenso unberührt.

#### (H) Firmenbuchanmeldung

Gem § 83 Abs 5 BaSAG ist die Abbaueinheit iSd BaSAG von den Geschäftsleitern, den Mitgliedern des Aufsichtsrates und der Abwicklungsbehörde zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden.

Bei als GmbH gegründeten Abbaueinheiten iSd BaSAG wird hierdurch § 9 Abs 1 GmbHG ergänzt, wonach die Anmeldung grundsätzlich von den Geschäftsführern zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden ist.

---

<sup>315</sup> S näher *J. Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus* § 75 Rz 253.

Bei als Aktiengesellschaft gegründeten Abbaueinheit iSd BaSAG wird dadurch § 28 AktG ergänzt, wonach die Anmeldung von sämtlichen Gründern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern vorzunehmen ist. Diese Ergänzung ist somit obsolet, wenn die Abwicklungsbehörde ohnehin bereits, im Einklang mit § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG, als Gründerin auftritt und folglich gem § 28 AktG ohnedies zur Mitwirkung an der Anmeldung verpflichtet ist. Die Ergänzung von § 28 AktG ist allerdings nicht obsolet, wenn die Abwicklungsbehörde als Alleinaktionärin auftritt und der Aufsichtsrat lediglich aus Kapitalvertretern besteht. Von der Abwicklungsbehörde gewählte Mitglieder des Aufsichtsrates sind nämlich mit der Abwicklungsbehörde identisch anzusehen, denn sie in ihrer Funktion als Aufsichtsratsmitglieder nicht als Abwicklungsbehörde und unterfallen einem separaten Katalog von Rechten und Pflichten.

(I) Ausschließliche Steuerung durch die Abwicklungsbehörde

(I) Auslegung – Steuerungs-begriff und Alternativen gem § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG

Gem § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG wird die Abbaueinheit iSd BaSAG ausschließlich von der Abwicklungsbehörde gesteuert. Diese Steuerung muss aufgrund gesellschaftsrechtlicher oder vertraglicher Einflussmöglichkeiten oder durch eine Anordnung gem § 67 BaSAG erfolgen.<sup>316</sup>

Das BaSAG lässt offen, welche (gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen) Einflussmöglichkeiten in Frage kommen und was unter „ausschließlicher Steuerung“ zu verstehen ist. Auch die BRRD bietet hierzu keine weiteren Anhaltspunkte und spricht lediglich davon, dass die Abwicklungsbehörde die Zweckgesellschaft (dh die Abbaueinheit iSd BaSAG) „kontrolliert“ (Art 42 Abs 2 Buchstabe a BRRD).<sup>317</sup>

Eine systematische Interpretation des nationalen Gesellschaftsrechts bietet zur Auslegung des Erfordernisses der „ausschließlichen Kontrolle“ wenige Anknüpfungspunkte. Der Begriff der „kontrollierenden Beteiligung“ iSd § 22 ÜbG erscheint im gegebenen Kontext ebenso wenig hilfreich wie der Tatbestand der „kontrollierende Beteiligung“ gem § 5 Abs 2 EKEG: Gem § 22 Abs 1 ÜbG gilt eine unmittelbare Beteiligung von mehr als 30% der stimmberechtigten Aktien als unmittelbar kontrollierende Beteiligung (außer die Beteiligung vermittelt faktisch keinen

---

<sup>316</sup> S zu insolvenzrechtlichen Aspekten dazu 2.4.2 unten (vgl insb 2.4.2(b)(iii)(A)(III) und 2.4.2(b)(iv)).

<sup>317</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

beherrschenden Einfluss, vgl § 24 ÜbG). Das ÜbG statuiert insofern die gesetzliche Vermutung eines beherrschenden Einflusses ab einer bestimmten formellen Kontrollschwelle.<sup>318</sup> Die Heranziehung der Beteiligungsschwellen des ÜbG zur Interpretation des Erfordernisses der (ausschließlichen) Steuerung iSd § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG erscheint aber nicht zweckmäßig, denn das ÜbG orientiert sich an einer Durchschnittsbetrachtung des tatsächlichen Kontrollwechsels bei börsennotierten Aktiengesellschaften.<sup>319</sup> Die Abbaueinheit iSd BaSAG stellt aber gerade keinen „durchschnittlichen“ Fall einer Aktiengesellschaft dar und unterliegt bereits einem eigenen Rechtsrahmen in Hinblick auf ihre Beteiligungsverhältnisse. Außerdem geht schon rein terminologisch der Begriff der (ausschließlichen) „Steuerung“ über den Begriff der „Kontrolle“ hinaus und erfordert begriffsnotwendig ein höheres Maß und eine höhere Frequenz an Einfluss und Einflussmöglichkeiten, weshalb zur Präzisierung der „ausschließlichen Steuerung“ iSd § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG weder § 22 ÜbG noch § 5 Abs 2 EKEG herangezogen werden kann.

Zielführender erscheint eine (systematische) Auslegung des Begriffs der ausschließlichen Steuerung aus den für die Abbaueinheit iSd BaSAG geltenden (und somit ihre Spezifika berücksichtigenden) Regelungen des BaSAG sowie eine grammatikalische Auslegung der gegenständlichen Bestimmung (§ 83 Abs 2 Z 2 BaSAG) selbst. So ist zunächst festzustellen, dass die ausschließliche Steuerung gem § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG durch gesellschaftsrechtliche *oder* vertragliche Einflussnahme einerseits *oder* durch Anordnungen nach § 67 BaSAG andererseits erreicht werden kann. Da die Anordnungen nach § 67 BaSAG als eigene Alternative genannt werden, ist es – den Wertungen des Gesetzgebers zufolge – offensichtlich möglich, dass eine ausschließliche Steuerung allein durch die in § 67 BaSAG genannten Anordnungskompetenzen der Abwicklungsbehörde (zusammen mit den separat für die Abbaueinheit iSd BaSAG geltenden Regelungen, etwa das Erfordernis des zumindest mehrheitlichen Haltens der Anteile an der Abbaueinheit iSd BaSAG durch öffentliche Stellen, vgl § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG<sup>320</sup>) hergestellt wird. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Befugnisse, die § 67 BaSAG beinhaltet, ausreichend sind, um die Abbaueinheit iSd BaSAG „ausschließlich zu

---

<sup>318</sup> Winner, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006, 259.

<sup>319</sup> Winner, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006, 259.

<sup>320</sup> S 1.2.4(b)(i)(F)(I) oben.



steuern“ und somit, dass etwaige gesellschaftsrechtliche oder vertragliche Einflussmöglichkeiten zwar alternativ eingeräumt werden können, dies aber nur dann für Zwecke des § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG erforderlich wäre, wenn die Kompetenzen nach § 67 BaSAG nicht vollständig verfügbar oder ausübbar wären. Außerdem lässt sich aus dieser grammatikalischen Auslegung der Bestimmung und ihrer alternativen Formulierung ableiten, dass für die ausschließliche Steuerung Befugnisse notwendig wären, die über die in § 67 BaSAG enthaltenen Befugnisse hinausgehen.

Relevant ist auch, dass § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG kein Mindestmaß derjenigen Steuerungsbefugnisse der Abwicklungsbehörde festlegt, die im vertraglichen oder gesellschaftsrechtlichen Weg ausübbar sein müssen. Ein bestimmtes Maß an abseits von § 67 BaSAG bestehenden Einflussmöglichkeiten kann sich aber bereits aus weiteren Sonderbestimmungen des BaSAG zur Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd BaSAG ergeben (vgl § 83 Abs 2 Z 1 oder Abs 6 BaSAG)<sup>321</sup>.

## (II) Befugnisse gem § 67 BaSAG

Gem § 67 Abs BaSAG (der bezeichnenderweise unter der Überschrift „Steuerungsübernahme“ steht) kann die Abwicklungsbehörde anordnen, die Steuerung eines Instituts zu übernehmen, indem sie das Institut mit allen Befugnissen seiner Anteilseigner und Geschäftsleiter betreibt und die Tätigkeiten und Dienstleistungen des Instituts erbringt (Z 1 *leg cit*) oder Vermögenswerte und Eigentum des Instituts verwaltet und darüber verfügt (Z 2 *leg cit*).<sup>322</sup>

Hierbei sticht zunächst ins Auge, dass die Befugnisse des § 67 BaSAG dem Wortlaut nach auf Institute und Unternehmen gem § 1 Abs 1 Z 2 bis 4 BaSAG angewendet werden können (vgl § 67 Abs 1 Z 1 und 2 BaSAG). Da die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht in diese Kategorien fällt<sup>323</sup>, wird

---

<sup>321</sup> S im Detail insb 1.2.4(b)(i)(F)(I) und 1.2.4(b)(i)(G) oben.

<sup>322</sup> *Anm:* Gem § 67 Abs 1 letzter Satz BaSAG können Stimmrechte von Anteilen eines in Abwicklung befindlichen Instituts während der Abwicklung nur durch Anordnung gem § 67 BaSAG ausgeübt werden. Hierbei darf mE nicht vergessen werden, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG kein in Abwicklung befindliches Institut, sondern ein separater Rechtsträger ist, auf den vom in Abwicklung befindlichen Institut Vermögenswerte übertragen werden. Insofern beschränkt § 67 Abs 1 letzter Satz BaSAG die Abwicklungsbehörde nicht in der Ausübung von Stimmrechten von Anteilen an der Abbaueinheit, die ihr zB als Aktionärin an der Abbaueinheit iSd BaSAG zukommen.

<sup>323</sup> S im Detail 1.2.2(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) oben zur Abbaugesellschaft und 1.2.4(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

§ 83 Abs 2 Z 2 BaSAG wohl so auszulegen sein, dass die Abwicklungsbehörde die Befugnisse nach § 67 BaSAG auch auf die Abbaueinheit iSd BaSAG anwenden kann.

Umgelegt auf gesellschaftsrechtliche und vertragliche Einflussmöglichkeiten, ist angesichts der in § 67 BaSAG enthaltenen Befugnisse zunächst festzustellen, dass ein derart hohes Maß an Kontroll- bzw. Steuerungsbefugnissen durch bloß gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten nicht erreicht werden kann. Selbst bei Alleingesellschafterstellung hat ein Alleingesellschafter nicht zugleich auch alle Befugnisse der Geschäftsleitung. Auf vertraglicher Ebene käme theoretisch in Betracht, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG sich im Wege eines Beherrschungsvertrages dem (über etwaige bereits gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten hinausgehenden) Einfluss der Abwicklungsbehörde unterwirft.<sup>324</sup> Hätte diesfalls die Abwicklungsbehörde zugleich Alleingesellschafterstellung, könnte sie – innerhalb der Zulässigkeitsgrenzen von Beherrschungsverträgen<sup>325</sup> – zugleich die Handlungen der Geschäftsleiter steuern und würde somit womöglich die in § 67 BaSAG genannten Befugnisse mittels Kombination aus gesellschaftsrechtlichen und vertraglichen Einflussmöglichkeiten erlangen. Dies wäre insb bei Abbaueinheiten iSd BaSAG in der Rechtsform von Aktiengesellschaften relevant, deren Vorstand (anders als Geschäftsführer von GmbHs) weisungsfrei agiert (§ 70 Abs 1 AktG)<sup>326</sup>.

Problematisch ist hierbei die (strittige) Reichweite der Zulässigkeit von Beherrschungsverträgen und somit der Umstand, dass mittels Beherrschungsvertrag wohl nicht sämtliche Befugnisse der Geschäftsleiter (vgl § 67 BaSAG) übertragen werden können.<sup>327</sup> Auch ist aus rein praktischer Sicht nicht ersichtlich, weshalb die Abwicklungsbehörde und die Abbaueinheit iSd BaSAG einen (Beherrschungs-)Vertrag erarbeiten und abschließen sollten, wenn der Abwicklungsbehörde alle relevanten Befugnisse ohnehin bereits kraft § 67 BaSAG hoheitlich zukommen.

---

<sup>324</sup> Vgl etwa zur AG *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 15 Rz 98; zur GmbH *Diregger* in *Gruber/Harrer* § 115 Rz 27 ff.

<sup>325</sup> Vgl *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 15 Rz 99 ff.

<sup>326</sup> *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus* § 70 Rz 9 und 38 mwN.

<sup>327</sup> S näher *Rüffler* in FS Koppensteiner I, S 149 (153 ff); *Auer* in *Artmann/Karollus* AktG § 15 Rz 23.

### (III) Fazit

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Reichweite der „ausschließlichen Steuerung“ der Abbaueinheit iSd BaSAG durch die Abwicklungsbehörde iSd § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG im Wege der systematischen Interpretation anhand von § 67 BaSAG zu ermitteln ist, wonach die Abwicklungsbehörde potentiell alle Befugnisse sowohl von Anteilsinhabern als auch Geschäftsleitern ausüben kann.

Diese Befugnisse der Abwicklungsbehörde werden in der Praxis jeweils nicht bloß durch gesellschaftsrechtliche oder vertragliche Einflussmöglichkeiten erreicht werden können. Je nach vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten (etwa durch (Allein-)Gesellschafterstellung der Abwicklungsbehörde, vgl § 83 Abs 2 Z 1 BaSAG) und/oder etwaigen vertragliche Einflussmöglichkeiten) können die entsprechenden Befugnisse zwar durch ebendiese gesellschaftsrechtliche oder vertraglichen Einflussmöglichkeiten ausgeübt werden, der Abwicklungsbehörde steht es aber jeweils offen, gem § 67 BaSAG weitere (nicht gesellschaftsrechtlich oder vertraglich eingeräumte) Steuerungsbefugnisse hoheitlich auszuüben; die gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen Einflussmöglichkeiten stellen insofern lediglich eine alternative Vorgehensweise da, die durch die Befugnisse nach § 67 BaSAG bei Bedarf komplettiert werden. § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG legt darüber hinaus kein Mindestmaß an gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen Einflussmöglichkeiten fest, die der Abwicklungsbehörde (separat von den Befugnissen nach § 67 BaSAG) zukommen müssen; diese ergeben sich aber zum Teil aus eigenständigen Vorschriften des BaSAG (zB § 83 Abs 1 Z 1 oder Abs 6 BaSAG).

Dieses hier vertretene, weite Verständnis der „ausschließlichen Steuerung“ iSd § 83 Abs 2 Z 2 BaSAG steht im Einklang mit dem Telos der Norm, der darin liegt, die Abwicklung der übertragenen Vermögenswerte durch die Abbaueinheit iSd BaSAG der vollständigen behördlichen Kontrolle zu unterwerfen. Das hohe Maß an behördlicher Kontrolle kompensiert die parallel erfolgende Deregulierung<sup>328</sup> der Abbaueinheit iSd BaSAG und den damit einhergehenden Entfall regulatorischer Ordnungsnormen<sup>329</sup>. Insofern liegt es nahe, dass ein höchstmögliches

---

<sup>328</sup> S dazu bereits 1.2.2(c)(ii) oben und 2.3 unten.

<sup>329</sup> S im Detail 2.3 unten.

Kontrollniveau erreicht werden soll und dadurch dem Begriff der „ausschließlichen Steuerung“ ein weites Verständnis beigemessen wird. Dies ist bereits dem Wortlaut („ausschließlich“) zu entnehmen, der zugleich begriffsnotwendig jede andere Steuerung als jene durch die Behörde verneint.

Im Zusammenhang mit der Steuerung der Abbaueinheit iSd BaSAG durch die Abwicklungsbehörde ist letztlich noch zu erwähnen, dass Strategie und Risikoprofil der Abbaueinheit iSd BaSAG einer Genehmigung der Abwicklungsbehörde bedürfen (§ 84 Abs 1 Satz 3 BaSAG).

(ii) Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten

Wie bereits eingangs angesprochen<sup>330</sup> ist das Instrument der Ausgliederung Vermögenswerten iSd §§ 82 ff BaSAG eines von vier Abwicklungsinstrumenten, die das BaSAG vorsieht (§ 74 Abs 2 BaSAG). Es handelt sich dabei um die Abwicklungsinstrumente der Unternehmensveräußerung, des Brückeninstituts, der Ausgliederung von Vermögenswerten und der Gläubigerbeteiligung (sog „Bail-in“).<sup>331</sup> Zusammen mit den sog „Abwicklungsbefugnissen“ bilden die Abwicklungsinstrumente die Krisenmanagementmaßnahmen des BaSAG (§ 2 Z 101 iVm Z 42 BaSAG).<sup>332</sup>

(A) Voraussetzungen zur Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG

(I) Abwicklungsinstrumente im Allgemeinen

Um das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten anwenden zu dürfen, müssen gem § 82 Abs 1 Satz 1 BaSAG die Abwicklungsvoraussetzungen nach § 49 BaSAG (bei Instituten) oder § 52 BaSAG (CRR-Finanzinstituten und Holdinggesellschaften) vorliegen („allgemeine Abwicklungsvoraussetzungen“)<sup>333</sup> sowie ein weiteres Abwicklungsinstrument angewendet werden. Die Notwendigkeit der Kombination des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach § 82 ff BaSAG mit anderen Abwicklungsinstrumenten soll

---

<sup>330</sup> S 1.2.4(a) oben.

<sup>331</sup> Vgl Hilkesberger/Schöller, ÖBA 2015, 533 (555).

<sup>332</sup> Vgl Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-2.

<sup>333</sup> Hilkesberger/Schöller, ÖBA 2015, 533 (555).

Wettbewerbsverzerrungen<sup>334</sup> und „Moral-Hazard“-Risiken<sup>335</sup> verhindern, die entstünden, wenn eine Bank durch das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten von „schlechten“ Vermögenswerten befreit wird.<sup>336</sup>

Auch bei Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen, besteht allerdings kein Zwang zur Anwendung eines (bestimmten) Abwicklungsinstruments; der Abwicklungsbehörde kommt hier ein Ermessensspielraum zu, wobei die Abwicklungsziele gem § 48 BaSAG zu berücksichtigen sind (§ 74 Abs 3 BaSAG). Die Abwicklungsinstrumente können kombiniert werden (wie erwähnt ist dies im konkreten Fall sogar zwingend vorgesehen, vgl §§ 74 Abs 3 letzter Satz und 82 Abs 1 Satz 1 BaSAG). Bei der Kombination der Instrumente des Brückeninstituts und der Ausgliederung von Vermögenswerten können Abbaueinheiten iSd BaSAG auch Vermögenswerte vom Brückeninstitut<sup>337</sup> erwerben (§ 82 Abs 5 BaSAG).

## (II) Spezifische Voraussetzungen und Leitlinien der EBA

Als spezifische Voraussetzung bei der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG sieht § 82 Abs 2 BaSAG vor, dass Übertragungen auf eine Abbaueinheit iSd BaSAG nur dann zulässig sind, wenn (alternativ) die Lage auf dem spezifischen Markt für diese Vermögenswerte derart ist, dass eine Verwertung dieser Vermögenswerte im Rahmen eines Konkursverfahrens negative Auswirkungen auf einen oder mehrere Finanzmärkte haben könnte (Z 1 *leg cit*), eine solche Übertragung erforderlich ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren des in Abwicklung befindlichen Instituts sicherzustellen (Z 2 *leg cit*), oder eine solche Übertragung erforderlich ist, um höchstmögliche Verwertungserlöse zu erzielen (Z 3 *leg cit*).<sup>338</sup>

---

<sup>334</sup> *Binder*, ZHR 2015, 83 (103); *Binder* in *Binder/Glos/Riepe*, Abschnitt Insolvenzbewältigung bei systemrelevanten Banken, Rz 72.

<sup>335</sup> *Bornemann* in *Beck/Samm/Kokemoor*, 214. AL 07/2020, c) Übertragungstransaktionen (Privatsektorlösung, Bad Bank und Bridge Bank) Rn 116.

<sup>336</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-17.

<sup>337</sup> S dazu näher 1.3.1 unten.

<sup>338</sup> Vgl *Jahn/Geier/Schmitt*, Abschnitt B.III. Rz 26 ff; *Binder* in *Binder/Glos/Riepe*, Abschnitt Insolvenzbewältigung bei systemrelevanten Banken Rz 72.

Diese Kriterien gehen auf Art 42 Abs 5 BRRD zurück und wurden von der EBA gem Art 42 Abs 14 BRRD mittels der Leitlinien zur Festlegung, wann eine Liquidation der Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens negative Auswirkungen auf einen oder mehrere Finanzmärkte haben könnte, analysiert.<sup>339</sup> Die Leitlinien nehmen damit insb auf das Erfordernis des § 82 Abs 2 Z 1 BaSAG und den durch diese Bestimmung (implizit) geforderten Vergleich zu einer Verwertung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Bezug.

Im Zuge dieser Bewertung soll die Abwicklungsbehörde die Marktlage und Auswirkungen der Veräußerung der gegenständlichen Vermögenswerte auf diese Märkte sowie die Finanzstabilität berücksichtigen (Punkt II.3. der Leitlinien), wofür bestimmte konkrete Kriterien genannt werden (Punkt II.4. der Leitlinien). Die Abwicklungsbehörde kann einzelfallabhängig aber weitere Elemente berücksichtigen, die konkret maßgeblich sind (Punkt II.5. der Leitlinien). Spezielle Beurteilungskriterien werden auch für Fälle vorgesehen, in denen rechtlich oder wirtschaftlich miteinander verbundene Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten (zB Derivatebestände) übertragen werden, etwa, dass auch Auswirkungen auf die Gegenparteien mit zu berücksichtigen sind (Punkt II.6. der Leitlinien).

Vor dem Hintergrund dessen spezifischen, sieht die Lehre den Anwendungsbereich des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG (bzw Art 42 BRRD) vor allem in „systemischen Krisen [...], in denen einerseits die normalerweise möglichen Verwertungsverfahren infolge gestörter Marktpreise für bestimmte Vermögenswerte nicht realisierbar sind und andererseits – bspw zur Absicherung der Kreditversorgung des Realsektors – eine effektive bilanzielle Bereinigung bei in die Krise geratenen Instituten sinnvoll erscheint.“<sup>340</sup>

---

<sup>339</sup> EBA 07.08.2015, EBA/GL/2015/05, abrufbar unter [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1156565/8cf69d01-3e3f-4768-9ea7-00013b97b1f4/EBA-GL-2015-05\\_EN\\_%20Guidelines%20on%20the%20asset%20separation%20tool.pdf?retry=1](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1156565/8cf69d01-3e3f-4768-9ea7-00013b97b1f4/EBA-GL-2015-05_EN_%20Guidelines%20on%20the%20asset%20separation%20tool.pdf?retry=1) (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>340</sup> *Binder in Binder/Glos/Riepe*, Abschnitt Insolvenzbewältigung bei systemrelevanten Banken Rz 73.

- (B) Vermögensübertragung auf die Abbaueinheit iSd BaSAG / Exkurs in das Spaltungsrecht
  - (I) Grundlegendes zur Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG

Zentraler Bestandteil des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG ist die Übertragung von Vermögenswerten, Rechten und/oder Verbindlichkeiten vom in Abwicklung befindlichen Institut auf eine Abbaueinheit iSd BaSAG. Dieser Übertragungsvorgang ist in § 83 Abs 1 BaSAG geregelt.

Die eigentliche Übertragung von Vermögenswerten<sup>341</sup> des in Abwicklung befindlichen Instituts auf die Abbaueinheit iSd BaSAG hat in Form eines Bescheids der Abwicklungsbehörde (*arg* „die Anordnung erlassen“, § 83 Abs 1 BaSAG) zu erfolgen; wenngleich nicht unmittelbar in § 83 Abs 1 BaSAG festgehalten, geht dies aus § 82 Abs 6 Z 1 BaSAG hervor, wo auf den die Übertragung anordnenden Bescheid Bezug genommen wird.

Die Vermögensübertragung vollzieht sich gem § 76 Abs 2 BaSAG ausschließlich nach Maßgabe der Bestimmungen des BaSAG und der gegenständlichen Anordnung der Abwicklungsbehörde (FMA). Es entfallen sowohl weitere gesellschaftsrechtlich, als auch (sogar) etwaige vertraglich erforderliche Verfahrensschritte, wie etwa Hauptversammlungs- bzw Generalversammlungsbeschlüsse (Z 1 *leg cit*), gesetzlich oder vertraglich erforderliche Beteiligungs- oder Zustimmungserfordernisse gelten als erfüllt (Z 2 *leg cit*), Eintragungen in Registern und im Grundbuch haben lediglich deklarative Wirkung für den Rechtsübergang (Z 3 *leg cit*), Urkunden einschließlich Sammelurkunden, werden durch die Anordnung umgestaltet aber müssen nicht ausgetauscht oder berichtigt werden (Z 4 *leg cit*) und die Einhaltung von Form- oder sonstigen Vorschriften außerhalb des BaSAG nicht erforderlich ist (Z 5 *leg cit*).

Eine insolvenzrechtliche Anfechtung der Vermögensübertragung ist ausgeschlossen (§ 74 Abs 6 BaSAG).<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> S zum Umfang der übertragbaren Vermögenswerte, insb hinsichtlich der Übertragbarkeit von Anteilen 1.2.4(b)(i)(B) oben.

<sup>342</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(V) unten.

Weiters ist für die Übertragung keine Zustimmung von Anteilseignern oder Dritten einzuholen und Verfahrensvorschriften nach Gesellschafts- und Wertpapierrecht sind nicht einzuhalten (§ 82 Abs 1 Satz 3 BaSAG).

Darüber hinaus räumt § 117 BaSAG bei der Anwendung von Abwicklungsinstrumenten generell (somit auch bei der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten) dem BaSAG Vorrang gegenüber entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen ein und sieht vor, dass gesellschaftsrechtliche Vorschriften von der Abwicklungsbehörde nur insoweit einzuhalten sind, als dies mit dem BaSAG vereinbar ist.

#### (I) (Gesellschaftsrechtliche) Offene Fragen

Diese gesellschaftsrechtlich weitreichenden Sonderbestimmungen des BaSAG dienen der Effektivität der Befugnisse der Abwicklungsbehörde in der Anwendung der (harmonisierten) Abwicklungsinstrumente. Sie beruhen auf den Vorgaben der BRRD (vgl Art 42 Abs 1 BRRD) und wurden im BaSAG ohne Spezifizierungen oder Anpassungen an nationale Spezifika des (Gesellschafts-)Rechts übernommen. Während es bei Richtlinien aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen, mit denen die Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu bringen sein werden, zweckmäßig erscheint, bestimmte Vorgaben als programmatische Generalklauseln zu formulieren (zB „[...] ohne dass die Verfahrensvorschriften nach dem Gesellschaftsrecht oder Wertpapierrecht einzuhalten sind“, Art 42 Abs 1 BRRD), bestünde dazu bei der vorliegenden nationalen Umsetzung im BaSAG grundsätzlich kein Anlass. Vielmehr entstehen durch die unkonkrete Umsetzungsgesetzgebung (vgl die nahezu wortgleiche Umsetzung in § 82 Abs 1 Satz 3 BaSAG) vermeidbare Unklarheiten. So bleibt zunächst unklar, welche gesellschaftsrechtlichen bzw wertpapierrechtlichen Bestimmungen bei einer Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG konkret unanwendbar bleiben sollen. Auch ist fraglich, ob die Bestimmungen des BaSAG (und die Übertragungsanordnung) überhaupt ausreichen, ob, wie § 76 Abs 2 BaSAG anordnet, Übertragungen nach § 82 BaSAG ausschließlich auf ihrer Grundlage vollziehen zu können oder ob es darüber hinausgehenden Regelungsbedarf zu decken gibt; dabei ist vor allem an Rechtssicherheits- und Verkehrsschutzaspekte und auf die vom



BaSAG selbst angestrebten Ziele, zu denen die geordnete Abwicklung von Instituten im Bedarfsfall zählt<sup>343</sup>, zu denken.

(II) Relevanz des Spaltungsrechts für das  
Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von  
Vermögenswerten

Aufgrund der Knappheit der Regelungen im BaSAG zur Funktionsweise von Übertragungen nach § 82 BaSAG liegt es nahe, einen Blick auf ähnlich gelagerte Vermögensübertragungsstrukturen im Gesellschaftsrecht zu werfen um herauszufinden, ob über die Bestimmungen des BaSAG hinaus offener Regelungsbedarf besteht und ob die Bestimmungen des BaSAG, wonach sich die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG lediglich nach Maßgabe des BaSAG vollzieht und gesellschaftsrechtliche Bestimmungen unangewendet bleiben, praktikabel oder möglicherweise lückenhaft sind.

Auch soll geprüft werden, ob sich aus bestehenden rechtlichen Strukturen zu Vermögensübertragungen Aufschlüsse zur Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG gewinnen lassen.

(aa) Ähnlichkeiten zwischen § 82 ff BaSAG und  
Abspaltungen zur Neugründung/Aufnahme

Betrachtet man den gegenständlichen Übertragungsvorgang aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts, um herauszufinden, welchen gesellschaftsrechtlichen Regelungen ein derartiger Übertragungsvorgang außerhalb des BaSAG unterfallen würde, so stellt man fest, dass das (wirtschaftliche) Ergebnis von Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG jenem einer Spaltung ähnelt:

Bei einer Spaltung werden – wie auch bei der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG – Teile des Vermögens einer übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge<sup>344</sup> auf eine andere Gesellschaft übertragen.<sup>345</sup> Dabei wird zwischen Spaltungen zur Neugründung (§§ 2 bis 16 SpaltG) und Spaltungen zur Aufnahme (§ 17 SpaltG)

---

<sup>343</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (1).

<sup>344</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(E) unten.

<sup>345</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung Einl Rz 1.

unterschieden, wobei bei ersterer das betroffene Vermögen auf eine neu zu errichtende Gesellschaft, bei zweiterer auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen wird.<sup>346</sup>

Es besteht bei der Übertragung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG eine größere Ähnlichkeit zur Spaltung zur *Aufnahme*; dies ist daraus abzuleiten, dass die Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG *nicht* in den (hoheitlich erfolgenden) Prozess der Vermögensübertragung eingegliedert ist sondern separat bzw vorgelagert erfolgt (vgl § 82 BaSAG) und die übertragende Gesellschaft weder als Gründerin auftritt noch den ersten Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft bestellt (§ 83 Abs 1 BaSAG; vgl auch § 83 Abs 6 BaSAG).

Dieses Ergebnis dürfte (im Umkehrschluss) auch mit aus *Schauers* Überlegungen zu Auslagerungsvorgängen im Allgemeinen abzuleiten sein, denn *Schauer* qualifiziert Konstruktionen, in denen die Entstehung und Errichtung des aufnehmenden Rechtsträgers *ex lege* vorgesehen ist, als „funktionale“ Abspaltung zur *Neugründung*<sup>347</sup>. Die Abbaueinheit iSd BaSAG entsteht ihrerseits aber durch privatrechtlichen Akt<sup>348</sup>, weshalb gerade keine derartige Konstruktion vorliegt.

Unter Heranziehung der Differenzierungen des § 1 Abs 2 SpaltG ist ferner von einer *Abspaltung* zur Aufnahme auszugehen, da die übertragende Gesellschaft (dh das in Abwicklung befindliche Institut) nicht gleichzeitig ohne Abwicklung beendet wird<sup>349</sup>.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Regelungen zum Spaltungsrecht und insb die Regelungen zur Abspaltung zur Aufnahme<sup>350</sup> auf ihre Relevanz für Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG zu prüfen; dies scheint auch deshalb vielversprechend, weil die zentralen Regelungsanliegen des Spaltungsrechts, nämlich die Individualisierbarkeit des übertragenen und

---

<sup>346</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 1 Rz 13.

<sup>347</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 138.

<sup>348</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (15), S näher zur Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(b)(i) oben.

<sup>349</sup> Vgl § 74 Abs 4 BaSAG sowie *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-7.

<sup>350</sup> S überblicksartig bei *Rieder/Huemer*, S 436.

verbleibenden Vermögens, Gesellschafter- sowie Gläubigerschutz, auch bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG durchaus berücksichtigungswürdig sind.

Diesem Auslegungsansatz steht in einem Spannungsfeld zu § 76 Abs 2 BaSAG, wonach Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG nur nach Maßgabe des BaSAG erfolgen sollen. Gerade um die Reichweite dieser Bestimmung zu hinterfragen, der zufolge das SpaltG *prima vista* unangewendet bleiben müsste, ist aber ein Blick ins Spaltungsrecht erforderlich, da der Anwendungsbereich des SpaltG etwa dann offenstehen würde, wenn die Regelungen des BaSAG planwidrige Lücken und das SpaltG analogiefähige Regelungen enthalten würden.<sup>351</sup> Ohnehin kann das SpaltG, wenn überhaupt, nur *per analogiam* zur Anwendung gelangen, da es sich bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG trotz der aufgezeigten Parallelen formell um keine Spaltung handelt.

#### (bb) Konzeptuelle Unterschiede zur Spaltung

Allen Überlegungen zur Relevanz spaltungsrechtlicher Vorschriften bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG ist gleich eingangs voranzustellen, dass zwischen Spaltungen und Vermögensübertragungen iSd § 82 BaSAG neben den angesprochenen Parallelen auch maßgebliche Unterschiede bestehen:

Im Unterschied zur Spaltung werden bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG als Gegenleistung für das übertragene Vermögen den Anteilsinhabern der „übertragenden Gesellschaft“ (dh des in Abwicklung befindlichen Instituts) *keine* Anteile der übernehmenden Gesellschaft (dh der Abbaueinheit iSd BaSAG) gewährt. Stattdessen sieht das BaSAG eigene Regelungen für eine Gegenleistung und deren Bemessung vor.<sup>352</sup>

Ferner erfolgt die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG durch hoheitliche Anordnung<sup>353</sup> und wird von der Abwicklungsbehörde nach § 83 Abs 1 BaSAG „oktroziert“, während die Spaltung

---

<sup>351</sup> S näher zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses und zum Vorliegen planwidriger Lücken etwa *Schauer* in *Kletečka/Schauer* § 7 Rz 6.

<sup>352</sup> S dazu 1.2.4(b)(ii)(D) oben.

<sup>353</sup> S 1.2.4(b)(ii) und 1.2.4(a) oben.

einen privatrechtlichen Akt darstellt, der von den beteiligten Gesellschaften selbst vorgenommen wird (vgl § 1 SpaltG).

Während die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG mit Rechtskraft des anordnenden Bescheids der Abwicklungsbehörde wirksam wird<sup>354</sup>, treten die (Außen-)Wirkungen einer Spaltung mit Firmenbucheintragung ein<sup>355</sup>. Die Notwendigkeit einer Firmenbucheintragung ist bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG ohnehin wohl nur in Einzelfällen, und jedenfalls nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung, gegeben.<sup>356</sup>

Auch sieht das BaSAG eigene Bestimmungen zum Gläubigerschutz vor<sup>357</sup>, die vom Gläubigerschutz im Spaltungsrecht abweichen. Als Grundprinzip gilt dabei, dass Gläubiger des in Abwicklung befindlichen Instituts (dh der übertragenden Gesellschaft) nicht schlechter gestellt werden dürfen als im Falle eines Insolvenzverfahrens (sog „*No creditor worse off*“-Prinzip). Dies stellt einen erheblich geringeren Schutzmaßstab dar als dies beim Gläubigerschutz im Spaltungsrecht der Fall ist; hier gelten der (bei der Spaltung zur Aufnahme allerdings überlagerte)<sup>358</sup> Summengrundsatz bzw die Regelungen zur Kapitalherabsetzung<sup>359</sup> und ferner die Spaltungshaftung nach § 15 SpaltG.<sup>360</sup> § 82 Abs 8 BaSAG besagt nämlich, dass Gläubiger des in Abwicklung befindlichen Instituts (dh der übertragenden Gesellschaft) und sonstige Dritte, deren Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten nicht auf die Abbaueinheit übertragen werden, unbeschadet der Schutzbestimmungen gemäß den §§ 106 ff BaSAG<sup>361</sup>, keinerlei Rechte in Bezug auf die der Abbaueinheit übertragenen Vermögenswerte, Rechte oder Verbindlichkeiten oder gegenüber der Abbaueinheit oder ihren Organen haben.

---

<sup>354</sup> S 1.2.4(b)(ii)(F) unten.

<sup>355</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 SpaltG Rz 53.

<sup>356</sup> S 1.2.4(b)(ii)(F) unten.

<sup>357</sup> S 1.2.4(b)(ii)(C) unten.

<sup>358</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 SpaltG Rz 81 ff.

<sup>359</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 SpaltG Rz 84 ff.

<sup>360</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 15 SpaltG.

<sup>361</sup> S dazu 1.2.4(b)(ii)(C) unten.

Das unterschiedliche Schutzniveau von Gläubigern muss dabei auf die wirtschaftlichen Begleitumstände der Vermögensübertragung (insb des in Abwicklung befindlichen Instituts) und die Sanierungsziele des BaSAG zurückgeführt werden und ist vor dem Hintergrund nachvollziehbar: Während beim Grundszenario einer Spaltung iSd SpaltG eine privatrechtliche Vermögensübertragung zwischen solventen Gesellschaften erfolgt, werden Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG als Instrument zur Krisenbewältigung eingesetzt (vgl § 53 BaSAG; Erwägungsgrund 41 BRRD). Dabei wird (durchaus bewusst) in Kauf genommen, dass Gläubiger des betreffenden Instituts Verluste erleiden (vgl § 53 Abs 1 Z 2 BaSAG).<sup>362</sup>

(cc) Aufgrund konzeptueller Unterschiede nicht für eine Analogie in Betracht kommende Regelungsbereiche des Spaltungsrechts

Im Lichte dieser konzeptuellen Unterschiede zwischen Spaltung und Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG können jene Bereiche des Spaltungsrechts herausgearbeitet werden, deren Inhalte für eine analoge Anwendung auf Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG bereits von vornherein ausscheiden, weil eine Analogie schon entweder aufgrund der diesbezüglich unterschiedlichen Ausgangssituation oder aufgrund des Bestehens eigener Bestimmungen des BaSAG, die das Vorliegen einer planwidrigen Lücke ausschließen, ausscheidet.<sup>363</sup>

Aufgrund der eigenen Regelungen zum Gläubigerschutz im BaSAG kommen diesbezügliche Regelungen des Spaltungsrechts, nämlich Vorschriften zur Kapitalaufbringung bzw -erhaltung sowie Summengrundsatz und Spaltungshaftung für eine analoge Anwendung nicht in Betracht.

Dasselbe gilt für Vorschriften des SpaltG, die die Willensbildung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften sowie für die Spaltung bzw deren Eintragung im Firmenbuch erforderlichen Unterlagen regeln. Dies umfasst die Erstellung eines Spaltungsplans bzw eines Spaltungs- und Übernahmevertrags<sup>364</sup> sowie Beschlussfassungserfordernisse und Prüf- und Berichtspflichten von Organen der beteiligten Gesellschaften, nebst dem gesamten spaltungsrechtlichen Firmenbuchverfahren. Genannte Regelungen des Spaltungsrechts bleiben, insb aufgrund der

---

<sup>362</sup> Vgl *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.IV. Rn 19.

<sup>363</sup> S näher zu den genannten Voraussetzungen eines Analogieschlusses bspw *Kodek in Rummel/Lukas* § 7 Rz 36 ff mwN.

<sup>364</sup> S allerdings zu den Inhalten des Spaltungs- und Übernahmevertrags 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(dd) unmittelbar unterhalb.

ausdrücklichen Regelungen in § 76 Abs 2 BaSAG sowie der behördlichen, hoheitlichen Vornahme der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG, die eine Ähnlichkeit zu den genannten Regelungen des Spaltungsrechts und somit deren analoge Heranziehung ausschließen, unangewendet.

Zudem bleiben jene Bestimmungen des Spaltungsrechts außer Betracht, die auf der Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden Gesellschaft beruhen. Dies umfasst das Barabfindungsangebot nach § 9 SpaltG, da das Konzept einer (nicht-)verhältnismäßigen Spaltung im Kontext einer Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG mangels Anteilsgewährung an der „übernehmenden Gesellschaft“ (dh der Abbaueinheit iSd BaSAG) nicht von Relevanz ist. Den Gesellschaftern des in Abwicklung befindlichen Instituts kommt nach dem Konzept der §§ 82 ff BaSAG kein vergleichbarer Schutz zu Gute – vielmehr sind diese innerhalb der „Verlusttragungskaskade“ innerhalb der Abwicklungsziele des BaSAG (§ 53 BaSAG) gerade diejenigen, die etwaige Verluste primär tragen sollen (§ 53 Abs 1 Z 1 BaSAG). Daher fehlt eine Analogiegrundlage für die genannten Bestimmungen des Spaltungsrechts.

Aufgrund der behördlichen Anordnung der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG und der im BaSAG für Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG eigens vorgesehenen Prüf- und Bewertungsvorschriften entfällt weiters die Spaltungsprüfung iSd § 5 SpaltG.

#### (dd) Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags

Gem § 17 Abs 1 SpaltG ist bei Spaltungen zur Aufnahme<sup>365</sup> ein Spaltungs- und Übernahmevertrag abzuschließen, dessen Mindestinhalt sich aus §§ 2, 17 SpaltG iVm 220 Abs 2 AktG ergibt.<sup>366</sup> Dass formell ein derartiger Spaltungs- und Übernahmevertrag im Zuge einer Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG zu erstellen ist, wurde bereits durch die bisherigen Überlegungen<sup>367</sup> verneint. Der Spaltungs- und Übernahmevertrag wird (formell) durch die Übertragungsanordnung der Abwicklungsbehörde ersetzt.

In Bezug auf Funktion und Zweck des Spaltungs- und Übernahmevertrags ist dabei daran zu erinnern, dass der Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht nur dazu dient, die rechtsgeschäftliche

---

<sup>365</sup> S zur Heranziehung dieser Variante der Spaltung näher 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(aa) oben.

<sup>366</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 SpaltG Rz 98.

<sup>367</sup> S 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(cc) unmittelbar oberhalb.

Basis für den Spaltungsvorgang abzubilden, sondern durch seinen gesetzlich vorgegebenen Inhalt auch die Organisation bzw Strukturierung der Spaltung sowie die Information der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer vornimmt.<sup>368</sup>

Da das BaSAG zur Dokumentation der Vermögensübertragung nur die Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG vorsieht und diese somit formell den Spaltungs- und Übernahmevertrag iSd SpaltG ersetzt, wären diese vorgenannten Funktionen des Spaltungs- und Übernahmevertrags bei einer Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG von ebendieser Übertragungsanordnung zu erfüllen. Nur so kann auch *funktional* der Spaltungs- und Übernahmevertrag tatsächlich ersetzt werden; denn die Organisation und Strukturierung der Vermögensübertragung (iSd Zuordenbarkeit der betroffenen Vermögensgegenstände) und deren möglichst eindeutige Dokumentation sowie die Information Dritter stellen zweifellos Regelungsbereiche und -ziele dar, die nicht nur bei Spaltungen, sondern auch bei einer Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG von Bedeutung sind. Das ergibt sich bereits aus Rechtssicherheits- bzw Verkehrsschutzaspekten.

Dass Spaltungs- und Übernahmeverträge ihren Zielvorgaben gerecht werden gewährleisten die inhaltlichen Anforderungen des SpaltG an ebendiese;<sup>369</sup> umso bemerkenswerter ist daher der Umstand, dass das BaSAG keine inhaltlichen Anforderungen an die Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG stellt. Es liegt daher die Überlegung nahe, ob die Inhaltserfordernisse des Spaltungs- und Übernahmevertrags iSd SpaltG nicht (teilweise) analog für die Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG gelten müssen, sodass diese die angestrebte Vermögensübertragung mit ausreichender Rechtssicherheit und Bestimmtheit organisieren und strukturieren kann.

Bei näherer Prüfung der Inhalte von Spaltungs- und Übernahmeverträgen wird allerdings zunächst erneut sichtbar, dass diese teilweise mit dem Wesen der Übertragungsanordnung nach § 82 BaSAG inkompatibel sind:

Etwa ist mE eine Übertragungserklärung (§ 2 Abs 1 Z 2 SpaltG) für die Übertragungsanordnung nach § 82 BaSAG nicht von Relevanz, weil keine zivilrechtliche Vermögensübertragung erfolgt,

---

<sup>368</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 SpaltG Rz 5.

<sup>369</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 SpaltG Rz 4.

sondern die Übertragung behördlich angeordnet wird. Die Übertragungserklärung wird daher durch die behördliche Übertragungsanordnung der Abwicklungsbehörde in Bescheidform<sup>370</sup> ersetzt. Da im Zuge einer Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG die Beteiligungen an den involvierten Gesellschaften nicht verändert werden sollen, keine Mitgliedschaftsrechte gewährt oder geändert und keine Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft gewährt werden sollen (stattdessen ist eine bestimmte Gegenleistung an das in Abwicklung befindliche Institut zu leisten)<sup>371</sup>, scheiden auch jene Inhalte von Spaltungs- und Übernahmeverträgen aus, die Beteiligungsverhältnisse zum Inhalt haben; das betrifft die in § 2 Abs 1 Z 3, 5, 6, 8 und 13 SpaltG genannten Inhaltsanforderungen. Wegen der Sondervorschriften des BaSAG zu den Eröffnungsbilanzen der „aufnehmenden Gesellschaft“ (dh der Abbaueinheit iSd BaSAG, vgl § 83 Abs 1 BaSAG)<sup>372</sup> sowie dem Umstand, dass bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG keine privatautonom, durch Vereinbarung der beteiligten Gesellschaften erfolgende Vermögensübertragung samt privatautonom festgelegter Stichtage vorgenommen wird, scheidet auch die Heranziehung von § 2 Abs 1 Z 7 SpaltG (Festlegung eines Spaltungsstichtages) für Übertragungsanordnungen nach § 82 BaSAG aus. Dasselbe gilt für § 2 Z 12 SpaltG (Bilanzen der beteiligten Gesellschaften).

Einige inhaltliche Kriterien von Spaltungs- und Übernahmeverträgen scheinen allerdings durchaus auch für Übertragungsanordnungen nach § 82 BaSAG von Relevanz zu sein:

So ist auch bei Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG schon aus Gründen der Bestimmtheit relevant, Firma und Sitz der beteiligten Gesellschaften zu nennen (vgl § 2 Abs 1 Z 1 SpaltG). Darüber scheint es unverzichtbar, eine Zuordnung der Vermögenswerte vorzunehmen (vgl § 2 Abs 1 Z 10 SpaltG), wofür eine Zweifelsregel für nicht zuordenbare Vermögenswerte jedenfalls bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG gleichermaßen zweckmäßig ist, wie bei Spaltungen (vgl § 2 Abs 1 Z 11 SpaltG). Wenngleich sich die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG lediglich nach Maßgabe des BaSAG vollziehen soll (§ 76 Abs 2 BaSAG), ist eine analoge Anwendung dieser Vorgaben zum Inhalt des Spaltungs- und Aufnahmevertrags aufgrund

---

<sup>370</sup> S dazu 1.2.4(b)(ii)(B)(I) oben.

<sup>371</sup> S dazu 1.2.4(b)(ii)(D) unten.

<sup>372</sup> S 1.2.4(b)(i)(B) oben.



zu knapper Regelungen des BaSAG zur Übertragungsanordnung geboten. Da infolge dieser knappen Regelungen die Gefahr besteht, dass etwaige Vermögensübertragungen unzureichend organisiert und strukturiert sind<sup>373</sup>, sind an dem BaSAG an diesen Stellen planwidrige Lücken zu konstatieren und eine analoge Heranziehung der genannten Regelungen des Spaltungsrechts aufgrund der diesbezüglich ähnlichen Ausgangssituation<sup>374</sup> geboten. Zugleich ist nämlich nicht ersichtlich, warum Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG geringeren Regelungsbedarf hinsichtlich Rechtssicherheit, Bestimmtheit und Organisation aufweisen sollte, als Spaltungen; denn gerade Vermögensübertragungen nach dem BaSAG sind volkswirtschaftlich von besonderer Relevanz und betreffen, aufgrund des möglichen Adressatenkreises (insb Banken), typischerweise eine Vielzahl von Vermögenswerten und Gläubigern bzw Vertragspartnern.

Der hier vorgeschlagene Analogieschluss ist auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes sinnvoll, das die ausreichende Determinierbarkeit von Verwaltungshandeln fordert<sup>375</sup>.

Selbst wenn man – anders als die hier vertretene Auffassung – etwa aufgrund bestimmter Sonderbestimmungen des BaSAG (zB § 76 Abs 2 BaSAG) eine analoge Anwendung des Spaltungsrechts *per se* ausschließt, erschiene ein Orientieren an den vorstehend bezeichneten Regelungen zum Mindestinhalt des Spaltungs- und Aufnahmevertrags bei der Erstellung der Übertragungsanordnung nach § 82 BaSAG noch immer aus rein praktischen Gründen (Zuordenbarkeit der Vermögenswerte) sinnvoll.

(ee) Auskunftsanspruch nach § 16 SpaltG / Recht auf Akteneinsicht nach dem AVG

§ 16 SpaltG statuiert einen Auskunftsanspruch für jeden, der in seinen rechtlichen Interessen durch eine Spaltung iSd SpaltG betroffen ist (insb Anteilsinhaber, Gläubiger und Vertragspartner der übertragenden Gesellschaft).<sup>376</sup> Die Anspruch richtet sich gegen jede an der Spaltung beteiligten

---

<sup>373</sup> Vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 2 SpaltG Rz 4, wonach ohne die maßgeblichen Mindestinhalte des Spaltungsplans bzw Spaltungs- und Übernahmevertrags die Spaltung mangels Bestimmtheit scheitern müsste.

<sup>374</sup> S 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(aa) oben.

<sup>375</sup> *Berka*, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts Rz 509; s auch FN 373.

<sup>376</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 16 SpaltG Rz 6.

Gesellschaft<sup>377</sup> und betrifft die Vermögenszuteilung im Zuge der Spaltung; so kann der Hauptschuldner ermittelt und festgestellt werden, welche Gesellschaft sonst zur Haftung herangezogen werden kann.<sup>378</sup> Der Auskunftsanspruch ist zivilgerichtlich im Außerstreitverfahren durchzusetzen.<sup>379</sup>

Der Normzweck des § 16 SpaltG und des darin normierten Anspruchs auf Auskunftserteilung besteht in der Nachvollziehbarkeit der Vermögenszuteilung und dem damit verbundenen Schutz von Vertragspartnern, Gläubigern und Gesellschaftern der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften.<sup>380</sup> Dieser Normzweck lässt problemlos auf die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG umlegen. Die Relevanz des Auskunftsgegenstands der Vermögenszuteilung lässt sich schon an § 82 Abs 8 BaSAG ableiten, wonach Gläubiger des in Abwicklung befindlichen Instituts, deren Rechte nicht auf die Abbaueinheit übertragen werden, vorbehaltlich Schutzbestimmungen der §§ 106 ff BaSAG keinerlei Rechte in Bezug auf die übertragenen Vermögenswerte bzw gegenüber der Abbaueinheit haben. Umso relevanter erscheint die Information über die Vermögenszuteilung im Zuge der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG.

Für die analoge Anwendung des Auskunftsanspruchs nach § 16 SpaltG kommt allerdings nur in Betracht, wenn die Anspruchsberechtigten (dh jene, die in ihren rechtlichen Interessen durch die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG betroffen sind) nicht bereits nach den bestehenden Regelungen einen gleichwertigen Anspruch auf Auskunftserteilung haben. Fraglich ist daher vor allem, ob sich ein gleichwertiges Auskunftsrecht aus den bestehenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften gegen die FMA als Abwicklungsbehörde herleiten lässt.

Gem § 17 AVG besteht ein Recht auf Akteneinsicht für Parteien im Sinne des § 8 AVG in Bezug auf Aktien oder Aktenteile, die ihre Sache betreffen.<sup>381</sup> Voraussetzung für das Recht auf Akteneinsicht sind ein Verwaltungsverfahren bei der Behörde, der gegenüber die Einsicht begehrt

---

<sup>377</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 16 SpaltG Rz 7.

<sup>378</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 16 SpaltG Rz 4.

<sup>379</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 16 SpaltG Rz 9.

<sup>380</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 16 SpaltG Rz 3.

<sup>381</sup> Hengstschläger/Leeb § 17 Rz 2; VwGH 27.9.2011, 2010/12/0184.

wird<sup>382</sup> und die Parteistellung des Auskunftswerbers. Das Recht auf Akteneinsicht gilt auch in bereits rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren.<sup>383</sup>

Die Parteistellung für Zwecke des Rechts auf Akteneinsicht richtet sich nach § 8 AVG, wonach Parteien insb Personen sind, die vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses an der Sache (dh der Angelegenheit, die den Gegenstand des Verfahrens bildet und von der Behörde durch Bescheid geregelt wird)<sup>384</sup> beteiligt ist.<sup>385</sup> Umfasst sind hiernach Personen, deren subjektive Rechtssphäre im Verfahren unmittelbar berührt wird bzw deren Rechtsstellung durch den Bescheid eine Änderung erfahren kann;<sup>386</sup> dies kann auch die privatrechtliche Rechtsstellung betreffen.<sup>387</sup>

Vor diesem Hintergrund sind die (im Falle einer etwaigen analogen Anwendung) unter § 16 SpaltG Auskunftsberechtigten jedenfalls als Partei im Sinne des § 8 AVG in Hinblick auf das Verwaltungsverfahren zur Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG bzw den betreffenden Übertragungsbescheid zu qualifizieren. Das lässt sich bereits daran erkennen, dass sich für Gläubiger und Vertragspartner des in Abwicklung befindlichen Instituts (dh der übertragenden Gesellschaft) möglicherweise der Vertragspartner bzw Schuldner ändert und bei für Anteilsinhaber des in Abwicklung befindlichen Instituts die Vermögenssituation und andere maßgebliche Umstände (Anwendung eines Abwicklungsinstruments an sich) in Hinblick auf die Gesellschaft, deren Anteile sie halten. Hierdurch wird jedenfalls in die subjektive Rechtssphäre dieser Personen eingegriffen, woraus sich die Parteistellung zweifellos ableiten lässt. Auch ein Blick auf den Wortlaut des § 16 Abs 1 SpaltG bestätigt dieses Ergebnis, da auf Personen Bezug genommen wird, die in ihren „rechtlichen Interessen betroffen“ sind; dies ist durchaus ähnlich zum Parteienbegriff des § 8 AVG.

---

<sup>382</sup> VwGH 26.6.2012, 2011/11/0005; VwGH 9.6. 1995, 95/02/0146.

<sup>383</sup> VwSlg 8444 A/1973.

<sup>384</sup> VwGH 23.5.2002, 99/07/0026.

<sup>385</sup> *Hengstschläger/Leeb* § 8 Rz 9.

<sup>386</sup> *Hengstschläger/Leeb* § 8 Rz 4.

<sup>387</sup> VwSlg 10.476 A/1981; VfSlg 4227/1962.

Das Recht auf Akteneinsicht umfasst Akten(-bestandteile), die die jeweilige Sache der Partei betreffen; die Bezug habenden Akten sind vollständig zur Einsicht zur Verfügung zu stellen.<sup>388</sup> Aufgrund dieses weit gefassten Gegenstands des Rechts auf Akteneinsicht ist davon auszugehen, dass die bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG erfolgte oder erfolgende Vermögenszuteilung jedenfalls vom Akteneinsichtsrecht umfasst wäre.

Eine planwidrige Lücke, die zur analogen Anwendbarkeit von § 16 SpaltG bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG führen könnte, scheidet in Folge aus, weil die unter § 16 SpaltG Auskunftsberechtigten bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG jeweils Parteien im Sinne des § 8 AVG sind und damit die von § 16 SpaltG umfassten Auskünfte allenfalls im Wege der Akteneinsicht nach § 17 AVG von der FMA als Abwicklungsbehörde erlangen können.

Dieses Ergebnis ist auch deshalb sachgerecht, weil es die Unterschiede zwischen Spaltungen und Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG reflektiert: die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG wird nämlich behördlich angeordnet, Spaltungen von den daran beteiligten Gesellschaften privatrechtlich vorgenommen.<sup>389</sup> Schlüssigerweise richtet sich daher der Auskunftsanspruch bei Spaltungen gem § 16 SpaltG gegen die beteiligten Gesellschaften und bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG gegen die zuständige Behörde (FMA) und ist bei Spaltungen nach § 16 SpaltG im Zivilrechtsweg und bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG im Verwaltungsverfahrensweg<sup>390</sup> durchzusetzen.

---

<sup>388</sup> VwGH 28.1.2004, 2003/12/0173.

<sup>389</sup> S im Detail ab 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(bb) oben.

<sup>390</sup> S näher bei *Hengstschläger/Leeb* § 17.

§ 16 SpaltG kommt daher bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG nicht zur Anwendung.

(ff) Spaltungsrechtliche Sondervorschriften für  
Kreditinstitute im BWG

Das BWG sieht für Spaltungen von Kreditinstituten bestimmte Sonderregelungen vor, etwa bedürfen gem § 21 Abs 1 Z 6 BWG Spaltungen von Kreditinstituten (einschließlich Abspaltungen zur Aufnahme)<sup>391</sup> einer Bewilligung der FMA. Nach Lit und Rsp ist daraus abzuleiten, dass der Spaltungsvorgang bis zu dieser Bewilligung als aufschiebend bedingt angesehen und folglich erst mit erteilter Bewilligung wirksam ist.<sup>392</sup>

Die analoge Anwendung dieser Regelung auf Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG kommt allerdings nicht in Betracht. Da die Vermögensübertragung nach § 82 ff BaSAG kein privatrechtlicher Vorgang ist, sondern behördlich angeordnet wird, kann eine gesonderte behördliche Genehmigung sinnvollerweise keine Wirksamkeitsvoraussetzung sein. Außerdem ist die eine Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG anordnende Abwicklungsbehörde ident mit der für Genehmigungen nach § 21 BWG zuständigen FMA (vgl § 3 Abs 1 BaSAG); eine „doppelte“ Genehmigung durch dieselbe Behörde wäre ein abwegiges Auslegungsergebnis.

Wie unterhalb detaillierter ausgeführt wird, hängt allerdings auch bei der Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG der Wirksamkeitszeitpunkt der partiellen Gesamtrechtsnachfolge vom betreffenden Bescheid der Abwicklungsbehörde (FMA) ab, weshalb aus § 21 BWG Rückschlüsse auf die Funktionsweise der Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG gezogen werden können, auf die unterhalb näher eingegangen wird.<sup>393</sup>

---

<sup>391</sup> Wagner in Dellinger § 21 Rz 40.

<sup>392</sup> Wagner in Dellinger § 21 Rz 1.

<sup>393</sup> S 1.2.4(b)(ii)(E) und 1.2.4(b)(ii)(F) unten.

#### (gg) Fazit

Aufgrund der konzeptuellen Unterschiede zwischen Spaltungen (iSd SpaltG) und Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG sowie spezifischer Regelungen des BaSAG scheiden weite Teile des Spaltungsrechts als Analogiegrundlage aus.

Eine analoge Anwendung spaltungsrechtlicher Regelungen kommt aber hinsichtlich der Organisation und dem diesbezüglichen Regelungsbedarf bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG (vor allem betreffend die Zuordenbarkeit von Vermögenswerten) durchaus in Betracht, da hier das BaSAG planwidrig keine hinreichenden Anforderungen stellt und etwa den Inhalt der Übertragungsanordnung der Abwicklungsbehörde nicht determiniert. Aufgrund der diesbezüglich gleichen Regelungsziele kann hierfür auf die Regelungen zum Mindestinhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags zurückgegriffen werden, sodass die Abwicklungsbehörde in ihrem Bescheid zumindest eine Zuordnung der Vermögenswerte mit Zweifelsregel und Details zu den betroffenen Rechtsträgern (dh zum in Abwicklung befindlichen Institut und der Abbaueinheit iSd BaSAG) aufzunehmen hat (§ 2 Abs 1 Z 1, 10 und 11 SpaltG *per analogiam*).

Bei Vermögensübertragungen nach § 82 f BaSAG besteht kein Auskunftsanspruch nach § 16 SpaltG *per analogiam*, die entsprechenden Auskünfte können kraft Parteistellung im Sinne des AVG aber im Wege der Akteneinsicht (§ 17 AVG) erlangt werden.

#### (C) Gläubigerschutzbestimmungen im BaSAG

§§ 106 ff BaSAG beinhalten Bestimmungen zum Schutz von Gläubigern, die im Falle der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG greifen.

Gem § 106 Abs 1 BaSAG haben im Fall einer partiellen Übertragung der Vermögenswerte des in Abwicklung befindlichen Instituts – sohin auch bei einer Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG<sup>394</sup>, wobei Fälle der gemeinsamen Anwendung mit dem „Bail-in“-Instrument (vgl § 106 Abs 1 Satz 1 BaSAG) ausgenommen sind – die Gläubiger, deren Forderungen *nicht* übertragen wurden, eine Zahlung in mindestens der Höhe zu erhalten, die sie erhalten hätten, wenn das in Abwicklung befindliche Institut im Rahmen eines Konkursverfahrens verwertet worden

---

<sup>394</sup> Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-3.

wäre. Dies entspricht dem „*No creditor worse off*“-Prinzip, das einen allgemeinen Grundsatz für die Abwicklungen nach dem BaSAG bildet (§ 53 Abs 1 Z 7 BaSAG)<sup>395</sup> und auch in der BRRD ein Leitprinzip bildet (Art 34 Abs 1 Buchstabe g BRRD)<sup>396</sup>. Es besagt, dass kein Gläubiger größere Verluste tragen soll, als er im Fall der Verwertung des Instituts im Konkursverfahrens zu tragen gehabt hätte.

Um festzustellen, ob ein Gläubiger in einem Konkursverfahren besser gestellt worden wäre, ist nach Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten unverzüglich eine Bewertung (separat von der Bewertung nach §§ 54 ff BaSAG<sup>397</sup>) durch einen Sachverständigen durchzuführen (§ 107 Abs 1 BaSAG), die den Kriterien nach § 107 Abs 1 und Abs 2 BaSAG genügen muss.

Besondere Schutzbestimmungen gelten weiters für bestimmte Gegenparteien bei partiellen Vermögensübertragungen (§ 109 BaSAG), bei Finanzsicherheiten, Aufrechnungs- und Saldierungsvereinbarungen (§ 110 BaSAG), Sicherungsvereinbarungen (§ 111 BaSAG), strukturierten Finanzierungsmechanismen und gedeckten Schuldverschreibungen (§ 112 BaSAG) sowie für Handels-, Clearing-, und Abwicklungssysteme (§ 113 BaSAG).<sup>398</sup>

Gem § 109 BaSAG sind Gegenparteien der in Abs 2 *leg cit* genannten Vereinbarungen angemessen zu schützen, unabhängig vom Entstehungsgrund der Vereinbarung, der Anzahl der beteiligten Parteien und unabhängig davon ob sie sich aufgrund des Rechts eines anderen Staats ergeben oder durch dieses geregelt sind (§ 109 Abs 3 BaSAG).<sup>399</sup> Der jeweils

---

<sup>395</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 8-2.

<sup>396</sup> *Lux*, Staatliches Zahlungsmoratorium und Bürgschaft, ÖBA 2015, 648 (653); *Jahn/Geier/Schmitt*, Abschnitt B.VIII. Rn 8.

<sup>397</sup> S dazu bei 1.2.4(b)(i) oben.

<sup>398</sup> Vgl hierzu auch Technical advice by the European Banking Authority on classes of arrangements to be protected in a partial property transfer, EBA 14.08.2015, EBA/Op/2015/15, abrufbar unter <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/983359/1faa2bf6-2aa7-49f6-b5ba-17bc922f225c/EBA-Op-2015-15%20Opinion%20on%20protected%20arrangements.pdf?retry=1> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>399</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-4.

„angemessene“ Schutz wird sodann in §§ 110 bis 113 BaSAG konkretisiert, es gelten die Beschränkungen der §§ 63 bis 66 BaSAG (§ 109 Abs 4 BaSAG).

Wie bereits angesprochen, scheidet aufgrund der im BaSAG selbst enthaltenen Gläubigerschutzbestimmungen die analoge Anwendung der Spaltungshaftung (§ 15 SpaltG) bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG aus.<sup>400</sup> Die hA, dass die Haftungsregelungen des § 1409 ABGB und § 39 nicht parallel zu § 15 SpaltG gelten können<sup>401</sup>, lässt sich auf Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG übertragen und diese Haftungsregelungen werden ebenso vom Gläubigerschutzregime des BaSAG verdrängt.

#### (D) Gegenleistung

Die Abbaueinheit iSd BaSAG muss für die auf sie übertragenen Werte eine Gegenleistung erbringen (vgl § 82 Abs 3 und 4 BaSAG)<sup>402</sup>, die von der Abwicklungsbehörde in Einklang mit den Bewertungsregeln in §§ 54 bis 57 BaSAG<sup>403</sup> und europäischem Beihilfenrecht festzulegen ist (§ 83 Abs 3 Satz 1 BaSAG).

Die Gegenleistung kann einen Nominalwert oder einen negativen Wert annehmen (§ 83 Abs 3 Satz 2 BaSAG). In diesem Kontext ist festzuhalten, dass das auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragene Nettovermögen einen negativen Wert haben kann; in solchen Fällen besteht die Gegenleistung der Abbaueinheit in einer Forderung gegen das abzuwickelnde Institut (§ 82 Abs 3 BaSAG).<sup>404</sup>

Zur Berechnung der Gegenleistung wird die nach den Bewertungsregeln der §§ 54 bis 57 BaSAG vorgenommene Bewertung der übertragenen Vermögenswerte von der Abwicklungsbehörde herangezogen.<sup>405</sup> Bei bloßem Vorliegen einer vorläufigen Bewertung (§ 57 Abs 2 BaSAG) kann

---

<sup>400</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>401</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung Einl SpaltG Rz 30 mwN.

<sup>402</sup> S zu den Implikationen auf die mögliche analoge Anwendung des Spaltungsrechts 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>403</sup> S dazu auch 1.2.4(b)(i)(E) oben.

<sup>404</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-19; vgl zur deutschen Rechtslage *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.IV, Rn 24 f.

<sup>405</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-6.



es zu einer nachträglichen Erhöhung oder Reduzierung der Gegenleistung kommen, sofern die abschließende Bewertung ein abweichendes Ergebnis bringt (§ 57 Abs 3 BaSAG).<sup>406</sup>

Die Gegenleistung fließt an das in Abwicklung befindliche Institut (dh die „übertragende Gesellschaft“), wo sie dessen Gläubigern zur Verfügung steht. Würden Anteile am in Abwicklung befindlichen Institut übertragen werden, käme die Gegenleistung den vormaligen Eigentümern der Anteile zu<sup>407</sup>; hierzu ist im gegebenen Kontext nochmals darauf hinzuweisen, dass dies beim Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG nicht zulässig<sup>408</sup>.

#### (E) Gesamtrechtsnachfolge?

Das BaSAG regelt nicht ausdrücklich, ob die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG im Wege einer Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge erfolgt.

Bei näherer Betrachtung ist allerdings klar von einer (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge auszugehen. Eine systematische Auslegung in Zusammenschau mit § 76 Abs 2 BaSAG (wonach sich die Vermögensübertragung nur nach den Bestimmungen des BaSAG richten soll) legt nahe, dass die Anordnung der Abwicklungsbehörde für sich genommen und ohne weitere erforderlich Schritte, wie etwa die Setzung einzelner Modi oder die Zustimmung von Vertragspartnern, den Übergang der betreffenden Vermögenswerte bewirken soll. Dies entspricht der Funktionsweise der Gesamtrechtsnachfolge; ein abweichendes Auslegungsergebnis im Sinne einer Einzelrechtsnachfolge würde das Abwicklungsinstrument an sich unpraktikabel und ineffizient gestalten, weil die tatsächliche Übertragung der umfassten Vermögenswerte und Verbindlichkeiten jeweils einzeln zu prüfen und von der Setzung eines Modus abhängig wären. Vor dem Hintergrund der europarechtlichen Determinierung dieses Abwicklungsinstruments würde dies auch dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz<sup>409</sup> entgegenlaufen. Zudem würde das (bei der Einzelfallrechtsnachfolge gegebene)<sup>410</sup> Erfordernis einzelner Verfügungsakte für die übertragenen Vermögenswerte auch § 76 Abs 2 BaSAG, wonach das Setzen im Einzelfall für die

---

<sup>406</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-6.

<sup>407</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-6).

<sup>408</sup> S im Detail 1.2.4(b)(i)(B) oben.

<sup>409</sup> S näher *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* Art 197 AEUV Rz 7 mwN.

<sup>410</sup> S etwa *Fuchs/W. Schuhmacher* in *Straube/Ratka/Rauter* § 38 Rz 45.

Übertragung erforderlicher Verfahrensschritte, einschließlich Modi (vgl § 76 Abs 2 Z 3 BaSAG) bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG lediglich deklarativ wirkt.

Dieses Ergebnis gliedert sich nahtlos in die von *Schauer* analysierten typischen sondergesellschaftsrechtlichen Strukturmerkmale von Auslagerungsvorgängen<sup>411</sup> ein und stellt eine Reaktion auf das insoweit fehlende Umgründungsrecht dar, das eine Vermögensübertragung wie in §§ 82 ff BaSAG nicht vorsieht.<sup>412</sup>

#### (F) Wirksamkeitszeitpunkt der Vermögensübertragung

Neben der Frage der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge<sup>413</sup>, bleibt im BaSAG auch der Wirksamkeitszeitpunkt der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG ungeregelt, wobei mehrere Alternativen in Frage kommen.

#### (I) Firmenbucheintragung / Grundbuchseintragung?

Mit Blick auf § 14 Abs 2 SpaltG scheint zunächst der Zeitpunkt einer Firmenbucheintragung als Wirksamkeitszeitpunkt in Betracht zu kommen.<sup>414</sup> Das BaSAG weist darauf aber nicht hin, vielmehr sieht § 76 Abs 2 Z 3 BaSAG vor, dass Register-, Grundbuch- und sonstige Eintragungen – worunter wohl auch Firmenbucheinträge zu qualifizieren sind – für den Rechtsübergang lediglich deklarativ sein sollen.

Auf dieser Grundlage kann eine Firmenbucheintragung als konstitutives Element bzw Wirksamkeitszeitpunkt des Vermögensübergangs nicht in Frage kommen. Auch aus teleologischer Sicht ist das Abstellen auf eine Firmenbucheintragung bei Vermögensübertragungen nach §§ 82 ff BaSAG nicht geboten, denn der Zweck des Erfordernisses einer Firmenbucheintragung bei Gesamtrechtsnachfolgen (etwa nach § 14 Abs 2 SpaltG) liegt in den damit verbundenen Prüfpflichten des Firmenbuchgerichts.<sup>415</sup> Dieser Zweck ist bei einer Vermögensübertragung nach §§ 82 BaSAG nicht relevant, da es sich um keinen privatrechtlichen Vorgang handelt, sondern um

---

<sup>411</sup> S im Detail 1.2.4(e) unten.

<sup>412</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 144.

<sup>413</sup> S 1.2.4(b)(ii)(E) unmittelbar oberhalb.

<sup>414</sup> S im Detail zur Relevanz spaltungsrechtlicher Bestimmungen für das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG in 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>415</sup> S dazu *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 12 SpaltG Rz 26 ff.

eine behördlich angeordnete Vermögensübertragung. Eine behördliche Prüfung der dafür notwendigen Voraussetzungen erfolgt daher bereits seitens der Abwicklungsbehörde im Rahmen der Bestimmungen des BaSAG bzw im Rahmen der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG. Aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgangssituation kommt auch eine analoge Heranziehung des Erfordernisses einer Firmenbucheintragung bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG nicht in Betracht. Folglich ist bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG *per se* generell keine Firmenbucheintragung erforderlich, denn die gegenständliche Vermögensübertragung stellt für sich genommen keine eintragungspflichtige Tatsache nach dem FBG dar. Abhängig von den Einzelfallumständen der Vermögensübertragung wird wohl nur § 3 Abs 1 Z 15 FBG in Frage kommen, wonach die Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben im Firmenbuch einzutragen ist. Ausgehend von der Erkenntnis, dass eine Firmenbucheintragung für Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG generell nicht erforderlich ist, kann auf eine Firmenbucheintragung nicht für den Wirksamkeitszeitpunkt der Vermögensübertragung abgestellt werden.

Dieses Ergebnis ist insofern nachvollziehbar und die Notwendigkeit einer Firmenbucheintragung insofern verzichtbar, als auch im gewöhnlichen Rechtsverkehr Vermögenswerte zwischen Gesellschaften übertragen bzw von Rechtsträgern veräußert oder vereinnahmt werden können, ohne dass dies grundsätzlich im Firmenbuch abzubilden wäre. Zudem liegt bei Umgründungen, wie bereits erwähnt, der Zweck des Abstellens auf eine Firmenbucheintragung in der vorgelagerten Prüfung des Firmenbuchgerichts<sup>416</sup>, die bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG aufgrund deren behördlicher Anordnung entfallen kann.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass eine Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG nicht *per se* eine Firmenbucheintragung erfordert. Selbst wenn im Einzelfall eine Firmenbucheintragung nach den Regelungen des FBG erforderlich sein sollte, kann aufgrund § 76 Abs 2 Z 3 BaSAG darin keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vermögensübergang liegen. Die Firmenbucheintragung kommt daher auch nicht als Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Übertragung in Frage.

---

<sup>416</sup> S FN 415.

Diese Überlegungen lassen sich gleichermaßen auf Grundbuchseintragungen übertragen. Zum einen legt § 76 Abs 2 Z 3 BaSAG fest, dass Grundbuchseintragungen lediglich deklarativ für den Rechtsübergang wirken, zum anderen wird eine Grundbuchseintragung ohnehin nur dann erfolgen, wenn im Zuge der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG Liegenschaften übertragen werden (was nicht zwingend der Fall sein muss). Insofern ist auch der Zeitpunkt einer etwaigen Grundbuchseintragung für den Wirksamkeitszeitpunkt der Gesamtrechtsnachfolge irrelevant.

## (II) Rechtskraft der Übertragungsanordnung?

Da nach dem Konzept des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten gem §§ 82 ff BaSAG (nur) die Übertragungsanordnung nach § 83 Abs 1 BaSAG die rechtliche Grundlage für die Vermögensübertragung darstellt (vgl § 76 Abs 2 BaSAG), muss die Wirksamkeit der Rechtsübertragung und deren Zeitpunkt sinnvollerweise an ebendiese Übertragungsanordnung gekoppelt sein.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dabei auf den Zeitpunkt ihrer Rechtskraft bzw die Rechtskraft des sie umfassenden Bescheids abzustellen. Dieser Zeitpunkt ist auch an anderen Stellen des BaSAG iZm der Entstehung von „Bad Banks“ von Relevanz<sup>417</sup>, wodurch sich dieses Ergebnis nahtlos in die Systematik des BaSAG eingliedern lässt. Systematisch lässt sich dieses Ergebnis außerdem in die im BWG enthaltenen Bestimmungen für Spaltungen von Kreditinstituten<sup>418</sup> einordnen, deren Wirksamkeit ebenfalls an den genehmigenden Bescheid gekoppelt ist.<sup>419</sup>

Ferner handelt es sich um den gegenständliche Bescheid der Abwicklungsbehörde aus verwaltungsverfahrenrechtlicher Sicht als Gestaltungsbescheid zu qualifizieren, weil darin, in Form der Übertragung bestimmter Vermögenswerte, Rechtsverhältnisse konstitutiv geändert bzw begründet werden<sup>420</sup>. Da die (rechtsgestaltende) Wirkungen derartiger Bescheide grundsätzlich

---

<sup>417</sup> S etwa zum *ex lege*-Ende der Bankkonzessionen bei der Abbaugesellschaft bei 1.2.3(b) oben.

<sup>418</sup> zu den Parallelen zwischen der Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG und Spaltungen S im Detail 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>419</sup> Wagner in Dellinger § 21 Rz 1; s 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(ff) oben.

<sup>420</sup> Hengstschläger/Leeb, § 56 Rz 66.

mit ihrer Rechtskraft eintreten<sup>421</sup>, stimmt das hier vertretene Ergebnis auch mit allgemeinem Verwaltungsverfahrenrecht überein.

Die im Zuge der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG erfolgende Rechtsnachfolge<sup>422</sup> wird somit im Zeitpunkt der Rechtskraft desjenigen Bescheids der Abwicklungsbehörde, der die Übertragungsanordnung beinhaltet, wirksam.<sup>423</sup>

(G) Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG

(I) Ausgangspunkt

Das BaSAG legt im Rahmen des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG bzw für die dabei vorgesehene (partielle) Gesamtrechtsnachfolge<sup>424</sup> keine ausdrücklichen Grenzen hinsichtlich der Übertragbarkeit, Zuordenbarkeit bzw Aufteilbarkeit der betreffenden Vermögenswerte fest.

Derartige Grenzen werden in vergleichbaren Fällen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge – etwa bei Spaltungen<sup>425</sup> – insb auf Grundlage des allgemeinen Zivilrechts, gesetzlicher Sonderregelungen (zB §§ 3 AVRAG, 2 MRG oder 364c ABGB) und allgemeiner Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge hergeleitet<sup>426</sup> und können insofern auch bei Vermögensübertragungen bzw partiellen Gesamtrechtsnachfolgen im Rahmen der Vermögensübertragung gem § 82 BaSAG relevant sein.

Das BaSAG sieht allerdings auch diesbezüglich Sonderbestimmungen vor, wonach in Bezug auf das in Abwicklung befindliche Institut (dh die übertragende Gesellschaft) „gesetzlich geforderte

---

<sup>421</sup> *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 558 ff; vgl auch *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 451 ff, Vgl VwGH 19.5.1994, 93/07/0165.

<sup>422</sup> S zur Klassifizierung des Vermögensübergangs als Gesamtrechtsnachfolge in 1.2.4(b)(ii)(E) oben.

<sup>423</sup> aA zur Rechtslage in Deutschland und für die Wirksamkeit bereits ab Bekanntgabe *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.I. Rn 155.

<sup>424</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(E) unten.

<sup>425</sup> S zur Relevanz des Spaltungsrechts 1.2.4(b)(ii)(B)

<sup>426</sup> S *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rz 13 ff.

oder vertraglich vereinbarte Beteiligungs- oder [gemeint ist wohl „und“] Zustimmungserfordernisse als erfüllt oder Übertragungshindernisse als beseitigt gelten“, die Einhaltung von Form- oder sonstigen Vorschriften außerhalb des BaSAG nicht erforderlich ist und Eintragungen oder Umschreibungen lediglich deklarativ wirken (§ 76 Abs 2 Z 2 und 4 BaSAG).

(II) Unwirksamkeit vertraglicher Übertragungshindernisse (§ 76 Abs 2 Z 2 BaSAG)

Auch bei rechtsgeschäftlichen Vermögensübertragungen durch Gesamtrechtsnachfolge, etwa bei Spaltungen, gilt (ohne die Sonderregelung des § 76 Abs 2 Z 2 BaSAG), dass Verträge und Forderungen auch ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei übergehen; das gilt ungeachtet vertraglicher Abtretungsverbote oder Übertragungsbeschränkungen.<sup>427</sup> Dieses Ergebnis muss angesichts der Stoßrichtung von § 76 Abs 2 BaSAG und insb Z 1 *leg cit*, wonach eine Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG jedenfalls (noch) schrankenloser funktionieren soll als andere Fälle der Gesamtrechtsnachfolge, erst recht bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG gelten.

Bei rechtsgeschäftlichen Vermögensübertragungen durch Gesamtrechtsnachfolge können allerdings Vermögensgegenstände, die nach dem Parteienwillen unteilbar sind, nicht auf mehrere Gesellschaften aufgeteilt werden; selbst wenn die Aufteilung an sich zulässig ist, können den Vertragspartnern Kündigungsrechte entstehen, wenn die Aufteilung mit den Parteieninteressen nicht vereinbar ist.<sup>428</sup> Dieses Ergebnis kann, soweit es die Unübertragbarkeit bestimmter Vermögenswerte (oder Teile davon) beinhaltet, auf Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG nicht übertragen werden, da hierdurch ein rechtsgeschäftliches Übertragungshindernis entstünde. Auf derartige Hindernisse kann gem § 76 Abs 2 Z 2 BaSAG gerade keine Rücksicht genommen werden. Bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG ist demnach auch dann eine Aufteilung von Vermögensgegenständen zwischen dem in Abwicklung befindlichen Institut und der Abbaueinheit iSd BaSAG zulässig, wenn diese dem Parteiwillen (bzw dem Vertrag) widerspricht.

---

<sup>427</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rz 14; vgl auch OGH 04.11.1999, 2 Ob 237/99p bzw OGH 29. 11. 2007, 1 Ob 130/07k.

<sup>428</sup> *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rz 16.

Davon unabhängig, kann es in der Praxis problematisch sein, bestimmte Vertragsverhältnisse aufzuteilen, wenn dadurch die Durchführung des betreffenden Vertragsverhältnisses (praktisch) verunmöglicht oder erheblich erschwert wird. In solchen Fällen wird es, schon rein aus Praxisaspekten, naheliegend sein, auf eine Aufteilung dieser Vertragspositionen zu verzichten. Darüber hinaus bleiben aber etwaige Kündigungsrechte<sup>429</sup>, die infolge einer Aufteilung des Vertragsverhältnisses entstehen könnten, grundsätzlich unberührt, da hierdurch nicht die Übertragung an sich verhindert wird und die Sonderbestimmungen des § 76 Abs 2 BaSAG daher nicht greifen.<sup>430</sup>

(III) Unwirksamkeit gesetzlicher Übertragungshindernisse (§ 76 Abs 2 Z 2 BaSAG)

Mit Blick auf gesetzliche Übertragungshindernisse, sollen exemplarisch zwei Fälle von derartigen Hindernissen genannt werden, die bei rechtsgeschäftlichen Vermögensübertragungen durch Gesamtrechtsnachfolge zur Anwendung kommen: § 3 AVRAG bestimmt, dass bei Betriebsübertragungen die dazugehörigen Arbeitsverhältnisse *ex lege* auf den neuen Betriebsinhaber (dh die übernehmende Gesellschaft bzw die Abbaueinheit iSd BaSAG) übergehen; § 2 MRG bestimmt, dass der Rechtsnachfolger eines Vermieters an Hauptmietverträge des Vorgängers gebunden bleibt.<sup>431</sup>

Da es sich hierbei um gesetzliche Übertragungshindernisse handelt, werden diese Bestimmungen durch die Regelungen des § 76 Abs 2 Z 2 BaSAG durchbrochen und sie bleiben bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG unberücksichtigt.

Allenfalls aus der Übertragung erwachsende Gestaltungsrechte des Vertragspartners fallen dabei allerdings wiederum nicht in den Anwendungsbereich des § 76 Abs 2 BaSAG und bleiben unberührt, wodurch Vertragspartner nach den Regelungen des allgemeinen Zivilrechts (und des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses) allenfalls Kündigungsrechte ausüben könnten.<sup>432</sup>

---

<sup>429</sup> S näher 1.2.4(b)(ii)(G)(VI) unten.

<sup>430</sup> Vgl aber § 66 BaSAG zur Aussetzung von Kündigungsrechten durch die Abwicklungsbehörde.

<sup>431</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rz 16.

<sup>432</sup> S näher 1.2.4(b)(ii)(G)(VI) unten.

#### (IV) Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge an sich

Anders gelagert sind Fälle, bei denen weder (sonder-)gesetzliche noch vertragliche Übertragungshindernisse vorliegen, sondern das Instrument der Gesamtrechtsnachfolge an sich an seine Grenzen stößt. So kann sich die Gesamtrechtsnachfolge im Rahmen von Spaltungen etwa nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Übertragungen von Rechtspositionen rechtlich nicht möglich ist, zB bei Übertragungen von Liegenschaften, die der behördlichen Genehmigung bedürfen.<sup>433</sup>

Stößt das Instrument der Gesamtrechtsnachfolge an sich an seine Grenzen, scheitert eine Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG trotz der Sonderregelungen des § 76 Abs 2 BaSAG; dies ist zwangsläufig der Fall, nicht nur weil § 76 Abs 2 BaSAG sich auf derartige Übertragungsgrenzen nicht erstreckt, sondern weil diese Übertragungsgrenzen dem Instrument der Gesamtrechtsnachfolge – das bei Vermögensübertragungen gem § 82 BaSAG zur Anwendung gelangt<sup>434</sup> – immanent sind.

Zu beachten ist allerdings im Einzelfall jeweils der Anknüpfungspunkt dieser rechtlichen Grenzen; so entstammen etwa einige der bei rechtsgeschäftlichen Übertragungen durch Gesamtrechtsnachfolge relevanten allgemeinen Übertragungsgrenzen der Gesamtrechtsnachfolge dem Grundverkehrsrecht und sind prinzipiell bloß auf rechtsgeschäftliche Übertragungen anwendbar<sup>435</sup>; eine rechtsgeschäftliche Übertragung liegt bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG gerade nicht vor<sup>436</sup>, weshalb derartige grundverkehrsrechtliche Übertragungshindernisse hier nicht zur Anwendung kommen.

Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge sind somit zwar auch im Rahmen der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG von Relevanz, sind aber – vor allem in Zusammenschau mit dem Umgründungsrecht – jeweils dahingehend einzelfallabhängig zu prüfen, ob ihre Anwendbarkeit nicht auf rechtsgeschäftliche Übertragungen beschränkt ist (wie etwa im Grundverkehrsrecht). In derartigen Fällen gelten solche Übertragungshindernisse nicht für Vermögensübertragungen nach

---

<sup>433</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 14 SpaltG Rz 17.

<sup>434</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(E) oben.

<sup>435</sup> Vgl §§ 1 ff, 8 ff, 13a Salzburger Grundverkehrsgesetz; § 4 NÖ Grundverkehrsgesetz.

<sup>436</sup> S näher 1.2.4(b)(ii)(B)(I) oben.



§ 82 BaSAG, weil hier gerade keine rechtsgeschäftliche, sondern eine hoheitlich angeordnete Vermögensübertragung vorliegt.

Im Spaltungsrecht bilden Übertragungshindernisse, die auf den Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge basieren, grundsätzlich (Firmenbuch-)Eintragungshindernisse; erfolgt dennoch eine Eintragung, wird zwar die Gesamtrechtsnachfolge insgesamt wirksam, der konkret betroffene Vermögensgegenstand verbleibt aber bei der übertragenden Gesellschaft.<sup>437</sup> Dieses Ergebnis muss sinngemäß auch bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG, ist aber auf deren Spezifika umzulegen, wonach die Firmenbucheintragung als wirksamkeitsauslösendes Ereignis von der Rechtskraft der Übertragungsanordnung der Abwicklungsbehörde substituiert wird.<sup>438</sup> Allgemeine Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge an sich hindern somit im Ergebnis insofern die Vermögensübertragung, als die Vermögensübertragung mit rechtskräftiger Übertragungsanordnung zwar insgesamt wirksam wird, Vermögensgegenstände, die aufgrund allgemeiner Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge nicht übergehen können, allerdings beim in Abwicklung befindlichen Institut (dh der übertragenden Gesellschaft) verbleiben.

#### (V) Höchstpersönliche Rechte

Die in § 76 Abs 2 BaSAG angesprochenen und damit bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG entfallenden Übertragungshindernisse beziehen sich nicht auf höchstpersönliche Rechtsverhältnisse. Somit bleibt die eingeschränkte Übertragbarkeit von höchstpersönlichen Rechten auch bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG bestehen, weil diese weder auf vertraglichen noch gesetzlichen Hindernissen fußt, sondern immanentes Wesensmerkmal der Höchstpersönlichkeit ist. Dies lässt sich schon am „Sonderstatus“ höchstpersönlicher Rechte nicht bloß im Rahmen ihrer Übertragbarkeit im Wege der Gesamtrechtsnachfolge<sup>439</sup> nachvollziehen.

Einschränkungen bei der Übertragbarkeit höchstpersönlicher Rechte, wie insb Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechte, Aufträge, persönliche Servituten<sup>440</sup> sowie schuldrechtliche

---

<sup>437</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225a AktG Rz 38.

<sup>438</sup> S 1.2.4(b)(ii)(F)(II) oben.

<sup>439</sup> Vgl Schubert in Rummel vor § 983 Rz 1, Vgl auch OGH 1 Ob 173/19a = Foglar-Deinhardstein, ecolex 2020, 183.

<sup>440</sup> Vgl hierzu insb OGH 7.6.2005, 5 Ob 88/05k.

Veräußerungs- und Belastungsverbote<sup>441</sup>, gelten daher, wie auch bei anderen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, ebenso bei Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG<sup>442</sup>, wobei auch in diesem Kontext Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG wieder jenen Konstellationen gleichzusetzen ist, in denen die übertragende Gesellschaft im Zuge der Rechtsübertragung nicht untergeht.<sup>443</sup>

#### (VI) Kündigungsrechte infolge der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG

Kündigungsrechte, die Vertragspartnern in übertragenen Schuldverhältnissen (etwa wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes oder vertraglicher Regelungen) erwachsen, bleiben von den Sonderregelungen des BaSAG zur Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG (insb § 76 Abs 2 BaSAG) unberührt.<sup>444</sup> Derartige Kündigungsrechte unterliegen daher keiner spezifischen Beschränkung.

Eine (analoge) Anwendung von § 76 Abs 2 Z 2 BaSAG auf Kündigungsrechte – da diese möglicherweise als *de facto*-Übertragungshindernisse gesehen werden könnten – kommt nicht in Betracht, weil die Unberührtheit von Kündigungsrechten gesetzgeberisch durchaus gewollt zu sein scheint. Die rechtliche Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd BaSAG ist nämlich an die Regelungen des GSA angelehnt<sup>445</sup>, wobei das GSA beinhaltet spezifische Bestimmungen zur Unanwendbarkeit von Kündigungsrechten enthält<sup>446</sup>. Dadurch wird ersichtlich, dass dem Gesetzgeber die Problematik möglicherweise entstehender Kündigungsrechte durchaus bewusst war und von der Statuierung von Beschränkungen für Kündigungsrechte oder ihre Ausübbarkeit bewusst (und nicht etwa planwidrig) Abstand genommen wurde. Auch aus teleologischen Gesichtspunkten scheint eine Differenzierung zur Abbaueinheit iSd GSA und die Unberührtheit etwaiger Kündigungsrechte im Rahmen von Vermögensübertragungen nach § 82 BaSAG gerechtfertigt, denn die Übertragung von Rechtspositionen von einem in Abwicklung befindlichen Institut auf

---

<sup>441</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225a AktG Rz 41 ff.

<sup>442</sup> S insb OGH 1 Ob 173/19a = *Foglar-Deinhardtstein*, *ecolex* 2020, 183.

<sup>443</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225a Rz 41.

<sup>444</sup> S FN 430.

<sup>445</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>446</sup> S im Detail 2.2.2(c)(i) unten.

eine im öffentlichen Eigentum stehende (§ 83 Abs 2 Z 1 BaSAG) Gesellschaft ist für Vertragspartner höchstwahrscheinlich vorteilhaft, da sich der Haftungsfonds von einem in Abwicklung befindlichen Institut auf eine Gesellschaft im öffentlichen Eigentum ändert. Eine derartige Übertragung auf einen anderen Rechtsträger findet bei Abbaueinheit iSd GSA (und Abbaugesellschaft) nicht statt.<sup>447</sup>

Zu erinnern ist in diesem Kontext daran, dass das Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG nur zusammen mit anderen Abwicklungsinstrumenten eingesetzt werden darf<sup>448</sup>, womit nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich aus der Anwendung anderer Abwicklungsinstrumente oder Maßnahmen nach dem BaSAG (oder bereits davor getroffener Krisenpräventionsmaßnahmen) Beschränkungen für Kündigungsrechte ergeben.<sup>449</sup>

(H) Bereitstellung von Diensten und Einrichtungen vom in Abwicklung befindlichen Institut an die Abbaueinheit iSd BaSAG

In Zusammenhang mit der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG, kann die Abwicklungsbehörde gem § 61 Abs 1 BaSAG gegenüber dem Institut, dessen Vermögenswerte auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragen werden, anordnen, dass Informationen, Dienstleistungen, Einrichtungen sowie Mitarbeiter bereitgestellt werden, die der „übernehmende Rechtsträger“ (dh die Abbaueinheit iSd BaSAG) für den effektiven Betrieb des übertragenen Geschäfts benötigt.<sup>450</sup> Angeordnet werden kann nur die Bereitstellung operationeller Dienste und Einrichtungen, finanzielle Unterstützungen können nicht verlangt werden (§ 62 Abs 3 BaSAG).

Diese Befugnis der Abwicklungsbehörde geht auf Art 65 BRRD zurück.<sup>451</sup> Zur Präzisierung der Dienste und Einrichtungen, die für den effizienten Betrieb des übertragenen Geschäfts benötigt

---

<sup>447</sup> S zur Abbaugesellschaft 1.2.3(b) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.2(b) oben.

<sup>448</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(A) oben.

<sup>449</sup> Vgl zB § 66 BaSAG zur Anordnung der Aussetzung von Kündigungsrechten oder § 63 Abs 1 und 4 BaSAG zu Kriseninterventionsmaßnahmen und der damit verbundenen Einschränkung von Kündigungsrechten.

<sup>450</sup> Vgl zur Relevanz für Abbaueinheiten iSd BaSAG (dh für Vermögensverwaltungsgesellschaften iSd dSAG) auch *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.IV. vor Rn 18.

<sup>451</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (12).

werden können, hat die EBA Leitlinien<sup>452</sup> veröffentlicht, die eine Auflistung zu berücksichtigender Dienste und Einrichtungen beinhaltet (s Punkt II.4. der Leitlinien, zB IT, Human Resources Support, Immobilienverwaltung, Legal Services, Buchhaltung, etc.).<sup>453</sup>

Eine entsprechende Anordnung der Abwicklungsbehörde kann auch erfolgen, wenn bereits ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des betr Instituts eröffnet wurde (§ 61 Abs 1 letzter Satz BaSAG). Außerdem gelten Anordnungen im Insolvenzfall des betr Instituts gegenüber dem Insolvenzverwalter fort (§ 61 Abs 5 BaSAG); Anordnungen können in solchen Fällen auch gegenüber dem Masseverwalter getroffen werden (§ 61 Abs 6 BaSAG).

Für die bereitzustellenden Dienste ist eine Gegenleistung zu bestimmen (§ 61 Abs 4 BaSAG).

#### (c) Charakteristika der Abbaueinheit iSd BaSAG

Aufgrund zahlreicher Parallelen zur Abbaueinheit iSd GSA und zur Abbaugesellschaft werden nachfolgend (ähnlich wie bereits bei der Abbaugesellschaft) lediglich solche Aspekte näher behandelt, die nicht bereits im Rahmen der bereits erfolgten Analyse der Charakteristika von Abbaueinheit iSd GSA<sup>454</sup> und Abbaugesellschaft<sup>455</sup> ausgeführt wurden. Bereits oberhalb bei der Abbaueinheit iSd GSA bzw Abbaugesellschaft behandelte Aspekte, die bei der Abbaueinheit iSd BaSAG gleichermaßen gelten, werden unter Verweis auf die relevanten Kapitel zur Abbaueinheit iSd GSA bzw Abbaugesellschaft zusammengefasst dargestellt.

Die Ähnlichkeit zwischen den Charakteristika der einzelnen „Bad Banks“-Modellen ist durchaus gesetzgeberisch gewollt, was sich einerseits anhand der konzeptuellen Anlehnung der Bestimmungen zur Abbaueinheit iSd BaSAG an das GSA<sup>456</sup> und andererseits anhand der in § 162

---

<sup>452</sup> EBA 06.08.2015, EBA/GL/2015/06, abrufbar unter [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1155932/06058e3b-0b78-4ddd-88b6-65b7e78c3f05/EBA-GL-2015-06\\_EN\\_GL%20on%20the%20minimum%20list%20of%20services.pdf?retry=1](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1155932/06058e3b-0b78-4ddd-88b6-65b7e78c3f05/EBA-GL-2015-06_EN_GL%20on%20the%20minimum%20list%20of%20services.pdf?retry=1) (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>453</sup> EBA/GL/2015/06

<sup>454</sup> S 1.2.2(c) oben.

<sup>455</sup> S 1.2.3(c) oben.

<sup>456</sup> ErläutRV 361 B1gNR 25. GP (16 und 29 f).

Abs 1 BaSAG enthaltenen Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 84 BaSAG, der primär den Rechtsrahmen für Abbaueinheit iSd BaSAG regelt, auf Abbaugesellschaften illustrieren lässt.

Die nachfolgende Prüfung dient ua einem Vergleich zwischen den „Bad Banks“-Modellen, es wird daher jeweils von denselben Legaldefinitionen (Kreditinstitut, CRR-Kreditinstitut, Wertpapierfirma, etc.) ausgegangen, die bereits zu Beginn bei der Abbaueinheit iSd GSA herangezogen und an dortiger Stelle ausführlicher abgebildet werden.<sup>457</sup>

(i) Rechtsform?

Wie bereits oberhalb erörtert<sup>458</sup>, muss die Abbaueinheit iSd BaSAG eine Kapitalgesellschaft sein. „Verdeckte Kapitalgesellschaften“ kommen aufgrund der Systematik der Bestimmungen des BaSAG, die für die Abbaueinheit iSd BaSAG gelten und eindeutig nur auf AG und GmbH zugeschnitten sind (vgl etwa die Vorschriften zur Gründung und Bestellung der ersten Organe in § 83 Abs 1 und 6 BaSAG<sup>459</sup>) etwa, nicht in Betracht.

Die Abbaueinheit iSd BaSAG ist also nach den bisherigen Ergebnissen das einzige „Bad Banks“-Konstrukt, für das zwingende Rechtsformvorschriften gelten; das lässt sich damit begründen, dass das Konzept der Abbaueinheit iSd BaSAG (anders als Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft) nicht auf bei Gesetzeserlass bereits feststehende, bestimmte Rechtsträger (mit bekannter Rechtsform) beschränkt ist<sup>460</sup>, sondern ein für zukünftige Abwicklungsfälle (mit nicht prognostizierbaren Einzelheiten) entworfenes Instrument ist.

Die Auswahl der spezifischen Rechtsform hat im Anlassfall anhand von sachlichen Kriterien zu erfolgen.<sup>461</sup>

---

<sup>457</sup> S ab 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>458</sup> S 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>459</sup> S dazu näher 1.2.4(b) oben.

<sup>460</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(a) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(a) oben.

<sup>461</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 8/27.

(ii) Kreditinstitut?

Die bereits dargelegten Überlegungen, auf deren Grundlage die Kreditinstitutseigenschaft der Abbaugesellschaft vereint wurde,<sup>462</sup> beruhen teils auf § 84 BaSAG, der primär für die Abbaueinheit iSd BaSAG gilt, und teils auf dem *ex lege* eintretenden Ende der Bankkonzession der Abbaugesellschaft im Zuge ihrer Entstehung.

Die aus § 84 BaSAG abgeleiteten Schlussfolgerungen gelten somit (umso mehr) auch für die Abbaueinheit iSd BaSAG. Verstärkend kommt hinzu, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG zu keinem Zeitpunkt eine Bankkonzession verfügt, ein *ex lege* Ende der Bankkonzession wie bei der Abbaugesellschaft ist also gar nicht erforderlich.

Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen zur Abbaugesellschaft sinngemäß heranzuziehen, wonach die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht als Kreditinstitut zu qualifizieren ist, wobei im Unterschied zur Abbaueinheit iSd GSA und zur Abbaugesellschaft die Abbaueinheit iSd BaSAG den Status als Kreditinstitut nicht erst verliert, sondern zu keiner Zeit innehat.

(iii) CRR-Kreditinstitut?

Die diesbezüglichen Erwägungen betreffend die Abbaugesellschaft<sup>463</sup> beruhen weitestgehend auf § 84 BaSAG, weshalb sie ebenso für die Abbaueinheit iSd BaSAG gelten. Auf dieser Grundlage ist festzuhalten, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG kein CRR-Kreditinstitut ist.

(iv) Wertpapierfirma?

Die teleologischen und systematischen Überlegungen zur Qualifizierung der Abbaugesellschaft als (Nicht-)Wertpapierfirma<sup>464</sup> gelten auch für die Abbaueinheit iSd BaSAG, wodurch diese nicht als Wertpapierfirma zu qualifizieren ist.

Dazu kommt, dass bei der Abbaueinheit iSd BaSAG – anders als Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA – nicht die (theoretische) Möglichkeit besteht, dass eine etwaige, vor Entstehung der Abbaueinheit iSd BaSAG erlangte Konzession nach dem WAG 2018 (weiter-)besteht, da die Abbaueinheit iSd BaSAG vor ihrer Entstehung nicht als konzessioniertes

---

<sup>462</sup> S 1.2.3(c)(ii) oben.

<sup>463</sup> S 1.2.3(c)(iii) oben.

<sup>464</sup> S 1.2.3(c)(iv) oben.

Institut tätig war und das vormalige Innehaben einer Konzession daher auszuschließen ist<sup>465</sup>. Es fällt also ein bei Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA thematisiertes, ohnehin aber eher theoretisches, Gegenargument<sup>466</sup>, das für eine Qualifizierung als Wertpapierfirma sprechen könnte, bei der Abbaueinheit iSd BaSAG weg.

(v) CRR-Wertpapierfirma / MiFID-Wertpapierfirma / MiFID II-Wertpapierfirma?

Die Erwägungen zur Abbaugesellschaft<sup>467</sup> basieren im Wesentlichen auf § 84 BaSAG und dem Umstand, dass die Bankkonzession der Abbaugesellschaft *ex lege* endet (§ 162 Abs 3 BaSAG). Diese Erwägungen gelten daher umso mehr für die Abbaueinheit iSd BaSAG, für die § 84 BaSAG ebenso gilt und die überdies zu keinem Zeitpunkt über eine Bankkonzession verfügt.

Folglich ist die Abbaueinheit iSd BaSAG ebenso weder als MiFID-Wertpapierfirma noch als MiFID II-Wertpapierfirma zu qualifizieren. Daraus ist abzuleiten, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht als CRR-Wertpapierfirma konzipiert ist.

(vi) Finanzinstitut?

Bereits als erfüllt betrachtet kann auf Grundlage der obigen Ausführungen<sup>468</sup> das Negativkriterium der Kreditinstitutseigenschaft gem § 1 Abs 2 BWG. Wiederum können die zur Abbaugesellschaft angestellten Erwägungen<sup>469</sup> herangezogen werden, da diese auf § 84 BaSAG basieren, der ebenso für die Abbaueinheit iSd BaSAG gilt.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass auch die Abbaueinheit iSd BaSAG zulässigerweise ein Finanzinstitut sein kann (wobei dies wiederum von ihrer faktischen Tätigkeit abhängt).

Konkret wird eine Einstufung als Finanzinstitut daher wohl von den im Einzelfall übertragenen Vermögenswerten und der damit verbundenen Abbautätigkeit abhängen. Beispielsweise könnte bei einer zukünftigen Abbaueinheit iSd BaSAG das Leasinggeschäft ähnlich bedeutsam sein, wie

---

<sup>465</sup> S 1.2.4(a) oben.

<sup>466</sup> S dazu näher 1.2.3(c)(iv)(A) oben.

<sup>467</sup> S 1.2.3(c)(iv) oben.

<sup>468</sup> S 1.2.4(c)(ii).

<sup>469</sup> S 1.2.3(c)(iv) oben.

dies bei der Abbaueinheit iSd GSA der Fall zu sein scheint<sup>470</sup>, wodurch eine Einstufung als Finanzinstitut faktisch naheliegen würde.

(vii) CRR-Finanzinstitut?

Bereits (implizit) bestätigt wurde, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG kein (CRR-)Institut ist<sup>471</sup>, womit ein Negativkriterium der Definition der CRR-Finanzinstitute erfüllt ist.

In weiterer Folge lassen sich die Überlegungen zur Qualifikation der Abbaugesellschaft als CRR-Finanzinstitut<sup>472</sup> auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragen, wodurch festgehalten werden kann, dass auch die Abbaueinheit iSd BaSAG zulässigerweise ein CRR-Finanzinstitut sein kann.

Ob die Abbaueinheit iSd BaSAG tatsächlich ein CRR-Finanzinstitut ist, hängt wiederum von ihrer faktischen Tätigkeit und damit wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab.

(viii) CRR-Institut?

Aus den bisherigen Ergebnissen, wonach die Abbaueinheit iSd BaSAG weder als CRR-Kreditinstitut<sup>473</sup> noch als CRR-Wertpapierfirma<sup>474</sup> zu qualifizieren ist, kann abgeleitet werden, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG kein CRR-Institut (iSd Art 4 Abs 1 Nr 3 CRR) ist.

(d) Aufgaben- und Tätigkeitsbereich der Abbaueinheit iSd BaSAG

(i) Ausgangspunkt

Wie der Abbaueinheit iSd GSA<sup>475</sup> und der Abbaugesellschaft sind auch der Abbaueinheit iSd BaSAG per Gesetz bestimmte Aufgaben zugeordnet und bestimmte Tätigkeiten zur Erfüllung dieser Aufgabe für zulässig erklärt. Gleichzeitig sind Tätigkeiten gesetzlich unzulässig für die Abbaueinheit iSd BaSAG. Es bestehen insofern wiederum Parallelen zu den anderen „Bad Banks“-Modellen.

---

<sup>470</sup> S 0 oben.

<sup>471</sup> S dazu gesondert in 1.2.4(c)(viii) unten.

<sup>472</sup> S 1.2.3(c)(vii) oben.

<sup>473</sup> S 1.2.4(c)(iii) oben.

<sup>474</sup> S 1.2.4(c)(v) oben.

<sup>475</sup> S 1.2.2(d) oben.



Vorab ist allerdings auf einen wesentlichen, konzeptionellen Unterschied zwischen der Abbaueinheit iSd BaSAG und den weiteren „Bad Banks“-Modellen hinzuweisen: Da bei der Abbaueinheit iSd BaSAG keine (Re-)Konstituierung eines vormaligen Kreditinstituts erfolgt, sondern die Abbaueinheit iSd BaSAG eigens gegründet<sup>476</sup> wird, um das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG anzuwenden und Vermögenswerte auf sie auszulagern, fallen im Zuge ihrer Entstehung nicht im gleichen Ausmaß vormals zulässige Tätigkeiten weg, wie dies bei Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA, insb durch das Wegfallen der Bankkonzession im Zeitpunkt ihrer Entstehung<sup>477</sup>, der Fall ist.

Die Vorgaben des BaSAG betreffend den Tätigkeitsbereich der Abbaueinheit iSd BaSAG können sinnvollerweise für diese erst dann gelten, sobald die betreffende Gesellschaft als „Abbaueinheit iSd BaSAG“ zu qualifizieren ist; hierfür wird auf den Wirksamkeitszeitpunkt der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG abzustellen sein. Ab diesem Zeitpunkt sind die betreffenden Vermögenswerte auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übergegangen, auf deren Verwaltung sich die gegenständlichen Vorgaben des BaSAG letztlich beziehen. Zuvor ist die betreffende Gesellschaft (sofern sie bereits existiert) theoretisch somit nicht an die Einschränkungen des § 84 BaSAG gebunden – in der Praxis wird sie von diesem „offenen“ Tätigkeitsfeld jedoch vermutlich keinen Gebrauch machen, da nur „eigens“ gegründete Gesellschaften als Abbaueinheiten iSd BaSAG in Frage kommen.

#### (ii) Aufgabenbereich

Gesetzliche Aufgabe der Abbaueinheit iSd BaSAG ist, wie bei der Abbaugesellschaft, der bereits in diesem Zusammenhang beschriebene Portfolioabbau iSd § 84 Abs 1 BaSAG.<sup>478</sup>

Im Unterschied zur Abbaugesellschaft (vgl § 162 Abs 5 BaSAG), fällt bei der Abbaueinheit iSd BaSAG die Erbringung von Übergangsdienstleistungen jedoch nicht in den gesetzlichen Aufgabenbereich. Dies ist erscheint folgerichtig, denn auf die Abbaueinheit iSd BaSAG werden

---

<sup>476</sup> S 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>477</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(b) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(b) oben sowie näher zum Wegfall der Bankkonzession 2.2.2(b) unten.

<sup>478</sup> S 1.2.3(d)(ii) oben.

keine Anteile an dem in Abwicklung befindlichen Institut übertragen<sup>479</sup>, wodurch die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht konzernmäßig mit diesem Institut verbunden ist. Folglich wäre eine Befugnis entsprechend § 162 Abs 5 BaSAG, Übergangsdienstleistungen an konzernmäßig verbundene Dritte zu erbringen, nicht zweckmäßig.

#### (iii) Bewerkstelligung der Aufgaben

Die Bewerkstelligung ihres Aufgabenbereichs erfolgt bei der Abbaueinheit iSd BaSAG nach denselben Kriterien wie bei der Abbaugesellschaft<sup>480</sup>, auf die daher verwiesen werden kann.

Zu erwähnen ist hierzu, dass diesbezügliche Regelungen für die Abbaugesellschaft zwar ua in § 162 BaSAG enthalten sind, der nur für die Abbaugesellschaft gilt; § 84 BaSAG beinhaltet aber seinerseits inhaltsgleiche Vorgaben (vgl etwa §§ 162 Abs 3 Satz 1 und 84 Abs 1 Satz 3 BaSAG betreffend den Abbauplan).

#### (iv) Tätigkeitsfeld der Abbaueinheit iSd BaSAG

Bei der Prüfung des zulässigen Tätigkeitsfelds der Abbaueinheit iSd BaSAG ist, anders als bei Abbaugesellschaften<sup>481</sup>, lediglich auf die Vorgaben der §§ 82 ff BaSAG, nicht aber auf diejenigen des § 162 BaSAG Rücksicht zu nehmen. Die bei der Abbaugesellschaft durch entsprechende Beschlussfassung gem § 162 Abs 2 BaSAG herzustellende Einschränkung des Tätigkeitsfeldes<sup>482</sup> ist infolgedessen bei der Abbaueinheit iSd BaSAG nicht erforderlich; vielmehr ergeben sich die Einschränkungen des Tätigkeitsfeldes bei der Abbaueinheit iSd BaSAG (ausschließlich) unmittelbar aus dem Gesetz, insb aus § 84 BaSAG.

Der Aufgabenbereich der Abbaueinheit iSd BaSAG besteht aus dem Portfolioabbau gem § 84 Abs 1 Satz 1 BaSAG, der auch das Einwirken auf mehrheitlich gehaltene Dritte umfasst (§ 84 Abs 1 letzter Satz BaSAG).<sup>483</sup>

---

<sup>479</sup> S dazu näher 1.2.4(b)(i)(B) oben.

<sup>480</sup> S 1.2.3(d)(iii) oben.

<sup>481</sup> S 1.2.3(d)(iv) oben.

<sup>482</sup> S 1.2.3(d)(iv)(B) oben.

<sup>483</sup> S aber zur (eingeschränkten) Übertragbarkeit von Anteilen bei der Vermögensübertragung auf die Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(b)(i)(B) oben.

Auch bei der Abbaueinheit iSd BaSAG hat der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen (§ 84 Abs 6 BaSAG), der somit das zulässige Tätigkeitsfeld weiter eingeschränkt. Wie auch bei der Abbaugesellschaft bestehen keine Sonderregelungen zu etwaigen Abweichungen vom Abbauplan.

(v) Unzulässige Handlungen

Aus § 84 Abs 1 Satz 2 BaSAG ist wiederum abzuleiten, dass – wie schon zur Abbaugesellschaft festgehalten<sup>484</sup> – solche Handlungen für die Abbaueinheit iSd BaSAG unzulässig sind, die nicht deren Aufgabenbereich dienen. Dasselbe gilt für Handlungen, die dem Abbauplan zuwiderlaufen (§ 84 Abs 1 Satz 3 BaSAG). Jedenfalls unzulässig sind auch für die Abbaueinheit iSd BaSAG die in § 84 Abs 4 BaSAG ausdrücklich genannten Tätigkeiten.

Das bei der Abbaugesellschaft geltende Verbot des geschäftlichen Auftretens am Markt oder gegenüber Dritten gem § 162 Abs 2 Z 1 BaSAG gilt, mangels Anwendbarkeit von § 162 BaSAG, für die Abbaueinheit iSd BaSAG zwar nicht unmittelbar; wie bereits oberhalb ausführlich thematisiert, ist dieses Verbot aber bereits implizit im Gebot, ausschließlich den Portfolioabbau zu betreiben, enthalten.

Auch bei der Abbaueinheit iSd BaSAG sind bestimmte Rechtsfolgen für gem § 84 BaSAG unzulässige Geschäfte nicht ausdrücklich vorgesehen.<sup>485</sup>

(e) Die Abbaueinheit iSd BaSAG aus dem Blickwinkel des Sondergesellschaftsrechts und der Auslagerungsgesetzgebung

(i) Einordnung der Abbaueinheit iSd BaSAG im Sondergesellschaftsrecht

Nach der von *Rieder/Huemer*<sup>486</sup> vorgeschlagenen und von *Herda*<sup>487</sup> aufgegriffenen Einteilung bzw Abgrenzung zwischen „Gesellschaften“ und „Körperschaften öffentlichen Rechts“ fallen Abbaueinheiten iSd BaSAG unter die sog „atypischen Gesellschaften“: anders als atypische Gesellschaften kennzeichnet Körperschaften öffentlichen Rechts, dass sie durch Hoheitsakt oder einen öffentlich-rechtlichen Entstehungsakt gegründet werden; die Abbaueinheit iSd BaSAG

---

<sup>484</sup> S 1.2.3(d)(v) oben.

<sup>485</sup> S dazu im Detail 2.2.1 unten.

<sup>486</sup> *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht S 47.

<sup>487</sup> *Herda*, ÖZW 2012, 106 (106).

hingegen entsteht durch privatrechtlichen Gründungsvorgang<sup>488</sup>, wenngleich dieser im BaSAG modifiziert wird (vgl § 83 Abs 1 BaSAG)<sup>489</sup>. Der privatrechtliche Gründungsvorgang der Abbaueinheit iSd BaSAG wurzelt aber wiederum in einem Hoheitsakt, nämlich der gesetzlichen Ermächtigung bestimmter Behörden und Rechtsträger, eine Abbaueinheit iSd BaSAG in Form einer Kapitalgesellschaft<sup>490</sup> zu gründen (§ 83 Abs 1 BaSAG), weshalb keine „typische“ sondern eine „atypische“ Gesellschaft vorliegt.<sup>491</sup>

Bereits auf Grundlage der angesprochenen Modifizierungen im Gründungsvorgang der Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>492</sup> kann die Abbaueinheit iSd BaSAG, einigen in der Lit vertretenen Ansichten zufolge, als „Sondergesellschaft“ und die das allgemeine Gesellschaftsrecht insofern modifizierenden Vorschriften des BaSAG (vgl § 83 BaSAG) als „Sondergesellschaftsrecht“ bezeichnet werden<sup>493</sup>. Anderen Autoren folgend, wäre eine entsprechende Einstufung als Sondergesellschaftsrecht wiederum abzulehnen<sup>494</sup>. Diese Diskussion (und damit einhergehende kompetenzrechtliche Fragestellungen)<sup>495</sup> können für Zwecke einer Analyse der Konzepte von „Bad Banks“ und deren Rechtsrahmens weitgehend außer Betracht bleiben.

Von größerer Relevanz sind hingegen die von *Schauer* aufgearbeiteten Strukturmerkmale im Sondergesellschaftsrecht. Diese können mit dem Konzept der Abbaueinheit iSd BaSAG bzw der Vermögensübertragung nach § 82 f BaSAG verglichen werden, um festzustellen, ob derartige Strukturmerkmale darin verwirklicht werden und um, darauf basierend, Rückschlüsse auf die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG zu ziehen.

---

<sup>488</sup> Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (15) und § 83 Abs 1 BaSAG.

<sup>489</sup> S im Detail 1.2.4 oben.

<sup>490</sup> S im Detail 1.2.4(c)(i) oben.

<sup>491</sup> Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht S 47; *Herda*, ÖZW 2012, 106 (106).

<sup>492</sup> S im Detail 1.2.4(b) oben.

<sup>493</sup> *Herda*, ÖZW 2012, 106 (111 ff) mwN.

<sup>494</sup> Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 8/27.

<sup>495</sup> S dazu näher *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 129 ff.

(ii) Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG als Ausgliederungsvorgang

Da *Schauer* in seiner diesbezüglichen Analyse beim Begriff des Sondergesellschaftsrechts auf die Summe gesellschaftsrechtlicher Spezialbestimmungen in Ausgliederungsgesetzen abstellt<sup>496</sup>, muss, bevor auf spezifische Strukturmerkmale eingegangen werden kann, ein Brückenschlag von Ausgliederungsgesetzen zum Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG gelingen:

„Ausgliederungen“ sind Vorgänge, bei denen bisher der öffentlichen Hand zukommende Aufgaben fortan von selbstständigen Rechtsträgern übernommen und auf diese übertragen werden. Die Untergruppe der „Organisationsausgliederungen“ betrifft solche Ausgliederungen, bei denen das Trärgemeinwesen, das die Ausgliederung vornimmt, auch noch nach der Ausgliederung in unmittelbarer Rechtsbeziehung zum ausgegliederten Rechtsträger steht.<sup>497</sup>

Bei Vermögensübertragungen nach § 83 Abs 1 BaSAG vollzieht sich, auf den ersten Blick, etwas völlig Unterschiedliches, weil schon die Ausgangsposition anders gelagert zu sein scheint: Gegenstand der Übertragung sind nämlich Vermögenswerte eines privaten bzw privatrechtlichen Rechtsträgers. Davon, dass bisher der öffentlich Hand zukommende Aufgaben übertragen werden, ist daher zunächst keine Rede. Gleichzeitig sind diverse Parallelen zur Ausgliederung sichtbar: wie bei der sog Organisationsausgliederung steht der „ausgegliederte Rechtsträger“ (dh die Abbaueinheit iSd BaSAG) in unmittelbarer Rechtsbeziehung zur öffentlichen Hand, insb zu jener Behörde, die die „Ausgliederung“ (dh den Übertragungsvorgang nach § 82 BaSAG) vornimmt bzw anordnet; denn die Abbaueinheit iSd BaSAG wird gem § 83 Abs 2 BaSAG mehrheitlich von einer öffentlichen Stelle (zB der Abwicklungsbehörde) gehalten und ausschließlich von der Abwicklungsbehörde gesteuert<sup>498</sup>. Die Abwicklungsbehörde ist es auch, die die Vermögensübertragung anordnet (§ 83 Abs 1 BaSAG). Entsprechend der genannten Definition der Ausgliederung erfüllt der ausgegliederte Rechtsträger (dh die Abbaueinheit iSd BaSAG) darüber hinaus eine Aufgabe der öffentlichen Hand, denn § 84 Abs 1 BaSAG statuiert die gesetzliche Aufgabe des Portfolioabbaus und damit (implizit) die Aufgabe, Vermögenswerte im öffentlichen

---

<sup>496</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 136.

<sup>497</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 129 f.

<sup>498</sup> S im Detail 1.2.4(b)(i)(F) und 1.2.4(b)(i)(I) oben.

Eigentum zu verwalten und dabei öffentliche Mittel zu schonen<sup>499</sup>. Als fehlendes Tatbestandsmerkmal einer typischen Ausgliederung verbleibt bei der Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG sohin zunächst die öffentliche Hand als Ausgangspunkt der Übertragung.

Auch dieses (vermeintlich) fehlende Charakteristikum lässt sich allerdings zumindest annähernd bei der Abbaueinheit iSd BaSAG nachweisen: Dem Vermögensübertragung nach § 83 Abs 1 BaSAG ist nämlich immanent, dass bestimmte Vermögenswerte durch Hoheitsakt von einem Rechtsträger ausgegliedert und damit der behördlichen Disposition unterworfen werden. Diese Vermögenswerte, und damit die „Aufgabe“ ihrer Verwaltung, gehen insofern auf die öffentliche Hand über, wenngleich sie im selben Moment von der Behörde selbst auf die Abbaueinheit iSd BaSAG „weitergeleitet“ werden. Unter Berücksichtigung dieses (theoretischen) Zwischenschritts, lässt sich die Übertragung der Vermögenswerte auf die Abbaueinheit iSd BaSAG, angesichts deren bereits dargestellter Ausgestaltung, als „Organisationsausgliederung“ von der öffentlichen Hand (Abwicklungsbehörde) auf einen privatrechtlichen Rechtsträger (Abbaueinheit iSd BaSAG) betrachten. Der aufgezeigte Zwischenschritt mag zwar als konstruiert kritisiert werden, zumal formal betrachtet kein Zwischenschritt gesetzt wird, bei dem die Abbaubehörde formal Eigentümerin der übertragenen Vermögenswerte würde; allerdings entspricht dieser Zwischenschritt vor allem der wirtschaftlichen Realität, weil Vermögenswerte per Anordnung verstaatlicht und sodann an einen privatrechtlichen Rechtsträger (im staatlichen Eigentum) übertragen werden.

Vor diesem Hintergrund (und unter Berücksichtigung des berechtigten, dargestellten Kritikpunkts an diesem Ergebnis) könnte im Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG eine *Ausgliederung im weiteren Sinne* oder *indirekte Ausgliederung* gesehen werden. Selbst wenn man aber, entgegen dem hier vertretenen Ergebnis, zur Ansicht gelangen sollte, das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG stelle keine Form der (Organisations-)Ausgliederung dar, sollten die vorstehenden Ausführungen hinlängliche Gemeinsamkeiten zwischen dem Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten und einer Ausgliederung aufgezeigt haben, um den Brückenschlag von der Ausgliederungsgesetzgebung zu den Bestimmungen der §§ 82 ff BaSAG zu ermöglichen.

---

<sup>499</sup> S im Detail 1.2.4(d) oben.

- (iii) Bei der Vermögensübertragung nach § 83 Abs 1 BaSAG verwirklichte Strukturmerkmale des Sondergesellschaftsrechts

Nachdem nunmehr das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG einer (Organisations-)Ausgliederung gleichgesetzt bzw zumindest hinlängliche Parallelen zu Ausgliederungsvorgängen aufgezeigt wurden<sup>500</sup>, kann analysiert werden, inwieweit durch das gegenständliche Abwicklungsinstrument typische Strukturmerkmale von Ausgliederungsgesetzen widerspiegelt werden. Dies soll, in einem zweiten Schritt, auch dazu dienen, Rückschlüsse auf das Konzept der Abbaueinheit iSd BaSAG und diesbezügliche Ergebnisse dieser Arbeit ziehen zu können.

Häufig sehen Ausgliederungsgesetze vor, dass eine Gesellschaft von Organen des Bundes zu errichten ist, wobei hierzu entweder eine bloße Ermächtigung oder eine Pflicht vorgesehen sein kann.<sup>501</sup> Die erstgenannte Variante ist auch ein Merkmal des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG (vgl § 83 Abs 1 Satz 1 BaSAG). Demgegenüber sehen abweichende Ausgliederungsgesetze wiederum *ex lege* entstehende Ausgliederungsgesellschaften vor; bemerkenswert ist die diesbezügliche Einschätzung von *Schauer*, der dies (bzw die den Auslagerungsvorgang auf diese *ex lege* entstehenden Gesellschaften) funktional als Abspaltung zur Neugründung betrachtet.<sup>502</sup> Dies scheint indirekt das oben erarbeitete Ergebnis zu bekräftigen, wonach die Vermögensübertragung nach § 82 BaSAG gerade nicht einer Abspaltung zur Neugründung sondern funktional vielmehr einer Abspaltung zur Aufnahme nachgebildet ist, weil die Abbaueinheit iSd BaSAG separat durch privatrechtlichen Akt zu gründen ist<sup>503</sup>.

Nach *Schauers* Befund sind außerdem Spezialbestimmungen zu Organisation, Kapitalaufbringung sowie Unternehmensgegenstand der Gesellschaft typisch für Ausgliederungsgesetze.<sup>504</sup> Diese Charakteristika lassen sich bei der Abbaueinheit iSd BaSAG ebenso unschwer erkennen (vgl etwa § 83 Abs 1, 2, 5 und 6 BaSAG). Insb ist auch die Statuierung einer gesetzlichen „Aufgabe“ (vgl

---

<sup>500</sup> S 1.2.4(e)(ii) unmittelbar oberhalb.

<sup>501</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 137.

<sup>502</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 138.

<sup>503</sup> S 1.2.4(b)(ii)(B)(II)(aa) oben.

<sup>504</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 139.

§ 84 Abs 1 BaSAG)<sup>505</sup> in ähnlicher Form in zahlreichen weiteren Ausgliederungsgesetzen zu finden ist.<sup>506</sup>

Regelmäßiger Inhalt von Ausgliederungsgesetzen ist weiters die Übertragung von Vermögenswerten<sup>507</sup> auf die Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Dies ist laut *Schauer* eine Reaktion auf das insoweit fehlende Umgründungsrecht, da dieses als Beteiligte ausschließlich Kapitalgesellschaften voraussetzt.<sup>508</sup> Dass die Vermögensübertragung nach § 83 Abs 1 BaSAG ebenso im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt, wurde bereits oberhalb festgestellt<sup>509</sup> und wird insofern plausibilisiert. Auch im Falle der Abbaueinheit iSd BaSAG ist dies wohl dem insoweit fehlenden Umgründungsrecht geschuldet, mit der Besonderheit, dass das bestehende Umgründungsrecht in diesem Fall nicht aufgrund der beteiligten Gesellschaften unanwendbar ist, sondern weil die Vermögensübertragung nach § 83 Abs 1 BaSAG nicht von diesen beteiligten Gesellschaften ausgeht, sondern kraft hoheitlicher Anordnung eines Dritten (dh der Abwicklungsbehörde) erfolgen soll; diese Konstruktion kennt das Umgründungsrecht nicht.

Die Erkenntnis, dass die gesellschaftsrechtlichen Sonderbestimmungen in Ausgliederungsgesetzen typischerweise auf „fehlendem“ Umgründungsrecht beruhen, dieses aber zugleich „funktional“ nachbilden<sup>510</sup>, plausibilisiert die Heranziehung des Spaltungsrechts für etwaige Gesetzeslücken beim Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG.

---

<sup>505</sup> S im Detail 1.2.4(d) oben.

<sup>506</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 139.

<sup>507</sup> *Schauer* (FN 508) spricht hier von „Bundesvermögen“; vgl zu dem in diesem Kontext nötigen „gedanklichen“ Zwischenschritt 1.2.4(e)(ii) unmittelbar oberhalb.

<sup>508</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 144.

<sup>509</sup> S 1.2.4(b)(ii)(E) oben.

<sup>510</sup> *Schauer* in *Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 138.



Darüber hinaus ist auch die gesetzliche Einflussssicherung auf die Gesellschaft ein charakteristisches Merkmal von Ausgliederungsgesetzen.<sup>511</sup> Auch dieses Merkmal liegt durch bei der Abbaueinheit iSd BaSAG vor (vgl etwa §§ 83 Abs 2 sowie 84 Abs 7 und 8 BaSAG)<sup>512</sup>.

Schlussendlich ist auch noch *Schauers* allgemein gehaltener Befund erwähnenswert, wonach die inhaltlichen Vorgaben betreffend die Errichtung ausgegliederter Rechtsträger im Zweifel als *leges speciales* zu den Bestimmungen des allgemeinen Gesellschaftsrechts zu sehen sind.<sup>513</sup> Auch hierdurch werden bisherige Ergebnisse<sup>514</sup> nochmals gestützt und plausibilisiert.

### **1.3 Abgrenzung: vergleichbare Rechtsinstitute vs „Bad Bank“**

Ausgehend vom eingangs erarbeiteten (vorläufigen) Begriff der „Bad Bank“<sup>515</sup> bilden die bisher beleuchteten Modelle, nämlich die Abbaueinheit iSd GSA<sup>516</sup>, die Abbaugesellschaft<sup>517</sup> und die Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>518</sup> sämtliche „Bad Banks“-Konzepte des österreichischen Rechts ab.

Zu einigen verwandten Rechtsinstituten soll im Folgenden kurz Stellung genommen werden, um zu begründen, weshalb sie nicht in die Kategorie der „Bad Banks“ fallen.

#### **1.3.1 Brückeninstitute**

Das Brückeninstitut iSd §§ 78 ff BaSAG bildet, wie auch die Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG, ein Abwicklungsinstrument, das seinen Ursprung in der BRRD (Art 40 ff BRRD) findet. Wie auch beim Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von Vermögenswerten, erfolgt auch beim Abwicklungsinstrument des Brückeninstituts eine Vermögensübertragung mittels Übertragungsanordnung (§ 78 Abs 1 BaSAG). Ebenso wird dabei

---

<sup>511</sup> *Schauer in Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 145.

<sup>512</sup> S im Detail 1.2.4(b)(i)(I) oben.

<sup>513</sup> *Schauer in Aicher/Fina* (Hrsg), FS Manfred Straube, S 152.

<sup>514</sup> S etwa die Ausführungen zur Entstehung der Abbaueinheit iSd BaSAG in 1.2.4(b) oben.

<sup>515</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>516</sup> S 1.2.2 oben.

<sup>517</sup> S 1.2.3 oben.

<sup>518</sup> S 1.2.4 oben.

auf eine von der Abwicklungsbehörde kontrollierte Gesellschaft – das Brückeninstitut – übertragen, die für die Übernahme geschaffen wurde (§ 78 Abs 3 Z 1 bis 3 BaSAG).

Anders als die Abbaueinheit iSd BaSAG, hat das Brückeninstitut allerdings die Funktion, vorübergehend die (gesamte oder teilweise) Geschäftstätigkeit der betreffenden, übertragenden Gesellschaft zu übernehmen und deren kritische Funktionen aufrechtzuerhalten.<sup>519</sup> Das Brückeninstitut agiert daher, anders als die Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>520</sup>, auch als Kreditinstitut (§ 80 Abs 1 Z 2 BaSAG). Das auf das Brückeninstitut zu übertragenden Nettovermögen muss, anders als das auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragene Vermögen<sup>521</sup>, einen Wert von mindestens Null aufweisen (§ 78 Abs 4 BaSAG); übertragbar sind, anders als bei der Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>522</sup>, zulässigerweise auch Anteile am in Abwicklung befindlichen Institut (§ 78 Abs 1 Z 1 BaSAG).<sup>523</sup> Ziel des Betriebs des Brückeninstituts ist, möglichst bald einen privaten Erwerber für das Institut oder seine Vermögenswerte und Verbindlichkeiten zu finden (§ 80 Abs 2 Z 2 BaSAG). Hierfür gilt eine (verlängerbare, vgl § 80 Abs 5 BaSAG) Frist von zwei Jahren ab der letzten Vermögensübertragung. Alternativ ist eine Liquidation möglich (§ 80 Abs 3 Z 5 BaSAG), während der Betrieb der Abbaueinheit iSd BaSAG (im Rahmen des Ziels des „raschen“ Portfolioabbaus in § 84 Abs 1 BaSAG) keine konkrete Befristung kennt.

Die aufgezeigten Unterschiede zur Abbaueinheit iSd BaSAG betreffen die Charakteristika von „Bad Banks“<sup>524</sup>, die ihrerseits dazu dienen, nachteilige Vermögenswerte einer Bank separat abzubauen. Gerade dies ist beim Brückeninstitut, auf das nicht bloß negative Vermögenswerte ausgelagert werden dürfen, nicht der Fall<sup>525</sup>; vielmehr soll es kritische Funktionen aufrechterhalten

---

<sup>519</sup> Vgl Erwägungsgrund 65 BRRD; *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-11; *Hilkesberger/Schöller*, ÖBA 2015, 553 (554).

<sup>520</sup> S 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>521</sup> S 1.2.4(b)(ii)(D) oben.

<sup>522</sup> S 1.2.4(b)(i)(B) oben.

<sup>523</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18.

<sup>524</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>525</sup> *Hübner/Leunert*, ZIP, 2015, 2259 (2264).

und die übertragenen Vermögenswerte primär nicht abbauen, sondern einen Erwerber für sie finden.<sup>526</sup>

Anhand dieser Charakteristika des Brückeninstituts lässt sich unschwer erkennen, dass Brückeninstitute keine „Bad Banks“ iSd hier verwendeten Definition sind.

### 1.3.2 *Entzug/Rücknahme der Kreditinstitutskonzession*

In § 6 BWG werden Fälle von im Ermessen der FMA liegenden sowie von obligatorischen Konzessionsrücknahmen durch Bescheid der FMA festgelegt. Dies ist als Sanktion<sup>527</sup> für die in § 6 BWG geregelten Tatbestände vorgesehen.<sup>528</sup>

Von einer „Bad Bank“ unterscheidet diesen Vorgang bzw die davon betroffenen Rechtsträger, dass die Konzessionsrücknahme nicht der Sanierung eines Kreditinstituts dient, wenngleich sie fallweise an wirtschaftliche Elemente anknüpfen kann (vgl § 6 Abs 2 Z 4 BWG). Darüber hinaus entsteht im Zuge der Konzessionsrücknahme keine Trennung zwischen positiv und negativ bewerteten Vermögenswerten des Kreditinstituts.

Bei keinem der in dieser Arbeit als „Bad Bank“ behandelten Rechtsfiguren liegt im Übrigen ein „aktiver“ Entzug der Bankkonzession vor: Bei den historischen „Bad Banks“ (dh Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA) fällt die Bankkonzession als Rechtsfolge ihrer Entstehung *ex lege* weg, bei der originären „Bad Bank“ (dh der Abbaueinheit iSd BaSAG) besteht zu keinem Zeitpunkt eine aufrechte Bankkonzession. Wenngleich dies einen Unterschied zwischen den „Bad Banks“ und Fällen der Konzessionsrücknahme nach § 6 BWG darstellt, ist die Art und Weise des Wegfalls einer etwaigen Bankkonzession allerdings kein Wesensmerkmal für „Bad Banks“.

### 1.3.3 *Kreditinstitute unter Geschäftsaufsicht gem §§ 81 ff BWG*

Gem §§ 81 ff BWG können zahlungsunfähige und überschuldete (also materiell insolvente<sup>529</sup>) Kreditinstitute sowie die FMA einen Antrag auf Anordnung der Geschäftsaufsicht stellen. Die

---

<sup>526</sup> Vgl auch *Jahn/Geier/Schmitt*, Abschnitt B.III. Rn 33; *Bauer/Hildner*, DZWIR 251-263 (258).

<sup>527</sup> *Pangl/Rehulka* in *Dellinger* § 6 Rz 35.

<sup>528</sup> S näher zur Konzessionsrücknahme nach § 6 BWG auch in 2.2.2(b)(i) unten.

<sup>529</sup> *Laurer* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 83 Rz 1.

Geschäftsaufsicht darf in diesen Fällen dann angeordnet werden, wenn davon auszugehen ist, dass nach einer Periode von höchstens einem Jahr jene Solvabilität erwartet werden kann, die bei sonstigem Konzessionsentzug nicht auf längere Zeit unterschritten werden darf.<sup>530</sup>

Wird die Geschäftsaufsicht angeordnet, ist eine Aufsichtsperson zu bestellen, die bestimmten Kriterien zu genügen hat (vgl § 82 BWG); und der sohin umfangreiche Befugnisse zukommen (vgl § 84 Abs 2 BWG). Mit Wirksamkeitsbeginn der Geschäftsaufsicht werden zudem bestehende Forderungen gestundet und für mögliche Insolvenzgründe nicht berücksichtigt (§ 86 Abs 1 und 4 BWG, „Insolvenzeröffnungssperre“<sup>531</sup>), es erfolgt dadurch eine Bildung von zwei separaten Sondervermögen. Der finanzielle Bestand des Kreditinstituts ist von Sachverständigen festzustellen (§ 86 Abs 2 BWG). Die Geschäftsaufsicht bewirkt allerdings lediglich eine Überwachung, nicht aber eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit; sie erlischt durch Aufhebungsbeschluss bzw Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§ 90 BWG). Frühestens zwei Jahre nach Beendigung der Geschäftsaufsicht kann das Kreditinstitut die Befreiung von der mit der Geschäftsaufsicht einhergehenden Sonderung der Vermögenswerte beantragen (§ 88 BWG).

Das Modell der Geschäftsaufsicht zielt wie auch das Modell der „Bad Banks“<sup>532</sup> darauf ab, die Sanierung des Kreditinstituts zu ermöglichen (vgl auch § 81 Abs 2 BWG).<sup>533</sup> Allerdings geht mit der Verhängung der Geschäftsaufsicht keine Trennung der Vermögenswerte des betreffenden Kreditinstituts in eine positiv und eine negativ bewertete Gruppe<sup>534</sup> einher. Die im Zuge einer Geschäftsaufsicht erfolgende „Separierung“ von Vermögenswerten ist vielmehr eine rein auf zeitlichen (nicht aber auf wirtschaftlichen) Kriterien basierende (vgl § 86 Abs 1 BWG)<sup>535</sup>. Zudem bleiben die Sondervermögen in der Hand desselben Eigentümers vereint<sup>536</sup> und es erfolgt keine

---

<sup>530</sup> Laurer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 83 Rz 3.

<sup>531</sup> Laurer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 86 Rz 4.

<sup>532</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>533</sup> Laurer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 87 Rz 4.

<sup>534</sup> S zu diesem Wesensmerkmal der „Bad Bank“ in 1.1.1(c) oben.

<sup>535</sup> Laurer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 86 Rz 1.

<sup>536</sup> Laurer in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 88 Rz 1.

Aufteilung in zwei Rechtsträger bzw eine Zuteilung negativer Vermögenswerte an einen separaten Rechtsträger, um diese gesondert zu bewirtschaften.

Daher ist ein Kreditinstitut, über das die Geschäftsaufsicht nach §§ 81 ff BWG angeordnet wurde, keine „Bad Bank“ iSd hierin vertretenen Begriffsdefinition.

Zur Vollständigkeit sei festgehalten, dass die Anordnung der Geschäftsaufsicht über „Bad Banks“ nicht möglich ist, da die §§ 81 ff BWG für „Bad Banks“ nicht gelten (§§ 3 Abs 4 GSA, 84 Abs 2 BaSAG).<sup>537</sup> Für ein in wirtschaftliche Notlage geratenes Kreditinstitut stellen die Geschäftsaufsicht einerseits und der Sanierungsversuch über eine „Bad Bank“ andererseits (etwa im Zuge der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG) alternative, sich dabei jeweils gegenseitig ausschließende Konzepte dar; allenfalls ist denkbar, dass eine „Bad Bank“ aus einem Kreditinstitut hervorgeht, über das zeitlich zuvor die Geschäftsaufsicht angeordnet war und zwischenzeitlich wieder aufgehoben wurde.

#### **1.4 Implikationen der „Bad Banks“-Konzepte auf den Begriff der „Bad Bank“**

##### *1.4.1 Neubewertung und Anpassung der vorläufigen Begriffsdefinition*

Bevor die „Bad Banks“-Konzepte des österreichischen Rechts oberhalb eingehend analysiert wurden<sup>538</sup>, ist folgende, vorläufige Begriffsdefinition von „Bad Banks“ erarbeitet worden<sup>539</sup>:

Eine „Bad Bank“ ist ein Instrument zur wirtschaftlichen Sanierung einer Bank, das die Trennung von kommerziell als nachteilig bewerteten Vermögenswerte der Bank von den verbleibenden Vermögenswerten und deren separate Bewirtschaftung durch die „Bad Bank“ vorsieht.

Zusätzlich wurde bereits zu Beginn hervorgehoben, dass der Status als Bank bzw Kreditinstitut gerade kein Merkmal einer „Bad Bank“ zu sein scheint, bzw in manchen Quellen sogar als Negativkriterium einer „Bad Bank“ genannt wird.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

<sup>538</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2 oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3 oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4 oben.

<sup>539</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>540</sup> S 1.1.1(c) oben.

Die detaillierte Analyse der „Bad Banks“-Konzepte der österreichischen Rechtsordnung hat nunmehr sämtliche Elemente der vorläufigen Definition bestätigt, wobei einiger dieser Elemente in den einzelnen „Bad Banks“-Konzepten unterschiedlich umgesetzt sind: Etwa hat bei der Gruppe der „historischen Bad Banks“ (Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft)<sup>541</sup> die Trennung der Vermögenswerte bereits im Vorfeld der jeweiligen (Re-)Konstituierung bzw Entstehung der Rechtsträger als „Bad Bank“ stattgefunden; bei der Abbaueinheit iSd BaSAG – der einzigen „originären Bad Bank“ der österreichischen Rechtsordnung<sup>542</sup> – geht die Trennung der Vermögenswerte hingegen mit ihrer Entstehung als „Bad Bank“ einher<sup>543</sup>.

Auf Grundlage der bisherigen Analyse können ferner bestimmte Gemeinsamkeiten zwischen den „Bad Banks“-Konzepten im österreichischen Recht erkannt und somit als weitere Elemente zur Begriffsdefinition der „Bad Banks“ hinzugefügt werden. So hat sich etwa herauskristallisiert, dass in der Tat sämtliche „Bad Banks“ keine Kreditinstitute sind<sup>544</sup>; dieser Umstand beruht nicht zuletzt auf einem weiteren gemeinsamen Element der „Bad Banks“: der Deregulierung.<sup>545</sup> Zwar ist die Tätigkeit einer „Bad Bank“ notwendigerweise mit dem Bankgeschäft verbunden, weil im Zuge von Bankgeschäften erworbene Positionen bzw Vermögenswerte von der „Bad Bank“ abzubauen sind, allerdings erstreckt sich die dafür jeweils vorgesehene Legalzession für den Betrieb von Bankgeschäften nur auf deren Abbau<sup>546</sup>. Im Gegenzug zur (*de facto*-)Einschränkung des Konzessionsumfangs auf ein notwendiges Minimum fallen weitgehende Teile bankaufsichtsrechtlicher Regelungen weg, um Ressourcen sparen zu können.<sup>547</sup>

---

<sup>541</sup> S zu diesem Begriff 1.2.4(a) oben.

<sup>542</sup> S zu diesem Begriff 1.2.4(a) oben.

<sup>543</sup> S 1.2.4(b) oben.

<sup>544</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>545</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>546</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

<sup>547</sup> S im Detail 2.3 unten.

Auch der gesetzliche Aufgabenbereich des Portfolioabbaus und die dafür vorhandene bzw darauf beschränkte Legalzession stellt eine Parallele zwischen den „Bad Banks“ des österreichischen Rechts dar.

Eine Begriffsdefinition der „Bad Banks“ im österreichischen Recht, die für alle im österreichischen Recht vorgesehenen „Bad Banks“ zutrifft, könnte daher wie folgt lauten:

Eine „Bad Bank“ ist ein Instrument zur wirtschaftlichen Sanierung einer Bank, das die Trennung von kommerziell als nachteilig bewerteten Vermögenswerte der Bank von den verbleibenden Vermögenswerten und deren separate Bewirtschaftung durch die „Bad Bank“ vorsieht. „Bad Banks“ sind keine Kreditinstitute, verfügen aber über eine Legalkonzession zum Betrieb von Bankgeschäften, (ausschließlich) um ihren gesetzlichen Auftrag, den bestmöglichen Abbau ihres Portfolios, zu erfüllen; mit der Einschränkung des Tätigkeitsfelds geht auch eine Deregulierung im Sinne einer eingeschränkten Anwendbarkeit bankaufsichtsrechtlicher Regelungen einher.

#### 1.4.2 Zusammenfassung: „Bad Banks“-Modelle und Kategorien von „Bad Banks“

Nachdem nun eine Definition von „Bad Banks“ erarbeitet wurde, die auch die österreichisch-rechtlichen „Bad Banks“-Modelle berücksichtigt<sup>548</sup>, soll noch ein zusammenfassender Blick auf die konzeptionellen Unterschiede zwischen diesen „Bad Banks“-Modellen geworfen werden.

Aus den bisherigen Ausführungen bieten sich verschiedene Varianten der Einteilung der „Bad Banks“ in jeweils zwei unterschiedliche Kategorien; einerseits die Einteilung nach der Genese der „Bad Banks“ und andererseits die Einteilung nach der Initiative für ihre Entstehung.

So lässt sich die *originäre* „Bad Bank“ (Abbaueinheit iSd BaSAG) von den *historischen* „Bad Banks“ (Abbaugesellschaften und Abbaueinheit iSd GSA) trennen.<sup>549</sup>

Weiters ist die *fakultative* „Bad Bank“ (Abbaugesellschaft) von den *imperativen* „Bad Banks“ (Abbaueinheit iSd GSA und Abbaueinheit iSd BaSAG) zu unterscheiden.<sup>550</sup>

---

<sup>548</sup> S 1.4.1 unmittelbar oberhalb.

<sup>549</sup> S im Detail 1.2.4(a) oben.

<sup>550</sup> S im Detail 1.2.3(b) oben.

Schließlich sind Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA jedenfalls *dezentrale*<sup>551</sup> „Bad Banks“, da sie eine eigene „Bad Bank“ für jeweils ein zu sanierendes Institut (HETA bzw KA Finanz und Immigon)<sup>552</sup> darstellen, die Abbaueinheit iSd BaSAG kann, je nach den Einzelfallumständen als *dezentrale* oder *zentrale* „Bad Bank“ ausgestaltet sein (vgl § 83 Abs 2 Z 3 BaSAG, Art 42 Abs 2 Buchstabe b BRRD)<sup>553</sup>.

## **2. DER RECHTSRAHMEN VON „BAD BANKS“**

### **2.1 Allgemeines und Problemstellung**

Die Analyse der verschiedenen „Bad Banks“-Konzepte im ersten Teil dieser Arbeit hat diverse rechtliche Problemfelder aufgeworfen. Aus dem Vergleich der drei „Bad Banks“, Abbaueinheit iSd GSA<sup>554</sup>, Abbaugesellschaft<sup>555</sup> und Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>556</sup>, wird einerseits ersichtlich, dass diese durchaus ähnlichen rechtlichen Vorgaben in Bezug auf ihre (Abbau-)Tätigkeit unterliegen, andererseits ist erkennbar, dass die einzelnen „Bad Banks“ teilweise auf völlig unterschiedliche Ansatzpunkte zurückgehen. So sind die Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaften vormalige Kreditinstitute, die ohne unmittelbaren Einsatz von (immanenten) Vermögensübertragungen bzw -trennungen oder Rechtsnachfolgemechanismen zur „Bad Bank“ wurden<sup>557</sup> – sich gewissermaßen als solche re-konstituiert haben. Demgegenüber ist die Schaffung einer Abbaueinheit iSd BaSAG Teil des Gesamtkonzepts eines Abwicklungsinstruments<sup>558</sup>, das die Abwicklungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen

---

<sup>551</sup> Vgl zur dieser Einteilung *Homölle/Ruff/Türr*, ÖBA 2010, 663 (664); s im Detail 1.1.1(b) oben.

<sup>552</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(a) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(a) oben.

<sup>553</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-18 f; s näher 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>554</sup> S 1.2.2 oben.

<sup>555</sup> S 1.2.3 oben.

<sup>556</sup> S 1.2.4 oben.

<sup>557</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(b) oben bzw 1.2.3(b) zur Abbaugesellschaft oben.

<sup>558</sup> S 1.2.4(a) oben.



einsetzen kann<sup>559</sup> und bei dem eine Vermögensübertragung auf eine eigens gegründete<sup>560</sup> und separate „Bad Bank“ das zentrale Wesensmerkmal ausmacht<sup>561</sup>.

Weitere Diskrepanzen bestehen in der Historie der „Bad Banks“-Konzepte. So trat das GSA noch vor dem der Umsetzung der BRRD dienenden BaSAG in Kraft und schafft eine separate Rechtsgrundlage für die „Bad Bank“ der ehemaligen HBInt (HETA)<sup>562</sup>. Das Konzept der Abbaugesellschaft wurde zwar durch das BaSAG eingeführt, stellt aber ein *Austriacum* dar<sup>563</sup> und ist konzeptionell der BRRD fremd, wenngleich die Abbaugesellschaft sich teilweise im selben Rechtsrahmen bewegt wie die Abbaueinheit iSd BaSAG, die ihrerseits auf dem in der BRRD enthaltenen Abwicklungsinstrument der Ausgliederung von Vermögenswerten beruht<sup>564</sup> und ebenso ihre (nationale) rechtliche Grundlage im BaSAG findet. Die Abbaueinheit iSd BaSAG ist Bestandteil des von der BRRD vorgegebenen Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten und insofern von der BRRD determiniert.<sup>565</sup>

Wiederum gemein ist den „Bad Banks“, dass die grundlegenden gesetzlichen Vorgaben eher knapp gefasst sind und einige Rechtsfragen offenlassen. Bereits angesprochen wurden diesbezüglich etwa das Verhältnis der im BaSAG angesprochenen Vorschriften zur Entstehung der Abbaueinheit iSd BaSAG und der Vermögensübertragung nach §§ 82 ff BaSAG zum österreichischen Gesellschaftsrecht<sup>566</sup> und die mitunter schwierige Einordnung von „Bad Banks“ in bestehende finanzmarktregulatorische Kategorien<sup>567</sup>. An diese Problemfelder sind teilweise weitere Fragestellungen – wie etwa die Anwendbarkeit regulatorischer Vorschriften – gekoppelt, die wiederum auf nationaler oder europäischer Ebene bestehen können und daher, je nach Ursprung

---

<sup>559</sup> S 1.2.4(b)(ii)(A) oben.

<sup>560</sup> S 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>561</sup> S 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>562</sup> S 1.2.2(a) oben.

<sup>563</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>564</sup> S 1.2.4(a) oben.

<sup>565</sup> S 1.2.4(a) oben.

<sup>566</sup> S 1.2.4(b) oben.

<sup>567</sup> S 1.2.2(c) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(b)(ii)(G) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

des „Bad Banks“-Konzept im nationalen Recht und/oder EU-Recht, unterschiedlich zu betrachten sein können.

Der zweite Teil dieser Arbeit soll sich daher eingehend mit dem Rechtsrahmen für „Bad Banks“ in Österreich auseinandersetzen und Lösungsansätze für diesbezüglich offene Rechtsfragen aufzeigen.

## **2.2 Zivilrechtliche Aspekte**

### *2.2.1 Rechtsfolgen von Handlungen außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs*

#### **(a) Relevante Bestimmungen und Ausgangspunkt**

Im Zuge der Aufarbeitung und Analyse der „Bad Banks“-Modelle des österreichischen Rechts im ersten Teil dieser Arbeit wurde bei jedem „Bad Banks“-Modell festgestellt, dass die jeweils einschlägigen Gesetzesbestimmungen den Tätigkeitsbereich der betreffenden „Bad Bank“ determinieren (vgl § 3 GSA<sup>568</sup> sowie §§ 84 und 162 BaSAG<sup>569</sup>). Diesen (überwiegend gleichlautenden) Regelungen zufolge dürfen sämtliche „Bad Banks“, zusammengefasst betrachtet, nur solche Geschäfte betreiben, die innerhalb ihres Aufgabenbereichs, dh dem Portfolioabbau, liegen. Folglich sind solche Geschäfte unzulässig, die außerhalb dieses Aufgabenbereichs fallen, sowie weitere bestimmte, gesetzlich *per se* für unzulässig erklärte Geschäfte bzw Geschäftstypen wie etwa die Aufnahme von Publikumsgeldern (§§ 84 Abs 4 BaSAG bzw 3 Abs 6 GSA).

Die genannten Bestimmungen lassen allerdings offen, was die Folge eines Verstoßes – dh des Betriebs von Geschäften außerhalb des Aufgabenbereichs – wäre. Die Prüfung der gegenständlichen Fragestellung ist Inhalt dieses Abschnitts, wobei insb auf Folgen der Gesetzeswidrigkeit nach allgemeinem Zivilrecht sowie mögliche Überschreitungen der Vertretungsbefugnis einzugehen sein wird.

#### **(b) Gesetzeswidrigkeit und Nichtigkeitsfolge gemäß § 879 ABGB?**

Die besprochenen Rechtsnormen, wonach bestimmte Tätigkeiten der „Bad Banks“ (abschließend) für zulässig und wiederum andere Tätigkeiten als unzulässig festgelegt werden, beinhalten gesetzliche Verbote in Bezug auf die jeweils unzulässigen Geschäfte. Nach § 879 Abs 1 ABGB

---

<sup>568</sup> S näher 1.2.2(d) oben.

<sup>569</sup> S näher 1.2.3(d) und näher 1.2.4(d) oben.

kommt daher die Nichtigkeit von unzulässigen Geschäften, also außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs liegenden oder explizit untersagten Geschäften, in Betracht.

(i) Mögliche Nichtigkeitsfolge und Voraussetzungen

Grundsätzlich greift (nach Rsp und hA) die Nichtigkeitsfolge des § 879 ABGB auch bei Vorliegen eines gesetzeswidrigen Rechtsgeschäfts nur dann, wenn sich dies explizit aus dem betreffenden Verbot oder dem Zweck der (Verbots-)Norm ergibt.<sup>570</sup> In derartigen Fällen kann einerseits absolute Nichtigkeit vorliegen – etwa wenn das verletzte Gesetz dem Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung dient – oder andererseits bloß relative Nichtigkeit – etwa wenn das betreffende Gesetz bloß eine (bestimmte) Partei schützen soll.<sup>571</sup> Die Nichtigkeit tritt demnach nur in jenem Umfang ein, den der Zweck der Verbotsnorm erfordert.<sup>572</sup>

(ii) Normzweck der Einschränkungen des Tätigkeitsfelds

Die besprochenen Normen des BaSAG bzw GSA enthalten keine ausdrückliche Anordnung einer Nichtigkeitsfolge für unzulässige Geschäfte.<sup>573</sup> Auch die Materialien schweigen zum Zweck dieser Bestimmungen.

Der Normzweck der besprochenen Bestimmungen, durch die der Tätigkeitsbereich der jeweiligen „Bad Bank“ eingeschränkt wird, kann darüber hinaus nicht pauschal bewertet werden. Die darin vorgenommene Einschränkung muss allerdings vor dem Hintergrund der parallel dazu erfolgenden Deregulierung<sup>574</sup> betrachtet werden. Verstieße eine „Bad Bank“ gegen die gesetzlichen Beschränkungen, könnte sie diese Deregulierung (insb den Wegfall aufsichtsrechtlicher Anforderungen) nutzen, um sich einen illegitimen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, etwa wenn, entgegen der Verbotsbestimmungen weiterhin aktiv am Markt aufgetreten oder Neugeschäft akquiriert würde; die Deregulierung wäre insofern nicht gerechtfertigt, würde nicht zugleich auch

---

<sup>570</sup> Graf in Kletečka/Schauer § 879 Rz 3.

<sup>571</sup> Graf in Kletečka/Schauer § 879 Rz 4.

<sup>572</sup> Krejci in Rummel/Lukas § 879 Rz 23.

<sup>573</sup> Vgl insb Krejci in Rummel/Lukas § 879 Rz 25, wonach aus dem bloßen Wortlaut der betr Bestimmungen nur eingeschränkt Schlüsse auf eine mögliche Nichtigkeitsfolge zu ziehen sind.

<sup>574</sup> S insb zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

das Geschäftsfeld beschränkt. Dabei würden nicht nur schutzwürdige Interessen von Wettbewerb und Wettbewerbern beeinträchtigt, sondern käme auch etwaigen Vertragspartnern der infolge der Deregulierung unanwendbaren Vorschriften enthaltene Schutz nicht mehr zugute. Überdies scheint es im öffentlichen Interesse und damit auch vom Zweck der „Bad Bank“ umfasst, das Risiko und die Kosten der Tätigkeit von „Bad Banks“ im Voraus möglichst genau einschätzen zu können; hierzu ist es zweckmäßig, ebenso von vornherein ihren Tätigkeitsumfang festzulegen, um unberechenbare bzw unvorhergesehene Tätigkeiten und damit unvorhergesehene Risiken und Kosten zu vermeiden. Auch dient das limitierte Tätigkeitsfeld (mittelbar) der vollständigen Kontrolle der jeweiligen „Bad Bank“. All diese Argumente ließen sich zunächst *für* eine im Normzweck enthaltene Nichtigkeitskonsequenz anführen, da diese Ziele nur dann vollständig verwirklicht werden, wenn tatsächlich alle außerhalb des zulässigen Tätigkeitsfelds liegenden Geschäfte unwirksam sind.

Auf der anderen Seite darf nicht vergessen werden, dass das Aufgabenfeld des Portfolioabbaus – und damit zugleich der gesetzlich (un-)zulässige Tätigkeitsbereich – bloß vage beschrieben und im Einzelfall daher problematisch abzugrenzen sein kann. Es steht daher auch im Interesse der Rechtssicherheit und des Schutzes des Rechtsverkehrs von einer Nichtigkeitsfolge abzusehen. Fehlende Rechtssicherheit bei Geschäften der jeweiligen „Bad Bank“ würde den Portfolioabbau und somit die Erreichung der Ziele und Aufgaben einer „Bad Bank“ signifikant erschweren. Dass potenzielle Geschäftspartner in Abbaugeschäften der „Bad Banks“ aus mangelnder Rechtssicherheit vom Abschluss von Rechtsgeschäften absehen könnten, die dem Portfolioabbau dienen würden, kann vom Normzweck der gegenständlichen (Verbots-)Normen keinesfalls erfasst sein. Diese Interessen überwiegen zudem die oben beschriebenen Argumente, die für eine Nichtigkeitskonsequenz ins Treffen geführten werden könnten, nicht zuletzt weil die darin dargestellten Ziele aufgrund der behördlichen Steuerungs- und Kontrollbefugnisse<sup>575</sup> über die Tätigkeit der „Bad Banks“ auch ohne gesetzliche Nichtigkeitsfolge erreichbar sind; auch ohne Nichtigkeitskonsequenz scheint es nämlich vor diesem Hintergrund unrealistisch, dass eine „Bad Bank“ aus ihrer gesetzlichen Sonderstellung Profit schlagen und über den Portfolioabbau hinaus aktiv, etwa im Neugeschäft, auftreten würde.

---

<sup>575</sup> S 1.2.4(b)(i)(I) oben.

(iii) Fazit: keine Nichtigkeit gem § 879 ABGB

Vor diesem Hintergrund ist daher festzustellen, dass die gesetzliche Einschränkung des Tätigkeitsfelds der jeweiligen „Bad Bank“ und das daraus resultierende gesetzliche Verbot des Betriebs von Geschäften außerhalb ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs weder explizit eine Nichtigkeitskonsequenz anordnet noch diese in ihrem Normzweck enthält. Außerhalb des Aufgabenbereichs liegende Geschäfte sind daher nicht gem § 879 ABGB unwirksam.

(c) (Un-)Wirksamkeit der Vertretungshandlung?

(i) Unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsbefugnis – Vollmachtsmissbrauch

Wurde – auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen – verneint, dass Geschäfte, die den gesetzlich determinierten Aufgabenbereich der „Bad Banks“ überschreiten, gem § 879 ABGB unwirksam sind, verbleibt zu prüfen, ob (und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen) Vertretungshandlungen der Leitungsorgane von „Bad Banks“, durch die das gesetzlich eingeschränkte Tätigkeitsfeld überschritten wird, unwirksam sind und dadurch in weiterer Folge das betroffene Rechtsgeschäft unwirksam ist.

Ihren Ausgangspunkt nimmt die Analyse dieser Frage im sog Grundsatz der Formalvollmacht<sup>576</sup> bei GmbH und AG, wonach die Vertretungsbefugnis der Leitungsorgane bei GmbH und AG grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar ist.<sup>577</sup> Zwar kann die Geschäftsführungsbefugnis der Leitungsorgane im *Innenverhältnis* (zB durch die Satzung) beschränkt werden<sup>578</sup>, derartige Beschränkungen im Innenverhältnis schlagen aber prinzipiell nicht auf das *Außenverhältnis* durch.<sup>579</sup> Von diesem Grundsatz wird aber abgewichen (und die Unbeschränktheit der Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis teleologisch reduziert)<sup>580</sup>, wenn die Vertretungsmacht (objektiv) überschritten und der Geschäftspartner nicht schutzwürdig ist, was zur Unwirksamkeit der Vertretungshandlung im Außenverhältnis führt. Nicht schutzwürdig ist der Geschäftspartner

---

<sup>576</sup> Kalss, GesRZ 2020, 158 (168).

<sup>577</sup> S zur AG *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus* § 74 Rz 42 mwN; s zur GmbH *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter* § 20 Rz 43 mwN.

<sup>578</sup> S im Detail *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus* § 74 Rz 7 ff.

<sup>579</sup> *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus* § 74 Rz 31 bzw 37.

<sup>580</sup> Kalss, GesRZ 2020, 158 (161) mwN.

dann, wenn dieser den Vollmachtsmissbrauch kannte oder ihm dieser offenkundig war.<sup>581</sup> Hierbei kommt es nach der Rsp nicht auf eine missbräuchliche Überschreitung der Vertretungsbefugnis oder ein kollusives Zusammenwirken des Vertreters und des Geschäftspartners an.<sup>582</sup>

In Hinblick auf die Wirksamkeit von Vertretungshandlungen bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften wurden diese Grundsätze von Lehre und Rsp (insb aus Anlass von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr)<sup>583</sup> dahingehend konkretisiert, dass verbotene (dh nach § 879 ABGB gesetzwidrige)<sup>584</sup> Geschäfte zunächst zwar nicht *per se* die Vertretungsmacht einschränken<sup>585</sup>; allerdings verstößt das Leitungsorgan beim Abschluss gesetzwidriger Geschäfte in Vertretung der Gesellschaft gegen seine Pflichten im Innenverhältnis (sog Legalitätspflicht), und zwar unabhängig davon, ob die verletzten gesetzlichen Regelungen unmittelbar an das Leitungsorgan (interne Pflichtenbindung) oder an die Gesellschaft (und damit mittelbar an deren Leitungsorgan) gerichtet sind (externe Pflichtenbindung)<sup>586, 587</sup>. Diese Pflichtenverletzung im Innenverhältnis führt – den bereits dargelegten Grundsätzen folgend – dann auch zu einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Außenverhältnis, wenn der Geschäftspartner entweder mit dem Leitungsorgan zulasten der Gesellschaft zusammenarbeitet, von der Vollmachtsüberschreitung weiß oder sich dieser ihm geradezu aufdrängen muss (dh bei Offenkundigkeit bzw grob fahrlässiger Unkenntnis).<sup>588</sup> Hiervon abzugrenzen sind Gesetzesverstöße bei unklarer Rechtslage, die nach hA

---

<sup>581</sup> J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus § 74 Rz 39; Kalss, GesRZ 2020, 158 (160); Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss § 74 Rz 9.

<sup>582</sup> OGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v = Gassner, ZFR 2019, 417; J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus § 74 Rz 40; Enzinger, in Straube/Ratka/Rauter § 20 Rz 56; vgl auch OGH 25.9.1990, 4 Ob 544/90, RS 0016733; aA etwa Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss § 74 Rz 10, wonach die Vertretungsbefugnis nur bei Schädigungsabsicht eingeschränkt werden soll.

<sup>583</sup> Vgl etwa OGH 29.9.2010, 7 Ob 35/10p = Karollus GesRZ 2011, 110; Kalss, GesRZ 2020, 158 (161 f) mwN.

<sup>584</sup> S im Detail 2.2.1(b) unmittelbar oberhalb.

<sup>585</sup> J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus § 74 Rz 49; Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253.

<sup>586</sup> J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus § 84 Rz 209.

<sup>587</sup> Kalss, GesRZ 2020, 158 (161); Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss § 52 Rz 115; übereinstimmend und insb zur dogmatischen Herleitung dieses Ergebnisses für die GmbH vgl auch Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253.

<sup>588</sup> Kalss, GesRZ 2020, 158 (160); OGH 5.8.2009, 9 Ob 25/08d; OGH 31.1. 2017, 1 Ob 6/17i.

keine Pflichtverletzung im Innenverhältnis darstellen und somit nicht zu einer Unwirksamkeit im Außenverhältnis führen können.<sup>589</sup>

In Hinblick auf etwaige Verstöße im Innenverhältnis trifft den Geschäftspartner grundsätzlich aber keine Prüfpflicht, es sei denn, die Einzelfallumstände legen den Verdacht der Vollmachtsüberschreitung nahe, in welchem Fall der Vertragspartner nicht auf die Vertretungsmacht vertrauen darf und das Rechtsgeschäft nicht wirksam zustande kommt, wenn der Vertragspartner die Vollmachtsüberschreitung zumindest grob fahrlässig nicht erkennt.<sup>590</sup> Mit Blick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr wird ein die Prüfpflicht auslösendes Verdachtsmoment angesichts der Komplexität der Thematik allerdings nur dort angenommen, wo sich der Verdacht schon so weit aufdrängt, dass er nahezu einer Gewissheit gleichkommt.<sup>591</sup> Die Komplexität der Einzelfallumstände spielen demnach eine Rolle bei der Beurteilung der Reichweite einer Prüfpflicht von Geschäftspartnern.

(ii) Übertragung der Ergebnisse auf Handlungen außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs von „Bad Banks“

Die oberhalb dargestellten Grundsätze zur Reichweite der Vertretungsbefugnis<sup>592</sup> können nunmehr auf „Bad Banks“ und den Fall von Geschäften außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs umgelegt werden, woraus sich die nachstehenden Schlussfolgerungen ergeben.

Der bloße Umstand, dass ein Geschäft außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs der „Bad Bank“ fällt (und damit für sich genommen unzulässig ist) vermag für sich allein genommen keine Unwirksamkeit der diesbezüglichen Vertretungshandlung auszulösen.

Vertretungshandlungen in Bezug auf unzulässige – weil außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs liegende – Rechtsgeschäfte stellen aber, aufgrund des Legalitätsprinzips (konkret: aufgrund der externen Pflichtenbindung)<sup>593</sup> einen Pflichtverstoß des Vertretungsorgans

---

<sup>589</sup> Leupold/Ramharter, GesRZ 2009, 253 (264).

<sup>590</sup> Kalss, GesRZ 2020, 158 (160); J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus § 74 Rz 41; OGH 28.3.2017, 8 Ob 18/17f, RS0061579.

<sup>591</sup> OGH 1.12.2005, 6 Ob 271/05d; Artmann in Artmann/Karollus § 52 Rz 75.

<sup>592</sup> S 2.2.1(c)(i) unmittelbar oberhalb.

<sup>593</sup> S im Detail 2.2.1(c)(i) unmittelbar oberhalb; J. Reich-Rohrwig/Zimmermann in Artmann/Karollus § 84 Rz 209.

im Innenverhältnis dar, außer die Rechtslage ist im Einzelfall unklar. Klar wird die Rechtslage und somit der Pflichtenverstoß im Innenverhältnis wohl bei solchen Geschäften bzw Geschäftstypen sein, die im BaSAG bzw GSA ausdrücklich untersagt sind (bspw die Aufnahme von Publikumsgeldern, vgl §§ 3 Abs 6 GSA bzw 84 Abs 4 iVm 162 Abs 1); auch nicht ausdrücklich als unzulässig normierte Geschäfte können aber (klar) gesetzwidrig sein, als illustratives Beispiel könnte etwa der Abschluss von neuen Girokontoverträgen mit Retailkunden genannt werden, der wohl generell mit dem Portfolioabbau unvereinbar sein wird.

Liegt ein Pflichtenverstoß im Innenverhältnis vor, wird dadurch das Außenverhältnis zunächst nicht berührt und die Vertretungshandlung kommt grundsätzlich wirksam zustande. Außenwirksam wird der Pflichtenverstoß im Innenverhältnis bloß dann, wenn der Pflichtenverstoß dem Geschäftspartner bekannt ist oder sich geradezu aufdrängen musste. Den Geschäftspartner trifft diesbezüglich grundsätzlich keine Prüfpflicht, außer es liegt eine Verdachtslage vor.

Wie stark das Verdachtsmoment sein muss, um eine Prüfpflicht auszulösen, hängt nach der oben dargestellten Rsp von der Komplexität des Einzelfalls ab.<sup>594</sup> Bei Geschäften, die unter diejenigen Typen fallen, die im BaSAG bzw GSA *expressis verbis* als unzulässig vertypt sind oder eindeutig mit dem Aufgabenbereich des Portfolioabbaus in Widerspruch stehen, wird daher eine Prüfpflicht – aufgrund der weniger komplexen Problematik – früher ausgelöst werden als bei Grenzfällen, deren Klassifizierung als Abbaugeschäft nicht eindeutig vorgenommen werden kann (wobei in derartigen Grenzfällen bereits der Pflichtverstoß im Innenverhältnis meist zu verneinen sein wird<sup>595</sup>).

Vereinfacht formuliert werden demnach wohl nur solche Vertretungshandlungen unwirksam sein, die eindeutig dem gesetzlichen Aufgabenbereich der „Bad Bank“ zuwiderlaufen, wodurch eine für den Geschäftspartner zumindest offenkundige Pflichtenverletzung im Innenverhältnis vorliegen würde.

---

<sup>594</sup> S im Detail 2.2.1(c)(i) unmittelbar oberhalb; FN 591.

<sup>595</sup> S im Detail 2.2.1(c)(i) unmittelbar oberhalb; FN 589.



### (iii) Eingeschränkter Unternehmensgegenstand

Aufgrund des eingeschränkten Tätigkeitsfelds der „Bad Banks“<sup>596</sup> liegt es nahe, dass in der Satzung (oder im Gesellschaftsvertrag) von „Bad Banks“ der Unternehmensgegenstand an das gesetzlich determinierte Tätigkeitsfeld angepasst wird. Nachfolgend soll daher geprüft werden, ob die bisherigen Ergebnisse zur Reichweite der Vertretungsmacht dadurch beeinflusst würden, dass sich die gesetzliche Einschränkung des Tätigkeitsfelds auch im Unternehmensgegenstand widerspiegelt.<sup>597</sup>

Der Unternehmensgegenstand begrenzt die Befugnisse des Leitungsorgans im Innenverhältnis.<sup>598</sup> Demnach führt auch die Überschreitung eines festgelegten Unternehmensgegenstandes grundsätzlich zu keiner korrelierenden Einschränkung der Vertretungsmacht (Ablehnung der sog. *Ultra-vires*-Lehre)<sup>599</sup>, weshalb auch eine allfällige Anpassung des Unternehmensgegenstands an den gesetzlich determinierten Tätigkeitsbereich zunächst grundsätzlich nicht auf die Reichweite der Vertretungsbefugnis der Leitungsorgane im Außenverhältnis durchschlägt. Außenwirksam wird ein eingeschränkter Unternehmensgegenstand folgerichtig wiederum nur, wenn der Geschäftspartner nicht schutzwürdig ist, nämlich wenn dem Vertragspartner die Vollmachtsüberschreitung offenkundig ist, dh sich ihm geradezu aufdrängen musste.<sup>600</sup>

Die Offenkundigkeit kann sich bei entsprechender Einschränkung des Unternehmensgegenstands aus der öffentlich zugänglichen Satzung ergeben und ist insofern für einen außenstehenden Vertragspartner grundsätzlich einfach nachvollziehbar.<sup>601</sup> Diese Transparenz kann sich dahingehend auswirken, dass im Einzelfall Prüfpflichten leichter ausgelöst und das Offenkundigkeitskriterium bei Geschäftspartnern leichter erfüllt werden.<sup>602</sup> Bei den hier

---

<sup>596</sup> S 1.2.2(d) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>597</sup> zu den Grenzen der Satzungsautonomie bei enger Ausgestaltung des Unternehmensgegenstands *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus* § 74 Rz 9.

<sup>598</sup> *Kalss*, *GesRZ* 2020, 158 (166); vgl OGH 16.9.1986, 4 Ob 341/86.

<sup>599</sup> *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus* § 74 Rz 45.

<sup>600</sup> *Kalss*, *GesRZ* 2020, 158 (160); s im Detail auch 2.2.1(c)(i) oberhalb.

<sup>601</sup> *Kalss*, *GesRZ* 2020, 158 (165).

<sup>602</sup> *Kalss*, *GesRZ* 2020, 158 (166).

gegenständlichen Fallkonstellationen dürfte aber die Einschränkung des Unternehmensgegenstands keine derartige Wirkung haben. Denn die hier gegenständlichen Pflichten im Innenverhältnis ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz, das für den Geschäftspartner mindestens gleich transparent, zugänglich und nachvollziehbar ist, wie die Satzung der „Bad Bank“.

Insofern bleibt das bisherige Ergebnis auch im Falle einer zur gesetzlichen Einschränkung des Tätigkeitsbereichs spiegelbildlichen Einschränkung des Unternehmensgegenstands der „Bad Bank“ im Endergebnis unberührt. Abweichendes kann nur in Sonderkonstellationen der Doppelorganschaft gelten.<sup>603</sup>

Dieses Ergebnis erscheint überdies vor dem Hintergrund der hL zur Vertretungsbefugnis von Abwicklern (§ 210 AktG) schlüssig; denn auch bei AG in Liquidation gibt es zwar eine unternehmerische Aufgabe, nämlich die (durchaus ähnlich zum Portfolioabbau gestaltete) Abwicklung (§ 209 AktG)<sup>604</sup>, aus der aber keine damit einhergehende Beschränkung der Vertretungsmacht der Abwickler abzuleiten ist.<sup>605</sup>

#### (iv) Fazit

Vertretungshandlungen, durch die Leitungsorgane von „Bad Banks“ Geschäfte betreiben, die klar außerhalb des zulässigen Geschäftsfelds der „Bad Bank“ liegen, stellen aufgrund der Legalitätspflicht einen Pflichtenverstoß im Innenverhältnis dar.

Dies kann im Außenverhältnis nur durchschlagen – und somit zur Unwirksamkeit der Vertretungshandlung und damit des Rechtsgeschäfts führen – wenn der Geschäftspartner vom Pflichtenverstoß (also der Gesetzwidrigkeit) Kenntnis hatte oder sich diese ihm geradezu aufdrängen musste. Eine Prüfpflicht trifft den Geschäftspartner nur, wenn ein hinreichendes Verdachtsmoment vorliegt, dessen Intensität von der Komplexität der Umstände abhängt. Bei unzweifelhaften Überschreitungen des gesetzlichen Tätigkeitsfelds (vor allem bei Geschäftstypen, die gem GSA bzw BaSAG ausdrücklich unzulässig sind) wird sich der Pflichtenverstoß (also die

---

<sup>603</sup> S näher *Kalss*, *GesRZ* 2020, 158 (165 f).

<sup>604</sup> *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 209 Rz 4.

<sup>605</sup> *Berger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 210 Rz 4.

Gesetzwidrigkeit) dem Geschäftspartner daher eher aufdrängen bzw eine diesbezügliche Prüfpflicht auslösen, als bei Grenzfällen.

Eine der gesetzlichen Einschränkung des Tätigkeitsfelds entsprechende Einschränkung des Unternehmensgegenstands hat im Außenverhältnis keine zusätzliche Wirkung, da Überschreitungen des Unternehmensgegenstands ebenso zunächst nur einen Pflichtenverstoß im Innenverhältnis begründen und zur Außenwirksamkeit wiederum der Offenkundigkeit bedürfen. Die Festlegung in der Satzung führt, verglichen mit Gesetzesbestimmungen, nicht zu einer erhöhten Transparenz der entsprechenden Verbote bzw Pflichten für den Geschäftspartner, weshalb sich dessen Prüfpflichten nicht erhöhen.

(d) Konzessionslose Bankgeschäfte und diesbezügliche Regelungen des BWG

Wie oberhalb besprochen, fällt bei den „Bad Bank“-Modellen der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens die Bankkonzession automatisch weg (§ 2 Abs 3 GSA bzw § 162 Abs 3 BaSAG); gleichzeitig gilt jeweils eine Legalkonzession im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs (§ 3 Abs 4 GSA bzw §§ 84 Abs 2 iVm 162 Abs 1 BaSAG).<sup>606</sup> Die Legalkonzession gem § 84 Abs 2 BaSAG gilt auch für die Abbaueinheit iSd BaSAG, wenngleich diese zu keinem Zeitpunkt über eine Bankkonzession verfügt.<sup>607</sup>

Bankgeschäfte, die nicht dem Aufgabenbereich der jeweiligen „Bad Bank“ dienen, werden folglich konzessionslos erbracht, was aufgrund der Regelungen des BWG (§§ 4 Abs 1, 98 Abs 1 und 1a sowie 100 BWG) untersagt ist.

§ 100 BWG sieht in diesem Zusammenhang spezielle Rechtsfolgen vor<sup>608</sup>, ist aber für „Bad Banks“ generell nicht anwendbar (§§ 84 Abs 2 (iVm § 162 Abs 1) BaSAG bzw 3 Abs 4 GSA).<sup>609</sup>

---

<sup>606</sup> S 1.2.2(b) oben zur Abbaueinheit iSd GSA und 1.2.3(b) oben zur Abbaugesellschaft.

<sup>607</sup> S schon 2.1 oben.

<sup>608</sup> N. Raschauer in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, § 100 Rz 1.

<sup>609</sup> S im Detail 2.3.3(a) unten.

Anwendbar ist für „Bad Banks“ hingegen § 98 BWG, die für konzessionsloses Erbringen von Bankgeschäften Verwaltungsstrafen vorsieht. Dieser Verwaltungsstraftatbestand gilt parallel zu etwaigen zivilrechtlichen Rechtsfolgen unzulässiger (Bank-)Geschäfte<sup>610</sup>.

(e) Verstöße gegen den Abbauplan

Im Anschluss an die bisherigen Überlegungen zu den Rechtsfolgen außerhalb des gesetzlichen Aufgabenbereichs des Portfolioabbaus liegenden Geschäften, verbleibt nunmehr zu prüfen, wie Rechtsgeschäfte zu beurteilen sind, die gegen den jeweiligen Abbauplan der „Bad Bank“ verstoßen. Das GSA (betreffend die Abbaueinheit iSd GSA) sowie das BaSAG (betreffend die Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd BaSAG) legen nämlich jeweils fest, dass der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen hat (§ 5 Abs 1 GSA bzw §§ 84 Abs 1 und 162 Abs 1 BaSAG).<sup>611</sup>

Aus den bisherigen Überlegungen zur Gesetzeswidrigkeit nach § 879 ABGB<sup>612</sup> und zur Wirksamkeit von Vertretungshandlungen von Leitungsorganen bei gesetzeswidrigen Geschäften<sup>613</sup>, lässt sich diese Frage allerdings bereits beantworten, sofern man einen genaueren Blick auf die genannten Bestimmungen zum Abbauplan wirft. Auch diese Bestimmungen beinhalten nämlich ein gesetzliches Verbot, da sie den gesetzlichen Aufgabenbereich der „Bad Banks“, den Portfolioabbau, insofern weiter einschränken, als der Portfolioabbau nach Maßgabe eines Abbauplans zu erfolgen hat. Da Geschäfte, die außerhalb des Aufgabenbereichs liegen unzulässig sind und der Aufgabenbereich wiederum vom Abbauplan begrenzt wird, bedeutet dies zugleich, dass Geschäfte, die außerhalb des Abbauplans liegen, unzulässig sind.

Hat man sich dies verdeutlicht, lassen sich die bisherigen Überlegungen problemlos auf dem Abbauplan zuwiderlaufende Geschäfte umlegen und können wie folgt zusammengefasst werden:

Geschäfte, die gegen den Abbauplan verstoßen sind zwar iSd § 879 ABGB gesetzeswidrig; aus Rechtssicherheitsaspekten kann aber nicht von einer im Normzweck enthaltenen

---

<sup>610</sup> S 2.2.1(b) oben.

<sup>611</sup> S im Detail 1.2.2(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>612</sup> S 2.2.1(b) oben.

<sup>613</sup> S 2.2.1(c) oben.

Nichtigkeitskonsequenz ausgegangen werden. Hat man dies nämlich richtigerweise bereits in Hinblick auf den im Gesetz festgelegten Begriff Aufgabenbereich erkannt, muss diese Argumentationslinie umso mehr für den Abbauplan gelten, da dieser nicht öffentlich zugänglich ist und somit, bei einer Nichtigkeitskonsequenz von Verstößen, noch stärker zu Rechtsunsicherheit führen würde. Aus der Gesetzeswidrigkeit nach § 879 ABGB ergibt sich in Hinblick auf Geschäfte, die gegen den Abbauplan verstoßen, daher keine Unwirksamkeit.

Aufgrund der Legalitätspflicht sind Leitungsorgane an die Einhaltung des Abbauplans im Innenverhältnis gebunden. Dies schlägt aber nur im Außenverhältnis durch, wenn Vollmachtsmissbrauch vorliegt und dies dem Geschäftspartner zumindest offenkundig war (nach einem Teil der Lehre auch bei unbewusster Vollmachtsüberschreitung, sofern diese dem Geschäftspartner tatsächlich bekannt war). Den Geschäftspartner trifft hierzu grundsätzlich keine Nachforschungspflicht, es sei denn, es liegt ein Verdachtsmoment vor. Derartige Verdachtsmomente werden sich in der Praxis (ausgenommen bei Fällen der Doppelorganschaft oder sonstigen Nahebeziehungen) in Hinblick auf spezifische Inhalte des Abbauplans wohl selten ergeben, da dieser nicht öffentlich zugänglich ist.

## 2.2.2 *Kündigungsrechte infolge der (Re-)Konstituierung als „Bad Bank“ / Präzisierung des ex lege eintretenden Endes der Bankkonzession bei historischen „Bad Banks“*

### (a) Ausgangspunkt / Unterscheidung zwischen historischen und originären „Bad Banks“

Bei den sog *historischen* „Bad Banks“, Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft<sup>614</sup>, erlischt in ihrem jeweiligen Entstehungszeitpunkt als „Bad Bank“ *ex lege* die bis dahin bestehende Bankkonzession (§§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG).<sup>615</sup> In diesem Kapitel soll untersucht werden, wie sich dieser Umstand auf Vertragspositionen der „Bad Bank“ auswirkt und ob dadurch Vertragspartnern ein Kündigungsrecht entstehen kann. Bestandteil dieser Prüfung ist auch eine genauere Auseinandersetzung mit dem Vorgang des *ex lege* Wegfalls der Kreditinstitutskonzession an sich.

---

<sup>614</sup> S zu diesem Begriff insb 1.2.4(a) und 1.4.2 oben.

<sup>615</sup> S zur Entstehung der Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(b) oben bzw zur Entstehung der Abbaugesellschaft 1.2.3(b) oben.

Im Unterschied zu den *historischen* „Bad Banks“ ist die *originäre* „Bad Bank“ (Abbaueinheit iSd BaSAG) eigens<sup>616</sup> für ihre Verwendung als „Bad Bank“ gegründet.<sup>617</sup> Abbaueinheiten iSd BaSAG sind zu keinem Zeitpunkt ein Kreditinstitut und verlieren daher auch keine Konzession; es entfällt daher eine Prüfung von Kündigungsrechten infolge des Wegfalls einer Bankkonzession und dieses Kapitel konzentriert sich lediglich auf die *historischen* „Bad Banks“.<sup>618</sup>

(b) Präzisierung und Einordnung des *ex lege*-Endes der Kreditinstitutskonzession

Gem §§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG endet mit Eintritt der Rechtskraft eines Bescheids der FMA die bis dahin aufrechte, nach dem BWG erteilte Konzession der betreffenden „Bad Bank“. Das Ende der Kreditinstitutskonzession ist also sowohl bei Abbaueinheit iSd GSA als auch Abbaugesellschaft eine *ex lege* eintretende Rechtsfolge.

Nur bei der Abbaugesellschaft wird der ausschlaggebende Bescheid der FMA gem § 162 Abs 1 BaSAG allerdings vom entsprechenden Rechtsträger (dh der künftigen Abbaugesellschaft) selbst beantragt.<sup>619</sup> Der Fortbetrieb als Abbaugesellschaft wird vom Gesetzgeber also (bloß) ermöglicht, aber nicht zwingend vorgeschrieben.<sup>620</sup> Bei der Abbaueinheit iSd GSA war der entsprechende Bescheid von der FMA zu erlassen, sobald die Voraussetzungen dafür erfüllt waren; das konnte notwendigenfalls auch durch behördliche Anordnungen erreicht werden<sup>621</sup> (vgl § 1 GSA).<sup>622</sup> Bei der Abbaugesellschaft ist somit das fakultative Element stärker ausgeprägt, der Vorgang des Wegfalls der Bankkonzession selbst ist aber, isoliert betrachtet, in beiden Fällen derselbe, nämlich eine bloße, an die Rechtskraft des Bescheids geknüpfte gesetzliche Rechtsfolge.

---

<sup>616</sup> S 1.2.4(b)(i)(A) oben.

<sup>617</sup> S zu diesem Begriff insb 1.2.4(a) und 1.4.2 oben.

<sup>618</sup> S aber 1.2.4(b)(ii)(G)(VI) oben zu Kündigungsrechten infolge der Vermögensübertragung.

<sup>619</sup> S im Detail 1.2.3(b) oben.

<sup>620</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (29).

<sup>621</sup> S im Detail S 1.2.2(b) oben.

<sup>622</sup> Vgl ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (12 f).

Sowohl bei der Abbaueinheit iSd GSA als auch bei Abbaugesellschaften besteht weiterhin eine Legalzession<sup>623</sup> zum Betrieb von Bankgeschäften im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben.<sup>624</sup>

Unter Berücksichtigung dieser Umstände soll der Wegfall der Kreditinstitutskonzession nunmehr genauer analysiert werden, wobei als Ausgangspunkt bestehende rechtliche Konzepte zum Wegfall von Kreditinstitutskonzessionen herangezogen werden.

(i) Rücknahme der Konzession?

§ 6 BWG regelt Konzessionsrücknahmen durch die FMA.<sup>625</sup> Dabei wird zwischen Fällen, in denen die FMA die Konzession zurücknehmen *kann* (§ 6 Abs 1 BWG) und Fällen, bei denen sie dies *muss* (§ 6 Abs 2 BWG) unterschieden.<sup>626</sup> Die Rücknahme erfolgt durch *ex nunc* wirkenden Bescheid, durch welchen die Berechtigung zum Neuabschluss von Bankgeschäften erlischt.<sup>627</sup> Sofern nicht binnen drei Monaten nach Rechtskraft des Bescheids der Unternehmensgegenstand so geändert wird, dass darin kein Bankgeschäft mehr aufscheint und die Firma entsprechend der fehlenden Bankkonzession iSd § 94 BWG einwandfrei gestaltet ist, wirkt der der Bescheid der FMA außerdem wie ein Auflösungsbeschluss, dessen Folge die gesellschaftsrechtliche Liquidation des betreffenden (vormaligen) Kreditinstituts ist.<sup>628</sup>

Anders als bei Fällen der Konzessionsrücknahme iSd § 6 BWG ist das Ende der Bankkonzession bei Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA allerdings nicht unmittelbarer Inhalt eines Bescheides, sondern lediglich dessen gesetzliche, *ex lege* eintretende Rechtsfolge (§§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG). Zudem ist die Bescheiderlassung anders als bei der Konzessionsrücknahme nach § 6 BWG, nicht etwa Konsequenz eines Verstoßes gegen regulatorische Bestimmungen (vgl § 6 Abs 2 BWG) oder die Nichtausübung des Bankgeschäfts

---

<sup>623</sup> Vgl ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (12).

<sup>624</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA insb 1.2.2(c)(ii) oben bzw zur Abbaugesellschaft insb 1.2.3(c)(ii) oben.

<sup>625</sup> S bereits 1.3.2 oben.

<sup>626</sup> Pangl/Rehulka in Dellinger § 6 Rz 1 f.

<sup>627</sup> Pangl/Rehulka in Dellinger § 6 Rz 32.

<sup>628</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 6 Rz 4 f.

(vgl § 6 Abs 1 BWG), sondern eine Sanierungsmaßnahme für in wirtschaftliche Notlage geratene Banken<sup>629</sup>.

Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass die das Ende der Konzession als Rechtsfolge allfälliger Bescheide nach § 2 Abs 3 GSA bzw § 162 Abs 1 BaSAG für die FMA aus dem Gesetz bereits im Voraus absehbar ist und daher diese Bescheide *de facto* einer Rücknahme der Konzession gleichen, allerdings bezwecken die entsprechenden Bescheide nach dem BaSAG bzw GSA in erster Linie eine Genehmigung des Betriebs als Abbaueinheit iSd GSA bzw Abbaugesellschaft<sup>630</sup> und bestätigen das Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen; das Wegfallen der Bankkonzession ist für den Betrieb als Abbaueinheit iSd GSA oder Abbaugesellschaft in weiterer Folge lediglich eine notwendige (und daher bereits gesetzlich angeordnete) Konsequenz. Demgegenüber besteht bei Konzessionsrücknahmen nach § 6 BWG der Zweck des Bescheids gerade in der Konzessionsrücknahme – nämlich als Sanktion<sup>631</sup> bei Vorliegen der in § 6 BWG definierten Umstände – und eben nicht in einer Genehmigung einer bestimmten Betriebsform. Letztlich besteht im Falle von Konzessionsrücknahmen nach § 6 BWG auch kein spezifischer regulatorischer Rechtsrahmen für die betroffene (vormalige) Bank und deren Fortbetrieb, wie jeweils im GSA und BaSAG – etwa in Form einer Legalkonzession zum Betrieb von Bankgeschäften zwecks Portfolioabbau (§§ 3 Abs 4 GSA bzw 162 Abs 1 iVm 82 Abs 2 BaSAG)<sup>632</sup> – enthalten.

Verstärkend tritt (nur) bei der Abbaugesellschaft hinzu, dass diese den betreffenden Bescheid selbst beantragt, was in Gegensatz zum Sanktionscharakter eines Konzessionsentzugs nach § 6 BWG steht.

Das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession bei Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA ist daher insgesamt nicht mit einer Rücknahme der Konzession iSd § 6 BWG gleichzusetzen.

---

<sup>629</sup> S etwa 1.1.1(c) oben.

<sup>630</sup> Vgl etwa § 162 Abs 1 Satz 1 BaSAG.

<sup>631</sup> Pangel/Rehulka in Dellinger § 6 Rz 34.

<sup>632</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben.



(ii) Erlöschen der Konzession?

§ 7 BWG sieht ein *ex lege* eintretendes Erlöschen der Bankkonzession aus bestimmten Gründen vor, worüber die FMA einen Feststellungsbescheid zu erlassen hat; mit dem Erlöschen geht der Status eines Kreditinstituts verloren und die Berechtigung, Bankgeschäfte zu betreiben endet.<sup>633</sup> Wie bei bescheidmäßigen Konzessionsrücknahmen nach § 6 BWG<sup>634</sup> wirken Bescheide der FMA nach § 7 BWG darüber hinaus als (aufschiebend bedingter) Auflösungsbeschluss.<sup>635</sup>

Die relevanten Erlöschungsgründe liegen im Wesentlichen im Zeitablauf (bei befristeten Konzessionen), Bedingungseintritt (bei unter Bedingungen und/oder Auflagen erteilten Konzessionen), Zurücklegung der Konzession<sup>636</sup> (wenn zuvor bereits sämtliche Bankgeschäfte abgewickelt wurden) und Umgründungen (zur Vermeidung einer Vervielfältigung von Konzessionen)<sup>637</sup>.

Ähnlichkeiten bestehen zweifellos zwischen dem Fall des Konzessionserlöschens durch Zurücklegung iSd § 7 Abs 1 Z 3 BWG und dem *ex lege* Ende der Konzession bei der Abbaugesellschaft, da diese selbst den Antrag für den dafür ausschlaggebenden Bescheid der FMA stellen kann (§ 162 Abs 1 BaSAG), und damit, wie in Fällen des § 7 Abs 3 BWG, das Enden der Konzession selbst initiiert.

Allerdings ist ein Zurücklegen nach § 7 Abs 1 Z 3 BWG nach hA nur zulässig, wenn das Bankgeschäft davor bereits vollständig abgewickelt wurde<sup>638</sup>; gerade dieser Abwicklungsprozess steht der Abbaugesellschaft, wie auch der Abbaueinheit iSd GSA, typischerweise im Zeitpunkt des Wegfalls ihrer Konzession noch bevor und ist Zweck und Aufgabe dieser „Bad Banks“. Dies manifestiert sich in ihrer Legalzession zum Betrieb von Bankgeschäften für Zwecke des

---

<sup>633</sup> Dellinger/Greda in Dellinger § 7 Rz 1.

<sup>634</sup> S 2.2.2(b)(i) unmittelbar oberhalb.

<sup>635</sup> Dellinger/Greda in Dellinger § 7 Rz 40.

<sup>636</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 7 Rz 4 ff.

<sup>637</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 7 Rz 9.

<sup>638</sup> Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 7 Rz 7; Dellinger/Greda in Dellinger § 7 Rz 10.

Portfolioabbaus.<sup>639</sup> Eine vergleichbare Legalkonzession bzw Befugnis kommt (ehemaligen) Kreditinstituten nach einem Konzessionserlöschen iSd § 7 BWG nicht zu.

Es entspricht außerdem der ausdrücklichen Intention des historischen Gesetzgebers, dass das Enden der Konzession der Abbaueinheit iSd GSA nicht als Erlöschen iSd § 7 BWG zu werten ist.<sup>640</sup> Diese gesetzgeberische Intention dürfte sich auf die Abbaugesellschaft übertragen lassen, da die Funktionsweise des Endens der Konzession bei der Abbaugesellschaft gleich ist (vgl §§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG)<sup>641</sup>.

Aus diesen Gründen ist das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession bei der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft nicht als Erlöschen der Konzession iSd § 7 BWG zu qualifizieren.

Im gegebenen Kontext ist überdies zu erwähnen, dass in der Lit das Erfordernis eines Feststellungsbescheids über das (bereits eingetretene) Erlöschen der Konzession nach § 7 BWG auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit zurückgeführt wird.<sup>642</sup> Die Notwendigkeit eines gesonderten Feststellungsbescheids hinsichtlich des Wegfalls der Konzession bei Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA lässt sich hieraus aber nicht ableiten, da der Wegfall der Konzession sich unmittelbar eintretende Rechtsfolge eines Bescheids ergibt (§§ 2 Abs 3 GSA, 162 Abs 3 BaSAG). Deshalb ist es aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit auch unbedenklich, dass nicht noch ein Feststellungsbescheid zum Wegfall der Bankkonzession zu erlassen ist.

### (iii) Fazit

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass der *ex lege* eintretende Wegfall der Kreditinstitutskonzession bei der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft gem §§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG sich nicht in die bestehenden Konzepte zum Verlust von Kreditinstitutskonzessionen (§§ 6 f BWG) eingliedern lässt. Vielmehr stellen die Mechanismen i im BaSAG und GSA *eigene* Arten des Wegfalls von Kreditinstitutskonzessionen dar. Dies wird bei der nachstehenden Prüfung von Kündigungsrechten zu berücksichtigen sein.

---

<sup>639</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben.

<sup>640</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (13).

<sup>641</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(b) oben bzw Abbaugesellschaft 1.2.3(b) oben.

<sup>642</sup> Vgl Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 7 Rz 1.

Aus den bisherigen Ergebnissen lässt sich allerdings bereits gewinnen, dass vertragliche Kündigungsrechte, die auf Konzessionsrücknahmen iSd § 6 BWG und/oder Konzessionserlöschen iSd § 7 BWG abstellen, nicht *per se* ausgelöst werden.

(c) Vertragliche Kündigungsrechte

(i) Abbaueinheit iSd GSA: Ausschluss von Kündigungsrechten, § 2 Abs 4 GSA

In Bezug auf die Abbaueinheit iSd GSA legt § 2 Abs 4 GSA fest, dass das Ende der Bankkonzession in seiner Auswirkung auf gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Kündigungs-, Zustimmungs- oder andere Gestaltungsrechte oder Rechte auf Sicherstellung von Forderungen nicht dem Erlöschen der Konzession gemäß § 7 BWG gleichzuhalten ist und für sich allein keine der genannten Rechte begründet.

Wie oberhalb ausgeführt<sup>643</sup>, ist das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession bei der Abbaueinheit iSd GSA ohnehin nicht als Erlöschen iSd § 7 BWG einzustufen, weshalb die entsprechende Regelung lediglich klarstellender Natur ist. Bereits festgestellt wurde auch, dass kein der Konzessionsrücknahme nach § 6 BWG gleichzuhaltender Umstand vorliegt, weshalb sich – auch ohne ausdrückliche Regelung – festhalten lässt, dass das Ende der Bankkonzession in seiner Auswirkung auf gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Kündigungs-, Zustimmungs- oder andere Gestaltungsrechte oder Rechte auf Sicherstellung von Forderungen ebenso nicht der Rücknahme der Konzession gemäß § 6 BWG<sup>644</sup> gleichzuhalten ist.

Der Inhalt von § 2 Abs 4 GSA geht aber noch darüber hinaus und legt fest, dass das Ende der Bankkonzession „für sich allein“ keine der genannten Rechte (dh insb Kündigungsrechte) begründet. Das bedeutet, dass vertragliche Kündigungsrechte, die auf das Ende, den Wegfall, die Zurücknahme und/oder das Erlöschen der Bankkonzession u dgl abstellen, im Zuge des Wegfalls der Konzession nach § 2 Abs 3 GSA nicht anwendbar sind. Dieses Ergebnis entspricht einer historischen Auslegung der Bestimmungen des GSA, die erreichen sollen, dass einzelne Gläubiger eine geordnete Abwicklung der HETA nicht konterkarieren können, während sie vom Einsatz öffentlicher Mittel zu ihrer Sanierung bzw Stabilisierung profitieren. Das Abbaukonzept könnte

---

<sup>643</sup> S 2.2.2(b)(ii) oben.

<sup>644</sup> S 2.2.2(b)(i) oben.

nämlich etwa durch die Ausübung von (behaupteten) Kündigungsrechten erschwert werden, die daher per Gesetz eingeschränkt werden. Dabei werde, so die Materialien, ein sachgerechter und angemessener Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen, der Bewahrung von Systemstabilität und den Rechten von Betroffenen hergestellt.<sup>645</sup>

Festzuhalten ist aber, dass sich § 2 Abs 4 GSA nur auf den Wegfall der Bankkonzession gem § 2 Abs 3 GSA „für sich allein“ bezieht. Etwaige Kündigungsrechte, die an Umstände anknüpfen, die (mittelbar) vom Wegfall der Bankkonzession oder der (Re-)Konstituierung als „Bad Bank“ bzw Abbaueinheit iSd GSA ausgelöst werden, bleiben daher zunächst unberührt. Dabei kann es sich etwa um vertragliche Kündigungsrechte handeln, die an eine Rating-Verschlechterung, den Verlust eines Ratings, oder den Verlust des Status einer finanziellen Gegenpartei gem EMIR<sup>646</sup> anknüpfen. Diese Anknüpfungspunkte haben zwar mitunter einen Konnex zum Status als Bankkonzession, gehen aber klar über den Wegfall der Konzession „für sich allein“ hinaus, sodass die Rechtsfolgen des § 2 Abs 4 GSA für sie nicht gelten können.

Dennoch ist wird im Anlassfall eine einzelfallbezogene Auslegung dahingehend erforderlich sein, ob mit der entsprechenden Vertragsbestimmung nach dem Parteiwillen eigentlich auf den Wegfall der Bankkonzession angeknüpft wurde (zB indem an einen Umstand angeknüpft wird, der mit einem Wegfall der Bankkonzession automatisch einhergeht, etwa um die Regelung des § 2 Abs 4 GSA zu umgehen), oder ob bewusst an den spezifischen Umstand angeknüpft wurde (etwa weil das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieses Umstands Implikationen auf die Ausübung der vertraglichen Rechte und Pflichten hat). Wird, wie in ersterem Fall, nach dem Parteiwillen eigentlich auf den Bestand bzw Wegfall der Bankkonzession angeknüpft, werden die Rechtsfolgen des § 2 Abs 4 GSA jeweils zur Anwendung kommen.

#### (ii) Abbaugesellschaft: Keine ausdrückliche Regelung

Hinsichtlich der Abbaugesellschaft besteht keine ausdrückliche Regelung nach dem Vorbild des § 2 Abs 4 GSA<sup>647</sup>. Es ist daher zunächst unklar, ob und inwieweit vertragliche Kündigungsrechte,

---

<sup>645</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (12 f).

<sup>646</sup> S im Detail 2.3.2(c) unten.

<sup>647</sup> S im Detail 2.2.2(c)(i) unmittelbar oberhalb.

die mit dem Wegfall der Bankkonzession in Zusammenhang stehen, durch das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession nach § 162 Abs 3 BaSAG schlagend werden.

(A) Keine Anknüpfung an §§ 6, 7 BWG

Wie oben ausgeführt, ist das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession bei der Abbaugesellschaft weder als Rücknahme der Konzession iSd § 6 BWG noch als Erlöschen iSd § 7 BWG einzustufen.<sup>648</sup> Auch ohne ausdrückliche Regelung gilt daher auch bei der Abbaugesellschaft, dass das Ende der Bankkonzession in seiner Auswirkung auf gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Kündigungs-, Zustimmungs- oder andere Gestaltungsrechte oder Rechte auf Sicherstellung von Forderungen weder der Rücknahme der Konzession gemäß § 6 BWG noch dem Erlöschen der Konzession nach § 7 BWG gleichzuhalten ist.

(B) (Keine) Analogie zu § 2 Abs 4 GSA?

Ob – wie für die Abbaueinheit iSd GSA (§ 2 Abs 4 GSA)<sup>649</sup> – auch für die Abbaugesellschaft gilt, dass das *ex lege* eintretende Ende der Bankkonzession „für sich allein“ keine Kündigungs-, Zustimmungs- oder andere Gestaltungsrecht begründet, ist mangels ausdrücklicher Regelung im BaSAG fraglich; denkbar wäre allenfalls, dass § 2 Abs 4 GSA auf die Abbaugesellschaft mittels Analogieschluss zur Anwendung gelangt, was das Vorliegen einer planwidrigen Lücke voraussetzen würde.<sup>650</sup>

Da die rechtliche Ausgestaltung der Abbaugesellschaft auf die Regelungen zur Abbaueinheit iSd BaSAG verweist (vgl §§ 162 Abs 1 und 84 BaSAG) und diese Regelungen wiederum bewusst an die Abbaueinheit iSd GSA angeglichen wurden<sup>651</sup>, legen allerdings einzelne Abweichungen zwischen den betreffenden Regelungen, wie etwa die vorliegende, zunächst für eine bewusste Differenzierung des Gesetzgebers zwischen GSA und BaSAG und damit gegen eine (planwidrige) Lücke.<sup>652</sup>

---

<sup>648</sup> S zur Konzessionsrücknahme iSd § 6 BWG 2.2.2(b)(i) oben und zum Konzessionserlöschen iSd § 7 BWG 2.2.2(b)(ii) oben.

<sup>649</sup> S im Detail 2.2.2(c)(ii)(B)

<sup>650</sup> S etwa Posch in Schwimann/Kodek § 7 mwN.

<sup>651</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>652</sup> S zu dieser Argumentationslinie etwa auch bei 2.4.1(c)(ii)(A) unten.

Außerdem erscheint eine differenzierte Regelung durchaus sachgerecht, weil der Wegfall der Bankkonzession bei der Abbaugesellschaft von dieser selbst initiiert wurde (vgl § 162 Abs 1 BaSAG)<sup>653</sup>. Daher werden – vorbehaltlich einer einzelfallbezogenen Vertragsauslegung – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung vertragliche Kündigungsrechte, die an einen „Entzug“ oder eine „Rücknahme“ oder sonstige Fälle des nicht fakultativen Endes der Konzession anknüpfen (auch wenn damit nicht oder nicht nur auf eine Rücknahme iSd § 7 BWG Bezug genommen wird) ohnehin nicht anwendbar sein.

Demgegenüber können bei der Abbaugesellschaft vertragliche Kündigungsrechte, die so gestaltet bzw auszulegen sind, dass sie das gegebene Szenario des *ex lege*-Wegfalls der Bankkonzession umfassen (zB Kündigungsrechte, die bspw auf ein „Ende“ oder „Wegfallen“ der Bankkonzession abstellen, also fakultative Elemente nicht ausschließen) einzelfallabhängig anwendbar sein. Umso mehr gilt dies, wenn vertraglich bereits auf ein fakultatives Element („Zurücklegen“ der Bankkonzession) abgestellt wird. Aufgrund der Steuerbarkeit bzw Freiwilligkeit dieser Eigeninitiative scheint dieses Ergebnis auch sachgerecht.

Es besteht folglich bei der Abbaugesellschaft jedenfalls keine pauschale Unwirksamkeit von vertraglichen Kündigungsrechten, die an das Ende der Bankkonzession gekoppelt sind, damit kann bei der Abbaugesellschaft auch das Ende der Bankkonzession „für sich allein“ einzelfallabhängig Kündigungsrechte auslösen. Dies hängt davon ab, ob sie so gestaltet bzw auszulegen sind, dass der konkret bei der Abbaugesellschaft vorliegende Vorgang des *ex lege* eintretenden Endes der Bankkonzession<sup>654</sup> (unter Berücksichtigung der Eigeninitiative) umfasst ist.

(d) Kündigung aus wichtigem Grund

(i) Allgemeines

Dauerschuldverhältnisse können prinzipiell vorzeitig aus wichtigem Grund aufgelöst werden, falls es für eine Partei unzumutbar ist, das Vertragsverhältnis weiter aufrechtzuerhalten; dabei sind die

---

<sup>653</sup> S im Detail 1.2.3(b) oben.

<sup>654</sup> S im Detail 2.2.2(b) oben.

konkreten Parteiinteressen und Umstände dafür maßgeblich, ob das Zumutbarkeitskriterium im Einzelfall erfüllt ist.<sup>655</sup>

Dieser Grundsatz lässt zwar bereits erkennen, dass die Zulässigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund aufgrund des Wegfalls der Bankkonzession bei Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft einzelfallabhängig zu prüfen sein wird, allerdings können einige Aspekte bereits auf allgemeiner Ebene hervorgehoben werden. So ist etwa zu beachten, dass der Tatbestand der Kündigung aus wichtigem Grund regelmäßig auf die Komponenten der Leistungsstörung und/oder Vertragsverletzung durch die jeweils andere Partei abstellt.<sup>656</sup> Gerade diese Komponenten werden im konkreten Kontext regelmäßig nicht zum Tragen kommen, da die aufrechte Konzession als Kreditinstitut typischerweise nicht Schuldinhalt sein wird. Als genereller Maßstab für das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes gilt allerdings weiters regelmäßig der dauerhafte Wegfall typischer Voraussetzungen für den Abschluss des betroffenen Vertrags.<sup>657</sup> Wenngleich, vor allem bei Bankgeschäften, in der aufrechten Bankkonzession häufig eine derartige typische Voraussetzung für den Vertragsabschluss liegen wird, muss jedenfalls auch die für Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft jeweils geltende Legalkonzession (§§ 3 Abs 4 GSA bzw 84 Abs 3 iVm 162 Abs 1 BaSAG) berücksichtigt werden: Regelmäßig wird nämlich aus Sicht des Vertragspartners nicht das formelle Bestehen einer nach dem BWG erteilten Bankkonzession die typische Voraussetzung für den Geschäftsabschluss bilden, sondern die aufrechte und ausreichende (öffentlich-rechtliche) Berechtigung, um die vertraglichen Rechte und Pflichten erfüllen bzw ausüben zu dürfen –unabhängig vom Rechtsgrund dieser Berechtigung (Konzession nach dem BWG oder Legalkonzession nach BaSAG/GSA). Diese Berechtigung geht aufgrund der Legalzessionen der „Bad Banks“ nicht notwendigerweise verloren.<sup>658</sup>

Das formelle Bestehen einer Konzession nach dem BWG mag zwar in manchen Fällen im Abschlusszeitpunkt erforderlich sein, allerdings gilt der Wegfall der Bankkonzession *ex nunc* (vgl

---

<sup>655</sup> Reidinger in Schwimann/Kodek § 918 Rz 54 f.

<sup>656</sup> Fenyves in Fenyves/Kerschner/Vonkilch § 901 Rz 63.

<sup>657</sup> Reidinger in Schwimann/Kodek § 918 Rz 56.

<sup>658</sup> S im Detail zum Umfang der gesetzlichen Aufgabe und dem daran anknüpfenden Umfang der Legalzession bei der Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben.

§§ 2 Abs 3 GSA bzw 162 Abs 3 BaSAG) und kann daher für derartige Fälle für sich genommen keinen wichtigen Grund zur Kündigung begründen.

(ii) Verhältnis zum gesetzlichen Ausschluss von Kündigungsrechten gem § 2 Abs 4 GSA

Bestehen bei der Abbaueinheit iSd GSA Kündigungsrechte aus wichtigem Grund, ist fraglich, inwieweit diese mit dem Ausschluss von Kündigungsrechten gem § 2 Abs 4 GSA vereinbar sind.

Kündigungen aus wichtigem Grund sind nämlich prinzipiell auch dann zulässig, wenn die freie Kündbarkeit von den Parteien vertraglich ausgeschlossen wurde.<sup>659</sup> § 2 Abs 4 GSA statuiert allerdings keinen vertraglichen, sondern einen *gesetzlichen* Ausschluss bestimmter Kündigungsrechten (nämlich insb solcher Kündigungsrechte, die das Ende der Bankkonzession bei der Abbaueinheit iSd GSA „für sich allein“ begründen würde).

Diese gesetzliche Regelung bleibt von der vertraglichen Unbeschränkbarkeit von außerordentlichen Kündigungsrechten unberührt, weshalb im Anwendungsbereich des § 2 Abs 4 GSA<sup>660</sup> auch Kündigungen aus wichtigem Grund unzulässig sind. Unwirksam sind demnach Kündigungen, bei denen der behauptete wichtige Grund im Wegfall der Bankkonzession an sich liegt. Ein gegenteiliges Ergebnis wäre nicht nur dogmatisch fragwürdig, sondern würde auch den Anwendungsbereich von § 2 Abs 4 GSA zweckwidrig einschränken und der Intention des historischen Gesetzgebers entgegenlaufen.<sup>661</sup>

Dieses Ergebnis gilt nur bei der Abbaueinheit iSd GSA. In Bezug auf die Abbaugesellschaft gibt es keine derartige Regelung und eine analoge Anwendung von § 2 Abs 4 GSA scheidet nach den bisherigen Ergebnissen aus.<sup>662</sup> Daher ist die Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund bei der Abbaugesellschaft insofern keiner Einschränkung unterworfen.

---

<sup>659</sup> Reidinger in Schwimann/Kodek § 918 Rz 55.

<sup>660</sup> S im Detail 2.2.2(c)(i) oben.

<sup>661</sup> S 2.2.2(c)(i) oben.

<sup>662</sup> S im Detail 2.2.2(c)(ii)(B) oben.



## 2.3 Regulatorische Aspekte

### 2.3.1 Ausgangspunkt und Vorbemerkung

Die in diesem Abschnitt aufgeworfenen aufsichtsrechtlichen Fragestellungen beruhen weitgehend auf einem gemeinsamen Problem aller „Bad Banks“-Modelle, nämlich der fraglichen Reichweite der Anwendbarkeit aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Dieses Problem lässt sich noch weiter verallgemeinern, es trifft nämlich vielfach die Schnittstelle des europäischen mit dem nationalen Recht und stellt somit im Grunde genommen ein kompetenzrechtliches Problem dar, das nachfolgend kurz illustriert werden soll:

Eine Vielzahl (bank- bzw finanzmarkt-)aufsichtsrechtlicher Regelungen entstammen dem Europarecht. Dies betrifft nicht nur die Bankenabwicklung und Restrukturierung, die unionsweit im Rahmen der BRRD harmonisiert wurde, sondern geht im Rahmen der Europäischen Bankenunion weit darüber hinaus. So umfasst die Europäische Bankenunion etwa einen einheitlichen europäischen Regel- und Aufsichtsmechanismus, einen zentralisierten europäischen Kapitalisierungs- bzw Stabilitätsmechanismus („ESM“) und ein europäisches Einlagensicherungssystem.<sup>663</sup> Dabei tritt das einschlägige Unionsrecht in Form von Richtlinien, die in nationales Recht zu gießen sind (zB die im BaSAG umgesetzte BRRD), sowie in Form von unmittelbar geltenden Verordnungen<sup>664</sup> (zB CRR) auf.

Im Kontrast dazu haben die bisherigen Ausführungen gezeigt, dass die „Bad Banks“-Modelle des österreichischen Rechts unterschiedlich stark ausgeprägte europarechtliche Bezüge aufweisen. So wurde etwa die Abbaugesellschaft als *Austriacum* innerhalb des BaSAG eingeführt<sup>665</sup> und die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd BaSAG, die zwar prinzipiell auf den Vorgaben der BRRD beruht<sup>666</sup>, aufgrund des diesbezüglich in der BRRD vorhandenen Gestaltungsspielraums vom österreichischen Gesetzgeber eigenständig entwickelt<sup>667</sup>. Die bisherigen Prüfungen haben überdies ergeben, dass die Einordnung der österreichischen „Bad

---

<sup>663</sup> Vgl *Lejsek*, S 133 f.

<sup>664</sup> S zu den Rechtsquellen des EU-Rechts bspw *Berka*, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts Rz 329 ff und *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* Art 288 AEUV.

<sup>665</sup> S 1.2.3(a) oben.

<sup>666</sup> Vgl Art 42 ff BRRD.

<sup>667</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

Banks“-Modelle in bestehende regulatorische Konzepte (zB Kreditinstitut, Wertpapierfirma), die teils ebenfalls auf europarechtlichen Vorgaben beruhen (zB CRR-Kreditinstitut, MiFID-Wertpapierfirma) – und damit in die Anknüpfungspunkte für die Geltung regulatorischer Bestimmungen – nicht immer völlig eindeutig vorgenommen werden kann.<sup>668</sup>

Schon auf dieser Grundlage lässt sich erahnen, dass die Beurteilung der Reichweite der Anwendbarkeit (insb unmittelbar anwendbaren) Unionsrechts auf die jeweiligen „Bad Banks“-Probleme bereiten kann, denn das europäische Recht knüpft an ebendiese bestehenden regulatorischen Konzepte an (vgl zB Art 1 BRRD, Art 1 CRR) und kann *Austriaca* oder im österreichischen Recht vorgenommene Spezifikationen unionsrechtlicher Konzepte nicht antizipieren. Diese Problematik scheint dem historischen Gesetzgeber dem Grunde nach bewusst gewesen zu sein, denn in den einschlägigen Bestimmungen zu den jeweiligen „Bad Banks“-Modellen wurden in Hinblick auf die Reichweite der Anwendbarkeit nationalen (Aufsichts-)Rechts jeweils ausdrückliche Regelungen aufgenommen (vgl § 84 Abs 2 und 3 BaSAG und § 3 Abs 4 und 5 GSA jeweils hinsichtlich der Anwendbarkeit des BWG, WAG 2018 PfandbriefG und FM-GwG). Dass in diesen Bestimmungen nicht das gesamte nationale Aufsichtsrecht berücksichtigt wird, liegt aber auf der Hand.

Darüber hinaus ist es dem österreichischen Gesetzgeber naturgemäß nicht möglich, derartige Regelungen zur Reichweite der Anwendbarkeit europarechtlicher Bestimmungen zu treffen; das ergibt sich schon aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts und dessen autonomer Geltung.<sup>669</sup> Vielmehr muss – dem Grundsatz der autonomen Auslegung<sup>670</sup> folgend – den einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts selbst entnommen werden, ob sie für die jeweilige im österreichischen Recht vorgesehene „Bad Bank“ gelten oder nicht. Diese Problematik hatte der nationale Gesetzgeber wohl durchaus vor Augen und behalf sich mit der die Einschränkung des zulässigen Tätigkeitfeldes der jeweiligen „Bad Bank“-Modelle, um damit zu bewirken, dass die

---

<sup>668</sup> S 1.2.2(c) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(b)(ii)(G) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>669</sup> Berka, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts Rz 336 ff; Fülöp in Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Vorbemerkungen zu Art 9 bis 12 EUV.

<sup>670</sup> Vgl Tremmel in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV, Art 14 AEUV.

(überwiegend an der faktischen Tätigkeit des Rechtsträgers anknüpfenden<sup>671</sup>) Anwendungsvoraussetzungen unionsweiter Vorschriften durch die jeweilige „Bad Bank“ nicht erfüllt werden<sup>672</sup>.

Da, wie angesprochen, die Kompetenz des österreichischen Gesetzgebers betreffend die Determinierung der Anwendbarkeit unionsrechtlicher Vorschriften beschränkt ist<sup>673</sup> und selbst die ausdrücklich getroffenen Regelungen zur (teilweisen) Anwendbarkeit bestimmter nationaler aufsichtsrechtlichen Regelungen nicht vollständig erscheinen, soll im Folgenden die Anwendbarkeit bankenrechtlicher und im gegebenen Kontext besonders relevant erscheinender regulatorischer Vorschriften näher geprüft werden.

### 2.3.2 Anwendbarkeit unionsrechtlicher Vorschriften

#### (a) CRR

##### (i) Ausgangspunkt

Die CRR beinhaltet bankaufsichtsrechtliche Regelungen für beaufsichtigte „Institute“ iSd CRR<sup>674</sup> und legt, im Rahmen des sogenannten „Basel III“-Pakets<sup>675</sup> insb Eigenmittelanforderungen (Teil 3 CRR), Regelungen für Großkredite (Teil 4 CRR) und Liquiditätsanforderungen (Teil 6 CRR) fest. Die CRR soll der Finanzmarktstabilität dienen (vgl Erwägungsgrund 7 CRR) und unter Berücksichtigung des Wettbewerbs im Binnenmarkt unionsweit harmonisierte regulatorische Vorgaben schaffen (vgl Erwägungsgrund 34 CRR).<sup>676</sup>

In Bezug auf sämtliche „Bad Bank“-Modelle wurde bereits im ersten Teil dieser Arbeit analysiert, dass diese nicht als CRR-Institut konzipiert sind.<sup>677</sup> Dabei ist daran zu erinnern, dass sich der

---

<sup>671</sup> Vgl etwa die Begriffsdefinitionen der CRR in oder 1.2.2(c)(iii) oder 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>672</sup> S dazu bspw die teleologischen Überlegungen in 1.2.2(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA sowie sinngemäß 1.2.3(c)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>673</sup> S FN 669 oben.

<sup>674</sup> S näher Egger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka Art 1 CRR Rz 1.

<sup>675</sup> S näher Blauensteiner, ZLB 2013, 78 (78).

<sup>676</sup> S näher zur Aufteilung der Regelungsmaterien zwischen CRD IV und CRR insb Erwägungsgründe 6 und 7 CRR.

<sup>677</sup> S 0 oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(viii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(viii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

Begriff des CRR-Instituts aus den Gruppen der CRR-Kreditinstitute und der CRR-Wertpapierfirmen zusammensetzt (Art 4 Abs 1 Nr 3 CRR). Sowohl die Definition des CRR-Kreditinstituts und der CRR-Wertpapierfirma stellen auf faktische Handlungen des betreffenden Rechtsträgers ab, nicht auf dessen Zulassung oder Konzession.<sup>678</sup> Das steht im Kontrast zu nationalen Regelungen wie etwa § 1 Abs 1 BWG<sup>679</sup> oder §§ 1 Z 1 iVm 3 WAG 2018<sup>680</sup>. Bei der Prüfung, ob die jeweiligen „Bad Banks“-Modelle eine CRR-Wertpapierfirma sind bzw zulässigerweise sein können, wurde ferner besprochen, dass bestimmte Tätigkeiten, die zu einer Qualifikation als MiFID II-Wertpapierfirma führen, theoretisch zulässigerweise von den „Bad Banks“ erbracht werden dürften.<sup>681</sup> Eine in diesen Fällen resultierende Einstufung als MiFID II-Wertpapierfirma könnte wiederum zur Einstufung als CRR-Wertpapierfirma führen.<sup>682</sup>

Zusammengefasst lässt sich also festhalten, dass die jeweiligen „Bad Banks“ zulässigerweise CRR-Institute sein können – nämlich entweder, in stark eingeschränktem Ausmaß, als CRR-Wertpapierfirma innerhalb des zulässigen Tätigkeitsfeldes, oder falls die betreffende „Bad Bank“ ihr zulässiges Tätigkeitsfeld überschreitet.

(ii) Grundsätzliche Unanwendbarkeit vs Anwendbarkeit im Einzelfall

Geht man also davon aus, dass die jeweiligen „Bad Banks“ sich faktisch in ihrem gesetzlich zulässigen Tätigkeitsfeld bewegen, werden diese im Regelfall nicht als CRR-Institut zu qualifizieren sein, weil sich das zulässige Tätigkeitsfeld nur geringfügig mit dem Tätigkeitsfeld eines CRR-Instituts bzw einer CRR-Wertpapierfirma<sup>683</sup> überschneidet. Ist die betreffende „Bad Bank“ kein CRR-Institut, ist die eindeutig nicht auf die „Bad Bank“ anwendbar.

---

<sup>678</sup> S näher 1.2.2(c)(iii) und 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>679</sup> S dazu bspw 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>680</sup> S dazu bspw 1.2.2(c)(iv) oben.

<sup>681</sup> S 1.2.2(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>682</sup> S insb 1.2.2(c)(v) oben.

<sup>683</sup> S im Detail insb 1.2.2(c)(v) oben.

Problematischer wird die Beurteilung, wenn (fallweise) eine „Bad Bank“ – aufgrund von Verstößen gegen die gesetzliche Beschränkung ihres Tätigkeitsbereichs oder in zulässigen Einzelfällen als MiFID II-Wertpapierfirma – als CRR-Institut einzustufen ist.

Die Frage, ob die (vollständige) Anwendbarkeit der CRR bzw die (dafür ausschlaggebende) Einstufung als CRR-Institut einer gewissen Regelmäßigkeit oder Fortdauer bei der Ausübung der von der Definition erfassten Tätigkeiten erfordert bzw ob umgekehrt eine ausnahmsweise bzw vereinzelte Erbringung derartiger Tätigkeiten bereits für die Qualifikation als CRR-Institut genügt, geht weder aus der CRR, einschlägiger Lit noch den „Q&A“ der EBA hervor.<sup>684</sup> Im Rahmen des von der EBA angebotenen „Q&A“-Prozesses können Fragen an die EBA betreffend bankaufsichtsrechtliche Rechtsquellen des Unionsrechts gestellt werden. Die eingereichten Fragen sowie die Antworten der EBA werden auf der Website der EBA veröffentlicht und sollen so der unionsweit konsistenten Auslegung des bankaufsichtsrechtlichen Unionsrechts dienen. Antworten der EBA haben allerdings keine bindende Wirkung.<sup>685</sup>

Bei lediglich fallweiser bzw ausnahmsweiser Ausübung der definitionsgemäß erfassten Tätigkeiten eines CRR-Instituts können sinnvollerweise nur solche Bestimmungen der CRR zur Anwendung kommen, die das konkrete Geschäft, dessen Inhalt oder dessen Abschluss betreffen. Hingegen sind Regelungen der CRR, deren Zweck auf die Regulierung eines aufrechten und kontinuierlich ausgeübten Geschäftsbetriebs als Bank und den Schutz der Marktstabilität gerichtet ist, in einem derartigen Szenario nicht anwendbar. Dies umfasst jedenfalls Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen (Teil 3 und Teil 6 CRR) und lässt sich schon aus dem Regelungszweck<sup>686</sup> der CRR ableiten, harmonisierte Vorschriften für Zwecke des unionsweiten Wettbewerbs zu schaffen – an ebendiesem Wettbewerb sollen die jeweiligen „Bad Banks“ nämlich gerade nicht (mehr) teilnehmen; sie sollen vielmehr lediglich ihr Portfolio bestmöglich abbauen, wohingegen das „aktive“ Teilnehmen am Bankgeschäftsverkehr und das Akquirieren von

---

<sup>684</sup> Offenbar (implizit) für ein Gewerbsmäßigkeitserfordernis *Schirk* in *Dellinger* § 1a Rz 6 ff und 68; vgl auch bspw *Dürselen* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* Art 4 CRR Rn 3.

<sup>685</sup> Vgl <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> (abgerufen am 19. Dezember 2020); s im Detail zu „Soft Law“ der EBA auch 2.3.2(d) unten.

<sup>686</sup> S zur Relevanz der teleologischen Auslegung im Europarecht bspw *Lengauer* in *Mayer/Stöger* Art 19 EUV Rz 50.

Neugeschäft nicht zulässig ist (vgl etwa § 162 Abs 2 Z 1 BaSAG<sup>687</sup>). Eine bloß vereinzelte Ausübung der relevanten Tätigkeit stellt in diesem Sinne keine (ausreichende) Teilnahme am Wettbewerb dar, um die Anwendbarkeit der vollständigen CRR unter Berücksichtigung dieses Telos' zu rechtfertigen.

Darüber hinaus beinhaltet die CRR (im Unterschied zur CRD IV<sup>688</sup>) solche aufsichtsrechtlichen Regelungen, die sich auf die Funktionsweise der Bank- und Finanzdienstleistungsmärkte beziehen und so die Finanzstabilität der Teilnehmer dieser Märkte sichern sollen (vgl Erwägungsgrund 7 CRR). Diesem Regelungsgegenstand und -zweck folgend, fallen die österreichischen „Bad Banks“-Modelle selbst bei vereinzelter Ausübung der Tätigkeiten eines CRR-Instituts nicht in den Anwendungsbereich der CRR, denn für sie gelten jeweils bereits spezielle aufsichtsrechtliche Anforderungen, die dem Schutz der Finanzmarktstabilität ebenfalls Rechnung tragen, zusätzlich auf die besondere wirtschaftliche Situation dieser Rechtsträger Bedacht nehmen und auch (außer im Falle der Abbaueinheit iSd GSA), maßgeblich dem Unionsrecht entstammen (BRRD). Außerdem unterliegen die „Bad Banks“ erheblicher Kontrolle durch die Finanzmarktaufsicht, was im Vergleich zu „herkömmlichen“ Marktteilnehmern das Bedürfnis nach zusätzlicher aufsichtsrechtlicher Kontrolle reduziert.

Eine systematische Auslegung<sup>689</sup> muss zudem berücksichtigen, dass der europäische Gesetzgeber die Regelungen über den Zugang und Zulässigkeit zur Tätigkeit von „Instituten“ jeweils der individuellen Umsetzungsgesetzgebung der Mitgliedstaaten überlassen hat, indem er diese nicht in der CRR sondern der CRD IV (also in Form einer Richtlinie) geregelt hat (vgl Erwägungsgrund 6 CRR). In Zusammenschau mit der in der BRRD offengelassenen rechtlichen Ausgestaltung der für Abbaueinheiten geltenden, aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen<sup>690</sup> scheint somit unionsrechtlich unbedenklich, diese rechtlich so zu konzipieren, dass sie nicht als (CRR-)Institut

---

<sup>687</sup> S dazu auch 1.2.3(d)(v) oben.

<sup>688</sup> Vgl Erwägungsgrund 6 CRR.

<sup>689</sup> S zur Relevanz der systematischen Auslegung im Europarecht bspw *Lengauer* in *Mayer/Stöger* Art 19 EUV Rz 50; vgl generell zur Auslegung von europarechtlichen Bestimmungen näher *Haselberger*, Anwendungsformen der autonomen Auslegung aktueller Rechtsbegriffen RZ 2014, 270 mwN sowie konkret zu den hier verwendeten Interpretationsmethoden in Bezug auf europarechtliche Bestimmungen *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, S 221 sowie *Dederichs*, Die Methodik des EuGH, S 357.

<sup>690</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

ausgestaltet und somit nicht von der CRR erfasst sind. Die BRRD sieht ihrerseits auch kein Erfordernis vor, die Abbaueinheit iSd BaSAG den Konzessionserfordernissen oder den Regelungen der CRR zu unterwerfen.

(iii) Fazit: Unanwendbarkeit der CRR auf „Bad Banks“

Vor diesem Hintergrund entspricht es sowohl der Systematik der europarechtlichen als auch nationalen Regelungen zur Bankensanierung als auch dem Telos der CRR, dass die CRR nicht für „Bad Banks“ des österreichischen Rechts gilt; das gilt selbst bei fallweiser Ausübung der Tätigkeiten eines CRR-Instituts durch eine österreichische „Bad Bank“.

Wird der Anwendungsbereich der CRR weiter ausgelegt als hierin vertreten, könnte alternativ argumentiert werden, dass bei fallweiser Ausübung von Tätigkeiten eines CRR-Instituts (nur) solche Regelungen der CRR anwendbar sind, die das konkrete Geschäft, nicht aber den Schutz des Marktes im Sinne der Regulierung eines kontinuierlichen Bankbetriebs, betreffen; unanwendbar wären damit auch diesfalls zumindest die Eigenmittel- und Liquidationserfordernisse der CRR.

(b) MiFIR

(i) Ausgangspunkt

Die MiFIR beinhaltet Transparenzvorschriften in Bezug auf bestimmte Handelsdaten und die Meldung von Geschäftsdaten; ferner soll durch die MiFIR ein diskriminierungsfreier Zugang zu Clearing-Einrichtungen ermöglicht werden, Derivatehandel auf organisierte Handelsplätze verschoben und Aufsichtsmaßnahmen in Bezug auf Finanzinstrumente, Derivatepositionen und damit verbundene Dienstleistungen normiert werden.<sup>691</sup>

Die MiFIR ist gem Art 1 Abs 2 MiFIR auf nach der MiFID II zugelassene Wertpapierfirmen und nach der CRD IV zugelassene Kreditinstitute (bzw Kreditinstitute gem Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR) im Hinblick auf die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten sowie auf Marktbetreiber iSd Art 4 Abs 1 Nr 18 der MiFID II (einschließlich der von ihnen betriebenen Handelsplätze) anwendbar. Außerdem sind bestimmte Teile der MiFIR unter anderem auf finanzielle Gegenparteien (iSd Art 2 Nr 8 EMIR), clearingpflichtige nichtfinanzielle

---

<sup>691</sup> Raschauer, MiFiR – Eckpunkte der neuen Verordnung über Finanzinstrumente, ZFR 2012, 6 (6).

Gegenparteien und Personen mit Eigentumsrechten an Referenzwerten anzuwenden (Art 1 Abs 3 und 4 MiFIR).

(ii) Fazit: Unanwendbarkeit der MiFIR auf „Bad Banks“

Da die MiFIR auf die Zulassung als Wertpapierfirma oder Kreditinstitut anknüpft, kann sie generell nicht auf „Bad Banks“ österreichischer Prägung zur Anwendung gelangen, weil keine „Bad Bank“ über eine derartige Konzession verfügt.

An diesem Ergebnis vermögen auch die Legalkonzessionen der „Bad Banks“ (§ 3 Abs 4 GSA bzw § 84 Abs 2 BaSAG) nichts zu ändern: Zunächst handelt es sich bei den Legalkonzessionen der österreichischen „Bad Banks“ nicht um Zulassungen gem MiFID II oder CRD IV, sondern um originär österreichisch-rechtliche Konzessionsformen. Außerdem sind die Legalzessionen der „Bad Banks“ auch ihrem Zweck nach von einer „herkömmlichen“ Konzession nach BWG oder WAG 2018 (bzw CRD IV oder MiFID II) zu unterscheiden; sie sind nämlich bloße Notwendigkeit und Ausfluss des gesetzlich determinierten Aufgabenbereichs der „Bad Banks“, der ohne diese Legalkonzession jeweils nicht bewältigbar wäre<sup>692</sup>. Eine Konzession nach BWG oder WAG 2018 (CRD IV oder MiFID II) hingegen regelt hingegen den Zugang zum Bankenmarkt an sich (vgl § 4 BWG) und sieht dafür bestimmte Voraussetzungen vor (vgl § 5 BWG).

Zwischen diesen Erscheinungsformen der Konzession muss auch bei teleologischer Auslegung des Anwendungsbereichs der MiFIR gem Art 1 Abs 2 MiFIR zu differenziert werden, wobei davon auszugehen ist, dass der europäische Gesetzgeber hierbei (lediglich) den zweitgenannten Typus von Konzessionen bzw Zulassungen vor Augen hatte, nicht hingegen Legalkonzessionen wie sie bei den „Bad Banks“ des österreichischen Rechts vorgesehen sind. Dies ergibt sich schon aus der Präzisierung in Art 1 Abs 2 MiFIR, der den Anwendungsbereich der MiFIR auf die „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagentätigkeiten“ beschränkt und offenbar also von einem zur aktiven Marktteilnahme zugelassenen Institut, das die relevanten Dienstleistungen erbringt, ausgeht. Eine derartige Form der Zulassung fehlt bei „Bad Banks“, überdies sind ihnen

---

<sup>692</sup> S dazu näher etwa 1.2.2(c)(ii) oben.



gerade Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten überhaupt weitestgehend untersagt (§ 3 Abs 6 GSA, § 84 Abs 4 BaSAG)<sup>693</sup>.

Allgemein ist die Ausübung der für die MiFIR relevanten Tätigkeiten (wenn überhaupt) für „Bad Banks“ jeweils nur im Rahmen des Portfolioabbaus zulässig, wohingegen der Wertpapierfirmenbegriff der MiFIR bzw MiFID II von einer „gewerblichen“ Tätigkeit ausgeht (Art 2 Abs 1 Nr 1 MiFIR und Art 4 Abs 1 Nr 1 MiFID II). Von Gewerblichkeit ist aufgrund der genannten Einschränkungen bei „Bad Banks“ gerade nicht auszugehen, weshalb die Nichtanwendung der MiFIR auf die österreichischen „Bad Banks“-Modelle auch europarechtskonform erscheint.

Eine teleologische Extension<sup>694</sup> des Anwendungsbereichs auf solche Rechtsträger, die zwar nicht als Kreditinstitut oder Wertpapierfirma zugelassen sind, aber entsprechende Tätigkeiten (faktisch) erbringen, scheidet überdies aus systematischen Erwägungen aus: in Zusammenschau mit anderen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Bestimmungen des Unionsrechts, die mit der MiFIR in inhaltlichem Zusammenhang stehen (zB CRR) wird nämlich ersichtlich, dass der europäische Gesetzgeber in manchen Fällen auf die faktische Tätigkeit abstellt (vgl Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR<sup>695</sup>) und in manchen Fällen auf eine bestehende Zulassung (vgl Art 1 Abs 2 MiFIR). Daher ist durchaus davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber sich bewusst zwischen diesen beiden Konzepten entscheidet und der Anwendungsbereich der MiFIR somit bewusst an eine bestehende Zulassung (und eben nicht an die faktische Tätigkeit) anknüpft.

Es kann daher die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die MiFIR für österreichische „Bad Banks“ insoweit nicht anwendbar ist, als sie auf eine bestehende Zulassung nach MiFID II bzw CRD IV abstellt.

Weiters ist davon auszugehen, dass „Bad Banks“ nicht als Marktbetreiber (iSd Art 2 Abs 1 Z 10 MiFIR) auftreten werden, da dies wohl mit ihrem gesetzlich zulässigen Tätigkeitsfeld<sup>696</sup>

---

<sup>693</sup> S zum unzulässigen Tätigkeitsfeld auch bei 1.2.2(d)(v) oben.

<sup>694</sup> S zur Relevanz der teleologischen Auslegung im Bereich des Unionsrechts FN **Error! Bookmark not defined.**

<sup>695</sup> S näher bei 1.2.2(c)(iii) oben.

<sup>696</sup> S dazu zur Abbaueinheit iSd GSA bei 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft bei 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG bei 1.2.4(d) oben.

unvereinbar ist. Die MiFIR bleibt daher auch insoweit unanwendbar, als sie an die Eigenschaft als Marktbetreiber anknüpft; da die gegenständliche Definition allerdings wiederum auf die tatsächliche Tätigkeit anknüpft (Art 2 Abs 1 Nr 10 MiFIR iVm Art 4 Abs 1 Nr 18 MiFID II), ist dies allerdings letztlich auf Faktenebene zu beurteilen. Im Falle der Überschreitung des Aufgabenbereichs gelten sinngemäß die (teleologischen) Überlegungen zur (Teil-)Anwendbarkeit der CRR in einem derartigen Szenario<sup>697</sup> und die (Teil-)Anwendbarkeit der MiFIR wäre daher insoweit fallweise vertretbar.

Wie im Abschnitt zur Anwendbarkeit der EMIR<sup>698</sup> näher zu erläutern sein wird, ist außerdem davon auszugehen, dass „Bad Banks“ nicht als „finanzielle Gegenpartei“ iSd EMIR zu qualifizieren sind, weshalb die an diese Eigenschaften anknüpfenden Regelungen der MiFIR ebenso unanwendbar sind.

(c) EMIR

(i) Ausgangspunkt

Die EMIR trat 2012 in Kraft (Art 91 EMIR) und verfolgt – als Reaktion auf die Finanz- und Bankenkrise – das Ziel, die Finanzmärkte transparenter zu gestalten. Dabei sollen insb die aus dem (außerbörslichen) Derivatehandel resultierenden und teils verborgenen<sup>699</sup> Risiken durch erhöhte Transparenzanforderungen erkannt und verringert werden.<sup>700</sup> Zentrale Regelungen der EMIR sind die sog „Clearingpflicht“ (Art 4 EMIR), die Risikominderungspflicht (Art 11 EMIR) und Berichtspflichten (Art 9 EMIR).

Die EMIR gilt gem Art 1 Abs 2 EMIR für sog „CCPs“ (*central counterparties* bzw zentrale Gegenparteien, vgl Art 1 Abs 1 und Art 2 Nr 1 EMIR) und deren Clearingmitglieder (Teilnehmer an einer CCP, vgl Art 2 Nr 14 EMIR), „finanzielle Gegenparteien“ (vgl Art 2 Nr 8 EMIR) sowie teilweise für „nichtfinanzielle Gegenparteien“ (vgl Art 2 Nr 9 EMIR) und „Handelsplätze“ (vgl Art 2 Nr 4 EMIR).

---

<sup>697</sup> S 2.3.2(a)(ii) oben.

<sup>698</sup> S 2.3.2(c) unmittelbar unterhalb.

<sup>699</sup> Stadler, ÖBA 2019, 555 (560).

<sup>700</sup> Eichler/Hasenauer, ÖBA 2014, 90 (90-91); Egger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka Art 4 CRR Rz 66.

Im gegebenen Kontext scheint die Differenzierung zwischen „finanziellen Gegenparteien“ und „nichtfinanziellen Gegenparteien“ (jeweils iSd EMIR) und die damit verbundene Anwendbarkeit bzw Teilanwendbarkeit der EMIR von besonderer Bedeutung. Diejenigen österreichischen „Bad Banks“, bei denen es sich um frühere Kreditinstitute handelt (Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft, also die sog „historischen Bad Banks“<sup>701</sup>)<sup>702</sup>, fielen nämlich durch ihre Eigenschaft als „finanzielle Gegenparteien“ zumindest bis zu ihrer (Re-)Konstituierung als „Bad Bank“ in den Anwendungsbereich der EMIR, weil die Definition der „finanziellen Gegenpartei“ insb zugelassene Wertpapierfirmen und Kreditinstitute umfasst (Art 2 Nr 8 EMIR).

(ii) Fazit: (Teil-)Anwendbarkeit der EMIR als nichtfinanzielle Gegenpartei

Die Definition der finanziellen Gegenpartei auf eine bestehende Zulassung ab (Art 2 Nr 8 EMIR). Daher fallen sämtliche österreichischen „Bad Banks“-Modelle nicht in die Definition der finanziellen Gegenpartei iSd EMIR, wodurch die EMIR insofern unangewendet bleibt; dies ergibt sich aus den bereits zur Anwendbarkeit der MiFIR angestellten Erwägungen<sup>703</sup> und gilt folglich trotz der für die „Bad Banks“ statuierten Legalkonzessionen.

Weiters scheidet aus systematischen Erwägungen eine (teleologische) Ausdehnung des Anwendungsbereichs der EMIR bzw der Definition der finanziellen Gegenparteien aus, weil eine systematische Betrachtung (etwa in Zusammenschau mit der CRR) nahelegt, dass bewusst auf eine bestehende Zulassung abgestellt wurde und von diesem Tatbestandsmerkmal deshalb nicht abgesehen werden kann.

Bemerkenswert ist außerdem, dass die EMIR durch die BRRD teilweise geändert wurde (vgl Art 126 BRRD). Im Zuge dessen wurde die Definition von finanziellen Gegenparteien allerdings nicht modifiziert und auch kein sonstiger Hinweis dahingehend aufgenommen, dass Zweckgesellschaften zur Ausgliederung von Vermögenswerten (vgl Art 42 BRRD, dh Abbaueinheiten iSd BaSAG) als finanzielle Gegenparteien oder sonst in den Anwendungsbereich der EMIR fallen sollen. Wenngleich die Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd BaSAG in der BRRD

---

<sup>701</sup> S zu diesem Begriff etwa 1.2.4(a) und 1.4.2 oben.

<sup>702</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(a) oben bzw 1.2.3(a) zur Abbaugesellschaft oben.

<sup>703</sup> S 2.3.2(a)(ii) oben.

weitgehend offengelassen wurde<sup>704</sup>, ist aus diesem Umstand zumindest abzuleiten, dass die Nichteinbeziehung der Abbaueinheit iSd BaSAG in die finanziellen Gegenparteien iSd EMIR bzw die Nichteinbeziehung in den Anwendungsbereich der EMIR an sich ein europarechtskonformes Ergebnis darstellt. Aufgrund der ähnlichen Ausgestaltung der weiteren österreichischen „Bad Banks“-Modelle<sup>705</sup> lässt sich dies auch auf die Abbaueinheit iSd GSA und die Abbaugesellschaft übertragen.

Die österreichischen „Bad Banks“-Modelle fallen daher jeweils in die „Restgruppe“ der nichtfinanziellen Gegenparteien iSd Art 2 Nr 9 EMIR und die EMIR gilt daher (nur) in dem dadurch begrenzten Rahmen.

Durch diese Abgrenzung ergibt sich insb, dass die in der EMIR statuierte Clearingpflicht für die österreichischen „Bad Banks“ gem Art 10 Abs 1 EMIR nur bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte gilt. Hierbei ist auch die „Hedging-Ausnahme“ nach Art 10 Abs 3 EMIR zu beachten, wonach OTC-Derivate, die der Absicherung dienen, für die Clearingschwellen außer Betracht bleiben.<sup>706</sup>

(d) „Soft Law“: Leitlinien und Empfehlungen der EBA

(i) Ausgangspunkt

Die EBA kann im Bereich des Bankaufsichtsrechts Leitlinien und Empfehlungen<sup>707</sup> erstellen (vgl Art 16 EBA-VO bzw Art 288 AEUV); diese dienen jeweils der Präzisierung von Sekundärrecht.<sup>708</sup> Weiters nimmt sie im Zuge im Zuge des sog „Q&A“-Prozesses in einem „Fragen- und

---

<sup>704</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>705</sup> Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16) sowie die allgemeinen Ausführungen zur Abbaueinheit iSd GSA in 1.2.2 oben bzw 1.2.3 oben zur Abbaugesellschaft oben.

<sup>706</sup> S dazu weiterführend auch Art 10 f der Delegierten VO (EU) Nr 149/2013 der Kommission sowie Art 1 der Delegierten VO (EU) Nr 2016/1178

<sup>707</sup> S auch <https://eba.europa.eu/about-us/missions-and-tasks> (abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>708</sup> Schellner/Dellinger, ÖBA 2020, 18 (18).

Antwortenkatalog“<sup>709</sup> Stellung zu konkreten Fragen von (ua) Kreditinstituten und Aufsichtsbehörden.<sup>710</sup>

Gem § 69 Abs 5 BWG und § 3 Abs 12 BaSAG muss sich die FMA an den Tätigkeiten der EBA beteiligen und die Leitlinien und Empfehlungen und andere von der EBA beschlossenen Maßnahmen anwenden.<sup>711</sup> Zudem sind Leitlinien der EBA zum Teil direkt an die relevanten Institute adressiert (Art 16 Abs 3 EBA-VO, Art 1 Abs 3 EBA-VO).

Wenngleich sich die Tätigkeit der EBA laut dem Wortlaut der EBA-VO auf bestimmte, speziell regulierte Unternehmen (zB Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, vgl Art 1 Abs 3 EBA-VO) bezieht, zu denen die österreichischen „Bad Banks“ grundsätzlich nicht zählen<sup>712</sup>, darf nicht vergessen werden, dass die österreichischen „Bad Banks“-Konzepte dem europäischen Gesetzgeber (teils) fremd sind<sup>713</sup> und sich die EBA inhaltlich mit Rechtsakten des Unionsrechts befasst, die für ebendiese „Bad Banks“ zumindest teilweise bzw mittelbar – durch nationale Umsetzungsgesetzgebung – relevant sind (zB die weitgehend im BWG umgesetzte CRD IV<sup>714</sup>).<sup>715</sup>

Fraglich ist daher, ob und inwieweit Rechtsakte der EBA für die österreichischen „Bad Banks“ beachtlich sind. Dem sei vorausgeschickt, dass Leitlinien und Empfehlungen der EBA kein zwingender (Gesetzes-)Charakter zukommt und die Frage, inwieweit sie überhaupt „Verbindlichkeit“ entfalten können, an dieser Stelle nicht näher behandelt wird. „Beachtlichkeit“ meint daher jenes Maß an Verbindlichkeit bzw Zwangscharakter, das die Leitlinien und Empfehlungen der EBA für „gewöhnliche“ Banken bzw Adressaten dieser Rechtsakte entfalten. Erreicht man also auf Grundlage der nachfolgenden Überlegungen das Ergebnis, dass (bestimmte) Rechtsakte der EBA für „Bad Banks“ „beachtlich“ sind, hieße das,

---

<sup>709</sup> Vgl *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (27).

<sup>710</sup> S FN 708.

<sup>711</sup> krit zu dieser „Befolgungspflicht“ *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (20).

<sup>712</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c) oben bzw 1.2.4(b)(ii)(G) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>713</sup> S im Detail 2.3.1 oben

<sup>714</sup> S 2.3.3(a) unten, Vgl zur Umsetzung der CRD IV durch das BWG etwa ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP (2).

<sup>715</sup> *Schellner/Dellinger*, ÖBA 2020, 18 (18).

dass diese Rechtsakte für „Bad Banks“ gleichermaßen verbindlich (oder eben nicht verbindlich) sind, wie für andere Adressaten dieser Rechtsakte.

(ii) Fazit: Anwendbarkeit bzgl für „Bad Banks“ relevante Rechtsnormen

Die von der EBA erstellten Leitlinien und Empfehlungen (sowie andere von der EBA beschlossene Maßnahmen) müssen für „Bad Banks“ sinnvollerweise insoweit beachtlich sein, als sie sich auf Regelungen beziehen, die für die „Bad Banks“ (allenfalls mittelbar) gelten. Da die betreffenden Rechtsakte der EBA ausschließlich auf Unionsrecht Bezug nehmen (vgl Art 1 Abs 2 EBA-VO), sind daher vor allem jene Rechtsakte der EBA beachtlich, die sich auf Regelungen in EU-VO, die für „Bad Banks“ anwendbar sind und/oder Regelungen in EU-RL, die in für „Bad Banks“ anwendbaren Bestimmungen des nationalen Rechts umgesetzt werden, beziehen.

Dieser Ansatz lässt sich methodisch wie folgt begründen: Leitlinien und Empfehlungen der EBA dienen, wie auch der von der EBA betreute Q&A-Prozess<sup>716</sup>, einer kohärenten und einheitlichen Anwendung des Unionsrechts (Art 16 Abs 1 EBA-VO). Es handelt sich dabei also nicht um neu geschaffenes Recht.<sup>717</sup> Daher ist für die betreffenden Rechtsakte der EBA kein eigenständiger Anwendungsbereich zu ermitteln, sondern ihr Anwendungsbereich entspricht notwendigerweise dem Anwendungsbereich der darin behandelten, bestehenden Bestimmungen des Unionsrechts. Nicht ersichtlich wäre hingegen eine Differenzierung zwischen einzelnen Adressaten der darin behandelten Normen des Unionsrechts hinsichtlich der Beachtlichkeit der EBA-Leitlinien und Empfehlungen bzw der „Q&A“, denn das Ziel dieser Rechtsakte liegt ja gerade in der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts (vgl Art 16 Abs 1 EBA-VO), weshalb sie zweckmäßig nur für alle Adressaten der darin behandelten Unionsrechtsnormen gleichermaßen gelten können. Ein anderes Ergebnis würde zu einer nicht sachgerechten Ungleichbehandlung führen und dem eigentlichen Ziel der Rechtsakte, nämlich der kohärenten Anwendung von Unionsrecht, entgegensteuern.

Dass die EBA-VO lediglich solche Unternehmen als Adressaten ihrer Rechtsakte nennt, unter die die österreichischen „Bad Banks“ nicht eingeordnet werden können<sup>718</sup>, kann dabei nicht gegen das

---

<sup>716</sup> Vgl <https://eba.europa.eu/single-rule-book-qa> bei Rubrik „General Information“ (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>717</sup> Schellner/Dellinger, ÖBA 2020, 18 (19).

<sup>718</sup> S 2.3.2(d)(i) oben und FN 712.

hier vertretene Ergebnis ins Treffen geführt werden, weil – wie bereits erörtert<sup>719</sup> – die „Bad Banks“-Konzepte des österreichischen Rechts nicht (durchgängig) auf unionsrechtlich vorgezeichneten Konzepten beruhen; eine ausdrückliche Einbeziehung konnte also in der EBA-VO gar nicht erfolgen. „Bad Banks“ von Vornherein auf Grundlage des Wortlauts der EBA-VO vom Anwendungsbereich der „Soft Law“-Rechtsakte der EBA auszunehmen, wäre daher auch vor diesem Hintergrund unrichtig.

### 2.3.3 Anwendbarkeit nationaler Vorschriften

#### (a) BWG

Die Anwendbarkeit des BWG auf die österreichischen „Bad Banks“-Modelle ist in den jeweils für „Bad Banks“ einschlägigen Gesetzen abschließend und ausdrücklich geregelt.

Gem § 84 Abs 2 BaSAG gelten für die Abbaueinheit iSd BaSAG sowie für die Abbaugesellschaft (vgl § 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG) ausschließlich folgende Bestimmungen des BWG: § 3 Abs 9, § 5 Abs 1 Z 6 bis 13, § 28a, § 38, § 41, § 42 Abs 1 bis 5, §§ 43 bis 59a, § 65, §§ 66 und 67, § 70 Abs 1, § 70 Abs 4 Z 1 und 2 und § 70 Abs 7 bis 9, § 73 Abs 1 Z 2, 3, 6 und 8, § 73a, § 75, § 76, §§ 77 und 77a, § 79, §§ 98 bis 99e, § 99g und §§ 101 und 101a.

Für die Abbaueinheit iSd GSA gelten gem § 3 Abs 4 GSA dieselben Bestimmungen des BWG. § 3 Abs 4 GSA enthält allerdings zusätzlich zur Regelung in § 84 Abs 2 BaSAG den Einschub „[...] § 73 Abs 1 Z 2, 3, 6 *hinsichtlich des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und* 8 [...]“.

Die zusätzlich enthaltene Bestimmung der § 73 Abs 1 Z 6 BWG statuiert eine Anzeigepflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.<sup>720</sup> Der Einschub ist folglich Konsequenz der Regelung des § 7 Abs 1 letzter Satz GSA, wonach für die Abbaueinheit iSd GSA der Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 67 IO nicht gilt. Konsequenterweise muss daher für diesen Fall auch die Anzeigepflicht nach § 73 Abs 1 Z 6 BWG bei der Abbaueinheit iSd GSA entfallen. Da das BaSAG keine Regelung enthält, die eine Unanwendbarkeit des Insolvenzgrunds der Überschuldung statuiert, ist dieser zusätzlich enthaltene Einschub im GSA nachvollziehbar.<sup>721</sup>

---

<sup>719</sup> S insb 2.3.1 oben.

<sup>720</sup> S näher bspw in *Johler/Waldherr* in *Dellinger* § 73 Rz 30 ff.

<sup>721</sup> S im Detail 2.4 unten.

Für sämtliche „Bad Banks“ gelten demnach dieselben (im GSA und BaSAG ausdrücklich bezeichneten) Regelungen des BWG, wobei § 73 Abs 1 Z 6 BWG für die Abbaueinheit iSd GSA lediglich für Fälle der Zahlungsunfähigkeit gilt. Darüber hinaus ist das BWG für „Bad Banks“ nicht anwendbar.

(b) WAG 2018

(i) Anwendbarkeit des zweiten Hauptstücks

Wie auch für das BWG<sup>722</sup> ist die Reichweite der Anwendbarkeit des WAG 2018 ausdrücklich in den für die „Bad Banks“ jeweils einschlägigen Gesetzen geregelt.

Gem § 84 Abs 3 BaSAG gelten für die Abbaueinheit iSd BaSAG und für die Abbaugesellschaft (vgl § 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG) ausschließlich das zweite Hauptstück sowie die §§ 94 bis 96 WAG 2018. Dasselbe gilt gem § 3 Abs 5 GSA für die Abbaueinheit iSd GSA.

Das zweite Hauptstück des WAG 2018 (§§ 26 bis 70 WAG 2018) beinhaltet organisatorische Anforderungen, während §§ 94 bis 96 WAG 2018 Strafbestimmungen beinhaltet. Diese Strafbestimmungen beziehen sich zum Teil auf Gebote bzw Verbote, die in den für „Bad Banks“ nicht anwendbaren Teilen des WAG 2018 statuiert sind (vgl zB § 95 Abs 1 Z 1 WAG 2018) und können daher insoweit jeweils nicht zur Anwendung gelangen. Ein abweichendes Ergebnis wäre redundant, weil dadurch der Verstoß gegen Bestimmungen, die an anderer Stelle vom Gesetzgeber für nicht anwendbar erklärt werden, gem §§ 94 bis 96 WAG 2018 strafbar würde, und die im Gesetz angeordnete Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen dadurch ausgehebelt würde.

(ii) Begriff des Rechtsträgers iSd § 26 Abs 1 WAG 2018

In den Regelungen der §§ 84 Abs 3 BaSAG bzw 3 Abs 5 GSA, wonach das zweite Hauptstück des WAG 2018 für die jeweiligen „Bad Banks“ zur Anwendung kommen soll, bleibt die Systematik des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 unberücksichtigt, was zu einer problematischen Auslegungsvariante führen kann:

§ 26 WAG 2018 legt zu Beginn des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 fest, wer „Rechtsträger“ iSd zweiten Hauptstücks des WAG 2018 ist (etwa Kreditinstitute und

---

<sup>722</sup> S 2.3.3(a) unmittelbar oberhalb.



Wertpapierfirmen, vgl § 26 Abs 1 WAG 2018). Aus den Ergebnissen des ersten Teils dieser Arbeit kann abgeleitet werden, dass die „Bad Banks“ nicht als Rechtsträger iSd § 26 Abs 1 WAG 2018 zu qualifizieren sind.<sup>723</sup> Da die weiteren Regelungen des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 an diese Begriffsdefinition anknüpfen und weitestgehend nur für „Rechtsträger“ gelten (vgl §§ 27 ff WAG 2018), ließe sich argumentieren, dass das zweite Hauptstück des WAG 2018 für „Bad Banks“ zwar nicht pauschal unanwendbar ist, aber „Bad Banks“ mangels Eigenschaft als Rechtsträger iSd § 26 Abs 1 WAG 2018 (weitestgehend) nicht in dessen persönlichen Anwendungsbereich fallen. Untechnisch formuliert wäre dies, aufgrund der Reichweite der Bestimmungen, die exklusiv für „Rechtsträger“ gelten, einer *de facto*-Unanwendbarkeit des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 für „Bad Banks“ gleichzusetzen.

Dieses Ergebnis kann aber weder vom historischen Gesetzgeber gewollt noch vom Zweck der §§ 84 Abs 3 BaSAG bzw 3 Abs 5 GSA umfasst sein, da dadurch die tatsächliche Anwendbarkeit des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 für „Bad Banks“ gerade nicht erreicht würde. Ebendiese Anwendbarkeit war aber offenbar das Ziel des Gesetzgebers, ansonsten wären die genannten Bestimmungen im BaSAG bzw GSA, die die Anwendbarkeit des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 ausdrücklich anordnen, sinnlos.

Richtigerweise sind daher §§ 84 Abs 4 BaSAG und 3 Abs 5 GSA so auszulegen, dass das zweite Hauptstück des WAG 2018 für „Bad Banks“ ungeachtet der Tatsache, dass diese keine Rechtsträger iSd § 26 Abs 1 WAG 2018 sind, anwendbar ist.

Aus legistischer Sicht wäre daher nahegelegen, die Regelungen des §§ 84 Abs 4 BaSAG bzw 3 Abs 5 GSA nach dem Vorbild des § 84 Abs 2 letzter Satz BaSAG zu gestalten, wonach das FM-GwG mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass die Abbaueinheit (iSd BaSAG) als Verpflichtete gem § 1 FM-GwG gilt<sup>724</sup>; entsprechend hätten §§ 84 Abs 4 BaSAG und 3 Abs 5 GSA so formuliert werden können, dass darin die Anwendbarkeit des zweiten Hauptstücks des WAG 2018 für „Bad Banks“ mit der Maßgabe, dass die jeweilige „Bad Bank“ als Rechtsträger iSd § 26 Abs 1 WAG

---

<sup>723</sup> S insb 1.2.2(c)(ii) und 1.2.2(c)(iv) zur Abbaueinheit iSd GSA oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) und 1.2.3(c)(iv) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) und 1.2.4(c)(iv) oben.

<sup>724</sup> S im Detail 2.3.3(c) unmittelbar unterhalb.

2018 gilt, festgelegt wird; dies hätte für mehr Klarheit gesorgt und zweckwidrigen Auslegungsvarianten einen Riegel vorgeschoben.

(c) FM-GwG

Wie auch für das BWG<sup>725</sup> und das WAG 2018<sup>726</sup> ist die Anwendbarkeit des FM-GwG für die „Bad Banks“-Modelle ausdrücklich in den einschlägigen Gesetzen geregelt.

Gem § 84 Abs 2 letzter Satz BaSAG iVm § 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG kommt das FM-GwG für die Abbaueinheit iSd BaSAG und die Abbaugesellschaft jeweils mit der Maßgabe zur Anwendung, dass diese als „Verpflichtete“ iSd § 1 FM-GwG gelten.

Gem § 3 Abs 4 letzter Satz GSA kommt das FM-GwG auch für die Abbaueinheit iSd GSA zur Anwendung, es wird allerdings keine vergleichbare Aussage zu ihrer Einordnung innerhalb des FM-GwG (etwa als „Verpflichtete“) getroffen. Betrachtet man allerdings den in § 1 FM-GwG normierten Anwendungsbereich des FM-GwG, ist festzustellen, dass eine sinnvolle Auslegung ohnehin nur zum Ergebnis kommen kann, dass die Abbaueinheit iSd GSA bei Anwendung des FM-GwG als „Verpflichtete“ zu qualifizieren ist:

Der Begriff der „Verpflichteten“ iSd FM-GwG fasst Kreditinstitute sowie weitere Finanzdienstleister<sup>727</sup>, einschließlich (ua) Finanzinstitute iSd BWG und Wertpapierfirmen iSd WAG 2018 zusammen (§§ 1 Abs 1 iVm § 2 Z 1 und 2 FM-GwG). Dabei handelt es sich um wesensmäßig mit den „Bad Banks“ verwandte Unternehmensformen, die entweder vormalige Kreditinstitute sind (Abbaueinheit iSd GSA, Abbaugesellschaft)<sup>728</sup> oder von ihnen übertragene Vermögenswerte abbauen (Abbaueinheit iSd BaSAG)<sup>729</sup>. Da die „Bad Banks“-Modelle im Rahmen ihrer jeweiligen Legalzession (§ 84 Abs 2 BaSAG, § 3 Abs 4 GSA) für Zwecke des

---

<sup>725</sup> S 2.3.3(a) oben.

<sup>726</sup> S 2.3.3(b) unmittelbar oberhalb

<sup>727</sup> Anm: Das FM-GwG verwendet – mE etwas missverständlich – „Finanzinstitute“ als Sammelbegriff, der wiederum Finanzinstitute iSd BWG und andere Unternehmen wie Versicherungsunternehmen, Wertpapierfirmen, etc. umfasst (§ 2 Z 2 FM-GwG). Der besseren Unterscheidbarkeit halber wird hier stattdessen von „Finanzdienstleistern“ gesprochen.

<sup>728</sup> S 1.2.2(a) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG bzw 1.2.3(a) oben zur Abbaugesellschaft.

<sup>729</sup> S 1.2.4(a) oben bzw im Detail zur Vermögensübertragung insb 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

Portfolioabbaus Geschäfte abschließen können, die sonst Banken und Finanzinstituten vorbehalten sind<sup>730</sup>, erscheint eine Anwendung der diesbezüglichen Geldwäschepräventionsbestimmungen zweckmäßig<sup>731</sup> und liegt folglich die (in § 84 Abs 4 letzter Satz BaSAG ausdrücklich vorgenommene) Einordnung der „Bad Banks“ als Verpflichtete iSd FM-GwG zusammen mit Kreditinstituten und Finanzinstituten nahe. Dies trifft gerade auf die Abbaueinheit iSd GSA zu, bei der bereits festgehalten wurde, dass eine Einstufung als Finanzinstitut (und damit als Verpflichtete iSd FM-GwG) naheliegend ist<sup>732</sup>.

Außerdem erscheint eine Differenzierung zwischen den einzelnen „Bad Banks“-Typen in Bezug auf die Anwendbarkeit des FM-GwG nicht sinnvoll, da sämtliche „Bad Banks“ aus der Perspektive der Geldwäscheprävention dasselbe schutzbedürftige Tätigkeitsfeld, nämlich den Abbau eines Bankenportfolios, betreiben.

Das FM-GwG gilt somit für sämtliche österreichischen „Bad Banks“ mit der Maßgabe, dass diese als Verpflichtete iSd § 1 Abs 1 FM-GwG zu qualifizieren sind. Der diesbezügliche Hinweis in § 84 Abs 2 letzter Satz BaSAG ist demnach lediglich klarstellend und nicht dahingehend auszulegen, dass die Abbaueinheit iSd GSA anders einzuordnen wäre.

Eine richtlinienkonforme Auslegung des FM-GwG steht diesem Ergebnis bzw der Anwendbarkeit des FM-GwG auf die österreichischen „Bad Banks“ nicht entgegen: Die 4. Geldwäsche-RL, die durch das FM-GwG umgesetzt wird, bezieht sich zwar nur auf bestimmte Dienstleister (Art 2 der 4. Geldwäsche-RL), zu denen die österreichischen „Bad Banks“ nicht zählen<sup>733</sup>. Allerdings ist es den MS vorbehalten, strengere Regelungen zu erlassen, da die 4. Geldwäsche-RL lediglich eine Mindestharmonisierung vorsieht (Art 5 der 4. Geldwäsche-RL).

---

<sup>730</sup> S dazu 1.2.2(d) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>731</sup> Vgl ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (14); ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16); vgl zu den im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GSA geltenden Vorgänger-Geldwäschepräventionsbestimmungen im BWG ErläutRV 1335 BlgNR 25. GP (1).

<sup>732</sup> S 0 oben.

<sup>733</sup> S dazu 1.2.2(c) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(b)(ii)(G) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

(d) ESAEG

(i) Ausgangspunkt

Das ESAEG setzt die Anlegerentschädigungs-RL in nationales Recht um und führt hierbei eine neue Organisation der Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungssysteme zum Schutz von Kontoinhabern im Falle von Ausfällen von Banken ein.<sup>734</sup> Die gegenständlichen Regelungen sehen eine bankenspezifische Form von kollektiven Gläubigerschutzbestimmungen vor<sup>735</sup> und stehen damit in inhaltlichem Zusammenhang mit den Regelungen zur Abwicklung und Sanierung von Banken.

Das ESAEG gilt für CRR-Kreditinstitute und Kreditinstitute iSd BWG, die Einlagen iSd § 7 Abs 1 Z 3 ESAEG entgegennehmen. Gem § 8 Abs 1 ESAEG haben CRR-Kreditinstitute mit Sitz in Österreich, die Einlagen entgegennehmen, der sog „einheitlichen Sicherungseinrichtung“ anzugehören. Weiters haben gem § 45 Abs 1 ESAEG Kreditinstitute iSd BWG (vgl § 44 Z 6 ESAEG), die sog „sicherungspflichtige Wertpapierdienstleistungen“ durchführen, der einheitlichen Sicherungseinrichtung anzugehören.

(ii) Fazit: Unanwendbarkeit des ESAEG

Da die österreichischen „Bad Banks“-Modelle weder Kreditinstitute iSd BWG<sup>736</sup> noch CRR-Kreditinstitute sind<sup>737</sup> und es darüber hinaus für sämtliche „Bad Banks“ unzulässig ist, Einlagen bzw Publikumsgelder entgegenzunehmen (§§ 84 Abs 4 und 162 Abs 2 Z 2 BaSAG sowie §§ 2 Abs 1 und § 3 Abs 6 GSA), ist das ESAEG nicht auf österreichische „Bad Banks“ anzuwenden. Insb entfallen dadurch die Pflichten gem §§ 8 und 45 ESAEG, einer Sicherungseinrichtung anzugehören.

---

<sup>734</sup> ErläutRV 686 BlgNR 25. GP (1).

<sup>735</sup> Vgl *Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht S 198.

<sup>736</sup> S 1.2.2(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG..

<sup>737</sup> S 1.2.2(c)(iii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(iii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(iii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

Wie bereits iZm der Prüfung der Einordnung der jeweiligen „Bad Banks“ als CRR-Kreditinstitut festgehalten<sup>738</sup> stellt die Definition des CRR-Kreditinstituts auf die faktische Tätigkeit des betreffenden Unternehmens ab. Sollte eine „Bad Bank“ im Einzelfall durch (unzulässige) faktische Handlungen als CRR-Kreditinstitut zu qualifizieren sein und Einlagen entgegennehmen, würde es dem Zweck des ESAEG und damit einer teleologischen Auslegung entsprechen, dass dieses in solchen Fällen anwendbar ist, denn das ESAEG bezweckt vorrangig den Schutz der Einleger und es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Schutzzweck von der Häufigkeit oder der Zulässigkeit des erbrachten Einlagengeschäfts abhängen soll. Vielmehr kommt dieser Schutzzweck nämlich auch schon beim fallweisen Ausüben des Einlagengeschäfts zum Tragen und setzt diesbezüglich keine langfristige bzw regelmäßige Tätigkeit voraus. Dieser Auslegungszugang entspricht zudem der Herangehensweise zur Beurteilung einer etwaigen Anwendbarkeit der CRR<sup>739</sup>, wo ebenso auf den (Schutz-)Zweck der Bestimmungen mit Blick auf die konkrete Handlung der „Bad Bank“ abgestellt wurde.

In den (theoretischen) Fällen der Anwendbarkeit des ESAEG würde insb die Pflicht nach § 8 ESAEG zur Mitgliedschaft bei einer Sicherungseinrichtung zur Anwendung gelangen. Hierzu ist freilich anzumerken, dass die Rechtsfolge der Verletzung dieser Pflicht für eine „Bad Bank“ denkbar irrelevant wäre: sie besteht nämlich Erlöschen der Konzession zur Entgegennahme von Einlagen (§ 8 Abs 3 ESAEG) – über eine derartige Konzession verfügt ohnehin keines der österreichischen „Bad Banks“-Modelle.<sup>740</sup>

Bestimmungen des ESAEG, die (nur) für Kreditinstitute iSd BWG gelten (insb § 45 ESAEG) bleiben hingegen auch in Fällen der (fallweisen) Entgegennahme von Einlagen unanwendbar, da die Definition des Kreditinstituts iSd BWG nicht identisch zu derjenigen des CRR-Kreditinstituts ist.

Dieses Ergebnis steht einer richtlinienkonformen Auslegung des ESAEG nicht entgegen, da die Anlegerentschädigungs-RL verpflichtende Mitgliedschaften bei Einlagensicherungssystemen

---

<sup>738</sup> S FN 737.

<sup>739</sup> S 2.3.2(a) oben

<sup>740</sup> S 1.2.2(a) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(a) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(a) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

lediglich für Kreditinstitute vorsieht (Art 4 Abs 3 Anlegerentschädigungs-RL, umgesetzt in § 8 ESAEG<sup>741</sup>). Der dort verwendete Kreditinstitutsbegriff meint CRR-Kreditinstitute (Art 2 Abs 1 Nr 9 Anlegerentschädigungs-RL), wodurch die oben vertretene Ansicht, dass bei einer etwaigen Klassifikation einer „Bad Bank“ als CRR-Kreditinstitut das ESAEG insofern anwendbar wäre, aber ansonsten unangewendet bleibt, auch im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung sinnvoll erscheint.

Abweichendes muss mit Blick auf europarechtliche Vorgaben in Bezug auf § 45 ESAEG erwogen werden; diese Bestimmung setzt nämlich Art 2 Abs 1 der RL 97/9/EG<sup>742</sup> um, der sich auf Wertpapierfirmen iSd RL 93/22/EWG<sup>743</sup> bezieht. Diese RL wurde zwischenzeitlich durch die MiFID aufgehoben, wobei Bezugnahmen auf RL 93/22/EWG ab Inkrafttreten der MiFID als Bezugnahmen auf die MiFID gelten (Art 69 MiFID). Die MiFID wurde ihrerseits wiederum zwischenzeitlich durch die MiFID II aufgehoben und Bezugnahmen auf die MiFID (und die RL 93/22/EWG) gelten ab diesem Zeitpunkt als Bezugnahmen auf die MiFID II (Art 94 MiFID II). Für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 45 ESAEG ist also auf den Wertpapierfirmen-Begriff der MiFID II abzustellen, unter den die „Bad Banks“ (abgesehen von denkbaren Einzelfallsituationen) grundsätzlich nicht fallen<sup>744</sup>. Daher steht auch die Nichtanwendbarkeit des § 45 ESAEG auf die österreichischen „Bad Banks“ im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben.

(e) BaSAG – Anwendbarkeit von Abwicklungsinstrumenten auf bestehende „Bad Banks“

(i) Ausgangspunkt

Das BaSAG sieht bestimmte Abwicklungsinstrumente<sup>745</sup> für Szenarien vor, in denen aus Gründen der Finanzmarktstabilität eine behördliche Intervention bei wirtschaftliche in Notlage geratenen

---

<sup>741</sup> ErläutRV 686 BlgNR 25. GP (6).

<sup>742</sup> Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger ABl L 084 vom 26.3.1997.

<sup>743</sup> Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen ABl L 141/27.

<sup>744</sup> S im Detail 1.2.2(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>745</sup> S auch 1.2.4(a) oben.

Instituten erforderlich ist.<sup>746</sup> Das BaSAG kennt, den Vorgaben der BRRD entsprechend (vgl Art 73 Abs 3 BRRD), die vier Abwicklungsinstrumente Unternehmensveräußerung, Brückeninstitut, Ausgliederung von Vermögenswerten und Gläubigerbeteiligung (sog „*Bail-in*“), die bei Vorliegen bestimmter Abwicklungsvoraussetzungen (vgl §§ 49 bzw 52 BaSAG) prinzipiell im Ermessen der Abwicklungsbehörde und zum Erreichen der Abwicklungsziele (vgl § 48 BaSAG) einzeln oder in Kombination angewendet werden können. Das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten (§§ 82 ff BaSAG), in dessen Rahmen Abbaueinheiten iSd BaSAG als „Bad Banks“ zum Einsatz kommen<sup>747</sup>, kann jedoch nur in Kombination mit einem anderen Abwicklungsinstrument eingesetzt werden (§ 74 Abs 3 BaSAG).<sup>748</sup>

Die Abwicklungsinstrumente sind jeweils nur auf Institute iSd § 2 Abs 1 Z 23 BaSAG oder Unternehmen iSd § 1 Abs 1 Z 2 bis 4 BaSAG anzuwenden (vgl §§ 74 Abs 1, 75 Abs 1, 78 Abs 1, 82 Abs 1, 86 Abs 1 BaSAG). Damit würde die Anwendbarkeit von Abwicklungsinstrumenten auf „Bad Banks“ auf den ersten Blick nicht in Betracht kommen.<sup>749</sup> Im Folgenden soll genauer untersucht werden, ob und auf welcher Grundlage die im BaSAG vorgesehenen Abwicklungsinstrumente dennoch (erneut) auf (bestimmte) „Bad Banks“ zur Anwendung kommen können.

#### (ii) Abbaueinheit iSd BaSAG

Wie bereits im Zuge des ersten Teils der Arbeit ausführlich dargestellt, entsteht die Abbaueinheit iSd BaSAG im Zuge der Anwendung eines Abwicklungsinstruments, nämlich des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten iSd §§ 82 ff BaSAG. Dieser Umstand darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass das Abwicklungsinstrument *auf* die Abbaueinheit iSd BaSAG angewendet würde; Adressat ist vielmehr das in Abwicklung befindliche Institut, dessen

---

<sup>746</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 7-1.

<sup>747</sup> S 1.2.4(b) oben.

<sup>748</sup> S näher zur Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten 1.2.4(b)(ii) oben.

<sup>749</sup> S im Detail 1.2.2(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

Vermögenswerte im Rahmen des Abwicklungsinstruments auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragen werden.<sup>750</sup>

Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde festgestellt, dass die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht als Institut iSd BaSAG zu qualifizieren ist<sup>751</sup>. Auch die Einstufung als ein Unternehmen iSd § 1 Abs 1 Z 2 bis 4 BaSAG scheidet von vornherein aus.<sup>752</sup>

Diese formale Betrachtungsweise spricht daher zunächst dafür, dass Abwicklungsinstrumente des BaSAG nicht auf die Abbaueinheit iSd BaSAG anzuwenden sind.

Für dieses Ergebnis spricht auch § 162 Abs 6 BaSAG, wonach die im vierten Teil des BaSAG geregelten Befugnisse und Instrumente für Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd GSA anwendbar sind. Diese Regelung war nämlich, nach Ansicht des Gesetzgebers, erforderlich, weil ebendiese Befugnisse und Instrumente ansonsten mangels Qualifizierung als Institut iSd BaSAG nicht für die Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd GSA gelten würden.<sup>753</sup> Da die Abbaueinheit iSd BaSAG konzeptionell an die Abbaueinheit iSd GSA angeglichen ist<sup>754</sup> und zudem denselben Regelungen unterliegt wie die Abbaugesellschaft (§§ 84 iVm 162 Abs 1 BaSAG)<sup>755</sup> ist in weiterer Folge anzunehmen, dass der Gesetzgeber auch die Abbaueinheit iSd BaSAG nicht als Institut iSd BaSAG ausgestalten und damit grundsätzlich (mangels Sonderregelung nach dem Vorbild von § 162 Abs 6 BaSAG) vom Adressatenkreis der Abwicklungsinstrumente ausnehmen wollte.<sup>756</sup>

---

<sup>750</sup> S im Detail 1.2.4(b)(i) oben.

<sup>751</sup> S 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>752</sup> Vgl aber die Ausführungen zu den in der CRR geregelten Konzepten (zB CRR-Wertpapierfirma, CRR-Kreditinstitut), die letztlich nur anhand der faktischen Tätigkeit der Abbaueinheit iSd BaSAG final beurteilt werden können (s 1.2.4(b)(ii)(G) oben). Ist die Abbaueinheit iSd BaSAG daher aufgrund ihrer Tätigkeit dennoch etwa als CRR-Wertpapierfirma und daher als Institut iSd BaSAG zu qualifizieren, wären auch die Abwicklungsinstrumente auf sie anwendbar. S in diesem Kontext auch die Überlegungen in 2.3.2(a) zur Geltung der CRR.

<sup>753</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (30).

<sup>754</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>755</sup> S im Detail 1.2.4(a) oben.

<sup>756</sup> S zu den Hintergründen von § 162 Abs 6 BaSAG 2.3.3(e)(iii) unmittelbar unterhalb.



Die Anwendung von Abwicklungsinstrumenten auf die Abbaueinheit iSd BaSAG ist demnach unzulässig.

Separat zu betrachten ist demgegenüber die Anwendung (weiterer) Abwicklungsinstrumente auf das betreffende, in Abwicklung befindliche Institut, von welchem gem §§ 82 ff BaSAG Vermögenswerte auf die Abbaueinheit iSd BaSAG übertragen wurden.<sup>757</sup> Wie bereits besprochen, *muss* das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten sogar zusammen mit einem weiteren Abwicklungsinstrument angewendet werden § 74 Abs 3 BaSAG; Adressat ist hierbei aber nicht die Abbaueinheit iSd BaSAG, sondern das betreffende Institut (also die „übertragende Gesellschaft“).

### (iii) Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft

Wenngleich Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaft, wie auch die Abbaueinheit iSd BaSAG, keine Institute iSd BaSAG und keine Unternehmen iSd § 1 Abs 1 Z 2 bis 4 BaSAG sind<sup>758</sup> und daher *prima vista* aus dem Anwendungsbereich der Abwicklungsinstrumente ausscheiden<sup>759</sup>, legt § 162 Abs 6 BaSAG fest, dass die im vierten Teil des BaSAG geregelten „Befugnisse und Instrumente“ auf sie anwendbar sind.

Obgleich der historische Gesetzgeber die Regelung des § 162 Abs 6 BaSAG und damit die Anwendbarkeit der Abwicklungsinstrumente auf Abbaueinheit iSd GSA und Abbaugesellschaften im Lichte der Ziele der BRRD für sachgerecht und im Lichte der in der BRRD vorgenommenen Mindestharmonisierung<sup>760</sup> für zulässig erachtete<sup>761</sup>, war die gegenständliche Bestimmung des § 162 Abs 6 BaSAG und damit die Miteinbeziehung der Abbaueinheit iSd GSA und der Abbaugesellschaft in das Abwicklungsregime des BaSAG Prüfungsgegenstand des VfGH in Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit. In Frage gestellt wurden hierbei vor allem die (seitens des Gesetzgebers in den Materialien befürwortete)<sup>762</sup> Unionsrechtskonformität der Bestimmung,

---

<sup>757</sup> S 1.2.4(b) oben.

<sup>758</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben.

<sup>759</sup> S 2.3.3(e)(i) oben.

<sup>760</sup> S FN 309.

<sup>761</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (30).

<sup>762</sup> S FN 761.

die verfassungsrechtlich gebotene Sachlichkeit der Einbeziehung von Nicht-Kreditinstituten in das Regime der BRRD, die Konformität mit dem Grundrecht auf Eigentum und die Konformität mit dem verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz.<sup>763</sup> Den betreffenden Prüfungsverfahren vor dem VfGH hielt die Bestimmung aber schlussendlich stand.<sup>764</sup>

Im Ergebnis lässt sich also, festhalten, dass die Befugnisse und Instrumente des vierten Teils des BaSAG, einschließlich die Abwicklungsinstrumente, auf die Abbaueinheit iSd GSA und die Abbaugesellschaft anwendbar sind.<sup>765</sup>

Dieses Ergebnis ist lediglich mit Blick auf die Abbaueinheit iSd GSA einzuschränken, für die gem § 162 Abs 6 BaSAG die Geltung des § 51 Abs 1 Z 2 BaSAG ausgenommen wird. Dies dürfte auf die Sonderbestimmung des § 7 Abs 1 letzter Satz GSA zurückzuführen sein<sup>766</sup> und ist insoweit nachvollziehbar.

(f) „Soft Law“: Mindeststandards und Rundschreiben der FMA

(i) Ausgangspunkt

Die FMA kann im Bereich des (Bank-)Aufsichtsrechts Mindeststandards und Rundschreiben verfassen (vgl § 22 Abs 3a FMABG), die gem § 69b Abs 1 Z 2 BWG zu veröffentlichen sind.

Sowohl Mindeststandards als auch Rundschreiben der FMA entfalten keine rechtsverbindliche Wirkung<sup>767</sup> und werden mit dem Ziel der Hilfestellung für beaufsichtigte Unternehmen bei der Umsetzung regulatorischer Vorschriften publiziert<sup>768</sup>. Es handelt sich daher in beiden Fällen um Auslegungsmittelungen der FMA ohne eigenständige normative Qualität<sup>769</sup>, wobei einerseits

---

<sup>763</sup> Hilkesberger/Schöller, ÖBA 2015, 553 (556 ff); Müller/Zahradnik, ecolex 2015, 933 (936).

<sup>764</sup> Vgl VfGH 4.10. 2018, E 1567/2018-12 = Wolfbauer, ZFR 2019, 21; VfGH 3.7.2015, G 239/2014 = Raschauer, ecolex 2015, 928; VwGH 13.7.2020, Ro 2020/02/0001; vgl auch Jahn/Schmitt/Geier, Abschnitt B.IX. Rn 60 ff.

<sup>765</sup> S auch FN 23 zum Umfang dieser Arbeit in Hinblick auf die historische Genese der „Bad Banks“ und diesbezügliche (historische) Gesetze.

<sup>766</sup> S dazu im Detail 2.4.1(c)(ii)(B) oben.

<sup>767</sup> Fletzberger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 69b Rz 10.

<sup>768</sup> Jöhler in Dellinger § 69b Rz 14.

<sup>769</sup> Jöhler in Dellinger § 69b Rz 16; ErläutRV 1558 BlgNr 22. GP (40).

Mindeststandards nach hM als „aufsichtsbehördliche Empfehlungen“<sup>770</sup> und „Warnungen“<sup>771</sup> und andererseits Rundschreiben als „Rechtsansicht der FMA zu bestimmten aufsichtsrechtlichen Themen“<sup>772</sup> bzw „Erläuterungen [...] und Orientierungshilfe“<sup>773</sup> zu definieren sind.

Vor diesem Hintergrund lässt sich eine klare Parallele zwischen den Leitlinien, Mindeststandards und Rundschreiben der FMA und den oberhalb besprochenen „Soft Law“-Instrumenten der EBA, einschließlich deren „Q&A“-Prozess, ziehen.<sup>774</sup>

(ii) Fazit: Anwendbarkeit bzgl für „Bad Banks“ relevante Rechtsnormen

Die Überlegungen zu den oberhalb besprochenen „Soft Law“-Instrumenten der EBA<sup>775</sup> gelten daher in Bezug auf Mindeststandards und Rundschreiben der FMA *mutatis mutandis*: da es sich bei den Mindeststandards und Rundschreiben im Wesentlichen um Auslegungshilfen zu bestehenden Gesetzesbestimmungen handelt, ist bei ihrem Anwendungsbereich an den Anwendungsbereich der betreffenden Gesetzesbestimmungen anzuknüpfen. Den Mindeststandards und Rundschreiben kann nämlich demgegenüber kein eigenständiger Anwendungsbereich zukommen, da es sich dabei nicht um eigenes oder „neues“ Recht handelt.

Im Ergebnis sind daher jene Rundschreiben und Mindeststandards der FMA für „Bad Banks“ anwendbar, die solche Rechtsnormen betreffen bzw sich auf solche Rechtsnormen beziehen und/oder solche Rechtsnormen auslegen, die für „Bad Banks“ anwendbar sind<sup>776</sup> (zB die anwendbaren Bestimmungen des BWG<sup>777</sup> oder WAG 2018<sup>778</sup>). Ein gegenteiliges Ergebnis würde insb die ausdrücklichen Regelungen des BaSAG bzw GSA konterkarieren, in denen spezifisch für „Bad Banks“ die Anwendbarkeit bestimmter aufsichtsrechtlicher Normen geregelt ist.

---

<sup>770</sup> Jöhler in Dellinger § 69b Rz 16.

<sup>771</sup> Fletzberger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 69b Rz 10.

<sup>772</sup> Fletzberger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 69b Rz 11.

<sup>773</sup> Jöhler in Dellinger § 69b Rz 47.

<sup>774</sup> S 2.3.2(d)(i) oben.

<sup>775</sup> S 2.3.2(d)(ii) oben.

<sup>776</sup> S im Detail 2.3.3 oben.

<sup>777</sup> S 2.3.3(a) oben.

<sup>778</sup> S 2.3.3(b) oben.

Wie sich in Folge zeigen wird, ist die Zuordenbarkeit der „Soft Law“-Rechtsakte der FMA zu einzelnen Rechtsnormen nicht immer eindeutig. Daher soll nunmehr mittels der erarbeiteten Argumentationslinie konkret auf die einzelnen Rechtsakte der FMA Bezug genommen werden.

(iii) Einzelprüfung: FMA-Mindeststandards<sup>779</sup>

(A) Mindeststandards für das Kreditgeschäft

Die Mindeststandards der FMA für das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken („FMA-MS-K“)<sup>780</sup> richten sich an Kreditinstitute mit Berechtigung zur Durchführung eines der in § 1 Abs 1 Z 1 bis 12 und 15 bis 18 BWG genannten Bankgeschäfte, deren Gesamt-Eigenmittelerfordernis (vgl § 22 Abs 1 Z 1 bis 4 BWG aF)<sup>781</sup> zum letzten Bilanzstichtag bei min. EUR 30.000.000 lag.<sup>782</sup> Die Einhaltung dieser Mindeststandards wird von der FMA „unter Hinweis auf“ § 39 Abs 1 und 2 BWG erwartet.<sup>783</sup> § 39 Abs 1 und 2 BWG enthalten an die Geschäftsleiter von Kreditinstituten bzw Kreditinstitute adressierte Sorgfaltspflichten.<sup>784</sup>

Bei der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Mindeststandards ist zunächst ist darauf hinzuweisen, dass „Bad Banks“ keine Kreditinstitute iSd BWG sind<sup>785</sup>. Da der in den Mindeststandards (insb ihrem Anwendungsbereich) verwendete Begriff der Kreditinstitute auf den Kreditinstitutsbegriff iSd BWG abstellen dürfte (denn einerseits beziehen sich die Mindeststandards systematisch auf Regelungsinhalte des BWG sowie auf dessen Bestimmungen und andererseits fehlt eine

---

<sup>779</sup> Vgl <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/#13>, Rubrik „Banken“ (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>780</sup> FMA-Mindeststandards für das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken, Dokumentennummer 02/2005, Veröffentlichungsdatum 13.04.2005, Stand April 2005, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>781</sup> Vgl ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP (21); Eigenmittelvorschriften sind nunmehr in der CRR geregelt.

<sup>782</sup> FMA-Mindeststandards für das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken, S 5.

<sup>783</sup> FMA-Mindeststandards für das Kreditgeschäft und andere Geschäfte mit Adressenausfallsrisiken, S 4-5.

<sup>784</sup> S näher bspw Höllerer/Puhm/Stern in Dellinger § 39 mwN.

<sup>785</sup> S dazu näher 1.2.2(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

abweichende, relevante Legaldefinition), spricht dies gegen die Anwendbarkeit der Mindeststandards für „Bad Banks“.

Ferner verfügt keines der österreichischen „Bad Banks“-Modelle über eine Konzession nach dem BWG. Die Bankgeschäfte des § 1 Abs 1 Z 1 bis 12 und 15 bis 18 BWG dürfen daher prinzipiell von keiner „Bad Bank“ (gewerblich<sup>786</sup>) erbracht werden. Die Legalkonzession der „Bad Banks“ nach § 3 Abs 4 GSA (Abbaueinheit iSd GSA) bzw § 84 Abs 2 BaSAG (Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd BaSAG) berechtigt zwar im Rahmen des Aufgabenbereichs der jeweiligen „Bad Bank“ zum Betrieb von Bankgeschäften<sup>787</sup>, dies ist aber lediglich eine Notwendigkeit, um die gesetzlichen Aufgaben überhaupt bewältigen zu können<sup>788</sup>. Die Legalkonzession ist daher gerade nicht mit einer Konzession nach dem BWG zum Betrieb von Bankgeschäften gleichzusetzen, die zum fortlaufenden, aktiven und nicht bloß auf Abbauzwecke beschränkten Betrieb von Bankgeschäften berechtigt. Dass der Anwendungsbereich der Mindeststandards aber auf eine solche „herkömmliche“ BWG-Konzession abstellt, ist einerseits aus dem Fehlen anderslautender Hinweise abzuleiten, das darauf schließen lässt, dass im Anwendungsbereich der Mindeststandards der „Standardfall“ der Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften, nämlich eine Konzession nach dem BWG, gemeint ist. Andererseits lässt sich dies auch auf dem Abstellen auf „Kreditinstitute“ im Anwendungsbereich der Mindeststandards ableiten. Damit sind, wie bereits festgestellt, Kreditinstitute nach dem BWG gemeint, die durch eine Konzession nach dem BWG gekennzeichnet sind (§ 1 Abs 1 BWG<sup>789</sup>). Typisch für solche „herkömmlichen“ Kreditinstitute nach dem BWG ist auch die Anwendbarkeit von Eigenmittelvorschriften, an die wiederum die Anwendbarkeit der Mindeststandards gekoppelt ist. Gerade derartige Eigenmittelvorschriften gelten für „Bad Banks“ nicht, weshalb auch schon aufgrund dieses Kriteriums (Gesamt-Eigenmittelerfordernis zum letzten Bilanzstichtag bei min. EUR 30.000.000) die Anwendbarkeit der Mindeststandards für „Bad Banks“ ausscheidet.

---

<sup>786</sup> Vgl § 1 Abs 1 BWG; s dazu näher *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger* § 1 Rz 6.

<sup>787</sup> S dazu näher 1.2.2(d) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>788</sup> S näher zur Legalkonzession 1.2.2(c)(ii) und zum Aufgabenbereich (am Beispiel der Abbaueinheit iSd GSA) 1.2.2(d) oben.

<sup>789</sup> S näher zum Kreditinstitutsbegriff nach dem BWG insb in 1.2.2(c)(ii) oben.

Darüber hinaus ist auch § 39 BWG für „Bad Banks“ nicht anwendbar (§ 3 Abs 4 GSA bzgl Abbaueinheit iSd GSA und § 84 Abs 2 BaSAG bzgl Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd BaSAG). Da die Mindeststandards im Rahmen der in § 39 BWG normierten Sorgfaltspflichten angewendet werden sollen, spricht auch dieser Umstand gegen ihre Relevanz für „Bad Banks“.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die gegenständlichen Mindeststandards für „Bad Banks“ nicht anwendbar sind.

(B) Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten

Die Mindeststandards der FMA zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern (sog „FMA-FXTT-MS“)<sup>790</sup> richten sich an Kreditinstitute mit der Berechtigung zur Durchführung des Kreditgeschäfts.<sup>791</sup> Auch sie sollen mit Blick auf § 39 Abs 1 und 2 BWG beachtet werden.<sup>792</sup>

Die oberhalb zu den Mindeststandards für das Kreditgeschäft<sup>793</sup> dargestellten Überlegungen treffen auch zu den hier behandelten Mindeststandards zu; wiederum sind unter den im Anwendungsbereich der Mindeststandards genannten Kreditinstituten solche iSd BWG zu verstehen, unter die „Bad Banks“ nicht fallen. Die „Legalkonzession“ der „Bad Banks“ stellt jeweils keine (ausreichende) Berechtigung zum Betrieb von Kreditgeschäften dar. Dies wäre lediglich zum Portfolioabbau zulässig, was einerseits nicht realitätsnah erscheint und nicht der Stoßrichtung der Mindeststandards entspricht, die sich auf die Kreditvergabe im Rahmen der gewöhnlichen, regelmäßigen Geschäftsausübung (weil vom Umfang der BWG-Konzession umfasst) beziehen. Außerdem gilt § 39 BWG, in dessen Rahmen die Mindeststandards zu beachten

---

<sup>790</sup> FMA-Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern, Dokumentennummer 01/2007, Veröffentlichungsdatum 28.04.2017, Stand Juni 2017, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>791</sup> FMA-Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern, S 6.

<sup>792</sup> FMA-Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von Fremdwährungskrediten und Krediten mit Tilgungsträgern, S 2.

<sup>793</sup> S im Detail 2.3.3(f)(iii)(A) unmittelbar oberhalb.

sind, nicht für „Bad Banks“ (§ 3 Abs 4 GSA bzgl Abbaueinheit iSd GSA und § 84 Abs 2 BaSAG bzgl Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd BaSAG).

Auf dieser Grundlage kann festgehalten werden, dass die gegenständlichen Mindeststandards für „Bad Banks“ nicht zur Anwendung kommen.

#### (C) Mindeststandards für die Information von Bausparern

Die Mindeststandards der FMA für die Information von Bausparern und die Werbung der Bausparkassen (sog „FMA-MS-BSPK“)<sup>794</sup> richten sich an Bausparkassen (§ 1 BSpG), die für den Betrieb des Bauspargeschäfts konzessioniert sind und sollen von den Adressaten in Hinblick auf § 39 BWG eingehalten werden.<sup>795</sup> Bausparkassen sind bestimmte, nach dem BWG konzessionierte Kreditinstitute (vgl § 1 Abs 1 BSpG).

Diese Mindeststandards sind ebenso nicht auf „Bad Banks“ anzuwenden; dies lässt sich auf Grundlage derselben Erwägungen, die bereits bei den oberhalb geprüften Mindeststandards herangezogen wurden<sup>796</sup>, herleiten, insb sind „Bad Banks“ keine Kreditinstitute iSd BWG und folglich auch keine Bausparkassen. Zudem ist § 39 BWG für „Bad Banks“ nicht anwendbar.

#### (D) Mindeststandards für die interne Revision

Die Mindeststandards der FMA für die interne Revision (sog „FMA-MS-IR“)<sup>797</sup> richten sich an Kreditinstitute mit der Berechtigung zur Durchführung mindestens eines der in § 1 Abs 1 BWG genannten Bankgeschäfte, sowie an Finanzinstitute iSd § 1 Abs 2 BWG.<sup>798</sup> Auf § 39 BWG wird, anders als bei den oberhalb geprüften Mindeststandards, nur in den Vorbemerkungen der

---

<sup>794</sup> FMA-Mindeststandards für die Information von Bausparern und die Werbung der Bausparkassen, Dokumentennummer 01/2012, Veröffentlichungsdatum 20.03.2012, Stand März 2012, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>795</sup> FMA-Mindeststandards für die Information von Bausparern und die Werbung der Bausparkassen, S 3.

<sup>796</sup> S im Detail 2.3.3(f)(iii)(A) oben.

<sup>797</sup> FMA-Mindeststandards für die interne Revision, S 3, Dokumentennummer 01/2020, Veröffentlichungsdatum 02.01.2020, Stand 02.01.2020, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>798</sup> FMA-Mindeststandards für die interne Revision, S 4.

Mindeststandards<sup>799</sup>, nicht hingegen bei der Beschreibung deren Anwendungsbereichs Bezug genommen.<sup>800</sup>

Zwar sind „Bad Banks“ keine Kreditinstitute iSd BWG, sie können aber Finanzinstitute iSd BWG sein<sup>801</sup>, für welche die gegenständlichen Mindeststandards ebenso gelten. Zudem beziehen sich die Mindeststandards auf § 42 BWG, der für „Bad Banks“ relevant ist (§ 3 Abs 3 GSA iHa die Abbaueinheit iSd GSA, § 84 Abs 2 BaSAG iHa die Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd BaSAG). Die gegenständlichen Mindeststandards konkretisieren somit gesetzliche Pflichten, die für die „Bad Banks“ jeweils beachtlich sind. Daher sind sie– vor dem Hintergrund der oberhalb erarbeiteten, allgemeinen Argumentationslinie<sup>802</sup> – für „Bad Banks“ von Relevanz.

Dieses Ergebnis muss selbst dann gelten, wenn die betreffende „Bad Bank“ kein Finanzinstitut ist. Dieses bloß formale Anknüpfungskriterium tritt nämlich im Zuge einer systematischen und teleologischen Auslegung in Zusammenschau mit dem BaSAG bzw GSA hinter die bewusste und ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers zurück, bestimmte Normen des BWG als auf „Bad Banks“ anwendbar bzw nicht anwendbar zu erklären (vgl § 3 Abs 3 GSA bzw § 84 Abs 2 BaSAG)<sup>803</sup>. Aufgrund der daraus resultierenden Relevanz der Bestimmungen zur internen Revision (§ 42 BWG) für „Bad Banks“ ist abzuleiten, dass auch diesbezügliche aufsichtsbehördliche Stellungnahmen relevant sind.

Eine gegenteiliges Auslegungsergebnis im Sinne einer Nicht-Anwendbarkeit der Mindeststandards würde demgegenüber die gesetzlich ausdrückliche Anwendbarkeit der Bestimmungen zur internen Revision konterkarieren.

---

<sup>799</sup> S FN 783, FN 792 und FN 795.

<sup>800</sup> FMA-Mindeststandards für die interne Revision, S 3 bzw 4; krit zur Anknüpfung von FMA-Mindeststandards an die Sorgfaltspflichten gem § 39 Abs 1 und 2 BWG *Höllerer/Puhm/Stern* in *Dellinger* § 39 Rz 18 mwN.

<sup>801</sup> S 0 oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(vi) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(vi) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>802</sup> S im Detail 2.3.3(f)(ii) oben.

<sup>803</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.



(iv) Einzelprüfung: FMA-Rundschreiben

Die oben erarbeitete allgemeinen Argumentationslinie<sup>804</sup> ergibt folgende Ergebnisse bzgl der einzelnen, derzeit in Geltung befindlichen, an Kreditinstitute adressierten Rundschreiben der FMA, wobei nachstehend aufgrund deren thematischer Relevanz für „Bad Banks“ auch weitere Rundschreiben adressiert werden<sup>805</sup>:

(A) (Teilweise) Anwendbare FMA-Rundschreiben

(I) Rundschreiben zur Konkretisierung der Anforderungen an interne Kontrollmechanismen zur Überwachung der Systeme und Verfahren zur Erfüllung der Berichtspflichten im Rahmen der Portfolioverwaltung gemäß WAG 2018<sup>806</sup>

Dieses Rundschreiben ist an bestimmte Rechtsträger iSd § 26 Abs 1 WAG 2018 gerichtet und bezieht sich auf §§ 29, 32 und 60 Abs 1 WAG 2018.

Sämtliche der genannten Bestimmungen des WAG 2018 entstammen dessen 2. Hauptstück und sind somit für „Bad Banks“ anwendbar (§ 3 Abs 5 GSA bzw § 84 Abs 3 BaSAG); es entspricht somit der oben dargestellten Argumentationslinie<sup>807</sup>, dass folglich auch zu diesen Bestimmungen ergangene Rundschreiben für „Bad Banks“ relevant sind.

Beachtlich ist bei der Anwendung des Rundschreibens jedoch, dass dieses einen umfassenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anwendung organisatorischer Vorschriften statuiert (Punkt I. Rz 4). Dieser soll ua die Vielfalt, den Umfang und die Art der Geschäftstätigkeit der betroffenen

---

<sup>804</sup> S 2.3.3(f)(ii) oben.

<sup>805</sup> Vgl <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13>, Rubriken „Banken“, „Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung“ und „Wohlverhalten & Compliance“ (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>806</sup> FMA Rundschreiben zur Konkretisierung der Anforderungen an interne Kontrollmechanismen zur Überwachung der Systeme und Verfahren zur Erfüllung der Berichtspflichten im Rahmen der Portfolioverwaltung gemäß WAG 2018, Dokumentennummer 08/2018, Veröffentlichungsdatum 29.10.2018, Stand Oktober 2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>807</sup> S im Detail 2.3.3(f)(ii) oben.

Rechtsträger berücksichtigen und kann so zu Erleichterungen bzgl bestimmter regulatorischer Anforderungen führen.<sup>808</sup>

Angesichts des eingeschränkten Tätigkeitsbereichs der „Bad Banks“<sup>809</sup> erscheint (vorbehaltlich einer Einzelfallprüfung) die Annahme zumindest plausibel, dass Komplexität, Umfang und Vielfalt der Geschäftstätigkeit der einzelnen „Bad Banks“ verhältnismäßig gering sein werden, da „Bad Banks“ auf Abbautätigkeiten beschränkt sind, daher insb kein Neugeschäft akquirieren sollen und die Geschäftstätigkeit eher eindimensional sein wird. In einem derartigen Szenario, könnte die betreffende „Bad Bank“ daher verhältnismäßige Erleichterungen bei der Anwendung des Rundschreibens bzw der zugrundeliegenden Vorschriften in Anspruch nehmen. Dies wird im Einzelfall abzuwägen und zu begründen sein – die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird konkret evaluiert und muss der FMA auf Nachfrage nachvollziehbar dargestellt und dokumentiert werden (Punkt I. Rz 4).<sup>810</sup>

Gegen die hier vertretene Ansicht könnte eingewendet werden, dass das Rundschreiben nicht ausdrücklich an „Bad Banks“ adressiert ist. Dieses *prima facie* sehr formalistische Anknüpfungskriterium gewinnt mit Blick auf das sog „Fit&Proper-Rundschreiben“ an Bedeutung, da die FMA in diesem Rundschreiben ausdrücklich auf „Bad Banks“ Bezug genommen hat<sup>811</sup>. Daraus könnte abgeleitet werden, dass die FMA spätestens seit der Letztfassung des „Fit&Proper-Rundschreibens“ (August 2018) bei der Erstellung ihrer Rundschreiben und der Ausgestaltung deren Anwendungsbereichs grundsätzlich „Bad Banks“ berücksichtigt und die etwaige Anwendung des Rundschreibens auf „Bad Banks“ ausdrücklich festhält. Die Fassung des gegenständlich geprüften Rundschreibens zur Konkretisierung der Anforderungen an interne Kontrollmechanismen zur Überwachung der Systeme und Verfahren zur Erfüllung der

---

<sup>808</sup> FMA Rundschreiben zur Konkretisierung der Anforderungen an interne Kontrollmechanismen zur Überwachung der Systeme und Verfahren zur Erfüllung der Berichtspflichten im Rahmen der Portfolioverwaltung gemäß WAG 2018, S 1.

<sup>809</sup> S 1.2.2(d) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>810</sup> S FN 808.

<sup>811</sup> S dazu 2.3.3(f)(iv)(A)(II) unmittelbar unterhalb.

Berichtspflichten im Rahmen der Portfolioverwaltung gemäß WAG 2018 datiert vom Oktober 2018 und somit nach der genannten Fassung des „Fit&Proper-Rundschreiben“.

Dennoch muss der ausdrücklichen Regelung des § 3 Abs 5 GSA bzw § 84 Abs 4 BaSAG, wonach das 2. Hauptstück des WAG 2018 auf „Bad Banks“ anzuwenden ist, sowie der damit verbundenen systematische Auslegung, wonach auch damit in Verbindung stehende aufsichtsbehördliche Stellungnahmen beachtlich sein sollen, der Vorrang eingeräumt werden. Anderenfalls würden die Regelungen des GSA bzw BaSAG konterkariert und eine gleichermäßige Anwendung von Rechtsnormen auf ihre jeweiligen Adressaten gefährdet.<sup>812</sup>

Das gegenständliche Rundschreiben ist daher für „Bad Banks“ (unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) anwendbar.

(II) Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (sog „Fit&Proper“-Rundschreiben)<sup>813</sup>

Dieses Rundschreiben ist gem dessen Punkt C. (16) ua ausdrücklich an sämtliche „Bad Banks“-Modelle gerichtet, wobei dabei der eingeschränkte Anwendungsbereich bankaufsichtsrechtlicher Gesetze berücksichtigt werden soll.<sup>814</sup>

Dieser allgemein formulierte Anwendungsbereich bzgl „Bad Banks“ stimmt im Wesentlichen mit der oberhalb erarbeiteten Argumentationslinie<sup>815</sup> überein und bestätigt im konkreten Fall deren Ergebnis. Das Rundschreiben bezieht sich nämlich insb auf §§ 5 Abs 1 Z 6 bis 9a und 13, 28a

---

<sup>812</sup> S im Detail 2.3.3(f)(ii) oben.

<sup>813</sup> FMA-Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben), Dokumentennummer 06/2018, Veröffentlichungsdatum 30.08.2018, Stand August 2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>814</sup> FMA- Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben), S 8.

<sup>815</sup> S 2.3.3(f)(ii) oben.

Abs 1, 3 und 5, 30 und 42 Abs 1 und 2 BWG.<sup>816</sup> Diese Bestimmungen sind für „Bad Banks“ jeweils anwendbar (§ 3 Abs 4 GSA bzw § 84 Abs 2 BaSAG).<sup>817</sup>

Daher ist das Rundschreiben für „Bad Banks“ anwendbar.

- (III) Rundschreiben zu spezifischen Fragestellungen zur EU-AbschlussprüfungsVO in Zusammenhang mit der Bestellung von Abschlussprüfern bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (PIES)<sup>818</sup>

Dieses von der FMA und der Abschlussprüferaufsichtsbehörde („APAB“) gemeinsam erstellte Rundschreiben<sup>819</sup> bezieht sich auf die EU-AbschlussprüfungsVO und richtet sich an Unternehmen von öffentlichem Interesse, wie in der RL 2014/56/EU bzw § 189a Z 1 lit a bis d UGB definiert.

Unternehmen von öffentlichem Interesse iSd § 189a Z 1 lit a bis d UGB umfassen (zusammengefasst) Unternehmen, deren übertragbare Wertpapiere zu einem geregelten Markt eines MS zugelassen sind, CRR-Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen sowie solche Unternehmen, die in einem Bundesgesetz als Unternehmen von öffentlichem Interesse bezeichnet werden (dies betrifft Kreditinstitute iSd BWG<sup>820</sup> und Börseunternehmen, vgl §§ 43 Abs 1a BWG und 27 Abs 4 BörseG 2018).<sup>821</sup>

---

<sup>816</sup> FMA- Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben), S 4 ff.

<sup>817</sup> S im Detail 2.3.3(a) oben.

<sup>818</sup> APAB-FMA-Rundschreiben spezifische Fragestellungen zur VO (EU) Nr. 537/2014 in Zusammenhang mit der Bestellung von Abschlussprüfern bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (PIES), Dokumentennummer 04/2018, Veröffentlichungsdatum 13.04.2018, Stand April 2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>819</sup> APAB-FMA-Rundschreiben spezifische Fragestellungen zur VO (EU) Nr. 537/2014 in Zusammenhang mit der Bestellung von Abschlussprüfern bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (PIES), S 3.

<sup>820</sup> S näher § 189a Z 1 lit b UGB.

<sup>821</sup> APAB-FMA-Rundschreiben spezifische Fragestellungen zur VO (EU) Nr. 537/2014 in Zusammenhang mit der Bestellung von Abschlussprüfern bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (PIES), S 3-4; *Dokalik* in *U. Torggler*, UGB § 189a Rz 11.

Wie oberhalb erläutert, sind „Bad Banks“ weder CRR-Kreditinstitute<sup>822</sup> noch Kreditinstitute nach dem BWG<sup>823</sup>. Auch scheidet eine Einstufung als Versicherungsunternehmen aus und keine der „Bad Banks“ wird in einem Bundesgesetz als Unternehmen von öffentlichem Interesse bezeichnet.

Daher können „Bad Banks“ nur im Fall, dass ihre übertragbaren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt eines MS zugelassen sind (somit als sog „kapitalmarktorientierte Unternehmen“<sup>824</sup>) iSd § 189a Z 1 lit a UGB in den Anwendungsbereich des Rundschreibens fallen. Während eine ausführliche Darstellung dieses Tatbestands im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen kann und diesbezüglich auf die einschlägige Lit verwiesen wird, sei im gegebenen Kontext darauf hingewiesen, dass der Begriff des „geregelten Marktes“ hinsichtlich Notierungen an der Wiener Börse prinzipiell den amtlichen Handel und den geregelten Freiverkehr umfasst.<sup>825</sup> Außerdem umfasst der Begriff der „übertragbaren Wertpapiere“ nicht bloß Aktien am betreffenden Unternehmen bzw der betreffenden „Bad Bank“ sondern etwa auch von ihr ausgegebene Schuldtitel und Wertpapiere, die auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können.<sup>826</sup> Dass „Bad Banks“ unter diesen Tatbestand fallen, ist somit grundsätzlich denkbar und einzelfallabhängig zu beurteilen.

Das gegenständliche Rundschreiben ist damit nicht grundsätzlich unanwendbar, sondern kann einzelfallabhängig auf „Bad Banks“ anwendbar sein, wenn diese als Unternehmen von öffentlichem Interesse iSd § 189a Z 1 lit a UGB zu qualifizieren sind. Dies kommt bei „Bad Banks“ dann in Betracht, wenn übertragbare Wertpapiere der „Bad Bank“ zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind.

---

<sup>822</sup> S 1.2.2(c)(iii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(iii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(iii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>823</sup> S 1.2.2(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(ii) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>824</sup> *Dokalik* in *U. Torggler* UGB § 189a Rz 4.

<sup>825</sup> *Pinetz/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter* UGB § 189a Rz 34.

<sup>826</sup> *Pinetz/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter* UGB § 189a Rz 33.

(IV) Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG<sup>827</sup>

(aa) Teilweise Anwendbarkeit

Das Rundschreiben richtet sich an Kreditinstitute iSd BWG und trägt §§ 57, 64 BWG iVm 236 und 265 Abs 1 UGB sowie 26 und 26a BWG Rechnung.<sup>828</sup>

Während § 57 BWG für „Bad Banks“ beachtlich ist, kommen die Bestimmungen der §§ 26, 26a sowie 64 BWG für sie nicht zur Anwendung (§§ 3 Abs 4 GSA bzw 84 Abs 3 BaSAG). Bei der Anwendbarkeit des UGB bestehen für „Bad Banks“ keine spezifischen Sonderregelungen, weshalb dieses grundsätzlich anwendbar ist. Es besteht daher bei diesem Rundschreiben die Problematik, dass es sich teils auf Bestimmungen bezieht, die für „Bad Banks“ gelten, teils aber auch auf Bestimmungen, die für „Bad Banks“ nicht gelten.

Jedenfalls sind diejenigen Bestimmungen des Rundschreibens für „Bad Banks“ relevant, die auf § 57 BWG und/oder bestimmte Regelungen des UGB – und damit auf für „Bad Banks“ relevante Normen – Bezug nehmen. Das resultiert insofern aus der vorausgeschickten, allgemeingültigen Argumentationslinie zur Prüfung des Anwendungsbereichs von FMA-Rundschreiben<sup>829</sup>, als es sich bei diesen Teilen des Rundschreibens um Auslegungshilfen zu Bestimmungen handelt, die der Gesetzgeber ausdrücklich als für „Bad Banks“ relevant erklärt hat. Der bloß formale Umstand, dass der Anwendungsbereich dieses Rundschreibens ausdrücklich auf Kreditinstitute iSd BWG anknüpft rückt dabei in den Hintergrund; außerdem sind die „Bad Banks“ Modelle erst zeitlich nach der aktuellen Version des Rundschreibens in Kraft getreten (vgl §§ 13 GSA bzw 167 Abs 1 BaSAG) und konnten schon deshalb nicht ausdrücklich berücksichtigt werden.

---

<sup>827</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, Dokumentnummer 06/2012, Veröffentlichungsdatum 01.12.2012, Stand Dezember 2012, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>828</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, S 3.

<sup>829</sup> S 2.3.3(e) oben.

Ebenso ist aus der genannten Argumentationslinie abzuleiten, dass das Rundschreiben insoweit für „Bad Banks“ unanwendbar ist, als es sich auf für „Bad Banks“ unanwendbare Bestimmungen bezieht bzw diese auslegt und/oder konkretisiert.

Vor diesem Hintergrund ist zwischen denjenigen Teilen des Rundschreibens, die auf § 57 BWG und Bestimmungen des UGB referenzieren und denjenigen Teilen des Rundschreibens, die auf sonstige Bestimmungen, einschließlich für „Bad Banks“ nicht anwendbare Teile des BWG referenzieren, zu unterscheiden. Die erstgenannten Teile des Rundschreibens sind in der Folge für „Bad Banks“ anwendbar, die zweitgenannten Teile hingegen nicht.

(bb) Anwendbare bzw nicht anwendbare Teile des  
Rundschreibens

Zunächst wird nachfolgend ein (zusammenfassender) Blick auf die Inhalte der betreffenden (für „Bad Banks“ anwendbaren oder nicht anwendbaren) Normen geworfen. Auf dieser Grundlage werden die Inhalte des Rundschreibens näher betrachtet und diesen Normen zugeordnet.

§ 57 BWG legt Bewertungsregelungen hinsichtlich der Berücksichtigung besonderer bankgeschäftlicher Risiken fest.<sup>830</sup> § 57 Abs 1 BWG ermöglicht in Anbetracht besonderer bankgeschäftlicher Risiken eine bankenspezifische Unterbewertung bestimmter Vermögensgegenstände im Umlaufvermögen, wodurch stille Reserven entstehen.<sup>831</sup> Der nach § 57 Abs 1 BWG gebildete Wertansatz kann gem § 57 Abs 2 BWG beibehalten werden, bis eine Anpassung beschlossen wird. Auch § 57 Abs 3 BWG ermöglicht die Bildung von Reserven, allerdings eine offengelegte Reservebildung.<sup>832</sup> Banken wird ermöglicht, einen eigenen passivseitigen Sonderposten für bankgeschäftliche Risiken zu bilden und auszuweisen („Fonds für allgemeine Bankrisiken“).<sup>833</sup> § 57 Abs 4 BWG regelt die Ausweisung in der Gewinn- und Verlustrechnung. Zudem haben Kreditinstitute nach § 57 Abs 5 BWG eine Hafrücklage zu bilden, die nur unter bestimmten Umständen aufgelöst werden darf.<sup>834</sup>

---

<sup>830</sup> Gaber in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 57.

<sup>831</sup> Gaber in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 57 Rz 10 ff.

<sup>832</sup> Gaber in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka § 57 Rz 1.

<sup>833</sup> Perkounigg/Steche in Dellinger § 57 Rz 20.

<sup>834</sup> Perkounigg/Steche in Dellinger § 57 Rz 31 ff.

§ 236 UGB regelt die Erläuterung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie der angewendeten Bilanzierungsmethoden im Anhang hinsichtlich des Einzelabschlusses, § 265 UGB stellt gewissermaßen eine korrespondierende Bestimmung hinsichtlich des Konzernanhangs dar<sup>835</sup>.

Die für „Bad Banks“ nicht anwendbaren §§ 26, 26a BWG betreffen die Ausgabe von Pflichtwandelschuldverschreibungen (§ 26 BWG) bzw Instrumenten ohne Stimmrecht (§ 26a BWG) durch Kreditinstitute. Der für „Bad Banks“ ebenso nicht anwendbare § 64 BWG beinhaltet Sondervorschriften zum Anhang und zum Lagebericht und beinhaltet insofern *leges speciales* bzw Ergänzungen zu den Bestimmungen des UGB über den Jahresabschluss<sup>836</sup>, einschließlich §§ 236 und 265 UGB (vgl § 64 Abs 1 BWG).

Hintergrund des gegenständlichen Rundschreibens sind Feststellungen der FMA, bestimmte Änderungen in Solvabilitätsnormen zur Bewertung von Derivaten sowie Anfragen zur Bilanzierung von Zinssteuerungsderivaten<sup>837</sup>; folglich betrifft das Rundschreiben solche Derivate, deren beizulegender Wert für Rechnungslegungszwecke ermittelt werden muss.<sup>838</sup>

Abschnitt I (Einleitung)<sup>839</sup> des Rundschreibens bedarf aufgrund seines lediglich programmatischen und unspezifischen Inhalts keiner Einordnung als für „Bad Banks“ nicht anwendbar oder anwendbar: Da in diesem Abschnitt noch keine Auslegung oder Konkretisierung bestimmter Normen vorgenommen wird, kann nicht an den Anwendungsbereich bestimmter Normen angeknüpft werden und dem Abschnitt ist letztlich kein bestimmter Anwendungsbereich beizumessen.

---

<sup>835</sup> Nowotny/Ziskovsky in Straube/Ratka/Rauter UGB § 265 Rz 16.

<sup>836</sup> Proschak in Dellinger § 64 Rz 2.

<sup>837</sup> Vgl Stock, ÖBA 2013, 79.

<sup>838</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, S 3.

<sup>839</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, S 3 f.



Abschnitt II (Zinssteuerungsderivate)<sup>840</sup> des Rundschreibens behandelt die Bilanzierung von Derivaten insb unter Berücksichtigung von § 57 BWG (vgl Punkt 2.2.11). Dabei wird auf Besonderheiten des Bankgeschäfts und eine damit verbundene saldierte Bewertung zwischen funktional einheitlichen Zinssteuerungsderivaten eingegangen (vgl Punkt 2.3). Behandelt wird auch sog „Macro-Hedging“, dh zusammengefasste Derivate zum Zweck der Absicherung (eines Teilbestands) des Bankbuchs (vgl Punkt 2.4), was inhaltlich die Vorschriften des UGB und § 57 BWG betrifft<sup>841</sup>. Abschnitt II des Rundschreibens stellt zudem in Hinblick auf die saldierte Bewertung funktional einheitlicher Zinssteuerungsderivate Anforderungen an das Risikomanagement und diesbezügliche Dokumentation (vgl Punkt 2.5) und regelt deren bilanzielle Darstellung (vgl Punkte 2.6 und 2.7) bzw Offenlegung (vgl Punkt 2.8). Inhaltlich wird in Abschnitt II somit maßgeblich (wenn auch nicht ausdrücklich) auf § 57 BWG Bezug genommen und dessen Auslegung und Anwendung beschrieben. Bezugnahmen in Abschnitt II zu anderen Rechtsnormen führen dabei mehrheitlich zu ebenfalls für „Bad Banks“ geltenden Bestimmungen (insb zu Bestimmungen des UGB). Selbst wenn fallweise auf für „Bad Banks“ nicht geltende Bestimmungen referenziert wird (vgl Punkt 2.2.12; §§ 39, 39a BWG) geschieht dies im Kontext der Auslegung von § 57 BWG und den relevanten Bestimmungen des UGB. Abschnitt II des Rundschreibens ist somit für „Bad Banks“ insgesamt anwendbar.

Abschnitt III (Bewertungsanpassungen bei Derivaten)<sup>842</sup> betrifft die Bewertung von Derivaten zu verschiedenen Anlässen, etwa nach § 57 BWG oder Bestimmungen des UGB, wobei auch Bestimmungen der CRR referenziert werden (vgl Punkt 3.1). Dabei werden zu berücksichtigende Risiken, insb das sog „Kontrahentenrisiko“, erläutert (vgl Punkt 3.2) und Beispiele angeführt (vgl Punkte 3.2.60 ff). Die in diesem Abschnitt enthaltenen Stellungnahmen beruhen inhaltlich auf § 57 BWG und Bestimmungen des UGB, die für „Bad Banks“ anwendbar sind. Auf die (grundsätzlich für „Bad Banks“ nicht anwendbare) CRR<sup>843</sup> wird nur in der Einleitung und in einem lediglich den

---

<sup>840</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, S 4 ff.

<sup>841</sup> Hofstätter/Stürzlinger, taxlex 2007, 529.

<sup>842</sup> FMA-Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen bei Zinssteuerungsderivaten und zu Bewertungsanpassungen bei Derivaten gemäß § 57 BWG, S 16 ff.

<sup>843</sup> S im Detail 2.3.2(a) oben.

Kontext erklärenden Hinweis verwiesen (vgl Punkt 3.1.48). Somit ist Abschnitt III ebenfalls insgesamt für „Bad Banks“ anwendbar.

(cc)    Fazit:    Praktische    Vollanwendbarkeit    des  
Rundschreibens

Zusammenfassend lässt sich auf dieser Grundlage festhalten, dass das gegenständliche Rundschreiben zwar theoretisch nur in jenen Teilen für „Bad Banks“ relevant ist, die auf für diese anwendbare Rechtsnormen Bezug nehmen (insb Bestimmungen des UGB und § 57 BWG). Da dies aber für das gesamte Rundschreiben zutrifft, ist dieses im Endergebnis zur Gänze für „Bad Banks“ anwendbar.

(V)    Rundschreiben zu Garantieprodukten<sup>844</sup>

Diese Rundschreiben richtet sich an Rechtsträger iSd § 15 WAG 2007 und bezieht sich auf die Informationspflichten der §§ 40 bis 42 WAG 2007 iZm der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen betreffend kapitalgarantierter Finanzinstrumente.<sup>845</sup>

Das WAG 2007 wurde zwischenzeitlich aufgehoben und durch das WAG 2018 ersetzt (vgl § 118 WAG 2018).<sup>846</sup> § 26 WAG 2018 entspricht im Wesentlichen § 15 WAG 2007<sup>847</sup> und beinhaltet die relevante Definition von „Rechtsträgern“; darunter fallen etwa Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (§ 26 Abs 1 WAG 2018). Die Regelungsinhalte der §§ 40 bis 42 WAG 2007 sind nun – durchaus ähnlich zu deren Vorgängerregelungen – in den §§ 48, 49 WAG 2018 enthalten.<sup>848</sup> Sämtliche der genannten Bestimmungen des WAG 2018 befinden sich in dessen 2. Hauptstück und sind daher für „Bad Banks“ anwendbar (§§ 3 Abs 5 GSA, 84 Abs 3 BaSAG).

Auch die (historischen) Bestimmungen des WAG 2007, auf die das Rundschreiben ausdrücklich Bezug nimmt (§§ 15 und 40 bis 42 WAG 2007), waren bis zur Aufhebung des WAG 2007 und der

---

<sup>844</sup> FMA-Rundschreiben zu Garantieprodukten, Dokumentennummer 01/2010, Veröffentlichungsdatum 15.01.2010, Stand Jänner 2010, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>845</sup> FMA-Rundschreiben zu Garantieprodukten, S 3.

<sup>846</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (48); *Winternitz/Beer/Steinmair* in *Winternitz/Beer/Steinmair*, Einleitung.

<sup>847</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (32).

<sup>848</sup> ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP (37)

damit einhergehenden Novellierung des BaSAG für „Bad Banks“ anwendbar: gem §§ 3 Abs 5 GSA und 84 Abs 3 BaSAG, jeweils idF vor BGBl I Nr 107/2017<sup>849</sup> war für die „Bad Banks“ jeweils (nur) das zweite Hauptstück des WAG 2007 anwendbar, dessen Bestandteil die §§ 15 und 40 bis 42 WAG 2007 bildeten.

Zusammengefasst bezieht sich das Rundschreiben also auf ausgewählte Bestimmungen des WAG 2007, die mittlerweile durch ausgewählte Bestimmungen des WAG 2018 ersetzt wurden. Sowohl die ursprünglichen Bestimmungen des WAG 2007, als auch die sie ersetzenden Bestimmungen des WAG 2018 sind für „Bad Banks“ anwendbar.

Vor diesem Hintergrund ist das gegenständliche Rundschreiben für „Bad Banks“ anwendbar.

Diesem Ergebnis kann insb nicht entgegengehalten werden, dass die „Bad Banks“ keine Rechtsträger iSd § 15 WAG 2007 bzw § 26 WAG 2018 sind, an die das Rundschreiben adressiert ist<sup>850</sup>. Dieser Ansicht ist zwar prinzipiell beizupflichten<sup>851</sup>, allerdings hat sich der Gesetzgeber bewusst dazu entschieden, dass das zweite Hauptstück des WAG 2007 bzw WAG 2018 für „Bad

---

<sup>849</sup> Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Wertpapier- und allgemeinen Warenbörsen 2018 und das Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 erlassen werden und das Abschlussprüfer-Aufsichtsgesetz, das Aktiengesetz, das Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz, das Alternativfinanzierungsgesetz, das Bankwesengesetz, das Bausparkassengesetz, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz, das Bilanzbuchhaltungsgesetz 2014, das Bundesfinanzierungsgesetz, das Bundesgesetz zur Schaffung einer Abbaueinheit, das E-Geldgesetz 2010, das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz, das Energie-Control-Gesetz, das EU-Verschmelzungsgesetz, das Finanzkonglomeratengesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, die Gewerbeordnung 1994, das Glücksspielgesetz, das Hypothekenbankgesetz, das Immobilien-Investmentfondsgesetz, die Insolvenzordnung, das Investmentfondsgesetz 2011, das Kapitalmarktgesetz, das Kontenregister- und Konteneinschaugesetz, das Körperschaftsteuergesetz, das Maklergesetz, das Pensionskassengesetz, das Pfandbriefgesetz, das Ratingagenturenvollzugsgesetz, das Rechnungslegungs-Kontrollgesetz, das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, das SE-Gesetz, das SFT-Vollzugsgesetz, das Spaltungsgesetz, das Sparkassengesetz, das Übernahmengesetz, das Unternehmensgesetzbuch, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, das Zahlungsdienstegesetz, das Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetz und das Zentralverwahrer-Vollzugsgesetz geändert werden.

<sup>850</sup> FN 845.

<sup>851</sup> S dazu insb in 1.2.2(c)(ii) und 1.2.2(c)(iii) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(c)(ii) und 1.2.3(c)(iv) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(c)(ii) und 1.2.4(c)(iv) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

Banks“ ungeachtet der Einstufung der „Bad Banks“ als (Nicht-)Rechtsträger anwendbar sein soll.<sup>852</sup> Insofern muss auch das gegenständliche Rundschreiben für „Bad Banks“ anwendbar sein.

Zudem wurde das Rundschreiben zeitlich vor Inkrafttreten der für „Bad Banks“ grundlegenden Bestimmungen des GSA bzw BaSAG veröffentlicht, wodurch dem formalistischen Argument, der Adressatenkreis nehme nicht ausdrücklich auf „Bad Banks“ Bezug, keine wesentliche Bedeutung beizumessen ist.

Auf die Frage, inwieweit das gegenständliche Rundschreiben vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich geänderten Rechtslage – unabhängig vom konkreten Fall der „Bad Banks“ – generell noch Gültigkeit bzw Relevanz hat, wird im gegebenen Kontext nicht näher eingegangen.

(VI) Rundschreiben zum Fonds für allgemeine Bankrisiken gem § 23 Abs 1 Z 3 iVm § 57 Abs 3 und 4 BWG<sup>853</sup>

Dieses Rundschreiben bezieht sich auf §§ 23 Abs 1 Z 3 sowie 57 Abs 3 und 4 BWG aF und betrifft die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken.<sup>854</sup>

Im Zeitpunkt der letzten Aktualisierung des Rundschreibens (2009) beinhaltete § 23 BWG aF Eigenmittelvorschriften für Kreditinstitute. Gem § 23 Abs 1 Z 3 aF waren Fonds für allgemeine Bankrisiken gem § 57 Abs 3 und 4 BWG aF den Eigenmitteln zuzurechnen. Im Zuge der Umsetzung der CRD IV und des Inkrafttretens der CRR entfiel der bisherige § 23 BWG aF weil Eigenmittelvorschriften seither in der CRR geregelt sind.<sup>855</sup> Die CRR ist für „Bad Banks“ grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>856</sup> Auch ist die Nachfolgeregelung des § 23 BWG für „Bad Banks“ nicht anwendbar (§§ 3 Abs 3 GSA, 84 Abs 2 BaSAG).<sup>857</sup>

---

<sup>852</sup> S im Detail 2.3.3(b)(ii) oben.

<sup>853</sup> FMA-Rundschreiben zum Fonds für allgemeine Bankrisiken gemäß § 23 Abs. 1 Z 3 iVm § 57 Abs. 3 und 4 BWG vom 31.03.2005, Dokumentennummer 04/2005, Veröffentlichungsdatum 21.03.2005, Stand März 2005, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>854</sup> FMA-Rundschreiben zum Fonds für allgemeine Bankrisiken gemäß § 23 Abs. 1 Z 3 iVm § 57 Abs. 3 und 4 BWG vom 31.03.2005, S 3.

<sup>855</sup> ErläutRV 2438 BlgNR 25. GP (32).

<sup>856</sup> S im Detail in 2.3.2(a) oben.

<sup>857</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

§ 57 Abs 3 und 4 BWG aF regelten im Zeitpunkt der letzten Aktualisierung des Rundschreibens (2009) die Möglichkeit für Kreditinstitute, einen Fonds zur Sicherung gegen allgemeine Bankrisiken auf der Passivseite ihrer Bilanz zu bilden und beinhalteten Regelungen zu dessen Ausweis in der Gewinn- und Verlustrechnung. Diese Regelungen sind nach wie vor Bestandteil des BWG und für „Bad Banks“ anwendbar (§§ 3 Abs 3 GSA, 84 Abs 2 BaSAG).<sup>858</sup>

Da sich das gegenständliche Rundschreiben überwiegend auf die Dotierung des Fonds für allgemeine Bankrisiken und die durch ihn abgedeckten Risiken sowie etwaige Wertberichtigungen bezieht und hierdurch auf die nach wie vor aktuellen und für „Bad Banks“ geltenden § 57 Abs 2 und 3 BWG Bezug nimmt, ist das Rundschreiben (insofern) für „Bad Banks“ anwendbar.

Die außer Kraft getretenen bzw für „Bad Banks“ nicht anwendbaren Regelungen des § 23 Abs 1 Z 3 BWG aF werden demgegenüber inhaltlich im Rundschreiben kaum behandelt; insoweit ist das Rundschreiben allerdings nicht anwendbar.

(VII) Geldwäsche-Rundschreiben (Risikoanalyse /  
Meldepflichten / Interne Organisation / Sorgfaltspflichten)

Die folgenden Rundschreiben der FMA werden in diesem Unterpunkt gesammelt geprüft und für diese Zwecke gemeinsam als „Geldwäsche-Rundschreiben“ bezeichnet:

- Rundschreiben Risikoanalyse zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung<sup>859</sup>;
- Rundschreiben Meldepflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung<sup>860</sup>;

---

<sup>858</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

<sup>859</sup> FMA-Rundschreiben Risikoanalyse zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Dokumentennummer 03/2019, Veröffentlichungsdatum 08.11.2019, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#22> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>860</sup> FMA-Rundschreiben Meldepflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Dokumentennummer 02/2019, Veröffentlichungsdatum 03.06.2019, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#22> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

- Rundschreiben Interne Organisation zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung<sup>861</sup>; und
- Rundschreiben Sorgfaltspflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung<sup>862</sup>.

Sämtliche Geldwäsche-Rundschreiben beziehen sich auf Bestimmungen des FM-GwG<sup>863</sup>, das für „Bad Banks“ (jeweils mit der Maßgabe gilt, dass diese als Verpflichtete iSd FM-GwG zu behandeln sind) gilt<sup>864</sup>. Die Geldwäsche-Rundschreiben gehen dabei durchgängig auf Bestimmungen ein, die sich aus dem FM-GwG für ebensolche Verpflichtete iSd FM-GwG ergeben.

Daraus folgt, dass die Geldwäsche-Rundschreiben der FMA insgesamt für „Bad Banks“ anwendbar sind.

#### (B) Nicht anwendbare FMA-Rundschreiben

Nachfolgende Rundschreiben der FMA sind auf Grundlage der oberhalb erarbeiteten, allgemeinen Argumentationslinie grundsätzlich nicht für „Bad Banks“ anwendbar, insb weil sie sich (ausschließlich) auf Bestimmungen beziehen, die für „Bad Banks“ nicht anwendbar sind<sup>865</sup>:

- Rundschreiben über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte<sup>866</sup> (richtet sich an

---

<sup>861</sup> FMA-Rundschreiben Interne Organisation zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Dokumentennummer 01/2019, Veröffentlichungsdatum 19.03.2019, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#22> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>862</sup> FMA-Rundschreiben Sorgfaltspflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Dokumentennummer 09/2018, Veröffentlichungsdatum 18.12.2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#22> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>863</sup> FMA-Rundschreiben Risikoanalyse zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, S 5; FMA-Rundschreiben Meldepflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, S 4; FMA-Rundschreiben Interne Organisation zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, S 4; FMA-Rundschreiben Sorgfaltspflichten zur Prävention von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, S 4.

<sup>864</sup> S 2.3.3(c) oben.

<sup>865</sup> S insb zu den für „Bad Banks“ (nicht) anwendbaren Bestimmungen des BWG 2.3.3(a) oben.

<sup>866</sup> FMA-Rundschreiben über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), Dokumentennummer 02/2018, Veröffentlichungsdatum 20.02.2018, Stand

Versicherungsunternehmen und Rechtsträger iSd § 26 WAG 2018, die Versicherungsanlageprodukte iSd Art 4 Z 2 der PRIIP-VO herstellen, verkaufen oder darüber beraten);

- Rundschreiben zu §§ 39 Abs 2, 39b und 39c BWG über Grundsätze der Vergütungspolitik und -praktiken<sup>867</sup> (bezieht sich auf die nicht für „Bad Banks“ anwendbaren §§ 39 ff BWG und richtet sich an Kreditinstitute und Mitglieder von Kreditinstitutsgruppen);
- Rundschreiben zu § 28b BWG zur Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen und Berichterstattung an das zuständige Aufsichtsorgan<sup>868</sup> (richtet sich an nach dem BWG konzessionierte Kreditinstitute und bezieht sich auf den für „Bad Banks“ nicht anwendbaren § 28b BWG);
- Rundschreiben zur Verfügung über Spareinlagen<sup>869</sup> (richtet sich an Kreditinstitute, die das Einlagengeschäft betreiben<sup>870</sup> und bezieht sich auf die für „Bad Banks“ nicht anwendbaren §§ 32 und 40 BWG);

---

Februar 2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>867</sup> FMA-Rundschreiben zu §§ 39 Abs 2, 39b und 39c BWG über Grundsätze der Vergütungspolitik und Praktiken, Dokumentennummer 01/2018, Veröffentlichungsdatum 18.01.2018, Stand Jänner 2018, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>868</sup> FMA- Rundschreiben zu § 28b BWG zur Zulässigkeit von Rahmenbeschlüssen und Berichterstattung an das zuständige Aufsichtsorgan, Dokumentennummer 01/2014, Veröffentlichungsdatum 01.01.2014, Stand Januar 2014, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>869</sup> FMA-Rundschreiben zur Verfügung über Spareinlagen gemäß § 32 Abs 4 Z 2 BWG, Dokumentennummer 03/2012, Veröffentlichungsdatum 01.09.2012, Stand November 2012, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>870</sup> S zum für „Bad Banks“ geltenden Verbot der Entgegennahme von Publikumsgeldern 1.2.2(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG; zur Einordnung der Spareinlage unter den Einlagenbegriff und damit (mE) unter den Begriff der Publikumsgelder Vgl *Laurer/Kammel in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 1 Rz 5.

- Rundschreiben zu § 27 Abs 11 letzter Satz BWG<sup>871</sup> (bezieht sich auf § 27 BWG aF, dessen inhaltliche Nachfolgebestimmungen der CRR<sup>872</sup> für „Bad Banks“ ebenso nicht gelten<sup>873</sup> wie deren „formale“ Nachfolgebestimmung in §§ 27 BWG);
- Rundschreiben zur Gestaltung von Sparurkunden<sup>874</sup> (richtet sich an Kreditinstitute, die das Einlagengeschäft betreiben<sup>875</sup> und bezieht sich auf die für „Bad Banks“ nicht anwendbaren §§ 31 und 32 BWG);
- Rundschreiben zu § 63 Abs 3 BWG<sup>876</sup> (bezieht sich auf den für „Bad Banks“ nicht anwendbaren § 63 Abs 3 BWG);
- Rundschreiben zu § 21a BWG; Modelländerungen bei IRB Modellen<sup>877</sup> (bezieht sich auf § 21a BWG aF, dessen inhaltliche Nachfolgebestimmungen der CRR<sup>878</sup> für „Bad Banks“ ebenso nicht gelten<sup>879</sup> wie dessen „formale“ Nachfolgebestimmung in § 21a BWG);

---

<sup>871</sup> FMA-Rundschreiben zu § 27 Abs 11 letzter Satz BWG, Dokumentennummer 02/2011, Veröffentlichungsdatum 01.02.2011, Stand Februar 2011, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>872</sup> Vgl Art 387 CRR; ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP (44 ff); *Siegl* in *Dellinger/Blume* Art 387 CRR Rz 1.

<sup>873</sup> S im Detail 2.3.2(a) oben.

<sup>874</sup> FMA-Rundschreiben zur Ausgestaltung von Sparurkunden gemäß §§ 31 und 32 BWG, Dokumentennummer 01/2011, Veröffentlichungsdatum 04.01.2011, Stand Jänner 2011, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>875</sup> S zum für „Bad Banks“ geltenden Verbot der Entgegennahme von Publikumsgebern 1.2.2(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(d)(v) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(d)(v) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG; zur Einordnung der Spareinlage unter den Einlagenbegriff und damit (mE) unter den Begriff der Publikumsgebern Vgl *Laurer/Kammel* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 1 Rz 5.

<sup>876</sup> FMA-Rundschreiben zu § 63 Abs. 3 BWG, Dokumentennummer 02/2010, Veröffentlichungsdatum 23.11.2010, Stand November 2010, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>877</sup> FMA-Rundschreiben zu § 21a BWG; Modelländerungen bei IRB Modellen, Dokumentennummer 02/2009, Veröffentlichungsdatum 01.12.2009, Stand Dezember 2009, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>878</sup> ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP (2 und 20).

<sup>879</sup> S im Detail 2.3.2(a) oben.



- Rundschreiben zu Sonderfragen der Offenlegung gem §§ 26 und 26a BWG<sup>880</sup> (beziehen sich auf §§ 26 und 26a BWG aF, deren inhaltliche Nachfolgebestimmungen der CRR<sup>881</sup> für „Bad Banks“ ebenso nicht gelten<sup>882</sup> wie deren „formale“ Nachfolgebestimmung in §§ 26 und 26a BWG);

## 2.4 Insolvenzzrechtliche Aspekte

Wie oberhalb besprochen, sind „Bad Banks“ letztlich ein Sanierungsinstrument für in wirtschaftliche Notlage geratene Banken.<sup>883</sup> Ziel dieses, wie auch anderer, Sanierungsinstrumente ist nicht zuletzt die Verhinderung von Insolvenzen im Bankensektor aus volkswirtschaftlichen Gründen und die gleichzeitige Schaffung eines auf Banken maßgeschneiderten Abwicklungsrahmens.<sup>884</sup>

Dessen ungeachtet kann über das Vermögen von „Bad Banks“, wie auch bei „herkömmlichen“ Gesellschaften<sup>885</sup>, ein Insolvenzverfahren eröffnet werden (vgl §§ 7 GSA sowie 84 Abs 8a und 9 BaSAG).<sup>886</sup> Daraus kann die grundsätzliche Geltung der Insolvenzgesetze auf „Bad Banks“ abgeleitet werden; bereits aus dem Wesen und Zweck der „Bad Banks“<sup>887</sup> lässt sich allerdings erahnen, dass hierbei bestimmte Besonderheiten zu berücksichtigen sind. In der gesetzlichen Ausgestaltung der „Bad Banks“ wurde dies zwar teilweise berücksichtigt, im Folgenden wird aber aufgezeigt, dass längst nicht alle insolvenzrechtlichen Fragestellungen eine gesetzliche Klarstellung erfahren haben.

---

<sup>880</sup> FMA-Rundschreiben zu Sonderfragen der Offenlegung gemäß §§ 26 und 26a BWG, Dokumentennummer 01/2009, Veröffentlichungsdatum 18.02.2009, Stand Februar 2009, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/#13> (zuletzt abgerufen am 19. Dezember 2020).

<sup>881</sup> ErläutRV 2438 BlgNR 25. GP (39 f).

<sup>882</sup> S im Detail 2.3.2(a) oben.

<sup>883</sup> S im Detail 1.1 und insb 1.1.1(c) oben.

<sup>884</sup> Vgl Erwägungsgründe 1, 44, 45 und 49 BRRD; EBA/GL/2015/05, S 6 ff.

<sup>885</sup> S etwa die Rsp des OGH, wonach grundsätzlich jeder Rechtsträger insolvenzfähig ist, bspw OGH 20.3.2003, 8 Ob 244/02v.

<sup>886</sup> Vgl ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (15).

<sup>887</sup> S dazu zB 1.1.1(c) oben.

### 2.4.1 *Insolvenzgründe*

#### (a) Ausgangspunkt

Das österreichische Insolvenzrecht kennt für juristische Personen grundsätzlich zwei Insolvenzgründe: Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) und Überschuldung (§ 67 IO). Die Geltung dieser Insolvenzgründe ist in Hinblick auf „Bad Banks“ teilweise eingeschränkt.

#### (b) Abbaueinheit iSd GSA: Unbeachtlichkeit insolvenzrechtlicher Überschuldung

Gem § 7 Abs 1 GSA ist § 67 IO „nicht anzuwenden“. Dies ist so zu deuten, dass die insolvenzrechtliche Überschuldung iSd § 67 IO für die Abbaueinheit iSd GSA keinen Insolvenzgrund darstellt.<sup>888</sup>

#### (c) (Un-)Beachtlichkeit insolvenzrechtlicher Überschuldung bei weiteren „Bad Banks“

##### (i) Ausgangspunkt: Fehlen einer ausdrücklichen Regelung

Im Unterschied zum GSA<sup>889</sup> enthält das BaSAG keine Bestimmung, wonach der Insolvenzgrund der Überschuldung iSd § 67 IO für Abbaugesellschaften und/oder Abbaueinheiten iSd BaSAG nicht anwendbar wäre. Im Folgenden wird geprüft, ob der Insolvenzgrund der Überschuldung für „Bad Banks“ nach dem BaSAG beachtlich ist, oder ob (etwa analog zu § 7 Abs 1 GSA) auch bei diesen „Bad Banks“ der Insolvenzgrund der Überschuldung unanwendbar bleibt.

##### (ii) Analyse

##### (A) Bewusste Abweichung oder planwidrige Lücke?

Der historische Gesetzgeber hat die Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd BaSAG (und damit mittelbar auch die Ausgestaltung der Abbaugesellschaft, vgl § 162 Abs 1 BaSAG)<sup>890</sup>, einschließlich der insolvenzrechtlichen Bestimmung des § 84 Abs 8a BaSAG<sup>891</sup>, bewusst an die Abbaueinheit iSd GSA, und damit die Bestimmungen des GSA, angeglichen.<sup>892</sup> Insb ist § 84 Abs 8a BaSAG der Bestimmung des § 7 Abs 1 GSA vollständig und wortgleich nachempfunden;

---

<sup>888</sup> in diesem Sinne zu deuten mE auch ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (15).

<sup>889</sup> S 2.4.1(b) unmittelbar oberhalb.

<sup>890</sup> S im Detail ab 1.2.3(a) oben.

<sup>891</sup> S dazu im Detail 2.4.2 unten.

<sup>892</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

lediglich der letzte Satz des § 7 Abs 1 GSA, wonach § 67 IO für die Abbaueinheit iSd GSA nicht anzuwenden ist, wurde nicht in § 84 Abs 8a BaSAG aufgenommen.

Dieser Umstand legt nahe, dass diese (einzelne) Abweichung bewusst – und nicht etwa planwidrig – erfolgte.

Gegen eine planwidrige Lücke spricht auch, dass sich die unterschiedliche Reichweite der Geltung der Insolvenzgründe in den Regelungen des GSA und des BaSAG widerzuspiegeln scheinen; so regeln etwa §§ 3 Abs 4 GSA und 84 Abs 3 BaSAG weitestgehend inhaltsgleich die Reichweite der Anwendbarkeit des BWG auf die jeweiligen „Bad Banks“<sup>893</sup> und ordnen dabei die Anwendbarkeit des § 73 Abs 1 Z 6 BWG an; lediglich das GSA enthält aber dazu den zusätzlichen Einschub „hinsichtlich des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit“ und nimmt damit auf die Sonderregelung des § 7 Abs 1 GSA ausdrücklich Bezug. Da diese Wortfolge in § 84 Abs 3 BaSAG fehlt, scheint der Gesetzgeber vom Fehlen einer entsprechenden Sonderregelung im BaSAG auszugehen und diese berücksichtigt zu haben.

Darüber hinaus enthält § 73 Abs 1 Z 6 BWG eine Anzeigepflicht im Falle von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, die gem dem genannten Einschub in § 3 Abs 4 GSA bei der Abbaueinheit iSd GSA nur für den Fall der Zahlungsunfähigkeit gilt. Dass dieser Einschub in § 84 Abs 3 BaSAG nicht übernommen wurde, weist wiederum aufgrund der sonst wortgleichen Bestimmung auf eine bewusst vorgenommene Abweichung im BaSAG hin und hat weiters zur Folge, dass die Anzeigepflicht des § 73 Abs 1 Z 6 BWG bei Abbaueinheit iSd BaSAG und Abbaugesellschaft auch im Falle der Überschuldung gilt. Dies wiederum lässt sich nur so erklären, dass der Gesetzgeber, davon ausging, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung für Abbaueinheit iSd BaSAG und Abbaugesellschaft gilt.

Eine systematisch-historische Interpretation<sup>894</sup> von § 84 Abs 8a BaSAG in Zusammenschau mit § 7 Abs 1 GSA sowie der §§ 3 Abs 4 GSA und 84 Abs 3 BaSAG legt daher zunächst nahe, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung iSd § 67 IO für Abbaugesellschaften und Abbaueinheiten iSd BaSAG (im Gegensatz zur Abbaueinheit iSd GSA) beachtlich ist.

---

<sup>893</sup> S im Detail 2.3.3(a) oben.

<sup>894</sup> Vgl Posch in Schwimann/Kodek § 7 Rz 5.

(B) Abwicklungsvoraussetzungen gem §§ 49 ff BaSAG als *leges speciales* zu § 67 IO<sup>895</sup>

§ 49 BaSAG sieht bestimmte Voraussetzungen für die Anwendung von Abwicklungsmaßnahmen auf Banken vor. Zu diesen Voraussetzungen zählt, dass das betroffene Institut ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt (§ 49 Abs 1 Z 1 BaSAG) und dass der Ausfall des Instituts durch alternative Maßnahmen der Privatwirtschaft (etwa Eigenkapitalmaßnahmen) oder andere Aufsichtsmaßnahmen (etwa Frühinterventionsmaßnahmen iSd § 44 BaSAG) binnen angemessener Frist nicht abgewendet werden kann (§ 49 Abs 1 Z 2 BaSAG). Zusätzlich müssen etwaige Abwicklungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse erforderlich sein (§ 49 Abs 1 Z 3 BaSAG). Diese Tatbestandselemente müssen kumulativ vorliegen (§ 49 Abs 1 BaSAG).

Der Ausfall oder wahrscheinliche Ausfall umfasst dabei insb eine Überschuldung des Instituts<sup>896</sup> (vgl § 51 Abs 1 Z 2 BaSAG). Das obengenannte Tatbestandsmerkmal der Nichtabwendbarkeit des Ausfalls (§ 49 Abs 1 Z 2 BaSAG) erinnert überdies konzeptionell an eine (negative) Fortbestehensprognose, die zu den Charakteristika einer insolvenzrechtlichen Überschuldung zählt: in beiden Fällen wird nämlich eine Zukunftsprognose über die Sanierung des betroffenen Unternehmens mittels Restrukturierungs- bzw Sanierungsmaßnahmen außerhalb der Insolvenz bzw außerhalb einer Abwicklung angestellt, die bei positiver Bewertung das Vorliegen eines Insolvenzgrunds (dh der Überschuldung) bzw der Abwicklungsvoraussetzungen beseitigt.

Man könnte daher in §§ 49 Abs 1 iVm 51 Abs 1 BaSAG eine Regelung sehen, die das Konzept der insolvenzrechtlichen Überschuldung, einschließlich das Element der Fortbestehensprognose, speziell zugeschnitten auf Fälle der Bankensanierung und -abwicklung abbildet. Die terminologischen Unterschiede zur IO können dabei auf die Vorgaben der BRRD, das Zusatzerfordernis des öffentlichen Interesses (Z 3 leg cit) eben auf den Spezialfall der betroffenen Rechtsträger (insb Bank) und deren volkswirtschaftlicher Bedeutung zurückgeführt werden.<sup>897</sup>

---

<sup>895</sup> S näher zum Spezialitätsgrundsatz als Anwendungsfall der systematischen Auslegung *Kodek* in *Rummel/Lukas* § 6 ABGB Rz 170.

<sup>896</sup> *Reisenhofer/Galostian Fard/Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, 8-2-2.

<sup>897</sup> Vgl zur Gleichwertigkeit der Voraussetzungen eines Konkursverfahrens und eines Abwicklungsverfahrens insb *Kalss*, ASoK 2018, 42 (43).

Ausgehend von dieser Sichtweise könnte argumentiert werden, dass das BaSAG spezielle Bestimmungen für den Fall der insolvenzrechtlichen Überschuldung einer Bank vorsieht, die als *leges speciales* zu § 67 IO zu bewerten sind. Dies hätte zur Folge, dass § 67 IO hinsichtlich der im BaSAG geregelten „Bad Banks“ aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes<sup>898</sup> verdrängt wird. In diesem Fall käme es also zur Unanwendbarkeit von § 67 IO auch für Abbaugesellschaften und Abbaueinheiten iSd BaSAG, ohne dass es einer Sonderregelung im BaSAG bedürfte.

Dass im GSA, im Unterschied zum BaSAG, zur Unanwendbarkeit des § 67 IO eine eigene, ausdrückliche Regelung getroffen wurde steht mit diesem Auslegungsergebnis zunächst nicht im Widerspruch, denn das GSA enthält seinerseits keine Bestimmungen, die ähnlich wie §§ 49 ff BaSAG gelagert sind und potenziell § 67 IO (als *leges speciales*) verdrängen könnten. Die Regel des § 162 Abs 6 BaSAG, wonach (ua) auf die Abbaueinheit iSd GSA die im 4. Teil des BaSAG geregelten Befugnisse und Instrumente (und somit auch §§ 49 ff BaSAG) anwendbar sind, trat erst zeitlich nach dem Inkrafttreten des GSA in Kraft.

Entgegengehalten werden könnte diesem Auslegungsergebnis allerdings, dass die Regelungen der §§ 49 ff BaSAG einerseits und die Geltung des Insolvenzgrunds der Überschuldung andererseits nicht zwingend miteinander unvereinbar sind. Selbst, wenn die Überschuldung iSd § 67 IO ein beachtlicher Insolvenzgrund wäre, würde sie nämlich nicht *per se* zu einer Insolvenzantragspflicht bzw einer Insolvenzeröffnung führen (vgl § 84 Abs 8a BaSAG, *arg „kann“*)<sup>899</sup>. Daher ergäbe sich für ein behördliches Vorgehen nach dem BaSAG, etwa im Wege von Abwicklungsmaßnahmen im Rahmen der genannten Voraussetzungen nach § 49 BaSAG, aus der Anwendbarkeit des § 67 IO kein Hindernis. Vor diesem Hintergrund muss die Heranziehung der *lex specialis*-Regel allerdings verneint werden, weil sie die Unvereinbarkeit der Rechtsfolgen der betreffenden Bestimmungen voraussetzt<sup>900</sup>.

Weiters ist die Abbaueinheit iSd BaSAG kein Institut oder Unternehmen iSd § 1 Abs 1 BaSAG, weshalb die §§ 49 ff auf sie nicht zur Anwendung kommen.<sup>901</sup> Daher wären die vorstehenden

---

<sup>898</sup> S näher bspw Schauer in Kletečka/Schauer § 6 Rz 12.

<sup>899</sup> S im Detail 2.4.2 unten.

<sup>900</sup> Kodek in Rummel/Lukas § 6 ABGB Rz 170.

<sup>901</sup> S im Detail 2.3.3(e)(ii) unten.

systematischen Überlegungen und die Verdrängung des § 67 IO aufgrund der *lex specialis*-Regel, wenn überhaupt, ohnehin nur für die Abbaugesellschaft von Relevanz.

Dass der Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 67 IO aufgrund spezieller Regelungen des BaSAG hinsichtlich der Abbaueinheit iSd BaSAG und der Abbaugesellschaften verdrängt wird, ist also mangels Anwendbarkeit der *lex specialis*-Regel im konkreten Fall zu verneinen.

(C) Relevanz der insolvenzrechtlichen Überschuldung bei der Abbaueinheit iSd GSA und „Bad Banks“ im Allgemeinen

Weshalb der Insolvenzgrund der Überschuldung iSd § 67 IO bei der legislativen Ausgestaltung der Abbaueinheit iSd GSA (und etwa nicht bei den anderen „Bad Banks“) ausgeschlossen wurde, lassen GSA und BaSAG, sowie die dazugehörigen Materialien unbeantwortet.<sup>902</sup>

(I) VfGH zu § 7 GSA

Aufschlüsse betr den Zweck der Regelung des § 7 GSA können aber aus der E des VfGH über einen Antrag auf Gesetzesaufhebung gewonnen werden. Der VfGH ist hierin einem Antrag auf Aufhebung des § 7 GSA nicht gefolgt und hat dabei insb auf den besonderen gesetzlichen Auftrag der Abbaueinheit iSd GSA hingewiesen, nämlich den Portfolioabbau<sup>903</sup>; dieser erfordere für die Abbaueinheit iSd GSA „geradezu funktionsbedingt“, dass der Insolvenztatbestand der Überschuldung für sie nicht gilt.<sup>904</sup>

Dieser Gedanke könnte, zumindest auf den ersten Blick, problemlos auf die verbleibenden „Bad Banks“ übertragen werden, da diese weitestgehend denselben gesetzlichen Auftrag haben, wie die Abbaueinheit iSd GSA (vgl §§ 3 Abs 1 und 3 GSA bzw 84 Abs 1 und 162 Abs 1 BaSAG)<sup>905</sup>. Ausdrücklich lässt sich diese Schlussfolgerung der gegenständlichen E nicht entnehmen.

Bemerkenswert ist allerdings, dass der VfGH in seinen Ausführungen zu § 7 GSA nicht auf die Thematik der bei „Bad Banks“, einschließlich der Abbaueinheit iSd GSA, eingeschränkten

---

<sup>902</sup> Vgl zum GSA ErläutRV 178 BlgNR 25. GP; vgl zum BaSAG ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16).

<sup>903</sup> S im Detail 1.2.2(d) oben.

<sup>904</sup> VfGH 03.07.2015, G239/2014 = *Retter*, wbl 2015, 601 (606).

<sup>905</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes (§ 7 Abs 1 Satz 1 GSA) eingeht<sup>906</sup>. Auch bei Vorliegen eines (für die Abbaueinheit iSd GSA beachtlichen) Insolvenzgrundes könnte nämlich ein Insolvenzantrag bzw -verfahren unterbleiben, sofern die Umstände des Einzelfalls dies erfordern; die generelle Unanwendbarkeit eines spezifischen Insolvenzgrundes ist daher tatsächlich nicht „funktionsbedingt“ notwendig, da sie ohnehin nicht jedenfalls zu einem Insolvenzverfahren führen würde.

Die für dieses Gegenargument grundlegende Rechtsansicht, wonach bei „Bad Banks“ die Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen eines (beachtlichen) Insolvenzgrundes eingeschränkt ist<sup>907</sup>, wurde zwar in der Rsp noch nicht thematisiert und es kann sohin nicht ausgeschlossen werden, dass der VfGH diesbezüglich zu einem anderen als dem hierin vertretenen Ergebnis gelangt wäre; dennoch ist die Einschätzung des VfGH, die Unanwendbarkeit von § 67 IO auf die Abbaueinheit iSd GSA sei funktionsbedingt erforderlich, zumindest in dieser Allgemeinheit zu hinterfragen und lässt sich damit auch nicht ohne Weiteres auf die weiteren „Bad Banks“ übertragen.

(II) Zweck des Insolvenzgrundes der Überschuldung iSd § 67 IO an sich

Zweck des Insolvenzgrundes der Überschuldung nach § 67 IO ist die zeitliche Vorverlegung des Insolvenzeröffnungszeitpunkts im Interesse der Gläubiger und der Sanierungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens. Es wird dabei auf Schuldner abgezielt, mit deren wirtschaftlichen Zusammenbruch künftig zu rechnen ist. Zusammen mit der in grundsätzlich in der IO vorgesehenen Insolvenzantragstellungspflicht bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes (§ 69 IO)<sup>908</sup> soll verhindert werden, dass (künftig) insolvente Rechtsträger mit der Insolvenzantragstellung zuwarten, bis das Aktivvermögen verbraucht ist und Zahlungsunfähigkeit eintritt. Individuelle Elemente, die eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners bewirken können und dazu führen, dass die vorliegende (rechnerische) Überschuldung noch keine Gefährdung der

---

<sup>906</sup> S im Detail 2.4.2(b) unten.

<sup>907</sup> S im Detail 2.4.2 unten.

<sup>908</sup> S zur Insolvenzantragspflicht bei „Bad Banks“ im Detail 2.4.2(b) unten.

Gläubigerrechte bedeutet, werden berücksichtigt indem eine positive Fortbestehensprognose die (insolvenzrechtliche) Überschuldung beseitigt.<sup>909</sup>

Unter Berücksichtigung der Regelung, dass ein Insolvenzantrag bei „Bad Banks“ nur einzelfallabhängig zu stellen ist<sup>910</sup>, lassen sich diese Ziele auch auf „Bad Banks“ übertragen: angesichts der Aufgabe der „Bad Banks“, als nachteilige befundene Vermögenswerte abzubauen<sup>911</sup>, erscheint ein Überschuldungsszenario iSd § 67 IO durchaus denkbar. In einem derartigen Szenario gelten die oberhalb aufgezählten gesetzgeberischen Ziele des § 67 IO durchaus auch für „Bad Banks“ – lediglich mit der Einschränkung, dass ein Insolvenzverfahren dann nicht zu eröffnen bzw zu beantragen ist, wenn die Sonderregelungen für „Bad Banks“ (insb die Regelungen des BaSAG) einen zweckmäßigeren, konkret sinnvolleren und somit insgesamt besseren Umgang mit dem vorliegenden Überschuldungsszenario bieten. Diese Interessenabwägung kommt bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes der Abwicklungsbehörde zu<sup>912</sup>.

Auf Grundlage dieser Erwägungen lässt sich festhalten, dass die Beachtlichkeit des § 67 IO bei „Bad Banks“ den Ermessensspielraum der Abwicklungsbehörde vergrößern und ihr zusätzliche Handlungsoptionen verleihen würde, was mit Blick auf das diesbezüglich pflichtgebundene Ermessen der Abwicklungsbehörde<sup>913</sup> sinnvoll erscheint. Zugleich führt eine Beachtlichkeit des Insolvenzgrundes der Überschuldung bei genauerer Betrachtung gerade nicht dazu, dass die „Bad Bank“ (wie vom VfGH indiziert)<sup>914</sup> hinsichtlich ihrer Aufgaben funktionsunfähig wäre oder im Einzelfall unzumutbare Insolvenzverfahren eröffnet oder beantragt werden müssten.

Vor diesem Hintergrund erscheint im Übrigen die Regelung des § 7 Abs 1 Satz 1 GSA, wonach § 67 IO bei Abbaueinheiten iSd GSA generell unbeachtlich ist, nicht sinnvoll. Es besteht aber die Möglichkeit, dass diese Regelung auf die (wirtschaftlichen) Einzelfallumstände der HETA (bzw

---

<sup>909</sup> Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer § 67 Rz 4 ff.

<sup>910</sup> S 2.4.2(b) unten.

<sup>911</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

<sup>912</sup> S 2.4.2(b) unten.

<sup>913</sup> S 2.4.2(b) unten.

<sup>914</sup> S 2.4.1(c)(ii)(C)(I) unmittelbar oberhalb.



HBInt) Bedacht nimmt, die im Zuge dieser Arbeit nicht eingesehen werden konnten und aus denen sich etwa eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Abbaueinheit iSd GSA (bereits) im Zeitpunkt deren Entstehung ergeben könnte.

(iii) Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse und Fazit

Während das GSA ausdrücklich die Unbeachtlichkeit des Insolvenzgrunds der Überschuldung iSd § 67 IO für die Abbaueinheit iSd GSA regelt<sup>915</sup>, fehlt eine derartige Regelung für die Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd BaSAG<sup>916</sup>.

Eine systematische und historische Betrachtung hat gezeigt, dass der Gesetzgeber die entsprechende Regelung des GSA wohl bewusst (und nicht planwidrig) nicht in das BaSAG übernommen hat, was für die Anwendbarkeit des Insolvenzgrundes der Überschuldung für Abbaueinheit iSd BaSAG und Abbaugesellschaft spricht; andererseits beinhaltet das BaSAG, anders als das GSA, Regelungen, (insb § 49 BaSAG), die an ähnliche Tatbestandselemente anknüpfen, wie eine insolvenzrechtliche Überschuldung und als *leges speciales* die Bestimmung des § 67 IO verdrängen könnten. Diese Regelungen des BaSAG sind mit der Anwendbarkeit des Insolvenzgrundes der Überschuldung aber nicht notwendigerweise unvereinbar, weshalb die Anwendung des Spezialitätsgrundsatz nicht in Betracht kommt. Die genannten Spezialregeln des BaSAG gelten außerdem jedenfalls nicht für die Abbaueinheit iSd BaSAG.

Eine teleologische Auslegung spricht ebenso für die Anwendbarkeit von § 67 IO bei der Abbaugesellschaft und der Abbaueinheit iSd BaSAG, da bei paralleler Geltung der Regelungen des BaSAG und des Insolvenzgrundes der Überschuldung der Handlungsspielraum der Abwicklungsbehörde, den sie pflichtgebunden zu nützen hat, erweitert und dadurch die aufsichtsbehördlichen Handlungsoptionen zum bestmöglichen Umgang mit dem individuellen Sachverhalt vergrößert würden.<sup>917</sup>

Dass der VfGH die Unbeachtlichkeit des Insolvenzgrundes der Überschuldung für die Abbaueinheit iSd GSA aufgrund deren Tätigkeit für funktionsnotwendig hält, spricht zwar, angesichts der

---

<sup>915</sup> S im Detail 2.4.1(b) oben.

<sup>916</sup> S im Detail 2.4.1(c) oben.

<sup>917</sup> S im Detail 2.4.1(c)(ii)(C)(II) oben.

ähnlichen Tätigkeit aller „Bad Banks“ *prima vista* für die Allgemeingültigkeit dieser Aussage und damit für die Unbeachtlichkeit des Insolvenzgrunds der Überschuldung für sämtliche „Bad Banks“; allerdings ist diese Ansicht des VfGH in Hinblick auf die konkrete Fragestellung nicht ausreichend begründet, lässt womöglich einige Aspekte (zB die einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht bei „Bad Banks“) nicht in die Beurteilung miteinfließen und lässt sich daher nicht auf die anderen „Bad Banks“ übertragen.<sup>918</sup>

Zusammenfassend ist daher die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung für Abbaugesellschaften und Abbaueinheiten iSd BaSAG (anders als bei der Abbaueinheit iSd GSA) beachtlich ist.

Dieses Ergebnis fügt sich im Übrigen nahtlos und plausibel in die nachfolgenden Ausführungen zur Insolvenzantragspflicht bei „Bad Banks“<sup>919</sup> ein.

#### 2.4.2 Insolvenzantragslegitimation, Antragspflicht und Haftung

##### (a) Antragslegitimation und Mitwirkungspflichten

Die Legitimation zur Stellung eines Antrags auf Insolvenzeröffnung kommt nach den allgemeinen Regelungen der IO (nur) dem Insolvenzschuldner und dessen (Insolvenz-)Gläubigern<sup>920</sup> zu (§§ 69 f IO). Für „Bad Banks“ ergeben sich hierbei aus unterschiedlichen Regelungsquellen Besonderheiten.

Für Kreditinstitute gilt gem § 73 Abs 1 Z 6 BWG, dass diese nicht selbst zur Insolvenzantragstellung berechtigt und verpflichtet sind<sup>921</sup>, sondern eine Insolvenz der FMA anzuzeigen haben.<sup>922</sup> Die Regelung des § 73 Abs 1 Z 6 BWG<sup>923</sup> ist für sämtliche „Bad Banks“ –

---

<sup>918</sup> S im Detail 2.4.1(c)(ii)(C)(I) oben.

<sup>919</sup> S 2.4.2 unmittelbar unterhalb.

<sup>920</sup> Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer § 70 Rz 24.

<sup>921</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, § 69 Rz 128.

<sup>922</sup> Vgl Boos/Fischer/Schulte-Mattler, § 46b KWG Rn 20 zur gleichlaufenden Regelung in Deutschland gem § 46b dKWG.

<sup>923</sup> S zu dieser Bestimmung bereits iZm der Geltung des Insolvenzgrunds der Überschuldung in 2.4.1 oben.

allenfalls eingeschränkt auf die für sie jeweils beachtlichen Insolvenzgründe (vgl § 3 Abs 4 GSA)<sup>924</sup> – anwendbar (§§ 3 Abs 4 GSA, 84 Abs 2 BaSAG).<sup>925</sup>

Weiters kann bei Kreditinstituten ein Antrag auf Insolvenzeröffnung gem § 82 Abs 3 BWG nur von der FMA gestellt werden.<sup>926</sup> Wenngleich diese Regelung für „Bad Banks“ *nicht* gilt (§§ 3 Abs 4 GSA, 84 Abs 2 BaSAG)<sup>927</sup>, sehen § 7 Abs 1 GSA (für die Abbaueinheit iSd GSA) sowie § 84 Abs 8a BaSAG (für die Abbaueinheit iSd BaSAG und iVm § 162 Abs 1 Satz 2 BaSAG für Abbaugesellschaften) hinsichtlich „Bad Banks“ Ähnliches vor: ein Antrag auf Insolvenzeröffnung über das Vermögen von „Bad Banks“ kann jeweils nur von der Abwicklungsbehörde (also der FMA<sup>928</sup>) gestellt werden. Dass Gläubiger der „Bad Bank“ nicht antragslegitimiert sind, lässt sich dabei insb dadurch begründen, dass Gläubiger etwaige Sanierungsversuche nicht durch Insolvenzanträge verhindern sollen können.<sup>929</sup>

Damit sind alle in „regulären“ Insolvenzverfahren zur Stellung eines Insolvenzantrags legitimierten Parteien bei „Bad Banks“ gerade *nicht* antragslegitimiert. Stattdessen ist die Befugnis zur Antragstellung bei einer dritten Partei, der Abwicklungsbehörde, gebündelt, die ihrerseits in regulären Insolvenzverfahren *per se* gerade nicht antragslegitimiert wäre.

Gem §§ 7 Abs 1 GSA bzw 84 Abs 8a BaSAG gilt für die Geschäftsleiter der jeweiligen „Bad Banks“ gegenüber der Abwicklungsbehörde eine Vorbereitungs- und Mitwirkungspflicht hinsichtlich der Stellung des Insolvenzantrags.<sup>930</sup>

---

<sup>924</sup> S im Detail 2.4.1 oben.

<sup>925</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

<sup>926</sup> Vgl *Freis-Janik* in *Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried*, Abschnitt Bankaufsichtsrecht Rz 2.41 sowie *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 46b Rn 26 zur gleichlaufenden Regelung in Deutschland gem § 46b Abs 1 Satz 1 dKWG; s auch *Bauer/Hildner*, DZWIR 2015, 251 (261) zum Zusammenspiel von § 46b dKWG mit dem dSAG, insb § 116 dSAG.

<sup>927</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

<sup>928</sup> S § 3 Abs 1 BaSAG.

<sup>929</sup> *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.X. Rn 33.

<sup>930</sup> ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (15).

(b) Pflicht zur Antragstellung und Haftung

(i) Ausgangspunkt: Antragspflicht und Haftung organschaftlicher Vertreter nach § 69 IO

Gem § 69 Abs 2 bis 3 IO sind grundsätzlich organschaftliche Vertreter juristischer Personen bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet; der Antrag ist ohne schuldhaftes Zögern, längstens aber 60 Tage nach Eintritt des Insolvenzgrundes zu stellen.<sup>931</sup>

Eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht kann einen Sorgfaltsverstoß des betreffenden Vertreters gegenüber der von ihm vertretenen juristischen Person darstellen, wodurch eine Haftung des organschaftlichen Vertreters gegenüber der juristischen Person für den im Verschleppungszeitraum entstandenen Verlust ausgelöst werden kann. Ferner kann der juristischen Person ein Ersatzanspruch für nach Eintritt der Insolvenz geleistete sorgfaltswidrige Zahlungen gebühren (§§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, 84 Abs 3 Z 6 AktG).<sup>932</sup> Gegenüber (Alt-)Gläubigern der juristischen Person kann die Verletzung der Insolvenzantragspflicht zur Haftung für den sog „Quotenschaden“ führen, worunter der in der schlechteren Insolvenzquote liegende Schaden verstanden wird, der durch die Insolvenzverschleppung entstanden ist.<sup>933</sup> Neugläubiger sind so zu stellen, als hätten sie mit der juristischen Person nicht mehr kontrahiert (Vertrauensschaden).<sup>934</sup>

Da die organschaftlichen Vertreter (bzw Geschäftsleiter) der „Bad Banks“ allerdings nicht zur Antragstellung legitimiert sind und stattdessen nur die Abwicklungsbehörde einen Insolvenzantrag stellen kann<sup>935</sup>, ist fraglich, ob, für wen und in welchem Ausmaß die Insolvenzantragspflicht und die damit verbundene Haftung bei „Bad Banks“ gelten kann.

Mit Blick auf die unterschiedliche Terminologie im BaSAG (Geschäftsleiter) und der IO (organschaftliche Vertreter) ist an dieser Stelle klarzustellen, dass der Geschäftsleiterbegriff des

---

<sup>931</sup> S im Detail *Dellinger in Konecny/Schubert*, § 69 KO Rz 12 ff bzw *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* § 69 Rz 25 ff.

<sup>932</sup> S näher *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* § 69 Rz 85 ff.

<sup>933</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, § 69 KO Rz 70 bzw 73 f; *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* § 69 Rz 72 ff.

<sup>934</sup> *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* § 69 Rz 77 ff.

<sup>935</sup> S 2.4.2(a) unmittelbar oberhalb.

BaSAG Geschäftsleiter iSd § 2 Z 1 BWG meint (§ 2 Z 25 BaSAG). Geschäftsleiter iSd § 2 Z 1 BWG sind insb gesetzlich zur Geschäftsführung und organschaftlichen Vertretung vorgesehene Personen (§ 2 Z 1 lit a BWG). Somit umfasst der Begriff der organschaftlichen Vertreter iSd § 69 IO die Geschäftsleiter iSd BaSAG und eine weitere Differenzierung zwischen diesen Begriffen ist im gegebenen Kontext nicht erforderlich. Das GSA beinhaltet zwar keine Definition des Geschäftsleiterbegriffs, auch hier ist aber auch aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit dem BWG auf die Begriffsdefinition des § 2 Z 1 BWG abzustellen.

(ii) Entfall der Antragspflicht und Haftung bei Geschäftsleitern von „Bad Banks“

Da die Geschäftsleiter einer „Bad Bank“ jeweils nicht zur Stellung eines Insolvenzantrags legitimiert sind<sup>936</sup>, kann für sie weder eine Antragspflicht noch eine daran knüpfende Haftung in Frage kommen.<sup>937</sup> Dieses Ergebnis wird auch bei Kreditinstituten aus § 73 Abs 1 Z 6 BWG abgeleitet<sup>938</sup>, der, wie bereits dargestellt, auch für „Bad Banks“ gilt<sup>939</sup>.

Eine Haftung gegenüber der „Bad Bank“ (also der womöglich insolventen juristischen Person) oder Gläubigern der „Bad Bank“ kann darüber hinaus nicht aus der in §§ 7 Abs 1 GSA, 84 Abs 8a BaSAG normierten Mitwirkungs- und Vorbereitungspflicht der Geschäftsleiter<sup>940</sup> abgeleitet werden, da diese Verpflichtung ausdrücklich nur gegenüber der Abwicklungsbehörde (FMA) gilt.

Obwohl sich der Anwendungsbereich der IO grundsätzlich auch auf „Bad Banks“ erstreckt<sup>941</sup>, wird daher § 69 IO insofern von den Bestimmungen des GSA und des BaSAG (als *leges speciales*)

---

<sup>936</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>937</sup> Vgl auch *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* § 69 Rz 36 worin impliziert wird, dass Geschäftsführer einer GmbH bei Widerruf ihrer Geschäftsführerbestellung sofort die Antragslegitimation verlieren und somit nicht mehr Adressat der Antragspflicht sind.

<sup>938</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 128.

<sup>939</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>940</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>941</sup> S 2.4.2(a) oben.

sowie § 73 Abs 1 Z 6 BWG<sup>942</sup> überlagert, als eine Antragspflicht und eine damit verbundene Haftung der Geschäftsleiter von „Bad Banks“ ausscheidet.

Wie im weiteren Verlauf dieses Kapitels genauer dargestellt wird, sollen Insolvenzgründe bei „Bad Banks“ nicht „automatisch“ – wie dies bei „herkömmlichen“ Gesellschaften nach dem Konzept der der IO vorgesehen ist – zu einem Insolvenzverfahren führen, sondern legitimiert die Abwicklungsbehörde, in ihrem (pflichtgebundenen) Ermessen einen Insolvenzantrag zu stellen oder davon abzusehen.<sup>943</sup> Auch vor diesem Hintergrund scheint eine Haftung der Geschäftsleiter der „Bad Banks“ für Verstöße gegen die Antragspflicht für ausgeschlossen, da sie somit letztlich für die (pflichtgemäße) Ermessensausübung der Abwicklungsbehörde eintreten müssten.

### (iii) Antragspflicht der Abwicklungsbehörde?

Vor dem Hintergrund des Insolvenzantragstellungsmonopols der Abwicklungsbehörde (FMA)<sup>944</sup> stellt sich die Frage, ob die Abwicklungsbehörde nicht nur die Befugnis, sondern auch eine Pflicht zur Insolvenzantragstellung (allenfalls nach dem Modell des § 69 IO)<sup>945</sup> zukommt.

Die bisherigen Ausführungen haben zwar gezeigt, dass die in § 69 IO normierte Antragstellungspflicht nicht für organschaftliche Vertreter bzw Geschäftsleiter von „Bad Banks“ gelten kann<sup>946</sup>; die Antragstellungspflicht könnte aber denkmöglich – etwa aufgrund deren alleiniger Legitimation zur Antragstellung im Wege einer Analogie zu § 69 IO – auf die Abwicklungsbehörde übergehen, oder sich möglicherweise aus anderen rechtlichen Grundlagen ableiten lassen. Denkbar ist alternativ, dass eine Antragstellungspflicht bei „Bad Banks“ aufgrund ihrer Sonderstellung und des speziellen Abwicklungsregimes im BaSAG generell nicht besteht. Diese Frage wird nachstehend eingehend untersucht, wobei zunächst auf die Anwendbarkeit von § 69 IO und in einem zweiten Schritt auf andere Rechtsgrundlagen eingegangen wird.

---

<sup>942</sup> *Anm:* Die Anzeigepflichten des § 73 BWG sind (unmittelbar) an Kreditinstitute und nicht deren Geschäftsleiter oder andere Organe des Kreditinstituts adressiert. Unterlassene Anzeigen unterliegen den Verwaltungsstrafandrohungen des BWG, S. Johler/Waldherr in *Dellinger* § 73 Rz 6 f.

<sup>943</sup> S. im Detail 2.4.2(b)(iii) unten.

<sup>944</sup> S. insb. 2.4.2(a) oben.

<sup>945</sup> S. 2.4.2(b) oben,

<sup>946</sup> S. 2.4.2(b)(ii) oben.

(A) Antragspflicht nach § 69 IO (*per analogiam*)?

(I) Methodik: Auslegung / Analogieschluss

Zwar ordnen §§ 7 Abs 1 GSA und 84 Abs 8a BaSAG an, dass die Abwicklungsbehörde einen Insolvenzantrag in Hinblick auf die jeweilige „Bad Bank“ stellen *kann*, allerdings besteht keine ausdrückliche (der Bestimmung des § 69 IO nachgebildete) *Antragspflicht*.

Für die allfällige Herleitung einer Antragspflicht ist aus methodischer Sicht zuerst zu fragen, ob bestehende Bestimmungen (im Wege der Auslegung) bereits aus sich heraus eine Antragspflicht der Abwicklungsbehörde begründen. Falls dies verneint wird, kann eine Antragspflicht der Abwicklungsbehörde allenfalls – bei Vorliegen einer planwidrigen Lücke<sup>947</sup> – über einen Analogieschluss<sup>948</sup> begründet werden.<sup>949</sup>

(II) Verweis auf § 70 IO als Indiz gegen Antragspflicht?

Wie oben beschrieben<sup>950</sup>, sieht der (für „Bad Banks“ nicht anwendbare)<sup>951</sup> § 82 Abs 3 BWG vor, dass nur die FMA einen Insolvenzantrag für Kreditinstitute stellen kann. Verwiesen wird darin auf § 70 IO, der von Gläubigern gestellte Insolvenzanträge behandelt.

Aus diesem Verweis wird abgeleitet, dass für einen Insolvenzantrag der FMA nach § 82 Abs 3 BWG die Regeln für Gläubigeranträge anwendbar sind.<sup>952</sup> Auf dieser Grundlage könnte zunächst die (in § 70 bzw bei Gläubigeranträgen nicht vorgesehene) Haftung der FMA für Insolvenzverschleppung bei Insolvenzanträgen nach § 82 Abs 3 BWG ausgeschlossen werden.

Da sowohl GSA als auch BaSAG eine Regelung beinhalten, die an § 82 Abs 3 BWG angelehnt die Insolvenzantragslegitimation zur Abwicklungsbehörde (also *de facto* zur FMA) verlagert, kann argumentiert werden, dass in Hinblick auf Insolvenzanträge der Abwicklungsbehörde für „Bad

---

<sup>947</sup> Kodek in Rummel/Lukas § 6 Rz 51.

<sup>948</sup> Vgl zur entsprechenden Abgrenzung zwischen Auslegung und Analogie Schauer in Kletečka/Schauer § 6 Rz 4.

<sup>949</sup> S weiterführend zur Methodik bspw Kodek in Rummel/Lukas § 7 Rz 36.

<sup>950</sup> S 2.4.2(b) oben.

<sup>951</sup> S im Detail 2.3.3(a) oben.

<sup>952</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, § 69 KO Rz 131.

Banks“ die Überlegungen zu § 82 Abs 3 BWG gleichermaßen gelten und damit eine Haftung der Abwicklungsbehörde hinsichtlich Insolvenzanträgen für „Bad Banks“ nicht in Frage kommt.

Gegen diese Auslegungsvariante könnte allerdings eingewendet werden, dass die Stellung der FMA als Abwicklungsbehörde gegenüber „Bad Banks“ eine signifikant andere ist, als die Stellung der FMA als Aufsichtsbehörde gegenüber regulären Kreditinstituten iSd BWG<sup>953</sup>.

Zudem beinhalten die einschlägigen Regelungen des GSA bzw BaSAG (§§ 7 Abs 1 GSA bzw 84 Abs 8a BaSAG) keinen Verweis auf § 70 IO und die Bestimmung des § 82 Abs 3 BWG, die ebendiesen Verweis beinhaltet, ist für „Bad Banks“ gerade nicht anwendbar (§§ 3 Abs 4 GSA, 84 Abs 2 BaSAG)<sup>954</sup>. Hierbei könnte bewusst vom Regelungsvorbild des § 82 Abs 3 BWG abgewichen worden sein.

Außerdem wird in der Lit vertreten, dass der in § 82 Abs 3 BWG enthaltene Verweis auf § 70 IO lediglich die formale Stellung der FMA bei Insolvenzantragstellung betrifft (etwa in Hinblick auf die Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes) und damit einer Antragspflicht für sich genommen nicht entgegensteht.<sup>955</sup>

Auf Grundlage des in § 82 Abs 3 BWG enthaltenen Verweises auf § 70 IO kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Abwicklungsbehörde eine Insolvenzantragspflicht in Hinblick auf „Bad Banks“ treffen kann.

### (III) Die Abwicklungsbehörde als „organschaftlicher Vertreter“ iSd § 69 Abs 3 IO?

„Bad Banks“ stehen unter signifikanter Kontrolle der Abwicklungsbehörde (vgl §§ 8 GSA, 83 Abs 2 BaSAG). Dies lässt sich insb anhand der Regelungen zur Abbaueinheit iSd BaSAG illustrieren, die aufgrund gesellschaftsrechtlicher oder vertraglicher Einflussmöglichkeiten oder einer Anordnung nach § 67 BaSAG ausschließlich von der Abwicklungsbehörde gesteuert wird (§ 83 Abs 2 Z 2 BaSAG)<sup>956</sup>. Im Zuge einer solchen Anordnung nach § 67 BaSAG kann die

---

<sup>953</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(A)(III) unmittelbar unterhalb.

<sup>954</sup> S im Detail in 2.3.3(a) oben.

<sup>955</sup> *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 14 ff;

<sup>956</sup> S im Detail 1.2.4(b)(i)(I) oben.



Abwicklungsbehörde die Abbaueinheit iSd BaSAG etwa „mit allen Befugnissen [ihrer] Anteilseigner und der Geschäftsleiter“ betreiben und diese Befugnisse selbst ausüben (§ 67 Abs 1 BaSAG). Da die Befugnisse des 4. Teils des BaSAG auch für die Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd GSA anwendbar sind (§ 162 Abs 6 BaSAG)<sup>957</sup>, kommt der Abwicklungsbehörde eine derartige Anordnungsbefugnis nicht nur bei der Abbaueinheit iSd BaSAG, sondern bei allen „Bad Banks“ zu.

Diesen Befugnissen der Abwicklungsbehörde ist § 69 IO gegenüberzustellen; § 69 IO regelt die Insolvenzantragspflicht für organschaftliche Vertreter juristischer Personen und bildet die Rechtsgrundlage der daraus resultierenden Haftung.<sup>958</sup> Die Bestimmung bezieht sich dabei bei juristischen Personen ausschließlich auf deren organschaftliche Vertreter (§ 69 Abs 3 IO). Dies scheint *prima facie* darauf hinzuweisen, dass Normadressaten bei GmbHs lediglich Geschäftsführer und bei AG lediglich Vorstandsmitglieder sind<sup>959</sup> und somit eine Antragspflicht weiterer Personen nicht (vom äußersten Wortsinn der Norm)<sup>960</sup> umfasst wäre.<sup>961</sup>

Auf Grundlage der oben dargestellten Steuerungs-, bzw Kontrollkompetenzen der Abwicklungsbehörde über die „Bad Banks“ kann aber erwogen werden, § 69 IO (in systematischer Zusammenschau mit dem BaSAG und aus teleologischem Blickwinkel) derart auszulegen, dass die Abwicklungsbehörde unter den Begriff des „organschaftlichen Vertreters“ iSd § 69 Abs 3 IO zu subsumieren ist, da sie die Befugnisse der organschaftlichen Vertreter bei „Bad Banks“ ausüben bzw an sich ziehen kann. Dies müsste umso mehr in Fällen gelten, in denen die Abwicklungsbehörde tatsächlich von einer Anordnung nach § 67 Abs 1 BaSAG Gebrauch macht, wobei eine tatsächliche Anordnung nach § 67 Abs 1 BaSAG kein zwingendes Erfordernis sein kann; denn nach der zu § 69 IO ergangenen Rsp lässt etwa auch eine bestehende Geschäftsverteilung zwischen organschaftlichen Vertretern die Insolvenzantragspflicht aller

---

<sup>957</sup> S 2.3.3(e) oben.

<sup>958</sup> S im Detail 2.4.2(b) oben.

<sup>959</sup> Dellinger in Konecny/Schubert § 69 KO Rz 36.

<sup>960</sup> S FN 948.

<sup>961</sup> Vgl aber die für sog „faktische Geschäftsführer“ vertretene Einwirkungspflicht auf die formelle Geschäftsführung, Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer § 69 Rz 40 ff.

Mitglieder des Vertretungsorgans unberührt<sup>962</sup> – daran ist zu erkennen, dass es auf die Befugnisse (dh das „Können“) und nicht auf deren tatsächliche Ausübung oder eine spezifische (interne) Zuweisung in den Kompetenzbereich einer dazu befugten Person ankommt. Eine solche Befugnis kommt der Abwicklungsbehörde in Hinblick auf die Befugnisse der organschaftlichen Vertreter der „Bad Banks“ nach §§ 67 Abs 1 iVm 83 Abs 2 Z 2 bzw 162 Abs 6 BaSAG bei sämtlichen „Bad Banks“ zu.

Allerdings stellt die hM durchaus (auch) auf an die formale Stellung als organschaftliches Vertretungsorgan ab;<sup>963</sup> so trifft etwa Prokuristen (trotz deren Vertretungsbefugnisse) keine Antragspflicht. Dies wird allerdings mitunter auf deren in der Praxis oft geringe Entscheidungsbefugnisse zurückgeführt<sup>964</sup> – ein Argument, das für die Kompetenzen der Abwicklungsbehörde bei „Bad Banks“ nicht ins Treffen geführt werden könnte: ohne signifikante Ausübung der Befugnisse der FMA bzw Abwicklungsbehörde wäre die „Bad Bank“ ja nicht einmal entstanden.<sup>965</sup>

Folgt man daher dem oberhalb dargelegten Auslegungsansatz, könnte die Abwicklungsbehörde in Hinblick auf „Bad Banks“ als deren organschaftlicher Vertreter iSd § 69 IO qualifiziert werden. Um auf dieser Grundlage allerdings eine Antragspflicht für die Abwicklungsbehörde zu begründen, müsste § 69 IO auf „Bad Banks“ anwendbar sein.

(IV) Anwendbarkeit der Antragspflicht nach § 69 IO (*per analogiam*) bei „Bad Banks“?

Selbst aus dem oberhalb skizzierten Auslegungsergebnis, die Abwicklungsbehörde sei als organschaftlicher Vertreter iSd § 69 Abs 3 IO in Hinblick auf „Bad Banks“ zu qualifizieren<sup>966</sup>, folgt nur eine Antragspflicht der Abwicklungsbehörde, wenn die in § 69 IO normierte Antragspflicht überhaupt für „Bad Banks“ – allenfalls im Wege einer Analogie – gilt.

---

<sup>962</sup> OGH 11. Juli 1979, 3 Ob 622/78; *Dellinger in Konecny/Schubert*, § 69 KO Rz 39.

<sup>963</sup> Vgl etwa *Dellinger in Konecny/Schubert*, § 69 KO Rz 41 f mwN.

<sup>964</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, § 69 KO Rz 41.

<sup>965</sup> Vgl zur Entstehung der „Bad Banks“ 1.2.2(b) oben zur Abbaueinheit iSd GSA, 1.2.3(b) oben zur Abbaugesellschaft bzw 1.2.4(b) oben zur Abbaueinheit iSd BaSAG.

<sup>966</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(III) unmittelbar oberhalb.

Um dies zu beurteilen, ist eine Auslegung der §§ 69 IO bzw §§ 7 Abs 1 GSA bzw 84 Abs 8a BaSAG dahingehend notwendig, ob § 69 IO bei Insolvenzen von „Bad Banks“ gelten soll und dabei (aufgrund des Anwendungsvorrangs der Bestimmungen des BaSAG)<sup>967</sup> nur insoweit einzuschränken ist, als sich die darin statuierte Antragspflicht lediglich auf die Abwicklungsbehörde (als „organschaftlichen Vertreter“) bezieht oder ob das BaSAG eine planwidrige Lücke betr eine Antragspflicht der Abwicklungsbehörde aufweist die durch eine Analogie zur § 69 IO zu befüllen ist.<sup>968</sup>

Zweck der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO ist der Schutz der Insolvenzmasse und damit der Schutz von Befriedigungsaussichten der Gläubiger vor drohenden Verminderungen infolge verspätete Antragstellung.<sup>969</sup> Teilweise wird vertreten, die Antragspflicht ziele ferner darauf ab, insolvente Unternehmen vom Markt zu nehmen, um durch Vertrauen in deren Kreditwürdigkeit entstandene Schäden zu vermeiden.<sup>970</sup>

Diese Zwecke lassen sich nicht vollständig auf „Bad Banks“ übertragen, weshalb eine umfassende Antragspflicht bei „Bad Banks“ nicht zweckmäßig erschiene und somit diesbezüglich auch keine planwidrige Lücke im BaSAG anzunehmen ist. Die Regelungen des BaSAG bzw des GSA, denen die „Bad Banks“ jeweils unterliegen, beinhalten bereits ein für die „Bad Banks“ maßgeschneidertes (und in diesem Sinne „spezielleres“) Regime, das aufgrund volkswirtschaftlicher Überlegungen eine Insolvenz gerade hintanhaltend und ersetzen<sup>971</sup> sowie eine geordnete Abwicklung unter Wahrung der Finanzmarktstabilität gewähren soll<sup>972</sup>. Dabei wird jeweils, wie beim Insolvenzverfahren, von wirtschaftlich in Schieflage geratenen Unternehmen bzw Unternehmen, die in Zukunft wirtschaftlich nicht überlebensfähig sein dürften, ausgegangen

---

<sup>967</sup> S 2.4.2(b)(ii) oben.

<sup>968</sup> Vgl zur Feststellung von Gesetzeslücken etwa *Kodek* in *Rummel/Lukas* § 7 Rz 17; vgl zur teleologischen Reduktion *Kodek* in *Rummel/Lukas* § 7 Rz 61.

<sup>969</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 4.

<sup>970</sup> *Dellinger*, wbl 1996, 173 (175 ff).

<sup>971</sup> S etwa 178 BlgNR 25. GP (2); vgl auch die E OGH 23.1.2019, 1 Ob 201/18t, der zu entnehmen ist, dass das BaSAG bzw dessen Verfahren für abzuwickelnde Institute (zumindest in mancher Hinsicht) einem Insolvenzverfahren gleichzuhalten sind (OGH 23.1.2019, 1 Ob 201/18t = *Kellner/Liebel*, ÖBA 2019, 679); vgl zur Abwägung zwischen Insolvenz und Abwicklungsinstrument nach §§ 82 ff BaSAG insb EBA/GL/2015/05.

<sup>972</sup> S etwa 361 BlgNR 25. GP (1-2).

(vgl die Voraussetzungen für eine Abwicklung in § 49 BaSAG und die Insolvenzgründe in §§ 66 f IO) und ein Rahmen für deren Abwicklung und/oder Sanierung geschaffen. Das BaSAG zieht hierbei sogar einen Vergleich zu regulären Insolvenzverfahren und setzt sich, im Rahmen des „*No creditor worse off*“-Prinzips, zum Ziel, dass kein Gläubiger schlechter zu stellen ist, als in einem regulären Insolvenzverfahren<sup>973</sup> (vgl insb § 53 Abs 1 Z 7 und Art 34 Abs 1 Buchstabe g BRRD, aber auch etwa §§ 48 Abs 2 Z 5, 55 Abs 2 Z 3 und Abs 4, 92 Abs 3, BaSAG). Nennenswert ist diesbezüglich auch der Anspruch von Gläubigern gem § 106 Abs 1 BaSAG, der diese zumindest so stellen soll, wie sie im Falle eines Konkursverfahrens gestanden wären.<sup>974</sup> Dies entspricht auch den im BWG vorgenommenen Wertungen des Gesetzgebers betreffend die Insolvenz von Kreditinstituten, die ein Insolvenzverfahren zwar grundsätzlich ermöglichen aber, angesichts bankenspezifischer, alternativer Vorgehensweisen (etwa Maßnahmen nach dem BaSAG, Geschäftsaufsichtsverfahren nach §§ 81 ff BWG<sup>975</sup>), nicht zwingend vorsehen.<sup>976</sup>

Daran lässt sich erkennen, dass – wie auch bei Kreditinstituten – § 69 IO und die darin normierte Antragspflicht samt diesbezüglicher Haftung bei „Bad Banks“ insgesamt nicht anwendbar ist, weil es an einer planwidrigen Lücke im BaSAG fehlt. Die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens neben einer Sanierung bzw Abwicklung nach den Vorgaben des BaSAG besteht zwar prinzipiell<sup>977</sup>, jedoch ist seine Notwendigkeit in Hinblick auf „Bad Banks“ nicht gleichermaßen ausgeprägt wie bei „herkömmlichen“ Unternehmen, für die kein Sonderregime hinsichtlich ihrer Abwicklung und Sanierung besteht, sodass eine Insolvenzantragspflicht (von wem auch immer) im Format des § 69 IO entfallen kann.

Dieses Ergebnis wird dadurch bekräftigt, dass dieser Ansatz ebenso bei „regulären“ Kreditinstituten vertreten wird<sup>978</sup>, aus denen – je nach Konzept – „Bad

---

<sup>973</sup> S bereits in 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>974</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(C) oben.

<sup>975</sup> S dazu 1.3.3 oben.

<sup>976</sup> Vgl *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 15; *Laurer* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 82 Rz 1; vgl auch *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.III. Rn 27 f.

<sup>977</sup> S 2.4.1 oben, Vgl etwa *Laurer* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka* § 82 Rz 1.

<sup>978</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 14 S bereits unmittelbar oberhalb.

Banks“ hervorgehen<sup>979</sup> oder die Rechtsvorgänger von „Bad Banks“ in Hinblick auf deren Vermögenswerte sein können<sup>980</sup>. Auch tritt § 69 IO und die darin normierte Antragspflicht regelmäßig hinter bestimmte Sonderregelungen zurück (bei Kreditinstituten, Versicherungsunternehmen und Pensionskassen), wobei dies jeweils mit besonderen volkswirtschaftlichen Interessen an diesen Unternehmen begründet wird;<sup>981</sup> dadurch gewinnt das hier vertretene Ergebnis zusätzlich an Plausibilität.

(V) Zwischenergebnis: keine Anwendbarkeit von § 69 IO bei „Bad Banks“

Auf Grundlage der oberhalb angestellten Überlegungen gilt § 69 IO bei „Bad Banks“ nicht.

Für Geschäftsleiter der „Bad Banks“ scheidet eine Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO schon mangels Antragslegitimation aus. Für die Abwicklungsbehörde, bei der die Antragslegitimation liegt, scheidet eine Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO mangels Anwendbarkeit von § 69 IO aus, da die Bestimmung von den einschlägigen Vorschriften des BaSAG überlagert wird und diesbezüglich keine planwidrige Lücke im BaSAG zu erkennen ist. Dieses Ergebnis gilt daher ungeachtet einer möglichen Qualifizierung der Abwicklungsbehörde als „organschaftlicher Vertreter“ iSd § 69 IO.

(B) Antragspflicht der Abwicklungsbehörde auf Grundlage anderer Regelungen?

(I) Meinungsstand zu Kreditinstituten

In der Lehre wird in Bezug auf § 82 Abs 3 BWG zum Teil argumentiert, dass sich trotz der Unanwendbarkeit von § 69 IO und trotz des als bloßes „Können“ formulierten Gesetzeswortlautes (vgl § 82 Abs 3 BWG) eine Insolvenzantragspflicht der FMA insofern herleiten lasse, als zwar § 69 IO und darin enthaltene Fristen für Insolvenzanträge der FMA nicht gelte, die FMA aber bei Vorliegen einer voraussichtlich unbehebbarer Insolvenz eines Kreditinstituts ihr Ermessen über das Stellen eines Insolvenzantrags nicht frei ausüben dürfe. Vielmehr könne die FMA aus Verkehrs- und Gläubigerschutzgesichtspunkten in diesen Fällen im Rahmen einer

---

<sup>979</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(b) oben bzw zur Abbaugesellschaft 1.2.3(b) oben.

<sup>980</sup> S zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(b) oben.

<sup>981</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 8.

pflichtgebundenen Ermessensausübung, unter Prüfung der Einzelfallumstände, zur Antragstellung verpflichtet sein. Dafür spreche, laut den betreffenden Meinungen in der Lit, ua eine Parallele zum Versicherungsaufsichtsrecht (insb § 309 Abs 1 VAG 2016) und die Bindung der FMA an die Vorgaben des § 3 Abs 2 FMABG, wobei aber einzelfallbezogen auch auf volkswirtschaftliche Umstände Rücksicht genommen werden könne.<sup>982</sup> Gem § 309 Abs 1 VAG 2016 besteht, korrespondierend zu § 73 Abs 1 Z 6 BWG, beim Eintritt von Insolvenzgründen eine Anzeigepflicht der Geschäftsleiter von Versicherungsunternehmen gegenüber der FMA. Gem § 309 Abs 2 VAG 2016 ist, wie in § 82 Abs 3 BWG, die Insolvenzantragslegitimation bei der FMA konzentriert; zusätzlich ist allerdings eine Verpflichtung der FMA zur Antragstellung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen statuiert.

Dieses Ergebnis ist überaus schlüssig, insb weil nicht erkennbar ist warum die FMA in der Ausübung ihres Ermessensspielraums völlig ungebunden ausüben sollte und wird sinngemäß auch im deutschen Recht vertreten.<sup>983</sup> Darüber hinaus lässt sich diese Argumentationslinie problemlos auf „Bad Banks“ übertragen.

## (II) Übertragbarkeit der Ergebnisse auf „Bad Banks“

Diese Überlegungen zu einer möglichen, einzelfallbezogenen Insolvenzantragspflicht im Rahmen der pflichtmäßigen Ermessensausübung sind auch in Hinblick auf eine Insolvenzantragstellung der Abwicklungsbehörde für „Bad Banks“ von Relevanz.

Im Interesse einer sachgerechten Ausübung der Handlungsoptionen der Abwicklungsbehörde, einschließlich der alleinigen Befugnis zur Insolvenzantragstellung<sup>984</sup>, und unter Berücksichtigung der volkswirtschaftlichen Tragweite<sup>985</sup> derartiger Entscheidungen ist auch bei „Bad Banks“ anzunehmen, dass die Ausübung von Ermessensspielräumen der Abwicklungsbehörde pflichtgebunden zu erfolgen hat. Dass hierdurch im Einzelfall eine Antragspflicht der

---

<sup>982</sup> *Dellinger/Steinböck in Dellinger § 82 Rz 14 ff.*

<sup>983</sup> Vgl *Freis-Janik in Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried*, Abschnitt Bankaufsichtsrecht Rz 2.41; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, § 46b Rn 31.

<sup>984</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>985</sup> Vgl ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (1 ff).

Abwicklungsbehörde vorliegen kann, wenn die Umstände dafürsprechen, ist – dies vorausgeschickt – lediglich eine notwendige Schlussfolgerung.

Es entspricht darüber hinaus dem Zweck von „Bad Banks“ und den einschlägigen Regelungen (insb jenen Bestimmungen des GSA und des BaSAG, wonach ein Insolvenzverfahren bei „Bad Banks“ grundsätzlich möglich ist, aber nur von der FMA bzw Abwicklungsbehörde beantragt werden kann), dass die FMA keine völlig diskretionäre und allenfalls unsachgerechte Ermessensentscheidung treffen soll. Dieser Gedanke wird auch dadurch getragen, dass das Insolvenzverfahren und das BaSAG bzw GSA teilweise überlappende Zielvorgaben haben<sup>986</sup>, aber als Alternativen zur Verfügung stehen.

Insofern ist es sachgerecht und dem Telos des BaSAG, GSA und der IO insgesamt entsprechend, die Ermessensentscheidung der Abwicklungsbehörde hinsichtlich einer Insolvenzantragstellung nach §§ 7 Abs 1 GSA bzw 84 Abs 8a BaSAG, analog zu der zu § 82 Abs 3 BWG vertretenen Lehrmeinung<sup>987</sup>, als pflichtgebundene Ermessensentscheidung einzuordnen, die – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – zu einer Insolvenzantragspflicht der Abwicklungsbehörde führen kann.

Im Falle einer „Bad Bank“ wird die Abwicklungsbehörde, im Unterschied zu regulären Kreditinstituten, die Spezifika der „Bad Bank“ zu berücksichtigen haben, insb dass der betreffende Rechtsträger bereits einem speziellen Rechtsrahmen zu seiner Abwicklung unterliegt. Mit Blick auf die Abbaueinheit iSd BaSAG bzw bei der Anwendung des Abwicklungsinstruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG sind insb die „Guidelines“ der EBA zu ebendiesem Abwicklungsinstrument heranzuziehen, die darlegen, nach welchen Kriterien beurteilt werden kann, ob reguläre Insolvenzverfahren sich nachteilig auf die Finanzmärkte auswirken können (EBA/GL/2015/05).<sup>988</sup> Die darin genannten Kriterien dürften zumindest teilweise Allgemeingültigkeit für die Abwägung zwischen Insolvenzverfahren und alternativen Vorgehensweisen nach dem BaSAG haben und geben jedenfalls Aufschluss über bei der

---

<sup>986</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(IV) oben.

<sup>987</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(I) oben.

<sup>988</sup> S im Detail 1.2.4(b)(ii)(A)(II) oben.

Entscheidungsfindung zu berücksichtigende Aspekte, etwa mögliche Auswirkungen auf die Finanzmärkte.

Falls nach Berücksichtigung aller Handlungsoptionen, etwa aus volkswirtschaftlichen Interessen<sup>989</sup>, die besseren Gründe für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sprechen, wird die Abwicklungsbehörde ihr Ermessen und ihre Kompetenz zur Insolvenzantragstellung in diesem Sinne ausüben müssen. Umgekehrt kann die Abwicklungsbehörde einzelfallabhängig auch verpflichtet sein, *keinen* Insolvenzantrag zu stellen, falls sie im Rahmen der pflichtmäßigen Ausübung ihrer Befugnisse zu dem Ergebnis kommt, dass ein Insolvenzverfahren nicht sachgerecht ist und die überwiegenden Interessen dagegensprechen.

Ferner lässt sich diese Ansicht auch auf § 3 Abs 2 FMABG stützen, wonach die FMA nach pflichtgemäßem Ermessen zu handeln hat und die Finanzmarktstabilität zu beachten hat. § 3 Abs 2 FMABG kommt auch hinsichtlich der Ausübung der im BaSAG und GSA geregelten Kompetenzen der FMA zur Anwendung (§ 2 Abs 1 Z 13 und 14 FMABG). Insofern bietet auch § 3 Abs 2 FMABG einen Anknüpfungspunkt zur pflichtgebundenen Ermessensausübung und damit zur „einzelfallabhängigen Insolvenzantragspflicht“ der Abwicklungsbehörde (FMA).

Auch die oberhalb angesprochene, in der Lit gezogene Parallele zum Versicherungsaufsichtsrecht (vgl § 309 Abs 1 VAG 2016)<sup>990</sup> kann gleichermaßen zu „Bad Banks“ gezogen werden, da es sich in beiden Fällen um Rechtsträger handelt, die volkswirtschaftlich von besonderer Bedeutung sind und besonderes Augenmaß bei der Insolvenzantragstellung erfordern. Ein sachlicher Grund zur Differenzierung zwischen diesen Unternehmen hinsichtlich einer Insolvenzantragstellungspflicht ist, wie in der Lehre bereits iZm Kreditinstituten argumentiert<sup>991</sup>, auch iZm „Bad Banks“ nicht ersichtlich.

---

<sup>989</sup> S näher zu ökonomischen Überlegungen zwischen Insolvenz und Abwicklungsinstrumenten, insb dem Instrument der Gläubigerbeteiligung („Bail-in“) etwa *Schneider*, ÖBA 2018, 251; vgl auch EBA/GL/2015/05.

<sup>990</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(I) oben, Vgl *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 16.

<sup>991</sup> *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 17.



### (III) Frist zur Antragstellung bei einzelfallabhängiger Insolvenzantragspflicht

Mit Blick auf diese „einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht“ ist beachtlich, dass mangels Anwendbarkeit von § 69 IO<sup>992</sup> keine starre Frist für die Insolvenzantragstellung gilt; stattdessen wird der Abwicklungsbehörde ein angemessener Zeitraum zur Prüfung der Einzelfallumstände, die zur Beurteilung ihrer pflichtmäßigen Ermessensentscheidung relevant sind, zuzugestehen sein. Dies wird auch in Hinblick auf die Insolvenzantragstellung durch die FMA bei Kreditinstituten vertreten.<sup>993</sup>

### (IV) Zwischenergebnis: Einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht der Abwicklungsbehörde

Die Abwicklungsbehörde (FMA) kann, ausgehend von ihrem Monopol zur Insolvenzantragstellung bei „Bad Banks“ und wenn die Einzelfallumstände (einschließlich volkswirtschaftlicher Interessen) dies nahelegen, verpflichtet sein, einen Insolvenzantrag für „Bad Banks“ zu stellen.

Diese einzelfallabhängig Antragspflicht kann zwar nicht aus § 69 IO<sup>994</sup>, wohl aber aus einer zweckorientierten Auslegung von §§ 7 Abs 1 GSA sowie 84 Abs 8a (iVm 162 Abs 1) BaSAG sowie § 3 Abs 2 FMABG hergeleitet werden.

Mangels Anwendbarkeit von § 69 IO gilt für die einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht keine starre, sondern eine individuell-angemessene Frist.

#### (iv) Formale Stellung der Abwicklungsbehörde bei Antragstellung / Relevanz von § 70 IO?

Vor dem Hintergrund des oberhalb vertretenen Ergebnisses einer einzelfallabhängigen Antragspflicht der Abwicklungsbehörde soll nachfolgend die formale Stellung der Abwicklungsbehörde als Antragstellerin geklärt werden; insb ist zu besprechen, ob und inwieweit

---

<sup>992</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(IV) oben.

<sup>993</sup> Vgl *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 33 mit Blick auf die Insolvenzantragspflicht der FMA für Kreditinstitute.

<sup>994</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(A) oben.

§ 70 IO, in dem Gläubigeranträge auf Insolvenzeröffnung geregelt sind<sup>995</sup>, bei etwaigen Insolvenzanträgen der Abwicklungsbehörde für „Bad Banks“ zur Anwendung kommt.

Auf § 70 IO wird insb in § 82 Abs 3 BWG verwiesen<sup>996</sup>, der für „Bad Banks“ zwar nicht unmittelbar anwendbar ist<sup>997</sup> aber, einschließlich der dazu vorhandenen Lit, einen Ausgangspunkt für Überlegungen zur Antragspflicht der Abwicklungsbehörde geboten hat<sup>998</sup>. *Dellinger/Steinböck*, deren Ausführungen zu § 82 BWG als Basis für die hier vertretene Meinung bzgl einer einzelfallabhängigen Antragspflicht der Abwicklungsbehörde bei „Bad Banks“ dienen<sup>999</sup>, legen den Verweis auf § 70 IO derart aus, dass daraus die einem Insolvenzgläubiger gleichgestellte Stellung der FMA beim formalen Ablauf der Antragstellung<sup>1000</sup> zu entnehmen sei.<sup>1001</sup>

Ob § 70 IO auch bei Insolvenzanträgen der Abwicklungsbehörde für „Bad Banks“ zum Tragen kommt, ist dennoch fraglich – nicht zuletzt, weil in den entsprechenden Regelungen des GSA bzw BaSAG (§§ 7 Abs 1 GSA, 84 Abs 8a BaSAG) ein Verweis auf § 70 IO fehlt. Zudem wurde bereits oberhalb dargelegt, dass sich die Stellung der Abwicklungsbehörde gegenüber „Bad Banks“ von der Stellung der FMA gegenüber (regulären) Kreditinstituten signifikant unterscheidet.<sup>1002</sup> Vor diesem Hintergrund sollte mit Blick auf die formale Stellung der Abwicklungsbehörde bei einer Insolvenzantragstellung für „Bad Banks“ nicht voreilig auf § 70 IO zurückgegriffen, sondern zuvor abgewogen werden, ob dies überhaupt sinnvoll ist.

Bei Gläubigeranträgen nach § 70 IO ist grundsätzlich eine gerichtliche Insolvenzprüfung vorzunehmen, die gem § 69 IO bei Schuldneranträgen entfällt. Der in § 69 IO angeordnete Entfall der gerichtlichen Insolvenzprüfung ist allerdings auch bei Insolvenzanträgen der

---

<sup>995</sup> S näher etwa *Übertsroider* in *Konecny* § 70 IO Rz 1 ff.

<sup>996</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(II) oben.

<sup>997</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(II) oben bzw allgemein zur Geltung der Bestimmungen des BWG 2.3.3(a) oben.

<sup>998</sup> S etwa 2.4.2(b)(iii)(B)(I) oben.

<sup>999</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(I) oben.

<sup>1000</sup> S *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 15.

<sup>1001</sup> *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 15 und 20 ff.

<sup>1002</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(A)(III)

Abwicklungsbehörde für „Bad Banks“ sinnvoll; der Entfall der gerichtlichen Insolvenzprüfung fußt nämlich auf dem Gedanken, dass kein Insolvenzschuldner gerne seine Insolvenz einbekennt und Schuldneranträgen deshalb prinzipiell der Richtigkeitsanschein beizumessen ist.<sup>1003</sup> Dieser Richtigkeitsanschein lässt sich auf Insolvenzanträge der Abwicklungsbehörde übertragen, die im Rahmen pflichtmäßiger Ermessensausübung im Vorfeld einer Antragstellung die Einzelfallumstände abzuwägen hat<sup>1004</sup> und im Rahmen umfangreicher Kontrollbefugnisse über die „Bad Bank“<sup>1005</sup> in der Praxis vermutlich ohnehin eine detailliertere (weil über das bloße Vorliegen eines Insolvenzgrunds hinausgehende)<sup>1006</sup> Prüfung vornehmen wird, als es im Rahmen einer gerichtlichen Insolvenzprüfung bei Gläubigeranträgen iSd § 70 IO möglich sein wird. Durch die bei der Abwicklungsbehörde monopolisierten Antragslegitimation<sup>1007</sup> und der diesbezüglichen Prüfpflicht der Abwicklungsbehörde im Rahmen ihrer pflichtmäßigen Ermessensausübung<sup>1008</sup> wird, anders als bei regulären Gläubigeranträgen nach § 70 IO, die Insolvenz außerdem bereits behördlich (nämlich von der Abwicklungsbehörde) geprüft, was ebenfalls gegen die Notwendigkeit einer gerichtlichen (und damit einer weiteren behördlichen) Prüfung der Insolvenz spricht und eine Pflicht zur Glaubhaftmachung der Insolvenz wie bei Gläubigeranträgen (§ 70Abs 1 IO)<sup>1009</sup> obsolet erscheinen lässt.<sup>1010</sup> § 70 IO erscheint also in diesem Kontext für Insolvenzanträge der Abwicklungsbehörde bei „Bad Banks“ nicht wirklich passend.

---

<sup>1003</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 58.

<sup>1004</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(II) oben.

<sup>1005</sup> S etwa 2.4.2(b)(iii)(A)(III) oben.

<sup>1006</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(II) oben.

<sup>1007</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>1008</sup> S 2.4.2(b)(iii)(B)(II) oben.

<sup>1009</sup> S näher zur Glaubhaftmachung eines Insolvenzgrunds bei Gläubigeranträgen gem § 70 IO etwa *Übertsroider in Konecny* § 70 IO Rz 51 ff.

<sup>1010</sup> Vgl insb *Jahn/Schmitt/Geier*, Abschnitt B.X. Rn 37 f, wonach bei Insolvenzanträgen der deutschen Aufsichtsbehörde für deutsche Kreditinstitute ebenfalls eine Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes ebenfalls nicht erforderlich ist, weil davon auszugehen ist, dass die Aufsichtsbehörde ihr Antragsrecht sachgerecht ausübt.

Überflüssig erscheinen überdies die Regelungen der § 70 Abs 2 IO (Zustellung des Insolvenzantrags an den Insolvenzschuldner) sowie der Abs 3 bis 4 *leg cit*, die ohnehin auch schon bei Kreditinstituten nur eingeschränkt und sinngemäß herangezogen werden können.<sup>1011</sup>

Aufgrund dieser zum § 82 Abs 3 BWG unterschiedlichen Ausgangssituation lässt sich im GSA bzw BaSAG keine planwidrige Lücke erkennen, wenn iZm der Antragslegitimation der Abwicklungsbehörde kein Verweis auf § 70 IO enthalten ist. Vielmehr führen die zusätzlichen Kompetenzen der Abwicklungsbehörde dazu, dass sich die formale Stellung der Abwicklungsbehörde bei Insolvenzantragstellungen für „Bad Banks“ gerade nicht nach § 70 IO richtet und die Nichtaufnahme eines derartigen Verweises durchaus zweckmäßig erscheint.

Sinnvollerweise ist ein Insolvenzantrag der Abwicklungsbehörde angesichts deren Kompetenzen vielmehr formal als Schuldnerantrag (vgl § 69 Abs 1 IO) zu behandeln. Dies entspricht auch der Anordnung der §§ 7 Abs 1 Satz 1 GSA und 84 Abs 8a Satz 2, wonach der Abwicklungsbehörde (FMA) Parteistellung im Insolvenzverfahren zukommen soll; diese Regelung ist in § 82 Abs 3 BWG nämlich nicht enthalten und indiziert damit – parallel zum Fehlen des Verweises auf § 70 IO in den Regelungen des GSA bzw BaSAG – eine bei „Bad Banks“ unterschiedliche formale Stellung der Abwicklungsbehörde als bei Insolvenzanträgen nach § 82 Abs 3 BWG.<sup>1012</sup>

Dieses Ergebnis steht auch mit den Wertungen der BRRD in Einklang, denn Art 86 BRRD legt fest, dass Insolvenzverfahren nur auf Initiative der Abwicklungsbehörde eingeleitet werden, und dass eine diesbezügliche Entscheidung nur mit der Zustimmung der Abwicklungsbehörde erteilt werden kann. Dies indiziert, dass die grundlegende Entscheidungsbefugnis über ein Insolvenzverfahren der Abwicklungsbehörde übertragen werden soll. Während diese Regelung der BRRD dem hier vertretenen Ergebnis jedenfalls nicht widerspricht, lässt sie sich teleologisch mE sogar dahingehend auslegen, dass die Abwicklungsbehörde der Entscheidungsträger betreffend mögliche Insolvenzverfahren sein soll und (Mit-)Entscheidungs- und Prüfkompetenzen weiterer

---

<sup>1011</sup> S näher *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 23.

<sup>1012</sup> *Anm*: Die oberhalb erarbeitete Argumentationslinie, § 69 IO sei nicht (analog) iHa eine Antragspflicht der Abwicklungsbehörde anwendbar (s 2.4.2(b)(iii)(A)(IV)), steht diesem Ergebnis mE nicht entgegen, da dort nur die (analoge) Anwendbarkeit der Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO geprüft und letztlich verneint wurde, nicht aber die Relevanz von § 69 IO insgesamt, etwa iHa dessen Verfahrensregelungen zu Schuldneranträgen.

Behörden (etwa des Insolvenzgerichts) in den Hintergrund rücken. Diesem Gedanken würde durch das hier vertretene Auslegungsergebnis entsprochen.

(v) Haftung für Verstöße gegen die Antragspflicht

(A) Grundlage

Wie oben dargelegt, kann die Abwicklungsbehörde, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, zur Stellung eines Insolvenzantrags für „Bad Banks“ verpflichtet sein.<sup>1013</sup> Zu erinnern ist hierbei freilich daran, dass mangels Anwendbarkeit von § 69 IO keine starre Antragspflicht gilt.<sup>1014</sup> Aufgrund der Unanwendbarkeit von § 69 IO kann diese Bestimmung auch nicht als Rechtsgrundlage für eine Haftung der Abwicklungsbehörde gegen Verstöße gegen eine (einzelfallabhängige) Antragspflicht herangezogen werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Haftung der Abwicklungsbehörde bzw des Bundes bei Verstößen gegen ihre (einzelfallabhängige) Insolvenzantragspflicht auf Grundlage anderer Bestimmungen hergeleitet werden kann.

Da sich die einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht der Abwicklungsbehörde aus ihrer Pflicht zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtskompetenzen nach pflichtgebundenem Ermessen gem § 3 Abs 2 FMABG ableiten lässt<sup>1015</sup>, haftet gem § 3 Abs 1 Satz 1 FMABG<sup>1016</sup> der Bund grundsätzlich nach den Bestimmungen des AHG, sofern die Abwicklungsbehörde rechtswidrig schuldhaft gegen ihre Antragspflicht verstößt.<sup>1017</sup>

---

<sup>1013</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(B) oben.

<sup>1014</sup> S 2.4.2(b)(iii)(A)(IV) oben.

<sup>1015</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(B) oben.

<sup>1016</sup> Vgl zur Relevanz der Bestimmungen des FMABG für die FMA in ihrer Funktion als Abwicklungsbehörde § 2 Abs 1 Z 14 FMABG sowie ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (33).

<sup>1017</sup> Vgl *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* § 82 Rz 31 ff mit Blick auf die Insolvenzantragspflicht der FMA für Kreditinstitute.

## (B) Umfang

Im Sinne des § 3 Abs 1 Satz 2 FMABG sind haftet der Bund nach § 3 Abs 1 FMABG (nur) für Schäden, die Rechtsträgern, die der Aufsicht nach dem FMABG unterliegen, unmittelbar zugefügt wurden.

Nach hA soll durch diese Regelung eine Haftung gegenüber Dritten ausgeschlossen werden, denen Schäden durch „zu wenig Aufsicht“ entstehen; eine Haftung gegenüber Dritten (etwa Gläubigern) entfalle demnach, weil sie nicht vom Schutzzweck des Bankaufsichtsrechts an sich umfasst sei.<sup>1018</sup>

Da die einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht der Abwicklungsbehörde nicht aus dem Insolvenzrecht, sondern (nur) aus aufsichtsrechtlichen Bestimmungen abgeleitet werden kann<sup>1019</sup>, könnte auf dieser Grundlage argumentiert werden, dass eine (Amts-)Haftung bei Verletzung der Antragspflicht nur gegenüber der betreffenden „Bad Bank“ in Betracht kommt, nicht aber (etwa nach dem Vorbild des § 69 IO)<sup>1020</sup> gegenüber Gläubigern.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass Insolvenzantragstellungspflichten keine „klassischen“ bankaufsichtsrechtlichen Regelung sind und mit der ausschließlichen Legitimation der Abwicklungsbehörde zur Antragstellung<sup>1021</sup> in Verbindung stehen. Insolvenzantragspflichten erfüllen typischerweise einen Schutzzweck gegenüber Gläubigern. Das gilt gleichermaßen für „Bad Banks“, zumal aufgrund der dort vorgesehenen Monopolisierung der Antragslegitimation bei der Abwicklungsbehörde dieser Schutzzweck andernfalls völlig entfallen würde. Hierfür besteht aber kein ersichtlicher Grund.

Vielmehr würde ein Entfall einer Haftung gegenüber Gläubigern bei Verletzung einer einzelfallabhängigen Antragspflicht dem „*No creditor worse off*“-Prinzip der BRRD bzw des BaSAG<sup>1022</sup> entgegenlaufen, das den Gläubigern ja gerade dasjenige Mindestmaß an Schutz gewährleisten soll, das ihnen auch im Insolvenzverfahren zur Verfügung stünde (vgl Art 34 Abs 1

---

<sup>1018</sup> Rebhahn, ÖZW 2017, 2 (5 f) mwN; Schöller, ÖBA 2019, 886 (887).

<sup>1019</sup> S 2.4.2(b)(iii) oben.

<sup>1020</sup> S näher 2.4.2(b)(i) oben.

<sup>1021</sup> S 2.4.2(a) oben.

<sup>1022</sup> S auch 1.2.4(b)(ii)(C) oben.

Buchstabe g BRRD).<sup>1023</sup> Da das österreichische Insolvenzverfahren eine Antragspflicht mit daran anknüpfender Haftung gegenüber Gläubigern beinhaltet, kann dieses Schutzniveau und diese Schutzfunktion insgesamt nicht durch die Verfahrensbestimmungen des BaSAG unterlaufen werden. Vielmehr ist (im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung) den Gläubigern auch gegen die Abwicklungsbehörde bzw den Bund ein Schadenersatzanspruch zuzugestehen, falls diese gegen eine allfällige Antragspflicht verstößt. Zugleich ist aus dem „*No creditor worse off*“-Prinzip abzuleiten, dass der Umfang etwaiger Amtshaftungsansprüche bei Verstößen der Abwicklungsbehörde gegen die (einzelfallabhängige) Insolvenzantragspflicht jedenfalls so weit reichen muss, dass Gläubigern derjenige Schaden ersetzt wird, der ihnen durch die Nichtstellung oder verspätete<sup>1024</sup> Stellung des Insolvenzantrags trotz bestehender Antragspflicht entstanden ist.

Diesem Ergebnis kann die Regelung des § 69 Abs 4 BWG, wonach Schadenersatzansprüche auf Grund der Erzielung oder Nichterzielung bestimmter Ergebnisse nicht begründet werden und keine Schäden iSd AHG darstellen, nicht entgegengehalten werden, weil diese Bestimmung nicht auf „Bad Banks“ anzuwenden ist (§§ 3 Abs 4 GSA bzw 84 Abs 2 BaSAG)<sup>1025</sup>.

Auf dieser Grundlage ist eine Amtshaftung des Bundes bei Verletzung einer allfälligen Insolvenzantragspflicht durch die Abwicklungsbehörde jedenfalls gegenüber der relevanten „Bad Bank“ und auch gegenüber den Gläubigern zu bejahen.

Bezüglich Rückersatzansprüchen gegenüber Organen und Bediensteten der Abwicklungsbehörde bei Amtshaftungsfällen, gilt im Übrigen (abweichend von § 3 Abs 1 AHG) die Sonderregelung des § 3 Abs 9 BaSAG, wonach Rückersatz nur bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen gefordert werden kann.<sup>1026</sup>

---

<sup>1023</sup> für eine Auslegung von § 3 Abs 1 FMABG, bei der die Haftung gegenüber Gläubigern nicht *per se* ausgeschlossen ist auch Schöller, ÖBA 2019, 886.

<sup>1024</sup> S zur Frist für die Antragstellung 2.4.2(b)(iii)(A)(IV) oben.

<sup>1025</sup> S im Detail 2.3.3(a) unten.

<sup>1026</sup> Vgl Oppitz in Rüffler/N. Raschauer (Hrsg), Reform der Finanzmarktaufsicht S 17.

- (c) Fazit: Einzelfallabhängige Insolvenzantragspflicht; formale Stellung wie bei Schuldneranträgen; Haftung nach dem AHG gegenüber Gläubigern und „Bad Banks“

Aus den oberhalb detailliert dargestellten Prüfungsergebnissen bzgl Insolvenzantragstellung für „Bad Banks“ kann Folgendes zusammenfassend als Fazit festgehalten werden:

- Die ausschließliche Legitimation zur Stellung eines Insolvenzantrags für „Bad Banks“ liegt bei der „Abwicklungsbehörde“.<sup>1027</sup>
- Eine Insolvenzantragspflicht und diesbezügliche Haftung der organschaftlichen Vertreter bzw Geschäftsleiter der Abwicklungsbehörde nach § 69 IO entfällt daher.<sup>1028</sup>
- Eine unbedingte, fristengebundene Insolvenzantragspflicht der Abwicklungsbehörde nach § 69 IO, sowie die eine daran gekoppelte Haftung besteht, mangels Anwendbarkeit von § 69 IO, ebenso nicht.<sup>1029</sup>
- Dennoch kann die Abwicklungsbehörde im Einzelfall zur Insolvenzantragstellung verpflichtet sein, wenn dies unter Abwägung der individuellen Umstände, einschließlich finanzmarkt- und volkswirtschaftlicher Aspekte, sachdienlich ist und den Zielsetzungen der einschlägigen Gesetze entspricht.<sup>1030</sup>
- Insolvenzanträge der Abwicklungsbehörde für „Bad Banks“ sind formal als Schuldneranträge zu behandeln. Die bei Kreditinstituten zu § 82 Abs 3 BWG vertretene Ansicht, die FMA sei formal als Gläubiger (§ 70 IO) zu behandeln, ist auf „Bad Banks“ aufgrund der unterschiedlichen Kompetenzen der Behörde nicht zu übertragen.<sup>1031</sup> Es gilt allerdings keine starre Frist für den Insolvenzantrag, sondern eine angemessene Frist zur Prüfung der Einzelfallumstände.

---

<sup>1027</sup> S im Detail 2.4.2(a) oben.

<sup>1028</sup> S im Detail 2.4.2(b)(ii) oben.

<sup>1029</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(A) oben.

<sup>1030</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iii)(B) oben.

<sup>1031</sup> S im Detail 2.4.2(b)(iv) oben.



- Verstößt die Abwicklungsbehörde gegen eine allenfalls bestehende Insolvenzantragspflicht, haftet der Bund im Rahmen des AHG; diese Haftung gilt gegenüber der betreffenden „Bad Bank“, wegen des „*No creditor worse off*“-Grundsatzes aber auch gegenüber Gläubigern.<sup>1032</sup>

#### 2.4.3 Keine Anfechtung nach der IO bei Vermögensübertragungen nach §§ 82 ff BaSAG

Vermögensübertragungen, die von der Abwicklungsbehörde auf die Abbaueinheit iSd BaSAG im Rahmen der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG angeordnet werden, sind gem § 74 Abs 6 BaSAG anfechtungsfest.

Diese in Umsetzung von Art 37 Abs 8 BRRD erlassene<sup>1033</sup> Bestimmung soll verhindern, dass eine etwaige Anfechtung die Wirksamkeit etwaiger Abwicklungsinstrumente beeinträchtigt oder verhindert (vgl Art 37 Abs 8 BRRD).

Gleichmaßen ordnet § 119 Abs 3 BaSAG ganz allgemein an, dass eine Anfechtung von Abwicklungsinstrumenten (zu denen das Instrument der Ausgliederung von Vermögenswerten gem §§ 82 ff BaSAG zählt, vgl § 74 Abs 2 BaSAG), ausgeschlossen ist.

Zur Verdeutlichung der Relevanz dieser Bestimmung sei darauf hingewiesen, dass die Anfechtungsbestimmungen der §§ 27 IO durchaus nicht nur auf Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners zur Anwendung gelangen können (in welchem Falle die Regelung des § 74 Abs 6 BaSAG überflüssig wäre, weil die Vermögensübertragung keine Rechtshandlung der betreffenden Gesellschaft ist, sondern von der Abwicklungsbehörde angeordnet wird)<sup>1034</sup> sondern zum Teil auch auf Rechtshandlungen Dritter.<sup>1035</sup>

#### 2.4.4 Anwendbarkeit des URG auf „Bad Banks“

##### (a) Ausgangspunkt: Anwendungsbereich und Ziele des URG

Das URG beabsichtigt, Unternehmen mittels Reorganisationsverfahren eine frühzeitige Reaktion auf sich abzeichnende Unternehmenskrisen zu ermöglichen, wenn Reorganisationsbedarf besteht

---

<sup>1032</sup> S im Detail 2.4.2(b)(v) oben.

<sup>1033</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (15).

<sup>1034</sup> S 1.2.4(b)(ii)(B) oben.

<sup>1035</sup> Rebernig in Konecny/Schubert § 27 KO 49 sowie § 31 KO Rz 2.

aber noch keine Insolvenz vorliegt (§ 1 Abs 1 URG). Neben Verfahrensbestimmungen zum Reorganisationsverfahren beinhaltet das URG auch eigene Haftungstatbestände (§§ 22 ff URG): wenn über prüfungspflichtige Gesellschaften ein Insolvenzverfahren eröffnet wird und innerhalb der letzten zwei Jahre vor Insolvenzeröffnung seitens des Vertretungsorgans trotz Vorliegens gesetzlich festgelegter Parameter kein Reorganisationsverfahren beantragt oder gehörig festgesetzt wurde bzw wenn durch die Mitglieder des Vertretungsorgans überhaupt keinen Jahresabschluss aufgestellt oder kein Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt wurde, haften die Mitglieder des Vertretungsorgans der Gesellschaft für die durch die Insolvenzmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten bis zu einer Obergrenze von EUR 100.000 (§ 22 Abs 1 URG).

Bezweckt wird hierdurch insgesamt die frühzeitige(re) Ergreifung von insolvenzprophylaktischen Sanierungsbemühungen<sup>1036</sup> und die Sanierung von Unternehmen<sup>1037</sup>.

(b) Abbaueinheit iSd GSA: Unanwendbarkeit des URG gem § 7 Abs 4 GSA

§ 7 Abs 4 GSA legt für die Abbaueinheit iSd GSA fest, dass auf diese das URG nicht anzuwenden ist.

(c) Abbaugesellschaft und Abbaueinheit iSd BaSAG: Unanwendbarkeit des URG trotz fehlender ausdrücklicher Regelung

Eine § 7 Abs 4 GSA entsprechende, ausdrückliche Bestimmung zur Anwendbarkeit des URG ist im BaSAG in Bezug auf die darin geregelten „Bad Banks“ (Abbaugesellschaft und die Abbaueinheit iSd BaSAG) nicht enthalten.

Eine formale, wortlautorientierte Auslegung des URG könnte zunächst zum Ergebnis führen, dass das URG auf Abbaugesellschaften und Abbaueinheiten iSd BaSAG anwendbar ist, auch weil eine ausdrückliche Regelung nach dem Vorbild von § 7 Abs 4 GSA fehlt. Darüber hinaus erstrecken sich die in § 2 URG normierten Ausnahmen von dessen Anwendungsbereich zwar insb auf Kreditinstitute und Finanzinstitute, bereits aus dem ersten Teil dieser Arbeit ist aber abzuleiten,

---

<sup>1036</sup> Riegler/Wesener, *ecolex* 1997, 758.

<sup>1037</sup> Schumacher, *ÖBA* 1997, 855.

dass „Bad Banks“ weder als Kreditinstitute<sup>1038</sup> noch (grundsätzlich) als Finanzinstitute<sup>1039</sup> zu qualifizieren sind. Falls eine „Bad Bank“ einzelfallabhängig als Finanzinstitut zu qualifizieren ist, würde die Ausnahmebestimmung des § 2 URG greifen und das URG wäre dementsprechend nicht anzuwenden – davon soll bei der nachfolgenden Prüfung allerdings nicht ausgegangen werden.

Gem § 1 URG bildet bei der Gesellschaft vorliegender Reorganisationsbedarf eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Reorganisationsverfahrens<sup>1040</sup> nach dem URG bzw der darin enthaltenen Haftungsbestimmungen. Bei „Bad Banks“ ist das Vorliegen von Reorganisationsbedarf allerdings auszuschließen, da ihre Entstehung als „Bad Bank“ jeweils bescheidmäßig von der FMA bzw Abwicklungsbehörde bzw durch eigene Gründung der Abbaueinheit iSd BaSAG ausgelöst wird (vgl §§ 2 GSA, 82 ff bzw 162 Abs 1 BaSAG); dieser Entstehungsvorgang knüpft nicht zuletzt an eine zeitlich vorgelagerte, wirtschaftlichen negative Entwicklung. Für jede „Bad Bank“ ist sodann ab ihrem Entstehungszeitpunkt ein gesetzlich determiniertes Tätigkeitsfeld (Portfolioabbau) vorgegeben, das sich an einem individuellen Abbauplan zu orientieren hat (§§ 5 GSA, 84 Abs 6 bzw 162 Abs 3 BaSAG<sup>1041</sup>). Dadurch ist der Konstituierung einer Gesellschaft als „Bad Bank“ bereits immanent, dass auf etwaigen Reorganisationsbedarf spezifisch reagiert und der Reorganisationsbedarf durch spezielle Maßnahmen beseitigt wurde. Insofern ist das BaSAG insgesamt als *lex specialis* zum URG qualifizieren, wodurch den Vorschriften des URG materiell derogiert<sup>1042</sup> wird. Im Einzelnen wird die Funktion von Reorganisationsplan und Reorganisationsprüfung im BaSAG sinngemäß von Abbauplan und Abwicklungsbehörde ersetzt.

---

<sup>1038</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>1039</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 0 oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(vi) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(vi) oben.

<sup>1040</sup> S näher 2.4.4(a) unmittelbar oberhalb.

<sup>1041</sup> S näher zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

<sup>1042</sup> S näher zum Spezialitätsgrundsatz etwa *Schauer* in *Kletečka/Schauer* § 6 Rz 12 mwN und *Kodek* in *Rummel/Lukas* § 6 ABGB Rz 170.

Dass das URG hinter etwaige speziellere, an die relevante Unternehmensform maßgeschneiderte Regelungen zur Sanierung zurücktreten soll, lässt sich auch aus der Ausnahmegestaltung des § 2 URG ableiten.

Mit Blick auf die Relevanz der oberhalb aufgezeigten Ziele des URG<sup>1043</sup> darf außerdem nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Zielvorgabe der Unternehmenssanierung bei „Bad Banks“ nicht relevant ist. Die gesetzliche Aufgabe sämtlicher „Bad Banks“, nämlich (zusammengefasst ausgedrückt) der Portfolioabbau<sup>1044</sup>, impliziert deutlich, dass die „Bad Banks“ nicht auf ein langfristiges Bestehen ausgelegt sind, wodurch wiederum eine Sanierung obsolet wird. Dies lässt sich auch an §§ 3 Abs 7 GSA sowie 84 Abs 11 bzw 162 Abs 1 BaSAG nachvollziehen, wonach „Bad Banks“ nach Bewerksstellung des Portfolioabbaus einen Auflösungsbeschluss zu fassen haben. Der Sanierungsgedanke des URG lässt sich daher auf „Bad Banks“ nicht sinnvoll umlegen; vielmehr sind „Bad Banks“ selbst ein Mittel zur Sanierung eines Instituts, wie die einleitenden Überlegungen zum „Bad Banks“-Begriff ergeben haben.<sup>1045</sup>

(d) Fazit: Unanwendbarkeit des URG für sämtliche „Bad Banks“

Zusammenfassend lässt sich auf dieser Grundlage feststellen, dass Ziele und Zweck des URG für „Bad Banks“ nicht zur Anwendung kommen. Der Anwendungsbereich des URG ist teleologisch so einzuschränken, dass „Bad Banks“ davon nicht umfasst sind. Dies ist für die Abbaueinheit iSd GSA ohnehin ausdrücklich im GSA angeordnet<sup>1046</sup>, ergibt sich aber auch für alle anderen „Bad Banks“ bei richtiger Auslegung des BaSAG in Zusammenschau mit dem URG<sup>1047</sup>.

---

<sup>1043</sup> S 2.4.4(a) unmittelbar oberhalb.

<sup>1044</sup> S im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

<sup>1045</sup> S 1.1.1(c) oben.

<sup>1046</sup> S 2.4.4(b) oben.

<sup>1047</sup> S 2.4.4(c) oben.

## 2.5 Abgabenrechtliche Aspekte

### 2.5.1 Zessionsgebühren und Zwischenbankenbefreiung

#### (a) Ausgangspunkt

§ 33 TP 21 GebG sieht eine Gebühr für Zessionen und Abtretungen von Schuldforderungen und anderen Rechten in Höhe von 0,8% des Entgelts vor. Davon ausgenommen sind Zessionen zwischen Kreditinstituten (§ 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG), unabhängig von der Person des Drittschuldners (sog „Zwischenbankenbefreiung“).<sup>1048</sup> Der Begriff des Kreditinstituts wird im GebG nicht näher definiert.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Zwischenbankenbefreiung auch für „Bad Banks“ gilt.

Der Prüfung sei vorausgeschickt, dass Abtretung von Schuldforderungen und Rechten eine für „Bad Banks“ durchaus relevante Geschäftstätigkeit zu sein scheint, da sie so – im Rahmen des gesetzlichen vorgesehenen Portfolioabbaus<sup>1049</sup> – Vermögenswerte, die in Forderungen bestehen, abbauen könnte.

#### (b) Kreditinstitutsbegriff des GebG

Die Zwischenbankenbefreiung würde insb dann auch für „Bad Banks“ gelten, wenn sich diese unter den Begriff des Kreditinstituts iSd § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG subsumieren ließen. Der gegenständliche Kreditinstitutsbegriff wird, der hA folgend, anhand der Legaldefinition des § 1 Abs 1 BWG<sup>1050</sup> definiert.<sup>1051</sup> Diese Ansicht wurde auch von der Finanzverwaltung in früheren Fassungen der Gebührenrichtlinien vertreten<sup>1052</sup>, lässt sich aber deren derzeit aktueller Fassung (2019) nicht mehr entnehmen.<sup>1053</sup>

---

<sup>1048</sup> *Frotz/Hügel/Popp*, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 Tarifpost 21.

<sup>1049</sup> S im Detail zum Tätigkeitsfeld der „Bad Banks“ zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d)(iv) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben).

<sup>1050</sup> S dazu im Detail 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>1051</sup> *Fellner in Fellner*, Stempel- und Rechtsgebühren § 33 TP 21.

<sup>1052</sup> S bspw *Bundesministerium für Finanzen*, Gebührenrichtlinien 2007 (Findok 22527), Erlass BMF 22.2.2007, BMF-010206/0201-VI/5/2006, Rz 955.

<sup>1053</sup> Vgl *Bundesministerium für Finanzen*, Gebührenrichtlinien 2019, Erlass BMF 12.2.2019, BMF-010206/0094-IV/9/2018, S etwa Rz 880

Wie aus den Überlegungen im ersten Teil dieser Arbeit abzuleiten ist, fallen „Bad Banks“ jeweils nicht unter den Kreditinstitutsbegriff des BWG.<sup>1054</sup> Folgt man also dem oben zu § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG dargestellten (formalen) Zugang, gilt die Zwischenbankenbefreiung für „Bad Banks“ nicht. Somit würde die Geltung der Zwischenbankenbefreiung bei Abbaugesellschaften und der Abbaueinheit iSd GSA jeweils im Zeitpunkt deren Entstehung enden, da diese bis dahin Kreditinstitute iSd BWG waren. Die Abbaueinheit iSd BaSAG ist hingegen generell zu keinem Zeitpunkt ein Kreditinstitut iSd BWG<sup>1055</sup> und wäre daher nie vom Anwendungsbereich der Zwischenbankenbefreiung umfasst.

Dieser Ansicht ist allerdings entgegenzuhalten, dass die entsprechende Verwaltungsauffassung<sup>1056</sup> vor Inkrafttreten des BaSAG gebildet wurde und daher die entsprechenden „Bad Banks“-Modelle nicht berücksichtigen konnte. Dass die formale Anknüpfung an eine BWG-Konzession mittlerweile nicht mehr Bestandteil der Gebührenrichtlinien ist<sup>1057</sup>, kann als Indiz gewertet werden, dass auf dieses formale Kriterium nicht (mehr) abgestellt werden soll.

Aus teleologischer Sicht müssen „Bad Banks“ jedenfalls von der Zwischenbankenbefreiung umfasst sein. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb „Bad Banks“ gebührenrechtlich schlechter gestellt sein sollten als reguläre Kreditinstitute; Ziel und Aufgabe der „Bad Banks“ ist es, wirtschaftlich nachteilige Vermögenspositionen, die von Kreditinstituten aufgebaut bzw erworben wurden, bestmöglich abzubauen<sup>1058</sup> und dabei öffentlicher Mittel zu schonen<sup>1059</sup>. Dass hierbei – verglichen zum Zeitpunkt des Erwerbs ebendieser Vermögenspositionen – eine zusätzliche Abgabenbelastung entsteht, wäre insofern sinnwidrig. Als illustratives Beispiel kann der (durchaus realistische) Fall angeführt werden, dass ein Kreditinstitut, begünstigt von der

---

<sup>1054</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>1055</sup> S 1.2.4(a) oben.

<sup>1056</sup> S FN 1052.

<sup>1057</sup> S FN 1053.

<sup>1058</sup> S zum Aufgabenbereich der „Bad Banks“ im Detail zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(d) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(d) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(d) oben.

<sup>1059</sup> Vgl ErläutRV 178 BlgNR 25. GP (1 ff) und ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (1 ff); *Hübner/Leunert*, ZIP 2015, 2259 (2260).

Zwischenbankenbefreiung, eine Forderung erwirbt, die sich als nicht werthaltig erweist. Die Forderung landet schließlich im Eigentum einer „Bad Bank“ und soll folglich bestmöglich abgebaut werden. Dass nun beim Veräußerungsvorgang durch die „Bad Bank“ die Zwischenbankenbefreiung gerade nicht mehr gelten soll, wäre ein sinnwidriges Ergebnis, zumal der Abbau (in Form einer Abtretung) dieser Forderung in einem herkömmlichen Kreditinstitut (etwa dem in Abwicklung befindlichen Institut bei der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten nach §§ 82 ff BaSAG)<sup>1060</sup> noch immer von der Zwischenbankbefreiung profitieren würde.

Vor diesem Hintergrund ist – insb auf Grundlage einer teleologischen Auslegung – die Anwendbarkeit der Zwischenbankbefreiung auf „Bad Banks“ zu bejahen. Methodisch ist diesbezüglich zu klären, ob entweder „Bad Banks“ unter den Kreditinstitutsbegriff des § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG fallen und damit die Zwischenbankbefreiung unmittelbar für „Bad Banks“ gilt, oder ob die Zwischenbankbefreiung im Wege der Analogie gelten soll. Mit Blick auf die Verwendung des Begriffs des Kreditinstituts in § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG und die detaillierten Ausführungen im ersten Teil dieser Arbeit, wonach ebendiese Eigenschaft als Kreditinstitut bei „Bad Banks“ durchgehend verneint wurde, ist eine unmittelbare Anwendbarkeit der Zwischenbankbefreiung in § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG nicht geboten. Vielmehr ist deshalb anzunehmen, dass die nicht vorgenommene Ausdehnung der Zwischenbankbefreiung auf „Bad Banks“ bzw deren Nichteinbeziehung in den Anwendungsbereich der Zwischenbankbefreiung eine planwidrige Lücke im Gebührenrecht darstellt, und § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG daher *per analogiam* auch für sämtliche „Bad Banks“ gilt.

In Hinblick auf dieses Ergebnis ist eine Differenzierung zwischen den einzelnen „Bad Banks“-Konzepten nicht sinnvoll. Es besteht nämlich zwischen den „Bad Banks“ jeweils kein Unterscheidungsmerkmal, das im Rahmen der oberhalb vorgenommen teleologischen Auslegung von Bedeutung wäre. Relevant ist einzig, dass „Bad Banks“ von Kreditinstituten aufgebaute

---

<sup>1060</sup> S 1.2.4(a) oben.

Vermögenspositionen abbauen und dabei möglichst (kosten-)effizient vorgehen sollen – dies gilt für sämtliche „Bad Banks“-Modelle gleichermaßen.<sup>1061</sup>

(c) Gebührenbefreiung des § 11 Abs 1 GSA / § 165 Abs 1 BaSAG

(i) Ausgangspunkt

§ 11 Abs 1 GSA bzw § 165 Abs 1 BaSAG, deren konkreter Anwendungsbereich noch zu untersuchen sein wird, sehen eine weitere Gebührenbefreiung vor, die ua den Anfall von Zessionsgebühren gem § 33 TP 21 GebG vermeiden kann. Von sämtlichen bundesgesetzlich geregelten Abgaben befreit sind gem § 11 Abs 1 GSA bzw § 165 Abs 1 BaSAG sämtliche zur Durchführung des jeweiligen Gesetzes (dh GSA bzw BaSAG) erforderlichen Rechtsgeschäfte.

(ii) Persönlicher Anwendungsbereich

Jedenfalls (unmittelbar) anwendbar ist die Gebührenbefreiung des § 11 Abs 1 GSA für die Abbaueinheit iSd GSA; dasselbe gilt für die Gebührenbefreiung des § 165 Abs 1 BaSAG hinsichtlich der Abbaueinheit iSd BaSAG.

Offen ist damit lediglich, ob auch die Abbaugesellschaft von der gegenständlichen Gebührenbefreiung profitiert; hierfür muss insb der Anwendungsbereich von § 165 Abs 1 BaSAG genauer geprüft werden. Abbaugesellschaften unterliegen nämlich nicht dem Vollanwendungsbereich des BaSAG, wie sich (*e contrario*) aus § 162 Abs 6 BaSAG ergibt. Gem § 162 Abs 6 BaSAG sind (nur) die im 4. Teil des BaSAG geregelten Instrumente und Befugnisse für die Abbaugesellschaft anwendbar<sup>1062</sup>, die Gebührenbefreiung des § 165 Abs 1 BaSAG ist allerdings nicht im 4. Teil des BaSAG enthalten.

Aus teleologischer Sicht ist dennoch davon auszugehen, dass § 165 BaSAG auch für die Abbaugesellschaft zur Anwendung kommt. Eine Differenzierung zwischen Abbaueinheit iSd BaSAG und Abbaugesellschaft hinsichtlich deren gebührenrechtlicher Stellung erscheint nämlich nicht zweckmäßig.<sup>1063</sup> Dieses Ergebnis entspricht auch dem Regelungskonzept der

---

<sup>1061</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(a) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(a) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(a) oben.

<sup>1062</sup> S im Detail 2.3.3(e)(iii) oben.

<sup>1063</sup> S bereits 2.5.1(b) unmittelbar oben.



Abbaugesellschaft im Allgemeinen, da auch § 162 BaSAG eine Angleichung der Abbaugesellschaft mit der Abbaueinheit iSd BaSAG vornimmt, indem darin auf die für die Abbaueinheit iSd BaSAG geltenden Regelungen des § 84 BaSAG verwiesen wird (§ 162 Abs 1 BaSAG).

Zudem scheint die Systematik des BaSAG davon auszugehen, dass alle an § 162 BaSAG anschließenden Bestimmungen (also §§ 163 ff) Allgemeingültigkeit haben; geregelt werden neben der steuerrechtlichen Bestimmung in § 165 BaSAG in diesen Bestimmungen außerdem noch sprachliche Gleichbehandlung, Verweise, Vollziehungskompetenzen und das Inkrafttreten des BaSAG. Die in § 162 Abs 6 BaSAG festgelegte Teilanwendbarkeit des BaSAG für Abbaugesellschaften betrifft daher bei systematischer Betrachtung nicht den Anwendungsbereich von § 165 BaSAG und die darin enthaltene Gebührenbefreiung des § 165 Abs 1 BaSAG und begrenzt sohin deren Anwendungsbereich nicht. Die Gebührenbefreiung in § 165 Abs 1 BaSAG gilt deshalb auch für die Abbaugesellschaft.

### (iii) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Gebührenbefreiung nach § 11 Abs 1 GSA bzw § 162 Abs 1 BaSAG gilt für Geschäfte, die zur Durchführung des GSA bzw BaSAG „erforderlich“ sind.

Ob ein Rechtsgeschäft zur Durchführung „erforderlich“ ist, wird im Einzelfall zu beurteilen sein. Mit Blick auf von „Bad Banks“ vorgenommene bzw vorzunehmende Rechtshandlungen, werden aber prinzipiell sämtliche Tätigkeiten umfasst sein, die in den gesetzlichen Aufgabenbereich der jeweiligen „Bad Bank“ fallen. Ohne diese Tätigkeiten könnte nämlich das gesetzliche Ziel bzw die gesetzliche Aufgabe der „Bad Bank“ nicht erfüllt werden. Da diese gesetzlichen Aufgaben in BaSAG bzw GSA normiert sind, werden Tätigkeiten, die zu ihrer Erfüllung erforderlich sind zugleich jedenfalls auch zur Durchführung des GSA bzw BaSAG erforderlich sein. Anderenfalls wäre der Gebührenbefreiung in Hinblick auf „Bad Banks“ außerdem jeder sinnvolle Anwendungsbereich entzogen, was nicht der gesetzgeberischen Intention entsprechen kann.<sup>1064</sup>

Von der Gebührenbefreiung umfasst wäre somit beispielsweise das Veräußern von Forderungen im Zuge des Portfolioabbaus in Form einer (ansonsten gebührensensitiven) Abtretung.

---

<sup>1064</sup> Vgl *Kodek in Rummel/Lukas* § 6 Rz 85 ff.

(d) Fazit: Zwischenbankenbefreiung gilt auch für „Bad Banks“

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zwischenbankenbefreiung des § 33 TP 21 Abs 2 Z 2 GebG gleichermaßen für „Bad Banks“ wie für Kreditinstitute iSd BWG gilt.

Selbst wenn dieser Ansicht nicht gefolgt (und an die formale Eigenschaft als Kreditinstitut iSd BWG abgestellt) wird, gilt für sämtliche Rechtsgeschäfte, die im Aufgabenbereich der „Bad Banks“ liegen, die Gebührenbefreiung nach §§ 11 Abs 1 GSA bzw 165 Abs 1 BaSAG. Diese Gebührenbefreiung gilt, bei richtiger Auslegung, auch für Abbaugesellschaften.

### 2.5.2 Stabilitätsabgabe

§ 1 StabAbgG sieht vor, dass der Betrieb von Kreditinstituten einer Stabilitätsabgabe unterliegt. Kreditinstitute iSd StabAbgG sind nach dem BWG konzessionierte Kreditinstitute (Satz 2 *leg cit*).<sup>1065</sup>

Auf Grundlage des im ersten Teil dieser Arbeit erarbeiteten Ergebnisses, dass sämtliche „Bad Banks“ keine Kreditinstitute iSd BWG sind<sup>1066</sup>, kann daher zunächst festgehalten werden, dass der Betrieb einer „Bad Bank“ bei rein formaler Betrachtungsweise der Stabilitätsabgabe iSd StabAbgG nicht unterliegt.

Ein Abrücken von dieser formalen Betrachtungsweise scheint, anders als bei der Zwischenbankbefreiung<sup>1067</sup> nicht geboten, da das erzielte Ergebnis durchaus in Einklang mit einer genaueren Analyse der relevanten Bestimmungen steht. Das StabAbgG wurde im Zuge der Umsetzung der BRRD durch das BaSAG überarbeitet. Bei der Überarbeitung des StabAbgG wurde allerdings davon abgesehen, § 1 StabAbgG hinsichtlich „Bad Banks“ anzupassen bzw auf diese auszudehnen.<sup>1068</sup> Auch das GSA war zu diesem Zeitpunkt bereits in Kraft getreten. Dies spricht dafür, dass der Anwendungsbereich des StabAbgG – nach wie vor – formal an den Kreditinstitutsbegriff des BWG anknüpft.

---

<sup>1065</sup> S auch ErläutRV 981 BlgNR 24. GP (104).

<sup>1066</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>1067</sup> S 2.5.1(b) oben.

<sup>1068</sup> ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (34).

Eine teleologische Auslegung führt ebenso zu diesem Ergebnis, zumal eine reduzierte Abgabenbelastung für „Bad Banks“ durchaus im Sinne deren gesetzlich angeordneter Aufgabe (bestmöglicher Portfolioabbau unter Schonung öffentlicher Mittel<sup>1069</sup>) ist. Zudem ist der Wegfall bzw die Unanwendbarkeit kreditinstitutsspezifischer Regelungen, die eine Tätigkeit als Kreditinstitut an spezifische Auflagen knüpfen, im Rahmen der bei „Bad Banks“ erfolgenden Deregulierung<sup>1070</sup> vom Gesetzgeber durchaus bezweckt und bewusst verfolgt<sup>1071</sup>.

### 2.5.3 Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds

Durch die SRM-VO wird ein sog „einheitlicher Abwicklungsfonds“ auf europäischer Ebene geschaffen (vgl Art 1 bzw Kapitel 2 SRM-VO). Beiträge zu diesem Fonds werden von nationalen Abwicklungsbehörde bei Unternehmen iSd Art 2 SRM-VO nach Maßgabe der Art 68 ff SRM-VO eingehoben (Art 67 SRM-VO).<sup>1072</sup> Die Beitragspflicht österreichischer Institute ist in § 123a Abs 1 BaSAG normiert und richtet sich an „Institute“ mit Sitz im Inland, die gem Art 70 SRM-VO beitragspflichtig sind.

Wie die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit ergeben haben, sind die „Bad Banks“ des österreichischen Rechts jeweils keine Kreditinstitute und keine Institute iSd BaSAG.<sup>1073</sup> Somit kann die Beitragspflicht für „Bad Banks“ jeweils nicht gelten. Aus teleologischer Sicht ist dieses Ergebnis aufgrund derselben Gesichtspunkte sinnvoll, die bereits oberhalb zur Stabilitätsabgabe erörtert wurden<sup>1074</sup>. Auch systematisch wäre ein abweichendes Ergebnis nicht vertretbar, da die entsprechende Regelung im BaSAG enthalten ist und gerade dort davon auszugehen ist, dass die „Bad Banks“-Modelle bei der legislatischen Ausgestaltung Berücksichtigung erfahren und daher bewusst auf den – die „Bad Banks“ nicht umfassenden – Begriff der „Institute“ zurückgegriffen wurde.

---

<sup>1069</sup> FN 1059.

<sup>1070</sup> S im Detail insb 1.2.2(c)(ii) oben.

<sup>1071</sup> S etwa 2.3.3(a) oben.

<sup>1072</sup> S näher zum einheitlichen Abwicklungsfonds iSd SRM-VO etwa *Schaber/Brixner*, Bankenaufsicht: Institutionen, Regelungsbereiche und Prüfung, Kapitel 1.4.3.

<sup>1073</sup> S zur Abbaueinheit iSd GSA insb 1.2.2(c)(ii) oben, zur Abbaugesellschaft insb 1.2.3(c)(ii) oben bzw zur Abbaueinheit iSd BaSAG insb 1.2.4(c)(ii) oben.

<sup>1074</sup> S 2.5.2 unmittelbar oberhalb.

Da die BRRD keine Vorgaben dahingehend enthält, dass „Bad Banks“ – insb die im Zuge der Anwendung des Instruments der Ausgliederung von Vermögenswerten verwendete Zweckgesellschaft (dh die Abbaueinheit iSd BaSAG) – als Kreditinstitute oder CRR-Institute ausgelegt sein müssten und/oder einer Beitragspflicht gem SRM-VO unterliegen müssen<sup>1075</sup>, steht dieses Ergebnis im Einklang mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben.

---

<sup>1075</sup> S ErläutRV 361 BlgNR 25. GP (16); vgl Art 42 ff BRRD.

## **Literaturverzeichnis**

*Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz.

*Bauer/Hildner*, Die Sanierung, Abwicklung und Insolvenz von Banken – Ein vollendeter Dreiklang?, DZWIR 2015, 251.

*Bavenek-Weber/Petritz/Petritz-Klar*, Gebührengesetz Kommentar.

*Beck/Samm/Kokemoor*, Kreditwesengesetz mit CRR.

*Berka*, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts.

*Binder*, Komplexitätsbewältigung durch Verwaltungsverfahren?, ZHR 2015, 83.

*Binder/Glos/Riepe*, Handbuch Bankenaufsichtsrecht.

*Blauensteiner*, Neuerungen durch Basel III, ZLB 2013, 78.

*Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kommentar zu Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften.

*Brandl/Saria*, Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 (WAG 2018).

*Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Europäische Hochschulschriften (Reihe 02) Rechtswissenschaft / Law / Droit, 2375.

*Bundesministerium für Finanzen*, Gebührenrichtlinien 2007, Erlass BMF 22.2.2007, BMF-010206/0201-VI/5/2006.

*Bundesministerium für Finanzen*, Gebührenrichtlinien 2019, Erlass BMF 12.2.2019, BMF-010206/0094-IV/9/2018.

*Dederichs*, Die Methodik des EuGH: Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften.

*Dellinger*, Bankwesengesetz – BWG Kommentar.

*Dellinger*, Quotenschaden oder Vertrauensschaden? Zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht, wbl 1996, 173.

*Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz.

*Eichler/Hasenauer*, EMIR und REMIT – Die neuen Regularien der europäischen Finanz- und Energiemärkte, ÖBA 2014, 90.

*Fellner*, HETA und die neuen Bankenabwicklungsregeln nach BRRD/BaSAG: Ein Überblick in „FAQ“ Form, ecolex 2015, 365.

*Fellner*, Stempel- und Rechtsgebühren.

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar.

*Foglar-Deinhardstein*, Ergänzungskapital und Bad Bank, ecolex 2015, 636.

*Foster*, Blackstone's EU Treaties & Legislation 2019-2020<sup>30</sup>, Oxford University Press.

*Frotz/Hügel/Popp*, Kommentar zum Gebührengesetz.

*Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar.

*Haselberger*, Anwendungsformen der autonomen Auslegung aktueller Rechtsbegriffe, RZ 2014, 270.

*Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz.

*Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht

*Herda*, Sondergesellschaftsrecht und Sonderorganisationsrecht am Beispiel einer Gesellschaft öffentlichen Rechts, ÖZW 2012, 106.

*Hilkesberger/Schöller*, Sanierung und Abwicklung von Banken in Österreich nach dem BaSAG, Überlegungen zum Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken unter besonderer Berücksichtigung des Instruments der Gläubigerbeteiligung, ÖBA 2015, 533.

*Hofstätter/Stürzlinger*, Micro- und Macro-Hedging im Bilanzsteuerrecht, taxlex 2007, 529.

*Holler/Reiss*, Das österreichische Bankenpaket und die Staatsfinanzen, WiPol 2017/2, Staatsverschuldung und Fiskalpolitik.

*Homölle/Ruff/Türr*, Erfolgsfaktoren von Bad Banks, ÖBA 2010, 663.

*Hübner/Leunert*, Sanierung und Abwicklung von Banken nach SAG und SRM-VO, ZIP 2015, 2259.

*Jaeger/Stöger*, Kommentar zu EUV/AEUV.

*Jahn/Schmitt/Geier*, Handbuch Bankensanierung und -abwicklung.

*Kalss*, Die Ausfallhaftung eines Bürgen für Pensionsverpflichtungen eines Kreditinstituts im Lichte des BaSAG - Eine Kürzung oder ein Nichtzahlen von Pensionsleistungen im Rahmen eines Abwicklungsverfahrens gemäß §§ 48 ff BaSAG sind nicht zulässig, ASoK 2018, 42.

*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup>.

*Kalss*, Vollmachtsmissbrauch bei der organschaftlichen Vollmacht – Handlungspflichten für die Organe, GesRZ 2020, 158.

*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht.

*Katzengruber*, Die Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (BRRD) und deren Konsequenzen für österreichische Institute, ÖBA 2014, 513.

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.

*Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzordnung.

*Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht.

*Konecny*, Insolvenzgesetze.

*Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze.

*Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH-Gesetz.

*Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried*, Bank- und Kapitalmarktrecht.

*Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, Kommentar zum Bankwesengesetz.

*Lejsek*, Grundzüge des Bankaufsichtsrechts.

*Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?, GesRZ 2009, 253.

*Luschin*, Zur Konkursantragspflicht bei Kapitalgesellschaften, ZIK 1997, 215.

*Lux*, Staatliches Zahlungsmoratorium und Bürgschaft, ÖBA 2015, 648.

*Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV/AEUV.

*Moloney*, EU Securities and Financial Markets Regulation.

*Müller/Zahradnik*, Die Bürgschaft: Ein Kärntner „Drama“ in mehreren Akten, ecolex 2015, 933.

*Oppitz*, Der unions- und verfassungsrechtliche Rahmen aufsichtsbehördlichen Handelns, in *Rüffler/Raschauer* (Hrsg), Reform der Finanzmarktaufsicht, S 1-20.

Zitiervorschlag: Finanzmarktaufsicht (2018) [Seite]

*Perner*, Zum rechtlichen Rahmen der HETA-Abwicklung, ÖBA 2015, 239.

*Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht.

*Raschauer*, Lehren aus dem HETA-Erkenntnis, ecolex 2015, 928.

*Raschauer*, MiFiR – Eckpunkte der neuen Verordnung über Finanzinstrumente, ZFR 2012, 6.

*Rechnungshof*, Hypo Alpe-Adria-Bank International AG: Verstaatlichung, Bund 2015/5, 3.

*Rechnungshof*, Kommunalkredit Austria und KA Finanz AG, Bund 2012/10, 249.

*Reich-Rohrwig*, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285.

*Reisenhofer/Galostian Fard/ Habliczek*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG, Handbuch zu BaSAG, BaSaPV, EBA Leitlinien und ergänzenden EU-Rechtsakten zu Sanierungs- und Abwicklungsplanung sowie zur Berechnung der Abwicklungsfondsbeiträge.

*Retter*, Anordnung des Erlöschens von Verbindlichkeiten und Haftungen im Hypo-Sanierungsgesetz unverhältnismäßig, wbl 2015, 601.

*Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht.

*Riegler/Wesener*, Frühwarnparameter und Haftungen nach dem 4. Abschnitt des URG, ecolex 1997, 758



*Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht: Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, Vermögensübertragungen, Ausgliederungen.

*Rüffler*, Zur Zulässigkeit des Beherrschungsvertrages im österreichischen Recht, in Festschrift Koppensteiner (2001), 149.

*Rummel/Lukas*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.

*Schaber/Brixner*, Bankenaufsicht: Institutionen, Regelungsbereiche und Prüfung.

*Schauer*, Strukturmerkmale eines Sondergesellschaftsrechts für ausgegliederte Rechtsträger in *Aichner/Fina* (Hrsg), Festschrift Manfred Straube.

*Schellner/Dellinger*, EBA-Leitlinien – rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares soft law?, ÖBA 2020, 18.

*Schneider*, Bail-in-Regelungen aus ökonomischer Perspektive, ÖBA 2018, 251.

*Schöller*, Ausgewählte Fragen der Amtshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht, ÖBA 2019, 886.

*Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, ÖBA 1997, 855.

*Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar.

*Stadler*, Zehn Jahre danach: Weniger wäre mehr! Eine kritische Zwischenbilanz zu Fragen der Bankenregulierung und Finanzmarktstabilität, ÖBA 2019, 555.

*Stern*, Über den persönlichen Anwendungsbereich europäischer Bankenregulierung in Österreich, ZFR 2016, 159.

*Stock*, FMA veröffentlicht Rundschreiben zu Rechnungslegungsfragen und Bewertungsanpassungen bei Derivaten, ÖBA 2013, 79.

*Stöger*, VfGH kippt "Hypo-Schuldenschnitt": Aufhebung des HaaSanG und der HaaSanV zur Gänze und ohne Fristsetzung; Bundesgesetz zur Schaffung einer Abbaueinheit hingegen nicht beanstandet, ÖBA 2016, 549.

*Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz.

*Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch.

*Thole*, Bankenabwicklung nach dem SAG, ZBB 2016, 57.

*Torggler*, UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar.

*Weber*, Creifels kompakt, Rechtswörterbuch.

*Weismann*, Rekapitalisierung und Abwicklung von Banken: Rechtsrahmen und Anwendungspraxis, in Jahrbuch Beihilfenrecht 2018, 263.

*Weismann*, Spüren die Banken die Krise noch? Ein Rückblick auf das Banken-Beihilfenregime, in Jahrbuch Beihilfenrecht 2016, 395.

*Widhalm-Budak*, Fortbestehensprognose und Überschuldung, in *Konecny*, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, 247.

*Winner*, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006, 259.

*Winternitz/Beer/Steinmair*, WAG 2018: Kurzkommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz.

## **Annex: Abstract**

### **(a) Deutschsprachige Fassung**

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich mit „Bad Banks“ in Österreich und gliedert sich, ihrem Titel entsprechend, im Wesentlichen in zwei Teile.

Da es sich um die erste umfangreiche, rechtswissenschaftliche Aufarbeitung dieses Themas aus dem Blickwinkel des österreichischen Rechts handelt, wird im ersten Teil dieser Arbeit zunächst auf die Frage eingegangen, was „Bad Banks“ eigentlich sind und der Begriff in einen breiteren Kontext gesetzt. Nachdem Wesensmerkmale für „Bad Banks“ erarbeitet wurden, werden „Bad Banks“-Konzepte im österreichischen Recht herausgearbeitet und analysiert. Im Zuge dessen erfolgt insbesondere eine Analyse der rechtlichen Entstehung von „Bad Banks“ und eine Gegenüberstellung bestehender finanzmarktrechtliche Konzepte des österreichischen Rechts, wie etwa Kreditinstituten oder Wertpapierfirmen. Schließlich erfolgt auch eine Abgrenzung zu vergleichbaren Rechtsinstituten, die – nach der in dieser Arbeit vorliegenden Definition – keine „Bad Banks“ sind und es werden die herausgearbeiteten „Bad Banks“-Modelle miteinander verglichen und kategorisiert.

Der zweite Teil der Arbeit fußt auf den Erkenntnissen des ersten Teils, indem die dort gewonnenen Erkenntnisse zu den Eigenschaften der österreichischen „Bad Banks“ herangezogen werden, um den Rechtsrahmen für „Bad Banks“ abzustecken. Es wird ersichtlich, dass unterschiedlichste Regelungen – sei es aus dem Bereich des allgemeinen Zivilrechts, dem Finanzmarktaufsichtsrecht, dem Insolvenz- oder Abgabenrecht – die bestehenden „Bad Banks“-Konzepte nicht hinreichend berücksichtigen und ihre Relevanz und Anwendbarkeit für „Bad Banks“ fraglich ist. Im zweiten Teil soll durch systematische Analyse dieser Fragestellungen ein Problembewusstsein für die rechtliche Behandlung von „Bad Banks“ im österreichischen Recht geschaffen werden und Lösungsvorschläge erarbeitet werden, die nicht nur für die konkret behandelten Fragestellungen, sondern darüber hinaus als Ansatzpunkt für die systematische Erarbeitung des Rechtsrahmens für „Bad Banks“ herangezogen werden können.

(b) English version

This doctoral thesis analyses “Bad Banks” from an Austrian law perspective and – based on its title – follows a two-tier structure.

As this doctoral thesis constitutes the first comprehensive analysis of “Bad Banks” from an Austrian law point of view, the first part of this thesis focuses on the definition of a “Bad Bank” and its characteristics while putting “Bad Banks” into a broader context. Based on the worked-out characteristics and certain precedents, Austrian law “Bad Banks”-concepts are introduced and examined in detail. In the course of this analysis, the relevant “Bad Banks”-concepts are compared with existing and established (financial market regulatory) concepts of Austrian law, e.g. credit institutions and investment firms and it is reviewed whether “Bad Banks” qualify as such. Also, the first part of this thesis includes a differentiation between “Bad Banks” (as per the definition used in this thesis) and similar institutions of Austrian law. The first part concludes with a categorisation and final definition of Austrian “Bad Banks”.

The second part of this work is built on the results of its first part and uses them to determine the legal framework for “Bad Banks” in Austria. It becomes apparent that various fields of Austrian law, to a significant extent, do not take account of “Bad Banks” as a legal concept, and, as a result, their application and relevance for “Bad Banks” is not entirely clear. Against this background, the second part of this thesis not only aims to create an awareness of this issue *per se*, but seeks to systematically analyse the legal treatment of “Bad Banks” from different legal viewpoints (*e.g.* private law, corporate law, regulatory law, insolvency and tax law). The means of interpretation and approaches introduced in the second part of this thesis are intended to provide for a starting point also for the systematic development of the legal framework of “Bad Banks” even beyond the specific issues covered by this thesis.