

<b>Newsline</b>		
<i>Franz Rudorfer</i>	_____	79
<b>Neues in Kürze</b>		
<i>Florian Studer</i>	_____	94
<b>Börseblick – „Ampel auf Gelb“</b>		
<i>Stefan Maxian</i>	_____	96

**ABHANDLUNGEN**

<b>Das Instrument der Sanierungstreuhand in der Unternehmenskrise</b>		
<i>Florian Dollenz / Georg Wielinger</i>	_____	97
<b>Prüfung und Bearbeitung eines Überweisungsauftrags durch den beauftragten Zahlungsdienstleister nach ZaDiG 2018/PSD II</b>		
<i>Bernhard Koch</i>	_____	106
<b>Online-Identifikation von Bankkunden – Geldwäscherechtliche Voraussetzungen und Risiken</b>		
<i>Jeannette Gorzala</i>	_____	120
<b>How to choose between fixed- and variable-rate loans</b>		
<i>Edwin O. Fischer / Lisa-Maria Kampl</i>	_____	125

**BERICHTE UND ANALYSEN**

<b>Die Finanzmärkte im zweiten Halbjahr 2018</b>		
<i>Monika Rosen-Philipp</i>	_____	136
<b>Was ist eigentlich ... Attention Economy?</b>		
<i>Ewald Judt / Claudia Klausegger</i>	_____	139

**RECHTSPRECHUNG DES OGH**

2543. Datenschutz: Beginn der Präklusivfrist für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bei Dauerzustand. OGH 29. 5. 2017, 6 Ob 217/16d (mit Anm von <i>St. Foglar-Deinhardstein</i> )	_____	141
2544. Wechselprozess: kein vertraglicher Ausschluss von Einwendung aus dem Grundgeschäft. OGH 28. 8. 2018, 8 Ob 147/17a	_____	148
2545. ZaDiRL II: Online-Sparkonten sind keine Zahlungskonten. OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 207/18x	_____	149
2546. FX-Kredit: keine Pflicht zur Aufklärung über das „Stützungsrisiko“. OGH 25. 9. 2018, 4 Ob 176/18p	_____	150
2547. FX-Kredit: Mitverschulden des fehlberatenen Kunden wegen unterlassener Konvertierung? OGH 25. 9. 2018, 4 Ob 59/18g	_____	151

2548. FX-Kredit: Verjährung des Anspruchs wegen unterlassener Aufklärung über die fehlende Eignung zur Pensionsvorsorge. OGH 26. 9. 2018, 1 Ob 153/18h _____	<b>151</b>
2549. Zur Konvertierung von Verbraucher-FX-Krediten. OGH 26. 9. 2018, 7 Ob 155/18x _____	<b>152</b>

## ERKENNTNISSE DES VwGH

231. Die Obergrenzen für Großkredite sind sowohl auf Einzelbasis als auch auf konsolidierter Basis einzuhalten. VwGH 22. 10. 2018, Ra 2017/02/0208 _____	<b>153</b>
232. VwGH verneint mehrere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Börserecht. VwGH 29. 10. 2018, Ra 2018/02/0213 (ebenso Ra 2018/02/0211, Ra 2018/02/0212) _____	<b>154</b>
233. VwGH zur Derogationswirkung zweier aufeinander folgender Vorstellungsbescheide der FMA. VwGH 27. 11. 2018, Ra 2018/02/0162 _____	<b>154</b>

In diesem Heft inserieren: Linde Verlag, S. 105; OeKB, U 2; Raiffeisen Bank International, U 3.

Die Inhalte des Österreichischen BankArchivs sind in folgenden Fachdatenbanken verfügbar:

LexisNexis® Online – [www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at) (Beiträge und Rsp als Volltext ab 2002);  
Lindeonline – [www.lindeonline.at](http://www.lindeonline.at) (Beiträge und Rsp als Volltext ab 2009);  
RDB Rechtsdatenbank – [www.rdb.at](http://www.rdb.at) (Beiträge und Rsp als Volltext ab 2003);  
RIDA Rechts-Index-Datenbank – [www.rida.at](http://www.rida.at) (Beiträge und Rsp als Volltext ab 2003).

## IMPRESSUM

Das Bank-Archiv ist eine unabhängige Fachzeitschrift für das gesamte Geld-, Bank- und Börsenwesen mit dem Ziel der Veröffentlichung einschlägiger Informationen für Wissenschaft und Praxis. Es wurde 1953 von o. Univ.-Prof. Dr. h.c. Dr. *Hans Krasensky* als Österreichisches Bank-Archiv begründet und wird seit 1988 als Bank-Archiv geführt (Zitierweise ÖBA). Für den Inhalt der einzelnen Beiträge tragen ausschließlich die Autoren die wissenschaftliche Verantwortung. Das Bank-Archiv veröffentlicht ausschließlich Originalmanuskripte. Manuskripte sind an die Redaktion, Frankgasse 10/7, A 1090 Wien, zu senden. Die Autoren verpflichten sich mit der Einsendung der Manuskripte, diese bis zur Entscheidung über die Annahme nicht anderweitig zur Veröffentlichung anzubieten. Für unaufgefordert eingereichte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen. Für die Manuskriptrichtlinien siehe <http://www.bwg.at> > BankVerlag > ÖBA > Autoren-Richtlinien – Als Abhandlungen gekennzeichnete Beiträge unterliegen ausnahmslos dem international üblichen Double-Blind-Review-Verfahren.

**Eigentümer und Herausgeber:** Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft, Frankgasse 10/7, A 1090 Wien, Tel.: +431 / 533 50 50, Fax: +431 / 533 50 50 33, e-mail: [office@bwg.at](mailto:office@bwg.at) – Schriftleitung: Dr. *Markus Bunk* – Herausgeber: RA Univ.-Prof. Dr. *Raimund Bollenberger*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinki*; Univ.-Prof. Dr. *Markus Dellinger*; Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalsz*; Prof. (FH) Mag. *Otto Lucius*; ao. Univ.-Prof. Dr. *Roland Mestel*; RA Priv.-Doz. MMag. Dr. *Martin Oppitz*; Univ.-Prof. Dr. *Stephan Paul*; Univ.-Prof. Dr. *Stefan Pichler*; RA Univ.-Prof. Dr. *Christian Rabl*; Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper*; Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Steiner*; Univ.-Prof. Dr. *Karl Stöger* – Herausgeberbeirat: Univ.-Prof. Dr. *Matthias Bank*, CFA; Hofrätin des OGH Hon.-Prof. Dr. *Wilma Dehn*; Prof. Dr. *Andreas Dombret*; Präsidentin des OGH i.R. Hon.-Prof. Dr. *Irmgard Griss*; Dir. Univ.-Prof. Dr. *Andreas Grünbichler*; Univ.-Prof. Dr. *Michael Hanke*; Vizegouverneur Mag. *Andreas Ittner*; RA Dr. *Markus Kellner*; Hon.-Prof. Dr. Dr. *Bernhard Koch*; o. Univ.-Prof. i.R. Dr. Dr. h.c. *Helmut Koziol*; Univ.-Prof. Dr. *Brigitta Lurger*.

**Verleger:** (Offenlegung gem. § 25 Abs 1 bis 3 Mediengesetz) LINDE VERLAG Ges.m.b.H., Scheydgasse 24, A 1210 Wien, Tel.: +43 1 24 630 Serie. Gesellschafter: Die Verlassenschaft nach Herrn *Axel Jentsch* (mit 99%) und Mag. *Andreas Jentsch* (mit 1%). Geschäftsführer: Mag. *Klaus Kornherr* / BankVerlagWien, Frankgasse 10/7, A 1090 Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag wissenschaftlicher Bücher und Zeitschriften, insb. der Zeitschrift BankArchiv, der Bankwissenschaftlichen Schriftenreihe und der Diskussionsreihe Bank & Börse. Der Bank Verlag Wien ist eine Abteilung der Österreichischen Bankwissenschaftlichen Gesellschaft, gemeinnütziger Verein. Geschäftsführer: Dr. *Markus Bunk*, Frankgasse 10/7, A 1090 Wien, Tel.: +43 1 533 50 50 – **Herstellung:** Satz: Dipl.-HTL-Ing. *Franz König*, BEd, Niederreiterberggasse 13/2/1, A 1230 Wien, Tel.: 0664/735 88 450; Druck: novographic Druck GmbH., Walter-Jurmann-Gasse 9, A 1230 Wien, Tel.: 01/888 26 73.

**Bestellinformation:** ISSN 1015-1516. Erscheinungsweise: monatlich. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung oder der Linde Verlag entgegen. Jahresabonnement 2019: € 264 inkl. 10% Mehrwertsteuer zzgl. Versandkosten. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das Abonnement automatisch zu den jeweils gültigen Konditionen auf ein Jahr weiter. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis jeweils spätestens 30. November schriftlich erfolgen. Der Bezugspreis ist im Voraus zahlbar. Anzeigenaufträge werden vom Linde Verlag, Fr. *Hladik*, Tel.: +431 24 630-19, E-Mail: [gabriele.hladik@lindeverlag.at](mailto:gabriele.hladik@lindeverlag.at), entgegengenommen.

**Urheberrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Photokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe insbesondere durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendungen, im Magnettonverfahren oder auf elektronischem, digitalem oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

Für den Fall der Annahme und Veröffentlichung des eingereichten Manuskriptes geht das zeitlich und räumlich unbeschränkte, ausschließliche Werknutzungsrecht für alle Sprachen vom Autor/von den Autoren an den Verlag über. Dies gilt insbesondere für das Recht auf Vervielfältigung in allen technischen Verfahren, der Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe und Verwertung in jedweder, auch elektronischer Form. Letztere schließt insbesondere das Recht der Speicherung in Datenbanken, der Vervielfältigung auf Speichermedien aller Art, der Ausgabe aus Datenbanken in allen Formen einschließlich der Sendung sowie der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer von Datenbanken ein. Die Einreichung des Manuskriptes gilt als diesbezügliche Erklärung des Einverständnisses zur Einräumung sämtlicher Rechte durch den Autor/die Autoren. Bei Beiträgen von Arbeitsgruppen wird vorausgesetzt, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Einräumung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem für Artikel und druckfertige Entscheidungen an den/die Verfasser zu vom Eigentümer und Herausgeber festgesetzten Sätzen geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Zugleich erlischt damit die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres. Dieser Zeitraum gilt keinesfalls für die Verwertung durch Datenbanken.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Zeitschrift trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlages, des Herausgebers oder der Autoren ausgeschlossen ist. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in dieser Zeitschrift berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Waren- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benützt werden dürften.

Das ÖBA richtet sich an Leser beiderlei Geschlechts. Der einfacheren Lesbarkeit halber wird die männliche Form verwendet.



Franz Rudorfer

## 1. Topthemen

### Spekulative Immobilienfinanzierung

Ausgelöst durch Interpretationen der EBA aufgrund von Anfragen aus der Kreditwirtschaft (mehrere EBA-Q&As 2017 und 2018) wird die derzeitige Auslegung zur Definition der spekulativen Immobilienfinanzierung gemäß Art. 4 Abs. 1 Z 79 CRR verschärft. Die EBA könnte so verstanden werden, dass bei Absicht, eine Immobilie mit Gewinn wiederzuverkaufen, von einer spekulativen Immobilienfinanzierung auszugehen sei. Das würde einen sprunghaften Anstieg der RWAs für Immobilienkredite (von derzeit 35% bzw. 50% auf 150%) bewirken und damit zu einer spürbaren Verteuerung von Immobilienkrediten führen. Die EZB hat dafür eine Frist bis Mitte 2019 für die signifikanten Institute gesetzt.

### Klarstellung durch die FMA

Mitte Dezember hat die FMA Klarstellungen zu ihrem Rechtsverständnis getroffen. Aufgrund intensiver Bemühungen der Bundessparte ist es gelungen, für das Neugeschäft eine Quotenlösung zu erreichen, wenngleich der Schwellenwert mit 51% erforderliche Vorverwertung hoch ist. Wir hatten eine solche Quotenlösung gefordert, da sie auch der zukünftigen Basel-IV-Regelung entsprechen wird, wonach ein signifikanter Anteil bereits verwertet sein muss, um eine 150% RWA-Gewichtung hintanzuhalten. Bei Vorliegen von unwiderruflichen Verträgen über den Verkauf von Liegenschaften oder Liegenschaftsanteilen in Höhe von zumindest 51% (entweder des Anteils an bereits verkauften Liegenschaftsanteilen oder des gesamten Kreditvolumens) muss somit keine Einordnung in die Forderungsklasse gemäß Art. 128 CRR (150% RWA) erfolgen. Solange die realisierte Vorverwertung die Schwelle von 51% noch nicht erreicht hat, regt die FMA die Verwendung eines sog. „Loan Splitting“ an.

Für die Anpassung der RWAs beim Bestand wird Zeit bis 31.12.2020 eingeräumt.

Finanzierungen gemäß WGG bzw. solche, die sich auf nach den einschlägigen Landesgesetzen zur Neubauförderung geförderte Objekte beziehen, gelten laut FMA als nicht spekulativ.

### FMA-Aufsichts- und Prüfschwerpunkte 2019

Die FMA hat Ende 2018 die Aufsichts- und Prüfschwerpunkte für 2019 veröffentlicht.

Folgende Schwerpunkte werden definiert:

- **IT-Sicherheit und Cybersecurity**

Ein Schwerpunkt wird hier auf die Überprüfung der praktischen Umsetzung der Anforderungen des 2018 veröffentlichten FMA-Leitfadens gelegt. Darüber hinaus werden IT-Risiken und IT-Sicherheit schwerpunktmäßig im Rahmen von Prüfungen vor Ort adressiert, mit einem Schwerpunkt auf ausgelagerte Funktionen und Cloud Computing. 2019 wird auch ein erstes Cyber-Planspiel für den Bankensektor veranstaltet.

- **Nachhaltigkeit der Geschäftsmodelle**

Die Zuwachsraten bei Immobilienkrediten sind seit einigen Jahren hoch. Daher wird die FMA vermehrt die Kreditvergabestandards bei der Finanzierung von Privat- und Gewerbeimmobilien prüfen. Darüber hinaus wird das aufsichtliche Meldewesen zu Kreditvergabestandards ausgebaut. Die FMA wird die nachhaltige Vergabe von Immobilienkrediten auch aus dem Blickwinkel des kollektiven Verbraucherschutzes prüfen.

- **Niedrigzinsumfeld – Vorbereitungen auf eine Normalisierung der Geldpolitik**

Die FMA wird eine Reihe von Maßnahmen setzen, um die beaufsichtigten Unternehmen auf einen Zinsanstieg und eine Änderung der Liquiditätspolitik der EZB vorzubereiten, insb. mit Stresstests zu Zins- und Liquiditätsschocks. Das Management von Zinsänderungsrisiken im Bankbuch wird besonders geprüft.

- **Analyse des Schattenbanksektors**

Die FMA analysiert die Entwicklung in Österreich dahingehend, ob es zu Ausweichbewegungen aus dem regulierten Bereich in den Schattenbankensektor kommt, die auf eine Umgehung von Regulierung und Aufsicht hindeuten. Auf dieser Analyse aufbauend untersucht die FMA mögliches Ansteckungspotential für den regulierten Finanzbereich.

- **Governance**

Mit ausgewählten beaufsichtigten Unternehmen sind Governance-Workshops geplant, die den Unternehmen Best Practice im Bereich Governance aufzeigen und deren Ergebnisse in die Gesamtrisikobetrachtung der Unternehmen integriert werden. Die Zusammenarbeit der Aufsicht mit dem Compliance-Beauftragten und der Internen Revision soll intensiviert werden. Die FMA wird ihre Anforderungen an die neue Funktion des Compliance-Beauftragten in Banken nach § 39 Abs. 6 BWG schärfen und für den Markt transparent kommunizieren. Im Versicherungsbereich wird ein Schwerpunkt auf die Überprüfung, wie Schlüsselfunktionen ihre Aufgabe in der Praxis wahrnehmen, gelegt werden.

- **Ausbau der Conduct-Aufsicht**

Die FMA wird ihren Aufsichtsfokus auf die Wechselwirkungen der Conduct-, Geldwäsche- und Solvenzrisiken weiter vertiefen; Analyseergebnisse werden zur Sensibilisierung der beaufsichtigten Unternehmen verwendet und bei Aufsichtsmaßnahmen berücksichtigt.

- **Kollektiven Verbraucherschutz ausbauen**

Die FMA wird im Rahmen einer Informationsoffensive Verbraucher über die spezifischen Risiken von Konsumkrediten informieren und sensibilisieren.

- **Markttransparenz und Informationspflichten**

Der letztjährige Aufsichtsschwerpunkt zur Einhaltung der Informationspflichten aus MiFID II, IDD und der PRIIP-Verordnung bei Wertpapier- und Versicherungsanlageprodukten wird beibehalten. Die FMA wird einen Fokus auf die transparente Darstellung von Kosten und Gebühren von Versicherungsunternehmen, Pensionskassen und Investmentfonds legen. Bei Investmentfonds wird zudem ein Augenmerk auf die Verrechnung von Managementgebühren trotz passiver Anlagestrategie (Closet Indexing) und der Verwendung von leistungsabhängigen Managementgebühren (Performance Fees) gelegt.

- **Standards für den Vertrieb von Finanzprodukten**

Die FMA wird im Rahmen des Konzepts der integrierten Vertriebsaufsicht

einen Schwerpunkt auf die Überprüfung der fachlichen Qualifikation und des Ausbildungsstands der Vertriebsmitarbeiter in den beaufsichtigten Unternehmen legen.

- **Stärkung der Abwicklungsbereitschaft und Krisenresistenz von Banken**

Die FMA wird nationale Umsetzungskonzepte für die Abwicklungsinstrumente – sowohl für das Instrument der Gläubigerbeteiligung (Schuldenschnitt) als auch für die ebenso wesentlichen Transferstrategien – finalisieren. Diese Umsetzungskonzepte werden 2019 erstmalig in der nationalen als auch grenzüberschreitenden Abwicklungsplanung Eingang finden. Zudem sind in Abstimmung mit dem SRB erste Abwicklungspläne geplant, an denen sich die FMA beteiligen wird. Weiters wird die FMA 2019 erstmals verbindliche Vorschriften der MREL (Minimum Requirement for Own Funds and Eligible Liabilities) durchführen. Ein weiterer Schwerpunkt wird auf der Fähigkeit der Banken zur Bereitstellung von Daten im Abwicklungsfall liegen. Auch werden die neue bei der WKÖ angesiedelte Einlagensicherungseinrichtung sowie die Einlagensicherung der Sparkassen im Rahmen eines IPS auf ihre Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Systeme und Prozesse überprüft werden.

### Basel III – CRR-Review

Zum CRR-Review, mit dem Änderungen in der CRR/CRD IV/BRRD und SRMV vorgesehen sind, ist es im Dezember zu einer Einigung in den Trilogverhandlungen zwischen Rat, EU-Parlament und Kommission gekommen. Technische Detailfragen sind noch offen, sodass der finale Beschluss noch aussteht.

### Wesentliche Punkte der Einigung:

#### Proportionalität für kleine und mittlere Banken

Erleichterungen für Banken im Bereich Meldewesen, Offenlegung, Vergütung, bei der NSFR sowie bei den Abwicklungsplänen, wenn die Bilanzsumme unter 5 Mrd. € liegt, kein großes Handelsbuch geführt wird und keine internen Modelle verwendet werden (außer das Modell wird auf der Gruppenebene entwickelt) und wenn 75% des Geschäftsvolumens im EWR abgewickelt wird. Für kleine Banken soll es vor allem Entlastungen im Meldewesen geben, wonach zukünftig jedenfalls 10–20% weniger an Meldedaten übermittelt werden müssen.

### Meldewesen

Abgesehen von der geplanten Reduzierung des Meldewesens für kleinere Banken ist *langfristig ein integriertes Meldewesen bei der EBA geplant*. Die EBA muss bis Ende 2019 dazu einen Bericht erstellen und in der Folge innerhalb von 12 Monaten von der Kommission ein Legislativvorschlag erarbeitet werden. Darüber hinaus wird in Art. 104 CRD (Aufsichtsbefugnisse in der Säule 2) ein eigener Absatz eingefügt, wonach die Aufsicht Daten, die sie schon einmal angefordert hat, nicht nochmals anfordern darf. Weiters wird in Art. 101 (5) CRR festgeschrieben, dass für Durchführungsverordnungen im Meldewesenbereich eine mindestens 6-monatige Vorlaufzeit zu beachten ist.

### Weitere Erleichterungen bei der KMU-Finanzierung

Der KMU-Faktor in Art. 501 CRR (betrifft Standardansatz- und IRB-Banken), wonach bei Krediten an KMUs in den Asset-Klassen Retail, Corporate und Real Estate das Exposure mit 0,76 multipliziert werden kann und somit das Risikogewicht abgesenkt wird, wird zukünftig bis zu einem Kredit-Schwellenwert von 2,5 Mio. € (statt bisher bis 1,5 Mio. €) zulässig sein. Darüber hinaus kann KMU-Exposure über 2,5 Mio. € mit einem um 15% niedrigeren Risikogewicht unterlegt werden.

### Erleichterungen bei Infrastrukturfinanzierungen

In Art. 501a CRR wird ein Durchrechnungsfaktor von 0,75% für Infrastrukturfinanzierungen sowohl im Standardansatz als auch im IRB-Ansatz vorgesehen, wodurch ebenfalls die Risikogewichte reduziert werden.

### Erleichterungen bei Eigenemissionen und Verringerung der Eigenmittel

Bei der Emission von CET 1 wird zukünftig die Bewilligungspflicht entfallen, wenn sich die Instrumente nicht von schon bisher emittierten und seitens der Behörde genehmigten Instrumenten unterscheiden (Art. 26 Abs. 3a CRR). Auch bei der Reduktion von Eigenmitteln kann zukünftig unter gewissen Umständen (u.a. wenn die Reduktion unwesentlich ist) eine Bewilligung durch die zuständige Behörde entfallen (Art. 77 Abs. 1b und c CRR).

### Immaterielle Vermögenswerte (Software) müssen nicht mehr von den Eigenmitteln abgezogen werden

Positiv ist die Möglichkeit für Banken, immaterielle Vermögenswerte nicht mehr vom Eigenkapital (CET 1) abziehen zu müssen. Damit werden Investments der

Banken in ihre IT gefördert und ein Level Playing Field mit den USA geschaffen. Die Inanspruchnahme der Ausnahme soll erst nach einem EBA RTS über die Definition und Bewertung von nicht-abzuziehenden immateriellen Vermögenswerten zulässig sein. Die Ausnahme soll nur für Software-Assets gelten.

### Eine verbindliche Leverage Ratio von 3%

(zzgl. 50% Puffer Add-on für global systemrelevante Institute, d.h. bei G-SII-Puffer von 1% CET-1-Kapital ein Add-On bei der LR von 0,5%); Die Kapitalmessgröße bleibt weiterhin das Tier-1-Kapital und nicht – wie vom EP gefordert – nur das CET-1-Kapital. Folgende Risikopositionen können u.a. aus dem Exposure Measure ausgenommen werden: (i) gewisse Central Bank Exposures und (ii) Exposure, das mit 0% gem. Art. 113 (6) CRR zu gewichten ist (Intra-Group-Exposure) inkl. Exposure in einem IPS/Haftungsverbund, sofern alle Voraussetzungen des Art. 113 (6) und (7) CRR erfüllt sind (damit ist wohl auch die *Liquiditäts-Reserve* von der Bemessungsgrundlage der LR ausgenommen.) Signifikante Institute müssen zukünftig die LR häufiger als bisher (vierteljährlich) melden, um einem befürchteten sog. Window-Dressing zum Meldestichtag entgegen zu wirken. Hier werden Details noch von EBA ausgearbeitet.

### Eine verbindliche langfristige Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio),

die bereits jetzt zu berechnen und an die Aufsicht zu melden ist, wird eingeführt, wobei die einzelnen Parameter, insbesondere die Required-Stable-Funding(RSF)-Faktoren granularer geregelt werden. Generell werden entsprechend den EU-Marktbedingungen, Covered Bonds und Staatsanleihen besser behandelt (d.h. es sind niedrigere RSF-Sätze vorgesehen), als dies im Basler Regelwerk der Fall ist. Für Banken unter € 5 Mrd. Bilanzsumme wird es eine vereinfachte NSFR geben.

### Änderungen bei den Großkreditbestimmungen

Als Eligible Capital gilt nur mehr Tier-1-Kapital (nach der jetzigen CRR-Fassung kann zusätzlich zum Tier-1-Kapital auch bis max. 33% des Tier-1-Kapitals Tier-2-Kapital herangezogen werden). Somit werden mehr Kredite zu Großkrediten, sind im AR zu genehmigen und zu melden. An der grundsätzlichen Definition eines Großkredits (10% des Eligible Capital) und an der Höchstgrenze von 25% (bzw. 150 Mio €) des Eligible Capitals ändert sich nichts. Die Ausnahme für Intra-Group-Exposure und Exposure

in dezentralen Sektoren (bei Liquiditätsausgleich) bleibt bestehen (Behördenwahlrecht in Art. 400 (2) CRR; ist durch § 103q Z. 4 BWG umgesetzt).

### **Der neue Marktrisikansatz (sog. Basler Fundamental Review of the Trading Book – FRTB)**

wird nur als Meldevorgabe eingeführt. Eine verbindliche Einführung erfolgt in der EU erst über einen zusätzlichen Legislativtext, den die Kommission noch ausarbeiten muss, basierend auf der aktuellen Einigung des Basler Ausschusses zum finalen Marktrisikostandard vom 14.1.2019.

Für Banken mit kleinerem Handelsvolumen wird es vereinfachte Ansätze geben:

- *vereinfachter Standardansatz (gem. Art. 325a CRR)*  
Wenn Handelsvolumen unter 10% der Bilanzsumme und nicht größer als 500 Mio. €; diese Banken können den bisherigen Marktrisiko-Standardansatz weiter verwenden.
- *sog. kleines Handelsbuch*  
Banken mit Handelsvolumen unter 5% der Bilanzsumme und unter 50 Mio. € können ein sog. kleines Handelsbuch führen, d.h. sie können die HB-Positionen wie im Bankbuch behandeln.

### **Kapital-Waiver für grenzüberschreitende Bankengruppen**

kommen – im Gegensatz zum ursprünglichen Kommissionsentwurf – nicht, weil sich hier der Rat vehement dagegen ausgesprochen hat.

### **Änderungen beim Kreditrisiko (KSA und IRB)**

- *Pension / Salary secured Loans*  
Hier werden die Risikogewichte im KSA für Kredite, die mit Gehalts- oder Pensionszahlungen besichert sind inkl. Ablebensversicherungen, direkte Tilgung durch Arbeitgeber/Pensionsfonds (durch Abzug) und monatliche Raten, die nicht 35% des monatlichen Nettoeinkommens übersteigen, abgesetzt. Anstatt dzt. 75% RW wird ein RW von 35% vorgesehen.
- *Verringerung der LGD-Quoten für IRB-Banken bei „massive disposal“ von NPE (Non-performing exposure)*  
Es wird eine Vergünstigung für IRB-Banken im Kreditrisiko (in Art. 181 (1) CRR) eingeführt. Wenn eine IRB-Bank mind. 15% ihrer NPEs abbaut, dann soll sie das in ihren LGD(Verlustquote bei Ausfall)-Berechnungen in Anschlag bringen können. Die NCA muss das bewilligen und beurteilen, ob Verringerung der LGD-Werte angemessen ist.

### **Vergütung**

Hier wird es zu Entlastungen für kleinere Banken (unter 5 Mrd. €) und auch für kleinere Boni in größeren Banken kommen. Die Regelungen über die Zurückstellung von 40% der variablen Gehaltsbestandteile für einen Zeitraum von 5 Jahren sollen für kleine Banken und kleine Boni von größeren Banken (unter 50.000 €) gänzlich abgeschafft werden.

### **SREP (Supervisory Review Evaluation Process)**

Die Proportionalität im SREP wird erhalten; vereinfachte Generalbescheide sind weiterhin zulässig. Weiters soll die EBA die Einführung von ESG(Environmental, Social, Governance)-Kriterien im SREP prüfen. Darüber hinaus werden AML-Aspekte in den SREP integriert, d.h. die Funktionsfähigkeit der Geldwäsche-Präventionssysteme wird nun auch im SREP geprüft, insb. hinsichtlich Governance, Fit & Properness der Vorstände und Bankeigentümer etc.

### **Säule-2-Capital-Add-ons und Capital Guidance (P2G)**

Der *Säule-2-Capital-Add-on* darf nicht mehr für makroprudentielle Risiken herangezogen werden, sondern nur mehr für institutsspezifische. Als Ausgleich dafür wird der O-SII-Puffer (für systemrelevante Institute) auf bis zu 3% angehoben (dzt. bis 2% CET-1-Kapital).

Weiters wird es eine *Eingrenzung der Pillar-2-Kapitalvorgaben* (betrifft nicht die Puffer) geben:  $\frac{3}{4}$  müssen T-1-Kapital sein, davon müssen  $\frac{3}{4}$  CET-1-Kapital sein; d.h.  $\frac{1}{4}$  der Säule-2-Vorgaben können mit T-2-Kapital erfüllt werden, somit müssen 56,25% der Säule-2-Kapitalvorgaben aus CET-1-Kapital bestehen. Die nationale Behörde kann aber auch mehr T1- bzw. auch CET-1-Kapital verlangen. *Guidance on additional own funds (P2G)*: Dieses Instrument wird jetzt schon von der Aufsicht angewandt, nunmehr wird dies auch explizit in der CRD verankert. Wenn man bei der P2G die Empfehlung der Aufsicht nicht erfüllt, werden die Ausschüttungsbeschränkungen des Art. 141 CRD nicht ausgelöst.

### **Änderungen beim Puffer-Regime**

Die nationalen Aufsichtsbehörden werden mehr Spielraum bei der Vorschreibung von Puffern, insb. beim Systemrisikopuffer bekommen.

### **Änderungen bei MREL (Minimum Requirements for Own Funds and Eligible Liabilities)**

Beim von der Abwicklungsbehörde vorgeschriebenen Bail-in-Kapital für den Abwicklungs- und Sanierungsfall wurden Änderungen beschlossen.

Generell werden die *Anrechnungskriterien für MREL-fähige Verbindlichkeiten wesentlich granularer*. Es wird jedoch Übergangsbestimmungen für bereits emittierte MREL-Verbindlichkeiten geben.

MREL wird weiterhin Instituts-individuell in der Säule 2 vorgeschrieben, außer für internationale Großbanken und sog. **Top-Tier-Banken**, die in der Abwicklungsgruppe über eine Bilanzsumme von 100 Mrd. € kommen (abhängig von Single-Point-of-Entry- oder Multiple-Point-of-Entry-Abwicklungsstrategie). Hier ist MREL eine harte Säule-1-Vorgabe, wo die Vorgaben für TLAC-Banken ausschließlich und für Top-Tier-Banken großteils mit Subordinierten Instruments (neue Asset-Klasse in § 131 BaSAG) zu erfüllen sein werden. Für Top-Tier-Banken wird ein Minimum-Subordinierungs-Level in Säule 1 von 13,5% RWA und 5% der LR vorgeschrieben.

Um die bereits bestehenden MREL-Regeln mit den internationalen TLAC-Regeln für G-SIIs in Einklang zu bringen sind zukünftig zwei MREL-Quoten einzuhalten: eine RWA-spezifische und eine (wie bisher) im Verhältnis zur Gesamtbilanzsumme. Das (zukünftige) Abstellen auf die RWAs ist prinzipiell positiv, weil das reine Abstellen auf die Bilanzsumme die Gefahr mit sich gebracht hätte, dass riskante Geschäftsmodelle gegenüber reinen Retailbanken unter Umständen bevorzugt werden. RWA sind risikosensitiv; ein höheres Risiko führt daher zu einem höheren MREL-Erfordernis.

*Die Behörde kann generell eine teilweise Erfüllung der MREL-Vorgaben durch vorrangige Schuldtitel vorschreiben.*

Weiters wird das Konzept von „*Internal MREL*“ eingeführt. In einer Abwicklungsgruppe aus mehreren Bankentöchtern kann die NCA bei Töchtern, die selbst nicht Resolution Entity sind, vorschreiben, dass diese gruppenintern MREL emittieren; die Mutter kauft dieses MREL und in einem Krisenszenario bei der Tochter kann der Verlust auf die Mutter übertragen werden, ohne dass die Tochter formell einem Abwicklungs-/Sanierungsverfahren unterzogen wird. Waiver für Internal MREL in Gruppen und in IPS im selben Mitgliedstaat werden jedoch möglich sein.

*Der Vertrieb von MREL an Retail-Kunden wird wesentlich eingeschränkt* (Mindeststückelung von 10.000 €) und damit de facto unmöglich gemacht.

Falls ein Institut für eine gewisse Zeit nicht im Stande ist, erforderliches neues MREL-Kapital zu emittieren (bei Abreifen der vorhandenen MREL-Instrumente), wird eine 9-monatige Stillhaltefrist der Aufsicht vorgesehen; d.h. es wird kein automatisches Auffüllen der MREL-Vor-

gaben mit CET-1-Kapital aus den Puffern und somit Ausschüttungsbeschränkungen geben, wie ursprünglich von der Kommission vorgeschlagen.

Die konkreten In-Kraft-Tretens-Bestimmungen sind noch nicht bekannt. Im Regelfall sind Richtlinien (betrifft die CRD und die BRRD) 2 Jahre nach Veröffentlichung im Amtsblatt umzusetzen. Die CRR könnte als direkt-anwendbare Verordnung – sofern Bestimmungen nicht mit Bestimmungen in der CRD und BRRD korrespondieren – auch früher in Kraft gesetzt werden. Bei einigen Bestimmungen (TLAC/MREL, Leverage Ratio, Großkredite, NSFR) müsste die Umsetzung laut Basler Ausschuss möglichst rasch passieren, sodass ein recht zeitnahes In-Kraft-Treten hier möglich erscheint.

### Aufsichtsreform

Ende November wurden die Grundzüge der Reform der Finanzmarktaufsicht im Ministerrat beschlossen. Die legislative Umsetzung ist bis Mitte 2019 und das In-Kraft-Treten der neuen Aufsichtsorganisation per 1.1.2020 vorgesehen.

Wesentliche Neuerung ist vor allem, dass die **Bankenaufsicht zukünftig in der FMA gebündelt wird**. Somit wird der gesamte Bereich Bankenprüfung und Analyse von der OeNB in die FMA übersiedelt, wobei die makroprudentielle Aufsicht (Überwachung der Finanzmarktstabilität) in der OeNB verbleibt. Die OeNB kann auf Basis eines Direktoriumsbeschlusses zur Erfüllung ihrer Kompetenz im Bereich der Finanzmarktstabilität und im Krisenfall der FMA Prüfaufträge erteilen. In der OeNB wird eine Kompetenzstelle Finanzmarktstrategie und Finanzmarktentwicklung aufgebaut. Die OeNB unterhält damit zur Qualitätssicherung der behördlichen Bankprüfung einen Expertenpool, welcher das BMF in der Fachaufsicht über die FMA unterstützt und in der OeNB Know-how für das Krisenmanagement behält. Neben dem Vorstand der FMA als stimmberechtigtes Mitglied im Supervisory Board der Europäischen Bankenaufsicht (SSM) wird der zuständige Direktor für Aufsichtsthemenstellungen in der OeNB weiterhin als nicht stimmberechtigtes Mitglied in diesem Gremium vertreten sein.

**Regulierung und Aufsicht werden stärker voneinander getrennt. Hierzu wird künftig die Regulierung verstärkt vom BMF vorgenommen.**

Im BMF wird eine zusätzliche Organisationseinheit (Gruppe) geschaffen, um die Kompetenzen im Bereich Finanzmarktrecht und Regulierung auszubauen. Es werden hierzu drei neue Abteilungen (Aufsichtsbehörden, Kapitalmarktrecht, Wertpapierrecht) gegründet.

Auch die FMA wird einem umfassenden Reformprozess unterzogen mit dem Ziel einer schlankeren, kostengünstigen Struktur sowie einer noch stärkeren Service-Orientierung (Beraten statt Strafen).

Zur Unterstützung von Innovation im Finanzbereich ist ein begleitendes Konzessionsverfahren vorgesehen, welches FinTech-Unternehmen und innovativen Geschäftsmodellen etablierter Finanzinstitutionen einen schnellen und sicheren Prozess zur Zulassung und Konzessionierung ermöglicht (Regulatory Sandbox).

Die FMA gibt die Kompetenz für die Rechnungslegungskontrolle (sog. Bilanzpolizei) an die Abschlussprüferaufsichtsbehörde (APAB) ab.

Die demokratische Kontrolle der FMA durch das Parlament wird verstärkt. Hierzu sollen die Berichts- und Informationspflichten an den Nationalrat ausgeweitet werden. Der Aufsichtsrat der FMA wird gestärkt und soll ein Kosteneffizienzprojekt in der FMA beauftragen und überwachen.

Die FMA erhält einen oder mehrere Fachbeiräte, welche sich aus Experten der Ministerien, Wirtschaft und Wissenschaft zusammensetzen, die Vorschläge zum angemessenen Vollzug der Regulierung, zur Weiterentwicklung aufsichtlicher Grundsätze erarbeiten und die FMA aus der Praxis beraten. Die direkten Aufsichtskosten, die bisher für die an die FMA zu übertragenden Aufgaben in der OeNB angefallen sind, werden künftig vom Bund direkt der FMA refundiert, sodass es durch die Umstrukturierung zu keiner zusätzlichen Kostenbelastung für die beaufsichtigten Unternehmen kommt.

Im Zuge der laufenden Aufsichtsreform wurden von der Bundessparte auch weitergehende Reformvorschläge im Verwaltungsstrafrecht eingebracht, insbesondere im Hinblick auf die Veröffentlichung von noch nicht-rechtskräftigen Strafbescheiden durch die FMA. Auch wurden Konkretisierungen bei schwerwiegenden Gesetzesverletzungen (hohe Strafdrohungen) und bei dem Rechtsinstitut des Auskunftsbeseides gefordert.

### Position der Bundessparte zur Aufsichtsreform:

Die mit der Reform der Finanzmarktaufsicht in Österreich verbundenen Zielsetzungen – nämlich Effizienzsteigerung, eine klare Zuständigkeit und Kostendisziplin, Bündelung der gesamten Aufsicht sowie die Verlagerung der Legistik in das BMF – sind positiv für den Finanzplatz. Das bereits bisher durchaus erfolgreiche Modell der „integrierten Aufsicht“ in der FMA wird mit der Reform weiterentwickelt. Von der Reform erwarten sich die Beaufsichtigten schnelle Entscheidungsprozesse sowie die Vermeidung

von Doppelgleisigkeiten und von unnötiger Bürokratie.

### Regulatory Sandbox

#### Bericht der ESAs

Die ESAs haben Anfang Jänner 2019 einen gemeinsamen Bericht über Innovationserleichterungen (**regulatory sandboxes und innovation hubs**) veröffentlicht. Der Bericht enthält eine vergleichende Analyse der bisher in der EU etablierten Innovationsmaßnahmen. Die ESAs beschreiben auch Best Practices für die Gestaltung und den Betrieb von solchen Maßnahmen.

Die Zahl der Innovationsförderungen in der EU ist in den letzten Jahren stark gestiegen. Zum Zeitpunkt des Berichts haben 21 EU-Mitgliedstaaten und 3 EWR-Staaten Innovationszentren eingerichtet, und 5 EU-Mitgliedstaaten verfügen über regulatory sandboxes. Eine vergleichende Analyse dieser nationalen Innovationsförderungen ist ebenfalls im Bericht enthalten, und basierend auf dieser Analyse wurde eine Reihe von Best Practices vorbereitet.

Die ESAs sehen auch Optionen vor, die im Zusammenhang mit zukünftigen Arbeiten auf EU-Ebene zu Innovationserleichterungen zu prüfen sind, um die Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen Innovationserleichterungen zu fördern, die die Ausweitung von FinTech im Binnenmarkt unterstützen würden.

#### Hintergrund des Berichts

Der FinTech-Aktionsplan der Europäischen Kommission vom März 2018 fordert die ESAs auf, eine Analyse der Innovationserleichterungen durchzuführen und Best Practices zu ermitteln.

#### Regulatory Sandbox in Österreich

Die angedachte „regulatory sandbox“ **österreichischer Prägung** soll zeitnah 2019 realisiert werden. Die österreichische Regulatory Sandbox wird bei der FMA eingerichtet. Teilnehmer können darin unter der Rechtsbegleitung der FMA erproben, wie ein in Entwicklung befindliches, innovatives Geschäftsmodell realisiert werden kann.

Die Sandbox wendet sich an Rechtsträger, die eine Finanzdienstleistung in Österreich erbringen. Die Bewerbung steht Unternehmen offen, die entweder bereits eine Konzession der FMA oder der EZB haben (inkl. CRR-Kreditinstitute) oder für ihre geplante Tätigkeit einer Konzession der FMA bedürfen. FinTechs, die keiner FMA-Konzession bedürfen (etwa technische Dienstleister), werden nicht in die Sandbox aufgenommen. Sie können allenfalls gemeinsam mit einem Konzessionsträger in der Sandbox sein.

Ziel der Sandbox ist eine intensive Zusammenarbeit zwischen Aufsicht und betreuten Unternehmen. Insbesondere bietet die Sandbox keine regulatorischen Erleichterungen, jedoch ist zu erwarten, dass die Marktreife des Sandboxgeschäftsmodells aufgrund der Aufnahme beschleunigt wird und aufsichtsrechtliche Fragestellungen geklärt werden können. Für die Aufnahme in die Sandbox ist die Erfüllung bestimmter Anforderungen an das Geschäftsmodell sowie ein Vorschlag zum Vorgehen im Rahmen der Sandbox notwendig. Die Verweildauer in der Sandbox ist beschränkt.

### Position der Bundessparte

Die Schaffung einer „regulatory sandbox“ und das Bemühen der Bundesregierung, Finanzinnovation proaktiv zu forcieren, wird ausdrücklich begrüßt. Besonders positiv zu beurteilen ist, dass explizit konzessionierte Unternehmen an der Sandbox teilnehmen können. Die Details des „Antrags- und Aufnahmeprozesses“ und der Konzessionsanforderung in der Sandbox-Phase sollten ausreichend spezifisch sein. Für bereits etablierte Banken in Österreich mit einer BWG-Bankkonzession könnte der Vorteil dieser Initiative darin bestehen, zusätzliche Geschäftsmodelle zu entwickeln und im Rahmen einer „Sandbox“ (als regulatorischer „Safe Harbour“) zu testen, ohne rechtliche Konsequenzen – zumindest für die Übergangszeit (ca. 6 Monate) – gewärtigen zu müssen. Ziel sollte es letztlich sein, dass Regulatory Sandboxes auf europäischer Ebene standardisiert werden (z.B. gemeinsame Definition) und ebenso die Beaufsichtigung aufgrund der (möglichen) grenzüberschreitenden Implikationen in einem Rahmenwerk auf EU-Level stattfindet.

Folgende Aspekte bedürfen in diesem Zusammenhang noch einer Präzisierung:

- **Markt-Transparenz der „Sandboxes“:** Es wäre zu begrüßen, wenn eine Übersicht verfügbar wäre, welche Marktteilnehmer mit welchen Themenstellungen aktuell eine „Sandbox“ betreiben sowie ein Summary nach Beendigung der „Sandbox“ mit Learnings.
- **Themen-Aufnahme in die „Sandbox“:** Die Kriterien, die zu einer Aufnahme führen, aber auch die Entscheidung, dass ein Thema in eine „Sandbox“ aufgenommen wird, sollten klar und transparent definiert sein.
- **Datenschutz/Bankgeheimnis:** Es ist sicherzustellen, dass das Sandbox-Regime klar definiert, dass Datenschutz- bzw. Bankgeheimnisbestimmungen zu beachten sind.

### Non Performing Loans (NPL) – Legislativvorschläge der Kommission

Mitte Dezember kam es beim sog. Prudential Backstop für NPLs zu einer Einigung im Trilog. Die Definition von NPE (Non-performing Exposure) wird entsprechend der bereits jetzt im Meldewesen gültigen Definition (Art. 178 CRR: 90 Tage Verzug mit wesentlicher Verbindlichkeit bzw. volle Begleichung unwahrscheinlich) festgeschrieben. Beim Backstop werden – im Gegensatz zum ursprünglichen KOM-Vorschlag – die NPEs gleichbehandelt, auch wenn sie durch unterschiedliche Trigger zuvor zu NPEs wurden (entweder Erfüllung des 90-Tage-Kriteriums oder volle Begleichung ist schon zuvor unwahrscheinlich).

Vorgesehen ist eine vollständige verpflichtende Mindestdeckung (100% Backstop) für alle notleidenden Kredite (NPL), die ab In-Kraft-Treten der Verordnung, mit der die CRR geändert wird, gelten wird, wobei nur Kredite, die nach In-Kraft-Treten ausgereicht wurden, davon umfasst sind.

Für unbesicherte NPLs muss binnen 3 Jahren vollständig Rückstellung gebildet werden (0% Rückstellung nach 1 Jahr, 35% nach 2 Jahren, 100% nach 3 Jahren); für sonstige besicherte NPLs binnen 7 Jahren; (0% Rückstellung nach 2 Jahren, 25% nach 3 Jahren, 35% nach 4 Jahren, 55% nach 5 Jahren, 80% nach 6 Jahren, 100% nach 7 Jahren); für mit Immobiliensicherheiten besicherte NPLs binnen 9 Jahren. (0% Rückstellung nach 2 Jahren, 25% nach 3 Jahren, 35% nach 4 Jahren, 55% nach 5 Jahren, 70% nach 6 Jahren, 80% nach 7 Jahren, 85% nach 8 Jahren, 100% nach 9 Jahren)

Es gilt der sog. Exposure-by-Exposure-Approach, d.h. es reicht zukünftig nicht aus, auf aggregierter Ebene Rückstellungen zu bilden.

Anders als von der EU-KOM vorgeschlagen, treten die neuen Regeln nicht

rückwirkend per März 2018 in Kraft. Das ursprünglich von der EU-Kommission im März 2018 veröffentlichte NPL-Paket zum Abbau notleidender Kredite sieht neben dem Backstop folgende Maßnahmen vor, über die nach wie vor auf Seiten des Rates und des EU-Parlaments verhandelt wird und bei denen eine Einigung noch vor der EU-Wahl im Mai 2019 eher unwahrscheinlich ist:

- Ermöglichung der **beschleunigten außergerichtlichen Realisierung von besicherten Krediten** (Angleichen der nationalen Insolvenzrechte in diesem Bereich)
- **Weiterentwicklung von Sekundärmärkten für notleidende Kredite:** Vereinfachung des grenzüberschreitenden Handels mit NPLs

Auch die EZB hat im März 2018 ihr Addendum zum NPL-Leitfaden veröffentlicht, das für signifikante Banken gilt und basierend auf einem Säule-II-Ansatz teilweise strengere Vorgaben – in Form von „unverbindlichen“ aufsichtsbehördlichen Erwartungshaltungen (ebensofalls nur für *neue NPLs, jedoch auch Altkredite, die erst kürzlich als NPL klassifiziert wurden*, fallen darunter) – normiert.

### EBA-Leitlinien zu NPE-Management

Die EBA hat die finalen Guidelines on management of non-performing and forborne exposures veröffentlicht, die ab 30.6.2019 zur Anwendung gelangen werden. Mit der Finalisierung der Leitlinien ist die EBA einer weiteren Maßnahme aus dem Aktionsplan des ECOFIN-Rats zum Abbau von NPLs nachgekommen. Während der EZB-Leitfaden zu NPLs nur für bedeutende Institute gilt, weitet die EBA den Anwendungsbereich durch diese ähnlichen Vorgaben auf weniger bedeutende Institute aus.

Der Aufbau des Papiers hat sich im Vergleich zum Entwurf nicht verändert und orientiert sich weiterhin am zeitlichen Ablauf der NPL-Steuerung. Der Schwellenwert von 5 Prozent NPL-Quote, ab dem die Entwicklung einer NPL-Strategie und der entsprechenden Governance notwendig wird, wird nun näher spezifiziert. Es soll die Brutto-NPL-Quote zum 31.12.2018 herangezogen werden. Darüber hinaus hat die EBA klargestellt, dass NPLs des Handelsbuchs von der Anwendung der Leitlinien ausgeschlossen sind. Die Leitlinien werden zunächst in alle offiziellen Amtssprachen übersetzt und auf der Internetseite der EBA veröffentlicht. Ab diesem Zeitpunkt hat die FMA zwei Monate Zeit, sich mittels comply-or-explain zur Anwendung der Leitlinien zu äußern.

## EBA-Leitlinien zur Veröffentlichung von NPL

Die EBA hat am 17. Dezember ihre finalen Leitlinien zur Veröffentlichung von non-performing and forborne exposure veröffentlicht. In den Leitlinien sind die für alle Banken anwendbaren Templates sowie für signifikante Banken mit einer NPL-Ratio über 5% zusätzliche Templates enthalten. Die Leitlinien treten am 31.12.2019 in Kraft.

### Position der Bundessparte

Die Bundessparte sieht die Einführung von „Prudential Backstops“ in der CRR kritisch. Regulatorische Regeln zur Bewertung von Krediten, die von den Rechnungslegungsstandards abweichen, führen zu Unsicherheiten und Interpretationsschwierigkeiten. Der Rechtsrahmen für Bewertungen von Krediten und dessen praktische Umsetzung ist in Österreich ausreichend, um die Bildung stiller Lasten zu verhindern. Der Backstop kann für die Finanzierung der Unternehmen negative Auswirkungen haben. Die pauschalen Vorgaben können zu einem undifferenzierten Verhalten gegenüber den Kunden zwingen. Damit wären negative Wirkungen, insbesondere für die mittelständische Wirtschaft, verbunden, da die Motivation beim Umgang mit Problemkrediten nicht mehr primär darauf gerichtet ist, möglichst einvernehmliche (wenn auch evtl. langwierigere) Regelungen zusammen mit den Kreditnehmern zu treffen. Stattdessen wird der Anreiz gesetzt, Problemkredite möglichst schnell aus den Bankbilanzen zu entfernen und an darauf spezialisierte Abwickler oder sonstige Investoren (z.B. Hedgefonds) zu verkaufen, mit dem Ziel, einen über die bestehende bilanzielle Risikovorsorge hinausgehenden Eigenkapitalabzug zu vermeiden oder eine schnelle Abwicklung und Sicherheitenverwertung statt Sanierung des Kreditnehmers zu verfolgen.

Ein Verkauf von NPLs unter dem vom Backstop erzeugten Zeitdruck führt unserer Einschätzung nach im Regelfall nicht zu einer deutlichen Freisetzung von Eigenkapital und somit auch nicht zu einer höheren Kreditvergabekapazität. Denn es ist nicht damit zu rechnen, dass die Verkaufserlöse über den bereits wertberechtigten Buchwerten der NPLs liegen.

Die anderen Teile der Legislativvorschläge enthalten durchaus begrüßenswerte Elemente, insbesondere die Vorschläge zu einer außergerichtlichen Realisierung von besicherten Krediten sowie die Vorschläge zur Weiterentwicklung der Sekundärmärkte für notleidende Kredite.

### Covered Bonds - Legislativvorschläge der Kommission

Die Kommission hat im März 2018 Legislativvorschläge zu Covered

Bonds (Pfandbriefen) veröffentlicht. Sie schlägt eine Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für Covered Bonds durch eine Richtlinie vor. Insbesondere soll dadurch eine einheitliche Definition von Covered Bonds vorgegeben werden. Vorgesehen ist auch, durch eine Verordnung die CRR anzupassen, im Konkreten jene Beschreibung, wie ein Covered Bond besichert sein muss, damit eine geringere Unterlegungspflicht besteht.

Ende November 2018 gab es eine Einigung im Rat. Zuvor hatte der ECON-Ausschuss des EU-Parlaments seine Verhandlungsposition festgelegt, wobei sich das Parlament für zwei unterschiedliche Covered Bonds Labels ausspricht:

- einen „European Covered Bond“ und einen „European Covered Bond Premium“, wobei letzteres Label nur CRR-fähige Schuldverschreibungen erhalten sollen.

Demgegenüber folgt die Ratsposition weitgehend den ursprünglichen Kommissionsvorschlägen. Die erste Trilogverhandlung zwischen Rat, Parlament und Kommission ist im Jänner 2019 angesetzt. Mit einer Einigung in den Trilogverhandlungen wird noch vor der EU-Wahl im Mai 2019 gerechnet, nachdem die übergeordneten Zielvorstellungen von Rat und Parlament relativ ähnlich seien und auch bei den Lösungsansätzen beide Seiten nicht allzu weit voneinander entfernt liegen.

### Position der Bundessparte

Der Kommissionsentwurf wird grundsätzlich unterstützt und es sollte darauf basierend eine Vereinheitlichung des Rechtsbestandes in Österreich möglichst rasch erfolgen, damit auch weiterhin die hohe Marktakzeptanz und das gute Rating der österreichischen Pfandbriefe abgesichert werden kann.

## 2. Bankenaufsicht

### Basel IV

#### Basel IV QIS

Die EU-Kommission hat die EBA mit einer umfassenden Impact Study zu den Auswirkungen von Basel IV beauftragt, die speziell auch auf die Auswirkungen auf kleinere und mittlere Banken und auf die Wirtschaft eingeht. An der QIS nahmen auch österreichische Banken teil. Die umfangreiche Datenerhebung wird die Basis für die Empfehlungen der EBA an die Kommission sein, die bis Mitte 2019 von EBA zu übermitteln sind, d.h. wie Basel IV konkret in der EU umgesetzt werden soll.

### Finaler Marktrisikostandard des Basler Ausschusses veröffentlicht

Am 14.1.2019 hat der Basler Ausschuss den finalen Marktrisikostandard veröffentlicht, der nach einer Konsultation im März 2018 nochmals in Details überarbeitet wurde. Der neue Standard ist bis 1.1.2022 in der EU umzusetzen. Die wesentlichen Neuerungen werden gem. der finalen Einigung über den CRR-Review (siehe oben) bereits früher als Meldevorgabe eingeführt. Die wesentlichen Änderungen zum jetzigen Marktrisikorahmenwerk sind unverändert im Vergleich zur Version vom Jänner 2016. Wesentliche Inhalte des neuen Marktrisikoansatzes:

- eine klare Abgrenzung zwischen Handelsbuch und Bankbuch;
- Berechnung der Kapitalanforderungen mittels Expected Shortfall statt Value-at-Risk um sog. Tail-Risiken besser abdecken zu können;
- ein grundlegend überarbeiteter Standardansatz (risikosensitiver), der auch als Basis für einen Flor für Modelle herangezogen wird;

Folgende Änderungen wurden jetzt noch vom Basler Ausschuss im Vergleich zur 2016-Version vorgenommen:

- ein vereinfachter Standardansatz für Banken mit kleinem bzw. nicht-komplexem Handelsgeschäft;
- Änderungen am Standardansatz für FX-Risiko und Index-Instrumente;
- überarbeitete Risikogewichte im Standardansatz zum Zinsänderungsrisiko und Credit Spread Risk;
- Änderungen beim Beurteilungsprozess, ob eine Bank mit dem Modell die Risiken der einzelnen Handelstische adäquat abdeckt;
- Änderungen bei den Vorgaben für die Identifizierung von Risikofaktoren, die für Modelle angewandt werden.

### Position der Bundessparte

Im Rahmen der Übernahme in europäisches Recht muss darauf geachtet werden, dass Kredite an Unternehmen, insb. KMU, nicht erschwert werden (auch nicht indirekt durch zu strikte Granularitätserfordernisse und Anhebung der Risikogewichte für Immobilienfinanzierungen). Die vorgesehenen Risikogewichte für Beteiligungen entsprechen nicht den Gegebenheiten des österreichischen Marktes, weshalb in der EU eine Unterlegung mit 100% ermöglicht werden muss. Diese Thematik wird auch auf Europäischer Ebene von der Bundessparte massiv verfolgt.

## EBA Risk Dashboard

Die Europäische Bankenaufsicht (EBA) hat im Jänner 2019 ihr regelmäßige Update zu den wirtschaftlichen Kennzahlen der europäischen Bankenindustrie im 3. Quartal 2018 veröffentlicht. Die Daten des sog. Risk Dashboard basieren auf einem Sample von 150 Banken, die ca. 80% der Assets des EU-Bankenmarktes abdecken. Laut EBA beträgt die durchschnittliche Harte Kernkapitalquote (CET 1) 14,7%, die leicht angestiegen ist; das gesamte Risk Exposure ist leicht gesunken. Die CET-1-Quote liegt bei 99,6% der Sample-Banken über 11%. Darüber hinaus hat sich die Kreditqualität im 3. Quartal 2018 weiter verbessert. Die durchschnittliche Non-performing Loan (NPL) Ratio beträgt 3,4%, und ist somit am niedrigsten, seitdem die Definition von NPLs in der EU harmonisiert wurde. Zu beachten ist jedoch, dass nach wie vor gravierende regionale Unterschiede bestehen.

Nach wie vor wird die mangelhafte Profitabilität des europäischen Bankensektors als problematisch gesehen. Der durchschnittliche Return on Equity (RoE) liegt im 3. Quartal 2018 bei 7,2%, gleich wie im 2. Quartal.

Die durchschnittliche Leverage Ratio (fully phased-in) liegt bei 5,1%. Auch die LCR hat sich verbessert.

## EBA-Leitlinien zu Auslagerungen

Die Guidelines beinhalten eine Definition, wann Auslagerung vorliegt und ob diese wesentlich ist. Sie umfassen in ihrem Anwendungsbereich Kreditinstitute, Investmentfirmen, Zahlungsinstitute und E-Money-Provider. Sie enthalten auch Ausführungen zum Inhalt von Auslagerungsvereinbarungen und zur Aufsicht durch die Aufsichtsbehörden. In den Leitlinien wird das Erfordernis eines Auslagerungsverzeichnisses und einer Due-Diligence-Prüfung vor Vertragsabschluss vorgeschlagen. Darüber hinaus wurde die EBA-Empfehlung zu Cloud-Service-Providern vom Dezember 2017 in die Guidelines integriert. Die Leitlinien sollen demnächst fertig gestellt werden.

## Position der Bundessparte

Für Bankengruppen, insbesondere dezentrale Strukturen, braucht es praktikable Ausnahmen. Gerade kleinere Banken haben nicht zuletzt durch den Profitabilitätsdruck in den vergangenen Jahren Bereiche ausgelagert und dies wurde unter Effizienzgesichtspunkten von der Aufsicht auch gutgeheißen. Man sollte Auslagerungen auch weiterhin nicht übergebührlich erschweren. Vor allem sollte man gruppeninterne Auslagerungen nicht mit externen gleichstellen, da die Risiken nicht vergleichbar sind.

## Einheitlicher Aufsichtsmechanismus (SSM)

### EBA-Chef *Andrea Enria* wird neuer SSM-Vorsitzender

Der bisherige Chef der Europäischen Bankenaufsicht (EBA) ist seit 1.1.2019 neuer Leiter der EZB-Bankenaufsicht und löst damit Danièle Nouy an der Spitze des Aufsichtsgremiums ab. Die Amtszeit ist auf fünf Jahre beschränkt und kann nicht verlängert werden.

### Liste der direkt beaufsichtigten Institute

Mitte Dezember wurde die neue Liste der direkt beaufsichtigten Institute (significant institutions) veröffentlicht. Der EZB obliegt nunmehr die direkte Aufsicht über 119 Bankengruppen.

### Aufsichtsprioritäten

Die EZB hat Ende 2018 ihre Aufsichtsprioritäten für 2019 veröffentlicht. Die Supervisory Priorities für 2019 sind anhand der drei Themen Credit Risk, Risk Management und Activities comprising multiple risk dimensions geclustert. Für jeden Themenbereich werden aufsichtsbehördliche Aktivitäten angekündigt.

Beim Kreditrisiko sind dies ein Follow-up zur NPL-Guidance und ein Assessment der Kreditvergabepraxis und der Exposure Quality.

Beim Risikomanagement wird die Review der Internen Modelle (TRIM) 2019 fortgesetzt (Abschluss bis Ende 2019) und ist ein Update des Internen-Modelle-Guide geplant. Weitere Aktivitäten werden hier bei der Qualitätsverbesserung des ICAAP/ILAAP gesetzt. Schwerpunkte sind auch IT- und Cyber Risk sowie ein Liquiditäts-Stresstest in 2019, der in den SREP einfließen wird.

Beim Themenbereich „Multiple risk dimensions“ werden Brexit-Vorbereitungen und Trading Risk/Asset Valuations genannt.

Als die Haupt-Risikodriver wurden identifiziert: geopolitische Risiken, ein teilweise hoher Bestand an NPLs, Cybercrime/IT-Disruptions und das Niedrigzinsumfeld.

### EZB veröffentlicht Leitfäden für Banken zur Kapital- und Liquiditätssteuerung

Die EZB hat ihre an signifikante Institute gerichteten finalen Leitfäden hinsichtlich der bankinternen Kapital- und Liquiditätssteuerung veröffentlicht. Die EZB verwendet die neuen ICAAP- und ILAAP-Leitfäden seit 1.1.2019 für die Bewertung der bankinternen Prozesse zur Sicherstellung einer angemessenen Kapital- bzw. Liquiditätsausstattung. Sie ersetzen die im Jänner 2016 veröffent-

lichten aufsichtlichen Erwartungen. Sie sollen die Banken bei der Stärkung ihrer ICAAPs und ILAAPs unterstützen und die Verwendung von Best Practices fördern.

Die Qualitätsprüfung des ICAAP und des ILAAP von Instituten durch die EZB ist ein wesentlicher Bestandteil des aufsichtlichen Überprüfungs- und Bewertungsprozesses (Supervisory Review and Evaluation Process – SREP). Die ICAAPs und ILAAPs werden vom gemeinsamen Aufsichtsteam (JST) jährlich auf den Prüfstand gestellt und fließen in die Bewertung aller SREP-Elemente ein. Die EZB möchte für die Banken Anreize schaffen, ihre ICAAPs und ILAAPs zu verbessern. Vor diesem Hintergrund wird sie ihre aufsichtlichen Bewertungen intensivieren und den Stellenwert, den ICAAP und ILAAP im Rahmen des SREP einnehmen, weiter erhöhen. Beispielsweise wird der ICAAP eine größere Rolle spielen, wenn nach einer Einzelbeurteilung der jeweiligen Banken die Säule-2-Eigenmittelanforderungen auf Einzelrisikobasis festgelegt werden.

### Guide über On-Site-Inspections und Modellüberprüfungen

Die EZB hat Ende September einen Leitfaden über Vor-Ort-Prüfungen veröffentlicht, der im Sinne einer verbesserten Transparenz Erklärungen für geprüfte Banken enthält, wie Vor-Ort-Prüfungen ablaufen.

### Guide to assessments of license applications

In Ergänzung zum ersten Teil des Guides vom März 2018 wurde nun eine konsolidierte Fassung veröffentlicht, die Teil 1 und den neuen Teil 2 beinhaltet. Teil 2 legt die aufsichtsbehördliche Erwartungshaltung zu Kapitalvorgaben und Business Plans im Zusammenhang mit Konzessionsverfahren fest.

### Ergänzung des NPL-Guides

Die EZB hat im März 2018 ein Addendum ihres NPL-Leitfadens veröffentlicht, das sich – wie der Leitfaden – an die direkt-beaufsichtigten Institute richtet. Ziel ist, dass künftig strengere Vorgaben für die Bildung von Rückstellungen für neue NPLs gelten. Die EZB betont, dass der NPL-Guide unverbindlich sei und als Basis für die Diskussion mit der jeweiligen Bank diene. Die strengeren Regeln gelten nur für neue NPLs, d.h. Kredite, die ab dem 1.4.2018 als NPL eingestuft werden.

### Neue Cyber-Attacken-Plattform (TIBER)

Die EZB hat zusammen mit den nationalen Behörden eine sog. Threat Intelli-

gence-based Ethical Redteaming (TIBER)-Plattform aufgesetzt, mit der Cyber-Attacken auf Banken simuliert werden können. Diese Simulationen geben den beaufsichtigten Banken einen Überblick über ihre Stärken und Schwächen hinsichtlich ihrer IT-Infrastruktur.

Im Laufe der nächsten Monate soll die EZB auch **Anforderungen an die IT von Banken und das Management von IT-Risiken** publizieren, die sich in erster Linie an signifikante Banken richten werden. Darüber hinaus sind auch entsprechende EBA-Leitlinien, die für alle Banken gelten werden, geplant.

### **Bulgarien will der Bankenunion beitreten**

Im Juli 2018 haben die Finanzminister der Eurozone den geplanten Beitritt Bulgariens zum Exchange Rate Mechanism (ERM II) der Eurozone und zur Bankenunion (SSM und SRB) positiv aufgenommen. Bulgarien hat bereits einen Beitrittsantrag der EZB für eine sog. „Close Cooperation“ übermittelt. Infolgedessen hat die EZB eine vertiefte Prüfung von sechs bulgarischen Banken begonnen, die bis Juni 2019 andauern soll. Parallel dazu wird die EZB den geplanten Beitritt zum ERM II evaluieren, der eine Vorstufe zum Euro-Beitritt ist. Bulgarien wird damit das erste Land sein, das als Nicht-Euro-Mitgliedstaat dem SSM und dem SRB beitrifft.

### **Maßnahmen zur Begrenzung systemischer Risiken in der Immobilienfinanzierung (neue FMA-Verordnungskompetenz)**

Seit 2017 sind in § 22b BWG zusätzliche aufsichtsbehördliche Maßnahmen zur Begrenzung systemischer Risiken im Immobilienbereich (u.a. Beleihungsquote, Schuldenquote, Schuldendienstquote) vorgesehen, die seit 1.7.2018 in Kraft sind.

Die finale FMA-VERA-Meldeverordnung sollte demnächst im BGBl. veröffentlicht werden.

Die ursprüngliche Vorgabe, dass entgegen der Position der Banken bereits der Ultimo Dezember 2019 als Meldestichtag vorgesehen ist (anstatt 2020), konnte durch Bemühungen der Bundessparte abgemildert werden. Nunmehr wird der Meldestichtag um 6 Monate nach hinten auf Mitte 2020 verschoben. Ziel der Bemühungen war es auch, eine Stabilisierung im Meldebetrieb zu erreichen und eine Trendwende einzuleiten, sodass die Aufsicht künftig ausreichend Vorlaufzeit gewährt, insbesondere wenn es um über die europäischen Meldevorgaben hinausgehende Anforderungen geht.

### **Einheitliche Einlagensicherung**

Die WKÖ hatte aufgrund des ESAEG eine Sicherungseinrichtung in der Form einer Haftungsgesellschaft als juristische Person einzurichten. Seit 1.1.2019 ist die Einlagensicherung Austria GmbH (ESA) operativ tätig. Sie umfasst die Einlagensicherungen des Fachverbandes der Banken und Bankiers, der Volksbanken, der Landes-Hypothekenbanken und der Raiffeisenbanken. Die Vorbereitungen erfolgten in enger Abstimmung mit der Aufsicht. Nähere Informationen sowie FAQ finden sie auf der neuen Website der Einlagensicherung Austria unter folgendem Link <https://www.einlagensicherung.at/>

## **3. Kapitalmarktrecht**

### **Sustainable Finance**

#### **Vorschlag für eine Taxonomie-Verordnung**

In der sog. „Taxonomie-Verordnung“ soll definiert werden, unter welchen Voraussetzungen eine wirtschaftliche Tätigkeit „environmentally sustainable“ ist.

Das **Europäische Parlament** hat hierzu einen **Berichtsentwurf** erarbeitet. Von Seiten der Bundessparte wurde darauf hingewiesen, dass bürokratische und komplexe Vorgaben zu vermeiden sind.

Die Definitionen sind teilweise unklar, insbesondere, was letztlich als „environmentally sustainable“ gilt. Zudem wird hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung oftmals auf noch zu entwickelnde Delegierte Rechtsakte referenziert. Hierbei sind klare und praktikable Vorgaben auf Level-1-Ebene notwendig. Kritisch gesehen wird, dass die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments die Offenlegung von **allen** Finanzmarktakteuren, unabhängig davon, ob sie „grüne“ Finanzprodukte anbieten, vorsehen.

#### **Vorschlag des Rates zur Offenlegung betreffend Nachhaltigkeit**

Die österreichische Ratspräsidentschaft hat unter anderem einen Vorschlag zur Offenlegung hinsichtlich nachhaltiger Investments sowie Nachhaltigkeitsrisiken veröffentlicht.

Die Bundessparte begrüßt den Vorschlag grundsätzlich, betont aber gleichzeitig, dass die Konsistenz mit anderen Rechtsakten gewährleistet werden muss. Exzessive und überbordende Informationspflichten würden dem zu unterstützenden Zweck der Initiative schaden, daher ist darauf Bedacht zu nehmen, dass eine einfache und transparente Offenlegung erfolgt.

### **Vorschlag des Rates zur Änderung der Benchmark-Verordnung**

Im Dezember 2018 wurde vom Rat ein Vorschlag zur Änderung der Benchmark-Verordnung veröffentlicht. CO<sub>2</sub>-arme sowie -positive Benchmarks sollen künftig regulatorisch anerkannt werden. Besonders erfreulich ist, dass zudem vorgeschlagen wird, die Übergangsperiode für kritische Benchmarks (**zB Euribor, EONIA**), die gemäß derzeitiger Rechtslage mit 31.12.2019 endet, um **zwei Jahre zu verlängern**.

Alle drei Legislativvorschläge sollen noch in dieser EU-Legislaturperiode verabschiedet werden.

### **Änderung Delegierter Rechtsakte zur MiFID II sowie IDD**

Ende Dezember 2018 hat die Kommission Änderungen Delegierter Rechtsakte zur MiFID II sowie IDD erlassen, die eine Berücksichtigung der ESG-Faktoren (Environmental, Social, Governance) im Beratungsprozess vorsehen. Positiv ist, dass die ursprünglich umfangreich verpflichtende Einbeziehung nunmehr verhältnismäßiger im Rahmen der Beratung/des Geeignetheitsberichts („if any“/„where relevant“) Eingang findet. Für bestehende Kontrakte soll die „neue“ Geeignetheitsprüfung nicht notwendig sein.

Rat und Parlament haben eine dreimonatige Widerspruchsfrist. Die Änderungen sollen nach Finalisierung der Offenlegungs-Verordnung in Kraft treten, da auf diese referenziert wird.

### **Öffnung Dritter Markt – Änderung des AktG**

Im Rahmen des **STS-Verbriefungsvollzugsgesetz**, das die notwendige hauptsächlich verfahrensrechtliche Umsetzung der STS-Verbriefungsverordnung („Standardised, Transparent, Simple“) vorsieht, wurde auch eine Änderung des Aktiengesetzes in Kraft gesetzt, die auf eine Öffnung des Dritten Markts abzielt.

Als positive kapitalmarktpolitische Maßnahme sind Aktiengesellschaften von der Verpflichtung der Ausgabe von Namensaktien nicht nur dann befreit, wenn diese an einem geregelten Markt notieren, sondern auch über ein multilaterales Handelssystem gehandelt werden. Damit können entsprechend einer langjährigen Forderung der Wirtschaft künftig auch am Dritten Markt der Wiener Börse Inhaberaktien mittelgroßer österreichischer AGs gelistet werden. Die Wiener Börse bietet derartige Segmente bereits an.

### **PRIPs-Verordnung – Vorschlag zur Änderung der DeIVO zu KIDs**

Die Europäischen Aufsichtsbehörden (ESAs) haben bereits im Oktober 2018 in einem Schreiben – infolge der intensiven

Bemühungen der Kredit- und Versicherungswirtschaft – an die Europäische Kommission ihre Absicht bekundet, Vorschläge zur Unterstützung gesetzlicher Änderungen zu unterbreiten. Dadurch sollen die in der Praxis aufgetretenen Probleme insbesondere im Zusammenhang mit Performanceszenarien (die Vorgaben führten zu teilweise nicht aussagekräftigen Ergebnissen) gelöst werden.

Die ESAs haben eine bis Ende 2018 laufende Konsultation zu gezielten Änderungen der Delegierten Verordnung durchgeführt.

Die Bundessparte hat sich im Rahmen der Konsultation entsprechend eingebracht. Die einzelnen seitens der ESAs vorgeschlagenen Maßnahmen sind ein erster wesentlicher Schritt.

Kritisch gesehen wird in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Kommission den umfassenden Review, der grundsätzlich bis Ende 2018 durchzuführen wäre, auf unbestimmte Zeit verschoben hat.

Die gegenwärtige Konsultation behandelt lediglich einen Bruchteil der im Argen liegenden Themenbereiche. Zwar werden

- die **Ausnahme für UCITS**, die verlängert werden soll (dadurch soll ab 1.1.2020 eine doppelte Informationspflicht bei UCITS vermieden werden) und
- die **Performanceszenarien** (Berücksichtigung historischer Performance, Anpassung der beschreibenden Erklärung)

adressiert, jedoch sollte zeitnah **eine holistische und evidenzbasierte Überarbeitung** des Level-1- und -2-Textes durchgeführt werden, um dem Zweck der PRIIPs-VO Genüge zu tun. Weitere wesentliche Punkte wären unter anderem die Methodologie zur Berechnung der Transaktionskosten sowie die Darstellung der Kosteninformation als Reduction in Yield.

## Benchmark-Verordnung

### ESMA-Q&A zu „Notfallplänen“

Im Rahmen eines Q&A-Updates hat die ESMA unter anderem eine Klarstellung zu den Notfallplänen gemäß Art 28 (2) Benchmark-Verordnung (Fragen 8.2 und 8.3) veröffentlicht. Einerseits wird spezifiziert, wann schriftliche Pläne „robust“ sind. Andererseits wird hinsichtlich der Berücksichtigung in der vertraglichen Beziehung mit dem Kunden anerkannt, dass das zugrundeliegende nationale Vertragsrecht unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Den nationalen Aufsichtsbehörden soll jedoch demonstriert werden können, dass die schriftlichen Pläne ge-

genüber Kunden kommuniziert wurden und „legally effective“ sind.

### Nachfolge für Euribor/EONIA

Bekanntlich sind die derzeitigen Benchmarks Euribor sowie EONIA in der gegenwärtigen Form nicht Benchmark-VO-konform und dürften daher – sofern keine Verlängerung erfolgt – ab Anfang 2020 nicht mehr verwendet werden.

Das EMMI (European Money Markets Institute), das sowohl Euribor als auch EONIA publiziert, hat vor kurzem eine Konsultation zu einer Benchmark-VO-konformen Euribor-Hybrid-Methodik veröffentlicht. Die Methodik nutzt, wann immer verfügbar, Markttransaktionen entsprechend den regulatorischen Anforderungen und setzt sich aus einem dreistufigen „Wasserfallmodell“ zusammen. Das EMMI plant den Prozess noch vor Ende 2019 abzuschließen.

Der aktuelle Vorschlag der österreichischen Ratspräsidentschaft zur Änderung der Benchmark-VO im Zuge der Sustainable-Finance-Initiative sieht vor, dass die Übergangsperiode **um zwei Jahre (bis Ende 2021) verlängert wird**. Dadurch soll gewährleistet werden, dass ausreichend Zeit für eine konforme Adaptierung im Markt zur Verfügung steht. Die Bundessparte begrüßt den Ansatz ausdrücklich.

Um zur gegebenen Zeit einen frictionsfreien Übergang auf die neuen Benchmarks zu gewährleisten, haben FMA/OeNB im Sinne der Finanzmarktstabilität ihre Unterstützung für eine **gesetzliche Nachfolgeregelung** zugesagt.

## 4. Steuerrecht

### Steuerreform 2020

Zur geplanten Steuerreform 2020 hat die Bundessparte im Einvernehmen mit Verbänden und Experten im Herbst Anliegen formuliert. Schwerpunkte darin sind die Forderung nach Senkung der KöSt, die Stärkung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des österreichischen Kapitalmarktes sowie Maßnahmen zur Förderung der Zukunfts- und Altersvorsorge. Im Rahmen der Regierungsklausur (10.–11.1.2019) wurden nunmehr erste Eckpunkte bekannt gegeben. Geplant ist eine Steuerreform in drei Schritten. Als eine erste Maßnahme wurden Entlastungen für Kleinverdiener und Kleinunternehmer im kommenden Jahr in Höhe von einer Milliarde Euro genannt. 2021 soll es dann zu einer Anpassung der Steuertarife kommen, 2022 sollen dann Maßnahmen zur Attraktivierung des Wirtschaftsstandorts gesetzt werden. Das Gesamtvolumen beträgt, je nachdem, ob bereits umgesetzte Maßnahmen wie zB. der Familienbonus

(1,5 Milliarden Euro) oder die Senkung der Arbeitslosenversicherungsbeiträge (140 Mio.) eingerechnet werden, zwischen 4,5 und 6,3 Milliarden Euro. Mit einer Begutachtung ist im ersten Halbjahr 2019 zu rechnen.

### Zusammenschlussbefreiung Gem Art 132 Abs 1 lit f MwSt-RL

Art 132 Abs 1 lit f Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie („MwSt-RL“) sieht die Möglichkeit vor, steuerbefreite Zusammenschlüsse von Unternehmen bilden zu können. Nach mehreren EuGH-Verfahren sind nun die Mehrwertsteuerbefreiungen nach Art 132 (1) f MwSt-RL nur auf Tätigkeiten, die dem Gemeinwohl dienen, anwendbar. Die Steuerbefreiung kann daher nicht für Zusammenschlüsse von Banken, Versicherungen und Pensionskassen angewandt werden (EuGH C-326/15 DNB Banka, C-605/15 Aviva, C-616/15 Kommission gegen Deutschland). Die richtlinienkonforme Interpretation durch nationale Gerichte ist laut EuGH durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt. Das heißt, solange nationale Gesetze wie in Österreich bestehen, darf die Steuerbefreiung nicht verwehrt werden.

### Quick Fixes

Zu dem von mehreren Mitgliedstaaten geforderten fünften Quick Fix zur „Mehrwertsteuerbefreiung von Zusammenschlüssen“ wurde im Oktober im Rahmen der Beratungen zum MwSt-Paket in einer gemeinsamen Stellungnahme von Rat und Kommission beschlossen, die Verpflichtung der Kommission vorzusehen, das Problem mit einer Studie zu analysieren und einen diesbezüglichen Legislativvorschlag vorzulegen.

### Nationale UStRL („Wartungserlass“)

Mit Beginn 2019 lief die Verwaltungsvereinfachung, wonach nicht nachgewiesen werden muss, dass die diesbezüglichen Leistungen unmittelbar zum Zweck von steuerbefreiten Tätigkeiten der leistungsempfangenden Banken erbracht werden, aus. Aufbauend auf die Rz 1014 UStRL konnte in konstruktiver Abstimmung mit dem BMF eine neue vereinfachende Praxisregelung entwickelt werden.

Der neue Wartungserlass wurde am 22.11.2018 veröffentlicht.

<https://findok.bmf.gv.at/findok?execution=e1s2>

Für die praktische Umsetzung wurde im Rahmen der Bundessparte ein gemeinsames rechtliches Verständnis entwickelt.

## 5. Zahlungsverkehr

### Zahlungsdiensterichtlinie II (PSD II)

#### Guidelines zum Fraud Reporting

Gemäß den final vorliegenden EBA-Guidelines zum Fraud Reporting sind Betrugsfälle im Zahlungsverkehr an die FMA (in weiterer Folge an die EBA) zu melden. Die Guidelines treten grundsätzlich mit Jänner 2019 in Kraft, wobei Meldungen erst später zu erfolgen haben.

Aufgrund der komplexen Meldevorgaben wurden offene Fragestellungen im Expertenkreis der Bundessparte rechtlich erörtert und rechtliche Umsetzungsfragen an die FMA herangetragen.

Die FMA hat Anfang Jänner 2019 bereits vorab erste Details zum Zeitplan des Reportings zur Verfügung gestellt. Besonders positiv ist, dass die **Meldepflichtung** gegenüber der FMA/OeNB frühestens **ab dem 2. Quartal 2021** schlagend wird und die für die Meldung erforderlichen Daten dadurch von den Zahlungsdienstleistern **ab Jänner 2020 zu erfassen** sind (später als ursprünglich vorgesehen).

Die FMA hat hier gemeinsam mit der OeNB – den Anliegen der Kreditwirtschaft Rechnung tragend – gegenüber der EBA diese pragmatische vereinheitlichende Vorgehensweise durchgesetzt.

#### Guidelines zur Ausnahme vom Fallback-Mechanismus

In den nunmehr finalen EBA-Guidelines werden Bedingungen gemäß Art 33 (6) RTS festgelegt, die kontoführende Zahlungsdienstleister (ASPSPs), die sich für eine dedizierte Schnittstelle entschieden haben, erfüllen müssen, um von der Verpflichtung zur Durchführung des **Fallback-Mechanismus** gemäß dem RTS zur starken Kundenauthentifizierung und sicheren und offenen Kommunikation befreit zu werden.

In Bezug auf die **Beteiligung von TPPs** (third party payment service provider) stellt die EBA klar, dass ASPSPs die Einbeziehung der TPPs in den Entwurf und die Prüfung ihrer dedizierten Schnittstellen nachweisen müssen und der Aufsichtsbehörde die Rückmeldungen der TPPs übermitteln müssen, die an den Tests teilgenommen haben, sowie eine Erläuterung, wie das ASPSP die während der Tests festgestellten Probleme gelöst hat. Außerdem wird klargestellt, dass die Aufsichtsbehörden bei der Beurteilung der Frage, ob ein ASPSP die Bedingung der „**weiten Nutzung**“ erfüllt, nicht nur die Anzahl der TPPs, die die Schnittstelle des ASPSP verwendet haben, zu berücksichtigen haben, sondern auch zusätzliche Faktoren, wie

- Häufigkeit der Schnittstellennutzung,
- Maßnahmen, die der ASPSP unternehmen hat, um eine breite Nutzung zu erreichen,
- das Feedback der an den Tests teilgenommenen TPPs und
- wie festgestellte Probleme gelöst wurden.

In Bezug auf die Verpflichtung von ASPSP, **Daten zur Verfügbarkeit und Leistung ihrer Schnittstellen** zu veröffentlichen, wird in den Guidelines klargestellt, dass ASPSPs diese Daten so veröffentlichen sollten, dass TPPs und Zahlungsdienstnutzer die tägliche Verfügbarkeit und Leistung der dedizierten Schnittstelle mit den Schnittstellen, die das ASPSP seinen eigenen PSUs zur Verfügung stellt, vergleichen können.

Die EBA räumt ein, dass die Zeitvorgaben für die Erfüllung der Bedingungen für eine Ausnahmeregelung eng sind und fordert ASPSPs daher nachdrücklich dazu auf, mit den Tests zeitnah zu beginnen.

#### Änderung der ÜberweisungsVO

Ende Dezember 2018 wurde zur Änderung der ÜberweisungsVO ein Trilogergebnis erzielt, das folgende zwei Maßnahmen enthält:

1. Für **grenzüberschreitende EUR-Überweisungen aus Nicht-EUR-Staaten** (zB Euro-Überweisungen aus Ungarn nach Österreich) sollen keine höheren Entgelte als für Inlandsüberweisungen in nationaler Währung (zB HUF-Überweisung innerhalb Ungarn) verlangt werden dürfen.

Besonders erfreulich ist, dass die vom Europäischen Parlament geforderte Erweiterung des Anwendungsbereichs der **ÜberweisungsVO** auf alle EU-Währungen nicht übernommen wurde. Der Rat hat hierbei die Position der Kreditwirtschaft unterstützt.

2. Als zweite Maßnahme ist eine Erhöhung der Transparenz bei Währungsumrechnungen vorgesehen:

Bei Karten-basierten Transaktionen (ATM und Point of Sale) sollen die „vollen Kosten“ der Konvertierung vorab offengelegt werden. Auch bei Überweisungen ist eine weiter verstärkte Transparenz vorgeschrieben. Die Kosten sollen als Differenz zwischen dem herangezogenen Wechselkurs und dem zuletzt verfügbaren Wechselkurs der EZB dargestellt werden. Zudem soll Kunden am ATM/POS immer die Wahl offenstehen in der lokalen oder in der Heimatwährung zu zahlen.

Der Rechtstext soll zeitnah final veröffentlicht werden.

## 6. Versicherungsthemen

### Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)

#### Nationale Umsetzung

Mit Oktober 2018 trat die im Februar 2016 vom EU-Parlament verabschiedete Versicherungsvertriebsrichtlinie „Insurance Distribution Directive“ (IDD) für Versicherungsunternehmen in Kraft. Die österreichische Versicherungswirtschaft ist auf die Anwendung der IDD gut vorbereitet.

Mit Verzögerung hat das BMDW den Begutachtungsentwurf zur Umsetzung der IDD in die GewO (und das BWG) vorgelegt. Enthalten sind Regelungen hinsichtlich des Gewerbezugangs und der Weiterbildung, die Vorschriften **über den Vertriebsprozess wurden** in der im Dezember zur Begutachtung vorgelegten Verordnung des BMDW (Standesregeln **für Versicherungsvermittlung**) abgebildet.

Die kurze Begutachtungsfrist und die nur teilweise Umsetzung der IDD-Inhalte werden sehr kritisch beurteilt. Inhaltlich war die Regierungsvorlage insbesondere betreffend die Weiterbildungsverpflichtung von Vertriebsmitarbeitern (15 Stunden/Jahr) unbedingt zu verbessern.

Die entsprechende Regierungsvorlage wurde am 12.12.2018 vom Nationalrat beschlossen.

Mit einem Abänderungsantrag konnte sichergestellt werden, dass nunmehr für alle direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten nicht die Einschränkung gelten soll, dass die Hälfte der Weiterbildungsverpflichtung nur bei bestimmten unabhängigen Bildungsinstitutionen durchgeführt werden darf. Die Maßnahme fördert auch den Grundsatz der Vermeidung von Gold-Plating bei der Umsetzung von EU-Recht und hilft unnötige Unternehmensaufwände zu vermeiden, da Unternehmen für die Ausbildung ihrer an der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten nicht auf einen kleinen exklusiven Kreis bestimmter Institutionen angewiesen sein sollen, um ihre Weiterbildungsverpflichtungen erfüllen zu können.

In Ausarbeitung durch die zuständigen Fachorganisationen der WKÖ befinden sich aktuell die entsprechend notwendigen Lehrpläne.

#### Pan-europäisches Pensions-Produkt (PEPP)

Der Verordnungsvorschlag für ein europaweites privates Altersvorsorgeprodukt (Pan-European Personal Pension Product, PEPP) sieht vor, dass Anbieter von Altersvorsorgeprodukten künftig europaweit ein einfaches und innovatives privates Altersvorsorgeprodukt, das EU-

weit einheitliche Merkmale aufweist, anbieten können sollen. Dadurch soll die bestehende gesetzliche, betriebliche und nationale private Altersvorsorge ergänzt werden. Weitere Kernpunkte sind die Kapitalgarantie sowie die Mitnahmefähigkeit in andere Mitgliedstaaten. Eine Empfehlung der steuerlichen Gleichbehandlung mit ähnlichen Produkten ergeht an die Mitgliedstaaten, wobei kein Eingriff in die Steuerhoheit der Staaten erfolgen kann.

Dem Vernehmen nach kam es im fünften Trilog am 13.12.2018 zu einer „provisorischen politischen Einigung“. Dem Vernehmen nach sollen folgende Kompromisse erzielt worden sein:

#### Provisional Agreement:

- **Zulassung:** Zulassung soll über nationale Aufsichtsbehörden erfolgen
- **Aufsicht:** laufende Aufsicht durch und Produktinventionsbefugnisse für EIOPA
- **Pensionsfonds (IORPS) als Anbieter:** Mitgliedstaaten sollen über die Berechtigungen für IORPs entscheiden können.
- **Auszahlungsphase:** PEPP-Sparer können grundsätzlich **Auszahlungsform wählen;** Mitgliedsstaaten können jedoch für bestimmte Auszahlungsform Anreize schaffen.
- **Beratungspflicht:**
  - verpflichtende vorvertragliche Beratung mit „Altersvorsorge bezogenem“ Bedürfnistest
  - verpflichtende Beratung hinsichtlich der Auszahlung vor Pensionsantritt
- **Einführung eines PEPP-KIDS:**
  - eigenes KID für Basic-PEPP und weitere KIDS für alternative Anlageoptionen
  - Projektionen für die Leistungsphase und Past-Performance
  - Regulatory Technical Standards (RTS) für Details
- **Vertrieb:** IDD oder MiFID II – je nach Anbieter
- **Laufende Information:**
  - PEPP Benefit Statement während der Ansparphase
  - Informationen während der Auszahlungsphase
- **Compartments:** „Sub-accounts“ in mindestens zwei Mitgliedstaaten innerhalb von drei Jahren
- **Anlageoptionen:** Basic-PEPP + 5 weitere Anlageoptionen möglich
- **Veranlagung:** Prudent Person Principle (ESG-Faktoren sollen beachtet werden).

#### • **Basic-PEPP (Standard-Anlageoption):**

- Kapitalgarantie – fällig zu Beginn der Auszahlungsphase bzw. wo anwendbar auch während der Auszahlungsphase (auf investiertes Kapital nach Abzug von Kosten und Gebühren)
- oder konservative Anlagestrategie mit risikomindernden Techniken, um Kapital zurück zu erhalten
- regulatorische Rahmenbedingungen für Garantien: sektorale Gesetzgebung

#### • **Fee-Cap für das Basic PEPP:**

- 1% des jährlich angesammelten Kapitals (accumulated capital per annum)
- RTS: Spezifizierung der Kosten, die vom Fee-Cap umfasst sind – Level-playing Field zwischen unterschiedlichen PEPPs und PEPP-Anbietern soll sichergestellt werden.
- Delegated Act (DA): alle zwei Jahre Überprüfung des Fee-Caps und ggf. Anpassung des Prozentsatzes.

Die zuvor angeführten Punkte basieren auf Informationen aus der Presidency Flashnote sowie weiteren informellen Quellen. Bis dato liegt noch kein offizieller Text vor. Da es sich nunmehr um eine vorläufige Einigung handelt, bleibt eine finale Beschlussfassung durch Rat und Parlament jedenfalls abzuwarten.

#### Position der Bundessparte

Das PEPP soll nach Auffassung der Versicherungswirtschaft ein „echtes“ Rentenprodukt sein, um die Rentenlücke zu schließen. Dafür ist eine entsprechende langfristige Orientierung notwendig.

- Die Sicherheit der individuellen Ersparnisse sollte die Priorität jeder EU-Initiative im Pensionsbereich sein.
- Die Umsetzung von Portabilität, Compartmentlösungen etc. muss auch für Anbieter sichergestellt sein, um den Wettbewerb im EU-Binnenmarkt zu fördern.
- Die vorvertraglichen Informationspflichten (PEPP-KID) müssen speziell auf die Anforderungen von Pensionsprodukten zugeschnitten sein.

## 7. Sonstige Themen

### Regierungsprogramm - Goldplating

Mitte November wurde ein erstes Sammelgesetz mit ca. 40 Bestimmungen in den Ministerrat eingebracht und zur Begutachtung versandt. Erfreulich ist, dass die gem. § 35 BWG verpflichtend im Kassensaal von Banken auszuhängenden Angaben über Sparzinsen, Entgelte, AGB

und Informationen über die Einlagensicherung durch eine Offenlegung auf der Homepage abgelöst werden sollen, wobei die Bundessparte hier ein Wahlrecht fordert, dass entweder über die Homepage oder über das E-Banking oder in der Filiale die Informationen zur Verfügung gestellt werden können.

Der tagesaktuell zu haltende Aushang der Wechselkurse ist nicht mehr zeitgemäß, stellt einen unnötigen bürokratischen Aufwand für Kreditinstitute dar und soll nun unserer Forderung entsprechend gestrichen werden.

Im Ministerratsvortrag sind auch Ausführungen zum weiteren Prozess und zu weiteren Gesetzesentwürfen enthalten. So wird ausgeführt, dass es zu einem guten Teil Gold-Plating gibt, das auch weiterhin bestehen soll, weil es beispielsweise dem Erhalt sozialer Standards und Umweltstandards dient. Dies betreffe 300 der 500 eingemeldeten Fälle. Darüber hinaus gebe es eine Bürokratie-erhöhende Übererfüllung von Unionsrecht, die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zurückgenommen werden soll und schließlich gebe es ca. 160 weitere Regelungen, die einer weiteren Überprüfung auf ihre Auswirkungen hin bedürfen und möglicherweise im 1. Halbjahr 2019 adaptiert werden.

#### Position der Bundessparte

Gesamthaft betrachtet muss man feststellen, dass das Projekt „Rücknahme des Gold-Plating“ bei weitem hinter den Erwartungen zurückbleibt.

#### Europäische Einlagensicherung

Im Rahmen der Ad-hoc-Arbeitsgruppe zur Stärkung der Bankenunion (AHWP) wurden die technischen Diskussionen bezüglich EDIS fortgesetzt.

Im Mittelpunkt standen dabei auf der Grundlage verschiedener Non-Paper das hybride EDIS-Modell, Übergangsbestimmungen sowie die besondere Behandlung von gedeckten Einlagen. Substanzuelle Fortschritte bei der dritten Säule der Bankenunion (EDIS) zeichnen sich trotz der Kompromissvorschläge der Präsidentschaft nicht ab. Dies liegt nicht zuletzt auch an der deutschen Position zur Behandlung von Staatsanleihen. Keine Einigung erzielte man auch zur Festlegung einer Roadmap für den Start der politischen Verhandlungen. Die Arbeiten auf technischer Ebene werden fortgesetzt, die Eurogruppe setzt eine Arbeitsgruppe mit Mandat für weitere Schritte ein; ein Bericht soll bis Juni 2019 folgen.

#### Reform der Eurozone – backstop für Abwicklungsfonds

Anfang Dezember hat sich die Eurogruppe auf die folgenden Reformen geeinigt:

Die Letztsicherung für den Bankenabwicklungsfonds SRF wird vom ESM organisiert und spätestens 2024 eingeführt. 2020 wird über eine frühere Aktivierung anhand von Risikokennziffern in der Bankenunion entschieden.

Der Backstop erhält die Form einer reolvierenden Kreditlinie. Kredite werden für höchstens 5 Jahre vergeben.

Der Backstop ersetzt die Möglichkeit des ESM für eine direkte Bankenrekapitalisierung.

Vorbeugende Kreditlinien des ESM werden effektiver gestaltet mit klareren Zugangsvoraussetzungen. Inanspruchnahme von wirtschaftlich grundsätzlich gesunden Euro-Staaten bei asymmetrischen Schocks, wenn Schuldenkriterien erfüllt werden, keine Defizitverfahren laufen und es keine übermäßigen makroökonomischen Ungleichgewichte gibt. Die Arbeiten an einer Europäischen Einlagensicherung sollen in den nächsten Monaten in einer neuen Arbeitsgruppe fortgesetzt werden.

### Brexit

Es ist noch immer offen, wie das künftige Verhältnis zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich aussehen wird.

Der Brexit hat bei den EU-Institutionen in Brüssel höchste Priorität.

Die im Dezember 2018 abgesagte Abstimmung über das Brexit-Austrittsabkommen im britischen Parlament war für 15.1.2019 angesetzt. Eine am 9. Jänner 2019 veröffentlichte Umfrage im Auftrag der Queen Mary University in London zeigt, dass 70 Prozent der britischen Abgeordneten mit den Brexit-Verhandlungsergebnissen von Premierministerin Theresa May nicht zufrieden sind.

### EK beschließt „No-Deal“- Notfallplan für bestimmte Sektoren

Da das Vereinigte Königreich (UK) die EU in weniger als 100 Tagen verlassen wird und angesichts der anhaltenden Unsicherheit hinsichtlich der britischen Ratifizierung des Rücktrittsabkommens, das am 25.11.2018 zwischen der EU und dem UK vereinbart wurde, und der vom Europäischen Rat geforderten intensivierten Vorbereitung auf allen Ebenen und für alle Ereignisse hat die Europäische Kommission (EK) am 19.12.2018 mit der Umsetzung ihres „No-Deal“- Notfallplans begonnen. Dies entsprach der Zusage der EK, bis Ende 2018 alle notwendigen No-Deal-Vorschläge anzunehmen.

Das Paket umfasst 14 Maßnahmen in einer begrenzten Zahl von Bereichen, wo ein „No-Deal“-Szenario zu großen Störungen für Bürger und Unternehmen führen würde. Diese Bereiche umfassen

u.a. Finanzdienstleistungen, Luftverkehr, Zoll und Klimapolitik.

Die EK hält es für dringend geboten, diese Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die erforderlichen Notfallmaßnahmen am 30.3.2019 in Kraft treten können, um den größten Schaden zu begrenzen, der durch ein No-Deal-Szenario in diesen Bereichen verursacht wird. Diese Maßnahmen können die Gesamtwirkung einer „No-Deal“-Situation jedoch weder abfedern noch können sie die mangelnde Vorbereitung von Stakeholdern ausgleichen oder die vollen Vorteile einer EU-Mitgliedschaft oder die Bedingungen eines Übergangszeitraums nachbilden, wie in der Austrittsvereinbarung vorgesehen. Sie sind auf bestimmte Bereiche beschränkt, in denen es unbedingt erforderlich ist, die lebenswichtigen Interessen der EU zu schützen, und in denen Vorbereitungsmaßnahmen allein nicht ausreichen. In der Regel sind sie zeitlich und in ihrem Umfang begrenzt und werden von der EU einseitig angenommen. Sie berücksichtigen die Gespräche mit den Mitgliedstaaten und ergänzen die bereits getroffenen Vorbereitungsmaßnahmen, wie sie in den beiden vorangegangenen Mitteilungen über die Vorbereitungsmitteilungen vorgesehen sind. Die Kommission wird ihren Notfallplan in den kommenden Wochen weiter umsetzen, die Notwendigkeit weiterer Maßnahmen überwachen und die Mitgliedstaaten weiterhin bei ihren Vorbereitungsarbeiten unterstützen.

### Sektorspezifische Regulierungen für Finanzdienstleistungen (Auszug)

Nach eingehender Prüfung der Risiken, die mit einem No-Deal-Szenario im Finanzsektor verbunden sind, hat die EK festgestellt, dass nur eine begrenzte Anzahl von Notfallmaßnahmen erforderlich ist, um die Finanzstabilität in der EU 27 zu gewährleisten.

Die EK hat daher am 19.12.2018 folgende Rechtsakte erlassen:

- eine befristete und bedingte Äquivalenzentscheidung für einen befristeten Zeitraum von 12 Monaten, um sicherzustellen, dass das zentrale Clearing von Derivaten nicht unmittelbar gestört wird
- eine befristete und bedingte Gleichwertigkeitsentscheidung für einen befristeten Zeitraum von 24 Monaten, um sicherzustellen, dass die zentralen Verwahrstellen für EU-Unternehmen, die derzeit britische Betreiber nutzen, keine Unterbrechung erfahren
- zwei delegierte Verordnungen zur Erleichterung der Novation bestimmter außerbörslich gehandelter Derivatekontrakte für einen festen Zeitraum von 12 Monaten, bei denen ein Kon-

trakt von einer UK-Partei an eine EU27-Gegenpartei übertragen wird.

Die EK weist ausdrücklich darauf hin, dass in allen Bereichen der Finanzdienstleistungen Unternehmen weiterhin alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen sollten, um Risiken zu mindern und sicherzustellen, dass die Kunden weiterhin betreut werden können. Unternehmen sollten ihre Kunden aktiv über die von ihnen unternommenen Schritte und deren Umsetzung informieren. Kunden britischer Unternehmen in der Europäischen Union müssen sich auf ein Szenario vorbereiten, in dem ihr Anbieter nicht mehr EU-Recht unterliegt.

Weiterführende Informationen zum Maßnahmenpaket in englischer Sprache sind auf folgenden Websites abrufbar:

- **Presseaussendung**  
[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/20181213-contingency-ip\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/20181213-contingency-ip_en.pdf)
- **Mitteilung**  
[https://ec.europa.eu/info/publications/communication-19-december-2018-preparing-withdrawal-united-kingdom-european-union-30-march-2019-implementing-commissions-contingency-action-plan\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/communication-19-december-2018-preparing-withdrawal-united-kingdom-european-union-30-march-2019-implementing-commissions-contingency-action-plan_en)
- **Communication** Preparing for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on 30 March 2019: Implementing the Commission's Contingency Action Plan  
<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com-2018-890-final.pdf>
- **Questions and Answers:** the consequences of the United Kingdom leaving the European Union without a ratified Withdrawal Agreement (No-Deal Brexit)  
[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/contingency-qanda\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/contingency-qanda_en.pdf)

### ESMA veröffentlichen Brexit-Statement zur Kundeninformation

Die ESMA hat am 19. Dezember ein ESMA-Statement betreffend die Notwendigkeit, Kunden über die möglichen Auswirkungen des Brexit zu informieren, veröffentlicht (siehe Link: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1328\\_brexit\\_statement\\_information\\_to\\_clients.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-43-1328_brexit_statement_information_to_clients.pdf)).

Adressaten sind UK-Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, die Wertpapierdienstleistungen in den EU-27 Staaten erbringen, sowie EU-27 Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, die Wertpapierdienstleistungen an Kunden in UK erbringen, jeweils entweder durch Tochterunternehmen oder Zweigniederlassungen.

Die ESMA weist darauf hin, dass die Rechtsträger angehalten sind, Kunden, deren Verträge bzw. Wertpapierdienstleistungen vom Brexit betroffen sind, eindeutige Informationen zur Verfügung zu stellen.

Die Informationen sollten Angaben zu den folgenden Punkten beinhalten:

- Auswirkungen des Brexit, jeweils bezogen auf die konkreten Dienstleistungen, die gegenüber dem jeweiligen Kunden erbracht werden
- Maßnahmen, die das Unternehmen getroffen hat, um Beeinträchtigungen der Kunden zu verhindern
- Auswirkungen, die Umstrukturierungen im Unternehmen auf die Kunden haben könnten, insbesondere alle relevanten Änderungen der Vertragsbedingungen
- vertragliche und gesetzliche Rechte der Kunden, z.B. Kündigungsrecht.

Das ESMA-Statement ist auch auf der FMA-Website abrufbar unter

<https://www.fma.gv.at/querschnittsthemmen/wohlverhaltensregeln-compliance/>.

### **EBA fordert mehr Aktivitäten der Finanzinstitute bei der Brexit-Kommunikation mit Kunden**

Im Anschluss an die Stellungnahme Opinion of the European Banking Authority on preparations for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union

<https://eba.europa.eu/documents/10180/2137845/EBA+Opinion+on+BREXIT+preparations+%28EBA-Op-2018-05%29.pdf>

vom Juni 2018 zur Vorbereitung der Finanzinstitute für den Austritt Großbritanniens aus der EU hat die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) die betroffenen Finanzinstitute am 17.12.2018 darauf hingewiesen, ihre Bemühungen um eine wirksame Notfallplanung fortzusetzen und ihre Kommunikationsaktivitäten zu Kunden hinsichtlich des Brexit zu verstärken. Die EBA fordert betroffene Institute nachdrücklich auf, ihre Vorbereitung für den Brexit sorgfältig zu prüfen und die Kunden rasch über die konkreten Auswirkungen zu informieren, die sich aus dem Austritt Großbritanniens aus der EU ergeben werden (weiterführende Informationen siehe Link:

<https://eba.europa.eu/-/the-eba-calls-for-more-action-by-financial-institutions-in-their-brexite-related-communication-to-customers>).

### **Geldwäsche**

#### **FMA-Geldwäsche-Organisations-Rundschreiben in Konsultation**

Mitte Oktober hat die FMA ein Rundschreiben zu Organisationsfragen im

Zusammenhang mit dem Geldwäsche-Beauftragten zur Begutachtung veröffentlicht. Die Bundessparte hat eine detaillierte Stellungnahme abgegeben. Auch zum Rundschreiben zu Geldwäsche-Meldepflichten ist eine Begutachtung geplant.

#### **FMA-Sorgfaltspflichten-Rundschreiben veröffentlicht**

Kurz vor Weihnachten hat die FMA das finale Geldwäsche-Sorgfaltspflichten-Rundschreiben veröffentlicht. Erfreulicherweise konnten im Zuge der Begutachtungsphase noch einige Klarstellungen und Abschwächungen im Wording erreicht werden. So enthält das Rundschreiben u.a. folgende Änderungen im Vergleich zum Begutachtungsentwurf:

- Bei der Aktualisierung der Kundendaten ist die FMA in Rz 199 zwar bei Hochrisikokunden bei der generell strengen Vorgabe von 1 Jahr geblieben, es wird aber für internationale Syndizierungen ein Aktualisierungsintervall von bis zu 2 Jahren erlaubt. Auch für den Bereich Lebensversicherungen und Betriebliche Vorsorgekassen sind hier Ausnahmen aufgrund einer entsprechenden Risikoanalyse möglich.
- Erfreulich ist, dass bei Syndizierungen nunmehr gem. Rz 97 die Identifizierung der beteiligten Banken – wie von uns gefordert – auch über eine „Confirmation“ von im internationalen Geschäftsverkehr anerkannten Datenbanken erfolgen kann.
- Wie von uns gefordert, findet sich im Rundschreiben in Rz 130 ein Passus, wonach „Verpflichtete aufgrund des risikoorientierten Ansatzes von ihren Kunden unter Umständen zusätzliche/detailliertere Informationen und Unterlagen zu deren wirtschaftlichen Eigentümern einzuholen haben, als für die Meldung des Rechtsträgers an das Register der wirtschaftlichen Eigentümer notwendig sind.“ Diese Klarstellung ist hilfreich in Diskussionen mit Kunden, die der Ansicht sind, mit der Meldung zum WiEReG ohnedies bereits alle erforderlichen Informationen offengelegt zu haben.
- Zu den Sorgfaltspflichten bei Drittländern mit hohem Risiko findet sich in Rz 278 ff. im Wesentlichen der mit der Bundessparte verhandelte Kompromiss, wonach Transaktionen mit Bezug zu Hochrisikoländern nicht zwingend ex-ante zu stoppen sind. Verpflichtete können hier anhand geeigneter Prüfregele und Schwellenwerte eine Ex-post-Überwachung durchführen, wenn das erhöhte Risiko durch zusätzliche Maßnahmen beherrscht und gemindert werden kann. Die Prüfregele und Schwellenwerte

müssen jährlich evaluiert werden. Eine „zusätzliche Maßnahme“ im obigen Sinn ist eine zumindest quartalsmäßige Auswertung aller Transaktionen, an denen ein Hochrisikoland beteiligt ist. Kommerzbanken können nach entsprechender Prüfung von den Maßnahmen ausgenommen werden (sog. White-Listing). Eine Einstufung eines Kunden in eine erhöhte Risikoklasse alleine aus dem Umstand, dass vereinzelt Transaktionen mit Hochrisikolandbezug durchgeführt werden, ist nicht zwingend in jedem Einzelfall notwendig.

#### **EU-Aktionsplan gegen Geldwäsche**

Anfang Dezember hat der Rat der EU einen Aktionsplan gegen Geldwäsche verabschiedet. So sollen beispielsweise Faktoren näher untersucht werden, die die aktuellen Geldwäsche-Vorfälle in europäischen Banken ermöglicht haben. Geplant ist in weiterer Folge, aufsichtsrechtliche Gegenmaßnahmen zu entwerfen. Weiters soll auch die Zusammenarbeit zwischen Geldwäsche-Behörden und den Bankenaufsichtsbehörden gestärkt werden. Die EZB hat hier vor kurzem mit den nationalen Geldwäsche-Behörden eine Kooperation bzgl. Informationsaustausch abgeschlossen.

Im vor kurzem final zu Ende verhandelten CRR-Review werden auch Geldwäsche-Aspekte in den sog. Säule-2-Überprüfungsprozess der Bankenaufsichtsbehörden integriert. Zukünftig darf auch die Bankenaufsicht (insb. die EZB) Geldwäscheaspekte aus Governance und Fit-&-Proper-Perspektive prüfen.

Schließlich werden die Mitgliedstaaten aufgefordert die 5. Geldwäsche-Richtlinie bereits vor 2020 umzusetzen und es wird an diejenigen Mitgliedstaaten appelliert, die bis dato nicht die 4. Geldwäsche-Richtlinie umgesetzt haben (Griechenland und Rumänien bzw. mangelhafte Umsetzung in Irland, Spanien und Lettland).

#### **Ratseignung zu Verordnungsvorschlag der KOM zu Geldwäsche**

Zum von der Kommission Mitte September vorgelegten Verordnungsvorschlag hat es eine Einigung im Rat gegeben, die aber noch mit dem EU-Parlament verhandelt werden muss:

Die Kompetenzen zur Geldwäschebekämpfung sollen in der EBA gebündelt werden. EBA soll ermächtigt werden, nationalen Aufsichtsbehörden Ermittlungshandlungen gegen eine Bank aufzutragen. Sollte die nationale Behörde untätig bleiben, so kann EBA auch direkt an eine Bank eine Entscheidung übermitteln.

Kernpunkte des ursprünglichen Verordnungsentwurfs sind:

- Sicherstellung, dass Verstöße gegen Geldwäscheregeln konsequenter untersucht und verfolgt werden: die EBA soll von der nationalen Geldwäschaufsicht fordern können, dass mögliche Verstöße untersucht und gezielte Aktionen, z.B. Sanktionen, angedacht werden
- weitere Stärkung der nationalen Geldwäschaufsicht und Zusammenarbeit mit Aufsichtsbehörden: Sollten die Geldwäschaufsichtsbehörden nicht rechtzeitig reagieren, soll es der EBA möglich sein, auch direkt Entscheidungen zu treffen.
- Durch gemeinsame Standards, regelmäßige Überprüfungen der nationalen Aufsichtsbehörden und Risikoanalysen soll die Qualität der Aufsicht verbessert werden.
- Das Zusammentragen von Informationen zu Geldwäscherisiken soll verbessert und dadurch auch der Austausch zwischen nationalen Aufsichtsbehörden gestärkt werden (Datahubs sind angedacht).
- Verbesserung der Kooperation mit Drittstaaten bei grenzüberschreitenden Fällen
- Schaffung eines ständigen Ausschusses, der nationale Geldwäschaufsichtsbehörden zusammenbringt.

Die Kompetenzerweiterung für EBA hätte im derzeit laufenden ESA-Review mitverhandelt werden sollen, was von einigen Mitgliedstaaten kritisch gesehen wurde. Aus diesem Grund wurden die Vorschläge in einer eigenen Ratsarbeitsgruppe verhandelt.

Das Parlament hat bei seiner vor kurzem getroffenen Einigung zum ESA-Review, in dem auch Geldwäsche-Aspekte enthalten sind, zum Ausdruck gebracht, dass eine getrennte Verhandlung von neuen Geldwäschekompetenzen außerhalb der Verhandlungen zum ESA-Review nicht gewünscht ist.

Vor dem Hintergrund, dass es zum ESA-Review noch keine finale Verhandlungsposition des Rates gibt und sich auch keine rasche Einigung abzeichnet, ist es fraglich, ob die neuen Geldwäschekompetenzen für EBA tatsächlich bald beschlossen werden.

### **Neue EU-Richtlinie zur Angleichung der Geldwäsche-Definition und Sanktionen im Strafrecht**

Am 12.12.2018 wurde eine neue Richtlinie über die Bekämpfung der Geldwäsche (zur Angleichung der Geldwäsche-Tatbestände in den Strafgesetzbüchern der Mitgliedstaaten) im Amtsblatt veröffentlicht, die folgende Punkte beinhaltet (die Richtlinie ist bis November 2020 in nationales Recht umzusetzen):

- Festlegung von **Mindestvorschriften für die Definition von Straftatbeständen und Sanktionen** im Bereich der Geldwäsche. Geldwäsche wird künftig mit einer Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren geahndet, und neben der Haftstrafe können vom Gericht zusätzliche Sanktionen und Maßnahmen verhängt werden (z.B. Geldstrafen, vorübergehender oder dauerhafter Ausschluss vom Zugang zu öffentlichen Finanzmitteln usw.). Erschwerende Umstände gelten bei Verbindungen zu kriminellen Organisationen oder bei Verstößen im Zusammenhang mit der Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten;
- die Möglichkeit, für bestimmte Geldwäsche-Tätigkeiten **juristische Personen zur Verantwortung zu ziehen** und auf verschiedene Weise zu bestrafen (z. B. durch Ausschluss von öffentlichen Mitteln, Unterstellung unter richterliche Aufsicht, gerichtlich angeordnete Auflösung usw.);
- **Beseitigung von Hindernissen für die grenzüberschreitende justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit**, indem gemeinsame Bestimmungen für bessere Ermittlungen festgelegt werden. Für grenzüberschreitende Fälle präzisieren die neuen Vorschriften, welcher Mitgliedstaat gerichtlich zuständig ist, wie die betroffenen Mitgliedstaaten zusammenarbeiten sollen und wie Eurojust einbezogen werden soll.

### **Delegierte Verordnung zu Hochrisikoländern**

Diese Verordnung wird derzeit vom EU-Parlament blockiert, weil das Parlament (anders als Rat und Kommission) fordert, dass auf diese Geldwäsche-Liste auch gewisse Länder mit laxeren Steuergesetzen aufgenommen werden. Der Rat argumentiert jedoch, dass eine Geldwäsche-Liste nicht mit anderen Themen vermengt werden sollte. Diesem Dissens ist es geschuldet, dass Bosnien (das bereits von der FATF-Liste genommen wurde) nach wie vor auf der delegierten EU-Verordnung gelistet ist. Fraglich ist auch, ob nicht zukünftig Serbien statt Bosnien auf die Liste kommen wird, wobei dies ein sehr politisches Thema ist. Dieser Dissens hat Auswirkungen auf die Banken, denn diese müssen bei Kunden mit Sitz in einem Hochrisikoland (und laut FMA auch bei Transaktionen in ein solches oder aus einem solchen Land) erhöhte Sorgfaltspflichten anwenden, was gerade bei Ländern wie Bosnien und Serbien einen hohen Aufwand darstellt.

### **RL-Vorschlag Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen**

Nachdem unter bulgarischen Ratsvorsitz zum RL-Vorschlag zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen (European Accessibility Act – EAA; COM(2015) 615 final) vier Trilogie abgehalten wurden, hat der österreichische Vorsitz die Verhandlungen mit dem Europäischen Parlament fortgeführt. Beim dritten Trilogie wurde eine vorläufige politische Einigung mit dem Europäischen Parlament erreicht. Der Ausschuss der Ständigen Vertreter hat am 19.12.2018 den endgültigen Kompromisstext unter Enthaltung des Vereinigten Königreichs gebilligt. Nach Vorliegen der Sprachübersetzungen ist eine endgültige Abstimmung im Plenum des Europäischen Parlaments und Verabschiedung bei einem EU-Ratstreffen (voraussichtlich im März/April 2019) erforderlich.

Weiterführende Informationen zum bisherigen Ablauf des europäischen Gesetzgebungsprozesses können auf folgenden Webseiten abgefragt werden:

- EUR-Lex  
[https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2015\\_278](https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2015_278)
- Europäisches Parlament  
[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/0278\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/0278(COD))

### **Delegierte VO der EK ändert drei bestehende RTS zur Clearingpflicht**

Am 19.12.2018 hat die Kommission eine delegierte Verordnung zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2205, der Delegierten Verordnung (EU) 2016/592 und der Delegierten Verordnung (EU) 2016/1178 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards für die Clearingpflicht zur Verschiebung des Datums für die spätere Anwendung der Clearingpflicht auf bestimmte OTC-Derivatekontrakte verabschiedet.

Mit dem delegierten Rechtsakt werden drei bestehende technische Regulierungsstandards (RTS) zur Clearingpflicht wie folgt geändert:

Artikel 1 ändert Artikel 3 Absatz 2 der Delegierten Verordnung der Kommission (EU) 2015/2205 im Hinblick auf Zinsderivatekategorien, indem das Datum für die spätere Anwendung der Clearingpflicht auf gruppeninterne Geschäfte mit einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen derselben Gruppe vom 21.12.2018 auf den 21.12.2020 verschoben wird.

Artikel 2 ändert Artikel 3 Absatz 2 der Delegierten Verordnung der Kommission (EU) 2016/592 im Hinblick auf Kreditderivatekategorien, indem das Datum für die spätere Anwendung der Clearingpflicht auf gruppeninterne Geschäfte mit einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen derselben Gruppe vom 9.5.2019 auf den 21.12.2020 verschoben wird.

Artikel 3 ändert Artikel 3 Absatz 2 der Delegierten Verordnung der Kommission (EU) 2016/1178 im Hinblick auf Zinsderivatekategorien, indem das Datum für die spätere Anwendung der Clearingpflicht auf gruppeninterne Geschäfte mit einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen derselben Gruppe vom 9.7.2019 auf den 21.12.2020 verschoben wird.

### Reform der Europäischen Aufsichtsbehörden (EBA, ESMA und EIOPA)

Im September 2017 hat die Kommission einen Legislativvorschlag zur Reform der Europäischen Aufsichtsbehörden veröffentlicht.

Kernpunkte des Legislativvorschlages sind Änderungen bei der Governance der ESAs, insbesondere die Zurückdrängung des Einflusses der nationalen Aufsichtsbehörden, eine Kostenüberwälzung auf die Industrie sowie neue Kompetenzen für die ESAs, insbesondere im Bereich Konsumentenschutz.

### Verhandlungsstand

Im Rat zeichnet sich eine kritische Position zum Kommissionsvorschlag ab, insbesondere werden viele der zusätzlich vorgeschlagenen Aufgaben für die ESAs, insb. für ESMA und die Einrichtung eines Executive Boards in jeder Behörde, abgelehnt. Auch die von der Kommission vorgeschlagene teilweise Kostentragung durch die beaufsichtigten Unternehmen wird von einigen Mitgliedstaaten kritisch gesehen.

Im EU-Parlament gab es vor kurzem eine Einigung im ECON-Ausschuss. Insbesondere sind darin Änderungen bei der Governance der ESAs vorgesehen, indem unabhängige Executive Committees vorgesehen werden sollen. Auch wird ein klares Mandat für die ESAs im Hinblick auf die Beobachtung von ESG-Faktoren (environmental, social and governance risks) erteilt. Schließlich wird der Konsumentenschutz gestärkt, indem das Committee on financial innovation der ESA in ein Committee on consumer protection and financial innovation umbenannt werden soll. Nationale Konsumentenschutzbehörden sollen in die Arbeit dieses Committees eingebunden werden. Darüber hinaus sollen die ESAs auch Ermittlungsbefugnisse für spezielle Produkte im Hinblick auf Konsumenten-

schutz erhalten. Schließlich fordert das Parlament eine direkte europäische Aufsichtskompetenz über bestimmte grenzüberschreitende Kapitalmarktakteure und Finanzprodukte, insb. im Prospektrecht.

### Position der Bundessparte

Die Bundessparte sieht die Vorschläge kritisch, insbesondere wird die Kostentragung durch die beaufsichtigten Unternehmen abgelehnt. Auch die meisten neuen Kompetenzen sowie eine weitere Ausdehnung des überbordenden Konsumentenschutzes werden kritisch gesehen.

### EU-Richtlinie

#### Kollektive Rechtsverfolgung

Aktuell wird im Rat und im Europäischen Parlament der Richtlinienentwurf über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher beraten. Er ist Teil des „New Deal for Consumers“ und drängt die Kommission auf eine rasche Beschlussfassung. Im Europäischen Parlament befassen sich mehrere Ausschüsse mit dem Richtlinienentwurf, es wurden hunderte von Abänderungsanträgen eingebracht. Federführend ist der Rechtsausschuss des Parlaments (JURI).

### Position der Bundessparte

Der Richtlinienentwurf ist unausgewogen zum Nachteil der Unternehmen. Es sind nur qualifizierte Einrichtungen klagebefugt, die zudem eine Reihe von Privilegien eingeräumt erhalten.

Die Bundessparte ist nicht grundsätzlich gegen kollektive Rechtsverfolgung. Die Bundessparte hat sich seit vielen Jahren sowohl innerösterreichisch als auch auf europäischer Ebene dafür eingesetzt, dass derartige kollektive Rechtsverfolgungsinstrumente ausgewogen ausgestaltet werden und nicht nur zu Lasten der Unternehmen formuliert werden. Abgelehnt werden jene Elemente des Entwurfs, die die bislang relativ ausgewogene Balance in Zivilprozessen zu Lasten der Unternehmen wesentlich verändern würden. Vor allem sind die Grundrechte aller Beteiligten sowie die europäischen Rechtstraditionen vollinhaltlich zu beachten.

### Aktionärsrechte-RL

Mit dem österreichischen Entwurf zur Umsetzung der Aktionsrechte-RL ist laut aktuellen Informationen in den nächsten Wochen zu rechnen.

Die Bundessparte ist bemüht hier eine pragmatische und lebbare Implementierung sicherzustellen.

### Datenschutz

Im BGBl II 278/2018 wurde die Verordnung der Datenschutzbehörde über

die Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist (DSFA-V; „Black-List“), kundgemacht.

### Änderungen im Vergleich zum Begutachtungsentwurf:

- § 2 Abs 2 Z 1 nimmt ausdrücklich darauf Bezug, dass die dort genannten Verarbeitungen „ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhen“.
- § 2 Abs 2 Z 5 des Begutachtungsentwurfs – nämlich „Verarbeitungsvorgänge von gem Art 26 DSGVO gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen“ – entfällt gänzlich.
- § 2 Abs 3 Z 1 und 2 sprechen nunmehr von „umfangreicher“ Verarbeitung.

In Kraft seit 10.11.2018.

### NIS-Gesetz (Netz- und Informationssystemssicherheitsgesetz)

Das NISG wurde Ende Dezember 2018 im BGBl veröffentlicht.

Positiv ist, dass – den Bemühungen in den den Gesetzesentwurf vorbereitenden Arbeitsgruppensitzungen Rechnung tragend – **Kreditinstitute** gemäß § 20 faktisch von den Anforderungen zu Sicherheitsvorkehrungen (§ 17) und Meldepflichten (§ 19) ausgenommen sind, da PSD 2/ZaDiG 2018 als gleichwertig anerkannt werden. Eine gänzliche Ausnahme von Kreditinstituten war aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben (ausdrückliche Anführung des „Bankwesens“) nicht möglich. Jedoch zeugt die Ausnahmebestimmung davon, dass der Gesetzgeber anerkennt, dass Banken nicht im materiellen Fokus des Gesetzes stehen.

Zudem sieht § 20 Abs 2 vor, dass die FMA die gemäß PSD 2/ZaDiG 2018 im Rahmen des Cyber Incident Reportings übermittelten Meldungen an das BMI weiterzuleiten hat.

**Versicherungen** sind, entgegen ersten Überlegungen, vom Gesetz generell nicht betroffen.

---

Dr. Franz Rudorfer ist Geschäftsführer der Bundessparte Bank und Versicherung der WKO; e-mail: bsbv@wko.at

# Neues in Kürze – Aufsichtsrecht und Risikomanagement

Florian Studer

## national

### Deregulierung und Rechtsbereinigung: Entwurf der Gold-Plating-Sammelnovelle

Im Rahmen der Deregulierungsinitiative der Bundesregierung soll die im November 2018 im Entwurf veröffentlichte „Anti Gold-Plating“-Sammelnovelle erlassen werden. Die Novelle stellt einen ersten Schritt der Zurücknahme von über die unionsrechtlichen Mindestvorgaben hinausgehenden Regelungen in bestimmten Rechtsbereichen (u.a. Unternehmensrecht, Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz, Bankwesengesetz, Wirtschaftstreuhand- und Bilanzbuchhaltungsberufsrecht) dar und zielt auf die Beseitigung unnötiger Belastungen für betroffene Normadressaten ab.

Der kundgemachte Entwurf der Gold-Plating-Verordnung beinhaltet die folgenden wesentlichen inhaltlichen Änderungen:

- Der in § 196a Abs. 2 UGB normierte Wesentlichkeitsgrundsatz, wonach die Anforderungen an den Jahresabschluss in Bezug auf Darstellung und Offenlegung nicht erfüllt werden müssen, sofern die Wirkung ihrer Einhaltung unwesentlich ist, wird gestrichen. Künftig soll sich der Wesentlichkeitsgrundsatz direkt aus der ihn weiter fassenden und auf „Ansatz, Bewertung, Darstellung, Offenlegung und Konsolidierung“ ausdehnenden Bilanz-Richtlinie ergeben.
- Die terminologische Anpassung im Unternehmensgesetzbuch in Bezug auf „Marktpreis“ anstelle von „Marktwert“ ist insbesondere für die Folgebewertung des Anlage- und Umlaufvermögens in den §§ 204 und 207 UGB relevant. Es soll klargestellt werden, dass Finanzanlagen grundsätzlich nach dem objektiven Wertmaßstab des Börsenkurses oder Marktpreises zu bewerten sind, während bei Fehlen des Börsenkurses oder Marktpreises der „beizulegende Wert“ zur Berechnung heranzuziehen ist.
- Das Bankwesengesetz soll dahingehend geändert werden, dass der verpflichtende Aushang von Informationen im Kassensaal durch Information auf der Homepage des Kreditinstitutes ersetzt werden soll.

- Die Änderung des Immobilien-Investmentfondsgesetzes sowie des Investmentfondsgesetzes 2011 sieht einen Entfall der Bewilligungspflicht der Fondsbestimmungen durch den Aufsichtsrat von Kapitalanlagegesellschaften bzw. Verwaltungsgesellschaften vor.
- Die im Rahmen des Wirtschaftstreuhand- und Bilanzbuchhaltungsberufsrechts vorgeschlagenen Änderungen beabsichtigen eine Angleichung der Sorgfaltspflichten von Angehörigen der Wirtschaftstreuhandberufe und von Bilanzbuchhaltern zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung an bestehende Regelungen für andere Berufsgruppen (z.B. Notare oder Rechtsanwälte).

Quelle:

[https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME\\_00100/fname\\_721183.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00100/fname_721183.pdf)

## international

### EBA veröffentlicht Entwurf von Leitlinien zum Management von IKT- und Sicherheitsrisiken (EBA/CP/2018/15)

Am 13.12.2018 veröffentlichte die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) einen Leitlinienentwurf zum Thema „Management von Informations- und Kommunikationstechnologierisiken (IKT-Risiken) und weiteren Sicherheitsrisiken“. Darin werden die aufsichtlichen Erwartungen in Bezug auf das Management von IKT-Risiken und operationellen IKT-Risiken inkl. deren Governance, Risikobewertungsprozesse, Anforderungen an die Informationssicherheit, Sicherheit in Veränderungs- und Entwicklungsprozessen und Geschäftsführungsmanagement formuliert.

Die bestehenden Leitlinien zu Sicherheitsmaßnahmen bezüglich der operationellen und sicherheitsrelevanten Risiken von Zahlungsdiensten gemäß Richtlinie (EU) 2015/2366 (Zweite Zahlungsdiensterichtlinie, PSD II) werden aufgehoben und inhaltlich vollumfänglich in die vorliegenden Leitlinien integriert. Die EBA-Leitlinien zur Bewertung des IKT-Risikos im aufsichtlichen Überprüfungs- und Evaluierungsprozess (SREP) (EBA/

GL/2017/05) behalten hingegen weiterhin ihre Gültigkeit.

### 1. IKT-Governance und -Strategie

Das Leitungsorgan trägt die Gesamtverantwortung für die Festlegung, Genehmigung und Überwachung der Umsetzung der IKT-Strategie als Bestandteil der allgemeinen Geschäftsstrategie. Darüber hinaus hat es für die Implementierung eines wirksamen Risikomanagement-Rahmenwerks für IKT-Risiken zu sorgen. Das Leitungsorgan hat demnach sicherzustellen, dass das Finanzinstitut über ein angemessenes internes Rahmenwerk für die Governance und interne Kontrolle von IKT-Risiken verfügt. Hierzu sind klare Rollen und Verantwortlichkeiten für die IKT-Funktionen, das Risikomanagement für die Informationssicherheit und die Geschäftsführung festzulegen sowie angemessene personelle und finanzielle Ressourcen sicherzustellen.

### 2. Rahmenwerk für das IKT-Risikomanagement

Für ein wirksames Risikomanagement-Rahmenwerk sind Schlüsselrollen und Verantwortlichkeiten sowie relevante Berichtslinien zu definieren und zuzuweisen. Das Rahmenwerk für IKT-Risikomanagement ist darüber hinaus vollständig in den Gesamtprozess des Risikomanagements zu integrieren.

In einer Übersicht sind Geschäftsbereiche, Verantwortlichkeiten und unterstützende Prozesse sowie für deren Unterstützung benötigte IKT-Systeme, Mitarbeiter und Dritte zu klassifizieren, um deren Bedeutung und Wechselwirkungen in Zusammenhang mit IKT-Risiken zu ermitteln und die Risiken in der Folge steuern zu können. Die identifizierten Geschäftsbereiche, unterstützenden Prozesse und (Personal- und IT-)Ressourcen sind sodann hinsichtlich ihrer Kritikalität zu klassifizieren. Die Angemessenheit der Klassifizierung sowie der relevanten Dokumentation wird im Rahmen der Risikobewertung überprüft.

Die Ergebnisse der Risikobewertung sind dem Leitungsorgan zeitnah mitzuteilen. Zusätzlich müssen Zahlungsdienstleister den zuständigen Aufsichtsbehörden eine aktualisierte und umfassende Risikobewertung im Sinne von Art. 95 Abs. 2 PSD II zur Verfügung stellen.

### 3. Informationssicherheit

Der Leitlinienentwurf schreibt den Normadressaten zudem vor, eine unab-

hängige Informationssicherheits-Funktion mit direkter Berichtslinie an das Leitungsorgan einzurichten. Ihre Zuständigkeit umfasst dabei u.a.:

- Überwachung der Umsetzung von Informationssicherheits-Maßnahmen durch Schlüssel-Indikatoren;
- regelmäßige und ad-hoc Unterrichtung und Beratung des Leitungsorgans über Status und Risiken;
- Sicherstellung, dass die Informationssicherheits-Richtlinien auch bei Einschaltung Dritter eingehalten werden.

Zum Schutz der Standorte, Datenzentren und sensiblen Bereiche sind Maßnahmen für die physische Sicherheit zu definieren, dokumentieren und implementieren. Diese Maßnahmen sollen den baulichen Gegebenheiten und der Kritikalität der Tätigkeit oder der IKT-Systeme entsprechen. Zudem ist fortlaufend zu prüfen, ob aufgrund allfälliger Änderungen des operativen Umfelds Anpassungen der Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind.

Schwachstellen in den IKT-Systemen und damit zusammenhängenden Dienstleistungen sollen mit Hilfe diverser Überprüfungen, Bewertungen und Tests identifiziert werden, wie z.B. Gap-Analysen bezogen auf bestehende Sicherheits-Standards, Compliance- und Revisionsprüfungen sowie physische Sicherheitsprüfungen.

#### **4. Management von IKT-Maßnahmen**

IKT-Maßnahmen (z.B. Überwachung der IKT-Systeme, Wartung und Reparatur) sind soweit wie möglich zu automatisieren, um mögliche Fehler bei manuell durchgeführten Maßnahmen zu reduzieren. Weiter sieht der Leitlinienentwurf vor, die Lebensdauer, Wartung und Aktualisierungen in regelmäßigen Abständen zu

dokumentieren, ausreichend Ressourcen für die Prävention und Behandlung von wesentlichen Leistungsproblemen einzuplanen und Wiederherstellungsmöglichkeiten sicherzustellen.

Zur Überwachung und zum Nachweis von operationellen und IKT-Sicherheitsvorfällen ist ein Vorfall- und Problem-Managementprozess einzuführen. In diesem Zusammenhang sind geeignete Kriterien und Schwellenwerte festzulegen, um ein Ereignis als Betriebs- oder Sicherheitsvorfall klassifizieren zu können.

#### **5. IKT-Projekt- und Change-Management**

Finanzinstitute müssen einen Prozess für den Erwerb, die Entwicklung und die Wartung von IKT-Systemen implementieren, der Folgendes festlegt:

- Ziele während der Entwicklungsphase,
- technische Umsetzung,
- Qualitätssicherungs-Standards sowie
- Test-, Genehmigungs- und Freigabeverfahren (auch für extern entwickelte Anwendungen).

Um sicherzustellen, dass Änderungen der IKT-Systeme bewertet, getestet, genehmigt und in einem kontrollierten Verfahren eingeführt werden, ist ein entsprechender IKT- Change-Management-Prozess vorzusehen.

#### **6. Business Continuity Management**

Finanzinstitute haben darüber hinaus einen Prozess zur Geschäftsfortführung (Business Continuity Management, BCM) einzurichten, um die kontinuierliche Erbringung von Dienstleistungen zu gewährleisten und Verluste im Falle schwerer Betriebsstörungen zu begrenzen. Im Rahmen eines soliden BCM ist eine Business Impact Analyse (BIA)

durchzuführen, die das Risiko schwerwiegender Geschäftsunterbrechungen analysiert und die potenziellen Auswirkungen anhand interner und/oder externer Daten und Szenarioanalysen bewertet.

Auf Grundlage der BIA sind Pläne zur Gewährleistung der Geschäftsfortführung (Business Continuity Plan, BCP) zu erstellen, die primär der vorausschauenden Auseinandersetzung mit drohenden Negativszenarien (z.B. Cyber-Attacken) und der Entwicklung von Gegenmaßnahmen auf potenzielle Auswirkungen dienen.

Auf Grundlage plausibler Szenarien und der BIA sind zudem Reaktions- und Wiederherstellungspläne zu entwickeln, die die Bedingungen für die Anwendung des Plans sowie die zu ergreifenden Maßnahmen zur Sicherstellung der Verfügbarkeit, Kontinuität und Wiederherstellung der kritischen IKT-Systeme und -Dienstleistungen erläutern. Kernziel ist die kurz- und langfristige Wiederherstellung der Geschäftstätigkeit, insbesondere der kritischen Funktionen.

*Quelle:*

<https://eba.europa.eu/documents/10180/2522896/EBA+BS+2018+431+%28Draft+CP+on+Guidelines+on+ICT+and+security+risk+management%29.pdf>

Diese Rubrik bietet Ihnen einen Überblick über wesentliche regulatorische Entwicklungen. Nähere Details und weitere Ausführungen finden Sie unter [www.fsi-espresso.com](http://www.fsi-espresso.com).

*Florian Studer* ist Manager bei Deloitte Financial Advisory GmbH; e-mail: [fstuder@deloitte.at](mailto:fstuder@deloitte.at)

---

# Börseblick

## „Ampel auf Gelb“

Stefan Maxian

Aktienmärkte blicken auf ein insgesamt schwaches 2018 zurück. Dabei fiel der Jahresauftakt im Vorjahr im Zuge der Euphorie rund um die Effekte aus der US-Steuerreform und der dadurch in die Höhe schnellenden US-Gewinnwachstumsschätzungen noch sehr stark aus. Auch Eurozone-Aktienindizes notierten zu Jahresbeginn auf oder in der Nähe von ihren Allzeithöchstständen, welche sie in weiterer Folge nicht mehr erreichen sollten. Ab Februar machte sich hingegen Katerstimmung breit. Die Stimmung drückten unter anderem die rückläufigen Gewinnwachstumsschätzungen, „hawkishere“ Töne seitens der Fed, enttäuschende Konjunkturdaten und der Streit um den Budgetpfad zwischen Italien und der EU-Kommission. Die Abwärtsdynamik nahm nicht zuletzt aufgrund des von der Trump-Regierung angezettelten Handelskonflikts zu.

Auch der Wiener Aktienmarkt konnte sich diesem Trend nicht entziehen und musste ähnlich seinem deutschen Pendant im Vorjahr einen Kursrückgang von 18% hinnehmen und blieb damit auch hinter dem breiten Europäischen Markt (Eurostoxx 50: -12%) zurück. Während bis Dezember der ATX noch mit dem Eurostoxx mithalten konnte, waren im letzten Monat des Vorjahres die Indexschwergewichte Erste Group und OMV durch die Ankündigung einer hohen Bankensteuer in Rumänien und dem deutlichen Verfall des Ölpreises belastet.

An der Spitze der ATX Kursliste stand im letzten Jahr die Aktie von Verbund, welche unterstützt durch die Strompreisentwicklung rund 84% zulegen konnte, gefolgt von Do&Co mit +71% bedingt durch Zuschläge bzw. Verlängerung wesentlicher Catering-Verträge und CA Immo mit +7%. Am unteren Ende der Performancestatistik standen voestalpine (-47%), AT&S (-35%) und SBO (-32%).

Auf Basis einer Gewinnwachstumserwartung von 7% für das aktuelle Jahr notiert der ATX auf einem KGV-Bewertungsniveau von rd. 10x. Dies ist deutlich unter dem langjährigen Durchschnitt von rund 12x und spiegelt die Erwartung weiterer Gewinnrevisionen bzw. die zuletzt abnehmende Visibilität bezüglich der Auftragslage in einigen Branchen (z.B. Autozulieferer) wider.

Bedingt durch das günstige Bewertungsniveau können Gegenbewegungen recht stark ausfallen. So zeigt der ATX seit Jahresbeginn ein Plus von rd. 6%. Wir erwarten kurzfristig eine Fortsetzung der Markterholung, da das Konjunktur- und die bevorstehende Berichtsaison durchaus positiv ausfallen und nicht Anlass zu deutlichen Gewinnrevisionen bereiten sollten.

Das konjunkturelle Umfeld sollte sowohl in Österreich wie auch in CEE weiterhin für Rückenwind sorgen, allerdings mit abnehmender Dynamik. So erwarten wir für 2019e bzw. 2020e in

Österreich ein BIP-Wachstum von 1,7% und 1,4%, in der CE-Region (PL, HU, CZ, SK, SL) jeweils 2,5% und in der SEE-Region (HR, BG, RU, SE, BH, AL, KO) jeweils 2,7%.

Eine aktuell in Österreich diskutierte Steuerreform könnte für weitere positive Konjunkturimpulse sorgen und im Fall einer Reduktion der Körperschaftssteuer (evtl. nur für nicht entnommene Gewinne) auch für 2020 oder 2021 zu einer stärkeren Gewinndynamik führen.

Für ein Anhalten der Erholungs- und Erholungsbewegung sprechen derzeit auch bereits sehr negative Stimmungsindikatoren und der Volatilitätssprung Ende Dezember, welche oftmals mit den Tiefs in Korrekturen einhergehen. Im zweiten Halbjahr sollten unserer Meinung nach aber die Wachstumssorgen wiederkehren, zumal wir für 2020 in den USA von einer hohen Rezessionsgefahr ausgehen. Konsequenterweise dürfte sich das Aktienmarkt- und die Antizipation einer signifikanten Wachstumsabkühlung dann abermals eintrüben. ◆

---

Mag. *Stefan Maxian*, Managing Director, Raiffeisen Centrobank AG, Wien; e-mail: [Stefan.Maxian@rcb.at](mailto:Stefan.Maxian@rcb.at)

# Das Instrument der Sanierungstreuhand in der Unternehmenskrise

Florian Dollenz / Georg Wielinger

Zur erfolgreichen Sanierung und Restrukturierung von Gesellschaften mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten bedarf es häufig nachhaltiger Lösungen. Das Instrument der Sanierungstreuhand gewinnt dabei – vor allem bei Restrukturierungen von großen Gesellschaften und Konzernkonstellationen – zunehmend an Bedeutung.<sup>1)</sup> Die Sanierungstreuhand steht jedoch in einem Spannungsverhältnis mit gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Vorschriften. Im nachfolgenden Beitrag sollen mögliche Ausgestaltungsformen dargestellt und das Verhältnis zu den bestehenden Vorschriften analysiert werden.



Photo: privat

RAA Mag. Florian Dollenz, Rechtsanwaltsanwärter bei Binder Gross-  
wang Rechtsanwälte GmbH in  
Wien; e-mail:  
dollenz@bindergruesswang.at

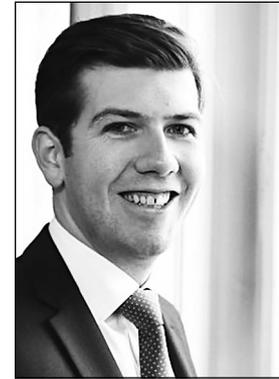


Photo: privat

RA Mag. Georg Wielinger, ist Partner der Kanzlei Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Graz;  
e-mail: georg.wielinger@kcp.at

Stichwort: Sanierungstreuhand, Sanierungstreuhand, mehrseitiges Rechtsverhalt-  
nis, Treuhand, EKEG, insolvenzfest, Sanierungsprivileg,  
Restrukturierung, Sanierung, Insolvenzfestigkeit.

JEL-Classification: K 12, K 22, K 35.

The successful restructuring of companies with economic difficulties often requires sustainable solutions. The instrument of a restructuring trusteeship is becoming increasingly important, especially in the restructuring of large companies and group constellations. However, the restructuring trusteeship is in a tense relationship with corporate and insolvency law regulations. In the following paper possible forms of design will be presented and the relationship to the existing regulations will be analysed.

## 1. Grundlegendes

Erhält eine in der Krise befindliche Gesellschaft von ihren Gesellschaftern keine neuen finanziellen Mittel und besteht gleichzeitig seitens der finanzierenden Banken die Bereitschaft zur Sanierung, so wird immer häufiger auf das Instrument der Sanierungstreuhand zurückgegriffen.<sup>2)</sup> Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten einer Gesellschaft ändern nichts an der Werthaltigkeit der Anteile, die als Vermögenswert zur Sicherung der

bestehenden oder zukünftigen Finanzierung dienen können. Dabei werden die Anteile jedoch nicht an die Gläubiger übertragen, sondern an einen Sanierungstreuhand. Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde: Die finanzierenden Gläubiger sollen Sicherheiten erhalten<sup>3)</sup>, der Einfluss der bisherigen Gesellschafter zurückgedrängt<sup>4)</sup> und ein möglicher Verkaufsprozess vorbereitet werden.<sup>5)</sup> Gleichzeitig können dadurch eine drohende Insolvenz, die Nicht-rückführung gewährter Kredite sowie ein Wertverlust bei der Verwertung der Anteile verhindert werden. Da die Gläubiger der Gesellschaft keine Gesellschafterstellung erlangen, stellt die Sanierungstreuhand eine

Alternative zum *Debt Equity Swap* – dem Erlöschen der Kreditverbindlichkeiten einer Gesellschaft zugunsten einer Beteiligung an derselben<sup>6)</sup> – dar.<sup>7)</sup> Der Einsatz einer Sanierungstreuhand ist grundsätzlich unabhängig von einer bestimmten Rechtsform, die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich jedoch auf eine Anwendung bei einer GmbH oder AG.

## 2. Einordnung und Ausgestaltungsformen

Es handelt sich bei der Sanierungstreuhand um eine spezielle Form der Treuhand.<sup>8)</sup> Diese enthält sowohl Elemente einer Sicherungs- als auch

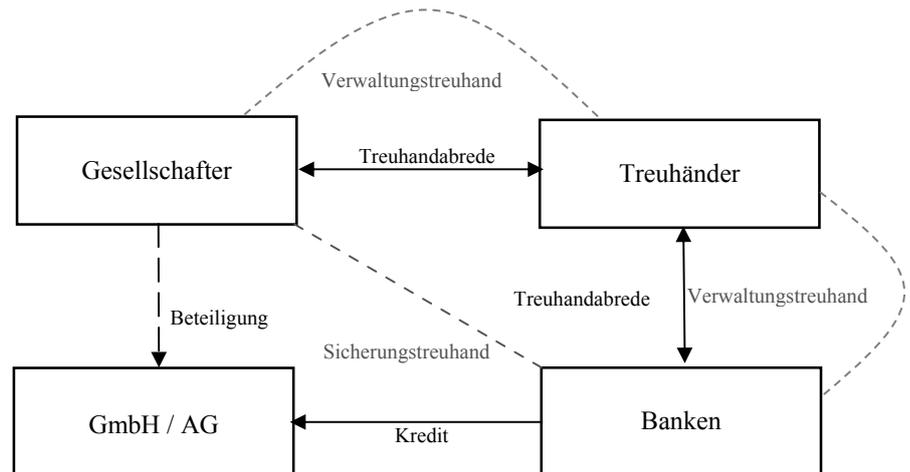
- 1) *Reisch* in *Konecny* (Hrsg), Spannungsverhalt-  
nis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern (2015) 171 (187); *Schmutzer*,  
Die Sanierungstreuhand: Eine Alternative zur außergerichtlichen Anteilsverwertung,  
AnwBl 2018, 511 (511).
- 2) *Reisch* in *Konecny* 187; *Schmutzer*,  
AnwBl 2018, 511.
- 3) *Laier*, Die doppelnutzige Treuhand als  
Sanierungsinstrument, GWR 2010, 184  
(184).
- 4) *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*,  
Sanierungstreuhand und Sanierungsprivileg,  
e-colex 2017, 777 (777); *Thurnher*,  
Grundfragen des Treuhandwesens (1994) 1 (40);  
*Römermann/Funke Gavila*, „Doppelnutzige  
Treuhand“: Ein regelmäßig rechtswidriges  
Modell mit nichtigen Verträgen, NZI 2012, 481  
(481).
- 5) *Thurnher*, Grundfragen des Treuhandwe-

- sens (1994) 40; *Reisch* in *Konecny*, Eigenkapitalersatz 186; *Römermann/Funke Gavila*, „Doppelnutzige Treuhand“: Ein regelmäßig rechtswidriges Modell mit nichtigen Verträgen, NZI 2012, 481 (481); *Schmutzer*, AnwBl 2018, 512.
- 6) *Foglar-Deinhardstein/Vinazzer*, Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern? Zur Konvertierung von eigenkapitalersetzenden Forderungen in Nennkapital, BA 2016, 486 (487).
- 7) *Römermann/Funke Gavila*, NZI 2012, 482; *Budde*, Die doppelnutzige Treuhand in der Restrukturierungspraxis, ZInsO 2011, 1369 (1370).
- 8) *Graf*, Rezension, JBl 1997, 129; anders *Thurnher*, Grundfragen 35 ff, der die Sanierungstreuhand dem „Kernbereich der Treuhandfalle“ zuordnet.

einer Verwaltungstreuhand.<sup>9)</sup> Einerseits dient die Anteilsübertragung auf den Treuhänder der Sicherung der bisherigen sowie der künftigen Finanzierung,<sup>10)</sup> andererseits zur Ausübung der erforderlichen Verwaltungshandlungen.<sup>11)</sup> Das Instrument der Sanierungstreuhand kann eingesetzt werden, um die Gesellschaft zu sanieren oder deren Anteile in einem strukturierten Verkaufsprozess zu verwerfen.<sup>12)</sup> Eine gesetzliche Regelung für das Konstrukt der Sanierungstreuhand fehlt. Abhängig von der Ausgestaltung kann dieses als Auftragsverhältnis, Vertrag zugunsten Dritter gem §§ 881 f ABGB oder mehrseitiges Rechtsverhältnis qualifiziert werden.<sup>13)</sup>

Bei einer Sanierungstreuhand sind mehrere Personen involviert: Die in der Krise befindliche Gesellschaft, deren Gesellschafter und Gläubiger sowie ein Sanierungstreuhand. In der Regel fehlt sowohl der Gesellschaft als auch ihren Gesellschaftern die notwendige Liquidität, um weitere Maßnahmen zur Sanierung- bzw Restrukturierung zu setzen. Gegenüber diesen treten die Gläubiger häufig – um ihre Interessen zu bündeln – als Kreditkonsortium (GesbR) auf. In der Treuhandabrede wird ein Sanierungstreuhand eingesetzt. Bei diesem handelt es sich um einen unabhängigen Dritten, der meist über entsprechende gesellschafts- und insolvenzrechtliche Kenntnisse verfügt.<sup>14)</sup> Der Sanierungstreuhand steuert den gesamten Sanierungs- bzw Restrukturierungsprozess und übt in der Regel die Rechte der Gesellschafter aus.<sup>15)</sup> Zu seinen Aufgaben zählen etwa die Bestellung bzw Abberufung neuer Geschäftsleiter, die Vornahme von Satzungsänderungen sowie die Abwicklung von Transaktionen.<sup>16)</sup> Regelmäßig werden die Anteile der Gesellschaft an den Sanierungstreuhand übertragen. In diesem Fall wird der Sanierungstreuhand zum neuen rechtlichen Eigentümer, die bisherigen Gesellschafter bleiben (zunächst) wirtschaftliche Eigentümer.<sup>17)</sup>

Abbildung 1



Begründet wird die Sanierungstreuhand durch den Abschluss einer Treuhandabrede zwischen den finanzierenden Gläubigern und den Gesellschaftern oder zwischen diesen und dem Treuhand. Einer speziellen Regelung im Gesellschaftsvertrag bedarf es dafür nicht. In der Regel enthält die Treuhandabrede – neben der Einsetzung des Sanierungstreuhanders – detaillierte Verfahrensvorschriften für den Sanierungs- bzw Restrukturierungsprozess. So können darin einzelne Verwaltungsmaßnahmen sowie Kontrollmöglichkeiten der Beteiligten (zB Zustimmung- und Berichtspflichten) vorgesehen werden.<sup>18)</sup> Die Treuhandabrede kann auch Vorschriften über die Laufzeit, ein Verfahren zur Beendigung sowie der (Rück-)Übertragung des Eigentums bei erfolgreicher Sanierung enthalten. Jedenfalls sollten Regeln zur Verwertung der Anteile vorgesehen werden, dabei sind die Vertragsparteien grundsätzlich frei.<sup>19)</sup> Beispielsweise kann ein bestimmter Zeitraum für die Veräußerung der Anteile näher festgelegt werden, indem dieser etwa an das Unterschreiten von

Financial Covenants geknüpft wird.<sup>20)</sup> Überdies könnte für die Veräußerung der Anteile ein bestimmter Mindestpreis festgelegt werden.<sup>21)</sup> Auch könnte die Treuhandabrede vorsehen, dass zunächst der Sanierungstreuhand der Verwertungserlös aus den Anteilen erhält und diesen in der Folge nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel aufteilt (sog *waterfall*).<sup>22)</sup>

Ein einheitliches Modell für die Sanierungstreuhand besteht nicht. Diese kann für den jeweiligen Einzelfall nach den Vorstellungen der Beteiligten individuell ausgestaltet werden.<sup>23)</sup> So kann etwa die Sicherungs- oder die Verwertungsfunktion stärker ausgeprägt sein. Dem Sanierungstreuhand können auch bloß bestimmte Rechte übertragen oder Pflichten auferlegt werden. Zudem könnten diesem nur einzelne Verwertungshandlungen oder die Ausübung der Stimmrechte in eine bestimmte Richtung erlaubt sein.<sup>24)</sup> Darüber hinaus können dem Sanierungstreuhand neben dem rechtlichen Eigentum auch die Pfandrechte der Gläubiger oder aus-

9) *Bauerle* in Braun, *Insolvenzordnung*<sup>7</sup> (2017) § 51 Rz 48; anders *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778; *ÜbK* 12.10.2016, GZ 2016/2/4-26, 1 (12); sprechen nicht von einer Verwaltungstreuhand, sondern von einer „*Verwertungstreuhand*“, wobei nicht jede Sanierungstreuhand automatisch zur Verwertung von Anteilen führen muss.  
10) Siehe nur *Thurnher*, *Grundfragen* 31, 52.  
11) Dazu allgemein *Thurnher*, *Grundfragen* 35.  
12) Vgl *Thurnher*, *Grundfragen* 40; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 512.  
13) *Weitbrecht*, *Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfähigkeit, Verwertung*, *NZI* 2017, 553 (554); vgl auch *Stadler*, *Zurechnung von Stimmrechten und Pflichtangeboten im Rahmen von Treu-*

*handschaften an börsennotierten Aktien, insbesondere im Falle doppelnutziger Sanierungstreuhandschaften*, *NZI* 2009, 878 (878); *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 512.

14) Siehe dazu *Lair*, *Die doppelnutzige Treuhand als Sanierungsinstrument*, *GWR* 2010, 184 (185); *Budde*, *ZInsO* 2011, 1369; *Kähler/Neumann*, *Widerstreitende Interessen bei der Anwaltstreuhand*, *NJW* 2016, 1121 (1121); *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 512.  
15) *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482.  
16) *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482.  
17) Siehe dazu etwa *Reisch* in *Konecny, Eigenkapitalersatz* 186; *Foglar-Dein-*

*hardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778.

18) Vgl *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778.

19) *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 514; vgl auch *Oechsler* in *MüKo BGB Anh* §§ 929–936 Rz 49.

20) *Stadler*, *NZI* 2009, 879; *Lair*, *GWR* 2010, 187; vgl auch *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 513.

21) *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 514.

22) *Lair*, *GWR* 2010, 187; *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 514.

23) *Stadler*, *NZI* 2009, 879; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 512.

24) Vgl *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482.

schließlich diese übertragen werden.<sup>25)</sup> Das Akzessoritätsprinzip steht der Zulässigkeit einer derartigen Übertragung nicht entgegen.<sup>26)</sup>

Häufig wird in der Treuhandabrede auch die Interessenswahrung oder eine Weisungsbindung vorgesehen.<sup>27)</sup> Der Sanierungstreuhand kann dabei der Gefahr eines Interessenkonflikts ausgesetzt sein, da Verpflichtungen gegenüber unterschiedlichen Personen bestehen können.<sup>28)</sup> Bei gegenteiligen Weisungen könnte es zur Handlungsunfähigkeit des Sanierungstreuhanders kommen (sog *deadlock*).<sup>29)</sup> Daher kann es sinnvoll sein, dass der Sanierungstreuhand dazu verpflichtet wird, nur Interessen eines Beteiligten (zB eines Bankenkonsortiums) zu wahren<sup>30)</sup> oder ihn überhaupt weisungsfrei zu stellen.<sup>31)</sup>

### 3. Insolvenzfestigkeit

#### 3.1. Erlöschen bei Insolvenzeröffnung?

Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Treugebers eröffnet, stellt sich die Frage, wie sich dies auf das Treuhandverhältnis sowie die übertragenen Anteile auswirkt. Grundsätzlich erlöschen Treuhandverhältnisse mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>32)</sup> Nach § 26 IO erlöschen vom Schuldner erteilte Aufträge mit Geschäftsbesorgungscharakter.<sup>33)</sup> Dies gilt jedoch – nach der bisher hA in der Literatur – nicht für mehrseitige Treuhandverhältnisse.<sup>34)</sup> Der OGH hat in stRsp festgehalten, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treugebers keine Auswirkungen auf den Abwicklungsmodus eines mehrseitigen Treuhandverhältnisses hat.<sup>35)</sup> Nach

dem Höchstgericht ist der Masseverwalter einer Vertragspartei an den Treuhandabwicklungsmodus gebunden, sofern kein Rücktrittsrecht gem § 21 IO besteht oder der Masseverwalter sich für die Erfüllung entscheidet.<sup>36)</sup> Das in § 21 IO vorgesehene Rücktrittsrecht und das Recht auf Erfüllung gilt jedoch ausschließlich für zweiseitige Rechtsverhältnisse.<sup>37)</sup> Für die Erfüllung bzw Vertragsauflösung von mehrseitigen Rechtsverhältnissen bestehen keine näheren Vorschriften, weshalb diese grundsätzlich als insolvenzfest zu qualifizieren sind.

Zu klären ist daher, ob es sich bei einer Sanierungstreuhand um ein mehrseitiges Rechtsverhältnis handelt. Nach manchen Stimmen in der Literatur ist eine Sanierungstreuhand – ohne dies näher zu begründen – per se als mehrseitiges Rechtsverhältnis zu qualifizieren.<sup>38)</sup> Die Mehrseitigkeit der Sanierungstreuhand bestimmt sich uE nach ihrer Ausgestaltung. Manche qualifizieren die Sanierungstreuhand als mehrseitig, wenn der Sanierungstreuhand vom Gläubiger und Treugeber gemeinsam eingesetzt wird und gegenüber beiden zur Interessenswahrung verpflichtet ist.<sup>39)</sup> Allein aufgrund einer gemeinsamen Bestimmung oder Einsetzung des Sanierungstreuhanders liegt noch kein mehrseitiges Rechtsverhältnis vor.<sup>40)</sup> Auch bei einem gemeinsamen Abschluss der Treuhandabrede von Treuhänder, Treugeber sowie Sanierungstreuhand ist dies nicht der Fall. Entscheidend ist vielmehr, dass Verpflichtungen (zB zur Wahrung der Interessen) gegenüber unterschiedlichen Personen bestehen<sup>41)</sup> oder mehrere Personen unwiderruflich Rechte (zB Stimmrechte oder Pfandrechte) übertragen. Eine Übertragung von Rechten oder Verpflichtungen zwischen den Treu-

gebern und den Gläubigern – neben den von diesen auf den Sanierungstreuhand übertragenen Rechten – bedarf es nicht für eine Mehrseitigkeit des Rechtsverhältnisses.

In der Regel wird eine Sanierungstreuhand als Sicherungs- und Verwaltungstreuhand ausgestaltet, bei welcher die Gläubiger ihre Sicherungsrechte und die Schuldner ihre Verwaltungsrechte an den Sanierungstreuhand übertragen. Es handelt sich daher bei dieser Grundstruktur der Sanierungstreuhand jedenfalls um ein mehrseitiges – und damit insolvenzfestes – Rechtsverhältnis.

Bei der Beurteilung, ob ein mehrseitiges Rechtsverhältnis vorliegt, kommt es nicht bloß darauf an, wer Rechte überträgt oder Verpflichtungen abgibt. Entscheidend ist, dass dies gleichzeitig von mehreren Personen erfolgt. Daher ist die Sanierungstreuhand bereits dann als mehrseitiges Rechtsverhältnis zu qualifizieren, wenn mehrere Gesellschafter einem Sanierungstreuhand unwiderruflich ihre Verwaltungsrechte übertragen.<sup>42)</sup>

#### 3.2. Anfechtbarkeit in der Insolvenz

Im Falle einer Insolvenz könnten Anfechtungen im Zusammenhang mit einer Sanierungstreuhand drohen. Bisher ist jedoch ungeklärt, ob der Abschluss einer Sanierungstreuhand oder einzelne Verwaltungshandlungen des Sanierungstreuhanders in der Insolvenz gem §§ 27 ff IO überhaupt angefochten werden können.<sup>43)</sup>

Nach § 27 Abs 1 IO sind nur jene Rechtshandlungen anfechtbar, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die das

25) So *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; vgl auch *Rubin* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), *ABGB-ON*<sup>1.02</sup> § 1002 Rz 118.  
 26) Siehe dazu ausführlich *Perner/Rabl*, *Wandelschuldverschreibungen und Treuhänderhypothek*, *ÖBA* 2016, 877 (882).  
 27) *Reisch* in *Konecny* 187; *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 777; *Weitbrecht*, *NZI* 2017, 553 (554 f); *Stadler*, *NZI* 2009, 879; vgl auch *BGH* 24.9.2015, IX ZR 272/13, *BB* 2016, 78 = *NZI* 2016, 21 (*Mittlehner*) = *NZG* 2016, 187.  
 28) *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 486; vgl auch *Kähler/Neumann* *NJW* 2016, 1121 ff; *Stadler*, *NZI* 2009, 879.  
 29) *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778.  
 30) Vgl *Bäuerle* in *Braun*, *IO*<sup>7</sup> § 51 Rz 48; *Laier*, *GWR* 2010, 184; *Thole*, *Problemfälle des Anwaltsrechts im Insolvenzverfahren und bei der Restrukturierung*, *NZI* 2017, 738 (738); *Stadler*, *NZI* 2009, 879.  
 31) *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 778; *Karollus* in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), *Eigenkapitalersatz-*

*recht* (2004) 103 f; vgl auch *ÜbK* 9.8.2001, *GZ* 2001/2/5-50, 1 (3); krit *Römermann/Funke Gavilá*, *NZI* 2012, 482.  
 32) *RIS-Justiz* RS0119137.  
 33) *RIS-Jusitz* RS0102659; zuletzt *OGH* 21.11.2006, 4 Ob 163/06h; *Widhalm-Budak* in *Konecny* (Hrsg), *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen* (2012) *IO* § 21 Rz 40, 82 f, 396; vgl auch *Huber* in *Gottwald* (Hrsg), *Insolvenzrechts-Handbuch*<sup>5</sup> (2015) § 36 Rz 53; *Fritz/Wildmoser/Koch*, *Mustersammlung zum GmbH-Recht*<sup>2</sup> (2015) 857.  
 34) So *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; *Reisch* in *Konecny* 186; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 513.  
 35) *RIS-Justiz* RS0016151; RS0102659; zuletzt *OGH* 22.10.2015, 1 Ob 174/15t *ZIK* 2016, 71.  
 36) *RIS-Justiz* RS0102659.  
 37) *Spitzer*, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz*, in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2014 (2015) 413 (419); *Widhalm-Budak* in *Konecny*, *Insolvenzgesetz* *IO* § 21 Rz 164.  
 38) *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 512 f; *Foglar-*

*Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; *Reisch* in *Konecny*, *Spannungsverhältnis* 186; auch die *ÜbK* hat die Sanierungstreuhand als mehrseitiges Treuhandverhältnis qualifiziert.  
 39) So *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; vgl auch *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 513.  
 40) In diesem Sinne wohl auch *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779.  
 41) *OGH* 14.05.1996, 4 Ob 2119/96p; *OGH* 1 Ob 26.06.2001, 119/01h *ecolex* 2001, 904 = *RdW* 2001, 15; *Strasser* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> § 1002 Rz 42c; *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; *Reisch* in *Konecny* 186; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 513.  
 42) Vgl *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, *KO* § 27 Rz 56; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 513, der auf das Bestehen gleichzeitiger Verpflichtungen gegenüber den Gesellschaftern und den Banken abstellt.  
 43) Dazu auch *Reisch* in *Konecny* 186; *Schmutzer*, *AnwBl* 2018, 514.

Vermögen des Schuldners betreffen. Die Sanierungstreuhand wird vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossen und kann unterschiedliche Vermögenssphären betreffen: Zum einen kann das Vermögen des Treugebers betroffen sein, wenn das wirtschaftliche Eigentum der Anteile übertragen wird. Zum anderen kann auch – zumindest mittelbar – das Vermögen der Gesellschaft betroffen sein, sofern der Abschluss der Sanierungstreuhand als Sicherheit für ihre Finanzierung dient. Anfechtungen könnten daher sowohl bei einer Insolvenz des Treugebers als auch der Gesellschaft drohen.

Zunächst kommt eine Anfechtung des Abschlusses einer Sanierungstreuhand wegen Benachteiligungsabsicht gem § 28 IO in Betracht. Voraussetzung ist jedoch, dass die Befriedigung der Gläubiger zumindest verzögert oder erschwert wird.<sup>44)</sup> Benachteiligungsabsicht besteht jedoch nicht, wenn es sich aus der Sicht des Schuldners bei der Sanierungstreuhand um ein erfolgsversprechendes Sanierungskonzept handelt.<sup>45)</sup> Ist der Treugeber der Schuldner, könnten auch Handlungen des Sanierungstreuhanders angefochten werden. Denn der Treugeber muss sich die Absicht des Sanierungstreuhanders zurechnen lassen.<sup>46)</sup>

Wird durch die Sicherstellung einer fremden Schuld die Prolongation oder die Gewährung eines Kredits erreicht, ist dies als entgeltliche Verfügung zu qualifizieren.<sup>47)</sup> Daher scheidet eine Anfechtung wegen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners gem § 29 Z 1 IO aus.

Darüber hinaus kommt eine Anfechtung gem § 30 f IO infrage. Voraussetzung für eine Anfechtung gem §§ 30 f IO ist eine bestehende Gläubigerstellung.<sup>48)</sup> Außerdem muss beim Treugeber bzw der Gesellschaft als Schuldner bereits die materielle Insolvenz vorliegen.<sup>49)</sup> Zur Verminderung des Anfechtungsrisikos könnten daher vor dem Abschluss einer Sanierungstreuhand positive Fortbestehensprognosen über die Treugeber sowie die Gesellschaft eingeholt werden.<sup>50)</sup> Eine

Begünstigungsabsicht gem § 30 Abs 1 Z 1 IO ist nur anzunehmen, wenn Gläubiger eine derartige Sicherung nicht anderwärtig erlangt hätten.<sup>51)</sup> Da Zug-um-Zug-Geschäfte von der Anfechtung gem § 30 Abs 1 Z 1 IO ausgenommen sind, kann nur der Abschluss einer Sanierungstreuhand, nicht jedoch einzelne Verwertungshandlungen des Sanierungstreuhanders angefochten werden.<sup>52)</sup> Jedoch könnten sowohl der Abschluss einer Sanierungstreuhand als auch einzelne Verwaltungshandlungen des Sanierungstreuhanders als nachteiliges Rechtsgeschäft gem § 31 Abs 1 IO angefochten werden.<sup>53)</sup> Die aus dem Rechtsgeschäft resultierende Benachteiligungsgefahr muss jedoch für die Gläubiger objektiv vorhersehbar sein.<sup>54)</sup> Da durch den im Rahmen der Sanierungstreuhand stattfindenden strukturierten M&A-Prozess meist höhere Erlöse als im Insolvenzverfahren erzielt werden können,<sup>55)</sup> werden der Abschluss sowie einzelne Verwertungshandlungen selten nachteilig sein. Daher wird es für eine Anfechtbarkeit in der Regel auf den in der Treuhandabrede für die Gläubiger vorgesehenen Verteilungsschlüssel ankommen.

## 4. Verstoß gegen die Vorschriften des EKEG?

### 4.1. Rückzahlungssperre

Bisher ist noch nicht vollständig geklärt, wann eine Sanierungstreuhand gegen die Vorschriften des EKEG verstößt. Den im Treuhandverhältnis stehenden Gläubigern oder auch dem Sanierungstreuhand könnte eine Gesellschafterstellung iSd EKEG zukommen und zugeführtes Fremdkapital wie Eigenkapital zu behandeln sein. Der Begriff des Gesellschafters ist in § 5 EKEG definiert. Für Treuhandverhältnisse ist jedoch in § 7 EKEG eine spezielle Regelung vorgesehen: „*Hält ein Gesellschafter einen Geschäftsanteil als Treuhänder für einen Dritten als Treugeber, so gilt der Treugeber als Gesellschafter iSd § 1. Daneben gilt auch der Treuhänder als Gesell-*

*schafter, es sei denn, die Treuhandenschaft wurde schriftlich im Kreditvertrag der Gesellschaft gegenüber offen gelegt.*“ Zunächst erscheint es unklar, ob § 7 EKEG auch auf eine Sanierungstreuhand anzuwenden ist.<sup>56)</sup> Eine eigenständige Definition der Treuhandenschaft fehlt im EKEG.<sup>57)</sup> Aufgrund der Formulierung des § 7 EKEG könnte der Eindruck entstehen, dass nur einseitige – aber keine mehrseitigen – Treuhandverhältnisse erfasst sind.<sup>58)</sup> Bisher ist die Literatur davon ausgegangen, dass § 7 EKEG nur zweiseitige Verhältnisse vor Augen hat.<sup>59)</sup> Mehrseitige Treuhandverhältnisse werden demnach nicht erfasst.

§ 7 EKEG hat zwei unterschiedliche Regelungsziele: Zum einen sollen mittelbare Beteiligungen und Umgehungskonstellationen erfasst werden.<sup>60)</sup> Zum anderen wird der Treuhänder privilegiert, da dieser im Falle der Offenlegung des Treuhandverhältnisses nicht als Gesellschafter iSd EKEG gilt. Würde § 7 EKEG keine mehrseitigen Treuhandverhältnisse erfassen, wäre nur der Treuhänder gem § 5 EKEG Gesellschafter. Im Unterschied dazu bestünde bei einseitigen Treuhandverhältnissen die Möglichkeit zur Privilegierung des Treuhänders, sofern das Treuhandverhältnis gegenüber der Gesellschaft offengelegt wird. Es erscheint zweifelhaft, dass § 7 EKEG nur Treuhänder von einseitigen Treuhandverhältnissen schützt. Gleichzeitig wäre der eigentliche wirtschaftliche Eigentümer bei mehrseitigen Treuhandverhältnissen überhaupt nicht erfasst. Die Regelung muss zumindest auch den Treuhänder eines mehrseitigen Treuhandverhältnisses privilegieren und im Falle einer Offenlegung von den Vorschriften ausnehmen. Teleologische Überlegungen sprechen dafür, dass § 7 EKEG auch auf mehrseitige Treuhandverhältnisse anwendbar ist.

Bei mehrseitigen Treuhandverhältnissen kann es schwieriger sein, den tatsächlichen wirtschaftlichen Eigentümer des Treuguts festzustellen. § 7 EKEG muss den wirtschaftlichen Eigentümer im Zeitpunkt der Kreditgewährung er-

44) Siehe dazu nur *König*, Die Anfechtung nach der IO<sup>5</sup> (2014) Rz 7/24 ff.

45) LG Würzburg 6.2.2018, 71 O 1592/16 Ins NZI 2018, 271; BGH 8.12.2011, IX RZ 159/09 BB 2012, 599 = NZI 2012, 142 = ZIP 2012, 137; vgl auch *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 7/29 f.

46) BGH 26.4.2012, IX ZR 74/11 NZI 2012, 453 = ZIP 2012, 1038; *Spiekermann*, Nochmals: Zur Anfechtung von Drittzahlungen, NZI 2014, 1030 (1031); *Geiger*, Die Drittzahlung im Recht der Anfechtung nach der InsO, NZI 2014, 585 (586); vgl auch *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 7/34.

47) *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 9/25.

48) OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a RdW 2009, 588 = ecolex 2009, 482 = JBl

2009, 656 = ZIK 2009, 207 = ÖBA 2010, 1612 (*Schumacher*); *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 10/2.

49) Siehe nur *Hämmerle*, Das Kreditinstitut in der Anfangsphase einer Unternehmenssanierung, ÖBA 2015, 505 (507).

50) *Reisch* in Konecny 187; ebenso *Schmutzer*, AnwBl 2018, 514.

51) *Reisch* in Konecny 187.

52) Vgl *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 10/4.

53) *Reisch* in Konecny 187; *Schmutzer*, AnwBl 2018, 514; anders offenbar *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 11/49, nachdem bloß zweiseitige Rechtsgeschäfte von § 31 IO erfasst werden.

54) *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 11/80 f.

55) Vgl *Reisch* in Konecny 186.

56) *Krit Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, ecolex 2017, 781.

57) *Karollus* in Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar Erster Zusatzband (2009) EKEG § 7 Rz 3.

58) So *Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201 (201 ff).

59) *Dellinger* in Dellinger/Mohr (Hrsg), Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) EKEG § 7 Rz 1, 6; *Harrer*, wbl 2004, 201 ff; wohl auch *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, ecolex 2017, 781.

60) *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004) § 7 Rz 1; *Dellinger* in Dellinger/Mohr, EKEG § 7 Rz 1; *Karollus* in Buchegger, EKEG § 7 Rz 2; ErläutRV 124 BlgNR 22 GP. 9.

fassen, dies kann im Einzelfall von den in der Treuhandabrede vorgesehenen Regelungen abhängen. Da Gläubiger nur in einem Sicherungstreuhandverhältnis stehen und diesen der Verwertungserlös zukommt, werden diese von § 7 EKEG nicht erfasst. Sanierungstreuhand und Treugeber sind auch nach § 7 EKEG nur als Gesellschafter zu qualifizieren, sofern diese die Voraussetzungen des § 5 EKEG erfüllen.<sup>61)</sup> Demnach gelten nur jene Personen als Gesellschafter, die eine kontrollierende bzw. zumindest 25%ige Beteiligung halten sowie Personen, denen die Mehrheit der Stimmrechte oder ein beherrschender Einfluss zukommt.

Gläubiger sind häufig nicht Treugeber des Sanierungstreuhanders, stehen jedoch in einem Sicherungs- bzw. Verwertungstreuhandverhältnis. Diese können als Gesellschafter iSd § 5 Abs 1 Z 3 EKEG qualifiziert werden, sofern sie einen beherrschenden Einfluss auf die finanzierte Gesellschaft haben. Auf eine rechtliche oder wirtschaftliche Beteiligung kommt es dabei nicht an.<sup>62)</sup> Jedoch muss der beherrschende Einfluss auch tatsächlich ausgeübt werden.<sup>63)</sup> Im jeweiligen Einzelfall kann sich die beherrschende Stellung auch bereits aus der Kreditgewährung selbst ergeben.<sup>64)</sup> Ausgenommen sind gem § 5 Abs 1 Z 3 EKEG kreditvertragstypische Informations- und Einsichtsrechte sowie Sicherheiten. Dabei ist im jeweiligen Einzelfall auf die Üblichkeit bei vergleichbaren Kreditverträgen abzustellen.<sup>65)</sup>

Nach § 8 Abs 1 Z 1 EKEG werden Kreditgeber erfasst, die auf eine Gesellschaft mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Nach § 8 Abs 1 EKEG reicht – im Unterschied zu § 5 Abs 1 Z 3 EKEG – bereits die bloße Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses für eine Gesellschafterstellung aus.<sup>66)</sup> Ist der Sanierungstreuhand gegenüber den Gläubigern weisungsgebunden, sind diese aufgrund eines beherrschenden Einflusses als Gesellschafter iSd § 8 Abs 1 Z 1 EKEG zu qualifizieren.<sup>67)</sup> Ein beherrschender

Einfluss des Kreditgebers liegt vor, wenn auf Organbesetzungen Einfluss genommen werden kann.<sup>68)</sup> Dies ergibt sich auch aus der Wertung des § 5 Abs 2 Z 2 EKEG, wonach die Möglichkeit zur Bestellung bzw. Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans eine kontrollierende Beteiligung darstellt. Gläubiger einer Sanierungstreuhand können daher Gesellschafter iSd EKEG sein. Dies ist jedoch durch entsprechende Gestaltung der Kreditverträge sowie der Treuhandabrede vermeidbar.

#### 4.2. Eigenkapital ersetzende Sicherheiten

Nach den Vorschriften der §§ 15 f EKEG können auch Sicherheiten für einen Kredit Eigenkapital ersetzend wirken. In diesem Fall können sich die Gläubiger bis zur Sanierung nicht an die Gesellschaft halten, sondern nur vom Sicherungsgeber (Treugeber) Rückzahlung verlangen. Die Rechtsfolgen des § 15 f EKEG treten nur dann ein, wenn die Sicherheit in der Krise bestellt wird.<sup>69)</sup> Auf den Zeitpunkt der Kreditgewährung kommt es nicht an, weshalb früher begründete Verbindlichkeiten erfasst sein können.<sup>70)</sup> Meist werden zum Zeitpunkt des Abschlusses bereits Verbindlichkeiten bestehen. Dabei stellt sich die Frage, ob der Abschluss einer Sanierungstreuhand eine Nachbesicherung für diese darstellt.<sup>71)</sup> Die Übertragung der Anteile dient in der Regel zur Besicherung des gesamten Sanierungs- bzw. Restrukturierungsprozesses. Daher könnte der Abschluss auch zur Nachbesicherung bestehender Kredite dienen. Dies muss anhand des jeweiligen Einzelfalls, unter Berücksichtigung bestehender Verbindlichkeiten und der Ausgestaltung der Treuhandabrede, festgestellt werden. Im Kreditvertrag oder der Treuhandabrede sollte eine Klarstellung vorgesehen werden, dass die übertragenen Anteile nur zur Besicherung neuer Kredite dienen. Auch könnte auf die Sicherungsfunktion in der Treuhandabrede verzichtet werden.

#### 4.3. Sanierungsprivileg

§ 13 EKEG sieht eine spezielle Privilegierung für den Sanierungsfall vor. Demnach ist der Erwerb einer Beteiligung unter gleichzeitiger Gewährung neuer Kredite im Rahmen eines Sanierungskonzeptes nicht Eigenkapital ersetzend. Voraussetzung für die Anwendung des Sanierungsprivilegs ist, dass das Sanierungskonzept ex ante betrachtet zur Beendigung der Krise führt.<sup>72)</sup> Da bei einer Sanierungstreuhand die Kreditgewährung von den Banken unter gleichzeitigem Beteiligungserwerb eines Treuhänders erfolgt, stellt sich die Frage, ob das Sanierungsprivileg auch für die Sanierungstreuhand gilt. Beteiligungserwerb und Kreditgewährung werden dabei gerade von unterschiedlichen Personen durchgeführt. Gegen eine Anwendung des Sanierungsprivilegs spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung, der bloß von einer einzigen Person spricht. Auch die Materialien sprechen bloß von einer Person und halten fest, dass die Bestimmung eng auszulegen ist.<sup>73)</sup> Gerade bei Finanzierungen großer Gesellschaften sind häufig mehrere Gläubiger oder Sanierer involviert. Nach dem reinen Wortlaut bestünde kein Raum für eine Privilegierung. Regelungszweck der Norm ist es jedoch, eine Kreditfinanzierung im Rahmen eines geordneten Sanierungskonzeptes zu privilegieren.<sup>74)</sup> Da der Sanierungstreuhand häufig zur Wahrung der Gläubigerinteressen verpflichtet sein wird, sollte sein Verhalten dem Kreditgeber zurechenbar sein. Nach dem Normzweck sollte das Sanierungsprivileg auch für die Kreditgewährung im Rahmen einer Sanierungstreuhand gelten.

#### 5. Faktische Geschäftsführung bei einer Sanierungstreuhand?

Der faktische Geschäftsführer ist eine Person, der die Gesellschaft leitet, ohne formell zum Leitungsorgan bestellt worden zu sein.<sup>75)</sup> Bei einer Sanierungstreuhand besteht häufig das Interesse,

61) Trotz des Verweises auf § 1 EKEG, stellt die Regelung auf den in § 5 EKEG vorgesehenen Einfluss ab; vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 7 Rz 2; *Weigand* in *Knauder/Marzi/Temmel* (Hrsg), *Handbuch Wirtschaftsverträge* (2012) 13; anders *Schopper/Vogt*, EKEG § 7 Rz 17, nach welchen alle Treugeber unabhängig von ihrem Einfluss erfasst werden.  
62) *Karollus* in *Buchegger*, IO § 5 Rz 41.  
63) Siehe nur *Karollus* in *Buchegger*, IO § 5 Rz 43.  
64) *Karollus* in *Buchegger*, IO § 5 Rz 42; *Zollner*, Die Bank als Adressatin des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), *Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slovenischen Recht* (2004) 87 (98 f).

65) *Karollus* in *Buchegger*, IO § 5 Rz 48 ff.  
66) *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), *Österreichisches Gesellschaftsrecht*<sup>2</sup> (2017) Rz 4/464; *Karollus* in *Buchegger*, EKEG § 8 Rz 5.  
67) *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779.  
68) Vgl *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *ÖGesR*<sup>2</sup> Rz 4/464.  
69) *Schummer* in *Dellinger/Keppert*, EKEG 148 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*<sup>3</sup> Anh § 74 Rz 25; anders *Karollus* in *Buchegger*, EKEG § 15 Rz 6; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 15 Rz 5.  
70) *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 781; *Karollus* in *Buchegger*, EKEG § 15 Rz 6; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 15 Rz 5.

71) Dagegen *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 781.  
72) Siehe etwa *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *ÖGesR*<sup>2</sup> Rz 4/477; *Schopper/Vogt*, EKEG § 13 Rz 18; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 13 Rz 10; *Karollus* in *Buchegger*, EKEG § 13 Rz 15 ff.  
73) *ErläutRV* 124 *BjgNR* 22 GP. 12.  
74) *Karollus* in *Buchegger*, EKEG § 13 Rz 2; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *ÖGesR*<sup>2</sup> Rz 4/477.  
75) Siehe nur *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH Gesetz Kommentar*<sup>3</sup> (2007) § 25 Rz 6; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, *Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>2</sup> (2011) § 1 Rz 72 f.

den Einfluss der bisherigen Gesellschafter zurückzudrängen. Der Sanierungstreuhänder könnte als faktisches Organ qualifiziert werden, sofern dieser Weisungsrechte gegenüber dem bestehenden Geschäftsführer ausübt.<sup>76)</sup> Verfügt der Sanierungstreuhänder über sämtliche Stimmrechte, muss geklärt werden, ob es sich um einen Gesellschafterbeschluss oder eine Einflussnahme eines Dritten handelt.<sup>77)</sup> Nach der Judikatur muss es sich um einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft handeln,<sup>78)</sup> einzelne Weisungen reichen grundsätzlich nicht aus.<sup>79)</sup> Ein strengerer Ansatz gilt in der Krise der Gesellschaft: Hier genügen bereits einzelne Handlungen, zB die Vornahme von Sanierungshandlungen durch den Sanierungstreuhänder, um als faktischer Geschäftsführer qualifiziert zu werden.<sup>80)</sup>

Werden den Gläubigern Einfluss- oder Kontrollrechte gegenüber dem Sanierungstreuhänder eingeräumt, so könnten auch diese als faktische Geschäftsführer qualifiziert werden. Besteht eine Weisungskette, kann die Gesellschaft auch mittelbar durch Dritte geleitet werden. Um eine Qualifikation als faktischer Geschäftsführer zu vermeiden, sollten die Einflussrechte der Gläubiger möglichst schwach ausgestaltet werden.<sup>81)</sup>

## 6. Übertragung der Anteile

### 6.1. Übertragung sämtlicher Anteile?

Für die Einsetzung einer Sanierungstreuhänder ist es nicht erforderlich, dass sämtliche Anteile auf den Sanierungs-

treuhänder übertragen werden. Möglich wäre es auch, dass nicht alle Anteile oder nur jene des Mehrheitsgesellschafters übertragen werden. Dem Sanierungstreuhänder muss zumindest eine entsprechende Stimmrechtsmacht zukommen, damit dieser Sanierungsmaßnahmen vornehmen kann. Die Übertragung der Anteile ist dafür nicht zwingend erforderlich, da dem Treuhänder auch eine Stimmrechtsvollmacht erteilt werden kann.

Eine Anteilsvereinigung von zumindest 95% der Anteile führt gem § 1 Abs 3 GrEST zur Steuerpflicht, sofern sich inländische Grundstücke im Eigentum der Gesellschaft befinden. Treuhändig gehaltene Anteile werden jedoch gem § 1 Abs 3 GrEST dem Treugeber zugerechnet und führen nicht zur Steuerpflicht. Nach der Literatur wird sowohl die Sicherungs- als auch die Verwaltungstreuhänder erfasst.<sup>82)</sup> Daher gilt dies auch für eine Sanierungstreuhänder. Fallen die Anteile nach erfolgreicher Sanierung vom Sanierungstreuhänder an den Treugeber zurück, so entsteht keine Steuerpflicht. Wird zur Verwertung auch das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf den Sanierungstreuhänder übertragen, fällt bei einer Anteilsvereinigung iHv mindestens 95% Grunderwerbssteuer an. Dies könnte dadurch vermieden werden, dass die Anteile an unterschiedliche Sanierungstreuhänder oder bloß zu einem geringeren Teil übertragen werden.

### 6.2. Übertragungsbeschränkungen

Sind gesellschaftsvertragliche Übertragungsbeschränkungen vorgesehen, wie etwa Aufgriffs-, Vorkaufs- oder Vinkulie-

rungsklauseln, sind diese im Falle des Erwerbs zu berücksichtigen. Darüber hinaus können diese auch bei einer treuhändigen Übertragung an den Sanierungstreuhänder zu beachten sein.<sup>83)</sup> Entscheidend ist, ob dem Sanierungstreuhänder eine gesellschafterähnliche Stellung zukommt, etwa weil er die Verwaltungsrechte ausüben kann.<sup>84)</sup> Hat die Übertragung an den Sanierungstreuhänder reine Sicherungsfunktion, greifen die Übertragungsbeschränkungen nicht ein.<sup>85)</sup>

### 6.3. Formpflichten

Für die (künftige) Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils besteht gem § 76 Abs 2 GmbHG eine besondere Formpflicht. Demnach bedarf die Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden sowie Vereinbarungen zur künftigen Übertragung eines Geschäftsanteils der Notariatsaktsform. Fraglich ist daher, ob die Formpflicht auch bei einem auf einen Sanierungstreuhänder übertragenen GmbH-Geschäftsanteil besteht. Für die Übertragung von Aktien bestehen keine vergleichbaren Formvorschriften.

Nach der hA in der Literatur<sup>86)</sup> und der überwiegenden Rsp<sup>87)</sup> besteht die Formpflicht gem § 76 Abs 2 GmbHG sowohl für das Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft. Besonderheiten gelten jedoch für Verpflichtungsgeschäfte bei Treuhänderverhältnissen: Dabei kann es zum Auseinanderfallen des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums kommen. Ändert sich nichts an der wirtschaftlichen Zuordnung eines Geschäftsanteils, steht dies dem Immobilisierungszweck des § 76 Abs 2 GmbHG nicht entgegen, wes-

76) Vgl OGH 8 ObA 98/00w DRdA 2002, 401; OGH 6 Ob 313/03b GesRZ 2004, 379 (Harrer) = ÖZW 2005, 21 (Artmann) = RWZ 2004, 366 (Wenger); vgl auch Artmann, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), GVÖ Band 5: Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45 (46); dies, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, DRdA 2002, 370; krit Jovic, Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer, GES 2013, 332 (337 ff).

77) Vgl Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler, 50.

78) RIS-Justiz RS0119794.

79) Siehe etwa Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler, 47; Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 192.

80) Vgl Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler, 48; vgl auch Fleischer, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmBHR 2011, 337 (342); Strohn, Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung, DB 2011, 158 (162).

81) Zirener/Hautkappe, Unternehmensrestrukturierung aus Sicht der Fremdkapitalgeber, in Baur/Kantowsky/Schulte (Hrsg), Stakeholder Management in der Restrukturierung<sup>2</sup> (2015) 44.

82) Vgl Oreschnik, Grunderwerbssteuer NEU bei Anteilsvereinigungen und -übertragungen, GES 2016, 27 (28); Thunshirn, Steuerreform 2015/2016: GrEST, ecolex 2015, 732 (733); Tunshirn/Studera, Handbuch Besteuerung von Grundstücks- und Liegenschaftstransaktionen (2013) § 9 Rz 1575 ff.

83) Cetin, Treuhänderbeteiligungen an GmbHs (2014) 1 (52 ff); Schopper in Gruber/Harrer (Hrsg), Kommentar zum GmbHG<sup>2</sup> (2018) § 76 Rz 31.

84) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG Gesetz Kommentar<sup>3</sup> (2007) § 76 Rz 4; Rauter in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2014) GmbHG § 76 Rz 86; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 31; Thöni, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhänder an Gesellschaftsanteilen, ecolex 1992, 236 (236 ff).

85) Vgl Liebscher, Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2013, 825 (826); Rauter in Straube, WK GmbHG § 76 Rz 86.

86) Dafür etwa Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 35; Walch, Zur Notariatsaktspflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichen Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NZ 2015, 126 (132); Schauer, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? RdW 1986, 358 (358); Lessiak, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhänderverhältnis? GesRZ 1988, 217 (217 f); Brugger, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, NZ 2012, 257 (257 f); anders etwa Schummer, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, ecolex 1991, 319; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 188; Wario, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437 (441 ff).

87) RIS-Justiz RS0115336; RS0113159; zuvor einschränkend nur für Verfügungsgeschäfte RIS-Justiz RS0060263.

halb die Übertragung keine besondere Formpflicht erfordert.<sup>88)</sup> Gleiches gilt auch für die Auflösung der Treuhand und die Rückübertragung des Geschäftsanteiles.<sup>89)</sup> Ob Formpflichten berücksichtigen sind, ist daher davon abhängig, ob wirtschaftliches Eigentum übertragen wird.

## 7. Besonderheiten für börsennotierte Gesellschaften

### 7.1. Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots

Wird dem Sanierungstreuhander zur späteren Verwertung der Anteile auch das wirtschaftliche Eigentum an diesen übertragen, muss beim Überschreiten der Kontrollschwelle gem § 22 Abs 1 ÜBG ein Pflichtangebot gestellt werden.<sup>90)</sup> Die Angebotspflicht entfällt jedoch gem § 25 Abs 1 Z 2 ÜBG, wenn die Aktien zu bloßen Sanierungszwecken oder zur Sicherung von Forderungen erworben werden. Der Erwerbsvorgang muss der Übernahmekommission angezeigt werden. Dabei werden zwei unterschiedliche Konstellationen privilegiert, wobei letztere häufig dem Erwerb zu Sanierungszwecken vorausgeht.<sup>91)</sup> Beide Fälle werden typischerweise im Rahmen einer Sanierungstreuhand vorgenommen: In einem ersten Schritt erhält der Sanierungstreuhand die Anteile zu Sicherungszwecken treuhändig übertragen. Diese Übertragung ist von der Ausnahme des § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜBG erfasst.<sup>92)</sup> Ebenso privilegiert ist das Zurückfallen der treuhändig gehaltenen Anteile an den Treugeber.<sup>93)</sup> Diese Ausnahme greift nicht mehr ein, sofern in einem weiteren Schritt das wirtschaftliche Eigentum zur Verwertung der Anteile auf den Sanierungstreuhand übertragen wird. Der Wegfall des Siche-

rungscharakters führt grundsätzlich zur Angebotspflicht gem § 22 Abs 1 ÜBG.<sup>94)</sup> Jedoch kann das Sanierungsprivileg des § 25 Abs 1 Z 2 2. Fall ÜBG in Anspruch genommen werden. Voraussetzung ist das Vorliegen einer Sanierungsabsicht und eines Sanierungsbedarfs.<sup>95)</sup> Die Absicht zur Sanierung kann durch ein geeignetes Sanierungskonzept – wie etwa eine Sanierungstreuhand<sup>96)</sup> – zum Ausdruck kommen.<sup>97)</sup> Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Sanierungstreuhand und der Finanzierung durch die Gläubiger ist dabei ausreichend, der Sanierungstreuhand muss der Gesellschaft selbst kein Kapital zuführen.<sup>98)</sup> Der Sanierungsbedarf wird jedenfalls bestehen, wenn die Insolvenz der Gesellschaft unmittelbar bevorsteht.<sup>99)</sup> Das Bestehen einer Sanierungstreuhand stellt ein Indiz für einen Sanierungsbedarf dar. Die Ausnahme sollte daher auch gelten, wenn der Sanierungstreuhand Anteile vor einer unmittelbaren Insolvenzeröffnung veräußert, um neue Investoren in die Gesellschaft zu holen. Dies entspricht dem eigentlichen Regelungszweck, Sanierungen zu erleichtern.<sup>100)</sup> Häufig müssen die erforderlichen Maßnahmen für eine Sanierung frühzeitig ergriffen werden, weshalb ein Zeitraum unmittelbar vor der Insolvenz jedenfalls zu eng gefasst ist.<sup>101)</sup> Die Veräußerung von Anteilen kann der frühzeitigen Sanierung der Gesellschaft dienen, obwohl die Insolvenz nicht unmittelbar bevorsteht.

### 7.2. Beteiligungspublizität

Erwirbt der Sanierungstreuhander Aktien eines Emittenten, deren Aktien zum Handel an einem geregelten Markt notieren, muss das Erreichen, Über- oder Unterschreiten relevanter Meldeschwellen gem § 130 BörseG gegenüber der

FMA, dem Börseunternehmen sowie dem Emittenten offengelegt werden.<sup>102)</sup> Die Mitteilungspflicht wird durch den Eigentumstransfer stimmrechtstragender Aktien ausgelöst.<sup>103)</sup> Daher besteht nach dem Grundtatbestand des § 130 Abs 1 BörseG keine Meldepflicht bei einer treuhändigen Übertragung von Aktien.

Die Vorschriften über die Beteiligungspublizität stellen nicht bloß auf einen Eigentumstransfer ab, sondern auf die Herrschaft über die Stimmrechte. Nach § 133 BörseG werden verschiedene Tatbestände erfasst. Für die Treuhand ist in Z 5 leg cit eine spezielle Regelung vorgesehen: Werden Stimmrechte im eigenen Namen und für Rechnung des Emittenten gehalten, gelten die Meldepflichten des § 130 BörseG auch für diese Personen. Da dem Sanierungstreuhander das rechtliche Eigentum und somit die Stimmrechte übertragen werden, hat dieser das Erreichen, Über- oder Unterschreiten einer relevanten Meldeschwelle mitzuteilen. Erwirbt der Sanierungstreuhander nachfolgend die Anteile zur Verwertung, so besteht bei einer relevanten Veränderung der Stimmrechtsanzahl eine Meldepflicht gem § 130 Abs 1 BörseG.

Nach § 133 Abs 1 Z 2 BörseG sind Personen meldepflichtig, die zur Ausübung von Stimmrechten aus Aktien berechtigt sind, die einem Dritten zur Sicherheit übertragen worden sind und ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers oder dessen Beeinflussung nicht ausgeübt werden können. Bestehende Weisungsrechte der Gläubiger gegenüber dem Sanierungstreuhander führen daher gem § 133 Abs 1 Z 2 iVm 130 BörseG zu einer Meldepflicht der Gläubiger. Die Vorschriften über die Beteiligungspublizität privilegieren den Sanierungsfall nicht. Gerade aufgrund des Sanktions-

88) RIS-Justiz RS0010442; vgl OGH 9.7.2014, 2 Ob 67/14p ZFR 2014, 400 (*Ruhm*) = NZ 2014, 416 (*Rauter*) = GesRZ 2014, 382 (*Apathy*) = NZ 2015, 28 = wbl 2015, 103 = AnwBl 2015, 185 = GES 2015, 120; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 76 Rz 22; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 200, 204; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 38; *M. Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 1 (72 f); *Brugger*; Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG, NZ 2012, 257 (262); *Cetin*, Zur Formpflicht bei der Begründung von Treuhandbeteiligungen, *ecolex* 2014, 1064 (1065 f); *Lessiak*, GesRZ 1988, 223; aA *Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBl 2002, 441 (447 f).

89) Vgl RIS-Justiz RS0060207; *Rauter* in *Straube*, WK GmbHG § 76 Rz 206; aA *Lessiak*, GesRZ 1988, 217.

90) Siehe dazu auch *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779 ff.

91) ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 43; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 24 Rz 179.

92) *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 201.

93) *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 201.

94) *Huber* in *Huber* (Hrsg.), Übernahmegesetz Kommentar<sup>2</sup> (2016) § 25 Rz 52; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 201.

95) *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 202; *Huber* in *Huber*, ÜBG<sup>2</sup> § 25 Rz 36 ff.

96) Vgl ÜBK 7.11.2016, GZ 2016/2/6-6; ÜBK 12.10.2016, GZ 2016/2/4-26; *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779.

97) *Huber* in *Huber*, ÜBG<sup>2</sup> § 25 Rz 42; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 202.

98) *Stadler*, Befreiung des Treuhänders gem. § WPUEG § 37 WpÜG von der Abgabe eines Pflichtangebots bei der Übernahme börsennotierter Aktien, insbesondere im

Falle doppelnütziger Sanierungstreuhandgesellschaften, NZI 2010, 44 (48 f); *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; ÜBK 9.8.2001, GZ 2001/2/5-50 (*Libro*).

99) ÜBK 13.9.2002, GZ 2002/3/6-93; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 202; *Huber* in *Huber*, ÜBG<sup>2</sup> § 25 Rz 36.

100) ÜBK 24.2.2003, GZ 2002/1/8-64; ÜBK 9.8.2001, GZ 2001/2/5-50 (*Libro*); *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, *ecolex* 2017, 779; *Huber* in *Huber*, ÜBG<sup>2</sup> § 23 Rz 23; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 202; vgl auch ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 43.

101) So auch *Huber* in *Huber*, ÜBG<sup>2</sup> § 25 Rz 37.

102) Siehe nur *Dollenz*, Neuerungen der Beteiligungspublizität nach der BörseG-Novelle 2015, ÖBA 2016, 428 (428 ff).

103) *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 18 Rz 32; *Dollenz*, ÖBA 2016, 429; *Prechtl*, Kapitalmarktrechtliche Beteiligungspublizität (2010) 57 ff.

regimes<sup>104</sup>) sollten Veränderungen der Beteiligungs- bzw Stimmrechtsmacht im Rahmen einer Sanierungstreuhand rechtzeitig offengelegt werden.

## 8. Zusammenfassung

Bei der Sanierungstreuhand handelt es sich um eine spezielle Form der Treuhandschaft, die immer häufiger zur Sanierung oder Restrukturierung von großen Gesellschaften eingesetzt wird. Wesentlicher Vorteil einer Sanierungstreuhand ist es, eine Sanierung durch Gläubiger zu ermöglichen bzw höhere Erlöse im Rahmen eines strukturierten Verkaufsprozesses zu erzielen. Ein einheitliches Modell für die Sanierungstreuhand besteht nicht, diese kann für den jeweiligen Einzelfall unterschiedlich ausgestaltet werden. Durch die Übertragung der Anteile an einen Sanierungstreuhänder soll die Finanzierung der Gesellschaft sichergestellt werden. Die richtige Ausgestaltung der Treuhandabrede ist entscheidend, ob die Sanierungstreuhand gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Schranken standhält.

Die Grundstruktur einer Sanierungstreuhand ist als mehrseitiges Treuhandverhältnis zu qualifizieren. Dies ist abhängig von der Anzahl der bestehenden Rechtsverhältnisse sowie der im Treuhandverhältnis stehenden Personen. In der Regel wirkt der Abschluss einer Sanierungstreuhand daher insolvenzfest. Anfechtungen des Abschlusses sowie einzelne Verwaltungshandlungen des Sanierungstreuhänders sind im Einzelfall möglich, sofern diese als nachteiliges Rechtsgeschäft qualifiziert werden können.

Die spezielle Regelung des § 7 EKEG ist auch auf mehrseitige Treuhandverhältnisse und damit auch auf eine Sanierungstreuhand anwendbar. Dies kann dazu führen, dass Fremdkapital der Treugeber wie Eigenkapital zu behandeln ist. Der Sanierungstreuhänder kann durch schriftliche Offenlegung des Treuhandverhältnisses gegenüber der Gesellschaft privilegiert werden. Darüber hinaus können Kredite der Gläubiger eigenkapitalersetzend wirken, sofern diese einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben können. Um den Einfluss der Gläubiger zu verringern, sollte der Sanierungstreuhänder gegenüber diesen weisungsfrei gestellt werden. Die beherrschende Stellung der Gläubiger kann sich im Einzelfall auch aus der Kreditvergabe selbst ergeben. Das Sanierungsprivileg gem § 13 EKEG erfasst nach dessen Wortlaut und Materialien bloß Sanierungen durch eine

einzigste Person. Nach dem Regelungszweck sollte auch eine Kreditgewährung im Rahmen einer Sanierungstreuhand erfasst sein.

Wird eine Sanierungstreuhand bei börsenotierten Gesellschaften abgeschlossen, so kann in der Regel das Sanierungsprivileg des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG in Anspruch genommen werden. Der Abschluss einer Sanierungstreuhand stellt ein Indiz für die Sanierungsabsicht und den Sanierungsbedarf dar. Das Privileg kann auch nicht unmittelbar vor der Insolvenz in Anspruch genommen werden. Zu beachten sind die börsenrechtlichen Meldepflichten der Beteiligungspublizität, die im Unterschied zum Übernahmerecht keine Ausnahme für den Sanierungsfall vorsehen. ♦

## Literaturverzeichnis

*Artmann*, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), GVÖ Band 5: Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45.

*Auer*, Zum Formgebot bei (treuhänder) Übertragung eines GmbH-Anteils, *JBl* 2002, 441.

*Braun*, Insolvenzzordnung<sup>7</sup> (2017).

*Brugger*, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, *NZ* 2012, 257.

*Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar Erster Zusatzband (2009).

*Budde*, Die doppelnutzige Treuhand in der Restrukturierungspraxis, *ZInsO* 2011, 1369.

*Cetin*, Treuhandbeteiligungen an GmbHs (2014).

*Cetin*, Zur Formpflicht bei der Begründung von Treuhandbeteiligungen, *ecolex* 2014, 1064.

*Dellinger / Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004).

*Dellinger / Mohr* (Hrsg), Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004).

*Dollenz*, Neuerungen der Beteiligungspublizität nach der BörseG-Novelle 2015, *ÖBA* 2016, 428.

*Fleischer*, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, *GmbHR* 2011, 337.

*Foglar-Deinhardstein / Aichinger / Buchinger*, Sanierungstreuhand und Sanierungsprivileg, *ecolex* 2017, 777.

*Fritz / Wildmoser / Koch*, Musterammlung zum GmbH-Recht<sup>2</sup> (2015).

*Geiger*, Die Drittzahlung im Recht der Anfechtung nach der InsO, *NZI* 2014, 585.

*Gottwald* (Hrsg), Insolvenzrechts-Handbuch<sup>5</sup> (2015).

*M. Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001).

*Gruber / Harrer* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG<sup>2</sup> (2018).

*Hämmerle*, Das Kreditinstitut in der Anfangsphase einer Unternehmenssanierung, *ÖBA* 2015, 505.

*Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, *wbl* 2004, 201.

*Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz Kommentar<sup>2</sup> (2016).

*Jovic*, Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer, *GES* 2013, 332.

*Kähler / Neumann*, Widerstreitende Interessen bei der Anwaltstreuhand, *NJW* 2016, 1121.

*Kalss / Nowotny / Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017).

*Kalss / Oppitz / Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015).

*Knauder / Marzi / Temmel* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsverträge (2012).

*König*, Die Anfechtung nach der IO<sup>5</sup> (2014).

*Koppensteiner / Rüffler*, GmbHG Gesetz Kommentar<sup>3</sup> (2007).

*Laier*, Die doppelnutzige Treuhand als Sanierungsinstrument, *GWR* 2010, 184.

*Lessiak*, Formgebundenheit der Übertragung von GmbH-Anteilen im Treuhandverhältnis? *GesRZ* 1988, 217.

*Liebscher*, Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, *ZIP* 2013, 825.

*Oreschnik*, Grunderwerbssteuer NEU bei Anteilsvereinigungen und -übertragungen, *GES* 2016, 27.

*Perner / Rabl*, Wandelschuldverschreibungen und Treuhänderhypothek, *ÖBA* 2016, 877.

*Prechtl*, Kapitalmarktrechtliche Beteiligungspublizität (2010).

*Reisch* in *Konecny* (Hrsg), Spannungsverhältnis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern (2015) 171 (187).

*Römermann / Funke Gavilá*, „Doppelnutzige Treuhand“: Ein regelmäßig rechtswidriges Modell mit nichtigen Verträgen, *NZI* 2012, 481.

*Kletečka / Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.02</sup>.

*Schauer*, Worauf bezieht sich das Formgebot bei der Abtretung von GmbH-Anteilen? *RdW* 1986, 358.

*Schmutzer*, Die Sanierungstreuhand: Eine Alternative zur außergerichtlichen Anteilsverwertung, *AnwBl* 2018, 511.

*Schopper / Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004).

*Schummer*, Zum Formgebot bei Übertragung eines GmbH-Anteils, *ecolex* 1991, 319.

<sup>104</sup>) Siehe nur *Dollenz*, *ÖBA* 2016, 431 ff.

*Spiekermann*, Nochmals: Zur Anfechtung von Drittzahlungen, NZI 2014, 1030.

*Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz, in Konecny, Insolvenz-Forum 2014 (2015) 413.

*Stadler*, Zurechnung von Stimmrechten und Pflichtangebote im Rahmen von Treuhandschaften an börsennotierten Aktien, insbesondere im Falle doppelnutziger Sanierungstreuhandschaften, NZI 2009, 878.

*Straube / Ratka / Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbHG (2014).

*Strohn*, Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung, DB 2011, 158.

*Thole*, Problemfälle des Anwaltsrechts im Insolvenzverfahren und bei der Restrukturierung, NZI 2017, 738.

*Thöni*, Vertrags- und Gesetzesumgehung durch Treuhand an Gesellschaftsanteilen, *ecolex* 1992, 236.

*Thunshirn*, Steuerreform 2015/2016: GrEST, *ecolex* 2015, 732.

*Thurnher*, Grundfragen des Treuhandwesens (1994).

*Tunshirn / Studera*, Handbuch Besteuerung von Grundstücks- und Liegenschaftstransaktionen (2013).

*Walch*, Zur Notariatsaktpflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichem Auseinanderfallen von Verpflich-

tungs- und Verfügungsgeschäft, NZ 2015, 126.

*Warto*, Zum Modus bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ÖJZ 2012, 437.

*Weitbrecht*, Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfestigkeit, Verwertung, NZI 2017, 553.

*Zirener / Hautkappe*, Unternehmensrestrukturierung aus Sicht der Fremdkapitalgeber, in Baur/Kantowsky/Schulte (Hrsg), Stakeholder Management in der Restrukturierung<sup>2</sup> (2015) 44.

*Zollner*, Die Bank als Adressatin des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, in Kalss/Rüffler (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 87.

# Prüfung und Bearbeitung eines Überweisungsauftrags durch den beauftragten Zahlungsdienstleister nach ZaDiG 2018/PSD II

Bernhard Koch

Am 1. Juni 2018 ist das Zahlungsdienstegesetz 2018 („ZaDiG 2018“) in Kraft getreten, mit dem die Zahlungsdiensterichtlinie (EU) 2015/2366 („PSD II“) in das österreichische Recht umgesetzt wurde. Die PSD II und damit auch das ZaDiG 2018 sind – im Vergleich zur Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG („PSD I“) und zum ersten Zahlungsdienstegesetz („ZaDiG 2009“) – keine grundlegend neuen Vorschriften. Wesentliche Neuerungen im ZaDiG 2018 sind die Bestimmungen für die Zahlungsauslöse- und die Kontoinformationsdienstleister, denen durch das Gesetz der lang umstrittene Zugriff auf die bei den Kreditinstituten geführten Konten der Zahlungsdienstnutzer eingeräumt wurde. Weitere wesentliche Neuerungen betreffen die sogenannte starke Kundenauthentifizierung, auf die im Folgenden noch näher einzugehen sein wird. Neben diesen völligen Neuerungen enthält das ZaDiG 2018 aber auch eine Reihe von neuen Regelungen, die punktuell, aber durchaus spürbar in den Prozess der Bearbeitung der Zahlungsaufträge durch die beauftragten Zahlungsdienstleister („ZDL“) und in das damit verbundene Haftungsregime eingreifen. Diese neuen Bestimmungen, angewendet auf einen herkömmlichen Überweisungsauftrag in EUR, der vollständig im Bereich des EWR auszuführen ist, stehen im Fokus der Betrachtung. Soweit sie für die Rahmenbedingungen der Anwendung der neuen Bestimmungen von unmittelbarer Relevanz sind, wird auch auf aus dem ZaDiG 2009 übernommene Bestimmungen eingegangen.

Stichwörter: Zahlungsdienstegesetz, Prüfung des Zahlungsauftrags, Authentifizierung, Au-

torisierung, Bearbeitungsfrist, Cut-Off, Bestreitung des Zahlungsauftrags, Anscheinsbeweis, Haftung des Zahlungsdienstleisters, Haftung des Zahlers, starke Kundenauthentifizierung, Ablehnung des Zahlungsauftrags, Wertstellung der Kontobelastung.

JEL-Classification: G 21, K 14.

On 1 June 2018, the Payment Services Act 2018 („ZaDiG 2018“) came into force, which transposed the Payment Services Directive (EU) 2015/2366 („PSD II“) into Austrian law. The PSD II and thus also the ZaDiG 2018 are not fundamentally new rules compared to the Payment Services Directive 2007/64 / EC („PSD I“) and the first Payment Services Act („ZaDiG 2009“).

Significant innovations in ZaDiG 2018 are the provisions for the payment initiation and the account information service providers, who were granted by the law the long-disputed access to the accounts held at the credit institutions of the payment service users. Other significant changes concern the so-called strong customer authentication, which will be discussed in more detail below.

In addition to these complete innovations, however, the ZaDiG 2018 also contains a number of new regulations that intervene at specific but noticeable points in the process of processing the payment orders by the commissioned payment service providers („ZDL“) and in the associated liability regime. These new best practices, applied to a conventional transfer order to be executed in Euro in the European Economic Area EEA are the focus of consideration. Insofar as they are of direct relevance to the framework conditions for the application of the new provisions, regulations adopted from the ZaDiG 2009 are also addressed.

## 1. Prüferfordernisse

Vor Durchführung eines Zahlungsauftrags hat der ZDL nach diversen Vorschriften zu prüfen, ob

- ◆ für die Durchführung des Zahlungsauftrags ausreichende Deckung am Konto vorhanden ist,



Photo: privat

Hon.-Prof. Dr. Bernhard Koch, Leiter der Abteilung Legal Services Domestic in der Raiffeisen Bank International AG; e-mail: bernhard.koch@rbinternational.com

- ◆ der Zahlungsauftrag ordnungsgemäß im Sinne des ZaDiG 2018 authentifiziert ist,
- ◆ der Zahlungsauftrag alle zur Auftragsdurchführung erforderlichen Elemente beinhaltet wie insbesondere eine kongruente IBAN,
- ◆ alle Informationen, die nach der Geldtransfer-VO der EU 2015/847 erforderlich sind, aufscheinen,
- ◆ der Auftraggeber und/oder der Empfänger auf verbindlichen Sanktionslisten aufscheinen,
- ◆ Verdachtsmomente Richtung Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung bestehen,
- ◆ die Durchführung des Zahlungsauftrags gegen sonstige nationale oder gemeinschaftsrechtliche Vorschriften verstoßen würde, insbesondere ob ein Straftatbestand verwirklicht wird.

Auf diese Prüferfordernisse wird inhaltlich in der Folge noch einzugehen sein. Zunächst ist aber die Zeitspanne zu behandeln, die für die Abarbeitung dieser Prüfungen nach dem ZaDiG 2018 zu Verfügung steht.

## 2. Bearbeitungsfrist

### 2.1. Dauer der Frist

Die im Wesentlichen im Vergleich zum ZaDiG 2009 unveränderte Vorgabe

des ZaDiG 2018 besteht in der – nach österreichischem Recht abgesehen von den Bearbeitungsfristen selbsttredenden<sup>1)</sup> – Verpflichtung, den Zahlungsauftrag so zu bearbeiten, dass spätestens am Geschäftstag<sup>2)</sup> nach Erteilung des Zahlungsauftrags

- ◆ entweder die Zahlung beim ZDL des Empfängers einlangt (§ 77 (1) ZaDiG 2018, „D+1-Regel“<sup>3)</sup>),
- ◆ oder der Auftraggeber auf der mit ihm vereinbarten Kommunikationsschiene darüber informiert wird, dass die Durchführung des Zahlungsauftrags abgelehnt wird (§ 73 (2) ZaDiG 2018). Die Ablehnung lässt das Gesetz zu, wenn
  - nicht alle im Rahmenvertrag festgelegten Bedingungen für den Zahlungsauftrag erfüllt sind oder
  - die Ausführung gegen eine unionsrechtliche oder innerstaatliche Regelung oder gegen eine gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Anordnung verstoßen würde oder
  - der begründete Verdacht besteht, dass die Ausführung eine strafbare Handlung darstellen würde.

Die Zeit für die Bearbeitung der Zahlungsaufträge ist also im Hinblick auf die für die Durchführung bzw Ablehnungsinformation einzuhaltende D+1-Regel mit regelmäßig weit weniger als 24 Stunden knapp bemessen.

## 2.2. Fristversäumung

Versäumt der beauftragte ZDL die ihm eingeräumte kurze Bearbeitungsfrist, haftet er gegenüber seinem Kunden nach § 80 (1) ZaDiG 2018.<sup>4)</sup> In dieser Bestimmung wurden die neugefassten Haftungsregelungen des Art 89 PSD II im Wesentlichen wortgleich übernommen, was der Klärung der Rechtslage nicht unbedingt zuträglich war.

Nach den Regelungen des ZaDiG 2018 soll der beauftragte ZDL gegenüber dem Auftraggeber für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorgangs haften, es sei denn, er kann gegenüber dem Auftraggeber und gegebenenfalls dem ZDL des Empfängers nachweisen, dass der Betrag des Zahlungsvorgangs rechtzeitig beim ZDL des Empfängers eingegangen ist.

Bei der Detailausgestaltung der Regelungen wird unterschieden zwischen jenen Zahlungsaufträgen, die *gar nicht*

*oder fehlerhaft* ausgeführt wurden einerseits und den *verspätet* ausgeführten Zahlungsaufträgen andererseits:

- ◆ Wird der Zahlungsauftrag *gar nicht oder fehlerhaft ausgeführt*, hat der beauftragte ZDL dem Auftraggeber unverzüglich den Betrag des nicht oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs zu erstatten und das belastete Zahlungskonto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang befunden hätte.

Der Betrag ist auf dem Konto des Auftraggebers spätestens mit Wertstellung des Tages der Kontobelastung wieder gutzuschreiben. Darüber hinaus hat sich der ZDL auf Verlangen des Auftraggebers – ungeachtet seiner Haftung – unverzüglich darum zu bemühen, den Zahlungsvorgang zurückzuführen. Der Zahler ist über das Ergebnis zu unterrichten. Dem Zahler darf dafür kein Entgelt in Rechnung gestellt werden.

- ◆ Wird ein Zahlungsauftrag *verspätet* ausgeführt, hat der **ZDL des Empfängers auf Verlangen des für den Zahler auftretenden ZDL** sicherzustellen, dass der Betrag auf dem Zahlungskonto des Zahlungsempfängers spätestens zu dem Datum wertgestellt wird, zu dem der Betrag bei korrekter Ausführung wertgestellt worden wäre. Dies bedeutet offensichtlich<sup>5)</sup>, dass

- der ZDL des Zahlers verpflichtet ist, an den ZDL des Empfängers heranzutreten und von diesem die Wertstellung des Eingangs mit der richtigen Valuta zu verlangen, wobei der durch die Rückvalutierung entstehende Aufwand vom ZDL des Zahlers zu tragen ist;
- der ZDL des Empfängers verpflichtet ist, dieser Anforderung zu entsprechen.

Wie die PSD II, die den gesamten Komplex auch diesmal wieder sehr fragmentarisch regelt,<sup>6)</sup> lässt auch das ZaDiG 2018 offen, welcher Natur diese Verpflichtungen des ZDL des Auftraggebers sind. Sie sind augenscheinlich nicht davon abhängig, dass ihn ein Verschulden an der unterbliebenen, fehlerhaften oder verspäteten Durchführung des Auftrags trifft:

- ◆ ME ist die Erstattung bei unterbliebener oder fehlerhafter Durchführung des Zahlungsauftrags als Rücker-

stattung des für die Durchführung des Zahlungsauftrags geleisteten Aufwandsersatzes im Sinne des § 1014 ABGB zu qualifizieren, dies allerdings mit der Modifikation, dass im Bereich des ZaDiG 2018 anders als nach § 1014 ABGB auch dann kein Aufwandsersatzanspruch besteht, wenn sich der ZDL zwar weisungsgemäß verhält, der mit dem Auftrag verfolgte Erfolg (Einlangen der Überweisung beim ZDL des Zahlungsempfängers) aber trotzdem fehlgeschlagen ist.

- ◆ Die Verpflichtung zur Bewirkung der Rückvalutierung eines verspätet durchgeführten Zahlungsauftrags ist mE als eine spezifische Verpflichtung zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers anzusehen.

Weder mit der Rückerstattung des Aufwandsersatzes noch mit der Korrektur der Wertstellung am Empfängerkonto ist eine Aussage darüber getroffen, wie mit dem Schaden umzugehen ist, der

- ◆ dem Auftraggeber durch die nicht, fehlerhaft oder verspätet durchgeführte Zahlung entstanden ist und
- ◆ durch die in § 80 ZaDiG 2018 vorgesehenen Maßnahmen des ZDL (Erstattung, Bewirkung der Rückvalutierung) nicht beseitigt wird.

Zu denken ist insbesondere an die Verzugsfolgen, die der Auftraggeber gegenüber dem Empfänger der Zahlung als seinem Gläubiger zu tragen hat.

Die diesbezüglichen Ansprüche des Auftraggebers gegen seinen ZDL sind nach § 82 ZaDiG 2018 nach den „allgemeinen Bestimmungen“, also nach den Schadenersatzregelungen des ABGB, zu beurteilen. Da an der sich aus dem ZaDiG 2018 ergebenden Rechtswidrigkeit der Verspätung nicht zu zweifeln sein wird, wird der ZDL für die durch die Verspätung verursachten Schäden haften, es sei denn, er könnte im Einzelfall beweisen, dass ihn an der Verspätung kein Verschulden trifft. Entscheidend ist dabei bei einer Versäumung der Bearbeitungsfrist, ob es dem ZDL bei Aufwendung der geschuldeten Sorgfalt im Zusammenhang mit den erforderlichen Prüfungen möglich gewesen wäre, den Zahlungsauftrag rechtzeitig auf die Reise zu schicken oder gerechtfertigt abzulehnen. Dabei ist aber auch zu bedenken, dass eine auf unrichtiger Beurteilung der zu prüfenden Fragen beruhende Ablehnung der Zahlung ebenfalls Grundlage

1) Siehe *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> III Rz 1/30.  
 2) Bei Erteilung des Auftrags auf Papier am zweitfolgenden Geschäftstag, § 77 (2) ZaDiG 2018.  
 3) Gilt nur für Zahlungen in der Währung

eines Mitgliedsstaats innerhalb des EWR, siehe § 2 ZaDiG 2018.  
 4) Mit Unternehmern kann Abweichendes vereinbart werden, siehe § 55 (1) ZaDiG 2018; gilt nicht, wenn es sich um einen Zahlungsauftrag nach außerhalb des EWR

handelt, siehe § 2 (4) ZaDiG 2018.  
 5) In diesem Sinne zB § 675y (3) BGB.  
 6) Siehe die Materialien zum deutschen Umsetzungsgesetz in *Bundestags-Drucksache 18/11495*, 171.

eines Schadenersatzanspruches des Auftraggebers sein kann.

### 2.3. Einlangen des Überweisungsauftrags, Cut-Off, Fristbeginn

Der knappe Zeitrahmen und die mit einer verspäteten Durchführung oder objektiv unberechtigten Ablehnung der Zahlung verbundenen Haftungsfolgen lassen der Frage, wann denn die dem ZDL des Auftraggebers zur Verfügung stehende Frist zur Prüfung und Bearbeitung beginnt, besonderes Gewicht zukommen. Es ist also durchaus angebracht, sich dieser Frage hier kurz zu widmen, auch wenn PSD II und ZaDiG 2018 insofern keine Neuerungen gebracht haben. Immerhin hatte aber der OGH<sup>7)</sup> unlängst Gelegenheit, sich dazu wieder zu äußern.

Um einen sicheren Anhaltspunkt dafür zu haben, wann die Frist „D+1“ zu laufen beginnt, wird in § 72 ZaDiG 2018 festgelegt, ab welchem Zeitpunkt ein Zahlungsauftrag als beim beauftragten ZDL eingegangen gilt. Grundsätzlich ist der Zeitpunkt relevant, zu dem der ZDL den Zahlungsauftrag erhält oder er ihm über die im Zahlungsdienstvertrag vereinbarten Kommunikationsmittel abrufbereit zugegangen ist.<sup>8)</sup>

Fällt der Zeitpunkt des solcherart verstandenen Eingangs beim ZDL nicht auf einen Geschäftstag des ZDL (zB bei Einwurf des Zahlungsauftrags am Samstag in den Briefkasten), so wird der Zahlungsauftrag so behandelt, als sei er am darauffolgenden Geschäftstag eingegangen.

Weiters wird auch berücksichtigt, dass auch an Geschäftstagen eine taggleiche Bearbeitung spät einlangender Zahlungsaufträge nicht mehr möglich sein wird. Der ZDL kann daher nach § 72 (3) ZaDiG 2018 festlegen, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe am Ende eines Geschäftstags eingehen, so behandelt werden, als seien sie am darauf folgenden Geschäftstag eingegangen („Cut-Off-Zeit“).

Die Bestimmung der zulässigen Cut-Off-Zeit ist durchaus schwierig, weil die PSD II offenlässt, was mit dem Ende des Geschäftstags konkret gemeint ist und wie groß der Abstand der Cut-Off-Zeit zum Ende des Geschäftstags konkret sein darf. Klar ist nur, dass mit dem Ende des Geschäftstags nicht 24 Uhr gemeint sein wird.

Unlängst hatte sich der OGH<sup>9)</sup> mit der Frage zu befassen, ob

- ◆ Cut-Off-Zeiten um 14 Uhr für Auslands- und Fremdwährungsüberweisungen und
- ◆ 14 Uhr 30 für Überweisungen im SEPA-Raum in Euro

ausreichend nahe am Ende des Geschäftstags liegen. Die mW einzige Geschäftsstelle der konkret beklagten, im Online-Geschäft tätigen Bank war und ist Montag bis Freitag von 8 bis 19 Uhr geöffnet. Davon ausgehend ließen die Gerichte und auch der OGH die genannten Cut-Off-Zeiten nicht gelten. Der Hinweis der beklagten Bank auf allgemein übliche Banköffnungszeiten von 8 bis 15 Uhr fruchtete schon deshalb nichts, weil – wohl zutreffend – festgestellt wurde, dass es allgemein branchenübliche Schließzeiten gar nicht gibt.

Begründet wurde diese Entscheidung vom OGH damit, dass

- ◆ der OGH<sup>10)</sup> schon früher entschieden habe, dass die Cut-Off-Zeit nicht willkürlich festgesetzt werden dürfe, sondern tatsächlich „nahe dem Ende des Geschäftstages“ liegen müsse und
- ◆ man sich mangels branchenüblicher Schließzeit an der Schließzeit der Geschäftsstelle der Beklagten zu orientieren habe.

In der erwähnten früheren Entscheidung aus 2011 hat der OGH seiner Entscheidung ein paar allgemeine Anmerkungen zum Wesen der Cut-Off-Zeit vorangestellt:

*„Diese Regelung wurde geschaffen, weil ansonsten rund um die Uhr Zahlungsaufträge verarbeitet werden müssten. Insbesondere bei kleineren Instituten und bei händischer Verarbeitung von Zahlscheinen wäre dies nicht praktikabel. Die ‚Cut-off-Frist (synonym der ‚Cut-off-Zeitpunkt‘), bis zu der Zahlungsaufträge als am selben Tag eingegangen gelten, kann zwar nach den Umständen variieren, hat aber jedenfalls nahe dem Ende des Geschäftstags zu sein. ... Die Bestimmung eines ‚Cut-off-Zeitpunkts ist teilweise auch beim Zahlungsverkehr über das Internet (zB Online-Banking) erforderlich, weil es in diesem Fall dem Nutzer zwar möglich ist, rund um die Uhr Zahlungsaufträge ‚abzuschicken‘, diese jedoch gegebenenfalls vom ZDL nicht rund um die Uhr bearbeitet werden.“*

Letztlich hält der OGH dann fest, dass „Ende des Geschäftstages“ so zu

verstehen sei, dass auf die üblichen Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr abgestellt werden kann.<sup>11)</sup> Damit wird die der Bank zur Prüfung und Bearbeitung der Zahlungsaufträge zur Verfügung stehende Zeit erheblich eingeschränkt, weil – je nach Schließzeit der Filiale, siehe den jüngst entschiedenen Fall – die Cut-Off-Zeit weit nach hinten verlegt wird.

Ich habe in einer Arbeit<sup>12)</sup> zum ZaDiG 2009, die der OGH ua zur Begründung seines Ergebnisses erwähnt, primär dahin argumentiert, dass mit Ende des Geschäftstags nicht das kalendarische Tagesende gemeint sein wird, und kurz angemerkt, dass mit Ende des Geschäftstags jene Uhrzeit gemeint sein werde, an dem der Geschäftsbetrieb regulär geschlossen wird.

In den Materialien<sup>13)</sup> zum deutschen Umsetzungsgesetz (§ 675n BGB) wird ausgeführt, dass *„die Cut-Off-Regelung erforderlich sei, um es ZDL zu ermöglichen, geschäftstäglich ihr Rechnungswesen abzuschließen und den Tagesausweis zu erstellen. Auch beim Zahlungsverkehr über das Internet (zB Onlinebanking) oder über Terminals in Automatenfilialen, die 24 Stunden geöffnet sind, ist eine solche Regelung teilweise erforderlich, weil es in diesem Fall dem Nutzer zwar möglich ist, rund um die Uhr Zahlungsaufträge ‚abzuschicken‘, diese jedoch ggf. seitens des ZDLs nicht rund um die Uhr bearbeitet werden. Auch in solchen Fällen muss der ZDL einen innertäglichen Zeitpunkt bestimmen können, zu dem er sein Rechnungswesen täglich abschließt.“* Auch dort kommt man letztlich zum Ergebnis, dass beim „Ende des Geschäftstages“ auf die üblichen Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr abzustellen sei. Die Verfasser des deutschen Umsetzungsgesetzes meinen aber auch, dass vor langen Wochenenden oder Feiertagen, zumal über den Monats- oder Jahresultimo, frühere „Cut-off“-Zeiten durch die Regelung ebenso wenig infrage gestellt werden wie solche infolge reduzierter Öffnungszeiten ländlicher Filialen.

Gerade der zuletzt vom OGH entschiedene Fall einer Online-Bank mit nur einer, dafür lange geöffneten Servicestelle für den physischen Kundenverkehr zeigt mE die Notwendigkeit, die Frage nochmals zu überdenken. Welchen Sinn macht es, bei der Festlegung der Cut-Off-Zeit für online erteilte Aufträge darauf abzustellen, wie lange die Service-Stelle, die die Zahlungs-

7) OGH 4 Ob 58/18k.

8) PSD II ErwGr 77.

9) 4 Ob 58/18k.

10) 1 Ob 244/11f.

11) Er beruft sich dabei ua auf die Erläu-

terungen zu § 675n BGB, Bundestags-Drucksache 16/11643, 107; Koch ÖBA 2009, 883; Gapp/Lanschütz, Zahlungsdienstegesetz II: Informationspflichten, Rahmenvertrag und Zahlungsvorgänge,

ZFR 2009, 176 [181].

12) ÖBA 2009, 883.

13) Bundestags-Drucksache 16/11643, 107.

aufträge nicht selbst bearbeitet, geöffnet ist? Wie würde entschieden, wenn die Online-Bank gar keine Geschäftsstelle für den physischen Kundenverkehr unterhält? Richtiger erschiene mir, darauf abzustellen, wie lange am Tag der ZDL jenen Teil seines Geschäftsbetriebs unterhält, in dem die auf den verschiedenen Kanälen eingelangten Zahlungsaufträge einheitlich weiter bearbeitet werden. Andernfalls käme man zum Ergebnis, dass

- ◆ man bei verschiedenen Filialöffnungszeiten auch filialunterschiedliche Cut-Off-Zeiten festzulegen hätte und
- ◆ es nicht möglich wäre, eine Geschäftsstelle am Abend über die für die Prüfung und Bearbeitung des Zahlungsverkehrs notwendige Cut-Off-Zeit hinaus offen zu halten, was nicht im Interesse der Kunden sein kann,
- ◆ es für reine Online-Banken ohne Geschäftsstellen gar keine Lösung gäbe.

### 3. Prüfung der Autorisierung

Ganz zentral ist die Verpflichtung des ZDL, zu prüfen, ob tatsächlich ein vom Kunden autorisierter Zahlungsauftrag vorliegt.

#### 3.1. Rechtslage nach ABGB

Bevor man die diesbezüglichen Regelungen des ZaDiG 2018 näher betrachtet, ist es zweckmäßig, sich die diesbezügliche Rechtslage nach dem ABGB in Erinnerung zu rufen. Dies ergibt folgendes:

- ◆ Der dem Zahlungsverkehr zugrundeliegende Girovertrag (heute: Rahmenvertrag) begründet ein Auftragsverhältnis iSd §§ 1002 ABGB zwischen dem Kunden als Auftraggeber und seinem kontoführenden Institut als Auftragnehmer.<sup>14)</sup> Aus dem Auftragsverhältnis erwächst dem Auftragnehmer gem § 1014 erster Halbsatz ABGB ein Anspruch auf Ersatz des zur Geschäftsbesorgung getätigten Aufwands, der alle Aufwendungen, soweit sie bei einer objektiven Ex-ante-Betrachtung zum Zwecke der Geschäftsbesorgung erfolgen und als für diese notwendig und nützlich erachtet werden.<sup>15)</sup>

- ◆ Die Leistung an einen Dritten ist dann als notwendiger und nützlicher Aufwand zu qualifizieren, wenn sie auf einer wirksamen Weisung des Kunden beruht. Stammt die Weisung hingegen von einem unberechtigten Dritten, so bleibt ein Aufwandsersatzanspruch mangels wirksamer Weisung des Kunden grundsätzlich versagt.<sup>16)</sup> Nicht vom Bankkunden stammende gefälschte Aufträge begründen also keine Aufwands- und Schadenersatzansprüche der Bank nach § 1014 ABGB.<sup>17)</sup> Hat die Bank den überwiesenen Betrag dem Kundenkonto bereits angelastet, ist diese deklaratorische Belastungsbuchung zu stornieren. Daraus ergibt sich, dass die Durchführung eines gefälschten Überweisungsauftrags mangels Ersatzanspruches nach § 1014 erster Halbsatz ABGB einen Schaden auf Seiten der Bank darstellt.<sup>18)</sup>

- ◆ Das in die Sphäre des Kreditinstituts fallende Fälschungsrisiko kann vertraglich nicht ohne weiteres auf den Kunden überwält werden. Nach der Judikatur des OGH<sup>19)</sup> wäre eine solche Vereinbarung sachlich nicht zu rechtfertigen. Für den davon betroffenen Bankkunden könne der gefälschte Auftrag den wirtschaftlichen Ruin bedeuten, während es der Bank nach Meinung des OGH möglich wäre, das Risiko durch Versicherung abzudecken oder auf alle Kunden zu überwälzen. Im Übrigen gebühre dem Machthaber nach herrschender Lehre<sup>20)</sup> kein Ersatz nach § 1014 ABGB, wenn das Schadensrisiko durch das vom Machtgeber gezahlte Entgelt abgedeckt und überwält erscheint, was der OGH angenommen hat. In Summe liegt also bei Überwälzung des Fälschungsrisikos ein auffallendes unangemessenes Missverhältnis zulasten des Kunden vor, sodass eine gröbliche Benachteiligung zu bejahen wäre.

Diskutiert wurde zuletzt vor dem Inkrafttreten des ZaDiG 2009, ob man die Zulässigkeit der Risikoüberwälzung allenfalls differenziert zu beurteilen hätte. Anknüpfungspunkt für diese Differenzierung war, wer das Fälschungsrisiko beherrschen kann. Während der Kunde

kaum in der Lage sein wird, die Fälschung seiner Unterschrift zu verhindern, hat er doch die Möglichkeit, den Missbrauch anderer Authentifizierungsinstrumente durch sachgerechte Verwahrung oder Geheimhaltung zu verhindern. Der OGH<sup>21)</sup> hatte die Frage aber nicht mehr zu entscheiden, weil die von ihm zu beurteilenden AGB das Risiko ohnehin nur bei schuldhafter Sorgfaltswidrigkeit überwälzen wollten.

#### 3.2. Rechtslage nach ZaDiG 2018

Das ZaDiG 2018 führt (wie schon das ZaDiG 2009) zu keinen grundlegend strukturellen Änderungen der eben geschilderten Rechtslage, wie sie sich aus dem ABGB ergibt:

##### 3.2.1. Wirksam erteilter Kundenauftrag

Nach § 58 (1) Satz 1 ZaDiG 2018 gilt ein Zahlungsvorgang nur dann als autorisiert, wenn der Auftraggeber seiner Ausführung zugestimmt hat. Mangels anderer Vereinbarung hat die Autorisierung vor der Ausführung des Zahlungsauftrags zu erfolgen. In § 58 (2) Satz 3 dieser Bestimmung wird dies noch einmal bekräftigt. „Fehlt die Zustimmung zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs, gilt er als nicht autorisiert.“

Das ZaDiG 2018 geht damit (stillschweigend) wie das ABGB davon aus, dass dem ZDL nur dann Aufwandsersatzansprüche gegen den Kunden zustehen, wenn dem Zahlungsvorgang eine wirksame Weisung des Kunden zugrunde liegt. Stammt die Weisung wie im Falle der Fälschung bzw des Missbrauchs der Zahlungsinstrumente von einem unberechtigten Dritten, kommt dem ZDL nach dem Gesetz kein Aufwandsersatzanspruch zu.

Die bei Erteilung der Zustimmung zu beachtende Form und das einzuhaltende Verfahren sind im Rahmenvertrag zu vereinbaren.

##### 3.2.2. Bestreitung durch den Kunden, Anscheinsbeweis für wirksame Erteilung

Bestreitet der Kunde, einen Zahlungsvorgang autorisiert zu haben, so hat der ZDL nach § 66<sup>22)</sup> ZaDiG 2018 nachzuweisen, dass der Zahlungsvorgang au-

14) Siehe *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III Rz 1/30.

15) Siehe nur *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB Rz 4 zu § 1014 mwN.

16) Siehe *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III Rz 1/57.

17) 4 Ob 179/02f, *Graf* in *Graf/Gruber*, Internetbanking 66ff; *Gerhartinger*,

Schadenstragung bei mißbräuchlichen Kontoverfügungen, ÖBA 2008, 239 krit dazu *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III Rz 1/57

18) *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht III Rz 1/57; *Graf*, Der gefälschte Verkaufsauftrag beim Wertpapierdepot und seine Rechtsfolgen, ZFR 2012, 18.  
19) 4 Ob 179/02f.

20) Der OGH beruft sich dabei auf *Apathy* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> § 1014 Rz 13 mwN, in diesem Sinne aktuell auch in der 4. Auflage (2014).

21) 4 Ob 179/02f.

22) Mit Unternehmern kann abweichendes vereinbart werden, siehe § 55 (1) ZaDiG 2018.

thentifiziert<sup>23)</sup> war, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Panne beeinträchtigt wurde.

Dabei reicht die vom ZDL aufgezeichnete Nutzung eines Zahlungsinstruments für sich gesehen „*nicht notwendigerweise*“ aus, um nachzuweisen, dass der Zahler entweder den Zahlungsvorgang autorisiert oder aber in betrügerischer Absicht gehandelt oder seine Sorgfaltpflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat. Auch diese Beweislastregel entspricht der Rechtslage nach ABGB. Nach der Judikatur des OGH<sup>24)</sup> stellt der Umstand, dass ein Zahlungsinstrument (Bankomatkarte) unter Einsatz der zugehörigen personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN-Code) verwendet wurde, nur einen jederzeit entkräftbaren Anscheinsbeweis für die Verwendung des Zahlungsinstruments durch den Berechtigten dar.

Bestreitet also der Kunde, einen Zahlungsauftrag erteilt zu haben, hat der ZDL in einem ersten Schritt nachzuweisen, dass der Zahlungsauftrag den Vereinbarungen mit dem Kunden entsprechend authentifiziert wurde, sodass der Anschein dafür spricht, dass der Kunde selbst den Auftrag erteilt hat. Dem Kunden steht aber der Gegenbeweis offen, dass er entgegen dieses Anscheins den Auftrag nicht erteilt hat (etwa, weil er dazu krankheitsbedingt oder wegen Ortsabwesenheit gar nicht in der Lage gewesen wäre). Gelingt der Beweis, gilt der Auftrag als nicht vom Kunden autorisiert.

### 3.2.3. Anscheinsbeweis für sorgfaltswidriges Verhalten des Kunden?

Ein zweiter Durchgang der Diskussion zwischen dem ZDL und dem Kunden hat sodann zum Gegenstand, ob der Kunde durch schuldhaft Verletzung der ihn treffenden Sorgfaltpflichten den Missbrauch des verwendeten Zahlungsinstruments durch einen Dritten ermöglicht hat. Darauf wird noch einzugehen sein. Hier interessiert zunächst die Frage, ob die Authentifizierung des Zahlungsauftrags auch in dieser Auseinandersetzung einen Anscheinsbeweis darstellt.

Die dafür relevante Beweisregel des § 66 ZaDiG 2018 sieht vor, dass allein der Umstand, dass die Zahlungsinstrumente wie vereinbart verwendet wurden, keinen Beweis dafür macht, dass der Kunde diese Verwendung *grob fahrlässig oder gar vorsätzlich ermöglicht* hat. Diese Beweisregel bezieht sich nur auf Fälle groben Verschuldens. Im Umkehrschluss

darf man mE daher annehmen, dass die vereinbarungsgemäße Verwendung der Zahlungsinstrumente widerleglichen Anscheinsbeweis dafür macht, dass der Kunde leicht fahrlässig gehandelt hat.

### 3.2.4. Neue Beweisregel im ZaDiG 2018

Die Regelung im ZaDiG 2018 entspricht jener im ZaDiG 2009. Allerdings wurde der Bestimmung ein Satz hinzugefügt, sodass sie jetzt insgesamt lautet:

*„Der Nachweis der Nutzung eines Zahlungsinstrumentes reicht für sich allein genommen für den Nachweis der Autorisierung des Zahlungsvorgangs durch den Zahler, einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung der Sorgfaltpflichten gemäß § 63 oder eines Handelns des Zahlers in betrügerischer Absicht nicht notwendigerweise aus. Der ZDL, gegebenenfalls einschließlich des Zahlungsauslösedienstleisters, muss unterstützende Beweismittel vorlegen, um Betrug oder grobe Fahrlässigkeit des Zahlungsdienstnutzers nachzuweisen.“*

Die Ergänzung geht auf die Neufassung in der PSD II zurück. Welche Absichten damit verfolgt werden, lässt sich weder dieser noch den ErlBem zum ZaDiG 2018 entnehmen.

ME ist zu berücksichtigen, dass die ursprüngliche Regelung aufrecht geblieben ist, die allseits – insbesondere wegen der auch im ZaDiG 2018 verbliebenen Wortfolge „*nicht notwendiger Weise*“ – wie beschreiben als Anscheinsbeweis für den Fall der Autorisierungsbestreitung gedeutet wurde.

Die Frage, ob „*betrügerische Absicht, vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung*“ einer Sorgfaltpflicht vorliegt, ist offenkundig nicht für die Frage relevant, ob der Kunde selbst den Zahlungsauftrag erteilt hat, sondern spielt im ZaDiG 2018 im Zusammenhang mit der Haftung des Zahlers für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge eine Rolle. Ein betrügerisches Vorgehen des Kunden kann dort darin liegen, dass nachweislich nicht er, sondern ein Dritter, dieser aber kollusiv mit dem Kunden, den Zahlungsauftrag erteilt hat. In diesem Fall, aber auch dann, wenn der Kunde vorsätzlich oder grob fahrlässig gegen Sorgfaltpflichten verstoßen hat, haftet er – wie sogleich auszuführen sein wird – für den gesamten dem ZDL verursachten Schaden.

ME gilt die der Beweisregel angefügte neue Regelung für eben diese Fälle, so dass insgesamt gilt:

- ◆ Wird darüber gestritten, ob der Zahlungsauftrag vom Kunden erteilt wurde, so macht die vereinbarungsgemäße Verwendung der Zahlungsinstrumente Anscheinsbeweis für die Erteilung des Auftrags durch den Kunden. Dieser kann den Anscheinsbeweis aber entkräften.
- ◆ Ist klar oder ergibt sich aus der Widerlegung des Anscheinsbeweises, dass der Kunde den Zahlungsauftrag nicht erteilt hat, und wird daher darüber gestritten, ob und in welchem Umfang der Kunde für den dem ZDL entstandenen Schaden haftet, ergibt sich aus der vereinbarungsgemäßen Verwendung der Zahlungsinstrumente ein Anscheinsbeweis dafür, dass der Kunde leicht fahrlässig gehandelt und daher den Schaden im gesetzlich limitierten Umfang von EUR 50 zu ersetzen hat.
- ◆ Behauptet der ZDL, der Kunde habe grob schuldhaft – ja sogar betrügerisch – gehandelt und hafte daher für den gesamten dem ZDL entstandenen Schaden, hat er dafür entsprechende Beweise vorzulegen und kann sich – was an sich auf der Hand liegt – nicht mit dem Beweis dafür begnügen, dass die Zahlungsinstrumente vertragsgemäß verwendet wurden.

### 3.2.5. Haftung des Kunden gegenüber dem ZDL

#### 3.2.5.1. Verletzung der Sorgfaltpflichten als Grundlage der Schadenersatzansprüche

Grundsätzlich trägt wie beschrieben der ZDL nach §§ 66 bis 68 ZaDiG 2018 das Risiko eines nicht ordnungsgemäß autorisierten Zahlungsvorgangs.

Geht der nicht autorisierte Zahlungsvorgang auf

- ◆ die Nutzung eines verlorenen oder gestohlenen Zahlungsinstruments oder
- ◆ die durch die unsichere Verwahrung eines personalisierten Sicherheitsmerkmals (zB PIN-Code der Bankomatkarte) ermöglichte missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments (Bankomatkarte)

zurück und trifft den Kunden daran ein Verschulden, so wird er gegenüber dem ZDL schadenersatzpflichtig und muss diesem die Schäden, die aus nicht autorisierten Zahlungsvorgängen entstehen (also jene Beträge, die der ZDL zunächst dem Konto des Kunden aufgrund dessen

23) Unter Authentifizierung wird nach § 4 Z 27 ZaDiG 2018 ein Verfahren verstanden, mit dessen Hilfe der ZDL die Identität eines Zahlungsdienstnutzers

oder die berechtigte Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstruments, einschließlich der Verwendung der personalisierten Sicherheitsmerkmale des Nutzers,

überprüfen kann.  
24) Siehe dazu ErlBem zur RV zu § 34 ZaDiG 2009 207 Beil XXIV GP und zuletzt OGH 10 Ob 5/16g.

Erstattungsanspruchs gutbringen musste), ersetzen.

### 3.2.5.2. Haftungsbegrenzung bei leichter Fahrlässigkeit

Die Schadenersatzhaftung des Kunden ist allerdings bei leichter Fahrlässigkeit nunmehr auf den Betrag von höchstens 50 EUR<sup>25)</sup> beschränkt (§ 68 (1) ZaDiG).<sup>26)</sup>

Neuerdings wurde durch § 68 (2) ZaDiG 2018 auch die limitierte Haftung des Kunden in zwei Fällen beseitigt, nämlich dann, wenn

- ◆ der Verlust, der Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments für den Zahler vor einer Zahlung nicht bemerkbar war oder
- ◆ der Verlust durch Handlungen oder Unterlassungen eines Angestellten oder eines Agenten, einer Zweigstelle des ZDLs oder einer Stelle, an die Tätigkeiten ausgelagert werden, verursacht wurde.

Auch diese Neuerung geht auf die PSD II zurück. In den ErlBem zu § 68 (2) ZaDiG 2018<sup>27)</sup> findet sich dazu nur eine Paraphrase auf den Gesetzeswortlaut, aber keine weitere Erläuterung. Eine solche wäre aber durchaus angebracht gewesen, weil der österreichische Gesetzgeber bei der Gestaltung der Haftung des Zahlers – von der PSD II hier zugelassene – eigenständige nationale Wege gegangen ist.

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich für § 68 (2) ZaDiG 2018 folgende Erklärung:

- ◆ Die PSD II geht in den Art 73 und 74 grundsätzlich davon aus, dass der Kunde der Bank für den Schaden aus der Verwendung der Zahlungsinstrumente gar nicht haftet, es sei denn er hätte grob schuldhaft gehandelt.
- ◆ In Art 74 wird aber – offenbar dem ZDL, die Formulierung ist neutral („kann der Zahler dazu verpflichtet werden“) – die Möglichkeit eingeräumt, den Zahler zu verpflichten, diese Schäden bis höchstens 50 EUR verschuldensunabhängig zu tragen. Damit soll der Kunde angehalten werden, den Eintritt des Schadens durch sorgfältigen Umgang mit den Zahlungsinstrumenten, primär wohl aber durch umgehende Verlustmeldung an den ZDL, zu vermeiden. Die Beseitigung der verschuldensunabhängigen Haftung des Zahlers macht, wenn er (gemeint wohl: auch bei Aufwendung der gehörigen Sorgfalt) den Verlust/den Missbrauch des Zahlungsinstruments noch nicht feststellen konnte, durchaus Sinn.

◆ In Art 74 (1) letzter Unterabsatz räumt die PSD II den Mitgliedsstaaten (wie schon die PSD I) ein nationales Wahlrecht ein. Sie erlaubt es den Mitgliedsstaaten, die verschuldensunabhängige Haftung einzuschränken. Dabei ist insbesondere der Art der personalisierten Sicherheitsmerkmale sowie den besonderen Umständen Rechnung zu tragen, unter denen der Verlust, der Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat.

◆ Der österreichische Gesetzgeber hat von der eben angesprochenen Möglichkeit wie schon im ZaDiG 2009 Gebrauch gemacht und hat Haftung des Zahlers bis zum Betrag von EUR 50 davon abhängig gemacht, dass der Kunde leicht fahrlässig handelt. Damit hängt aber nunmehr die Haftung des Kunden von zwei Verschuldenselementen ab, nämlich

1. seiner (leichten) Fahrlässigkeit, was den Verlust bzw die Ermöglichung des Missbrauchs anlangt und
2. seiner Fahrlässigkeit hinsichtlich der Feststellung des Verlusts oder Missbrauchs.

In Deutschland ist man hier andere Wege gegangen. Die Haftung ist dort bis zum Betrag von EUR 50 (wie bisher bis zum Betrag von EUR 150) grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet. Der Kunde kann der Haftung aber entkommen, wenn er nachweist, dass ihm der Verlust/der Missbrauch auch bei Aufwendung der gehörigen Sorgfalt nicht erkennbar gewesen wäre.

### 3.2.6. Starke Kundenauthentifizierung

Im Zusammenhang mit der Frage, wer das Risiko eines nicht autorisierten Zahlungsauftrags trägt, ist auch auf die starke Kundenauthentifizierung einzugehen.

#### 3.2.6.1. Grundsätzliches

Art 97 PSD II und dem entsprechend auch § 87 ZaDiG 2018 sehen vor, dass der ZDL eine starke Kundenauthentifizierung verlangen muss, wenn der Zahler

- ◆ online auf sein Zahlungskonto zugreift,
- ◆ einen elektronischen Zahlungsvorgang auslöst, also einen Zahlungsvorgang, der über das Internet oder mittels eines Geräts ausgelöst wird, das ohne die gleichzeitige körperliche Anwesenheit von ZDL und Zahlungsdienstnutzer für den Abschluss eines Vertrages über die Erbringung von Zahlungsdiensten eingesetzt werden kann, oder
- ◆ über einen Fernzugang eine Handlung vornimmt, die ein Betrugs- oder Missbrauchsrisiko in sich birgt (zB

Zahlungen, die vor Ort an einem sog POS-Terminal mittels einer Zahlkarte ausgelöst werden, auslöst).

Die starke Kundenauthentifizierung erfordert mindestens zwei Elemente der Kategorien

- ◆ Wissen (zB das Passwort),
- ◆ Besitz (zB die Debit- oder Kreditkarte) und
- ◆ Inhärenz, also ein ständiges Merkmal des Kunden (zB der Fingerabdruck).

Die Elemente müssen voneinander unabhängig sein. Die Nichterfüllung eines Kriteriums darf die Zuverlässigkeit der anderen also nicht beeinträchtigen. Die Vertraulichkeit der Authentifizierungsdaten muss geschützt sein. Bei einem elektronischen Fernzahlungsvorgang muss der Authentifizierungsprozess zudem Elemente umfassen, die den Zahlungsvorgang dynamisch mit einem bestimmten Betrag und einem bestimmten Zahlungsempfänger verknüpfen.

Die Präzisierung der starken Kundenauthentifizierung erfolgt durch technische Regulierungsstandards, die von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde erarbeitet und von der Europäischen Kommission im Weg des in Artikel 98 der PSD II der Kommission delegierten Rechtsaktes als unmittelbar geltende Verordnung (EU) 2018/389 erlassen wurden.

Primär handelt es sich bei der starken Kundenauthentifizierung um eine aufsichtsrechtliche Anforderung. Der Kunde ist durch die schon beschriebenen Bestimmungen zur Autorisierung des Zahlungsvorgangs und zur Risikoverteilung bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ohnehin umfassend geschützt. Der Kunde hat keinen Anspruch darauf, dass sein ZDL die aufsichtsrechtlich geforderte starke Kundenauthentifizierung tatsächlich einsetzt.

Auch wenn der Kunde einen Zahlungsvorgang elektronisch oder über einen Fernzugang, der Betrugs- oder Missbrauchsrisiko in sich birgt, auslöst, ist die Wirksamkeit des Zahlungsauftrags nicht an die Verwendung der starken Authentifizierung gebunden.

Erst wenn schon feststeht, dass der Zahlungsauftrag nicht vom Kunden autorisiert wurde und der Kunde den Missbrauch seiner Zahlungsinstrumente grob schuldhaft ermöglicht hat, wird es relevant, ob die starke Kundenauthentifizierung zum Einsatz gekommen ist. Sollte

25) Nach dem ZaDiG 2009 waren es noch EUR 150.

26) Mit Unternehmern kann Abweichendes vereinbart werden, siehe § 55 (1) ZaDiG 2018.

27) 11 der Beilagen XXVI. GP 19.

dies nicht der Fall gewesen sein, trifft selbst den grob fahrlässig handelnden Kunden nach § 68 (5) ZaDiG 2018 keine Haftung gegenüber dem ZDL. Dies wird als ein wirtschaftlicher Anreiz für den ZDL gesehen, den Kunden im eigenen Interesse durch die technischen Vorkehrungen der starken Kundenauthentifizierung vor nicht autorisierten Zahlungsvorgängen zu schützen.

### 3.2.6.2. Anwendungszeitraum und Anwendungsfälle des § 68 (5) ZaDiG

§ 87 ZaDiG 2018 tritt nach dessen § 119 18 Monate nach dem Inkrafttreten des delegierten Rechtsaktes in Kraft, den die Europäische Kommission gemäß Art 98 der Richtlinie (EU) 2015/2366 zu erlassen hat. Aus dem Art 38 dieser schon erwähnten, am 13.3.2018 im Amtsblatt der EU veröffentlichten delegierten Verordnung (EU) 2018/389 ergibt sich, dass diese VO und mit ihr § 87 ZaDiG 2018 am 14.9.2019 in Kraft treten.

Der Begriff der starken Kundenauthentifizierung ist in § 4 Z 28 ZaDiG 2018 definiert. Weder für diese Begriffsbestimmung noch für die in § 68 (5) ZaDiG 2018 enthaltene Haftungsregelung sehen die PSD II und das ZaDiG eine Legisvakanz vor. Daraus leitet *Haghofer*<sup>28)</sup> ab, dass die Haftungsregelung des § 68 (5) ZaDiG 2018 nicht auf jene Fälle beschränkt sei, für die der erst am 14.9.2019 in Kraft tretende § 87 ZaDiG 2018 die starke Kundenauthentifizierung verlangt. Seit dem 1.6.2018 hafte der Kunde nach *Haghofer* mangels starker Kundenauthentifizierung für nicht autorisierte Zahlungsaufträge unabhängig davon, auf welche Weise diese Aufträge erteilt wurden, nur, wenn er in betrügerischer Absicht gehandelt habe. Die Haftungsbefreiung nach § 68 (5) ZaDiG 2018 ist also nach *Haghofer* nicht auf Zahlungsaufträge, die ab dem 14.9.2019 online, elektronisch oder über einen sonstigen Fernzugang erteilt werden, beschränkt, sondern gilt ganz allgemein. Nur dann, wenn der Zahler ein Zahlungsinstrument benutze, das eine starke Kundenauthentifizierung nicht zulasse, wie zB papiergebundene Überweisungsaufträge, gelte die Haftungsregelung aufgrund ihres Schutzzwecks nicht, bei Kreditkartenzahlungen im Präsenzeschäft, die der Kunde mit seiner Unterschrift autorisiere, hingegen schon.<sup>29)</sup>

Auch wenn das Fehlern der Legisvakanz für die Haftungsregelung des § 68 (5) ZaDiG 2018 die von *Haghofer* vertre-

tene Auffassung auf den ersten Blick nahelegt, ist diese Auffassung mE dennoch aus folgenden Gründen unzutreffend:

- ◆ Die starke Kundenauthentifizierung dient der primär aufsichtsrechtlich indizierten Abwehr von Bedrohungen der Sicherheit elektronischer Zahlungen. Das ergibt sich ganz eindeutig aus dem ErwGr 95 der PSD II<sup>30)</sup>, der die Notwendigkeit der starken Kundenauthentifizierung damit begründet, dass alle elektronisch angebotenen Zahlungsdienste sicher abgewickelt werden sollen, wobei Technologien einzusetzen sind, die eine sichere Authentifizierung des Nutzers gewährleisten und das Betrugsrisiko möglichst weitgehend einschränken können. Ebendort wird auch festgehalten, dass es nach Ansicht des Richtlinien-Gesetzgebers nicht notwendig sei, für Zahlungsvorgänge, die in anderer Form als unter Nutzung elektronischer Plattformen und Geräte ausgelöst und durchgeführt werden, wie etwa papiergestützte Zahlungsvorgänge oder Aufträge per Post oder Telefon, dasselbe Schutzniveau zu gewährleisten.
- ◆ Für Art 74 (2) PSD II, der durch § 68 (5) ZaDiG 2018 umgesetzt wurde, war zunächst vorgesehen, dass er nur für die Erteilung von Zahlungsaufträgen über Fernkommunikationsmittel gelten sollte.<sup>31)</sup> Diese Einschränkung fiel im Laufe des Gesetzgebungsprozesses<sup>32)</sup> weg. Es wäre aber mE voreilig, daraus den Schluss zu ziehen, Art 74 (2) PSD II sollte für alle möglichen Kanäle der Auftragserteilung gelten. Die eben zitierten Ausführungen im ErwGr 95, die soweit ersichtlich erst gegen Ende des Gesetzgebungsprozesses in den RL-Text aufgenommen wurden, zeigen, dass dies nicht der Fall war. Dass Art 74 (2) PSD II nicht auf die Erteilung von Zahlungsaufträgen über Fernkommunikationsmittel beschränkt ist, erklärt sich zwanglos schon dadurch, dass dies einerseits eine Einschränkung gegenüber den drei in Art 97 (1) PSD II genannten Fällen, in denen eine starke Kundenauthentifizierung vorgeschrieben wird (Auslösung eines elektronischen Zahlungsvorgangs, Zahlungsaufträge, die online erteilt werden und Zahlungsvorgänge, die über einen risikobehafteten Fernzugang erteilt werden), gewesen wäre,

und andererseits auch Fälle erfasst hätte, in denen der Richtliniengesetzgeber nach ErwGr 95 keine starke Kundenauthentifizierung verlangen wollte, nämlich telefonisch erteilte Aufträge.

- ◆ Interessant ist auch in diesem Zusammenhang, wie der deutsche Gesetzgeber mit dieser Frage umgegangen ist. In Deutschland finden sich die dem § 87 ZaDiG 2018 vergleichbaren Regelungen in § 55 Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG). § 68 (5) ZaDiG 2018 findet in Deutschland seine Entsprechung in § 675v BGB. Für § 55 ZAG sieht das ZAG eine Legisvakanz bis 14.9.2019 vor, § 675v BGB ist dem gegenüber seit 1.1.2018 in Kraft.

Der deutsche Gesetzgeber hat aber offensichtlich erkannt, dass – solange § 55 ZAG nicht anwendbar ist – eine Grundlage für die Anwendung des § 675v BGB fehlt. Er hat daher in § 68 (4) ZAG eine Übergangsbestimmung folgenden Inhalts geschaffen: „*Bis zum Inkrafttreten des § 55 erfolgt die starke Kundenauthentifizierung nach Maßgabe des Rundschreibens der Bundesanstalt 4/2015 (BA) vom 5. Mai 2015, abrufbar von der Internetseite der Bundesanstalt.*“

Das Rundschreiben der BaFin („Mindestanforderungen an die Sicherheit von Internetzahlungen, MaSI“), das mit dieser Regelung quasi in Gesetzesrang gehoben wurde, behandelt die starke Kundenauthentifizierung. In Deutschland ist daher bis September 2019 die starke Kundenauthentifizierung (nur) unter den Voraussetzungen und in der Ausgestaltung, die dem Rundschreiben entsprechen, verlangt. Das wäre dann auch die Grundlage für die Anwendbarkeit des § 675v BGB vor dem September 2019. Betroffen sind von den Mindeststandards Internetzahlungen mittels Karten, Überweisungen, elektronischer Einzugsermächtigung und E-Geld.

Die Regelung in § 68 (4) ZAG zeigt mE, dass der deutsche Gesetzgeber nicht davon ausgegangen ist, dass sich schon aus § 675v BGB allein der (indirekte) Zwang zur starken Kundenauthentifizierung vor dem Inkrafttreten des § 55 ZAG im September 2019 und unabhängig vom zur Auftragserteilung gewählten Kanal ergeben hätte.

Eine dem § 68 (4) dZAG vergleichbare Regelung fehlt im österreichischen

28) Starke Kundenauthentifizierung nach dem ZaDiG 2018, vbr 2018, 173.

29) Dies ist mE schon deshalb schwer nachvollziehbar, weil doch auch in diesen Fällen der Autorisierung des Zahlungsauftrags mittels Unterschrift erfolgt und

selbst *Haghofer* bei Aufträgen, die mit Unterschrift autorisiert werden, keinen Anwendungsfall der starken Kundenauthentifizierung sieht.

30) Siehe auch die eindeutig in diese Richtung gehenden ErwGr der delVO (EU)

2018/389.

31) Siehe RL-Vorschlag der Kommission COM(2013) 547 final, Art 66.

32) Siehe dazu [https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2013\\_264](https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2013_264).

Recht. § 68 (5) ZaDiG 2018 ist daher mE erst ab September 2019 und nur auf die in § 87 ZaDiG 2018 genannten Fälle anzuwenden. Die Anwendung auf Zahlungsaufträge, die weder online noch elektronisch noch über einen Fernzugang erteilt werden, wäre mit dem erklärten Willen des Richtliniengesetzgebers nicht in Einklang zu bringen.

### 3.2.6.3. Zahlungsempfänger akzeptiert keine starke Kundenauthentifizierung

Nicht ausdrücklich geregelt ist im ZaDiG 2018, wie es mit der Haftung des Zahlers für grobe Fahrlässigkeit bestellt ist, wenn der Zahlungsempfänger oder sein ZDL eine vom ZaDiG 2018 verlangte starke Kundenauthentifizierung nicht akzeptieren. § 68 (5) ZaDiG 2018 ordnet für diesen Fall einen Regressanspruch des ZDL des Zahlers gegen den Zahlungsempfänger oder seinen ZDL an. Dieser Regressanspruch wäre gegenstandslos, wenn die Haftung des Zahlers nicht auch in dem Fall entfiel, dass starke Kundenauthentifizierung durch den Zahlungsempfänger oder seinen ZDL beim Zahler nicht abgefragt wird.

### 3.2.6.4. Starke Kundenauthentifizierung und Anscheinsbeweis

Offen ist auch die Frage, ob eine vereinbarte Authentifizierungsmethode, die den Anforderungen an die starke Kundenauthentifizierung nicht entspricht, was dem Kunden nicht notwendiger Weise erkennbar sein muss, den schon behandelten Anscheinsbeweis nach § 66 ZaDiG 2018 macht. Der Wortlaut des § 66 ZaDiG 2018 nimmt keinen Bezug auf die starke Authentifizierung, wie wohl der inhaltlich und systematisch nahestehende § 68 (5) ZaDiG 2018 bei der Regelung der Haftung die starke Kundenauthentifizierung direkt anspricht. Diese wird im 6. Abschnitt des vierten Hauptstücks des ZaDiG 2018 geregelt, der die Überschrift „Operationelle und sicherheitsrelevante Risiken“ trägt und neben der Regelung der starken Authentifizierung nur weitere aufsichtsrechtliche Regelungen zum Umgang mit Sicherheitsrisiken enthält. Die ErlBem zum ZaDiG 2018 hüllen sich in das ihnen eigene noble Schweigen. ME spricht all das dafür, dass es sich beim Fehlen einer Sonderregelung zur starken Kundenauthentifizierung im Zusammenhang mit dem Anscheinsbeweis nicht um eine planwidrige Lücke handelt, sondern das Gesetz der starken Kundenauthentifizierung im Kontext des Anscheinsbeweises bewusst keine Rolle zugewiesen hat.

### 3.2.7. Erstattung im Falle des nicht autorisierten Zahlungsauftrags

Schon nach § 44 ZaDiG 2009 war vorgesehen, dass der ZDL dem Kunden den vom nicht autorisierten Zahlungsauftrag

betroffenen Betrag unverzüglich zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen hat, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs trat also ein, sobald der ZDL eine „ohne schuldhaftes Zögern“ durchzuführende Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen abgeschlossen hatte.

In § 67 (1) ZaDiG 2018 wurde diese Bestimmung – der PSD II folgend – wesentlich verschärft. Es bleibt zwar dabei, dass die Erstattung unverzüglich, also ohne schuldhaften Verzug zu erfolgen hat. Diese Verpflichtung zur Unverzüglichkeit wird aber nunmehr kombiniert mit einer absoluten Frist.

Die Erstattung hat – auch wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt noch immer unverzüglich wäre, weil die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen trotz pflichtgemäßer Anstrengung noch nicht abgeschlossen werden konnte – jedenfalls an jenem Geschäftstag zu erfolgen, der jenem Tag folgt, an dem der ZDL vom betroffenen Zahlungsvorgang Kenntnis erhalten hat oder dieser ihm angezeigt wurde. Nach Ablauf dieser Frist ist der ZDL nicht mehr berechtigt, die Erstattung bis zum Abschluss einer „ohne schuldhaftes Zögern“ durchgeführten Prüfung zu verweigern.

Die absolute Frist greift nur dann nicht, wenn „berechtigte Gründe einen Betrugsverdacht“ stützen, wobei nach dem ErwGr 71 der PSD II auch schon der Verdacht auf einen Betrugsversuch ausreicht. In diesem Fall hat der ZDL aber unverzüglich eine Meldung an die FMA zu erstatten. Dies lässt ihm weitere Zeit um festzustellen, ob sich der Betrugsverdacht erhärtet. Sobald klar ist, dass dies nicht der Fall ist, tritt die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs ein. Bei der Anzeige des Betrugsverdachts handelt es sich daher zivilrechtlich lediglich um eine Obliegenheit, der der ZDL im eigenen Interesse nachkommen sollte, um die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs weiter hinaus zu schieben.

Andererseits steht die genannte Frist dem ZDL nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Insbesondere bei unstreitigen oder einfachen und schnell zu klärenden Sachverhalten kann der Erstattungsanspruch deshalb schon vor Ablauf des folgenden Geschäftstags fällig sein.<sup>33)</sup>

Was hat also unter Beachtung des ZaDiG 2018 zu geschehen, wenn ein Kunde die Autorisierung eines seinem Konto angelasteten Zahlungsvorgangs bestreitet:

◆ Die neuen gesetzlichen Vorschriften schließen mE die Prüfung eines Erstattungsverlangens durch den damit konfrontierten ZDL nicht gänzlich aus. Allerdings hat er dafür maximal bis zum nächsten Geschäftstag Zeit.

Ist die Prüfung bis dahin nicht abgeschlossen, muss erstattet werden, es sei denn, die Prüfung hätte konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Betrug seitens des Kunden vorliegen könnte. Dann kann nach Meldung an die FMA mit der Erstattung zugewartet werden, bis sich der Betrugsverdacht

- auflöst (dann ist zu erstatten) oder
- bewahrheitet (dann entfällt naturgemäß der Erstattungsanspruch).

◆ ME ist die durch den Fristablauf erzwungene Erstattung durch Gutschrift am Kundenkonto nur eine vorläufige. Sollte die weitergeführte Prüfung ergeben, dass der Kunde doch Urheber der Autorisierung des Zahlungsvorgangs ist<sup>34)</sup>, wird der ZDL wieder berechtigt sein, seine Aufwandsersatzforderung gegen den Kunden durch Belastungsbuchung am Konto neuerlich in das Kontokorrent einzustellen. Es gäbe keine sachliche Rechtfertigung dafür, dieses Recht dem ZDL nur wegen Ablaufs der äußerst knapp bemessenen Frist endgültig abzuschneiden. Voraussetzung der Wiederbelastung des Kontos wird aber sein, dass zum Zeitpunkt der neuerlichen Kontobelastung am Bestehen des Aufwandsersatzanspruches kein vernünftiger Zweifel mehr besteht.

◆ Die Beweisregeln des § 66 ZaDiG sind mE wie folgt zu berücksichtigen:

- Wenn der ZDL innerhalb der Prüffrist nachweisen kann, dass bei Erteilung des Zahlungsauftrags das vereinbarte Zahlungsinstrument vertragsgemäß eingesetzt wurde, greift der Anscheinsbeweis für die Autorisierung durch den Kunden und schließt zunächst den Erstattungsanspruch aus.

- Tritt der Kunde in der Folge gegenüber dem ZDL den Gegenbeweis an, beginnt die Frist neu zu laufen, sobald das Kreditinstitut die diesbezüglichen Nachweise erhält. Dann wird allerdings – sofern keine Verdachtsmomente Richtung Betrug bestehen – die (im vorstehenden Sinne vorläufige) Erstattung stattdessen zu finden haben.

◆ Die Auseinandersetzung über allfällige Schadenersatzansprüche des ZDL gegen den Kunden ist mE

33) Bundestag-Drucksache 18/11495, 163.

34) Das muss nicht immer seine Ursache in einem Betrugsversuch haben, es mag durchaus sein, dass der Kunde die Auftragserteilung schlichtweg vergessen hatte.

gesondert vom Erstattungsanspruch abzuhandeln. Soweit solche Schadenersatzansprüche bestehen, können sie mE aber auch dem Konto angelastet werden. Das ZaDiG schließt das nicht aus. Schadenersatzansprüche, die im direkten Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung stehen, sind kontokorrentzugehörig<sup>35)</sup>.

### 3.2.8. Rügeobliegenheit und Verfristung des Erstattungsanspruchs

Unverändert geblieben sind die Bestimmungen zur Rügeobliegenheit und der Befristung des Erstattungsverlangens, die nunmehr in § 65 ZaDiG 2018<sup>36)</sup> zu finden sind. Wird dieses Begehren fristgerecht gestellt, kann der Kunde danach den Erstattungsanspruch innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen geltend machen. Bei ungenütztem Verstreichen der 13-monatigen Frist kann der Erstattungsanspruch nach § 67 ZaDiG 2018 gegenüber der Bank nicht mehr durchgesetzt werden. Der Kunde ist dann mE auf die bereicherungsrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Zahlungsempfänger verwiesen.

Da nach § 65 (1) letzter Satz ZaDiG 2018 durch die Verfristung des Erstattungsanspruchs andere Ansprüche des Kunden gegen den ZDL wie schon bisher nicht ausgeschlossen sind<sup>37)</sup>, ist weiterhin davon auszugehen, dass Schadenersatzansprüche gegen die Bank wegen schuldhafter auftragloser Durchführung der Zahlung geltend gemacht werden könnten. Den Eintritt eines Schadens durch die bloße Kontobelastung muss man mE spätestens nach Ablauf der 13-monatigen Frist anders als vor dem ZaDiG 2009 wohl bejahen. Andererseits werden aber die Anzeigepflichten des Kunden gegenüber dem ZDL im Schadenersatzkontext als Schadenminderungsobliegenheit zu werten sein, die oftmals den Ersatzanspruch auf Null reduzieren werden.

### 3.2.9. Zahlungsauslösedienstleister

§ 67 (3) ZaDiG 2018 integriert den Fall eines durch einen Zahlungsauslösedienstleister ausgelösten, aber vom Kunden nicht autorisierten Zahlungsvorgangs in das Haftungsregime des ZaDiG.

Die Bestimmung sieht – wie von der PSD II vorgegeben – vor, dass die Erstattungspflicht auch dann den ZDL und nicht den Zahlungsauslösedienstleister trifft, wenn eine nicht autorisierte Zahlung über einen Zahlungsauslöse-

dienstleister ausgelöst wurde. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ursache für den nicht autorisierten Zahlungsvorgang im Verantwortungsbereich des kontoführenden ZDLs oder des Zahlungsauslösedienstleisters liegt. Begründet wird diese doch eher verblüffende Regelung in Erwägungsgrund 73 der Richtlinie mit dem notwendigen Verbraucherschutz. Der Kunde könne oftmals weder erkennen noch nachweisen, dass die Ursache hierfür im Verantwortungsbereich des kontoführenden ZDL oder des Zahlungsauslösedienstleisters gesetzt wurde. Insbesondere müsse vermieden werden, dass ein ZDL den Zahler mit seinem Erstattungs- bzw Korrekturantrag an den jeweils anderen ZDL verweisen kann.<sup>38)</sup>

Ob der dem ZDL im Falle des Falls nach § 63 (3) Satz 3 ZaDiG 2018 zustehende Regressanspruch die Regelung sachlich rechtfertigen kann, erscheint mir zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, dass sich der ZDL die Zahlungsauslösedienstleister, die auf die Konten seiner Kunden zugreifen, nicht aussuchen kann. Er muss diesen Zugriff über eine elektronische Schnittstelle, zu der man nähere Regelungen in der schon erwähnten delegierten VO (EU) 2018/389 findet, zulassen, ohne dass er dies vom Bestehen einer vertraglichen Beziehung zu diesem Zweck mit dem Zahlungsauslösedienstleister abhängig machen dürfte (§ 60 (5) ZaDiG 2018). Immerhin verlangt § 8 ZaDiG 2018 vom Zahlungsauslösedienstleister als Konzessionsvoraussetzung den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung oder die Beibringung einer sonstigen Garantie, die die Einbringlichkeit der Regressansprüche auch nach § 63 (5) ZaDiG 2018 sichern soll.

Der ZDL ist also zu denselben Bedingungen zur Erstattung bzw Gutschrift des Zahlungsbetrags auf dem Konto verpflichtet, wie er es ohne die Einschaltung eines Zahlungsauslösedienstleisters wäre. Das bezieht sich auf die Frist der Erstattung (unverzüglich, spätestens bis Ende des folgenden Geschäftstags), aber auch auf den Fristbeginn (Anzeige bzw Kenntnis von dem unautorisierten Zahlungsvorgang) und auf die Möglichkeit, objektive Gründe für ein betrügerisches Verhalten des Zahlungsdienstnutzers geltend zu machen und zunächst eine Untersuchung des Vorfalls in angemessener Frist durchzuführen.<sup>39)</sup>

Eine Haftung des Zahlungsauslösedienstleisters gegenüber dem Kunden auf Erstattung bzw Korrektur des belasteten

Kontos ist im ZaDiG 2018 ebenso wenig vorgesehen wie ein inhaltsgleicher Anspruch gegen den Zahlungsauslösedienstleister auf Schadenersatz. Die Erstattungsansprüche sind im Gesetz an sich abschließend geregelt. Weitere Ansprüche auf Schadenersatz gibt es nach § 82 ZaDiG 2018 nur für Schäden, „die über die Regelungen der §§ 80 und 81 hinausgehen“. Umgelegt auf die Ansprüche gegen den Zahlungsauslösedienstleister bedeutet dies, dass er zwar nicht für den zu erstattenden Betrag, wohl aber für Folgeschäden in Anspruch genommen werden kann, wenn die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches nach ABGB erfüllt sind.

## 4. Datenschutzeinwilligung neben Autorisierung?

Nach § 90 (4) ZaDiG 2018 dürfen Zahlungsdienstleister die für das Erbringen ihrer Zahlungsdienste notwendigen personenbezogenen Daten nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers abrufen, verarbeiten und speichern. Die ZDL haben Zahlungsdienstnutzer nach Maßgabe der Art 13 und 14 der Verordnung (EU) 2016/679 über die Verarbeitung personenbezogener Daten zu unterrichten.

Diese Regelung wirft natürlich sofort die Frage auf, ob der ZDL bei jedem einzelnen Zahlungsauftrag nicht nur die Autorisierung des Zahlungsauftrags, sondern auch eine Einwilligung zur Verwendung der Daten zur Bearbeitung und Durchführung des Zahlungsauftrags benötigt. Das wäre insofern seltsam, weil dieses Erfordernis nach Art 6 (1) lit b DSGVO gerade nicht besteht. Nach der DSGVO ist die Verarbeitung (ohne Einwilligung des Betroffenen) rechtmäßig, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgt. Gerade das ist bei der Datenverarbeitung zwecks Auftragsdurchführung der Fall und es ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum Art 6 (1) lit b DSGVO just für ZDL nicht gelten sollte. Das sehen zB auch die Materialien zum deutschen Umsetzungsgesetz<sup>40)</sup> so, wenn sie festhalten, dass § 59 (4) des deutschen Gesetzes über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten, mit dem wie mit § 90 (4) ZaDiG 2018 Art 94 PSD II umgesetzt

35) Siehe *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II Rz 2/13.

36) Mit Unternehmern kann Abweichendes vereinbart werden, siehe § 55 (1) ZaDiG 2018.

37) Ob dieses Verständnis des OGH (zB 9 Ob 82/17z) in unter Berücksichtigung der allein auf Folgeschäden abstellenden Regelung des § 82 ZaDiG 2018 richtig ist, ist allerdings fraglich.

38) BT-Drucksache 18/11495, 164.

39) BT-Drucksache 18/11495, 164.

40) BT-Drucksache 18/11495, 143.

wurde, nicht so zu verstehen sei, dass der Zahlungsdienstnutzer bei jedem Zahlungsauftrag aufs Neue und zugleich in die damit verbundene Datenverarbeitung ausdrücklich einwilligen muss. Wenn es dort dann weiter heißt, die Einwilligung sei allerdings in bestimmten Fällen erforderlich, wie zum Beispiel im Falle einer Zweckänderung der erhobenen Daten oder turnusgemäß nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne, lässt sich das mE nur für den Fall der Zweckänderung nachvollziehen, nicht aber für die Notwendigkeit turnusmäßiger Einholung.

In einem Schreiben an ein Mitglied des Europäischen Parlaments vom 5.7.2018<sup>41)</sup> hat sich der nach Art 68 DSGVO eingerichtete European Data Protection Board mit Art 94 der PSD II beschäftigt und die Meinung zum Ausdruck gebracht, dass die in dieser Bestimmung verlangte ausdrückliche Zustimmung nicht mit einer Einwilligung nach Art 6 DSGVO gleichzusetzen sei. Vielmehr handle es sich um eine zahlungsverkehrsspezifische Anforderung des Inhalts, dass dem Kunden bei Abschluss des Rahmenvertrags in transparenter Gestaltung<sup>42)</sup> bewusst gemacht werden müsse, welche seiner Daten für die Zwecke des Zahlungsverkehrs verwendet werden, und er müsse dem ausdrücklich zustimmen. Das entspricht dann aber im Wesentlichen der Verpflichtung des ZDL nach § 48 (1) Z 2 lit b) ZaDiG 2018, nach der dem Kunden mitzuteilen ist, welche für die Ausführung der Zahlungsaufträge erforderlichen Informationen der Kunde mitzuteilen hat. Ein den Anforderungen des § 48 ZaDiG entsprechendes Kontoöffnungspaket (Rahmenvertrag, vorvertragliche Informationen) sollte daher auch § 90 (4) ZaDiG 2018 entsprechen. Sollte der ZDL die ihm vorliegenden Informationen auch für andere Zwecke verwenden wollen, wird er sowohl nach Art 6 DSGVO als auch nach § 90 (4) ZaDiG 2018 eine formgerechte Einwilligung des Kunden benötigen.

## 5. Zulässigkeitsprüfung

### 5.1. Zulässigkeitsprüfung-Ablehnungsgründe

Die Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Überweisungsauf-

trags ist im ZaDiG 2018 – nach wie vor – nicht positiv angeordnet. Vielmehr ergibt sich dieses Erfordernis nur indirekt aus § 73 (3) ZaDiG 2018. Nach dieser Bestimmung darf die Ausführung eines Zahlungsauftrags nur unter bestimmten Voraussetzungen abgelehnt werden, nämlich wenn

- ◆ nicht alle im *Rahmenvertrag* festgelegten Bedingungen erfüllt sind oder
- ◆ die Ausführung gegen eine *unionsrechtliche oder innerstaatliche* Regelung oder gegen eine *gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Anordnung* verstoßen würde oder
- ◆ der *begründete Verdacht* besteht, dass die Ausführung eine *strafbare Handlung darstellen* würde.

Wird die Ausführung des Zahlungsauftrags abgelehnt, so ist dies dem Kunden so rasch wie möglich, jedenfalls aber – wie sich aus dem Verweis auf § 77 ZaDiG 2018 ergibt – innerhalb der D+1-Frist in der vereinbarten Form unter Angabe der Gründe und der Möglichkeiten zur Verbesserung mitzuteilen oder zugänglich zu machen. Die Angabe der Gründe hat zu unterbleiben, wenn dies gegen eine unionsrechtliche oder innerstaatliche Regelung oder gegen eine gerichtliche oder behördliche Anordnung verstoßen würde.

Die eben genannten ersten beiden Ablehnungsfälle sind direkt durch Art 79 (3) PSD II vorgegeben, wenn gleich die Regelung dort etwas anders formuliert ist, nämlich: „*Sind alle im Rahmenvertrag des Zahlers festgelegten Bedingungen erfüllt*, so darf der kontoführende ZDL des Zahlers die Ausführung eines autorisierten Zahlungsauftrages, ... nicht ablehnen, *sofern das nicht gegen sonstiges einschlägiges Recht der Union oder der Mitgliedstaaten verstößt*.“

### 5.2. Austriacum „Verdacht der strafbaren Handlung“

Der dritte Fall („Verdacht der strafbaren Handlung“) ist ein in der Richtlinie nicht vorgesehenes Austriacum.<sup>43)</sup> Diese Regelung hat sich auch schon im ZaDiG 2009 gefunden. Dort lautete sie allerdings: „... *es besteht der begründete Verdacht, dass die Ausführung für den ZDL eine strafbare Handlung darstellen würde*.“

In den ErlBem zu § 39 ZaDiG 2009 wird dieser Regelungsinhalt wiederholt, nicht aber näher begründet. Überdies wird dort auch noch die Hypothese aufgestellt, dass in einem solchen Fall der ZDL „*wohl unverzüglich Anzeige zu erstatten*“ habe. Wie aber in der Literatur<sup>44)</sup> zutreffend angemerkt wird, übersehen die Verfasser der ErlBem dabei, dass es im österreichischen Recht nach StPO keine allgemeine Anzeigepflicht gibt.

Die Materialien zum ZaDiG 2018 begründen die anlässlich der Umsetzung der PSD II, aber ohne Veranlassung durch diese vorgenommene Streichung der Wendung „*für den Zahlungsdienstleister*“ im neugefassten Austriacum des § 73 (1) Z 3 ZaDiG 2018 damit, dass „*der Tatbestand ansonsten zu eng gefasst wäre*“. Es solle allgemein gelten, dass die Ausführung von Zahlungsaufträgen abgelehnt werden kann (und offenbar: soll), wenn die Ausführung eine strafbare Handlung darstellen würde. Es solle in diesem Zusammenhang keine Voraussetzung sein, dass die Ausführung auch für den ZDL eine strafbare Handlung darstellen würde.

Das Austriacum ist mehrfach bemerkenswert:

- ◆ Es ist fraglich, ob es überhaupt eine eigenständige Daseinsberechtigung hat. Für die frühere Fassung kann man das ohne weiteres verneinen, weil eine strafbare Handlung des ZDL ohnehin unzweifelhaft einen ganz besonderen Verstoß gegen eine innerstaatliche Regelung darstellt. Darauf, ob man das auch für die Neufassung so sagen kann, wird zurückzukommen sein.
- ◆ Die Bestimmung ist als Erlaubnistatbestand formuliert: Der ZDL darf – nicht hat, soll oder muss – die Durchführung des Zahlungsauftrags zu unterlassen. Es wird also der Eindruck vermittelt, als läge es im Ermessen des ZDL, ob er einen rechtswidrigen Zahlungsauftrag durchführt. Bei vernünftiger Betrachtung wird man aber davon auszugehen haben, dass das Ablehnungsrecht zumindest im Regelfall eine Pflicht sein wird.

### 5.3. Strafbare Handlung des ZDL

Wann greift das Ablehnungsrecht/die Ablehnungsverpflichtung nach dem Austriacum? Für die Altfassung im

41) Brief des European Data Protection Board vom 05.07.2018, <[https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/psd2\\_letter\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/psd2_letter_en.pdf)>.

42) „*clearly distinguishable from the other matters dealt with in the contract*“.

43) Hinzuweisen ist auf die seit 2009 unveränderte Rechtslage in Deutschland: Dort heißt es in § 670 (2) BGB kurz, bündig und ohne Abweichung von der Richtlinie:

„Der ZDL des Zahlers ist nicht berechtigt, die Ausführung eines autorisierten Zahlungsauftrags abzulehnen, wenn die im Zahlungsdiensterrahmenvertrag festgelegten Ausführungsbedingungen erfüllt sind und die Ausführung nicht gegen sonstige Rechtsvorschriften verstößt.“ Dazu wird in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Umsetzungsgesetz ausgeführt: „*Der Zahler soll sich in diesem Fall da-*

*rauf verlassen können, dass ein von ihm erteilter Zahlungsauftrag grundsätzlich ausgeführt wird ... Hiervon kann der Zahlungsdienstleister nur abweichen, wenn er aufgrund anderer Vorschriften etwa zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zur Ablehnung verpflichtet ist.*“

44) *Leixner*, ZaDiG, Rz 4 zu § 39.

ZaDiG 2009 war das wohl noch leichter festzustellen. Immer dann, wenn er sich durch die Durchführung des Zahlungsauftrags strafbar gemacht hätte, konnte und – um die strafbare Handlung zu vermeiden – musste der ZDL die Durchführung ablehnen.

Die Bestimmung zur Ablehnung der Auftragsdurchführung ging in § 39 ZaDiG 2009 und geht auch in § 73 ZaDiG 2018 davon aus, dass ein autorisierter Zahlungsauftrag vorliegt, dass also der *Zahler der Ausführung des Zahlungsvorgangs* zugestimmt hat (§ 34 (1) ZaDiG 2009 bzw. § 58 (1) ZaDiG 2018). Bei der Frage nach der Strafbarkeit des ZDL geht es also nicht um Fälle, in denen ohne Zustimmung des Kunden Geld abfließt, sondern nur um Fälle, in denen der Kunde selbst wirksam die Überweisung beauftragt hat.

Wann kann die Ausführung eines solchen vom Kunden erteilten Auftrags für den ZDL eine strafbare Handlung darstellen?

- ◆ Dies wäre dann der Fall, wenn der ZDL (bzw. sein Mitarbeiter) selbst eine Handlung oder Unterlassung setzt, die einem Straftatbestand entspricht. In Betracht dafür kommt eine Palette von Strafbestimmungen in verschiedenen Zusammenhängen, beginnend mit den einschlägigen Tatbeständen des StGB im Zusammenhang mit Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (siehe zB § 165 StGB), Straftatbestände zu Sanktionsbestimmungen (siehe §§ 10 und 11 SanktionenG) bis hin – da keine Einschränkung auf gerichtliche Straftatbestände besteht – zu Verwaltungsstrafbestimmungen des ZaDiG selbst (siehe zB die in § 102 (1) ZaDiG 2018 vorgesehene Strafbarkeit der Durchführung von Überweisungen ohne Empfänger-IBAN). Für alle diese Fälle hätte es aber – wie schon erwähnt – das *Austriacum* nicht gebraucht, weil sie durch den inhaltlich weiteren – weil nicht auf eine Strafsanktion abstellenden – Ablehnungsgrund des Verstoßes gegen eine unionsrechtliche oder innerstaatliche Regelung ohnehin erfasst sind.
- ◆ Auch durch Ausführung von Überweisungsaufträgen, die ordnungsgemäß bevollmächtigte Zeichnungsberechtigte des Kunden erteilen, die aber den Tatbestand der Untreue verwirklichen (zB Transfer der Guthaben auf ihre persönlichen Konten, ohne dazu berechtigt zu sein), kann sich der ZDL strafbar machen.

Zu denken ist je nach Konstellation des Falls einerseits an die Strafbarkeit als Mit- oder Beitragstätter (§ 12 StGB), insbesondere aber an Strafbarkeit nach 286 StGB (Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten

Handlung): Der Tatbestand verlangt, dass die Verhinderung der strafbaren Handlung nicht nur vorsätzlich, sondern auch mit dem Vorsatz unterlassen worden sein muss, dass vorsätzlich eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen werde („Doppelvorsatz“). Es genügt jeweils bedingter Vorsatz (man hält den strafbaren Erfolg für möglich, findet sich aber damit ab).

Damit der subjektive Tatbestand erfüllt ist, muss festgestellt sein, dass der Handlungspflichtige *Kenntnis von der tatbestandsmäßigen Situation hatte*, sich seiner individuellen Handlungsmöglichkeiten bewusst war, die Begehung der fremden Vorsatztat zumindest für möglich hielt und sich dazu entschlossen hat, ihre Ausführung nicht zu verhindern.

#### 5.4. Ausführung des Überweisungsauftrags als strafbare Handlung anderer?

Der Verfasser des ZaDiG 2018 will wie erwähnt auch Fälle erfassen, in denen die Ausführung zwar nicht für den ZDL, wohl aber für Dritte eine strafbare Handlung darstellt. Angaben dazu, an welche Fälle hier gedacht wird, bleiben die ErlBem aber schuldig. Sie sind mE in der Tat auch nur in Ausnahmefällen vorstellbar:

Zunächst wird im Gesetz ausdrücklich auf die *Ausführung* des Zahlungsauftrags abgestellt, nicht etwa auf dessen Beauftragung! Sodann muss der ZDL, um das Ablehnungsrecht ausüben zu können, um die Strafrechtswidrigkeit der beauftragten Zahlung wissen. Wenn aber der ZDL von der Strafrechtswidrigkeit weiß, den Zahlungsauftrag aber dennoch ausführte, würde er sich ohnehin in aller Regel selbst nach § 286 StGB strafbar machen. Übrig bliebe als Anwendungsfall, dass der ZDL der Strafbarkeit nach § 286 StGB nur deswegen nicht unterliegt, weil die zu verhindernde Straftat mit weniger als 1 Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. Es mag sein, dass die Urheber des *Austriacums* neuer Fassung diesen Fall vor Augen hatten. Für sehr wahrscheinlich halte ich das aber nicht.

#### 5.5. Nachforschungspflichten des ZDL zur (Straf-)Rechtswidrigkeit?

Der ZDL, der weiß, dass die Ausführung des Zahlungsauftrags gegen eine Rechtsvorschrift verstößt oder gar einen Straftatbestand verwirklicht, hat also nach § 73 ZaDiG 2018 das Recht und im Hinblick auf die angesprochenen Vorschriften auch die Pflicht, die Ausführung des Zahlungsauftrags zu unterlassen. Daran knüpft die Frage an, ob der ZDL verpflichtet ist, Zahlungsaufträge präventiv daraufhin zu untersuchen, ob ihre Ausführung rechtswidrig wäre.

#### 5.5.1. Nachforschungen aufgrund des FM-GwG

Die vor dem FM-GwG in § 39 Abs 3 BWG explizit festgelegte Verpflichtung der Kreditinstitute, *jede* Transaktion besonders sorgfältig zu prüfen, deren Art ihres Erachtens besonders nahe legt, dass sie mit Geldwäscherei (§ 165 StGB – unter Einbeziehung von Vermögensbestandteilen, die aus einer strafbaren Handlung des Täters selbst herrühren) oder Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) zusammenhängen könnte, wurde mit Inkrafttreten des FM-GwG aufgehoben. Eine ähnlich explizit formulierte Verpflichtung ist dem FM-GwG allerdings nicht zu entnehmen:

- ◆ Nach § 6 (1) FM-GwG ist es Teil der allgemeinen Sorgfaltspflichten, die Geschäftsbeziehungen kontinuierlich zu überwachen einschließlich einer Überprüfung der im Verlauf der Geschäftsbeziehung ausgeführten Transaktionen, um sicherzustellen, dass diese mit den Kenntnissen der Verpflichteten über den Kunden, seine Geschäftstätigkeit und sein Risikoprofil, einschließlich erforderlichenfalls der Herkunft der Mittel, übereinstimmen. Die Zielrichtung dieser kontinuierlichen Überprüfung ist also nicht primär das Auffinden einzelner geldwäscheverdächtiger Transaktionen, sondern die Überprüfung der Aktualität der vorliegenden Informationen zum Kunden.
- ◆ Erst für jene Fälle, für die verstärkte Sorgfaltspflichten statuiert werden (Korrespondenzbankengeschäft, politisch exponierte Kunden, Kunden mit Sitz in Nichtkooperationsstaaten, Kunden, die in Drittländern mit hohem Risiko niedergelassen sind und wenn aufgrund einer Risikoanalyse oder auf andere Weise festgestellt wird, dass ein erhöhtes Risiko der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung besteht), wird in § 9 (3) FM-GwG festgelegt, dass Hintergrund und Zweck aller komplexen und ungewöhnlich großen Transaktionen und aller ungewöhnlichen Muster von Transaktionen ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck zu untersuchen sind, soweit dies im angemessenen Rahmen möglich ist.

Ergibt sich aus der Transaktionsbeobachtung Kenntnis, Verdacht oder berechtigter Grund zu der Annahme, dass – kurz gesagt – Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung vorliegt, ist der Fall der Geldwäschemeldestelle zu melden.

Das weitere Schicksal des Zahlungsauftrags hängt nach § 17 FM-GwG von der Reaktion der Meldestelle ab:

- ◆ Die weitere Abwicklung des Zahlungsauftrags ist zu unterlassen und

allen weiteren besonderen Anweisungen der Geldwäschemeldestelle Folge zu leisten.

- ◆ Falls eine Unterlassung der Abwicklung nicht möglich ist oder die Unterlassung oder Verzögerung die Verfolgung der Nutznießer des Zahlungsauftrags behindern könnte, ist die Verdachtsmeldung an die Geldwäschemeldestelle umgehend im Anschluss daran abzugeben.
- ◆ Im Zweifel ist die Durchführung des Zahlungsauftrags zu unterlassen.

Der ZDL kann von der Geldwäschemeldestelle verlangen, dass diese entscheidet, ob gegen die unverzügliche Abwicklung des Zahlungsauftrags Bedenken bestehen; äußert sich die Geldwäschemeldestelle bis zum Ende des folgenden Geschäftstages nicht, so darf die Transaktion unverzüglich abgewickelt werden. Die Geldwäschemeldestelle kann anordnen, dass die Durchführung des Zahlungsauftrags unterbleibt oder vorläufig aufgeschoben wird und nur mit Zustimmung der Geldwäschemeldestelle durchgeführt werden darf. Die Geldwäschemeldestelle hat die Staatsanwaltschaft ohne unnötigen Aufschub von der Anordnung zu verständigen. Der Kunde ist ebenfalls zu verständigen, wobei die Verständigung des Kunden längstens für fünf Bankarbeitstage aufgeschoben werden kann, wenn diese ansonsten die Verfolgung der Begünstigten einer verdächtigen Transaktion behindern könnte.

Dieser Ablauf und insbesondere die der Meldestelle eingeräumte Entscheidungsfrist sind mit der Benachrichtigungsfrist des § 73 ZaDiG 2018 natürlich nicht kompatibel. Es werden daher in § 19 (1) FM-GwG Schadenersatzansprüche aus dem Umstand, dass Verpflichtete bzw deren Beschäftigte in fahrlässiger Unkenntnis, dass der Verdacht auf Geldwäscherei oder der Terrorismusfinanzierung oder der Verdacht auf ein Zuwiderhandeln im Sinne des § 6 (3) FM-GwG falsch war, eine Transaktion verspätet oder nicht durchgeführt haben, ausgeschlossen.

Die Regelungen zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung führen also zu einer von dem Auftraggeber des Zahlungsauftrags beigemessenen Risiko abhängenden Untersuchungspflicht und dann gegebenenfalls zur Verpflichtung, den Zahlungsauftrag abzulehnen.

Vorstellbar ist, dass die Prüfung auf Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zwar keinen Hinweis in diese Richtung ergibt, wohl aber Hinweise darauf, dass der Zahlungsauftrag selbst einen anderen Straftatbestand verwirklicht (siehe die vom untreuen Angestellten beauftragte Überweisung zu seinen Gunsten). Hält der ZDL dies ernsthaft für möglich, wird er zwecks Vermeidung eigener Strafbarkeit die Durchführung der Zahlung abzulehnen haben.

### 5.5.2. Nachforschungen aufgrund anderweitiger Verpflichtung?

Eine immer drängendere Frage ist, ob der ZDL über das FM-GwG hinaus verpflichtet ist, Zahlungsaufträge daraufhin zu untersuchen, ob sie auf eine strafbare Handlung zum Nachteil des Kunden zurückzuführen sind.<sup>45)</sup> Ist das Kreditinstitut verpflichtet, alle Zahlungsaufträge seiner über jeden Geldwäscheverdacht erhabenen Kunden darauf zu prüfen, ob sie in Folge eines Betrugs am Kunden erteilt wurden?

Abgesehen vom immensen Aufwand, den eine solche Prüfpflicht nach sich zöge, bringt sie den ZDL in eine sehr heikle Situation: Ergeben sich bei der Prüfung der Zahlungsaufträge konkrete Hinweise, aufgrund derer der ZDL es für möglich hält, dass die Zahlung auf einen Betrug am Kunden zurückzuführen sein könnte, winkt bei Durchführung der Zahlung Strafbarkeit des ZDL nach § 286 StGB. Lehnt der ZDL wegen der Verdachtsmomente die Zahlung ab, erweisen sich die Befürchtungen aber als unbegründet, ist er mit den eingangs angesprochenen Schadenersatzforderungen des Kunden konfrontiert.

Für die Beantwortung dieser Frage kann man vorliegende Judikatur des OGH<sup>46)</sup> nutzbar machen. Der OGH geht davon aus, dass schon die Bestimmungen der §§ 40, 41 BWG (jetzt also des FM-GwG) allein dem allgemeinen Interesse an der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung dienen, aber kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB sind. Eine allgemeine Pflicht der ZDL, Schäden durch Untreue- und Betrugshandlungen in einer fremden Sphäre hintanzuhalten, wird vom OGH explizit verneint. Wenn schon aus den Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäsche keine solche Pflicht abzuleiten ist, gilt dies wohl umso mehr in jenen Konstellationen, in denen gar keine

öffentlich-rechtlichen Prüfpflichten der ZDL bestehen.

Hat sich an dieser Rechtslage durch ZaDiG 2018 bzw PSD II etwas geändert?

Soweit ersichtlich gibt es im Bereich der PSD II zwei Regelungen, die Anlass einer Vermutung in diese Richtung sein könnten:

- ◆ Wie schon erwähnt hat die EU-Kommission auf Basis des Art 98 PSD II eine Delegierte Verordnung (EU) 2018/389 erlassen. Art 98 PSD II enthält eine Reihe von Determinanten für diese Verordnung. Besonders hervorzuheben ist, dass Art 98 PSD II auf die starke Kundenauthentifizierung zielt. Die Standards, die die delegierte Verordnung nach Art 98 PSD II vorzugeben hat, dienen der Sicherheit der starken Kundenauthentifizierung. Ob und wie der Kunde, der einen Zahlungsauftrag ordnungsgemäß autorisiert, im der Zahlung zugrundeliegenden Geschäft betrogen wurde, hat auf die Sicherheit der starken Kundenauthentifizierung aber keine Auswirkung.

In Art 2 der delegierten Verordnung werden – den Vorgaben der PSD II entsprechend – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der starken Kundenauthentifizierung definiert, darunter auch Transaktionsüberwachungsmechanismen, die die für den Zweck der starken Kundenauthentifizierung erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen zur Erkennung nicht autorisierter oder betrügerischer Zahlungsvorgänge ermöglichen. Nach Art 2 (2) der Verordnung haben diese Mechanismen bekannte Betrugsszenarien bei der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen zu erkennen. Von Betrugsszenarien im der Zahlung zugrundeliegenden Geschäft ist nicht die Rede.

- ◆ In Art 96 (6) PSD II (umgesetzt in § 86 (3) ZaDiG 2018) ist vorgesehen, dass die ZDL den zuständigen Behörden in bestimmten Intervallen statistische Daten zu Betrugsfällen in Verbindung mit den unterschiedlichen Zahlungsmitteln vorlegen.

Keiner der beiden Artikel der PSD II (und auch nicht das ZaDiG 2018) enthält Regelungen mit Bezug auf das einer Zahlung zugrundeliegende Geschäft, in das der ZDL nicht involviert ist. Gleiches gilt für die delegierte Verordnung (EU) 2018/389. Auch der Zweck der Vorschrif-

45) Beispiel: Der Kunde schließt einen Kaufvertrag mit einem Betrüger ab und überweist den ihm durch Täuschung über Tatsachen herausgelockten Kaufpreis auf das Konto des Betrügers.

46) 4 Ob 230/06m, 1 Ob 44/07p und 8 Ob

145/09w, siehe dazu auch *Bollenberger*, Zur Frage der Haftung der Bank wegen Durchführung von Überweisungen zu verbotenen Zweck, ÖBA 2009, 858, der auch zurecht darauf hinweist, dass – sollte es sich bei §§ 40 ff BWG tatsächlich

um Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB handeln – der Schutzzweck auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung beschränkt wäre, nicht hingegen auch auf alle möglichen sonstigen strafbaren Handlungen abzielt.

ten (Sicherheit des Zahlungsverkehrs) verlangt keine extensive Interpretation unter Einbeziehung von Betrugsfällen bei den den Zahlungen zugrundeliegenden Geschäften.

Ungeachtet dieser mE klaren Rechtslage vertritt die EBA<sup>47)</sup> zu Art 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2018/389 die Auffassung, es würden auch *“fraudulent transactions”*, verursacht durch *“the manipulation of the payer as proposed to be defined in the Consultation Paper on the EBA Guidelines on fraud reporting (EBA-CP-2017-13), which the EBA will be finalising in summer 2018”* in die Transaktionsüberwachungsmechanismen einzubeziehen sein.

Wie in der Opinion EBA-Op-2018-04 angekündigt, sieht die EBA dann auch in Punkt 1.1.b („manipulation of the payer“) der *„Guidelines on reporting requirements for fraud data under Article 96(6) PSD2“*<sup>48)</sup>, vor, es seien in die Meldungen einzubeziehen: *“payment transactions made as a result of the payer being manipulated by the fraudster to issue a payment order, or to give the instruction to do so to the payment service provider, in good-faith, to a payment account it believes belongs to a legitimate payee (‘manipulation of the payer’).”*

Dazu wird in Punkt 18 des Abschnitts Background der erwähnten Guidelines ausgeführt, dass es gegen diese Meldepflicht, in der der Erlassung der Guideline vorangegangenen Konsultation, Widerstand gegeben habe, der aber nicht berücksichtigt werde:

*“EBA is of the view that such fraud cases are caused by a third party manipulating a payer into making a payment and that it is, at least partially, the responsibility of the PSP to identify any such potential case. This is particularly the case with regard to the use of transaction monitoring systems, and in particular TRA. This is of particular concern to the EBA, given that this type of fraud has significantly increased in recent years, suggesting that fraudsters may be shifting to this modus operandi. Therefore PSPs and CAs will need to report data to this category alongside data in the category of unauthorised transactions.”*

Der eben zitierte Punkt 18 des Abschnitts “Background” der Guidelines gipfelt in der Aussage, es sei *“at least partially the responsibility of the PSP to identify any such potential case.”* Woraus sich diese Verantwortung ergibt, bleibt unerwähnt.

Wenn die Auffassung der EBA in der Opinion und den Guidelines zuträfe, hätte der ZDL

- ◆ jeden Zahlungsauftrag daraufhin zu prüfen, ob er erteilt wurde, weil der

Kunde im der Zahlung zugrundeliegenden Geschäft betrogen wurde,

- ◆ jede Zahlung, die durchgeführt wurde, weil der Betrug im Grundgeschäft von der ZDL im Rahmen der Prüfung nicht erkannt wurde, zu melden.

Tatsächlich wird der größte Teil dieser Fälle für die Bank aber schlicht unerkennbar sein und bleiben, insbesondere – aber nicht nur – wenn es sich um betrügerische Geschäfte in der analogen/realen Welt handelt (wertloses Bild wird als Picasso verkauft). Oftmals wird sie nur zufällig davon erfahren, wenn später darüber in den Medien berichtet wird und in der Bank der Zusammenhang der Zahlung mit dem Betrug mehr oder minder zufällig hergestellt wird. Die aufgrund der Guidelines erstatteten Meldungen werden also nur wenig Aussagekraft haben.

Die von der EBA in überzogener Auslegung der delegierten Verordnung verlangten Prüfungen der Zahlungsvorgänge auf Betrug im Grundgeschäft haben ein hohes Schadenspotential für ZDL und Kunde: Wird eine Zahlung nicht innerhalb der engen Durchführungsfrist des ZaDiG 2018 von einem Geschäftstag durchgeführt, weil entweder die Prüfung in kurzer Frist nicht abgeschlossen werden konnte oder sich der Betrugsverdacht weiter verdichtet hat, kann der Kunde Zahlungsfristen im Grundgeschäft versäumen und damit Schaden erleiden (Verlust von Erwerbsmöglichkeiten, Versicherungsdeckung, Eintritt von Terminverlust), wenn im Grundgeschäft doch kein Betrug vorlag. Entsprechende Schadenersatzforderungen gegen den ZDL wären die Folge.

Wie dargestellt fehlt es mE bei der Auffassung der EBA, es bestünde eine Verpflichtung der ZDL, Zahlungsaufträge dahin zu prüfen, ob ihnen Betrug am Kunden zugrunde liegt, einer ausreichenden Grundlage. Es steht zu hoffen, dass sich diese Erkenntnis noch durchsetzen wird.

## 6. Sonstige Prüfungen

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit (siehe zB auch die Verpflichtungen nach diversen nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Sanktionsvorschriften) seien angeführt:

### 6.1. GeldtransferVO

Die GeldtransferVO, (EU) 2015/847, verlangt von ZDL des Auftraggebers, sicherzustellen dass bei Geldtransfer folgende Informationen übermittelt werden:

- ◆ der Name des identifizierten Auftraggebers,
- ◆ die Nummer des Zahlungskontos des Auftraggebers und

- ◆ die Anschrift des Auftraggebers, die Nummer eines amtlichen persönlichen Dokuments des Auftraggebers, die Kundennummer oder das Geburtsdatum und der Geburtsort des Auftraggebers,

- ◆ der Name des Begünstigten und
- ◆ die Nummer des Zahlungskontos des Begünstigten.

Innerhalb der EU werden bei Geldtransfers zumindest die Nummern der Zahlungskonten des Auftraggebers und des Begünstigten übermittelt.

## 6.2. SEPA-Verordnung

Die SEPA-VO (EU) Nr. 260/2012 verlangt von ZDL in Art 5, dass Zahlungsaufträge nur dann ausgeführt werden, wenn sie für die Identifikation von Zahlungskonten den von der VO genannten Identifikator für Zahlungskonten, also die IBAN verwenden. Die vom Kunden angegebene IBAN ist vom ZDL auf ihre Kohärenz, also darauf, ob überhaupt eine gültige IBAN vorliegt, zu prüfen, siehe § 79 (3) ZaDiG 2018: *„Der Zahlungsdienstleister hat dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten und – soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich – zu überprüfen, ob der Kundenidentifikator kohärent ist. Falls der Kundenidentifikator nicht kohärent ist, hat der Zahlungsdienstleister den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten.“*

## 7. Kontobelastung und Wertstellung

Nach § 78 (2) ZaDiG 2018 darf das Datum der Wertstellung einer Belastung auf dem Zahlungskonto des Zahlers frühestens der Zeitpunkt sein, an dem dieses Zahlungskonto mit dem Betrag belastet wird, der Gegenstand des Zahlungsvorgangs ist.

Das zulässige Wertstellungsdatum hängt also davon ab, mit welchem Zeitpunkt man die Belastung annimmt. Nach soweit ersichtlich hA kommt es hier nicht auf den Zeitpunkt des Buchungsvorgangs zur Belastungsbuchung an, sondern darauf, wann tatsächlich der zu verbuchende Mittelabfluss stattfindet. Schon bzw erst mit diesem Mittelabfluss entsteht die Forderung des ZDL gegen den Kunden, die in das Kontokorrent einzustellen ist und aus der sich die Belastung des Kontos ergibt. Die Buchung selbst hat demgegenüber nur deklarative Wirkung. Für dieses Ver-

47) Punkt 46 der Opinion EBA-Op-2018-04 vom 13.6.2018.

48) EBA/GL/2018/05.

ständnis<sup>49)</sup> spricht auch, dass gegenläufig bei der Wertstellung von Bareinzahlungen auf Zahlungskonten in § 77 Abs 5 ZaDiG 2018 nicht auf den Buchungszeitpunkt abgestellt wird, sondern auf den tatsächlichen Mittelzufluss<sup>50)</sup>.

§ 72 (1) ZaDiG 2018 enthält allerdings – von der Richtlinie vorgegeben – im Vergleich zur Vorgängerbestimmung im ZaDiG 2009 einen zusätzlichen Satz und lautet vollständig:

*„Der Zeitpunkt, zu dem der unmittelbar vom Zahler oder mittelbar von einem oder über einen Zahlungsempfänger übermittelte Zahlungsauftrag beim ZDL des Zahlers eingeht, gilt als der Eingangszeitpunkt. Das Konto des Zahlers darf nicht vor dem Eingangszeitpunkt belastet werden.“*

Unklar ist die gesetzgeberische Botschaft des neuen Satzes. Wenn man diesen Satz in Kombination mit § 78 (2) ZaDiG 2018 liest („Das Wertstellungsdatum einer Belastung auf dem Zahlungskonto des Zahlers ist frühestens der Zeitpunkt, an dem dieses Konto mit dem Betrag belastet wird, der Gegenstand des Zahlungsvorgangs ist.“) könnte man auf die Idee kommen, dass die Belastungsbuchung am Auftraggeberkonto sofort mit dem Einlangen des Zahlungsauftrags erfolgen darf und der Zeitpunkt der Buchung dann auch für deren Wertstellung relevant wäre (und nicht – wie nach hA zum geltenden Recht – der in Folge der Auftragsdurchführung erfolgende tatsächliche Mittelabfluss). Möglicherweise denkt der deutsche Gesetzgeber in diese Richtung, wenn er in den Erläuterungen zum in Umsetzung der PSD II geänderten § 675t BGB Folgendes schreibt.<sup>51)</sup>

*„§ 675t Absatz 3 BGB-E übernimmt die durch Artikel 78 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 1 der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie vorgegebene Klarstellung, dass das Zahlungskonto des Zahlers nicht belastet werden darf, bevor der Zahlungsauftrag seinem ZDL zugegangen ist (§ 675n Absatz 1 Satz 1 BGB). Dies beruht auf der Erwägung, dass es nicht gerechtfertigt wäre, dem Zahler schon vorher die Möglichkeit zu entziehen, in Höhe des Zahlungsbetrags über sein Konto zu verfügen. Zudem würde eine frühere Belastungsbuchung auch dazu führen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung von Haben- oder Sollzinsen entsprechend vorverlagert würde.“*

Vorsicht ist hier aber nicht nur deshalb am Platze, weil es sich bei der Wertstellung mit Buchung unabhängig vom Mittelabfluss um eine Kehrtwendung im Vergleich zum geltenden Recht handeln würde, sondern auch mit dem im Erwägungsgrund 84 definierten Ziel der PSD II nur schwer in Einklang zu bringen wäre:

*“In order to strengthen the trust of consumers in a harmonised payment market, it is essential for payment service users to know the real costs and charges of payment services in order to make their choice. Accordingly, the use of non-transparent pricing methods should be prohibited, since it is commonly accepted that those methods make it extremely difficult for users to establish the real price of the payment service. Specifically, the use of value dating to the disadvantage of the user should not be permitted.”*

Verblüffend ist der neue Satz in § 72 (1) ZaDiG übrigens schon deshalb, weil er dem ZDL des Zahlers prophetische Kräfte zu unterstellen scheint. Wieso weiß der ZDL, welchen Zahlungsvorgang er dem Konto seines Kunden anlasten kann, wenn ihm der Auftrag zur Zahlung noch gar nicht vorliegt?

Auch diese Merkwürdigkeit deutet darauf hin, dass die neue Regelung nicht die Buchung und Wertstellung des vom Zahler beauftragten Zahlungsvorgangs vor Augen hat, sondern die sogenannten Pull-Zahlungen. Darauf deutet der ErwGr 79 der PSD II hin, der sich mit Pull-Zahlungen befasst und festhält, dass der Eingang des Zahlungsauftrags beim Zahlungsempfänger oder dessen ZDL für den ZDL des Zahlers nicht relevant sein soll.

*„Darüber hinaus sollte als Eingang eines Zahlungsauftrags der Zeitpunkt gelten, zu dem der Zahlungsauftrag, mit dem das Konto des Zahlers belastet werden soll, beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingeht. Der Tag oder Zeitpunkt, an dem ein Zahlungsempfänger seinem Zahlungsdienstleister Zahlungsaufträge zB für das Inkasso von Kartenzahlungen oder Lastschriften übermittelt oder an dem er von seinem Zahlungsdienstleister eine Vorfinanzierung der entsprechenden Beträge (Gutschrift unter Vorbehalt) erhält, sollte hingegen unerheblich sein.“*

Ich würde also meinen, dass der neue Satz in § 72 (1) ZaDiG 2018 nur zum Ausdruck bringen will, dass der ZDL das Konto seines Kunden auch dann nicht vor dem tatsächlichen Einlangens des Zahlungsauftrags bei ihm belasten darf, wenn er weiß, dass dem ZDL des Zahlungsempfängers oder diesem selbst der Zahlungsauftrag schon vorliegt oder der Zahler ihm angekündigt hat, dass er den Zahlungsauftrag erteilen wird. Sobald der Zahlungsauftrag beim ZDL des Zahlers tatsächlich eingegangen ist, kann er auch gebucht werden. Die Wertstellung wird sich aber mE auch weiterhin nach dem Tag des Mittelabflusses zu richten haben. ♦

## Literaturverzeichnis

*Bollenberger*, Zur Frage der Haftung der Bank wegen Durchführung von Überweisungen zu verbotenen Zweck, ÖBA 2009, 858.

*Gapp / Lanschützer*, Zahlungsdienstegesetz II: Informationspflichten, Rahmenvertrag und Zahlungsvorgänge, ZFR 2009, 176.

*Gelbmann / Jungwirth / Kolba*, Konsumentenrecht und Banken (2010).

*Gerhartinger*, Schadenstragung bei mißbräuchlichen Kontoverfügungen, ÖBA 2008, 239.

*Graf*, Der gefälschte Verkaufsauftrag beim Wertpapierdepot und seine Rechtsfolgen, ZFR 2012, 18.

*Haghofer*, Starke Kundenauthentifizierung nach dem ZaDiG 2018, vbr 2018, 173.

*Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz – Ein Überblick, ÖBA 2009, 869.

*Koziol*, Giroüberweisung und Lastschriftverfahren in Apathy/Iro/Koziol, Österreichischen Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> (2008).

*Leixner*, Zahlungsdienstegesetz mit E-Geldgesetz (2010).

*Schopper / Fichtinger*, Das Zahlungsdienstegesetz – Neue Regeln für den Zahlungsverkehr JAP 2009/2010, 176, 181.

*Schwimann / Kodek*, Praxiskommentar ABGB<sup>4</sup> (2014).

*Weilinger* (Hrsg), Kommentar zum Zahlungsdienstegesetz (2017).

49) ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 46, *Schopper / Fichtinger*, Das Zahlungsdienstegesetz – Neue Regeln für den Zahlungsverkehr JAP 2009/2010, 176, 181; *Gelbmann / Jungwirth / Kolba*, Konsumentenrecht 97,

*Ferner / Muri* in *Weilinger* (Hrsg), ZaDiG § 43 Rz 12; zur Rechtslage in Deutschland siehe zB *Grundmann* in *Großkomm HGB*<sup>5</sup>, Bankvertragsrecht Dritter Teil RN 401.

50) *Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz – Ein Überblick, ÖBA 2009, 869, 885.

51) BT-Drucksache 18/11495, 195.

# Online-Identifikation von Bankkunden

## Geldwäscherechtliche Voraussetzungen und Risiken

Jeannette Gorzala

**Eine Herausforderung für Kredit- und Finanzinstitute durch die voranschreitende Digitalisierung ist die Identifikation von Kunden im Ferngeschäft. In Entsprechung der Anforderungen eines digitalen Zeitalters lassen die Bestimmungen des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes (FM-GwG)<sup>1)</sup> erstmals auch eine Online-Identifikation durch videogestützte elektronische Verfahren zu. Einige Banken nutzen diese Möglichkeit auch bereits und sind damit einem gänzlich digitalen Vertragsabschluss ohne persönlichen Kundenkontakt einen Schritt näher gekommen. Dieser Artikel dient der Analyse der geldwäscherechtlichen Voraussetzungen und Risiken der Online-Identifikation.**

Stichwörter: KYC, Know Your Customer, Online-Identifikation, Online-IDV, Bankkunden, Verpflichtete, AML, kundenbezogene Sorgfaltspflichten, FM-GwG, Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, videogestützte elektronische Verfahren, Fernidentifikationsverfahren, Vierte Geldwäscherrichtlinie, Sicherheitsmaßnahmen, Sanktionen, Auslagerung, Datenschutz.

JEL-Classification: G 21, K 14.

A challenge for credit institutions and finance institutions is the proceeding digitalization of identification in long distance customer relationships. Consequently, the provisions of the Austrian Anti Money Laundering Act (FM-GwG) also provide for the possibility of video-based online-identification. Some banks already have made use of this option and thereby have achieved a further step in realizing fully digitalized contract conclusion process. This article analyses the requirements from an anti-money laundering perspective and the related risks of introduction online customer identification.

### 1. Rechtsgrundlagen und kundenbezogene Sorgfaltspflichten

Durch das seit 1.1.2017 in Kraft stehende FM-GwG wurden die Anforderungen

der Vierten Geldwäscherrichtlinie<sup>2)</sup> umgesetzt und die Vorschriften zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung für Kreditinstitute und Finanzinstitute zusammengefasst. Somit ersetzt das FM-GwG die bis dahin in verschiedenen Materiengesetzen punktuell enthaltenen Regelungen im Sinne einer einheitlichen konsolidierten Rechtsgrundlage, die als Basis für die Überwachung durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) dient.

Kreditinstitute und Finanzinstitute, in der Diktion des FM-GwG Verpflichtete, sind dazu angehalten als Teil ihrer kundenbezogenen Sorgfaltspflichten zur Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung in den unten angeführten Anlassfällen bestimmte Dokumente und Informationen betreffend ihre Kunden einzuholen und aufzubewahren. Diese kundenbezogenen Sorgfaltspflichten, sogenannte KYC (Know Your Customer)-Verfahren, bezwecken die Identitätsfeststellung und Identitätsüberprüfung auf der Grundlage von Dokumenten, Daten oder Informationen aus einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle (§ 6 Abs 1 Z 1 FM-GwG). Konkret sind die kundenbezogenen Sorgfaltspflichten in folgenden Fallgruppen anzuwenden (§ 5 FM-GwG):

- (i) Begründung einer Geschäftsbeziehung<sup>3)</sup> (Z 1);
- (ii) Durchführung von gelegentlichen Transaktionen außerhalb der Geschäftsbeziehung mit mindestens EUR 15.000 Wert oder Gegenwert, unabhängig davon, ob die Transaktion in einem einzigen Vorgang oder in mehreren offenkundig verbundenen Vorgängen erfolgt<sup>4)</sup> (Z 2 lit a);
- (iii) Durchführung von gelegentlichen Transaktionen außerhalb der Ge-

- 1) Bundesgesetz zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzmarkt (Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, FM-GwG), BGBl I 118/2018.
- 2) RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der VO (EU) 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des



Photo: Copyright Stefan Seelig

Dr. Jeannette Gorzala, BSc ist Legal New Technologies Lead by EY Law, Pelzmann Gall Rechtsanwälte GmbH;  
e-mail: jeannette.gorzala@eylaw.at

- schäftsbeziehung, bei denen es sich um Geldtransfers<sup>5)</sup> von mehr als EUR 1.000 Euro handelt (Z 2 lit b);
- (iv) Einzahlung und Auszahlung von Spareinlagen, wenn der ein- oder auszahlende Betrag mindestens EUR 15.000 Wert oder Gegenwert hat;
- (v) Verdacht oder berechtigter Grund zur Annahme, dass der Kunde einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB) angehört oder dass der Kunde objektiv an Transaktionen mitwirkt, die der Geldwäscherei (§ 165 StGB) oder der Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) dienen;
- (vi) Zweifel an Echtheit oder Angemessenheit zuvor erhaltener Kundenidentifikationsdaten.

- Rates und der RL 2006/70/EG der Kommission, ABiL 2015/141, 73.
- 3) Spareinlagengeschäfte gemäß § 31 Abs 1 BWG und Geschäfte nach § 12 Depotgesetz gelten stets als Geschäftsbeziehung.
- 4) Ist der Betrag vor Beginn der Transaktion nicht bekannt, so sind die Sorgfaltspflichten dann anzuwenden, sobald der Betrag bekannt ist und festgestellt wird, dass er mindestens EUR 15.000 an Wert oder Gegenwert beträgt.
- 5) Im Sinne des Ar 3 Z 9 der Verordnung (EU) 2015/847.

Die Identitätsüberprüfung zur Einhaltung der vorgenannten kundenbezogenen Sorgfaltspflichten hat bei natürlichen Personen grundsätzlich durch die persönliche Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises<sup>6)</sup> zu erfolgen (§ 6 Abs 2 Z 1 FM-GwG). Bei juristischen Personen erfolgt diese anhand von beweiskräftigen Urkunden gemäß dem am Sitz der juristischen Person landesüblichen Rechtsstandard (§ 6 Abs 2 Z 2 FM-GwG). Jedenfalls zu überprüfen sind der aufrechte Bestand, der Name, die Rechtsform, die Vertretungsbefugnis und der Sitz der juristischen Person, weshalb in der Praxis ein gültiger und aktueller Auszug aus dem Firmenbuch bzw dem jeweiligen Handelsregister angefordert wird, der diese Angaben enthält. Die physische Identifikation soll jedoch weiterhin den Standardfall darstellen. Eine Abweichung ist nur bei der Anwendbarkeit vereinfachter Sorgfaltspflichten (§ 8 FM-GwG), bei der Identifizierung durch Dritte (§ 13 FM-GwG) oder bei Geschäftsbeziehungen ohne persönlichen Kundenkontakt, bei welchen entsprechende Sicherungsmaßnahmen zum Ausgleich des potenziell erhöhten Risikos getroffen wurden (§ 6 Abs 4 FM-GwG), zulässig.<sup>7)</sup>

Für die Anwendbarkeit der Fernidentifikationsverfahren müssen dem Verpflichteten jedenfalls bei (i) natürlichen Personen: Name, Geburtsdatum und Adresse des Kunden und (ii) bei juristischen Personen: Firma und Sitz bekannt sein. Unter diesen Voraussetzungen ermöglicht das FM-GwG die Verwendung der (i) Online-Identifikation von natürlichen Personen bzw im Hinblick auf juristische Personen der gesetzlichen Vertreter (§ 6 Abs 4 Z 1), (ii) Identifikation durch einen elektronischen Ausweis<sup>8)</sup> (§ 6 Abs 4 Z 2), (iii) Identifikation durch rechtsgeschäftliche Erklärung mittels qualifizierter elektronischer Signatur<sup>9)</sup> in Kombination mit einem von drei weiteren Sicherheitsschritten (§ 6

Abs 4 Z 3 lit a bis lit c) (sogenanntes Ident. Brief-Verfahren) sowie (iv) Identifikation durch Zahlung über ein bereits legitimiertes Konto (§ 6 Abs 4 Z 4).

Konkret die Anwendung der Online-Identifikation ist nur dann zulässig, wenn das erhöhte Risiko aufgrund der fehlenden physischen Anwesenheit durch die Auswertung zusätzlicher Daten oder Informationen durch das jeweilige System ausgeglichen werden kann. In diesem Sinne hat die FMA aufgrund einer Ermächtigung im FM-GwG (§ 6 Abs 4 letzter Absatz FM-GwG) die Online-Identifizierungsverordnung („Online-IDV“)<sup>10)</sup> erlassen. Die Online-IDV ist seit 3.1.2017 in Kraft und präzisiert, welche Sicherungsmaßnahmen bei der Online-Identifikation zum Ausgleich des erhöhten Risikos eines videogestützten elektronischen Identifikationsverfahrens erforderlich sind. Insbesondere konkretisiert die Online-IDV die Anforderungen an die Datensicherheit und Fälschungssicherheit und legt organisatorische und verfahrensbezogene Sicherungsmaßnahmen fest.

## 2. Voraussetzungen für die Online-Identifikation

### 2.1. Organisatorische Sicherheitsmaßnahmen

Das Verfahren der Online-Identifikation darf nur in abgetrennten und mit einer Zugangskontrolle ausgestatteten Räumen durchgeführt werden (§ 3 Abs 3 Online-IDV). Zudem dürfen dazu nur Mitarbeiter eingesetzt werden, welche hinreichend geschult wurden und zuverlässig sind. In der Praxis müssen Mitarbeiter demnach mindestens über ausreichende Kenntnisse wie folgt aufweisen: (i) welche Ausweisdokumente für eine Videoidentifizierung akzeptiert werden, (ii) auf welche Art und Weise (Prüfverfahren) und

(iii) welche Ausweismerkmale zu prüfen sind, sowie (vi) die Kenntnis üblicher Fälschungsmöglichkeiten der akzeptierten Ausweisdokumente. Im Zeitalter der Digitalisierung sind Betrugsversuche wie beispielsweise Fälschungen und Verfälschungen von Ausweisen sowie der Ähnlichkeitsbetrug, dh der Diebstahl von Ausweisen ähnlich aussehender Personen zum Zweck der Identifizierung, längst nicht mehr die einzigen Methoden. Für Betrugsversuche im Internet, welche auf sozialer Manipulation beruhen, hat sich der Begriff „Social Engineering“<sup>11)</sup> etabliert. Hierbei werden Bewerber beispielsweise von privaten Arbeitsvermittlern dazu aufgefordert, sich für den neuen Job zu identifizieren. In Wahrheit eröffnen sie jedoch unwissend ein Konto, welches in weiterer Folge für illegale Aktivitäten genutzt wird.<sup>12)</sup> Mit dem gleichen Ziel werben vermeintliche Marktforschungsinstitute Personen an, um versuchsweise ein Konto online zu eröffnen. Nach der Bewertung des Kontoeröffnungsprozederes wird das tatsächlich eröffnete Konto ohne Wissen der vermeintlichen Testpersonen von Betrügern für illegale Aktivitäten verwendet.<sup>13)</sup>

Die entsprechenden Fertigkeiten an Beobachtungs- und Fragetechniken inklusive der maßgeblichen geldwäscherechtlichen und datenschutzrechtlichen Bestimmungen müssen den Mitarbeitern vor Aufnahme ihrer Tätigkeit vermittelt werden. Darüber hinaus sind regelmäßige Mitarbeiterschulungen zur Durchführung von Online-Identifikationen abzuhalten, welche zumindest den rechtlichen Rahmen, die technischen Voraussetzungen sowie die praktische Sicherstellung der Überprüfung umfassen (§ 3 Abs 1 Online-IDV). Für die Schulungsregelmäßigkeit empfiehlt sich eine mindestens einmal jährliche Abhaltung. Zudem sollten beispielsweise nach Gesetzesänderungen bzw einer Änderung der aufsichtsrecht-

6) Als amtlicher Lichtbildausweis idS gelten von einer staatlichen Behörde ausgestellte Dokumente, die mit einem nicht austauschbaren erkennbaren Kopfbild der betreffenden Person versehen sind und den Namen, das Geburtsdatum und die Unterschrift der Person sowie die ausstellende Behörde enthalten. Bei Reisedokumenten von Fremden müssen die Unterschrift und das vollständige Geburtsdatum im Reisedokument nicht enthalten sein, wenn dies dem Recht des ausstellenden Staates entspricht.  
7) ErlRV 1335 BlgNR 25. GP, 7.  
8) Eine ebenfalls neu eingeführte Methode aufgrund der Weiterentwicklung der Funktion der Bürgerkarte zu einem vollwertigen elektronischen Ausweisdokument („elektronischer Ausweis“).  
9) Qualifizierte elektronische Signatur gemäß Art 3 Z 12 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Par-

laments und des Rates vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Verordnung).

10) Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die videogestützte Online-Identifikation von Kunden (Online-Identifikationsverordnung, Online-IDV), BGBl II Nr 5/2017.

11) Social Engineering kann als „soziale Manipulation“ ins Deutsche übersetzt werden. Beim sogenannten Social Engineering werden menschliche Schwächen durch beispielsweise soziale Verpflichtung, Sympathie oder Autorität ausgenutzt um bei der Zielperson ein bestimmtes Verhalten hervorzurufen (Preisgabe von Passwörtern, vertraulichen Informationen, Freigabe von Finanzmitteln, Installation von Programmen, welche Trojaner oder

Malware enthalten etc.). Grafe, Seminar Datensicherheit, Verwaltungsinformatik, Vortragsreihe für Studenten, <<https://christian-grafe.de/wiki/Social%20Engineering%20-%20Christian%20Grafe.pdf>> (zuletzt besucht 14.9.2018).

12) Kannenberg, Geldwäsche statt Job: Polizei warnt vor Missbrauch von Video-Ident auf Heise Online, <<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Geldwaesche-statt-Job-Polizei-warnt-vor-Missbrauch-von-Video-Ident-4119242.html>> (zuletzt besucht am 17.9.2018).

13) Bocks, Sicherheitsverfahren für Online und Mobile Banking im Fadenkreuz, <<https://www.springerprofessional.de/bankenaufsicht/onlinebanking/aufsehen-sicherheits-verfahren-fuers-online-banking-unter/16060376>> (zuletzt besucht am 14.9.2018).

lichen Praxis Nachschulungen erfolgen. Situationsbezogen können auch das Auftreten signifikanter Betrugsversuche, die Etablierung neuer Betrugsmöglichkeiten oder Fehler bzw. Änderungen im Verfahrensablauf Anlassfälle für notwendige (Nach-)Schulungsmaßnahmen sein.<sup>14)</sup>

Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass die im Rahmen der Online-Identifikation herangezogenen Anwendungen sowie die übertragenen Daten zu keinem Konflikt mit anderen Prozessen des Verpflichteten führen und eine Beeinflussung ausgeschlossen ist. Die Zuteilung der Identifizierungsvorgänge an Mitarbeiter sollte demnach nicht vorhersehbar sein, sondern eher nach einem zufallsbasierten System erfolgen, um hier Manipulationsversuchen vorzubeugen.<sup>15)</sup> Auch müssen die Anwendungen und Daten vor unbefugtem Zugriff geschützt werden (§ 3 Abs 2 Online-IDV).

## 2.2. Verfahrensbezogene Sicherheitsmaßnahmen

### 2.2.1. Technische Anforderungen

Ungeachtet der räumlichen Trennung ermöglicht der Prozess der Online-Identifikation eine sinnliche Wahrnehmung der am Identifizierungsprozess beteiligten Personen. Die zu identifizierende Person und der Mitarbeiter stehen einander im Rahmen einer Videoübertragung „von Angesicht zu Angesicht“ gegenüber.<sup>16)</sup> Die Online-Identifikation hat unterbrechungsfrei in Echtzeit stattzufinden. Die Integrität und Vertraulichkeit der audiovisuellen Kommunikation zwischen dem Mitarbeiter und der zu identifizierenden Person ist ausreichend abzusichern. Folglich kommen technisch dafür nur Ende-zu-Ende<sup>17)</sup> verschlüsselte Videochats in Betracht. Auch muss die Audio- und Videoqualität ausreichend gut für eine uneingeschränkte und zweifelsfreie Identifikation und Prüfung der Ausweismerkmale sein.<sup>18)</sup> Folglich sind bei schlechter Verbindung, welche zu einer unterbrochenen Ton- oder Bildübermittlung führt, die technischen Mindestvoraussetzungen nicht gegeben, da der

Inhalt des Gesprächs bzw. die Person auf der Gegenseite nicht eindeutig und zweifelsfrei wahrgenommen werden kann.

### 2.2.2. Prüfung der Authentizität des Ausweisdokuments

Die zu identifizierende Person hat bei der Online-Identifikation ihren amtlichen Lichtbildausweis zu präsentieren. Nach Aufforderung durch den Mitarbeiter hat die zu identifizierende Person während der Online-Identifikation

- (i) den Kopf unter Präsentation des Gesichts zu bewegen und getrennt davon
- (ii) die Seriennummer des amtlichen Lichtbildausweises mitzuteilen.

Diese Prüfungsschritte dienen einerseits der Sicherstellung, dass in Echtzeit eine natürliche Person an der Online-Identifikation teilnimmt und beispielsweise keine Videoaufzeichnung abgespielt wird. Zudem dient die Anordnung bestimmter Bewegungen andererseits der Verifikation, dass keine Manipulation oder Substitution von Teilen oder Elementen des Ausweisdokuments stattgefunden hat. Dies erfolgt beispielsweise durch die Anordnung, dass die zu identifizierende Person an bestimmten variablen und zufällig ausgewählten Stellen einen Finger vor sicherheitsrelevante Teile des Ausweisdokuments zu halten hat und gleichzeitig etwa eine andere Hand vor dem Gesicht bewegen soll. Im Wege ausschnittvergrößernder Standbilder verifiziert der Mitarbeiter, dass das Ausweisdokument samt der visuell erkennbaren Sicherheitsmerkmale an den entsprechenden Stellen vollständig überdeckt wird und die Übertragung keinerlei Anhaltspunkte für eine Manipulation zeigt.<sup>19)</sup> Darüber hinaus hat der Mitarbeiter die Authentizität des amtlichen Lichtbildausweises wie folgt zu begutachten:

- (i) Visuelle Überprüfung der optischen und bewegungsoptischen (holographischen) Sicherheitsmerkmale, die nach Aufforderung zum horizontalen und vertikalen Kippen des amtlichen Lichtbildausweises deutlich erkennbar sein müssen.

- (ii) Überprüfung der korrekten alphanumerischen Ziffernorthographie der Seriennummer.
- (iii) Überprüfung der Unversehrtheit des Dokuments durch Kontrolle der Laminierung des amtlichen Lichtbildausweises.
- (iv) Überprüfung des Lichtbildes dahingehend, dass es sich um kein nachträglich aufgeklebtes Lichtbild handelt.
- (v) Überprüfung der logischen Konsistenz durch
  - a) Abgleich der Merkmale des potentiellen Kunden oder der vertretungsbefugten natürlichen Person des potentiellen Kunden einerseits und der Personenbeschreibung sowie des Lichtbildes im amtlichen Lichtbildausweis andererseits.
  - b) Abgleich des Lichtbildes, des Ausstellungsdatums und des Geburtsdatums im amtlichen Lichtbildausweis zueinander.
  - c) Abgleich aller weiteren unter Umständen bereits vorhandenen Kundendaten einerseits und der entsprechenden weiteren Angaben auf dem amtlichen Lichtbildausweis andererseits.

### 2.2.3. Prüfung der Übereinstimmung mit der zu identifizierenden Person

Die Übereinstimmung zwischen Ausweisdokument und der Personenbeschreibung der zu identifizierenden Person erfolgt durch entsprechende psychologische Fragestellungen und Beobachtungen des Mitarbeiters während des Identifizierungsvorgangs. Die Angaben und Aussagen der zu identifizierenden Person werden durch zielgerichtete Fragestellungen, wie eine Abfrage des Alters und sodann eine Validierung der Aussage mit den Angaben im Ausweisdokument geprüft. Auch ist zweifelsfrei festzustellen, dass die zu identifizierende Person nach eigenem Willen, freiwillig das jeweilige Produkt erwirbt. Insbesondere zu diesem Aspekt der Prüfung sind Mitarbeiter besonders zu schulen, damit sie

14) Vgl. auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), B.I.

15) Vgl. auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), B.IV.

16) Vgl. auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), Punkt A.

17) Unter Ende-zu-Ende-Verschlüsselung (end-to-end encryption, E2EE) versteht man die Verschlüsselung übertragener

Daten über alle Übertragungsstationen hinweg. Damit können nur die Kommunikationspartner als die jeweiligen Endpunkte der Kommunikation die Nachricht entschlüsseln. Für Video-Chats und SIP-Telefonie ist beispielsweise ZRTP/SRTP ein üblicher Standard. ZRTP („Z“ [Anfangsbuchstabe des Nachnamens für den Erfinder Phil Zimmermann] und „Real-Time Transport Protocol“) ist ein kryptographisches Schlüsselaustauschprotokoll zur Aushandlung der Schlüssel zur Verschlüsselung zwischen zwei Endpunkten eines IP-Telefonanrufes (VoIP) basierend auf dem Real-time Transport

Protocol. SRTP (Secure Real-Time Transport Protocol) ist ein sicheres Echtzeit-Transportprotokoll als verschlüsselte Variante des Real-Time Transport Protocol (RTP).

18) Vgl. auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), B.IV.

19) Vgl. auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), B.VI.

potenzielle Gefahren durch Social Engineering oder Verhalten unter Zwang oder Druck einer anderen Person entsprechend erkennen.<sup>20)</sup>

#### 2.2.4. Abschluss durch TAN-Bestätigung

Abschließend hat die zu identifizierende Person während der laufenden Videoübertragung eine eigens für den Zweck der Online-Identifikation gültige, zentral generierte und an ihn per E-Mail oder SMS übermittelte Ziffernfolge (TAN) unmittelbar einzugeben und an den Mitarbeiter elektronisch zurückzusenden. Mit der Eingabe dieses TANs, einen erfolgreichen systemseitigen TAN-Abgleich vorausgesetzt, ist das Online-Identifizierungsverfahren abgeschlossen.

#### 2.3. Abbruch des Online-Identifikationsverfahrens und Meldungen

Die Online-Identifikation ist zwingend in folgenden Fällen abzubrechen (§ 5 Online-IDV):

- (i) Unmöglichkeit der Anfertigung einer Bildschirmkopie des potentiellen Kunden oder des amtlichen Lichtbildausweises oder von beiden für eine geeignete visuelle Überprüfung;
- (ii) sonstige Unstimmigkeiten; oder
- (iii) sonstige Unsicherheiten.

Ausgenommen vom zwingenden Abbruch der Online-Identifikation sind die Fälle, in denen Verdacht oder berechtigter Grund zur Annahme des Bestehens einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB), der Geldwäscherei (§ 165 StGB) oder der Terrorismusfinanzierung (§ 278d StGB) besteht sowie im Fall von Zweifeln an Echtheit oder Angemessenheit zuvor erhaltener Kundenidentifikationsdaten. In diesen Fällen ist die Online-Identifikation abzuschließen und eine Verdachtsmeldung an die Geldwäschmeldestelle zu erwägen (§ 16 FM-GwG).

#### 2.4. Dokumentationspflichten und Datenschutz

Der gesamte Prozess der Online-Identifikation muss für Zwecke der internen und externen Revision nachprüfbar in allen relevanten Einzelschritten aufgezeichnet und aufbewahrt werden. Diese Dokumentationspflicht erfordert damit eine visuelle und akustische Aufzeichnung und Aufbewahrung des Verfahrensablaufs. Im Besonderen ist jedenfalls der gesamte Gesprächsteil, welcher dem Zweck der Online-Identifizierung dient, akustisch aufzuzeichnen (§ 4 Abs 2 Online-IDV). Bei der Identifizierung sind auch verpflichtend Bildschirmkopien anzufertigen, die bei geeigneten Belichtungsverhältnissen folgende Teilelemente der Online-Identifikation graphisch abbilden und zweifelsfrei erkennbar dokumentieren:

- (i) Gesicht des potentiellen Kunden oder der vertretungsbefugten natürlichen Person des potentiellen Kunden;
- (ii) Vorderseite des amtlichen Lichtbildausweises oder von dessen Datenseite;
- (iii) Rückseite des amtlichen Lichtbildausweises oder von dessen Datenseite.

Die Aufzeichnungen müssen die Einhaltung aller Anforderungen der geldwäscherechtlichen Bestimmungen sowie der Online-IDV erkennen lassen. Alle personenbezogenen Daten, welche ausschließlich auf der Grundlage und für Zwecke des FM-GwG verarbeitet bzw gespeichert wurden, sind durch den Verpflichteten nach Ablauf einer Aufbewahrungsfrist von 5 Jahren nach Beendigung der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden oder nach dem Zeitpunkt der gelegentlichen Transaktion zu löschen (§ 21 FM-GwG).<sup>21)</sup>

Hervorzuheben ist, dass personenbezogene Daten, welche von Verpflichteten auf der Grundlage des FM-GwG für die Zwecke der Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verarbeitet werden, nicht in einer Weise

weiterverarbeitet werden dürfen, die mit diesen Zwecken unvereinbar ist. Folglich dürfen die im Rahmen der Online-Identifizierung erhobenen personenbezogenen Daten beispielsweise nicht für kommerzielle Zwecke (Marketing, Customer Relationship Management, Werbung etc) verarbeitet werden (§ 21 Abs 4 FM-GwG).

#### 3. Auslagerung der Online-Identifikation an Auftragsverarbeiter

Die Verpflichteten können sich bei der Online-Identifikation auch eines externen Dienstleisters als Auftragsverarbeiter bedienen. In diesen Fällen haben die Verpflichteten als Verantwortliche<sup>22)</sup> für die Datenverarbeitung iSd DSGVO<sup>23)</sup> dafür zu sorgen, dass der Auftragsverarbeiter<sup>24)</sup> entsprechende Sicherungsmaßnahmen ergreift, die sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Qualität den Anforderungen insbesondere der Online-IDV entsprechen. Auch ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Verpflichteten und dem Auftragsverarbeiter schriftlich abzuschließen, welche bestimmte Mindestinhalte erfordert und zudem eine klare Aufteilung von Rechten und Pflichten der Vertragsparteien enthält (Art 28 DSGVO).

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass die Endverantwortung für die Erfüllung sämtlicher regulatorischer sowie datenschutzrechtlicher und sonstiger Anforderungen an die Online-Identifikation beim Verpflichteten verbleibt und nicht auf den externen Dienstleister übergeht (§ 13 FM-GwG). Auch dürfen die Auslagerungs- und Vertretungsverhältnisse weder die Qualität der internen Kontrolle noch die Möglichkeit der FMA zur Prüfung der Einhaltung aller Anforderungen an die Online-Identifikation wesentlich beeinträchtigen (§ 15 FM-GwG iVm § 6 Abs 2 Online-IDV). In der Praxis ist vor der Auslagerung an einen externen Dienstleistungsanbieter jedenfalls eine sorgfältige Due-Diligence-Prüfung des Dienstleisters zu empfehlen. Zu evaluie-

20) Vgl auch BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW) Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002), B.VI.

21) Vorbehaltlich der Vorschriften anderer Bundesgesetze, welche eine längere Aufbewahrungsfrist erfordern oder zur längeren Aufbewahrung berechtigen bzw der Anordnung einer längeren Aufbewahrungsfrist durch Verordnung der FMA. Die Aufbewahrungsfristen dürfen jedoch 10 Jahre nicht überschreiten. Keine Löschung der Daten darf bis zur rechtskräftigen Beendigung eines anhängigen Ermittlungs-, Haupt- oder Rechts-

mittelverfahrens wegen § 165, § 278a, § 278b, § 278c, § 278d oder § 278e StGB erfolgen, wenn der Verpflichtete davon nachweislich Kenntnis erlangt hat.

22) „Verantwortlicher“ iSd DSGVO ist die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet, dh das jeweilige Kredit- oder Finanzinstitut betreffend die Zwecke (Anti-Geldwäsche und Anti-Terrorismusfinanzierung) und die Mittel (Online-Identifikation) (Art 4 Z 7 DSGVO).

23) Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

24) Ein „Auftragsverarbeiter“ iSd DSGVO ist eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet (Art 4 Z 8 DSGVO).

ren sind vor allem Referenzen, Audio- und Videoqualität, Professionalität und Ausbildung der Mitarbeiter, Auslastung des externen Dienstleisters und Kapazität zur kontinuierlichen Leistungserbringung. Ein besonders hoher Sorgfaltsmaßstab sollte bei der Auslagerung an Dienstleister aus Drittstaaten angelegt werden, insbesondere auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive.

#### 4. Sanktionen für die Verletzung kundenbezogener Sorgfaltspflichten

Die Verletzung kundenbezogener Sorgfaltspflichten stellt eine Verwaltungsübertretung dar und wird von der FMA mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 150.000 geahndet (§ 34 Abs 1 Z 2 FM-GwG). Sollte es sich bei der Pflichtverletzung um schwerwiegende, wiederholte oder systematische Verstöße oder eine Kombination davon handeln, beträgt die Geldstrafe bis zu EUR 5 Mio oder, soweit bezifferbar, bis zu dem Zweifachen des aus der Pflichtverletzung gezogenen Nutzens (§ 34 Abs 2 FM-GwG).

Im Rahmen der Verbandsverantwortlichkeit kann die FMA auch Geldstrafen auf der Grundlage des FM-GwG gegen die juristische Person verhängen, zu deren Gunsten die Pflichtverletzung durch ein Organmitglied begangen wurde (§ 35 Abs 1 FM-GwG). Juristische Personen können wegen einer Pflichtverletzung auch dann verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch ein Organmitglied die Begehung der Pflichtverletzung zugunsten der juristischen Person durch eine für sie tätige Person ermöglicht hat

(§ 35 Abs 2 FM-GwG). Der Rahmen der Geldstrafe beträgt für juristische Personen bis zu EUR 150.000 bei einer einfachen Verletzung von kundenbezogenen Sorgfaltspflichten. Bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen oder einer Kombination davon kann die FMA eine Geldstrafe von bis zu EUR 5 Mio oder in der Höhe von 10% des jährlichen Gesamtumsatzes verhängen.

#### 5. Schlussbetrachtung

Die Möglichkeit der Fernidentifikation bietet ein hohes Maß an Komfort für potenzielle Kunden einerseits sowie Effizienzsteigerungen durch weitere Digitalisierung des Vertragsabschlusses für Kredit- und Finanzinstitute andererseits. Nicht zu unterschätzen sind jedoch auch die damit verbundenen Risiken durch digitale Betrugsmodelle im Rahmen des Social Engineering, welchen am effektivsten durch entsprechende organisatorische und technische Sicherungsmaßnahmen, vor allem durch qualifiziertes und regelmäßig geschultes Personal entgegengewirkt werden kann. ◆

#### Literaturverzeichnis

Bundesgesetz zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzmarkt (Finanzmarkt-Geldwäschegesetz, FM-GwG), BGBl I 118/2018.

RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der VO (EU) 648/2012 des

Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der RL 2006/70/EG der Kommission, ABIL 2015/141, 73.

ErlRV 1335 BlgNR 25. GP, 7.

Verordnung der Finanzaufsichtsbehörde (FMA) über die videogestützte Online-Identifikation von Kunden (Online-Identifikationsverordnung, Online-IDV), BGBl II Nr 5/2017.

Kannenberg, Geldwäsche statt Job: Polizei warnt vor Missbrauch von Video-Ident auf Heise Online, <<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Geldwaesche-statt-Job-Polizei-warnt-vor-Missbrauch-von-Video-Ident-4119242.html>> (zuletzt besucht am 17.9.2018).

Bocks, Sicherheitsverfahren für Online und Mobile Banking im Fadenkreuz, <<https://www.springerprofessional.de/bankenaufsicht/online-banking/aufseher-nehmen-sicherheits-verfahren-fuers-online-banking-unter/16060376>> (zuletzt besucht am 14.9.2018).

Waas, Seminar Datensicherheit, <<https://christian-grafe.de/wiki/Social%20Engineering%20-%20Christian%20Graf.pdf>> (zuletzt besucht 14.9.2018).

BaFin, Rundschreiben 3/2017 (GW), Videoidentifizierungsverfahren vom 10.4.2017 (GZ: GW 1-GW 2002-2009/0002).

Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

# How to choose between fixed- and variable-rate loans

Edwin O. Fischer / Lisa-Maria Kampl

**Das anhaltende Niedrigzinsumfeld beeinflusst die Entscheidung, ob die aktuellen niedrigen langfristigen Kreditzinssätze durch einen festverzinslichen Kredit gesichert werden sollen oder ob ein variabel verzinslicher Kredit aufgrund der derzeit negativen kurzfristigen Zinssätzen vorteilhafter ist. Die Entscheidung beruht auf den erwarteten zukünftigen Zinssätzen. Aus diesem Grund schlagen wir zwei Kriterien, nämlich die Effektivverzinsung und die Gesamtbelastung eines Kredites, welche als statische Approximation dient, vor, um eine Entscheidungsgrundlage für die Vorteilhaftigkeit eines Kredites zu liefern. In diesem Zusammenhang zeigen wir auch die Auswirkungen von sich verändernden zukünftigen Zinssätzen auf Kredite mit endfälliger Tilgung, Raten- sowie Annuitätentilgung.**

Stichwörter: optimal loan choice, effective interest rate, fixed- and variable-rate loans.

JEL-Classification: G 21, G 31, G 32.

The current low-interest-rate landscape influences the decision whether to secure these low long-term interest rates with a fixed-rate agreement or to benefit from the current negative short-term rates with a variable-rate loan. The decision is based on expected future interest rates. We propose two criteria, namely the effective interest rate and the total repayments which serve as an approximation, to decide what type of loan is more advantageous. In this context, we also present the effects of varying future interest rates on the three selected repayment agreements; i.e. lump sum, constant principal and annuity repayments.

## 1. Introduction

Since March 2016, the European Central Bank's (ECB) main refinancing rate,



Photo: Fungler

o. Univ.-Prof. Dr. Edwin O. Fischer ist Leiter des Institut für Finanzwirtschaft der Karl-Franzens-Universität Graz;  
e-mail: edwin.fischer@uni-graz.at



Photo: privat

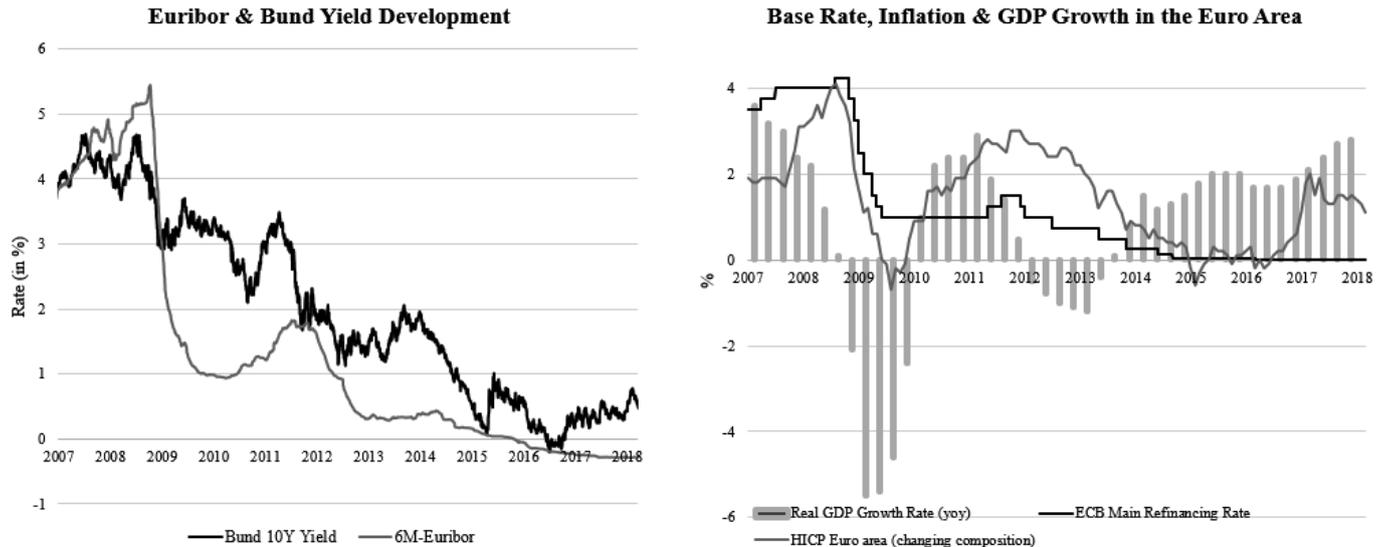
Lisa-Maria Kampl, MSc. ist Assistentin am Institut für Finanzwirtschaft der Karl-Franzens-Universität Graz;  
e-mail: lisa.kampl@uni-graz.at

which allows banks to borrow from the ECB, is at its lower bound of 0%. Before the crisis in 2008, this rate was still at 4%. This low and enduring interest-rate environment has led to a gradual reduction in lending rates on loans. While the average lending rate on loans for housing purpose before the crisis was 5%, the average interest rate is currently 2%. Another important development, due to the low interest rates, is the allocation of long-term, fixed-interest loans with a maturity of 20 and up to 30 years. Such long-term, fixed-interest loans were non-existent before the crisis. Demand for these long-term fixed-rate loans is on the rise, as the par yield curve, which serves as a reference for these loan rates, is flattening after 15 years. This leads to relatively low fixed-interest rates for loans with a term over 20 years. By taking out a fixed-rate loan, the debtor can secure the currently prevailing low interest rates for a long period. However, due to the currently negative Euribor rates that serve as reference rates for variable loans, the current lending rates for the variable variant are around 1% for debtors with high creditworthiness. Yet there is a risk of rising interest rates that is expected soon as the Quantitative Easing of the ECB is expected to end in 2019. Nevertheless, in the future, possible higher variable interest rates will only affect the outstanding face value of the loan when calculating in-

terest payments. When deciding whether to take a fixed-rate or variable-rate loan, consumers and companies are faced with a decision where they have to make a prediction of the path of future interest rates. The optimal choice between a fixed-rate and variable-rate loan is mostly made in practice, based on the effective interest rate as it would be if only fixed-rate loans are compared. A decision based on the advertised effective interest rates in loan offers is problematic since banks make non-representative assumptions regarding future interest rates and therefore future interest payments of variable-rate loans are not realistic. In loan offers, it quite often appears that a variable-rate loan is always advantageous since the most used reference rates (the 3M Euribor as well as the 6M Euribor) are both negative and the risk premium which is additionally charged is around 1.25% for debtors with a high creditworthiness. However, there is a risk of rising interest rates that is expected in the near future after the ECB terminates its asset purchase programs and raises the main refinancing rate again.

Although the decision has a great impact on future payments, very little literature deals with this specific decision-making process. Most literature focuses on determinants of loan choice. One of these determinants is the spread between long-term yields that are linked to long-term, fixed-interest rates and

Figure 1: Interest rate development and inflation



Source: Thomson Reuters Datastream, European Central Bank

the average of recent short-term interest rates, which serve as reference rates for variable-rate loans (Kojien, Hemert and van Nieuwerburgh, 2009). Another approach is based on portfolio optimization in order to find the optimal debt portfolio in dependence of operating income stream and the covariance between the operating income and the debt repayments (Agmon, Ofer and Tamir, 1981). However, no explicit key figure or method is presented in order to make the optimal decision between two or more loan offers when variable-rate loans are involved.

As a result, we propose two different criteria to choose between fixed- and variable-rate loans. Our main criterion is the effective interest rate (dynamic criterion) and in addition to that, we propose the total repayments/average monthly repayments (static criterion) as an approximation as it is widely used in practice in loan offers and advertisings. In order to understand why the topic of a choice between fixed and variable-rate loan is relevant, Section 2 gives a short overview of the current interest landscape in the Eurozone as well as its development since the financial crisis in 2008. For illustration, we also present the current lending rates for different types of loans in the Eurozone. In Section 3 we then take a closer look at the EU and national regulations and laws regarding the calculation of the effective interest rate and give an overview of methods to forecast future interest rates. In Section 4, we then give instructions on how the optimal loan choice for different payback agreements is made. Moreover, in Section 5 we show the effects of data modifications and the payback to payout ratio. Section 6 gives a short conclusion.

## 2. Background

Before turning to our main purpose of discussing the optimal loan choice between fixed and variable-rate loans, we first want to give a short overview of the development of the most important interest rates in the Eurozone since 2007, as they have a great impact on lending rates for both fixed and variable-rate loans.

### 2.1. Interest rates in the Eurozone

Since the financial crisis in 2008 interest rates are declining in the euro zone. As a reaction to the global financial crisis and the following European sovereign debt crises, the ECB lowered the key interest rate from 4% to 1%, and finally to the zero lower bound in March 2016. The main refinancing rate serves as an indicator for other interest rates, e.g., the 3M, 6M or 12M Euribor that are most commonly used as reference rates for variable-rate loans in the euro zone. This low interest-rate environment made variable-rate loans attractive, as the common reference rates declined constantly since 2008 and are now below zero, which has led to very low lending rates for variable-rate loans.

In addition to lowering the base rate to its effective lower bound, the ECB implemented various asset purchases. These asset purchase programs lowered long-term yields. These long-term yields serve as an indicator for lending rates for fixed-rate loans and therefore their development is crucial for the height of these rates. The asset purchase programs of the ECB were also an indicator that the ECB's main refinancing rate remains at 0%. As these programs are expected to end in 2019,

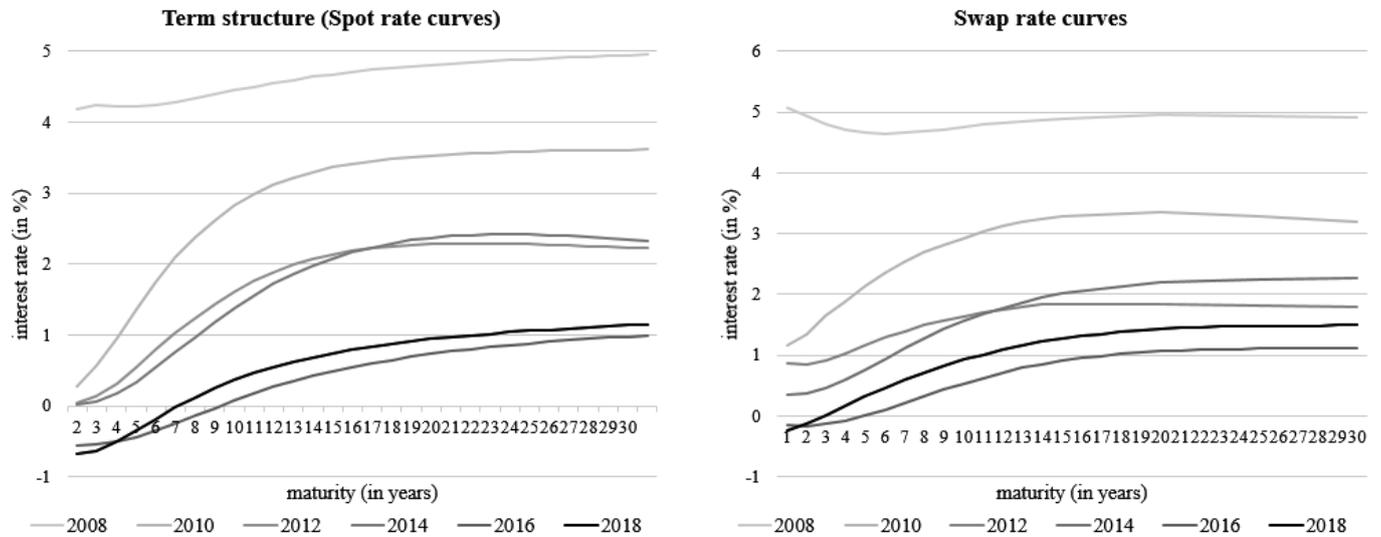
interest-rate increases are expected soon after that. As these long-term interest rates are starting to increase again, debtors are confronted with the decision of whether to secure the current long-term interest rates and take out a fixed-rate loan or speculate that short-term interest rates (e.g. 3M or 6M Euribor) will remain at their current low level for some time.

Figure 1 gives a short overview of the development of the interest landscape in the Eurozone as well as the current situation. The term structure that is derived of AAA-rated, EUR denominated government bonds in the euro zone serves as an indicator for the current state of economy and gives an overview of current interest rates. Figure 2 shows the term structure (spot rate curves) from 2007 to 2018 as of August 3 each year for a maturity range up to 30 years. The development (from light to dark) shows that spot rates for all maturities decreased over the last ten years since the financial crisis. In the last years, the spot rates for maturities of up to nine years were even below zero. The latest curve (black line) shows that the spot rates until a maturity of six years are negative. The right side of Figure 2 shows the development of swap rate curves (interest rate swap) for the same period of time and maturity range. The trend of swap rates is the same as for spot rates.

### 2.2. Loan business in the Eurozone

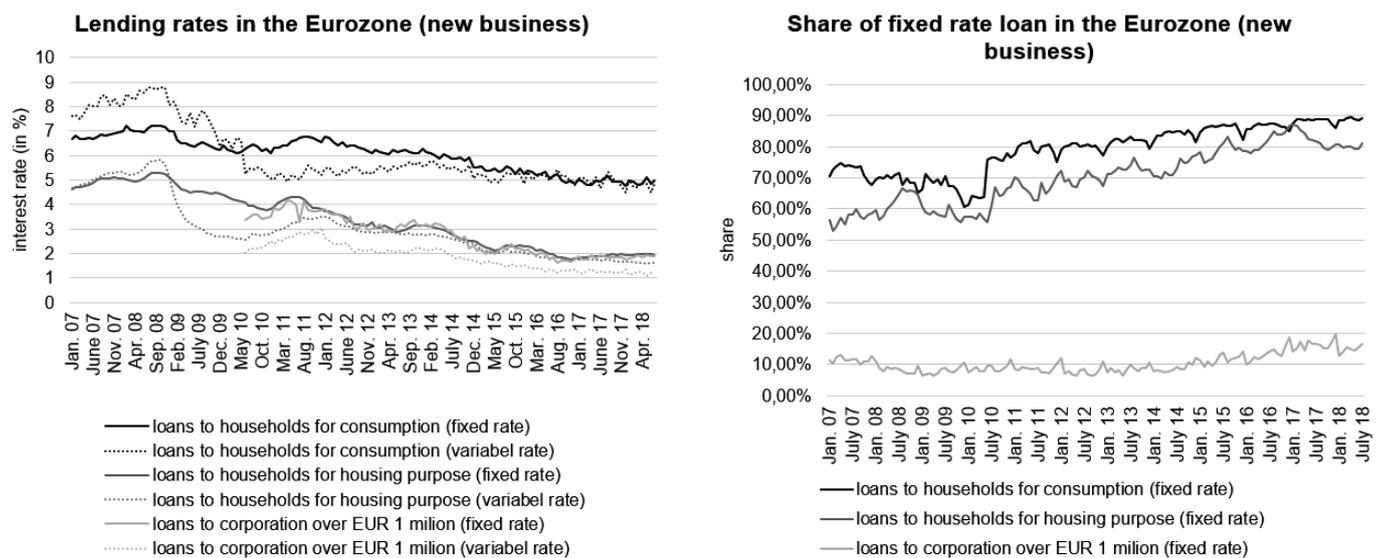
After the short overview of the development of interest rates in the Eurozone, we now look at lending rates and volume of new loans in the Eurozone as the development of these lending rates is of even greater interest for debtors. Figure 3 shows the development

Figure 2: Interest landscape in the Eurozone



Source: Thomson Reuters Datastream (August 3, 2018)

Figure 3: Loan business in the Eurozone (new business)



Source: European Central Bank

of lending rates in the Eurozone on loans to households for consumption, for housing purposes and to corporations over EUR 1,000,000 for fixed and variable-rate loans each since January 2007<sup>1)</sup> (left side). Figure 3 also gives an overview of the share of fixed-rate loans to households for consumption and for housing purpose as well as to corporations in the Eurozone (right side). Before the financial crisis, lending rates for both fixed and variable-rate loans to households increased due to the tense economic environment until they reached their peak in 2008. With the burst of the real estate bubble and the following global financial crisis, lending rates fell swiftly. Since 2016, a sideways trend for lending rates for all three types of loans can be observed.<sup>2)</sup>

When comparing current lending rates for variable and fixed-rate loans in the Eurozone, Figure 3 shows that, for housing-purpose loans, the rate for fixed-rate loans was and is higher than for variable-rate loans, except for over a short time period in the beginning of the financial crisis in 2007/08. Since 2011, the rates for each loan type (variable and fixed) follow a very similar and downward trend. The current lending rates for housing-purpose loans to households are 1.63% (1.93%) for variable-rate loans (fixed-rate loans). When turning to the development of lending rates for consumption loans, Figure 3 shows that rates are higher by about 2% in 2007 and by even 3% in 2018 than housing-purpose loans. However, the development of

rates for fixed-rate loans since 2011 is similar to the one for housing loans as they also follow a downward trend. As mentioned above, lending rates are higher for consumption loans and amount to 4.85% (4.99%) for variable-rate loans (fixed-rate loans). Lending rates for loans to corporations with a face value of over EUR 1,000,000 are only available since June 2010 and rates for fixed loans nearly perfectly match with rates for fixed-rate housing loans. This can be explained due

1) Except for loans to corporations, as data is only available since June 2010.  
 2) Although a slightly upward trend for loans to households for housing purposes (fixed rate) is observable.

to similar risk premiums, as both forms often require some collateral (e.g. mortgage for housing loans). In July 2018, lending rates for loans to non-financial institutions with a face value of more than EUR 1,000,000 amount to 1.14% (1.90%) for variable-rate loans (fixed-rate loans).

On the right-hand side, Figure 3 shows the development of fixed-rate loans in the Eurozone. Due to the persistently low interest-rate environment, especially in the longer term, the share of fixed-interest loans increased slightly and amounts to 81.03% (2014: 73.01%) in July 2018 for housing-purpose loans and to 89.06% (2014: 84.86%) for consumption loans. The share of fixed-rate loans to households was and is at a very high level, as consumers are more risk-averse than corporations, and they want to plan their financial burdens for the longer term. The share of fixed-rate loans to non-financial institutions is much lower, but also shows an increasing trend to 16.59% (2014: 9.16%) in July 2018. That development shows that both private and institutional debtors want to secure the current low interest rates over a longer time period, as rising interest rates are only a matter of (short) time. In addition, fixed-income loans offer the advantage of being able to plan the future amount of repayments.

### 3. Determinants of loan choice

After we took a look at the current interest-rate landscape in the Eurozone and discussed current lending rates and share of fixed-rate loans, the main question is now based on which determinant or key figure a debtor should choose a variable-rate loan or a fixed-rate loan. Therefore, we provide a short overview of the different components of fixed- and variable-loan rates in order to show how lending rates are composed. Whereas the interest rate of both forms depends on the face value, term and payback agreement, other factors vary. The interest rate of a fixed-rate loan is composed of a riskless interest rate which is linked, e.g., to the riskless par yield and is fixed at the beginning of the loan. A margin that represents the creditor's operating costs as well as a risk premium that reflects the creditworthiness of the debtor is charged in addition to getting the fixed-interest rate  $i^{fix}$  of a fixed-rate loan. When deriving the interest rate  $i_t^{var}$  for a variable-rate loan, the basis is a reference rate, which is a short interest rate. The development of the variable interest rate is tied to this short interest rate. In comparison to the fixed-interest rate, the variable interest rate will be updated in specific time intervals to the determined reference rate at the beginning of each adjustment period. These interest adjustments are

made mainly quarterly, semi-annually or annually, as in the case of savers' building loans. To this varying short-term interest rate, a margin and a risk premium  $RP^{var}$  are added to get the variable interest rate.

The selection of possible determinants that can be used to make a decision between fixed and variable-rate loans is diverse and ranges from the term structure of interest rates to the term of the loan. Other possible determinants are the expected future reference rates, disbursement discount, as well as the risk premiums for fixed and variable-rate loans. In this matter, we propose a dynamic criterion (effective interest rate) and a static approximation (total repayments) as decision variables in this article, as these two criteria are the most common ones in practice. Our main key figure will be the effective interest rate, but we also introduce the static approximation because this figure is often advertised in loan offers. The effective interest rate is a dynamic criterion as it takes into account the chronological sequence of payments. From a financial perspective, the decision for an investment should be based on maximizing the shareholder value or, in other words, the net present value. However, a decision based on the effective interest rate can differ from the decision that would be made based on the net present value.<sup>3)</sup> In our specific case, it is not problematic because of the assumptions we made regarding the occurring payments. The second criterion, namely the total repayments (or average monthly repayments), serves as an approximation for the effective interest rate. Payments include principal repayments as well as interest payments. We use this static criterion in order to offer a more simple decision variable to consumers, as they are often interested in their average monthly burdens and total repayments over the loan term.

#### 3.1. Effective interest rate

As we propose the effective interest rate as our main key figure to choose between fixed and variable-rate loans, we first want to define this criterion. The effective interest rate, or rather the annual percentage rate of charge (APRC), represents the total costs of the credit to the debtor with the exception of any charges payable by the debtor that are not linked to any of his commitments laid down in the underlying credit agreement. In other words, the effective interest rate is the discount rate for which the present value of the payments from the creditor equals the present value of the repayments to the creditor. The effective interest rate is calculated to ensure comparability between different loan offers for debtors. In order to protect consumers, special rules are

applied concerning the effective interest rates and its calculation. In EU Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers and in Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property, the rules used to calculate the effective interest rate of fixed and variable-rate loans are found. These two EU Directives were set up to enable consumers to appraise a bank's loan offer by the effective interest rate and to choose the optimal loan from different offers by means of this key figure. Directive 2014/17/EU lists all costs that are taken into account when calculating the effective interest rate. These costs include interest payments, costs of maintaining an account recording both payment transactions and drawdowns, commissions for credit intermediaries, administration fees at the beginning of the loan (except for notarial costs) and other costs, e.g., fee for a creditworthiness check of the debtor. Total costs exclude costs that the debtor pays to or receives from third parties, e.g., immovable property or land-associated taxes, notarial costs or costs for land registration or mortgage registration and possible commissions to loan brokers. These costs are excluded although they can be rather high compared to the face value of the loan. The effective interest rate solely reflects all payments between the creditor and the debtor.

In these two Directives, the underlying assumptions used by banks to calculate the effective interest rate are also specified. One of these assumptions is that the credit agreement is to remain valid for the period agreed and creditors fulfil their obligations under the terms and by the dates specified in the credit agreement. Due to this assumption, no prematurity compensation costs have to be taken into account. The most important assumption regarding variable-rate loans is that if the credit agreement allows for variation in the borrowing rate, the effective interest rate is calculated on the assumption that the borrowing rate will remain fixed in relation to the initial level based on the value of the agreed reference rate at the time. This is our main concern, as it gives non-realistic effective interest rates, especially in the current low interest environment with negative short-term interest rates. In addition, charges that are unquantifiable at the time of calculation will also remain fixed in relation to the initial level.

On a national level, loans in general, e.g., loans to non-financial institutions, are regulated in the Austrian Civil Code

3) For explanation, see Fischer (2008), S. 49–50.

(ABGB). In contrast to consumer loans, the effective interest rate does not have to be declared in credit agreements with companies. Additional regulations for consumer loans are found in the Verbraucherkreditgesetz (VKrG), Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (HIKrG) and Bankwesengesetz (BWG § 33 Abs. 6). These regulations refer to the EU Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU. In Germany, regulations concerning loans in general are in the German Civil Code (BGB). Analogous to Austria, the effective interest rates do not have to be declared in credit agreements where the debtor is not a consumer. Additional regulations for consumer loans regarding the calculation of the effective interest rates and its declaration in loan offers are found in the Preisangabenverordnung (PAngV). In addition to that, different effective interest rates have to be calculated whenever a loan allows variations in the underlying interest rate. Banks in the member states have to make sure that the debtor is aware of these possible changes and their impacts on the amounts payable. This is done in the European Standard Information Sheet (ESIS), where an additional effective interest rate is calculated to illustrate the impact of rising reference rates concerning the loan repayments.

### 3.2. Typical loan offers

To illustrate how typical loan offers and the resulting key figures are calculated based on the EU regulations we discussed in Section 3.1, we take a simple numerical example for a fixed- and variable-rate loan. Table 1 gives an overview of the loan specifications of the fixed-rate and variable-rate loan each. Disbursement discounts are set to 2% for the fixed-rate loan and to 3% for the variable-rate loan. The deviation of these discounts should reflect that the two loan offers are made by different banks, as they often charge different costs at disbursement to compensate for lower granted lending rates.

The variable interest rate is linked to the 6M Euribor (- 0.268% per August 3, 2018) and in addition, a risk premium of 1.50% p.a. is charged. Although the variable-loan rate allows variation in the lending rate, it is assumed (as proposed in EU directive) that the initial interest rate will remain fixed in relation to the initial rate to show how the effective interest rate and total repayments are calculated in standard loan offers in the Eurozone. To show the impact of different repayment agreements we calculate our decision criteria for three different types of repayments, namely lump sum, constant principal and annuity repayment.

The third row (future reference rates) should highlight again that the calcula-

Table 1: Loan specifications (initial data)

Data	Fixed-rate loan	Variable-rate loan
Face value	100,000	100,000
Disbursement discount	2%	3%
Term	15 years	15 years
Interest rate	2.10% p.a.	6M Euribor + 1.50% p.a.
Repayments	Monthly	Monthly
Payout at t = 0	98,000	97,000

Table 2: Typical loan offers: results

		Fixed rate	Variable rate
	Face value	100,000	100,000
	Payout at t = 0	98,000	97,000
	Future reference rates		Initial <sup>4</sup>
Type of repayment	Key figures	Fixed rate	Variable rate
Lump sum	Effective interest rate	2.28% p.a.	1.46% p.a.
	Total repayments	131,500.00	118,465.00
	(Average) monthly repayments	730.56	658.14
Constant principal	Effective interest rate	2.42% p.a.	1.68% p.a.
	Total repayments	115,837.50	109,283.79
	(Average) monthly repayments	643.54	607.13
Annuity	Effective interest rate	2.41% p.a.	1.66% p.a.
	Total repayments	116,662.27	109,567.61
	(Average) monthly repayments	648.12	608.71

tions are made based on the assumption that future reference rates will remain fixed to the initial reference rate. Based on the assumptions made in the EU Directives for calculating the effective interest rate and the total repayments, the variable-rate loan is advantageous, independently of the type of repayment. Although in practice decisions are made based on these assumptions, there are some critiques we want to highlight. First, if a decision is made based on the effective interest rate or on total (or average monthly) repayments, better estimates on future reference rates are essential to capture the risk of rising interest rates in the future, which lead to higher future interest payments of the variable-rate loan. This fact leads to the problem that a decision based on the effective interest rates can be false from a financial perspective for variable-rate loan, although this criterion secures a true decision for fixed-rate loans.<sup>5</sup> In addition to better estimates of future reference rates, calculations have to be done for the same initial payoff of the loans if the decision is based on total (or average monthly) repayments. Otherwise the loan with the lower face value will be chosen, given that all other data is constant. Therefore, adjustments in the face value of (both) loans have to be made to secure the condition of matching

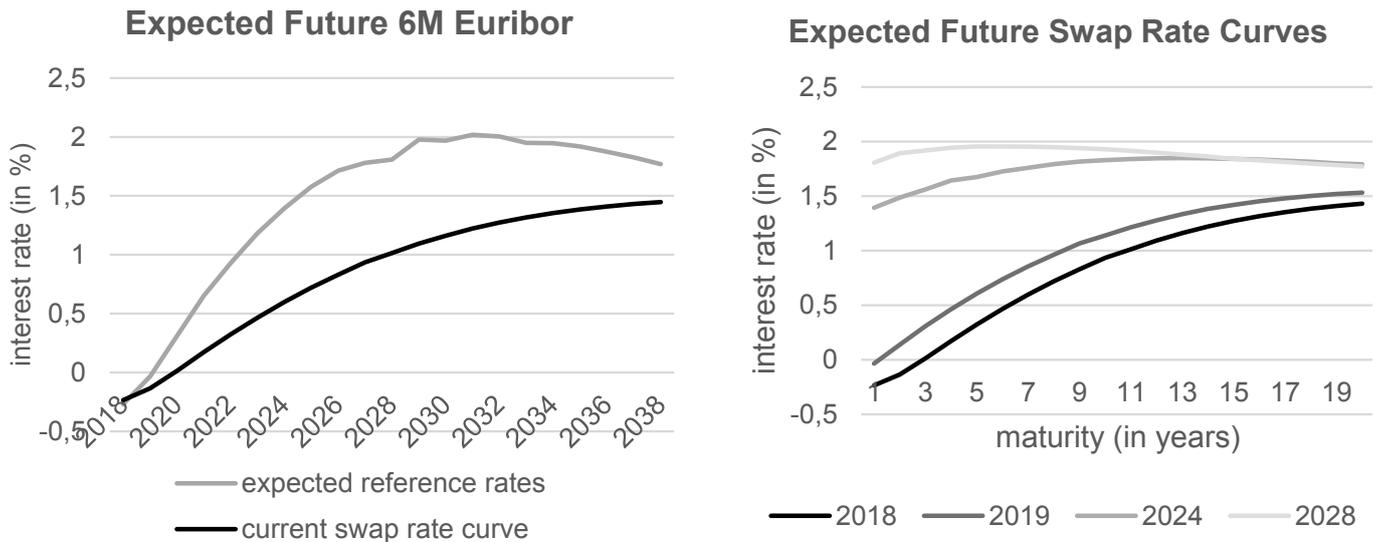
loan payouts at t = 0. If the decision is based on effective interest rates, calculations have to be made for the same initial payoffs if costs that are independent of the (outstanding) face value exist, e.g., account management charges or costs for valuation of property. Otherwise, if all payments are proportional to the face value, different initial payoffs have no impact on the effective interest rate. In our case, all costs are proportional to the face value.

To deal with the first drawback of non-representative future interest rates, expected future reference rates have to be forecasted. There exist numerous possible ways to forecast future interest rates. As a first method, expert opinions can be brought in to forecast future interest rates. Secondly, macroeconomic analysis can be done to predict the future path of term structure (see, e.g., Kucera, 2017). Inflation, GDP growth or unemployment rate can be considered as macroeconomic variables in order to forecast future interest rates. Stochastic Diffusion Processes (see, e.g., Fischer and Zechner, 1984) and

4) Assumption that future reference rates will remain fixed to the initial reference rate.

5) For explanation, see Fischer (2001).

Figure 4: Expected future 6M Euribor and expected future swap rate curves



Source: Thomson Reuters Datastream (August 3, 2018) and own calculation

more advanced time series analysis (see, e.g., Radha and Thenmozhi, 2006) offer a wider range of possibilities to forecast interest rates. As a special form of stochastic diffusion process, the LIBOR Market Model (see, e.g., Brace, Gatarek and Musiela, 1997) can be used. These methods can be used to predict future interest rates for a short time horizon but for long-term predictions, these methods are not applicable. Another possibility is to forecast future spreads that can be used to calculate various future interest rates (see, e.g., Campbell and Shiller, 1991 or Dbouk, Jamali and Kryzanowski, 2015). As for the euro zone, Euro TED spreads, EONIA-Swap spreads or base rate spreads can be predicted. In addition to that, implied future reference rates from future or option prices (see, e.g., Cesari and Sevini, 2004 or Gebbia, 2016 and ECB, 2018) are suitable to estimate future interest rates. The problem with these implied future reference rates is that they can be forecasted only for a short time horizon because of the short-term maturity of futures and options. For predicting interest rates for a longer time horizon, interest rate swap curves or forward swaps can be used. These three methods are widely used in practice as they allow prediction of interest rates for longer time horizons (see, e.g., Danske Bank, 2018).

In our analysis, we form predictions for future reference rates based on the current interest rate swap curve. The implied expected future reference rates are then calculated based on the pure expectation hypothesis (PEH). The hypothesis postulates that the expected future one-period spot rate equals the current one-period forward rate (Sangvinatsos, 2010). Based on the PEH in the discrete time case, we extract expected future reference rates

(implied future reference rates) from current interest rate swap rates.

$$(1 + IRS_t)^t = (1 + IRS_{t-1})^{t-1}(1 + Ref_{t-1})$$

Our estimates for implied future reference rates are:

$$Ref_{t-1} = \frac{(1+IRS_t)^t}{(1+IRS_{t-1})^{t-1}} - 1,$$

where  $IRS_t$  is the interest rate swap with maturity  $t$ . The reference rate  $Ref_{t-1}$  is then used to adjust the variable interest rate for period  $t$ . By taking the swap curve, we are able to calculate future expected reference rates over a long-time horizon, which is necessary in order to calculate future interest rates of variable-rate loans. This is essential as loans, especially loans for housing purposes, tend to have longer terms ranging from ten to thirty years. Our calculation allows us to predict these reference rates for the longer term in comparison to other forecasting methods, which can be used only in the short run. For calculations we take the current swap rate curve (August 3, 2018) and extract expected future reference rates based on the PEH. We opt for the PEH to calculate implied future expected reference rates, as the PEH is straightforward and to capture current market expectations regarding future interest rates which are contained in the current swap rate curve. Another reason for using the swap rate curve is the possibility to forecast future reference rates for longer time horizons, which cannot be done, as mentioned above, for most other forecasting methods.

Which forecasting methods the decision maker ultimately uses can vary from our method since we only want to

provide two different decision criteria that can be combined with any forecasting method for future reference rates to make an optimal loan choice. As our purpose is to point out the importance of representative future reference rates, we use the PEH as a simple method to forecast these expected (implied) future interest rates.

#### 4. The optimal choice for different payback agreements

As we calculated future expected (implied) reference rates, we now turn to the main purpose, which is to show how debtors should choose between a fixed and variable-rate loan. In comparison to standard loan offer calculation, we use the implied future reference rates which we extract from the current swap curve in order to derive our proposed decision criteria. In the course of our analysis, we examine the three different repayment types lump sum repayment, constant principal repayment and constant annuity repayment to show the effect of changing interest on these three loan types. As mentioned before, we assume that the same amount is paid out at  $t = 0$  for both loans which is equivalent to

$$(1 - d^{fix})Nom^{fix} = (1 - d^{var})Nom^{var},$$

where  $d^{fix}$  ( $d^{var}$ ) is the disbursement discount of the fixed (variable) rate loan that lowers the payout at  $t = 0$ . This assumption of equal payouts is crucial, as the static criterion requires equal credit payments at  $t = 0$ . Therefore, we change the face value of both loans in order to secure an optimal choice between different loans. The adjustment is not required when a consumer makes his/her decision based on the effective interest rate and all costs

are proportional to the face value, which is true in our example. Furthermore, we assume that both loans are uncalled so no prematurity compensation payment is considered. In addition to that, the initial costs are given and summarized in the disbursement discount. Furthermore, no additional costs occur during the term of the loans.

We use our two proposed key figures to decide whether the fixed- or the variable-rate loan is advantageous. According to the exact method (dynamic criterion), the decision is made based on the effective interest rates. Therefore, we calculate the effective interest rates for both loans and then compare them straightforward. As mentioned in Section 3.1, the effective interest rate is the discount rate, which ensures equality between the present value of the payments from the creditor and the present value of the payments to the creditor. This rate can be also interpreted as the internal rate of return of a loan. Payments from the creditor are in this case only the payout at  $t = 0$ . Payments to the creditor include the principal repayments as well as interest payments by the debtor. All calculations are made using the implied future reference rates based on the current swap curve (August 3, 2018). To derive the effective interest rate  $i_{eff}$  we solve the succeeding equation for the fixed-rate loan

$$(1 - d^{fix})Nom^{fix} = \sum_{t=1}^T \frac{C_t^{fix}}{(1+i_{eff}^{fix})^t}$$

and following for the variable-rate loan

$$(1 - d^{var})Nom^{var} = \sum_{t=1}^T \frac{C_t^{var}}{(1+i_{eff}^{var})^t},$$

where  $C_t^{fix}$  ( $C_t^{var}$ ) represent the total cashflows paid by the debtor for a fixed (variable) rate loan. In this context, the variable-rate loan is advantageous if

$$i_{eff}^{fix} > i_{eff}^{var}$$

Table 3: Overview of possible cases

Repayment type	Lump sum repayment	Case 1
	Constant principal repayment	Case 2
	Constant annuity repayment	Case 3

is valid, where  $C_t^{fix}$  and  $C_t^{var}$  are the total cashflows, which arise from both loans. We introduce this static approximation to offer consumers a simpler way to compare two loan offers, as they often want to know how much they have to pay back over the loan term. As before, we use once again the implied future reference rates we calculated based on the current swap curve and the PEH to calculate the total repayments.

**4.1. Case I: Lump sum repayment**

In Case I, we compare a fixed and a variable-rate loan each with lump sum repayment. Periodic interest payments and a single repayment at maturity characterize this type of repayment. As no repayments are made during the term and thus the outstanding nominal value does not change over the term, increases in the interest rate for variable loans have the greatest impact. For the fixed-rate loan interest payments amount to

$$Z^{fix} = i^{fix} * Nom^{fix}$$

and are constant over the loan term. The amount of interest payments of the variable loan changes with the future expected reference rates and result in

$$Z_t^{var} = i_t^{var} * \frac{1-d^{fix}}{1-d^{var}} Nom^{fix},$$

with

$$i_t^{var} = Ref_{t-1} + RP^{var}.$$

The variable interest rate  $i_t^{var}$  is composed of the underlying reference rate  $Ref_{t-1}$ <sup>6)</sup> and a risk premium  $RP^{var}$ , which

Based on the effective interest rate  $i_{eff}^{fix}$  and  $i_{eff}^{var}$  the fixed-rate loan is advantageous if  $i_{eff}^{fix} < i_{eff}^{var}$  is true. In order to calculate these two effective interest rates, we solve the two following equations:

$$(1 - d^{fix})Nom^{fix} = \sum_{t=1}^T \frac{Z_t^{fix}}{(1+i_{eff}^{fix})^t} + \frac{Nom^{fix}}{(1+i_{eff}^{fix})^T}$$

and

$$(1 - d^{var})Nom^{var} = \sum_{t=1}^T \frac{Z_t^{var}}{(1+i_{eff}^{var})^t} + \frac{\frac{1-d^{fix}}{1-d^{var}}Nom^{fix}}{(1+i_{eff}^{var})^T}.$$

The approximate solution is based total or average cashflows from both loans. The fixed-rate loan is advantageous based on the average cashflows if the average difference is negative.

$$Z^{fix} - \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T Z_t^{var} - \frac{1}{T} \frac{d^{var}-d^{fix}}{1-d^{var}} Nom^{fix} \leq \leq 0$$

That can be simplified to

$$i^{fix} \leq \frac{1-d^{fix}}{1-d^{var}} Ref_{\emptyset} + \frac{1-d^{fix}}{1-d^{var}} RP^{var} + \frac{1}{T} \frac{d^{var}-d^{fix}}{1-d^{var}},$$

with

$$Ref_{\emptyset} = \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T Ref_{t-1}.$$

This equation allows us to calculate the critical fixed-interest rate for which the

Table 4: Lump sum repayment loan cash flows

	t = 0	t = 1	t = 2	...	t = T
<b>Fixed rate</b>	$(1 - d^{fix})Nom^{fix}$	$-Z^{fix}$	$-Z^{fix}$		$-Z^{fix} - Nom^{fix}$
<b>Variable rate</b>	$(1 - d^{var})Nom^{var}$	$-Z_1^{var}$	$-Z_2^{var}$		$-Z_T^{var} - Nom^{var}$

is valid and vice-versa. The second method is an approximation and is based on the total repayments or average payments of the fixed and variable-rate loan. The variable-rate loan is advantageous if

$$\frac{1}{T} \sum_{t=1}^T C_t^{fix} > \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T C_t^{var}$$

is fixed at the beginning. Since periodic adjustments to the current reference rate are made, the variable interest rate is not constant over the loan term.

In order to calculate our two proposed key figures for choosing a loan, we first determine all relevant payments.

debtor is indifferent between a fixed and variable-rate loan. Although this critical

6) For this variable we insert the calculated implied future reference rates using the PEH.

interest rate is only an approximation, it can be used as a basis for loan negotiations. For better illustration, we take the same simple loan specification we used in Section 3.2 to choose between a fixed-rate and variable-rate loan.

The only difference to Section 3.2 is that the variable interest rate is now adjusted annually to the forecasted 6M Euribor at the beginning of the adjustment period. Based on the assumption that future reference rates equal the initial reference rate over the loan term<sup>7)</sup>, the effective interest rate of the variable-rate loan (1.46%) is lower than the effective interest rate of the fixed-rate loan (2.28%). In addition to that, the total repayments from the fixed-rate loan (134,183.67) are also higher than the ones of the variable-rate loan (122,128.87). Based on our forecast for expected future reference rates the effective interest rate is 3.06% for the variable-rate loan and again 2.28% for the fixed-rate loan as this one is not influenced by future interest rates. Based on the assumption of fixed reference rates, a false decision would be made and the consumer would choose the variable-rate loan as it seems to be more advantageous. This false decision would be taken based on typical loan offers since exactly this assumption regarding future reference rates are made in these offers when calculating the effective interest rate as laid out in detail in Section 3.1. In contrary, if the decision is made based on our proposed assumptions of future reference rates, the consumer would make the right decision and choose the fixed-rate loan over the variable-rate loan.<sup>8)</sup> Since the effective interest rate of the fixed-rate loan is smaller than the effective interest rate of the variable-rate loan, the fixed-rate loan is more advantageous. Based on the approximate solution the same decision is proposed since the total (average monthly) repayments arising from the fixed-rate loan 134,183.67 (745.46) are lower than the average monthly cashflows of the variable-rate loan 147,348.14 (818.60).

**4.2. Case 2: Constant principal repayments**

In Case 2, we examine the payback type of constant principal repayments.

Table 5: Loan specification (revised data)

Data	Fixed-rate loan	Variable-rate loan
Face value	100,000	100,000
Disbursement discount	2%	3%
Term	15 years	15 years
Interest rate	2.10% p.a.	6M Euribor + 1.50% p.a.
Repayments	Monthly	Monthly
Payout at t = 0	98,000	97,000

In general, these loans are characterized by constant principal repayments that amount to  $\frac{1}{T}Nom$  in each repayment period. Interest payments  $Z_t^{fix}$  are calculated in each period as a percentage of the outstanding nominal amount of the loan at the beginning of the period t and amount to

$$Z_t^{fix} = i^{fix} * Nom_{t-1}^{fix}.$$

Since constant principal repayments reduce the outstanding nominal amount in each period, interest payments decrease in each period by  $\frac{1}{T}i_t * Nom^{fix}$ . The outstanding face value in period t is therefore

$$Nom_{t-1}^{fix} = Nom^{fix} - \frac{1}{T}(t - 1)Nom^{fix}$$

for both the fixed-rate loan and the variable-rate loan. The interest payments of the variable-rate not only depend on the outstanding face value but also once again on the initial and future reference rate. The interest payments of the variable-rate loan are

$$Z_t^{var} = i_t^{var} * Nom_{t-1}^{var}$$

As in Section 4.2 we once again calculate the effective interest rate of both loans in order to decide based on the exact criterion. The approach to calculate these effective interest rates is the same as it was in the previous section and following equations have to be solved:

$$(1 - d^{fix})Nom^{fix} = \sum_{t=1}^T \frac{Z_t^{fix} + \frac{1}{T}Nom^{fix}}{(1+i_{eff}^{fix})^t}$$

and

$$(1 - d^{var})Nom^{var} = \sum_{t=1}^T \frac{Z_t^{var} + \frac{1}{T}Nom^{var}}{(1+i_{eff}^{var})^t}$$

Based on the static criterion of average monthly payments the fixed-rate loan is chosen if

$$\frac{1}{T} \sum_{t=1}^T (Z_t^{fix} - Z_t^{var}) - \frac{1}{T} \frac{d^{var} - d^{fix}}{1 - d^{var}} Nom^{fix} \leq 0$$

is valid.

For illustration, we use again the same loan specification as in the previous section. The only difference is the repayment type, which switches from lump sum repayment to constant principal repayments. The effective interest rate for the fixed-rate loan amounts to 2.42% p.a. and is higher than it was for the lump sum repayment. That can be explained because the effective interest rate takes into account the chronological order of cashflows and the highest cashflow, namely the principal repayment arises in the last period for a loan with lump sum repayment. The effective interest rate of the variable-rate loan under the assumption that future reference rates equal our implied forecasted reference rates is 2.89%. In contrary, the effective interest rate that would be advertised is only 1.68% p.a. that would lead to a false decision. Based

7) See Section 3.2

8) As this is the right decision in our numerical example.

Table 6: Constant principal repayments loan cash flows

	t = 0	t = 1	t = 2	...	t = T
Fixed rate	$(1 - d^{fix}) Nom^{fix}$	$-\frac{1}{T} Nom^{fix} - Z_1^{fix}$	$-\frac{1}{T} Nom^{fix} - Z_2^{fix}$		$-\frac{1}{T} Nom^{fix} - Z_T^{fix}$
Variable rate	$(1 - d^{var}) Nom^{var}$	$-\frac{1}{T} Nom^{var} - Z_1^{var}$	$-\frac{1}{T} Nom^{var} - Z_2^{var}$		$-\frac{1}{T} Nom^{var} - Z_T^{var}$

on our proposed criterion and assumptions the fixed-rate loan is advantageous. That would not be the case if only the advertised effective interest rates are available. Based on the criterion of total payments also the fixed-rate loan is more advantageous as total payments arising from the fixed-rate loan (118,201.53) are smaller than the ones from the variable-rate loan (122,264.62).

**4.3. Case 3: Annuity repayments**

Loans with annuity repayments as payback agreement are characterized by constant annuity payments that are the sum of interest and principal payments. The annuity for a fixed-rate loan is constant over the loan term since the interest rates are constant. For the fixed-rate loan, the annuity is calculated with:

$$Ann^{fix} = \frac{i^{fix}(1+i^{fix})^T}{(1+i^{fix})^T - 1} * Nom^{fix}.$$

Interest payments  $Z_t^{fix}$  are equal to

$$Z_t^{fix} = i^{fix} * Nom_{t-1}^{fix}$$

with

$$Nom_t^{fix} = Nom_{t-1}^{fix} - (Ann^{fix} - Z_t^{fix})$$

and

$$Nom_t^{var} = Nom_{t-1}^{var} - (Ann_t^{var} - Z_t^{var}).$$

In order to decide based on the exact criterion we again calculate the effective interest rates of both loans which solve the following equations:

$$(1 - d^{fix})Nom^{fix} = \sum_{t=1}^T \frac{Ann^{fix}}{(1+i_{eff}^{fix})^t}$$

and

$$(1 - d^{var})Nom^{var} = \sum_{t=1}^T \frac{Ann_t^{var}}{(1+i_{eff}^{var})^t}.$$

Based on the approximate criterion the fixed-rate loan is advantageous if

$$\frac{1}{T} \sum_{t=1}^T Ann_t^{fix} - \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T Ann_t^{var} \leq 0$$

is valid. This inequation can be simplified to

$$Ann^{fix} \leq \frac{1}{T} \sum_{t=1}^T Ann_t^{var}.$$

Because interest rates of the variable-rate loan are not constant, a new annuity has to be calculated whenever a new reference rate is applied. Therefore, a simple comparison between the annuity

**5. The effects of data modifications and the payback to payout ratio**

In this section, we show the effects of data modification regarding future reference rates as well as the face value.

For this purpose, we compare the solutions from Section 3.1 and 4 to show how the effective interest rate and total (monthly) repayments differ from each other in dependence of the used future reference rates. The difference should highlight our critique that key figures in loan offers should be calculated using expected future interest rates and not (as proposed in the EU regulations) the initial reference rate.

First (column 1, 2,4 and 5), we present the effects of our proposed assumptions regarding future expected reference rates (implied) in comparison to the assumptions made in typical loan offers (initial), which can be seen in the third row (future reference rates). As laid out before, we derived implied future reference rates from the current swap curve based on the PEH in order to represent current market expectation. In comparison to that, in typical loan offers the variable rate is

Table 7: Annuity repayment loan cash flows

	t = 0	t = 1	t = 2	...	t = T
<b>Fixed rate</b>	$(1 - d^{fix})Nom^{fix}$	$-Ann^{fix}$	$-Ann^{fix}$		$-Ann^{fix}$
<b>Variable rate</b>	$(1 - d^{var})Nom^{var}$	$-Ann_1^{var}$	$-Ann_2^{var}$		$-Ann_T^{var}$

The principal repayments are the difference between the annuity and the interest payment in each period. For the fixed-rate loan, we get constant annuity repayments, as the interest rate is fixed. For the variable-rate loan, a new annuity has to be calculated due to changing interest rates after an adjustment to the current reference rate to ensure full principal repayment until the end of the loan. If no new annuity is calculated and the variable interest rate rises, the share of interest payment rises in relation to the principal repayment and therefore the repayment of the open nominal amount cannot be done during the term of the loan. This makes periodic adjustments of the annuity payments essential. The annuity of the variable-rate loan equals:

$$Ann_t^{var} = \frac{i_t^{var}(1 + i_t^{var})^{T-t+1}}{(1 + i_t^{var})^{T-t+1} - 1} * Nom_{t-1}^{var}$$

with

$$Z_t^{var} = i_t^{var} * Nom_{t-1}^{var}$$

of the fixed-rate loan and that of the variable-rate loan, which is calculated in the first period, cannot be made to choose the optimal loan as it would not take into account future expected reference rates.

As in Case 1 and Case 2 we once more use our simple example to illustrate our proposed criteria to choose the optimal loan. As in the prior two cases, the loan contract specifications are identical. Only the repayment type is in this case an annuity repayment for both loans. The results for this type of payback agreement are similar to the constant principal repayment agreement. The effective interest rate based on our forecast for expected future reference rates is 2.41% p.a. (2.90% p.a.) for the fixed-rate (variable-rate) loan. Based on this key figure the debtor will choose the fixed-rate loan over the variable-rate loan. The same decision will be made based on the total payments as the payments of the fixed-rate loan (119,043.13) are lower than the ones of the variable-rate loan (123,598.29).

fixed to its initial level. In addition, we simultaneously changed the face value of both loans in order to secure the condition of equal payouts at  $t = 0$ .

First, we look at the effects of varying face value in the case of fixed-rate loans. As can be obtained from Table 8 (column 1 and 4), the effective interest rates do not react to changes in the (outstanding) face value since all costs are proportional to the (outstanding) face value of the loan. The total repayments that consist of all principal and interest payments over the loan term, on the other hand, vary with the face value and cannot serve as a basis for a decision if two loans with different credit payments at  $t = 0$  are compared. The same critique can be applied to the average monthly repayments of the loans. When comparing initial data with the revised data, Table 8 also shows the effects of different assumptions regarding future interest rates and different payout. Table 8 shows that a decision based on the effective interest rates that are declared in loan offer leads to a false decision since

Table 8: Effects of different payouts and of our reference rates forecasts

		Initial data			Revised data	
	Column number	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
	Face value	100,000	100,000	100,000	102,040.82	103,092.78
	Payout at $t = 0$	98,000	97,000	97,000	100,000	100,000
	Future reference rates	Initial	Initial	Implied	Implied	Implied
Type	Key figures	Fixed rate	Variable rate	Variable rate	Fixed rate	Variable rate
<b>Lump sum</b>	Effective interest rate	2.28% p.a.	1.46% p.a.	3.06% p.a.	2.28% p.a.	3.06% p.a.
	Total repayments	131,500.00	118,465.00	142,927.69	134,183.67	147,348.14
	(Average) monthly repayments	730.56	658.14	794.04	745.46	818.60
	Payback to payout ratio	1.34	1.22	1.47	1.34	1.47
<b>Constant principal</b>	Effective interest rate	2.42% p.a.	1.68% p.a.	2.89% p.a.	2.42% p.a.	2.89% p.a.
	Total repayments	115,837.50	109,283.79	118,596.68	118,201.53	122,264.62
	(Average) monthly repayments	643.54	607.13	658.87	656.68	679.25
	Payback to payout ratio	1.18	1.13	1.22	1.18	1.22
<b>Annuity</b>	Effective interest rate	2.41% p.a.	1.66% p.a.	2.90% p.a.	2.41% p.a.	2.90% p.a.
	Total repayments	116,662.27	109,567.61	119,890.34	119,043.13	123,598.29
	(Average) monthly repayments	648.12	608.71	666.06	661.35	686.66
	Payback to payout ratio	1.19	1.13	1.24	1.19	1.24

the possibility of rising reference rates in the (near) future is excluded.

In Table 8 we also introduce another key figure, namely the payback to payout ratio for choosing the optimal loan. This key figure takes into account the disbursement discount at  $t = 0$  as it divides the total repayments of a loan by its payout at  $t = 0$ . We show that if our forecasted expected future reference rates are used when calculating the effective interest rate as well as the total repayments, no adjustments in the face value have to be made in order to choose the optimal loan. In comparison to column 2, we calculated the key figures based on varying future reference rates which we calculated based on the current swap curve and PEH (indicated through our forecast).<sup>9)</sup> Column 3 and 5 show that the effective interest rates as well as the payback to payout ratio do not change with the face value of the loan. Total repayments and average monthly repayments, on the other hand, are in-

fluenced by the face value of the loan. However, this is only valid if all payments are proportional to the (outstanding) face values. Whenever independent payments exist, face values of both loans have to be adjusted to make an optimal choice.

## 6. Conclusion

The decision whether to take out a fixed-rate or variable-rate loan can be difficult due to the current interest rate landscape as short-term interest rates, which serve as reference rates for variable-rate loan are negative and therefore make variable-rate loans to appear more advantageous. Nevertheless, when choosing a loan, expectation about future interest rates is also essential as they have an impact on the total repayments. The effective interest is the most common key figure for choosing between fixed-rate loan offers. The calculation of the effective interest rate is harmonized in the EU to secure

comparability between loan offers and to offer a decision variable to debtors. However, if a loan contains interest rates that are linked to a reference rate that can vary over the loan term, assumptions regarding these future interest rates have to be made. According to EU Directives, the effective interest of variable-rate loans is calculated based on the assumption that future reference rates equal the initial reference rate. Furthermore, effective interest rates or total repayments announced by banks only account for payments between creditor and debtor and ignore all payments from or to third parties. In addition, if not all payments are proportional to the (outstanding) face value, the effective interest rate and the total/average repayments depend on the face value of the loan. We

9) The only difference between initial and revised data is the now different face values.

propose using the effective interest rate as a key figure to choose between a fixed and variable-rate loan. In addition, we also introduce a static approximation (total repayments over loan term) for simplicity. We propose that for variable interest rate loans, a more representative forecast for the future reference rates has to be applied in order to choose the optimal loan. We calculate expected future reference rates based on the pure expectation hypothesis but also other forecasting methods are possible as we offer an approach that can be carried out with different expected future interest rates. To compare different loans, identical initial payouts for all loans have to be assumed and therefore their face values have to be adjusted accordingly. The adjustment of the face value can only be omitted if no fixed payments, which are independent of the face value, are involved. In this case, the effective interest rate is independent of the face value and the appropriate approximate criterion is the payback to payout ratio. ♦

## 7. References

- Agmon, T., Ofer, A. R., & Tamir, A. (1981). Variable rate debt instruments and corporate debt policy. *The Journal of Finance*, 36(1), 113–125.
- Bundesgesetz über das Bankwesen* (Bankwesengesetz – BWG), 3.7.2018.
- Bundesgesetz über Hypothekar- und Immobilienkreditverträge und sonstige Kreditierungen zu Gunsten von Verbrauchern* (Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz – HIKrG), 3.7.2018.
- Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern* (Verbraucherkreditgesetz – VKrG), 2.7.2018.
- Brace, A., Gatarek, D., & Musiela, M. (1997). The market model of interest rate dynamics. *Mathematical finance*, 7(2), 127–155.
- Campbell, J. Y. and Shiller, R. J. (1991). Yield spreads and interest rate movements: A Birdi's eye view, *Review of Economic Studies*, 58, 495–514.
- Cesari, R. and Sevini, L., (2004). Using options to forecast Libor. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=587343> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.587343>>.
- Danske Bank (2018), <[https://research.danskebank.com/link/YieldOutlook170918/\\$file/YieldOutlook\\_170918.pdf](https://research.danskebank.com/link/YieldOutlook170918/$file/YieldOutlook_170918.pdf)> (25.9.2018).
- Dbouk, W., Jamali, I., & Kryzanowski, L. (2016). Forecasting the LIBOR-Federal Funds Rate Spread During and After the Financial Crisis. *Journal of Futures Markets*, 36(4), 345–374.
- ECB (2018), <[https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.projections201806\\_eurosystemstaff.en.pdf](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.projections201806_eurosystemstaff.en.pdf)> (25.9.2018).
- European Parliament, European Council, Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers, OJ L 133, 22.5.2008, p. 66–92.
- European Parliament, European Council, Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to residential immovable property, OJ L 60, 28.2.2014, p. 34–85.
- Fischer, E. O., (2001). Zur Auswahl zwischen festverzinslichen Krediten: Irrtümer in der Praxis. *JFB* 3/2001, S. 137–140.
- Fischer, E. O., (2008). *Finanzwirtschaft für Anfänger*. 5. Auflage. München Wien: Oldenbourg.
- Fischer, E. O. and Zechner, J. (1984). Diffusion process specifications for interest rates. *Risk and Capital*. Springer, Berlin, Heidelberg, p. 64–73.
- Gebbia, N., (2016). Option-Implied Libor Rate Expectations across Currencies. *International Finance Discussion Papers* 1182.
- Koijen, R. S., Van Hemert, O., and Van Nieuwerburgh, S. (2009). Mortgage timing. *Journal of Financial Economics*, 93(2), 292–324.
- Kucera, A. (2017). Interest Rates Modeling and Forecasting: Do Macroeconomic Factors Matter? (No.08/2017). IES Working Paper.
- Preisangabenverordnung* (PangV), 3.7.2008.
- Radha, S. and Thenmozhi, M., (2006). Forecasting short term interest rates using Arma, Arma-Garch and Arma-Egarch Models. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=876556>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.876556>>.
- Sangvinatsos, A., (2010). Expectations Hypothesis, In: Cont, Rama (Ed.). *Encyclopedia of Quantitative Finance*, Wiley Finance, Hoboken.

# Die Finanzmärkte im zweiten Halbjahr 2018

Monika Rosen-Philipp

Die Aktienmärkte glichen im Jahr 2018 geradezu einer Hochschau-bahn. Nach einem überaus starken Start ins Jahr folgten im Februar teilweise deutliche Rückgänge, die insbesondere auf die über-gekauft-e Lage, aber auch die vermehrt aufkeimenden Sorgen um den Handelskonflikt zwischen den USA und China zurückzuführen waren. Darüber hinaus sorgten zunehmend steigende Zinsen in den USA und eine kontinuierlich abflachende Zinskurve für Bedenken. Gegen Ende des Jahres begannen all die genannten Themen die Stimmung im Markt immer mehr zu belasten. Insbesondere im Dezember verloren die Aktienmärkte weltweit im zweistelligen Prozentbereich. Auch der große Performance-Abstand zwischen der Wall Street und den übrigen Weltbörsen, der im Vorjahr wohl das größte Überraschungsmoment dargestellt hat, begann sich gegen Jahresende etwas abzubauen. Gleichzeitig hat die Korrektur des Jahres 2018 die Bewertungen an praktisch allen Weltbörsen nach unten gedrückt und damit wieder für attraktivere Kurse gesorgt. Niederschlag fanden die Kursrückgänge im 4. Quartal auch bei den Börsengängen, die gegen Jahresende deutlich weniger wurden. Dennoch ist die Bilanz für das Gesamtjahr 2018 positiv, weltweit gingen im Vorjahr knapp 20% mehr Unternehmen an die Börse als 2017.

Die Renditen der Kernländer bewegten sich 2018 wiederum in einer relativ engen Bandbreite. Die 10-jährige deutsche Bundesanleihe handelte zwischen 0,23% und 0,77%. Der Renditeabstand zwischen 2- und 10-jährigen Laufzeiten reduzierte sich von 130 Basispunkten im Februar auf zuletzt 85 Basispunkte. Diese Kurvenverflachung reflektiert die Sicht

der Anleger, dass mittelfristig mit keinen nennenswerten Zinserhöhungen zu rechnen ist. Die Renditeentwicklung im vergangenen Jahr wurde sehr stark von den

Unsicherheiten an den Börsen sowie den sich einbremsenden Wachstumsraten und damit verbundenen veränderten Inflations- und Zinsanhebungserwartungen geprägt. Aus fundamentaler Sicht würde weiterhin einiges für höhere Renditen sprechen. Besonders hervorzuheben sind hierbei die globalen Wachstumsaussichten, der gute Arbeitsmarkt, die Beendigung des Anleihekaufprogramms der EZB und der Zinsanhebungszyklus in den USA. Während nämlich die EZB 2018 wie erwartet keine Zinsanhebung durchführte, straffte die US-Notenbank die Zinszügel im Vorjahr viermal und betonte gleichzeitig, auch die Bilanzverkürzung weiter fortsetzen zu wollen. Diese Aussagen sorgten gerade zu Jahresende für hohe Ausschläge an den Börsen.

An den Rohstoffmärkten gab es ähnlich hohe Abschlüsse wie bei den Aktien, worin sich auch die zunehmenden Konjunktursorgen der Anleger widerspiegeln. Besonders unter Druck gerieten der Ölpreis und Industriemetalle, während Gold gerade gegen Jahresende von der steigenden Risikoaversion profitieren konnte. Einen deutlichen Ausreißer nach oben stellte im abgelaufenen Jahr Kakao dar, dessen Preis um 28% anstieg, nachdem

Die Verfasserin möchte ihrem Research-Team für die wertvolle Unterstützung bei der Abfassung des Reports danken.

Die Publikation wurde nicht unter Einhaltung der Rechtsvorschriften zur Förderung der Unabhängigkeit von Finanzanalysen erstellt und unterliegt nicht dem Verbot des Handels im Anschluss an die Verbreitung von Finanzanalysen. Die vorstehenden Inhalte enthalten kurzfristige Markteinschätzungen. Die Wertan-



Photo: privat

Mag. Monika Rosen-Philipp ist die Chefanalystin im UniCreditBank Austria Private Banking; e-mail: monika.rosen-philipp@unicredit-group.at

**Trockenheit für Ernteausfälle sorgte.**

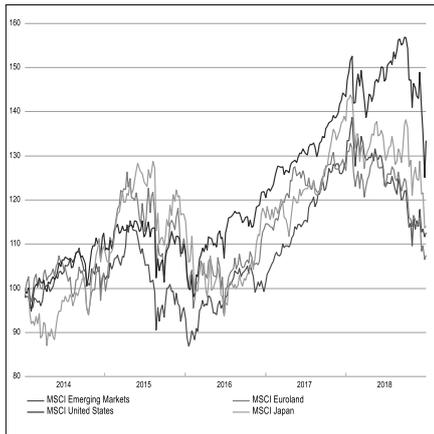
Der Euro hat im Jahr 2018 gegen die anderen großen Weltwährungen (Dollar, Schweizer Franken und Yen) an Wert verloren, und zwar um rund 3 bis 7%. Im Jahresverlauf gerieten vor allem die Währungen der Schwellenländer deutlich unter die Räder, ein Trend, der sich im 4. Quartal allerdings deutlich beruhigte bzw. sogar ins Gegenteil verkehrte. Über das Gesamtjahr 2018 gesehen haben die Währungen der Emerging Markets trotzdem um rund 6% gegenüber dem Euro abgewertet.

Stichwörter: Kapitalmarkt, Aktienmärkte, Anleihenmärkte, Europa, USA, Japan, Österreich, Emerging Marktes, CEE, Rohstoffmärkte, Währungen..

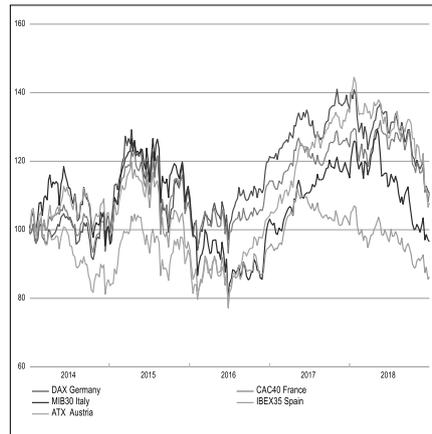
JEL-Classification: G 15.

gaben und sonstigen Informationen haben wir aus Quellen bezogen, die wir für zuverlässig erachten. Unsere Informationen und Einschätzungen können sich ändern, ohne dass wir dies bekannt geben.

Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Vergangenheit, und die frühere Wertentwicklung ist kein verlässlicher Indikator für künftige Ergebnisse.

Abbildung 1:  
MSCI-Indices

Quelle: Thomson Reuters Datastream

Abbildung 2:  
Weitere wichtige Börseindices

Quelle: Thomson Reuters Datastream

Abbildung 3:  
Anleihen Renditen

Quelle: Thomson Reuters Datastream

Equity markets went on a veritable roller coaster in 2018, with most of the declines happening in the final quarter of the year. Another striking feature was the wide divergence in performance between the US and the rest of the world. On a relative basis, Wall Street managed to outperform just about every other market, but this gap started to narrow towards the end of 2018 as well. Monetary policy provided some headwinds for stocks, at least in the US, where the Fed raised rates four times last year. The ECB on the other had refrained from raising rates, it did, however, end its bond purchases as of December 31. Commodities suffered similar declines to equities, with the oil price coming under particular pressure. The euro lost some ground against all major global currencies, i.e. the dollar, the Swiss franc and the yen.

## 1. Aktien

Das Börsenjahr 2018 fiel wesentlich volatil aus, als dies viele Marktteilnehmer noch zu Jahresbeginn erwartet hätten. Vor allem das Schlussquartal zeigte sich im historischen Vergleich äußerst turbulent und brachte deutliche Verluste mit sich. Konjunktur- und Zinssorgen, der schwelende Handelskonflikt sowie politische Spannungen zählten dabei zu den größten Unsicherheitsfaktoren.

An der Wall Street verzeichnen der Dow Jones, der S&P 500 sowie die Nasdaq mit Abschlägen in Höhe von 5,6%, 6,2% sowie 3,9% ihr jeweils schlechtestes Jahr seit der Finanzkrise in 2008. Darüber hinaus schloss der S&P 500 das erste Mal in seiner Geschichte das Börsenjahr mit einem Verlust ab, nachdem er in den ersten drei Quartalen noch positiv notiert hatte. Diese Angaben beziehen sich aller-

dings auf die Performance in US-Dollar. Für den europäischen Investor fällt die Bilanz besser aus, da der gegenüber dem Euro um 4,47% stärker tendierende Dollar für etwas Linderung sorgte. Bester Sektor im abgelaufenen Jahr war jener des Gesundheitswesens, der um 4,69% vorrückte. Am unteren Ende der Skala befindet sich mit einem Abschlag von 20,50% der Energiesektor, was angesichts des Ölpreisverfalls in 2018 von über 20% nicht verwunderlich erscheint. Der Technologiesektor musste ebenfalls Terrain preisgeben, wenn auch nicht in diesem Ausmaß.

Diesem Umfeld konnten sich auch die europäischen Börsen nicht entziehen. Der breite STOXX Europe 600 beendete das Jahr 13,24% tiefer, den DAX in Frankfurt traf es mit einem Minus von 18,26% allerdings noch stärker. Vor allem der Handelskonflikt wirkte sich auf die exportorientierten Unternehmen sehr negativ aus. Darunter hatte auch die deutsche Autoindustrie stark zu leiden, deren Anteil am lokalen BIP 8% beträgt. Hierzu gesellten sich politische Unsicherheiten. So gaben der französische CAC 40, der italienische MIB sowie der spanische IBEX um 10,95%, 17,16% bzw. 14,97% nach. Als weiterer Belastungsfaktor übte der drohende Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union Druck auf die Kurse aus. Dies zog den irischen Aktienmarkt mit einem Minus von 22,14% besonders in Mitleidenschaft, während der britische Leitindex FTSE selbst Abschläge in Höhe von „nur“ 12,48% hinnehmen musste.

Die asiatischen Börsen wurden 2018 ebenso von den durch den Handelsdisput ausgelösten Verunsicherungen dominiert. Zusätzlich verstärkt wurden diese durch das sich abschwächende Konjunkturwachstum in China. In Folge musste der Shanghai Composite mit minus 24,59% (alle Angaben in Lokalwährung) herbe-

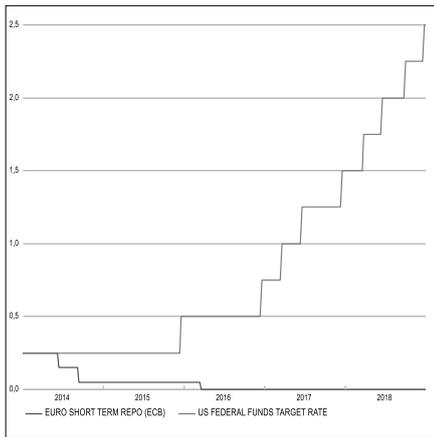
Verluste einstecken, im Vergleich dazu fielen die Rückgänge in Hong Kong mit minus 13,61% moderater aus. In Japan verzeichnete der Nikkei mit einem Abschlag von 12,08% den ersten Jahresverlust seit 2011. Die Schwellenbörsen, gemessen am MSCI Emerging Markets Index, verbuchten 2018 Kursrückgänge in Höhe von 12,25%.

## 2. Anleihen

Die Verunsicherungen, die an den Börsen für Schlagzeilen sorgten, fanden auch am Rentenmarkt Niederschlag und sorgten dort für entsprechende Volatilität. So knackte die Rendite 10-jähriger US-Staatsanleihen zunächst die 3%-Marke und erreichte mit 3,24% das höchste Niveau seit 2011, nachdem die US-Notenbank Fed im abgelaufenen Jahr in Summe vier Leitzinserhöhungen umsetzte und ihre Bilanzverkürzung vorantrieb. Zwar ließen Sorgen vor einer konjunkturellen Abkühlung sowie dem schwelenden Handelskonflikt zwischen den USA und China die Renditen 10-jähriger Treasuries wieder auf unter 2,7% zurückgehen. Auf Jahressicht verzeichneten diese dennoch einen Renditeanstieg, was Kursverluste bedeutet.

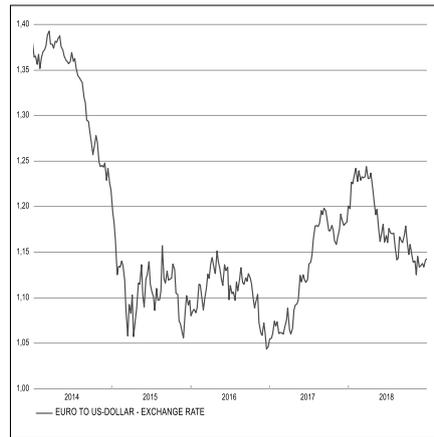
Staatsanleihen europäischer Kernländer konnten hingegen etwas überraschend Zugewinne verbuchen. So sorgten eine sich abschwächende Konjunkturentwicklung, wenn auch von hohem Niveau aus, politische Unsicherheiten sowie der bevorstehende Austritt Großbritanniens aus der EU für eine steigende Nachfrage nach sicheren Häfen. Folglich erzielten 10-jährige deutsche Staatsanleihen eine Gesamtrendite (inkl. anteiliger Zinsen) von 3,36%, und das bei einem Rendite-niveau von 0,24% per Ende 2018. Positiv überraschen konnten zudem 10-jährige portugiesische und spanische Staatsanlei-

Abbildung 4: Leitzinsen



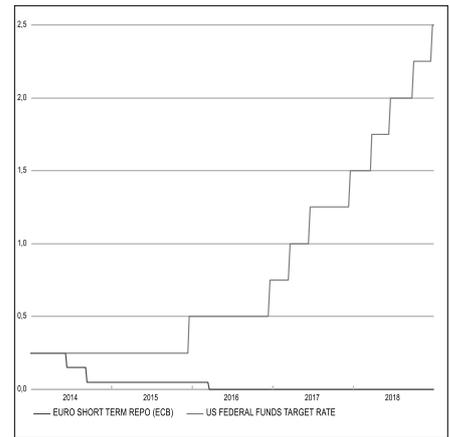
Quelle: Thomson Reuters Datastream

Abbildung 5: Euro zu US-Dollar



Quelle: Thomson Reuters Datastream

Abbildung 6: Goldpreis



Quelle: Thomson Reuters Datastream

hen, mit einem Performancezuwachs von 4,6% bzw. 4,3%, was zum Teil sich erholenden Fundamentaldaten zuzuschreiben war.

Gegenteilig verlief wiederum die Entwicklung bei Unternehmensanleihen. Ihnen setzten höhere US-Fremdkapitalkosten, das drohende Ende der Stimulus-Maßnahmen der Europäischen Zentralbank sowie die gestiegene Risikoaversion zum Ende des abgelaufenen Jahres zu, womit diese das schlechteste Ergebnis seit 2011 einfuhren. US-Unternehmensanleihen mit Top-Bonitäten erzielten im Jahr 2018 eine negative Gesamttrendite (jeweils in Lokalwährung) von 2,51%, während ihre europäischen Pendanten einen Verlust von 1,25% verbuchten. Auch auf dem Markt für Hochzinsanleihen verlief es holprig. So ging das Emissionsvolumen auf beiden Seiten des Atlantiks um rund 40% zurück, was unter anderem auch mit dem Ölpreisverfall in Zusammenhang steht, nachdem dem US-Energiesektor rund 15% des ausstehenden US-Hochzinsvolumens zuzuschreiben sind. Demnach steht bei US-Hochzinsanleihen im Jahr 2018 ein Verlust (inkl. anteiliger Zinsen) in Höhe von 2,08% und 3,91% bei europäischen Hochzinsanleihen zu Buche.

### 3. Währungen & Rohstoffe

Der gesamte Rohstoffkomplex, gemessen am Bloomberg Commodity Index, verzeichnete im Jahr 2018 einen Rückgang von 11,25% (auf USD-Basis)

bzw. 6,83% (auf Euro-Basis), wobei sich der Druck auf die Preise vor allem ab dem zweiten Halbjahr beschleunigte. Für Abschlüsse sorgte unter anderem der markante Preissturz bei Rohöl, wobei die europäische Sorte Brent im Jahresverlauf ca. 20% verlor, die US Sorte WTI geriet mit einem Abschlag von ca. 25% noch deutlicher unter Druck. Um dem Preissturz entgegenzutreten, einigten sich die OPEC und verbündete Produzenten wie Russland darauf, ab Jänner für sechs Monate ihre Produktion um 1,2 Mio. Fass pro Tag zurückzufahren. In ihren letzten Berichten senkten jedoch sowohl die OPEC als auch die IEA ihre Prognosen für die Ölnachfrage im Jahr 2019. Grund hierfür sind der schwächere Konjunkturausblick und eine Revision der Daten aus China. Darüber hinaus dürfte die Nachfrage 2020 infolge der Verlangsamung der US-Wirtschaft weiter nachgeben. Im Hinblick darauf dürfte das globale Angebot an Rohöl robust und damit die Ölpreise auf moderaten Niveaus bleiben. Der schwelende Handelsdisput und das Auslaufen der Ausnahmeregelungen für den Import von iranischem Öl Anfang Mai könnten jedoch für Volatilitätsspitzen sorgen.

Gold verbuchte mit 1,89% (in USD) den ersten negativen Jahresabschluss seit 2015. Vor dem Hintergrund des schwelenden Handelskonflikts sowie steigender US-Leitzinsen gaben Marktteilnehmer im abgelaufenen Jahr dem US-Dollar gegenüber Gold als sicheren Hafen den Vorzug, woraufhin das Edelmetall Terrain preisgeben musste. In den letzten Mo-

naten des Jahres vollzog der Goldpreis jedoch eine Kehrtwende und erzielte sein bestes Quartal seit März 2007, nachdem eine geringere Risikofreudigkeit an den Aktienmärkten und Konjunktursorgen die Nachfrage nach dem Edelmetall als sicheren Hafen befeuerten. Zudem könnten die Leitzinsen in den USA im heurigen Jahr langsamer steigen als bisher allgemein erwartet wurde, was den US-Dollar zuletzt bereits etwas schwächer tendieren ließ, wovon wiederum der Goldpreis profitieren konnte.

Schwächere Fundamentaldaten in Europa sowie die globale Risikosituation, insbesondere der Handelskonflikt, haben dem US-Dollar im abgelaufenen Jahr Auftrieb verliehen, woraufhin der US-Dollar gegenüber dem Euro in 2018 um 4,69% an Wert zulegen konnte. Angesichts des freundlichen Risikobildes zu Beginn des Jahres 2018 zeigte der Schweizer Franken gegenüber dem Euro Schwäche. Im Anschluss wendete sich jedoch das Blatt, nachdem der Franken im Rahmen seines Status als sicherer Hafen von der im Jahresverlauf stetig zunehmenden Risikoaversion profitieren konnte. Auf Jahressicht notiert der Schweizer Franken gegenüber dem Euro damit um 3,20% höher. Auch der japanische Yen profitierte im Jahresverlauf von den Spannungen an den globalen Aktienmärkten und damit von seinem Status als sicherer Hafen. Gegenüber dem Euro verzeichnete der Yen in 2018 einen Zugewinn in Höhe von 7,20%.



# Was ist eigentlich ... *Attention Economy*?

Ewald Judt / Claudia Klausegger

Wenn auf einem Markt das Angebot größer ist als die Nachfrage, müssen sich die Anbieter etwas einfallen lassen, um ihr Produkt, ihre Dienstleistung an den Mann oder die Frau zu bringen. Wenn bei Informationen das Angebot größer ist als die Aufnahmebereitschaft und/oder die Aufnahmekapazität von Mann, Frau, Kind, kommt die Information – auch die beste – nicht an. Dieses Faktum war auch in Zeiten, in denen es für den Markt an Informationen primär Bücher, Zeitungen, Rundfunk und Fernsehen gab, bekannt. Es ist aber erst durch die Fülle an Informationen aus neuen Kanälen elementar für jene geworden, die ihre Informationen auf dem Markt – dem Aufmerksamkeitsmarkt – anbringen wollen. Dies betrifft viele Informationsanbieter, vor allem aber jene Unternehmungen, die ihre Produkte/ Dienstleistungen bekanntmachen und verkaufen wollen.

Der Erste, der 1971 die Aufnahmeknappheit von Informationen formulierte, war der US-Nobelpreisträger *Herbert A. Simon*: „*In an information-rich world, the wealth of information means a dearth of something else: a scarcity of whatever it is that information consumes. What information consumes is rather obvious: it consumes the attention of its recipients. Hence a wealth of information creates a poverty of attention and a need to allocate that attention efficiently among the overabundance of information sources that might consume it.*“<sup>1)</sup> Erst ab 2001 – als sich das Informationsangebot weiter erhöht hatte – fand der Ausdruck „*Attention Economy*“ durch *Thomas A. Davenport* und *John C. Beck* Eingang in die Managementliteratur und die wirtschaftliche Praxis.

Vor dieser Zeit war die Bedeutung der „*Attention*“ im wirtschaftlichen Umfeld auf die Anwendung der AIDA-Formel bei Verkaufsgesprächen und der Werbewirkung fokussiert: Zuerst muss „*Attention*“ erreicht werden, bevor „*Interest*“ und „*Desire*“ geweckt und es schließlich mit „*Action*“ zum Kauf kommt. In einer Zeit der immer größer werdenden Informationsüberflutung geht es immer stärker darum, die „*Attention*“ der aktuellen und

insbesondere potentiellen Kunden eines Unternehmens überhaupt zu erreichen.

Dazu kommt, dass auch all jene, die sich um die „*Attention*“ Dritter bemühen, Menschen sind, weshalb auch bei ihnen die Aufnahmefähigkeit der Ressource „*Attention*“ gefährdet ist. Das bedeutet für sie, wichtige Informationen nicht mitzubekommen, sie zu übersehen oder zu überhören und – so sie wahrgenommen werden – ihnen nicht die „*Attention*“ zu widmen, die für eine anstehende Entscheidung notwendig wäre. Diesen Personen sollte die Gefahr einer „*Attention Deficit Disorder*“ bewusst sein und sie sollten ihre Aufmerksamkeit schärfen und ihre Fokussierung auf Wichtiges konzentrieren.

Die Empfehlungen von *Davenport/Beck* waren strikte Kundenorientierung, innovative Marketingmethoden und neue Medien, was von der Unternehmenspraxis zunehmend realisiert wurde. Begleitet wurde dies durch eine strikt auf die aktuellen und potentiellen Kunden gerichtete Kommunikation. Das betraf insbesondere die Gestaltung der Streupläne für die Werbung in einer damals mehr oder weniger auf die „*klassischen*“ Medien konzentrierten Kommunikationswelt.

Durch das Web, die Smartphones und Social Media und deren rasches und bis heute ungebrochenes Wachstum in den letzten zwei Jahrzehnten haben sich das Informationsangebot und die Informationsnachfrage nicht nur der jüngeren Jahrgänge massiv verändert und vergrößert. Eine der Veränderungen ist, dass die Aufnahme von Informationen immer schneller erfolgt und sie immer kürzer wirksam bleiben, da laufend neue Informationen auf dem „*Attention Marketplace*“ erscheinen. Mit dem Aufkommen neuer Kommunikationstechnologien hat sich aber nicht nur der Medienkonsum der Bevölkerung maßgeblich verändert, sondern auch die Rolle der Konsumenten. Konsumenten sind in der digitalen Interaktion nicht mehr nur Empfänger von Botschaften, sondern auch Produzenten von Inhalten geworden (z.B. über Blogs, Pod- und Videocasts, Facebook, YouTube).

Auf dem „*Attention Marketingplace*“ treffen die „*Attention Services*“, das sind alle Arten von Informationen inklusive der Kommunikationsmaßnahmen der Wirtschaft, auf die „*Consumer Attention*“. Dort entscheidet es sich, ob die Information so gestaltet ist, dass sie aufgenommen wird und „*stark*“ genug ist, um behalten zu werden und ein Grund oder zumindest hilfreich für den Kauf eines Produkts/ einer Dienstleistung ist.

Angesichts dieses veränderten Informationsverhaltens gilt es der „*Attention*“ eine verstärkte Beachtung zu schenken und Maßnahmen zu überlegen und zu realisieren, wie unter den sich geänderten neuen Rahmenbedingungen der Kommunikation „*Attention*“ bei aktuellen und potentiellen Kunden für das eigene Unternehmen, die eigenen Produkte/ Dienstleistungen erreicht werden kann.

Das bedeutet in Bezug auf die „*klassischen*“ Medien noch kundenspezifischer zu agieren und in den „*neuen*“ Medien die Marketingmaßnahmen so zu disponieren, dass es zum One-to-One Marketing kommt. Für das Erreichen der kommunikationspolitischen Ziele sind genaue Daten über die aktuellen und potentiellen Kunden erforderlich. Mit Hilfe dieser Daten können exakte Kundenprofile erstellt werden, die eine individuelle Ansprache gewährleisten und ein auf die jeweiligen persönlichen Bedürfnisse zugeschnittenes Angebot ermöglichen sollen.

Es gilt für alle Unternehmen, sich den Herausforderungen und Spielregeln dieser „*Attention Economy*“ zu stellen und sich auf die gestiegene und weiter steigende Bedeutung der „*Attention*“ einzustellen. Die Ökonomie der Aufmerksamkeit zwingt Unternehmen, neue Wege zu gehen, um die Aufmerksamkeit ihrer Zielgruppen zu erreichen. Ihre Informationen müssen entsprechend gestaltet und in einer optimalen Art und Weise an die aktuellen und potentiellen Kunden hergetragen werden. Eine aktive Aufmerksamkeit wird am ehesten dort

---

Dr. Ewald Judt ist Honorarprofessor der Wirtschaftsuniversität Wien, e-mail: ewald.judt@wu.ac.at. Dr. Claudia Klausegger ist Assistenzprofessorin am Institut für Marketing-Management der Wirtschaftsuniversität Wien, e-mail: claudia.klausegger@wu.ac.at.

---

Aktualisierte Fassung des Bankmanagement-Glossars in „*bank und markt*“ 12/2016, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt/Main.

1) *Herbert A. Simon*, „*Designing Organiza-*

*tions for an Information-Rich World*“, in: Martin Greenberger (Ed.), „*Computers, Communication, and the Public Interest*“, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 1971

erreicht, wo Nutzer sich selbst einbringen, eigene Communities schaffen und die Kommunikation aktiv mitgestalten. Dies

gilt in besonderem Ausmaß auch für Banken, deren Geschäftskontakte schon jetzt zu einem immer größer werdenden Teil

virtuell sind. Unternehmen, die auf diesen Trend nicht eingehen, werden zunehmend an Attraktivität verlieren. ◆

# Rechtsprechung

## Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von  
RA Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger  
und  
RA Dr. Markus Kellner

### OGH-Entscheidungen

2543.

**§ 879 ABGB; § 39 BWG; §§ 4, 8, 21, 28, 32, 34, 50 DSG; § 85 GOG; § 6 KSchG; § 7 VKrG. Nach dem klaren Wortlaut des § 34 Abs 1 DSG sind Ansprüche auch dann präkludiert, wenn nur die subjektive Ein-Jahres-Frist („Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis“) abgelaufen ist.**

**Bei auf § 32 DSG gestützten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen beginnen bei rechtswidrigen Dauerzuständen sowohl die subjektive einjährige als auch die objektive dreijährige Präklusivfrist des § 34 Abs 1 DSG nicht vor Beendigung des Dauerzustands zu laufen.**

OGH 29. 5. 2017, 6 Ob 217/16d

Aus den Entscheidungsgründen:

Die KI nahm im Jahr 2005 bei der bekIP einen Kredit in Anspruch. Punkt 11. der Kreditbedingungen im am 16.2.2005 unterfertigten Abstattungskreditvertrag lautet:

#### „11. Bankgeheimnis/Datenschutz

*Der Kreditnehmer stimmt der Weitergabe von Daten im Umfang der Datenschutzerklärung (Beiblatt), deren Erhalt er bestätigt, zu und entbindet die Bank gegenüber den in der Datenschutzerklärung genannten Personen und Institutionen ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis. Weiters ermächtigt er die Bank auch zur Weitergabe von Daten aus diesem Kreditvertrag aus betrieblichen Gründen innerhalb der Bank und zu allgemein gehaltenen Auskünften über die wirtschaftliche Lage.“*

Die (nicht gesondert unterfertigte) Datenschutzerklärung, die der KI übergeben wurde, lautet wie folgt:

„1. Der Kunde erklärt sich auf Dauer der Geschäftsverbindung unwiderruflich damit einverstanden, dass das KI nachstehende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim KSV 1870 eingerichtet sind, übermittelt:

*Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführmodalitäten, Schritte des KI iZm der Fälligestellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten.*

*Zweck der Übermittlung ist die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe der vorstehend angeführten Daten durch den Empfänger an andere KI, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.*

2. Der Kunde erklärt sich auch damit einverstanden, dass den Kunden oder ein mit ihm konzernmäßig verbundenes Unternehmen betreffende Daten, die dem KI im Rahmen der Geschäftsverbindung mit dem Kunden bekannt geworden und zur Beurteilung der aus Geschäften mit der jeweils betroffenen Person oder Gesellschaft entstehenden Risiken notwendig oder zweckmäßig sind (insb Bilanzdaten), an

- (potentielle) Konsortial-/Risikopartner des KI zur Risikobeurteilung im Rahmen des Konsortialgeschäfts,
- Refinanzierungsgeber des KI, denen gegenüber die Forderungen des KI gegen den Kunden als Sicherheit dienen sollen (insb OeNB), zur Beurteilung der bestellten Sicherheiten

weitergegeben werden.

*Das in Punkt 2. erklärte Einverständnis kann vom Kunden widerrufen werden, soweit es sich nicht auf Datenübermittlungen im Rahmen von Konsortial- oder Refinanzierungsverhältnissen oder Risikopartnerschaften bezieht, die das KI mit Zustimmung des Kunden eingegangen ist.*

*Der Kunde entbindet die Bank für die oa Weitergabe von Daten ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis.“*

Da sich iwF die finanziellen Verhältnisse der KI verschlechtert hatten, kam es zu Problemen mit der Rückzahlung der Kreditraten.

Ihre Daten wurden damals in die Konsumentenkreditevidenz (KKE) des KSV 1870 aufgenommen. Bei der KKE handelt es sich um ein Informationsverbundsystem gem § 50 DSG zum Zweck des Gläubigerschutzes und der Risikominimierung.

Im Bescheid der DSK K600.033-018/0002-DVR/2007 wurden zur Datenanwendung „KKE“ ua folgende Auflagen hinsichtlich der Verwendung der Daten erteilt:

„2. Vor der Eintragung eines Betroffenen in die KKE hat der Auftraggeber – zeitnah zum Abschluss bzw zur Ablehnung der Kreditvereinbarung – darüber zu informieren,

a) dass einer der Gründe vorliegt, die zu einer Eintragung in die KKE führen, [...]

c) dass Daten aus der KKE ausschließlich an KI, kreditgewährende Versicherungsunternehmen und Leasinggesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedsstaat des EWR auf Anfrage weitergegeben werden, soweit dies eine Rechtspflicht zur korrekten Beurteilung des Kreditrisikos, das ein Kreditwerber darstellt, trifft,

d) welche Rechtsbehelfe im Falle der Eintragung zur Verfügung stehen und wo sie einzubringen sind.

3. Soweit Eintragungen aus der bestehenden KKE des KSV in das nunmehrige Informationsverbundsystem KKE übernommen werden, ist Vorsorge zu treffen, dass die Betroffenen, soweit sie nicht bereits nachweislich informiert wurden, nachträglich in geeigneter Weise über die in Punkt 2. bezeichneten Fakten informiert werden. [...]

6. Abgesehen von den in Pkt. 1a und 5 bezeichneten Fällen hat die Löschung aller Eintragungen betreffend ein konkretes Kreditschuldverhältnis zu erfolgen,

a) wenn eine Kredit- oder Leasingschuld ohne Zahlungsanstand vollständig abbezahlt und das Kredit- oder Leasingverhältnis somit beendet ist: spätestens 90 Tage nach Abbezahlung;

b) wenn eine Kredit- oder Leasingschuld nach Zahlungsanstand vollständig abbezahlt wurde: spätestens 5 Jahre nach vollständiger Abzahlung der Schuld; [...]"

Die Forderungen der bekIP wurden im Rahmen eines Schuldenregulierungsverfahrens der KI zurückbezahlt, die letzte Rate wurde am 12.6.2013 entrichtet.

Ob und allenfalls wie die Datenschutzerklärung und die damit zusammenhängenden Umstände bei der Kreditunterfertigung am 16.2.2005 mit der KI besprochen wurden, ist nicht feststellbar. Die Erteilung weitergehender Informationen zu einem späteren Zeitpunkt an die KI hinsichtlich der Führung ihrer Daten in der KKE erfolgte nie.

Die bekIP gab neben den persönlichen Daten der KI die Modalitäten der Zahlungsanstände und Fälligestellungen an den KSV weiter, weshalb in der KKE neben den persönlichen Daten der KI zum 25.9.2015 ua nachfolgender Datensatz geführt wurde:

„Darüber hinaus liegen uns Informationen über ein Insolvenzverfahren vor.

Rückzahlung Kredit vom 12.6.2013

Kreditart/Kredithöhe Abstattungskredit € 6.300

Kreditgeber 3\*\*\*\* – R reg GenmbH

Kreditkontonummer 2\*\*\*\*\*

Laufzeit 45 Monate

Rate/Höhe € 155 mtl ab 28.2.2005

Zahlungsanstände Klage eingereicht  
5.2.2008 Fälligkeitstellung 18.7.2007  
3. Mahnung 18.7.2007“

Aufgrund dieser Eintragungen in der Evidenz wurden der Kl von anderen KI Kreditverträge verweigert. Der Kl ist es dadurch nicht möglich, auf einen Kredit mit niedrigeren Zinsen umzuschulden.

Die **KI** beehrte mit ihrer am 14.12.2015 eingebrachten, auf § 32 DSGVO gestützten Klage die Verpflichtung der bekIP **a)** zur Unterlassung der Verwendung des in der KKE neben den persönlichen Daten der Kl zum 25.9.2015 aufscheinenden, in den Feststellungen wiedergegebenen Datensatzes sowie **b)** zur Beseitigung des durch die Meldung geschaffenen, dem DSGVO widerstrebenden Zustands, nämlich die Meldung des Datensatzes an den KSV 1870 und die Führung der Daten in der KKE.

Die **bekIP** wendete ein, durch Unterfertigung des Abstammungskreditvertrags und der dort enthaltenen Klausel zu Punkt 11. habe die Kl der Weitergabe der Daten im Umfang der Datenschutzerklärung zugestimmt. Die bekIP sei auch ihren Informationspflichten nachgekommen. Die Kl sei nämlich in den Fälligkeitstellungen und Mahnschreiben auf die Eintragung in die KKE hingewiesen worden. Aufgrund der Auflagen im Bescheid der DSK habe dann, wenn die Schuld erst nach Zahlungsanstand bezahlt worden sei, eine Löschung erst fünf Jahre nach vollständiger Abzahlung der Schuld zu erfolgen, im Fall eines Insolvenzverfahrens sogar erst nach sieben Jahren, weshalb eine Löschung im vorliegenden Fall frühestens 2018 möglich wäre.

Das **ErstG** gab dem Klagebegehren statt.

Das **BerG** gab der Berufung der bekIP nicht Folge. Wenn Daten entgegen den Bestimmungen des DSGVO verwendet worden seien, habe der Betroffene gem § 32 Abs 2 DSGVO Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung des dem DSGVO widerstrebenden Zustands. Bei der Meldung der die Kl betreffenden bonitätsrelevanten Daten an die KKE handle es sich um ein „Verwenden“ von Daten iSd § 4 Z 8 DSGVO. Die beim KSV 1870 geführte KKE sei öffentlich zugänglich iSd § 28 Abs 2 DSGVO (6 Ob 41/10p). Die KKE sei ein Informationsverbundsystem nach § 4 Z 13, § 50 DSGVO, an dem die bekIP als Auftraggeberin beteiligt sei, indem sie Daten über die Kreditvergabe an Privatpersonen bzw weitere bonitätsrelevante Daten einmelde (DSK ZI K600.033-018/002-DVR/2007; 6 Ob 2/10b<sup>1)</sup>). Keine der Voraussetzungen des § 8 Abs 1 DSGVO, nach denen Daten verwendet werden dürften, liege vor. Auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächti-

gung oder Verpflichtung zur Verwendung der Daten iSd (Weitermeldung an die KKE) habe sich die bekIP nicht berufen.

Die Rechtswirksamkeit der Zustimmungserklärung der Kl sei nach § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen. Zu Punkt 1. der Datenschutzerklärung erkläre der Bankkunde zwar ausdrücklich sein Einverständnis zur Weitergabe von Daten an die KKE, doch werde dort angeführt, dass es sich dabei um ein *unwiderrufliches* Einverständnis handle. Auf die Widerrufsmöglichkeit nach § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO werde nicht hingewiesen. Schon deshalb habe die Kl nicht rechtswirksam zugestimmt (4 Ob 179/02f Z 262<sup>2)</sup>). Überdies sei die Datenschutzerklärung mit ihrem Verweis auf „*andere KI, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen*“ intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG (RS0115216 [T4]; 1 Ob 105/14v Klausel 9<sup>3)</sup>; 4 Ob 221/06p Klausel 31<sup>4)</sup>; 7 Ob 84/12x Klausel 20).

Gem § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO könnten überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern. § 39 Abs 2 BWG schreibe weder die Aufnahme bestimmter Daten in eine Datenanwendung iSd § 4 Z 7 DSGVO noch den Betrieb eines betriebsübergreifenden Informationsverbundsystems über bonitätsrelevante Daten verpflichtend vor (6 Ob 112/10d<sup>5)</sup>).

Der Lösungsanspruch (Punkt 2. des Klagebegehrens) sei auch aus § 28 Abs 2 DSGVO ableitbar: Voraussetzung für die Nichtanwendbarkeit des Lösungsanspruchs nach § 28 Abs 2 DSGVO iSv § 7 Abs 5 VKrG sei ein Informationsverbundsystem zur Bonitätsbeurteilung, bei dem die Verwendung der Daten auf § 8 Abs 1 Z 2 (Zustimmung) oder Z 4 DSGVO (überwiegende berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten) beruhe. Diese Voraussetzungen lägen aber eben nicht vor oder seien nicht behauptet worden.

Die Fristen gem § 34 Abs 1 DSGVO seien von Amts wegen wahrzunehmende Präklusivfristen (RS0130480 = 6 Ob 45/15h). Das für den Beginn des Fristenlaufs maßgebliche Tatbestandsmerkmal („*beschwerendes Ereignis*“) sei im DSGVO nicht definiert. Mit der Evidenzhaltung der ohne rechtswirksame Zustimmung übermittelten bonitätsrelevanten und personenbezogenen Daten der Kl in der KKE liege ein dem DSGVO widerstrebender Dauerzustand vor. Die dreijährige (objektive) Frist des § 34 Abs 1 DSGVO habe bis August 2015 (Zeitpunkt des Lösungsbegehrens der Kl) noch nicht zu laufen begonnen. Deshalb sei nicht entscheidungsrelevant, wann die einjährige subjektive Frist des § 34 Abs 1 DSGVO (Kenntnis der Kl vom

beschwerenden Ereignis) zu laufen begonnen habe.

Die **Revision der bekIP** ist zulässig, sie ist aber nicht berechnigt.

Die Revisionswerberin macht geltend, die Rechtsansicht des BerG, der Fristenlauf nach § 34 Abs 1 DSGVO beginne bei einem Dauerzustand nicht zu laufen, solange dieser Dauerzustand andauere, würde zu einer einseitigen Verschiebung des Prozessrisikos zu Lasten von KI führen. Die Zustimmung der Kl zur Weitergabe ihrer Daten sei ausreichend gewesen. Punkt 1. der der Kl übergebenen Datenschutzerklärung beinhalte das Einverständnis zur Weitergabe der Daten an die KKE. Eine solche Weitergabe sei schon allein gem § 39 Abs 2 BWG auch ohne Zustimmung des Betroffenen zulässig. Diese Bestimmung verpflichte die bekIP zu der von ihr vorgenommenen Datenverwendung, sohin zur Anmeldung bei der KKE. Insofern habe es bei der Datenschutzerklärung im Punkt 1. auch nicht des Hinweises auf die Widerrufsmöglichkeit bedurft, weil diese § 39 Abs 2 BWG widerspreche.

**1.** Der OGH erachtet die tragende Begründung des BerG insoweit für zutreffend und verweist darauf (§ 510 Abs 3 ZPO).

## **2. Zum Fristenlauf nach § 34 Abs 1 DSGVO**

§ 34 Abs 1 DSGVO lautet: „*Der Anspruch auf Behandlung einer Eingabe nach § 30, einer Beschwerde nach § 31 oder einer Klage nach § 32 erlischt, wenn der Einschreiter sie nicht binnen eines Jahres, nachdem er Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis erlangt hat, längstens aber binnen drei Jahren, nachdem das Ereignis behauptetermaßen stattgefunden hat, einbringt. Dies ist dem Einschreiter im Falle einer verspäteten Eingabe gem § 30 mitzuteilen; verspätete Beschwerden nach § 31 und Klagen nach § 32 sind zurückzuweisen.*“

Entgegen der Auffassung des BerG sind Ansprüche nach §§ 30 bis 32 DSGVO nach dem klaren Wortlaut des § 34 Abs 1 DSGVO auch dann präkludiert, wenn nur die einjährige subjektive Frist („*Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis*“) abgelaufen ist. Damit ist aber für die Revisionswerberin nichts gewonnen. Entscheidend ist hier, wann bei rechtswidrigen Dauerzuständen der Beginn des Fristenlaufs anzusetzen ist. Dazu hat

- 1) ÖBA 2010, 853.
- 2) ÖBA 2003, 141 mit Besprechungsaufsatz von *Apathy*.
- 3) ÖBA 2015, 211 mit Anm von *Knyrim*.
- 4) ÖBA 2007, 981 mit Anm von *Rummel*.
- 5) ÖBA 2011, 200.

sich in anderen Bereichen bereits eine gefestigte Rsp entwickelt:

Solange im Lauterkeitsrecht ein gesetzwidriger Zustand fortbesteht, bleibt gem § 20 Abs 2 UWG der Anspruch auf seine Beseitigung nach § 15 UWG und auf Unterlassung der Gesetzesverletzung gewahrt. Die Verjährung eines Unterlassungsanspruchs nach dem UWG beginnt erst, wenn der das Gesetz verletzende Zustand aufhört (RS0079953; RS0079560).

Bei fortgesetzter Schädigung beginnt die Verjährung für den Ersatz des erstentstandenen Schadens mit der Kenntnis des Beschädigten von ihm zu laufen; für jede weitere Schädigung beginnt eine neue Verjährung in dem Zeitpunkt, in welchem sie dem Beschädigten zur Kenntnis gelangt (RS0034536). Eine fortgesetzte Schädigung idS liegt vor, wenn durch eine schädigende Anlage, Nichtbeseitigen eines gefährlichen oder Aufrechterhalten eines rechtswidrigen Zustands Schäden hervorgerufen werden (RS0034536 [T13]). Die fortgesetzte Nichtzurverfügungstellung der dem KI vertragsmäßig zugesicherten Wohnung stellt einen vertragswidrigen Dauerzustand idS einer fortgesetzten Schädigung dar, sodass der KI nicht verpflichtet war, innerhalb von drei Jahren nach dem Eintritt des Primärschadens eine Feststellungsklage zur Wahrung seines Anspruchs für künftige Schäden einzubringen (RS0034536 [T14]). Der Geschädigte ist bei fortgesetzter Schädigung ausnahmsweise nicht genötigt, innerhalb von drei Jahren nach Eintritt und Bekanntwerden des Primärschadens eine Feststellungsklage zur Wahrung seines Anspruchs auf Ersatz künftiger Schäden einzubringen. Dies ist selbst dann nicht erforderlich, wenn diese Schäden schon vorhersehbar sind (RS0034536 [T20]). Der verbesserungspflichtige Schuldner verletzt seine Pflichten täglich aufs Neue, solange er die geschuldete Leistung nicht erbringt (RS0034536 [T21]).

IS dieser Rsp ist es auch bei auf § 32 DSGVO gestützten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen sachgerecht, bei rechtswidrigen Dauerzuständen wie im vorliegenden Fall sowohl die subjektive einjährige als auch die objektive dreijährige Präklusivfrist nicht vor Beendigung dieses Dauerzustands beginnen zu lassen.

Die Revisionswerberin beruft sich auf die Mat zum DSGVO (1613 Blg-NR 20. GP 50) und zur ZVN 2004 betref-

fend § 85 GOG (613 BlgNR 22. GP 20). Diese betonen die Wichtigkeit der Befristung der den Beschwerzten zustehenden Rechte wegen Beweisschwierigkeiten bei lange zurückliegenden Sachverhalten. Diese Mat haben aber ersichtlich punktuelle „beschwerende Ereignisse“ vor Augen. Bei Dauerzuständen, die etwa auch im Zeitpunkt der Klagsführung noch andauern, stellt sich dies anders dar.

Die von der KI geltend gemachten Ansprüche sind daher nicht verfristet.

### 3. Zu § 39 Abs 2 BWG

Die Bestimmung lautet: *„Die KI haben für die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken sowie ihrer Vergütungspolitik und -praktiken über Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte angemessen sind. Die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren haben weitest gehend auch bankgeschäftliche und bankbetriebliche Risiken sowie Risiken aus der Vergütungspolitik und den Vergütungspraktiken zu erfassen, die sich möglicherweise ergeben können. Die Organisationsstruktur sowie die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren sind schriftlich und in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren. Die Organisationsstruktur hat durch den Geschäftsbetrieb angemessene Aufbau- und ablauforganisatorische Abgrenzungen Interessen- und Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Die Zweckmäßigkeit dieser Verfahren und deren Anwendung ist von der internen Revision mindestens einmal jährlich zu prüfen.“*

Die von der Revisionswerberin aus § 39 Abs 2 BWG abgeleiteten Verpflichtungen finden im Wortlaut der Bestimmung keine Deckung. § 39 Abs 2 BWG sieht lediglich ein von der Rechtsordnung grds gebilligtes überwiegendes berechtigtes Interesse an der Sammlung, Aufbewahrung und Weitergabe bonitätsrelevanter personenbezogener Daten idS § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO vor. Diese Bestimmung legt jedoch nicht die Aufnahme bestimmter personenbezogener Daten in eine Datenanwendung idS § 4 Z 7 DSGVO und den Betrieb eines – kreditinstitutsübergreifenden – Informationsverbundsystems (§ 4 Z 13, § 50 DSGVO) über bonitätsrelevante Daten verpflichtend fest (6 Ob 112/10d).

### Anmerkung:

1. Die vorliegende E spricht – neben dem Verjährungsbeginn von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen<sup>6)</sup> – verschiedene datenschutzrechtliche Fragen an, die sich für Unternehmer iZm einer Kooperation mit Datenbankbetreibern (Auskunfteien)<sup>7)</sup> stellen können. Neben der Relevanz für Auskunfteien hat sie unternehmerseitig insb für KI sowie Leasing- und Versicherungsunternehmen Bedeutung, darüber hinaus aber auch für all jene Unternehmer, die zur Bewertung der Bonität von Kunden auf den Zugriff auf von Dritten betriebene Datenbanken angewiesen sind. Bedeutsam ist die E aber natürlich auch für die datenschutzrechtlich betroffenen Kunden. Zwar war der konkrete Fall vom OGH noch nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung („DSGVO“) samt nationalen Begleitgesetzen zu beurteilen; ihre Relevanz hat die E jedoch auch nach geltendem Recht behalten, weil sich in den maßgeblichen Punkten nur wenige inhaltliche Änderungen ergeben haben.<sup>8)</sup>

2.1. Zusammengefasst drehte sich der vom OGH zu beurteilende Fall um einen (später kl) Kreditnehmer, der beim (später bekl) KI einen Kredit aufnahm und im Rahmen der Unterfertigung des Kreditvertrages auszugsweise folgende Erklärung abgab:

*„[...] Der Kunde erklärt sich auf Dauer der Geschäftsverbindung unwiderruflich damit einverstanden, dass das KI nachstehende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim KSV von 1870 eingerichtet sind, übermittelt:*

*Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des KI iZm der Fälligkeitstellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten.*

*Zweck der Übermittlung ist die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe der vorstehend angeführten Daten durch den Empfänger an andere KI, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen. [...]*

*Der Kunde entbindet die Bank für die oa Weitergabe von Daten ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis.“*

Als es idF zu verspäteten Zahlungen des Kreditnehmers kam, übermittelte das KI verschiedene iZm dem Kredit stehen-

6) Dazu Punkt 6.

7) Auskunfteien werden im Folgenden als Unternehmen verstanden, die unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Anfrage geschäftsmäßig bonitätsrelevante Daten

über Unternehmen oder Privatpersonen erheben und verarbeiten, um sie bei Bedarf ihren Geschäftspartnern für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit einer betroffenen Person gegen Entgelt zugäng-

lich zu machen; *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup> Art 6 Rz 115.

8) Auf entsprechende Änderungen wird nachfolgend hingewiesen.

de Informationen über den Kreditnehmer an die Kleinkreditevidenz des KSV 1870 („KKE“). Der dort einzusehende Eintrag enthielt – neben den persönlichen Daten des Kreditnehmers – die Modalitäten der Zahlungsanstände und Fälligkeiten sowie einen Hinweis auf ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Kreditnehmers.

Da dem Kreditnehmer wegen dieser Eintragungen (auch) von anderen KI keine weiteren Kredite gewährt wurden, klagte er sein KI 1. auf Unterlassung der Verwendung verschiedener in der KKE aufscheinender Daten und 2. Beseitigung des durch die Meldung geschaffenen Zustands, insb der Führung der Daten in der KKE.

Alle Instanzen – zuletzt auch der OGH, der weitgehend auf die rechtliche Beurteilung des BerG verweist – gaben dem Kreditnehmer Recht. Die dargestellte Zustimmungserklärung sei gesetzwidrig und daher nicht wirksam gegeben worden; auch sonst bestehe kein Rechtfertigungsgrund für die beschriebene Verwendung der Daten durch das KI. Anders als von der Bekl behauptet, sei der auf § 32 DSGVO gestützte Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des KI zudem auch nicht nach § 34 Abs 1 DSGVO präkludiert bzw verjährt, weil die entsprechenden Fristen bei rechtswidrigen Dauerzuständen vor Beendigung eines solchen Dauerzustandes nicht einmal zu laufen beginnen würden.

Ob diese Begründung in allen Punkten überzeugt, erscheint fraglich.

**3.1. Aus datenschutzrechtlicher Sicht** besteht zunächst kein Zweifel daran, dass die vom Kreditnehmer gegebene Zustimmungserklärung aufgrund des darin enthaltenen Hinweises auf deren *Unwiderruflichkeit* sowohl die alte als auch die geltende Rechtslage zum Wesen einer *datenschutzrechtlichen Einwilligung* unrichtig darstellte. Bereits § 8 Abs 1 Z 2 DSGVO sah nämlich zwingend die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit für eine Zustimmung zur Datenverwendung durch den Betroffenen vor, was Art 7 Abs 3 DSGVO nun fortführt: „Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen.“

Bzgl der Folgen dieser unrichtigen Wiedergabe der Rechtslage verweist der OGH auf die Begründung des BerG. Dieses hatte die Zustimmungserklärung als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG qualifiziert und eine wirksame Einwilligung des Kreditnehmers zur Datenverarbeitung aus diesem Grund verneint. Im Lichte der bisherigen höchstgerichtlichen Rsp ist das konsequent: So wurde im Fall OGH 4 Ob 179/02f<sup>9)</sup> eine vergleichbare Klausel (Z 26) für intransparent befunden, weil dort auf die Widerrufsmöglichkeit *nicht* hingewiesen und die Rechtslage sohin unvollständig dargestellt worden sei. Umso mehr muss dann aber eine unrichtige Darstellung der Rechtslage die Intransparenz zur Folge haben. Eine andere Frage ist, inwieweit datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen auch nach neuem Recht nach § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen sind (dazu Punkt 3.3.).

**3.2. Nicht überzeugend** ist es, wenn in der vom OGH übernommenen Begründung des BerG auch der Verweis auf „andere KI, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen“ als intransparent qualifiziert<sup>10)</sup> und dabei auf die Begründung im Fall 1 Ob 105/14v<sup>11)</sup> (Klausel 9) verwiesen wird. Auch dort wurde bereits eine entsprechende Formulierung kassiert, weil die vom 1. Senat zu beurteilende Klausel offen gelassen hatte, welche anderen Unternehmen Zugang zu den Daten erhalten könnten.

Wie diesen Transparenzanforderungen des OGH entsprochen werden soll, ist nicht leicht zu beantworten. Zu bedenken ist, dass es sich bei der KKE – um die es im vorliegenden Fall ja ging – um ein registriertes Informationsverbundsystem iSd § 4 Z 13 DSGVO af handelte, dh um „die gemeinsame Verarbeitung von Daten in einer Datenanwendung durch mehrere Auftraggeber und die gemeinsame Benützung der Daten in der Art, daß jeder Auftraggeber auch auf jene Daten im System Zugriff hat, die von den anderen Auftraggebern dem System zur Verfügung gestellt wurden“. Nach anzuwendendem alten Recht war somit Wesensmerkmal des Informationsverbundsystems eine Verarbeitung von Daten in einer Datenanwendung

durch mehrere Auftraggeber (nunmehr: Verantwortliche).<sup>12)</sup>

Im konkreten Fall der KKE waren und sind das ausschließlich Kredit- und Finanzinstitute, sodass nur diese Daten an die KKE übermitteln und auch nur sie berechtigt sind, Bonitätsdaten eines kreditwerbenden Verbrauchers über die KKE abzufragen.<sup>13)</sup> Daraus erhellt, dass es ohnehin nur einen eingeschränkten Empfängerkreis der entsprechenden Daten gibt, der sich aber in einem weiteren Schritt nicht enger und transparenter als in der gegenständlichen Klausel fassen lässt. Denn auch wenn der an die KKE angeschlossene Empfängerkreis allein aus Kredit- und Finanzinstituten besteht, handelt es sich dabei natürlich um keinen geschlossenen Kreis, sondern ist dieser – zumal die Anzahl der Kredit- und Finanzinstitute nicht stagniert – laufenden Veränderungen und Erweiterungen unterworfen.<sup>14)</sup> Eine solche Erweiterung ist an sich auch wünschenswert, weil dem „Informationsverbundsystem“ der Grundsatz der Gegenseitigkeit – dh Reziprozität – immanent ist, sodass jeder Auftraggeber seine einschlägigen Daten (soweit zulässig) vollständig zur Verfügung zu stellen hat, dafür aber auch die Möglichkeit hat, auf die von anderen Teilnehmern zur Verfügung gestellten Daten zuzugreifen. MaW wird also durch eine Erweiterung des Teilnehmerkreises auch die Effektivität der Datenbank erhöht, was letztlich – wie insbesondere die Bestimmungen zur Bonitätsprüfung des Verbrauchers (§§ 7 VKrG, 9 HIKrG) zeigen<sup>15)</sup> – auch dem Verbraucherschutz dient.<sup>16)</sup>

Für die Formulierung der hier gegenständlichen Klausel bedeutet das aber, dass eine entsprechende (abschließende?) Aufzählung der Zugangsberechtigten über kurz oder lang stets unrichtig und damit auch intransparent werden würde, sodass den vom OGH verlangten Transparenzanforderungen in diesem Punkt kaum entsprochen werden kann. Aus meiner Sicht wäre der entsprechende Passus daher nicht zu beanstanden gewesen, weil die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, richtigerweise nur im Rahmen des Möglichen besteht.<sup>17)</sup>

9) ÖBA 2003, 141 mit Besprechungsaufsatz von *Apathy*.

10) Zusätzlich befand er auch die Formulierung „zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen“ für intransparent.

11) ÖBA 2015, 211 (*Knyrim*).

12) In der DSGVO und dem DSGVO nF gibt es den Terminus des „Informationsverbundsystems“ nicht mehr; vergleichbar ist damit jedoch das Konzept der gemeinsam Verantwortlichen in Art 26 DSGVO (so auch *Feiler/Horn*, Umsetzung der

DSGVO in der Praxis [2018] 190). Aus dem Wegfall des Begriffs ergeben sich für die vorliegende Fragestellung mE jedoch keine Änderungen.

13) Dazu weiterführend *St. Foglar-Deinhardstein*, Bonitätsprüfung Rz 306 ff.

14) So bereits *Knyrim*, ÖBA 2015, 216.

15) Zu § 7 VKrG zB EuGH C-565/12; *Pesek* in Klang<sup>3</sup> § 7 VKrG Rz 1 mwN; *St. Foglar-Deinhardstein*, Bonitätsprüfung Rz 55 ff; zu § 9 HIKrG zB *Koch*, immolex 2016, 104; *Harrich*, ZFR 2016,

126; *Schamberger*, ÖBA 2016, 640; *Dehn* in Leupold, Forum Verbraucherrecht 2016, 67; *St. Foglar-Deinhardstein*, VbR 2017, 45.

16) Überzeugend auch *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup> Art 6 Rz 121.

17) So auch der BGH in III ZR 157/10. Für Österreich etwa *Koziol*, Obsoleszenzen im österreichischen Recht Rz 42 FN 53 (mit Hinweis auf 8 Ob 49/12g, ÖBA 2010, 619); siehe auch schon *denselben*, Mayrhofer-FS 105.

Dass dieses Ergebnis auch *aus datenschutzrechtlicher Sicht* überzeugt, ergibt sich im Übrigen aus der neuen Informationspflicht des Verantwortlichen nach Art 13 DSGVO: Nach dessen lit e hat der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung „gegebenenfalls die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten“<sup>18)</sup> mitzuteilen. Damit wird klargestellt, dass der Verantwortliche den Empfänger nicht unbedingt namentlich zu benennen hat, zumindest solange der Name dem Verantwortlichen noch nicht bekannt ist.<sup>19)</sup> Als typische Beispiele für entsprechende Empfängerkreise werden in der Literatur Banken, Gerichte, Rechtsvertreter, Inkassounternehmen, Kunden, Konzernleitungen uam genannt.<sup>20)</sup>

**3.3.** Soweit es um die Transparenz von Einwilligungserklärungen geht, hat die DSGVO eine weitere Neuerung gebracht. Art 7 Abs 2 DSGVO normiert, dass bei Einholung der Einwilligung in einer schriftlichen Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, das Einwilligungsersuchen in verständlicher und leicht zugänglicher Form vorliegen sowie in klarer und einfacher Sprache abgefasst sein muss. Dadurch wird ein besonderes *Transparenzgebot für Einwilligungserklärungen* positiviert. Wie sich dieses Transparenzgebot des Art 7 Abs 2 DSGVO zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verhält – ob hier also Konkurrenz- oder Spezialitätsverhältnis oder ein Anwendungsvorrang der unionsrechtlichen Norm infolge erschöpfender Regelung anzunehmen ist –, bedürfte einer vertieften Untersuchung. In jedem Fall ist aber darauf hinzuweisen, dass Art 7 Abs 2 letzter Satz DSGVO die Folgen einer fehlerhaft eingeholten Einwilligung eigens regelt. Dementsprechend ist *jener Teil der Ein-*

*willigung*, der gegen die in Art 7 Abs 2 DSGVO genannten Vorgaben und damit auch gegen das dort normierte Transparenzgebot verstößt, nicht als verbindlich anzusehen. Da der Wortlaut explizit von Teilbarkeit ausgeht<sup>21)</sup> und nur die betroffenen Teile der Einwilligungserklärung für unwirksam erklärt, bedeutet das im Umkehrschluss, dass die rechtskonformen Bestandteile – soweit diese auch in Teilbereichen bestehen können – wirksam bleiben.<sup>22)</sup> Interessant wird sein, wie diese Rechtsfolgenanordnung im Verbraucherbereich (und dabei auch bei bloß teilweiser Unzulässigkeit einer Vertragsklausel) ausgelegt werden wird, wo für eine geltungserhaltende Reduktion ja nach neuerer Rechtsprechung zu § 6 Abs 3 KSchG sowohl in Verbands- als auch in Individualverfahren kein Raum bestehen soll.<sup>23)</sup>

**3.4.** Ein abschließender Gedanke zum Themenkreis der *datenschutzrechtlichen Einwilligung*: Ob diese im vorliegenden Zusammenhang – also im Verhältnis KI und Kreditnehmer – auf Basis der DSGVO überhaupt einen tauglichen Rechtfertigungsgrund (Art 6 DSGVO) für die gegenständliche Datenverarbeitung – Übermittlung der Daten an den KSV 1870 und Führung der Daten in der KKE – darstellen kann, erscheint mit Blick auf die jüngste höchstgerichtliche Judikatur<sup>24)</sup> zweifelhaft.<sup>25)</sup>

Dazu ist darauf hinzuweisen, dass eine Einwilligung nur dann Wirksamkeit entfaltet, wenn diese freiwillig gegeben wird, weil andernfalls bereits keine Einwilligung im normativen Sinn vorliegt.<sup>26)</sup> Als Ausprägung dieses Freiwilligkeitsprinzips normiert Art 7 Abs 4 DSGVO das allgemeine *Koppelungsverbot*, das insbesondere durchschlägt, wenn die betroffene Person nur die Wahl hat, vom Abschluss des Vertrages Abstand zu nehmen oder die Einwilligungserklärung

zu erteilen.<sup>27)</sup> Dieses Koppelungsverbot wurde vom OGH nun zuletzt in 6 Ob 140/18h besonders streng ausgelegt: Demnach sei bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsabschluss „grundsätzlich“ davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolge, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit sprechen würden.

Wendet man diesen Maßstab auch in der hier interessierenden Konstellation an, so wird man eine Freiwilligkeit der Einwilligung nur selten annehmen können: Denn welcher Kreditgeber wird sich schon für die Kreditvergabe entscheiden, wenn der Kunde ihm eine Datenweitergabe an die einschlägigen Datenbanken verbieten möchte? Ist die Kreditgewährung aber von der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Kunden abhängig, so wäre die Freiwilligkeit der Einwilligung – wenn sich die Wahl des Kunden darauf reduziert, zur Erlangung des Kredits in die Datenverarbeitung einzuwilligen oder nicht zu kontrahieren – zumindest im Lichte von 6 Ob 140/18h wohl zu verneinen. In diesem Fall müsste sich der Verantwortliche daher zur Zulässigkeit einer entsprechenden Datenverarbeitung auf eine alternative Rechtsgrundlage stützen (dazu Punkt 4.).<sup>28)</sup> Da es sich bei der gegenständlich Bekl um ein KI handelte, ist freilich darauf hinzuweisen, dass mit der Zustimmungserklärung wohl nicht nur eine datenschutzrechtliche Einwilligung (oder Information), sondern darüber hinaus auch eine rechtsgeschäftliche Entbindung vom Bankgeheimnis gem § 38 BWG bezweckt war (dazu Punkt 5.1. ff).

**4.1.** Als Rechtfertigungsgrund für die Datenverarbeitung verwies das bekl KI im Verfahren auf § 39 Abs 2 BWG<sup>29)</sup> und

*politik und -praktiken über Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte angemessen sind. Die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren haben weitestgehend auch bankgeschäftliche und bankbetriebliche Risiken sowie Risiken aus der Vergütungspolitik und den Vergütungspraktiken zu erfassen, die sich möglicherweise ergeben können. Die Organisationsstruktur sowie die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren sind schriftlich und in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren. Die Organisationsstruktur hat durch den Geschäftsbetrieb angemessene Aufbau- und ablauforganisatorische Abgrenzungen Interessen- und Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Die Zweckmäßigkeit dieser Verfahren und deren Anwendung ist von der internen Revision mindestens einmal jährlich zu prüfen.“*

18) Eigene Hervorhebung.

19) *Knyrim* in Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 13 Rz 29.

20) So *Illibauer* in *Knyrim*, DatKomm Art 13 DSGVO Rz 35; weitergehend *Härting*, DSGVO 17, der als Bsp eine Weitergabe an Werbepartner oder an Versandunternehmen nennt.

21) „Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.“

22) *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 25; *Heckmann/Paschke* in Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 7 Rz 35 f, jeweils mwN.

23) Dazu *Bollenberger* in *KBB*<sup>5</sup> § 879 Rz 30. Gegen die Zulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion auch im Anwendungsbereich des Art 7 Abs 2 DSGVO *Frenzel* in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> Art 7 Rz 15; in diese Richtung wohl auch *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 Rz 25; offen lassend *Heckmann/*

*Paschke* in Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 7 Rz 36.

24) Vgl 6 Ob 140/18h, ÖBA 2018, 894.

25) Zur Frage, wie sich die datenschutzrechtlichen Vorgaben zur bankgeheimnisrechtlichen Entbindungserklärung gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG verhalten, siehe unten Punkt 5.1. ff.

26) *Heckmann/Paschke* in Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 7 Rz 51.

27) Vgl *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 Rz 33.

28) Zur Frage, welche Rechtsgrundlagen – je nach konkretem Anwendungsfall – für eine Datenverarbeitung iZm einer Bonitätsprüfung bzw -bewertung in Betracht kommen, vgl auch *Kastelitz/Hötzen-dorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 54 mwN.

29) „Die KI haben für die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung der bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken sowie ihrer Vergütungs-

brachte vor, dass es durch diese Bestimmung zu der von ihm vorgenommenen Datenverwendung samt Anmeldung bei der KKE verpflichtet gewesen wäre. Diese Argumentation überzeugte den OGH nicht. Das ist zwar insofern bemerkenswert, als die Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters gem § 39 BWG in älteren Registrierungen verschiedener Banken im Datenverarbeitungsregister von der Datenschutzkommission (jetzt: Datenschutzbehörde) sehr wohl als legitime Rechtsgrundlage für die Teilnahme an der KKE anerkannt wurde.<sup>30)</sup> Dennoch trifft es zu, dass sich allein dem Gesetzestext des § 39 Abs 2 BWG keine Verpflichtung des KI entnehmen lässt, bestimmte personenbezogene Daten der Kreditnehmer in eine Datenanwendung wie die KKE aufzunehmen und ein kreditinstitutsübergreifendes Informationsverbundsystem zu betreiben.

**4.2.** Diese Beurteilung ändert indes nichts daran, dass ein *berechtigtes Interesse der Kreditwirtschaft* (iSv § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO und Art 6 Abs 1 lit f DSGVO) an einer entsprechenden Datenverarbeitung – wie im Folgenden gezeigt – zweifellos besteht. Warum dieses berechtigte Interesse in der vorliegenden E nicht näher geprüft wurde, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Möglicherweise liegt der Grund darin, dass der Geschäftsgegenstand von Auskunfteien wie der KKE eine Datenspeicherung auf Vorrat darstellt und dieser Umstand eine gewisse Skepsis hervorrufen kann.

Mit Blick auf die außerordentliche *volkswirtschaftliche Relevanz des Auskunfteienwesens* ist diese Skepsis nicht berechtigt.<sup>31)</sup> Nur durch diese Institution ist auch breiten Bevölkerungsschichten der Zugang zu Kreditvergaben und Unternehmen die Abwicklung von Massengeschäften möglich, weil andernfalls Kreditvergaben für den Kreditgeber und Geschäftsabschlüsse im E-Commerce-Bereich für den Unternehmer typischerweise ein unkalkulierbares kreditorisches Risiko darstellten. Auch eine allgemeine Betrugsprävention samt frühzeitiger Erkennung von Betrugsmustern fielen in diesem Bereich ohne das Auskunfteienwesen deutlich schwerer. Vor diesem Hintergrund ist ein *berechtigtes Interesse der (Kredit-)Wirtschaft* an entsprechenden Systemen zu bejahen; dies jedenfalls dann, wenn – was bei der KKE der Fall

ist – der Empfängerkreis der Datenbank so festgelegt ist, dass alle Zugriffsberechtigten zumindest potenziell ein berechtigtes Interesse an der Übermittlung haben können.

Ein berechtigtes Interesse an der Verwendung des Systems besteht auch seitens des *einzelnen Kreditgebers*. Das liegt für die Berechtigung des Abrufs der Datenbank auf der Hand, weil der Kreditgeber durch die Kenntnis der Vermögensverhältnisse und des bisherigen Zahlungsverhaltens des potentiellen Vertragspartners sein kreditorisches Risiko minimieren kann. Daneben hat der Kreditgeber aber auch ein berechtigtes Interesse an der Datenübermittlung an die Auskunfteien. Das folgt daraus, dass diese typischerweise auf dem erwähnten Prinzip der Reziprozität aufbauen und nur auf diese Weise effektiv ihrer beschriebenen volkswirtschaftlichen Bedeutung gerecht werden können. Die Datenübermittlung an die Auskunftei durch den Kreditgeber ist daher aufgrund jener berechtigten Interessen zulässig, die auf der anderen Seite die Zulässigkeit der Aufnahme der Daten in der Datenbank begründen.<sup>32)</sup>

Diese berechtigten Interessen überwiegen jedenfalls dann gegenüber den ebenfalls zu berücksichtigenden Interessen der betroffenen Person, wenn die in die Datenbank aufgenommene Information für den Empfängerkreis relevant ist und – zumindest wenn es um Negativdaten geht – darüber hinaus ein besonderer Grund, wie zB eine im Lichte der Rechtsordnung verpönte Verhaltensweise des Betroffenen, für die Aufnahme vorliegt. Für die Zulässigkeit spricht letztlich noch, dass die Auskunftei auch – entsprechend den Wertungen der §§ 7 VKrG, 9 HIKrG – den Schutz des Betroffenen bewirken kann, wenn dieser die eigene Finanzkraft überschätzt und ihm aus diesem Grund bei Kreditaufnahme die Zahlungsfähigkeit drohen würde.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass dieses überwiegende Interesse der Kreditwirtschaft an der KKE (und auch an der ebenfalls vom KSV 1870 betriebenen Warnliste) zuletzt auch vom Verfassungsausschuss des Nationalrats<sup>33)</sup> bestätigt wurde: *„Der Verfassungsausschuss anerkennt die wesentliche Bedeutung, die die bestehenden zur Bonitätsprüfung eingerichteten Informationsverbund-*

*systeme für die aufsichtsrechtlich und Verbraucherschutzrechtlich gebotene Kreditwürdigkeitsprüfung haben. Angesichts dieser Bedeutung ist ein gesetzlicher Ausschluss des Widerspruchsrechts nach Art. 21 Abs. 1 [DSGVO] gegen die Aufnahme in diese Datenbanken nicht erforderlich, weil der Ausschuss davon ausgeht, dass schon als Ergebnis der in der [DSGVO] vorgesehenen Interessenabwägung grundsätzlich kein Widerspruchsrecht bestehen wird.“*

**4.3.** Zusammenfassend überzeugt die rechtliche Beurteilung des OGH in diesem Punkt daher nicht: Ein überwiegendes berechtigtes Interesse des bekl KI an der Datenverarbeitung wäre in der vorliegenden Konstellation *aus datenschutzrechtlicher Sicht* unabhängig von der (Un-)Wirksamkeit der Einwilligung des Kreditnehmers in die Datenverarbeitung zu bejahen gewesen. Das gilt auch nach neuer Rechtslage. Gegen die Konsultation von und den Datenaustausch mit Auskunfteien kann die betroffene Person – jedenfalls nach neuem Recht – iaR nicht mittels Widerspruch gemäß Art 21 DSVO vorgehen, weil das Widerspruchsrecht richtigerweise nur in jenen Einzelfällen greifen soll, in denen der Betroffene sich aus seiner besonderen Situation ergebende Gründe darzulegen vermag, aufgrund derer sich eine (allgemeine) Ex-ante-Interessenabwägung (für diese Person) ex post als ungerechtfertigt erweist.<sup>34)</sup>

**5.1.** Wie bereits erwähnt, sind für KI neben den beschriebenen datenschutzrechtlichen Aspekten bei einem Datenaustausch über die KKE auch die Anforderungen des § 38 BWG zum Bankgeheimnis zu beachten.<sup>35)</sup> Dementsprechend befand sich in der vom OGH beurteilten Klausel auch eine Entbindungserklärung iSd § 38 Abs 2 Z 5 BWG (*„ausdrückliche und schriftliche Zustimmung“*), um die Geheimhaltungspflicht der Bank auf diese Weise rechtsgeschäftlich zu beschränken.

**5.2.** Zwar ist es hA, dass die in § 38 Abs 2 BWG angeführten Einschränkungen des Bankgeheimnisses nicht taxativ sind;<sup>36)</sup> bis heute nicht abschließend beantwortet ist allerdings, ob das zuvor herausgearbeitete überwiegende berechtigte Interesse der Kreditwirtschaft am Auskunfteienwesen auch zu einer Durchbrechung des Bankgeheimnisses

30) Entsprechende Registrierungen liegen dem Verfasser vor.

31) Vgl dazu und zum Folgenden ausführlich *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup> Art 6 Rz 115 ff mwN.

32) So auch *Schulz* in Gola, DSGVO<sup>2</sup> Art 6 Rz 117.

33) 97 BlgNR XXVI. GP.

34) Dazu *Kamann/Braun* in Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art 21 Rz 10; *Haidinger* in Knyrim, Der DatKomm Art 21 DSGVO Rz 19 ff.

35) Sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage ist davon auszugehen, dass bei

der Weitergabe von Daten die Regelungen des Datenschutzes und des Bankgeheimnisses parallel zu wahren sind; vgl *Spitzer* in BVR<sup>3</sup> IRz 2/7 ff (im Erscheinen) mwN.

36) Vgl nur *Sommer/Hirsch* in Dellinger, BWG § 38 Rz 161.

führen kann oder ob es hier doch der schriftlichen Zustimmung des Kunden bedarf.<sup>37)</sup> *Spitzer*<sup>38)</sup> bringt die unbefriedigende Situation folgendermaßen auf den Punkt: „*Es lässt sich daher festhalten, dass zwar durchaus gute Gründe für eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses bei KSV-Meldungen ins Treffen geführt werden können, eine solche Abwägung aber mit Unsicherheiten im Einzelfall ebenso wie mit Unsicherheiten im Allgemeinen behaftet ist. Einer Durchbrechung im Wege einer schriftlichen Entbindungserklärung durch den Kunden gem § 38 Abs 2 Z 5 BWG ist daher schon aus Rechtssicherheitsgründen der Vorzug zu geben.*“

Mit Blick auf diese Unsicherheiten werden KI daher weiterhin auf die schriftliche Zustimmung des Kunden zum Datenaustausch über die KKE bestehen (müssen), um auf diese Weise eine rechtssichere Entbindung vom Bankgeheimnis zu erlangen. Dies war möglicherweise auch der eigentliche Zweck der im gegenständlichen Verfahren zu prüfenden Vereinbarung – iS eines „*dual use*“ sollte sie dann einerseits datenschutzrechtliche Einwilligung (zumindest aber Information) und andererseits bankgeheimnisrechtliche Entbindungserklärung des Kunden sein.

**5.3.** Wie schwer es fällt, eine solche dual use-Erklärung kautelarjuristisch sicher umzusetzen, zeigt der vorliegende Fall eindrücklich: Grund dafür ist eben, dass der Datenaustausch mit der Auskunft auf der einen Seite *aus rein datenschutzrechtlicher Sicht* aufgrund des berechtigten Interesses des KI keiner datenschutzrechtlichen Einwilligung bedarf und eine solche zudem auch *jederzeit widerrufbar* wäre. Auf der anderen Seite ist eine Entbindungserklärung des Kunden aber *aus bankgeheimnisrechtlicher Sicht* (§ 38 Abs 2 Z 5 BWG) aus den erwähnten Rechtssicherheitsgründen indiziert. Für diese Entbindung stellt sich dann aber wiederum die Frage, ob sie (zumindest in bestimmten Konstellationen) unwiderruflich ist oder – falls nicht – inwieweit auf eine solche Widerrufsmöglichkeit innerhalb der Grenzen des § 879 Abs 3 ABGB wirksam verzichtet werden kann.<sup>39)</sup>

ME lässt sich dieser Konflikt zwischen datenschutzrechtlichen und bankgeheimnisrechtlichen Anforderungen bei einer dual-use-Erklärung *de lege lata* kaum auflösen. Im Ergebnis spricht dies dafür,

die datenschutzrechtliche Information *in praxi* von der bankgeheimnisrechtlichen Entbindungserklärung zu entkoppeln und die Reichweite der Erklärungen jeweils klar zu definieren. Dass sich daraus allerdings wiederum ein erhöhter Gestionsaufwand und damit auch zusätzliche Kosten ergeben, liegt auf der Hand.

**6.1.** Zuletzt sei auf die Überlegungen des 6. Senats zum Fristenlauf nach § 34 Abs 1 DSG aF eingegangen, die über den Anlassfall hinausgehende Bedeutung für den Verjährungsbeginn von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen haben.

**6.2.** Zu beurteilen war im konkreten Fall der Beginn des Fristenlaufes nach § 34 Abs 1 DSG aF, der für die Geltendmachung der Ansprüche nach §§ 30 bis 32 DSG aF – vergleichbar zu § 1489 ABGB – eine kurze subjektive und eine längere objektive Frist normiert. Demnach hat der Betroffene seine Ansprüche „*binnen eines Jahres, nachdem er Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis erlangt hat, längstens aber binnen drei Jahren, nachdem das Ereignis behauptetermaßen stattgefunden hat*“, zu betreiben.

Der OGH verneinte eine Präklusion der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der betroffenen Person mit der Begründung, dass subjektiver und objektiver Fristenlauf zur Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche noch nicht einmal zu laufen begonnen hätten. Dazu verwies er *zum einen* auf § 20 Abs 2 UWG, wonach die Verjährung eines Unterlassungsanspruchs nach dem UWG erst beginne, wenn der das Gesetz verletzende Zustand aufhört. Dies stimme *zum anderen* auch mit der Rsp zum Schadenersatzrecht bei fortgesetzter Schädigung überein, wo für jede (fortgesetzte) Schädigung eine neue Verjährung zu dem Zeitpunkt beginne, in welchem sie dem Beschädigten zur Kenntnis gelangt. Der Geschädigte sei daher bei fortgesetzter Schädigung ausnahmsweise nicht genötigt, innerhalb von drei Jahren nach Eintritt und Bekanntwerden des Primärschadens eine Feststellungsklage zur Wahrung seines Anspruchs auf Ersatz künftiger Schäden einzubringen; dies nicht einmal bei Vorhersehbarkeit dieser Schäden.

ISd beiden Rechtsprechungslinien zu § 20 Abs 2 UWG und dem Fall einer fortgesetzten Schädigung sei es – so

der 6. Senat – auch bei auf § 32 DSG aF gestützten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen sachgerecht, bei rechtswidrigen Dauerzuständen sowohl die subjektive einjährige als auch die objektive dreijährige Präklusivfrist nicht vor Beendigung des Dauerzustands beginnen zu lassen.

**6.3.** ME ist fraglich, ob sich der vom OGH gezogene Vergleich mit § 20 Abs 2 UWG im vorliegenden Zusammenhang tatsächlich als stimmig erweist. Zwar trifft es zu, dass nach dieser Regelung die sich aus dem UWG ergebenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gewahrt bleiben, solange ein gesetzwidriger Zustand fortbesteht. Dabei handelt es sich allerdings um eine UWG-spezifische Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts,<sup>40)</sup> wo die Verjährung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach hA<sup>41)</sup> bereits mit dem Zuwiderhandeln des Verpflichteten bzw mit dem Eintritt des dem Recht widersprechenden Zustandes beginnt. Aus diesem Grund wird in der Lit hinsichtlich einer Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 20 Abs 2 UWG *per analogiam* auch Zurückhaltung eingemahnt, weil dessen Beginnregelung eben gerade nicht als Ausdruck eines allgemeinen verjährungsrechtlichen Prinzips, sondern als besondere Anordnung zu verstehen sei.<sup>42)</sup>

**6.4.** Daneben überzeugt auch der Vergleich mit der Verjährung bei fortgesetzter Schädigung (§ 1489 ABGB) nicht vollends. Jud und L gehen hier davon aus, dass die Verjährung für den Ersatz des Erstschadens zwar mit dessen Kenntnis durch den Geschädigten zu laufen beginne; allerdings werde für jede weitere Schädigung eine neue Verjährung in dem Zeitpunkt in Gang gesetzt, in welchem sie dem Beschädigten zur Kenntnis gelangt.<sup>43)</sup> Im Ergebnis beginnt in dieser Konstellation die subjektive Verjährungsfrist des § 1489 ABGB für weitere Schädigungen nicht zu laufen und wird der Geschädigte somit nicht genötigt, innerhalb von drei Jahren nach Eintritt und Bekanntwerden des Primärschadens eine Feststellungsklage zur Wahrung seines Anspruchs auf *Ersatz künftiger Schäden* einzubringen.<sup>44)</sup> Dies erscheint für diesen Fall, in dem der fortgesetzte Geschädigte nicht seinen Ersatzanspruch hinsichtlich künftiger und häufig wohl

37) Vgl *Apathy* in BVR<sup>2</sup> I Rz 2/145 ff mwN; dazu nun auch *Spitzer* in BVR<sup>3</sup> I Rz 2/180 (im Erscheinen).

38) *Spitzer* in BVR<sup>3</sup> I Rz 2/180 aE (im Erscheinen).

39) Siehe dazu *Apathy* in BVR<sup>2</sup> I Rz 2/79; *Laurer* in *Laurer ua*, BWG<sup>3</sup> § 38 BWG

Rz 18; *Sommer/Hirsch* in *Dellinger*, BWG § 38 Rz 273 und *Spitzer* in BVR<sup>3</sup> I Rz 2/92 (im Erscheinen).

40) *Herzig* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 20 Rz 9, 28 mwN.

41) *Mader/Janisch* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1478 Rz 4; *M. Bydlinski* in *Rummel*<sup>3</sup>

§ 1478 Rz 2; *Dehn* in *KBB*<sup>5</sup> § 1478 Rz 2; *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1478 Rz 50.

42) So *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1478 Rz 51.

43) Vgl zB *Dehn* in *KBB*<sup>5</sup> § 1489 Rz 4; *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1489 Rz 26, jeweils mwN.

44) *Vollmaier* in *Klang*<sup>3</sup> § 1489 Rz 26.

unsicherer Schäden durch Verjährung verlieren soll, sachgerecht.

Demgegenüber gilt anderes für die Erweiterung dieses Gedankens auf die subjektive und auch objektive Verjährungsfrist von *Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen*; dies jedenfalls dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine fortwährende und ununterbrochene Beeinträchtigung des Betroffenen vorliegt, die ja auch nur einen einheitlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zum Entstehen bringen kann.<sup>45)</sup> Ein vergleichbares Problem wie bei der Gefahr der Verjährung *künftiger Schäden* gibt es hier nicht.<sup>46)</sup> Hinsichtlich der objektiven Verjährung wird damit zudem von der klaren Grundregel des § 1478 S 2 ABGB abgewichen: Demnach beginnt die Verjährung mit der objektiven Möglichkeit der Geltendmachung eines Rechtes, wobei jener Zeitpunkt maßgeblich ist, in dem der Rechtsausübung kein rechtliches Hindernis mehr entgegensteht.<sup>47)</sup> Besteht nun aber – wie im vorliegenden Fall – nur ein einheitlicher Unterlassungsanspruch, so müsste dessen Verjährung konsequenterweise nicht erst mit Wegfall der Störung, sondern schon dann in Gang gesetzt werden, sobald die Rechtsausübung möglich ist.<sup>48)</sup>

Dies hätte dann auch für den Beseitigungsanspruch zu gelten. Für diesen hat die Ansicht des OGH im Übrigen wohl zur Folge, dass er überhaupt nicht mehr verjähren kann: Hält die den Beseitigungsanspruch begründende Störung nämlich an, dann kann der Beseitigungsanspruch nach Ansicht des OGH weder subjektiv noch objektiv verjähren. Fällt die Störung hingegen (aus welchen Gründen auch immer) weg, besteht konsequenterweise auch kein Anspruch auf deren Beseitigung mehr, sodass sich auch die Verjährungsfrage nicht stellt.

Dr. Stephan Foglar-Deinhardstein,  
Wien

**2544.**

**§§ 879, 937 ABGB; Art 17 WG. Eine Vereinbarung, wonach Einwendungen aus dem Grundgeschäft auch dann**

**ausgeschlossen sein sollen, wenn sich seine Parteien im Prozess gegenüberstehen, ist unwirksam.**

OGH 28. 8. 2018, 8 Ob 147/17A

*Aus der Begründung:*

Das kl Bankinstitut gewährte der Bekl Kredite. Mit Schreiben vom 21.7.2015 sprach die Kl die Kündigung aus.

Zu den Sicherheiten gehörte ein von der Bekl unterzeichneter Blankowechsel. Die Wechselwidmungserklärung enthält ua folgende Bestimmung: „Es stehen uns im Fall einer derartigen Ausfertigung und Verwendung des Wechsels durch die Bank keine wie immer gearteten Einwendungen aus dem Grundgeschäft zu.“

Die Kl begehrte die Erlassung eines Wechselzahlungsauftrags. Das ErstG erließ ihn. Fristgerecht erhob die Bekl Einwendungen.

Das ErstG sprach in seinem Urteil aus, dass der Wechselzahlungsauftrag aufrecht bleibe. Solange sich Gläubiger und Schuldner des Grundgeschäfts gegenüberstünden, [dürfe der Wechselschuldner] dem Wechselgläubiger alles entgegenzusetzen, was er aus diesem Geschäft einwenden könne. Im vorliegenden Fall hätten die Parteien jedoch einen Ausschluss von Einwendungen aus dem Grundgeschäft vereinbart, was zwischen Unternehmern gültig sei. Sämtliche von der Bekl erhobenen Einwendungen seien solche aus dem Grundgeschäft.

Das BerG gab der Berufung der Bekl Folge. Nach dem Wortlaut der Wechselwidmungserklärung [wollten] die Parteien eine Überprüfung von Bestand und Richtigkeit von Forderungen aus der Geschäftsbeziehung im Wechselprozess ausschließen. Allerdings seien dem österreichischen Recht abstrakte Verpflichtungsgeschäfte fremd und nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam.

Der Rekurs [der Kl] ist aus den vom BerG genannten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

**1.** In einem Wechsel-(mandats-)verfahren ist zur Begründung der Berechtigung der Forderung allein zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch

aufgrund des Wechsels berechtigt ist (8 Ob 2328/96b<sup>1)</sup>). Dazu reicht es aus, dass sich der Kl zunächst auf die von ihm geltend gemachte abstrakte Wechselforderung stützt (8 Ob 52/14a<sup>2)</sup>). Es gilt der Grundsatz der „beschränkten Kognition“ (Kodek in Rechberger<sup>4</sup> vor § 555 Rz 2).

**2.** Die Abstraktheit einer Wechselforderung geht jedoch nicht so weit, dass das Fehlen, die Nichtigkeit oder der Wegfall des Grundgeschäfts ohne jede rechtliche Bedeutung für die Wechselforderung wäre. Zwischen den Parteien des Grundgeschäfts führt sie zu einer Umkehr der Beweislast. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Bestand der Wechselforderung durch substantielle Behauptungen darzulegen und zu beweisen. Es obliegt vielmehr dem Schuldner, den Nachweis für das Fehlen, die Nichtigkeit oder den Wegfall des Grundgeschäfts zu erbringen (RS0043426). Art 17 WG schließt nur solche Einwendungen aus, die auf Beziehungen zu Dritten beruhen. Solange sich Gläubiger und Schuldner des Grundgeschäfts gegenüberstehen, darf der Wechselschuldner dem Wechselgläubiger alles entgegenzusetzen, was er aus diesem Geschäft einwenden kann (RS0082420; RS0114336; RS0082465).

**3.** Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass die Parteien des Grundgeschäfts in der Wechselwidmungserklärung derartige Einwendungen aus dem Grundgeschäft ausdrücklich ausgeschlossen haben. Das BerG ist davon ausgegangen, dass ein solcher Ausschluss nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam ist. Der OGH erachtet die Begründung des BerG für zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO).

**4.** Abstrakte Verpflichtungen sind idR unwirksam. Abstrakte Schuldversprechen, bei denen also ein Partner dem anderen eine Leistung zu schulden verspricht, ohne dass ein Rückgriff auf die damit verfolgten, vom Gesetz anerkannten wirtschaftlichen Zwecke zulässig wäre (insb Austausch, Sicherung, Freigebigkeit, Streitbereinigung), sind regelmäßig unwirksam (vgl Rummel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 859 Rz 55). Dies wird insb aus dem im § 937 ABGB verankerten Verbot der Vereinbarung des Ausschlusses jeglicher Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrags abgeleitet (vgl Perner in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 937 Rz 4; P. Bydlinski in KBB<sup>5</sup> § 937 Rz 3; Kozioł, GS Gschnitzer 240).

Richtig hat das BerG darauf verwiesen, dass unter bestimmten Voraussetzungen abstrakte Verpflichtungen allerdings in drei- oder mehrpersonalen Verhältnissen akzeptiert werden, zB im Wertpapierrecht,

45) Treffend Vollmaier in Klang<sup>3</sup> § 1478 Rz 51.

46) Anders ist dies im Verzugsfall, wo der OGH mittlerweile auch die Grundsätze zur fortgesetzten Schädigung anwendet, weil sich der Verzugschaden hier täglich vergrößere und dessen künftige Höhe somit ungewiss bleibe: 6 Ob 232/15h; dazu Dehn in KBB<sup>5</sup> § 1489 Rz 4 mwN.

47) Siehe nur Dehn in KBB<sup>5</sup> § 1478 Rz 2; Vollmaier in Klang<sup>3</sup> § 1478 Rz 45 ff, 51 f.

48) Eben dies wird im Übrigen auch bei fortgesetzter Störung zur kurzen 30-tägigen

Frist des § 454 ZPO zur Geltendmachung von Besitzstörungen vertreten (Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 454 ZPO Rz 258; Fucik in Rechberger<sup>4</sup> § 454 ZPO Rz 6); hier ist allerdings umstritten, ob es sich bei dieser Frist um eine materielle Präklusivfrist oder eine prozessuale Frist handelt (vgl dazu Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 454 Rz 240 ff; Geroldinger in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 339 Rz 56 und Fucik in Rechberger<sup>4</sup> § 454 ZPO Rz 6, jeweils mwN).

1) ÖBA 1997, 841.

2) ÖBA 2016, 387.

bei der Anweisung oder im dreipersonalen Garantieverhältnis (vgl *Rummel* aaO, Rz 57). *Koziol* (Der Garantievertrag 33) führt dazu aus: „Für die Zulässigkeit solcher abstrakten Rechtsgeschäfte, an denen drei Personen beteiligt sind, spricht zunächst der Gedanke der Verkehrssicherheit. Andererseits ist entscheidend, dass zwar zwischen Verpflichtetem und Begünstigtem eine abstrakte Verbindlichkeit besteht, jedoch eine Kette von Grundverhältnissen gegeben ist und auf diesem Umweg auch eine Berufung auf den Rechtsgrund und auf alle Einwendungen möglich ist. Verpflichtung einerseits und Berechtigung andererseits sind daher iE nicht abstrakt, sondern kausal, allerdings auf einem Umweg. Das genügt jedoch sowohl für eine ausreichende Inhaltskontrolle als auch zur Vermeidung des Ergebnisses, dass jemand ohne materielle Grundlage eine endgültige Zuwendung an einen anderen vornehmen muss bzw behalten kann.“ Dagegen spreche gegen die Zulässigkeit abstrakter zweipersonaler Garantien die besondere Gefährlichkeit für den Schuldner. Vom Grundverhältnis materiell losgelöste abstrakte Verträge würden die Möglichkeit eröffnen, zahlreiche zwingende Vorschriften, insb gesetzliche Verbote und auch Formvorschriften zu umgehen und eine Inhaltskontrolle durch den Richter unmöglich machen. Die volle Loslösung von der Causa bei den abstrakten Versprechen bedeute nichts anderes als einen allgemeinen Verzicht auf sämtliche Einwendungen aus dem Grundverhältnis, die die Gültigkeit des Vertrags, die Nichterfüllung durch den Partner usw betreffen (*Koziol* aaO, 30).

**5.** Auch in der Rsp wurde darauf verwiesen, dass materiell abstrakte Rechtsgeschäfte nach österr Recht, wie sich aus den Bestimmungen über die Anweisung (§ 1402 ABGB) und über den in die Hände eines Dritten gelangten Wechsel (Art 17 WG) ergibt, wirksam seien, wenn es sich um dreipersonale Verhältnisse handelt. Dafür spreche der Gedanke der Verkehrssicherheit sowie der Umstand, dass die Verbindlichkeit des Garanten durch eine Kette von Grundverhältnissen gerechtfertigt sei (vgl 4 Ob 2330/96t<sup>3</sup>). Dagegen wurde im zweipersonalen Verhältnis das Entstehen einer abstrakten Verbindlichkeit abgelehnt (so etwa 2 Ob 204/10d<sup>4</sup> zur Gutschrift bei KI; 1 Ob 27/01d<sup>5</sup> zum Anerkenntnis).

**6.** Wie dargelegt, wird beim Wechsel grds davon ausgegangen, dass, solange er nicht an einen Dritten gelangt, nur eine geminderte Abstraktheit vorliegt, weil

vom Verpflichteten sämtliche Einwendungen aus dem Grundgeschäft erhoben werden können. Gelangt der Wechsel in die Hände Dritter, sind nach Art 17 WG dem Verpflichteten auch die Einreden aus dem Grundgeschäft abgeschnitten. Im Interesse der Verkehrssicherheit lässt die Rechtsordnung hier zu, dass im Verhältnis des Dritten zum Verpflichteten allein das abstrakte Versprechen Bedeutung hat. Allerdings wird dies auch hier damit gerechtfertigt, dass auch bei völliger Loslösung vom Grundverhältnis gegenüber dem Dritten dem Verpflichteten die Möglichkeit bleibt, gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger auf das Grundverhältnis zurückzugreifen. Bei mangelnder Gültigkeit des Grundgeschäfts muss der Verpflichtete dem Dritten zwar zahlen, er kann aber seinerseits wiederum seinen ursprünglichen Gläubiger in Anspruch nehmen (vgl *Koziol*, GS Gschnitzer 243 f). Sieht man den Verkehrsschutz und die Umlauffähigkeit der Wechselforderung als Grundlage für einen Einwendungsausschluss an, ist dieser dort nicht angebracht, wo noch kein „Verkehrsgeschäft“ vorliegt, also kein Dritter beteiligt ist. Solange sich die Parteien des Grundgeschäfts gegenüberstehen und keine Weiterbegebung bzw Ausstellung an einen Dritten stattgefunden hat, ist ein Einwendungsausschluss auf dieser Basis nicht möglich und auch nicht erforderlich. In diesem Fall beeinträchtigt die Zulassung von Einreden aus dem Grundgeschäft die Umlauffähigkeit des Papiers nicht (*Krejci*, UR 624).

Für diese, vom erKSen geteilten Gründe, die gegen einen Einwendungsausschluss sprechen, macht es aber keinen Unterschied, ob dieser ausdrücklich vereinbart wurde oder nicht. Auch im Wechselrecht besteht keine Rechtfertigung für die Begründung einer rein abstrakten Verbindlichkeit im zweipersonalen Verhältnis, also solange sich die Parteien des Grundgeschäfts gegenüberstehen. Vielmehr müssen dem Schuldner in einem solchen Fall die Einwendungen aus dem Grundgeschäft erhalten bleiben. Erst mit Begebung des Wechsels verlangt die Verkehrsfähigkeit des Wertpapiers den Ausschluss von Einwendungen. Damit ist aber eine Vereinbarung, wonach, solange sich die Parteien des Grundgeschäfts gegenüberstehen, Einwendungen aus dem Grundgeschäft ausgeschlossen werden, nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam.

**7.** Der im Rekurs angesprochene Umstand, dass nach der Rsp die Klage aus dem Grundgeschäft und die Wechselklage nicht im Verhältnis der Identität stehen, ändert daran nichts. Die inhaltlich beschränkte Entscheidungsbefugnis im Wechselverfahren ist eine Begleiterscheinung der materiellen Wechselstrenge, also der abstrakten Natur der im Wechsel

verbrieften Forderung. Das Bestehen der Klagsforderung wird daher ausschließlich aus der Gültigkeit des Wertpapiers abgeleitet. Das nimmt dem Bekl jedoch nicht die Möglichkeit, im Rahmen des Art 17 WG Einwendungen zu erheben (vgl *Enzinger*, JBl 2006, 706). Daraus wurde sogar abgeleitet, dass der Bekl, der ihm mögliche Einwendungen im Wechselprozess nicht erhoben hat, idF nicht unter Berufung auf das Grundgeschäft Ansprüche geltend machen kann (8 Ob 213/99b).

**8.** Wenn sich die Kl darauf beruft, dass Aufrechnungsverbote grds zulässig sind, womit sie offenbar eine Konversion der Nebenabrede in ein Aufrechnungsverbot anstrebt, muss darauf derzeit noch nicht eingegangen werden, weil sich die Einwendungen der Bekl zunächst gegen die Berechtigung der Klagsforderung wenden. Erst wenn diese feststeht, muss auf die ebenfalls geltend gemachten Gegenforderungen eingegangen werden.

## 2545.

**Art 4 Nr 14 ZaDiRL; Art 4 Nr 12 ZaDiRL II. Ein Sparkonto mit täglicher Fälligkeit, auf das bzw von dem Einzahlungen und Abhebungen nur über ein Girokonto vorgenommen werden können, ist nicht unter den Begriff des Zahlungskontos zu subsumieren.**  
OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 207/18x<sup>1</sup>)

*Aus den Entscheidungsgründen:*

Die kl Kammer ist zur Geltendmachung von Ansprüchen nach § 28a KSchG berechtigt. Die bekl Bank betreibt österreichweit das Bankgeschäft und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern AGB.

Die Bekl bietet unter der Bezeichnung „Direkt-Sparkonto“ Online-Sparkonten an, auf die bzw von denen ihre Kunden im Wege des Telebanking Einzahlungen und Abhebungen vornehmen können. Diese Überweisungen muss der jeweilige Kunde stets über ein auf ihn lautendes Referenzkonto tätigen. Hierbei muss es sich um ein Girokonto handeln, das der Kunde auch bei einer anderen Bank als der Bekl unterhalten kann. Zu Lasten des „Direkt-Sparkontos“ löst die Bekl weder Lastschriften noch Schecks ein, auch Barauszahlungen werden nicht vorgenommen.

Die Kl [argumentierte, die] „Direkt-Sparkonten“ der Bekl seien als Zahlungskonten zu qualifizieren.

1) ÖBA 2017, 437.

3) ÖBA 1997, 482.

4) ÖBA 2012, 388 mit Anm von *Dullinger*.

5) ÖBA 2001, 640.

Die *Bekl* wandte ein, dass das *ZaDiG* nicht auf „Direkt-Sparkonten“ anwendbar sei, weil damit keine Teilnahme am Zahlungsverkehr ermöglicht werde.

Die *Vorinstanzen* schlossen sich der Rechtsansicht der *Bekl* an.

Der Senat hat das Revisionsverfahren bis zur E des *EuGH* über das zu 8 Ob 88/16y gestellte Vorabentscheidungsersuchen unterbrochen.

Der 8. Senat legte dem *EuGH* folgende Frage vor:

*Ist Art 4 Nr 14 ZaDiRL dahin auszu-legen, dass auch ein Online-Sparkonto, auf das der jeweilige Kunde (mit täglicher Fälligkeit und ohne besondere Mitwirkung der Bank) im Wege des Telebanking Einzahlungen auf ein auf ihn lautendes und Abhebungen von einem auf ihn lautenden Referenzkonto (ein Girokonto in Österreich) durchführen kann, unter den Begriff des „Zahlungskontos“ zu subsumieren ist und daher vom Anwendungsbe- reich der RL erfasst wird?*

Aufgrund der E des *EuGH* C-191/17, *BAK/ING-DiBa* ist das Verfahren hiermit fortzusetzen. [Darin] beantwortete der *EuGH* die Vorlagefrage wie folgt:

*Art 4 Nr 14 ZaDiRL ist dahin auszu-legen, dass ein Sparkonto mit täglicher Fälligkeit, auf das bzw von dem Einzahlungen und Abhebungen nur über ein Girokonto vorgenommen werden können, nicht unter den Begriff „Zahlungskonto“ fällt.*

Der im Revisionsverfahren zu prüfende Unterlassungsanspruch ist davon abhängig, ob das *ZaDiG* anwendbar ist, weil die *Kl* ihren Unterlassungsanspruch darauf stützt. Die maßgebliche Frage wurde vom *EuGH* zu Art 4 Nr 14 *ZaDiRL* beantwortet. Für die gleichlautende Bestimmung des nunmehr geltenden Art 4 Nr 12 *ZaDiRL* II gilt Entsprechendes.

Mangels Anwendung des *ZaDiG* auf die „Direkt-Sparkonten“ ist der Unterlassungsanspruch unberechtigt, weshalb die *Vorinstanzen* die Klage zu Recht abgewiesen haben.

## 2546.

**§§ 907b, 988, 1293, 1299 ABGB; § 1 WAG 2007. Die Bank ist nicht verpflichtet, den Fremdwährungskreditnehmer über die Möglichkeit einer Änderung der Währungspolitik der SNB aufzuklären.**

OGH 25. 9. 2018, 4 Ob 176/18p

*Aus der Begründung:*

Mit Kreditvertrag vom 16.8.2004 nahmen die *Kl* bei der *Bekl* einen endfälligen FX-Kredit in CHF in Anspruch, wobei

die Rückzahlung über TT erfolgen sollte. Anlässlich der Kreditaufnahme wurden die *Kl* ordnungsgemäß beraten und auch auf das Wechselkursrisiko hingewiesen.

Ab 6.9.2011 entschloss sich die *SNB* dazu, den Wechselkurs von 1 CHF mit einem Gegenwert von € 1,20 zu stützen, was den *Kl* bekannt war. Die *Bekl* informierte die *Kl* regelmäßig über den Stand des Kredits und machte sie angesichts der Deckungslücke auch auf die Möglichkeit risikominimierender Maßnahmen, insb die Vornahme einer Konvertierung des Kredits, aufmerksam, was die *Kl* ablehnten. Am 14.1.2015 beendete die *SNB* die Stützung des Wechselkurses, was dazu führte, dass der Wechselkurs des CHF gegenüber dem Euro rapide fiel. Die *Kl* haben den Kredit bis heute nicht konvertiert.

Die *Kl* erhoben eine Schadenersatzklage. Die *Bekl* habe ihre Beratungspflicht verletzt, weil sie die *Kl* nach Einführung der Wechselkursstützung durch die *SNB* nicht auf das spezifische Risiko deren Aufhebung aufmerksam machte.

Das *ErstG* wies das Klagebegehren ab. Die Stützung des Wechselkurses durch die *SNB* habe kein neues Risiko geschaffen, sondern das Wechselkursrisiko temporär eingedämmt, was auch einem unerfahrenen Bankkunden erkennbar gewesen sei. Da den *Kl* hätte bewusst sein müssen, dass das Wechselkursrisiko auch rapide Kursstürze umfasse, habe keine nachträgliche Aufklärungspflicht bestanden.

Das *BerG* bestätigte diese E. Beim FX-Kredit werde eine Pflicht zur nachträglichen Information des Kunden nur für den Fall bejaht, dass sich die ursprüngliche Beratung nachträglich als unrichtig herausstelle, was bspw bei einer Abweichung von der dem Kunden mitgeteilten Wechselkursentwicklung der Fall sein könne. Im Anlassfall habe eine solche Verpflichtung nicht bestanden. Der Hinweis auf das Risiko von Wechselkursverlusten umfasse nicht nur Kursveränderungen aufgrund von wirtschaftlichen Entwicklungen, sondern auch Reaktionen des Devisenmarkts auf Änderungen der nationalen Wirtschaftspolitik. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil zur Frage, ob ein *Kl*, das den Kunden bei Abschluss eines FX-Kredits in CHF über das Wechselkursrisiko aufgeklärt habe, nach Einführung einer Kursstützung neuerlich über das mit dem Wegfall dieser Kursstützung verbundene Risiko aufklären müsse, höchstgerichtliche *Rsp* fehle.

Entgegen dem Ausspruch des *BerG* ist die *Revision* nicht zulässig. [...]

**2.1.** Inhalt und Umfang der Beratungspflichten der Bank sind vom Anlagemodell und von der Person des Kunden abhängig. Ausgehend vom konkreten Anlageziel und der konkreten Risikovor-

stellung des Kunden sind die typischen Risiken der in Aussicht genommenen Anlage darzulegen. Zudem muss über die Auswirkung des Risikogehalts des Finanzprodukts auf das verfolgte Anlageziel aufgeklärt werden (8 Ob 109/17p<sup>1</sup>; allgemein RS0026135).

**2.2.** Bei einem FX-Kredit ist über das Zinsrisiko und das Währungs- bzw Wechselkursrisiko, das sich auf die Kreditsumme auswirken kann, sowie allenfalls über das mit einem Tilgungsträger verbundene Risiko aufzuklären (RS0108074 [T21 und T22]). Grds reicht es in Bezug auf das Wechselkursrisiko aus, den (Privat-) Kunden darüber aufzuklären, dass sich der Rückzahlungsbetrag im selben Verhältnis erhöhen oder vermindern wird, in dem sich der Wechselkurs zwischen den Währungen verändert (8 Ob 60/15d<sup>2</sup>; 7 Ob 48/17k<sup>3</sup>). Die konkrete Ausgestaltung der Beratungspflichten hängt typisch von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab (RS0029601 [T9]).

**2.3.** Der OGH hat (zur Beratung bei einer Stop-Loss-Order) bereits ausgesprochen, dass eine Änderung der Währungspolitik der *SNB* nicht vorhersehbar war und eine Aufklärungspflicht der Bank über diese Möglichkeit nicht bestand (7 Ob 28/17v<sup>4</sup>; 5 Ob 47/18z<sup>5</sup>).

Bei der hier in Rede stehenden Kursstützung durch die *SNB* handelte es sich um eine typische währungspolitische Maßnahme. Aus den zitierten E ergibt sich dazu, dass keine Pflicht zur Aufklärung über das „Stützungsrisiko“ bestand. Dementsprechend musste über die Aufgabe der Kursstützungspolitik durch die *SNB* als *contrarius actus* zur vorübergehend getroffenen währungspolitischen Maßnahme nicht aufgeklärt werden.

**2.4.** Entgegen der Ansicht der *Kl* begründet der Wegfall der Wechselkursstützung kein eigenständiges, vom Wechselkursrisiko zu trennendes Risiko. Vielmehr wird durch eine Wechselkursstützung das Wechselkursrisiko vorübergehend eingefroren. Zudem ist auch für einen unerfahrenen Kreditnehmer voraussehbar, dass eine währungspolitische Maßnahme wieder aufgehoben werden kann, was dazu führt, dass idF die Marktverhältnisse wieder maßgebend sind. Durch den Wegfall der Kursstützung wurde somit die ursprüngliche, von den Marktverhältnissen getragene Risikolage wiederhergestellt.

**3.** Die vom *BerG* als erheblich bezeichnete Rechtsfrage lässt sich bereits anhand

- 1) ÖBA 2018, 144.
- 2) ÖBA 2016/2223, 466.
- 3) ÖBA 2018, 431 mit Anm von *St. Foglar-Deinhardstein*.
- 4) ÖBA 2018, 68.
- 5) ÖBA 2018, 748.

der schon bestehenden Rsp des OGH beantworten.

Im Anlassfall wurden die Kl anlässlich der Kreditaufnahme über das Wechselkursrisiko aufgeklärt; idF war ihnen auch die Kursstützung durch die SNB bekannt. Davon ausgehend erweist sich die Beurteilung des BerG, dass die Bekl keine Pflicht zur weiteren Aufklärung über die Konsequenzen bei einer Änderung der Währungspolitik durch die SNB, konkret die Aufgabe der Wechselkursstützung, treffe, als nicht korrekturbedürftig. Den Kl musste klar sein, dass die Kursstützungsmaßnahmen der SNB die Stabilität des Wechselkurses nicht und insb nicht dauerhaft garantieren konnten.

**4.** Die von den Kl in der Revision zitierten FMA-Mindeststandards geben im Kern nur die von der Rsp anerkannten Beratungspflichten wieder. Abgesehen davon, dass diesen Standards keine Rechtsnormqualität zukommt, beziehen sie sich in den von den Kl angeführten Punkten nur auf Möglichkeiten der Vertragsgestaltung und das Anbieten alternativer Produkte. Nach den Feststellungen hat die Bekl durch ihre Hinweise auf risikominimierende Maßnahmen auch diesen Anforderungen entsprochen.

Entgegen den Ausführungen der Kl unterliegt die Aufnahme eines FX-Kredits nicht dem WAG 2007 (7 Ob 48/17k). Eine Konvertierung des FX-Kredits haben die Kl ausdrücklich abgelehnt.

Die von den Kl angesprochenen Informationen der Bekl während der Kreditlaufzeit erfolgten im Rahmen des Kreditverhältnisses und begründeten keine darüber hinausgehenden Beratungspflichten.

**5.** Insgesamt gelingt es den Kl nicht, eine erhebliche Rechtsfrage aufzuzeigen.

## 2547.

**§§ 907b, 988, 1304 ABGB. Da die künftige Kursentwicklung ungewiss ist, kann die Bank dem Fremdwährungskreditnehmer eine Verletzung seiner Schadensminderungspflicht wegen unterlassener Konvertierung nur in besonderen Fallkonstellationen entgegenhalten.**

OGH 25. 9. 2018, 4 Ob 59/18g

*Aus der Begründung:*

Aufgrund eines Feststellungsurteils steht zwischen den Parteien rk fest, dass die Bekl dem Kl für alle Schäden haftet, die diesem aus einer Fehlberatung

iZm einem fremdfinanzierten „Gratis-Pensionsvorsorgemodell“ entstehen. Die Fremdfinanzierung erfolgte durch einen CHF-Kredit, der Schaden des Kl besteht aus einer Deckungslücke. Im ersten Rechtsgang über die Zahlungsklage wurden dem Kl davon bereits rk € 69.758,03 zuerkannt.

Str ist im zweiten Rechtsgang die Frage einer Verletzung der Schadensminderungspflicht des Kl dadurch, dass er ein Konvertierungsangebot der finanzierenden Bank 2012 nicht angenommen hatte.

Das BerG verneinte diese Obliegenheit, weil sich die Deckungslücke bis zum 31.12.2014 (dem Endtermin des Kredits) von € 118.206,96 ohne Konvertierung auch im Fall der Konvertierung nicht nennenswert (nämlich nur um € 957,18) verkleinert hätte.

**1.1.** Ob eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vorliegt, ist nicht ex post, sondern ex ante zu beurteilen (RS0026909 [T1a]; 5 Ob 125/15s), uzv danach, ob der Geschädigte schuldhaft (RS0027062) eine ihm zumutbare Handlung unterlassen hat, die von einem Durchschnittsmenschen gesetzt worden und bei objektiver Betrachtung geeignet gewesen wäre, den Schaden zu vermindern (RS0023573; RS0022681 [T4]; RS0027015). Dies hängt grds von den Umständen des Einzelfalls ab und begründet keine erhebliche Rechtsfrage (RS0027787 [T18]).

**1.2.** Wird aufgrund dieser Prüfung eine Handlungspflicht des Geschädigten bejaht, ist in einem weiteren Schritt zu fragen, ob die gebotene, jedoch unterlassene Handlung die Vergrößerung des Schadens tatsächlich verhindert hätte (RS0022913). Es muss versucht werden, den hypothetischen Ablauf bei Vermeidung der Unterlassung durch Setzen des gebotenen Verhaltens herauszufinden. Das gebotene Verhalten ist hinzuzudenken (vgl 4 Ob 145/11v mwN). Diese Prüfung der natürlichen Kausalität erfolgt notwendigerweise ex post und ist dem Tatsachenbereich zuzuordnen (RS0022582).

**1.3.** Ein Anleger darf zwar nicht auf Kosten des Schädigers spekulieren (RS0120784 [T12; T36]; RS0087615 [T7]; 1 Ob 118/16h). Bei volatilen Werten kann der Schädiger dem Anleger den Einwand der Schadensminderungspflicht bei Verkauf oder Behalten aber nur dann entgegenhalten, wenn die Verkaufs- oder Behalteobligiegenheit dem Anleger zumutbar war. Da bei Wertpapieren im Regelfall die Kursentwicklung keine sicheren Schlüsse des einzelnen Anlegers auf Unternehmenswert und objektiven Wert seiner Beteiligung zulässt, ist eine schuldhaft Verletzung der Verkaufs- oder Behalteobligiegenheit des Anlegers

nur in besonderen Fallkonstellationen zu bejahen (RS0120785; 1 Ob 118/16h<sup>1)</sup>).

**2.1.** Im vorliegenden Fall ist aus dem Sachverhalt nicht abzuleiten, dass der Kl bei gebotener Sorgfalt erkennen hätte können, dass eine Konvertierung 2012 im Hinblick auf die weitere Ungewissheit der Kursentwicklung vorteilhaft, maW eine Verschlechterung des Kurses zu erwarten gewesen wäre. Das Angebot der Bank erfolgte auf Nachfrage seines RA; eine Empfehlung, es anzunehmen, erhielt der unerfahrene Kl nicht. Aus dem Schreiben der Bank ging auch nicht hervor, dass eine sofortige Konvertierung vorteilhaft sei. Wenn daher das BerG iE die Zumutbarkeit der Annahme des vorzeitigen Konvertierungsangebots der Bank durch den Kl verneinte, ist dies angesichts der Komplexität des Investitionsmodells nicht zu beanstanden. [...]

**2.3.** Obwohl der Geschädigte grds nicht verpflichtet ist, zur Beurteilung seiner Schadensminderungspflicht sachverständigen Rat einzuholen (2 Ob 324/00m), hat der Kl hier immerhin einen Steuerberater und einen RA kontaktiert. Abgesehen davon, dass ein RA nicht ohne Weiteres als Fachmann für die Entwicklung von FX-Kursen gelten kann, waren beide ausschließlich im Interesse des Kl tätig; ihre Beauftragung hatte nicht den Zweck, die Bekl zu entlasten (vgl 4 Ob 88/13i; RS0021766 [T7]).

## 2548.

**§§ 988, 1293, 1299, 1489 ABGB. Dass das Gesamtmodell (aus FX-Kredit mit Tilgungsträger) zur Pensionsvorsorge untauglich gewesen ist, stellt nur einen Aspekt der allgemeinen Risikoträchtigkeit dar. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist die Kenntnis der Risikoträchtigkeit des gesamten Modells.**

OGH 26. 9. 2018, 1 Ob 153/18h

*Aus der Begründung:*

**2.1.** Wann dem Geschädigten der Sachverhalt soweit bekannt wurde, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg anstellen hätte können, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und begründet idR keine erhebliche Rechtsfrage (vgl etwa RS0034524 [T10; T23; T32; T41; T52; T55; T60]).

**2.2.** Nach stRsp (jüngst 8 Ob 46/18z) ist für die Frage der Verjährung von Ansprüchen aus Beratungsfehlern bei Veranlagungs- und/oder Finanzierungs-konzepten, die eine Kombination von FX-Krediten mit TT vorsehen, entscheidend, zu welchem Zeitpunkt der Geschädigte erkennt, dass das Gesamtkonzept

1) ÖBA 2017, 196.

entgegen den Zusicherungen nicht oder nicht im zugesagten Ausmaß risikolos ist. Maßgeblich für den Verjährungsbeginn ist in diesen Fällen also die Kenntnis der Risikoträchtigkeit des gesamten Modells.

**2.3.** Hier musste der Kl entgegen der ursprünglichen Zusage, wonach keine „Eigenleistungen“ zu erbringen seien, bis Ende 2010 bereits Eigenleistungen von mehr als € 10.000 erbringen. Er wusste daher spätestens zu diesem Zeitpunkt, dass die monatlichen Ausschüttungen aus der Rentenversicherung zur Bedienung der laufenden FX-Kreditzinsen und zur laufenden Dotierung des TT nicht ausreichen. Der Kl wurde auch bereits im April 2009 darauf hingewiesen, dass eine (prognostizierte) „Deckungslücke“ von rd € 56.000 bestehe. Im Dezember 2010 wurde er über eine zu erwartende „Tilgungslücke“ iHv rd € 102.000 informiert. Auch die monatliche Rente aus der Rentenversicherung wurde zwischen 2003 und Ende 2010 von ursprünglich € 1.300 auf € 900 reduziert. Vor Ende 2010 wurde der Kl außerdem über Kursverluste (aus dem TT) von zunächst etwa € 32.000 und schließlich von rd € 48.000 informiert.

**2.4.** Dass das BerG aufgrund dieser Feststellungen davon ausging, dass dem Kl spätestens Ende 2010 die Risikoträchtigkeit des fremdfinanzierten Pensionsvorsorgemodells bekannt war und die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen begann, begründet keine Fehlbeurteilung (allgemein RS0044088). Die rechtliche Beurteilung des BerG hält sich vielmehr im Rahmen der Rsp (vgl 7 Ob 56/15h<sup>1</sup>); 7 Ob 107/16k<sup>2</sup>); 7 Ob 158/17m<sup>3</sup>); 3 Ob 82/18g<sup>4</sup>).

**2.5.** Dass der Kl erst 2013 durch seinen RA Kenntnis von den für eine erfolgreiche Klagsführung maßgeblichen Umständen erlangt haben soll, widerspricht den Feststellungen. Soweit er idZ auch auf Gespräche mit einem angeblich der Bekl zuzurechnenden (Vermögens-)Berater verweist, steht fest, dass der Kl nach 2010 keinen Kontakt mehr mit diesem hatte.

**2.6.** Dass das Gesamtmodell für den Kl zur Pensionsvorsorge untauglich gewesen sei, stellt nur einen Gesichtspunkt der Risikoträchtigkeit des gesamten Modells dar (vgl 8 Ob 46/18z). Mit – hier spätestens Ende 2010 erlangter – Kenntnis des Kl von dieser allgemeinen Risikoträchtigkeit begann daher auch die Verjährungsfrist hinsichtlich des Vorwurfs, das Investmentmodell sei als Pensionsvorsorge untauglich, zu laufen.

## 2549.

**§§ 863, 864a, 871, 879, 907b, 914, 987, 988 ABGB; § 6 KSchG. Aus früheren einvernehmlichen Konvertierungen lässt sich keine konkludent vereinbarte Verpflichtung der Bank ableiten, in der Zukunft jede vom Kreditnehmer gewünschte Konvertierung durchzuführen.**

**Die FMA-Mindeststandards vom 2.1.2013 (FMA-FXTT-MS) sind ein Grund, der die Bank dazu berechtigt, ein Konvertierungsansinnen eines Kreditnehmers abzulehnen.**

**Eine Klausel ist nicht überraschend iSv § 864a ABGB, wenn sie bloß die geltende Rechtslage wiedergibt.**  
OGH 26. 9. 2018, 7 Ob 155/18x

*Aus der Begründung:*

**2.2.** Die Parteien haben vereinbart: „Während der Kreditlaufzeit können Sie im Einvernehmen mit der Bank in eine andere Fremdwährung umsteigen, eine Konvertierung in Euro ist jederzeit auch ohne Zustimmung der Bank möglich.“

**3.** Unter welchen Voraussetzungen eine Konvertierung zulässig ist, richtet sich nach den im Einzelfall darüber getroffenen Vereinbarungen (vgl RS0128727). Einzelfallbezogene Fragen sind nur dann der Überprüfung durch den OGH zugänglich, wenn die Vorinstanzen bei ihrer Beantwortung einer groben Fehlbeurteilung erlegen sind (6 Ob 19/13g<sup>1</sup>); vgl RS0044088; RS0042405), was hier nicht zutrifft:

**3.1.** § 6 Abs 2 Z 1 KSchG ist nicht einschlägig, weil kein Vertragsrücktritt der Bekl vorliegt.

**3.2.** § 6 Abs 2 Z 3 KSchG schränkt die Zulässigkeit einseitiger Leistungsänderungen durch den Unternehmer ein, die nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Die bezeichnete Konvertierungsvereinbarung enthält kein einseitiges Leistungsänderungsrecht der Bekl.

**3.3.** § 6 Abs 1 Z 5 KSchG beschränkt das Recht des Unternehmers, „für seine Leistung“ ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zu verlangen. Diese Bestimmung regelt die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Preisänderungsklauseln (RS0121395) und soll den Verbraucher vor überraschenden Preiserhöhungen schützen (RS0124336). Die fragliche Konvertierungsvereinbarung ist aber keine Preisänderungsklausel und wird daher von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht erfasst (vgl 2 Ob 22/12t).

**3.4.** Dass ein Anwendungsfall des § 6 Abs 1 Z 10 KSchG vorläge, ist ebenfalls nicht erkennbar.

**3.5.** Die Vorinstanzen haben angenommen, dass die zu **2.2.** wiedergegebene Konvertierungsregelung nicht unklar

oder unverständlich abgefasst und daher nicht nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam ist. Diese Ansicht hat der OGH zu einer vergleichbaren Klausel bereits als vertretbar erachtet (6 Ob 19/13g). Die Revisionsausführungen bieten keinen Anlass, von dieser Rechtsansicht abzugehen. Ein unzulässiger Querverweis liegt nicht vor (vgl RS0122040).

**3.6.** Für die Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB ist das dispositive Recht der Maßstab (vgl RS0016591; RS0014676). Die Konvertierung ist eine Änderung des Vertragsgegenstands (vgl 2 Ob 22/12t), die nach dispositivem Recht (Vertragsautonomie) nur einvernehmlich erfolgen kann. Besagte Konvertierungsregelung entspricht daher der geltenden (dispositiven) Rechtslage und ist demnach nicht gröblich benachteiligend.

**3.7.** Die Konvertierungsvereinbarung ist nicht überraschend iSd § 864a ABGB, weil sie bloß die auch ohne die Klausel geltende Rechtslage wiedergibt.

**3.8.** Ob ein stillschweigender Verzicht der Bekl auf das Recht zur Ablehnung von Konvertierungen in eine Fremdwährung vorlag, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Für die Schlüssigkeit eines Verhaltens im Hinblick auf einen rechtsgeschäftlichen Willen legt § 863 ABGB einen strengen Maßstab an; es ist bei der Beurteilung der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht auf ein Recht vorliegt, besondere Vorsicht geboten (RS0014190, RS0014420). Wenn die Vorinstanzen aus früheren einvernehmlichen Konvertierungen nicht abgeleitet haben, dass die Bekl sich für die Zukunft zur Durchführung jeder von den Kl gewünschten Konvertierung verpflichtet habe, hält sich dies im Rahmen der Jud.

**3.9.** Dass sich die Bekl *nicht* verpflichtet habe, immer nur aus wesentlichen Gründen die Konvertierung in eine Fremdwährung abzulehnen, ist ein genauso vertretbares Auslegungsergebnis wie die Annahme eines berechtigten Grundes im Hinblick auf die mit 2.1.2013 von der FMA verabschiedeten neuen Mindeststandards zum Risikomanagement und zur Vergabe von FX-Krediten und Krediten mit Tilgungsträgern (FMA-FXTT-MS). Ein Rückgriff auf die L von der Geschäftsgrundlage hat zu unterbleiben, wenn ein Vertrag nach seinem von den Parteien festgelegten immanenten Zweck nicht lückenhaft ist, sondern ein im Vertrag geregelter bzw im Auslegungsweg klärbarer Fall vorliegt (RS0017453).

**4.** Für Arglist iS einer bedingt vorsätzlichen Täuschung (vgl RS0014790 [T1]), für eine vertragsrelevante Irreführung

1) ÖBA 2015, 944.  
2) ÖBA 2017, 52.  
3) ÖBA 2018, 144.  
4) ÖBA 2018, 661.

1) ÖBA 2013/1960, 767.

oder auch nur eine unterlassene Aufklärung der KI durch die Bekl fehlt es an einer zureichenden Sachverhaltsgrundlage.

**5.** Ein Kreditvertrag kann zwar, soweit er ein Dauerschuldverhältnis begründet, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit gelöst werden; ein solcher liegt aber nur dann vor, wenn einer Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses billigerweise nicht zugemutet werden kann (RS0019365). Die KI behaupten lediglich geringfügige und überdies vielfach Jahre zurückliegende (vgl RS0027780 [T14]) Unzukömmlichkeiten bei der Vertragsabwicklung, die einen massiven Vertrauensverlust nicht zu begründen vermögen.

**6.** Der Kreditvertrag diene zur Finanzierung der Eigentumswohnung des Erstkl; dass es sich bei diesem Vertrag um eine Wette iS des ABGB gehandelt haben soll, ist nicht nachvollziehbar (vgl 7 Ob 111/15x; RS0106835 [T2]).

**7.** Die Vorinstanzen sind in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, dass die Bekl den KI ohnehin die Kontoauszüge und Konvertierungsbestätigungen übermittelt hat. Die Ansicht des BerG, dass die KI bei dieser Sachlage näher angeben hätten müssen, welche weiteren Urkunden Gegenstand ihres Rechnungslegungsbegehrens sein sollten, ist vertretbar.

## Öffentlich-rechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von Univ.-Prof.

Dr. Karl Stöger, MJur, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Universität Graz

### Erkenntnisse des VwGH

#### 231.

**Art 7, 8, 9, 10, 11, 395 CRR-VO 2013/575; § 97 Abs 1 Z 4 BWG**

**Ein Kreditinstitut hat die jederzeitige Einhaltung der CRR-VO 2013/575 auf KK-Ebene (iSd Art 11 CRR-VO; konsolidierte Lage) sicherzustellen; dies selbst dann, wenn es einer (gemischten) Finanzholdinggesellschaft nachgeordnet ist.**

**Die Mitgliedstaaten können Kreditinstitute von den Aufsichtsanforderungen auf Einzelbasis freistellen, die CRR-VO 2013/575 sieht jedoch keine Möglichkeit vor, von der Anwendung der Anforderungen auf konsolidierter Basis abzusehen. Ein von einer Finanzholdinggesellschaft kontrolliertes Kreditinstitut ist daher grundsätzlich verpflichtet, die in Art 395 Abs 1 CRR-VO 2013/575 festgelegten Ober-**

**grenzen für Großkredite (vierter Teil der CRR-VO) sowohl auf Einzelbasis (KI-Ebene) als auch nach konsolidierter Lage (KK-Ebene) einzuhalten.**

**Die bloße Anpassung des Wortlauts des § 97 Abs 1 Z 4 BWG an den von der CRR-VO 2013/575 verwendeten Terminus „Großkredit“ hat keine inhaltliche Änderung bewirkt.**

VwGH 22. 10. 2018, Ra 2017/02/0208

*Begründung:*

**1.** Die revisionswerbende Partei ist ein Kreditinstitut im Sinne des Bankwesengesetzes (BWG). Im Zuge einer laufenden Überprüfung stellte sie fest, dass die bisherige Gewichtung zweier von ihr an näher bezeichnete öffentliche Stellen vergebener Großkredite mit jeweils null Prozent nicht mit der Verordnung (EU) Nr 575/2013 („CRR“) in Einklang stehe und es deshalb zu einer Überschreitung der in Art 395 Abs 1 CRR festgelegten „Großkreditgrenze“ gekommen sei. Aufgrund dessen übermittelte die revisionswerbende Partei der FMA am 12.5.2015 sowie am 22.10.2015 korrigierte Meldungen sowohl auf Einzelbasis (KI-Ebene) als auch auf Basis der konsolidierten Lage der die revisionswerbende Partei in diesem Zeitraum kontrollierenden Finanzholdinggesellschaft (KK-Ebene).

**2.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das VwG die Beschwerde der revisionswerbenden Partei gegen den Bescheid der FMA vom 12.5.2016, mit dem der revisionswerbenden Partei – in Bestätigung eines Mandatsbescheids vom 4.11.2015 – auf Grundlage ihrer Meldungen gemäß § 97 Abs 1 Z 4 BWG Abschöpfungszinsen sowohl auf KI-Ebene als auch auf KK-Ebene in jeweils bestimmter Höhe vorgeschrieben wurden, ab. Die Revision erklärte es gemäß Art 133 Abs 4 B-VG für nicht zulässig. [...]

**4.** Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht wird. [...]

**11.** Die Revision ist nicht zulässig: [...]

**14.** Nach der Rechtsprechung des VwGH sind Pönalezinsen (nunmehr: Abschöpfungszinsen) nach § 97 BWG wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahmen ohne Strafcharakter. Ihr Sinn besteht darin, dass Banken bei der Unterschreitung der gebotenen Liquidität Kosten auferlegt werden, die ihnen aus betriebswirtschaftlicher Vernunft die Einhaltung der Liquidität gebieten. In diesen Kosten mag auch ein Ausgleich für die betriebswirtschaftlichen Vorteile liegen, die die Konzentration auf einen einzigen Großkunden im Allgemeinen mit sich bringt, die gesetzestreu den Banken entgegen, um solcherart Wettbewerbsvorteile

aus der Missachtung des Gesetzes zu unterbinden. Der Gesetzgeber hat daher im Gesetz bewusst zwischen Strafsanktionen (vgl §§ 98 f BWG) und anderen Steuerungsmechanismen zur Sicherung der Einhaltung der gesetzlichen Gebote unterschieden (VwGH 22.2.1999, 96/17/0006; 23.10.2000, 96/17/0359).

**15.** Ein Kreditinstitut hat die jederzeitige Einhaltung der europäischen Ordnungs-normen der CRR auf KK-Ebene (Art 11 CRR) sicherzustellen; dies selbst dann, wenn dieses einer (gemischten) Finanzholdinggesellschaft nachgeordnet ist. Zwar können die Mitgliedstaaten Kreditinstitute von den Aufsichtsanforderungen auf Einzelbasis freistellen (siehe Art 7, 8 oder 10 CRR), die Verordnung sieht jedoch keine Möglichkeit vor, von der Anwendung der Anforderungen auf konsolidierter Basis abzusehen (vgl *Schirk/Stern* in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka (Hrsg), Bankwesengesetz<sup>4</sup> (2017) CRR Art 11 Rz 10 und 11). Ein – wie die revisionswerbende Partei – von einer Finanzholdinggesellschaft kontrolliertes Kreditinstitut ist daher grundsätzlich verpflichtet, die in Art 395 Abs 1 CRR festgelegten Obergrenzen für Großkredite (vierter Teil der CRR) auf beiden Ebenen einzuhalten. Durch die Vorschreibung von Abschöpfungszinsen gemäß § 97 Abs 1 Z 4 BWG wird diesen unionsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen und werden die erlangten betriebswirtschaftlichen Vorteile ausgeglichen. Die bloße Anpassung dieser Bestimmung an den von der CRR verwendeten Terminus „Großkredit“ vermochte diesbezüglich keine inhaltliche Abweichung zu begründen (vgl dazu auch ErläutRV 2438 BlgNR XXIV. GP, 44).

**16.** In Hinblick auf den klaren Wortlaut der genannten Regelungen der CRR und des BWG ging das VwG zu Recht von einer eindeutigen (unionsrechtlichen) Rechtslage aus, weshalb trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art 133 Abs 4 B-VG vorliegt (vgl zur diesbezüglich ständigen Rechtsprechung VwGH 27.2.2018, Ra 2018/05/0011, mwN).

**17.** Vor diesem Hintergrund besteht für den VwGH auch kein Anlass, eine von der revisionswerbenden Partei angeregte Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Sofern die revisionswerbende Partei in diesem Zusammenhang auf das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zu C-52/17 hinweist, ist ihr zu entgegnen, dass der Gerichtshof in dem dazu mittlerweile ergangenen Urteil die in § 97 Abs 1 Z 4 BWG vorgesehenen Abschöpfungszinsen als „Verwaltungsmaßnahme“ im Sinn von Art 65 Abs 1 der Richtlinie 2013/36/EU qualifiziert hat (vgl dazu EuGH 7.8.2018, *VTB Bank (Austria) AG*, C-52/17, Rn 42). Im Übr-

gen befasste sich der EuGH mit der im gegenständlichen Verfahren unstrittig nicht anwendbaren Ausnahmebestimmung des Art 395 Abs 5 CRR.

**18.** In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs 1 und 3 VwGG zurückzuweisen. [...]

### 232.

**Art 133 Abs 4 B-VG; § 34 Abs 1a VwGG; § 48 Abs 1 Z 7 iVm § 18 Z 1 BörseG**  
**Aus der Zulässigkeitsbegründung einer außerordentlichen Revision muss hervorgehen, warum eine zu klärende Rechtsfrage für den Tatvorwurf von Relevanz ist.**

**Der VwGH ist zur Lösung abstrakter Rechtsfragen nicht zuständig.**

VwGH 29. 10. 2018, Ra 2018/02/0213 (ebenso Ra 2018/02/0211, Ra 2018/02/0212)

*Begründung:*

**1.** Mit Straferkenntnis der FMA vom 18.9.2017 wurde der Revisionswerber schuldig erkannt, es als zur Vertretung nach außen berufenes Mitglied der W. a.s. zu verantworten, dass diese Gesellschaft bei ihrer Geschäftstätigkeit mit näheren Konkretisierungen § 12 Abs 2 der Handelsregeln der Wiener Börse AG (WBAG) nicht eingehalten habe. Der Revisionswerber habe dadurch gegen § 48 Abs 1 Z 7 Börsegesetz (BörseG) iVm § 18 Z 1 BörseG iVm § 12 Abs 2 Handelsregeln für das automatisierte Handelssystem XETRA der Wiener Börse (Stand 6.10.2014) verstoßen.

**2.** Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das BVwG in der Schuldfrage keine Folge und bestätigte das angefochtene Straferkenntnis mit einer nicht revisionsgegenständlichen Maßgabe. Die (Ersatzfreiheits-)Strafen wurden herabgesetzt.

**3.** Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des VwG die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach § 34 Abs 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Nach § 34 Abs 1a VwGG ist der VwGH bei der

Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG an den Ausspruch des VwG gemäß § 25a Abs 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG hat der VwGH im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs 3 VwGG) zu überprüfen. [Die vorliegende Revision wirft keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf] [...]

**11.** [...] Dem Tatvorwurf liegt eine falsche Kennzeichnung von Nostroaufträgen durch die handelnde Gesellschaft (deren Eigenschaft als Market Maker im Übrigen unstrittig ist) zugrunde. Inwiefern die Frage, ob auch natürliche Personen als Market Maker agieren könnten, für die vorliegende Revision und den gegenständlichen Tatvorwurf von Relevanz ist, erschließt sich für den VwGH aus der Zulässigkeitsbegründung nicht. Zur Lösung abstrakter Rechtsfragen ist der VwGH nicht zuständig (vgl VwGH 28.4.2015, Ra 2015/05/0016 mWH). [...]

**13.** Da ein Verstoß gegen § 10 Abs 2 der Handelsregeln XETRA nicht verfahrensrelevant ist und die Revision nicht konkret darlegt, weshalb die Revision von der Beantwortung dieser Frage abhängt, erübrigt sich im Hinblick auf die hg Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 24.6.2014, Ra 2014/05/0004 mWH) ein Eingehen auf diese Frage.

**14.** Was die vom Revisionswerber angesprochene „abstrahierte Frage“ des Verstoßes gegen die Handelsregeln XETRA betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der VwGH, wie bereits ausgeführt, zur Lösung abstrakter Rechtsfragen nicht zuständig ist (vgl die unter Rz 11 zitierte Judikatur). [...]

**17.** Nach Ansicht des Revisionswerbers sei auch zu klären, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der WBAG generell öffentlichrechtlicher Natur seien. Die Frage sei insofern von grundsätzlicher Bedeutung, als lediglich Verstöße gegen ganz spezielle, vom Schutzzweck des BörseG umfasste öffentlichrechtliche Bestimmungen zu den Handelsbedingungen der Börse nach § 48 Abs 1 Z 7 iVm § 18 BörseG strafbar sein sollen.

**18.** Auch diese Rechtsfrage ist in ihrer Allgemeinheit nicht geeignet, die Zulässigkeit der Revision aufzuzeigen, weil wiederum nicht konkret dargelegt wird, inwiefern das rechtliche Schicksal der Revision von dieser Frage abhängt (vgl VwGH 22.7.2014, Ro 2014/04/0055). Das Zulässigkeitsvorbringen lässt auch in diesem Punkt eine Bezugnahme auf den Revisionsfall – insbesondere die verfahrensgegenständliche Bestimmung des § 12 Abs 2 Handelsregeln XETRA – vermissen. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, ist der VwGH für die Lösung abstrakter Rechtsfragen nicht zuständig

(vgl die unter Rz 11 zitierte Judikatur). [...]

**20.** Erneut wird in diesem Zusammenhang eine Bestimmung, nämlich § 18 Handelsregeln XETRA angesprochen, die nicht verfahrensgegenständlich war. Dem Revisionswerber wurde gegenständlich nicht zum Vorwurf gemacht, Crossings (wissentlich oder unwissentlich) durchgeführt zu haben, sondern Nostroaufträge nicht entsprechend gekennzeichnet zu haben. Aus welchen Gründen der Revisionswerber zu dem Schluss kommt, das VwG vertrete die Auffassung, dass Crossings „automatisch und generell“ einen Verstoß gegen die Handelsregeln XETRA darstellen würden, erschließt sich mangels näherer Ausführungen nicht. Auch scheint dieses Vorbringen im Wesentlichen bloß erneut auf die behauptete Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses Bezug zu nehmen (vgl die Ausführungen unter Rz 9 und die dort zitierte Judikatur).

**21.** In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs 1 und 3 VwGG zurückzuweisen. [...]

### 233.

**§ 69 Abs 1 Z 4 AVG (implizit); § 58 Abs 1 Z 10 BaSAG**

**Ist ein (Vorstellungs-)Bescheid noch nicht rechtskräftig, so kann seine Existenz eine Rechtsverletzung durch einen früheren (Vorstellungs-)Bescheid, der sich inhaltlich teilweise mit ihm deckt, nicht ausschließen.**

VwGH 27. 11. 2018, Ra 2018/02/0162

*Begründung:*

**1.** Mit Vorstellungsbescheid vom 10.4.2016 („Vorstellungsbescheid I“) ordnete die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) in Bestätigung des Mandatsbescheides vom 1.3.2015 ua folgende Maßnahmen an:

„I. Die Fälligkeiten sämtlicher von der H. ausgegebenen Schuldtitel und sämtlicher anderer Verbindlichkeiten und die Zeitpunkte, zu denen die darauf entfallenden Zinsen zu zahlen sind, werden, sofern die Fälligkeit der Schuldtitel oder Verbindlichkeiten oder der darauf entfallenden Zinsen andernfalls früher eintreten würde und diese Schuldtitel, Verbindlichkeiten und Zinsen nicht bereits getilgt wurden, gemäß § 58 Abs 1 Z 10 BaSAG mit Wirkung zum 1.3.2015 dahingehend geändert, dass sie bis zum Ablauf des 31.5.2016 aufgeschoben werden, sofern es sich nicht um Verbindlichkeiten handelt, die gemäß § 86 Abs 2 BaSAG nicht berücksichtigungsfähig sind:

# Weiterbildungsangebot

in Kooperation mit der Bankwissenschaftlichen Gesellschaft

## FinanzLehrgänge 2018/2019

Alle Programme zum Download auf [www.opwz.com/finanzlehrgaenge](http://www.opwz.com/finanzlehrgaenge)

### Seminare für CFP-Experten und Diplom.Finanzberater

#### Anlegerverhalten, wiederkehrende Konjunktur- zyklen Anlagetrends und Anlageblasen

Mag. Herbert Autengruber,  
28. März 2019 | Wien

#### ZERTIFIKATE-SCHULUNG NEU

Mag. Philipp Arnold, Mag. Thomas Mlekusch,  
1.– 2. April 2019 | Wien

#### Massenpsychologie und Finanzmarkt

Mag.<sup>a</sup> Birgit Bruckner, MSc, CIIA,  
25. April 2019 | Wien

#### Lebensversicherung

KR Rudolf Mittendorfer  
9. Mai 2019 | Wien

#### Aktuelle Ethik-Themen in der Praxis

RA Dr. Manfred Ketzer, LL.M.  
24. Mai 2019 | Wien

#### Immobilienbewertung

KR Dr. Mag.(FH) Gerald Hubner, MRICS,  
3. Juni 2019 | Wien

#### Bilanz & Jahresabschluss

Mag. Dr. Anton Egger,  
17. Juni 2019 | Wien

#### Vermögende Privatpersonen aus CEE/SEE in Österreich

Dr. Dimitar Hristov, Mag.<sup>a</sup> Tugce Yalcin, BA, MA,  
27. Juni 2019 | Wien

### VÖIG/ÖVFA-Lehrgang für Asset Management

#### Vertiefung Portfoliomanagement (CPM)

1. Woche	18. bis 23. Februar 2019
2. Woche	18. bis 23. März 2019
Abschlussprüfung	20. Mai 2019

#### Vertiefung Risk Management (CRM)

1. Woche	25. Feb. bis 1. März 2019
2. Woche	8. bis 12. April 2019
Abschlussprüfung	20. Mai 2019

#### Vertiefung Asset Management & Finanzanalyse zum CEFA / CIIA®

##### Upgrade für CFP

1. Woche	3. bis 6. September 2019
2. Woche	30. Sept. bis 4. Okt. 2019
3. Woche	5. bis 8. November 2019
Abschlussprüfung	9. und 10. Dezember 2019

1. gesicherte Einlagen;
  2. besicherte Verbindlichkeiten;
- (...)

II. Diese Änderung der Fälligkeiten und der Zeitpunkte, zu denen die darauf entfallenden Zinsen zu zahlen sind, betrifft insbesondere die nachstehend angeführten Schuldtitel und Verbindlichkeiten, sowie die auf diese entfallenden Zinsen, sofern die Fälligkeit der Schuldtitel oder Verbindlichkeiten oder der darauf entfallenden Zinsen andernfalls früher eintreten würde:

(...)“.

**2.** Mit Vorstellungsbescheid vom 2.5.2017 („Vorstellungsbescheid II“) ordnete die FMA in Bestätigung des Mandatsbescheides vom 10.4.2016 [im Bescheid näher angeführte und über Vorstellungsbescheid I hinausgehende] Maßnahmen an: [...]

**3.** Mit dem angefochtenen Beschluss vom 12.3.2018 stellte das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) das Verfahren über die von der Revisionswerberin gegen den „Vorstellungsbescheid I“ erhobene Beschwerde ein und sprach aus, dass die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig sei.

**4.** In der Begründung führte es zusammengefasst aus, der „Vorstellungsbescheid II“ gehe im Hinblick auf die betroffenen Titel und die verhängten Fristen weiter als der hier bekämpfte „Vorstellungsbescheid I“. Insbesondere werde auch der gesamte Zeitraum des „Moratoriums“ vom materiell weitergehenden „Vorstellungsbescheid II“ mit umfasst. [...] Die aufgeworfenen Rechtsfragen seien somit für das gegenständliche Verfahren nur mehr rein theoretischer Natur. Auch bei Aufhebung des „Vorstellungsbescheides I“ – das „Moratorium“ dieses Bescheides entfalte aufgrund des Zeitablaufs keine Wirkung mehr – würde sich die Rechtsposition daher nicht ändern. Die Revisionswerberin sei damit

klaglos gestellt worden. Das Beschwerdeverfahren sei daher einzustellen.

**5.** Bei Erlassung des angefochtenen Beschlusses des BVwG vom 12.3.2018 war die von der Revisionswerberin (auch) gegen den „Vorstellungsbescheid II“ erhobene Beschwerde beim BVwG anhängig.

**6.** Gegen den angefochtenen Beschluss des BVwG vom 12.3.2018 erhob die Revisionswerberin Beschwerde an den VfGH, der deren Behandlung mit Beschluss vom 4.10.2018, E 1567/2018-12, ablehnte.

**7.** Gegen den Beschluss des BVwG vom 12.3.2018 richtet sich die vorliegende Revision, mit dem Antrag diesen wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. [...]

Der VwGH hat erwogen: [...]

**15.** Im vorliegenden Fall verneint das BVwG das Rechtsschutzinteresse der nunmehrigen Revisionswerberin mit zwei Argumenten: Erstens gehe der „Vorstellungsbescheid II“ weiter als der „Vorstellungsbescheid I“. Die Verbindlichkeiten der H. wären aufgrund des „Vorstellungsbescheides II“ daher selbst bei Aufhebung des „Vorstellungsbescheides I“ noch nicht fällig. Zweitens entfalte das „Moratorium“ des „Vorstellungsbescheides I“ aufgrund des Zeitablaufs keine Wirkung mehr. Die Rechtsposition der Revisionswerberin würde sich daher auch bei der Aufhebung dieses Bescheides nicht mehr ändern.

**16.** Prozessvoraussetzung für das Verfahren vor dem VwG ist das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses. Dieses besteht im objektiven Interesse des Beschwerdeführers an einer Beseitigung des angefochtenen, ihn beschwerenden Verwaltungsaktes. Es wird daher immer dann zu verneinen sein, wenn es für die Rechtsstellung des Beschwerdeführers keinen Unterschied mehr macht, ob der angefochtene Bescheid aufrecht bleibt oder aufgehoben wird bzw wenn die Erreichung des Verfahrenszieles für

den Beschwerdeführer keinen objektiven Nutzen hat, die in der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen soweit nur (mehr) theoretische Bedeutung besitzen (vgl VwGH 27.7.2017, Ra 2017/07/0014, mwN).

**17.** Der FMA kommt nach § 58 Abs 1 Z 10 BaSAG die Befugnis zu, die Fälligkeit der erfassten Schuldtitel und den damit verbundenen Zinsenlauf zu ändern. Die Änderung der Fälligkeit gehört daher zum Hauptinhalt des Spruchs und stellt nicht etwa eine Befristung im Sinne einer Nebenbestimmung dar, mit der die im Hauptinhalt des Bescheides normierten Rechtswirkungen zeitlich begrenzt werden sollen (vgl VwGH 28.1.2003, 2002/05/0072). Der Fall, dass ein befristet erteiltes Recht erlischt, wodurch Klaglosstellung eintritt (vgl erneut VwGH 27.7.2017, Ra 2017/07/0014), liegt daher nicht vor.

**18.** Bei Erlassung des angefochtenen Beschlusses vom 12.3.2018 war die Beschwerde der Revisionswerberin gegen den „Vorstellungsbescheid II“ beim BVwG anhängig. Der „Vorstellungsbescheid II“ war zu diesem Zeitpunkt nicht rechtskräftig. Insofern vermag der „Vorstellungsbescheid II“ eine Rechtsverletzung durch den „Vorstellungsbescheid I“ aber nicht auszuschließen: Folgt man der Argumentation des BVwG, hätte eine Behebung des „Vorstellungsbescheides II“ aufgrund der beim BVwG anhängigen Beschwerde zur Folge, dass der „Vorstellungsbescheid I“ wieder wirksam wird. Schon mangels Rechtskraft des „Vorstellungsbescheides II“ wurde dem „Vorstellungsbescheid I“ somit nicht derogiert und ist der „Vorstellungsbescheid I“ weiterhin geeignet, in die Rechtssphäre der Revisionswerberin einzugreifen (vgl VwGH 8.5.2013, 2011/04/0137; 14.11.2017, Ra 2017/09/0022).

**19.** Der angefochtene Beschluss war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. [...]

## Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft

Austrian Society for Bank Research

Die Bankwissenschaftliche Gesellschaft, 1952 von em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Hans Krasensky* gegründet, ist die einzige unabhängige und übersektorale wissenschaftliche Gesellschaft im Bankbereich in Österreich. Ihr Ziel ist die Auseinandersetzung mit langfristigen Entwicklungen im Bankwesen, die praxisbezogene Aus- und Weiterbildung leistungsfähiger Mitarbeiter der Banken und die Forschungsförderung. Neben den wissenschaftlichen Abteilungen – Forum für Bankrecht und Austrian Working Group on Banking and Finance – sorgt die Abteilung BANK VERLAG WIEN für die Herausgabe des

BankArchivs, der Schriftenreihen sowie von Fachbüchern, während in der Abteilung BANKAKADEMIE die gesamten Aus- und Weiterbildungsaktivitäten zusammengefasst sind.

PRÄSIDENT: Univ.-Prof. Dr. *Ewald Nowotny*, Gouverneur der Oesterreichischen Nationalbank.

MITGLIEDER DES VORSTANDES: Vorstandsdirektor Dipl. BW. (FH) *Stefan Barth*, BAWAG P.S.K.AG; Univ.-Prof. RA Dr. *Raimund Bollenberger*, WU Wien; Vorstandsdirektor Dr. *Rainer Borns*, Volksbank Wien AG; Vorstandsdirektor *Christoph Boschan*, Wiener Börse AG; Generalsekretär Dr. *Claus Fischer-See*, Landeshypothekenverband; Generaldirektor Dr. *Franz Gasselsberger*, Oberbank AG; Vorstandsdirektor Dr. *Werner Zenz*, Bankhaus Carl Spängler & Co AG; Direktor Mag. *Anish Gupta*, Oesterreichische Kontrollbank AG; Rektorin Univ.-Prof. Dr. *Edeltraud Hanappi-Egger*,

Wirtschaftsuniversität Wien; o. Univ.-Prof. Mag. Dr. *Reinhard Moser*, Wirtschaftsuniversität Wien; Univ.-Prof. Dr. *Stefan Pichler*, Institute for Finance, Banking and Insurance, WU Wien; Gen.-Dir. Dr. *Johann Strobl*, Raiffeisen Bank International AG; Dr. *Franz Rudorfer*, Bundeskreditsektion, WKÖ; o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Steiner*, Universität Graz; Vorstandsdirektor Dr. *Herta Stockbauer*, BKS Bank AG; Vorstandsdirektor Mag. *Friedrich Strasser*, Bank Gutmann AG; Generaldirektor Mag. *Andreas Treichl*, Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG; Generaldirektor Mag. *Franz Witt-Döring*, Schoellerbank AG; Generaldirektor *Robert Zadravil*, UniCredit Bank Austria AG; o. Univ.-Prof. Dr. *Josef Zechner*, WU Wien.

GESCHÄFTSFÜHRER: Dr. *Markus Bunk*, Frankgasse 10/7, A 1090 Wien, Telefon (01) 533 50 50, Fax (01) 533 50 50/33; e-mail: office@bwg.at