

**Bundesgesetz über das Bankwesen (Bankwesengesetz – BWG)  
BGBl 1993/532 idF BGBl I 2021/199**

**I. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

**Kredit- und Finanzinstitute**

**§ 1.** (1) Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:

1. Die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft);
2. die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und des Abrechnungsverkehrs in laufender Rechnung für andere (Girogeschäft);
3. der Abschluß von Geldkreditverträgen und die Gewährung von Gelddarlehen (Kreditgeschäft);
4. der Kauf von Schecks und Wechseln, insbesondere die Diskontierung von Wechseln (Diskontgeschäft);
5. die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft);
6. die Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln wie Kreditkarten, Bankschecks und Reiseschecks, wobei die Laufzeit der Kreditierung bei Kreditkarten nicht beschränkt ist;
7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit
  - a) ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen- und Valutengeschäft);
  - b) Geldmarktinstrumenten;
  - c) Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und Verkaufsoptionen auf die in lit. a und d bis f genannten Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung (Termin- und Optionsgeschäft);
  - d) Zinsterminkontrakten, Zinsausgleichsvereinbarungen (Forward Rate Agreements, FRA), Zins- und Devisenswaps sowie Swaps auf Substanzwerte oder auf Aktienindices („equity swaps“);
  - e) Wertpapieren (Effektengeschäft);
  - f) von lit. b bis e abgeleiteten Instrumenten, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt;
- 7a. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit Finanzinstrumenten gemäß § 1 Z 7 lit. e bis g, j und k Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 – WAG 2018, BGBl. I Nr. 107/2017, ausgenommen der Handel durch Personen gemäß § 2 Abs. 1 Z 6, 12 und 13 WAG 2018 sowie der Handel, sofern dieser für das Privatvermögen erfolgt,
8. die Übernahme von Bürgschaften, Garantien und sonstigen Haftungen für andere, sofern die übernommene Verpflichtung auf Geldleistungen lautet (Garantiegeschäft);
9. die Ausgabe von gedeckten Schuldverschreibungen nach dem Pfandbriefgesetz – PfandBG, BGBl. I Nr. 199/2021 (Wertpapieremissionsgeschäft);

10. die Ausgabe anderer festverzinslicher Wertpapiere zur Veranlagung des Erlöses in anderen Bankgeschäften (sonstiges Wertpapieremissionsgeschäft);
11. die Teilnahme an der Emission Dritter eines oder mehrerer der in Z 7 lit. b bis f genannten Instrumente und die diesbezüglichen Dienstleistungen (Loroemissionsgeschäft);
12. die Entgegennahme von Bauspareinlagen und die Vergabe von Bauspardarlehen nach dem Bausparkassengesetz (Bauspargeschäft);
13. die Verwaltung von Investmentfonds nach dem Investmentfondsgesetz 2011 – InvFG 2011, BGBl. I Nr. 77/2011 (Investmentgeschäft);
- 13a. die Verwaltung von Immobilienfonds nach dem Immobilien-Investmentfondsgesetz – ImmoInvFG, BGBl. I Nr. 80/2003 (Immobilienfondsgeschäft);

*(Anm.: Z 14 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 135/2013)*

15. das Finanzierungsgeschäft durch Erwerb von Anteilsrechten und deren Weiterveräußerung (Kapitalfinanzierungsgeschäft);
16. der Ankauf von Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen, die Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit solcher Forderungen – ausgenommen die Kreditversicherung – und im Zusammenhang damit der Einzug solcher Forderungen (Factoringgeschäft);
17. der Betrieb von Geldmaklergeschäften im Interbankenmarkt;
18. die Vermittlung von Geschäften nach
  - a) Z 1, ausgenommen durch Unternehmen der Vertragsversicherung;
  - b) Z 3 ausgenommen die im Rahmen der Gewerbe der Immobilienmakler und der Vermittlung von Personalkrediten, Hypothekarkrediten und Vermögensberatung vorgenommene Vermittlung von Hypothekar- und Personalkrediten;
  - c) Z 7 lit. a, soweit diese das Devisengeschäft betrifft;
  - d) Z 8.

*(Anm.: Z 19 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 60/2007)*

*(Anm.: Z 20 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2010)*

21. die Hereinnahme und Veranlagung von Abfertigungsbeiträgen und Selbständigenvorsorgebeiträgen (Betriebliches Vorsorgekassengeschäft);
22. der schaltermäßige Ankauf von ausländischen Zahlungsmitteln (zB Geldsorten, Schecks, Reisekreditbriefen und Anweisungen) und der schaltermäßige Verkauf von ausländischen Geldsorten sowie von Reiseschecks (Wechselstubengeschäft);

*(Anm.: Z 23 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 66/2009)*

(2) in Finanzinstitut ist, wer kein Kreditinstitut im Sinne des Abs. 1 ist und berechtigt ist, eine oder mehrere der folgenden Tätigkeiten gewerbsmäßig durchzuführen, sofern er diese als Haupttätigkeit betreibt:

1. Der Abschluß von Leasingverträgen (Leasinggeschäft);

*(Anm.: Z 2 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 35/2003)*

3. die Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und in damit verbundenen Fragen sowie die Beratung und die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Zusammenschlüsse und Übernahme von Unternehmen;

(Anm.: Z 4 aufgehoben durch BGBl. Nr. 753/1996)

5. die Erteilung von Handelsauskünften;
6. die Erbringung von Schließfachverwaltungsdiensten;
7. die Erbringung von Zahlungsdiensten gemäß § 1 Abs. 2 des Zahlungsdienstengesetzes 2018 – ZaDiG 2018, BGBl. I Nr. 17/2018;
8. Die Ausgabe von E-Geld gemäß § 1 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010, BGBl. I Nr. 107/2010.

(3) Kreditinstitute sind auch zur Durchführung der in Abs. 1 Z 22 (Wechselstubengeschäft) und Abs. 2 Z 1 bis 6 genannten Tätigkeiten berechtigt, weiters zur Erbringung des in § 1 Abs. 2 Z 6 ZaDiG 2018 genannten Finanztransfergeschäftes sowie zu den in § 7 Abs. 2 Z 2 ZaDiG 2018 genannten Tätigkeiten und zur Durchführung aller sonstigen Tätigkeiten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Banktätigkeit entsprechend dem jeweiligen Konzessionsumfang stehen oder Hilfstätigkeiten in Bezug auf diese darstellen, wie insbesondere die Vermittlung von Bausparverträgen, von Unternehmen und Betrieben, von Investmentfondsanteilen, von Eigenmittelanteilen, die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der automatischen Datenverarbeitung sowie der Vertrieb von Kreditkarten. Weiters sind sie im Rahmen der devisenrechtlichen Bestimmungen zum Handel mit Münzen und Medaillen sowie mit Barren aus Gold berechtigt, ferner zur Vermietung von Schrankfächern (Safes) unter Mitverschluss durch die Vermieter. Sie sind auch zur Erbringung der in § 3 Abs. 2 Z 1 bis 3 WAG 2018 genannten Wertpapierdienstleistungen und der Datenbereitstellungsdienste gemäß § 1 Z 63 WAG 2018 berechtigt. Kreditinstitute, die eine Konzession gemäß Abs. 1 Z 1 und Z 3 oder gemäß Abs. 1 Z 2 haben, sind zur Durchführung der in § 1 Abs. 2 Z 1 bis 5, 7 und 8 (Anm.: ZaDiG 2018) genannten Zahlungsdienste berechtigt und Kreditinstitute, die eine Konzession gemäß Abs. 1 Z 6 haben, sind zur Durchführung der in § 1 Abs. 2 Z 5 ZaDiG 2018 genannten Zahlungsdienste berechtigt. Kreditinstitute, die eine Konzession gemäß Abs. 1 Z 1 und 3 oder gemäß Abs. 1 Z 2 oder Z 6 haben, sind zur Ausgabe von E-Geld gemäß § 1 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010 berechtigt. Im Übrigen bedarf die gewerbliche Erbringung von Zahlungsdiensten nach § 1 Abs. 2 ZaDiG 2018 und die Ausgabe von E-Geld gemäß § 1 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010 durch Kreditinstitute einer Konzession der FMA, die sich nach den Konzessionsvoraussetzungen des BWG richtet. Kreditinstitute, die eine Konzession gemäß Abs. 1 Z 1, 3, 7 oder 8 haben, sind zur Vermittlung des jeweiligen Bankgeschäfts gemäß Abs. 1 Z 18 lit. a bis d berechtigt.

(4) Der Bundesminister für Finanzen kann durch Verordnung die Liste der Tätigkeiten der Abs. 1 und 2 ändern oder ergänzen, wenn dies auf Grund von inhaltlich ausreichend bestimmten Verpflichtungen der Republik Österreich, die sich aus dem Beitritt zur Europäischen Union ergeben, erforderlich ist; sofern die Liste der Tätigkeiten des Abs. 2 geändert oder ergänzt wird, hat der Bundesminister für Finanzen die Verordnung im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zu erlassen.

**(5) Bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Bankgeschäften ist der Einwand, daß dem Anspruch ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zugrunde liegt, unzulässig, sofern zumindest eine Vertragspartei zur gewerblichen Durchführung solcher Bankgeschäfte berechtigt ist.**

**(6) § 1346 Abs. 2 ABGB ist auf Haftungen, die Kreditinstitute im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs übernehmen, nicht anzuwenden.**

[idF BGBl I 2021/199]; Kommentierung folgt dem Rechtsstand vor Inkrafttreten dieser Novelle

#### **EB zu BGBl I 2021/199**

##### **Zu Abs 1:**

Mit der redaktionellen Anpassung soll sichergestellt werden, dass es sich bei den in § 1 Abs. 1 Z 9 BWG genannten Schuldverschreibungen um gedeckte Schuldverschreibungen nach dem PfandBG handeln muss.

##### **Zu Abs 4:**

Redaktionelle Berichtigung.

#### **EB zu BGBl I 2021/98**

##### **Zu Abs 4:**

In Abs. 4 wird eine redaktionelle Berichtigung vorgenommen.

#### **EB zu BGBl I 2018/37**

##### **Zu Abs 1 Z 7a:**

Dies ist eine redaktionelle Anpassung der Verweise.

#### **EB zu BGBl I 2018/17**

##### **Zu Abs 2 Z 7 und Abs 3:**

Anpassung der Verweise.

#### **EB zu BGBl I 2017/107**

##### **Zu Abs 1 Z 7a und Abs 3:**

Redaktionelle Verweisenpassung. In § 1 Abs. 1 Z 7a BWG wird, um Konsistenz mit Z 7 leg.cit. herbeizuführen, der Handel für das Privatvermögen künftig ausgenommen. Die bisherige Verwaltungspraxis hatte diese Regelung bereits vorgenommen (vgl. *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG* (8. Lfg), § 1 Rz 84; VwGH, Zl. 2007/17/0208), wodurch sich in der Rechtsanwendung nichts ändert.

Kreditinstitute, die aufgrund der Berechtigung in § 1 Abs. 3 bereits einen genehmigten Meldemechanismus betreiben, müssen mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I. Nr. XX/2017 die hierauf anwendbaren Vorschriften einhalten.

In § 9 Abs. 7 wird darüber hinaus Art. 35 Abs. 8 der Richtlinie 2014/65/EU umgesetzt und eine Verweisenpassung betreffend die von Zweigstellen von CRR-Kreditinstituten anzuwendenden nationalen Gesetzesbestimmungen vorgenommen, um die in der Richtlinie 2013/36/EU vorgesehene home/host-Systematik präziser abzubilden.

#### **EB zu BGBl I 2016/118**

##### **Zu Abs 3:**

Kreditinstitute, die für einen oder mehrere der in Abs. 1 Z 1, 3, 7 und 8 genannten Basisbankgeschäfte konzessioniert sind, verfügen regelmäßig auch über die nötigen Ressourcen und Infrastruktur zur Vermittlung dieser Bankgeschäfte. Zudem unterfallen Kreditinstitute gemäß § 1a Abs. 2 BWG vollinhaltlich dem europäischen Aufsichtsregime, wodurch die Risiken, die sich aus dem Vermittlungsgeschäft ergeben, prudenziell angemessen adressiert werden können. Die vorliegende Novellierung zur Normie-

zung von Legalkonzessionen für entsprechend konzessionierte Kreditinstitute ist geeignet, unangemessene Ressourcenbelastungen bei den Kreditinstituten zu verhindern und dient zudem der Anpassung des österreichischen Konzessionstatbestandskatalog an Anhang I der Richtlinie 2013/36/EU, der die gegenseitige Anerkennung von finanzmarktrelevanten Dienstleistungen und Tätigkeiten verankert.

## EB zu BGBl I 2014/59

### Zu Abs 4:

Hiermit wird eine begriffliche Anpassung aufgrund der durch die Bundesministeriengesetz-Novelle 2014, BGBl. I Nr. 11/2014, geänderten Ressortbezeichnung vorgenommen.

## EB zu BGBl 1993/532 bis BGBl I 2010/107:

Siehe Voraufgabe.

## Literatur

*Brandl/Klausberger*, Gedanken zur Auslegung des § 1 BWG, insb zum Element der Gewerblichkeit, ZFR 2011, 2016; *Brandl/Wolfbauer*, Großbaustelle Einlagengeschäft – zugleich Besprechung der Entscheidung VwGH 20.7.2012, 2008/17/0226, ZFR 2013; *Brandner/Jud/Kofler/Polster-Grüll*, Private Equity und Venture Capital: Anforderungen an eine neue Fondsstruktur für den österreichischen Risikokapitalmarkt, ÖBA 2007, 365; *Göth*, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, *ecolex* 1993, 495; *Granner*, Die Konzessionspflicht für gewerblichen Eigenhandel mit Wertpapieren nach § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG (I), ZFR 2011, 2; (II), ZFR 2011, 60; *Granner*, Nun sag, wie hast du's mit dem Einlagengeschäft? – Überlegungen zum normativen Gehalt des Konzessionstatbestandes nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG, ZFR 2011, 211; *Grassl-Palten*, Zum Anwendungsbereich des § 1271 ABGB, FS Bydlinski (2002) 153; *Hammerer*, Der Differenzeinwand bei Spekulationsgeschäften, ÖBA 1997, 415; *Heidinger/Kaspar*, Zum Kapitalfinanzierungsgeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 15 BWG, ZFR 2009, 125; *Gapp/Gfall*, Grenzüberschreitende Bankgeschäfte ohne inländische Niederlassung – internationale Anknüpfung und Konzessionspflicht, *ecolex* 2003, 244; *Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (2016); *Hayden/Thorbauer*, Darlehensgewährung einer Privatstiftung an ihre Tochtergesellschaft als Steuersparmodell? PSR 2018, 114; *Honsell*, Der Differenzeinwand im Börsenterminhandel, FS Ostheim (1990) 263; *Kaetzler/Schücking*, Sind Gesellschafterkonten aufsichtspflichtig? NJW 2014, 1265; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017); *Kalss/Puck*, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen bei Börsegeschäften, in *Aicher/Kalss/Oppitz* (Hrsg), Grundfragen des neuen Börserechts (1998) 319; *Knobl*, Rechtsfragen des Online-Broking, in *Graf/Gruber* (Hrsg), Rechtsfragen des Internetbanking (2002); *Knobl*, Konzessionspflichtiges Depotgeschäft ohne Grenzen? ÖBA 2013, 110; *Koch*, Der Differenzeinwand nach dem neuen Börsegesetz, ÖBA 1990, 24; *Köck*, Erwerb von Kreditforderungen (nicht) konzessionspflichtig? ÖBA 2009, 589; *Krejci*, Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007); *Kremslehner/Polster* in *Polster-Grüll* ua (Hrsg), Cash Pooling – Praxis Recht und Steuern (2002); *Kronenburg*, Bauspardarlehen, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht Band 1<sup>3</sup> (2017) § 20; *Lassen*, Das Recht der gedeckten Schuldverschreibungen Österreichs, ÖBA 2005, 838; *Leixner*, Zahlungsdienstegesetz – Kurzkomentar (2009); *Marzi*, Das Recht der Pfandbriefe und Hypothekenbanken (2003); *Mayr/Resch*, Abfertigung neu – Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz – BMSVG (2009); *Odelga*, Die rechtlichen Grundlagen und allgemeinen Organisations- und Führungsgrundsätze von Bausparkassen, ÖBA 1966, 92; *Oppitz*, Der Differenzeinwand bei Swap-Verträgen, ÖBA 1991, 782; *Oppitz*, Austria, in *Baums/Wymeersch*, Asset-backed-Securitization in Europe (1996); *Oppitz*, Das Einlagengeschäft – Auffangtatbestand im Bankgeschäftskatalog? ÖBA 2007, 797; *Oppitz*, Festpreisgeschäft und Kommissionsgeschäft – Privat- und öffentlich-rechtliche Aspekte, FS Iro (2013) 381; *Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht (2017); *Pöschl*, System der Gewerbeordnung (2016); *Potacs*, Gewerberecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Bd I<sup>4</sup> (2019) 3; *Rericha/Arzt*, Ist der gewerbliche Ankauf von Kreditforderungen ein bankkonzessionspflichtiges Factoringgeschäft? ÖBA 2011, 89; *Rhomberg*, Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen – Anwendungsbereich des WAG, *ecolex* 2002, 934; *Saria*, Zum Reisescheck, ÖBA 1999, 797; *Schimmerer*, Zur Anwendung des Kreditwesengesetzes 1979, ÖBA 1979, 478; *Schobel*, Grenzüberschreitende Bankgeschäfte, Gehilfenzurechnung im Aufsichtsrecht und die sonderbare zivilrechtliche Sanktion des § 100 BWG, RdW 2008, 28; *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004); *Schopper/*

Zahradnik, Privat- und aufsichtsrechtliche Aspekte grenzüberschreitender Bankgeschäfte im Internet, ÖBA 2003, 21; *Schrank/Meister*, Cash Pooling im Lichte des BWG, ZFR 2013, 256; *Tessar*, Der Einlagengeschäftsbegriff des Bankwesengesetzes, ÖZW 2004, 118 (I), 2005, 9 (II); *Wegl*, Begriffsdefinition „Leasing“ – Qualifikationsschema, *ecolex* 1992, 661; *J. Wendt*, Rechtspflichten und Marktstandards bei der Anleiheemission, ÖBA 2017, 78; *Wenzel*, Bankerlaubnispflicht und Haftung der Geschäftsführer bei Stehenlassen so genannter „Winzergelder“, NZG 2013, 814.

## Übersicht

I.	Strukturfragen des Bankgeschäftskataloges .....	1–10
II.	Die einzelnen Bankgeschäfte	
	A. Einlagengeschäft (Z 1) .....	11–15
	B. Girogeschäft (Z 2) .....	16
	C. Kreditgeschäft (Z 3) .....	17–20
	D. Diskontgeschäft (Z 4) .....	21–23
	E. Depotgeschäft (Z 5).....	24–26
	F. Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln (Z 6) .....	27–29
	G. Handel auf eigene oder fremde Rechnung (Z 7, 7a).....	30–33
	H. Garantiegeschäft (Z 8) .....	34
	I. Emissionsgeschäft (Z 9–11) .....	35–41
	J. Bauspargeschäft (Z 12) .....	42–45
	K. Investmentgeschäft (Z 13).....	46, 47
	L. Immobilienfondsgeschäft (Z 13a).....	48, 49
	M. Kapitalfinanzierungsgeschäft (Z 15).....	50, 51
	N. Factoringgeschäft (Z 16).....	52–55
	O. Geldmaklergeschäfte im Interbankenmarkt (Z 17).....	56
	P. Vermittlung von Geschäften (Z 18).....	57–62
	Q. Betriebliches Vorsorgekassengeschäft (Z 21) .....	63
	R. Wechselstubengeschäft (Z 22) .....	64, 65
III.	Finanzinstitute (Abs 2).....	66–77
IV.	Legalkonzession (Abs 3) .....	78
V.	Verordnungsermächtigung (Abs 4) .....	79
VI.	Differenzeinwand (Abs 5).....	80–82
VII.	Formerfordernisse bei der Übernahme von Haftungen (Abs 6).....	83–85

## I. Strukturfragen des Bankgeschäftskataloges

- Der **Bankgeschäftskatalog** des Abs 1 trägt dem **Universalbankprinzip** Rechnung<sup>1</sup>, das nur in Einzelfällen durchbrochen ist<sup>2</sup>.
- Die **Berechtigung zur Ausübung von Bankgeschäften** kann auf folgenden Bestimmungen beruhen:
  - § 4: Allgemeine Konzessionserteilungsregeln für österreichische Kreditinstitute
  - § 103 Z 5: Übergangsvorschrift für Kreditinstitute, die bei Inkrafttreten des BWG nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen Bankgeschäfte betreiben durften

1 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 1 sprechen vom „*Vollkreditinstitut*“.

2 Verwaltungsgesellschaften nach dem Investmentfondsgesetz (Abs 1 Z 13) und Kapitalanlagegesellschaften nach dem ImmoInvFG (Abs 1 Z 13a) dürfen grundsätzlich keine darüber hinausgehenden Tätigkeiten ausüben. Auch Bausparkassen unterliegen hinsichtlich ihres Dienstleistungsrepertoires aufsichtsrechtlichen Begrenzungen (§ 2 BSpG).

- Besondere bundesgesetzliche Regelungen; allerdings verfolgt der Gesetzgeber prinzipiell die Technik, am Bankgeschäfts-katalog nach Abs 1 anzuknüpfen und diesen ggf zu erweitern, während nähere Vorschriften – etwa für Sonderkreditinstitute – in Spezialgesetzform erlassen werden; zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vgl § 9 (Kreditinstitute aus Mitgliedstaaten in Österreich)

Die **Berechtigung nach Abs 1** erlaubt den qualifizierten Betrieb von Bankgeschäften; fehlt es an der Berechtigung, können – wenn auch verbotswidrig – trotzdem „Bankgeschäfte“ betrieben werden<sup>3</sup>; dies ergibt sich *argumento e contrario* auch aus § 100 Abs 1, der eine Teilunwirksamkeitssanktion für den Betrieb von Bankgeschäften ohne die hierfür erforderliche Berechtigung erhält. Weiters kann sich ein derart verbotswidrig Handelnder nicht auf die Freistellung vom Differenzeinwand nach § 1 Abs 5 berufen (§ 100 Abs 2).

Bankgeschäftsqualität erlangen Tätigkeiten erst, wenn sie sowohl dem Katalog nach Abs 1 unterfallen als auch „**gewerblich**“ durchgeführt werden; zum Gewerblichkeitsbegriff äußert sich das BWG nicht weiter. Nach hM ist am Gewerblichkeitsbegriff des § 2 Abs 1 UStG anzuknüpfen<sup>4</sup>. Es muss sich daher um **nachhaltige Tätigkeiten**<sup>5</sup> zur Erzielung von Einnahmen handeln, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird<sup>6</sup>. Für das Vorliegen der Nachhaltigkeit kommt es nach zutreffender Auffassung nicht auf die einzelne Tätigkeit für sich betrachtet an, sondern vielmehr darauf, ob ein Gesamtkonzept, etwa bei der Vergabe von Krediten an unterschiedliche Gesellschaften im In- und Ausland, verfolgt wird oder ein innerer Zusammenhang<sup>7</sup> gleichartiger Tätigkeiten besteht<sup>8</sup>. Auch der Abschluss eines einzigen Geschäfts zwischen Vertragsparteien schließt nach der Judikatur freilich noch nicht aus, dass Gewerblichkeit auf Seiten des kreditgewährenden Partners vorliegt<sup>9</sup>. Wird von einem Anbieter für die Durchführung bestimmter Geschäfte kein Entgelt verrechnet, hin-

3 Ebenso *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 2.

4 ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 113; *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 6; *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 6.

5 Vgl die Nachweise bei *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 8. Die FMA bestätigt dies in ihrem Leitfaden „Allgemeine Informationen zur Unternehmensfinanzierung“ vom 1.6.2015: „Nachhaltigkeit als Voraussetzung für eine gewerbliche Ausübung eines Bankgeschäfts liegt bei wiederholter Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben andauernden Verhältnisses vor, aber auch bei bereits einmaliger Tätigkeit, wenn aus den objektiven Umständen des Falles auf Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann.“

6 Nach der Rechtsprechung wird auch ein Verein, der nur seinen Mitgliedern gegenüber tätig wird, gewerblich tätig (vgl auch VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242). Vgl auch BVwG 19.6.2018, W148 2148565-1/19E zur Konstellation, dass sich die beschwerdeführende Partei mit ihren Produkten (Versorgungsplänen) an die Öffentlichkeit wendete; die Teilnahme einer Vielzahl von Personen bildet das wirtschaftliche Rückgrat des Modells des Vereins. Sie hat ihre Produkte auch zum gegenständlichen Zeitpunkt der Öffentlichkeit angeboten mit der Absicht, möglichst viele Verträge zum Versorgungsplan abzuschließen. Es kann hier nach dem BVwG aaO nicht von einer einmaligen oder gelegentlichen Tätigkeit die Rede sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die beschwerdeführende Partei ihre Tätigkeit dahingehend entfaltet hat, auf längere Dauer Einnahmen zu erzielen. Sie handelte zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung demnach gewerblich und nachhaltig iSv § 1 Abs 1 BWG. Die reine Ausrichtung als Verein mit ideellem Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht steht dem nicht entgegen. „Unterstützungskassen“ waren mehrfach mit dem verwaltungsstrafrechtlichen Tatvorwurf des Einlagengeschäfts konfrontiert; *Wolfbauer*, ZFR 2018, 635 mit Verweis auf VwGH 10.8.2017, Ra 2016/02/0187, ZFR 2017/238, 491 (in diesem Fall das Erk BVwG 3.8.2016, W210 2126371-1/13E bestätigend); BVwG 21.3.2016, W107 2013496-2/21E ZFR 2016/234, 509 ff (Rechtmäßigkeit einer „Warnmeldung“); 22.3.2016, W107 2106585-2/18E, ZFR 2017/236, 512 ff (Rechtmäßigkeit einer Untersagung gemäß § 22d FMABG).

7 VwGH 21.5.2001, 2000/17/0134.

8 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 8.

9 VwGH 15.4.2010, 2007/17/0208.

dert dies die Qualifikation als Bankgeschäft nicht unbedingt: Es reicht aus, dass das Geschäft der späteren Erzielung von Einnahmen dient<sup>10</sup>. Dieser steuerrechtlich motivierte Maßstab entspricht auch wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Wertungen: Die Eigenart eines Geschäfts an sich löst den Bedarf nach aufsichtsrechtlicher Erfassung aus; ob das konkrete Geschäft vom Kunden unmittelbar zu honorieren ist, erscheint zweitrangig<sup>11</sup>. Ist ein Geschäft nach umsatzsteuerrechtlichen Kriterien als „gewerblich“ zu qualifizieren und erfüllt es einen „Katalogtatbestand“, liegt ein Bankgeschäft aber auch vor, wenn nach teleologischen Überlegungen allenfalls fehlende „Aufsichtswürdigkeit“ angenommen werden könnte<sup>12</sup>. Die Aufsichtswürdigkeit kann – dem verwaltungsrechtlichen Opportunitätsprinzip folgend – allenfalls bei der Sanktionierung verbotswidrig betriebener Bankgeschäfte von Relevanz sein, uU auch als interpretative Leitlinie bei Abgrenzungsschwierigkeiten.

- 5 Eine eigenständige gewerbliche Tätigkeit wird auch verneint, wenn eine bankgeschäftliche Tätigkeit als **verkehrsübliche untergeordnete Nebenleistung** im Konnex mit einem Grundgeschäft erbracht wird<sup>13</sup>. In der Literatur wird als Hauptanwendungsfall die Übernahme der Haftung für die Leistung eines Dritten genannt, wenn eine so enge Verbindung zwischen dem Grundgeschäft und der Haftungsübernahme besteht, dass Letztere bloß als Nebenleistung des Grundgeschäfts anzusehen ist<sup>14</sup>.
- 6 Ein „**Konzernprivileg**“ kennt das BWG – anders als § 2 Abs 1 Nr 7 dKWG – nicht<sup>15</sup>; teleologische Überlegungen führen aber zum Ergebnis, dass bei bloß konzernintern erbrachten bankgeschäftlichen Tätigkeiten von Nichtkreditinstituten kein aufsichtsrechtlich relevantes Schutzbedürfnis besteht – es fehlt also an der mit „Bankgeschäften“ üblicherweise verbundenen Kundenvielfalt. Eine Konzessionspflicht wird somit verneint, wenn die betreffenden Tätigkeiten *„der Steuerung von Hauptfunktionen des Konzerns und dem Erwerbszweck des Konzerns dienen“*<sup>16</sup>. Liegt zwar formal kein Konzern vor, besteht jedoch eine Verbindung zwischen den beteiligten Unternehmen, *„die sich als zu einer Unternehmensgruppe gehörend verstehen“*, kommt die Anwendung der Ausnahme grundsätzlich in Betracht: *„Soweit nicht das den Kredit einräumende Unternehmen auch in anderen Fällen (mit Dritten) derartige Geschäfte tätigt oder besondere Umstände das Vorliegen der genannten Ausnahme ausschließen, liegt keine Gewerblichkeit vor.“*<sup>17</sup>

10 VwGH 21.5.2001, 2000/17/0134: Unentgeltliche Übernahme von Garantien.

11 Ähnlich *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 13, der hinsichtlich des Verständnisses von Gewerblichkeit im Sinn des § 1 Abs 1 eine Orientierung an den Aufsichtszielen des BWG vorschlägt und dabei – wie bereits *Göth*, *ecolex* 1993, 498 – am Funktionsschutz bzw Anlegerschutz anknüpft.

12 Zur Aufsichtswürdigkeit *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 14.

13 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 12.

14 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 12 unter Hinweis auf das Garantieggeschäft (§ 1 Abs 1 Z 8).

15 Vgl aber das Konzernprivileg des § 2 Abs 1 Z 2 WAG in Umsetzung von Art 2 Abs 1 lit b MiFID; dazu *Heidinger* in *Gruber/Raschauer*, WAG § 2 Rz 4 ff.

16 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 11, die als Beispiel konzerninternes Cash Pooling nennen; ebenso *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 15, der Cash Pooling von Geldern mehrerer Unternehmen bei Kontoführung durch ein Kreditinstitut als *„aufsichtsrechtlich unbedenklich“* bezeichnet, die Teilnahme eines Kreditinstituts als Poolmitglied mit Dritten aber als konzessionspflichtigen Tatbestand bei jener Gesellschaft ansieht, die den Zahlungsausgleich organisiert; vgl auch *Kremslehner/Polster* in *Polster-Grüll* ua, Cash Pooling 138 ff.

17 VwGH 20.6.2012, 2008/17/0226. Kritisch *Laurer/Kammel* in *Laurer/Schütz/Kammel/Ratka*, BWG § 1 Rz 2. Zu dieser Judikatur vgl auch *Brandl/Wolfbauer*, ZFR 2013, 16 sowie die Nachweise bei *Obradovic/Wietrzyk*, Cash-Pooling im Konzern, in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 12.19 ff. *Schrank/Meister*, ZFR 2013, 256 erläutern, dass der VwGH in diesem Erkenntnis *„erstmal“* darauf hingewiesen habe, dass ausschließlich innerhalb einer Unternehmensgruppe gewährte Kredite bzw Darlehen grundsätzlich nicht als gewerblich erbracht gelten und diese Fälle somit nicht als Bankgeschäfte zu qualifizieren sind.



Diese Sichtweise entspricht der bereits zum allgemeinen **Gewerberecht** entwickelten Anforderung an gewerbliche Tätigkeiten, dass die **Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr** ein wesensmäßig vorauszusetzendes Tatbestandsmerkmal der Gewerbeausübung ist.<sup>18</sup> Bei bankgeschäftsgleichen Tätigkeiten innerhalb eines „Quasikonzerns“ fehlt es an dieser Außenwirkung: Auf dem Markt wird die entsprechende Dienstleistung gerade nicht angeboten<sup>19</sup>. Ein wirtschaftsaufsichtsrechtlich relevanter Ordnungsbedarf entfällt daher.<sup>20</sup>

Der VwGH stellt somit nicht auf einen bestimmten Konzernbegriff – zB nach § 15 AktG, § 115 Abs 1 GmbHG oder § 244 UGB<sup>21</sup> – ab, sondern lässt in materieller Betrachtung genügen, dass sich die beteiligten Unternehmen als **zu einer Unternehmensgruppe gehörig** verstehen, wobei ein Konzern formal nicht vorliegen muss<sup>22</sup>. Das ist sachlich gerechtfertigt: Kommt es bei der Beurteilung der Gewerblichkeit auf die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr an, steht es der Annahme von Gewerblichkeit entgegen, wenn Dienstleistungen erbringende und in Anspruch nehmende Unternehmen von vornherein

- einer abgrenzbaren Gruppe von Unternehmen („Quasikonzern“) angehören – und sich auch so verstehen,
- diese Dienstleistungen jenseits der Gruppe nicht angeboten werden und überdies
- auch innerhalb der Gruppe nicht regelmäßig erbracht werden, sondern nur ausnahmsweise zum Einsatz kommen sollen, zB um Liquiditätsengpässe zu überbrücken.

Das BWG enthält **keine Kollisionsnorm**<sup>23</sup>; werden „Bankgeschäfte“ ausschließlich im Ausland betrieben, ist das BWG nicht anwendbar. Zur Frage, welche Anknüpfungspunkte allein – oder nach einem beweglichen System – einschlägig sind, um die Anwendung des BWG zu begründen, wird – meist zu Fällen der Erbringung von Dienstleistungen im Fernkommunikationsweg – auf folgende Aspekte abgestellt<sup>24</sup>:

18 VwGH 15.254 A/1999; Pöschl, System der Gewerbeordnung Rz 36 mwN; Potacs in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Bd I 17.

19 Vgl dazu illustrativ auch den BMF-Erlass BMF-010221/3364-IV/4/2008 vom 15.12.2008 (zitiert von Obradovic/Wietrzyk in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 12.14: „Eine eingeschränkte Vergleichbarkeit einer konzerninternen Finanzierung mit jener durch Kommerzbanken ist nicht gegeben, weil die unternehmerischen Zielsetzungen von Banken und jene von anderen Wirtschaftskonzernen unterschiedlich sind. Während im Fall einer Bankfinanzierung das Kreditinstitut das Ziel verfolgt, die bei ihm eingelegten Geldern mit größtmöglichem Gewinn zu veranlagen, ist das Ziel eines Konzerns darauf ausgerichtet, liquide Mittel im Konzern aufzugreifen und bedarfsorientiert im Konzern so weiterzuleiten, dass damit die einzelnen Konzerngesellschaften ihre eigenen unternehmerischen Ziele verwirklichen können. Während daher der Bankensektor mit der Kreditvergabe die Erzielung eines gewerblichen Gewinns anstrebt, geht es der Konzernfinanzierungsgesellschaft darum, im Interesse des Gesamtkonzerns die Umsetzung von Investitionsentscheidungen der Gliedgesellschaften bestmöglich finanziell zu unterstützen.“

20 Zur Aufsichtswürdigkeit als maßgeblichem Aspekt bei der Interpretation des aufsichtsrechtlichen Gewerblichkeitsbegriffs Diwok in Diwok/Göth, BWG § 1 Rz 13 ff; Brandl/Klausberger, ZFR 2011, 2016; Oppitz, Kapitalmarktaufsicht 272 f.

21 Zu den österreichischen gesetzten Konzernatbeständen Haberer/Krejci in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 1.108 ff.  
22 Vgl. auch Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 11: „Ein Schutzbedürfnis der beteiligten Konzernunternehmen voreinander ist gerade nicht erkennbar.“

23 Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 12a.

24 Vgl auch die Leitentscheidung OGH 6 Ob 110/06d, ÖBA 2007, 326 = ZFR 2007, 51 mit Anm Zahradnik; dazu Schobel, RdW 2008, 28 ff, der zwischen „inländischen internationalen Bankgeschäften“, bei denen der Bankdienstleister physisch – durch einen entsandten Vertreter – im Inland tätig wird, und „grenzüberschreitenden Bankgeschäften“ unterscheidet, bei denen der Bankdienstleister ausschließlich vom Ausland aus tätig wird und Vertragsanbahnung und -abschluss sowie die Erbringung von Beratungsleistungen im Korrespondenzweg (Post, Telefon, E-Mail oder Internet) erfolgen. Zum Meinungsstand auch Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 12a ff.

- Zum einen kann auf den Ort der „charakteristischen Leistung“ (**Marktortprinzip**) Bezug genommen werden, was der Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das allgemeine Interesse in der Zweiten Bankenrichtlinie<sup>25</sup> entspricht<sup>26</sup>.
  - Eine verwaltungsstrafrechtlich (§ 2 Abs 2 VStG) motivierte Sichtweise knüpft das Konzessionserfordernis zum anderen an die faktische Erbringung zumindest eines Teiles der Leistung im Inland („**Ort der Leistungserbringung**“)<sup>27</sup>. Ein bestimmtes Geschäft – etwa ein Effktengeschäft – darf dann in keinem wesentlichen Bestandteil in Österreich durchgeführt werden, um ein Konzessionserfordernis in Österreich hintanzuhalten<sup>28</sup>.
- 10 Die an sich unterschiedlichen Fragestellungen, wo sich der Ort der charakteristischen Leistung befindet bzw ob zumindest ein wesentlicher Bestandteil einer Tätigkeit in Österreich ausgeübt wird, werden in der Praxis in vielen Fällen eine einheitliche Beantwortung zulassen.

## II. Die einzelnen Bankgeschäfte

### A. Einlagengeschäft (Z 1)

- 11 Das Einlagengeschäft gliedert sich in **zwei Tatbestände**, deren eindeutige Abgrenzung – Entgegennahme von Geldern<sup>29</sup> entweder zur Verwaltung oder als Einlage – der Gesetzgeber allerdings unterlässt. Gegenstand des Einlagengeschäfts kann sowohl Bar- als auch Buchgeld sein<sup>30</sup>.
- 12 Der **europarechtliche Einlagengeschäftsbegriff** ist weiter und erfasst nach Anhang I Z 1 CRD IV („*Entgegennahme von Einlagen und sonstigen rückzahlbaren Geldern*“) auch die Befugnis zum Empfang von Erlösen aus der dauerhaften Begebung von Anleihen, Bank-, Teilschuldverschreibungen, Pfand- und Kommunalbriefen u.Ä, einen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch verbrieften Wertpapieren sowie die Befugnis zur Entgegennahme von Kredit- oder Darlehensvaluta aus Verträgen mit dem Publikum<sup>31</sup>.
- 13 Eine begriffliche Trennung der beiden Tatbestandsvarianten<sup>32</sup> ist in robuster Form kaum möglich<sup>33</sup>. Die Vermutung, dass im Fall der Verwaltung eine bestimmte Verwendung erlegter Geldbeträge im Vordergrund des Interesses stehe, im Fall der Einlage der

25 ABl 1997/C 2009/04 (7).

26 Vgl dazu auch *Gapp/Gfall*, *ecolex* 2003, 244 mwN; *Rhomberg*, *ecolex* 2002, 934; *Schopper/Zahradnik*, ÖBA 2003, 21; *Schobel*, RdW 2008, 28.

27 *Frölichsthal* in *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG § 19 Rz 6; *Knobl* in *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG § 11 Rz 30 ff.

28 *Knobl* in *Graf/Gruber*, Rechtsfragen des Internetbanking 147 f.

29 Gold, Edelmetalle, Wertpapiere und etwa Bitcoins erfüllen die Geldqualität nicht: *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 15.

30 *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 14: also nicht etwa Gold, Edelmetalle oder Wertpapiere: aaO Rz 15.

31 Vgl *Knobl* in *Griller*, Banken im Binnenmarkt 118 f; zum europarechtlichen Einlagengeschäftsbegriff auch *Tessar*, ÖZW 2005, 17 f. Teilbereiche dieses offenen und weiten europarechtlichen Einlagengeschäftsbegriffes sind in Österreich speziell vertypen Bankgeschäften zugewiesen, nämlich dem Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 9) und dem sonstigen Wertpapieremissionsgeschäft (§ 1 Abs 1 Z 10): *Oppitz*, ÖBA 2007, 799.

32 Zu der bereits im Gesetzestext angelegten Verwirrung *Schinnerer*, ÖBA 1979, 479.

33 *Oppitz*, ÖBA 2007, 799 f.

Ertrag<sup>34</sup>, bietet keine dogmatische Abgrenzungsgrundlage mit ausreichender Tiefenschärfe, insbesondere wenn man den österreichischen Einlagengeschäftsbegriff mit dem europarechtlichen vergleicht.

Die gesetzlich verankerte Sammelbezeichnung als „*Einlagengeschäft*“ sowie die Anknüpfung an der „*Entgegennahme fremder Gelder*“ sind nach überzeugender Auffassung deutliche Indizien dafür, dass in beiden Fällen ein **unbedingter Rückzahlungsanspruch**<sup>35</sup> vorliegt<sup>36</sup>: Dies ist bei einer „Einlage“ aufgrund des tradierten Begriffsverständnisses<sup>37</sup> auf der Hand liegend; in richtlinienkonformer Auslegung („*sonstige rückzahlbare Gelder*“) ist aber auch der Verwaltungsbegriff nach Abs 1 Z 1 im Sinne eines unbedingten Rückzahlungsanspruchs zu deuten<sup>38</sup>. Ein bedingter Rückzahlungsanspruch – wie er etwa bei der Emission von Genussscheinen durch Veranlagungsgesellschaften zum Zweck der Aufbringung von Risikokapital üblich ist, nämlich eine Verlustteilnahme eines Anlegers inkludierend – schließt das Vorliegen eines Einlagengeschäfts jedenfalls nach beiden Alternativen aus<sup>39</sup>. Die von der der Judikatur geprägte Erweiterung des Einlagengeschäfts zu einem „**Auffangtatbestand**“ des **Bankgeschäfts** kataloges hat ihren Ausgangspunkt in aktienrechtlichen Genussscheinkonstruktionen (§ 174 Abs 3 AktG) genommen. Die damit verbundenen Tätigkeiten lassen sich nach Auffassung des VwGH als standardisierte Vermögensverwaltung umschreiben, die dadurch gekennzeichnet sei, dass der Geldgeber die Veranlagungsgesellschaft als Anbieterin dieser Leistung beauftragt hat, den von ihm übergebenen Geldbetrag gemeinsam mit den von anderen Anlegern übergebenen Geldbeträgen gemäß den Bestimmungen der jeweiligen Rechtsbeziehungen einzusetzen, zu verwalten und zu einem zu bestimmenden Zeitpunkt (Kündigung) wieder abzuschichten. Bei dieser Entgegennahme fremden Geldes durch die Veranlagungsgesellschaft handle es sich weder um eine Finanzierung ihrer eigenen

34 *Haushofer/Schinnerer/Ulrich*, Die österreichischen Kreditwesengesetze § 1 KWG Anm 6.

35 Hat das BVwG festgestellt, dass Genussscheine einen schuldrechtlichen, von Verlusten der belangten Gesellschaft unabhängigen Anspruch jedes Genussrechtinhabers auf Rückzahlung des zur Verfügung gestellten Genussrechtskapitals samt fixer und variabler Verzinsung festschrieben, so vermag der alleinige Umstand, dass der Anspruch gemäß den geltenden Genussrechtsbedingungen gegenüber einem Kreditinstitut nachrangig sei, an der grundsätzlichen Qualifikation als „rückzahlbare Gelder“ nichts zu ändern: VwGH 7.9.2018, Ro 2017/02/0020. Demnach sei „*das mögliche Schicksal der Forderung im Insolvenz- oder Exekutionsfall für die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als Einlagengeschäft iSd BWG nicht allein ausschlaggebend*“.

36 Zur deutschen Diskussion vgl nur *Kaetzler/Schücking*, NJW 2014, 1265 im Gefolge der „Winzergelder“-Entscheidung des BGH, BGHZ 197, 1 = NJW-RR 2013, 675 = NZG 2013, 582; *Wenzel*, NZG 2013, 814. Der BGH hatte in dieser für eine Änderung der Verwaltungspraxis der BaFin – hin zur Relevanz der Unbedingtheit des Rückzahlungsanspruchs – maßgeblichen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass Kaufpreise für Trauben, die von Winzern bei einer Weinkellerei gegen Zinszahlung auf deren Konten ohne bankübliche Sicherheit „stehen gelassen wurden“, Einlagen im Sinne des deutschen Kreditwesengesetzes seien. Die Kellerei habe angesichts des Umfangs der Einlagen ein erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft nach § 1 I 2 Nr 1 dKWG betrieben. Da die Kellerei keine entsprechende Bankerlaubnis besessen habe, hafteten Mitglieder ihrer Organe nach Insolvenz der Kellerei den Winzern aus unerlaubter Handlung persönlich auf Rückzahlung dieser Einlagen.

37 *Oppitz*, ÖBA 2007, 798 f: Sichteinlagen, Festgelder, Kündigungsgelder, Spareinlagen.

38 Zum europarechtlichen Transparenzgebot im Zusammenhang mit gewollten Abweichungen nationaler Regelungen vom Richtlinienrecht EuGH C-356/00, *Testa und Lazzari*, Slg 2002 I-10797; dazu *Oppitz*, ÖBA 2007, 800. *Granner*, ZFR 2011, 221 meint, dass die europarechtliche Dimension nichts am Befund zu ändern vermöge, dass § 1 Abs 1 Z 1 BWG „*nach wie vor entsprechend seiner Herkunft im Sinn des § 1 Abs 2 Z 1 KWG zu verstehen*“ sei.

39 *Oppitz*, ÖBA 2007, 804; aA – allerdings ohne nähere Begründung – *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger*, BWG § 1 Rz 24.

Geschäftstätigkeit noch um eine Einlage iS des § 1 Abs 1 Z 1, 2. Fall (Einlagengeschäft) noch um eine Treuhandenschaft mit strikter Bindung an einen eigenen Ermessen völlig ausschließenden Auftraggeberwillen (Anlegerwillen), sondern um eine Vermögensverwaltung iS des § 1 Abs 1 Z 1, 1. Fall<sup>40</sup>. Konstruktionen, bei welchen durch die Etablierung von „Rechnungskreisen“ nicht die Absicht verwirklicht sei, eine echte Risikokapitalbeteiligung einzugehen, die vom wirtschaftlichen Schicksal des Emittenten als solchem abhängen würde<sup>41</sup>, fallen nach der Judikatur daher unter das Einlagengeschäft.<sup>42</sup> Das ist kritisch zu sehen<sup>43</sup>: Selbst wenn man die unbedingte Rückzahlbarkeit als solche nicht als konstitutiv für das Einlagengeschäft ansieht,<sup>44</sup> spricht gegen eine Nutzung von § 1 Abs 1 Z 1 BWG als Auffangtatbestand für Anlageinstrumente mit Verlustrisiko<sup>45</sup> auch der Umstand, dass es für die Unterstellung eines Geschäfts unter § 1 Abs 1 Z 1 BWG auf die Erweckung einer „dem klassischen Einlagengeschäft vergleichbaren Vertrauenshaltung“ ankommt, „es bestehe ein gesicherter und unbedingter Anspruch auf Rückzahlung der hereingenommenen Gelder in voller Höhe“.<sup>46</sup> Nach geltendem Recht ist auf die **BWG-Ausnahme für AIFM** gemäß Art 2 Abs 1 lit a bis c der Richtlinie 2011/61/EU, „soweit sie den Umfang ihrer Zulassung gemäß dieser Richtlinie nicht überschreiten“, zu verweisen (§ 3 Abs 3 Z 7); rechnungskreisbezogene Vermögensverwaltungsstrukturen werden vielfach als AIF bzw AIFM zu qualifizieren sein<sup>47</sup>.

- 15 Ob die Begründung von **Zwischenbankeinlagen** (Aufnahme sog „Nostrogelder“) eine Konzessionspflicht nach Abs 1 Z 1 begründet, ist strittig<sup>48</sup>. Sofern es sich um kein konzerninternes Geschäft handelt, besteht – *lege non distinguente* – allerdings keine Veranlassung, Zwischenbankeinlagen nur wegen der beteiligten qualifizierten Akteure aus dem Bankgeschäfts katalog zu „entlassen“.

40 VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195, ZFR 2006, 38 mit Anm *Lucan*. *Lucan* problematisiert aaO 43 die Frage, ob für die eingezahlten Gelder überhaupt eine Verwendungsabrede im Hinblick auf § 1 Abs 1 Z 1 bestand oder ob diese allein zum Erwerb von Wertpapieren hingegeben wurden und die weiteren Tätigkeiten vom Tatbestand des Depotgeschäfts erfasst seien, kommt allerdings trotz fehlender Anhaltspunkte oder Feststellungen der Behörde für eine solche Beurteilung zum Schluss, dass der Argumentation des VwGH zu folgen sei.

41 Eine Zuordnung zum Einlagenbegriff soll nach der deutschen Judikatur zu den „BMW-Namensschuldverschreibungen“ (BVerwGE 69, 120 = WM 1984, 1364) entfallen, wenn die Annahme fremder Gelder auf Seiten des Unternehmens mit der Absicht erfolgt, die Mittel für eigene Zwecke – also zur Finanzierung des Aktivgeschäfts – zu verwenden. Das ist letztlich der bei einer (Unternehmens-)Schuldverschreibung typische Fall.

42 Deutlich zB in VwGH 4.9.2008, 2008/17/0034; dazu *B. Raschauer*, ÖBA 2008, 892 ff, der auf den „objektiven Gehalt des Rechtsverhältnisses“ abstellen will, wonach die Qualifikation als Einlagengeschäft bei der Übergabe von Geld in die Verfügungsgewalt eines anderen Rechtsträgers vorliege, es sei denn, es wäre ein „speziellerer Tatbestand“ erfüllt, der auch außerhalb des Katalogs der Bankgeschäfte gefunden werden könne.

43 *Oppitz*, Kapitalmarktaufsicht 284 ff.

44 *B. Raschauer*, ÖBA 2008, 893.

45 *Oppitz*, ÖBA 2007, 797 ff.

46 *Granner*, ZFR 2011, 219, 221 mit Hinweis auf die Relevanz der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung.

47 Vgl aber den Entscheidungen BVwG 16.3.2020, W158 2213789-1/12E, W158 2213790-1/9E, W158 2213791-1/9E zugrunde liegenden Sachverhalt, wonach eine luxemburgische Gesellschaft in Österreich eine Anleihe anbot, die gezielt derart strukturiert wurde, dass sie nicht unter das AIFMG fallen sollte (aus dem Beteiligungskapital wurde laut den Vertragsbedingungen ein Rechnungskreis „Compartment“ gebildet, zu dem das Anleihekaptal zugeordnet wurde; der einzige Kunde war eine österreichische Bank. Die Bank vertrieb die Anleihe an Privatkunden weiter; vgl *Wolfbauer*, ZFR 2020, 583).

48 Dagegen *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 27; dafür *Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 27.

## B. Girogeschäft (Z 2)

Das Girogeschäft<sup>49</sup> enthält die Tatbestandsmerkmale „bargeldloser Zahlungsverkehr“ 16 und „Abrechnungsverkehr in laufender Rechnung“:

- Der „**bargeldlose Zahlungsverkehr**“ besteht in der Durchführung von Überweisungen im Auftrag des Kunden an Dritte und in der Entgegennahme von Überweisungen von dritter Seite für den Kunden, sodass Überweisung, Scheck- und Wechselinkasso sowie Abbuchungs- und Lastschriftverfahren als erfasst angesehen werden<sup>50</sup>. Wird ausschließlich bar ein- oder ausgezahlt, liegt definitionsgemäß kein bargeldloser Zahlungsverkehr vor.
- Der „**Abrechnungsverkehr in laufender Rechnung**“ knüpft an der vertraglichen Gestaltung des Verhältnisses mit dem Kunden an: Im Girovertrag wird idR eine vertragliche Kontokorrentabrede enthalten sein, obwohl eine derartige Verknüpfung nicht zwingend ist<sup>51</sup>.

## C. Kreditgeschäft (Z 3)

Bei der Definition des Kreditgeschäfts knüpft das Gesetz an **zivilrechtlichen Kategorien** 17 an, indem es „**Geldkreditverträge**“ und „**Gelddarlehen**“ erfasst<sup>52</sup>. Im Zuge der Neufassung des Darlehensrechts durch das DaKRÄG BGBl I 2010/28 wurde mit den §§ 983–987 ABGB ein allgemeines Darlehensrecht geschaffen, während die §§ 988–991 ABGB ein spezielles Kreditrecht enthalten. Der Darlehensvertrag ist demnach ein **Konsensualvertrag**<sup>53</sup>.

**Sachdarlehen** werden von Abs 1 Z 3 nicht erfasst; bei der Wertpapierleihe handelt es sich etwa um ein Sachdarlehen iSv § 983 ABGB<sup>54</sup>, welches als „**Sondergeschäftssparte des Wertpapiergeschäftes**“ verstanden wird<sup>55</sup>.

49 Zur Abgrenzung vom Zahlungsgeschäft (§ 1 Abs 2 Z 3 ZaDiG: „*Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsdienstnutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister*“), bei dem nicht die Entstehung eines kontomäßigen Guthabens, sondern die Durchführung eines Zahlungsvorgangs im Vordergrund steht, Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 36.

50 Vgl die Nachweise bei Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 31.

51 Vgl Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG § 1 Rz 32.

52 Der Gesetzgeber wollte mit § 1 Abs 1 Z 3 nicht jegliche Kreditgewährung erfassen, sondern hat das Wort „*gewerblich*“ in § 1 bewusst zur Abgrenzung von einer „*gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt*“, verwendet; vgl auch VwGH 20.6.2012, 2008/17/0226. Nach Auffassung des VwGH (aaO) sei nicht davon auszugehen, dass die in den Erläuterungen erwähnte Kreditgewährung, „*wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt*“ vorkomme, eine unentgeltliche sein müsse. Aus dem Umstand der Entgeltlichkeit allein könne somit noch nicht auf das Vorliegen einer unter Abs 1 Z 3 fallenden Kreditgewährung geschlossen werden. Beim Handel über ein elektronisches Handelssystem liegt nach der Judikatur weder „*gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie insbesondere im privaten, bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt*“, vor noch kann die vom Gesetzgeber zu § 1 Abs 1 Z 3 zur Abgrenzung zwischen konzessionspflichtigen und nicht konzessionspflichtigen Kreditgeschäften geäußerte Überlegung ohne weiteres auch auf „*den verkehrsüblichen Handel von Personen- und Kapitalgesellschaften mit Finanzinstrumenten*“ übertragen werden: VwGH 25.6.2013, 2009/17/0039. Zur Frage der Darlehensgewährung einer Privatstiftung an verbundene Unternehmen Hayden/Thorbauer, PSR 2018, 114, 119.

53 Vgl nur Bollenberger/P. Bydlinski in KBB § 983 Rz 2.

54 Vgl die Nachweise bei Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI Rz 2/27.

55 Claussen, Bank- und Börsenrecht § 9 Rz 211.