

Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts

– zugleich eine Studie zu ausgewählten
Problemkonstellationen des
Wirtschaftsaufsichtsrechts

Nicolas Raschauer

Springer Wien New York

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXIII
I. Grundlagen der Arbeit	1
A. Ziel der Arbeit und gewählte Vorgangsweise	1
B. Zu der im Zuge der Arbeit gewählten Methodik	4
C. Abgrenzung: Zu den Begriffen „Aufsicht“ und „Bankenaufsicht“	6
D. Abgrenzung: Zum Begriff der Wirtschaftsaufsicht	10
II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Bankenaufsichtsrechts.....	17
A. Die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Bankenaufsicht	17
1. Allgemeines	17
2. Maßgeblicher Versteinerungszeitpunkt.....	20
3. Inhalt und Reichweite der Sachkompetenz „Bankwesen“	24
a. Exkurs: Erste Annäherung aufgrund historischer Quellen.....	25
b. Annäherung anhand des „Versteinerungsprinzips“	26
c. Weitere Annäherung anhand „intrasystematischer Fortentwicklung“ des Begriffs „Bankwesen“	36
4. Abgrenzungen.....	47
a. Verwandte Sachkompetenzen des Bundes außerhalb von Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG	47
b. Verwandte Sachkompetenzen des Bundes in Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG	51
c. Ergebnisse	55
B. Die Vollziehungskompetenz auf dem Gebiet der Bankenaufsicht	57
1. Exkurs: Kompetenz zur Errichtung der Bundesbehörden	57
2. Die Vollziehungskompetenz	59
C. Die verfassungsgesetzliche Weisungsfreistellung der FMA (§ 1 Abs 1 Satz 2 FMABG)	60
1. Grundsätzliches	60
2. Das offene Organisationsmodell der Bundesverfassung und § 1 FMABG	61
3. Die Reichweite der verfassungsgesetzlichen Weisungsfreistellung des § 1 Abs 1 Satz 2 FMABG.....	65
D. Zur Verordnungskompetenz der FMA.....	70
1. Durchführungsverordnungen – Allgemeines	71
2. Verordnungen aufgrund spezialgesetzlicher Ermächtigung.....	75
3. Die Rsp des VfGH zu Art 18 Abs 2 B-VG	76
a. Bisherige Ansätze in der Rsp des VfGH	79
b. Zusammenschauende Interpretation mit den Erk zu den staatlichen Kernaufgaben	80
c. Nähere Interpretation und Kritik.....	81
d. Theoretische Konsequenzen der verfassungsgerichtlichen Auslegung	86
e. Weitere Konkretisierung durch VfSlg 17.961/2006?.....	88
(1) Erwägungen des Gerichtshofes.....	88
(2) Relevanz für Interpretation der Verordnungskompetenz der FMA	90
4. Ist Art 18 Abs 2 B-VG auf die FMA anzuwenden?.....	91

	Seite
E. Grenzen der Ausgliederung, staatliche Kernaufgaben und Bankenaufsicht	93
1. Einleitung.....	93
2. Der Begriff „Ausgliederung“ in der österreichischen Rechtsordnung.....	95
3. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Ausgliederungen und diesbezügliche Grenzen	97
a. Allgemeine Anforderungen	98
b. Qualitative und quantitative Grenzen I.....	98
c. Qualitative Grenzen II	100
d. Beurteilung der Ausgliederung der Bankenaufsicht.....	102
e. Rechtfertigung durch § 1 Abs 1 FMABG?.....	103
4. Staatliche Kernaufgaben und Bankenaufsicht	106
a. Allgemeines	106
b. Rechtfertigungsansätze für die Kernbereichsthese des VfGH	109
c. Kernaufgaben und Bankenaufsicht	116
(1) Beurteilung anhand bisher abgeleiteter Rechtfertigungskriterien	117
(2) § 1 Abs 1 FMABG als erneuter Rechtfertigungsmaßstab?.....	118
(a) Systematische Vergleichbarkeit mit Kollegialbehörden richterlichen Einschlags?.....	120
(b) Beurteilung im Lichte verfassungsgesetzlicher Grundprinzipien....	122
F. Neuerungen im Gefolge der Verfassungsreform	126
1. Neuerungen durch die Verfassungsreform 2008	127
2. Konsequenzen für das Bankenaufsichtsrecht.....	129
G. Praxisrelevante Grundrechte mit Bezug zum Bankenaufsichtsrechts	134
1. Eigentumsfreiheit	135
2. Erwerbsfreiheit	139
3. Privatleben.....	142
a. Schutzbereich	142
(1) Begriffsbestimmung	142
(2) Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teil des Privatlebens.....	143
(3) Staatliche Informationssammlungen als Eingriff	145
b. Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs	146
(1) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	147
(2) Erfordernis eines zulässigen Zwecks.....	149
(3) Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft	151
(a) Erfordernis einer demokratischen Gesellschaft	152
(b) Eignung und Erforderlichkeit	153
(c) Verhältnismäßigkeit i.e.S.....	153
c. Juristische Personen als Grundrechtsträger	156
III. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen des nationalen Bankenaufsichtsrechts	161
A. Einleitung	161
B. Strukturprinzipien des Gemeinschaftsrechts mit Bedeutung für das Bankenaufsichtsrecht	163
1. Binnenmarkt (Art 3 Abs 1 lit c iVm 14 EG; 3 Abs 3 EU-E iVm 26 AEU).....	165
2. Vorrang des Gemeinschaftsrechts und autonome Geltung	168
3. Abgrenzung zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation	172
4. Unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts	174
a. Primärrecht	175
b. Sekundärrecht	176
(1) EG-Verordnungen (Art 249 Abs 2 EG; 288 UAbs 2 AEU).....	177
(2) Entscheidungen (Art 249 Abs 4 EG; 288 UAbs 4 AEU).....	177
(3) Richtlinien (Art 249 Abs 3 EG; 288 Abs UAbs 3 AEU).....	178

	Seite
C. Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten nach dem EG	182
1. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs 1 EG; 5 Abs 2 EU-E)	182
2. Grundsatz der Subsidiarität (Art 5 Abs 2 EG; 5 Abs 3 EU-E)	186
3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art 5 Abs 3 EG; 5 Abs 4 EU-E)	190
4. Zwischenresümee der Abgrenzungskriterien des Art 5 EG	193
5. Gerichtliche Überprüfung der Kompetenzabgrenzungskriterien	196
6. Die konkrete Zuständigkeitsverteilung	196
a. Ausschließliche Zuständigkeiten der Gemeinschaft	197
b. Konkurrierende Zuständigkeiten	199
c. Parallele Kompetenzen	200
d. Die „subsidiäre Kompetenzgrundlage“ des Art 308 EG (352 AEU)	200
e. Exkurs: Änderung durch den Vertrag von Lissabon	202
D. Primärrechtliche Grundlagen des EG-Bankenaufsichtsrechts	204
1. Allgemeines	204
2. Der Begriff der „selbständigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit“ iSd Systematik des EG (Art 43 EG, 54 AEU)	207
3. Der Begriff der juristischen Person im EG (Art 48 EG; 54 AEU)	208
4. Subsumtion des Teilpolitikbereichs Bankenaufsichtsrecht unter die Art 43 ff EG (49 ff AEU)	213
5. Grundfreiheiten mit Bezug zum Bankenaufsichtsrecht	214
a. Einleitung	214
b. Begriff der „Grundfreiheit“; Struktur und Gemeinsamkeiten	215
c. Niederlassungsfreiheit (Art 43 ff EG; 49 ff AEU)	218
(1) Die Rechtsetzungskompetenz nach Art 44 Abs 1 iVm 2 lit g EG (50 Abs 2 lit g AEU)	224
(2) Die Rechtsetzungskompetenz nach Art 47 Abs 2 EG (53 Abs 1 letzter Satz AEU)	226
(3) Die „Auffangkompetenzen“ der Art 94 und 95 EG	229
(a) Art 94 EG (Art 115 AEU)	229
(b) Art 95 EG (Art 114 AEU)	232
d. Dienstleistungsfreiheit (Art 49 ff EG; Art 56 ff AEU)	233
e. Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art 56 EG; 63 ff AEU)	239
E. Bisherige und zukünftige sekundärrechtliche Entwicklung des EG-Bankenaufsichtsrechts	242
1. Allgemeines	242
2. Abriss über die bisherige Richtlinienentwicklung	245
a. Übersicht	245
3. Erörterung ausgewählter EG-RL mit Bezug zum Bankenaufsichtsrecht	249
a. Die RL 89/646/EG („zweite Bankenrechtskoordinierungsrichtlinie“)	249
b. Die Bankenaufsichtsrichtlinie 2000/12/EG	249
c. Die RL über Finanzkonglomerate	252
d. Die BARL (RL 2006/48/EG)	252
e. Zukünftige Entwicklung auf Gemeinschaftsebene	255
F. Bewertung des geltenden Gemeinschaftsrechtsrahmens	255
1. Allgemeines	256
2. Beleuchtung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	257
3. Beleuchtung nach dem Subsidiaritätsprinzip	257
4. Beleuchtung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	261
IV. Verfahren der Rechtsetzung im EG-Bankenaufsichtsrecht	267
A. Einleitung	267
B. Grundsatzgesetzgebung im „Mitentscheidungsverfahren“ (Stufe eins des Legislativverfahrens; Art 251 EG; 289, 294 AEU)	269

	Seite
C. Durchführungsgesetzgebung – Komitologie; Begriff und Hintergrund	274
D. Rechtliche Grundlagen der Komitologie.....	276
1. Art 202 und 211 EG (17 Abs 1 EU-E; 290 f AEU)	276
a. Gegenstand der Durchführung	278
b. Voraussetzungen und Umfang der Durchführung	280
c. Anzuwendendes Verfahrensrecht.....	282
2. Die Modalitäten der Durchführung des Basisrechtsakts durch die Kommission (Stufe zwei des Legislativverfahrens)	283
a. Der Komitologiebeschluss im Detail	286
(1) Anwendungsbereich der Komitologieverfahren allgemein	286
(2) Das Beratungsverfahren.....	287
(3) Das Verwaltungsverfahren	288
(4) Regelungsverfahren ohne Kontrolle.....	291
(5) Regelungsverfahren mit Kontrolle	294
(a) Verfahrensvariante 1	295
(b) Verfahrensvariante 2	296
(c) Verfahrensvariante 3	297
(d) Sachlicher Anwendungsbereich: „Quasilegislative Maßnahmen“	298
(e) Charakteristika des neuen Verfahrens.....	301
(f) Bedeutung für das EG-Bankenaufsichtsrecht	302
(g) Regelungsverfahren mit Kontrolle im Gefolge von Lissabon	303
b. Das Verhältnis Kommission und Parlament	304
c. Die Fachausschüsse des Komitologieverfahrens.....	308
3. Exkurs: Änderungen des Komitologieverfahrens nach Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags	313
E. Lamfalussyverfahren als Spezialform der Komitologie.....	315
1. Hintergrund	315
2. Die RL 2005/1/EG	317
3. Abgrenzung allgemeines Komitologie-/Lamfalussyverfahren	318
4. Das Lamfalussyverfahren als „Sondergesetzgebungsmodell“ des EG-Bankenaufsichtsrechts	321
a. Stufe eins – Basisrechtsakt	322
b. Stufe zwei – Durchführungsverfahren	322
c. CEBS als „Level-3-Ausschuss“	324
(1) Aufgaben im Durchführungsverfahren	324
(2) Besetzung; Arbeitsweise	328
(3) Zusätzliche Aufgaben außerhalb des Durchführungsverfahrens	330
d. Stufe 4.....	332
5. Der Rang der im Komitologieverfahren erlassenen Durchführungsrechtsakte und der verbleibende Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten auf Vollziehungsebene	332
F. Kritische Anmerkungen zum Komitologie- und Lamfalussyregime	335
1. Systemwidrige Kompetenzabgrenzung	335
2. Die Grenzen der Delegationskompetenz	338
3. Die Abgrenzung der Verfahrensarten	340
4. Zur demokratischen Legitimation des Komitologieverfahrens.....	342
a. Begriffsinhalt.....	343
b. Heranziehung des herrschenden Erklärungsansatzes	346
c. Demokratische Legitimation des Komitologie-/Lamfalussyverfahrens.....	348
(1) Zur demokratischen Legitimation der Fachausschüsse	349
(2) Zur demokratischen Legitimation der Sachverständigenausschüsse.....	351

	Seite
(3) Abfederung des Demokratiedefizits durch das Europäische Parlament.....	356
d. Weitere Probleme.....	357
V. Transnationale Verwaltungsakte im Bankenaufsichtsrecht.....	359
A. Allgemeines.....	359
B. Ausgewählte Anwendungsfälle des transnationalen Verwaltungsakts.....	360
1. Gegenstand und Anwendungsbereich der Bankenaufsichtsrichtlinie (BARL).....	360
a. Regelungsgegenstand der BARL.....	360
b. Sachlicher Anwendungsbereich der BARL.....	361
2. Single license-Prinzip („Europapass“).....	362
a. Grundidee des Prinzips.....	362
b. Interpretation des Art 23 BARL und sein gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund.....	365
c. Reichweite des single license-Prinzips.....	367
d. Verfahrensrechtliche Vorgangsweise.....	368
(1) Tätigkeit über eine Zweigstelle.....	369
(a) Ausgangsverfahren.....	369
(b) Aufnahmeverfahren.....	371
(2) Tätigkeit in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit.....	372
e. Ausweitung auf Finanzinstitute.....	373
(1) Der Begriff des FI im Gemeinschaftsrecht.....	373
(2) Abgrenzung: Der Begriff des FI im österreichischen Recht.....	374
(3) Ausweitung des Europapassprinzips ausschließlich auf EWR-FI.....	375
f. Die Umsetzung im österreichischen Recht.....	376
(1) EWR-KI aus anderen Mitgliedstaaten in Österreich.....	377
(a) Variante 1.....	377
(b) Variante 2.....	380
(2) Österreichische KI im Ausland.....	380
(3) FI aus anderen Mitgliedstaaten in Österreich.....	385
(4) Sonstiges.....	386
(5) Zeitpunkt der Anzeigepflicht bei grenzüberschreitender Tätigkeit... ..	387
(6) Zusammenfassung.....	393
(7) Würdigung.....	393
3. Vorortprüfungen.....	396
a. Ausgangslage.....	396
b. Geteilte Aufsichtszuständigkeit im Gemeinschaftsrecht und Pflicht zur Zusammenarbeit.....	397
c. Die in der BARL geregelten Prüfungsverfahren.....	398
(1) Vorortprüfungen des Herkunftsstaats.....	398
(2) Vorortprüfungen im Wege zwischenstaatlicher Rechts- und Amtshilfe.....	399
(3) Vorortprüfungen des Aufnahmestaats.....	401
(4) Effektivierung grenzüberschreitender Vorortprüfungen durch transnationale Behördenkooperation.....	401
(5) Die Umsetzung des Art 43 BARL im österreichischen Recht.....	403
(a) Eigenprüfungen (§ 70 Abs 1 – 1d, § 79 BWG).....	404
(b) Fremdprüfungen (§ 70 Abs 1 Z 4 BWG).....	408
(c) Umsetzung der Kooperationsregelungen der BARL im österreichischen Recht.....	409
d. Die Vorgangsweise im Einzelfall.....	412
4. Aufsichtsmaßnahmen im Zuge der Aufnahmestaatskontrolle (aus Sicht Österreichs).....	415
a. Allgemeines.....	415

	Seite
b. Eil- bzw nachrangige Zuständigkeit des Aufnahmestaats	416
(1) Eilkompetenz	416
(2) Nachrangige Begleitkompetenz	417
c. Die Zuständigkeit des Aufnahmestaats zur Vermeidung von Verstößen gegen Vorschriften des Allgemeininteresses	418
d. Umsetzung der Art 29 ff BARL in der österreichischen Rechtsordnung ...	421
(1) Begleitende Aufsichtszuständigkeit der FMA als Aufnahmestaatsbehörde	421
(2) Ausschließliche Aufsichtszuständigkeit der FMA	424
(3) Verfahrensrechtliche Aspekte der Vorgangsweise der FMA	424
C. Der transnationale Verwaltungsakt	
im Bankenaufsichtsrecht – Begriffsbestimmung	425
1. Einleitung	425
2. Die transnationale Wirkung von Zulassungsentscheidungen	426
a. Erster Erklärungsansatz: Rechts-/Tatbestandswirkung der nationalen Zulassung	428
b. Zweiter Erklärungsansatz: Das Anerkennungsprinzip	431
c. Zwischenergebnis	434
d. Abgrenzung von ähnlichen Konstellationen	434
(1) Abgrenzung in organisatorischer Hinsicht	434
(2) Abgrenzung im materiell-formeller Hinsicht	435
3. Die transnationale Wirkung von Vorortprüfungen	438
4. Vergleichbare transnationale Wirkung bei Aufsichtsmaßnahmen der grenzüberschreitenden Verwaltungskooperation / Aufnahmestaatskontrolle?	440
5. Zwischenresümee	441
D. Anzuwendendes materielles und formelles Recht und funktionelle Zurechnung	442
1. Exkurs: Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts	443
2. Bei Zulassungsverfahren	445
a. Ausgangslage	445
b. Die Würdigung der nationalen Umsetzung	449
(1) Die Entscheidungsfrist nach § 73 Abs 1 AVG	449
(2) Säumnisschutz und Art 13 BARL	450
3. Bei Vorortprüfungen	451
a. Ausgangslage	451
b. Zwischenzeitliche Abhilfe durch transnationale Behördenkooperation	452
c. Zwischenresümee	455
E. Zur Kompetenz der Mitgliedstaaten, auf anderem Staatsgebiet Hoheitsakte zu setzen	456
1. Allgemeines	456
2. Höherrangige Geltungsgrundlagen	460
a. Exkurs: Zur Struktur der Europäischen Gemeinschaft	460
b. Primäres Gemeinschaftsrecht als Geltungsgrundlage	461
c. EG-Verordnungen als Geltungsgrundlage transnationaler Verwaltungsakte	462
d. Harmonisierungsrichtlinien in Verbindung mit nationalem Recht als Geltungsgrundlage	464
F. Rechtsschutz gegen transnationale Verwaltungsakte – Allgemeines	465
1. Rechtsschutz durch Behörden des Herkunftsstaats	466
a. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der FMA iSd § 10 Abs 3 BWG (Art 25 BARL)	467

	Seite
b. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der FMA als Herkunftsstaatsbehörde	468
(1) Bei Ausübung der allgemeinen Rechtsaufsicht	468
(2) Bei Maßnahmen im Zuge der Vorortprüfung	469
(a) Allgemeines	469
(b) Der Betrachtungsmaßstab	472
(c) Bestehende Rechtsschutzwege	472
(i) Informationseingriffe	472
(ii) AuvBZ	473
(iii) Sonstige Eingriffe	476
(d) Erweiterung der Rechtsschutzinstrumentarien	478
2. Rechtsschutz durch Behörden des Aufnahmestaats	479
G. Der räumliche Geltungsbereich der österreichischen Grundrechtsordnung	480
1. StGG 1867	481
2. EMRK	484
a. Positionen in der Rechtsprechung und im Schrifttum	485
b. Auslegung der jüngeren Rsp des EGMR	486
(1) Kriterien effektiver Kontrolle iSd EGMR-Rechtsprechung	487
(a) Effektive Verhaltenssteuerung durch Befehls- und Zwangsgewalt	489
(b) Unklare räumliche Grenzen	490
(c) Unklare zeitliche Grenzen	490
(d) Ergebnis	491
(e) Nur finale Verhaltenssteuerung effektive Kontrolle iSd EGMR-Rechtsprechung	491
(2) Kritik an der Rechtsprechung des EGMR	492
c. Voraussetzungen der Verantwortlichkeit eines Staats bei einer Konventionsverletzung	495
3. DSGVO 2000	496
4. Resümee	497
H. Anwendbarkeit der Gemeinschaftsgrundrechte	497
1. Der Begriff der Gemeinschaftsgrundrechte	498
2. Die Bindung der Mitgliedstaaten	501
3. Grundrechtsträger	503
4. Der räumliche Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte	504
I. Exkurs: Verhältnis zwischen Gemeinschaftsgrundrechten und nationalen Grundrechten	505
VI. Kooperationsvereinbarungen im europäischen Bankenaufsichtsrecht	509
A. Allgemeines	509
B. Die rechtlichen Grundlagen	512
1. Kompetenzverteilung hinsichtlich Kooperationsübereinkommen	512
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	514
a. Art 46 BARL	515
b. Art 131 BARL	517
(1) Allgemeines	517
(2) Lead Supervisor	518
(3) Regelungsinhalt	519
c. Art 39 BARL	520
3. Die Umsetzung im österreichischen Recht	520
4. Der Inhalt der Kooperationsvereinbarungen	522
a. Abkommen nach § 77a Abs 1 Z 1 BWG bzw Art 131 BARL	522
b. Abkommen nach § 77a Abs 1 Z 2 BWG bzw Art 46 BARL	526
c. Umsetzung der Regelungsinhalte in der Praxis am Beispiel ausgewählter MoU	527

	Seite
d. Anhaltspunkte in der österreichischen Praxis	528
C. Beurteilung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.....	530
1. Die Vorphase des Abschlusses eines Übereinkommens	530
a. Der Vorschlag iSd § 77a Abs 1 BWG.....	531
(1) Schrifttum und Rsp zu Bindungen oberster Organe	532
(2) Beurteilung im Licht der einschlägigen Rsp des VfGH und des Schrifttums	535
(3) Abweichende Beurteilung als eigene Stellungnahme	540
2. Der Abschluss des Kooperationsübereinkommens.....	544
a. Anknüpfungspunkte zu Staatsverträgen im österreichischen Verfassungsrecht.....	545
(1) Arten von Staatsverträgen und deren Abschluss.....	545
b. Staatsverträge iSd § 77a Abs 1 BWG	549
c. Das auf den Abschluss des Übereinkommens anzuwendende Verfahrensrecht	550
3. Der innerstaatliche Rechtscharakter eines Kooperationsübereinkommens....	552
a. Exkurs: Mindestbedingungen eines verordnungskooordinierten Staatsvertrags.....	553
b. Die Normativität einer Kooperationsvereinbarung	555
c. Kooperationsvereinbarungen im Lichte des geschlossenen Rechtsquellensystems der Bundesverfassung.....	556
d. Unmittelbare Anwendbarkeit als Abgrenzungsfaktor	557
e. Kundmachung und Inhalt als Abgrenzungsfaktor	558
(1) Grundlegendes zur Rsp der Höchstgerichte	558
(2) Übertragung auf § 77a BWG	559
(3) Ergebnis	563
D. Probleme in der Praxis	564
1. Delegation der Abschlusskompetenz zulässig?	564
2. Konsequenzen der Rechtswidrigkeit eines Kooperationsübereinkommens	565
E. Lösungsansatz	568
VII. Neuartige normative Verhaltenssteuerung am Beispiel der Mindeststandards.....	571
A. Mindeststandards: Begriff, Inhalt und Zweck	572
1. Allgemeines	572
2. Inhalt und Zweck der veröffentlichten Mindeststandards.....	573
a. FMA-FX-Mindeststandards	573
b. FMA-TT-Mindeststandards	575
c. FMA-Mindeststandards-IR	577
d. FMA-Mindeststandards-K	581
B. Parallelen im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Recht	584
1. Leitlinien des Gemeinschaftsrechts	585
2. Sonstige Marktregeln der Energiewirtschaft	587
3. Übertragung der bisherigen Auslegung auf Mindeststandards	588
C. Über Rechtscharakter und Normativität der Mindeststandards	590
1. Die Normativität von Mindeststandards	590
2. Sind Mindeststandards Rechtsverordnungen?.....	596
D. Auswirkungen der Mindeststandards	602
1. Konkretisierung der Sorgfaltspflichten der Geschäftsleiter (§§ 2, 39 BWG) in formeller und materieller Hinsicht	603
2. Etablierung einer neuen Form von Branchenstandards.....	607
3. Selbstbindung der Aufsichtsbehörde und Etablierung einer Vertrauensposition	608
a. Selbstbindung	608

	Seite
b. Etablierung einer besonders geschützten Vertrauensposition.....	609
4. Schulausschließungsgrund.....	613
E. Rahmenbedingungen der erstmaligen Erlassung von Mindeststandards	614
F. Änderungen von Mindeststandards.....	618
1. Aufhebung der Mindeststandards.....	618
2. Änderung von Mindeststandards.....	620
G. Mindeststandards und Rechtsschutz	621
1. Einleitung.....	621
2. Mindeststandards und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	622
a. Öffentliches Interesse.....	623
b. Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	623
c. Adäquanz.....	624
3. Rechtsschutz.....	624
H. Kritik und Vorschlag für geänderte Rahmenbedingungen	627
1. Grenzen der Ermächtigung zur Erlassung einer Durchführungsverordnung.....	627
2. Geänderte verfassungsgesetzliche Rahmenbedingungen für bankenaufsichtsrechtliche Regulierungsmaßnahmen	630
VIII. Der unerlaubte Betrieb von Bankgeschäften.....	633
A. Hintergrund.....	634
B. Begriff des unerlaubten Betriebs.....	635
C. Historische Entwicklung.....	635
D. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts.....	638
E. Das Tatbild des § 98 Abs 1 BWG	643
1. Das objektive Tatbild des § 98 Abs 1 BWG.....	643
2. Der Wortlaut und die einzelnen Tatbildmerkmale.....	644
a. Der Begriff des Bankgeschäfts	644
b. Gewerblichkeit und Nachhaltigkeit als Abgrenzungsfaktor.....	649
c. Unbefugte Tätigkeit („mangelnde Berechtigung“) als Abgrenzungskriterium.....	652
d. Der Betrieb eines Bankgeschäfts.....	655
e. Die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Täterverhaltens	656
3. Das subjektive Tatbild	657
4. Zwischenresümee.....	661
5. Mögliche Täterschaftsformen und ihre Abgrenzung.....	661
a. Allgemeines.....	661
b. Die unmittelbare Täterschaft	662
c. Die Bestimmungstäterschaft	663
d. Täterschaft durch sonstigen Beitrag	664
e. Strafbarkeit juristischer Personen	665
6. Der örtliche Geltungsbereich des § 98 Abs 1 BWG	667
a. Die Rechtsprechung des VwGH zum Tatort bei Verwaltungsübertretungen	668
b. Tatort bei Zurechnung des strafrechtlichen Verhaltens zu einer natürlichen Person – Allgemeines.....	671
c. Tatort bei Zurechnung des strafrechtlichen Verhaltens zu einer juristischen Person – Allgemeines	673
d. Exkurs: Zustellungen von Schriftstücken im Ausland	676
e. Exkurs: Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei EWR-Kreditinstituten.....	678
(1) In Betracht kommende Verwaltungsübertretungen	679

	Seite
(2) Strafrechtliche Zurechnung zu Zweigstellenleitern am Maßstab des § 9 Abs 1 VStG	681
(3) Strafrechtliche Zurechnung bei Einbeziehung des § 2 BWG als <i>lex specialis</i>	682
(4) Abschließende eigene Meinung	684
F. Ausgewählte Anmerkungen zum Ablauf des Verwaltungsstrafverfahrens wegen § 98 Abs 1 BWG	684
G. Mögliche Strafen nach § 98 Abs 1 BWG	688
1. Auslegung des Strafrahmens des § 98 Abs 1	688
2. Sicherung der Einbringlichkeit der verhängten Strafe	690
H. Subsidiarität zu gerichtlicher Strafverfolgung	691
1. Notwendigkeit der Abgrenzung	691
2. Exkurs: „Dieselbe Strafsache“ iSd Art 4 7. ZP EMRK	692
3. Denkbare Lösungen durch den Gesetzgeber	693
4. Konkrete Lösung durch das BWG	694
5. Beachtlichkeit des „ne bis in idem“-Grundsatzes auch in transnationalen Konstellationen	695
I. Die Verfolgung des unerlaubten Betriebs außerhalb von § 98 BWG	697
1. Marktmissbrauchsaufsicht (§ 22d FMABG)	698
a. Motiv des Gesetzgebers	698
b. Aufsichtsziel	700
c. Beginn und Ende der Marktmissbrauchsaufsicht	701
d. Adressatenkreis/Persönlicher Anwendungsbereich	702
e. Systematische Auslegung des § 22d FMABG unter Heranziehung des § 360 Abs 1 GewO	705
(1) Voraussetzungen des Einschreitens	705
(2) Maßnahmen zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes	707
(3) Charakterisierung der Maßnahmen im Verhältnis zum VVG	713
(4) Anzuwendendes Verfahrensrecht	715
f. Kritische Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive	715
g. Exkurs: Umstrukturierung der Aufsichtsbehörden; Bündelung von Ermittlungs- und Verfolgungskompetenzen	719
h. Abgrenzung der Verfolgungskompetenzen nach BWG und FMABG	721
i. Abgrenzung von § 15 BWG	725
2. Auskunfts- und Einsichtsrechte (§ 22b FMABG)	726
a. § 5 Abs 2 DevG als „legistisches Vorbild“	727
b. Sachlicher Anwendungsbereich des § 22b Abs 1 FMABG	727
(1) Auskünfte; Prozedere	728
(2) Adressatenkreis des Auskunftsverlangens	733
(3) Einsichtsrecht	735
(4) Sonstige (prozessuale) Abgrenzung	739
(5) Zwischenergebnis	740
c. Sonstige Grenzen des Auskunfts- und Einsichtsrechts	741
J. Bekanntgabe von Informationen im öffentlichen Interesse	741
1. Die Anwendungsfälle des § 22c FMABG	743
a. Informationserteilung während laufender Verfolgung	743
b. Informationserteilung nach Abschluss des Verfahrens	745
c. Wege der Informationserteilung	747
d. Interessensabwägung im Einzelfall; Zusammenspiel der Z 1 bis 3	747
2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Auskunftserteilung	749
a. Art 20 Abs 3 B-VG	749
(1) Kreis der verpflichteten Organe	750
(2) Aus Art 20 Abs 3 B-VG abzuleitende Verpflichtung der Organe (Organwalter)	750

	Seite
(3) Der Tatsachenbegriff iSd Art 20 Abs 3 B-VG.....	751
(4) Schutzpflicht nur in Zusammenhang mit besonderen Geheimhaltungsinteressen.....	753
(5) (Kein) Subjektives Recht auf Wahrung der Amtsverschwiegenheit?.....	755
(6) Reichweite der Verschwiegenheitspflicht.....	756
(7) Abgrenzung zu § 1 Abs 1 DSGVO iVm Art 8 Abs 2 EMRK.....	757
(8) Verhältnis zu Art 10 EMRK.....	759
b. Art 20 Abs 4 B-VG; Regelungsgegenstand.....	760
(1) (K)ein verfassungsgesetzlich gewährleitetes Recht auf Auskunft?.....	761
(2) Der Kreis der verpflichteten Organe.....	762
(3) Personen, denen Auskunft zu erteilen ist.....	764
(4) Von der Auskunftspflicht erfasste Staatsfunktionen.....	764
(5) Begriff und Reichweite der Auskunft; Auskunftsgegenstand/Abgrenzung zu § 17 AVG.....	765
(6) Grenzen der Auskunftspflicht.....	767
3. Interpretation des § 22c FMABG im Lichte der verfassungsgesetzlichen Vorgaben.....	768
4. Folgt aus § 22c FMABG ein subjektives Recht auf Auskunft?.....	770
5. Abgrenzung zu § 4 Abs 7 Satz 1 BWG.....	775
K. §§ 22b ff FMABG und Amtshaftung.....	776
1. Einleitende Gedanken.....	776
2. Welcher Rechtsträger haftet?.....	777
3. Voraussetzungen der Haftung im Einzelfall.....	779
4. Gegenstand der Haftung im Einzelfall und ihre Reichweite.....	783
L. Verfolgung des unerlaubten Betriebs und Rechtsschutz.....	792
1. Eigentumsfreiheit.....	792
a. Praxisrelevante Eingriffskonstellationen im Bankenaufsichtsrecht.....	792
b. Bindung und Abwägung.....	789
c. Rechtsschutz.....	790
2. Erwerbsfreiheit.....	792
a. Praxisrelevante Eingriffskonstellationen im Bankenaufsichtsrecht.....	792
b. Bindung und Abwägung.....	793
(1) § 22d FMABG.....	794
(2) Behördliche Kommunikation.....	794
(3) Zur Adäquanz der §§ 22c, 22d FMABG und 4 Abs 7 BWG.....	798
(a) § 22d Abs 1 FMABG.....	798
(b) Behördliche Kommunikation.....	799
c. Rechtsschutz.....	800
(1) Exkurs: Rechtsstaatliche Rechtsschutzerfordernisse.....	800
(2) Das Erfordernis effizienten Rechtsschutzes im Bankenaufsichtsrecht.....	802
3. Privatleben.....	805
a. Art 8 Abs 1 EMRK und § 22b FMABG; Rechtsschutz.....	805
IX. Besondere Formen dezentraler Staatsaufsicht im Bankenaufsichtsrecht am Beispiel des Staats- und Regierungskommissärs.....	809
A. Einleitung.....	809
B. Der Begriff der dezentralen Staatsaufsicht.....	810
C. Der Staatskommissär.....	812
1. Historisch gewachsene Bedeutung.....	812
2. Staatskommissär als weit verbreitete Kontrollinstitution im Bankenaufsichtsrecht – Verhältnis des § 76 BWG zu anderen MaterienG.....	815

	Seite
3. Aufgaben und Befugnisse des Staatskommissärs nach BWG.....	817
a. Allgemeines	817
b. Im Besonderen: Der Einspruch nach § 76 BWG; Rechtsnatur	821
(1) Der Einspruch gemäß § 76 Abs 5 und 6 BWG	821
(2) Die Normativität des Einspruchs	822
(a) Bisheriges Schrifttum	822
(b) Eigene Position.....	823
(3) Die Rechtsnatur des Einspruchs.....	826
(4) Formvorschriften.....	829
4. Die Einbeziehung in das besondere Aufsichtsregime – Das Verhältnis Aufsichtsbehörde/Unternehmen	830
5. Die Bestellung eines Staatskommissärs durch den BMF; das Verhältnis Bestellungsbehörde – Staatskommissär	833
a. Persönliche und fachliche Bestellungs Voraussetzungen	833
(1) Persönliche Bestellungs Voraussetzungen	833
(a) Eigenberechtigung.....	833
(b) Keine Beschränkung (mehr) auf Funktionäre des öffentlichen Diensts	833
(c) Kein Vorliegen persönlicher Ausschlussgründe im Bestellungszeitpunkt.....	834
(d) Pensionsantrittsalter als Altersgrenze	835
(e) Sonstige Inkompatibilität	836
(2) Fachliche Bestellungs Voraussetzung	836
(a) Erforderliche Sachkenntnis	837
b. Der Bestellungs Vorgang.....	838
(1) Die Rechtsform des Bestellungsakts	838
(2) Das Bestellungsverfahren	839
c. Abgeltung.....	840
d. Die Abberufung	841
6. Die organisationsrechtliche Stellung des Staatskommissärs.....	844
a. Positionen im Schrifttum	844
b. Eigene Position	845
D. Der Regierungskommissär (§ 70 BWG)	848
1. Allgemeines; Historische Grundlagen	848
2. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund.....	849
3. Geschäftsaufsicht nach BWG: Begriff, Formen und Voraussetzungen der Verhängung.....	850
a. Begriff.....	850
b. Arten der Geschäftsaufsicht; Abgrenzung.....	851
c. Voraussetzungen der Verhängung.....	852
d. Konsequenz: Verfügung befristeter Aufsichtsmaßnahmen	856
e. Einbeziehung in das besondere (zusätzliche) Aufsichtsverhältnis	859
(1) Sachliche und örtliche Zuständigkeit der FMA.....	860
(2) Rechtsschutz gegen die Verhängung der Geschäftsaufsicht durch die FMA.....	862
f. Die Bestellung des Regierungskommissärs	864
(1) Bestellungs Voraussetzungen	865
(2) Bestellung eines Stellvertreters	868
(3) Vertretung durch Gehilfen	868
(4) Befugnisse des Regierungskommissärs	869
(5) Die rechtliche Qualifikation der Befugnisse des Regierungskommissärs und seine organisationsrechtliche Stellung	870
g. Funktionsgebühr (§ 70 Abs 6 BWG)	875

	Seite
h. Ende der Geschäftsaufsicht	876
i. Die Abberufung des Regierungskommissärs.....	877
E. Dezentrale Aufsicht und Amtshaftung	880
Ergebnisse	883
Anhang.....	893
Literaturverzeichnis	897
Stichwortverzeichnis	925