

Dokumentnummer: 02 / 2010
Veröffentlichungsdatum: 23.11.2010

FMA-Rundschreiben zu § 63 Abs. 3 BWG

Disclaimer: Dieses Rundschreiben stellt keine Verordnung dar. Es soll als Orientierungshilfe dienen und gibt die Rechtsauffassung der FMA wieder. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus Rundschreiben nicht abgeleitet werden.

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|----|
| 1. REGELUNGSINHALT | 3 |
| 2. ERLÄUTERUNGEN ZU DEN BESTIMMUNGEN | 5 |
| 2.1. ALLGEMEINES | 5 |
| 2.2. ERFÜLLBARKEIT DER VERPFLICHTUNGEN (§ 63 ABS. 3 Z 2 BWG) | 6 |
| 2.3. WESENTLICHE VERSCHÄRFUNG DER RISIKOLAGE (§ 63 ABS. 3 Z 3 BWG)..... | 7 |
| 2.4. WESENTLICHE VERLETZUNGEN DES BWG ODER SONSTIGER VORSCHRIFTEN (§ 63 ABS. 3 Z 4 BWG) | 8 |
| 2.5. NICHT WERTHALTIGE WESENTLICHE BILANZPOSTEN ODER AUSSERBILANZIELLE POSITIONEN (§63 ABS. 3 Z 5 BWG) | 9 |
| 2.6. RICHTIGKEIT DER UNTERLAGEN (§ 63 ABS. 3 BWG) | 12 |
| 2.7. AUFSCHIEBEND BEDINGTE BERICHTSPFLICHT (§ 63 ABS. 3 ZWEITER UND DRITTER SATZ BWG) | 13 |
| 2.8. BERICHTSPFLICHT GEMÄSS § 63 ABS. 3A BWG | 13 |
| 3. ART UND FORM DER BERICHTERSTATTUNG | 15 |

1. REGELUNGSIHALT

§ 63 Abs. 3 BWG: „Werden vom Bankprüfer bei seiner Prüfungstätigkeit Tatsachen festgestellt, die

1. eine Berichtspflicht nach § 273 Abs. 2 UGB begründen oder
2. die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen des geprüften Kreditinstituts für gefährdet oder
3. eine wesentliche Verschärfung der Risikolage oder
4. wesentliche Verletzungen dieses Bundesgesetzes oder sonstiger für die Bankenaufsicht maßgeblichen gesetzlichen oder sonstigen Vorschriften oder Bescheide des Bundesministers für Finanzen oder der FMA oder
5. wesentliche Bilanzposten oder außerbilanzielle Positionen als nicht werthaltig

erkennen lassen, oder hat er begründete Zweifel an der Richtigkeit von Unterlagen oder an der Vollständigkeitserklärung des Vorstandes, so hat er über diese Tatsachen unbeschadet § 273 Abs. 2 UGB mit Erläuterungen unverzüglich der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank schriftlich zu berichten.

Stellt der Bankprüfer sonstige Mängel, nicht besorgniserregende Veränderungen der Risikolage oder der wirtschaftlichen Situation oder nur geringfügige Verletzungen von Vorschriften fest, und sind die Mängel und Verletzungen von Vorschriften kurzfristig behebbar, so muss der Bankprüfer der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank erst dann berichten, wenn das Kreditinstitut nicht binnen einer angemessenen Frist, längstens jedoch binnen drei Monaten, die festgestellten Mängel behoben und dies dem Bankprüfer nachgewiesen hat. Zu berichten ist auch dann, wenn die Geschäftsleiter eine vom Bankprüfer geforderte Auskunft innerhalb einer angemessenen Frist nicht ordnungsgemäß erteilen.

Von einem Prüfungsverband bestellte Bankprüfer haben Berichte nach diesem Absatz über den Prüfungsverband zu erstatten, der sie unverzüglich weiterzuleiten hat. In Fällen, in denen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Bankprüfer bestellt wird, trifft die Berichtspflicht auch die nach § 88 Abs. 7 WTBG namhaft gemachten natürlichen Personen.“

§ 63 Abs. 3a BWG: „Abs. 3 ist auch anzuwenden, wenn der Bankprüfer bei einem verbundenen Unternehmen (§ 228 Abs. 3 UGB) des Kreditinstitutes als Abschlussprüfer tätig ist.“

§ 273 Abs. 2 UGB: „Stellt der Abschlussprüfer bei Wahrnehmung seiner Aufgaben Tatsachen fest, die den Bestand eines geprüften Unternehmens oder Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung erkennen lassen, so hat er darüber unverzüglich zu berichten. Darüber hinaus hat er unverzüglich über wesentliche Schwächen bei der internen Kontrolle des Rechnungslegungsprozesses zu berichten.“

Erläuterungen² zu § 63 Abs. 3 BWG: „Die Berichtspflicht des Bankprüfers wird durch die Neufassung im Interesse des Kreditinstituts, des Prüfers, der Aufsicht und der Stabilität des Bankwesens konkretisiert, erweitert und klar gestellt. Die Berichtspflicht regelt nun klar jene gravierenden und besorgniserregenden Vorgänge, die eine unverzügliche Berichtspflicht ohne die Möglichkeit einer Nachfristsetzung zur Mängelbehebung auslösen.

Neu sind die Tatbestände der wesentlichen Verschärfung der Risikolage, der wesentlichen sich als nichtwerthaltig erweisenden Bilanzposten, sowie Zweifel an der Richtigkeit von Unterlagen oder an der Vollständigkeitserklärung des Vorstandes. Durch die Berichtspflicht nach Z 1 wird bewirkt, dass alle Berichte, die aufgrund § 273 Abs. 2 UGB den Organen der Gesellschaft erstattet werden, auch an die FMA zu richten sind.

Unverändert bleibt, dass sich die Berichtspflicht auf wahrgenommene Tatsachen bezieht; der Abschlussprüfer ist im Auftrag des geprüften Unternehmens tätig und hat der Aufsicht gegenüber die Funktion eines sachverständigen Gutachters. Er hat daher keine Beweiswürdigung für die FMA vorzunehmen. Klar gestellt wird weiters, dass der Aufschub der Berichterstattung in Verbindung mit einem Mängelhebungsauftrag nur bei zwar wichtigen, jedoch nicht besorgniserregenden Vorgängen und bei nicht erheblichen Verletzungen von Aufsichtsgesetzen und sonstigen Vorschriften erfolgen darf.

Bei den in Z 4 [nunmehr: „Z 5“] neu eingeführten nicht werthaltigen Bilanzposten gibt es keinen Aufschub der Meldepflicht, da die Mängelbehebung regelmäßig in der korrekten Bewertung besteht, die ohnehin im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses zu erfolgen hat. Wird vom Bankprüfer daher festgestellt, dass sich wesentliche Bilanzpositionen als nicht werthaltig erweisen, hat er zu berichten, auch wenn dieser Mangel durch Neubewertung oder durch andere Maßnahmen wie z.B. Garantien behoben wird. Schließlich wird ausdrücklich festgelegt, dass für die Mängelbehebung eine jeweils angemessene, also auch kürzere Frist als drei Monate festzusetzen ist und dass die Beseitigung von Mängeln dem Prüfer nachgewiesen werden muss, um die Berichtspflicht endgültig gegenstandslos zu machen. Hiervon hat sich der Prüfer durch eigene Wahrnehmung zu überzeugen und darf sich nicht nur auf Auskünfte des geprüften Kreditinstituts verlassen.“

² Bericht des Finanzausschusses über die Regierungsvorlage (1558 der Beilagen) vom 5. 7. 2006, Erläuterung zum Änderungsantrag zur Regierungsvorlage zu Artikel 2 in 1585 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates [XXII. GP](#), S 4.

2. ERLÄUTERUNGEN ZU DEN BESTIMMUNGEN

2.1. ALLGEMEINES

Die Berichtspflicht in § 63 Abs. 3 BWG bezieht sich auf das Kreditinstitut bzw. auf die Kreditinstitutsgruppe gemäß § 30 BWG, je nachdem, ob der Bankprüfer gemäß § 60 Abs. 1 BWG als Bankprüfer des Einzelinstituts oder als Bankprüfer der Kreditinstitutsgruppe tätig ist; der Tatbestand des § 63 Abs. 3 Z 2 BWG bezieht sich allerdings nur auf das Einzelinstitut.

Die in § 63 Abs. 3 BWG neben der Z 1 angeführten Tatbestände können, müssen aber keine Elemente enthalten, die bestandsgefährdend oder entwicklungshemmend wirken, um eine Berichtspflicht auszulösen. Vielmehr sind die Bestands- und Entwicklungsgefährdung sowie die Gefahr für die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen gesonderte, die Berichtspflicht auslösende Tatbestände. Dies ergibt sich durch die Anführung in getrennte Ziffern und die Verbindung durch das Wort „oder“. Schwerwiegende Gesetzesverletzungen können daher für sich allein die Berichtspflicht auslösen.

Die Berichtspflicht bezieht sich auf Tatsachen, die im Rahmen der Prüfung wahrgenommen werden³. Der Prüfungsumfang wird dadurch nicht erweitert; § 63 Abs. 3 BWG erfordert für sich genommen keine eigenständigen Prüfungshandlungen, die über jene der jährlichen Prüfung hinausgehen. § 63 Abs. 3 BWG erfordert auch keine Feststellung, dass keiner der genannten Tatbestände vorliegt. Bloße Gerüchte oder unbestätigte Vermutungen sind keine wahrgenommenen Tatsachen⁴; aus Gründen der Sorgfalt ist der Bankprüfer allerdings gehalten, diesen angemessen nachzugehen und Auskünfte von den Geschäftsleitern anzufordern (die Verweigerung, Verzögerung oder Einschränkung solcher Auskünfte wäre ggf. gemäß Abs. 3 dritter Satz zu berichten).

Die Berichtspflicht gilt für Wahrnehmungen des Bankprüfers, die im Rahmen seiner laufenden Prüfungstätigkeit gemacht werden (insb. auf der Grundlage des § 63 Abs. 4 BWG), und zwar unabhängig von dem Zeitpunkt, an dem die zugrundeliegenden Tatsachen eingetreten sind.

Bei der Ausübung seiner Berichtspflicht gemäß § 63 Abs. 3 BWG hat der Bankprüfer keine Beweiswürdigung für die FMA vorzunehmen⁵. Der Bankprüfer schildert den Sachverhalt und zeigt mögliche Konsequenzen für das geprüfte Kreditinstitut bzw. die geprüfte Kreditinstitutsgruppe auf⁶. Soweit § 63 Abs. 3 BWG eine betriebswirtschaftliche oder bilanzrechtliche Einschätzung verlangt, ist der Sachverhalt durch den Bankprüfer im Rahmen seiner Tätigkeit auch kritisch zu würdigen. Soweit § 63 Abs. 3 Z 4 BWG eine Berichtspflicht wegen einer wesentlichen Verletzung von Gesetzen, Bescheiden und sonstigen Vorschriften vorsieht, sind jene festgestellten Tatsachen zu berichten, die auf das Vorliegen einer solchen Verletzung schließen lassen, ohne dass eine abschließende Beurteilung der Verletzung durch den Bankprüfer vorzunehmen ist.

³ Vgl. Gesetzesmaterialien (Fußnote 1).

⁴ Vgl. *Dellinger/Puhm/Rab*, in *Dellinger* (Hrsg.), *BWG-Kommentar*, § 63 Rz. 29.

⁵ Vgl. Gesetzesmaterialien (Fußnote 1).

⁶ Vgl. *Dellinger/Puhm/Rab*, in *Dellinger* (Hrsg.), *BWG-Kommentar*, § 63 Rz. 31 mwN.

Der Bankprüfer hat nicht zu beurteilen, ob sein Bericht die FMA zu weiteren Maßnahmen veranlassen würde oder ob aufsichtsbehördliche Maßnahmen überhaupt möglich oder angemessen wären; dies würde nämlich eine Beweiswürdigung voraussetzen, die nach den Gesetzesmaterialien nicht dem Bankprüfer obliegt. Soweit § 63 Abs. 3 BWG den Begriff der Wesentlichkeit verwendet, ist die Wesentlichkeit im Hinblick auf die in den Tatbeständen des Abs. 3 definierten Risikoquellen des Kreditinstituts gemeint und nicht die aufsichtsbehördliche Verwertbarkeit der Information.

Der Bankprüfer legt seinem Bericht seine eigenen Auffassungen zugrunde und muss den Bericht inhaltlich nicht mit dem Kreditinstitut abstimmen; es ist aber sachgerecht, allfällige Meinungsverschiedenheiten im Bericht zu vermerken.

Die Berichtspflichten gemäß § 63 Abs. 3 Z 1 BWG iVm § 273 Abs. 2 UGB sind in der Literatur zum UGB bereits umfassend kommentiert und werden daher nachfolgend nicht näher ausgeführt.

Dieses Rundschreiben gibt die Rechtsansicht der FMA zur Berichtspflicht des Bankprüfers (§ 63 Abs. 3 BWG) wieder. Die rechtlichen Grundlagen bleiben dadurch unberührt. Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus dem Rundschreiben nicht abgeleitet werden.

2.2. ERFÜLLBARKEIT DER VERPFLICHTUNGEN (§ 63 ABS. 3 Z 2 BWG)

Gefährdungen für die Aufrechterhaltung der Zahlungsbereitschaft sind zu berichten, um der FMA aufsichtsrechtliche Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger zu ermöglichen.

Die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen wird grundsätzlich durch die Einhaltung von § 25 BWG gewährleistet; eine wesentliche Verletzung von § 25 BWG ist schon auf Grund von § 63 Abs. 3 Z 4 BWG zu berichten.

Mit der gesonderten Anführung der Z 2 normiert der Gesetzgeber einen breiteren, betriebswirtschaftlich orientierten Berichtstatbestand, der zukunftsorientiert zu betrachten ist. Der Bericht setzt keine Beurteilung voraus, ob tatsächlich gegen § 25 BWG verstoßen wird; die in § 25 BWG genannten Anforderungen können als zusätzliche Indizien herangezogen werden. Kann ein Institut seine laufenden Zahlungsverpflichtungen aus seinen erwarteten Zuflüssen nicht erfüllen und verengt sich der Zugang zu erforderlichen Finanzierungsquellen, sodass mit wesentlichen zukünftigen Zahlungsstörungen zu rechnen ist, dann ist dieser Umstand zu berichten. Bereits aufgetretene Zahlungsstörungen sind ein Hinweis für eine Gefährdung gemäß Abs. 3 Z 2.

Maßgeblich ist die Erfüllbarkeit der Verpflichtungen des Kreditinstituts mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln. Mögliche zukünftige liquiditätsstützende Maßnahmen der Oesterreichischen Nationalbank, von Einlagensicherungssystemen oder von Sicherungssystemen eines Sektors sind nicht als risikomindernd in die Beurteilung einzubeziehen. Allerdings kann sich eine Gefährdung des Kreditinstituts aus Unterstützungsverpflichtungen gegenüber na-

hestehenden Unternehmen ergeben, mitunter schon aus faktischen Verpflichtungen (z.B. gegenüber bestandsgefährdeten ausländischen Tochterunternehmen auf Grund von Reputationsrisiken).

2.3. WESENTLICHE VERSCHÄRFUNG DER RISIKOLAGE (§ 63 ABS. 3 Z 3 BWG)

Die Risikolage ist stets in Form einer Gesamtsicht auf das Kreditinstitut bzw. die Kreditinstitutsguppe zu beurteilen. Als Teilrisiken, die alleine oder in Kombination zu einer wesentlichen Verschärfung führen können, kommen insbesondere die in § 2 BWG definierten Risiken in Betracht (Kreditrisiko, Konzentrationsrisiko, die Risikoarten des Handelsbuchs, Warenpositionsrisiko, Fremdwährungsrisiko, operationelles Risiko, Verbriefungsrisiko, Liquiditätsrisiko gemäß § 25 BWG, Zinsrisiko gem. § 69 Abs. 3 BWG, Restrisiko aus kreditrisikomindernden Techniken); Risiken aus dem makroökonomischen Umfeld (§ 39 Abs. 2b Z 10 BWG) sind zu berücksichtigen, soweit sie sich in anderen Risiken konkretisiert haben.

Nicht jede erhöhte Auslastung einer bereits vorhandenen Risikodeckungsmasse stellt eine wesentliche Verschärfung dar⁷. Eine wesentliche Verschärfung führt im Ergebnis zu einer angespannten Risikolage, die von einem allgemeinen Geschäftsrisiko abzugrenzen ist. Eine angespannte Risikolage liegt vor, wenn sich das Unternehmen am Rande einer Bestandsgefährdung befindet oder die Entwicklung des Unternehmens auf eine Bestandsgefährdung in absehbarer Zeit (z.B. zwölf Monate) hinausläuft und das Unternehmen in einem der beiden Fälle vermutlich auf fremde Hilfe zur Bestandssicherung angewiesen sein könnte. Die Berichtspflicht gemäß der Z 3 kann nicht auf den Tatbestand einer bereits bestehenden Bestandsgefährdung eingeschränkt werden, weil die Z 3 dann gegenüber der Z 1 sinnentleert wäre. Ein im Zeitpunkt der Wahrnehmung bestehender, dringender Bedarf nach einer finanziellen Sektorhilfe oder nach einer finanziellen Unterstützung durch die Eigentümer ist jedenfalls ein Hinweis auf eine wesentliche Verschärfung der Risikolage, der zu berichten ist.

Mögliche externe Unterstützungsmaßnahmen (z.B. noch nicht rechtsverbindliche Garantien, weiche Patronatserklärungen, Unterstützungsabkommen in bestimmten Sektoren oder Verbänden, Stützungen durch Notenbanken) sind bei der Beurteilung der Risikolage nicht als risikomindernd zu berücksichtigen, solange diese nur den Charakter einer nicht bilanzierungsfähigen Eventualforderung haben.

Bei einem bisher geringen Risiko kann eine wesentliche Verschärfung der Risikolage dann vorliegen, wenn es hinsichtlich der Risikotragfähigkeit insgesamt zu einer stark negativen Abweichung von erwarteten Ergebnissen und Entwicklungen kommt; waren ausnahmsweise schon die Planungen allzu riskant oder war das Kreditinstitut schon bisher mit hohem Risiko tätig, so können auch entsprechend geringere negative Abweichungen so besorgniserregend sein, dass ein unverzüglicher Bericht erforderlich ist⁸. Wenn schon die Planung für sich genommen fragwürdig ist und die Risikotragfähigkeit des Kreditinstituts überstrapaziert, dann

⁷ Vgl. *Dellinger*, ÖBA 2007, 82.

⁸ Vgl. *Dellinger*, ÖBA 2007, 82.

läuft dies regelmäßig auf eine Verletzung der Sorgfaltspflichten des § 39 BWG hinaus⁹, die ggf. im Rahmen des § 63 Abs. 3 Z 4 BWG zu berichten ist.

Der Hinweis auf andere laufende Meldungen an die FMA und die OeNB, aus denen eine wesentliche Verschärfung der Risikolage erkennbar oder ableitbar sein könnte, entbindet den Bankprüfer nicht von seiner Berichtspflicht.

Eine wesentliche Verschärfung der Risikolage kann auch aus operationellen Risiken entstehen, etwa wenn sich interne Kontrollsysteme als unwirksam erweisen (z.B. „Management Override“ oder eine wesentliche Nichtbeachtung der internen Revision) oder wenn das Risikomanagement des Kreditinstituts nicht in der Lage ist, den Risikogehalt von wesentlichen Geschäften oder von Geschäften mit unbegrenztem Verlustpotential vollständig abzubilden (z.B. bei komplexen Produkten).

2.4. WESENTLICHE VERLETZUNGEN DES BWG ODER SONSTIGER VORSCHRIFTEN (§ 63 ABS. 3 Z 4 BWG)

Neben der Berichtspflicht gemäß § 63 Abs. 3 Z 1 BWG iVm § 273 Abs. 2 UGB werden durch § 63 Abs. 3 Z 4 wesentliche Verletzungen von Vorschriften des BWG und sonstiger für die Bankenaufsicht maßgeblicher Vorschriften erfasst (Gesetze, Verordnungen und Bescheide). Die sonstigen für die Bankenaufsicht maßgeblichen Gesetze ergeben sich aus § 2 Abs. 1 FMABG, insbesondere, SpG, BSpG, HypBG, PfandbiefG, Art. II InvFG 1993, DepG, BeteilFG, ImmoInvFG, E-GeldG, BMSVG und FKG, soweit sie der FMA zugewiesene Aufgaben betreffen, sowie aus diesen Gesetzen abgeleitete Verordnungen und Bescheide. Ferner sind wesentliche Verletzungen des zweiten und dritten Hauptstücks des WAG 2007 zu berichten (dies ergibt sich aus § 63 Abs. 4 Z 2a BWG). Verletzungen anderer, nicht in § 2 FMABG genannter Gesetze sind grundsätzlich nicht Gegenstand der Berichtspflicht gemäß § 63 Abs. 3 Z 4 BWG.

Die Nichtbeachtung von FMA-Mindeststandards und Rundschreiben im Sinne von § 69b Z 2 BWG ist für sich genommen keine Verletzung von gesetzlichen Vorschriften oder Bescheiden; werden durch die Nichtbeachtung allerdings gesetzliche Vorschriften oder Bescheide wesentlich verletzt, ist dies zu berichten.

Für Zwecke des § 63 Abs. 3 Z 4 BWG kommt es nicht auf die Person oder auf die persönliche Verantwortung für die Verletzung innerhalb des Kreditinstituts an.

Wesentlich sind regelmäßig die Tatbestände des § 39, § 98 Abs. 1 BWG (Konzessionsverletzung), § 98 Abs. 2 Z 5, Z 6 BWG (hinsichtlich systemischer Mängel), die Tatbestände des § 99 Z 6a und Z 7 BWG und die Unterlassung einer Anzeige gemäß § 73 Abs. 1 Z 1 (nur hinsichtlich des Auflösungsbeschlusses), Z 2, Z 3 (nur hinsichtlich der Einhaltung von § 5 Abs. 1 Z 6 bis 11 und 13 BWG), Z 5, Z 6, Z 9, Z 10 und Z 12 BWG. Eine Verletzung nur auf Grund einer bloß verspäteten Übermittlung der Anzeige iSv § 73 Abs. 1 BWG ist nicht wesentlich. Auch andere Gesetzesverletzungen können – institutsspezifisch betrachtet – wesentlich sein.

⁹ Vgl. *Dellinger*, ÖBA 2007, 82 Fußnote 14.

Verletzungen gesetzlicher Bestimmungen, die den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung erfüllen, sind dann berichtspflichtig, wenn diese gleichzeitig den Tatbestand einer Verletzung des BWG oder einer sonstigen für die Bankenaufsicht maßgeblichen gesetzlichen oder sonstigen Vorschrift oder eines Bescheides des BMF oder der FMA erkennen lassen. Insbesondere bei strafbaren Handlungen wie Betrug und Veruntreuung durch Mitarbeiter ist zu prüfen, ob Aufsichtsnormen (z.B. § 39 oder § 5 Abs 1 Z 7 – 8 BWG) verletzt sein könnten. Wird eine inkriminierte Handlung von einem Geschäftsleiter in Bezug zu seiner bankgeschäftlichen Tätigkeit begangen, ist diese in Hinblick auf § 5 Abs. 1 Z 7 BWG jedenfalls anzeigepflichtig. Verletzungen des BWG oder sonstiger Aufsichtsnormen, die aus einer strafbaren Handlung herrühren, sind stets als wesentliche Verletzung einzustufen und daher auch berichtspflichtig.

Der Bankprüfer hat die festgestellten Tatsachen zu berichten, die auf das Vorliegen einer solchen Verletzung schließen lassen; eine endgültige Beurteilung über das Vorliegen einer Verletzung obliegt der FMA (siehe Abschnitt 2.1).

Verletzungen der Meldepflichten gemäß §§ 74 und 75 BWG sind wesentlich und daher zu berichten, wenn diese mit der Verletzung von Ordnungsnormen einhergehen und/oder auf einen wesentlichen systemischen Mangel im Kreditinstitut bzw. im übergeordneten Kreditinstitut zurückzuführen sind.

2.5. NICHT WERTHALTIGE WESENTLICHE BILANZPOSTEN ODER AUSSERBILANZIELLE POSITIONEN (§63 ABS. 3 Z 5 BWG)

Die Berichtspflicht gemäß § 63 Abs. 3 Z 5 BWG betrifft entweder Positionen des einzelnen Kreditinstituts oder der Kreditinstitutsgruppe, für die konsolidierte Eigenmittel gemäß § 24 BWG ermittelt werden. Die Werthaltigkeit ist nach jenen Rechnungslegungsstandards zu beurteilen, auf deren Grundlage die Ordnungsnormen jeweils ermittelt werden. Der Werthaltigkeitsbegriff des § 63 Abs. 3 Z 5 BWG umfasst nicht nur die Bewertung, sondern auch die richtige Erfassung (z.B. das tatsächliche Vorhandensein von Vermögenswerten und die Vollständigkeit der Rückstellungen und Verbindlichkeiten).

Nicht werthaltige Bilanzposten oder außerbilanzielle Positionen stellen ein Risiko für die Eigenmittelausstattung des Kreditinstituts dar, wenn eine Aufwandserfassung notwendig ist; nicht zwingend zu erfassende Aufwendungen sind daher nicht betroffen (z.B. nicht dauerhafte Wertminderungen im Finanzanlagevermögen, sofern nicht aus Gründen der Bewertungskontinuität eine Abschreibung erforderlich ist). Sicherungen oder Maßnahmen zur Schadensminderung müssen daher auch schon im Zeitpunkt der Verlustentdeckung wirksam sein, um die Berichtspflicht auszuschließen.

Gegenstand der Berichtspflicht und damit auch der Beurteilung der Wesentlichkeit ist der buchmäßig zu erfassende Aufwand, nicht die betroffenen Bilanzposten oder außerbilanziellen Positionen. So kann etwa der Konkurs eines Großkunden zugleich Abschreibungen von

Kreditinstituten an den Großkunden, an dessen Lieferanten und Arbeitnehmer sowie Rückstellungen für abgegebene Garantien erforderlich machen, die insgesamt einen als wesentlich zu beurteilenden Aufwand verursachen, auch wenn die einzelnen Bilanzposten jeweils nur unwesentlich betroffen sind.

Wird bei einer bestimmten Prüfungshandlung ein Verlustereignis identifiziert, dann muss soweit wie möglich untersucht werden, ob das Verlustereignis auch bei anderen Geschäftsbeziehungen des Kreditinstituts bzw. der Kreditinstitutsgruppe einen buchmäßig zu erfassenden Aufwand auslöst.

Buchmäßig zu erfassende Aufwendungen können etwa aus der Abwertung von Aktivposten, aus der Dotierung von Verbindlichkeits- und Drohverlustrückstellungen oder der Erfassung von Verbindlichkeiten resultieren. Mögliche Verlustquellen aus außerbilanziellen Positionen sind insbesondere die passivseitigen Posten unter der Bilanz Z 1 bis 3 gem. Anlage 2 zu § 43 BWG, die in den Anlagen 1 und 2 zu § 22 BWG genannten Geschäfte sowie erhaltene Sicherheiten, die in die Beurteilung der Werthaltigkeit von Vermögenswerten oder in die Bewertung von Verpflichtungen einfließen.

Bei der Bestimmung des buchmäßig zu erfassenden Aufwands sind alle nicht oder nicht ausreichend erfassten Verlustereignisse gesamthaft zu betrachten; es kommt nicht darauf an, ob die Verlustereignisse kausal verknüpft oder zeitnah eingetreten sind. Außerdem darf keine Aufrechnung des zu erfassenden Aufwands mit realisierten oder unrealisierten Gewinnen (z.B. Zwischengewinnen und stillen Reserven) aus anderen Vermögenswerten bzw. aus dem gesamten Bankbetrieb erfolgen.

Als Vergleichsmaßstab für die Werthaltigkeit dient grundsätzlich der Buchwert aus der laufenden, den aufsichtsrechtlichen Meldungen der Eigenmittelausstattung zugrundeliegenden Buchführung. Sobald der zugrundeliegende Verlust in ausreichender Höhe erfasst ist, ist der Bilanzposten bzw. der außerbilanzielle Posten wieder werthaltig¹⁰. Erkennt der Bankprüfer daher bereits buchmäßig erfasste Aufwendungen, dann sind diese nicht gemäß § 63 Abs. 3 Z 5 BWG zu berichten (mitunter kann ein anderer Tatbestand des § 63 Abs. 3 BWG erfüllt sein). Zu berichten sind daher vom Bankprüfer erkannte, wesentliche Aufwendungen, die im Zeitpunkt der Entdeckung noch nicht erfasst wurden¹¹. Eine nach Entdeckung durch den Bankprüfer – auch unverzüglich – vorgenommene Erfassung entbindet den Bankprüfer nicht von der Berichtspflicht. Es ist nämlich Aufgabe des Kreditinstituts und nicht des Bankprüfers, Verluste zu identifizieren, zu bewerten und zu erfassen.

Bei wesentlichen Aufwendungen wird die Berichtspflicht nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Kreditinstitut dem Bankprüfer interne Aufzeichnungen über eine geplante Verlustfassung oder über bereits angelaufene Maßnahmen zur Schadensminderung vorlegt, weil interne Aufzeichnungen ohne eine entsprechende buchmäßige Erfassung wesentlicher Aufwendungen keine Ableitung der angemessenen Eigenmittelausstattung im Rahmen des Meldewesens garantieren.

¹⁰ § 22 BWG erfordert zwar unterjährig keine vollständige, einem Jahresabschluss entsprechende Bewertung aller Bilanzposten. Allerdings muss zur Beurteilung der Einhaltung der Eigenmittelanforderungen jedenfalls sichergestellt sein, dass wesentliche, die Eigenmittel vermindern Aufwendungen unverzüglich erfasst werden.

¹¹ Ähnlich *Reiter*, RZW 2006, 254.

Nicht zu berichten sind Eventualverluste, deren bilanzielle Erfassung sich noch nicht ausreichend konkretisiert hat, etwa wenn das Kreditinstitut gerade mit der Ermittlung der Werthaltigkeit bzw. der Datenbeschaffung für Zwecke der Bewertung beschäftigt ist. Dies aber nur solange, als der Wertberichtigungsbedarf nicht schon offensichtlich ist und nur mehr letzte Details abzuklären sind.

Die nachfolgende Tabelle verdeutlicht, unter welchen Umständen ein Bericht durch den Bankprüfer erforderlich ist, wenn er wesentliche, nicht werthaltige Positionen im Rahmen seiner Prüfungshandlungen identifiziert.

| Verlustereignis(se) bereits vom KI selbst identifiziert | Abwertungs-/Rückstellungsbedarf bereits offensichtlich | Buchmäßige Erfassung | Bericht |
|---|--|----------------------|---------|
| Nein | Ja | Nein | Ja |
| Ja | Nein | Nein | Nein |
| Ja | Ja | Nein | Ja |
| Ja | Ja | Ja | Nein |

Die Wesentlichkeit der zu erfassenden Aufwendungen ist grundsätzlich in Bezug auf die Eigenmittelausstattung zu beurteilen. Beispielsweise sind nicht erfasste Aufwendungen, die nach Erfassung zu einer Eigenmittelkürzung gemäß § 23 Abs. 13 Z 2 BWG führen oder diese wesentlich¹² vergrößern, jedenfalls wesentlich.

Hätten die nicht erfassten Aufwendungen in einem Jahresabschluss erfasst werden müssen, dann besteht eine Berichtspflicht, wenn der Jahresabschluss deshalb als fehlerhaft anzusehen ist.

Unabhängig davon kann der nicht erfasste Aufwand zu einer Verletzung der Ordnungsnormen oder anderer gesetzlicher Bestimmungen führen, die nach Maßgabe von § 63 Abs. 3 Z 4 BWG zu berichten ist.

Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit sind soweit wie möglich auch die Auswirkungen des Aufwands auf die Eigenmittelausstattung und die Möglichkeit ihrer Verletzung auf übergeordneter Ebene zu würdigen, sofern diese in die Zuständigkeit von FMA oder OeNB fällt (z.B. § 6 FKG). Auf Grund des Bezugs zur Eigenmittelausstattung können mögliche Auflösungen des Fonds für Allgemeine Bankrisiken, stiller Reserven gemäß § 57 Abs. 1 BWG und der Haftrücklage bei der Beurteilung der Wesentlichkeit nicht gegengerechnet werden, weil diese bereits als Eigenmittel angerechnet werden und somit keine Verlustvorsorge für Eigenmittelzwecke bilden.

Da die Z 5 auf die Werthaltigkeit aller Bilanzposten abstellt, sind auch Vermögensgegenstände betroffen, die von den Eigenmitteln abzuziehen sind (z.B. bestimmte Beteiligungen).

¹² Für die Beurteilung, ob die Eigenmittelkürzung gemäß § 23 Abs. 13 Z 2 BWG wesentlich vergrößert wird, gelten jene Maßstäbe, die auch bei der Prüfung des Jahres- bzw. Konzernabschlusses heranzuziehen sind.

Diese sind unabhängig von ihrer tatsächlichen Eigenmittelauswirkung zur Beurteilung ihrer Wesentlichkeit mit den Eigenmitteln in Bezug zu setzen, so als würde die Abschreibung das Kernkapital unmittelbar vermindern.

Bei der Beurteilung der Werthaltigkeit muss bei Kreditinstituten, die den IRB-Ansatz verwenden, besonders auf die Ausfallsdefinition gemäß § 22b Abs. 5 Z 2 BWG Rücksicht genommen werden, weil bereits in diesem definierten Zeitpunkt die Verlustquote bei Ausfall unabhängig vom Zeitpunkt der Abschreibung im Rechnungswesen eigenmittelwirksam wird.

Die Bestimmung der Z 5 erlaubt keinen Aufschub der Berichtspflicht, weil die Mängelbehebung regelmäßig in der korrekten Bewertung besteht, die ohnehin unverzüglich zu erfolgen hat, um eine jederzeitige Einhaltung der Eigenmittelerfordernisse sicherzustellen (§ 22 Abs. 1 BWG). Wird vom Bankprüfer daher eine mangelnde Werthaltigkeit festgestellt, dann hat er zu berichten, auch wenn dieser Mangel nach der Aufdeckung durch den Bankprüfer durch Neubewertung oder durch andere Maßnahmen wie z.B. Garantien behoben wird¹³.

2.6. RICHTIGKEIT DER UNTERLAGEN (§ 63 ABS. 3 BWG)

Neben den in Z 1 bis Z 5 angeführten Tatbeständen besteht die Verpflichtung des Bankprüfers, begründete Zweifel an der Richtigkeit von Unterlagen oder an der Vollständigkeitserklärung des Vorstandes unverzüglich der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank mit Erläuterungen schriftlich zu berichten. Zu berichten ist auch dann, wenn die Geschäftsleiter eine vom Bankprüfer geforderte Auskunft innerhalb einer angemessenen Frist nicht ordnungsgemäß erteilen.

Wenn schon begründete Zweifel an der Richtigkeit der Vollständigkeitserklärung eine Berichtspflicht auslösen, dann muss die gänzliche Versagung einer Vollständigkeitserklärung durch die Geschäftsleitung erst recht eine Berichtspflicht auslösen. Der Gesetzgeber geht daher implizit von einer Verpflichtung zur Abgabe einer Vollständigkeitserklärung aus.

Auch wesentliche Einschränkungen gegenüber banküblichen Vollständigkeitserklärungen und die Zurückhaltung erforderlicher Informationen gegenüber dem Bankprüfer sind zu berichten, außerdem ist die Nichtdurchsetzbarkeit von Auskunftsbegehren des Konzernprüfers bei Tochterunternehmen zu berichten.

Die Vollständigkeitserklärung und andere angeforderte Unterlagen müssen nach dem besten Wissen und Gewissen und mit angemessener Sorgfalt erstellt werden. Kleinere Mängel oder Versehen, die keine Zweifel an der grundsätzlichen Richtigkeit der Vollständigkeitserklärung, an der Glaubwürdigkeit des Vorstands und an der Zuverlässigkeit des Rechnungswesens und der internen Kontrollen auslösen, sind jedenfalls unbeachtlich. Treten Ungereimtheiten oder offene Fragen zu Tage, die vom Kreditinstitut unverzüglich aufgeklärt werden, ist kein Bericht erforderlich.

¹³ Ausdrücklich Gesetzesmaterialien zu § 63 Abs. 3 (Fußnote 1).

Die Berichtspflicht setzt keinen Nachweis voraus, dass die Geschäftsleiter den Bankprüfer bewusst täuschen wollten.

2.7. AUFSCHIEBEND BEDINGTE BERICHTSPFLICHT (§ 63 ABS. 3 ZWEITER UND DRITTER SATZ BWG)

Vom Bankprüfer festgestellte sonstige Mängel, nicht besorgniserregende Verschlechterungen der Risikolage oder der wirtschaftlichen Situation oder nur geringfügige Verletzungen von Vorschriften sind erst dann zu berichten, wenn die Mängel nicht innerhalb einer angemessenen Frist von längstens drei Monaten vom Kreditinstitut behoben werden. Der Bankprüfer kann auch eine kürzere Frist als drei Monate für die Mängelbehebung festsetzen.

Die Beseitigung der Mängel muss dem Bankprüfer durch das Kreditinstitut nachgewiesen werden, um die Berichtspflicht endgültig auszuschließen. Hiervon hat sich der Bankprüfer durch eigene Wahrnehmung zu überzeugen, eine Erklärung bzw. bloße Auskunft des geprüften Kreditinstitutes reicht nicht aus¹⁴. Für wichtige, nicht kurzfristig behebbare Mängel oder Verletzungen besteht im Umkehrschluss eine sofortige Berichtspflicht¹⁵.

Bei einer nicht besorgniserregenden Verschlechterung der Risikolage und oder der wirtschaftlichen Situation ist solange mit einem Bericht abzuwarten, bis einer der Tatbestände gemäß § 63 Abs. 3 Z 1 bis 5 BWG eingetreten ist, weil diese einer kurzfristigen Behebung nicht zugänglich sind und daher nicht im Umkehrschluss eine sofortige Berichtspflicht abgeleitet werden kann; außerdem wäre bei einem solchen Verständnis auch der Tatbestand der Z 3 sinnentleert¹⁶.

Gegenstand von § 63 Abs. 3 zweiter Satz BWG sind gemäß den Gesetzesmaterialien grundsätzlich wichtige Vorgänge. Bei der Beurteilung der Wichtigkeit ist auf branchenübliche Verhaltensmaßstäbe Rücksicht zu nehmen; kleinere Versehen oder Belanglosigkeiten fallen nicht darunter.

2.8. BERICHTSPFLICHT GEMÄSS § 63 ABS. 3A BWG

Die Berichtspflicht gem. § 63 Abs. 3 BWG ist auch dann zu erfüllen, wenn der Bankprüfer bei einem verbundenen Unternehmen (im Sinn des § 228 Abs. 3 UGB) des Kreditinstituts als Abschlussprüfer tätig ist.

Dies umfasst auch Fälle, in denen der Bankprüfer als Abschlussprüfer des verbundenen Unternehmens tätig ist, das kein Kreditinstitut ist. Wirtschaftliche Risiken sind dann zu berichten, wenn sie auch das Kreditinstitut in wesentlichem Umfang treffen können¹⁷ (z.B. im Rah-

¹⁴ Gesetzesmaterialien (Fußnote 1).

¹⁵ Vgl. Dellinger, ÖBA 2007, S. 85.

¹⁶ Im Ergebnis auch Dellinger/Puhm/Rab, in Dellinger (Hrsg.), BWG-Kommentar, § 63 Rz. 51 mwN

¹⁷ Fachgutachten IWP/BA 1, S. 8.

men einer Konsolidierung gemäß § 24 BWG, im Rahmen konzerninterner Forderungen oder Garantien, im Rahmen einer Beteiligungsabschreibung oder im Rahmen von Reputationsrisiken).

Ebenfalls zu berichten ist die nicht ordnungsgemäß erteilte Auskunft, die vom verbundenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist gefordert wird. Bestehen begründete Zweifel an der Richtigkeit von Unterlagen oder an der Vollständigkeitserklärung, dann ist dies ebenfalls zu berichten.

3. ART UND FORM DER BERICHTERSTATTUNG

Berichte gemäß § 63 Abs. 3 BWG haben nach dem klaren Gesetzeswortlaut ausnahmslos schriftlich zu erfolgen. Eine Berichtspflicht besteht grundsätzlich auch, wenn die Sachverhalte bei den Berichtsadressaten bereits bekannt sind.

Der warnende Charakter muss für FMA und OeNB erkennbar sein und der Bericht muss Erläuterungen enthalten, welche die wahrgenommenen Tatsachen und das Risiko ausreichend konkretisieren. Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Bericht gemäß § 63 Abs. 3 bzw. Abs. 3a BWG handelt. Daher kann die Berichtspflicht nicht durch eine Mitteilung im Rahmen des bankaufsichtlichen Prüfberichts gemäß § 63 Abs. 5 BWG erfüllt werden, sodass es daher auch zu Wiederholungen kommen kann. Allerdings entfällt die gesonderte Berichtspflicht in den Fällen des § 63 Abs. 3 zweiter Satz BWG, wenn der Sachverhalt innerhalb der festgesetzten Frist bereits im Rahmen des bankaufsichtlichen Prüfberichts mitgeteilt wurde.

Über die festgestellten Tatsachen ist unverzüglich zu berichten, d.h. unmittelbar nach der Feststellung der Tatsachen und Umstände ohne jede Verzögerung. Allenfalls übliche Qualitätssicherungsmaßnahmen innerhalb einer Prüfungsgesellschaft (z.B. eine „Partner Review“) oder durch einen Prüfungsverband sind sachgerecht, müssen aber umgehend abgeschlossen werden. Bei unklarer Beweis- und Faktenlage kann der Bankprüfer solange prüfen und nachforschen, bis er eine Feststellung treffen kann; der Bankprüfer ist allerdings gehalten, seine diesbezüglichen Prüfungshandlungen so rasch wie möglich abzuschließen und den Bericht danach innerhalb von längstens zwei Wochen zu übermitteln¹⁸.

Die Berichte sind zeitgleich und in gleicher Form für alle Feststellungen, die gemäß § 63 Abs. 3 BWG eine Berichtspflicht auslösen, an die FMA und die Oesterreichische Nationalbank zu übermitteln. Die festgestellten Tatsachen sind zu erläutern. Der Bankprüfer¹⁹ ist selbst dafür verantwortlich, dass sein Bericht alle Adressaten erreicht und darf sich nicht auf die Weiterleitung seines Berichts verlassen.

Berichte gemäß § 63 Abs. 3 BWG entbinden den Bankprüfer nicht von der Redepflicht gemäß § 273 Abs. 2 UGB oder von den Pflichten gemäß § 63a BWG. Es empfiehlt sich, die Feststellungen in einem Bericht gemäß § 63 Abs. 3 BWG im Prüfungsbericht über den Jahresabschluss bzw. in der Anlage zum Prüfungsbericht (bankaufsichtlicher Prüfungsbericht) entweder zu wiederholen (insbesondere Feststellungen gemäß § 273 Abs. 2 UGB) oder auf

¹⁸ Vgl. Dellinger/Puhm/Rab, in Dellinger (Hrsg.), BWG-Kommentar, § 63 Rz. 30.

¹⁹ In den Fällen des § 63 Abs. 3 BWG vierter Satz der Prüfungsverband.

das Vorliegen eines Sonderberichtes (mehrerer Sonderberichte) deutlich hinzuweisen. Berichte des Bankprüfers entbinden das Kreditinstitut nicht von den Anzeigetatbeständen gemäß § 73 BWG.

Einmal berichtete Tatsachen müssen grundsätzlich nicht nochmals berichtet werden, auch nicht bei einem Wechsel des Bankprüfers. Allerdings ist stets ein weiterer Bericht erforderlich, wenn

- sich die § 63 **Abs. 3 Z 1, 2, 3 und 5** BWG zugrundeliegenden Sachverhalte seit dem letzten Bericht wesentlich verschlechtert oder verschärft haben oder
- die FMA einen Bescheid wegen einer Verletzung iSv § 63 **Abs. 3 Z 4** BWG erlassen hat, der rechtmäßige Zustand aber nicht fristgerecht hergestellt wurde oder
- der Bankprüfer bei der Durchführung eines späteren Prüfungsauftrags wahrnimmt, dass eine bereits **berichtete Verletzung iSv § 63 Abs. 3 Z 4 BWG zum Zeitpunkt seiner** Wahrnehmung fortbesteht.