ZFR
Zeitschrift für Finanzmarktrecht

Spezial

zfr.lexisnexis.at

Braumüller | Ennöckl
Gruber | Raschauer (Hrsg.)

Von Basel III zu PRIPs

Europäisches Finanzmarktrecht vor neuen Herausforderungen

- Corporate Governance von Kreditinstituten neu
- Europäische Finanztransaktionssteuer
- Der einheitliche Aufsichtsmechanismus

LexisNexis®

Braumüller | Ennöckl | Gruber | Raschauer (Hrsg.)

Von Basel III zu PRIPs

Europäisches Finanzmarktrecht vor neuen Herausforderungen

ZFR Spezial
Zeitschrift für Finanzmarktrecht

Von Basel III zu PRIPs

Europäisches Finanzmarktrecht vor neuen Herausforderungen

- Corporate Governance von Kreditinstituten neu
- Europäische Finanztransaktionssteuer
- Der einheitliche Aufsichtsmechanismus

Herausgegeben von
Dr. Peter Braumüller
Prof. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.
Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber
Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer

LexisNexis®

LexisNexis® Österreich vereint das Erbe der österreichischen Traditionsverlage Orac und ARD mit der internationalen Technologiekompetenz eines der weltweit größten Medienkonzerne, Reed Elsevier. Als führender juristischer Fachverlag deckt LexisNexis® mit einer vielfältigen Produktpalette die Bedürfnisse der Rechts-, Steuer- und Wirtschaftspraxis ebenso ab wie die der Lehre.

Bücher, Zeitschriften, Loseblattwerke, Skripten, die Kodex-Gesetzestexte und die Datenbank LexisNexis® *Online* garantieren nicht nur die rasche Information über neueste Rechtsentwicklungen, sondern eröffnen den Kunden auch die Möglichkeit der eingehenden Vertiefung in ein gewünschtes Rechtsgebiet. Nähere Informationen unter www.lexisnexis.at

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien
http://www.lexisnexis.at
Wien 2014

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Werk trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlags, der Herausgeber und der Autoren ausgeschlossen ist.

Foto Braumüller: privat
Foto Ennöckl: privat
Foto Gruber: privat
Foto Raschauer: privat

Vorwort

Die achte Jahrestagung der ZFR, die am 8. 11. 2013 an der Universität Salzburg abgehalten wurde, beleuchtete aktuelle finanzmarktrelevante Entwicklungen auf europäischer Ebene, ua Basel III, PRIPS, Finanztransaktionssteuer und Bankenintervention, sowie ihre Auswirkungen auf das nationale Recht.

Soweit nicht anders angegeben, liegt den Beiträgen die Sach- und Rechtslage zum 1. 1. 2014 zugrunde. Einzelne nachträgliche Entwicklungen konnten noch berücksichtigt werden.

Den Referenten der Veranstaltung danke ich für die pünktliche Erstattung ihrer schriftlichen Vortragsfassungen; den Beiträgen liegt jeweils die persönliche Auffassung der Referenten zugrunde.

Der Sozietät Haas Frank Schilchegger-Silber & Rabl Rechtsanwälte, Wels, danke ich für ihre erneute Unterstützung, wodurch die Ausrichtung der Veranstaltung erst ermöglicht wurde.

Dem Verlag Lexis Nexis danke ich für die Herstellung des Tagungsbandes.

Salzburg, im Mai 2014

Im Namen der Herausgeber
Nicolas Raschauer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Autorenverzeichnis IX

Abkürzungsverzeichnis XI

Literaturverzeichnis XIII

Neuerungen für die Kreditwirtschaft durch „Basel III“ *(Thomas Stern)* 1

Basel III und Corporate Governance *(Bernd Fletzberger)* 11

Das Zusammenspiel von EZB, EBA und nationaler Finanzmarktaufsicht im einheitlichen Aufsichtsmechanismus *(Sergio Materazzi)* 27

Das Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz im Überblick *(Clemens Völkl)* 35

Finanztransaktionssteuer und Gegenargumente *(Tatjana Polivanova-Rosenauer)* 55

PRIPs – „EU-Beipackzettel“ – Auf dem Weg zu einem Basisinformationsblatt für Kleinanleger *(Ludwig Pfleger)* 69

Autorenverzeichnis

RA Dr. Bernd Fletzberger, PFR Rechtsanwälte Wien

Dr. Sergio Materazzi, LL.M., FMA

Dr. Ludwig Pfleger, FMA

StB Mag. Tatjana Polivanova-Rosenauer, Leitner Leitner Wien

Dr. Thomas Stern, FMA

RA Dr. Clemens Völkl, Völkl Rechtsanwälte Wien

Abkürzungsverzeichnis

Dem Band wurden die Abkürzungen laut AZR (aktuelle Auflage) zugrunde gelegt. Anschließend finden sich finanzmarktspezifische Abkürzungen, die in den Beiträgen verwendet wurden, aber in den AZR nicht enthalten sind.

BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BIRG	Bankeninterventions- und Restrukturierungsgesetz
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive
CRD IV	Capital Requirements Directive
CRR	Capital Requirements Regulation
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde
ECB/EZB	Europäische Zentralbank
EFSF	European System of Financial Supervision
ESAs	Europäische Aufsichtsbehörden
FI	Finanzinstitut
FTSRL-V	Vorschlag für eine RL des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer
FTT	Finanztransaktionssteuer
KI	Kreditinstitut
KID	Key Information Document
LCR	Liquidity Coverage Ratio
Mat	Materialien
MS	Mitgliedstaat
NSFR	Net Stable Funding Ratio
PRIPS	Packaged Retail Investment Products
SSM	Single Supervisory Mechanism
VZ	Verstärkte Zusammenarbeit

Literaturverzeichnis

(Gelistet sind jene Literaturstellen, die den einzelnen Beiträgen zugrunde gelegt wurden; Internetquellen sind in den Beiträgen jeweils mit Fundstelle zitiert)

Aschauer, Whistleblowing im Arbeitsrecht (2012);

BCBS, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010);

BCBS, Basel III – Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko (2010);

Borchardt, Art 263 AEUV, in Lenz/Borchardt (Hrsg), EU-Verträge[6] (2012);

Cloer/Trencsik, Die Finanztransaktionsteuer im Überblick, IWB 2012, 835;

Conrath/Schulz, Wirkungen der geplanten Finanztransaktionssteuer bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen; RiW 2013, 857;

Cortez/Vogel, Der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission zur Einführung einer europäischen Finanztransaktionssteuer, DStR 2013, 999;

Dahm/Hamacher, Finanztransaktionssteuern anderer Länder – Ein Nachtrag, IStR 2013, 123;

Deutsche Bundesbank, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital und Liquiditätsregeln für Banken (2011);

Dörr, Art 263 AEUV, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013);

Ehricke, Art 267 AEUV, in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012);

Ennöckl, § 22c FMABG, in Gruber/N. Raschauer (Hrsg), Kommentar zum WAG 2007 (2010);

Fletzberger, Begutachtungsentwurf für ein Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz, ZFR 2013, 99;

Frey/Bruhn, Finanztransaktionssteuer; Reformfragen, BB 2012, 1763;

Gerhartl, Betriebsvereinbarung über Whistleblowing-Hotline, jusIT 2013, 212;

Glantz/Mun, The Banker's Handbook on Credit Risk: Implementing Basel II (2012);

Glaser/Kommenda, Whistleblowing in Österreich – Gefahren, Probleme und Lösungsmöglichkeiten, JRP 2012, 207;

Hauser, Das Bild von Whistleblowing in der österreichischen Versicherungswirtschaft, ÖBA 2009, 497;

Hengstschläger/Leeb, AVG I[2] (2014);

IFF – Council for Asset and Investment Management, The Proposed EU Financial Transaction Tax: Potential Harm to Saver, Pensioners and Global Capital Markets (2013);

Kempen, Art 132 AEUV, in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012);

Kittelberger, External Reporting als Pflicht zum Whistleblowing? ÖBA 2007, 90;

Knyrim/Riedl, Erfordernis einer Betriebsvereinbarung bei Genehmigung eines Hinweisgebersystems bei der Datenschutzkommission, DRdA 2013, 350;

Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (1976);

Ladler, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus, ZFR 2013, 335;

Lappas, Finanztransaktionssteuern – quo vadis?, IStR 2013, 117;

Leissler, „Whistleblowing" in Österreich – die ersten Schritte, ecolex 2009, 361;

Lembeck-Kapfer, Das Basel III Paket wurde in der EU und in Österreich verabschiedet, ZFR 2013, 241;

Lembeck/Kapfer/Riesenfelder, Veröffentlichung von Konsultationspapieren des Basler Ausschusses und des FSB zur Regulierung systemrelevanter Institute, ZFR 2011, 286;

Mayer, Art 19 EUV, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013);

Mayer/Heidfeld, Europarechtliche Aspekte einer Finanztransaktionssteuer, EuZW 2011, 373;

Moser, Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz, ecolex 2013, 683;

Nettesheim, Art 288 AEUV, in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013);

Neuhof, Unternehmenssanierung in Deutschland, ÖBA 2012, 496;

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht[4] (2011);

Raschauer, N., Wesentliche Überarbeitung der Liquidity Coverage Ratio beschlossen, ZFR 2013, 97;

Reisenhofer, Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz und damit verbundene Neuerungen im BWG, ZFR 2013, 248;

Schima, Betriebsrat über dem Gesetz? – Kein Fit & Proper-Test für Arbeitnehmervertreter in Bank-Aufsichtsräten, ÖBA 2014, 28;

Siegle-Hartwig, Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer – Ein stichhaltiges Konzept? IStR 2013, 441;

Spring, „Whistleblowing" – „Verpfeif"-Maßnahmen aus datenschutzrechtlicher Sicht, ecolex 2007, 139;

Stern, Liquiditätsregulierung nach Basel III – Aktueller Verhandlungsstand der europäischen Umsetzung durch CRR und CRD IV, SPRW 2012, KMR 14;

Stern, Technische Standards und Leitlinien im ESFS, ZFR 2011, 252;

Stern, EBA veröffentlicht „guidelines on the assessment of the suitability of members of the management board and key function holders", ZFR 2013, 47;

Stern, Internal Governance im Bankaufsichtsrecht, ZFR, 2012, 59;

Tarullo, Banking on Basel: The Future of International Financial Regulation (2008);

Vogel, Der EU-Richtlinienvorschlag zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer, IStR 2012, 12;

Völkl/Vertneg, Der neue Abwicklungsrahmen für Kreditinstitute, in Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer, N. (Hrsg), Europäisches Finanzmarktrecht vor neuen Herausforderungen (2013) 41;

Wäger, Drei Fragen und ein Wunsch zur Finanztransaktionsteuer, ISR 2013, 396;

Neuerungen für die Kreditwirtschaft durch „Basel III“

Thomas Stern

Gliederung

1. Schlagwort „Basel III“ 1
2. Inhalte von Basel III 3
2.1. Eigenmittel 3
2.2. Liquidität 3
2.3. Leverage 4
2.4. Refinanzierung 4
2.5. Systemisches Risiko 4
3. Europäische Umsetzung von Basel III 5
4. Österreichische Umsetzung der CRD IV 6
5. Ausblick 7
6. Resümee 9

Die europäische Umsetzung des Rahmenwerks **„Basel III“** trat mit 1. 1. 2014 in Kraft. Das Paket, eine weitreichende regulatorische Reaktion auf die globale Finanzkrise, inkludiert materielle Änderungen im Bereich der Eigenmittel sowie weitgehende Neuerungen in Aspekten der Liquiditäts-, Verschuldungs- (*Leverage*) und Refinanzierungssituation von Banken. Ergänzend zu diesen umfangreichen mikroprudenziellen Elementen wird nunmehr auch ein neuer umfassender Faktor ausdrücklich adressiert: das *systemische Risiko*.

Der vorliegende Beitrag skizziert ausschließlich die großen – vom Rahmenwerk Basel III direkt angesprochenen – Themenstellungen und deren europäische sowie nationale Umsetzung. Für die Praxis der Bankenaufsicht und der Implementierung seitens der Kreditwirtschaft stellen sich darüber hinaus zahlreiche weitere Problemstellungen, die sich aus der europäischen und österreichischen Umsetzung von Basel III ergeben, wie insbesondere konkrete Fragen betreffend des Meldewesens, der Rechnungslegung sowie der Komplexität unterschiedlicher Konsolidierungskreise, die in diesem Beitrag nicht abgebildet werden können.

1. Schlagwort „Basel III“

„Basel III“[1] bildet die Weiterentwicklung des so genannten ***Basler Akkords***, dh den Empfehlungen des Basler Ausschuss für die internationale Harmonisierung der Eigenkapitalanforderungen für Banken, manifestiert durch die bisherigen Rahmenwerke Basel I[2] und Basel II.[3] Chronologisch ausgehend von der vergleichsweise simplen Berechnung zur Eigenmittelunterlegung für Ausfallsrisiken anhand einer bestimmten Risikogewichtung für Aktiva (Basel I),[4] über die Etablierung eines regulatorischen *Säulenkonzepts* (Eigenmittelanforderungen, Auf-

[1] *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011; abzurufen unter http://www.bis.org/publ/bcbs189_de.pdf. S hierzu auch schon im Überblick *Lembeck-Kapfer*, Das Basel III Paket wurde in der EU und in Österreich verabschiedet (ZFR, Heft 5/2013).

[2] *BCBS*, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen (1988), abzurufen unter http://www.bis.org/publ/bcbs04ade.pdf.

[3] *BCBS*, Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen (2004 bzw 2006), überarbeitete Version 2006 abzurufen unter http://www.bis.org/publ/bcbs128ger.pdf.

[4] Vgl *Tarullo*, Banking on Basel: The Future of International Financial Regulation (2008), 54 ff.

sichtlicher Überprüfungsprozess, Marktdisziplin)[5] sowie der Einführung interner Modelle mit dem Ziel der Anreizschaffung zu risikosensitiveren Überwachungs- und Steuerungsmöglichkeiten (Basel II),[6] bis hin zum gegenständlichen Basel III-Paket als aktuelle Reaktion auf die globale Finanzkrise: Die Regelungsdichte und -Komplexität des Rahmenwerks nimmt von Schritt zu Schritt deutlich zu.[7]

Die einzelnen neuen Ansätze von Basel III finden ihren Ursprung in den Lehren der Krise, welche **signifikante Schwächen des bisherigen Basler Rahmenwerks** aufdeckte.[8] Einerseits verortet der Basler Ausschuss sowohl **Mängel in der Zusammensetzung der Eigenmittel** als auch hinsichtlich der **Transparenz** der diesbezüglichen Instrumente (Marktoffenlegung).[9] Die Krise hat unter anderem gezeigt, dass Instrumente, die den Eigenmitteln zugerechnet wurden, im Krisenfall nicht oder nur bedingt zur Verlusttragung zur Verfügung standen.[10] Die Intransparenz der Eigenmittelzusammensetzung erschwerte es Marktteilnehmern und Ratingagenturen zudem, die Risikosituation ihrer Kontrahenten adäquat einzuschätzen.[11] Weitere Krisenbrandherde und Brandbeschleuniger können in der außerordentlich hohen *Hebelung* großer Institute gesehen werden, die den strukturierten Abbau von Aktiva[12] wesentlich erschwert haben.[13] Viele Finanzakteure, die in konjunkturellen Hochphasen prozyklisches ***Leveraging*** einsetzten und damit ihre Eigenkapitalbasis verringerten, wurden von der Krise besonders stark getroffen.[14] Besonders auffallend waren ebenso die krisenbedingten **Liquiditätsschocks**[15] und das weitgehende **Austrocknen von Refinanzierungsmöglichkeiten**,[16] resultierend aus einer immensen Vertrauenskrise zwischen den Intermediären.[17] Probleme wurden daher auf zweierlei Ebenen verortet: Auf **mikro-** sowie auf **makroprudenzieller Ebene**, wodurch das ***systemische Risiko*** immer weiter in den Fokus rückt.[18]

---

5 Ebd, 94.

6 Vgl *Glantz/Mun*, The Banker's Handbook on Credit Risk: Implementing Basel II (2008), 2 ff; sowie *Tarullo*, Banking on Basel: The Future of International Financial Regulation (2008), 104 ff.

7 S hierzu den populären Beitrag von *Haldane*, The dog and the frisbee (2012), 8 ff, abzurufen unter http://www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/2012/596.aspx.

8 *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011, 1 ff.

9 *Deutsche Bundesbank*, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital und Liquiditätsregeln für Banken (2011), 7 ff.

10 *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011, 12 ff.

11 Vgl Erw 76 CRR: „*Um Marktdisziplin und Finanzstabilität zu stärken, müssen detailliertere Offenlegungspflichten hinsichtlich Form und Art der aufsichtsrechtlichen Eigenmittel sowie der aufsichtlichen Anpassungen eingeführt werden, die gewährleisten, dass An- und Einleger in ausreichendem Maße über die Solvenz der Kreditinstitute und Wertpapierfirmen informiert sind*.“

12 *Deutsche Bundesbank*, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital und Liquiditätsregeln für Banken (2011), 28.

13 *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011, 68 ff.

14 Vgl Erw 90 CRR: „*Während der Finanzkrise sahen sich Institute aufgrund von Verlusten und Refinanzierungsengpässen gezwungen, diese Verschuldung innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums deutlich zu verringern. Dies verstärkte den Abwärtsdruck auf Vermögenspreise und führte zu weiteren Verlusten für Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, so dass sich deren Eigenmittel weiter verringerten. Infolge dieser Negativspirale kam es zu einer Kreditknappheit in der Realwirtschaft und es entstand eine tiefere und länger andauernde Krise*.“

15 In diesem Zusammenhang bezogen auf das kurzfristige Liquiditätsrisiko, wie etwa Abrufrisiken; vgl *Stern*, Liquiditätsregulierung nach Basel III – Aktueller Verhandlungsstand der europäischen Umsetzung durch CRR und CRD IV (KMR 1/2012 SPRW), 14 f.

16 Vgl Erw 112 CRR.

17 *BCBS*, Basel III – Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko (2010), 1 f; abzurufen unter: http://www.bis.org/publ/bcbs188_de.pdf.

18 *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011, 1 Rz 2.

Konzeptuell stellt Basel III tatsächlich eine wesentliche *Weiter*entwicklung des Basler Akkords, jedoch keinen *Paradigmenwechsel*[19] dar. Grundlegende Prämissen und Vorgaben, wie etwa die Zulässigkeit der Nutzung interner Modelle, Risikogewichtung der Aktiva mit der Fokussierung auf das Kredit-, Markt- und operationellen Risiko, Gesamteigenmittelquote von 8 % sowie das das oben schon erwähnte *Säulenkonzept* bleiben in ihrer Grundkonstruktion unberührt. Will man das Konzept des Basler Ausschuss zur Fortentwicklung des Akkords auf einfache Nenner bringen, so wären mE folgende Policy-Schlagworte zu betonen: **1. Eigenmittel, 2. Liquidität, 3. Leverage, 4. Refinanzierung, 5. Systemisches Risiko**.

2. Inhalte von Basel III

2.1. Eigenmittel[20]

Unter Basel III soll die anrechenbare Eigenmittelbasis *erhärtet* werden. Die **Zusammensetzung der Eigenmittel** wird vereinfacht, zB durch Abschaffung des derzeit anrechenbaren *Tier 3*-Kapitals und der Unterscheidung von *Upper* und *Lower* Tier 2, sowie durch zusätzliche Anerkennungskriterien[21] vereinheitlicht.[22] Die Eigenmittel werden daher zukünftig nur noch zwei Kategorien umfassen: die Kategorie des *Tier 1*, das zur Verlusttragung bereits im *going concern* dient (überwiegend *Common Equity Tier 1*, das ist das eingezahlte Kapital, das Agio, die offenen Rücklagen sowie der Fonds für allgemeine Bankrisiken), sowie Tier 2, das als *gone concern* Kapital bereitgestellt wird. Inhaltliche Änderungen betreffen auch die Harmonisierung und Verschärfung der Abzugsposten, sowie hinsichtlich der Anrechenbarkeit von Minderheitenanteilen. Begleitet werden diese Anforderungen durch umfassende Offenlegungsbestimmungen im Rahmen der Säule III.[23]

2.2. Liquidität

Hinsichtlich des kurzfristigen Liquiditätsrisikoprofils von Banken führt der Basler Ausschuss eine neue Kennzahl ein, die nach einer umfassenden Rekalibrierung und eines adäquaten Übergangszeitraums in die Säule I integriert werden soll: Die **„Liquidity Coverage Ratio“** (LCR).[24] Grundlegendes Konzept der LCR ist die Gegenüberstellung von hochliquiden Aktiva zum Nettomittelabfluss im Rahmen eines dreißigtägigen Stressszenarios. Das Stressszenario ist hierbei via Haircuts und Abflussfaktoren vordefiniert und inkludiert unter anderem Elemente wie den Abzug eines großen Teils der Einlagen von Privatkunden, einem teilweisen Verlust der Möglichkeit unbesicherter Refinanzierung am Geld- und Kapitalmarkt, ungeplante

---

[19] S ua *Hirschmann*, Paradigmenwechsel in der Bankenaufsicht (2012), abzurufen unter: http://www.bankverlag.de/index.php?id=32&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=878&cHash=5543f6590d5ee37e01083f40444e2e48 bzw *KPMG*, Basel III – Handlungsdruck baut sich auf: Implikationen für Finanzinstitute (2011), 20. Es handelt sich bei Basel III mE nicht um einen Paradigmenwechsel, zumindest nicht im *Kuhnschen* Sinne; vgl *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen (1976), 57 ff. Schließlich bleiben die grundlegenden Annahmen des Aufsichtsregimes im Wesentlichen unverändert.

[20] Auf weitere Änderungen hinsichtlich der Berechnung der Eigenmittel, Stichworte CVA-Risiko, *wrong-way-risk*, etc sei an dieser Stelle hingewiesen. Eine kurze Übersicht über die diesbezüglichen Basel III-Komponenten findet sich in *BCBS* (2010a), 4 f.

[21] *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), 15 ff.

[22] Ebd, 13.

[23] Ebd, 30 ff. Einen guten Überblick liefert hierzu *Deutsche Bundesbank*, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital und Liquiditätsregeln für Banken (2011), 9 ff.

[24] S hierzu schon *Raschauer*, Wesentliche Überarbeitung der Liquidity Coverage Ratio beschlossen (ZFR, Heft 2/2013).

Beanspruchung von zugesagten, aber nicht verwendeten Kredit- und Liquiditätsfazilitäten sowie der Erhöhung der Marktvolatilität mit negativen Auswirkungen auf Derivatpositionen.[25] Als anrechenbare hoch liquide Aktiva werden unterschiedliche Kategorien unterschieden, darunter Notenbankguthaben sowie Schuldtitel öffentlicher Körperschaften und Institutionen.[26] Die für Säule I-Zwecke kryptisch anmutende Kategorie „erstklassiger liquider Aktiva“[27] wird in Europa durch die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) bis Ende Jänner 2014 näher präzisiert und empirisch durchleuchtet.[28]

2.3. Leverage

Ergänzend zu den risikobasierenden Eigenmittelanforderungen im Bereich der Säule I[29] soll eine einfache, transparente und nicht-risikobasierte Kennzahl, die so genannte **„Leverage Ratio“**, in das Aufsichtsregime integriert werden.[30] Die Leverage Ratio stellt das Kernkapital (Tier 1 Kapital) den (ungewichteten) bilanzmäßigen und außerbilanzmäßigen Aktivpositionen gegenüber, wobei der Basler Ausschuss derzeit eine Zielvorgabe von 3 % (dh maximal 33-fache *Hebelung*) avisiert.[31] Die Leverage Ratio soll den übermäßigen Aufbau von Fremdkapital limitieren und den vorab schon erwähnten prozyklischen Kriseneffekt des ungeordneten Deleveraging abschwächen. Ebenso wie die LCR soll die Leverage Ratio erst nach einer weitgehenden Untersuchung und Rekalibrierung in die Säule I integriert werden. Die Offenlegung der Leverage Ratio beginnt mit dem Jahr 2015.[32]

2.4. Refinanzierung

Im Rahmen der Begrenzung von Refinanzierungs- und damit strukturellen Liquiditätsrisiken hat der Basler Ausschuss eine strukturelle Liquiditätsquote, die so genannte **„Net Stable Funding Ratio“** (NSFR) eingeführt, die den *Bestand an stabiler Refinanzierung* dem *Erfordernis an stabiler Refinanzierung* gegenüberstellt. Komplementär zur LCR sind als stabile Refinanzierungspositionen neben den Eigenmitteln jene Positionen anerkannt, von denen zu erwarten ist, dass diese über einen Zeithorizont von einem Jahr und unter anhaltenden Stressbedingungen dennoch eine zuverlässige Refinanzierungsquelle bilden.[33] Im Rahmen der NSFR sollen Mindestanforderungen durchgesetzt werden, welche die LCR ergänzen und strukturelle Verschiebungen der Liquiditätsrisikoprofile der Banken, weg von kurzfristigen Refinanzie-

---

25 *BCBS*, Basel III – Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko (2010), 4.

26 Im Rahmen der europäischen Umsetzung durch finden sich hierbei aber auch Regelungen zur Anrechenbarkeit der „Liquiditätsreserve“ im Rahmen von Liquiditätsverbünden und institutsbezogenen Sicherungssystemen sowie der Nutzung von geldpolitischen Fazilitäten (s Art 416 Abs 1 lit e und f CRR).

27 *BCBS*, Basel III – Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko (2010), 5.

28 S *EBA*, Discussion paper on defining liquid assets under the draft CRR (2013), abzurufen unter: http://www.eba.europa.eu/documents/10180/42030/DP-on-defining-liquid-assets-in-the-LCR.pdf/8d39f0bc-248e-4185-8cda-7f7 ff153b644?version=1.0. Interessant erscheinen mir hierbei insbesondere die zu veröffentlichenden Ergebnisse zur Liquidität von gedeckten Schuldverschreibungen und anderen Vermögenswerten, wie etwa auch Aktien und Gold.

29 *Deutsche Bundesbank*, Basel III – Leitfaden zu den neuen Eigenkapital und Liquiditätsregeln für Banken (2011), 28 f.

30 *BCBS*, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme (2010 bzw 2011), überarbeite Version 2011, 68 ff.

31 Ebd, 69.

32 Ebd, 71.

33 *BCBS*, Basel III – Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko (2010), 29.

rungsinkongruenzen und hin zu einer stabileren, längerfristigen Refinanzierung von Aktiva und Geschäftsbereichen, fördern.[34] Aus Systemrisikosicht zeigt das Gesamtkonzept zur Liquidität das Ziel auf, *Dominoeffekte* auf den Finanzmärkten weitgehend einzugrenzen.

2.5. Systemisches Risiko

Das Rahmenwerk Basel III stärkt die **Fokussierung auf das *systemische Risiko***. Wie in Europa auch durch den ***De Larosiere*-Bericht**[35] in struktureller Hinsicht adressiert, betont Basel III die Notwendigkeit der großen Zusammenschau der geschaffenen Regelungen mit dem Funktionieren der Finanzmärkte und den Volkswirtschaften allgemein. Die neuen Normen sind daher neben der mikroprudenziellen Komponente stets auch makroprudenziell – dh in einem Finanzmarktsystemischen Zusammenhang – zu lesen. Neue Instrumente in diesem Zusammenhang sind ua der Antizyklische Puffer und der Kapitalpuffer für Systemrelevante Institute (s dazu unten).

Wichtige europäische Akteure auf diesen Gebiet sind einerseits der ESRB (Ausschuss für systemische Risiken), der Warnungen hinsichtlich systemischer Risiken an die nationalen Behörden herausgibt (Art 16 ESRB-VO), als auch die so genannten „benannten Behörden" (vgl Art 129 Abs 3 CRD IV, Art 131 Abs 1 CRD IV, Art 458 Abs 1 CRR), die zukünftig eine bedeutende Rolle im Rahmen des *makroprudenziellen* Mandats spielen sollen. In Österreich übernimmt die FMA diese Rolle in enger Zusammenarbeit mit dem neu gegründeten Finanzmarktstabilitätsgremium und der OeNB (s etwa § 23 Abs 2 BWG und § 13 FMABG).

Besonders bedeutend erscheint die zukünftige Identifizierung und Adressierung von „**SIFIs**" – *Systemically Important Financial Institutions*[36] (Art 131 CRD IV). Diese systemischrelevanten Institute werden zukünftig verpflichtet, eigene Kapitalpufferanforderungen – Höhe je nach Systemrelevanz (vgl § 2 Z 41 BWG) – zu erfüllen.[37]

3. Europäische Umsetzung von Basel III

Die Empfehlungen des Basler Ausschuss sind nicht direkt rechtsverbindlich. Rechtliche Wirkung entfalten die Vorschläge erst mit der europäischen Umsetzung im Rahmen der primärrechtlich verliehenen Kompetenzen der Europäischen Union (Art 114 AEUV). Basel III wird in Europa konkret durch zwei Instrumente umgesetzt: Durch die unmittelbar geltende **Verordnung „CRR"** (*Capital Requirements Regulation*)[38] und die **Richtlinie „CRD IV"** (Neufassung der *Capital Requirements Directive*).[39] Die CRR inkludiert hierbei Elemente, die der Säule I (Eigenmittelbestimmungen, Großkredite, Liquidität, Leverage Ratio, etc) und Säule III (Offenlegung) zuzuordnen sind, **CRD IV** beinhaltet die Bestimmungen zur Säule II (SREP,

---

[34] Ebd, 28.

[35] *De Larosiere-Gruppe*, The High-Level Group of Financial Supervision in the EU – Report (2009), 6 ff; abzurufen unter: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf

[36] S hierzu schon *Lembeck/Kapfer/Riesenfelder*, Veröffentlichung von Konsultationspapieren des Basler Ausschusses und des FSB zur Regulierung systemrelevanter Institute (ZFR, Heft 6/2011).

[37] Zum Pufferregime der CRD IV siehe unten. Die Puffersetzung für systemisch relevante Institute in Österreich folgt dem Verfahren nach § 23c BWG (ein Anwendungsfall für § 23b BWG wird in Österreich nicht gesehen).

[38] Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012, ABl L 176 vom 27. 6. 2013, 1–337.

[39] Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 176 vom 27. 6. 2013, 338–436.

ICAAP, Aufsichtsinstrumente, Sanktionen, etc). Ergänzt werden diese sekundärrechtlichen Vorschriften einerseits durch präzisierende tertiärrechtliche Akte, so genannte *Binding Technical Standards*, die durch die **EBA erarbeitet** und durch die **Kommission erlassen** werden, sowie durch direkt durch EBA veröffentlichte Leitlinien und Empfehlungen, die einem „*Comply or explain*“-Mechanismus folgen.[40]

Besonders betonungswürdig erscheint die Methode des europäischen Gesetzgebers, Basel III im Rahmen einer **Maximalharmonisierung** umzusetzen. Grundsätzlich soll mit dem Instrument der Verordnung eine höchstmögliche Vereinheitlichung im europäischen Binnenmarkt erreicht und Arbitragemöglichkeiten zwischen Mitgliedstaaten weitgehend verhindert werden.[41] Die Anforderungen zum europäischen Bankenaufsichtsrecht zielen daher auf ein so genanntes **„Singe Rule Book“**[42] ab, das sowohl standardisierte Regelungen als auch einheitliche Verwaltungspraxis und Interpretationsmaximen schaffen soll. Für die nationalen Normsetzer stellt sich hierbei das Problem, dass ein Abweichen von den europäischen Vorgaben – so auch national-strengere oder weitergehende Regelungen – prinzipiell als *goldplating*[43] qualifiziert wird. Im Rahmen eines *Flexibilitätspakets*, das ein besonderes europäisches Verfahren vorsieht, kann dieser Umstand in außergewöhnlichen Sonderfällen aber teilweise abgemildert werden (vgl etwa Art 458 CRR). Anzuwenden ist die CRR (mit Ausnahme einzelner Bestimmungen wie etwa das *Erfordernis zur stabilen Refinanzierung* und der *Offenlegung der Leverage Ratio*) mit 1. Jänner 2014 (Art 521 Abs 2 CRR). CRD IV ist von den Mitgliedstaaten bis 31. 12. 2013 umzusetzen (Art 162 CRD IV). Für eine Vielzahl der Normen existieren sowohl in CRR als auch in CRD IV breite Übergangsregelungen, zB in Teil 10 CRR und Art 162 Abs 5 CRD IV.[44]

4. Österreichische Umsetzung der CRD IV

CRD IV wird in Österreich durch eine **Novellierung zum Bankwesengesetz (BWG)** umgesetzt.[45] Betonen sollte man hierbei das Zusammenspiel von europäischer und österreichischer Rechtslage insbesondere in Hinblick auf den Anwendungsbereich: Zukünftig wird in Hinblick auf den umfassenden Konzessionstatbestandskatalog des § 1 BWG eine Unterscheidung zwischen **CRR-Kreditinstituten**, die Einlagen entgegennehmen und (kumulativ) Kredite vergeben sowie **sonstigen (nationalen) Kreditinstituten**, zB reine Bürgschafts- oder Förderbanken, integriert. Grundsätzlich werden die Regelungen der CRR auch auf nationale Kreditinstitute angewandt (§ 1a Abs 2 BWG), sofern diese nicht ausdrücklich ganz oder teilweise von der Anwendung dieser ausgenommen wurden (s § 3 BWG).

Weiter finden sich im BWG nun Regelungen zum **Kapitalpufferregime** (§§ 23–24a BWG) zu **Internal Governance** (§§ 5, 28a BWG) sowie auch die **neuen Aufsichtsinstrumente** (§ 70 Abs 4–4d BWG) und **Sanktionsmöglichkeiten** (§ 98 BWG).

---

40 Zu Einordnung und Inhalt technischer Standards sowie Leitlinien und Empfehlungen s *Stern*, Technische Standards und Leitlinien im ESFS (ZFR, Heft 5/2011).

41 S auch Erwägungsgründe 12–14 CRR.

42 Vgl *EBA*, The Single Rulebook, abzurufen unter: http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook.

43 Vgl *Europäische Kommission*, CRD IV/CRR – Frequently Asked Questions (2013); abzurufen unter: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-272_en.htm?locale=FR.

44 Hinzuweisen ist an dieser Stelle aber ebenso auf Art 26 Abs 3 CRR (Bewilligungspflicht bei Emission CET1 hinsichtlich Anrechnungsfähigkeit), dessen Geltung von 1. 1 2014 via Korrigendum (vom 2. 8. 2013) auf 28. 6. 2013 vorverlegt wurde. S Berichtigung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012 (ABl L 176 vom 27. 6. 2013).

45 BGBl I 2013/184.

Das **Kapitalpufferregime** besteht aus **vier Kapitalpuffern**.[46] Erstens dem *Kapitalerhaltungspuffer* (§ 23 BWG), der ab 2016 schrittweise bis zum Erreichen des zusätzlichen 2,5 %-CET1-Puffers aufzubauen ist; zweitens dem *Antizyklischen Puffer* (§ 23a BWG), dessen konkrete Höhe von der FMA, mit Berücksichtigung der gutachterlichen Äußerungen der OeNB, festzusetzen ist und der eine Abfederung prozyklischer Effekte bewirken soll; drittens der *Systemrisikopuffer* (§ 23d BWG), der systemische Risiken außerhalb prozyklischer Vorgänge adressiert und viertens der schon erwähnte *SIFI-Puffer* (§ 23b oder § 23c BWG), der nur identifizierte systemisch-relevante Institute trifft. Konsequenz einer Unterschreitung der Pufferanforderungen sind Ausschüttungssperren für das betroffene Institut, dies um weitergehende Kapitalflucht in angespannten Finanzsituationen zu verhindern.

Die **Regelungen zu Internal Governance** rücken insbesondere die zukünftig erwartete *Fitness & Properness*[47]der in Instituten verantwortlichen Personen in den Vordergrund. So wird beispielsweise zukünftig von sämtlichen Aufsichtsratsmitgliedern – ungeachtet der geltenden grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben – erwartet, dass diese über ausreichende Kenntnisse im Rahmen des Bankwesens und der regulatorischen Regelungen verfügen.[48]

Der **Katalog der Aufsichtsmaßnahmen** wird durch CRD IV deutlich erweitert, zB im Rahmen der Möglichkeit zur Begrenzung von Geschäftstätigkeiten und der Setzung besonderer Liquiditätsvorschriften (§ 70 Abs 4d BWG). Ebenso wird das Sanktionsregime gegen den Verantwortlichen iSd § 9 VStG deutlich verschärft und umfasst ua Strafrahmen bis zu € 5 Mio,- (§ 98 Abs 5 BWG).

Für die Praxis ebenso bedeutend sind schließlich die **neuen Verordnungsermächtigungen der FMA** sowie die **Vielzahl von neuen Bewilligungstatbeständen** aus CRR und CRD IV. Zu den FMA-Verordnungen wären zwei Dokumente besonders hervorheben: Einerseits die **CRR-Begleitverordnung**,[49] die der Ausübung einiger CRR-Behördenwahlrechte dient, insbesondere in Zusammenhang mit der Festlegung zu Konsolidierungsmethoden, der Vorgangsweise bei Überschreitung der Grenzen zu Industriebeteiligungen und dem *Grandfathering* von Beteiligungspositionen. Zudem legt die FMA in dieser Verordnung die für die Übergangsbestimmungen für die Eigenmittelanforderungen notwendigen und maßgeblichen Prozentsätze und Faktoren fest. In der neuen **Risikomanagement-Verordnung**[50] regelt die FMA die Mindestanforderungen zum Zwecke der ordnungsgemäßen Erfassung, Steuerung, Überwachung und Begrenzung der Risikoarten gemäß § 39 Abs 2b BWG, wie etwa die Anforderungen zur Überwachung des Kredit- und Gegenparteiausfallrisiko, des Konzentrations- und Liquiditätsrisikos.

5. Ausblick

Neben der europäischen Umsetzung von Basel III sollte an dieser Stelle auf weitere europäische Reformpakete hingewiesen werden. Einerseits sind auf europäischer Ebene die Ver-

---

[46] Zu bemerken ist, dass es sich bei den Kapitalpuffern nach CRD IV nicht um eine Erhöhung des Mindesteigenmittelerfordernis handelt. Das Kapitalregime ist konzeptuell daher auch streng vom Säule II-Kapitalaufschlag (*Capital-add-on*) zu trennen.

[47] Vgl *Stern*, EBA veröffentlicht „guidelines on the assessment of the suitability of members of the management board and key function holders" (ZFR, Heft 1/2013).

[48] S ua FMA-Rundschreiben zur Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen (Fit & Proper – Rundschreiben) sowie *Stern*, Internal Governance im Bankaufsichtsrecht (ZFR, Heft 2/2012).

[49] Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) zur Begleitung der Verordnung (EU) Nr 575/2013 (*CRR Begleitverordnung – CRRB-V*).

[50] Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die ordnungsgemäße Erfassung, Steuerung, Überwachung und Begrenzung der Risikoarten gemäß § 39 Abs 2b BWG (*Risikomanagementverordnung Kreditinstitute – RIMAV-KI*).

handlungen zur **„Bank Recovery and Resolution Directive“ (BRRD)**[51] weiter im Laufen. Der nationale Gesetzgeber hat mit dem BIRG[52] schon im Jahr 2013 einen Vorstoß gemacht und sowohl die Schlagworte *Frühintervention* (s § 71a und 71b BWG) als auch *Sanierungs- und Abwicklungspläne* (§§ 4 ff bzw §§ 11 ff BIRG) eingeführt, der Behörde jedoch konkrete Abwicklungsinstrumente, wie beispielsweise die Einziehung einer *Brückenbank*, noch vorenthalten. Mit Einigung und anschließender Umsetzung der BRRD sollen auch diese nachgezogen werden.

Mit November 2014 soll die erste Säule der ***Bankenunion***, dh die direkte Aufsicht der Eurozonenbanken durch die Europäische Zentralbank, operativ Fahrt aufnehmen (Art 33 Abs 2 SSM-VO).[53] Bis dorthin wird die EZB, unterstützt von den nationalen Akteuren, die Risikoprofile der bedeutendsten – *signifikanten* (!) – Bankengruppen, knapp 130 Institute,[54] via eines *Balance Sheet Assessments* umfassend durchleuchten.[55] Hinsichtlich der Vereinheitlichung der Vorgangsweise hat die EBA kürzlich diesbezügliche Empfehlungen (*Asset Quality Review*)[56] herausgegeben.

Noch im Jahr 2013 will die Kommission Vorschläge zur Umsetzung des ***Liikanen*-Reports** vorlegen.[57] Die *Liikanen*-Gruppe empfahl, dass für Bankengruppen eine rechtliche Trennung bestimmter besonders risikoreicher Finanzgeschäfte vom Einlagengeschäft vorgeschrieben werden sollte. Eine solche Trennung verfolgt primär das Ziel, Bankengruppen (hauptsächlich hinsichtlich des Einlagengeschäfts und der Erbringung von Finanzdienstleistungen für die Nicht-Finanz-Sektoren der Wirtschaft), stabiler und sicherer zu machen und in stärkerem Maße von Handelstätigkeiten mit hohem Risiko abzukoppeln und damit implizite oder explizite Beteiligungen der Steuerzahler an den Handelsgeschäften von Finanzakteuren zu begrenzen.[58]

Weiterhin offen sind die Verhandlungen zur europäischen **Einlagensicherungsrichtlinie**.[59] Diese soll neben dem *Single Supervisory Mechanism* und dem *Single Resolution Mechanism* die dritte Säule der *Bankenunion* bilden. Die Kommission hat schon im Juli 2010 einen Vorschlag für eine weitgehende Überarbeitung der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme veröffentlicht. Dieser befasst sich vor allem mit einer Vereinfachung und Harmonisierung der geschützten Einlagen, einer schnelleren Rückzahlung und einer optimierten Finanzierung der Systeme.

---

51 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG und 82/891/EG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG und 2011/35/EG sowie der Verordnung (EU) Nr 1093/2010.

52 Bundesgesetz, mit dem das Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz erlassen sowie das Bankwesengesetz und das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz geändert werden (BGBl I 2013/160).

53 Verordnung (EU) Nr 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl L 287 vom 29. 10. 2013, 63–89.

54 Vgl *EZB*, Mitteilung – Umfassende Bewertung (2013), 3 ff; abzurufen unter http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/notecomprehensiveassessment201310de.pdf.

55 *ECB*, Press Release – ECB starts comprehensive assessment in advance of supervisory role (2013), abzurufen unter: http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2013/html/pr131023.en.html.

56 *EBA*, Recommendations on asset quality reviews (EBA/REC/2013/04); abzurufen unter: http://www.eba.europa.eu/documents/10180/449802/EBA-Rec-2013-04+Recommendations+on+asset+quality+reviews.pdf.

57 *Europäische Kommission*, Bankenstrukturreform (Follow-up zum Liikanen Report, 2013); abzurufen unter: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/structural-reform/index_de.htm.

58 Aufmerksame Leser der CRR haben die Worte „strukturelle Trennung“ wohl schon im Rahmen der Konsolidierungsvorschriften und des CVA-Risikos (Art 11 Abs 5 und Art 381 CRR) entdeckt.

59 Vgl *Europäische Kommission*, Einlagensicherungssysteme; abzurufen unter: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/guarantee/index_de.htm.

6. Resümee

Die Vielzahl an Regelungen sowie die Geschwindigkeit, mit der diese in den Rechtsbestand eingeführt werden, stellt die Normsetzer und Normunterworfenen vor neue gewaltige Aufgaben und Herausforderungen. Für den europäischen Gesetzgeber stellt sich, neben der politisch geforderten *Basel-Compliance*,[60] weiterhin die Herausforderung der adäquaten Abbildung nationaler Besonderheiten, mittlerweile bezogen auf 28 EU-Mitgliedstaaten. Die nationalen Gesetzgeber werden mit der Aufgabe konfrontiert, den nationalen Rechtsbestand an zunehmend maximalharmonisierende europäische Normen anzupassen bzw zu bereinigen, ohne dabei nationale Sonderprobleme außer Augen zu lassen. Nationale Aufsichtsbehörden und die Akteure der Kreditwirtschaft sehen sich einem wachsenden und dynamisch-komplexer werdenden *Single Rule Book* gegenüber, das neben den Ordnungsnormen auch die europäische Vereinheitlichung des Meldewesens, der Anzeigeverpflichtungen und der Schaffung neuer Bewilligungstatbestände vorsieht. Diese materiellen Änderungen werden zukünftig auch von einer – zumindest für den Euroraum – weitgehenden strukturellen Neuerung, der *Bankenunion*, umspannt. Die Blicke der Normunterworfenen werden sich ab 2014 daher immer vermehrter nach Frankfurt richten.

[60] S hierzu die *Progress-Reports* des *BCBS*: http://www.bis.org/publ/bcbs232.htm.

Basel III und Corporate Governance

Bernd Fletzberger

Gliederung

1. Einleitung 11
2. Entwicklung 12
3. Mandatsgrenzen 13
4. Fit & Proper Anforderungen 15
5. Neue Aufgaben an den Aufsichtsrat 16
5.1. Nominierungsausschuss 16
5.2. Risikoausschuss 17
6. Neue Aufgaben der Geschäftsleitung 18
7. Unabhängige Risikomanagement-Funktion 19
8. Neuerungen in der Vergütungspolitik 19
9. Whistleblowing 20
9.1. Institutsinterne Whistleblowing-Stelle 21
9.2. Whistleblowing-Stelle der FMA 22
10. Exkurs: Neuerungen bei Sanktionen 22

1. Einleitung

Herr Kollege DDr. *Thomas Stern* hat beeindruckend erläutert, welche tiefgreifenden Änderungen Kreditinstituten mit „Basel III" ins Haus stehen.[1] Dabei hat er sich vorwiegend den beherrschenden Themen Eigenmittel, Liquidität, Leverage Ratio, Refinanzierung und systemischen Risiken gewidmet. In Ergänzung dazu möchte ich Ihnen nun darlegen, welche Änderungen die Basel III-Umsetzung in Bezug auf das Corporate Governance-Regime bringt. Es handelt sich dabei um Änderungen des Bankwesengesetzes (BWG), die großteils am 1. 1. 2014 in Kraft treten.[2]

Was versteht man unter Corporate Governance? Im herkömmlichen Sinn werden darunter die Beziehungen zwischen der Geschäftsführung eines Unternehmens, seinem Aufsichtsrat, den Aktionären und anderen Interessensträgern wie etwa deren Arbeitnehmern verstanden. Corporate Governance lässt sich auch als materielle Unternehmensverfassung beschreiben, worunter im Wesentlichen die Rechte, Pflichten und Kompetenzen der einzelnen Organe bzw das Verhältnis derselben zueinander zu verstehen ist. Mit dem Terminus umschreibt man demnach die Art und Weise, wie Unternehmen geführt und kontrolliert werden. So grenzt sich der Begriff auch von Compliance ab, bei dem es um die Einhaltung, Befolgung und Übereinstimmung mit bestimmten Geboten geht.

---

[1] Unter Basel III wird hier das sog „Basel III/CRD IV"-Paket verstanden. Es umfasst die am 27. 6. 2013 veröffentlichte Verordnung (EU) Nr 575/2013 (CRR I) und die Richtlinie 2013/36/EU (CRD IV). Damit wurden die als Basel III bekannten Änderungen des Basler Akkords zur Einführung eines krisenfesteren Aufsichtsstandards für Kreditinstitute in der EU umgesetzt.

[2] Bundesgesetz vom 7. 8. 2013, mit dem das Bankwesengesetz, das Bausparkassengesetz, das Börsegesetz 1989, das E-Geldgesetz 2010, das Finanzkonglomerategesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Finanzmarktstabilitätsgesetz, das Finanzsicherheiten-Gesetz, das Immobilien-Investmentfondsgesetz, das Investmentfondsgesetz 2011, das Kapitalmarktgesetz, das Nationalbankgesetz 1984, das Sparkassengesetz, das Stabilitätsabgabegesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, das Zahlungsdienstegesetz, das Pensionskassengesetz, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden (BGBl I 2013/184).

In diesem Vortrag bezieht sich der Begriff Corporate Governance auf die im Zuge von Basel III implementierten Regelungen, die die Leitung und Überwachung von Kreditinstituten betreffen. Ziel meines Referats ist es, Ihnen diese Neuerungen in kompakter Form zu präsentieren. Ich erlaube mir auch erste kritische Anmerkungen zu einigen Regelungen.

2. Entwicklung

Bevor ich auf die bevorstehenden BWG-Änderungen eingehe, möchte ich zum besseren Verständnis kurz die (internationale) Entwicklung im Bereich Corporate Governance von Kreditinstituten seit der Finanzkrise 2008 skizzieren. Dabei wird schnell ersichtlich, dass der Titel meines Vortrages nicht ganz korrekt gewählt ist, denn die heute zu besprechenden Verbesserungen des Corporate Governance-Regimes beruhen nicht auf dem Basler Akkord, sondern auf einer Initiative der Europäischen Kommission, die parallel mit der Basel III-Implementierung auf europäischer Ebene vorangetrieben wurde.

Ausgangspunkt für verstärkte Corporate Governance-Regelungen nach der Finanzkrise 2008 war der de-Larosière-Bericht.[3] Darin wurden ua systemische Schwächen in der Leitung und Überwachung von Banken ausgemacht, die mitverantwortlich für die Krise waren. Die erste legislative Maßnahme in Reaktion darauf war der am 13. 7. 2009 veröffentlichte Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der Eigenkapitalrichtlinie. Der Vorschlag wurde schließlich am 24. 11. 2010 von Rat und Europäischen Parlament offiziell als Richtlinie 2010/76/EU (CRD III) verabschiedet.[4] Darin wurde eine aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik von Kreditinstituten vorgesehen. Jene die Vergütungspolitik betreffenden Vorschriften waren bis zum 1. 1. 2011 in den Mitgliedstaaten umzusetzen.[5]

Die heute zu besprechenden, umfassenderen Corporate Governance-Regelungen nahmen ihren Ausgang in zwei von der Europäischen Kommission im Jahr 2010 veröffentlichen Dokumenten, dem Grünbuch zu Corporate Governance in Finanzinstituten und einem Arbeitspapier, das die während der Finanzkrise zu Tage getretenen Schwächen des bis dahin bestehenden Corporate Governance-Systems analysierte. Die Schlussfolgerung der Kommission war, dass die Leitungsschwächen in Finanzinstituten zwar nicht direkt für die Finanzkrise verantwortlich waren. Der Mangel an effektiven internen Kontrollmechanismen und das teilweise lückenhafte Verständnis der Verantwortlichen über Art und Umfang der betriebenen Geschäfte sowie der damit verbundenen Risiken haben die Krise aber verschärft. In einer Vielzahl an Fällen konnten die Risiken demnach nicht korrekt gemessen und deshalb auch kaum beherrscht werden. Es wurde insbesondere eruiert, dass die Kontrolle der Geschäftsleitung durch die institutsinternen Aufsichtsorgane unzureichend war. Die Gründe dafür sah die Kommission in zu geringen Ressourcen, zu wenige Zeit, mangelnder Sachkenntnis, mangelndem Durchsetzungsvermögen und zu wenig Diversifizierung der Aufsichtsräte. Die wichtigste Qualität des Aufsichtsrates sei daher dessen Zusammensetzung. Die Kommission hat auch ein schwaches Risikomanagement bei vielen Banken geortet. Risiken wurden nicht verstanden, es fehlte auch an Echtzeitinformationen über bestehende Risiken. Weiters wurden die Vergütungsstrukturen als unangemessen

---

3 Vgl *Europäische Kommission*, The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière, Bericht vom 25. 2. 2009, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_de.pdf.

4 RL 2010/76/EU zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG, 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (ABl L 329 v 14. 12. 2010, 3).

5 Die ersten Maßnahmen zur Vergütungspolitik wurden somit im Rahmen der europäischen Umsetzung des sog „Basel II plus" oder „Basel 2.5"-Pakets, das strengere Regelungen insbesondere für Verbriefungen und das Marktrisiko vorsah, im Rahmen der CRD III beschlossen.

erachtet. Sie waren zu unpräzise, nicht verpflichtend und es mangelte an einer klaren Aufgabenverteilung in den Kreditinstituten. Auch fehlende Kontrolle durch die Aktionäre war eine Mitursache für die Finanzkrise. Aktionäre verfolgen nach Ansicht der Europäischen Kommission zu kurzfristige Ziele, deren Fokus auf Profitmaximierung ist zudem eine Triebkraft für das Eingehen übermäßiger Risiken durch die Geschäftsleitung. Die Kommission erläuterte aber auch, dass dies kein bankenspezifisches Problem sei, sondern ein allgemeines Thema bei börsenotierten Unternehmen. Schließlich wurde auch festgehalten, dass die Aufsichtsbehörden keine wirksame Kontrolle der Unternehmen bewerkstelligen konnten.

Die Kommission schlug daher im Juli 2011 Maßnahmen mit dem übergeordneten Ziel vor, eine bessere Risikobeherrschung in Kreditinstituten zu erreichen, um das Eingehen übermäßiger Risiken zu verhindern.[6] Eine wirksame Risikoüberwachung durch die Leitungsgremien, eine Verbesserung/Aufwertung der Stellung der Risikomanagement-Funktion und eine wirksame Überwachung der Risikobeherrschung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden wurde angepeilt. Eine bessere Kontrolle der Geschäftsleiter durch die internen Aufsichtsorgane sollte durch die Einführung von Mandatsgrenzen, Fit & Proper-Anforderungen für alle Aufsichtsratsmitglieder und die Einführung neuer Ausschüsse im Aufsichtsrat erreicht werden. Zudem sollte die Vergütungspolitik restriktiver geregelt werden, ein Whistleblowing-Verfahren eingeführt und die Sanktionen verschärft werden. Diese Kommissionsvorschläge flossen in die CRD IV[7] ein, die neben der CRR[8] die zweite wesentliche Säule der europäischen Basel III-Umsetzung darstellt.

Parallel zu den legislativen Entwicklungen veröffentlichte die europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) Ende September 2011 „Guidelines on Internal Governance", mit denen die Anforderungen an die Unternehmenssteuerung der Kreditinstitute präzisiert und geschärft wurden. Die EBA orientierte sich bei ihrer Leitlinie an den Vorschlägen der Europäischen Kommission zur CRD IV.

In weiterer Folge werden nun die österreichischen Umsetzungsregelungen dieser europarechtlich vorgegebenen Vorgaben näher untersucht.

3. Mandatsgrenzen

In Umsetzung der CRD IV sehen § 5 Abs 1 Z 9a BWG und § 28a Abs 5 Z 5 BWG[9] vor, dass KI-Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder ausreichend Zeit für ihre Tätigkeiten aufwenden müssen. Mitglieder der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates müssen bei der Ausübung weiterer Tätigkeiten in geschäftsführender Funktion oder als Mitglied eines Aufsichtsrates die Umstände im Einzelfall und die Art, den Umfang und die Komplexität der Geschäfte des Kreditinstitutes berücksichtigen.

---

6 Vorschlag der EK vom 20. 7. 2011 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats (Kom[2011] 453 endgültig).

7 Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 176 vom 27. 6. 2013, 338.

8 Verordnung (EU) Nr 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012, ABl L 176 vom 27. 6. 2013, 1.

9 Jeweils in der Fassung BGBl I 2013/184.

Weiters werden absolute Mandatsgrenzen eingeführt, die gewährleisten sollen, dass die Organmitglieder ausreichende Zeitressourcen für ihr Mandat zur Verfügung haben. Die Regelungen über die Mandatsgrenzen berücksichtigen insofern das Proportionalitätsprinzip, als sie nur für Kreditinstitute von erheblicher Bedeutung gelten. Darunter fallen Banken mit einer Bilanzsumme von mehr als EUR 1 Mrd oder solchen, die übertragbare Wertpapiere ausgegeben haben, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind (sog kapitalmarktorientierte Kreditinstitute). Geschäftsleiter derartiger Kreditinstitute dürfen gemäß § 5 Abs 1 Z 9a BWG insgesamt nur eine Tätigkeit als Geschäftsleiter und zusätzlich zwei Aufsichtsratsmandate übernehmen. Ein Aufsichtsratsmitglied eines erheblichen Kreditinstituts darf nur drei zusätzliche Aufsichtsratsmandate annehmen, insgesamt daher vier Mandate (vgl § 28a Abs 5 Z 5 BWG). Diese Mandatsgrenzen gelten unabhängig davon, ob es sich bei den anderen Mandaten um solche in oder außerhalb der Finanzbranche handelt. Allerdings sind Tätigkeiten bei Organisationen, die nicht überwiegend gewerblich tätig sind, nicht mitzuzählen.

Das Gesetz sieht zudem praktisch relevante Ausnahmen für KI-Gruppen vor. Mandate als Geschäftsleiter oder Aufsichtsratsmitglied innerhalb derselben Kreditinstitutsgruppe, desselben institutsbezogenen Sicherungssystems oder bei Unternehmen, an denen das Kreditinstitut eine qualifizierte Beteiligung hält, sind zusammenzurechnen.[10] Solche Mandate gelten nur als ein Mandat. Die FMA kann auf Antrag eines Mandatars zudem Überschreitungen der Mandatsgrenze um ein Aufsichtsmandat genehmigen. Überschreitungen um mehr als ein Mandat sind hingegen nicht genehmigungsfähig.

Für die Mandatsgrenzen als Aufsichtsrat sieht § 28a Abs 5 Z 5 BWG insofern eine bemerkenswerte Ausnahme vor, als die gesetzliche Beschränkung nicht gilt, wenn das Aufsichtsratsmitglied als Vertreter der Republik Österreich entsendet wird. Dies mutet insofern eigenartig an, als es sich dabei um im Zuge der Finanzkrise verstaatliche Kreditinstitute handelt, bei denen der mit dem Mandat verbundene Zeitaufwand aufgrund der meist angespannten wirtschaftlichen Situation des Instituts meist höher ist als bei gesunden Kreditinstituten.

Die Neuregelung zu den Mandatsgrenzen treten – anders als der Großteil des Corporate Governance-Regimes – erst am 1. 7. 2014 in Kraft.[11] Die neuen Mandatsgrenzen gelten zudem nicht für am 31. 12. 2013 bestehende Mandate, außer es handelt sich um Tätigkeiten von Geschäftsleitern und Aufsichtsräten von Kreditinstituten, von denen aufgrund der Beurteilung durch die FMA nach § 22 Abs 3 BWG eine Systemgefährdung gemäß § 22 Abs 2 BWG ausgehen kann.[12] Von Kreditinstituten kann demnach eine Systemgefährdung ausgehen, wenn anzunehmen ist, dass seine Bestandsgefährdung in erheblicher Weise negative Auswirkungen auf andere Unternehmen der Finanzbranche, die Finanzmarktstabilität oder das allgemeine Vertrauen der Einleger oder anderer Marktteilnehmer in die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems hat. Dies ist von der FMA zu beurteilen, dabei ist eine gutachterliche Stellungnahme der OeNB einzuholen. In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Gesetzgeber in §§ 22 ff BWG einen neuen V. Abschnitt ins BWG eingefügt hat, der der FMA makroprudenzielle Aufsichtsagenden zuteilt. Es geht darum, dass die Aufsichtsbehörde systemische Risiken adressieren kann. Der FMA steht diesbezüglich ein breites Instrumentarium zur Verfügung, um systemische Risiken zu adressieren, etwa eine Verordnungsermächtigung für alle oder bestimmte Kreditinstitute, mit der befristet auf bis zu zwei Jahre etwa die Eigenmittelanforderungen, Offenlegungspflichten, Kapitalerhaltungspuffer, Risikogewichte im

[10] Eine qualifizierte Beteiligung liegt vor, wenn direkt oder indirekt mindestens 10 % des Kapitals oder der Stimmrechte gehalten werden oder eine andere Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung des entsprechenden Unternehmens besteht.

[11] Vgl § 107 Abs 80 Z 2 BWG.

[12] Vgl § 103q Z 10 und 15 BWG.

Kreditrisiko-Standardansatz verändert werden können. Die FMA kann auch zusätzliche Kapitalpuffer oder Systemrisikopuffer verlangen. Verwirrend ist jedoch für den Rechtsanwender, dass neben dem § 22 BWG-Begriff „Systemgefährdung" mit BGBl I 2013/184 in § 23c zusätzlich der Begriff „systemrelevantes Institut" eingeführt wird. Ein Institut gilt demnach als systemrelevant, wenn davon auszugehen ist, dass eine Fehlfunktion oder das Scheitern dieses Instituts zu systemischen Risiken führt. Ein systemisches Risiko ist nach § 2 Z 41 BWG das Risiko einer Störung des Finanzmarktes insgesamt oder von Teilen, die schwerwiegende negative Auswirkungen im Finanzsystem und in der Realwirtschaft nach sich ziehen kann. Es ist völlig unklar, in welchem Verhältnis § 22 und § 23c BWG zueinander stehen. Die OeNB und FMA haben im Gesetzwerdungsprozess die ersatzlose Streichung des § 22 BWG angeregt, weil die Bestimmung für die operative Aufsicht unbrauchbar sei. Die Bestimmung enthalte nur Definitionen, keine Aufsichtsinstrumente und weicht zudem vom in der CRR gebrauchten Begriff des Systemrisikos ab. Dennoch wird zunächst für zum 31. 12. 2013 bestehende Mandate § 22 Abs 2 BWG relevant sein, denn der Wortlaut der Übergangsbestimmung ist eindeutig. §§ 23 bis 23c BWG treten zudem erst am 1. 1. 2016 in Kraft.[13]

4. Fit & Proper Anforderungen

Derzeit müssen die Geschäftsleiter – größen- und rechtsformunabhängig – aller Kreditinstitute sowie die Aufsichtsratsvorsitzenden von Kreditinstituten, deren Bilanzsumme zum Zeitpunkt seiner Wahl größer als EUR 750 Mio ist, „fit & proper" sein. Am 8. 5. 2013 veröffentlichte die FMA auf Basis der bestehenden Rechtslage ein Rundschreiben zur **Eignungsprüfung von Geschäftsleitern, Aufsichtsratsmitgliedern und Inhabern von Schlüsselfunktionen**. Das umfangreiche Rundschreiben bildet eine Reaktion auf die mit 22. 11. 2012 durch die EBA publizierten „Leitlinien zur Beurteilung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und von Inhabern von Schlüsselfunktionen" (Fit & Proper Guidelines), die mit 22. 5. 2013 in Kraft getreten sind.[14]

Die nunmehr wesentliche Neuerung betrifft va den Aufsichtsrat von Kreditinstituten. Künftig müssen gemäß § 28a Abs 5 BWG alle Aufsichtsratsmitglieder aller Kreditinstitute „fit & proper" sein, auch Arbeitnehmervertreter.[15] Das betrifft Kreditinstitute jedweder Rechtsform. Die Bilanzsumme spielt keine Rolle mehr.

Bezüglich der persönlichen Zuverlässigkeit („properness") gelten im Wesentlichen dieselben Vorgaben wie bisher für den AR-Vorsitzenden. Im Gesetz wurde zur Voraussetzung der persönlichen Zuverlässigkeit jedoch ergänzt, dass in Bezug auf AR-Mitglieder, inklusive des Vorsitzenden, keine Tatsachen vorliegen dürfen, aus denen sich Zweifel an deren Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit ergeben. Dies erfolgte nach den EBRV jedoch nur zur Klarstellung, die Begriffe Aufrichtigkeit und Unvoreingenommenheit waren nach dem Verständnis des Gesetzgebers schon bisher vom Begriff der persönlichen Zuverlässigkeit umfasst.[16]

Die persönliche Zuverlässigkeit ist von jedem Mitglied zu erfüllen. Die fachliche Eignung müssen AR-Mitglieder nach dem Gesetz hingegen nur gemeinsam erfüllen. Nach § 28a Abs 5 Z 3 BWG muss der Aufsichtsrat (als Organ) jederzeit über ausreichende Kenntnisse, Fähigkei-

---

13 Vgl § 107 Abs 80 Z 5 BWG.

14 Vgl EBA/GL/2012/06, abrufbar auf http://www.eba.europa.eu (Stand: 12. 11. 2013).

15 Siehe zur Frage, ob es seitens der FMA zulässig ist, AN-Vertreter aufgrund vermuteter Qualifikation vom Fit & Proper Test auszunehmen, *Schima*, Betriebsrat über dem Gesetz? – Kein Fit & Proper-Test für Arbeitnehmervertreter in Bank-Aufsichtsräten, ÖBA 2014, 28. Nach *Schima* entbehrt diese Vorgangsweise – insbesondere seit Inkrafttreten des § 28a Abs 5 BWG mit 1. 1. 2014 – einer gesetzlichen Deckung.

16 Vgl EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 17.

ten und Erfahrungen verfügen, um gemeinsam in der Lage zu sein, die Geschäftstätigkeiten des jeweiligen Kreditinstituts einschließlich damit verbundener Risiken soweit zu verstehen, dass sie Entscheidungen der Geschäftsleitung überwachen und kontrollieren können. Folglich müssen nicht alle AR-Mitglieder über die gleiche fachliche Eignung verfügen, wie dies etwa bei Geschäftsleitern vorgeschrieben ist. Die FMA hat zum Begutachtungsentwurf gefordert, den Gesetzestext so zu formulieren, dass „der Aufsichtsrat auch kollektiv fachlich geeignet sein müsse", um zu betonen, dass die Anforderungen jedenfalls auf individueller Ebene gelten. Dem ist der Gesetzgeber jedoch nicht näher getreten, woraus abzuleiten ist, dass die fachliche Eignung des Aufsichtsrats eben nur kollektiv zu bewerkstelligen ist. Der AR-Vorsitzende muss weiterhin jedenfalls auch individuell fachlich geeignet sein, was angemessene Kenntnisse im Bereich des bankbetrieblichen Finanz- und Rechnungswesens voraussetzt.[17] Für die Praxis wesentlich ist, dass konkretisierende Angaben, wieviel Zeit AR-Mitglieder künftig für ihr Mandat aufwenden müssen sowie welche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen beim Aufsichtsrat kollektiv notwendig sind, durch EBA-Leitlinien erfolgen werden. Als Zeitrahmen sieht die CRD IV dafür Ende 2015 vor.[18]

Korrespondierend zu diesen materiellen Änderungen bei den Fit & Proper-Regelungen sieht das BWG neue Anzeigeverpflichtungen vor. Gemäß § 73 Abs 1 Z 8 BWG ist jede Ernennung eines Aufsichtsratsmitgliedes unter Angabe der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen sowie jede Änderung der Voraussetzungen bei bestehenden AR-Mitgliedern unverzüglich der FMA schriftlich anzuzeigen.

5. Neue Aufgaben an den Aufsichtsrat

Mit der BWG-Novelle 2013 werden auch eine Reihe neuer Aufgaben für den Aufsichtsrat von Kreditinstituten gesetzlich verankert. So sieht § 28a Abs 2c BWG vor, dass der Aufsichtsrat oder das sonst nach Gesetz oder Satzung zuständige Aufsichtsorgan mit der Geschäftsleitung die strategischen Ziele, die Risikostrategie und die internen Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu erörtern und deren Umsetzung durch die Geschäftsleitung zu überwachen hat.

Die Aufsichtsräte von Kreditinstituten, deren Bilanzsumme EUR 1 Mrd übersteigt oder sog kapitalmarktorientierte Kreditinstitute sind zudem verpflichtet, zusätzlich zu den derzeit bereits vorgesehenen Prüfungs- und Vergütungsausschüssen einen Nominierungsausschuss und einen Risikoausschuss einzurichten. Auf diese beiden neuen Ausschüsse soll in der Folge näher eingegangen werden.

5.1. Nominierungsausschuss

Der Nominierungsausschuss ist in § 29 BWG geregelt. Er ist vom Aufsichtsrat oder dem sonst nach Gesetz oder Satzung zuständigen Aufsichtsorgan des Kreditinstituts einzurichten. Bei Kreditgenossenschaften kann auch der nichthauptamtliche Vorstand den Ausschuss einrichten.

Er hat die Aufgabe, Bewerber für die Besetzung frei werdender Stellen in der Geschäftsleitung zu ermitteln und dem Aufsichtsrat entsprechende Vorschläge zu unterbreiten. Falls relevant muss er zudem den Aufsichtsrat bei der Erstellung von Vorschlägen an die Hauptversammlung für die Besetzung frei werdender Stellen im Aufsichtsrat unterstützen.

---

[17] Diesbezüglich hat sich nichts geändert, vgl § 28a Abs 3 Z 3 BWG.
[18] Vgl Art 91 (12) der CRD IV.

Bei seinen vorgenannten Aufgaben hat der Ausschuss die Ausgewogenheit und Unterschiedlichkeit der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen aller Mitglieder des betroffenen Organs zu berücksichtigen, eine Aufgabenbeschreibung mit Bewerberprofil zu erstellen und den mit der Aufgabe verbundenen Zeitaufwand anzugeben. Der Ausschuss muss auch eine Zielquote für das unterrepräsentierte Geschlecht in der Geschäftsleitung und dem Aufsichtsrat festlegen sowie eine Strategie entwickeln, um dieses Ziel zu erreichen. Die Zielquote, die Strategie sowie die Umsetzungsfortschritte sind gemäß Art 435 Abs 2 lit c der Verordnung (EU) Nr 575/2013 vom KI entsprechend zu veröffentlichen. Der Ausschuss hat auch darauf zu achten, dass die Entscheidungsfindung der Geschäftsleitung oder des Aufsichtsrates nicht durch eine einzelne Person oder eine kleine Gruppe von Personen in einer den Interessen des Kreditinstitutes zuwiderlaufenden Art und Weise dominiert werden. Der Nominierungsausschuss soll schließlich regelmäßig, jedenfalls jedoch, wenn Ereignisse eine Neubeurteilung notwendig machen, eine Bewertung der Struktur, Größe, Zusammensetzung und Leistung der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates durchführen und dem Aufsichtsrat nötigenfalls Änderungsvorschläge unterbreiten. Er soll auch regelmäßig, zumindest jedoch jährlich, eine Bewertung der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung sowohl der Geschäftsleiter als auch der einzelnen Mitglieder des Aufsichtsrates sowie des jeweiligen Organs in seiner Gesamtheit durchführen und den Aufsichtsrat darüber informieren. Der Ausschuss hat zu guter Letzt auch den Kurs der Geschäftsleitung im Hinblick auf die Auswahl des höheren Managements zu überprüfen und den Aufsichtsrat bei der Erstellung von Empfehlungen an die Geschäftsleitung zu unterstützen.

Der Nominierungsausschuss kann bei seinen Aufgaben auf alle Ressourcen zurückgreifen, die er für angemessen hält, insbesondere den Einsatz externer Berater. Hierfür ist er vom KI mit angemessenen Finanzmitteln auszustatten.[19]

5.2. Risikoausschuss

Neu ist auch die verpflichtende Einrichtung eines Risikoausschusses bei erheblichen und kapitalmarktorientierten Kreditinstituten. Er ist personell so zusammenzusetzen, dass eine unabhängige und integre Beurteilung der Risikostrategie des Kreditinstitutes ermöglicht wird. Der Risikoausschuss besteht aus mindestens drei Mitgliedern des Aufsichtsrates, die über die zur Überwachung der Umsetzung der Risikostrategie des Kreditinstitutes erforderliche Expertise und Erfahrung verfügen müssen. Zudem darf jemand, der in den letzten drei Jahren Geschäftsleiter oder leitender Angestellter des betreffenden Kreditinstitutes war oder aus anderen Gründen nicht unabhängig und unbefangen ist, nicht Vorsitzender des Risikoausschusses sein. Zudem hat ein Vertreter der Risikomanagementabteilung an den Sitzungen des Risikoausschusses teilzunehmen. Er muss dem Ausschuss über Risikoarten und die Risikolage des Kreditinstitutes berichten. Dabei hat er auf riskante Entwicklungen hinzuweisen, die sich auf das Kreditinstitut auswirken oder auswirken könnten. Der Risikoausschuss muss jährlich mindestens eine Sitzung abhalten.

Der Ausschuss hat die Geschäftsleitung hinsichtlich der aktuellen und zukünftigen Risikobereitschaft und Risikostrategie des Kreditinstitutes zu beraten. Er muss auch die Umsetzung dieser Strategie im Zusammenhang mit der Steuerung, Überwachung und Begrenzung von Risiken, der Eigenmittelausstattung und der Liquidität überwachen. Zudem muss der Ausschuss überprüfen, ob die Preisgestaltung der angebotenen Dienstleistungen und Produkte das Geschäftsmodell und die Risikostrategie des Kreditinstituts angemessen berücksichtigt. Schließlich ist zu überprüfen, ob bei den vom internen Vergütungssystem angebotenen Anreizen das

[19] Vgl § 29 letzter Satz BWG.

Risiko, das Kapital, die Liquidität und die Wahrscheinlichkeit und der Zeitpunkt von realisierten Gewinnen berücksichtigt werden.[20]

6. Neue Aufgaben der Geschäftsleitung

Auch auf die Geschäftsleitung kommen mit Basel III-Umsetzung neue Aufgaben zu. Die Geschäftsführung hat nämlich künftig interne Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung festzulegen und deren Anwendung zu überwachen.[21] Dadurch sollen die Aufgaben der Geschäftsleitung im Hinblick auf die Einhaltung der Governance-Anforderungen, ergänzend zu den Aufgaben nach § 39 BWG, nochmals ausdrücklich betont werden.[22]

Weiters wird in § 39 Abs 2 BWG nunmehr ausdrücklich festgelegt, dass die Organisationsstruktur sowie die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren schriftlich und in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren sind. Dies dient nur als Klarstellung, zumal interne Kontrollverfahren idR schon derzeit schriftlich dokumentiert werden.

Neu ist zudem, dass die Geschäftsleiter das Wirken des höheren Managements des Kreditinstituts wirksam zu überwachen haben.[23] Mit dem „höheren Management" sind nach § 2 Z 1b BWG diejenigen natürlichen Personen gemeint, die in einem Institut Führungsaufgaben wahrnehmen oder leitende Tätigkeiten ausüben und der Geschäftsleitung gegenüber für das Tagesgeschäft verantwortlich und rechenschaftspflichtig sind. Nach den EBRV ist darunter die zweite Führungsebene zu verstehen.[24] Meines Erachtens geht der Gesetzgeber mit dieser Festlegung über die Richtlinienvorgaben hinaus. Der Begriff „höheres Management" bezieht sich nämlich in der CRD IV bloß auf das monistische „Verwaltungsrats"-System, wo die Möglichkeit besteht, die exekutive Führung des Tagesgeschäftes an Direktoren der zweiten Management-Ebene zu delegieren, die nicht dem Management-Body angehören. Darüber hinaus existiert der Begriff höheres Management in der CRD IV gar nicht. In der originalen, englischen Fassung der Richtlinie gibt es zwar den Begriff „senior management", dieser wird in der amtlichen deutschen Übersetzung jedoch mit Geschäftsleitung übersetzt. Das richtige Begriffspaar für das dualistische System wäre nach der Richtlinie Geschäftsleitung – Aufsichtsrat. Die CRD IV wollte demnach nur sicherstellen, dass das Aufsichtsorgan das Geschäftsführungsorgan wirksam überwacht. Dies ergibt sich auch aus Art 88 (1) lit d der RL 2013/36/EU (CRD IV), der nach den EBRV mit § 28a Abs 2b BWG umgesetzt werden sollte.[25] Nach der Richtlinienbestimmung ist nur vorzusehen, dass das Leitungsorgan für die wirksame Überwachung der Geschäftsleitung verantwortlich sein muss. Trotzdem dürfte die Verpflichtung für die Praxis relativ unproblematisch sein, zumal bereits das Gesellschafsrecht eine effektive Überwachung des Unternehmens durch die Geschäftsführung vorsieht.

Ein weiterer Baustein zu guter Corporate Governance soll schließlich die – im Gesetz neu eingeführte – Verpflichtung sein, Geschäftsleiter und Aufsichtsratsmitglieder sowohl vor Tätigkeitsaufnahme als auch laufend zu schulen. Dafür muss die Geschäftsleitung angemessene personelle und finanzielle Ressourcen zur Verfügung stellen.[26]

---

20 Vgl § 39d Abs 2 BWG.
21 Vgl § 28a Abs 2a BWG.
22 Nach den EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 48, wird damit Art 88 Abs 1 erster und letzter Unterabsatz der CRD IV umgesetzt.
23 Vgl § 28a Abs 2b BWG.
24 Siehe EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 13.
25 Vgl EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 48.
26 § 28a Abs 6 BWG.

7. Unabhängige Risikomanagement-Funktion

Mit Umsetzung der CRD IV müssen Kreditinstitute, deren Bilanzsumme EUR 1 Mrd übersteigt oder das Wertpapiere ausgegeben hat, die an einem geregelten Markt zugelassen sind, eine unabhängige Risikomanagementabteilung einrichten. Diese Funktion muss unabhängig vom operativen Geschäft unter der Leitung einer eigenen Führungskraft und mit direktem Zugang zu den Geschäftsleitern eingerichtet werden. Rechtfertigen Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte des Institutes nicht, ausschließlich für diese Zwecke eine eigene Person zu bestellen, kann eine andere Führungskraft des Kreditinstitutes diese Funktion zusätzlich wahrnehmen. Voraussetzung ist jedenfalls, dass kein Interessenskonflikt besteht. In Betracht dürfte etwa die interne Revision kommen.

Zu den Aufgaben der unabhängigen Risikomanagementabteilung zählt die Erkennung und Messung der Ausprägung von Risiken, die Meldung von Risiken und der Risikolage des Institutes an die Geschäftsleiter, die Beteiligung an der Ausarbeitung der Risikostrategie der Bank und allen wesentlichen Entscheidungen zum Risikomanagement sowie die Erlangung eines vollständigen Überblicks über die Ausprüfung der vorhandenen Risiken und die Risikolage des Kreditinstitutes.[27]

Nach § 39 BWG kann der Leiter der Risikomanagementabteilung seines Amtes nicht ohne die vorherige Information des Aufsichtsrates enthoben werden. Die CRD IV verlangt hingegen, dass eine Amtsenthebung nicht ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates erfolgen darf. Insofern ist die österreichische Umsetzung richtlinienwidrig. Die CRD IV sieht zudem vor, dass die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls sicherzustellen haben, dass die Risikomanagement-Funktion dem Aufsichtsrat unabhängig von der Geschäftsleitung gegebenenfalls direkt Bericht erstattet und gegenüber dem Aufsichtsrat allenfalls Besorgnis äußern und in warnen kann, wenn sich bestimmte riskante Entwicklungen auf das Institut auswirken.

Dies hat der österreichische Gesetzgeber nicht umgesetzt. Die österreichische Umsetzung ist auch insofern mangelhaft als nach der CRD IV an der Spitze der Risikomanagementfunktion ein unabhängiges Mitglied der Geschäftsleitung stehen soll, das eigens für diese Funktion zuständig ist. Nur wenn Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte die Benennung einer eigenen Person nur für diesen Zweck nicht rechtfertigen, kann eine andere Führungskraft diese Funktion wahrnehmen, sofern kein Interessenkonflikt besteht.[28] Der österreichische Gesetzgeber hat die Risikomanagementfunktion hingegen auf der zweiten Führungsebene, und nicht bei der Geschäftsleitung angesiedelt. Es fehlt im österreichischen Recht auch die in der CRD IV vorgesehene Möglichkeit der Risikomanagementabteilung, bei Bedarf direkt den Aufsichtsrat zu kontaktieren.

8. Neuerungen in der Vergütungspolitik

Bezüglich der Vergütungspolitik gab es erste Anpassungen schon mit Umsetzung von „Basel II plus“, also mit dem ersten Teil der CRD III-Umsetzung mit BGBl 2010/118. Die CRD IV hat die Regelungen über die Vergütungspolitik nochmals geschärft. Dieses Thema war im Übrigen einer der am längsten strittigen Punkte, der den Fahrplan für die Basel III-Umsetzung beträchtlich verzögert hat.

Nunmehr wird in der Anlage zu § 39 BWG vorgesehen, dass die variable Gehaltskomponente von Kreditinstitutsmitarbeitern die fixe Komponente grundsätzlich nicht übersteigen

[27] Vgl § 39 Abs 5 BWG.
[28] Vgl Art 76 Abs 5 CRD IV.

darf.[29] Damit wird die bereits bisher bestehende allgemeine Verpflichtung zur Festlegung eines angemessenen Verhältnisses zwischen fixer und variabler Vergütung durch konkrete Maximalverhältnisse ergänzt. Ausnahmsweise darf die variable Komponente bis zum 2-fachen der Fixkomponente ausmachen, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss vorliegt, wobei 50 % des Kapitals anwesend sein müssen und 66 % für eine derartige Gehaltsregelung stimmen. Es ist zudem erforderlich, dass eine derartige Regelung auf einer Empfehlung der Geschäftsleitung des Kreditinstitutes samt Darlegung der Gründe, des Umfangs und der Auswirkungen auf die Eigenmittelsituation des Kreditinstitutes basiert. Das Kreditinstitut ist zudem verpflichtet, vorab die entsprechende Empfehlung an die Hauptversammlung bzw Gesellschafter und unverzüglich nach Beschlussfassung den tatsächlichen HV- bzw Gesellschafterbeschluss der FMA anzuzeigen. Durch die Meldepflichten soll die FMA Informationen über Beschlüsse zur Erhöhung der variablen Vergütungskomponente systematisch sammeln, analysieren sowie jährlich an die EBA übermitteln.[30] Die Entscheidungskompetenz für eine zulässige Erhöhung variabler Gehaltsanteile liegt somit bei den Anteilseignern des Instituts. Durch die verhältnismäßige Begrenzung variabler Vergütungskomponenten soll das Eingehen exzessiver Risiken, die in der Vergangenheit mitverantwortlich für finanzielle Schwierigkeiten zahlreicher Kreditinstitute waren, wirksam verhindert werden.[31]

Umgesetzt wird auch die Verpflichtung, in der Vergütungspolitik zwischen Kriterien zur Festlegung der fixen und variablen Vergütungskomponente zu unterscheiden. Für die fixe Vergütungskomponente sollen einschlägige berufliche Erfahrung und die konkret ausgeführte Tätigkeit in der Organisationsstruktur als Kriterien herangezogen werden. Die variable Vergütungskomponente soll hingegen auf Basis nachhaltiger und risikoangepasster Leistungen sowie Leistungen, welche über die vorgegebenen Leistungsziele hinausgehen, festgelegt werden.[32]

9. Whistleblowing

Neu ist auch die Verpflichtung zur Einführung von sog „Whistleblowing"-Stellen.[33] Darunter versteht man allgemein Hinweisgebersysteme, die es Personen (Mitarbeitern von Kreditinstituten und Dritten) ermöglichen, Verstöße oder den Verdacht von Verstößen gegen bestimmte Vorschriften intern und extern zu melden.[34]

Nach § 99 BWG betrifft dies einerseits institutsinterne Stellen. Andererseits muss auch die FMA wirksame Mechanismen einrichten, die dazu ermutigen, relevante Gesetzesverstöße oder den Verdacht von Verstößen der FMA anzuzeigen. Auf die intern einzurichtenden und bei der FMA anzusiedelnde Whistleblower-Stelle wird in der Folge näher eingegangen. Der guten Ordnung halber sei angemerkt, dass das Gesetz den Begriff „Whistleblowing", der im Übrigen kein Rechtsgriff ist, nicht verwendet. Dennoch hat sich für derartige Verfahren dieser „Modebegriff" eingebürgert.

---

29 Vgl Anlage zu § 39 BWG Z 8a.
30 Vgl Anlage zu § 39 BWG Z 8b.
31 Vgl EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 67.
32 Vgl Anlage zu § 39 BWG Z 6a.
33 Vgl § 99g BWG. Zu verschiedenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Whistleblowing siehe etwa *Spring*, „Whistleblowing" – „Verpfeif"-Maßnahmen aus datenschutzrechtlicher Sicht, ecolex 2007, 139; *Kittelberger*, External Reporting als Pflicht zum Whistleblowing? ÖBA 2007, 90; *Hauser*, Das Bild von Whistleblowing in der österreichischen Versicherungswirtschaft, ÖBA 2009, 497; *Leissler*, „Whistleblowing" in Österreich – die ersten Schritte, ecolex 2009, 361; *Aschauer*, Whistleblowing im Arbeitsrecht (2012); *Gerhartl*, Betriebsvereinbarung über Whistleblowing-Hotline, jusIT 2013, 212; *Knyrim/Riedl*, Erfordernis einer Betriebsvereinbarung bei Genehmigung eines Hinweisgebersystems bei der Datenschutzkommission, DRdA 2013, 350.
34 Zu einer allgemeinen Begriffsdefinition siehe *Glaser/Kommenda*, Whistleblowing in Österreich – Gefahren, Probleme und Lösungsmöglichkeiten, JRP 2012, 207.

9.1. Institutsinterne Whistleblowing-Stelle

Gemäß § 99g Abs 1 BWG müssen Kreditinstitute ab 1. 1. 2014 über angemessene Verfahren verfügen, die es ihren Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglichen, betriebsinterne Verstöße gegen die in § 70 Abs 4 BWG angeführten Bundesgesetze an eine geeignete Stelle zu melden. Die Verpflichtung gilt auch für die Verletzung von Verordnungen oder Bescheiden, die auf Grund dieser Bundesgesetze erlassen wurden oder wegen Verletzungen der Bestimmungen der CRR oder eines auf Basis dieser Verordnung erlassenen Bescheides. Mit der gewählten Formulierung wird weit über den Anwendungsbereich der CRD IV hinausgegangen. Nach Art 71 der CRD IV müssen die Mitgliedstaaten nämlich (nur) sicherstellen, dass die zuständigen Behörden und die Institute wirksame und verlässliche Mechanismen schaffen, um die Meldung von drohenden oder tatsächlichen Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der CRD IV und der CRR zu ermöglichen. Mit dem Verweis auf „die in § 70 Abs 4 angeführten Bundesgesetze" muss die nach § 99g BWG einzurichtende Hinweisgeberstelle aber auch Verletzungen nach dem Sparkassengesetz, Bausparkassengesetz, Hypothekenbankgesetz, Pfandbriefgesetz, Bankschuldverschreibungsgesetz, Investmentfondsgesetzes 2011, Depotgesetzes, E-Geldgesetzes 2010, BMSVG, Immobilien-Investmentfondsgesetzes, Finanzkonglomerategesetz sowie dem Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz bzw auf deren Basis erlassener Verordnungen und Bescheide umfassen. Damit kommt es zu einem beträchtlichen, mE unnötigen „Gold Plating" durch den österreichischen Gesetzgeber.

Bei der Einführung derartiger Mechanismen ist zumindest Folgendes zu bedenken:

- Es müssen spezielle Verfahren für den Empfang der Meldungen über Verstöße und deren Weiterverfolgung eingerichtet werden.
- Es muss ein angemessener Schutz für Bankmitarbeiter zumindest vor Vergeltungsmaßnahmen, Diskriminierung oder anderen Arten von Mobbing errichtet werden, die Verstöße innerhalb ihres Instituts melden.
- Die Kreditinstitute haben den Schutz personenbezogener Daten gemäß den Grundsätzen der Richtlinie 95/46/EG sowohl für die Person, die die Verstöße anzeigt, als auch für die natürliche Person, die mutmaßlich für einen Verstoß verantwortlich ist, zu wahren.
- Es sind klare Regeln festzulegen, um die Geheimhaltung der Identität der Person zu gewährleisten, die einen Verstoß anzeigt. Ein derartiger Schutz muss nicht gewährleistet werden, soweit die Offenlegung der Identität im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen, gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahrens zwingend zu erfolgen hat.

Die geeignete Stelle zur Entgegennahme von Hinweisen ist durch die Geschäftsleitung festzulegen. Sie sollte zur Vermeidung von Interessenskonflikten auch außerhalb der standardisierten Berichtslinien eingerichtet werden.[35] Geeignet erscheinen die Compliance-Funktion, die Innenrevision ebenso wie eine eigens eingerichtete interne Stelle. In Betracht kommt auch eine externe Stelle, bspw bei einem übergeordneten Kreditinstitut oder in einer Zentralstelle des Sektors. Es erscheint ebenso zulässig, die Whistleblowing-Stelle an einen externen Dienstleister auszulagern, etwa einen Rechtsanwalt.[36]

Mit dem Whistleblowing sind zahlreiche rechtliche Probleme verbunden, va den Schutz des Whistleblowers als auch die „verratenen" Personen betreffend, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Es geht va um strafrechtliche, arbeitsrechtliche, datenschutzrechtliche

[35] Siehe EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 64, mit Verweis auf die EBA-Leitlinien zur Internen Governance (GL 44), 22 (Pkt 17.2).

[36] Die EBRV nennen die Möglichkeit der Auslagerung an ein übergeordnetes KI oder eine Zentralstelle des Sektors nur demonstrativ (EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 64). Andere externe Stellen werden nicht ausgeschlossen. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Regelungen zur Auslagerungen von Betriebstätigkeiten erscheint die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle bei einem externen Dienstleister daher zulässig.

und auch zivilrechtliche Fragestellungen.[37] Entscheidend für den Erfolg des Whistleblowing wird der äußerst sorgsame Umgang mit Hinweisen sein, die über derartige Systeme eingehen. Whistleblowing-Systeme könnten nämlich auch gezielt dazu ausgenützt werden, absichtlich oder zumindest wissentlich Falschmeldungen über Kreditinstitute oder deren Mitarbeiter zu verbreiten. Dabei könnte unter dem Deckmantel der Verschwiegenheit versucht werden, eigene Ziele voranzutreiben. Es sollte auch nicht vergessen werden, dass Whistleblowing-Stellen dazu beitragen könnten, das Betriebsklima in Unternehmen zu vergiften bzw ein von Misstrauen geprägtes Arbeitsklima zu schaffen. Dies gilt es mE jedenfalls zu vermeiden. Die Einrichtung von Whistleblowing-Stellen sollte daher auch von Schulungen für Mitarbeiter begleitet werden, in denen auf den „richtigen" Umgang damit und die rechtlichen Fallen (va straf-, arbeits- und schadenersatzrechtliche Nachteile) hingewiesen wird.

9.2. Whistleblowing-Stelle der FMA

Gemäß § 99g Abs 2 BWG hat auch die FMA über wirksame Mechanismen zu verfügen, die dazu ermutigen, Verstöße oder den Verdacht eines Verstoßes gegen die Bestimmungen der in § 70 Abs 4 angeführten Bundesgesetze, gegen auf Grund dieser Bundesgesetze erlassene Verordnungen oder Bescheide, gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr 575/2013 oder eines auf Basis dieser Verordnung erlassenen Bescheides anzuzeigen.

Die FMA wird die sie treffende Verpflichtung zunächst dadurch umsetzen, dass mit 1. 1. 2014 eine telefonische „Whistleblower-Hotline" der FMA frei geschalten wird.[38] Sie bietet Personen, die von einem Verstoß gegen ein der FMA zur Aufsicht übertragenes Gesetz Kenntnis haben oder diesbezüglich einen begründeten Verdacht hegen, die Möglichkeit, der Behörde anonym und nicht rückverfolgbar einen entsprechenden Hinweis mitzuteilen. Dieses Angebot richtet sich primär an Mitarbeiter von beaufsichtigten Unternehmen wie Banken, Versicherungen, Pensionskassen und Wertpapierfirmen. Die FMA hat aber betont, dass auch alle anderen Personen, die von Missständen und Verwaltungsübertretungen am Finanz- und Kapitalmarkt Kenntnis erlangt haben, diese Hotline nutzen können.[39] Somit führt die FMA aus Anlass der Verpflichtung zur Umsetzung des § 99g Abs 2 BWG – ohne entsprechende gesetzliche Grundlage – ein Whistleblowing-System ein, das alle der FMA unterliegenden Aufsichtsbereiche umfasst.

Ab 1. 2. 2014 soll die telefonische Hotline um ein IT-gestütztes Hinweisgebersystem erweitert, welches über die Website der FMA zugänglich sein wird. Den anonymen Hinweisgebern soll durch den Einsatz moderner Sicherheits- und Verschlüsselungstechniken eines datenschutzzertifizierten Hinweisgebersystems höchstmögliche Datensicherheit und Vertraulichkeit garantiert werden. Über diese Plattform soll auch ein anonymer Dialog mit den Hinweisgebern zur weiteren Abklärung der Informationen möglich sein. Nach den dem Autor dieses Beitrages vorliegenden Informationen wird jenes IT-System zum Einsatz kommen, das die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft seit März 2013 in Betrieb hat.[40]

10. Exkurs: Neuerungen bei Sanktionen

Obwohl nicht Teil der Corporate Governance-Regelungen, wird abschließend und zur Abrundung kurz auf die Änderungen im Sanktionsregime, die mit Umsetzung der CRD IV in

---

37 Siehe zu einem allgemeinen Problemaufriss wiederum *Glaser/Kommenda*, Whistleblowing, aaO.

38 Die „Whistleblower-Hotline" ist unter der Telefonnummer 0800/249 900 erreichbar.

39 *FMA*, Pressemitteilung v 2. 1. 2014 „Österreichs Finanzmarktaufsichtsbehörde FMA schaltet Whistleblower-Hotline frei", abrufbar auf www.fma.gv.at (Stand 10. 1. 2014).

40 Siehe dazu https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=1at21&language=ger (Stand 28. 1. 2014).

Kraft treten, hingewiesen. Für bestimmte Verwaltungsstrafdelikte betragen die Höchstgrenzen für Verwaltungsstrafen ab 1. 1. 2014 EUR 5 Mio bzw bis zum 2-fachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, sofern dieser festgestellt werden kann. Dies betrifft va folgende Verwaltungsstraftatbestände:[41]

- den unerlaubten Betrieb von Bankgeschäften,
- die wiederholte oder kontinuierliche Verletzung der Verpflichtung zum Halten ausreichender liquider Aktiva,
- das Eingehen von Großkrediten über den zulässigen Obergrenzen, die Leistung von Zahlungen an Inhaber von Eigenmittelinstrumenten entgegen den Ausschüttungsbeschränkungen nach § 24 BWG,
- die Erschleichung bzw Herbeiführung einer Bankkonzession durch unrichtige Angaben oder durch täuschende Handlungen oder anderweitig, und schließlich
- die Verletzung des § 39 BWG oder einer aufgrund § 39 Abs 4 BWG erlassenen Verordnung.

Wichtig ist, dass somit Verletzungen des in der Bankpraxis wichtigen § 39 BWG seit 1. 1. 2014 mit hohen Verwaltungsstrafen sanktioniert sind. Umso wichtiger ist der Hinweis auf die im neu eingefügten § 99e BWG festgelegten Strafbemessungskriterien, die die FMA bei der Festsetzung der Art der Sanktion oder Maßnahme wegen Verstößen gegen die Bestimmungen der in § 70 Abs 4 BWG angeführten Bundesgesetze und auf dessen Basis erlassenen Verordnungen oder Bescheide oder Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr 575/2013 sowie bei der Bemessung der Höhe einer Geldstrafe zu berücksichtigen hat.

Derart hohe Verwaltungsstrafen scheinen mir vor dem Hintergrund des Art 91 B-VG verfassungsrechtlich bedenklich. Nach einer Entscheidung des VfGH aus dem Jahr 1995 fiel etwa eine Strafdrohung von 2 Mio Schilling in den umschriebenen Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit; die entsprechende Strafnorm des Wiener Baumschutzgesetzes wurde als verfassungswidrig aufgehoben.[42] Der Gesetzgeber hält selbst fest, dass der Bestand der neuen, hohen Strafdrohungen in § 98 BWG wegen Art 91 B-VG und der dazu ergangenen VfGH-Judikatur verfassungsrechtlich abzusichern wäre.[43] Zu einem Verfassungsgesetz ist es jedoch mangels Zustimmung der österreichischen Oppositionsparteien bis dato nicht gekommen.

Vereinzelt kommt es auch zu Erleichterungen für Kreditinstitute. Nach § 98 Abs 6 BWG hat die FMA nämlich von der Einleitung und Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens in Bezug auf einige Sachverhalte von untergeordneter Wichtigkeit abzusehen, wenn die nicht ordnungsgemäß erstattete Anzeige nachgeholt wurde, bevor die FMA oder die OeNB Kenntnis von dieser Übertretung erlangt hat.[44] Dies entspricht im Wesentlichen der strafbefreienden Wirkung von Selbstanzeigen nach dem Finanzstrafrecht.

Eine weitere (theoretische) Erleichterung zeichnet sich bei der sogenannten Doppelbestrafung ab. Derzeit hat die FMA bei Verwaltungsübertretungen durch die jeweilige juristische

---

41 Vgl § 98 Abs 1 und 5 BWG.

42 Vgl VfGH vom 29. 11. 1995, G 115/93.

43 Vgl EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 62.

44 Dies betrifft etwa Verletzungen der Verpflichtung zur Anzeige von Änderungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Tätigwerden österr Kreditinstitute (§ 10 Abs 5 und 6), von relevanten Änderungen qualifizierter Beteiligungen am Kreditinstitut (§ 20 Abs 3 BWG), der Wiederwahl des Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 28a Abs 4), von Satzungsänderungen (§ 73 Abs 1 Z 1), die Eröffnung, Verlegung, Schließung oder vorübergehende Einstellung des Geschäftsbetriebs der Hauptniederlassung (§ 73 Abs 1 Z 4) und jede Erweiterung des Geschäftsgegenstandes (Z 7), der Wiederernennung derselben Person als Aufsichtsratsmitglied (§ 73 Abs 1 Z 8), die Bestellung des Verantwortlichen für die Interne Revision sowie Änderungen in der Person (§ 73 Abs 1 Z 11) und Änderungen der Identität, Adresse oder Sitz von Agenten (Z 14) sowie des § 73 Abs 2 (Anzeige von Repräsentanzen).

Person die Verantwortlichen gemäß § 9 VStG zu bestrafen.[45] Künftig kann die FMA in Bezug auf Verstöße gegen die in § 98 Abs 1, Abs 2 Z 7 und 11, Abs 5, Abs 5a oder § 99 Abs 1 Z 3 oder 4 BWG angeführten Verpflichtungen Geldstrafen gegen juristische Personen verhängen, wenn Personen, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person, der Befugnis Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person innehaben.[46] Juristische Personen können wegen solcher Verstößen auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine davor genannte Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat.[47] Die Geldstrafe beträgt bis zu 10 % des jährlichen Gesamtnettoumsatzes oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt.[48] Die mögliche Erleichterung für Organwalter besteht künftig darin, dass die FMA von der Bestrafung eines Verantwortlichen nach § 9 VStG absehen kann, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wurde und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen. Diesbezüglich räumt der Gesetzgeber der FMA einen Ermessensspielraum ein. Aufgrund der Verwendung des Wortes „kann" bleibt ein Risiko, dass die FMA von ihrem Ermessen nicht Gebrauch macht und es zu einer Doppelbestrafung der Verantwortlichen nach § 9 VStG und dem Kreditinstitut kommt.

Zu einer beträchtlichen Verschärfung des Sanktionsregimes führt sicherlich die künftige Möglichkeit der FMA, Verstöße gegen bestimmte Vorschriften nach § 99c BWG zu veröffentlichen. Demnach kann die FMA den Namen der Person, des Kreditinstitutes, etc bei bestimmten Verstößen unter Anführung des begangenen Verstoßes bekannt machen, sofern eine solche Bekanntgabe die Stabilität der Finanzmärkte nicht ernstlich gefährdet oder den Beteiligten keinen unverhältnismäßig hohen Schaden zufügt.[49] Dies betrifft folgende Verstöße: unerlaubter Betrieb von Bankgeschäften, Verletzung von Anzeigeverpflichtungen, Verstoß gegen Liquiditätsvorschriften, Verstoß gegen die Großkreditgrenzen, Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 39 BWG und wenn eine Konzession durch Erteilung unrichtiger Angaben erschlichen wurde. Beim Veröffentlichungsrecht handelt es sich wiederum um eine Ermessenentscheidung der FMA. Sie hat vor Veröffentlichung eine entsprechende Interessensabwägung durchzuführen.

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen wegen bestimmten Verstößen hat die FMA hingegen zu veröffentlichen.[50] Ein Ermessen besteht dann nicht. Dabei hat die FMA sowohl die Identität der sanktionierten Person und Informationen zu Art und Charakter des zugrunde liegenden Verstoßes umgehend im Internet bekannt zu machen. Dies betrifft ua Verstöße wegen unerlaubten Betriebs, Verletzung des § 39 oder Verstößen gegen die Großkreditgrenzen.[51] Die Bekanntgabe derartiger Geldstrafen hat nur dann auf anonymer Basis zu erfolgen, wenn

---

45 Sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, ist folglich strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Strafen treffen dzt regelmäßig die Geschäftsleiter von Kreditinstituten, vgl etwa *Öhlinger* in *Dellinger,* BWG § 98 Rz 6 ff.

46 Vgl § 99d Abs 1 BWG. Dies gilt, wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

47 So ausdrücklich § 99d Abs 2 BWG.

48 Vgl § 99d Abs 3 BWG. Der Gesamtnettoumsatz ist nach § 99d Abs 4 BWG zu berechnen. Es ist im Wesentlichen der Gesamtbetrag aller Betriebserträge abzüglich der Aufwendungen nach Anlage 2 zu § 43 BWG.

49 Siehe § 99c Abs 1 BWG.

50 Vgl § 99c Abs 2 BWG.

51 Vgl zur vollständigen Liste an betroffenen Verwaltungsstraftatbeständen § 99c Abs 2 BWG.

- eine namentliche Bekanntgabe einer sanktionierten natürlichen Person unverhältnismäßig wäre, oder
- die Stabilität der Finanzmärkte eines Mitgliedstaates oder mehrere Mitgliedstaaten der Europäischen Union gefährden würde, oder
- die Durchführung laufender strafrechtlicher Ermittlungen gefährden würde,
- oder den Beteiligten einen unverhältnismäßig hohen Schaden zufügen würde, sofern sich ein solcher ermitteln lässt.

Die FMA kann hingegen von der Vornahme einer anonymen Veröffentlichung absehen und die Sanktion bekannt machen, wenn davon auszugehen ist, dass die Gründe für eine anonyme Veröffentlichung in absehbarerer Zeit nicht mehr vorliegen werden.[52] Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat sich dabei an den bereits bestehenden Beispielen in verschiedenen Aufsichtsgesetzen, etwa § 94 Abs 4 WAG, zu orientieren.[53]

Für die Praxis sehr relevant und aus rechtsstaatlicher Sicht zu kritisieren ist in diesem Zusammenhang, dass eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Veröffentlichung durch die FMA nach dem § 99c Abs 1 und 2 BWG nur im Nachhinein erfolgen kann.[54] Dies kann naturgemäß in der Zwischenzeit zu einem beträchtlichen, irreversiblen Reputations- und wirtschaftlichen Schaden für das Institut führen. Der Spruch „Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert." kommt sicherlich nicht zum Tragen. Ganz im Gegenteil, ist eine Person oder ein Institut einmal öffentlich punziert, lässt sich verlorenen gegangenes Vertrauen der Kunden nicht oder nur sehr schwer wieder zurück gewinnen. Es ist mE fraglich, ob die Kundmachungsbefugnis der FMA verfassungskonform ist. Dem Betroffenen wird vor Veröffentlichung weder ein Recht zur Stellungnahme eingeräumt, noch ergeht über die Veröffentlichung ein gesonderter Bescheid, sodass kein sonstiger Rechtsbehelf offensteht.[55]

---

52 Vgl § 99c Abs 3 letzter Satz BWG.
53 Siehe EBRV 2438 BlgNR 24. GP, 63.
54 Vgl § 99c Abs 4 BWG, der sich an § 22c Abs 2 FMABG orientiert.
55 Vgl zur mE zu Recht ergangenen Kritik zum vergleichbaren § 22c FMABG Kritik *Ennöckl* in *Gruber/N. Raschauer*, Kommentar zum WAG 2007 § 22c FMABG Rz 9.

Das Zusammenspiel von EZB, EBA und nationaler Finanzmarktaufsicht im einheitlichen Aufsichtsmechanismus

Sergio Materazzi

Gliederung

1. Einleitung 27
2. Verhältnis EZB – nationale Behörden: Überblick zur Aufgabenteilung im SSM 28
3. Das für die EZB anwendbare Recht – Inversion der Prinzipien europäischer Normsetzung und dezentralen Vollzugs 29
4. Rechtsschutz im SSM – Abgrenzung europäischer und innerstaatlicher Zuständigkeit 31
5. Verhältnis EBA – EZB, oder: die EZB als Bankaufsichtsbehörde im EU-Binnenmarkt – „nur" eine Vollzugsbehörde oder neuer Normsetzer der Eurozone? 31
6. Resümee 34

1. Einleitung

Die Metapher *The dog and the frisbee* ist ebenso einfach wie verführerisch: Die Flugbahn eines Frisbees wird von komplexen physikalischen und atmosphärischen Faktoren bestimmt. Dennoch ist es Hunden auch ohne Promotion in naturwissenschaftlichen Fächern möglich, Frisbees zu fangen. Wer hingegen die Flugbahn unter Anwendung des newtonschen Gravitationsgesetzes berechnet, um den Frisbee zu fangen, wird ihn verfehlen. *Andrew Haldane*, Leiter des Bereichs Finanzmarktstabilität der britischen Zentralbank, hat sich dieser Metapher bedient, um Kritik an einer überschießenden Komplexität der neuen globalen Finanzmarktregulierung zu üben, und ist damit in Finanzmarktkreisen auf große Resonanz gestoßen.[1] Ebenso wie eine Frisbee-Scheibe, müsse laut *Haldane* die Komplexität am Finanzmarkt von ihrem *watchdog* durch einfache Regeln und Methoden eingefangen werden. Komplexe Regulierung sei dazu nicht in der Lage, denn Komplexität könne nicht mit Komplexität bekämpft werden.[2]

Das Urteil über die Stichhaltigkeit der *Haldane*'schen Kritik an regulatorischer Komplexität im Allgemeinen und dem Basel III-Regelwerk im Besonderen wird der Ursachenforschung zukünftiger Finanzkrisen überlassen sein.[3] Dennoch ist nicht zu verleugnen, dass Finanzmarktregulierung nicht nur rein quantitativ zugenommen, sondern angesichts der Vielfalt der regulatorischen Handlungsformen und Multiplikation der institutionellen Akteure der Finanzmarkaufsicht auf globaler und europäischer Ebene auch qualitativ an Komplexität gewonnen hat. Jüngstes Beispiel regulatorischer Innovation im europäischen Aufsichtsrecht ist die Schaffung

---

1 *Haldane*, The dog and the frisbee, Rede vom 31. 8. 2012 (Jackson Hole), abrufbar unter http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/speeches/2012/speech596.pdf, 1.

2 Ebd, 24; konkret übt *Haldane* Kritik an Primat und Komplexität der Risikogewichtung von Bankaktiva im Basel III-Regelwerk und fordert eine Rückbesinnung zu einfachen, robusten Regeln wie jener der (ungewichteten) *Leverage-Ratio*. Zu Letzterer siehe den Beitrag von *Stern* in diesem Band.

3 Der Komplexitätsthese kann etwa der Einwand entgegen gehalten werden, selbst teilweise auf simplistischen Annahmen zu beruhen. In diesem Sinne äußerte sich der aktuelle Gouverneurs der britischen Zentralbank *Mark Carney*, abrufbar unter http://www.euromoney.com/Article/3098264/Canadas-Carney-Finances-new-statesman.html?single=true: „*Carney is riled by Haldane's speech, which has made waves in the financial and policy community, serving as a laissez-faire call to arms for bankers, who are struggling to find their voice on the international stage. Carney says: „Is the basic point that one would want institutions to have these measures buttressed by relatively simple checks? Yes – and that will influence shadow-banking reform efforts, especially. Basle I was simple and it drove us off a cliff. Andrew Haldane's conclusion is not supported by the proper understanding of the facts"*."

eines *einheitlichen Aufsichtsmechanismus – Single Supervisory Mechanism (SSM)* mittels EU-Verordnung (iF SSM-VO),[4] mit dem die Europäische Zentralbank (EZB) in den Kreis der für die Bankenaufsicht zuständigen Aufsichtsbehörden der Eurozone tritt. Die SSM-VO ist mit 3. 11. 2013 in Kraft getreten, die EZB übernimmt ab dem 4. 11. 2014 vollumfänglich die ihr im SSM übertragenen Aufgaben der prudenziellen Bankenaufsicht.[5] Der SSM ist als erste Säule der Bankenunion[6] ein institutioneller Quantensprung für die Europäisierung operativer Aufsicht über europäische Bankengruppen, der zahlreiche Themenstellungen auch rechtlicher Natur für die Rechtsanwender – in erster Linie Banken, nationale Aufsichtsbehörden und Gerichte – aufwirft. Im vorliegenden Beitrag werden mit dem SSM verbundene Fragen selektiv mit dem Ziel untersucht, einen Teil des neuen Dickichts rechtlicher Themenstellungen komplexitätsreduzierend auszuleuchten. Im ersten Abschnitt wird die Aufgabenteilung zwischen EZB und nationalen Behörden für ein besseres Verständnis der Architektur des SSM überblicksartig dargestellt. Der zweite und dritte Abschnitt widmen sich den Rechtsquellen für den unmittelbaren Vollzug durch die EZB sowie dem Rechtsschutz im SSM. Im vierten Abschnitt wird schließlich die Frage erörtert, wie sich die EZB als neuer institutioneller Akteur in das Mehrebenensystem der EU-Finanzaufsicht, dem *European System of Financial Supervision (EFSF)*,[7] einfügt. Ist sie „bloß" Vollzugsbehörde oder darüber hinaus auch materieller Normsetzer? Welche Rolle kommt ihr im Verhältnis zur Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) zu?

2. Verhältnis EZB – nationale Behörden: Überblick zur Aufgabenteilung im SSM

Mit dem SSM entsteht ein System supranationaler Bankenaufsicht, das die EZB und die auf nationaler Ebene zuständigen Bankaufsichtsbehörden der teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten (MS) umfasst. Zu Letzteren zählen die MS des Euro-Währungsgebiets sowie sonstige MS, welche sich gem Art 7 SSM-VO zu einer „engen Zusammenarbeit" entscheiden. Dem SSM unterliegen sämtliche in den teilnehmenden MS konzessionierten Kreditinstitute im Sinne des Art 4 Abs 1 Nr 1 CRR (persönlicher Geltungsbereich).[8] Die Zusammenarbeit und Aufgabenteilung zwischen EZB und nationalen Behörden ist vorwiegend im Art 6 SSM-VO einschließlich der bis spätestens 4. 5. 2014 zu veröffentlichenden SSM-Rahmenverordnung[9] der EZB geregelt. Für die Intensität der Wahrnehmung der gem Art 4 Abs 1 SSM-VO der EZB übertragenen Aufgaben der prudenziellen Aufsicht (sachlicher Geltungsbereich – im Wesentlichen der Voll-

4 Verordnung (EU) Nr 1024/2013 des Rates v 15. 10. 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben in Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank ABl 2013 L 287/63.

5 S Art 4 Abs 1 SSM-VO.

6 Zum Gesamtkonzept siehe http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-57_en.htm?locale=en; als zweite Säule soll ein einheitlicher Abwicklungsmechanismus fungieren, siehe den entsprechenden Vorschlag einer Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Bankenabwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates, COM/2013/0520fin; die dritte Säule würde eine gemeinsame Einlagensicherung vorsehen, eine solche ist aktuell jedoch aus unterschiedlichen Gründen nicht auf der Agenda der Legislativvorhaben der EU.

7 S http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/.

8 Darüber hinaus werden auch Finanzholdinggesellschaften und gemischte Finanzholdinggesellschaften im SSM beaufsichtigt, s den Sammelbegriff des „beaufsichtigten Unternehmens" in Art 2 Z 20 des Entwurfs der SSM-Rahmenverordnung (FN 9). Im Folgenden wird vereinfachend für alle im SSM beaufsichtigten Unternehmen der Begriff des Kreditinstituts bzw Instituts verwendet.

9 Art 6 Abs 7 iVm Art 33 Abs 1 SSM-VO; s den zum Zeitpunkt dieses Beitrags öffentlich konsultierten Entwurf der VO, abrufbar unter http://www.ecb.europa.eu/ssm/consultations/html/framework.de.html.

zug der CRR und CRD IV-RL)[10] ist die Einstufung eines Kreditinstituts als „bedeutend" oder „weniger bedeutend" ausschlaggebend.[11] „Bedeutende" (engl *significant*) Institute werden von der EZB direkt beaufsichtigt. In Bezug auf diese Institute ist die EZB für alle rechtlich verbindlichen Entscheidungen verantwortlich. Die nationalen Behörden unterstützen die EZB bei Wahrnehmung dieser Aufgaben, etwa durch die Vorbereitung von Entscheidungsentwürfen, und folgen den Anweisungen der EZB.[12] Ob ein KI bedeutend ist oder nicht, richtet sich nach den (vorwiegend) quantitativen und qualitativen Kriterien gem Art 6 Abs 4 SSM-VO[13] und insbesondere ihrer näheren Konkretisierung durch die SSM-Rahmenverordnung.[14] Bei „weniger bedeutenden" Instituten ist die Aufsicht innerhalb des SSM nahezu vollständig dezentralisiert: Die nationalen Behörden sind weiterhin für die Wahrnehmung aller Aufsichtsaufgaben einschließlich rechtlich verbindlicher Maßnahmen unmittelbar selbst verantwortlich.[15] Die EZB verfügt jedoch auch in Bezug auf diese Institute Eingriffsrechte zur Wahrung der Kohärenz des Gesamtsystems. Diese umfassen ua Informations- und Meldepflichten der nationalen Behörden sowie das Recht der EZB, jederzeit eigeninitiativ weniger bedeutende Institute zwecks „Sicherstellung der kohärenten Anwendung hoher Aufsichtsstandards" in ihren direkten Aufsichtsbereich überzuführen.[16] Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Unterscheidung zwischen „bedeutenden" und „weniger bedeutenden" Instituten gem Art 5 der SSM-VO keine Anwendung auf makroprudenzielle Aufgaben und Instrumente[17] findet. Solche Instrumente können in einem System paralleler Aufgabenwahrnehmung sowohl durch nationale Behörden als auch durch die EZB gegenüber sämtlichen Instituten eines SSM-Mitgliedstaats ausgeübt werden, wobei die makroprudenziellen Befugnisse der EZB auf das im Unionsrecht vorgesehene Instrumentarium beschränkt sind.[18]

3. Das für die EZB anwendbare Recht – Inversion der Prinzipien europäischer Normsetzung und dezentralen Vollzugs

Gem Art 4 Abs 3 SSM-VO Satz 1 wendet die EZB das „einschlägige Unionsrecht" an. Davon umfasst sind zunächst unmittelbar anwendbare EU-Verordnungen wie die SSM-VO selbst

---

10 Verordnung (EU) Nr 575/2013 v 27. 6. 2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 646/2012 ABl 2013 L 176/01 (CRR); Richtlinie (EU) Nr 36/2013 v 27. 6. 2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG ABl 2013 L 176/338 (CRD IV-RL); darüber hinaus werden der EZB mit Art 4 Abs 1 lit i SSM-VO auch Aufgaben in Bezug auf Sanierungspläne und Frühintervention bei finanzieller Schieflage, jedoch unter Ausschluss von Abwicklungsbefugnissen, übertragen.

11 S Art 6 Abs 3 bis 6 SSM-VO.

12 Art 6 Abs 3 SSM-VO.

13 Die Kriterien bezüglich der Einstufung eines KI als „bedeutend" können wie folgt zusammengefasst werden: Gesamtwert der Aktiva übersteigt 30 Mrd EUR („Größenkriterium"); Bedeutung des KI für die Volkswirtschaft des MS und für die EU als Ganzes („Kriterium der wirtschaftlichen Relevanz"); Kriterium grenzüberschreitender Tätigkeit; Beihilfen vom Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) oder der Europäischen Finanzstabilitätsfazilität (EFSF) („Kriterium der direkten öffentlichen finanziellen Unterstützung"); unbeschadet dieser Kriterien jedenfalls aber die drei bedeutendsten KI eines MS („Kriterium der bedeutendsten Kreditinstitute").

14 S Art 39 ff des Entwurfs der SSM-Rahmenverordnung.

15 Art 6 Abs 6 SSM-VO.

16 Art 6 Abs 5 SSM-VO.

17 Beispielsweise antizyklische Kapitalpuffer, Kapitalpuffer für systemrelevante Institute sowie für nicht-zyklische Systemrisiken gem Art 130 ff CRD IV-RL, umgesetzt in § 23a ff BWG; zum institutionellen Rahmen makroprudenzieller Aufsicht s die Empfehlung des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB) zu dem makroprudenziellen Mandat der nationalen Behörden ABl 2012 C 41/1, welche in Österreich mit § 13 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz als Finanzmarkstabilitätsgremium umgesetzt wurde.

18 Art 5 Abs 2 SSM-VO.

sowie die CRR einschließlich sämtlicher auf Grundlage der Ermächtigungen der CRR/CRD IV-RL als EU-VO im Rahmen der delegierten Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Kommission (KOM) erlassenen tertiärrechtlichen Akte[19]. Sofern neben EU-VO das „einschlägige Unionsrecht" aus Richtlinien besteht, „wendet sie die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Richtlinien umgesetzt wurden". Die EZB hat somit die nationale Umsetzung der CRD IV-RL des für das jeweilige Institut zuständigen Mitgliedstaats anzuwenden, in Österreich somit das Bankwesengesetz (BWG) und Finanzkonglomerategesetz (FKG) sowie die auf deren Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen der Finanzmarktaufsicht (FMA), anzuwenden.[20] Im Rahmen des bekannten „unmittelbaren Vollzugs" von Unionsrecht[21] wird unmittelbar anwendbares Unionsrecht von nationalen Organen unter Anwendung des nationalen Verfahrensrechts vollzogen („Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten"), soweit nicht aus dem Unionsrecht selbst Verfahrensvorschriften ableitbar sind.[22] Dieses Zusammenspiel von harmonisierender Normsetzung in Gestalt unmittelbar anwendbarer EU-VO auf europäischer Ebene und deren Vollzug anhand nationalen Verfahrensrechts auf nationaler Ebene wird durch die SSM-VO nun invertiert: Die EZB vollzieht im SSM (mindestens) 18 nationale Umsetzungen der CRD IV-RL mittels EZB-Beschlüssen – ein zentralisierter Vollzug dezentralen Rechts. Inhalte nationaler Vorschriften und unionsrechtliche Verfahrensvorschriften werden dabei durch EZB-Beschluss gemeinsam vollzogen. Unionsrechtliche Verfahrensvorschriften finden sich maßgeblich in der SSM-VO sowie der zukünftigen SSM-Rahmenverordnung.

Den Unionsgerichten wird zukünftig die Letztentscheidung zukommen, wie die sekundärrechtliche Erweiterung des EU-Rechtsquellenkatalogs um nationales Recht durch Art 4 Abs 3 SSM-V Satz 1 auszulegen und primärrechtlich zu beurteilen ist. Aus Sicht des Autors ist diese Bestimmung rechtsdogmatisch als dynamischer Verweis auf nationales Recht zu werten, durch welchen der Inhalt des nationalen Rechts in Rechtsakte der EZB rezipiert wird, ohne deren unionsrechtliche Qualität zu berühren. Zum einen können weder EU-Organe nationales Recht erzeugen[23] noch nationale Organe Unionsrecht. Zum anderen besteht keine primärrechtskonforme Alternative zur Annahme eines dynamischen Verweises: Der EuGH verfügt über keine Rechtsprechungskompetenz über nationales Recht,[24] weshalb eine Prüfung oder Auslegung nationalen Rechts seine Zuständigkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit unionsrechtlicher Handlungen überschreiten würde.[25] Würde Art 4 Abs 3 SSM-V Satz 1 nicht als dynamischer Verweis, sondern als originäre Vollziehung nationalen Rechts durch die EZB gelesen werden, wären EZB-Beschlüsse in diesen Teilen mangels Rechtsprechungskompetenz keiner gerichtlichen Nachprüfung durch den EuGH mehr zugänglich. Eine solche Lesart wäre sowohl mit dem unionsrechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes[26] im Allgemeinen als auch der Zuständigkeit des EuGH zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit im Rahmen von Nichtigkeitsklagen gem Art 263 Abs 2 AEUV im Besonderen primärrechtlich unvereinbar.

---

19 Das sind von der KOM nach Art 290 und 291 AEUV sowie Art 10 bis 15 EBA-VO erlassenen Akte; zum Begriff des Tertiärrechts s *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013), Art 288 AEUV Rz 31.

20 Mit 1. 1. 2015 werden zusätzlich die nationalen Bestimmungen jenen Teils der Umsetzung der (künftigen) Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, COM/2012/0280fin, durch die EZB zu vollziehen sein, die sich auf Sanierungspläne und Frühintervention bei finanzieller Schieflage eines Instituts beziehen und gem Art 4 Abs 1 lit i SSM-VO zu den Aufgaben der EZB zählen.

21 Dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht (2011)[4], 148 ff.

22 Statt allen *ebd*, 155.

23 Etwa Bescheide nach AVG.

24 *Mayer* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013), Art 19 EUV Rz 48; *Ehricke* in *Streinz*, EUV/AEUV (2012)[2], Art 267 Rz 14.

25 Explizit EuGH, Rs C-50/00 P, *UPA/Rat*, Rz 43.

26 S EuGH, Rs 222/84, *Johnston*, Rz 18; EuGH, Rs C-50/00 P, *UPA/Rat*, Rz 39.

4. Rechtsschutz im SSM – Abgrenzung europäischer und innerstaatlicher Zuständigkeit

Die Unterscheidung zwischen innerstaatlichen Akten der FMA und unionsrechtlichen Akten der EZB ist für das jeweils anwendbare Rechtsschutzsystem einschließlich des normativen Prüfmaßstabs ausschlaggebend. So ist der Gerichtshof der Europäischen Union gem Art 263 AEUV für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit aller Gesetzgebungsakte sowie Handlungen der EZB zwingend zuständig, die – wie an KI gerichtete EZB-Beschlüsse – „verbindliche Rechtswirkungen"[27] erzeugen. Anwendbarer normativer Prüfmaßstab für solche Nichtigkeitsklagen gegen Unionsakte sind die in Art 263 Abs 2 AEUV aufgezählten Nichtigkeitsgründe,[28] welche insbesondere Verstöße gegen primäres, sekundäres und tertiäres Unionsrecht einschließlich der dort kodifizierten Grundrechtecharta und allgemeinen Rechtsgrundsätze umfassen.[29] Das nationale Verfassungsrecht ist hingegen mangels unionsrechtlichen Charakters nicht Teil des Prüfungsmaßstabs. Rechtsschutzsystem und normativer Prüfmaßstab differieren somit in Abhängigkeit davon, ob die EZB oder die nationale Behörde die mit „verbindlichen Rechtswirkungen" ausgestattete finale Vollzugshandlung gegenüber beaufsichtigte Unternehmen setzt, unbeschadet dessen, ob die vorbereitenden Schritte zu dieser Handlung auf europäischer oder nationaler Ebene erfolgen.[30] Dies ergibt sich aus der zwingenden Zuständigkeit zum einen des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Art 263 AEUV für EZB-Beschlüsse sowie zum anderen des Verwaltungsgerichts des Bundes nach Art 131 Abs 2 B-VG (und nachgelagert des VwGH nach Art 133 B-VG bzw des VfGH nach Art 144 B-VG) für FMA-Bescheide. In der Praxis werden die mit der Zuständigkeit des EuGH verbundenen Implikationen[31] speziell für kleine, regionale Banken, die Teil einer signifikanten KI-Gruppe sind und deshalb unmittelbar selbst der direkten Aufsicht der EZB unterliegen sollen,[32] rechtliche und faktische Änderungen für die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes bedeuten.

5. Verhältnis EBA – EZB, oder: die EZB als Bankaufsichtsbehörde im EU-Binnenmarkt – „nur" eine Vollzugsbehörde oder neuer Normsetzer der Eurozone?

Für die Zukunft des EU-Binnenmarkts für Bankdienstleistungen wird die Frage signifikant sein, ob durch den Eintritt des „Schwergewichts" EZB in den Kreis der EU-Bankaufsichtsbehörden der Binnenmarkt regulatorisch und faktisch zwischen SSM-Zone und einer neuen Peripherie nicht am SSM teilnehmender MS fraktioniert wird. Außerhalb der Eurozone stellen insbesondere Großbritannien und Schweden wichtige europäische Finanzzentren, mittel- und osteuropäische MS sind insbesondere für österreichische Bankengruppen von hoher wirtschaftlicher Bedeutung. Die im Folgenden interessierende rechtliche Frage ist, inwiefern – über die neuen supranationalen Vollzugsaufgaben hinausgehend – mit der EZB auch ein neuer

---

27 *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge Kommentar (2012)[6], Art 263 AEUV Rz 10 mN.

28 S *leg cit:* „Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder […] Ermessensmissbrauch".

29 *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblatt Stand 2013), Art 263 AEUV Rz 174.

30 Etwa im Falle der Vorbereitung von Entscheidungsentwürfen durch nationale Behörden für die EZB gemäß Art 6 Abs 3 SSM-V.

31 Beispielsweise besteht im Gegensatz zu Rechtsmitteln beim Verwaltungsgericht des Bundes beim EuGH Anwaltszwang; ein Verfahren vor dem EuGH dürfte auch mit vergleichsweise höheren Kosten verbunden sein.

32 Solche KI sollen gemäß Art 6 Abs 4 SSM-V iVm Art 40 Abs 2 des Entwurfs der SSM-Rahmenverordnung der EZB selbst als bedeutend gelten („Ansteckungseffekt" in der Gruppe) und somit der direkten EZB-Aufsicht unterliegen.

Normsetzer des Bankaufsichtsrechts neben die EBA tritt. An diese primär aus der Blickrichtung der EZB auf die EBA erörterten Frage wird mit einer kurzen Darstellung der rechtlichen Neuerungen für die EBA durch die gemeinsam mit der SSM-VO beschlossenen Änderung der EBA-VO[33] in Blickrichtung der EZB abgeschlossen.

Die kompetenzrechtliche Beziehung der EZB zur EBA ist primär in der SSM-VO selbst geregelt. Die wesentlichen Vorgaben lassen sich Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO entnehmen: Im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben gem SSM-VO ist die EZB demnach befugt, Leitlinien und Empfehlungen herauszugeben und Beschlüsse zu erlassen. Dabei unterliegt sie geltendem Unionsrecht „mit und ohne Gesetzescharakter" einschließlich der tertiärrechtlichen Akte der KOM und den EBA-Leitlinien und Empfehlungen gem Art 16 EBA-VO sowie dem europäischen Aufsichtshandbuch der EBA. Die EZB kann auch (unmittelbar anwendbare) EU-Verordnungen erlassen, „allerdings nur soweit dies für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr durch die vorliegende Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich ist". Die Vorgaben des Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO geben den Willen des Unionsgesetzgebers wieder, zur Wahrung der Integrität des Binnenmarkts und der Gleichbehandlung der MS auch die EZB an die Normsetzung durch die KOM als unionsvertraglich legitimierte Trägerin delegierter Rechtssetzungskompetenz und Wächterin über die Integrität des Binnenmarkts sowie die Normsetzung durch die EBA als unionsweiten Regulator zu binden.[34] Da nicht auf die Rechtsqualität der jeweiligen Akte abgestellt wird, sondern auf die Zuständigkeit von KOM und EBA zur Erlassung dieser Akte, ist Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO nicht Auslegungsregel für allfällige Normkonflikte zwischen Akten der EZB und Akten sonstiger Organe der Union,[35] sondern normiert einen kompetenzrechtlichen Regelungsvorbehalt zugunsten KOM und EBA. Die EZB darf sich daher weder rechtlich verbindlicher noch unverbindlicher Regelungsinstrumente[36] bedienen, die dem materiellen Bankenaufsichtsrecht der Union einschließlich des Inhalts der Regelungsinstrumente der EBA widersprechen würden. Nicht explizit geregelt ist in diesem Zusammenhang, ob eine harmonisierende Normsetzungskompetenz der EZB in Gebieten des materiellen Bankaufsichtsrechts besteht, die noch nicht durch EU-Rechtsakte oder sonstige Standards der EBA vereinheitlicht wurden. Die unionsrechtliche Zuständigkeit zur Harmonisierung des Bankaufsichtsrecht nach Art 114 AEUV ist als Schnittmenge der Rechtsvorschriften für den (Gesamt-)Binnenmarkt zwar keine ausschließliche Zuständigkeit der Union im Sinne des Art 2 Abs 1 iVm Art 3 AEUV, im Rahmen derer die MS keine weiteren Rechtsvorschriften erlassen dürfen, sondern gem Art 2 Abs 1 iVm Art 3 AEUV eine geteilte Zuständigkeit, weshalb bei fehlender Maximalharmonisierung eines Regelungsgebiets eine subsidiäre Zuständigkeit der MS für eine (unionsrechtskonforme) Normsetzung fortbesteht. Diese geteilte Zuständigkeit kann freilich nicht von der EZB in Anspruch genommen werden, da sie weder Trägerin der Binnenmarktkompetenz nach Art 114 AEUV noch der subsidiären nationalen Kompetenz nach Art 2 Abs 2 AEUV ist. Das Fehlen einer allgemeinen Regelungs-

---

[33] Verordnung (EU) Nr 1022/2013 des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 1093/2010 vom 22. 10. 2013 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde) hinsichtlich der Übertragung besonderer Aufgaben auf die Europäische Zentralbank gemäß der Verordnung (EU) Nr 1024/2013.

[34] Ebenso betont Erwägungsgrund 32 SSM-VO, die Zuständigkeit für diese Regelungsinstrumente solle weiterhin bei der EBA verbleiben, „um die aufsichtsrechtliche Konvergenz und die Kohärenz der Aufsichtsergebnisse innerhalb der Union sicherzustellen".

[35] Ein allfälliger Widerspruch zwischen rechtlich verbindlichen Beschlüssen der EZB und (grundsätzlich) rechtlich nicht verbindlichen Leitlinien der EBA nach Art 16 EBA-VO wäre nach allgemeinen unionsrechtlichen Prinzipien zu lösen.

[36] Die rechtlichen Handlungsformen der EZB sind in Art 132 Abs 1 AEUV geregelt; deren Instrumentarium entspricht mit Ausnahme der RL dabei jenem des Art 288 Abs 4 AEUV, vgl *Kempen* in *Streinz*, EUV/AEUV (2012)[2], Art 132 Rz 2; zu der neuen Gattung der adressatenunabhängigen Beschlüsse im AEUV *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 288 AEUV Rz 194.

kompetenz der EZB lässt sich auch qua Größenschluss aus dem in Art 4 Abs 3 UAbs 1 SSM-VO geregelten Unterfall von in EU-Verordnungen enthaltenen Wahlrechten, deren Ausübung den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, ableiten: Hinsichtlich dieser Wahlrechte hat die EZB „die nationalen Rechtsvorschriften an[zuwenden], mit denen diese Wahlrechte ausgeübt werden", und darf somit keine entgegenstehenden Regelungen treffen.

Von solchen Regelungskompetenzen harmonisierender Natur sind rechtsverbindliche sowie rechtlich nicht verbindliche behördliche Instrumente mit allgemeinem Adressatenkreis zu unterscheiden, mit welchen etwa Vorgaben technisch-organisatorischer Natur normiert werden (zB technische Vorgaben an die elektronische Einbringung aufsichtsrechtlicher Meldungen und Anzeigen)[37], Normadressaten über Anforderungen informiert werden sollen, die nach Rechtsansicht der Vollzugsbehörde aus dem materiellen Recht abzuleiten sind,[38] die der methodischen Konvergenz dienen oder die Ausübung behördlicher Befugnisse gegenüber einer Gesamtheit von Unternehmen zum Gegenstand haben.[39] Dieser Instrumententypus dürfte auch mit der Verordnungskompetenz der EZB gem Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO „für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr […] übertragenen Aufgaben" gemeint sein. Es ist anzunehmen, dass die EZB für den Zweck rechtlicher Konvergenz und der Einheitlichkeit von Aufsichtsergebnissen im SSM von ihrem in Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO vorgesehenen Instrumentarium Gebrauch machen wird, wobei sie die durch Leitlinien und Empfehlungen sowie dem europäischen Aufsichtshandbuch der EBA, welches Aufsichtsmethodologie zum Gegenstand hat, vorgegebenen kompetenzrechtlichen Schranken zu beachten hat. Zusammenfassend kommt der EZB somit zwar rechtlich nicht die Funktion eines „echten" Regulators (eines Teils) des Binnenmarkts in Parallelität zur EBA im Sinne einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften zu. Unbeschadet dessen ist davon auszugehen, dass sich die EZB des Instrumentariums gem Art 4 Abs 3 UAbs 2 SSM-VO EZB bedienen und dadurch den normativen Rahmen für Institute und Behörden weiter verdichten wird.

Schließlich wird die Beziehung der EBA zum SSM durch die Änderung der EBA-VO auch organisationsrechtlich angepasst. Die vorgenommenen Änderungen lassen erkennen, dass der Unionsgesetzgeber das politische Gleichgewicht zwischen SSM-Teilnehmern und den minoritären Nicht-SSM-Teilnehmern EBA auch im Rat der Aufseher, dem maßgeblichen Beschlussorgan der Behörde, bewahren wollte. Zum einen bleibt die EZB im Rat der Aufseher der EBA ein Mitglied ohne Stimmrecht,[40] anstatt der EZB die Stimmrechte der SSM-Teilnehmer im Sinne einer „rechtlichen Blockbildung" zu übertragen. Die regulatorischen Kompetenzen der EBA werden somit weiterhin von gleichberechtigten und rechtlich unabhängigen nationalen Aufsichtsbehörden ausgeübt. Zum anderen soll das für Nicht-SSM-Teilnehmer bestehende politische Risiko einer „faktischen Blockbildung" der SSM-Teilnehmer durch zusätzliche Beschlussquoren gedämpft werden, indem für bestimmte Beschlüsse zusätzlich den auf die Gesamtheit der Stimmen bezogenen Quoren das Erfordernis einer einfachen Mehrheit sowohl unter SSM-Mitgliedern als auch unter Nicht-SSM-Mitgliedern eingeführt wird. Dieses doppelte Mehrheitserfordernis betrifft insbesondere Beschlüsse über regulatorische technische Regulierungs- und Durchführungsstandards nach Art 10 bis 15 EBA-VO, Leitlinien und Empfehlungen nach Art 16 EBA-VO sowie die behördlichen Verfahren bei einer Verletzung von

---

37 Vgl ua FMA-Incoming-Plattformverordnung – FMA-IPV, BGBl II 2010/184, zuletzt geändert durch BGBl II 2013/319.

38 Beispielsweise Rundschreiben der FMA, abrufbar unter http://www.fma.gv.at/de/rechtliche-grundlagen/rundschreiben/banken.html.

39 Beispielsweise makroprudenzielle Maßnahmen der EZB, deren Anwendungsbereich sich auf alle oder einen Teil von Kreditinstituten eines oder mehrerer MS erstrecken können, vgl Art 5 SSM-VO und §§ 22a ff BWG.

40 Art 40 Abs 1 lit d EBA-VO.

Unionsrecht (Art 17 EBA-VO), Maßnahmen im Krisenfall (Art 18 EBA-VO) und der Beilegung von Meinungsverschiedenheiten (Art 19 EBA-VO).[41]

6. Resümee

Die regulatorische und institutionelle Vielfalt des Finanzmarktrechts und speziell des Bankenaufsichtsrechts stellt Marktteilnehmer und Aufsichtsbehörden vor beträchtliche Herausforderungen. Die institutionelle Europäisierung der Bankenaufsicht ist dabei ein ebenso erforderlicher wie überfälliger Schritt, der ökonomischen Realität transnationaler Finanzmärkte auch in der Wirtschaftsaufsicht Rechnung zu tragen.[42] Mit Etablierung des SSM ergeben sich eine Vielzahl rechtlicher Neuerungen und Themenstellungen. Die unionsrechtlich wohl innovativste Bestimmung der SSM-VO besteht in der Erweiterung des Rechtsquellenkatalogs eines EU-Organs um nationale Rechtsquellen. Das institutionelle Gleichgewicht der Akteure im ESFS erfährt – zumindest aus rechtlicher Sicht – hingegen keine grundsätzlichen Änderungen. Die regulatorischen Kompetenzen der KOM und der EBA zur Wahrung der Integrität und Harmonisierung des unionsweiten Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen bleiben vollumfänglich erhalten, wenn auch zu erwarten ist, dass die verbliebenen „Zwischenräume" im SSM eine normative Verdichtung erfahren werden. Mit dem Zusammenwirken europäischer und nationaler prudenzieller Regulierung sowie der institutionellen Verschränkung von EZB und nationalen Behörden ist ein gewisses Ausmaß neuer operativer und rechtlicher Komplexität unvermeidbar. Die Suche nach einfachen Antworten auf komplexe transnationale ökonomische Realitäten speziell im Rahmen des (verfassungs)rechtlich komplexen europäischen Staatenverbunds erweist sich insofern als Illusion, weshalb auch der reizvoll vereinfachte Vergleich von Finanzmarktaufsicht mit gewöhnlichem Frisbee-Spielen nur bedingt überzeugt. Eher gleicht Aufsicht einem Spiel, bei welchem sich aus diversen Himmelsrichtungen eine Myriade von Frisbee-Scheiben mit unbekannter Größe, Flugbahn und Geschwindigkeit auf den Fänger zubewegen. Für deren Erkennung und Bewältigung bedarf es eines ebenso vielfältigen wie effektiven Instrumentariums. Denn wer Frisbees fangen will, muss sie vorher rechtzeitig sehen. Auch ohne Promotion in naturwissenschaftlichen Fächern.

[41] Art 44 Abs 1 EBA-VO; darüber hinaus auch Beschlüsse nach Art 9 Abs 5 EBA-VO (Produktintervention) und Beschlüsse zum EBA-Haushalt nach Kapitel VI.

[42] Vgl von vielen *Ladler*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus, ZFR 2013, 335.

Das Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz im Überblick

Clemens Völkl

Gliederung

1. Hintergrund/Grundprobleme 35
2. Inhalte des BIRG 37
2.1. Allgemeine Bestimmungen 37
2.2. Sanierungsplan 38
a) Erstellungspflicht/Verzicht 38
b) Inhalt 39
c) Erleichterungen 41
d) Aktualisierung/Änderung 43
e) Informationspflicht bei Eintritt von Auslöseereignissen 43
f) Gruppensanierungspläne 43
g) Aufsichtsbehördliche Prüfung 45
h) Anordnung von Maßnahmen 46
2.3. Abwicklungsplan 46
a) Allgemeines/Gleichlauf zum Sanierungsplan 46
b) Inhalt 47
c) Gruppenabwicklungsplan 49
d) Aufsichtsbehördliche Prüfung/„Abwickelbarkeit" 49
e) Verbesserungsverfahren 50
f) Anordnung von Maßnahmen 51
2.4. Zuständigkeit/Zielvorgabe 52
2.5. Zeitplan 52
2.6. Sonstiges 53

Der Nationalrat hat im Sommer 2013 das Bankeninterventions- und Restrukturierungsgesetz (BIRG; BGBl I 2013/160) beschlossen, welches am 1. 1. 2014 in Kraft getreten ist. Dessen Hintergrund und Inhalte werden im Folgenden überblicksweise dargestellt:

1. Hintergrund/Grundprobleme

Das BIRG stellt eine vorgezogene Teilumsetzung des Kommissionsvorschlags der bank recovery and resolution directive (BRRD) dar,[1] welcher als politische Reaktion auf den Ruf nach einem „Bankeninsolvenzrecht" erfolgte. Eine endgültige Fassung der BRRD liegt bislang nicht vor, bei dem im Zeitpunkt des Ministerialentwurfs des BIRG vorliegenden Richtlinienvorschlag handelte es sich um einen Entwurf der Kommission noch ohne Befassung des Rates und des Europäischen Parlaments, daher in einem relativ frühen Stadium.[2]

---

1 COM (2012) 280 vom 12. 6. 2012; dazu ausführlich *Völkl/Vertneg*, Der neue Abwicklungsrahmen für Kreditinstitute in *Braumüller/Ennöckl/Gruber/Raschauer*, Europäisches Finanzmarktrecht vor neuen Herausforderungen (2013) 41.

2 Seither wurde der Richtlinienvorschlag durch mehrere Kompromissvorschläge der Ratspräsidentschaften geändert. Siehe auch http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm (Stand 22. 1. 2014).

Insgesamt ist das Vorhaben einer Teilumsetzung der BRRD im BIRG problematisch und schafft jedenfalls kein eigenständiges „*Bankeninsolvenzrecht*“:

Die BRRD besteht aus insgesamt 8 Titeln und umfasst insgesamt 187 Seiten (Stand des Kommissionsvorschlages vom 12. 6. 2012), wobei das Kernstück der BRRD die im Titel IV dargestellten Abwicklungsinstrumente sind. Das BIRG setzt dagegen lediglich die Titel I und II „*Planungsphase*“ des BRRD-Vorschlages um, welche im Wesentlichen die Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen („living wills“)[3] zum Gegenstand haben, die die Vorbereitung und den späteren Einsatz der im Titel IV geregelten Abwicklungsinstrumente darstellen sollen.

Ziel sämtlicher Regelungsvorhaben, welche salopp unter dem Titel „Bankeninsolvenzrecht“ zusammengefasst werden können (BRRD-Vorschlag auf europäischer Ebene, Kreditinstitute Reorganisationsgesetz [KredReorg 2010] in Deutschland sowie BIRG in Österreich) ist nämlich die geordnete Abwicklung von Kreditinstituten ohne Inanspruchnahme öffentlicher Gelder und/oder Beeinträchtigung der Finanzstabilität, sohin unter Aufrechterhaltung der sogenannten kritischen Funktionen, welche von Kreditinstituten erbracht werden.

Sowohl aus dem Regelungsmechanismus, als auch dem -gegenstand des BIRG ergeben sich daher gewisse Probleme:

An verschiedenen Stellen verwendet das BIRG Begriffe aus dem BRRD-Vorschlag, welche dem österreichischen Bankaufsichtsrecht bislang fremd sind. Da die BRRD jedoch auf europäischer Ebene noch nicht beschlossen wurde und das BIRG daher auch keine Richtlinien-Umsetzung darstellt, scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung schon mangels Auslegungsgrundlage aus. Ferner beruht das BIRG im Wesentlichen auf dem Gesetzgebungsstand der BRRD in der Fassung des Vorschlages der Kommission vom 12. 6. 2012 (der Urfassung des Richtlinienvorschlags), welcher im Rahmen zahlreicher Kompromissvorschläge der Ratspräsidentschaft(en) in wesentlichen Teilen geändert wurde, sodass auch fraglich ist, ob eine Auslegung der maßgeblichen Begriffe des BIRG anhand des BRRD Entwicklungsstandes vom 12. 6. 2012 oder gleichsam dynamisch anhand der voranschreitenden Kompromissvorschläge zu erfolgen hätte. Gegen eine solche (dynamische) Auslegung sprechen jedoch mE erhebliche Bedenken, da diese Kompromissvorschläge mangels Abschlusses des Gesetzgebungsprozesses keine rechtsstaatliche Grundlage haben und eine Bezugnahme auf diese daher verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft erschiene. Fraglich ist zudem, welche Auslegungsmaximen heranzuziehen wären, sobald die BRRD auf europäischer Ebene förmlich verabschiedet wird: Zwar liegt dann eine rechtsstaatliche Grundlage vor, welche jedoch inhaltlich von jenen Grundlagen des BIRG erheblich abweichen dürfte, welche bei dessen Erlassung vom Gesetzgeber herangezogen wurden. Im Einzelnen wird daher zu prüfen sein, inwieweit noch Deckung zwischen BIRG und BRRD besteht und nur insoweit Deckung vorliegt, auf Erwägungsgründe und Interpretationsgrundsätze der BRRD zurückgegriffen werden können. Im Übrigen müsste das BIRG von der BRRD unabhängig und damit eigenständig für den österreichischen Rechtskreis ausgelegt werden, bis es durch den Gesetzgeber – allenfalls in Umsetzung der BRRD – umfassend novelliert wird.

Im Hinblick auf den Regelungsgegenstand ergeben sich Probleme dadurch, dass die Erwägungen sowohl der BRRD, als auch des deutschen KredReorg angeben, dass eine geordnete Insolvenz von Kreditinstituten auf dem Boden des vorhandenen staatlichen Insolvenzrechtes und damit die Erreichung der in beiden Regelungsvorhaben sowie im BIRG vorgesehenen

[3] Vgl *Reisenhofer*, Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz und damit verbundene Neuerungen im BWG, ZFR 2013, 248.

Regelungsziele unmöglich ist. Die Grundidee der BRRD fußt darauf, dass eine reguläre Insolvenz von Instituten erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bedeutet und das „*Insolvenzrecht nicht in allen Fällen für die effiziente Bewältigung von Bankenausfällen geeignet ist, da es der Notwendigkeit, Störungen der Finanzstabilität zu vermeiden, essenzielle Dienstleistungen zu erhalten und die Einleger zu schützen, nicht gebührend Rechnung trägt.*“[4] Daher müssen eigenständige Abwicklungsinstrumente gerade für Kreditinstitute geschaffen werden. Auch der deutsche Gesetzgeber hat daher in den §§ 9 ff KredReorgG 2010[5] eigene Rechte des betroffenen Instituts gegenüber Gläubigern und Anteilseignern vorgesehen, deren Einsatz den wesentlichen Teil des Reorganisationsplans gem § 8 KredReorgG 2010 bilden soll.

Dem gegenüber gibt jedoch das BIRG gerade an, dass eine Abwicklung dann möglich erscheint, wenn durch die Regelungen der Geschäftsaufsicht und der Insolvenzordnung die gesetzlichen Ziele erreicht werden können, was vor dem Hintergrund der Erwägungen der EU-Kommission und des deutschen Gesetzgebers gleichsam unmöglich erscheint.[6] Anders ausgedrückt: Eine Umsetzung der Planungsphase ohne Implementierung der Abwicklungsinstrumente, sodass diese und deren Anwendung auch im Rahmen der Planungsphase berücksichtigt werden können, scheint nicht geeignet, um die Ziele des Gesetzgebungsvorhabens erreichen zu können. Welchen konkreten Inhalt gerade die Abwicklungspläne ohne solche Vorgaben haben sollen, ist fraglich. Vermutlich werden Institute darstellen, wie eine Fortführung im Rahmen der Geschäftsaufsicht erfolgen oder die wesentlichen Unternehmensteile bestmöglich vom Masseverwalter unter Zugrundelegung hypothetischer Marktbedingungen verwertet werden könnten.

Vor diesem Hintergrund stellen sich also verschiedene Probleme, welche in der Aufsichtspraxis durchaus zu Diskussionen führen dürften, zumindest bis eine Umsetzung der BRRD in Österreich erfolgt, welche vermutlich zu einem Ersatz bzw einer Anpassung weiter Teile des BIRG führen wird.

2. Inhalte des BIRG

2.1. Allgemeine Bestimmungen

Der erste Abschnitt des BIRG legt dessen Anwendungsbereich im Wesentlichen für Kreditinstitute gemäß § 1 Abs 1 BWG und Finanzholdinggesellschaften fest.

Anders als im BRRD-Vorschlag sind Wertpapierfirmen ausgenommen.

Das BIRG gilt sohin insbesondere für alle Kreditinstitute unabhängig von deren Größe.

Die §§ 2 und 3[7] enthalten Ausnahmen sowie Begriffsbestimmungen. Die Begriffsbestimmungen in § 3 sind eine unmittelbare Folge der vorgezogenen Teilumsetzung der BRRD, da diese Definitionen im österreichischen Aufsichtsrecht bislang nicht vorhanden sind, in der

---

4 Siehe etwa die Allgemeinen Erläuterungen der BRRD, 5; vgl etwa auch *Neuhof*, Unternehmenssanierung in Deutschland, ÖBA 2012, 496.

5 Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vom 9. Dezember 2010, dBGBl 2010 I 1900 idF BGBl 2011 I 3044.

6 Die Verhandlungen auf EU-Ebene zu den Abwicklungsinstrumente sollten abgewartet werden, um potenziell negative Auswirkungen auf die Finanzstabilität und die wirtschaftliche Reputation Österreichs durch einen Alleingang in dieser Angelegenheit zu vermeiden; so *Moser*, Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz, ecolex 2013, 683 mit Hinweis auf die Mat (siehe dort S 11). Allerdings wäre für deren Umsetzung wohl auch eine 2/3-Mehrheit im Nationalrat erforderlich gewesen, die womöglich nicht hätte erreicht werden können. *Fletzberger* (Begutachtungsentwurf für ein Bankeninterventions- und -restrukturierungsgesetz, ZFR 2013, 99) weist zutreffend auch auf mögliche Wettbewerbsnachteile österreichischer Kreditinstute hin.

7 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BIRG.

BRRD eigenständig definiert werden und ohne Aufnahme in § 3 eine Definition im österreichischen Recht fehlte.

Insbesondere bei den Ziffern 7 f *leg cit* zeigen sich die mit der vorgezogenen Richtlinienumsetzung verbundenen Auslegungsprobleme, da etwa der Begriff der „*kritischen Funktionen*" sowie der „*Kerngeschäftsbereiche*" im Rahmen des Rechtssetzungsprozesses auf europäischer Ebene einem nicht unerheblichen Wandel unterzogen war, sodass etwa die in § 3 Z 7 enthaltene Definition der „*kritischen Funktionen*" nicht mehr dem derzeitigen Stand des BRRD-Vorschlages entspricht und sich daher die Frage stellt, ob durch die Aufnahme einer eigenständigen Definition in der nationalen Vorschrift nicht überhaupt eine Auslegung anhand einer in der BRRD enthaltenen abweichenden Definition ausscheiden muss.[8]

2.2. Sanierungsplan

a) Erstellungspflicht/Verzicht

Der zweite Abschnitt des BIRG befasst sich mit der Erstellung der Sanierungspläne, deren Prüfung durch die Aufsichtsbehörde und allenfalls notwendigen Verbesserungen:

Gemäß § 4 BIRG hat jedes (Einzel-)Institut einen Sanierungsplan zu erstellen und der FMA vorzulegen. Innerhalb von Gruppen erfolgt die Erstellung und Vorlage durch das jeweils übergeordnete Institut, das Zentralinstitut oder die Zentralorganisation (im Folgenden „Spitzeninstitut").

Grundsätzlich haben sämtliche Kreditinstitute einen Sanierungsplan zu erstellen und einzureichen, § 5 enthält jedoch unter dem Titel „Proportionalitätsgrundsatz" die Möglichkeit, die Bewilligung eines Verzichts durch begründeten Antrag an die FMA zu erlangen. Dieser „Verzichtsantrag" kann ab Inkrafttreten des BIRG, sohin ab 1. 1. 2014 an die FMA gestellt werden.

Gewisse Kreditinstitute sind jedoch kategorisch von der Möglichkeit eines Verzichts gemäß § 5 Abs 3 ausgenommen, insbesondere sind dies sehr große Institute mit Bilanzsummen von mehr als € 5 Milliarden oder solche Institute oder Gruppen, die grenzüberschreitend mittels Zweigstellen oder Tochterunternehmen tätig sind.

Andere Institute können dagegen eine Verzichtsbewilligung beantragen, haben den Antrag jedoch entsprechend zu begründen und insbesondere darzulegen, warum die Verzichtsbewilligung die Voraussetzung gemäß § 5 Abs 2 erfüllen würde (zur Möglichkeit eines Verzichts bei Inanspruchnahme einer finanziellen Unterstützung durch EFSF oder ESM siehe noch Punkt 2.5):

Demnach ist ein Verzicht nur dann zu bewilligen, wenn im Fall der Insolvenz eines Institutes aufgrund seiner Größe, seines Geschäftsmodells oder seiner Verflechtungen mit anderen Instituten oder mit dem Finanzsystem im Allgemeinen keine wesentlichen negativen Effekte auf die Finanzmärkte, andere wesentliche Institute oder die „allgemeinen"[9] Finanzierungsbedingungen zu befürchten sind.

Auf die Wesentlichkeit des Instituts selbst kommt es daher nicht an, auch unwesentliche Institute müssen Plandokumente erstellen, wenn ihr Ausfall einen wesentlichen negativen Effekt ua auf andere wesentliche Kreditinstute haben könnte. In dieser Variante ist daher ein doppeltes Wesentlichkeitserfordernis vorgesehen, sodass ein Verzicht auch bei unwesentlichen Effekten auf ein wesentliches anderes Institut oder wesentlichen Effekten auf ein anderes unwesent-

---

8 Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken einer am RL-Vorschlag orientierten „dynamischen" Auslegung siehe bereits oben.

9 Mat (NR: GP XXIV RV 2360 AB 2513 S 216 BR: 9049 AB 9086 S 823) zu §§ 5 und 12.

liches Institut erteilt werden kann. In Zusammenschau mit den Mat[10] kommt ein Verzicht daher jedenfalls dann in Betracht, wenn die Insolvenz keinen wesentlichen negativen Effekt hätte, „*weil unwesentliche Effekte* [...] *nicht erfasst sein sollen*."

Die Mat stellen allerdings klar, dass der Proportionalitätsgrundsatz nur restriktiv eingesetzt werden soll.[11]

Dieser Antrag ist von der FMA nach Einholung einer gutachterlichen Äußerung der Nationalbank zu prüfen und zu bewilligen oder abzuweisen. Zwar sieht § 4 eine Erstellungs- und jährliche Aktualisierungspflicht vor, allerdings wirkt der Verzicht gemäß § 5 Abs 5 BIRG dauerhaft, wobei das Institut jedoch die Pflicht trifft, wesentliche Änderungen anzuzeigen und die FMA den Verzicht daraufhin widerrufen kann.

Ein Verzicht ist sowohl für die erstmalige Erstellung als auch für jährliche Aktualisierung zulässig, wobei es bei der Beantragung einer Verzichtsbewilligung für die jährliche Aktualisierung ausreichend sein dürfte, als Begründung anzuführen, dass sich der Planinhalt im Vergleich zum Vorjahr nicht geändert hat und auch in Zukunft keine Änderungen absehbar sind (immerhin wirkt der Verzicht auf die Aktualisierung bis zum behördlichen Widerruf). Die Bewilligungsvoraussetzungen des § 5 Abs 2 erscheinen dagegen für den Aktualisierungsverzicht ungeeignet.

b) Inhalt

Sanierungspläne haben den Inhalt gemäß § 6 aufzuweisen und als generelle Zielsetzung[12] darzulegen, mit welchen Maßnahmen die finanzielle Stabilität des Institutes wiederhergestellt werden kann, wenn sich die Finanzlage signifikant verschlechtert. Jedenfalls müssen dazu die Informationen gemäß Anlage zu § 6 enthalten sein, wobei die FMA dem Institut gemäß § 6 Abs 2 auch die Aufnahme weiterer Informationen auftragen kann.

§ 6 Abs 2 iVm der Anlage zu § 6 ordnet an, dass die Sanierungspläne folgende Informationen zu enthalten haben:

1. eine zusammenfassende Darstellung der Hauptpunkte des Plans, eine strategische Analyse und eine zusammenfassende Darstellung der Sanierungskapazität insgesamt;
2. eine zusammenfassende Darstellung der wesentlichen Veränderungen, die seit Vorlage des letzten Sanierungsplans bei dem Institut eingetreten sind;
3. eine Darstellung der wesentlichen Organisationsstruktur des Instituts einschließlich einer Aufstellung der wesentlichen Organisationseinheiten;
4. einen Kommunikations- und Informationsplan, in dem dargelegt wird, wie das Institut mit etwaigen negativen Marktreaktionen umzugehen gedenkt;
5. ein Spektrum an Kapital- und Liquiditätsmaßnahmen, die zur Aufrechterhaltung und Finanzierung der kritischen Funktionen und Geschäftsbereiche des Instituts erforderlich sind;
6. eine Schätzung des Zeitrahmens für die Umsetzung jedes einzelnen wesentlichen Aspekts des Plans;
7. eine detaillierte Beschreibung aller etwaigen wesentlichen Hindernisse für eine effektive und rechtzeitige Durchführung des Plans, die auch eine Betrachtung der Auswirkungen auf den Rest der Gruppe, die Kunden und die Gegenparteien einschließt;
8. eine Aufstellung der kritischen Funktionen;
9. eine detaillierte Beschreibung der Verfahren zur Bestimmung des Werts und der Marktfähigkeit der Kerngeschäftsbereiche, Operationen und Vermögenswerte des Instituts;

[10] Siehe Mat S 13.
[11] Mat S 13.
[12] § 6 Abs 1.

10. detaillierte Angaben zur Integration der Sanierungsplanung in die Corporate-Governance-Struktur des Instituts, zu den Strategien und internen Verfahren, die im Hinblick auf die Maßnahmen des Sanierungsplans eingerichtet werden sowie zu den Personen, die in der betreffenden Organisation für die Ausarbeitung und Umsetzung des Plans verantwortlich sind;
11. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen zur Erhaltung und Wiederherstellung der Eigenmittel des Instituts;
12. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen, die gewährleisten, dass das Institut im Notfall über einen angemessenen Zugang zu alternativen Finanzierungsquellen, einschließlich potenzieller Liquiditätsquellen, verfügt, eine Bewertung der vorhandenen Sicherheiten und eine Bewertung der Möglichkeiten eines Liquiditätstransfers zwischen verschiedenen Unternehmen und Geschäftsbereichen der Gruppe, um sicherzustellen, dass das Institut seine Geschäftstätigkeit fortführen und seinen Verpflichtungen bei Fälligkeit nachkommen kann;
13. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen zur Reduzierung der Risiken und des Fremdfinanzierungsanteils;
14. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen zur Restrukturierung der Verbindlichkeiten;
15. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen zur Restrukturierung von Geschäftsbereichen;
16. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen, die zur Aufrechterhaltung des Zugangs zu den Finanzmarktinfrastrukturen erforderlich sind;
17. eine Aufstellung der Regelungen und Maßnahmen, die zur Fortführung des Geschäftsbetriebs des Instituts, einschließlich Infrastrukturen und IT-Diensten, erforderlich sind;
18. eine Aufstellung der vorbereitenden Maßnahmen zur Erleichterung der Veräußerung von Vermögenswerten oder Geschäftsbereichen innerhalb eines für die Wiederherstellung der finanziellen Solidität angemessenen Zeitrahmens;
19. eine Aufstellung sonstiger Managementmaßnahmen oder -strategien zur Wiederherstellung der finanziellen Solidität und der voraussichtlichen finanziellen Auswirkungen und Kosten dieser Maßnahmen und Strategien;
20. eine Aufstellung der vorbereitenden Maßnahmen, die das Institut getroffen hat oder zu treffen beabsichtigt, um die Umsetzung des Sanierungsplans zu erleichtern, einschließlich der für eine rechtzeitige Rekapitalisierung des Instituts erforderlichen Maßnahmen.

Grundsätzlich sind damit die Informationen in der Anlage zu § 6 – ohne behördlichen Auftrag zur Aufnahme weiterer – abschließend aufgezählt und können nur durch Auftrag erweitert werden. Eine selbständige Pflicht der Institute zur Anreicherung des Plandokuments aus Eigenem besteht damit nicht.

Gemäß § 6 Abs 3 hat der Sanierungsplan gleichsam als Ausgangspunkt zumindest ein Auslöseereignis festzulegen, bei dessen Vorliegen Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden müssen. Das Auslöseereignis ist in qualitativen und quantitativen Indikatoren auszudrücken, die im Zusammenhang mit der Risikotragfähigkeit des Institutes stehen. Mit Verweis auf die BRRD führen die Mat[13] aus, dass der Indikator „*Risikotragfähigkeit*" besser als die im RL-Vorschlag verwendete „*financial position*" geeignet ist, um den Eintritt des Auslöseereignisses zu überwachen, da letzterer nicht ausreichend klar determiniert sei.[14]

---

[13] S 13.

[14] Eine ausdrückliche gesetzliche Definition des Begriffs „*Risikotragfähigkeit*" findet sich im österreichischen Recht – soweit ersichtlich und mit Ausnahme des wohl nicht einschlägigen § 8 Risikomanagementverordnung Pensionskassen – allerdings nicht.

Die Indikatoren müssen weiters zukunftsbezogen und leicht zu überwachen sein, wobei die Überwachung hinsichtlich des Eintretens des Auslöseereignisses nicht bei der FMA, sondern bei den Instituten selbst liegt.

Die FMA hat in diesem Zusammenhang lediglich zu prüfen, ob das Institut angemessene Maßnahmen setzt, um den Eintritt des Auslöseereignisses zu überwachen.

Eine weitere inhaltliche Einschränkung ergibt sich aus § 6 Abs 7, der als weitere Zielvorgabe des Sanierungsplans vorsieht, dieser dürfe nicht von der Möglichkeit einer außerordentlichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln ausgehen. Jedenfalls ist aber im Sanierungsplan zu analysieren, wie und wann ein Institut in einer Stresssituation die Nutzung von Zentralbankfazilitäten beantragen kann und was als Sicherheit genutzt werden könnte, sodass es sich auch bei diesen Informationen um zwingende Planbestandteile handelt, die zu den in der Anlage zu § 6 angeführten Angaben hinzutreten.

c) Erleichterungen

Gemäß § 4 Abs 3 f können Institute gemeinsam mit dem eingereichten Sanierungsplan den begründeten Antrag stellen, von einzelnen inhaltlichen Anforderungen ausgenommen zu werden oder einem reduzierten Detaillierungsgrad hinsichtlich der einzureichenden Informationen zu unterliegen. Dadurch soll die FMA in die Lage versetzt werden, inhaltliche Anforderungen und Detaillierungsgrad flexibel festzulegen.[15]

Damit können einzelne der in der Anlage zu § 6 aufgezählten Informationen als Ausnahmen beantragt werden, diesbezügliche Angaben können dann vom Antragsteller im Sanierungsplan zur Gänze unterlassen werden.

Soweit sich aus den in Anlage zu § 6 enthaltenen Beschreibungen der Planbestandteile ein bestimmter gesetzlich geforderter Detaillierungsgrad ergibt, kann hierzu eine Reduktion beantragt werden:

Solche sind jedoch der Anlage zu § 6 nicht durchgehend zu entnehmen: Die Ziffern 7, 9 und 10 sehen etwa die Angabe „detaillierter" Informationen vor, womit deutlich wird, das bloß allgemeine oder zusammengefasste Darstellungen nicht ausreichen. Im Rahmen eines Erleichterungsantrags gemäß § 4 Abs 3 könnte daher zB beantragt werden, dass nicht detaillierte, sondern lediglich allgemein gehaltene oder zusammengefasste Informationen offengelegt werden müssen. Soweit in der Anlage zu § 6 von „*Aufstellungen*" die Rede ist, wird davon auszugehen sein, dass mangels Erleichterung sämtliche der im Rahmen dieser Aufstellungen geforderten Informationen im Einzelnen offenzulegen sind; denkbar wäre daher im Rahmen des Erleichterungsantrages gemäß § 4 Abs 3, dass zB eine überblicksweise Darstellung in zusammengefassten Gruppen ausreichen soll, um den Zielvorgaben des § 6 Abs 1 zu genügen und die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 erfüllt sind; dazu sogleich.

Soweit sich der Anlage zu § 6 keine Angaben zum Detaillierungsgrad der geforderten Informationen entnehmen lassen, liegt es an der FMA, durch Auslegung der Bestimmung anhand der Zielsetzung gemäß § 6 Abs 1 den behördlich geforderten Detaillierungsgrad festzulegen, wobei die Beantragung von Erleichterungen vorab durch die Kreditinstitute schwierig sein dürfte. Gemäß § 6 Abs 1 dürfen daher jedenfalls nicht mehr Informationen bzw ein höherer Detailierungsgrad gefordert werden, als zur Darlegung erforderlich, mit welchen Maßnahmen die finanzielle Stabilität des Instituts wiederhergestellt werden kann, wenn sich die Finanzlage signifikant verschlechtert.

[15] S Mat S 12.

Durchaus interessant für die Frage der erforderlichen Tiefe erscheint auch ein Blick in die wirkungsorientierte Folgenabschätzung zum BIRG,[16] wo der Gesetzgeber von einem Aufwand für die Erstellung des Sanierungsplans auf Einzelinstitutsebene von insgesamt 117 Arbeitsstunden und 232 für Gruppensanierungspläne ausgeht.[17] Diese Darstellung könnte insoweit als Auslegungshilfe herangezogen werden, dass generell – also für ein durchschnittliches österreichisches Institut/Gruppe – von einer Plantiefe im Sinne der Angaben des Ministerialentwurfs ausgegangen werden könnte, die regelmäßig in der angeführten Dauer erreicht werden kann – daraus würde sich wohl kein sehr hoher Detaillierungsgrad ergeben.

Bei einer nach Ansicht der Behörde mangelnden Detaillierung ohne Festlegung des Detaillierungsgrades durch den Gesetzgeber wird die FMA einen Verbesserungsauftrag zu erteilen haben und ein vorangehender Antrag auf Gewährung von Erleichterungen zugleich mit Einreichung des Planes ausscheiden. Allenfalls wäre denkbar, dass Institute zugleich mit Einreichung des Planes auch eine Begründung anführen, warum der Plan ihrer Ansicht nach im Hinblick auf die Zielsetzungen des BIRG und das konkrete Kreditinstitut angemessen und ausreichend ist und am Maßstab der Voraussetzungen des § 4 Abs 3 den begründeten Eventualantrag auf Gewährung von Erleichterungen stellen, sollte die Behörde zur Ansicht gelangen, die Angaben im eingereichten Plan seien nicht ausreichend detailliert.

Diese „Erleichterungsanträge" können von allen – auch sehr großen oder grenzüberschreitend tätigen Kreditinstituten im Sinne des § 5 Abs 3 – gestellt werden, allerdings ist deren Bewilligung insbesondere bei größeren Kreditinstituten zunehmend unwahrscheinlicher:

Für die Bewilligung eines solchen legt § 4 Abs 4 nämlich fest, dass die FMA darauf Bedacht zu nehmen hat, „*welche möglichen Folgen aufgrund einer Insolvenz des Instituts für die Finanzmärkte, andere Institute oder die Finanzierungsbedingungen zu befürchten wären. Dabei hat sie die Größe des Instituts, sein Geschäftsmodell und seine Verflechtungen mit anderen Instituten oder mit dem Finanzsystem im Allgemeinen zu berücksichtigen.*" Im Wesentlichen dürfte damit auf die „Systemrelevanz" der Institute abgestellt werden. Sonstige Prüfungsmaßstäbe sind dem BIRG zumindest ausdrücklich nicht zu entnehmen,[18] sodass der Schluss nahe liegt, dass kleinere oder weniger relevante Institute auf die jedoch die Verzichtsvoraussetzungen des § 5 nicht zutreffen oder solche, die keinen Verzicht beantragt haben, weniger Informationen in ihren Plandokumenten und einen niedrigeren Detailierungsgrad prästieren müssen, wenn sie entsprechende Anträge an die FMA stellen. Dies wird man jedoch um einen gewissen Mindestmaßstab des Planinhalts ergänzen müssen, der sich aus dessen Zielvorgabe ergibt: Ein Sanierungsplan muss daher mE auch bei kleineren, weniger relevanten Instituten zumindest jene Informationen enthalten, die erforderlich sind, um Maßnahmen iSd § 6 Abs 1 darzulegen, mit denen die finanzielle Stabilität des Institutes wiederhergestellt werden kann, wenn sich die Finanzlage signifikant verschlechtert. Es wird daher ausreichend sein, wenn ein solches Institut durch Vorschlag einzelner Maßnahmen – zB Aufdeckung und Verwertung umfassender stiller Reserven etwa aus Liegenschaftseigentum – darstellen kann, dass bereits dadurch eine Stabilisierung erfolgt, andere Informationen können dann wohl entfallen, weil die Zielsetzung des § 6 Abs 1 erreicht ist und auch keine wesentlichen negativen Folgen für Finanzmärkte etc zu befürchten sind. Zusätzlich enthalten die Mat einen Verweis auf Art 4 Abs 1 BRRD idF COM (2012) 280, wo jedoch mE eine generelle amtswegige Festlegung der Plananforderungen für Größen- oder Tätigkeitsklassen von Instituten durch die Aufsichtsbehörde angesprochen werden sollte. Insofern wäre auch mit Blick auf die Kriterien des § 4 Abs 4 davon auszugehen, dass

[16] Siehe Mat S 1 ff.
[17] Mat S 7 f.
[18] Allerdings handelt es sich nach den Mat (S 12) auch nur um „Anhaltspunkte" für die Behörde, was durchaus zweifelhaft erscheint.

dem Einzelfall nur untergeordnete Bedeutung zukommt und eher eine generelle Festlegung nach bestimmten Indikatoren gemeint ist, für die jedoch jegliche Konkretisierung fehlt, was allerdings im Hinblick auf das Antragsprinzip problematisch erscheint.

Ein solcher Antrag darf gemäß §§ 5 Abs 3 und 11 Abs 3 nur gemeinsam mit der Einreichung des Sanierungs- bzw Abwicklungsplans[19] erfolgen, eine vorangehende Klärung dieser Frage durch Feststellungsbescheid ist daher nicht vorgesehen. Institute sind daher gezwungen, unvollständige Sanierungs- und Abwicklungspläne einzureichen und durch Abweisung des Antrages und Erteilung eines Verbesserungsauftrages über den Verfahrensausgang Kenntnis zu erlangen, wodurch sich – auch aufgrund der relativ kurzen Verbesserungsfrist und der mangelnden Konkretisierung der Bewilligungsvoraussetzungen – erhebliche Rechtsunsicherheiten für die Institute ergeben.

d) Aktualisierung/Änderung

§ 4 Abs 5 f legt eine Aktualisierungspflicht der erstellten Pläne zumindest jährlich fest, wobei die FMA entweder eine Aktualisierung auch in kürzeren Intervallen bescheidmäßig auftragen kann oder Institute eine Aktualisierung aus Eigenem auch unterjährig nach einer „Änderung der Rechts- oder Organisationsstruktur", wenn sich diese Änderung wesentlich auf den Sanierungsplan auswirken könnte, vorzunehmen haben.

Eine Unterlassung der Aktualisierung mit dem Hinweis, es hätten keine Änderungen statt gefunden, ist nicht vorgesehen. Zulässig wird aber die wiederholte Vorlage desselben Sanierungsplans in Folgejahren sein, wenn keine Änderungen seit der letztmaligen Einreichung statt gefunden haben.

Ferner besteht die Möglichkeit, einen Verzicht auf die Aktualisierung zu beantragen, der bis zur nächsten wesentlichen Änderung dauerhaft wirkt; dazu bereits oben.

Gemäß § 10 kann die FMA schließlich jederzeit Änderungen des Sanierungsplanes auftragen, wenn dies aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse (offenbar sowohl systemisch-wirtschaftlich oder systematisch-regulatorisch, als auch institutsbezogen[20]) erforderlich ist, wobei die FMA eine „*nach den Umständen angemessene Frist*" festzulegen hat. Die Behörde ist dabei nicht an inhaltliche Ausnahmen oder eine zuvor bewilligte Reduktion des Detaillierungsgrades gebunden.

e) Informationspflicht bei Eintritt von Auslöseereignissen

§ 6 Abs 5 enthält eine eigenständige Informationspflicht der Institute, die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu informieren, wenn ein Auslöseereignis, welches im Sanierungsplan festgelegt ist, eintritt. In diesem Fall muss das Institut gem § 71a Abs 3 BWG im Sanierungsplan festgelegte Maßnahmen ergreifen.

Sanierungsmaßnahmen können jedoch auch unabhängig vom Eintritt eines Auslöseereignisses, gem § 6 Abs 6 quasi freiwillig, ergriffen werden.

f) Gruppensanierungspläne

§ 7 enthält Bestimmungen zu Gruppensanierungsplänen: Im Wesentlichen wird festgelegt, dass solche Pläne iVm § 4 Abs 1, 2. Satz vom jeweils übergeordneten Instituten bzw der Zen-

[19] Offenbar sowohl bei dessen ursprünglicher Erstellung, als auch bei Aktualisierung.
[20] Mat S 15.

tralorganisation oder dem Zentralinstitut zu erstellen und der FMA vorzulegen sind, wobei der Gruppensanierungsplan aus mehreren Bestandteilen besteht, er hat nämlich Sanierungspläne jeweils für das Spitzeninstitut, die gesamte Gruppe und „*jedes wesentliche nachgeordnete, zugeordnete oder teilnehmende Institut*" zu enthalten. Im Gruppensanierungsplan ist gemäß § 7 Abs 2 darzulegen, wie in einer Stresssituation die Stabilisierung der Gruppe als Ganzes oder eines Instituts der Gruppe erreicht werden kann. Zwar enthält § 7 Abs 2 keine Einschränkung auf wesentliche Institute der Gruppe, dies wird jedoch aus § 7 Abs 1 abzuleiten sein, da lediglich für wesentliche Gruppenmitglieder Sanierungspläne zu erstellen sind. Allenfalls könnte im Rahmen des Sanierungsplans für die gesamte Gruppe auch die Darlegung erforderlich sein, wenn die Stabilisierung unwesentlicher Mitglieder (im Allgemeinen und in Ermangelung einer Pflicht zur Aufstellung von eigenen Sanierungsplänen für diese Mitglieder, ohne Eingehen auf die konkreten Voraussetzungen der einzelnen unwesentlichen Gruppenmitglieder) aufzunehmen ist.

Die Wesentlichkeit ist anhand einer Verordnung der FMA (BIRG-V; BGBl II 2014/2) zu beurteilen, wobei § 1 BIRG-V einen Katalog von 6 Beurteilungskriterien (unter anderem den Beitrag zu Gewinn und Finanzierung der Gruppe, Einbindung in Kerngeschäftsbereiche oder kritische Funktionen der Gruppe, etc) enthält.

Wesentlichkeit eines Gruppenmitglieds liegt vor, wenn aufgrund eines oder mehrerer dieser Kriterien im Rahmen einer ordnungsgemäßen Abwicklung der Gruppen iSd § 14

1. dieses Institut Maßnahmen zu unterziehen ist, die für die ordnungsgemäße Abwicklung der Gruppe im Sinne des § 15 Abs 2 BIRG notwendig sind, oder
2. die Aufrechterhaltung der Tätigkeit des Institutes für die ordnungsgemäße Abwicklung der Gruppe im Sinne des § 15 Abs 2 BIRG notwendig ist.

§ 2 Abs 2 BIRG-V enthält sodann eine Verbindungsklausel in der angeordnet wird, dass Institute die im Rahmen der Abwicklungsplanung als wesentlich identifiziert wurden, zugleich auch für die Sanierungsplanung wesentlich sind.

Dies dürfte insofern problematisch sein, als zuerst die Sanierungs- und erst darauf die Abwicklungspläne von den Instituten einzureichen sind (vgl § 27 BIRG), jedoch aufgrund der Anordnung des § 2 Abs 2 BIRG-V die Wesentlichkeitsprüfung erst im Rahmen der Abwicklungsplanung durchzuführen wäre, obwohl deren Ergebnis bereits für die Prüfung des Gruppensanierungsplans erforderlich ist. Dieses Problem dürfte tatsächlich übersehen worden sein, da auch die Begründung zu § 2 BIRG-V vorsieht, dass sich die „*Wesentlichkeit eines Institutes* […] *aus seiner Rolle im Rahmen der im Abwicklungsplan dargelegten Abwicklung der Gruppe*" ergeben soll, welche jedoch bei Einreichung der Sanierungspläne mangels Vorliegen des Gruppenabwicklungsplanes nicht beurteilt werden wird können.

§ 3 BIRG-V enthält schließlich einen weiteren Auffangtatbestand, wonach Gruppenmitglieder jedenfalls dann wesentlich sind, wenn im Falle einer Insolvenz wesentliche negative Effekte auf die Finanzstabilität eines Mitgliedstaates in dem sie niedergelassen oder tätig sind, zu befürchten sind.

Da Gruppensanierungspläne vom Spitzeninstitut auch für wesentliche Gruppenmitglieder zu erstellen sind und in deren Rechtsposition eingreifen können sieht § 7 Abs 4 vor, dass Maßnahmen, die von Leitungsorganen wesentlicher Gruppenmitglieder umzusetzen wären, vor der Einreichung des Plandokumentes bei der FMA von diesen Leitungsorganen zu genehmigen sind, wenn das Spitzeninstitut – etwa durch Erteilung von Weisungen – keine Durchgriffsmöglichkeiten gegenüber dem Gruppenmitglied zur Durchsetzung solcher Maßnahmen hat.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang einerseits, ob lediglich Maßnahmen, die zur Beseitigung von Sanierungshindernissen sofort getroffen werden müssen, erfasst sein sollen oder

ob quasi Vorratsgenehmigungen der Leitungsorgane für Maßnahmen, die im Sanierungsfall gesetzt werden sollen, eingeholt werden müssen, was gesellschaftsrechtlich durchaus problematisch sein könnte.[21]

Ferner stellt sich auch die Frage, ob § 7 Abs 4 BIRG nicht zu kurz greift, da wohl auch andere Maßnahmen in die Rechte von Gruppenmitgliedern eingreifen können, ohne, dass diese von deren Leitungsorganen direkt umzusetzen wären oder eine Umsetzung durch die Leitungsorgane unwesentlicher Gruppenmitglieder erforderlich sein kann. Fraglich ist daher in diesem Zusammenhang zudem, ob nicht auch von solchen (unwesentlichen) Gruppenmitgliedern eine Zustimmung eingeholt werden sollte, um die Umsetzbarkeit des Sanierungsplanes zu gewährleisten und Rechtsunsicherheiten bei der Durchführung von Sanierungs- oder Beseitigungsmaßnahmen zu vermeiden.

g) Aufsichtsbehördliche Prüfung

Nach Vorlage des Sanierungsplanes an die Aufsichtsbehörde ist dieser gemäß §§ 4 Abs 2 iVm 8 von der FMA zu prüfen:

Für die Prüfung des Sanierungsplanes durch die FMA gilt § 8, wobei im ersten Schritt die Vollständigkeit des Sanierungsplanes im Hinblick auf § 6 sowie dessen Anlage zu prüfen und ein Erleichterungsantrag im Sinne des § 4 Abs 3 zu bewilligen oder abzuweisen ist.

Danach ist der Sanierungsplan einer inhaltlichen Bewertung zu unterziehen, für deren Zwecke eine gutachterliche Äußerung der Nationalbank einzuholen ist.

Im Rahmen dieser Prüfung ist zu bewerten, ob der Sanierungsplan die inhaltlichen Vorgaben des § 8 Abs 2 Ziffern 1 bis 5 erfüllt, nämlich

1. ob das Rahmenkonzept, das das Auslöseereignis für Sanierungsmaßnahmen bestimmt, den Vorgaben in § 6 Abs 4 entspricht;
2. ob der Sanierungsplan geeignete Bedingungen und Verfahren festlegt, damit die Sanierungsmaßnahmen rechtzeitig durchgeführt werden können und, ob ein breites Spektrum an Sanierungsoptionen zur Verfügung steht;
3. ob der Sanierungsplan eine Auswahl verschiedener, geeigneter Szenarien berücksichtigt, wie beispielsweise finanzielle Notlagen unterschiedlicher Schweregrade, einschließlich systemweiter Ereignisse;
4. ob die im Sanierungsplan vorgeschlagenen Maßnahmen geeignet sind, die Existenzfähigkeit und finanzielle Solidität des Instituts wiederherzustellen;
5. ob der Sanierungsplan ohne nennenswerte negative Auswirkungen auf das Finanzsystem in einer finanziellen Stresssituation effektiv umgesetzt werden kann, auch wenn andere Institute im selben Zeitraum Sanierungspläne umsetzen.

Sowohl bei Vorliegen von inhaltlichen Mängeln (Unvollständigkeit, mangelnde Detaillierung) als auch bei Feststellung von potenziellen Sanierungshindernissen, hat die FMA binnen 6 Monaten ab Vorlage einen Verbesserungsauftrag zu erteilen, den das Institut binnen 3 Monaten zu erfüllen hat. Für den Verbesserungsauftrag gilt § 13 Abs 3 AVG. Die FMA trifft daher die Pflicht, gemäß § 4 Abs 2 BIRG iVm § 13 Abs 3 AVG[22] das Institut im Rahmen eines Verbesserungsauftrages dahingehend zu anzuleiten, wie die Verbesserung vorzunehmen ist, um den gesetzlich geforderten Zustand zu erreichen. Es handelt sich um eine Verfahrensanordnung iSd

[21] In diese Richtung jedoch die Mat S 14.
[22] Gem ausdrücklichem Verweis in § 4 Abs 2 zweiter S.

§ 63 Abs 2 AVG[23], die FMA hat konkret anzugeben, welche vom Gesetz geforderten Eigenschaften dem Anbringen fehlen.[24]

Anders als § 16 für den Abwicklungsplan sieht § 4 für die Erteilung eines Verbesserungsauftrages (und daran anknüpfend die Verhängung von Verbesserungsmaßnahmen gemäß § 9) weder eine Beschränkung von Verbesserungsmaßnahmen auf die Beseitigung von Hindernissen noch eine Einschränkung auf die Wesentlichkeit potenzieller (Sanierungs-)Hindernisse vor. Die erste Abweichung scheint sinnvoll und gerechtfertigt, da damit durch einen Verbesserungsauftrag auch formale Planmängel oder Unvollständigkeiten beseitigt werden können, allerdings erscheint es höchst zweifelhaft, dass Verbesserungsaufträge und in weiterer Folge auch -maßnahmen zu deren Beseitigung schon bei Vorliegen bloß „potenzieller Hindernisse" angeordnet werden können, ohne auf deren Wesentlichkeit abzustellen. Vielmehr dürfte es sich hier um eine planwidrige Lücke handeln und schon aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von einer Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen nur auszugehen sein, wenn die Behörde wesentliche Sanierungshindernisse feststellt, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass für die Beseitigung von Sanierungshindernissen ein strengerer Maßstab als für jene von Abwicklungshindernissen gemäß §§ 16 und 17 gelten sollte.

h) Anordnung von Maßnahmen

Kommt das Institut einem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht oder ungenügend nach, zB weil potenzielle Sanierungshindernisse nicht beseitigt wurden, kann die FMA dem Institut eine oder mehrere Verbesserungsmaßnahmen mit Bescheid anordnen, nämlich:

1. die Verringerung des Risikoprofils des Instituts;
2. für die rechtzeitige Durchführbarkeit von Rekapitalisierungsmaßnahmen zu sorgen;
3. die Finanzierungsstrategie dahingehend zu ändern, dass die Widerstandsfähigkeit der Kerngeschäftsbereiche und kritischen Operationen erhöht wird;
4. die Governance-Struktur zu ändern.

Es handelt sich um eine Kann-Bestimmung, die Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen durch die FMA ist daher nicht zwingend, sondern liegt im behördlichen Ermessen, welches insbesondere an § 20 auszurichten ist und die Behörde das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten hat. Trotz der Erforderlichkeit bescheidmäßig angeordneter Maßnahmen müssen diese daher das gelindeste Mittel zur Zweckerreichung darstellen.[25]

Es soll jedoch sichergestellt werden, dass Institute so lange risikominimierende Maßnahmen treffen müssen, bis ein den Anforderungen des § 8 entsprechender Sanierungsplan vorgelegt wurde.[26]

2.3. Abwicklungsplan

a) Allgemeines/Gleichlauf zum Sanierungsplan

Für die Abwicklungsplanung gelten die §§ 11 bis 19 BIRG, wobei sich im Hinblick auf die grundsätzliche Erstellungspflicht, die Behördenzuständigkeit etc wesentliche Überschnei-

[23] VwGH 15. 12. 1993, 93/03/0259; VfSlg 8775/1980.
[24] Vgl *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 13 Rz 29.
[25] Ausdrücklich Mat S 15.
[26] Mat S 15.

dungen bzw Gleichläufe zur Sanierungsplanung ergeben. Im Folgenden werden daher nur die wesentlichen Abweichungen zur Sanierungsplanung dargestellt:

Auch Abwicklungspläne sind grundsätzlich von jedem Kreditinstitut zu erstellen. Für den gänzlichen Verzicht auf Erstellung oder Aktualisierung gilt § 12 korrespondierend zu § 5, für Erleichterungen kann mit Einreichung des Abwicklungsplanes ein Antrag gemäß § 11 Abs 3 f gestellt werden, für den die Ausführungen zu § 4 Abs 3 f sinngemäß gelten. § 11 Abs 4 für die Prüfung eines Erleichterungsantrags entspricht wortgleich § 4 Abs 4.

Der Abwicklungsplan ist – mangels Verzichts – ebenso wie der Sanierungsplan zumindest jährlich zu aktualisieren. Auch der für den Abwicklungsplan im § 12 entsprechend des Proportionalitätsgrundsatzes vorgesehene gänzliche Verzicht entspricht den Regelungen für den Sanierungsplan gemäß § 5, weshalb auf die bezughabenden Ausführungen verwiesen werden kann.

§ 13 stellt nun die inhaltlichen Erfordernisse an den Abwicklungsplan dar: Generelle Zielsetzung ist die Darlegung, wie eine geordnete Abwicklung oder Restrukturierung des Instituts erfolgen kann. Anders als beim Sanierungsplan enthält § 13 Abs 2 eine eigenständige Geheimhaltungsverpflichtung sämtlicher Personen, die mit dem Abwicklungsplan befasst sind, sowie eine Pflicht, hinsichtlich jener Personen Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten zu treffen.

b) Inhalt

Anders als die korrespondierende Bestimmung zum Sanierungsplan (§ 6 BIRG) enthält § 13 Abs 3 lediglich eine demonstrative Auflistung jener Informationen, die der Abwicklungsplan zu enthalten hat. Aufgrund der Formulierung „insbesondere" kann davon ausgegangen werden, dass mangels eines bewilligten Erleichterungsantrages gemäß § 11 Abs 3 die in § 13 Abs 3 sowie in der Anlage zu § 13 enthaltenen Informationen im Abwicklungsplan jedenfalls enthalten sein müssen (siehe auch § 13 Abs 4; sowie allenfalls weitere, die zur Zielerreichung erforderlich sind [dazu unten]). Jedenfalls darzulegen ist:

Gem § 13:

1. eine zusammenfassende Darstellung der Hauptbestandteile des Plans;
2. eine zusammenfassende Darstellung der seit Vorlage des letzten Abwicklungsplans eingetretenen wesentlichen Veränderungen innerhalb des Instituts;
3. Ausführungen dazu, wie kritische Funktionen und Kerngeschäftsbereiche im erforderlichen Umfang rechtlich und wirtschaftlich von anderen Funktionen getrennt werden könnten, um deren Fortführung im Falle einer Insolvenz des Instituts zu gewährleisten;
4. eine Schätzung des Zeitrahmens für die Umsetzung jedes wesentlichen Bestandteils des Plans;
5. eine detaillierte Darstellung der Abwickelbarkeit;
6. eine Beschreibung etwaiger Maßnahmen zum Abbau oder zur Beseitigung von Hindernissen für die Abwickelbarkeit;
7. eine Beschreibung der Verfahren zur Ermittlung des Werts und der Marktfähigkeit der kritischen Funktionen, der Kerngeschäftsbereiche und der Vermögenswerte des Instituts;
8. eine detaillierte Beschreibung der Regelungen, durch die gewährleistet werden soll, dass sämtliche Informationen des Abwicklungsplans auf dem aktuellen Stand sind und wie neue Informationen der FMA jederzeit zur Verfügung stehen;
9. Erläuterungen des Instituts dazu, wie die verschiedenen Abwicklungsoptionen finanziert werden könnten, wobei nicht von einer außerordentlichen finanziellen Unterstützung aus öffentlichen Mitteln ausgegangen werden darf;

10. eine detaillierte Beschreibung der verschiedenen Abwicklungsstrategien, die im Kontext der unterschiedlichen denkbaren Szenarien angewandt werden könnten;
11. Erläuterungen zu kritischen wechselseitigen Abhängigkeiten;
12. eine Analyse der Auswirkungen des Plans auf andere Institute innerhalb einer Gruppe;
13. eine Beschreibung der Optionen für die Aufrechterhaltung des Zugangs zu Zahlungs- und Clearingdiensten und anderen Infrastrukturen;
14. einen Plan für die Kommunikation mit Medien und Öffentlichkeit;
15. eine Auflistung des unentbehrlichen Personals für die kontinuierliche Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit des Instituts.

Sowie gem Anlage zu § 13:

1. eine detaillierte Beschreibung der Organisationsstruktur des Instituts einschließlich einer Aufstellung sämtlicher Einheiten;
2. Angaben zum direkten Eigentümer jeder Einheit und zum jeweiligen Prozentsatz der Stimmrechte und der stimmrechtslosen Anteile;
3. Angaben zu Standort, Gründungsstaat und Zulassung jeder Einheit sowie zur Besetzung der Schlüsselpositionen;
4. Zuordnung der kritischen Operationen und der Kerngeschäftsbereiche des Instituts, einschließlich wesentlicher Vermögenswerte und Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit diesen Operationen und Geschäftsbereichen, zu den jeweiligen Einheiten;
5. detaillierte Angaben zur Zusammensetzung der Verbindlichkeiten des Instituts und sämtlicher seiner Einheiten, wobei mindestens eine Aufschlüsselung nach Art und Höhe von kurzfristigen und langfristigen Schulden, besicherten, unbesicherten und nachrangigen Verbindlichkeiten vorzunehmen ist;
6. eine Aufstellung der Verfahren, die erforderlich sind, um festzustellen, wem das Institut Sicherheiten verpfändet hat, in wessen Besitz sich die verpfändeten Sicherheiten befinden und in welchem Rechtsraum die Sicherheiten belegen sind;
7. eine Beschreibung der außerbilanziellen Positionen des Instituts und seiner Einheiten, einschließlich Zuordnung zu den kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereichen;
8. Angaben zu den wesentlichen Absicherungsgeschäften des Instituts, einschließlich Zuordnung zur jeweiligen rechtlichen Einheit;
9. Angaben zu den wichtigsten bzw. kritischsten Gegenparteien des Instituts und Analyse der Auswirkungen eines Ausfalls wichtiger Gegenparteien auf die Finanzlage des Instituts;
10. Angaben zu allen Systemen, über die das Institut ein zahlen- oder wertmäßig wesentliches Geschäftsvolumen abwickelt, einschließlich Zuordnung zu den jeweiligen Einheiten, kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereichen des Instituts;
11. Angaben zu allen Zahlungs-, Clearing- oder Settlement-Systemen, bei denen das Institut direkt oder indirekt Mitglied ist, einschließlich Zuordnung zu den jeweiligen rechtlichen Einheiten, kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereichen des Instituts;
12. Eine detaillierte Aufstellung und Beschreibung der wichtigsten vom betreffenden Institut – unter anderem für das Risikomanagement und für die Berichterstattung in den Bereichen Rechnungslegung, Finanzen und Regulierung – genutzten Management-Informationssysteme, einschließlich Zuordnung zu den jeweiligen Einheiten, kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereichen des Instituts;
13. Angaben zu den Eigentümern der unter Z 12 genannten Systeme, zu entsprechenden Dienstgütevereinbarungen und zu Software, Systemen oder Lizenzen, einschließlich Zuordnung zu den jeweiligen Einheiten, kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereichen des Instituts;
14. Eine Aufstellung und Zuordnung der verschiedenen Einheiten und ihrer Verbindungen und Abhängigkeiten untereinander, insbesondere
    a) gemeinsame oder gemeinsam eingesetzte Mitarbeiter, Einrichtungen und Systeme;

b) Kapital-, Finanzierungs- oder Liquiditätsregelungen;
c) bestehende oder eventuelle Kreditrisiken;
d) Rückbürgschaftsvereinbarungen, Überkreuzbesicherungsvereinbarungen, Cross-Default-Klauseln und Cross-Affiliate-Netting-Vereinbarungen;
e) Risikotransfers und Vereinbarungen über Back-to-back-Transaktionen; Dienstgütevereinbarungen;

15. Angabe der für jede Einheit zuständigen Aufsichtsbehörde;
16. Angabe des für den Abwicklungsplan des Instituts verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglieds sowie – falls es sich nicht um dieselbe Person handelt – der für die verschiedenen Einheiten, kritischen Operationen und Kerngeschäftsbereiche verantwortlichen leitenden Mitarbeiter;
17. Eine Darstellung der innerhalb des Instituts geltenden Regelungen, mit denen gewährleistet wird, dass im Falle einer Abwicklung die Aufsichtsbehörde über alle von ihr verlangten und für die Abwicklung erforderlichen Informationen verfügt;
18. Alle von den Instituten und ihren Einheiten mit Dritten geschlossenen Vereinbarungen, deren Kündigung ausgelöst werden könnte, wenn die Behörden die Anwendung eines Abwicklungsinstruments beschließen, und Angaben dazu, ob durch die Folgen einer Kündigung die Anwendung des Abwicklungsinstruments beeinträchtigen kann.
19. Eine Beschreibung potenzieller Liquiditätsquellen zur Unterstützung der Abwicklung;
20. Angaben zur Belastung von Vermögenswerten, zu flüssigen Mitteln, außerbilanziellen Tätigkeiten, Absicherungsstrategien und Buchungspraktiken.

Sofern für die Darstellbarkeit einer geordneten Abwicklung oder Restrukturierung noch weitere Informationen erforderlich sind, sind diese nach der Formulierung und aufgrund der demonstrativen Natur der Aufzählung in § 13 Abs 3 vom Kreditinstitut aus Eigenem in den Plan zu integrieren. In Ermangelung dessen wäre daher von der Behörde sogleich ein Verbesserungsverfahren einzuleiten, anstatt dem Kreditinstitut aufzutragen, diese weiteren, erforderlichen Informationen, vor Erteilung eines Verbesserungsauftrages in den Plan einzufügen.

c) Gruppenabwicklungsplan

Gruppenabwicklungspläne gemäß § 14 folgen im Wesentlichen den gleichen Vorgaben wie Gruppensanierungspläne, weshalb auf die Ausführungen zu § 7 verwiesen werden darf. Einzig § 14 Abs 2, letzter Satz ordnet an, dass im Gruppenabwicklungsplan insbesondere auf gruppenrelevante Implikationen (offenbar der Abwicklung) einzugehen ist und Abs 3 *leg cit* sieht vor, dass der Gruppenabwicklungsplan Maßnahmen nennen muss, die erforderlich sind, um eine Abwicklung auf Gruppenebene zu erleichtern. Solche Maßnahmen umfassen auch die rechtliche und wirtschaftliche Ausgliederung bestimmter Funktionen oder Geschäftsbereiche.

d) Aufsichtsbehördliche Prüfung/„Abwickelbarkeit“

Die Prüfung des Abwicklungsplanes durch die Aufsichtsbehörde erfolgt anhand von § 15 BIRG, wobei ebenso wie beim Sanierungsplan vorerst eine formelle Prüfung dahingehend zu erfolgen hat, ob sämtliche erforderlichen Informationen enthalten sind und zu entscheiden ist, ob ein Erleichterungsantrag iSd § 11 Abs 3 f bewilligt wird. Kernpunkt der materiellen Prüfung durch die FMA ist sodann die Beurteilung der „Abwickelbarkeit“ des Institutes bzw der Gruppe:

Gemäß § 15 Abs 2 ist ein Institut als abwickelbar zu betrachten, „wenn es machbar erscheint und glaubwürdig ist, dass das Institut unter Anwendung der Bestimmungen zur Geschäftsaufsicht und Insolvenz von Kreditinstituten (§§ 81 ff BWG) zu sanieren, reorganisieren oder liquidieren ist, ohne, dass dies im Kontext einer allgemeinen finanziellen Instabilität oder

anderer systemweiter Ereignisse wesentliche negative Auswirkungen auf die Finanzsysteme hat." Ferner muss der Abwicklungsplan die Möglichkeit bieten, dass kritische Funktionen aufrechterhalten werden (§ 15 Abs 2, letzter Satz).

Auch im Verfahren zur Prüfung des Abwicklungsplanes ist einer gutachterliche Äußerung der Nationalbank durch die FMA einzuholen.

Die Definition der Abwickelbarkeit ist vor dem Hintergrund des BRRD-Vorschlages durchaus bemerkenswert: Art 13 Abs 1 BRRD-Vorschlag stellt nicht auf die „Abwickelbarkeit" sondern die „Abwicklungsfähigkeit" ab, sodass der österreichische Gesetzgeber sich schon begrifflich vom Wortlaut des Richtlinienvorschlages entfernt. Die „Abwicklungsfähigkeit" wird ferner im Richtlinienvorschlag so definiert, dass es „aus Sicht der Abwicklungsbehörde machbar und glaubwürdig ist, das Institut bzw die Gruppe im Rahmen eines regulären Insolvenzverfahrens zu liquidieren oder das Institut bzw die Gruppe durch Anwendung verschiedener Abwicklungsinstrumente und -befugnisse abzuwickeln, ohne, dass dies – auch im Kontext einer allgemeinen finanziellen Instabilität oder systemweiter Ereignisse – wesentliche negative Auswirkungen auf die Finanzsysteme des Mitgliedsstaates hat, in dem das Institut niedergelassen ist, wobei es Wirtschaftslage und Finanzstabilität im betreffenden Mitgliedsstaat oder einem anderen Mitgliedsstaat der Union zu berücksichtigen und die Fortführung bestimmter von dem Institut oder der Gruppe ausgeübte kritischer Funktionen zu gewährleisten gilt, wenn diese beispielsweise problemlos und rechtzeitig ausgegliedert werden können."[27]

Demnach stellt der BRRD-Vorschlag in Art 13 Abs 1 eindeutig klar, dass auch der Ausfall eines Institutes die Abwickelbarkeit dann in Frage stellt und diese nicht vorliegt, wenn erst durch diesen Ausfall ein systemweites Ereignis bzw eine Krise ausgelöst wird. Nach wörtlicher Interpretation des § 15 Abs 2 ergibt sich dies mangels des Begriffes „auch" sowie des Einschubes zwischen den Gedankenstrichen[28] gerade nicht, sodass die Abwicklungsfähigkeit auch dann vorliegen würde, wenn ein Institut ausfällt und erst dadurch eine Systemkrise ausgelöst würde. Andererseits ergibt die Wortinterpretation des BIRG, dass nur wenn der Ausfall eines Institutes auch im Zuge einer Finanzkrise negative Auswirkungen haben würde, die Abwicklungsfähigkeit nicht vorläge. ME ist dies eine wesentliche Herabsenkung des Prüfungsmaßstabes des BIRG im Vergleich zu dem im BRRD-Vorschlag geforderten Maßstab, weil die „Abwickelbarkeit" demnach erst dann nicht vorliegen würde, wenn durch den Ausfall des Institutes eine bereits bestehende Krise erst verschärft würde.

Die Auslegung durch die Verwaltungsbehörden und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bleibt abzuwarten.

Stellt die FMA Mängel des Abwicklungsplanes fest, kann sie, ebenso wie bei Mängeln des Sanierungsplanes, einen Verbesserungsauftrag erteilen, wobei § 16 Abs 1 einen solchen Verbesserungsauftrag nur dann vorsieht, wenn „der Abwickelbarkeit eines Instituts potenzielle wesentliche Hindernisse entgegen stehen". Ein Verbesserungsauftrag käme demnach bei bloßen Formalmängeln bzw Unvollständigkeiten des Planes soweit diese nicht für sich ein potenzielles Hindernis der Abwickelbarkeit ergeben, keinen Anlass für die Erteilung eines Verbesserungsauftrages dar, was durchaus fragwürdig erscheint.

e) Verbesserungsverfahren

Anders als bei Sanierungsplänen besteht gemäß § 16 nur eine Verbesserungspflicht des Instituts bzw eine Kompetenz der Aufsichtsbehörde zur Erteilung von Verbesserungsaufträgen,

[27] Art 13 Abs 1 Satz 2 BRRD idF vom 12. 6. 2012.
[28] „– auch im Kontext einer allgemeinen finanziellen Instabilität oder systemweiter Ereignisse –".

wenn „wesentliche Hindernisse" einer Abwicklung entgegenstehen. Die FMA darf daher nach § 16 nur bei Erfüllung dieses Wesentlichkeits-Kriteriums tätig werden.

Stellt die Behörde solche wesentlichen Hindernisse fest – anders als bei § 8 reichen sohin nicht jedwede Hindernisse – ist dem Institut ein Verbesserungsauftrag zu erteilen, für welchen jedoch nicht die 6-Monats-Höchstfrist gilt, sodass die FMA einen solchen Verbesserungsauftrag theoretisch auch noch nach verstreichen von 6 Monaten ab Einreichung des Plandokumentes erteilen könnte und anders als gemäß § 8 Abs 4 nach dem Verstreichen dieser Frist und Untätigkeit der Behörde dennoch keine Rechtssicherheit darüber geschaffen ist, dass das Dokument die gesetzlichen Vorgaben (offenbar) erfüllt. Ferner hat die FMA auch einen größeren Spielraum bei der Festsetzung der Verbesserungsfrist, diese darf höchstens 4 Monate betragen, allerdings kann die FMA auch eine angemessene kürzere Frist für die Mangelbeseitigung und Verbesserung des Plandokumentes im Verbesserungsauftrag vorsehen.

f) Anordnung von Maßnahmen

Mangels Beseitigung des Abwicklungshindernisses trotz erteiltem Verbesserungsauftrag und Verstreichen der Verbesserungsfrist ist die FMA gemäß § 16 Abs 2 zur Anordnung von Beseitigungsmaßnahmen gemäß § 17 – anders als bei Verbesserungsmaßnahmen gemäß § 9[29] – zu deren Anordnung verpflichtet. Eine solche Pflicht besteht jedoch gemäß Abs 3 *leg cit* dann nicht, wenn dies nach Art des Abwicklungshindernisses unangemessen wäre und die Herstellung der Abwickelbarkeit innerhalb einer erneut gesetzten Frist gemäß Abs 1 erwartet werden kann.

In Ergänzung von § 16 Abs 3 wird dies wohl auch dann zu gelten haben, wenn der Katalog von Beseitigungsmaßnahmen des § 17 Abs 1 nicht geeignet ist, das Abwicklungshindernis zu beseitigen, da die Anordnung solcher Maßnahmen dann sinnlos und unverhältnismäßig wäre. Im Übrigen ergibt sich ein Widerspruch zwischen § 16 Abs 2 der qua des Begriffs „hat" offenbar eine Pflicht der FMA zur Verhängung von Beseitigungsmaßnahmen statuiert, während § 17 Abs 1, erster Halbsatz eine „kann"-Bestimmung enthält und damit nicht von einer Anordnungspflicht der Aufsichtsbehörde auszugehen wäre. Insgesamt dürfte mE daher davon auszugehen sein, dass die FMA iSd § 17 Abs 1, erster Halbsatz, keine Anordnungspflicht auch vor dem Hintergrund trifft, dass eben der Fall eintreten kann, wonach keine der zu Gebote stehenden Beseitigungsmaßnahmen die Abwickelbarkeit herstellen könnte und in diesem Fall der Behörde die Möglichkeit eingeräumt werden muss, von deren Anordnungen abzusehen. Im Rahmen des behördlichen Ermessens kann daher mE keine Pflicht zur Verhängung von Maßnahmen bestehen.

Die Beseitigungsmaßnahmen, welche der FMA zur Verfügung stehen, sollte sie wesentliche Hindernisse für die Abwickelbarkeit feststellen, sind Anordnungen hinsichtlich:

1. des Abschlusses von Dienstleistungsvereinbarungen innerhalb der Gruppe oder mit Dritten über die Gewährleistung kritischer wirtschaftlicher Funktionen;
2. der Begrenzung der maximalen individuellen oder aggregierten Risikopositionen;
3. der Aufstellung und Erfüllung anlassbezogener oder regelmäßiger Informationspflichten, die für Abwicklungszwecke relevant sind;
4. der Veräußerung bestimmter Vermögenswerte;
5. der Einschränkung oder Unterlassung bestimmter bestehender oder geplanter Tätigkeiten;

[29] Gemäß § 9 kann die FMA eine Verbesserungsmaßnahme bei mangelhaftem Sanierungsplan anordnen, ist dazu jedoch nicht verpflichtet.

6. der Einschränkung oder Unterlassung der Entwicklung neuer Geschäftsbereiche oder Produkte;
7. der Vornahme von Änderungen in der rechtlichen oder operativen Struktur des Instituts, um die Komplexität zu reduzieren und um zu gewährleisten, dass kritische Funktionen rechtlich und organisatorisch von anderen Funktionen getrennt werden können.
8. ferner kann die FMA dem Mutterunternehmen des Instituts auftragen, eine Mutterfinanzholding Gesellschaft zu gründen, oder nachrangige Schuldtitel oder Darlehen zu begeben, die die Voraussetzungen des § 18 erfüllen, welche entsprechende Mindestanforderungen vorsieht,
9. schließlich kann die FMA bei gemischten Holdinggesellschaften eine Abtrennung der Finanzholding verlangen.

2.4. Zuständigkeit/Zielvorgabe

Zuständige Aufsichtsbehörde ist gemäß § 20 die FMA, welche im Rahmen der von ihr auszuübenden Aufsicht der Zielvorgabe unterliegt, „das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Finanzmarkt und die Finanzmarktstabilität zu berücksichtigen“ (siehe § 20, zweiter Satz, BIRG).

2.5. Zeitplan

§ 27 enthält die Übergangbestimmungen und solche zu den erstmaligen Erstellungszeitpunkten:

Daraus ergibt sich eine erstmalige Übermittlungspflicht des Sanierungsplans mit 1. 7. 2014 und des Abwicklungsplans bis 31. 12. 2014 für sehr große Kreditinstitute oder Gruppen mit einer Bilanzsumme von mehr als € 30 Milliarden oder bei Inanspruchnahme einer direkten finanziellen Unterstützung durch EFSF oder ESM.

Alle anderen Kreditinstitute haben den Sanierungs- und Abwicklungsplan jeweils ein Jahr später erstmals zu übermitteln.

Gemäß § 5 Abs 3 und § 11 Abs 3 besteht jedoch auch für sehr große Kreditinstitute oder Gruppen kein Zeitdruck bei der Beantragung einer Verzichtsbewilligung, da ein Verzicht jedenfalls schon ab einer Bilanzsumme von mehr als € 5 Milliarden unzulässig ist und daher jene Kreditinstitute oder Gruppen, die aufgrund der Höhe der Bilanzsumme bereits in 2014 Plandokumente erstmals zu übermitteln haben, ohnehin nicht in den Genuss eines Verzichts gelangen können.

Ein Verzicht auf Erstellung oder Aktualisierung ist gemäß § 5 Abs 3 und § 11 Abs 3 nämlich jedenfalls dann unzulässig, wenn

a. das Institut oder die Gruppe ein oder mehrere Tochterunternehmen oder wesentliche Zweigstellen in einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittland hat;
b. die Bilanzsumme des Instituts oder der Gruppe fünf Milliarden Euro übersteigt; oder
c. das Verhältnis der Bilanzsumme des Instituts oder der Gruppe zum österreichischen Bruttoinlandsprodukt 3 vH übersteigt.

Kleinere Institute, die eine direkte finanzielle Unterstützung durch EFSF oder ESM in Anspruch nehmen und daher bereits 2014 Pläne einzureichen haben, die weiteren Kriterien gemäß § 5 Abs 3 und § 11 Abs 3 jedoch nicht erfüllen, kämen dagegen für eine Verzichtsbewilligung grundsätzlich in Betracht.

Allerdings dürfte die Frage einer Verzichtsbewilligung für solche Institute weitgehend theoretisch sein, da eine Unterstützung (zumindest des ESM) gemäß dessen Richtlinien nur dann in

Betracht kommt, wenn ohne Rekapitalisierung des betroffenen Institutes schwere Nachteile für die Finanzstabilität („very adverse effects") des betroffenen Mitgliedsstaates zu befürchten wären.[30] Ein Verzicht ist allerdings gemäß § 5 Abs 2 und § 11 Abs 2 nicht zulässig, wenn im Fall der Insolvenz eines Institutes […] wesentliche negative Effekte auf die Finanzmärkte, andere wesentliche Institute oder die Finanzierungsbedingungen zu befürchten sind. Bei Gewährung einer ESM-Unterstützung ist es daher kaum denkbar, dass dieses Kriterium nicht erfüllt ist.

Möglich wäre allenfalls eine Konstellation, in welcher die Kriterien für die Gewährung der ESM-Unterstützung ursprünglich vorlagen, jedoch nunmehr weggefallen sind, sodass das Institut auch die Voraussetzungen des § 5 Abs 2 und § 11 Abs 2 in negativer Hinsicht nicht mehr erfüllt und daher für einen Verzicht in Betracht kommt. Da die Zusage der Unterstützung durch den ESM nach dessen Guidelines erfolgt, hat diese wohl auch keine bindende (wenn auch Indizien-) Wirkung für die Entscheidung der FMA gemäß § 5 Abs 2 bzw § 11 Abs 2, sodass ein solcher Antrag jedenfalls selbständig zu prüfen wäre.

Dem Kreditinstitut stünde es daher frei, darzulegen, warum es trotz ESM-Unterstützung für die Erteilung eines Verzichts in Betracht kommt und die Voraussetzungen für dessen Gewährung erfüllt sind.

2.6. Sonstiges

Im Übrigen enthält das BIRG in § 22 Strafbestimmungen sowie im 5. Abschnitt Übergangs- und Schlussbestimmungen, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.

[30] Siehe Art 3 Abs 1 European Stability Mechanism Guideline on Finanical Assistance for the Recapitalisation of Financial Institutions.

Finanztransaktionssteuer und Gegenargumente

Tatjana Polivanova-Rosenauer

Gliederung

1. Historie ... 55
2. Vorschlag zur verstärkten Zusammenarbeit ... 56
3. Vorschlag einer Richtlinie zur Finanztransaktionssteuer ... 56
3.1. Steuertatbestand ... 56
3.1.1. Finanzinstitut ... 57
3.1.2. Ansässigkeit ... 58
3.1.3. Finanztransaktionen ... 58
3.1.4. Finanzinstrumente ... 59
3.2. Bemessungsgrundlage und Steuersatz ... 60
3.3. Steuerschuld, Haftung und Sanktionsmechanismen ... 61
4. Argumente gegen die Finanztransaktionssteuer ... 61
4.1. Rechtsgrundlage zulässig? ... 61
4.2. Vereinbarkeit mit der Kapitalansammlungsrichtlinie? ... 62
4.3. Broker (market makers und designated sponsors) ... 63
4.4. Gegenparteiprinzip ... 64
4.4.1. Rechtsdienst des Rates vs Kommission ... 64
4.4.2. Rechtssache C-209/13 ... 65
4.5. Volkswirtschaftliche Auswirkungen ... 66
4.5.1. … für Kapitalmarktteilnehmer ... 66
4.5.2. … für die EU-11 ... 66
5. Zusammenfassung ... 67

Seit 2011 beschäftigt die Finanztransaktionssteuer Medien und Fachautoren. Nachdem der Entwurf der Richtlinie vom 28. 9. 2011 keine Zustimmung unter den Mitgliedstaaten gefunden hat, stimmte ECOFIN am 22. 1. 2013 dem Vorschlag einer Verstärkten Zusammenarbeit von 11 Mitgliedstaaten zu. Der Richtlinienentwurf vom 14. 2. 2013 wurde zwar im Juli 2013 vom Europäischen Parlament mit leichten Abänderungen gebilligt. Auch hat der EuGH jüngst die Nichtigkeitsklage des Vereinigten Königreichs und Nordirland vom 18. 4. 2013 Gründen abgewiesen, sodass eine Bewegung zu erwarten ist. In Anbetracht der zahlreichen Kritikpunkte ist jedoch der Zeitpunkt der Einführung der Finanztransaktionssteuer (FTT), die bereits ab 1. 1. 2014 hätte erhoben werden sollen*, noch ungewiss.*

1. Historie

Ausgelöst durch die Finanzkrise 2007 bis 2010 und die damit verbundene Unterstützung des Finanzsektors durch die Mitgliedstaaten (MS) hat die Europäische Kommission im September 2011 einen Richtlinienvorschlag für eine harmonisierte Finanztransaktionsteuer (FTS) für die gesamte EU vorgelegt.[1] Mit einer gemeinsamen Steuer auf Finanztransaktionen sollte zum einen einer Zersplitterung des Binnenmarktes infolge nationaler Steuermaßnahmen vorgebeugt werden. Zum anderen war es erforderlich, den Finanzsektor zu einem angemessenen und

[1] Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über das gemeinsame Finanztransaktionssteuersystem und zur Änderung der Richtlinie 2008/71/EG, KOM(2011) 594 final.

substanziellen Beitrag zu öffentlichen Finanzen zu verpflichten. Auch sollten Hemmnisse für Transaktionen, die einer Finanzmarktstabilität abträglich sind, geschaffen werden. Aufgrund grundlegender Meinungsverschiedenheiten fand jedoch der Richtlinienvorschlag – insbesondere bei Schweden und Großbritannien – nicht die erforderliche Zustimmung.[2]

2. Vorschlag zur verstärkten Zusammenarbeit

Die Idee einer Finanztransaktionssteuer wurde jedoch von 11 Mitgliedstaaten (Österreich, Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien, Belgien, Portugal, Slowenien, Estland, Griechenland, Slowakei) (EU-11) weiter verfolgt.

Am 23. 10. 2012 haben die EU-11 der Kommission einen Vorschlag zur Verstärkten Zusammenarbeit (VZ) im Bereich der FTS vorgelegt.[3] Das Institut der VZ ist in Art 326 ff AEUV geregelt und erfährt darin zugleich eine Einschränkung: Gem Art 326 erster Satz AEUV achtet die Verstärkte Zusammenarbeit die Verträge und das Recht der Union. Sie darf weder den Binnenmarkt noch den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhang beeinträchtigen. Ebenso wenig darf die VZ den Handel zwischen den MS behindern noch diskriminierend oder wettbewerbsverzerrend sein. Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der MS, die an der Verstärkten Zusammenarbeit nicht mitwirken, dürfen durch diese nicht beeinträchtigt werden (Art 327 AEUV). Zugleich sieht jedoch die Norm vor, dass die Rechte und pflichten der nicht mitwirkenden MS der Verstärkten Zusammenarbeit nicht im Wege stehen dürfen.

Das Rechtsinstrument der VZ wurde bis dato im Steuerbereich nicht eingesetzt. Ungeachtet fehlender Erfahrungswerte wurde jedoch der Vorschlag am 12. 12. 2013 vom Europäischen Parlament formell angenommen. ECOFIN stimmte dem Vorschlag am 22. 1. 2013 zu.

3. Vorschlag einer Richtlinie zur Finanztransaktionssteuer

Auf der Grundlage des Beschlusses unterbreitete die Kommission am 14. 2. 2013 einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit.[4] Dem Wunsch der EU-11 entsprechend spiegelt dieser weitgehend den Richtlinienvorschlag vom 28. 9. 2011 wider und sieht zusätzlich im verstärkten Umfang Maßnahmen gegen die Steuerumgehung und Verlagerungen in andere Steuergebiete vor. Auch die Erwägungsgründe für eine einheitliche FTS – konkret: angemessene Kostenbeteiligung, Harmonisierung der nationalen Steuerlandschaft sowie Stabilität des Finanzmarktes – sind unverändert.

3.1. Steuertatbestand

Der FTS sollen Transaktionen mit Finanzinstrumenten jeder Art unterliegen, sofern zumindest eine an der Transaktion beteiligte Partei im Hoheitsgebiet eines teilnehmenden MS ansässig ist und als Transaktionspartei ein im Hoheitsgebiet eines teilnehmenden MS ansässiges Finanzinstitut (FI) auftritt, das entweder für eigene oder fremde Rechnung oder im Namen einer Transaktionspartei handelt.[5] Zentrale Elemente der FTS sind somit das Finanzinstitut, das Konzept der Ansässigkeit sowie die Begriffe der Finanztransaktion und des Finanzinstruments.

---

2 Zur Historie im Detail vgl insbesondere Begründung zum Richtlinienvorschlag vom 14. 2. 2013, COM(2013) 71 final, *Cloer/Trencsik*, IWB 16/2013, 578 ff; *Cortez/Vogel*, DStR 2013, 999 f.

3 COM(2012) 631 final.

4 Vorschlag vom 14. 2. 2013 für eine RL des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer, COM(2013) 71 final (nachfolgend FTSRL-V).

5 Art 3 Abs 1 FTSRL-V.

3.1.1. Finanzinstitut

Der Begriff des Finanzinstitutes ist gem Art 2 Abs 1 Z 8 des FTSRL-V weit definiert und umfasst – neben Kreditinstituten – auch Wertpapierfirmen, geregelte Märkte und sämtliche anderen organisierten Handelsplattformen, Versicherungsunternehmen, OGAW und deren Verwaltungsgesellschaften, Pensionsfonds und Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, AIF und AIFM, Verbriefungsgesellschaften und Zweckgesellschaften. Das jeweilige Begriffselement wird grundsätzlich unter Rückgriff auf bereits bestehenden Vorschriften der einschlägigen Rechtsakte, so zB der Richtlinie des EP und des Rates 2009/65/EG im Rahmen der Definition eines OGAW[6] bestimmt.

Auf Basis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird auch jedes andere Unternehmen als FI eingestuft, sofern es bestimmte Tätigkeiten ausübt und diese Tätigkeiten in Bezug auf den Umfang oder den Wert der Finanztransaktionen einen wesentlichen Teil seiner gesamten Tätigkeit ausmachen. Der entsprechende Katalog ist im Vorschlag abschließend definiert und umfasst neben dem klassischen Einlagengeschäft auch Darlehensgewährung, Factoring und Leasingaktivitäten, Gewährung von Garantien, Handel auf eigene Rechnung oder Kundenrechnung, Erwerb von Beteiligungen, Beteiligung an und Emission von Finanzinstrumenten sowie die Erbringung der damit im Zusammenhang stehenden Leistungen.[7] Der wirtschaftlichen Anknüpfung folgend kann somit jedes börsennotierte Industrieunternehmen, das im erheblichen Ausmaß zB Absicherungsgeschäfte gegen Währungsrisiken abschließt, oder eine Finanzierunggesellschaft im Rahmen eines Konzerns als FI der FTS unterliegen.[8]

Der Anwendungsbereich des FTSRL-V wird dem Wortlaut nach auch durch bloßen Beteiligungserwerb oder Darlehensgewährung eröffnet, sodass eine Holdinggesellschaft oder ein Secondary Private Equity Fonds grundsätzlich als FI zu werten wären.[9] Darin ist aber ein Widerspruch zu den Zielen des FTSRL-V zu sehen. Die Notwendigkeit einer Eingrenzung des weiten Anwendungsbereichs ergibt sich konkret aus seiner Zielsetzung, wonach der *aktive* Handel mit Finanzinstrumenten besteuert und somit die Spekulationstransaktionen mit Arbitragecharakter vermieden werden sollen. Der Erwerb einer langfristigen (unter Umständen wesentlichen) Beteiligung an einem Unternehmen in der Rechtsform einer AG gilt hingegen nicht als Aktienhandel. Eine Abgrenzung zwischen dem aktiven Element (gewerbliche Tätigkeit) und der passiven Komponente (Vermögensverwaltung) erweist sich jedoch bereits im rein innerstaatlichen Kontext schwierig;[10] auch eine Lösung für grenzüberschreitende Qualifikationskonflikte lässt sich dem gegenständlichen Vorschlag nicht entnehmen.

Vom Anwendungsbereich des Vorschlages sind Transaktionen mit der EZB und den Zentralbanken der Mitgliedstaaten sowie einigen weiteren Einrichtungen ausgenommen.[11] Ebenso wenig sollen zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer sowie Mitgliedstaaten, soweit sie öffentliche Schulden verwalten, und mit der Verwaltung öffentlicher Schulden betraute öffentliche Einrichtungen in diesem Wirkungsbereich nicht als FI gelten.[12] Die genannten Institutionen sind nach der Auffassung der Kommission für ein effizientes und transparentes Funktionieren der Finanzmärkte und für die ordnungsgemäße Verwaltung der öffentlichen Schulden

---

6 RL des Europäischen Parlaments und des Rates 2009/65/EG vom 13. 7. 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl L 302 vom 17. 11. 2009, 32.

7 Art 2 Abs 1 Z 8 lit j FTSRL-V.

8 Vgl dazu auch *Siegle-Hartwig*, IStR 2013, 441 (447).

9 *Frey*/*Bruhn*, BB 2012, 1763 (1766).

10 So auch *Frey*/*Bruhn*, BB 2012, 1763 (1766).

11 Art 3 Abs 4 FTSRL-V.

12 Art 3 Abs 2 FTSRL-V.

wesentlich. Die Befreiung soll jedoch für die eigentliche Handelstätigkeit dieser Einrichtungen nicht zur Anwendung kommen und somit steuerpflichtig sein.[13]

3.1.2. Ansässigkeit

Das zentrale Element des FTSRL-V ist zugleich dessen räumlicher Anwendungsbereich. Gem Art 10 Abs 1 ist die FTS an die Steuerbehörde des teilnehmenden Mitgliedstaates zu entrichten, in dessen Hoheitsgebiet das FI, das die Transaktionspartei ist oder im Namen einer Transaktionspartei handelt oder sofern die Transaktion für seine Rechnung durchgeführt wird, als ansässig gilt (**Ansässigkeitsprinzip**). Die Ansässigkeit wird nach Art 4 FTSRL-V bestimmt und ist primär in jenem MS anzunehmen, dessen Behörde die Genehmigung zur Geschäftstätigkeit als FI erteilt hat. Subsidiär ist auf den Sitz, feste Anschrift, den gewöhnlichen Aufenthalt oder die Zweigstelle abzustellen.[14] Für andere Transaktionsparteien als FI ist der Sitz (juristische Personen) bzw der Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthaltsort (natürliche Personen) bestimmend. Ist die einzelne Finanztransaktion einer Zweigstelle des FI oder der sonstigen Transaktionspartei zuzurechnen, steht die Steuerhoheit dem teilnehmenden MS der Zweigstelle zu.[15]

Das tatsächliche Element der Ansässigkeit eines FI wird um die fiktive Ansässigkeit ergänzt. Konkret sieht die Bestimmung des Art 4 Abs 1 lit f FTSRL-V vor, dass ein (sonst nicht ansässiges) FI dann im Hoheitsgebiet des teilnehmenden Mitgliedstaates als ansässig zu sehen ist, wenn es eine Transaktion mit einem in diesem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässigen FI oder mit einer ebendort ansässigen Partei, die kein Finanzinstitut ist, ausführt (**Gegenparteiprinzip**). Aufgrund der Ansässigkeitsfiktion würde zB eine Wertpapierleihe zwischen einer österreichischen Kapitalgesellschaft und einem Kreditinstitut (KI), das in Großbritannien oder Schweden und somit in einem nicht teilnehmenden MS ansässig ist, sowohl auf der Ebene der Kapitalgesellschaft als auch auf der Ebene des KI österreichische FTS auslösen. Denn diesfalls führt die Ansässigkeit der Kapitalgesellschaft als Vertragspartei in einem teilnehmenden MS zu einer Ansässigkeit des FI in diesem teilnehmenden MS.

Das zweite Element der fiktiven Ansässigkeit ist das **Ausgabeprinzip**, deren Motivation liegt in der Vermeidung von Verlagerungen von Finanztransaktionen. Gem Art 4 Abs 1 lit g bzw Abs 2 lit g FTSRL-V solle der Handel mit nach dem Ausgabeprinzip der FTS unterliegenden Finanzinstrumenten, die im Hoheitsgebiet eines teilnehmenden Mitgliedstaates emittiert werden, jedenfalls steuerpflichtig sein.[16] Der Auffangtatbestand würde demnach immer dann zur Anwendung kommen, wenn keine der Transaktionsparteien in den teilnehmenden MS ansässig sind, jedoch mit Finanzinstrumenten handeln, die in einem teilnehmenden MS ausgegeben wurden. So unterliege der Verkauf einer österreichischen Anleihe von einem argentinischen FI an eine australische Wertpapierfirma zweimal der österreichischen FTS.

3.1.3. Finanztransaktionen

Gem Art 1 Abs 2 FTSRL-V gelten als **Finanztransaktionen** zunächst Kauf und Verkauf eines Finanzinstruments; die weiteren Tatbestände sind Abschluss von Derivatkontrakten, Austausch von Finanzinstrumenten sowie (umgekehrte) Pensionsgeschäfte und Wertpapierverleih- und -leihgeschäfte. Eine steuerpflichtige Finanztransaktion liegt vor Abrechnung und Aufrechnung vor; somit löst bereits das Verpflichtungsgeschäft die Finanztransaktionssteuer aus. Als Konsequenz hat daher eine Stornierung oder Berichtigung einer Finanztransaktion

[13] Punkt 3.3.2. des FTSRL-V.
[14] Art 4 Abs 1 lit b bis e FTSRL-V.
[15] Art 4 Abs 2 lit a und b FTSRL-V.
[16] Punkt 3.3.2. des FTSRL-V.

keine Auswirkungen auf den bereits entstandenen Steueranspruch; ausgenommen sind allerdings Fälle der Fehlerbehebung.[17] Unbeachtlich ist weiters, ob die Finanztransaktion im Rahmen des Börsenhandels oder außerbörslich (*over-the-counter*) abgeschlossen wird.

Der wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgend bewirkt auch die Übertragung von Risikopositionen und Dispositionsrechten im Hinblick auf ein Finanzinstrument im Konzern die Qualifikation als steuerpflichtige Finanztransaktion. Welche Übertragungen gemeint sind, lässt sich jedoch den Ausführungen der Kommission im Rahmen des Richtlinienvorschlages nicht entnehmen. Der allgemein verwendete Begriff der Übertragung von Dispositionsrechten erfährt lediglich die Einschränkung durch Art 3 Abs 4 lit g FTSRL-V, wonach Transaktionen im Rahmen von Umstrukturierungen gem Art 4 Kapitalansammlungsrichtlinie[18] ausgenommen sind. Dessen Anwendungsbereich erfasst neben dem *up-stream merger* Einbringungen des Gesamtvermögens einer Gesellschaft oder deren Teilbetriebes und den Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen gegen Gewährung von Anteilen. Sonstige außerhalb des Art 4 Kapitalansammlungsrichtlinie umgesetzte Umstrukturierungen oder andere Maßnahmen (zB Einbringung von Wertpapierportfolios in einen Spezialfonds oder eine Gesellschaft gegen Gewährung von Anteilsrechten) können hingegen eine steuerpflichtige Finanztransaktion nach sich ziehen.[19] Vor dem Hintergrund der Erwägungsgründe werden solche Umstrukturierungen als Vorgänge mit Spekulationscharakter gesehen.

Zur Verhinderung von Steuerumgehungen soll auch jede wesentliche Änderung einer steuerpflichtigen Finanztransaktion als eine neue steuerpflichtige Finanztransaktion gelten.[20] Eine wesentliche Änderung wird angenommen, wenn sich die Person der Transaktionspartei, das Ziel oder der Umfang (einschließlich des zeitlichen Elements) oder aber die Gegenleistung ändern. Im Sinne von Verhinderung von Missbrauch soll jede Änderung als wesentlich gelten, wenn die abgeänderte Finanztransaktion eine höhere FTS ausgelöst hätte.

Vom Steuertatbestand sind jedoch Primärmarktgeschäfte (so wie ihre Emission, Zuteilung oder Zeichnung) mit Aktien und anderen vergleichbaren Wertpapieren, Aktienzertifikaten und Schuldverschreibungen oder anderen verbrieften Schuldtiteln, einschließlich Zertifikaten (Hinterlegungsscheinen) für solche Wertpapiere ausgenommen.[21] Entgegen dem Richtlinienvorschlag vom 28. 9. 2011 ist die Ausnahmebestimmung auch auf Ausgaben von Anteilen an OGA anzuwenden, die Rücknahmen sind hingegen steuerpflichtig.[22]

Die weitere Ausnahme betrifft den Abschluss von Versicherungsverträgen oder Hypothekendarlehen.[23] Diese wird jedoch wirtschaftlich ausgehebelt, sofern zB eine index- oder fondsgebundene Lebensversicherung vorliegt. Diesfalls unterliegt sowohl die Erstveranlagung der Prämie als auch die laufende Umschichtung des Deckungsstocks der FTs, von deren Weiterbelastung an den Versicherungsvertrag auszugehen wäre.[24]

3.1.4. Finanzinstrumente

Das Konzept des Finanzinstruments wird in Anlehnung an bestehende Normen definiert und umfasst zum einen Finanzinstrumente iSd Anhangs I Abschnitt C der MiFID-Richt-

---

17 Art 5 Abs 2 FTSRL-V.

18 RL des Rates 2008/7/EG vom 12. 2. 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABl L 46 vom 21. 2. 2008, 11.

19 So auch im Detail *Cortez/Vogel*, DStR 2013, 999 (1002); *Conrath/Schulz*, RiW 2013, 857 ff.

20 Art 2 Abs 2 FTSRL-V mit Verweis auf VO (EG) 1287/2006 iVm Art 4 Z 18 lit a und b MiFID-Richtlinie (vgl dazu FN 22).

21 Art 3 Abs 4 lit a FTSRL-V.

22 Punkt 3.3.2. FTSRL-V.

23 Art 3 Abs 4 lit a sowie Tz 8 der Präambel des FTSRL-V.

24 So zB *Siegle/Hartwig*, IStR 2013, 441 (448).

linie[25] und andererseits **strukturierte Finanzprodukte**.[26] Als solche gelten handelbare Wertpapiere oder andere Finanzinstrumente, die auf dem Wege einer Verbriefung oder gleichwertiger Transaktionen, die mit einer Übertragung anderer Risiken als Kreditrisiken verbunden sind, angeboten werden.[27] Gemeinsames Merkmal ist dabei das Vorliegen eines Wertpapiers, sodass Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Personengesellschaften mangels Verbriefung nicht in den Anwendungsbereich der FTS fallen.[28]

Abgesehen von „verbrieften" Finanzinstrumenten unterliegen auch **Derivatkontrakte** der Steuerpflicht. Zunächst stellt die Eröffnung der Derivateposition einen steuerpflichtigen Vorgang dar. Ergänzend soll auch die physische Lieferung eines Finanzinstruments im Rahmen des Erfüllungsgeschäftes die Finanztransaktionssteuer auslösen, systematisch führt dieser Umstand zu einer „Begünstigung" von auf Differenzausgleich ausgerichteten Derivatkontrakten und somit des Spekulationshandels in Derivaten.

Dagegen ist die **Wertpapierleihe** als einheitliche Finanztransaktion anzusehen, sodass die Rücklieferung der entliehenen Wertpapiere keine Finanztransaktionssteuer nach sich ziehen sollte. Sinngemäß ist ein (umgekehrtes) Pensionsgeschäft als einheitliche Finanztransaktion zu behandeln.[29] Eine revolvierende Wertpapierleihe, mit einer regelmäßigen Umschichtung der Wertpapierpositionen einhergeht, oder ein Pensionsgeschäft, in dessen Rahmen die Rückübertragungsverpflichtung durch andere als verpensionierte Wertpapiere erfüllt werden kann, sind jedoch vom Grundsatz der einmaligen Erhebung nicht mehr erfasst. Nicht zuletzt auf der Grundlage des Art 2 Abs 2, subsidiär der Missbrauchsvorschrift des Art 13 FTSRL-V wäre der Steuertatbestand mehrmals erfüllt.

3.2. Bemessungsgrundlage und Steuersatz

Die **Bemessungsgrundlage** leitet sich grundsätzlich aus dem Wert der Gegenleistung ab.[30] Bei konzerninternen Finanztransaktionen oder Abweichungen zwischen dem Wert der Gegenleistung und dem Marktpreis unterliegt die Bemessungsgrundlage dem Fremdvergleichsgrundsatz; gem Art 6 Abs 3 FTSRL-V unterliegt jener Betrag der FTS, der als Gegenleistung bei einer Transaktion zwischen zwei unabhängigen Geschäftspartnern zu zahlen wäre. Bei börsennotierten Finanzinstrumenten wäre auf den Handelskurs im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts abzustellen. Davon abweichend ist bei Eröffnung von Derivatpositionen auf den Nominalbetrag abzustellen, dies soll nach Auffassung der Kommission den Aufwand aus der Steuerbemessung und -erhebung minimieren.[31]

Die **Steuersätze** sind im Sinne einer Untergrenze vorgegeben, die Festlegung der Höhe ist darüber hinaus dem teilnehmenden MS überlassen. Grundsätzlich beträgt der Mindeststeuersatz 0,1 %, bei Derivaten ist der Mindeststeuersatz mit 0,01 % festgelegt.[32] Eine darüber hinausgehende Differenzierung nach der Art des Finanzinstruments oder der Person der Vertragspartei ist gem Art 9 Abs 3 FTSRL-V unzulässig.

---

25 RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 4. 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABl L 145 vom 30. 4. 2004, 1.
26 Art 2 Abs 1 Z 3 FTSRL-V.
27 Art 2 Abs 1 Z 7 FTSRL-V.
28 Im Ergebnis auch *Frey/Bruhn*, BB 2012, 1763 (1765).
29 Punkt 3.3.2. FTSRL-V.
30 Art 6 Abs 1 FTSRL-V.
31 Art 7 iVm Punkt 3.3.3. FTSRL-V.
32 Art 9 Abs 1 und 2 FTSRL-V.

3.3. Steuerschuld, Haftung und Sanktionsmechanismen

Die **Steuerschuld** entsteht im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäftes.[33] Steuerschuldner ist das Finanzinstitut, sofern es Transaktionspartei ist oder im Namen der Transaktionspartei handelt oder sofern für dessen Rechnung eine Finanztransaktion durchgeführt wird.[34] Wird die Steuer nicht innerhalb von drei Tagen nach Entstehen bzw bei elektronisch durchgeführten Finanztransaktionen im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld entrichtet, haften als Transaktionsparteien gesamtschuldnerisch für die Steuerentrichtung. Der Haftungskreis gem Art 10 Abs 3 FTSRL-V kann durch nationalen Gesetzgeber erweitert werden, damit verbunden sind aber uneinheitliche Regelungen betreffend die Steuerhaftung sowie die Erklärungs- und Dokumentationspflichten nach Art 11 Abs 3 und Abs 4 FTSRL-V.

Dem nationalen Gesetzgeber obliegt auch die Festlegung von **Sanktionsmechanismen** bei Betrug und Steuerhinterziehung.[35] Damit verbunden sind aber zugleich national bedingte Unterschiede in der Abgrenzung der Steuerhinterziehung von einer Abgabenverkürzung.

Davon abgesehen sieht der FTSRL Vorschlag eine eigene **Missbrauchsvorschrift** vor, mit der in Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unter anderem Scheingeschäfte oder generell der Missbrauch von Rechtsformen und Gestaltungsmöglichkeiten der jeweiligen Rechtsordnung vermieden werden sollen.[36] Demnach sollen rein künstliche Konstruktionen und Vorgänge für Zwecke der Steuererhebung unbeachtlich sein. Sinngemäß ist dieser Maßstab bei Aktienzertifikaten und vergleichbaren Wertpapieremissionen anzuwenden, mit denen das Emissionsprinzip über Umverpackungen von Finanzinstrumenten eines teilnehmenden MS in ein Finanzinstrument eines nicht teilnehmenden MS umgangen werden soll.[37] Die Bestimmung der rein künstlichen Transaktionen orientiert sich an den Empfehlungen der Kommission betreffend aggressive Steuerplanung[38] und somit an den ertragsteuerlichen Vorschriften. Im Bereich der indirekten Steuern ist jedoch geradezu die formalrechtliche Anknüpfung vorherrschend. Davon abgesehen ist eine in den EU-11 einheitliche Auslegung der Norm im Rahmen einer grenzüberschreitenden Finanztransaktion bereits dann ausgeschlossen, wenn die Steuerrechtsordnung eines teilnehmenden MS (zB Slowenien) auf formalrechtlichen Kriterien basiert, wogegen der Steuerrechtsordnung des anderen teilnehmenden MS (zB Österreich) die wirtschaftliche Betrachtungsweise immanent ist.

4. Argumente gegen die Finanztransaktionssteuer

4.1. Rechtsgrundlage zulässig?

Rechtsgrundlage der vorgeschlagenen Richtlinie soll Art 113 AEUV sein,[39] ihr Ziel die Harmonisierung der Rechtsvorschriften für die indirekte Besteuerung der Finanztransaktionen.[40] Die Bezugnahme auf Art 113 AEUV ist jedoch bereits deswegen bedenklich, weil eine

---

33 Art 5 Abs 1 FTSRL-V.
34 Art 10 Abs 1 FTSRL-V.
35 Art 12 FTSRL-V.
36 Art 13 FTSRL-V.
37 Art 14 FTSRL-V.
38 ABl L 338 vom 12. 12. 2012, 41.
39 Art 113 AEUV: Der Rat erlässt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses einstimmig die Bestimmungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern, soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist.
40 Vorschlag vom 14. 2. 2013 für eine RL des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer, COM(2013) 71 final, Punkt 3.1.

auf dessen Grundlage erlassene Richtlinie eine Angleichung bestehender mitgliedstaatlicher Steuersysteme bezwecken soll. Die FTS ist jedoch eine in den EU-11 vereinzelt erhobene Abgabe.[41]

Das Wesen einer indirekten Steuer ist deren Überwälzung auf den Kunden des der Besteuerung unterliegenden Vorganges. Nach Auffassung der Kommission solle jedoch gerade dieser Effekt vermieden werden. Auch zielt die FTS auf die zweimalige Erfassung einer Finanztransaktion ab: Steuerpflichtig ist demnach sowohl der Erwerb als auch die Veräußerung des jeweiligen Finanzinstrumentes. Eine indirekte Steuer knüpft jedoch tatbestandsmäßig nur an einen Rechtsvorgang an und sieht eine Zerlegung in einzelne Elemente nicht vor.[42]

Vor diesem Hintergrund wird Art 113 AEUV in der Literatur als untauglich angesehen. Als mögliche Lösung wird die Erweiterung des Wirkungskreises der MWSt-Systemrichtlinie[43] bzw der MWSt-Verordnung[44] vorgeschlagen. So könne zB die Transaktionsleistung jener (juristischen) Person, die zwischen die Vertragsparteien der auf einem oder mehreren Märkten gehandelten Kontrakte über Finanzinstrumente tritt und somit als Käufer (Verkäufer) für jeden Verkäufer (Käufer) fungiert, als mehrwertsteuerpflichtiger Umsatz normiert werden. Das Rechtsinstitut einer solchen zentralen Gegenpartei (*central counter-party* oder CCP) entstammt der VO (EU) 648/2012 des EP und des Rates vom 4. 7. 2012 über OTC Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister.[45] Deren Ziel – konkret: Eindämmung der Risiken künftiger Finanzkrisen und deren Auswirkungen durch eine Clearingpflicht für OTC-Derivate – korreliert aber mit jenem des gegenständlichen Vorschlags. Mit der Besteuerung der Transaktionsleistung wäre auch eine Annäherung zwischen Finanzsektor und Realwirtschaft gegeben. Zugleich würde auch der fehlende Vorsteuerabzug die einzelne Wertpapiertransaktion – ohne Differenzierung nach der Person der Vertragspartei – verteuern, hiermit zugleich regulierend (Stichwort: Begrenzung der (systemischen) Risiken) und fiskalisch (Stichwort: zusätzliches Steueraufkommen) wirken.[46]

4.2. Vereinbarkeit mit der Kapitalansammlungsrichtlinie?

Gem Art 5 Abs 2 der Kapitalansammlungsrichtlinie erheben die Mitgliedstaaten keine indirekte Steuer irgendwelcher Art auf die Ausfertigung, die Ausgabe, die Börsenzulassung, das Inverkehrbringen von oder den Handel mit Aktien, Anteilen oder anderen Wertpapieren gleicher Art sowie Zertifikaten derartiger Wertpapieren ungeachtet der Person des Emittenten (lit a). Auch verbietet Art 5 Abs 2 eine indirekte Steuer auf Anleihen einschließlich Renten, die durch Ausgabe von Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren aufgenommen werden, ungeachtet der Person des Emittenten, auf alle damit zusammenhängenden Formalitäten sowie auf die Ausfertigung, Ausgabe oder Börsenzulassung, das Inverkehrbringen von oder den Handel mit diesen Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren (lit b). Vom generellen Verbot von indirekten Steuern auf Handel mit Wertpapieren sieht jedoch Art 6 Kapitalansammlungsrichtlinie dahin gehend ein Ausnahme vor, als pauschal oder nicht pauschal erhobene Steuern

41 *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011, 373 (375).
42 Vgl im Detail *Wäger*, ISR 2013, 396 (397).
43 RL 2006/112/EG des Rates vom 28. 11. 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl L 347, 1 (MwStSystRL).
44 Durchführungsverordnung (EU) Nr 282/11 des Rates vom 15. 3. 2011 zur Festlegung von Durchführungsvorschriften zur Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl L 77 vom 23. 3. 2011, 1 (MwStVO).
45 ABl L 201 vom 27. 7. 2012, 1.
46 Vgl im Detail die Diskussion bei *Wäger*, ISR 2013, 396 (399 ff).

auf die Übertragung von Wertpapieren zulässig sind. Diese Ausnahme wird von der Kommission im Hinblick auf die Zulässigkeit der Finanztransaktionssteuer als einschlägig angesehen.[47]

Die Kommission sieht eine Börsenumsatzsteuer und mithin auch eine – im Grundkonzept dieser entsprechende – FTS vom Wortlaut der Ausnahme des Art 6 Abs 1 lit a Kapitalansammlungsrichtlinie als erfasst an.[48] Dennoch wird die Anwendung des Art 6 Abs 1 lit a auf Verkehrssteuern in systematischer Hinsicht in Frage gestellt: Hätte der Umsatz mit Wertpapieren besteuert werden dürfen, wäre ein bloßes Verbot der Gesellschaftsteuer (konkret: Art 5 Abs 1 Kapitalansammlungsrichtlinie) ausreichend gewesen. In anderen Worten wäre eine Kombination der Verbotsnorm des Art 5 Abs 2 und der Ausnahmebestimmung des Art 6 Abs 1 Kapitalansammlungsrichtlinie nicht erforderlich gewesen. Es wäre somit sinnentleert, im Rahmen von Art 5 Abs 2 eine Besteuerung des Aktien- und Anleihehandels zu untersagen, zugleich aber über Art 6 Abs 1 lit a wieder zuzulassen. Dies deute darauf hin, dass die Kapitalansammlungsrichtlinie indirekte Steuern auf Aktienhandel generell und ohne Ausnahme verbieten soll. In anderen Worten kann deren Art 6 Abs 1 lit a als Rechtfertigung für die Einführung der FTS herangezogen werden, zumal sich auch seinem Wortlaut kein Hinweis auf indirekte Steuern entnehmen lässt.[49]

Die Frage nach der Reichweite beider Normen wurde am 30. 5. 2013 vom belgischen *Grondwettelijk Hof* im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens dem EuGH vorgelegt.[50] Für das nationale Gericht war fraglich, ob die Erhebung einer Steuer auf eine gesetzlich vorgeschriebene Umwandlung von Inhaberpapieren in Namenspapiere oder entmaterialisierte Wertpapiere nach Art 5 Abs 2 und Art 6 Kapitalansammlungsrichtlinie zulässig ist. Zwar handelt es sich bei der belgischen Abgabe um keine Börsenumsatzsteuer. Auch ist mE die Einziehung von Aktien oder deren Untergang infolge der Umwandlung in nicht verbriefte Anteile nicht vom Anwendungsbereich des FTSRL Vorschlages erfasst. Sollte sich jedoch der EuGH inhaltlich mit Art 6 Abs 1 lit a auseinandersetzen, sind Rückschlüsse auf deren generelle Anwendbarkeit auf die FTS möglich.[51]

4.3. Broker (*market makers* und *designated sponsors*)

Als Steuerschuldner gelten grundsätzlich FI, sofern diese Transaktionspartei sind oder im Namen einer Transaktionspartei handeln oder die Transaktion für deren Rechnung durchgeführt wird. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus Art 10 Abs 2 FTSRL Vorschlag, wonach ein Handeln im Namen oder für Rechnung eines anderen FI zum Übergang der Steuerschuld auf das andere FI nach sich zieht.

Weitere Einschränkungen sind im FTSRL Vorschlag nicht enthalten, mithin aber geboten. Zum einen erfasst der Begriff des Steuerschuldners auch **Market Makers** und Designated Sponsors, die als Broker über kontinuierliches Stellen von Geld- und Briefkursen die Handelbarkeit von Wertpapieren sichern und auf diese Weise kurzfristige Ungleichgewichte zwischen

47 FTSRL-V, Präambel Tz 9.
48 *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011, 373 (377).
49 *Dahm/Hamacher*, IStR 2013, 123 (129).
50 C-299/13, Rs *Isabelle Gielen/Ministerraad*.
51 Im Rahmen des Vorschlages vom 28. 9. 2011 hat die Kommission noch die Streichung des Art 6 Abs 1 lit a Kapitalansammlungsrichtlinie und einen neuen Art 6a angeregt, wonach die FTSRL der Kapitalansammlungsrichtlinie vorgehen soll. Daraus leiten *Dahm/Hamacher*, IStR 2013, 130 (123) ab, dass die Kommission von einer potenziellen Unvereinbarkeit der FTS mit der Kapitalansammlungsrichtlinie ausgeht. Naheliegend ist aber, dass nationale Abgaben auf Übertragung von Wertpapieren durch eine einheitliche FTS abgelöst werden sollen. Rechtstechnisch sollte dies durch die Festlegung einer Unzulässigkeit nationaler indirekter Steuern auf die Übertragung von Wertpapieren und einen allgemeinen Vorrang der FTSRL umgesetzt werden.

Angebot und Nachfrage in weniger liquiden Werten ausgleichen.[52] Deren Einbeziehung in den persönlichen Anwendungsbereich der FTS würde im Ergebnis zu einer geringen Liquidität und den Ineffizienzen auf den Finanzmärkten führen.[53]

Andererseits werden **Clearing-Mitglieder** und sonstige Finanzintermediäre dem persönlichen Anwendungsbereich der FTS unterworfen.[54] Die Ausnahme des Art 10 Abs 2 FTSRL-V ist auf diese nicht anzuwenden, da regelmäßig ein Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vorliegt. Zwar unterliegen auch Transaktionen mit einer zentralen Gegenpartei (CCP) nicht der Richtlinie, die Ausnahme ist jedoch auf die vorgelagerte Transaktion zwischen dem Clearing-Mitglied und dem FI des Kunden, das mangels Clearing-Mitgliedschaft nicht in den Vertrag mit der zentralen Gegenpartei eintreten kann, nicht anzuwenden. Auf diese Weise unterliegt zB eine über EUREX abgewickelte Wertpapierleihe mehrmals der Steuerpflicht. Konkret sind unter den Steuertatbestand die Finanztransaktion zwischen dem Verleiher (seinem Finanzinstitut) und seinem Clearing-Mitglied, die Finanztransaktion zwischen dem Clearing-Mitglied des Verleihers und dem Clearing-Mitglied des Entleihers sowie die Finanztransaktion zwischen dem Clearing-Mitglied des Entleihers und dem Entleiher (seinem Finanzinstitut) zu subsumieren. Inhaltlich idente Transaktionen unterlägen infolge der Anknüpfung an das Verpflichtungsgeschäft sechsmal der FTS (Stichwort: Kaskadeneffekt), womit aber zwangsläufig eine Verteuerung verbunden ist.

4.4. Gegenparteiprinzip

4.4.1. Rechtsdienst des Rates vs Kommission

Gem Art 4 Abs 1 lit f FTSRL-V soll ein FI in einem teilnehmenden MS als ansässig gelten, wenn es für eigene oder fremde Rechnung oder im Namen einer Transaktionspartei handelnde Partei einer Finanztransaktion ist, die mit einem anderen gemäß den Buchstaben a, b, c, d oder e in diesem MS ansässigen Finanzinstitut oder mit einer im Hoheitsgebiet dieses MS ansässigen Partei, die kein FI ist, abgeschlossen wurde. Schließt daher eine in Großbritannien zugelassene Wertpapierfirma eine Finanztransaktion mit einem österreichischen Kreditinstitut zB eine Wertpapierleihe ab, unterliegt diese Finanztransaktion zweimal der FTS: Zum einen ist das österreichische Kreditinstitut aufgrund der Ansässigkeit in Österreich steuerpflichtig. Zum anderen färbt seine Ansässigkeit auf die Wertpapierfirma ab, sodass diese in Österreich als fiktiv ansässig zu sehen ist und somit der österreichischen FTS unterliegt (Gegenparteiprinzip).

Nach Auffassung des Rechtsdienstes des Rates ist jedoch das Gegenparteiprinzip vor dem Hintergrund des Art 327 AEUV, wonach die verstärkte Zusammenarbeit die Zuständigkeiten, die Rechte und die Pflichten der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten achten muss, fraglich. Demnach ist die extraterritoriale Wirkung der FTS nicht mit dem Völkergewohnheitsrecht vereinbar.[55] Auf die budgetäre Einnahmenseite ausgerichtete Begründung des Richtlinienvorschlages stellt ebenso wenig einen Rechtfertigungsgrund wie die Notwendigkeit einer angemessenen Kostenbeteiligung der Finanzinstitute dar, als sämtliche Finanzinstitute – ohne Rücksicht auf das Verursacherprinzip – in die Besteuerung einbezogen werden. Der Erwägungsgrund der Finanzmarktstabilität wäre als Rechtfertigungsgrund untauglich, da der FTS auch solche Finanztransaktionen unterworfen werden, die keine systemischen Risiken nach

[52] http://de.wikipedia.org/wiki/Market-Maker. Die Aufgaben des Designated Sponsors gehen über die Aufgaben des Market-Makers hinaus; auch erfolgt die Liquiditätssicherung im Auftrag eines Emittenten (http://de.wikipedia.org/wiki/Designated_Sponsor).
[53] *Siegle-Hartwig*, IStR 2013, 441 (446).
[54] *Siegle-Hartwig*, IStR 2013, 441 (447).
[55] Gutachten des Rechtsdienstes des Rates vom 6. 9. 2013, 13412/13 – 2013/0045 (CNS).

sich ziehen.[56] Nach Meinung des Rechtsdienstes ist zudem das Rechtsinstrument der fiktiven Ansässigkeit – mangels Verhältnismäßigkeit – keine adäquate Vorschrift zur Vermeidung von Umgehungen der Richtlinie.

Auch werden Finanztransaktionen unterschiedlich besteuert: Eine Finanztransaktion mit einem FI, das in Schweden als dem nicht teilnehmenden MS ansässig ist, unterliegt in Österreich als dem teilnehmenden MS, in dem die Vertragspartei der Finanztransaktion ansässig ist, zweimal der FTS. Handelt es sich hingegen um ein deutsches FI, wird die österreichische FTS nur einmal erhoben. In anderen Worten wird eine Doppelbesteuerung innerhalb des EU-11-Raums, nicht jedoch im Verhältnis zu einem nicht teilnehmenden MS, das uU eine ähnliche Steuer erhebt, vermieden. Aufgrund des damit verbundenen Kostenfaktors wirkt die FTS wettbewerbsverzerrend.[57] Dieser Umstand wird allerdings von der Kommission nicht als diskriminierend eingestuft, denn in beiden Konstellationen wird die FTS jeweils zweimal erhoben.[58]

Der Rechtsdienst des Rates bemängelt auch den Umstand, dass außerhalb des EU-11-Raums ansässige FI dem Steuersatz jenes teilnehmenden MS unterliegen, in dem die Vertragspartei ansässig ist. Dagegen werden FI, die in einem teilnehmenden MS ansässig sind, immer dem eigenen Steuersatz unterworfen. Eine derartige unterschiedliche Behandlung der FI, zugleich aber die Missachtung der Steuerhoheit des nicht teilnehmenden MS verstößt gegen Art 327 AEUV.[59] Wiederum sieht die Kommission die Unterschiedlichkeit der Steuersätze als Ausfluss der nationalen Steuerhoheit der teilnehmenden MS an, die nach der Rsp des EuGH unproblematisch ist.[60]

Ein weiteres Argument gegen die FTS entnimmt der Rechtsdienst dem Umstand, dass Transaktionen mit in einem teilnehmenden MS ansässigen FI gegenüber Finanztransaktionen mit einem außerhalb des Wirkungsbereichs der Steuer ansässigen FI begünstigt werden. Mangels Vollstreckbarkeit der FTS außerhalb des EU-11-Raumes gelten Transaktionen mit dort ansässigen FI als rechtlich „unsicher". Damit verbunden sind aber ein höheres Risiko und eine Verteuerung der Transaktion, dieser Umstand verstößt gegen die Dienstleistungs- und die Kapitalverkehrsfreiheit.[61]

4.4.2. Rechtssache C-209/13

Die vorstehenden Argumente wurden seitens des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV gegen den Beschlusses des Rates vom 22. 1. 2013 über die Ermächtigung zu einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer Rat vorgebracht.[62] Konkret greife die FTS über das Gegenparteiprinzip und das Ausgabeortprinzip in die Zuständigkeit der nicht teilnehmenden MS, sodass ein Verstoß gegen Art 327 AEUV und Völkergewohnheitsrecht vorliege. Auch lasse die Durchführung der VZ auf dem Gebiet der FTS Kosten für nicht teilnehmende MS entstehen.[63]

---

56 Vgl FN 27, Punkt 21.
57 Vgl FN 27, Punkt 29 f.
58 Stellungnahme der Europäische Kommission vom 26. 2. 2014, Financial transaction tax (FTT): Legality of the "counter-party principle" laid down in Article 4(1)(f) of the Commission Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of FTT – COM(2013) 71 final of 14 February 2013.
59 Vgl FN 27, Punkt 37.
60 Vgl FN 56, Seite 2.
61 Vgl FN 27, Punkt 40.
62 Rechtssache C-209/13.
63 Dies ergäbe sich nach Auffassung des Klägers daraus, dass die FTS in den Anwendungsbereich der Richtlinien 2010/24/EU des Rates vom 16. 3. 2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen (ABl L 84, 1) und 2011/16/EU des Rates vom 15. 2. 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur

Die Nichtigkeitsklage wurde jedoch vom EuGH mit der Feststellung abgewiesen, dass weder das Gegenparteiprinzip noch das Ausgabeortprinzip aus dem Beschluss des Rates vom 22. 1. 2013 ableitbar sind.[64] Zweck des Beschlusses wäre ausschließlich, die teilnehmenden Mitgliedstaaten zu ermächtigen, unter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen der Verträge untereinander eine Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines gemeinsamen Finanztransaktionssteuersystems zu begründen. Die Klagegründe beziehen sich auf Vorschläge der Kommission zur Ausgestaltung der FTS, die zwar möglich, jedoch nicht zwingend sind und vom Rat noch nicht verabschiedet wurden. Auch das Kostenargument ist kein Gegenstand des Ratsbeschlusses, sondern bloß aus der allgemeinen Maßgeblichkeit der Amtshilfe- und der Beitreibungsrichtlinien im Zusammenhang mit der Einhebung der FTS ableitbar und vor diesem Hintergrund nicht einschlägig.[65]

Selbst wenn die Kommission an der Rechtsmäßigkeit des Gegenparteiprinzips weiterhin festhält, ist die Argumentation eher knapp gehalten. Auch lässt sich dem Urteil des EuGH keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der fiktiven Ansässigkeit entnehmen, sodass die fundierten Aussagen des Rechtsdienstes des Rates vom Ausgang des Verfahrens unberührt bleiben.

4.5. Volkswirtschaftliche Auswirkungen

4.5.1. … für Kapitalmarktteilnehmer

Wenngleich die vorgeschlagene Richtlinie primär die FI besteuern soll, ist nach hM eine Weiterbelastung der FTS an den Anleger naheliegend.[66] Der *Council for Asset and Investment Management* des *Institute of International Finance* geht in seinem Positionspapier davon aus, dass eine Veranlagung in einen Investmentfonds in Höhe von EUR 10.000 über eine Laufzeit von 20 Jahren eine Belastung mit FTS in Höhe von EUR 2.300 nach sich ziehen würde.[67] Neben dem Kleinanleger würde sich der Kostencharakter der FTS auch negativ auf Absicherungsgeschäfte der Finanzindustrie und der Realwirtschaft auswirken. Das weitere Problem sind die Repotransaktionen, deren primäre Gründe in der Beschaffung der kurzfristigen Liquidität oder der günstigen Finanzierungsmöglichkeit liegen. Bei einer Jahresbetrachtung soll die Belastung durch die FTS abhängig von dem Fälligkeitszeitpunkt zwischen 5 % und 25 % liegen.[68]

4.5.2. … für die EU-11

Die Kommission schätzt die jährlichen Einnahmen aus der Erhebung der FTS auf EUR 30 bis 35 Mrd. Angesichts der bisherigen Erfahrungswerte sind jedoch die genannten Zahlen fraglich. Als Musterbeispiel einer missglückten fiskalischen Regulierung wird die Einführung der Börsenumsatzsteuer in 1991 in Schweden genannt: Statt der prognostizierten Einnahmen von SEK 1,5 Mrd wurden durchschnittlich SEK 50 Mio pro Jahr vereinnahmt. Im Jahr der Einfüh-

---

Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG (ABl L 64, 1) fallen würde. Die nicht teilnehmenden MS wären demnach zur Amtshilfe verpflichtet, wodurch die Verstärkte Zusammenarbeit für diese mit Kosten verbunden wäre. Die Kostentragung stehe aber nicht im Einklang mit Art 332 AEUV.

64 Urteil vom 30. 4. 2013, C-209/13, Rs *Großbritannien vs Rat*, Tz 35 f.

65 So insbesondere Stellungnahme der deutschen Bundesregierung vom 21. 10. 2013 in der Rechtssache C-209/13, Tz 47.

66 So zB *Bortenlänger*, BB 25.2013, I; *Cloer/Trencsik*, IWB 2012, 835 (838); IFF – Council for Asset and Investment Management, *The Proposed EU Financial Transaction Tax: Potential Harm to Saver, Pensioners and Global Capital Markets* (2013); *Vogel*, IStR 2012, 16 (12); *Siegle-Hartwig*, IStR 2013, 441 (445).

67 IFF – Council for Asset and Investment Management, *The Proposed EU Financial Transaction Tax: Potential Harm to Saver, Pensioners and Global Capital Markets* (2013), S 3.

68 Vgl FN 68, S 5 f.

rung ging der Handel mit Anleihen um 85 % und das Handelsvolumen für Derivate um 98 % zurück.[69]

Einen vergleichbaren Trend weist die lokal eingeführte Finanztransaktionssteuer in Frankreich und Italien auf. Die französische FTS beträgt 0,2 % und wird auf den Handel mit Eigenkapitalinstrumenten französischer Emittenten, die eine bestimmte Börsenkapitalisierung aufweisen, weiters Hochfrequenzhandel und den Kauf von Credit Default Swaps erhoben.[70] Seit der Einführung am 1. 8. 2012 ist zwar der Aktienhandel nur um 5 % gefallen, jedoch wird die F-FTT von Auslandsbanken teilweise nicht abgeführt. Auch hat eine Abwanderung im Rahmen des Derivatemarktes stattgefunden. Die italienische FTT ist seit dem 1. 1. 2013 auf den Aktienhandel (Steuersatz 0,1 %) und seit dem 1. 7. 2013 auf den Derivatemarkt anzuwenden (Steuersatz 0,20 %). Die I-FTT betrifft Aktien italienischer Emittenten, sofern sie eine bestimmte Börsenkapitalisierung aufweisen, und abgeleitete Finanzinstrumente.[71] Seit der Einführung der I-FTT ist der Aktienhandel um 29,7 % zurückgegangen.[72] Die Aktienmärkte in Deutschland und Großbritannien haben hingegen eine Steigerung erfahren.[73]

5. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist der FTSRL Vorschlag in mehrfacher Hinsicht defizitär. Sein primärer Beweggrund des Vorschlages dürfte sich auf die zusätzliche Einnahmenerzielung für die teilnehmenden MS reduzieren. Zwar sollen mit der Besteuerung der Finanztransaktionen auch bestimmte Lenkungseffekte erzielt werden, diese wurden bereits über zahlreiche aufsichtsrechtliche Rechtsakte umgesetzt (zB CRD-IV, Regulierung des außerbörslichen Derivatehandels). Auch deuten die volkswirtschaftlichen Aspekte darauf hin, dass die Finanztransaktionssteuer einerseits negative Effekte für die Realwirtschaft hat und andererseits – bereits aufgrund der Abwanderung der Finanzmarktteilnehmer – keine adäquate Einnahmenquelle darstellt.

69 *Lappas*, IStR 2013, 117 (120).
70 IBFD, *Corporate Taxation*, Kapitel 5.4. (www.ibfd.org).
71 Vgl im Detail *Di Wiesenhoff/Egori*, DFI 2013, 48 ff.
72 Vgl http://derstandard.at/1397521714844/Italiens-Finanzsteuer-bremst-Aktienhandel. In den ersten 6 Monaten 2013 hat sich der Aktienhandel gegenüber 2012 halbiert.
73 Vgl http://www.thetradenews.com/news/Asset_Classes/Equities/Liquidity_dries_up_in_FTT_countries_-_report.aspx.

PRIPs – „EU-Beipackzettel" – Auf dem Weg zu einem Basisinformationsblatt für Kleinanleger

Ludwig Pfleger

Gliederung

1. Grundidee – Verbesserung der Transparenz 69
2. Anwendungsbereich 70
3. Form und Inhalt des Basisinformationsblatts 71
3.1. Einheitliches Format 71
3.2. Sonstige allgemeine Vorgaben 71
3.3. Inhalt 71
4. Abfassung und Bereitstellung des Basisinformationsblatts 72
5. Ausblick 73
6. Resümee 74

Bereits am 3. 7. 2012 hat die Europäische Kommission (EK) einen Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte veröffentlicht.[1] Dieser Vorschlag ist Teil eines weiter gefassten, auf die Wiederherstellung des im Zuge der Finanzkrise erschütterten Vertrauens der Kleinanleger in die Finanzmärkte gerichteten Gesetzgebungspakets der EK.[2] Durch dieses sogenannte EU–Verbraucherschutzpaket soll der Schutz der Kleinanleger durch Erhöhung der Transparenz, Vermeidung von Interessenskonflikten und Vereinheitlichung von Rechtssystemen verbessert werden.

Der vorliegende Kurzbeitrag widmet sich dem Inhalt des primär auf die Verbesserung der Transparenz abzielenden Vorschlages der EK zur Einführung eines „EU-Beipackzettels" für Anlageprodukte für Kleinanleger und soll dem Leser einen ersten Überblick[3] über dieses Vorhaben verschaffen, das nunmehr auf die Zielgerade kommt. In der Zwischenzeit haben bekanntlich sowohl der Rat[4] als auch das Europäische Parlament (EP)[5] eine vorläufige Positionierung zu diesem Vorhaben gefunden und hat Anfang 2014 der Trilog begonnen. Es wird daher dort, wo es nach Ansicht des Autors für das Thema erforderlich scheint, jeweils auch kurz auf die vom Kommissionsvorschlag abweichenden Vorstellungen der Parteien des Trilogs eingegangen.

1. Grundidee – Verbesserung der Transparenz

Die Erfahrungen aus der Vergangenheit haben gezeigt, dass Konsumenten gerade bei Anlageprodukten häufig mit zahlreichen, komplexen Informationen konfrontiert sind. Dadurch

---

1 Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on key information documents for investment products, COM (2012)352 – 2012/0169 (COD).

2 Dazu zählen neben PRIPs die Initiativen zu MiFID II, IMD II und UCITS V.

3 Der Beitrag beschäftigt sich daher mit den Kapiteln I „Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen" und II „Basisinformationsblatt". Daneben umfasst der Verordnungsvorschlag auch noch die Kapitel III „Beschwerden, Rechtsbehelfe, Zusammenarbeit" sowie IV „Schlussbestimmungen", die nicht Gegenstand des Beitrags sind.

4 Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union am ECOFIN am 26. 6. 2013 http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/12/49/EU_124969/index.shtml.

5 Abänderung des Europäischen Parlaments vom 20. November 2013 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte (COM(2012)0352 – C7 –0179/2012 – 2012/0169(COD)) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0489+0+DOC+XML+V0//DE.

können sie die Risiken und Kosten verschiedener Anlageprodukte nur schwer einschätzen und vergleichen. Die bestehenden Informationspflichten[6] variieren je nach Rechtsform und fokussieren nicht auf die für eine informierte Kundenentscheidung wesentlichen Informationen („Key Information“ oder „Basisinformation“). Dies erschwert einerseits die Entscheidungsfindung und andererseits den Vergleich verschiedener Anlageprodukte.

Diesem Manko soll der vorliegende Verordnungsvorschlag durch die Einführung eines die bestehenden Informationspflichten ergänzenden, sektorenübergreifenden Basisinformationsblattes für Anlageprodukte (**K**ey **I**nformation **D**ocument) Rechnung tragen. Das Basisinformationsblatt, in der Diskussion oft als „EU-Beipackzettel“ oder kurz „KID“ bezeichnet, soll in einem standardisierten, einen Vergleich verschiedener Anlageprodukte ermöglichenden Format, die wesentlichen Merkmale und Eigenschaften eines Anlageproduktes in kurzer, einfacher, für den Verbraucher verständlichen Sprache darstellen. Der Tatsache, dass es für OGAW Anlageprodukte, die in den Anwendungsbereich der PRIPs Verordnung fallen werden, mit den „Wesentlichen Informationen für den Anleger“[7] bereits ein vom Ansatz und der Idee her vergleichbares Dokument gibt, soll durch eine fünfjährige Übergangsfrist Rechnung getragen werden, während welcher die Anbieter solcher Anlageprodukte von den Verpflichtungen der Verordnung ausgenommen sein sollen.

2. Anwendungsbereich

Auch wenn für die vorliegende Initiative der Europäischen Kommission stets das Schlagwort „PRIPs“ (**P**ackaged **R**etail **I**nvestment **P**roduct**s**) verwendet wird, besteht zwischen den am Trilog Beteiligten, also der EK, dem Rat und dem EP noch Uneinigkeit darüber, welche Anlageprodukte von der Verordnung umfasst sein sollen. Wie schon das „packaged“ aus der Abkürzung nahelegt, gehen der Vorschlag der EK und noch viel deutlicher die Positionierung des Rates von einem engeren Anwendungsbereich aus und legen bei der Festlegung des Kreises der betroffenen Anlageprodukte Wert darauf, dass das Kriterium der „verpackten“ Form[8] beibehalten wird. Dieser engere Anwendungsbereich umfasst im Wesentlichen geschlossenen oder offene Investmentfonds einschließlich OGAW, strukturierte Produkte und Lebensversicherungen mit Anlagecharakter. Demgegenüber befürwortet das EP in seiner Positionierung einen weiten Anwendungsbereich und will das Basisinformationsblatt auch für „nicht verpackte“ Anlageprodukte (z.B direkter Erwerb von Aktien und Anleihen) verpflichtend machen. Es bleibt insofern abzuwarten, welche Interessen sich im Trilog durchsetzen werden.

Einig sind sich die beteiligten Parteien hingegen darüber, dass es um die verpflichtende Bereitstellung des Basisinformationsblattes für Kleinanleger („retail investors“) geht.[9]

Der Verordnungsvorschlag knüpft bei der Definition des Begriffs „retail investor“ in Art 4 Abs 1 (c) an den Begriff des Kleinanlegers im Sinne des Art 4 Absatz 1 Nummer 12 MiFID[10] bzw des Kunden im Sinne der Versicherungsvermittlerrichtlinie[11] an. Die geltende Versiche-

---

6 Siehe Richtlinie 2003/71/EG und Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II).

7 S Art 78 bis 82 der Richtlinie 2009/65/EG.

8 In der Begründung des Kommissionsvorschlags heißt es dazu auf Seite 8: „Statt dessen treten diese Produkte und die Unternehmen, die diese auflegen, zwischen den Anleger und die Märkte, indem sie Vermögenswerte kombinieren bzw ummanteln oder sonstige Mechanismen anwenden, die sich von einem Direktbesitz unterscheiden („Verpackung“).“

9 Siehe Art 1 des Kommissionsvorschlags: „Diese Verordnung legt einheitliche Regeln für das Format und den Inhalt des Basisinformationsblatts fest, das von Anlageproduktanbietern abzufassen ist, sowie von einheitlichen Regeln für die Bereitstellung dieses Informationsblatts an Kleinanleger.“

10 Richtlinie 2004/39/EG.

11 Richtlinie 2002/92/EG.

rungsvermittlerrichtlinie differenziert beim Begriff des Kunden noch nicht zwischen „retail client" und „professional client". Dies wird im Zuge der derzeit parallel laufenden Revision der Versicherungsvermittlerrichtlinie zu berücksichtigen sein.

3. Form und Inhalt des Basisinformationsblatts[12]

3.1. Einheitliches Format

Die Informationen sind in einem standardisierten, mit einheitlichen Überschriften versehenen Format und in einheitlicher, vorgegebener Abfolge darzustellen. Die Überschriften für die einzelnen Abschnitte sind als Fragen formuliert.

Das Basisinformationsblatt ist als kurze[13] Unterlage abzufassen.

Oben auf der ersten Seite hat sich die Überschrift „Basisinformationsblatt" und unmittelbar darunter nachstehender, den grundsätzlichen Charakter der Basisinformation zum Ausdruck bringender einleitender Text zu befinden:

„*Dieses Informationsblatt informiert Sie über die grundlegenden Aspekte dieses Anlageprodukts. Es handelt sich nicht um Werbematerial. Diese Informationen sind gesetzlich vorgeschrieben, um ihnen die Art dieses Anlageprodukts und die mit ihm verbundenen Risiken zu erläutern. Wir raten Ihnen, das Informationsblatt zu lesen, damit Sie eine fundierte Anlageentscheidung treffen können.*"

Hinsichtlich der konkreten, detaillierten Ausgestaltung des Formats ist im Verordnungsvorschlag eine Ermächtigung der EK zur Erlassung delegierter Rechtsakte vorgesehen.

3.2. Sonstige allgemeine Vorgaben

Das Basisinformationsblatt muss

- präzise, redlich, klar und darf nicht irreführend sein
- hat ein eigenständiges, von Werbematerialien deutlich zu unterscheidendes Dokument zu sein
- ist in einer einfachen, Fachjargon und – soweit möglich – Fachtermini vermeidenden, für den Kleinanleger leicht verständlichen Sprache[14] abzufassen
- muss Schwarz und Weiß ausgedruckt oder fotokopiert gut lesbar sein.

3.3. Inhalt

In der Verordnung wird festgelegt, welche wesentlichen Elemente[15] eines Anlageprodukts im Basisinformationsblatt zu beschreiben sind. Die detaillierten Anforderungen an den Inhalt sollen durch delegierte Rechtsakte der EK, die Art und Weise der Kurzdarstellung der Risiken und der Berechnung der Kosten durch technische Standards, die von den Europäischen Aufsichtsbehörden (ESAs) zu entwickeln sind, festgelegt werden.

Neben der Bezeichnung des Produkts und der Angabe der Identität des Anbieters, werden vor allem Informationen über die Art und die Hauptmerkmale des Produkts, das Risiko-Rendite-Profil und die entstehenden Kosten als wesentlich angesehen. Die wesentlichen Infor-

[12] Siehe Art 6 bis 11 des Verordnungsvorschlags.
[13] Nach der Vorstellung des Rates in seiner allgemeinen Ausrichtung soll das Dokument max 3 DIN A4 bzw nach der Positionierung des EP max 2 DIN A4 Seiten umfassen dürfen.
[14] Hinsichtlich der zu verwendenden Amtssprache siehe Art 7 des Verordnungsvorschlags.
[15] Siehe Art 8 Abs 2 des Verordnungsvorschlags.

mationen sind im Frage und Antwort Stil unter nachstehenden standardisierten Überschriften darzustellen:[16]

- Um welche Art von Anlage handelt es sich?
- Könnte ich Geld verlieren?
- Welche Risiken bestehen und was könnte ich zurückbekommen?
- Welche Kosten entstehen?
- Wie hat sich das Produkt bisher entwickelt?
- Was könnte ich bekommen, wenn ich in den Ruhestand gehe?

Dem europäischen Parlament geht dieser Ansatz eines nicht-personalisierten Basisinformationsblatts nicht weit genug und beinhaltet der Abänderungsvorschlag die Einführung eines Anhanges zum Basisinformationsblatt, in dem Angaben zur Identität der Person, die das Produkt verkauft und zu den Vertriebskosten (zB Provisionen) zu machen sind. Zusätzlich wird vom EP für komplexe Anlageprodukte quasi als eine Art Warnhinweis die Aufnahme eines verpflichtenden Hinweises auf die Komplexität auf der ersten Seite angedacht:

„Hinweis auf Komplexität: Diese Produkt gilt als sehr komplex und ist unter Umständen nicht für alle Kleinanleger geeignet.“[17]

4. Abfassung und Bereitstellung des Basisinformationsblatts

Der Anlageproduktanbieter („product manufacturer“) ist verpflichtet, für jedes von ihm aufgelegte Anlageprodukt ein mit den Anforderungen dieser Verordnung im Einklang stehendes Basisinformationsblatt zu erstellen.[18] Dieses ist, bevor es an Kleinanleger verkauft werden kann, auf einer Website zu veröffentlichen. Der Kommissionsvorschlag lässt dem Anbieter die Wahl der Website offen. Die Positionierung des Rats und des EP sehen eine verpflichtende Veröffentlichung auf der eigenen Website des Anbieters vor, wobei das EP zusätzlich eine verpflichtende Veröffentlichung auf der Website der zuständigen Europäischen Aufsichtsbehörde und der nationalen Aufsichtsbehörde andenkt.

Nach dem Kommissionsvorschlag ist allein der Anlageproduktanbieter für den Inhalt des Basisinformationsblatts verantwortlich und verpflichtet, es regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls zu überarbeiten. Daran anknüpfend sieht der Verordnungsvorschlag vor, dass der Anlageproduktanbieter einem Kleinanleger gegenüber, der seine Anlageentscheidung auf das Basisinformationsblatt gestützt hat, für Verluste haftet, wenn das Basisinformationsblatt nicht den Anforderungen der Verordnung entsprochen hat. Der Kleinanleger soll nach der Vorstellung der EK nur nachzuweisen haben, dass ihm infolge Verwendung von im Basisinformationsblatt enthaltenen Informationen ein Verlust entstanden ist, und der Anbieter beweisen müssen, dass das Basisinformationsblatt den Anforderungen der Verordnung entspricht.[19]

Diese Haftungsregelung wird seitens des Rates in seiner Allgemeinen Ausrichtung vom 26. 6. 2013 abgelehnt und der Charakter des Basisinformationsblatts als vorvertragliche Information betont. Nach der Vorstellung des Rates soll der Anlageproduktanbieter[20] nicht allein

---

16 Hinsichtlich der Überschriften und Abschnitte gibt es zwischen den Parteien des Trilogs noch unterschiedliche Vorstellungen.

17 S Art 8a des Abänderungsvorschlags des EP, in welchem zusätzlich noch Bedingungen angeführt sind, bei deren Erfüllung ein Anlageprodukt als nicht an Kleinanleger gerichtet anzusehen ist, die durch technische Regulierungsstandards der Europäischen Aufsichtsbehörden noch näher ausgeführt werden sollen.

18 Art 5 des Verordnungsvorschlags.

19 Art 11 des Verordnungsvorschlags.

20 S dazu die bereits bestehende, vergleichbare Regelung für die „Wesentliche Information für den Anleger“ in Art 79 Abs 2 der Richtlinie 2009/65/EG.

aufgrund des Basisinformationsblatts haftbar sein, außer das Basisinformationsblatt stimmt nicht mit den sonstigen vorvertraglichen und vertraglichen Unterlagen überein, oder es ist irreführend oder ungenau.

Demgegenüber geht der Kommissionsvorschlag dem EP nicht weit genug. Das EP will die Verantwortung für den Inhalt des Basisinformationsblatts und die Haftung auch auf den Vertrieb, also alle Personen ausdehnen, die Kleinanlegerprodukte verkaufen.

Davon abweichend sehen der Verordnungsvorschlag und die Positionierung des Rates für den Vertrieb nur die Verpflichtung vor, dem Kleinanleger das Basisinformationsblatt vor Abschluss des Geschäfts zur Verfügung zu stellen. Jeder der Anlageprodukte an Kleinanleger verkauft hat sicherzustellen, dass dem Kleinanleger das Basisinformationsblatt kostenlos zur Verfügung steht, bevor dieser seine Anlageentscheidung trifft.[21]

5. Ausblick

Angesichts der Tatsache, dass der „Trilog" zwischen EU-Parlament, Rat und Kommission erst Anfang 2014 begonnen hat und im Mai 2014 die Wahlen zum Europäischen Parlament anstehen, bleibt abzuwarten, ob es bei den bestehenden Differenzen zu einer raschen Einigung und einer Verabschiedung dieser Verordnung über Basisinformationsblätter für Anlageprodukte noch vor den Parlamentswahlen kommen wird. Es bestehen einerseits hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs, des genauen Inhalts der als wesentlich anzusehenden Informationen, der Verantwortung und Haftung für die Richtigkeit des Basisinformationsblatts noch erhebliche Auffassungsunterschiede. Andererseits beinhaltet die dem Verhandlungsmandat zugrunde liegende Positionierung des Europäischen Parlaments noch zusätzliche, über den Kommissionsvorschlag zur Schaffung eines Basisinformationsblatts weit hinausgehende Vorschläge zur Verbesserung des Anlegerschutzes. Dazu zählt neben dem Vorschlag zur verpflichtenden Einführung eines personalisierten Zusatzblatts für den Vertrieb, in welchem die Gebühren und/oder Provisionen des Vertriebs offen zu legen sind und eines Hinweises auf die Komplexität[22], vor allem das völlig neu vorgeschlagenen Kapitel IIa „PRODUCT INTERVENTION".[23] Auf dieses Thema kann im vorliegenden Beitrag nicht näher eingegangen werden, da es den Rahmen des Beitrags sprengen würde. Mit der Idee des Kommissionsvorschlags zur Einführung eines EU-Basisinformationsblatts hat „Produktintervention" nur am Rande zu tun. Dies gilt auch für die vom EP im Änderungsvorschlag aufgegriffenen, dem Bereich Governance zurechenbaren Themen „unternehmensinternes Produktgenehmigungsverfahren"[24] und „Risikomanagement" im Zusammenhang mit Anlageprodukten.[25]

---

21 Art 12 und 13 des Verordnungsvorschlags.

22 Siehe Art 8 Abs 3 und Art 13d „Offenlegung von Gebühren und Kosten" und Art 8a „Complexity label (Hinweis auf Komplexität)" der EP Position/ECON Vote.

23 In diesem Kapitel werden in den Art 13a bis Art 13f unter anderem „Intervention Powers of the ESAs in accordance with Art 9 (5) of Regulation (EU) No 1093/2010, Regulation (EU) No 1094/2010 and Regulation (EU) No 1095/2010" sowie Befugnisse für „Product intervention by competent authorities", also für die zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden vorgesehen.

24 Siehe Art 5a EP Position/ECON Vote. Das Thema „Product Oversight and Governance", also die Etablierung geeigneter firmeninterner Produktentwicklungs- und Genehmigungsprozesse, die verhindern sollen, dass für Konsumenten schädigende Produkte auf den Markt kommen bzw an die falsche Zielgruppe veräußert werden, gewinnt zunehmend an Bedeutung. Siehe dazu auch die Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes, JC-2013-77. https://eiopa.europa.eu/home-news/news-details/news/eba-eiopa-and-esma-publish-joint-position-on-product-oversight-and-governance-processes/index.html.

25 Siehe Art 13e EP Position/ECON Vote.

Kurz einzugehen ist jedoch auf den im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Basisinformationsblatt stehende Ansatz des EP in Art 13b Abs 1 und 2 des Abänderungsvorschlags, der eine Verpflichtung für den Anlageproduktanbieter vorsieht, der zuständigen Aufsichtsbehörde jenes Mitgliedsstaates, in welchem das Produkt beworben, vertrieben oder verkauft wird, das Basisinformationsblatt und dessen Änderungen vorzulegen. In Art 13b Abs 3 des Änderungsvorschlags wird den zuständigen Aufsichtsbehörden überdies die Möglichkeit einer Vorabkontrolle des Basisinformationsblatts eingeräumt.[26] Auch wenn die Vorabkontrolle nach den Vorstellungen des EP nicht verpflichtend sein soll, stößt dieser Vorschlag beim Rat bislang auf heftigen Widerstand und bleibt mit Spannung abzuwarten, zu welchem Ergebnis die Trilogverhandlungen in dieser Frage kommen werden.

6. Resümee

Der Ansatz zur Schaffung eines sektorenübergreifenden Basisinformationsblatts für Anlageprodukte, das Kleinanlegern als kurze, in möglichst einfacher, für den Verbraucher leicht verständlichen Sprache abgefasste, standardisierte vorvertragliche Unterlage die wesentlichen Merkmale und Eigenschaften einschließlich des Risikos und der Kosten eines Produkts zusammenfasst, ist geeignet die Transparenz zu verbessern und einen Vergleich verschiedener Anlageprodukte zu erleichtern. Der Erfolg des Basisinformationsblatts wird wesentlich davon abhängen, dass die Einzelheiten der Informationen in den delegierten Rechtsakten und die Art der Darstellung für den angesprochenen durchschnittlich informierten Kleinanleger tatsächlich verständlich sind. Den in diesem Zusammenhang vorgesehenen Konsultationen und vor allem den geplanten Verbrauchertests wird dabei eine nicht unbedeutende Rolle zu kommen.[27] Überdies wären sinnvollerweise auch begleitende Initiativen im Bereich der Finanzbildung angebracht bzw anzudenken, da man im Bereich der Anlageprodukte wohl nicht ganz ohne die Verwendung bestimmter Fachbegriffe auskommen wird. Um dem Ziel des EU-Verbraucherschutzpakets, den Verbraucher in eine Lage zu versetzten, eine „informierte Anlageentscheidung“ treffen zu können, möglichst nahe zu kommen, wird es aber jedenfalls erforderlich sein, zusätzlich auch die Beratungsqualität durch eine Verschärfung der Vertriebsregeln für Finanzprodukte zu verbessern. Das ist seitens des Europäischen Gesetzgebers im Rahmen des ganzheitlichen Ansatzes des Konsumentenschutzpakets im Zuge der Revision der MiFID und IMD ohnedies geplant.

[26] „The competent authority may ensure compliance of the content laid down in the key information document with the provisions of the Chapter II of this Regulation prior to the marketing, distributing or sale of the investment product.“

[27] Im Erwägungsgrund 12 des Verordnungsvorschlages heißt es dazu: „Darüber hinaus sollten die Einzelheiten der Informationen, die in dem Basisinformationsblatt für die einzelnen Produkte enthalten sein müssen, und die Darstellung dieser Informationen durch delegierte Rechtsakte weiter harmonisiert werden, die den bestehenden und laufenden Forschungsarbeiten über das Verbraucherverhalten, einschließlich der Ergebnisse von Tests, bei denen die Wirksamkeit verschiedener Arten von Darstellungen von Informationen bei Verbrauchern geprüft wird, Rechnung tragen.“

Von Basel III zu PRIPs – Unter diesem Motto fand im November 2013 die **achte ZFR-Jahrestagung** an der Universität Salzburg statt. Traditionell stand auch heuer die Analyse verschiedener neuer Herausforderungen für den Finanzmarkt auf dem Programm. Im ersten Block wurden ua „**Neuerungen** für die **Kreditwirtschaft** durch **Basel III**" und aktuelle Entwicklungen für die „**Corporate Governance**" beleuchtet. Auch das Zusammenspiel der Aufsichtsakteure EZB, EBA und nationaler Finanzmarktaufsicht (im einheitlichen Aufsichtsmechanismus) wurde in den Blick genommen, bevor das **neue Bankeninterventions- und -restrukturierungsregime** intensiv diskutiert wurde.

Im zweiten Block wurden weitere weitreichende **Reformvorschläge** erörtert, so etwa die **EU-Finanztransaktionssteuer** und das anstehende **PRIPs – Paket für Kleinanleger.**

Die Herausgeber

Dr. Peter Braumüller ist Bereichsleiter für Versicherungsaufsicht und Pensionskassenaufsicht in der FMA sowie Vorsitzender des Executive Committee der International Association of Insurance Supervisors (IAIS). Zusätzlich ist er als Lehrbeauftragter für Versicherungsaufsichtsrecht an mehreren Universitäten tätig.

Prof. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M., lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und ist Verteidiger in Strafsachen.

Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber lehrt Unternehmensrecht an der Universität Salzburg und ist Leiter des dortigen Fachbereichs Arbeits-, Wirtschafts- und Europarecht.

Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer lehrt Öffentliches Recht an der Johannes Kepler Universität Linz und ist Leiter der Abteilung für Öffentliches Unternehmensrecht, Institut für Staatsrecht und Politische Wissenschaften.

LexisNexis®