

---

4/2017

S. 157–208, ART.-NR. 86–105

April 2017

# ZFR

ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT

---

Herausgeber: Olaf Riss, Martin Winner,  
Rainer Wolfbauer

## BEITRÄGE

- » **Georg Eisenberger/Alexander Brenneis/Iris Murer:** SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?
- » **Florian Heindler:** Internationale Übertragung von Forderungen in Bewegung – ein IPR für Vermögen, das an Finanzmärkten gehandelt wird oder als Sicherheit dient?
- » **Sebastian Sieder:** Legitime Handlungen nach der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)

## JUDIKATUR

- » **OGH:** Keine Amtshaftung der Republik Österreich für die Aufsichtstätigkeit der BWA/FMA in Sachen AvW  
Keine Haftung der Depotbank für Wertverluste mit AvW-Genussscheinen

## AKTUELLES

- » Leitlinien der EBA zur Anwendung der Ausfalldefinition gem Art 178 CRR 203
- » Einige Level-2-Rechtsakte der Kommission zur Zentralverwahrer-Verordnung im EU-ABl veröffentlicht
- » Regierungsvorlage zur Reform der Privatinsolvenz im Parlament



## BEITRÄGE

Univ.-Prof. Dr. Georg Eisenberger/Mag. Alexander Brenneis/Dr. Iris Murer<sup>1</sup> • Graz

# SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?

» ZFR 2017/87

Seit 2015 hebt die FMA von den österreichischen Kreditinstituten Beiträge für den im Rahmen der Bankenunion eingerichteten Einheitlichen Abwicklungsfonds in Höhe von über 200 Mio € pro Jahr ein. Seit 2016 wird die Höhe der Beiträge von einer EU-Agentur berechnet; die Vorschreibung erfolgt weiterhin durch die FMA. Ungeklärt ist, wie ein wirksamer Rechtsschutz gegen die (weitgehend intransparenten, ohne Aufschub zu begleichenen) Vorschreibungen gewährleistet werden kann; derzeit scheint dies weder innerstaatlich noch unionsrechtlich garantiert zu sein. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit diesem Rechtsschutzvakuum und zeigt auf, welche Rechtsmittel gegen die demnächst erfolgenden Vorschreibungen der Jahresbeiträge für 2017 ergriffen werden sollten.

### 1. Allgemeiner Rahmen der Beiträge zum Einheitlichen Abwicklungsfonds

Der Einheitliche Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM) ist – neben dem Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) – eine der Säulen der Europäischen Bankenunion. Er besteht aus dem **Einheitlichen Abwicklungsausschuss**<sup>2</sup> (Single Resolution Board, SRB), einer unabhängigen EU-Agentur, und dem vom Ausschuss ver-

walteten **Einheitlichen Abwicklungsfonds** (Single Resolution Fund, SRF).

Durch Beiträge des Bankensektors der gesamten Eurozone soll der Einheitliche Abwicklungsfonds bis 2023 über eine Zielausstattung von mindestens 1 % der gedeckten Einlagen aller in den Mitgliedstaaten der Bankenunion zugelassenen Kreditinstitute verfügen.<sup>3</sup> Die geschätzte Ausstattung des Fonds wird ca 55 Mrd € betragen. Diese Mittel sollen nach Ausschöpfung anderer Möglichkeiten (zB eines „Bail-in“)<sup>4</sup> für die Abwicklung ausfallender Banken eingesetzt werden.

Da die Zielausstattung des Einheitlichen Abwicklungsfonds eine gleichbleibende Größe sein soll, stehen die Beiträge der einzelnen Institute in direkter Abhängigkeit zueinander. Zunächst wird für jeden teilnehmenden Mitgliedstaat auf Basis der Größe des Bankensektors in der gesamten Eurozone und in dem jeweiligen Mitgliedstaat der von allen Kreditinstituten des Mitgliedstaates gemeinsam aufzubringende nationale Beitrag ermittelt. 2016 betrug der von allen österreichischen Kreditinstituten gemeinsam aufzubringende Betrag ca 232,1 Mio €. Die von den einzelnen Kreditinstituten zu leistenden Beiträge werden auf Basis einer extrem komplexen Methode ermittelt, mit der die Größe und Risikogeneignetheit der Institute bewertet werden soll. Berücksichtigt werden zB Verschuldungsquote, harte Kernkapitalquote, außerbilanzielle Risiken und die Zugehörigkeit zu einem institutsbezogenen Sicherungssystem (Institutional Protection Scheme, IPS).

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich nicht mit der (nahezu undurchschaubaren) Methodik der Beitragsberechnung, sondern mit zwei aus rechtsstaatlicher, verfahrensrechtlicher und praktischer Perspektive besonders relevanten Fragen:

1. **Wie** können Berechnungsfehler berichtigt werden?
2. **Wer** ist dazu berufen, diese Berechnungen in einem rechtsstaatlichen Verfahren zu überprüfen?

1 Die Autoren und die Autorin waren in den im vorliegenden Beitrag erwähnten Verfahren beim BVwG (GZ W204 2129179-1/6E und W230 2129180-1/6E) und sind aktuell in mehreren beim VfGH, VwGH und EuG anhängigen Verfahren rechtsvertretend tätig.

2 Amtliche Bezeichnung in der berechtigten Fassung der Verordnung (EU) 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 7. 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 1093/2010, ABl 2014 L 225/1 idF ABl 2015 L 101/62 (im Folgenden: SRM-VO) – nicht zu verwechseln mit dem nach Art 127 Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 82/891/EWG des Rates, der Richtlinien 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU und 2013/36/EU sowie der Verordnungen (EU) Nr 1093/2010 und (EU) Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl 2014 L 173/190 (im Folgenden: BRRD) ein-

gerichteten „EBA-Abwicklungsausschuss“ (vgl zum Verhältnis dieser beiden Ausschüsse zueinander Art 30 Abs 5 SRM-VO).

3 Art 69 Abs 1 SRM-VO.

4 Vgl zu diesem Abwicklungsinstrument *Sindelar/Schima*, Bail-in – Bankenrettung auf Kosten der Gläubiger, ZFR 2016/246, 536 ff.

## 2. Modalitäten der Vorschreibung

Die Vorschreibung der Beiträge für die österreichischen Kreditinstitute erfolgte 2015 aufgrund der Berechnungen der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) als nationale Abwicklungsbehörde. Im Jahr 2016 wurden diese Berechnungen erstmals vom Einheitlichen Abwicklungsausschuss selbst vorgenommen. Auf Grundlage dieser Berechnungen und eines Beschlusses des Ausschusses vom 15. 4. 2016<sup>5</sup> schrieb die FMA den österreichischen Kreditinstituten Ende April 2016 mittels Mandatsbescheiden die Beiträge zum Einheitlichen Abwicklungsfonds vor. Der zugrunde liegende Beschluss des Ausschusses wurde dabei nicht offengelegt. Auch wurden die vom Ausschuss vorgenommenen Berechnungen nicht nachvollziehbar dargelegt.

Die Begründung der Bescheide beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die in zwei Unionsrechtsakten – der Delegierten Verordnung 2015/63<sup>6</sup> und der Durchführungsverordnung 2015/81<sup>7</sup> – normierte Methodik zur Berechnung der Beiträge für den Einheitlichen Abwicklungsfonds grob zu umreißen sowie auf zwei undurchschaubare, zusammenhanglos wirkende Beilagen mit kryptischen Codes wie „4D17“ und „CD93“ zu verweisen. Die Beilagen enthielten weitgehend – soweit ihr Inhalt überhaupt nachvollziehbar war – nur die Berechnungsergebnisse, welche für sich genommen nicht aussagekräftig und nicht überprüfbar sind.

Die Vorschreibung der Beiträge erfolgte mittels **Mandatsbescheid**, also ohne vorangegangenes Ermittlungsverfahren. Bemerkenswert ist, dass diese Vorgehensweise nicht in § 123a BaSAG,<sup>8</sup> der einschlägigen innerstaatlichen Rechtsgrundlage, vorgesehen ist. Gem § 123a Abs 2 Satz 1 BaSAG hat die FMA die Beiträge zum Einheitlichen Abwicklungsfonds von gem Art 70 SRM-VO beitragspflichtigen Instituten zu erheben. § 123a Abs 2 Satz 2 BaSAG spricht lediglich davon, dass die FMA diesen Instituten „per Bescheid“ den jeweiligen Beitrag und die Zahlungskonditionen vorzuschreiben hat; von einem Mandatsverfahren ist nicht die Rede.

In Anbetracht der Komplexität der Berechnungen erscheint es höchst zweifelhaft, ob die Voraussetzungen für die Erlassung eines Mandatsbescheids vorliegen. Gem § 57 Abs 1 AVG ist die Behörde nur dann berechtigt, einen Mandatsbescheid zu erlassen, wenn es sich (a) um die Vorschreibung von Geldleistungen nach einem gesetzlich, statutarisch oder tarifmäßig **feststehenden** Maßstab oder (b) um unaufschiebbare Maßnahmen bei Gefahr

im Verzug handelt. Die FMA vertritt die Auffassung, es handle sich bei der Delegierten Verordnung 2015/63 und der Durchführungsverordnung 2015/81 um einen gesetzlich, statutarisch oder tarifmäßig feststehenden Maßstab, der mit der FMA-KVO 2016<sup>9</sup> vergleichbar sei.

Eine nähere Betrachtung der beiden genannten Unionsrechtsakte lässt aber doch erhebliche Zweifel aufkommen, ob das tatsächlich stimmen kann. Unbestreitbar dürfte sein, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Mandatsverfahrens ursprünglich anderes im Sinn hatte: Nach den Gesetzesmaterialien sollte § 57 AVG auf jene Fälle Rücksicht nehmen, in denen die allgemeinen Voraussetzungen für die Erlassung des Bescheides schon durch frühere Feststellungen ein für allemal gegeben oder notorisch sind und es sich nur um die Vorschreibung einer bestimmten Gebühr oder anderen Geldleistung auf dieser Grundlage handelt.<sup>10</sup> Entscheidend ist daher nach herrschender Auffassung, dass die Geldleistung durch eine Rechtsvorschrift **bereits ziffernmäßig bestimmt** oder (zB durch Angabe eines Prozentsatzes) **ohne Weiteres berechenbar** ist, sodass eine Bemessung **ohne Ermittlung der Umstände des Einzelfalls** erfolgen kann.<sup>11</sup> Dies ist nach der Rsp zB bei Bundesverwaltungsabgaben,<sup>12</sup> Gebühren für die Verkehrsregelung bei Schiffsschleusen<sup>13</sup> und bei den Kosten der Vollziehung der Schubhaft<sup>14</sup> der Fall – diese Geldbeträge sind jedoch allesamt um ein Vielfaches leichter zu berechnen als der Beitrag zum Einheitlichen Abwicklungsfonds.

Nach § 57 Abs 2 AVG kommt dem Rechtsmittel der Vorstellung gegen die Vorschreibung einer Geldleistung mit Mandatsbescheid **von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung** zu. § 123a Abs 2 Satz 4 BaSAG sieht demgegenüber jedoch vor, dass Vorschreibungen der Beiträge zum Einheitlichen Abwicklungsfonds **mit Fälligkeit vollstreckbar** sind, auch wenn sie dem Grunde oder der Höhe nach bestritten werden. Nach Auffassung des BVwG bedeutet dies, dass die aufschiebende Wirkung nicht einmal im Einzelfall zuerkannt werden kann.<sup>15</sup>

Durch die Kombination aus (i) einer Vorschreibung mit Mandatsbescheid und (ii) einem vollständigen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung kommt es für die betroffenen Kreditinstitute zu massiven Nachteilen: Im Mandatsverfahren erlässt die Behörde einen Bescheid, ohne ein ordentliches Ermittlungsverfahren durchzuführen; das Parteiengehör ist somit nicht gewährleistet.<sup>16</sup> Ein gegen den Mandatsbescheid erhobenes Rechtsmittel hat nach Auffassung des BVwG keinesfalls aufschiebende Wirkung. Somit sind die betroffenen Kreditinstitute gezwungen, **Beiträge in Millionenhöhe** zu leisten, ohne sich zuvor zu deren

5 Decision of the Executive Session of the Board of 15 April 2016 on the 2016 ex-ante contributions of the Single Resolution Fund (SRB/ES/ SRF/2016/06), unveröffentlicht.

6 Delegierte Verordnung (EU) 2015/63 der Kommission vom 21. 10. 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zu Abwicklungsfinanzierungsmechanismen, ABl 2015 L 11/44.

7 Durchführungsverordnung (EU) 2015/81 des Rates vom 19. 12. 2014 zur Festlegung einheitlicher Modalitäten für die Anwendung der Verordnung (EU) 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf im Voraus erhobene Beiträge zum einheitlichen Abwicklungsfonds, ABl 2015 L 15/1.

8 Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz) BGBl I 2014/98 idF BGBl I 2016/118.

9 Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die Kosten der Finanzmarktaufsicht (FMA-Kostenverordnung 2016) BGBl II 2015/419.

10 AB 360 BlgNR 2. GP 17.

11 Hengstschläger/Leeb, AVG<sup>2</sup> (2005) § 57 Rz 2 mwN.

12 VwGH 16. 2. 1988, 87/04/0206.

13 VwGH 4. 7. 1997, 95/03/0019.

14 VwGH 12. 11. 1998, 94/18/0964.

15 BVwG 23. 8. 2016, W204 2129179-1/6E; 24. 8. 2016, W230 2129180-1/6E (= ZFR 2016/233, 506 ff). Beim VfGH und VwGH sind dazu derzeit noch Verfahren anhängig.

16 Siehe VwGH 10. 1. 1963, 0459/61; 28. 11. 1983, 82/11/0270 (verst Senat).

Berechnung äußern zu können. Aus rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Perspektive erscheint dies – nicht zuletzt aufgrund der enormen Höhe der Beiträge – zutiefst bedenklich.

### 3. Fehlerhaftigkeit der Vorschreibung für 2016

Bereits kurz nach erfolgter Vorschreibung durch die FMA stellte sich im Mai 2016 der zugrunde liegende Beschluss des Ausschusses als fehlerhaft heraus. Im Zuge der Berechnungen war es nach Angaben des Ausschusses zu „Diskrepanzen“ bei der Gewichtung der Zugehörigkeit zu einem institutsbezogenen Sicherungssystem (IPS) gekommen. Der Ausschuss fasste deshalb am 20. 5. 2016 einen berichtigenden Beschluss.<sup>17</sup> Die Fehlerhaftigkeit dieser Gewichtung hat weitreichende Konsequenzen, weil aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit die **Beiträge aller Kreditinstitute der Bankenunion** betroffen sind, deren Beiträge nicht pauschaliert wurden. Dabei handelt es sich um **48 % der 3.762 Institute**, die eine Vorschreibung erhielten; die fehlerhaft vorgeschriebenen Beiträge beliefen sich in Summe auf ca **22 Mio €**.<sup>18</sup>

Höchst problematisch ist, dass der berichtigende Beschluss anscheinend **ohne Begründung** erging und gegenüber den betroffenen Instituten nicht (bzw nicht zur Gänze) offengelegt wurde. Dies dürfte Art 296 Abs 2 AEUV widersprechen, wonach Rechtsakte zu begründen sind, sodass die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen, auf denen ein Beschluss beruht und die für das Verständnis des zu einem Beschluss führenden Gedankengangs notwendig sind, dargelegt werden müssen.<sup>19</sup> Dass der Grund für die fehlerhaften Berechnungen in der falschen Gewichtung der Zugehörigkeit zu einem IPS gelegen ist, wird in dem an die betroffenen Kreditinstitute übermittelten Teil des Beschlusses an keiner Stelle erwähnt; dies lässt sich lediglich der Website des Ausschusses<sup>20</sup> und einem Informationsschreiben der FMA an die betroffenen Institute entnehmen. Was an der zuvor angewendeten Gewichtung fehlerhaft war und welche Gewichtung nun stattdessen vorgenommen worden ist, wurde den betroffenen Instituten nicht mitgeteilt, sondern nur in einer **geheimen „Technical Note“** an die nationalen Behörden beschrieben.

Der Ausschuss ging laut dem an die betroffenen Kreditinstitute gerichteten Schreiben davon aus, dass die unrechtmäßig zu hoch oder zu niedrig vorgeschriebenen Beiträge erst auf die

nächste Vorschreibung für das Jahr 2017 anzurechnen seien. Dies ist ebenfalls bemerkenswert. Abgesehen davon, dass keine ausdrückliche unionsrechtliche Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen zu erkennen ist, waren die Beiträge erst zum **30. 6. 2016** von der FMA an den Einheitlichen Abwicklungsfonds zu übertragen.<sup>21</sup> Die Berichtigung der Beiträge wurde jedoch bereits mit Beschluss vom **20. 5. 2016** angeordnet, also mehr als einen Monat vorher. Eine Berichtigung der Beitragsvorschreibung durch die FMA wäre also ohne Weiteres noch vor der Überweisung des nationalen Beitrags an den Abwicklungsfonds möglich gewesen. § 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG, wonach Berichtigungen erst im Zuge der Vorschreibung für das Folgejahr vorzunehmen sind, kann nicht ernsthaft für solche Fälle, bei denen die Fehlerhaftigkeit noch vor Weiterleitung des Betrags an den Einheitlichen Abwicklungsfonds zutage tritt, intendiert gewesen sein.

Davon abgesehen ist es zweifelhaft, ob die Anordnung gem § 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG in Verbindung mit dem generellen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gem § 123a Abs 2 Satz 4 BaSAG überhaupt dem rechtsstaatlichen Prinzip entspricht. Der VfGH hat in der Vergangenheit solche Anordnungen höchst kritisch beurteilt.<sup>22</sup> Selbst die FMA scheint mittlerweile Zweifel hinsichtlich der Anordnung in § 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG zu hegen und beschreitet in ihrer Vollzugspraxis eine Art Mittelweg:

- Auf Institute, die gegen die fehlerhafte Vorschreibung vom April 2016 Vorstellung erhoben haben, wendet die FMA § 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG **nicht** an. An die von überhöhten Vorschreibungen betroffenen Institute wurden die Differenzbeträge nach Erlassung der Vorstellungsbescheide im November 2016 zurückerstattet.
- Hingegen werden bei Instituten, die sich gegen die Vorschreibung vom April 2016 nicht „zur Wehr gesetzt haben“, die unrechtmäßig zu viel oder zu wenig eingehobenen Beiträge erst mit der Vorschreibung für 2017 berücksichtigt.

Vorgeschlagen wurde diese „differenzierte“ Vorgangsweise vom Ausschuss. Auf welche Rechtsgrundlage sich diese Handlungsempfehlung des Ausschusses und die entsprechende Vorgangsweise der FMA stützen, ist nicht ersichtlich.

§ 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG normiert eine Durchbrechung der Rechtskraft, die ihrem weit gefassten Wortlaut nach **alle** Vorschreibungen von Beiträgen zum Einheitlichen Abwicklungsfonds erfasst, unabhängig davon, ob sie mit Rechtsmitteln bekämpft wurden oder nicht. Nach den allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrens sind hingegen Rechtskraftdurchbrechungen zulasten der Betroffenen nur in engen Grenzen zulässig.<sup>23</sup> § 123a Abs 2 Satz 5 BaSAG enthält zudem **keine zeitliche Beschränkung** für eine Durchbrechung der Rechtskraft. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive erscheint es jedoch unerlässlich

<sup>17</sup> Decision of the Executive Session of the Board of 20 May 2016 on the adjustment of the 2016 ex-ante contributions to the Single Resolution Fund supplementing the Decision of the Executive Session of the Board of 15 April 2016 on the 2016 ex-ante contributions of the Single Resolution Fund (SRB/ES/SRF/2016/13), unveröffentlicht.

<sup>18</sup> Siehe <https://srb.europa.eu/en/content/2016-ex-ante-contributions> (abgefragt am 20. 7. 2016, mittlerweile nicht mehr auf der Website des Ausschusses verfügbar).

<sup>19</sup> Siehe *Vcelouch* in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), EUV/AEUV (2010) Art 296 AEUV Rz 33 mit Verweis auf EuGH 4. 7. 1963, 24/62, *Deutschland/Kommission*; 25. 6. 1997, C-285/94, *Italien/Kommission*; EuG 27. 11. 1997, T-224/95, *Tremblay/Kommission*.

<sup>20</sup> Siehe dazu die Ausführungen unter „Update on 2016 ex-ante contributions“, <https://srb.europa.eu/en/content/2016-ex-ante-contributions> (abgefragt am 10. 3. 2017).

<sup>21</sup> Siehe Art 3 Abs 2 Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den Einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge BGBl III 2016/6.

<sup>22</sup> Vgl VfSlg 11.196/1986, 14.374/1995, 15.511/1999, 17.346/2004; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 167.

<sup>23</sup> Vgl § 68 AVG.

lich, irgendeine zeitliche Grenze für die (nicht vom Betroffenen zu verantwortende) nachträgliche Änderung der Vorschreibung von Geldleistungen vorzusehen.<sup>24</sup> Unionsrechtlich bestehen zwar weniger strenge Voraussetzungen für die Durchbrechung der Rechtskraft als in Österreich.<sup>25</sup> Dies ändert jedoch grundsätzlich nichts an der doppelten Bindung der staatlichen Organe an das Unionsrecht und an das Verfassungsrecht.<sup>26</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich etwa auch die Frage, ob eine so umfassende Rechtskraftdurchbrechung iSv Art 11 Abs 2 B-VG „zur Regelung des Gegenstandes erforderlich“ (bzw nach der Rsp des VfGH „unerlässlich“)<sup>27</sup> ist; nur in diesem Fall ist eine vom AVG abweichende materiengesetzliche Regelung verfassungsrechtlich zulässig. Abweichende Verfahrensbestimmungen, die nicht dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen, sind keinesfalls „erforderlich“ iSv Art 11 Abs 2 B-VG.<sup>28</sup>

#### 4. Innerstaatlicher oder unionsrechtlicher Rechtsschutz?

Unklar ist nach wie vor, welcher Rechtsweg gegen Vorschreibungen zum Einheitlichen Abwicklungsfonds einzuschlagen ist: der innerstaatliche<sup>29</sup> oder der unionsrechtliche.<sup>30</sup> Die Rechtsmittelbelehrung der im April 2016 erlassenen Mandatsbescheide erwähnt zwar nur die Vorstellung gem § 57 Abs 2 AVG, ist aufgrund des komplexen Zusammenspiels von nationaler Behörde und EU-Agentur aber mit Skepsis zu betrachten.

Die „Berechnung“<sup>31</sup> der Beiträge erfolgt durch den Einheitlichen Abwicklungsausschuss mittels Beschluss, die „Festsetzung“<sup>32</sup> bzw „Vorschreibung“<sup>33</sup> hingegen durch die FMA mittels Bescheid. Ob eine Handlung dem nationalen oder dem EU-Organ zurechenbar ist, ist nach der stRsp des EuGH danach zu entscheiden, ob dem nationalen Organ ein eigener Ermessensspielraum zukommt:<sup>34</sup> Wenn ja, ist die Handlung dem nationalen Organ zuzurechnen und daher der **innerstaatliche Rechtsweg** einzuschlagen; wenn nein, ist die Handlung dem EU-Organ zuzurechnen und daher der **unionsrechtliche Rechtsweg** einzuschlagen.

Anhaltspunkte dafür, dass ein Ermessensspielraum der FMA gegeben ist, finden sich sowohl in den unionsrechtlichen als auch in den innerstaatlichen Normen:

1. Gem Art 70 Abs 2 SRM-VO errechnet der Einheitliche Abwicklungsausschuss nach Anhörung der EZB oder der zuständigen nationalen Behörde und **in enger Zusammenarbeit mit den nationalen Abwicklungsbehörden** jährlich die einzelnen Beiträge. In den vom Ausschuss erstellten, der Beschlussfassung zugrunde gelegten Tabellen mit den Berechnungsergebnissen sind mehrere Felder von der nationalen Behörde auszufüllen. Der Ausschuss legt die Beitragshöhe also (auch) auf Basis von durch die nationale Behörde bestimmten Daten fest.
2. Art 13 Abs 1 Delegierte Verordnung 2015/63 bestimmt, dass die nationale Behörde den Kreditinstituten bis spätestens 1. 5. jedes Jahres „ihre Entscheidung über die Festsetzung des von dem betreffenden Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags“ mitteilt. Diese Norm ordnet somit die **Entscheidungskompetenz für die Festsetzung des Beitrags der nationalen Behörde** und nicht dem Ausschuss zu. Die Bestimmung deutet darauf hin, dass die Berechnungen des Ausschusses lediglich als Vorarbeiten im Hintergrund anzusehen sind und die Vorschreibung für jedes einzelne Institut erst durch die Entscheidung der nationalen Behörde außenwirksame rechtliche Existenz erlangt.
3. Nach Art 13 Abs 3 Delegierte Verordnung 2015/63 und § 123a Abs 2 Satz 2 BaSAG obliegt es der nationalen Behörde, die Zahlungsbedingungen und Zahlungsmittel für die Entrichtung des jährlichen Beitrags anzugeben sowie festzulegen, welchen Anteil das betreffende Institut in Form unwiderruflicher Zahlungsverpflichtungen gem Art 103 BRRD geltend machen kann. Die Zahlungsmodalitäten werden also **allein** von der nationalen Behörde festgelegt.

Das BVwG hat demgegenüber in zwei im Vorjahr ergangenen Entscheidungen<sup>35</sup> den Standpunkt vertreten, die Handlungen der FMA seien dem Ausschuss zuzurechnen und die FMA verfüge über keinen nennenswerten Ermessensspielraum. Dabei stützt sich das BVwG auf Art 5 Durchführungsverordnung 2015/81. Nach dieser Bestimmung teilt der Ausschuss den nationalen Behörden „**seine** Entscheidungen über die Berechnung der jährlichen Beiträge für die Institute“ im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen nationalen Behörde mit; sodann hat die nationale Behörde jedes in seinen Zuständigkeitsbereich fallende Institut „über die **vom Ausschuss getroffene Entscheidung** über die Berechnung des von diesem Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags“ zu **unterrichten**. Das BVwG leitet aus dieser Rechtsvorschrift ab, dass die nationale Behörde die Berechnungen bloß mitzuteilen habe, dem innerstaatlichen Bescheid nur eine „völlig untergeordnet[e]“ Bedeutung zukomme und dieser deshalb seiner Funktion nach mit einer bloßen Vollstreckungsverfügung zu ver-

<sup>24</sup> Vgl zB § 302 BAO.

<sup>25</sup> Lübbig, Die Aufhebung (Rücknahme und Widerruf) von Verwaltungsakten der Gemeinschaftsorgane, EuZW 2003, 233 (236) mwN.

<sup>26</sup> Vgl VfSlg 14.863/1997, 17.967/2006, 18.642/2008, 19.529/2011.

<sup>27</sup> Vgl VfSlg 15.218/1998 mwN.

<sup>28</sup> VfSlg 15.218/1998, 17.340/2004.

<sup>29</sup> § 57 Abs 2 AVG, Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, § 22 Abs 2a FMABG.

<sup>30</sup> Art 86 SRM-VO mit Verweis auf Art 263 AEUV.

<sup>31</sup> Art 70 Abs 2 SRM-VO („errechnet der Ausschuss jährlich die einzelnen Beiträge“), Art 4 Durchführungsverordnung 2015/81 („berechnet der Ausschuss für jeden Beitragszeitraum [...] den jährlichen Beitrag, der von jedem Institut zu entrichten ist“).

<sup>32</sup> Art 13 Abs 1 Delegierte Verordnung 2015/63 („Die Abwicklungsbehörde teilt [...] ihre Entscheidung über die Festsetzung des von dem betreffenden Institut zu entrichtenden jährlichen Beitrags mit“).

<sup>33</sup> § 123a Abs 2 Satz 2 BaSAG („[Die Abwicklungsbehörde] hat [...] per Bescheid den jeweiligen regulären Beitrag [...] und die nötigen Zahlungskonditionen vorzuschreiben“).

<sup>34</sup> EuGH 13. 5. 1971, 41-44/70, *International Fruit Company/Kommission* Rz 23/29; 5. 5. 1998, C-404-96 P, *Glencore Grain/Kommission* Rz 41 mwN; 13. 3. 2008, C-125/06 P, *Kommission/Infront WM* Rz 47.

<sup>35</sup> BVwG 23. 8. 2016, W204 2129179-1/6E; 24. 8. 2016, W230 2129180-1/6E (= ZFR 2016/233, 506 ff). Beim VfGH und VwGH sind dazu derzeit noch Verfahren anhängig.



gleichen sei. Wie dies mit der klaren gesetzlichen Anordnung in § 123a Abs 2 Satz 2 BaSAG zu vereinbaren ist, wonach der Beitrag von der FMA „per **Bescheid** [...] **vorzuschreiben**“ ist, lässt das BVwG offen.

In eine ähnliche Richtung wie das BVwG weist die Entscheidung des EuGH in der Rs *International Fruit Company/Kommission* aus dem Jahr 1971:

„Im Übrigen ist aus der durch die Verordnung Nr. 459/70 eingeführten Regelung, insbesondere aus Artikel 2 Absatz 2 dieser Verordnung, zu entnehmen, dass es **Sache der Kommission ist**, über die Erteilung der Einfuhrlicenzen **zu entscheiden**. Nach der genannten Bestimmung ist **allein die Kommission zuständig**, die wirtschaftliche Lage zu prüfen, an der die Entscheidung über die Erteilung der Einfuhrlicenzen zu messen ist. Wenn nach Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 459/70 die Mitgliedstaaten ‚diese Einfuhrlicenzen unter den in Artikel 2 festgelegten Bedingungen jedem Antragsteller ... [erteilen]‘, so geht daraus eindeutig hervor, dass die staatlichen Behörden hinsichtlich der Erteilung der Lizenzen und der Voraussetzungen, unter denen den Anträgen stattzugeben ist, über **keinen Entscheidungsspielraum** verfügen. Diese Behörden haben nur die **Daten beizubringen**, die der Kommission die Entscheidung nach Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung ermöglichen, und sodann **die zum Vollzug einer solchen Entscheidung erforderlichen innerstaatlichen Maßnahmen zu treffen**. Unter diesen Umständen ist gegenüber den Betroffenen die Erteilung oder Nichterteilung der Einfuhrlicenzen **an diese Entscheidung anzuknüpfen**, so dass der **Akt**, mit dem die Kommission über die Erteilung der Einfuhrlicenzen entscheidet, **die Rechtsstellung der Betroffenen unmittelbar berührt**. Hiernach genügen die Klagen den Voraussetzungen des Artikels 173 Absatz 2 des Vertrages und sind zulässig.“<sup>36</sup>

Für eine Anfechtung von Beschlüssen des Ausschusses mit Nichtigkeitsklage beim EuGH bzw EuG sprechen auch der AEUV und die SRM-VO: Beschlüsse sind gem Art 288 Abs 4 AEUV Rechtsakte der Union, die gem Art 263 AEUV mit Nichtigkeitsklage bekämpft werden können. Gegen Beschlüsse des Ausschusses aufgrund von Art 70 SRM-VO sieht Art 86 SRM-VO iVm Art 263 AEUV das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage vor, ohne vorherige Beschwerde an den nach Art 85 SRM-VO eingerichteten Beschwerdeausschuss.

Geht man davon aus, dass die Beschlüsse des Ausschusses der nationalen Abwicklungsbehörde keinen Ermessensspielraum bei der Umsetzung gewähren, so wären die Kreditinstitute durch den Beschluss als **unmittelbar** in ihrer rechtlich geschützten Interessensphäre **betroffen** anzusehen.<sup>37</sup> Dafür, dass die Kreditinstitute bereits durch den Beschluss des Ausschusses auch **individuell betroffen** und daher zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage legitimiert sind, spricht außerdem die Tatsache, dass im Annex zum Beschluss des Ausschusses die einzelnen In-

stitute offenbar namentlich angeführt sind.<sup>38</sup> Nach der stRsp des EuGH liegt eine individuelle Betroffenheit des Klägers nämlich vor, wenn „die Entscheidung ihn wegen bestimmter, persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebenden Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten“.<sup>39</sup>

Für die Auffassung des BVwG können auch faktische Argumente ins Treffen geführt werden: Die FMA hat in einem anhängigen Rechtsmittelverfahren darauf hingewiesen, dass sie die Berechnung gar nicht durchführen **könnte**, weil sie nicht über die Daten aller Institute der Bankenunion verfüge. Es wäre demnach für die FMA – sofern sie die entsprechenden Daten nicht vom Ausschuss erhält – **schlicht unmöglich**, die Beitragsvorschriften nachzurechnen. Ein innerstaatliches Rechtsmittelverfahren würde folglich keinen Sinn ergeben, weil weder die nationale Behörde noch die ihr nachgeschalteten Rechtsschutzinstanzen in der Lage wären, die Richtigkeit der Berechnungen zu beurteilen. Die FMA sieht nach ihren eigenen Ausführungen ihre Aufgabe darauf beschränkt, die Kreditinstitute über den Beschluss des Ausschusses zu **informieren** – dies allerdings ohne den Beschluss selbst sowie die ihm zugrunde liegenden Berechnungsgrundlagen offenzulegen.

Zurzeit sind zu der Frage, ob ein Ermessensspielraum besteht, mehrere innerstaatliche und unionsrechtliche Rechtsmittelverfahren anhängig. Dabei zeichnet sich aktuell ein möglicher **negativer Kompetenzkonflikt** ab:

- Die innerstaatlichen Stellen – die FMA als nationale Abwicklungsbehörde und das BVwG als Rechtsmittelinstanz – haben das Vorhandensein eines Ermessensspielraums wiederholt verneint, sodass nach deren Rechtsauffassung der **unionsrechtliche** Rechtsweg zu beschreiten wäre.
- Die Rechtsauffassung des Einheitlichen Abwicklungsausschusses steht dem diametral entgegen. Der Ausschuss hat in mehreren beim EuG anhängigen Verfahren die Klagelegitimation der betroffenen Kreditinstitute mit der Begründung verneint, die Institute wären von den Berechnungen des Ausschusses **nicht individuell und unmittelbar betroffen**. Nach Auffassung des Ausschusses wären daher die **innerstaatlichen** Stellen für Rechtsmittel gegen die Beitragsvorschriften zuständig. Letztlich wird die Frage der innerstaatlichen oder unionsrechtlichen Zuständigkeit vom EuG (aufgrund einer Nichtigkeitsklage gem Art 263 AEUV) oder vom EuGH (aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens gem Art 267 AEUV) zu klären sein. Sollte (nur) der unionsrechtliche Rechtsweg offenstehen, so würde dies gegenüber dem innerstaatlichen Rechtsmittelverfahren einen schlechteren Rechtsschutz darstellen, weil die Kognitionsbefugnis des EuG gem Art 263 AEUV eingeschränkt ist.<sup>40</sup>

Zu einer gerichtlichen Klärung der Kompetenzsituation wird es in jedem Fall kommen (müssen): Nach Angaben des Einheit-

<sup>36</sup> EuGH 13. 5. 1971, 41–44/70, *International Fruit Company/Kommission* Rz 23/29 (Hervorhebungen ergänzt).

<sup>37</sup> Siehe zur unmittelbaren Betroffenheit EuGH 10. 12. 1969, 10/68 ua, *Eridania/Kommission* Rz 7/8.

<sup>38</sup> Der Annex wurde bis dato nicht offengelegt.

<sup>39</sup> Siehe EuGH 15. 7. 1963, 25/62, *Plaumann/Kommission*.

<sup>40</sup> Siehe ausführlich *Lengauer* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV* (2014) Art 263 AEUV Rz 67 ff.



lichen Abwicklungsausschusses wurden gegen die Beitragsvorschriften für 2016 in der gesamten Bankenunion über 200 innerstaatliche Rechtsmittelverfahren eingeleitet. Zudem wurden beim EuG mindestens **zehn Klagen**<sup>41</sup> von Kreditinstituten aus mehreren Mitgliedstaaten eingereicht (zumindest vier davon aus Österreich).

## 5. Weitere ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz

Neben der Frage der innerstaatlichen oder unionsrechtlichen Zuständigkeit ist auch unklar, wie die Rechtsmittelinstanz, sei es das BVwG oder das EuG, in die Lage versetzt werden kann, die Berechnungen des Ausschusses **inhaltlich** auf ihre Richtigkeit zu **überprüfen**. Zurzeit können mangels Offenlegung die Berechnungen des Ausschusses durch die betroffenen Kreditinstitute nicht nachvollzogen werden, sodass inhaltliche Ausführungen in Rechtsmitteln prima facie nicht möglich sind. Bisher ist – unter Berufung auf nicht näher erläuterte Geheimhaltungsverpflichtungen – eine Offenlegung der Berechnungen auch in den Verfahren vor dem EuG unterblieben. Dies erscheint mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Falls sich daher die Rechtsmittelinstanz nicht zu einer rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Überprüfung in der Lage sehen sollte, müsste dies konsequenterweise zu einer (vorübergehenden) **gänzlichen Rückerstattung** der Beiträge führen, bis eine nachvollziehbar berechnete Vorschreibung vorliegt.

Aus Sicht des innerstaatlichen Rechts erscheint es zudem äußerst zweifelhaft, ob die derzeitige Rechtslage dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten **Recht auf den gesetzlichen Richter**,<sup>42</sup> also auf eine präzise festgelegte Behördenzuständigkeit entspricht. Die betroffenen Kreditinstitute sind im Moment aufgrund der unklaren, lückenhaften einfachgesetzlichen Ausgestaltung gezwungen, beide Rechtsmittelwege zu beschreiten – vor allem auch, um die Rechtskraft von individuellen Verwaltungsakten zu verhindern. Diese Frage wird – sofern nicht vorher die Unionsgerichte schon auf unionsrechtlicher Grundlage eine eindeutige Kompetenzzuordnung vornehmen – in Österreich vom VfGH zu klären sein.

## 6. Bevorstehende Vorschreibung für 2017

Bis zur Klärung der Frage der innerstaatlichen oder unionsrechtlichen Zuständigkeit bleibt Kreditinstituten, die den Berechnungen des Ausschusses nicht blind vertrauen wollen, nichts anderes übrig, als **parallel auf beiden Ebenen Rechtsmittel zu erheben**:

1. Innerhalb von **zwei Wochen** ab Zustellung des Mandatsbescheids muss das Rechtsmittel der **Vorstellung** erhoben werden. Neben dem denkbaren Szenario, dass sich die Unionsgerichte für unzuständig erklären, ist dieser (mit keinem besonderen Kostenrisiko verbundene) Schritt schon deshalb zu empfehlen, weil so bei von der FMA oder vom Ausschuss selbst entdeckten Fehlern die zu viel entrichteten Beiträge womöglich früher zurückerstattet werden.
2. Innerhalb von **zwei Monaten** ab Mitteilung des Rechtsaktes muss **Nichtigkeitsklage** erhoben werden, um den relevanten Beschluss des Ausschusses (und damit die Grundlage des innerstaatlich erlassenen Mandatsbescheids) bekämpfen zu können.

Die nächste Gelegenheit für Institute, die Vorschreibung der Beiträge zum Einheitlichen Abwicklungsfonds aufgrund mangelnder Nachvollziehbarkeit zu bekämpfen, besteht schon sehr bald: Die FMA hat die Beiträge für 2017 bis spätestens **1. 5. 2017** vorzuschreiben. Mit den entsprechenden Bescheiden ist also bereits in der zweiten Aprilhälfte zu rechnen.



### Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Georg Eisenberger** ist Leiter des öffentlich-rechtlichen Teams der Rechtsanwaltskanzlei Eisenberger & Herzog. Im Rahmen seiner Tätigkeit als Universitätsprofessor für öffentliches Recht an der Universität Graz veröffentlicht er regelmäßig einen Newsletter zu aktuellen Fragen des Kapitalmarktrechts (<https://oeffentliches-recht.uni-graz.at/de/praxisprofessuren/eisenberger/blog-kapitalmarkt/>).

✉ [g.eisenberger@ehlaw.at](mailto:g.eisenberger@ehlaw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Eisenberger/Georg](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Eisenberger/Georg)

Foto: E&H



### Der Autor:

Mag. **Alexander Brenneis** ist Rechtsanwalt im öffentlich-rechtlichen Team von Eisenberger & Herzog und auf Verfassungs-, öffentliches Kapitalmarkt- und öffentliches Finanzrecht spezialisiert. Vor seiner Tätigkeit bei Eisenberger & Herzog war er Universitätsassistent, unter anderem am Institut für öffentliches Recht der Universität Graz.

✉ [a.brenneis@ehlaw.at](mailto:a.brenneis@ehlaw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Brenneis/Alexander](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Brenneis/Alexander)

Foto: E&H



### Die Autorin:

Dr. **Iris Murer** ist Rechtsanwaltsanwältin im öffentlich-rechtlichen Team von Eisenberger & Herzog. Davor war sie Universitätsassistentin am Fachbereich Öffentliches Recht der Universität Salzburg sowie an der Universität Graz.

✉ [i.murer@ehlaw.at](mailto:i.murer@ehlaw.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Murer/Iris](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Murer/Iris)

Foto: E&H

<sup>41</sup> Laut Website des EuGH (Stand 10. 3. 2017).

<sup>42</sup> Art 83 Abs 2 B-VG.