



**RA Dr. Clemens Vökl / Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer**

Linz/Wien, 22. März 2013

An das  
Bundesministerium für Finanzen  
Hintere Zollamtsstraße 2b  
1030 Wien

**Per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at**

Stellungnahme zum Entwurf eines Bankeninterventions- und Restrukturierungsgesetzes (BIRG)

Bezug: Zl BMF-040400/0001-III/5/2013 vom 20.02.2013

Sehr geehrte Frau Bundesministerin!  
Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem am 22. 2. 2013 zur Begutachtung versandten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bankeninterventions- und Restrukturierungsgesetz erlassen sowie das Bankwesengesetz und das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz geändert werden sollen, erlauben wir uns, nachfolgende Stellungnahme zu erstatten:

## **1. Formalia**

Der Gesetzesentwurf ist von einer bemerkenswerten „Unschärfe“ geprägt, zumal zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden (dass jene zT auch im Richtlinienvorschlag zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen enthalten sind, entbindet den Verfasser des Entwurfs nicht von seiner Pflicht, eine – im Anlassfall „ausreichende“ – Determinierung zu wählen). Bei der Überarbeitung des Entwurfs ist zwingend zu prüfen, inwieweit Regelungen, die neue Pflichten der aufsichtsunterworfenen Institute begründen, präzisiert werden können. Als Beispiel sei auf § 7 des Entwurfs verwiesen (Gruppensanierungsplan): Was soll ein „wesentliches nachgeordnetes Institut“ sein. Oder anders gewendet: Wer entscheidet, wann ein nachgeordnetes Institut „unwesentlich“ ist?

Im Entwurf wird der FMA an verschiedenen Stellen ein weites Ermessen eingeräumt; nach welchen Kriterien jenes auszuüben ist, wird im Entwurf nicht erwähnt. Es ist

unabdingbar, dass nähere Leitlinien in den Text aufgenommen werden, wie das Ermessen zu üben ist (das in § 21 des Entwurfs verwiesene *„volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Finanzmarkt“* etc trägt unzweideutig nicht zur Präzisierung des gesetzlichen Auftrags der FMA bei). Konkret stellt sich etwa die Frage, nach welchen Determinanten die FMA abzuwägen hat, ob und inwiefern ein kürzeres Intervall für eine Aktualisierung eines Sanierungsplans festzulegen ist (s ferner § 6 Abs 2 uva).

Der Entwurf ist entgegen der einschlägigen Legistischen Richtlinien des BKA nicht *„benutzerfreundlich“* gestaltet und lässt sowohl das mittlerweile gängige *„Inhaltsverzeichnis“* als auch sinnvolle Gliederungseinheiten vermissen. Soweit der ME in einem einleitenden Verzeichnis „nur“ eine Aufschlüsselung der Artikel des zu erlassenden Sammelgesetzes bietet, entspricht dies nicht den Vorgaben der RL des BKA.

## 2. Verhältnis zur BRRD / Zeitplan

Nach der Intention des Gesetzgebers soll mit dem BIRG eine teilweise Umsetzung der BRRD vorgezogen werden. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der BRRD ist derzeit jedoch fraglich, der vorliegende Entwurf ist auf teils heftige Kritik des Europäischen Parlaments gestoßen.<sup>1</sup>

Durch das BIRG sollen zahlreiche neue Rechtsbegriffe in das nationale Recht eingeführt werden; das betrifft etwa die Termini *„Finanzkontrakte“*, *„kritische Funktionen“*, *„Kerngeschäftsbereiche“*, *„abschreibungsfähige Verbindlichkeiten“* etc., um nur einige zu nennen.

Diese Begriffe werden zwar im Vorschlag der BRRD teilweise extensiv definiert, dagegen fehlt eine Definition im österreichischen Recht, was zu gravierenden Unsicherheiten führen könnte. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung dieser Begriffe scheidet derzeit mangels Geltung der BRRD aus.

Neu in die österreichische Rechtssprache einzubringende Gesetzesbegriffe (zB Finanzkontrakte) sollten zwecks Vermeidung divergierender Auslegungen legal definiert werden. Dasselbe gilt für Begriffe wie *„Einheit“* (kein Aussagegehalt), *„direkter Eigentümer jeder Einheit“* (sind damit nur Tochtergesellschaften eines Instituts gemeint?), *„Schlüsselpositionen“* etc. Nicht klar ist, was mit dem Begriff *„Rechtsraum“* gemeint ist (ebenfalls kein Bedeutungsgehalt). Dunkel bleibt auch, warum durchgängig fremdsprachige Ausdrücke in den Text aufgenommen werden sollen (zB *„settlement“*; *„Cross-Default-Klauseln“* oder *„Cross-Affiliate-Netting-Vereinbarungen“*). Der Bedeutungsgehalt des Art 8 Abs 1 B-VG auch für die Legislative ist in Erinnerung zu rufen.

---

<sup>1</sup> Siehe Entwurf eines Berichts des EP zur BRRD vom 11.10.2012.

Eine Definition dieser Begriffe im Einklang mit dem Richtlinien-Vorschlag wäre daher erforderlich, andernfalls sollte das BIRG – schon mangels der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung – keinesfalls vor Inkrafttreten der BRRD in Geltung gesetzt werden. Dies würde jedoch den Zeitvorteil durch die vorgezogene Umsetzung relativieren.

### **3. Anwendungsbereich, Individualausnahmen und Verzicht**

#### **3.1 Anwendungsbereich**

Der Anwendungsbereich entspricht bezogen auf Kreditinstitute Art 1 BRRD,<sup>2</sup> grundsätzlich sind sämtliche Kreditinstitute erfasst.

In § 1 ist das Wort „alle“ vor „Kreditinstitute“ überflüssig und könnte gestrichen werden. Auf welche anderen Rechtsträger als Kreditinstitute soll das Gesetz sonst anzuwenden sein?

In § 2 ist die Wortfolge „§ 3 Abs. 1, 2 und 3 Z 1 bis 5 BWG sowie § 3 Abs. 4, 4a und 7 BWG“ zusammenzufassen (eine doppelte Auflistung des BWG ist entbehrlich). Oder die auszunehmenden Rechtsträger werden enumerativ samt Klammerausdruck aufgelistet.

#### **3.2 Ausnahmen**

Sowohl die BRRD als auch das BIRG zeichnen die Möglichkeit von Ausnahmen vor. Das ist zu begrüßen, denn die Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen kann die Institute – abhängig von der Intensität der Gesetzesanwendung durch die Aufsichtsbehörde – mit beträchtlichem Aufwand belasten, sodass nicht nachvollziehbar wäre, warum etwa auch Kleinbanken oder Hauskreditgenossenschaften betroffen sein sollen, da deren Insolvenz keine negativen systemischen Konsequenzen zur Folge haben wird.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung von Ausnahmen dürften sich die beiden Entwürfe jedoch wesentlich unterscheiden:

#### **3.3 Vorgaben der BRRD**

Die BRRD sieht in Art 4 Abs 2 (iVm Art 103) vor, dass der Kommission die Befugnis übertragen wird, delegierte Rechtsakte zu erlassen, die a priori Kriterien festlegen, bei deren Vorliegen vereinfachte Anforderungen für bestimmte Institute gelten sollen. Die Kommission hat dabei zu berücksichtigen, welche Auswirkungen der Ausfall eines Instituts auf die Finanzmärkte, andere Institute oder Finanzierungsbedingungen haben kann, wobei Art, Tätigkeit, Größe, Verflechtung mit anderen Instituten und dem Finanzsystem generell maßgeblich sein sollen. Damit definiert die BRRD selbst

---

<sup>2</sup> Abkürzungen entsprechen jenen im Gesetzesentwurf und den Materialien.

maßgebliche Bezugsgrößen, die für die Gewährung von Erleichterungen relevant sein sollen; diese werden von der Kommission weiter konkretisiert. Auf Basis dieser Rechtsakte haben die zuständigen Behörden gem Art 4 Abs 1 bezogen auf das konkrete Institut Inhalt und Detaillierungsgrad der Sanierungs- bzw der für Abwicklungspläne beizubringenden Informationen festzulegen. Das Ermessen der Behörden wird beschränkt. Das Konzept der BRRD fördert damit die Rechtssicherheit, da den betroffenen Instituten Rahmenbedingungen vorgegeben werden, in deren Grenzen sie zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen dürfen, dass Vereinfachungen/Ausnahmen anwendbar sein werden. Im Übrigen deutet die BRRD in die Richtung, dass die entsprechenden Festlegungen hinsichtlich Inhalt und Detaillierungsgrad von Amts wegen und nicht auf Antrag des betroffenen Instituts fest zu legen wären,<sup>3</sup> was insgesamt bedeuten würde, dass Pläne erst nach Vorliegen und anhand konkreter behördlicher Vorgaben zu erstellen wären.

### **3.4 Antragsprinzip gem BIRG**

Dagegen wird im BIRG weitgehend das Antragsprinzip verwirklicht: Institute müssen grundsätzlich umfassende Pläne erstellen, nur über deren Antrag kann die Gewährung von Individualausnahmen oder -erleichterungen oder ein genereller Verzicht ausgesprochen werden. Auch eine Konkretisierung der Voraussetzungen für solche Ausnahmen/Erleichterungen erfolgt nicht. Die §§ 4 Abs 3 und 5 BIRG sehen vor, dass die FMA entweder auf einzelne Anforderungen verzichten oder einen reduzierten Detaillierungsgrad bewilligen oder ein Institut zur Gänze von der Erstellungspflicht befreien kann; gleiches gilt gem §§ 11 Abs 3 und 12 BIRG für Abwicklungspläne.

#### **a) Individualausnahmen (§§ 4 Abs 2 und 11 Abs 3)**

Gemäß §§ 4 Abs 2 (für Sanierungspläne) und 11 Abs 3 (für Abwicklungspläne) besteht die Möglichkeit, einen begründeten Antrag zu stellen, das Institut möge von einzelnen inhaltlichen Anforderungen ausgenommen werden oder einem reduzierten Detaillierungsgrad hinsichtlich der einzureichenden Informationen unterliegen. Bei der Prüfung solcher Anträge hat die FMA die Art der Tätigkeit, die Größe und die Verflechtung des Instituts mit anderen Finanzmarktteilnehmern zu berücksichtigen. Eine nähere Konkretisierung der Bewilligungsvoraussetzungen erfolgt nicht.

Ein solcher Antrag darf gemäß §§ 5 Abs 3 und 11 Abs 3 nur gemeinsam mit der Einreichung des Sanierungs- bzw Abwicklungsplans<sup>4</sup> erfolgen, eine vorangehende Klärung dieser Frage durch Feststellungsbescheid ist daher nach dem Wortlaut des Entwurfs nicht vorgesehen. Institute wären daher gezwungen, unvollständige Sanierungs- und Abwicklungspläne einzureichen und erst in weiterer Folge zu erfahren, ob die Auslassungen von der Behörde bewilligt werden.

---

<sup>3</sup> Ob die BRRD damit auch die Möglichkeit einer generellen Ausnahme von Instituten aus der Verpflichtung zur Erstellung von Sanierungsplänen bzw aus der Erstellung von Abwicklungsplänen für bestimmte Institute durch die Abwicklungsbehörden eröffnet, bleibt offen.

<sup>4</sup> Offenbar sowohl bei dessen ursprünglicher Erstellung, als auch bei Aktualisierung; allerdings wäre eine diesbezügliche Klarstellung wünschenswert.

Dadurch ergeben sich erhebliche Rechtsunsicherheiten für die Institute. Mangels weiterer Konkretisierung der Bewilligungsvoraussetzungen ist der Ausgang solcher Verfahren derzeit nicht abschätzbar.

Wird der Antrag auf Erleichterung bzw Ausnahme aus einzelnen Anforderungen von der Behörde abgewiesen, wäre nach dem Entwurf unmittelbar ein Verbesserungsverfahren gemäß §§ 8 Abs 4 und 9 für Sanierungspläne und §§ 17 ff für Abwicklungspläne einzuleiten. Mangels aus Sicht der Behörde zufriedenstellender Ergänzungen, für die lediglich 3 Monate zur Verfügung stehen, könnte die FMA unmittelbar Verbesserungsmaßnahmen anordnen, die einen enormen Eingriff in den Geschäftsbetrieb des Instituts zur Folge haben können (dazu noch unten).

Daher erscheint die weitere Konkretisierung der Bewilligungsvoraussetzungen sowie die Möglichkeit der Beantragung von Individualausnahmen/-erleichterungen durch Feststellungsbescheid vor Einreichung der Pläne geboten, was auch dem Modell der BRRD entspräche.

#### **b) genereller Verzicht auf Erstellung oder Aktualisierung („Proportionalitätsgrundsatz“ gem §§ 5 und 12)**

Ein genereller Verzicht auf Erstellung oder Aktualisierung der Pläne ist zulässig, soweit im Falle einer Insolvenz des Instituts keine wesentlichen negativen Effekte auf die Finanzmärkte, andere Institute oder die „*allgemeinen*“<sup>5</sup> Finanzierungsbedingungen zu befürchten sind. Nähere Angaben zum Zeitpunkt der Antragstellung, der Wirkungen eines solchen Antrages und eine weitere Konkretisierung der Verzichtsbedingungen erfolgen nicht.

Fraglich ist unter anderem, ob ein Verzicht auf einen Sanierungsplan (§ 5 Abs 1) ähnlich wie die Bewilligung einer Vereinfachung eines Sanierungsplans (§ 4 Abs 3) bescheidmäßig zu erfolgen hat. Dies sollte jedenfalls im Hinblick auf Art 18 Abs 1 B-VG klargestellt werden.

Die angeführte Voraussetzung ist zwar für einen Verzicht auf die Erstellung des Sanierungsplanes denkbar, erscheint jedoch hinsichtlich eines Verzichts auf die Aktualisierung zweifelhaft. Eine Aktualisierung ist zumindest jährlich vorzunehmen, nach dem Wortlaut also auch dann, wenn kein Aktualisierungsbedarf vorliegt (weil der ursprünglich eingereichte Sanierungsplan nach wie vor Gültigkeit besitzt).

In diesem Fall wäre wohl ein Verzicht auf die Aktualisierung zu beantragen, wofür jedoch die Voraussetzung eines wesentlichen negativen Effekts auf die Finanzmärkte etc. nicht Voraussetzung sein kann. Daher sollte entweder die Möglichkeit einer Meldung an die FMA vorgesehen werden, dass eine Aktualisierung mangels

---

<sup>5</sup> Mat zu §§ 5 und 12.

Änderungsbedarf unterbleibt oder als Voraussetzung für den Verzicht auf die Aktualisierung das Nichtvorliegen eines Aktualisierungsbedarfs eingeführt werden.

Offen bleibt auch, ob ein Antrag gem § 5 Abs 1 zu begründen ist. Auch die Reihung der Abs wirkt zweideutig. Abs 6 als generelle Regelung sollte vor dem derzeitigen Abs 5 gereiht werden, zumal Abs 6 „*allgemeinere Regelungen*“ für einen Sanierungsplan statuiert (zB Aktualisierung), während der vorgesehene Abs 5 besondere „*wesentliche*“ Änderungen anspricht.

Zusätzlich sollten die Voraussetzungen konkretisiert werden, bei deren Vorliegen ein Verzicht auf die Erstellung erfolgen kann und klargestellt werden, ob dem Antrag aufschiebende Wirkung zukommt bzw in welchem Verhältnis ein solcher Antrag zu Einreichungs- und Verbesserungsverfahren steht.

Generell sollte überprüft werden, ob der Normtext nicht gestrafft werden könnte. Die Überschrift zu § 5 ist zudem missverständlich (der Ausdruck „*Proportionalitätsgrundsatz*“ ist im Bereich des Aufsichtsrechts nicht gebräuchlich und missverständlich). In Wahrheit geht es um die Befreiung von der Erstellungspflicht eines Plandokuments.

#### **4. Gruppensanierungspläne**

##### **4.1 Anwendungsbereich / erfasste Gruppenmitglieder**

Das in § 7 BIRG gewählte Konzept eines Gruppensanierungsplans sowie einzelner Sanierungspläne für die wesentlichen nachgeordneten Institute entspricht der BRRD und der dazu geäußerten Kritik des Europäischen Parlaments.

Begrüßenswert ist, dass nicht jedes gruppenzugehörige Institut einen eigenen Sanierungsplan aufzustellen hat. Fraglich ist aber die Definition des „*wesentlichen nachgeordneten Instituts*“. Vermutlich wird die Wesentlichkeit in Anlehnung an den Proportionalitätsgrundsatz gemäß § 5 BIRG auszulegen sein, dessen Grundsätze sinngemäß innerhalb der Gruppe angewendet werden könnten. Demnach wäre dann nicht von Wesentlichkeit auszugehen, wenn aus der Insolvenz eines nachgeordneten Instituts keine wesentlichen negativen Effekte auf die Gruppe oder das Spitzeninstitut zu befürchten sind oder sich die Finanzierungsbedingungen für die Gruppe dadurch nicht verschlechtern würden (siehe § 5 Abs 2 BIRG). Eine diesbezügliche Klarstellung wäre jedoch wünschenswert, da die Frage der Wesentlichkeit sonst auch zu anderen Auslegungen führen könnte.

Für die Festlegung der Wesentlichkeit ergeben sich ähnliche Bedenken, wie für die Bewilligung von Individualausnahmen: Auch hier sieht der Entwurf keine Möglichkeit eines Feststellungsbescheides vor Einreichung des Gruppensanierungs- bzw -abwicklungsplans vor. Mangels Erstellung von Plänen für ein Institut, welches von der FMA jedoch im Zuge der Planungsprüfung als wesentlich angesehen wird, stünden für



die Verbesserung, also die erstmalige Erstellung der Pläne lediglich 3 Monaten im Rahmen des Verbesserungsverfahrens und ohne weitere Verbesserungsmöglichkeiten zur Verfügung.

Wünschenswert wäre daher auch hier die Möglichkeit, die Unwesentlichkeit einzelner nachgeordneter Institute mittels Feststellungsbescheid vorab zu klären.

#### **4.2 Zustimmungspflicht einzelner Gruppenmitglieder**

§ 7 Abs 4 sieht eine Zustimmungspflicht von Leitungsorganen „wesentlicher nachgeordneter Institute“ vor, die Maßnahmen im Sanierungsplan umzusetzen hätten. Diese Vorgabe ist zu begrüßen, dürfte jedoch zu kurz greifen: zwar ist nicht für jedes Mitglied einer Institutsgruppe ein Sanierungsplan aufzustellen, dennoch kann davon ausgegangen werden, dass auch „unwesentliche“ Gruppenmitglieder von Sanierungsmaßnahmen im Gruppensanierungsplan betroffen sind und diese umzusetzen haben. Soweit daher Maßnahmen von jedem bzw auch unwesentlichen nachgeordneten Gruppenmitgliedern umzusetzen sind, wäre auch von solchen Gruppenmitgliedern die Zustimmung der Leitungsorgane einzuholen, sodass in § 7 Abs 4 zweite Zeile das Wort „wesentlicher“ gestrichen werden sollte.

### **5. Zur Sanierungsplanung**

Zu § 4 leg cit: § 4 Abs 2 kann entfallen; die Kompetenz der FMA (mithin ihre Prüfpflicht) ist bereits andernorts statuiert worden; vgl § 8.

Die Einbeziehung der OeNB sollte rechtssystematisch ebenfalls andernorts, nämlich in § 8 verankert werden.

#### **5.1 Auslöseereignis / Sanierungsverfahren**

Die Sanierungsplanung weicht insoweit vom Konzept der BRRD ab, als § 6 Abs 3 f BIRG vorsieht, dass der Sanierungsplan in einem Rahmenkonzept ein oder mehrere Auslöseereignisse zu enthalten hat,<sup>6</sup> bei deren Vorliegen Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen sind. Diese Auslöseereignisse werden vom Institut selbst gewählt und sind von der FMA gemäß § 8 Abs 2 Z 1 lediglich dahingehend zu prüfen, ob sie auf qualitativen und quantitativen Indikatoren basieren, die leicht zu überwachen und auf die Finanzkraft des Instituts bezogen sind. Die Prüfung durch die FMA erscheint damit recht formal; die Durchführung einer materiellen Kontrolle zumindest im Sinne einer Plausibilitätsprüfung, erschiene sinnvoll. Das liegt einerseits daran, dass die Auslöseereignisse wohl im Verhältnis zu den Sanierungsmaßnahmen zu sehen sind und andererseits im Sinne der Prüfungseffizienz möglichst einheitliche Vorgaben für alle Institute geschaffen werden sollten.

---

<sup>6</sup> Die Mat zu § 6 Abs 3 und 4 (siehe S 8) verweisen diesbezüglich auf die Umsetzung eines Art 8a Abs 1 BRRD, der RL-Vorschlag enthält jedoch keine solche Bestimmung, auch im Bericht des EP wurde keine derartige Bestimmung beantragt, weshalb deren Hintergrund nicht nachvollziehbar ist.

Die Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen bei Vorliegen des Auslöseereignisses gemäß § 6 Abs 3 ist verpflichtend. § 6 Abs 3 dürfte allerdings eine *lex imperfecta* sein, da die mangelnde Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen bei Vorliegen des Auslöseereignisses gemäß § 23 nicht mit Verwaltungsstrafen sanktioniert ist. Auch eine Informationspflicht des Instituts gegenüber der FMA bei Eintritt von Auslöseereignissen ist nicht zu erkennen.

Damit erfolgt die erste Phase einer Sanierung in eigener Verantwortung der betroffenen Institute und ohne Information der Aufsichtsbehörde; ob dies sinnvoll ist, erscheint fraglich. Ebenso ist uE die Anordnung zu hinterfragen, dass bei Eintritt eines Auslöseereignisses, jedenfalls eine oder mehrere der im Sanierungsplan vordefinierten Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden müssen. Vielmehr erschiene in dieser Phase ein flexibleres Verfahren in laufender Abstimmung zwischen Kreditinstitut und FMA sinnvoll, in dessen Rahmen auch andere, im Sanierungsplan nicht vorgesehene Maßnahmen umgesetzt werden könnten.

Eine Eingriffs- und Frühinterventionsbefugnis der FMA ergäbe sich in weiterer Folge aus dem vorgeschlagenen § 71a BWG, wenn Frühinterventionsbedarf vorliegt, zB weil eine vorgelagerte Sanierungsphase gescheitert ist.

## 5.2 Inhalt des Sanierungsplans

Inhaltlich setzt der Entwurf hinsichtlich der im Sanierungsplan enthaltenen Angaben fast wortgleich den Anhang zur BRRD, Abschnitt A um, dies jedoch mit einer Ausnahme:

In der Anlage zu § 6 Z 9 wird im ersten Halbsatz das Wort „*interne*“ vor dem Wort „*Verfahren*“ eingeführt, dies entspricht nicht dem Wortlaut der BRRD und steht in Widerspruch zum zweiten HS dieser Ziffer: Die Bestimmung betrifft die Angabe erforderlicher Bewilligungen des Sanierungsplans sowie von Personen, die in der „*betreffenden Organisation*“ für die Ausarbeitung und Umsetzung des Plans verantwortlich sind. Schon der Verweis auf die „*betreffende Organisation*“ zeigt, dass es nicht lediglich um interne Verfahren gehen kann, anderenfalls wären nur die innerhalb des Instituts verantwortlichen Personen relevant. Vielmehr dürfte im Richtlinienvorschlag jede denkbare erforderliche Bewilligung, auch eine behördliche Bewilligung oder eine Bewilligung durch andere Rechtsträger (etwa der Einlagensicherungseinrichtung, erforderliche Bewilligungen in einem Liquiditätsverbund, Konzern etc.) gemeint sein. Das Wort „*interne*“ entspricht daher uE nicht der BRRD und sollte gestrichen werden.

## 5.3 Zur Prüfung, Verbesserung und Änderung des Sanierungsplans

§ 8 setzt die Vorgaben gem Art 6 BRRD um. Die im Gesetz mehrfach verwendeten imperativen Formulierungen „*Die FMA prüft...*“ sind sinngemäß der BRRD entnommen und sollten an die gängigen „*österreichischen Formulierungen*“ angepasst werden. Die



Wortfolge „*ob ein gestellter Antrag auf inhaltliche Ausnahmen ... gerechtfertigt ist*“, ist inhaltsleer und teilweise redundant (arg „*gestellter Antrag*“). Eine entsprechende Prüfpflicht der FMA ist bereits im Gesetzesentwurf verankert.

Das Verfahren über die Erteilung eines Verbesserungsauftrages gemäß § 8 Abs 4 entspricht hinsichtlich der Verbesserungsfrist Art 6 Abs 3 BRRD. Im Hinblick auf die Möglichkeit, gemäß § 4 Abs 3 erst mit Einreichung des Sanierungsplans Individualausnahmen zu beantragen und die Wesentlichkeit einzelner Gruppenmitglieder beim Gruppensanierungsplan klären zu können (dazu bereits oben zu § 7) erscheint jedoch die Verbesserungsfrist von 3 Monaten zu kurz bemessen, da bei einer abweichenden Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde lediglich 3 Monate zur Aufstellung eines neuen Sanierungsplans für ein Gruppenmitglied bzw für die erstmalige Ausarbeitung einzelner Sanierungsplanbestandteile zur Verfügung stünden.

Aufgrund des – unseres Erachtens vom Richtlinienvorschlag der BRRD abweichenden (dazu Punkt 2.3) – Antragsprinzips für Ausnahmen und Erleichterungen sollte diese Frist überdacht werden oder besser, die Möglichkeit eingeführt werden, bereits vorab mittels Feststellungsbescheid Rechtssicherheit über die Gewährung von Individualerleichterungen bzw über die Frage der Wesentlichkeit von Gruppenmitgliedern zu erlangen.

#### **5.4 Zu den Verbesserungsmaßnahmen gemäß § 9 (Maßnahmen zur Beseitigung von Abwicklungshindernissen)**

Der Entwurf des BIRG sieht in § 9 Ziffern 1 bis 4 weitreichende Maßnahmen vor, welche die Aufsichtsbehörde als Konsequenz eines unzureichenden Verbesserungsverfahrens setzen kann, wenn sie Unzulänglichkeiten oder potentielle Hindernisse für eine Sanierung feststellt oder ein Verbesserungsauftrag nicht fristgemäß erfüllt wurde.

Diese Maßnahmen entsprechen im Wesentlichen Art 6 Abs 4 BRRD, allerdings wurde die dort enthaltene lit c nicht umgesetzt, welche der Aufsichtsbehörde zusätzlich die Kompetenz eingeräumt hätte, eine Änderung der Unternehmensstrategie des Instituts anzuordnen. Offenbar war diese Kompetenz auch dem österreichischen Gesetzgeber zu weitreichend.

Bei der Anordnung solcher „*Verbesserungsmaßnahmen*“ muss man sich vor Augen halten, dass diese in den Geschäftsbetrieb eines vollkommen gesunden Instituts eingreifen. Eine Krise zeichnet sich nicht ab. Die Sanierungsplanung dient der Abwehr eines zukünftigen hypothetischen Ereignisses, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit offen ist. Zu Recht hat sich daher das Europäische Parlament in seinem Berichtsentwurf vom 11.10.2012 in den Änderungsanträgen 49, 50, 52 und 53 für den ersatzlosen Entfall dieser Verbesserungsmaßnahmen ausgesprochen.<sup>7</sup> Der Berichterstatter hat dies

---

<sup>7</sup> Im Änderungsantrag 51 hat das EP auch den ersatzlosen Entfall des Art 6 Abs 4 lit c BRRD beantragt („*Änderung der Unternehmensstrategie*“), der im BIRG ohnehin nicht berücksichtigt wird.

zutreffend damit begründet, dass die Sanktionierung von Planungsmängeln, ohne dass das Institut von einem Ausfall bedroht ist, nicht rechtfertigen kann, dass die Aufsichtsbehörde weiterreichende Maßnahmen als bei Nichteinhaltung von Kapitalanforderungen ergreifen können soll.

Das verkennt auch der Verfasser des Entwurfs (der Mat), wenn in den Mat zu § 9 darauf verwiesen wird, dass die Verbesserungsmaßnahmen in „*der Bandbreite der Maßnahmen gemäß Art. 136 CRD Deckung*“ fänden.<sup>8</sup> Der in Art 136 CRD (RL 2006/48/EG) vorgesehene Maßnahmenkatalog soll der Aufsichtsbehörde nämlich nur dann zur Verfügung stehen, wenn ein Institut bereits gegen die Anforderungen der Richtlinie 2006/48/EG verstößt. Dagegen sieht das BIRG die Anordnung solcher Maßnahmen gegen ein gesundes Institut vor.

Zwar führen die Mat zum BIRG zutreffend aus, dass die FMA ihre Kompetenzen nur verhältnismäßig und im Sinne des Einsatzes gelindesten Mittel ausüben darf. Allerdings ist auch das Amtshaftungsrisiko bei der Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen eminent.

Im Übrigen erscheinen die Kompetenzen gemäß § 9 BIRG, die der Aufsichtsbehörde schon bei Planungsmängeln eingeräumt werden, auch verfassungsrechtlich bedenklich. Immerhin sind auf deren Grundlage Eingriffe in die freie Erwerbstätigkeit, insbesondere durch die Möglichkeit einer Anordnung der Verringerung des Risikoprofils, ohne dass konkreter Sanierungsbedarf besteht, ebenso wie der Eingriff in die Governance-Struktur eines Institutes, möglich. Dies umso mehr, als die in § 9 BIRG angeführten Maßnahmen lediglich unbestimmte Gesetzbegriffe enthalten – was bedeutet „*Verringerung des Risikoprofils*“? – deren Auslegung der Behörde überlassen wird, ohne eine Konkretisierung dieser Kompetenzen vorzunehmen.

Diese Bedenken gelten bereits für die Kompetenzen der Behörde zur Beseitigung von Sanierungshindernissen, jedoch umso stärker für die noch weiter reichenden Befugnisse zur Beseitigung von Abwicklungshindernissen; dazu noch unten.

## 5.5 Zu § 10 leg cit:

Hier spricht der Entwurf von Plänen: Welche sind gemeint? Sanierungspläne wie in den voranstehenden §§ oder andere?

Der letzte Satz in § 10, wonach die FMA gebotenfalls nicht an eine gem § 4 Abs 3 bewilligte Ausnahme gebunden sein soll, kann entfallen. Eine Änderung der Beurteilungsgrundlage eines bestehenden Plans rechtfertigt eine Abänderung von Plandokumenten.

---

Zu Bedenken und zur Verhältnismäßigkeit hinsichtlich Maßnahmen, die gesunden Instituten auferlegt werden, siehe auch die Kritik des EP in Änderungsantrag 11.

<sup>8</sup> Siehe Mat S 9.

## 6. Zur Abwicklungsplanung

Zu den §§ 11 ff: Die bisherigen Anmerkungen gelten sinngemäß auch für die §§ 11 ff, insb was den Aufbau und die Formulierung des Textes anlangt (zB Integration des § 11 Abs 2 in § 16).

In diesem Zusammenhang ist auch nicht klar, warum die Bestimmungen über den Abwicklungsplan gegenüber den funktionell verwandten Normen zum Sanierungsplan unterschiedlich formuliert worden sind: Einmal ist zB ein Plan „*vorzulegen*“, einmal „*einzureichen*“ ... (s § 4 vs § 11).

### 6.1 Erstellung des Abwicklungsplans

Die Abwicklungsplanung weicht schon in ihrer grundsätzlichen Konzeption erheblich von der BRRD ab, da § 11 BIRG den Instituten selbst die Erstellungspflicht für Abwicklungspläne überträgt. Dagegen sieht Art 9 Abs 1 BRRD eine Erstellung der Abwicklungspläne durch die Abwicklungsbehörden auf Grundlage von Informationen vor, die von den Instituten zur Verfügung gestellt werden müssen.

Hintergrund dieser Abweichung dürfte einerseits das Bestreben sein, die Kosten des BIRG für die öffentliche Hand möglichst gering zu halten, da die Aufsichtsbehörde wohl mit zusätzlichen personellen und technischen Ressourcen ausgestattet werden müsste, würde ihr die Erstellung der Abwicklungspläne übertragen. Andererseits ergibt sich daraus auch eine nicht unbedenkliche Verschiebung der Initiative bei der Erstellung der Abwicklungspläne, da vor Ende der Umsetzungsfrist der BRRD bereits von den Instituten selbst erstellte Abwicklungspläne bestehen werden, auf welche die Abwicklungsbehörde nach Umsetzung der BRRD einfach zurückgreifen könnte. Der Abwicklungsbehörde würde dadurch erspart, selbst ein einheitliches Konzept für die Abwicklungsplanung sämtlicher Institute aufzustellen.

Langfristig erscheint dies jedoch nicht sinnvoll, weil die Abwicklungspläne der Institute uneinheitlich erstellt würden und somit deren Vergleichbarkeit und effiziente Überprüfbarkeit nicht gegeben wäre. Die Aufsichtsbehörde würde sich daher zwar bei der ursprünglichen Erstellung der Abwicklungspläne Kosten und Ressourcen ersparen können, der weitere Prüfungsaufwand würde jedoch exponentiell teurer.

Eine Umsetzung im Sinne der BRRD dürfte daher weitaus sinnvoller sein, zwar würden sich Anlaufkosten erhöhen, die langfristige Prüfungs- und Kosteneffizienz würde aber gesteigert werden.

### 6.2 Zum Inhalt des Abwicklungsplans

Bei den §§ 13 ff BIRG handelt es sich um die Umsetzung der Art 9 ff BRRD. Die BRRD geht jedoch davon aus, dass im Abwicklungsplan eine Anwendung der

Abwicklungsinstrumente darzustellen ist, die durch die Aufnahme der insbesondere in Art 9 Abs 4 enthaltenen Einzelinformationen zu ergänzen ist.

Dagegen sieht das BIRG mangels Vollumsetzung der BRRD noch keinerlei Abwicklungsinstrumente vor, sodass die Institute bei der Darstellung der „*geordneten Abwicklung oder Reorganisation des Institutes*“ (siehe § 13 Abs 1) offensichtlich vollkommen frei sind. Die in Art 9 Abs 4 ergänzend zur Anwendung der Abwicklungsinstrumente vorgesehenen Informationen der BRRD werden in § 14 BIRG nahezu wortgleich übernommen, einige Ausnahmen sind jedoch festzustellen:

- Art 13 iVm 9 Abs 4 BRRD sieht vor, dass die Abwicklungsbehörde im Zuge der Aufstellung der Abwicklungspläne eine Bewertung der „*Abwicklungsfähigkeit*“ vornimmt und diese detailliert im Abwicklungsplan darstellt. Demgegenüber sieht § 14 Abs 1 Z 5 vor, dass die Institute, welche nach dem Entwurf des BIRG ja selbst zur Aufstellung des Abwicklungsplans berufen sind, eine „*detaillierte Darstellung der Abwicklungsfähigkeit*“ in den Abwicklungsplan aufnehmen.

Der Begriff „*Abwicklungsfähigkeit*“ ist zweideutig und sollte, zumal kein etablierter Gesetzesbegriff vorliegt, überprüft werden. Ein Institut hat keine Abwicklungsfähigkeit ...; dasselbe gilt für die in den Anlagen verwendeten Termini wie „*abschreibungsfähig*“, die unreflektiert aus der BRRD – jedoch ohne die dort enthaltenen Definitionen und Querbezüge – übernommen wurden.

Die Darstellung der Abwicklungsfähigkeit durch die Institute selbst, steht auch im Spannungsverhältnis zu § 16 Abs 2 und sohin zur Prüfungskompetenz der FMA hinsichtlich des Abwicklungsplanes: Gemäß § 14 Abs 1 Z 5 wird dem Institut nämlich selbst aufgetragen, seine eigene Abwicklungsfähigkeit darzustellen, sodass sich die Prüfungskompetenz der Aufsichtsbehörde lediglich auf die Kontrolle der Richtigkeit der Angabe gemäß § 14 Abs 1 Z 5 beziehen müsste. § 16 Abs 2 sieht jedoch eine eigenständige Prüfung der Abwicklungsfähigkeit des Instituts durch die Behörde vor, und entspricht damit eher dem Konzept der BRRD. § 14 Abs 1 Z 5 dürfte redundant sein und sollte aus Gründen der Klarheit gestrichen werden, da die Abwicklungsfähigkeit ohnehin von der Behörde zu bewerten ist und ihre Darstellung durch das Kreditinstitut daher entfallen könnte. Im Übrigen bestünde bei einer unterschiedlichen Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit zwischen Behörde und Institut auch die Gefahr der Verhängung von Verwaltungsstrafen, da die vom Institut vorgenommene Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit dann zwangsläufig „*unrichtig*“ iSd § 23 Abs 2 ist.

- Überflüssig dürfte auch § 14 Abs 1 Z 6 sein, der eine Beschreibung etwaiger Maßnahmen zum Abbau oder zur Beseitigung von Hindernissen für die Abwicklungsfähigkeit betrifft. Auch hier ergibt sich mit Blick auf Art 9 Abs 4 lit f BRRD, dass die Aufnahme dieses Punktes offensichtlich auf den Inhaltskatalog für Abwicklungspläne in der BRRD zurückzuführen ist, wobei solche Maßnahmen nach dem Konzept der BRRD im Zuge der Aufstellung von Abwicklungsplänen ausschließlich von den zuständigen Behörden vorgeschrieben werden. Dagegen würde sich das Institut

nach dem Entwurf des BIRG selbst Abbau- oder Beseitigungsmaßnahmen vorzuschreiben haben, was nicht sinnvoll erscheint. Vor dem Hintergrund der Teilumsetzung der BRRD könnte daher § 14 Abs 1 Z 6 derzeit entfallen, da die Behörde, wenn sie Abwicklungshindernisse feststellt, ohnedies selbständig gemäß § 18 Abbau- und/oder Beseitigungsmaßnahmen vorschreiben kann/muss.

- § 14 Abs 1 Z 10 BIRG sieht (entsprechend Art 9 Abs 4 lit j BRRD) die detaillierte Beschreibung der verschiedenen Abwicklungsstrategien vor. Wie bereits dargelegt, soll sich die Abwicklungsstrategie im Rahmen der BRRD insbesondere aus der Anwendung der Abwicklungsinstrumente und flankierenden Informationen ergeben. Solche fehlen jedoch bislang im BIRG aufgrund der bloßen Teilumsetzung des Richtlinienvorschlages. Fraglich ist daher, welche Abwicklungsstrategien erfasst sein sollen. Mangels gesetzlicher Grundlage scheidet jedenfalls die Anwendung des „*Bail-in-Instruments*“ gem der BRRD aus. Die Anwendung der übrigen Abwicklungsinstrumente (Unternehmensveräußerung, Ausgliederung von Vermögenswerten und Brückeninstitut) ist allenfalls näherungsweise denkbar (zB durch Umgründungsmaßnahmen, etc<sup>9</sup>). Im Wesentlichen ist also davon auszugehen, dass die auf Grundlage des BIRG erstellten Abwicklungspläne nur Provisorien darstellen können und nach Inkrafttreten und Umsetzung der BRRD auch in den die Abwicklungsinstrumente betreffenden Teilen weitgehend überarbeitet werden müssen.

- § 14 Abs 1 Z 15 führt zudem ein weiteres Kriterium, nämlich die Auflistung des unentbehrlichen Personals für die kontinuierliche Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit des Instituts ein, welches der BRRD nicht zu entnehmen ist. Diese Informationen im Abwicklungsplan sind zu begrüßen, da die Identifikation von Schlüsselkräften für die Aufrechterhaltung kritischer Funktionen im Kerngeschäftsbereich im Rahmen der Abwicklung eine wesentliche Rolle spielen kann.

**Grundrecht auf Datenschutz:** Fraglich bleibt aber, ob der Entwurf den Vorgaben des § 1 Abs 2 DSGVO 2018 gerecht wird. Gemäß dem Entwurf sollen Kreditinstitute, wenn und soweit sie Sanierungs- und Abwicklungspläne erstellen, vgl insb § 14 des Entwurfs samt Anlage, umfangreiche Angaben bereitstellen, die auch personenbezogene Daten Dritter umfassen (zB Auflistung des „*unentbehrlichen Personals*“ für die kontinuierliche Aufrechterhaltung der Betriebsfähigkeit des Instituts). IdZ wäre zu prüfen und in den EB näher zu begründen, inwieweit die Einfügung personenbezogener Daten in die Plandokumente unabdingbar ist (arg „*gelindestes Mittel*“).

Zusätzlich zu den in § 14 Abs 1 genannten Informationen hat der Abwicklungsplan die Informationen gemäß der Anlage zu dieser Bestimmung zu enthalten. Diese Informationen entsprechen weitgehend den im Anhang zu BRRD Abschnitt B vorgesehenen Informationen, welche die Institute der Abwicklungsbehörde zu übermitteln haben und auf deren Grundlagen die Abwicklungsbehörden nach der BRRD

---

<sup>9</sup> Die im Rahmen der Abwicklungsinstrumente angestrebte (Teil-)Verstaatlichung kann jedoch auch auf diesem Weg nicht erreicht werden.

die Abwicklungspläne erstellen. Insoweit kommt es nach dem BIRG zu einer Vermengung der Informationsgrundlagen des Abwicklungsplanes und der in der BRRD vorgesehenen Inhalte, welche sich aus diesen Grundlagen ableiten, indem die Institute sowohl die Informationsgrundlagen als auch die in § 14 vorgesehenen – und nach der Konzeption der BRRD aus den Grundlagen abgeleiteten – Angaben in den Abwicklungsplan aufzunehmen haben. Daher ist davon auszugehen, dass die Abwicklungspläne nach dem Konzept des BIRG wesentlich umfangreicher als jene nach der BRRD ausfallen werden, da die in Anhang B genannten Informationen grundsätzlich keinen Eingang in den Abwicklungsplan gem BRRD finden müssen.

Die Anlage zu § 14 übernimmt den Abschnitt B des Anhangs zur BRRD wortgleich, mit Ausnahme geringfügiger Änderungen aufgrund von Verweisen. Daraus ergeben sich einige Systemwidrigkeiten, da der Anhang B auch spezifische Informationen im Hinblick auf die Abwicklungsinstrumente und die Abwicklung durch die Abwicklungsbehörden vorsieht, welche aufgrund der bloß teilweisen Umsetzung des RL-Vorschlags der BRRD noch nicht bestehen.

- So sieht etwa Ziffer 6 der Anlage Angaben zu abschreibungsfähigen Verbindlichkeiten des Instituts vor, welche erst im Rahmen der Umsetzung des „*Bail-in-Instruments*“ im österreichischen Rechtskreis eingeführt werden, sodass die Aufnahme solcher Angaben derzeit ohne Grundlage erfolgt und daher auch entbehrlich ist.
- Ziffer 16 der Anlage sieht Angaben der für jede Einheit zuständigen Aufsichts- und Abwicklungsbehörde vor und entspricht damit Anhang 1, Abschnitt B Abs 16 der BRRD, wobei Abwicklungsbehörden noch nicht geschaffen wurden und daher solche Angaben nicht in den Abwicklungsplan aufgenommen werden können.
- Gleiches gilt für Z 18, in der zudem auf die Abwicklungsinstrumente und -kompetenzen der Abwicklungsbehörde Bezug genommen wird.
- Gleiches gilt für Z 19.

Die genannten Ziffern sollten daher entfallen, da sie mangels Umsetzung im nationalen Recht auch nicht in die Abwicklungspläne Eingang finden können und diese daher notwendigerweise unvollständig bleiben müssten.

### **6.3 Gruppenabwicklungsplan**

In § 15 sollte eine Autorisierungsnorm der zugeordneten bzw nachgeordneten Institute im Sinne des § 7 Abs 4 ergänzt werden, da sich die Abwicklung auch auf nachgeordnete Institute auswirken kann und von diesen mitgetragen werden muss.

Fraglich ist auch der Anwendungsbereich des Gruppenabwicklungsplans, da § 15 Abs 1 grundsätzlich eine Pflicht zur Aufstellung von Abwicklungsplänen für sämtliche



nachgeordneten Institute aufstellt,<sup>10</sup> in § 15 Abs 4 jedoch Informationen gemäß § 14 lediglich für die Gruppe und die wesentlichen nachgeordneten Institute, also nicht für alle nachgeordneten Institute verlangt werden.

#### **6.4 Zur Prüfung des Abwicklungsplans / Bewertung der Abwicklungsfähigkeit**

Hinsichtlich der Anträge auf Bewilligung inhaltlicher Ausnahmen oder Erleichterungen darf auf die Ausführungen zur Sanierungsplanung verwiesen werden.

Die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit durch die FMA gemäß § 16 Abs 2 weicht gänzlich von der BRRD ab, was sich abermals aus der bloßen Teilumsetzung der Richtlinie ergibt:

##### **a) Abwicklungsziele**

- Nach der Konzeption der BRRD sollen Abwicklungsmaßnahmen und damit die Abwicklung eines betroffenen Instituts gem Art 27 Abs 3 BRRD gerade nur dann in Betracht kommen, wenn die Liquidation eines ausfallenden Institutes im Rahmen eines „regulären Insolvenzverfahrens“ nach den Bestimmungen der IO nicht ohne Nachteile erfolgen könnte.<sup>11</sup> Voraussetzung nach der BRRD ist daher geradezu die mangelnde Konkursfähigkeit des Instituts.
- Dagegen sieht der Entwurf des BIRG umgekehrt vor, dass die Abwicklungsfähigkeit dann gegeben ist, wenn eine Insolvenz nach der IO möglich erscheint, ohne dass wesentliche negative Auswirkungen auf die Finanzsysteme eintreten.

Damit sind bereits die zentralen Ziele für die Bewertung der Abwicklungsfähigkeit zwischen BRRD und BIRG entgegengesetzt, da das Ziel der Abwicklungspläne nach BRRD darin besteht, die Abwicklungsfähigkeit insoweit herzustellen, als eine geordnete Insolvenz ausscheidet, das BIRG dagegen lediglich auf die Herstellung der „Konkursfähigkeit“ nach den allgemeinen Normen abzielt, woraus sich notwendigerweise auch Konsequenzen für die Abwicklungsstrategien ergeben müssten. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, welche Möglichkeiten der Abwicklungsplan im Hinblick auf eine Sanierung, Reorganisation oder Liquidation im Rahmen der IO und Aufrechterhaltung kritischer Funktionen bieten soll, da eine solche wohl jedenfalls nur bei Unternehmensfortführung möglich wäre. § 16 Abs 2 und die Mat zu dieser Norm nennen als einziges Beispiel die Ausgliederung kritischer Funktionen.

Diese Diskrepanz ergibt sich offenbar daraus, dass vor Inkrafttreten der BRRD auch die weitreichenden und die eigentliche Besonderheit der Richtlinie ausmachenden Abwicklungsinstrumente nicht zur Verfügung stehen, die eine weitgehende Enteignung

---

<sup>10</sup> So auch die Mat zu § 15, S 10.

<sup>11</sup> Abwicklungsmaßnahmen dürfen nach Art 27 Abs 3 BRRD nur dann ergriffen werden, wenn die Abwicklungsziele (Art 26) im regulären Insolvenzverfahren nicht im selben Umfang erreicht werden könnten.

von Gläubigern und Anteilsinhabern samt (Teil-)Verstaatlichung zur Folge haben und ohne Grundlage in der BRRD in Österreich wohl nicht einfachgesetzlich umgesetzt werden können.

Damit fallen aber auch Inhalt und Maßstab von Abwicklungsplänen gem BRRD und BIRG notwendigerweise auseinander. 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.“*<sup>12</sup>

Wie die Abwicklungsfähigkeit daher unter dem Regime der IO hergestellt werden soll, bleibt offen und scheint nach Einschätzung der Kommission offensichtlich unmöglich. Daraus folgt jedoch, dass die im Abwicklungsplan vorgeschlagenen Abwicklungsstrategien im Sinne der BRRD entweder unzureichend sind oder die rechtliche Struktur der Institute bereits im Vorfeld so wesentlich geändert werden müsste, dass eine mit den Zielen der BRRD vergleichbare Abwicklungsfähigkeit bereits im Rahmen des regulären Insolvenzverfahrens hergestellt würde. Beides erscheint jedoch nicht sinnvoll.

Auch der deutsche Gesetzgeber hat in den §§ 9 ff KredReorgG 2010<sup>13</sup> eigene Rechte des betroffenen Instituts gegenüber Gläubigern und Anteilseignern vorgesehen, deren Einsatz den wesentlichen Teil des Reorganisationsplans gem § 8 KredReorgG 2010 bilden soll.

Welchen konkreten Inhalt der Abwicklungsplan ohne solche Vorgaben haben soll, bleibt daher offen. Vermutlich werden Institute darstellen, wie eine Fortführung im Rahmen der Geschäftsaufsicht erfolgen oder die wesentlichen Unternehmensteile bestmöglich von einem Masseverwalter unter Zugrundelegung hypothetischer Marktbedingungen verwertet werden könnten. Auf der Hand liegt aber, dass Abwicklungspläne nach dem BIRG – selbst bei kreativem Einsatz von Umgründungsmaßnahmen – nicht mit jenen nach der BRRD vergleichbar sein werden und sich daher die Frage der Sinnhaftigkeit der vorgezogenen Umsetzung stellt.

Lediglich der guten Ordnung halber darf auf die Frage nach der Qualität der Prüfungstätigkeit der FMA bezogen auf den Abwicklungsplan hinsichtlich einzelner Abwicklungsmaßnahmen hingewiesen werden: Für zahlreiche Maßnahmen – insbesondere Umgründungen – die das Institut im Abwicklungsplan vorschlägt, wird gemäß § 21 BWG eine Bewilligung der FMA erforderlich sein, welche im Abwicklungsplan wohl auch gemäß Anlage zu § 6 Z 9 offen zu legen sein dürfte. Inwieweit muss die FMA daher bei der Beurteilung der Abwicklungsfähigkeit auch die

---

<sup>12</sup> Siehe etwa die Allgemeinen Erläuterungen der BRRD, 5; vgl etwa auch *Neuhof*, Unternehmenssanierung in Deutschland, ÖBA 2012, 496.

<sup>13</sup> Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz vom 9. Dezember 2010, BGBl 2010 I 1900 idF BGBl 2011 I 3044.

hypothetische Erteilung solcher Bewilligungen im Abwicklungsfall prüfen und kann sie diese im Abwicklungsfall verweigern, auch wenn sie keinen Verbesserungsbedarf des Abwicklungsplans erkannt hat?

## **b) Bewertungsmaßstäbe**

Zur Bewertung der Abwicklungsfähigkeit enthält die BRRD in Abschnitt C im Übrigen einen äußerst umfassenden Katalog von Bewertungskriterien in insgesamt 28 Ziffern, welche im BIRG vollkommen ausgeklammert werden und lediglich die dargestellten, in § 16 Abs 2 verankerten Kriterien für die Abwicklungsprüfung vorgesehen werden. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch der in § 16 Abs 2 enthaltene Prüfungsmaßstab, wonach im Kontext einer allgemeinen finanziellen Instabilität oder anderer systemweiter Ereignisse durch die Sanierung, Reorganisation oder Liquidation nach allgemeinen Bestimmungen keine negativen Auswirkungen auf die Finanzsysteme eintreten dürfen. Tatsächlich dürfte dieser Prüfungsmaßstab großzügig sein, da die Abwicklung vieler Einzelinstitute bei systemischen Ereignissen in diesem Sinne idR keine über die allgemeine Krise hinausgehenden negativen Auswirkungen auslösen wird; anderes wird für die Abwicklung besonders großer Institute oder Gruppen gelten. Insoweit ergibt sich aus § 16 Abs 2 auch eine Annäherung der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit an die Systemrelevanz von Instituten, da kleine Institute demnach idR stets als abwicklungsfähig zu beurteilen sein werden, da sich aus ihrem Ausfall keine negativen Konsequenzen für die Finanzsysteme ergeben werden.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch das Verhältnis des § 16 Abs 2 zum „Proportionalitätsgrundsatz“ gemäß § 12: Ist nämlich aufgrund der Größe eines Instituts stets von dessen Abwicklungsfähigkeit im Sinne des § 16 Abs 2 (im Wesentlichen unabhängig vom Inhalt des Abwicklungsplans) auszugehen, weil der Ausfall keinesfalls negative Konsequenzen haben kann, wird man wohl auch davon ausgehen können, dass eine Erstellungspflicht für solche Institute überflüssig ist und die Aufsichtsbehörde daher gemäß § 12 Abs 2 auf die Erstellung verzichten kann. Jedoch sieht § 12 Abs 2 strengere Voraussetzungen als § 16 Abs 2 vor, in dem dort nicht auf negative Effekte im Hinblick auf die Finanzsysteme sondern bereits negative Effekte auf die Finanzmärkte, andere Institute oder die allgemeinen Finanzierungsbedingungen ausreichen. Im Übrigen wird in § 12 auch schon auf die Befürchtung solcher Auswirkungen abgestellt, während § 16 Abs 2 darauf abstellt, dass solche negativen Auswirkungen (*ex ante* betrachtet) eintreten werden.

Daher ist der Fall denkbar, dass Institute zwar zur Aufstellung eines Abwicklungsplans verpflichtet sind, dessen Inhalt aber irrelevant ist, da sie stets als abwicklungsfähig zu bewerten sind. Insgesamt stellt sich daher die Frage, ob der in § 16 Abs 2 gewählte Beurteilungsmaßstab überhaupt sachgerecht ist und nicht ein anderer, abwicklungsbezogener Maßstab gewählt werden sollte.

## 6.5 Zum Verbesserungsverfahren bzw zu den Verbesserungsmaßnahmen (§§ 17 ff)

Eingangs darf auf die Ausführungen zu Verbesserungsmaßnahmen im Rahmen der Sanierungsplanung verwiesen werden, da die dort geäußerten Bedenken auch auf die noch wesentlich weiter gehenden Eingriffsbefugnisse gem § 18 zutreffen.

§ 17 Abs 2 enthält ein Redaktionsversehen, durch das offen gelassen wird, ob die FMA jedenfalls zumindest eine Verbesserungsmaßnahme anzuordnen hat, oder ob die Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen im Ermessen der FMA liegt. § 17 Abs 2 sollte daher dahingehend geändert werden, dass das Wort „hat“ in der letzten Zeile der Bestimmung durch das Wort „kann“ ersetzt wird. Für eine Ermessensbestimmung spricht auch § 18 Abs 1, wonach die FMA Verbesserungsmaßnahmen anordnen „kann“.

Für die konkrete Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen enthält das BIRG keine Ermessensbindung, zwar verweisen die Materialien<sup>14</sup> auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, Einschränkungen bzw eine Bindung des behördlichen Ermessens finden sich jedoch nicht im Gesetzestext selbst. Eine Ermessensbindung ergibt sich zwar in gewissem Umfang aus § 21, wonach das Ermessen im volkswirtschaftlichen Interesse sowie im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts und die Finanzmarktstabilität auszuüben ist. Gerade im Hinblick auf den umfassenden Katalog der Bewertung der Abwicklungsfähigkeit im Abschnitt C BRRD erschiene jedoch eine Ermessensbindung der Aufsichtsbehörde bei Anwendung der Verbesserungsmaßnahmen im Abwicklungsplanungsstadium geboten. Im Übrigen sind die der Behörde gemäß § 18 Abs 1 des Entwurfs eingeräumten Kompetenzen überschießend und mit den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten der Institute wohl nicht zu vereinbaren:

Entsprechend kritisch hat sich auch das Europäische Parlament gegenüber den Verbesserungsmaßnahmen geäußert und beantragt (siehe Änderungsanträge 62 ff), das Verbesserungsmaßnahmen von der Behörde nur zur Beseitigung von „beträchtlichen“ Abwicklungshindernissen angeordnet werden dürfen und diese Maßnahmen lediglich den Abschluss von Dienstleistungsvereinbarungen (siehe § 18 Abs 1 Z 1 BIRG bzw Art 14 Abs 4 lit a BRRD), die Auferlegung von besonderen oder regelmäßigen Informationspflichten (§ 18 Abs 2 Z 3 BIRG bzw Art 14 Abs 4 lit c BRRD) sowie die in Art 14 Abs 4 lit h und j BRRD vorgesehenen Maßnahmen, welche in § 18 Abs 2 und 4 umgesetzt werden, bestehen bleiben. Sämtliche anderen Maßnahmen sollen dagegen nach Ansicht des Europäischen Parlaments wegen unverhältnismäßiger Eingriffe in die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsrechte der Institute und deren Grundrecht auf freie Erwerbsausübung sowie aufgrund ungerechtfertigter Einflussnahme der Aufsichtsbehörde in Geschäftsführung und Managementfunktionen von Instituten entfallen (siehe Kritik des Europäischen Parlaments 49).

---

<sup>14</sup> S 11.

Im Übrigen sieht § 79b BWG ohnehin Eingriffsbefugnisse der FMA auch für Planungsmängel vor, die ausreichend und angemessen erscheinen, um auf Defizite zu reagieren, sodass sich § 18 auf einen Verweis auf diese Bestimmung beschränken könnte; siehe dazu noch Punkt 6.

Aufgrund der weitgehenden Eingriffsbefugnisse in die Geschäftspolitik von (gesunden) Kreditinstituten ergibt sich auch ein beträchtliches Amtshaftungsrisiko; unklar sind in diesem Zusammenhang auch das Rechtsschutzverfahren und die Frage der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gegen aufsichtsbehördliche Anordnungen. Ordnet die Aufsichtsbehörde daher weitgehende Eingriffe in das Geschäftsmodell eines Instituts an, welche sich nachträglich als ungerechtfertigt herausstellen, besteht die Gefahr einer erheblichen Schädigung, wenn Rechtsmittel des Instituts keine aufschiebende Wirkung zuerkannt werden sollte und damit einhergehender Amtshaftungsrisiken für den Bund. Insofern sollte klargestellt werden, dass Rechtsmitteln grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, da insbesondere in der Planungsphase kein Zeitdruck bestehen dürfte, der der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln entgegenstünde, die möglichen negativen Auswirkungen rechtswidriger Bescheide aber enorm sind.

## **7. Strafbestimmungen**

Zu § 23 leg cit: Der vorgesehene Strafraum ist prima vista sachlich nicht gerechtfertigt. Woraus ergibt sich die sachliche Notwendigkeit der hohen Strafdrohung?

## **8. Inkrafttreten**

Zu § 27: Sollte gemeint sein, dass Pläne bis zum 1. Juli 2014 erstmalig an die FMA (und nicht am 1. Juli 2014) zu übermitteln sind, sollte dies anders formuliert werden.

## **9. Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Bankwesengesetzes – „Frühintervention“ gem §§ 71a f BWG**

Bei Feststellung eines Frühinterventionsbedarfs ist das Einschreiten der FMA vorgesehen, während bei Eintritt eines Auslöseereignisses in der Sanierungsphase Sanierungsmaßnahmen (noch) vom Kreditinstitut in eigener Regie umgesetzt werden.

Problematisch erscheint das Verhältnis der Frühinterventionsmaßnahme gemäß § 71b BWG zu den Verbesserungsmaßnahmen gemäß §§ 8 Abs 4, 9 und 17 ff BIRG, wonach der Aufsichtsbehörde die Kompetenz zur Anordnung von Verbesserungsmaßnahmen entweder bei Mangelhaftigkeit oder überhaupt mangels Erfüllung eines Verbesserungsauftrages eingeräumt wird. § 71b BWG stattet die Aufsichtsbehörde flankierend und nicht nur für den Fall des Frühinterventionsbedarfes, sondern auch bei Planungsmängeln mit der Kompetenz zur Ergreifung von Frühinterventionsmaßnahmen aus, wenn das Institut seine Verpflichtung zur Erstellung oder Verbesserung eines Sanierungs- oder Abwicklungsplans „beharrlich“ verletzt oder einer

Verbesserungsmaßnahme gemäß §§ 9 oder 18 BIRG nicht Folge geleistet wird (siehe § 71a Abs 2 BWG). Die Frühinterventionsmaßnahmen gemäß § 71b BWG treten damit zu den Verbesserungsmaßnahmen des BIRG hinzu.

Die in § 71b BWG enthaltenen Maßnahmen erscheinen auch für Planungsmängel ausreichend, angemessen und könnten noch durch die Anordnung besonderer Informationspflichten iSd § 18 Abs 3 BIRG sowie den Abschluss von SLAs iSd § 18 Abs 1 BIRG ergänzt werden; die §§ 9 und 18 BIRG könnten dann auf einen Verweis auf diese Befugnisse reduziert werden.

## **10. Abschluss**

Die vorgezogene Umsetzung der Sanierungsplanung erscheint durchaus sinnvoll und lässt sich auch ohne Vollumsetzung des RL-Vorschlags der BRRD in das bestehende System des BWG eingliedern.

Die vorgezogene Umsetzung der Abwicklungsplanung erscheint dagegen fragwürdig, da sich die Abwicklungspläne gemäß BIRG zwangsläufig schon aufgrund ihrer Zielsetzung maßgeblich von jenen nach der BRRD unterscheiden müssen. Erhoffte anfängliche Kostenersparnisse aufgrund der (Erst-)Erstellung der Abwicklungspläne durch die Institute selbst anstelle der FMA dürften kurzfristig sein und zu einer späteren exponentiellen Steigerung der Prüfungs- und Überwachungskosten führen. Da ein Inkrafttreten des BIRG vor jenem der BRRD – schon mangels richtlinienkonformer Auslegung der Gesetzesbegriffe – unmöglich sein dürfte, würde sich der Zeitgewinn der vorgezogenen Umsetzung auch nur auf die Umsetzungsfrist erstrecken können. Vor dem Hintergrund, dass die gem BIRG erstellten Abwicklungspläne nach Umsetzung der BRRD umfassend geändert werden müssten, erscheint daher die vorgezogene Umsetzung der Abwicklungsplanung als relativ sinnloser, jedenfalls aber unverhältnismäßiger Zusatzaufwand.

Die vorgezogene Umsetzung der Sanierungsplanung ist daher uE zu begrüßen, jene der Abwicklungsplanung sollte jedoch überdacht werden.

Mit freundlichen Grüßen

RA Dr. Clemens Völkl

Univ.-Prof. Dr. Nicolas Raschauer