



Erste Bank sieht Vorwürfe gegen den Haftungsverbund gelassen

Die von der BA-CA vorgebrachten Einwände gegen die im September 2001 gegründete Kreditinstitutsgruppe der Erste Bank und der Sparkassen und die damit verbundene Vollkonsolidierung der am Haftungsverbund teilnehmenden Sparkassen werden von der Erste Bank als wettbewerbspolitisches Manöver bezeichnet.

Die Erste Bank sieht diese Vorwürfe als inhaltlich und rechtlich unbegründet. Die Kreditinstitutsgruppe und der Haftungsverbund entsprechen sowohl den nationalen Regeln als auch den Regeln der EU sowie den internationalen Rechnungslegungsvorschriften (IFRS). Dies wird durch zwei namhafte Gutachten (Zusammenfassung liegt bei) belegt.

1. Zusammenfassung

1.1. Allgemein

Mit Inkrafttreten des BGBl 131/2002 am 1.9.2002 wurde in § 30 BWG ein neuer Absatz (2a) eingefügt, der die Definition der Kreditinstitutsgruppe erweitert und damit mittelbar auch Rechnungslegungsvorschriften und bankaufsichtsrechtliche Bestimmungen im Bereich der Konsolidierung von Kreditinstitutsgruppen ändert. Die Richtlinienkonformität des § 30 Abs (2a) BWG ist daher sowohl in Hinblick auf die in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage erwähnte Kodifizierte Richtlinie (2000/12/EG) zu prüfen, als auch in Hinblick auf die den Bereich der Rechnungslegung von Kreditinstituten harmonisierenden Konzernbilanzrichtlinie (83/349/EWG) und Bankbilanzrichtlinie (86/635/EWG).

Alle drei genannten Richtlinien engen den Regelungsspielraum der Mitgliedstaaten für die Anordnung einer Konsolidierung auf wenige taxativ genannte Fallgruppen ein, außerhalb derer keine Konsolidierung angeordnet werden darf. Fraglich ist daher, ob § 30 Abs (2a) BWG sowohl unter einen Tatbestand der Richtlinien im Bereich der Rechnungslegung (Konzern- und Bankbilanzrichtlinie), als auch im Bereich der Bankaufsicht (Kodifizierte Richtlinie) subsumierbar ist.

1.2. Vereinbarkeit mit der Konzern- und Bankbilanzrichtlinie

Im Bereich des Konzernbilanzrechts kann § 30 Abs (2a) BWG uE unter Art 1 Abs (1) lit c der Konzernbilanzrichtlinie subsumiert werden, demzufolge die Mitgliedstaaten den ihrem Recht unterliegenden Unternehmen einen konsolidierten Abschluß vorschreiben können, wenn diese das Recht haben, auf ein anderes Unternehmen einen "beherrschenden Einfluß" auszuüben.

Der Begriff des "beherrschenden Einflusses" ist weder im EG-Sekundärrecht, noch in der Rechtsprechung des EuGH definiert worden. Legt man dem Begriff seinen im Bereich des Rechnungslegungsrechts allgemein üblichen Sinn bei, so kann "beherrschender Einfluß" als "unmittelbar oder mittelbarer beständiger und umfassender Einfluß auf wesentliche Punkte der Geschäftspolitik der Untergesellschaft" definiert werden. § 30 Abs (2a) BWG weist mehrere Tatbestandselemente auf, die sich mit diesem allgemeinen rechnungslegungsrechtlichen Begriffsverständnis des "beherrschenden Einflusses" decken. Die Beherrschung ergibt sich in § 30 Abs (2a) BWG daraus, daß das Zentralinstitut die Möglichkeit hat, die Haftungsgesellschaft "maßgeblich" zu beeinflussen. Über diesen Einfluß kann das Zentralinstitut auf die untergeordneten Kreditinstitute Einfluß nehmen. Dieser Einfluß ist "beherrschend", weil die Kreditinstitute nur dann eine Unterstützung durch den Haftungsverband erwarten können, wenn sie in "guten Zeiten" ihre Geschäftspolitik in Übereinstimmung an die Wünsche der Haftungsgesellschaft gestalten. Auch wenn § 30 Abs (2a) BWG daher nicht ausdrücklich von einem Weisungsrecht des Zentralinstituts spricht, ist daher klar, daß das Zentralinstitut aufgrund seiner Mehrheitsbeteiligung an der Haftungsgesellschaft die Geschäfts- und Marktpolitik der nachgeordneten Kreditinstitute steuern kann.

Nach einem Vorschlag der Kommission zur Änderung der Rechnungslegungsvorschriften soll Art 1 Abs (2) der Konzernbilanzrichtlinie dahingehend an die IAS angepaßt werden, daß zukünftig eine Kapitalverflechtung zwischen Mutter- und Tochterunternehmen nicht mehr für die Konsolidierung vorausgesetzt wird und die Konsolidierung außerdem bereits dann erlaubt ist, wenn die Mutter auf die Tochter einen beherrschenden Einfluß ausüben "kann", nicht aber auch tatsächlich ausübt. § 30 Abs (2a) BWG wird daher zukünftig nicht nur Artikel 1 Abs (1) lit c, sondern auch Artikel 1 Abs (2) der Konzernbilanzrichtlinie umsetzen.

Im Bereich des Bankbilanzrechts kann § 30 Abs (2a) BWG zwar unter keinen einschlägigen Tatbestand, insb nicht unter Art 43 Abs (2) lit e, subsumiert werden, weil der Einfluß des Zentralinstituts nicht ausreicht, um – nach allgemeinem rechnungslegungsrechtlichen Begriffsverständnis – von einer "einheitlichen Leitung" zu sprechen. Die Bankbilanzrichtlinie ordnet aber ausdrücklich an, daß sämtliche Konsolidierungsfälle der Konzernbilanzrichtlinie auch für Kreditinstitute gelten, sodaß § 30 Abs (2a) BWG auch mit der Bankbilanzrichtlinie vereinbar ist.

1.3. Vereinbarkeit mit der Kodifizierten Richtlinie

Im Bereich des Bankaufsichtsrechts kann § 30 Abs (2a) BWG unter Art 54 Abs (4) 1. Spiegelstrich der Kodifizierten Richtlinie subsumiert werden. Diese Richtlinienbestimmung sieht vor, daß die Aufsichtsbehörden bestimmen, ob und in welcher Form die Konsolidierung für die Zwecke der Bankenaufsicht anzuordnen ist, wenn ein Kreditinstitut einen "erheblichen Einfluß" auf ein oder mehrere andere Kreditinstitute ausüben kann. Zwei Fragen stellen sich: zum einen, ob § 30 Abs (2a) BWG einen Fall des "erheblichen Einflusses" definiert und zum anderen, ob der österreichische Gesetzgeber der Finanzmarktaufsichtsbehörde in § 30 Abs (2a) BWG ein Ermessen für die Anordnung der Konsolidierung einräumen hätte müssen.

Die erste Auslegungsfrage zum Begriff des "erheblichen Einflusses" ist (wie der Begriff des "beherrschenden Einflusses" in der Konzernbilanzrichtlinie) nicht einfach zu beantworten, weil sich weder im einschlägigen Sekundärrecht, noch in der Rechtsprechung des EuGH eine Definition findet. Die Auslegung des Begriffes wird zudem dadurch erschwert, daß derselbe Begriff an einer anderen Stelle der Richtlinie mit "maßgeblicher Einfluß" ersetzt wurde. "Maßgeblich" ist geringer als "erheblich". Diese Auslegungsfrage kann aber dahingestellt bleiben: Wenn der Tatbestand des § 30 Abs (2a) BWG bereits als ein Fall des "beherrschenden Einflusses" anzusehen ist, so ergibt sich aus einem Größenschluß, daß der in § 30 Abs (2a) BWG definierte Einfluß des Zentralinstituts auch "erheblich" ist.

Zur zweiten Auslegungsfrage betreffend das fehlende Ermessen der FMA ist im Ergebnis festzuhalten, daß der österreichische Gesetzgeber aufgrund des Gemeinschaftsrechts und auch aufgrund des österreichischen Verfassungsrechts nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, das Ermessen der FMA einzuschränken und genau zu regeln, wann der in Art 54 Abs (4) 1. Ts der Kodifizierten Richtlinie geregelte Fall eines "erheblichen Einflusses" für Zwecke der Konsolidierung von Kreditinstitutsgruppen erfüllt ist. Hätte der Gesetzgeber den Begriff des "erheblichen Einflusses" ohne näherer Präzisierung aus der Richtlinie übernommen und es der FMA überlassen, festzulegen, wann ein Einfluß für Zwecke der Konsolidierung von Kreditinstitutsgruppen ausreichend ist, so hätte die FMA damit wegen der mangelnden Definition des Begriffes "erheblicher Einfluß" in der Richtlinie unbeschränktes und damit verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidriges Ermessen erhalten.

Die theoretische Frage, ob die durch die neue Definition der Kreditinstitutsgruppe in § 30 Abs (2a) BWG bewirkte Vollkonsolidierung "verhältnismäßig" ist, ist uE wie folgt zu beantworten. Zweck der Kodifizierten Richtlinie ist ua, die Einleger besser zu schützen. Die Vollkonsolidierung erhöht im Gegensatz zur Teilkonsolidierung für Einleger die Transparenz und schützt sie daher besser, als die Teilkonsolidierung. Aus dieser Überlegung heraus hat der EG-Gesetzgeber auch die Vollkonsolidierung als Regelfall und die Teilkonsolidierung als die Ausnahme konzipiert. Konsequenterweise verlangt auch die einschlägige Literatur, daß jene Bestimmungen der Kodifizierten Richtlinie, die eine teilweise Konsolidierung anordnen, eng auszulegen sind. Wenn der österreichische Gesetzgeber sich daher dafür entschied, das ihm in Art 54 Abs (4) der Kodifizierten Richtlinie eingeräumte Wahlrecht im Sinn einer Vollkonsolidierung zu nutzen, entspricht dies zum einen der herrschenden Lehre zur engen Auslegung der Teilkonsolidierungstatbestände und zum anderen dem Zweck der Richtlinie, den Schutz der Einleger bestmöglich zu fördern. Aus diesem Grund ist es uE auch unzutreffend, daß die Anordnung der Vollkonsolidierung eine "willkürliche" Ausnutzung des

Wahlrechts darstellt. Was schließlich den Einwand betrifft, die Vollkonsolidierung widerspräche dem "aus dem primären Gemeinschaftsrecht erfließenden Verhältnismäßigkeitsprinzip", ist nicht ersichtlich, warum die Vollkonsolidierung die Niederlassungsfreiheit ausländischer Banken stärker behindern sollte, als die Teilkonsolidierung.