

Exposé zum Dissertationsvorhaben

„Bankenabwicklung und Rechtsschutz“

Dissertationsfach

Verfassungsrecht / Verwaltungsrecht

Verfasserin

Lisa Kircher, LL.M. (WU), LL.M. (KCL), BA

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.ⁱⁿ iur.)

Betreuer

Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs

Matrikelnummer: 1251613

Studienkennzahl: A 783 101

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Wien, Juni 2019

1. Problemaufriss

Die Finanzkrise 2007/08 machte deutlich, dass die EU für den Umgang mit systemisch bedeutenden Kreditinstituten in einer Krise nicht gerüstet war. Die Unzulänglichkeit des allgemeinen mitgliedstaatlichen Insolvenzrechts für Banken, die als „too big to fail“ galten,¹ führte dazu, dass zahlreiche Kreditinstitute in der EU mit Steuermitteln, nämlich durch die Gewährung staatlicher Beihilfen, vor der Insolvenz gerettet wurden.² Diese „implizite Staatsgarantie“³ ließ allerdings die Staatsverschuldung erheblich ansteigen und begünstigte durch das Setzen falscher Anreize das Problem des „moral hazard“.⁴

Als Reaktion auf die häufig als „Bail-out“ bezeichneten Krisenbekämpfungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten wurde mit der am 15. Mai 2014 beschlossenen Bankenabwicklungsrichtlinie (Bank Recovery and Resolution Directive, BRRD)⁵ ein harmonisiertes Abwicklungsregime für Kreditinstitute geschaffen. Die Idee des Bankenabwicklungsregimes ist es, eine Alternative zum Insolvenzverfahren zu schaffen, um ungeordnete Insolvenzen von Kreditinstituten unter gleichzeitiger Schonung staatlicher Mittel zu vermeiden. Wesentliche Zielsetzung des Abwicklungsregimes ist die Wahrung der Finanzstabilität durch die Sicherstellung der Kontinuität kritischer Funktionen eines Kreditinstituts,⁶ wobei die entstehenden Lasten einer Abwicklung nicht vom Steuerzahler, sondern von den Anteilseignern und Gläubigern des betroffenen Kreditinstituts getragen werden sollen. Die österreichische Umsetzung der BRRD erfolgte im BaSAG⁷. Als nationale Abwicklungsbehörde (National Resolution Authority, NRA) wurde in § 3 Abs 1 BaSAG die Finanzmarktaufsicht (FMA) benannt.

Das Abwicklungsregime der BRRD wurde in weiterer Folge durch den Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM) als zweite Säule der Europäischen Bankenunion ergänzt. Die SRM-VO⁸ schafft damit ein unmittelbar anwendbares Abwicklungsregime, das im Anwendungsbereich der SRM-VO von den NRAs und einer auf europäischer Ebene eigens geschaffenen Unionsagentur, dem Abwicklungsausschuss (Single Resolution Board, SRB), angewendet wird. Der Anwendungsbereich der SRM-VO ist räumlich allerdings insofern beschränkt,

¹ Vgl *Wojcik*, Bail-in in the Banking Union, CMLRev 2016, 91 (92); ausführlich auch *Tröger*, Eine kritische Bewertung des Bail-in Instruments im europäischen Recht der Bankenabwicklung, ZBB 2018, 20 (22 f).

² *Galostian Fard/Habliczek/Reisenhofer*, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG (2015), 1-3 ff.

³ *Galostian Fard/Habliczek/Reisenhofer*, BaSAG, 1-6; *Tröger*, ZBB 2018, 23.

⁴ *Galostian Fard/Habliczek/Reisenhofer*, BaSAG, 1-4; *Wojcik*, CMLRev 2016, 93.

⁵ Richtlinie 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABI 2014 L 173/190.

⁶ Art 31 Abs 2 lit a BRRD.

⁷ Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken (BaSAG), BGBl I 98/2014 idF BGBl I 37/2018.

⁸ Verordnung (EU) 806/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2014 zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Abwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 1093/2010 (SRM-VO), ABI 2014 L 225/1.

als sie zwar in allen EU-Mitgliedstaaten gilt, im Gegensatz zur BRRD allerdings nur in den „teilnehmenden Mitgliedstaaten“ anwendbar ist. Nach der SSM-VO⁹ sind die teilnehmenden Mitgliedstaaten die Mitgliedstaaten der Eurozone sowie jene Mitgliedstaaten, deren Behörden eine enge Zusammenarbeit mit der EZB eingegangen sind.¹⁰

Im SRM werden die Kompetenzen zwischen den NRAs und dem SRB geteilt, je nachdem, ob es sich um ein „bedeutendes“ oder ein „weniger bedeutendes“ Kreditinstitut iSd SSM-VO handelt.¹¹ Gleichzeitig zeichnet sich das Abwicklungsregime aber durch eine enge vertikale Verflechtung der europäischen und der nationalen Ebene aus, die im Abwicklungsverfahren für bedeutende Kreditinstitute besonders deutlich zutage tritt. Eine Abwicklungsmaßnahme wird nämlich in einem komplexen kooperativen Verwaltungsverfahren¹² erlassen, an dem auf EU-Ebene nicht nur das SRB, sondern auch die EZB, die Kommission und der Rat sowie ein unabhängiger Bewertungsprüfer beteiligt sind. Das daraus resultierende Abwicklungskonzept wird vom SRB an die zuständige NRA adressiert, die das Konzept unter Einhaltung der Bestimmungen des nationalen Rechts umzusetzen hat.¹³ In Österreich mündet das Abwicklungsverfahren in einen Mandatsbescheid der FMA,¹⁴ der aufgrund der Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure als „kooperativer Verwaltungsakt“¹⁵ angesehen werden kann.

Dieses Zusammenwirken von EU-Organen und mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden wird in der Literatur unter dem Begriff des „Europäischen Verwaltungsverbundes“ diskutiert.¹⁶ Der Begriff beschreibt verschiedene Formen der Verflechtung von Akteuren auf EU-Ebene und nationaler Ebene bei der Durchführung von Unionsrecht,¹⁷ für die in der Literatur zum Teil argumentiert wird,

⁹ Verordnung (EU) 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (SSM-VO), ABl 2013 L 287/63.

¹⁰ Art 4 Abs 1 SRM-VO iVm Art 2 Z 1 SSM-VO; Art 7 SSM-VO.

¹¹ Art 7 SRM-VO iVm Art 6 Abs 4 SSM-VO.

¹² Art 18 SRM-VO.

¹³ Art 29 Abs 1 SRM-VO.

¹⁴ §§ 116 Abs 1 BaSAG.

¹⁵ *Holoubek*, Kooperative Entscheidungen im europäischen Behördenverbund – von der Tatbestandswirkung zum kooperativen Verwaltungsakt?, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 349 (353 f).

¹⁶ Vgl zum Begriff *W. Kahl*, Europäische Behördenkooperation – Typen und Formen von Verbundsystemen und Netzwerkstrukturen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 15 (19 f); *W. Kahl*, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, *Der Staat* 2011, 353 (354 f); *Schmidt-Aßmann*, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Hrsg), Der Europäische Verwaltungsverbund (2005), 1 (2). Im Englischen sprechen *Hofmann/Türk*, The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences, *European Law Journal* 2007, 253 von “integrated administration”.

¹⁷ *W. Kahl*, *Der Staat* 2011, 355.

dass sie mit dem dualistischen Vollzugskonzept eines direkten und indirekten Vollzugs von Unionsrecht¹⁸ nicht erfasst werden können.¹⁹

Die europäische Verwaltungskooperation stellt jedoch den Rechtsschutz im Allgemeinen sowie speziell auch im SRM vor erhebliche Herausforderungen.²⁰ Denn der Rechtsschutz ist auch im Verwaltungsverbund nach wie vor vom „Trennungsprinzip“ geprägt, wonach Rechtsakte der EU-Organen nur vor den Unionsgerichten angefochten und für ungültig erklärt werden können, während Rechtsakte der nationalen Behörden nur vor nationalen Gerichten bekämpft und für ungültig erklärt werden können.²¹ Es scheint fraglich, ob dieses Rechtsschutzkonzept vor dem Hintergrund der zahlreichen, einander beeinflussenden Mitwirkungsakte, die auf europäischer und nationaler Ebene in einem mehrstufigen kooperativen Verwaltungsverfahren ergehen, geeignet ist, einen effektiven Rechtsschutz für die Betroffenen zu gewährleisten. Diese Problematik soll in der Dissertation anhand des Bankenabwicklungsverfahrens für bedeutende Kreditinstitute im SRM aufgegriffen werden. Von grundlegender Bedeutung ist daher die Klärung der Frage, wer in welcher Abwicklungsphase welche Mitwirkungsakte der beteiligten Akteure vor welchem Gericht mit welchem Rechtsmittel anfechten kann.

Neben dieser zentralen Frage ist zudem zu klären, inwieweit im Bereich der Bankenabwicklung überhaupt effektive Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Abwicklungsmaßnahmen bestehen. In Umsetzung von Art 85 BRRD sieht § 118 BaSAG für den Bereich der Bankenabwicklung nämlich eine weitreichende Einschränkung des mitgliedstaatlichen gerichtlichen Rechtsschutzes vor. Hintergrund dieser Regelung ist, dass es sich bei Abwicklungsmaßnahmen um hoch komplexe, ein spezifisches Fachwissen erfordernde Entscheidungen handelt, die außerdem aufgrund der Dringlichkeit der Situation unter erheblichem Zeitdruck beschlossen werden müssen. Es besteht daher ein offenkundiges Interesse an der Wirksamkeit derartiger Krisenbewältigungsmaßnahmen. Dem steht jedoch das Interesse der Betroffenen an einer vollumfänglichen Kontrolle gegenüber, da es sich bei Abwicklungsmaßnahmen in der Regel auch um sehr eingriffsintensive Maßnahmen handelt. Im Bereich der Bankenabwicklung tritt daher ein deutliches Spannungsverhältnis zwischen dem

¹⁸ Vgl dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017), 109 ff.

¹⁹ *Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Hrsg), Der Europäische Verwaltungsverbund (2005), 353 (354 f). AA aber *W. Kahl*, Der Staat 2011, 356 f, der gerade nicht davon ausgeht, dass das Verbundverwaltungsrecht eine „dritte Schicht des Europäischen Verwaltungsrechts“ schafft.

²⁰ Vgl dazu im Allgemeinen *Merli*, Rechtsschutz in grenzüberschreitenden verwaltungsrechtlichen Kooperationsverfahren in Europa, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 377; *Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund (2004). Auch *Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund (2010), 161 konstatiert etwa, dass der Verwaltungsverbund einen Rechtsprechungsverbund verlange. Speziell für die Bankenunion kommt *Kämmerer*, Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM, SRM), WM 2016, 1 (11) zu dem Ergebnis, dass das „Konstrukt der Bankenunion in puncto Rechtsschutz undurchdacht scheint“.

²¹ *Hofmann* in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold*, 359.

Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und der erforderlichen Effektivität von Bankenabwicklungsmaßnahmen zutage. Auch diese Problematik soll in der Dissertation aufgegriffen und diskutiert werden. Die Zulässigkeit der vorgesehenen Einschränkungen des Rechtsschutzes hat sich jedenfalls an den unionsrechtlichen Vorgaben und dem innerstaatlichen Verfassungsrecht messen zu lassen.

2. Gang der Untersuchung

a) Allgemeines

Die Arbeit soll im Wesentlichen in zwei Teile gegliedert werden. Im ersten Teil der Arbeit sollen die rechtlichen Grundlagen, die Funktionsweise des europäischen Abwicklungsregimes sowie die damit verbundenen rechtlichen Probleme herausgearbeitet werden. Dabei soll insbesondere das Zusammenwirken der nationalen und europäischen Rechtsgrundlagen (BRRD, BaSAG, SRM-VO) sowie der am Abwicklungsverfahren beteiligten nationalen und europäischen Akteure erörtert werden.

Vor allem das Zusammenwirken der Rechtsgrundlagen erscheint insoweit klärungsbedürftig, als in der SRM-VO nicht nur Befugnisse auf das SRB übertragen werden, sondern auch unmittelbar anwendbare materielle Vorschriften festgelegt werden, die von den NRAs und dem SRB anzuwenden sind. In den teilnehmenden Mitgliedstaaten kommt es dadurch zu einer parallelen Anwendbarkeit des nationalen Umsetzungsrechts, in Österreich also des BaSAG, und der SRM-VO. Während die NRAs aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts grundsätzlich die SRM-VO anzuwenden haben, sieht diese aber auch vor, dass die NRAs die an sie gerichteten Beschlüsse des SRB umzusetzen haben. Bei der Umsetzung dieser Beschlüsse haben die NRAs gem Art 29 Abs 1 Unterabs 2 SRM-VO „die Befugnisse, die ihnen im nationalen Recht zur Umsetzung der Richtlinie 2014/59/EU übertragen werden, im Einklang mit den in nationalem Recht vorgesehenen Bedingungen“ auszuüben. In der Dissertation soll herausgearbeitet werden, welche Bestimmungen des BaSAG im Abwicklungsverfahren für bedeutende Kreditinstitute aufgrund dieses Verweises auf das nationale Umsetzungsrecht zur Anwendung kommen.

Darauf aufbauend soll im zweiten Teil, dem Problemtail der Arbeit, der Rechtsschutz thematisiert werden.

b) Die Bankenabwicklung

Als Ausgangspunkt der Analyse des Rechtsschutzes dient das komplexe, mehrstufige Abwicklungsverfahren für bedeutende Kreditinstitute, das in Art 18 SRM-VO geregelt ist. Ein Abwicklungsverfahren wird grundsätzlich eingeleitet, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Das Kreditinstitut muss ausfallen oder wahrscheinlich ausfallen, es darf nach vernünftigem Ermessen keine

Aussicht geben, dass der Ausfall innerhalb eines angemessenen Zeitraumes durch alternative Maßnahmen des privaten Sektors abgewendet werden kann und die Abwicklungsmaßnahme muss im öffentlichen Interesse erforderlich sein.²² Über das Vorliegen der ersten Voraussetzung entscheidet grundsätzlich die EZB als Aufsichtsbehörde für bedeutende Kreditinstitute im SSM nach Anhörung des SRB. In Ausnahmefällen kann aber auch das SRB eine solche Bewertung vornehmen, wenn die EZB von einer entsprechenden Absicht des SRB unterrichtet wurde und die EZB die Bewertung nicht innerhalb von drei Kalendertagen vornimmt.²³ Bei der Bewertung des Ausfalls des betroffenen Kreditinstituts stützt sich die EZB bzw (in Ausnahmefällen) das SRB auf die „faire, vorsichtige und realistische Bewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten“, die von einem unabhängigen Bewertungsprüfer durchzuführen ist, bevor Abwicklungsmaßnahmen ergriffen werden können.²⁴ Über das Vorliegen der zweiten Abwicklungsvoraussetzung entscheidet das SRB und auch für die Feststellung der dritten Voraussetzung wird eine Zuständigkeit des SRB angenommen, obwohl dies nicht explizit in der SRM-VO vorgesehen ist.²⁵

Liegen die Abwicklungsvoraussetzungen vor, hat das SRB ein Abwicklungskonzept für das betroffene Kreditinstitut festzulegen, in dem auch darüber entschieden wird, welche Abwicklungsinstrumente in welchem Umfang zur Anwendung kommen sollen. Zu den Abwicklungsinstrumenten zählen die Unternehmensveräußerung, das Brückeninstitut, die Ausgliederung von Vermögenswerten sowie die Gläubigerbeteiligung („Bail-in“). Auch bezüglich der Wahl und dem jeweils notwendigen Umfang der Abwicklungsinstrumente greift das SRB auf eine zweite Bewertung des unabhängigen Bewertungsprüfers zurück.

Um der in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten *Meroni*-Doktrin²⁶ gerecht zu werden, sind in Folge auch die Kommission und der Rat in das Verfahren eingebunden. Das SRB hat das Konzept an die Kommission zu übermitteln, die innerhalb von 24 Stunden nach der Übermittlung Einwände hinsichtlich jener Aspekte erheben kann, bei denen dem SRB ein Ermessensspielraum zukommt. Innerhalb von 12 Stunden nach Übermittlung des Konzepts kann die Kommission insbesondere dem Rat vorschlagen, Einwände hinsichtlich der Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds oder hinsichtlich des Vorliegens eines „öffentlichen Interesses“ zu erheben. Dem Rat kommt dies-

²² Art 18 Abs 1 SRM-VO.

²³ Art 18 Abs 1 SRM-VO.

²⁴ Art 20 Abs 1 SRM-VO.

²⁵ So etwa *Busch*, Governance of the Single Resolution Mechanism, in *Busch/Ferrarini* (Hrsg), European Banking Union (2015), 281 (326).

²⁶ Grundlegend EuGH 13.6.1958, 9/56 (*Meroni*) ECLI:EU:C:1958:7.

bezüglich die Letztentscheidungsbefugnis zu, so dass, wenn nach Ansicht des Rates kein öffentliches Interesse an der Abwicklung vorliegt, das Kreditinstitut nach nationalem Recht zu liquidieren ist.²⁷

Das Abwicklungskonzept wird schließlich an die NRA gerichtet, welche dieses, wie bereits erwähnt, unter Einhaltung der Bestimmungen des nationalen Rechts umzusetzen hat. Es ist demnach nicht das SRB, sondern die NRA, die gegenüber dem betroffenen Kreditinstitut und den übrigen von der Abwicklungsmaßnahme betroffenen Personen in Erscheinung tritt. In Österreich wird von der FMA ein Mandatsbescheid durch Kundmachung eines Maßnahmenedikts auf der Website der FMA erlassen,²⁸ der den Vorgaben des Abwicklungskonzepts zu entsprechen hat.

Erfordert die Abwicklungsmaßnahme die Gewährung einer staatlichen Beihilfe oder die Inanspruchnahme des Abwicklungsfonds, kann das Abwicklungskonzept darüber hinaus nur dann festgelegt werden, wenn die Kommission die Unterstützung für mit dem Binnenmarkt vereinbar befindet.²⁹

Nach Durchführung der Abwicklungsmaßnahme hat der Bewertungsprüfer eine eigenständige dritte Bewertung vorzunehmen. Bei dieser „ex-post“ Bewertung wird die Behandlung der Anteilseigner und Gläubiger des Kreditinstituts im Abwicklungsfall mit jener Behandlung verglichen, die sie im Falle eines regulären Insolvenzverfahrens erhalten hätten. Dies ist insofern von Bedeutung als das „no-creditor-worse-off“-Prinzip (NCWO-Prinzip)³⁰ als wesentlicher Grundsatz im Abwicklungsverfahren verbietet, dass Gläubiger und Anteilseigner in einem Abwicklungsverfahren größere Verluste erleiden als in einem regulären Insolvenzverfahren. Stellt der Bewertungsprüfer eine Schlechterstellung fest, haben die Anteilseigner und Gläubiger einen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Abwicklungsfonds.³¹

Aufgrund der Vielzahl der beteiligten Akteure sowie der Vielzahl sich beeinflussender und voneinander abhängiger Rechtsakte wird bereits deutlich, dass die Zuordnung von Verantwortlichkeit für den letztlich zu erlassenden Mandatsbescheid ein schwieriges Unterfangen ist.³² Dies wirkt sich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auch auf den Rechtsschutz aus. Häufig erscheint in solch mehrstufigen Verwaltungsverfahren vor allem auch die Gewährleistung einer ausreichenden Rechtswegklarheit³³ als Ausfluss des Rechts auf effektiven Rechtsschutz zweifelhaft.

²⁷ Art 18 Abs 8 SRM-VO.

²⁸ § 116 BaSAG.

²⁹ Art 19 SRM-VO.

³⁰ Art 15 Abs 1 lit g SRM-VO.

³¹ Art 76 Abs 1 lit e SRM-VO iVm Art 20 Abs 16 SRM-VO. Siehe im österreichischen Recht auch §§ 107 f BaSAG.

³² Vgl *Holoubek* in *Holoubek/Lang* 358.

³³ Vgl zu diesem Grundsatz *Hofmann*, Rechtsschutz 296 f sowie *Merli* in *Holoubek/Lang*, 384.

c) Rechtsschutz

Die Rechtsschutzmöglichkeiten im Bankenabwicklungsverfahren lassen sich im Wesentlichen in zwei Phasen gliedern, nämlich einerseits in den Rechtsschutz in der Abwicklungsphase, wozu vor allem der primäre Rechtsschutz zählt, sowie andererseits in den Rechtsschutz nach der Abwicklungsphase, worunter der Sekundärrechtsschutz und die in den Rechtsakten vorgesehenen Ausgleichsansprüche fallen. Auch der Aufbau der Dissertation soll sich im Wesentlichen nach diesen Phasen richten. Darüber hinaus sieht das BaSAG im Hinblick auf den primären Rechtsschutz einige wesentliche Einschränkungen vor, die in einem eigenen Kapitel thematisiert werden.

i. *Rechtsschutz in der Abwicklungsphase: Primärer Rechtsschutz*

Grundsätzlich bestehen im Bereich der Bankenabwicklung sowohl auf nationaler Ebene als auch auf Unionsebene Rechtsschutzmöglichkeiten. Auf nationaler Ebene kann gegen den Mandatsbescheid der FMA gem § 116 Abs 8 BaSAG binnen drei Monaten ab Kundmachung des Maßnahmenedikts schriftlich Vorstellung erhoben werden. Die erhobenen Vorstellungen werden von der FMA im Rahmen eines von ihr zu erlassenden Vorstellungsbescheides erledigt,³⁴ gegen den mit einer Bescheidbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG vorgegangen werden kann. Auf europäischer Ebene wird vom SRB ein Beschwerdeausschuss eingerichtet, bei dem Beschwerden gegen bestimmte, in Art 85 Abs 3 SRM-VO abschließend aufgezählte Beschlüsse des SRB erhoben werden können. Das Abwicklungskonzept zählt allerdings nicht dazu, so dass Art 86 Abs 1 SRM-VO hierfür auf die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV verweist.

Ausgehend von dem oben beschriebenen mehrstufigen Abwicklungsverfahren sind im Hinblick auf den Rechtsschutz allerdings einige wesentliche Fragen zu klären. Dies betrifft zunächst die Frage, ob neben dem Mandatsbescheid der FMA und dem Abwicklungskonzept des SRB auch die einzelnen Mitwirkungsakte auf EU-Ebene als anfechtbare Rechtsakte iSd Art 263 AEUV angesehen werden können. Eine Nichtigkeitsklage nach Art 263 AEUV kann grundsätzlich gegen alle Handlungen der EU-Organe erhoben werden, die verbindliche Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen, wobei es irrelevant ist, ob der Rechtsakt in einer in Art 288 Abs 1 AEUV definierten Form erlassen wird.³⁵ Ein anfechtbarer Rechtsakt liegt allerdings nur dann vor, wenn dieser das Verfahren abschließt, während vorbereitende Maßnahmen in einem mehrstufigen Verwaltungsverfahren nicht mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden können.³⁶ Mängel der vorbereitenden Maßnahmen können nur im Zuge der Anfechtung der abschließenden Maßnahme geltend gemacht werden.³⁷

³⁴ § 116 Abs 11 BaSAG.

³⁵ *Schwarze/Voet van Vormizeele in Schwarze et al* (Hrsg), EU-Kommentar⁴ (2019), Art 263 AEUV, Rz 19.

³⁶ EuGH 1.7.1964, 80/63 (*Degreef*) ECLI:EU:C:1964:55, 863; EuGH 11.11.1981, 60/81 (*IBM*) ECLI:EU:C:1981:264, Rz 10.

³⁷ EuGH 11.11.1981, 60/81 (*IBM*) ECLI:EU:C:1981:264, Rz 12.

Zwischenmaßnahmen in einem mehrstufigen Verfahren sind allerdings dann gesondert anfechtbar, wenn sie nicht nur die Endentscheidung vorbereiten, sondern auch über einen Aspekt des Verfahrens abschließend entscheiden, der sich von der Endentscheidung unterscheidet.³⁸ In der Dissertation wird daher auch für das Abwicklungsverfahren der Frage nachgegangen, ob die einzelnen Mitwirkungsakte, wie beispielsweise die Feststellung des Ausfalles eines Kreditinstituts durch die EZB, als bloß vorbereitende Maßnahmen anzusehen oder einer isolierten Anfechtbarkeit zugänglich sind. *Kämmerer* qualifizierte insbesondere den Beihilfebeschluss der Kommission nach Art 19 SRM-VO bereits als eine isoliert bekämpfbare Zwischenmaßnahme, da es sich um eine „eigenständige Entscheidung der Kommission“ handle.³⁹

Neben der Frage der Anfechtbarkeit der Mitwirkungsakte sind auch die Zurechnungsschwierigkeiten im Abwicklungsverfahren zu erörtern. Dies betrifft zunächst den Bewertungsprüfer, dessen Bewertung aufgrund seiner Eigenschaft als Privatperson weder dem unionsrechtlichen noch dem öffentlich-rechtlichen österreichischen Rechtsschutzsystem unterliegt. Nach der Rspr des EuG kann die Handlung eines Privaten einem Unionsorgan zugerechnet werden, wenn der Private das Unionsorgan auf vertraglicher Basis unterstützt.⁴⁰ Für die ex-ante Bewertungen ordnet Art 20 Abs 15 SRM-VO auch eine Zurechnung des Bewertungsprüfers zum SRB an, denn die Bewertung wird als „integraler Bestandteil“ der Abwicklungsentscheidung angesehen, die nur gemeinsam mit dem Abwicklungskonzept des SRB angefochten werden kann. Anderes gilt aber für die ex-post Bewertung des Bewertungsprüfers, denn den Erwägungsgründen der BRRD ist zu entnehmen, dass für die ex-post Bewertung eine gesonderte Anfechtungsmöglichkeit von den Mitgliedstaaten geschaffen werden sollte.⁴¹ Das österreichische BaSAG sieht eine solche Anfechtungsmöglichkeit allerdings nicht vor, so dass sich insbesondere auch für die ex-post Bewertung die Frage nach einer möglichen Zurechnung stellt.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, auf welcher Ebene – der europäischen oder der nationalen – die Betroffenen aufgrund des Zusammenwirkens der Unionsorgane und der mitgliedstaatlichen Abwicklungsbehörde im Abwicklungsverfahren Rechtsschutz zu suchen haben. Auch diese Frage wird zum Teil unter dem Stichwort der „Zurechnung“ diskutiert.⁴² Das bereits erwähnte Trennungsprinzip sieht grundsätzlich vor, dass Akte der Unionsorgane nur von den Unionsgerichten,⁴³ Akte der mitgliedstaatlichen Behörden demgegenüber nur von nationalen Gerichten für nichtig erklärt

³⁸ EuGH 24.6.1986, 53/85 (*AKZO Chemie*) ECLI:EU:C:1986:256, Rz 19 ff; vgl auch *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ (2016), Art 263 AEUV, Rz 18.

³⁹ *Kämmerer*, WM 2016, 10.

⁴⁰ EuG 19.2.1998, verb Rs T-369/94 und T-85/95 (*DIR International Film*) ECLI:EU:T:1998:39, Rz 52 f.

⁴¹ ErwGr 51 BRRD.

⁴² Speziell den SRM thematisierend etwa *Eisenberger/Brenneis/Murer*, SRM: Verschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?, ZFR 2017, 160 (163).

⁴³ EuGH 22.10.1987, 314/85 (*Foto-Frost*) ECLI:EU:C:1987:452, Rz 14.

werden können. Mitgliedstaatliche Gerichte haben ferner die Möglichkeit der Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV, welches vor allem dann relevant ist, wenn die nationale Entscheidung auf einer präjudiziellen rechtswidrigen Handlung eines Unionsorgans beruht.⁴⁴ Es wurde daher jüngst vertreten, dass der Fall einer vorbereitenden rechtswidrigen Maßnahme auf EU-Ebene, welche die nationale abschließende Entscheidung „kontaminiert“ „keine größeren Schwierigkeiten“ bereite.⁴⁵

Im Abwicklungsverfahren bestehen allerdings trotz der prinzipiellen Geschlossenheit des Rechtsschutzsystems Unsicherheiten, die vor allem auch in Österreich einen negativen Kompetenzkonflikt provozieren könnten. Das BVwG argumentierte nämlich in zwei kürzlich ergangenen Entscheidungen betreffend die Einhebung von Beiträgen für den im SRM eingerichteten Einheitlichen Abwicklungsfonds, dass dem zu erlassenen Bescheid der FMA gegenüber der Entscheidung des SRB, auf dem der Bescheid der FMA – wie auch im Fall des Abwicklungsverfahrens – beruht, eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt. Das BVwG rechnete den Bescheid der FMA zwar nicht dem SRB zu, sondern betonte vielmehr das Rechtsschutzbedürfnis auch für den nationalen Rechtsakt. Gleichzeitig soll nach Ansicht des BVwG für die Anfechtung der Entscheidung des SRB jedoch nur das Rechtsschutzsystem der EU, wie insbesondere die Nichtigkeitsklage, in Frage kommen.⁴⁶

Das BVwG setzte sich daher weder mit der Frage der Klagebefugnis nach Art 263 Abs 4 AEUV noch mit der Möglichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens auseinander. Sollten die österreichischen Gerichte für das Abwicklungsverfahren einen ähnlichen Ansatz verfolgen, ist dies vor allem dann problematisch, wenn die Unionsgerichte die Klagelegitimation nach Art 263 Abs 4 AEUV verneinen.⁴⁷ Für die von einer Abwicklungsmaßnahme Betroffenen besteht daher derzeit erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Frage, auf welcher Ebene Rechtsschutz zu suchen sein soll, soll daher in der Dissertation umfassend aufgearbeitet werden.

In engem Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsschutzebene steht, wie bereits gezeigt wurde, auch die Frage nach der Klagelegitimation. Auf europäischer Ebene betrifft dies vor allem die Frage des Vorliegens der nach Art 263 Abs 4 AEUV notwendigen unmittelbaren und individuellen⁴⁸ Betroffenheit. Denn der Adressat der Abwicklungsmaßnahme des SRB ist die NRA, so dass selbst für das betroffene Kreditinstitut zu prüfen ist, ob es zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage legitimiert ist.

⁴⁴ Merli in *Holoubek/Lang*, 380 f; *Hofmann* in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold*, 360 f.

⁴⁵ *SA Campos Sánchez-Bordona* 27.6.2018, C-219/17 (*Berlusconi und Fininvest*) ECLI:EU:C:2018:502, Rz 61 f; vgl auch *Brito Bastos*, *Derivative Illegality in European Composite Administrative Procedures*, CMLRev 2018, 101 (104).

⁴⁶ BVwG 23.8.2016, W204 2129719-1; BVwG 24.8.2016, W230 2129180-1.

⁴⁷ Vgl *Eisenberger/Brenneis/Murer*, ZFR 2017, 164.

⁴⁸ Grundlegend EuGH 15.7.1963, 25/62 (*Plaumann*) ECLI:EU:C:1963:17.

Auf nationaler Ebene sieht § 116 Abs 8 BaSAG vor, dass Rechtsträger gemäß § 116 Abs 2 Z 1 BaSAG, also insbesondere das abzuwickelnde Kreditinstitut, sowie „sonstige von den Abwicklungsmaßnahmen in ihren Rechten Betroffene“ gegen den von der FMA zu erlassenden Mandatsbescheid vorgehen können. Nach Ablauf der dreimonatigen Vorstellungsfrist ist gem § 116 Abs 9 BaSAG ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, in welchem das abzuwickelnde Kreditinstitut jedenfalls Parteistellung hat. Sonstige Betroffene verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht innerhalb der vorgesehenen Frist Vorstellung gegen den Mandatsbescheid erheben.⁴⁹

Zunächst ist aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffes der „sonstigen von einer Abwicklungsmaßnahme Betroffenen“ zu klären, wem in einem Abwicklungsverfahren Parteistellung zukommt. Der Personenkreis der Betroffenen ist denkbar weit, steht der FMA neben den in § 74 Abs 2 BaSAG genannten Abwicklungsinstrumenten gem § 50 Abs 1 Z 2 BaSAG doch auch die Möglichkeit offen, Anordnungen „nach Maßgabe der Befugnisse gemäß §§ 58 bis 69“ zu treffen. Zu diesen Abwicklungsbefugnissen zählen neben den Befugnissen zur Durchführung der Abwicklungsinstrumente, wie beispielsweise die Herabsetzung der Nennwerte berücksichtigungsfähiger Verbindlichkeiten und deren Umwandlung in Stammkapital, auch die Befugnis, die Mitglieder des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung zu ersetzen sowie die Möglichkeit, Zahlungs- und Lieferverpflichtungen sowie Kündigungsrechte auszusetzen. Angesichts des potentiell sehr weitreichenden Personenkreises der Betroffenen sieht § 116 Abs 8 BaSAG, in Anlehnung an das Großverfahren iSd §§ 44a ff AVG,⁵⁰ eine Präklusion der Parteistellung vor. Auch eine solche Präklusionsregelung ist allerdings auf ihre Vereinbarkeit mit Art 47 GRC zu prüfen.⁵¹

ii. *Einschränkung des Rechtsschutzes*

Eine Besonderheit für den Rechtsschutz in der Bankenabwicklung ist die in § 118 BaSAG vorgesehene „einzigartige Einschränkung der gerichtlichen Rechtskontrolle“⁵², die derart weitreichend ist, dass *Bernhard Raschauer* die Anfechtung von Abwicklungsmaßnahmen als „mit rechtsstaatlich geradezu unglaublichen Restriktionen konfrontiert“⁵³ ansah. Vor diesem Hintergrund ist auch die Zulässigkeit der einzelnen Einschränkungen zu untersuchen.

⁴⁹ § 116 Abs 8 BaSAG.

⁵⁰ ErläutRV 361 BlgNR XXV. GP 21.

⁵¹ Vgl zu der Problematik jüngst EuGH 20.12.2017, C-664/15 (*Protect*) ECLI:EU:C:2017:987; *Kittl*, Neues zur Beschwerdelegitimation und zur Präklusion. Anmerkungen zu EuGH 20.12.2017, C-664/15, *Protect*, ÖZW 2018, 180.

⁵² *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015), 100.

⁵³ *B. Raschauer*, Eine Landesbank zwischen Landeshaftung und Insolvenz, Jahrbuch Öffentliches Recht 2016, 59 (70).

a. Einschränkung der Kognitionsbefugnis

Art 85 Abs 3 BRRD sieht vor, dass sich die nationalen Gerichte bei der eigenen Bewertung auf die komplexen wirtschaftlichen Tatsachenbewertungen der Abwicklungsbehörde zu stützen haben. § 118 Abs 2 BaSAG übernimmt diese Bestimmung nahezu wortgleich für die Kognitionsbefugnis des BVwG und des VfGH.⁵⁴ Die Zulässigkeit einer derartigen Einschränkung ist vor dem Hintergrund des Rechts auf effektiven Rechtsschutz zu erörtern.⁵⁵ Zu thematisieren ist dabei im Besonderen, unter welchen Voraussetzungen von dem Erfordernis einer „vollen Kognitionsbefugnis“ eines Gerichtes abgewichen werden kann. Dazu ist zunächst die einschlägige Rechtsprechung des EGMR⁵⁶ sowie des EuGH⁵⁷ heranzuziehen. Ferner sieht aber auch Art 130 Abs 3 B-VG im österreichischen Verfassungsrecht für Bescheidbeschwerden vor, dass eine Rechtswidrigkeit dann nicht vorliegt, soweit die Verwaltungsbehörde ein ihr durch Gesetz eingeräumtes Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat. Dies scheint insofern relevant, als der Gesetzgeber die Einschränkung der Kognitionsbefugnis mit dem „breiten Ermessensspielraum“ und dem „spezifischen Fachwissen“ der Abwicklungsbehörde begründet.⁵⁸ Es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit der Abwicklungsbehörde im Abwicklungsverfahren tatsächlich ein „Ermessen“ iSd Art 130 Abs 3 B-VG eingeräumt ist, wobei vor allem zu berücksichtigen ist, dass sich der unionsrechtliche Begriff des Ermessens vom österreichischen Verständnis unterscheidet.⁵⁹

Da die SRM-VO keine entsprechende Einschränkung der Kognitionsbefugnis für die Unionsgerichte vorsieht, soll auch der Frage nachgegangen werden, ob eine solche für die Unionsgerichte möglich wäre und ob sich eine Einschränkung für den EuGH aus seiner eigenen Rechtsprechung zum „manifest error of assessment“-Test ergeben kann.⁶⁰

b. Aufschiebende Wirkung

Art 85 Abs 4 BRRD ordnet an, dass die Einlegung eines Rechtsmittels gegen Abwicklungsmaßnahmen keine automatische Aussetzung der Wirkungen der Abwicklungsmaßnahme zur Folge hat und dass die Entscheidung sofort vollstreckbar ist. In Österreich hat zunächst die Vorstellung gegen den zu erlassenden Mandatsbescheid der FMA keine aufschiebende Wirkung. Dies ergibt sich

⁵⁴ Vom Wortlaut der österreichischen Bestimmung ist der VfGH nicht erfasst, so dass sich auch die Frage nach der Richtlinienkonformität des § 118 Abs 2 BaSAG stellt.

⁵⁵ Kritisch dazu *Jabloner*, Der Sachverhalt im Recht, ZÖR 2016, 199 (210).

⁵⁶ EGMR 21.7.2011, 32181/04, 35122/05 (*Sigma Radio Television*); EGMR 24.11.2005, 49429/99 (*Capital AD*).

⁵⁷ EuGH 21.1.1999, C-120/97 (*Upjohn*) ECLI:EU:C:1999:14.

⁵⁸ ErläutRV 361 BlgNR XXV. GP 22.

⁵⁹ Kritisch zum engen österreichischen Ermessensverständnis *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014), 231.

⁶⁰ EuGH 11.7.1985, 42/84 (*Remia*) ECLI:EU:C:1985:327, Rz 34; vgl für den Bereich der Wirtschafts- und Währungspolitik vor allem auch EuGH 16.6.2015, C-62/14 (*Gauweiler*) ECLI:EU:C:2015:400, Rz 68 ff sowie EuGH 11.12.2018, C-493/17 (*Weiss*) ECLI:EU:C:2018:1000, Rz 24, 73 ff.

schon grundsätzlich aus § 57 Abs 2 AVG, wird speziell für die Bankenabwicklung aber auch in § 116 Abs 8 BaSAG angeordnet. Darüber hinaus sah § 22 Abs 2 FMABG⁶¹, in Abweichung von § 13 Abs 1 VwGVG, vor, dass Beschwerden gegen Bescheide der FMA im Allgemeinen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Unter Verweis auf diese Regelung legt § 118 Abs 1 BaSAG außerdem fest, dass für die Anordnung von Abwicklungsmaßnahmen die widerlegbare Vermutung gilt, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zwingenden öffentlichen Interessen zuwiderläuft. § 22 Abs 2 FMABG wurde allerdings kürzlich vom VfGH wegen Verstoßes gegen Art 136 Abs 2 B-VG als verfassungswidrig aufgehoben. Der VfGH erachtete es als problematisch, dass § 22 Abs 2 FMABG eine pauschale Anordnung für jeden Bescheid der FMA enthält, so dass eine verfahrensrechtliche Sonderregelung nicht als „unerlässlich“ iSd Rspr zu Art 136 Abs 2 B-VG angesehen werden kann.⁶² Die Aufhebung der Bestimmung, die mit Ablauf des 31. August 2019 in Kraft tritt, wird sich auch auf das Abwicklungsverfahren auswirken. In der Literatur wurde bereits bezweifelt, dass § 118 Abs 1 BaSAG in seiner derzeitigen Form Art 136 Abs 2 B-VG entspricht, da der Anwendungsbereich nicht auf „Krisenmanagementmaßnahmen“ beschränkt sei.⁶³ Es wird daher zu prüfen sein, ob die zukünftige Regelung der aufschiebenden Wirkung im Abwicklungsverfahren den Vorgaben des Unionsrechts und des Art 136 Abs 2 B-VG entspricht.

c. Einschränkung des primären Rechtsschutzes

Als weitere Einschränkung sieht § 118 Abs 3 BaSAG vor, dass die die Rechtslage gestaltenden Wirkungen von Bescheiden der Abwicklungsbehörde von der Aufhebung oder Änderung durch das BVwG sowie den VwGH unberührt bleiben. Eine Beseitigung der Rechtswirkungen soll nur in den in § 118 Abs 4 BaSAG definierten Ausnahmefällen stattfinden. Nach dem Konzept der BRRD soll den Betroffenen stattdessen eine Entschädigung für den erlittenen Verlust gewährt werden.⁶⁴ Gem § 118 Abs 5 BaSAG haben Betroffene demnach binnen drei Monaten nach Abschluss der ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittelverfahren einen Anspruch auf Ausgleich der durch die Bescheide der Abwicklungsbehörde rechtswidrig verursachten Nachteile gegen den Bund. Dieser Ausgleichsanspruch besteht allerdings dann nicht, wenn die finanziellen Nachteile, die aus der Abwicklungsmaßnahme resultieren, auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Behörde eingetreten wären.

⁶¹ Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbördengesetz – FMABG), BGBl I 97/2001 idF BGBl I 112/2018.

⁶² VfGH 2.3.2018, G 257/2017-13.

⁶³ B. Raschauer, Jahrbuch Öffentliches Recht 2016, 70.

⁶⁴ Vgl Wojcik, CMLRev 2016, 131 f.

Den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 118 BaSAG lässt sich entnehmen, dass der in § 118 Abs 5 BaSAG vorgesehene Ausgleichsanspruch insofern einen Ausgleich für die Einschränkung des primären Rechtsschutzes schafft, als die Betroffenen „mit einem für die Wahrung ihrer Rechtsposition äquivalenten Schutzinstrument ausgestattet“ werden.⁶⁵ Die Äquivalenz der Rechtswirkungen einer erfolgreichen Anfechtung einer Abwicklungsmaßnahme und der Gewährung eines Ausgleichs für die erlittenen Nachteile erscheint aber insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen zweifelhaft. Der Ausgleichsanspruch nach § 118 Abs 5 BaSAG gleicht nämlich einem amtshaftungsrechtlichen Anspruch, da der Bund nur dann haftet, wenn der Schaden bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Abwicklungsbehörde nicht entstanden wäre. In der Arbeit soll daher der Frage nachgegangen werden, inwiefern angesichts dieser Einschränkung die Effektivität des Rechtsschutzes gewahrt bleibt.

iii. Rechtsschutz nach der Abwicklungsphase: Ausgleichsansprüche und Sekundärrechtsschutz

Auch der Rechtsschutz in der Phase nach der Abwicklung ist im Detail komplex und wiederum sowohl auf nationaler als auch EU-Ebene geregelt. Im nationalen Recht besteht für die von einer Bankenabwicklung Betroffenen neben dem bereits erwähnten Ausgleichsanspruch nach § 118 Abs 5 BaSAG auch die Möglichkeit, einen Ersatzanspruch nach dem auf Art 23 B-VG basierenden Amtshaftungsgesetz (AHG)⁶⁶ geltend zu machen.⁶⁷ Zum Verhältnis dieser beiden Ansprüche halten die Erläuterungen zu § 118 Abs 5 BaSAG lediglich fest, dass der Ausgleichsanspruch nach § 118 Abs 5 BaSAG unabhängig von möglichen amtshaftungsrechtlichen Ansprüchen besteht, gleichzeitig jedoch in Konkurrenz zu Ansprüchen nach dem AHG steht. In der Arbeit soll daher herausgearbeitet werden, unter welchen Voraussetzungen zu welchem Zeitpunkt im Abwicklungsverfahren welcher Schaden auf Basis welcher Rechtsgrundlage geltend gemacht werden kann.

Auf europäischer Ebene sieht Art 87 Abs 3 SRM-VO die außervertragliche Haftung des SRB speziell für den Bereich der Bankenabwicklung vor. Sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene sind demnach Haftungsregelungen vorgesehen, wobei auch im Bereich des Sekundärrechtsschutzes das Trennungsprinzip gilt. Während über die außervertragliche Haftung der EU ausschließlich der EuGH zu entscheiden hat,⁶⁸ sind die nationalen Gerichte zuständig, über Schadenersatzklagen gegen Mitgliedstaaten zu entscheiden.⁶⁹ Wirken nationale Behörden und Unionsorgane beim Vollzug von Unionsrecht zusammen, wird zur Beurteilung der Haftungsfrage zumeist

⁶⁵ ErläutRV 361 BlgNR XXV. GP 23.

⁶⁶ Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz – AHG), BGBl 20/1949 idF BGBl I 122/2013.

⁶⁷ Vgl ErläutRV 361 BlgNR XXV. GP 23.

⁶⁸ Art 340 Abs 2 AEUV iVm Art 268 AEUV.

⁶⁹ EuGH 26.11.2002, C-275/00 (*First und Franex*) ECLI:EU:C:2002:711, Rz 43.

darauf abgestellt, ob der Schaden der EU oder dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.⁷⁰ In der Dissertation sollen daher Möglichkeiten der Zurechnung erarbeitet werden, wobei insbesondere zu beurteilen sein wird, inwieweit der Bescheid der FMA durch das Abwicklungskonzept des SRB bzw auch durch die vorangegangenen Mitwirkungsakte der Unionsorgane inhaltlich vordeterminiert wird.⁷¹

Im Falle einer möglichen gemeinsamen Verantwortlichkeit des SRB und des Bundes nach § 3 Abs 1 FMABG ist außerdem zu klären, gegen wen die von einer Abwicklungsmaßnahme Betroffenen vorzugehen haben und wie der Schadensausgleich in einem solchen Fall zu erfolgen hat. Art 87 Abs 4 SRM-VO ordnet diesbezüglich eine Entschädigungspflicht des SRB für jene Schäden an, welche eine nationale Abwicklungsbehörde aufgrund einer Anordnung eines nationalen Gerichts zu ersetzen hat oder zu dessen Ersatz sich die nationale Abwicklungsbehörde aufgrund einer Abmachung mit dem SRB verpflichtet hat. Bei Streitigkeiten in den Fällen des Art 87 Abs 4 SRM-VO soll gem Art 85 Abs 5 SRM-VO der Gerichtshof der EU zuständig sein. Diese Bestimmungen sind insofern interpretationsbedürftig, als nicht klar hervorgeht, inwieweit die Erschöpfung des nationalen Rechtsweges iSd Rechtsache *Kampffmeyer*⁷² erforderlich ist und ob die Zuständigkeit des EuGH – in Widerspruch zum Trennungsprinzip⁷³ – auch die Zuständigkeit zur Festlegung der Höhe des Regressanspruches in sich begreift.

Neben den allgemeinen haftungsrechtlichen Bestimmungen steht den von einer Abwicklung betroffenen Anteilseignern und Gläubigern speziell für den Fall einer Verletzung des NCWO-Prinzips ein Ausgleichsanspruch nach § 108 BaSAG in Form eines Rechts auf Auszahlung des sich aus der ex-post Bewertung ergebenden Differenzbetrages zu. Auch bei diesem NCWO-Ausgleichsanspruch bestehen insbesondere hinsichtlich der Geltendmachung einige Unklarheiten. Denn während es sich grundsätzlich um einen Anspruch handelt, der an die außervertragliche Haftung der EU in Art 340 Abs 2 AEUV angenähert zu sein scheint und im SRM gegen das SRB als Eigentümer des Abwicklungsfonds geltend zu machen ist, wurde in der Literatur bereits vertreten, dass es sich bei dem NCWO-Ausgleichsanspruch gerade nicht um einen verschuldensabhängigen Anspruch, sondern um eine verschuldensunabhängige Haftung handeln soll. Die Konsequenz eines verschuldensunabhängigen Anspruchs wäre nach Ansicht *Herinckx* aber, dass die Zuständigkeit des EuGH weder auf Art 268 AEUV noch auf Art 87 Abs 5 SRM-VO gestützt werden könnte, so dass gem Art 274 AEUV die nationalen Gerichte über den NCWO-Ausgleichsanspruch zu entscheiden

⁷⁰ *Hofmann*, Rechtsschutz, 300 f; *Shirvani*, Haftungsprobleme im Europäischen Verwaltungsverbund, EuR 2011, 619, 628; vgl auch *Augsberg* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Art 340 AEUV, Rz 89.

⁷¹ Vgl *Hofmann*, Rechtsschutz, 311 ff.

⁷² EuGH 14.7.1967, verb Rs 5, 7, 13-24/66 (*Kampffmeyer*) ECLI:EU:C:1967:31, 358.

⁷³ Vgl *Hofmann*, Rechtsschutz, 338 f.

hätten.⁷⁴ Ein Verschulden eines EU-Organs wird jedoch als Voraussetzung für die außervertragliche Haftung der EU gerade nicht gefordert,⁷⁵ sondern es wird in der Rspr des EuGH vielmehr im Rahmen der Rechtswidrigkeit darauf abgestellt, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorliegt. In der Arbeit soll daher genauer beleuchtet werden, um welchen Anspruch es sich hierbei handelt und wie bzw unter welchen Voraussetzungen dieser gegebenenfalls geltend gemacht werden kann.

Zudem stellt sich aber unabhängig von der Geltendmachung des NCWO-Ausgleichsanspruches bei einem (nationalen oder europäischen) Gericht die Frage, ob für die Betroffenen nicht vielmehr die Möglichkeit besteht, einen Rechtsakt anzufechten. Denn im Fall der Abwicklung der spanischen Banco Popular erließ das SRB eine Ankündigung über seine vorläufige Entscheidung, den Anteilseignern und Gläubigern aufgrund der von Deloitte durchgeführten ex-post Bewertung keine Entschädigung zu gewähren. Gleichzeitig wurde in der Ankündigung ein Anhörungsverfahren für die betroffenen Anteilseigner und Gläubiger eingeleitet, im Anschluss an welches das SRB endgültig über den Entschädigungsanspruch entscheiden wird.⁷⁶ Können die Anteilseigner und Gläubiger nunmehr die Ankündigung des SRB oder den Rechtsakt, der die endgültige Entscheidung über ihren Entschädigungsanspruch beinhaltet, anfechten, kann dies aber zu einer Unzulässigkeit der Schadenersatzklage führen, sofern sich die Anfechtung auf dieselben finanziellen Nachteile bezieht.⁷⁷ Auch für den NCWO-Ausgleichsanspruch sind die Rechtsschutzmöglichkeiten daher im Detail zu analysieren.

3. Forschungsfrage

Im Rahmen der Dissertation soll, ausgehend von der oben dargelegten Problemlage, die folgende zentrale Forschungsfrage beantwortet werden:

Entspricht der Rechtsschutz im Rahmen des Bankenabwicklungsverfahrens den rechtsstaatlichen Vorgaben des Unions- und Verfassungsrechts?

⁷⁴ Herinckx, Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism (2017), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098179> 37 f (letzter Zugriff 17.4.2019).

⁷⁵ Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV³ (2018), Art 340 AEUV, Rz 29.

⁷⁶ SRB, Notice of the Single Resolution Board of 2 August 2018 regarding its preliminary decision on whether compensation needs to be granted to the shareholders and creditors in respect of which the resolution actions concerning Banco Popular Espanol S.A. have been effected and the launching of the right to be heard process, SRB/EES/2018/132.

⁷⁷ Vgl EuG 7.2.2001, T-186/98 (*Impesca*) ECLI:EU:T:2001:42, Rz 76.

4. Methodik

Die Fragestellung soll rechtsdogmatisch unter Heranziehung der klassischen rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden bearbeitet werden. Im Fokus steht dabei die Auslegung unions- und verfassungsrechtlicher sowie einfachgesetzlicher Bestimmungen des österreichischen Rechts.

5. Bisheriger Forschungsstand

Der Europäische Verwaltungsverbund im Allgemeinen ist mittlerweile bereits vielfach Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen geworden,⁷⁸ wobei vor allem auch die Problematik des Rechtsschutzes von mehreren kritischen Stimmen aufgegriffen wurde.⁷⁹ Der Rechtsschutz im SRM wurde demgegenüber zwar in einigen Beiträgen thematisiert,⁸⁰ allerdings fehlt es bis dato an einer umfassenden Aufarbeitung des Themas, insbesondere im deutschsprachigen Raum. Schließlich berücksichtigt die bestehende Literatur auch das erste vom SRB durchgeführte Abwicklungsverfahren hinsichtlich der Banco Popular noch nicht, das zu zahlreichen, derzeit noch beim EuG anhängigen Anfechtungsklagen⁸¹ geführt hat.

6. Voraussichtlicher Zeitplan

WS 2018/19	Themenwahl Literatur- und Judikurrecherche VO Juristische Methodenlehre SE Finanzmarktaufsichtsrecht SE Rule of Law KU Grundzüge des Versicherungsaufsichtsrechts (Wahlfach)
SS 2019	Recherche Erstellung des Exposés SE zur Vorstellung des Dissertationsvorhabens

⁷⁸ Vgl. *Holoubek/Lang* (Hrsg), *Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa* (2012); *W. Kahl*, *Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene*, *Der Staat* 2011, 353 (354 f); *Schmidt-Aßmann/Schöndorf/Haubold* (Hrsg), *Der Europäische Verwaltungsverbund* (2005); *Weiß*, *Der Europäische Verwaltungsverbund* (2010); *Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft* (Hrsg), *Der Europäische Verwaltungsverbund* (2011).

⁷⁹ *Merli* in *Holoubek/Lang* 377; *Hofmann*, *Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund* (2004).

⁸⁰ *Kämmerer*, *WM* 2016, 1; *Arons*, *Judicial Protection of supervised credit institutions in the European Banking Union*, in *Busch/Ferrarini* (Hrsg), *European Banking Union* (2015), 433; *De Serière/Van der Houwen*, “No Creditor Worse Off” in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2016, 376; *Grünwald*, *Legal challenges of bail-in*, *ECB Legal Conference* 2017, 287; *Herinckx*, *Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism* (2017); *Schmitt/Bär*, *Rechtsschutz gegen Abwicklungsmaßnahmen*, *WM* 2016, 493.

⁸¹ Vgl. beispielsweise *EuG, T-478/17 (Mutualidad de la Abogacía)* und *EuG, T-685/17 (Miralla Inversiones)*.

Absolvierung einer Lehrveranstaltung gem dem Zulassungsbescheid vom 25.6.2018 (Auflage)

WS 2019/20	Antrag auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens Absolvierung eines weiteren Seminars gem § 5 Abs 2 lit c des Curriculums Verfassen der Dissertation
SS 2020-SS 2021	Verfassen der Dissertation
WS 2021/22	Überarbeitung der Dissertation
SS 2022	Öffentliche Defensio

7. Vorläufige Grobgliederung

- I. Einleitung
- II. Entwicklung der europäischen Bankenabwicklung
 - 1. Die Rechtslage vor der Finanzkrise 2007/08
 - 2. Die Finanzkrise: Auslöser eines harmonisierten Bankenabwicklungsregimes
 - 3. Die Entstehung der Bankenunion
 - a. Der Einheitlicher Aufsichtsmechanismus (SSM)
 - b. Der Einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM)
 - c. Der Einheitliche Abwicklungsfonds (SRF)
 - d. Einlagensicherung
- III. Der SRM
 - 1. Anwendungsbereich
 - a. Persönlicher Anwendungsbereich
 - b. Sachlicher Anwendungsbereich
 - c. Räumlicher Anwendungsbereich
 - 2. Organisationsstruktur
 - a. Der Abwicklungsausschuss (SRB)
 - b. Die nationalen Abwicklungsbehörden (NRA)
 - 3. Zusammenarbeit im SRM
 - 4. Anwendbares Recht
 - a. BRRD
 - b. BaSAG
 - c. SRM-VO
 - d. Das Verhältnis zwischen den anwendbaren Rechtsgrundlagen

IV. Rechtsschutz

1. Die Bankenabwicklung als Herausforderung für den Rechtsschutz
 - a. Phasen der Bankenabwicklung
 - b. Abwicklungsverfahren im SRM
 - c. Rechtsschutzinteresse
2. Rechtsschutz in der Abwicklungsphase: Primärer Rechtsschutz
 - a. Anfechtbarkeit der Mitwirkungsakte im Abwicklungsverfahren
 - b. Nationaler Rechtsschutz
 - c. Europäischer Rechtsschutz
 - d. Nationaler oder Europäischer Rechtsschutz?
3. Einschränkung des Rechtsschutzes
 - a. Einschränkung der Kognitionsbefugnis
 - b. Aufschiebende Wirkung
 - c. Einschränkung des primären Rechtsschutzes
4. Rechtsschutz nach der Abwicklungsphase: Ausgleichsanspruch und Sekundärrechtsschutz
 - a. Nationaler Rechtsschutz
 - b. Europäischer Rechtsschutz
 - c. Nationaler oder Europäischer Rechtsschutz?
 - d. NCWO-Ausgleichsanspruch

V. Conclusio

8. Ausgewähltes Literaturverzeichnis

Arons, Judicial Protection of supervised credit institutions in the European Banking Union, in *Busch/Ferrarini* (Hrsg), European Banking Union (2015), 433.

Brito Bastos, Derivative Illegality in European Composite Administrative Procedures, CMLRev 2018, 101.

Busch, Governance of the Single Resolution Mechanism, in *Busch/Ferrarini* (Hrsg), European Banking Union (2015), 281.

De Serière/Van der Houwen, “No Creditor Worse Off” in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2016, 376.

Eisenberger/Brenneis/Murer, SRM: Vorschreibung von Beiträgen in Millionenhöhe ohne Rechtsschutz?, *ZFR* 2017, 160.

Fuchs, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014), 231.

Galostian Fard/Habliczek/Reisenhofer, Sanierung und Abwicklung von Banken – BaSAG (2015).

Gardella, Bail-in and the financing of resolution within the SRM framework, in *Busch/Ferrarini* (Hrsg), European Banking Union (2015), 373.

Grünewald, Legal challenges of bail-in, ECB Legal Conference 2017, 287.

Herinckx, Judicial Protection in the Single Resolution Mechanism (2017), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3098179> (letzter Zugriff 17.4.2019)

Hilkesberger/Schöller, Sanierung und Abwicklung von Banken in Österreich nach dem BaSAG – Überlegungen zum Bundesgesetz über die Sanierung und Abwicklung von Banken unter besonderer Berücksichtigung des Instruments der Gläubigerbeteiligung, ÖBA 2015, 553.

Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Hrsg), Der Europäische Verwaltungsverbund (2005), 353

Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund (2004).

Hofmann/Türk, The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences, European Law Journal 2007, 253.

Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013), 127.

Holoubek, Kooperative Entscheidungen im europäischen Behördenverbund – von der Tatbestandswirkung zum kooperativen Verwaltungsakt?, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 349.

Jabloner, Der Sachverhalt im Recht, ZÖR 2016, 199.

Jahn/Schmitt/Geier, Bankensanierung und –abwicklung (2016).

A. Kahl, Grundrechtliche Fragen von Haftungs- und Schuldenschnitten, ÖZW 2016, 2.

W. Kahl, Europäische Behördenkooperation – Typen und Formen von Verbundsystemen und Netzwerkstrukturen, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 15.

W. Kahl, Der europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 2011, 353.

Katzengruber, Die Richtlinie zur Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (BRRD) und deren Konsequenzen für österreichische Institute, ÖBA 2014, 513.

Kämmerer, Rechtsschutz in der Bankenunion (SSM, SRM), WM 2016, 1.

Kittl, Neues zur Beschwerdelegitimation und zur Präklusion. Anmerkungen zu EuGH 20.12.2017, C-664/15, Protect, ÖZW 2018, 180.

Merli, Rechtsschutz in grenzüberschreitenden verwaltungsrechtlichen Kooperationsverfahren in Europa, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa (2012), 377.

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017).

B. Raschauer, Eine Landesbank zwischen Landeshaftung und Insolvenz, Jahrbuch Öffentliches Recht 2016, 59.

B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht (2015).

Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Hrsg), Der Europäische Verwaltungsverbund (2005), 1.

Schmitt/Bär, Rechtsschutz gegen Abwicklungsmaßnahmen, WM 2016,493.

Shirvani, Haftungsprobleme im Europäischen Verwaltungsverbund, EuR 2011, 619

Tröger, Eine kritische Bewertung des Bail-in Instruments im europäischen Recht der Bankenabwicklung, ZBB 2018, 20.

Von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht (2008).

Weiß, Der Europäische Verwaltungsverbund (2010).

Weismann, Der Einheitliche Abwicklungsmechanismus (SRM), ecolex 2014, 1013.

Wojcik, The significance and limits of the “no creditor worse off” principle for an effective bail-in, ECB Legal Conference 2015, 253.

Wojcik, Bail-in in the Banking Union, CMLRev 2016, 91.

Wojcik/Ceyssens, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, 893.