

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.02.2011

Geschäftszahl

2009/17/0205

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch und die Hofräte Dr. Holeschofsky, Dr. Köhler und Dr. Zens sowie die Hofrätin Dr. Zehetner als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, über die Beschwerden

1. der R-B K reg. Gen.m.b.H. in K,
2. der R R - B reg. Gen.m.b.H. in R,
3. der R E reg. Gen.m.b.H. in E,
4. der R O M reg. Gen.m.b.H. in W, und
5. der R L-G reg. Gen.m.b.H. in L,

sämtliche vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen die Bescheide jeweils der Finanzmarktaufsichtsbehörde

1. vom 25. August 2009, Zl. FMA-KI29 1138/0014-DEZ/2009,
2. vom 26. August 2009, Zl. FMA-KI29 1534/0009-DEZ/2009,
3. vom 24. August 2009, Zl. FMA-KI29 0785/0003-DEZ/2009,
4. vom 24. August 2009, Zl. FMA-KI29 2043/0005- DEZ/2009, und

5. vom 24. August 2009, Zl. FMA-KI29 1197/0003-DEZ/2009, jeweils betreffend Aufträge gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG, zu

Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Nach Gewährung rechtlichen Gehörs zur beabsichtigten Maßnahme und Abgabe von dagegen gerichteten Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen erließ die belangte Behörde die nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheide, deren Sprüche wie folgt lauten:

"Gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993, idgF, wird *der jeweiligen Beschwerdeführerin* bei sonstiger Zwangsstrafe in Höhe von EUR 20.000,00 (in Worten: Euro zwanzigtausend) aufgetragen,

den gesetzmäßigen Zustand bis längstens 31. Oktober 2009 in nachstehender Form herzustellen:

- das Kreditinstitut hat die in § 25 Abs. 13 Z 1 bis 4 BWG festgelegten Regelungen vertraglich oder statuarisch zwischen der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. und der *jeweiligen Beschwerdeführerin* zu regeln, sowie der Finanzmarktaufsichtsbehörde über die Umsetzung schriftlich zu berichten."

In den Begründungen der angefochtenen Bescheide heißt es nach Wiedergabe des § 25 Abs. 13 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993 (in der Folge: BWG) idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2007, im Wesentlichen gleichlautend wie folgt (Zitat aus dem erstangefochtenen Bescheid):

"Die Erläuterungen zu § 25 Abs. 13 BWG, in der Fassung BGBl. I 2007/108, führen hierzu an, dass 'ein komplexer Abstimmungsmodus oder gar die Führung eines Rechtsstreites bei Bedarf einer Liquiditätshilfe

höchst kontraproduktiv sind, es bedarf daher klarer, einfacher und rascher Entscheidungsstrukturen. Daher kann es innerhalb eines Liquiditätsverbundes immer nur ein Institut geben, bei dem die liquiden Mittel zu halten sind. Die Festlegung des Institutes und die näheren Modalitäten der Leistungsanspruchnahme können hingegen der vertraglichen oder statutarischen Ausgestaltung überlassen werden. Natürlich steht es jedem Kreditinstitut frei, über die Teilnahme am Liquiditätsverbund hinaus sich durch Dritte entsprechende (weitere) Refinanzierungslinien einräumen zu lassen.

Die Zusage einer Liquiditätshilfe im Rahmen des Liquiditätsverbundes hat zwei Szenarien abzudecken; erstens die Gewährung einer Zwischenbankrefinanzierung für den Fall eines die Primäreinlagen übersteigenden Kredit- und Veranlagungsgeschäfts und zweitens, die Zurverfügungstellung von Liquidität im Notfall. Beiden Fällen ist gemeinsam, dass im Rahmen des Liquiditätsverbundes das begünstigte Institut am Markt aktiv bleiben kann, wenngleich für den Fall einer Liquiditätskrise ergänzende stabilisierende Maßnahmen vereinbart sein können, die dieser Situation entgegenwirken.'

Aus der Formulierung, dass ein komplexer Abstimmungsmodus höchst kontraproduktiv ist, es daher klarer, einfacher und rascher Entscheidungsstrukturen bedarf und es daher innerhalb eines Liquiditätsverbundes immer nur ein Institut geben kann, bei dem die liquiden Mittel zu halten sind, erschließt sich, dass innerhalb eines Liquiditätsverbundes das Mehrheitsprinzip zur Anwendung kommt. Anzumerken ist, dass von 47 Kreditinstituten in Kärnten, bereits 37 einen derartigen Vertrag mit der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. abgeschlossen haben.

Im Zusammenhang mit den o.a. Ausführungen ist festzuhalten, dass § 25 Abs. 13 Z 1 bis 4 BWG die Rahmenvoraussetzungen für die Ausgestaltung der vertraglichen oder statutarischen Regelungen stipuliert. Aufgrund vorerwähnter Bestimmung im Zusammenhang mit dem seinerzeitigen Erkenntnis des VfGH vom 23.06.1993 (Zl. G 250/92), welches aus Erwägungsgründen herangezogen wird, wonach es aus der Sicht des Legalitätsgebotes unbedenklich ist, wenn der Gesetzgeber die Festlegung der Verzinsung für die Hingabe der Liquiditätsreserve entsprechend den wirtschaftlichen Verhältnissen im jeweiligen Verbund den Beteiligten überlässt, fällt die Ausgestaltung der vertraglichen oder statutarischen Regelungen ausschließlich in den Gegenstand privatrechtlicher Vereinbarungen durch die jeweiligen Vertragsparteien Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. und *Erstbeschwerdeführerin*.

Im bereits vorerwähnten Erkenntnis des VfGH vom 23.06.1993 (Zl. G 250/92) kommt das Höchstgericht im wesentlichen zu dem Ergebnis, dass bei einem sogenannten (sektoralen) Verbund iS des § 14 Abs. 11 KWG es sich um Zusammenschlüsse auf freiwilliger Basis handelt; jede Genossenschaft, die diesem Verbund beitrifft, hat abzuwägen, ob ein Eintritt in den Verbund, gleicherweise aber auch ein Verbleib in diesem, letztlich von Vorteil ist und die allenfalls auf sich zu nehmenden Nachteile überwiegt.

§ 14 Abs. 11 KWG zielt darauf ab, die rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit der Primärbanken zu erhalten, hingegen die Nachteile, die mit dem Wirtschaften kleinerer und kleinster wirtschaftlicher Einheiten verbunden sind, zu minimieren.

Wenngleich § 25 Abs. 13 BWG mit BGBl I 2007/108 insbesondere eine inhaltliche Änderung ('.bei ihrem Zentralinstitut oder bei einem anderen vertraglich oder statutarisch festgelegten Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedsstaat.') erfahren hat, so ist auch dem nunmehrigen Regelungsinhalt der Gedanke eines Liquiditätssystemausgleiches inhärent, wodurch die Heranziehung der seinerzeitigen rechtlichen Erwägungen im Erkenntnis des VfGH vom 23.06.1993 (Zl. G 250/92) zu § 14 Abs. 11 KWG nach wie vor eine Berechtigung erfährt.

In diesem Zusammenhang ist anzuführen, dass die *Erstbeschwerdeführerin* Mitglied des Solidaritätsfonds K ist. Die Raiffeisenbanken in K haben gemeinsam mit der Raiffeisenlandesbank K Raiffeisen Solidaritätsfonds K eingerichtet, der durch entsprechende Maßnahmen sicherstellt, dass in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratene Vereinsmitglieder Hilfestellung erhalten.

Gemäß § 39 Abs. 1 BWG haben die Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden. Dabei haben sie sich insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a zu verfügen. Weiters haben sie auf die Gesamtertragslage des Kreditinstitutes Bedacht zu nehmen.

Seitens der erkennenden Behörde ist in Bezug auf die durch die *Erstbeschwerdeführerin* im Ermittlungsverfahren eingebrachten Äußerungen zu den erwarteten ertragsmäßigen Einbußen festzuhalten, dass aufgrund eines vertragslosen Zustandes (die Gewährung einer Zwischenbankenrefinanzierung für den Fall eines die Primäreinlagen übersteigenden Kredit- und Veranlagungsgeschäfts und die Zurverfügungstellung von Liquidität im Notfall) nicht sichergestellt ist, womit die Bestimmung des § 39 Abs. 1 BWG verletzt ist. ...

Gemäß § 25 Abs. 13 BWG bewirkt eine durch die *Erstbeschwerdeführerin* induzierte fehlende vertragliche oder statutarische Regelung einen Verstoß gegen § 39 Abs. 1 BWG, da die Sicherung der Finanzmarktstabilität im Sinne des § 25 Abs. 13 BWG nicht gewährleistet ist. Dies vor dem Hintergrund, da bereits 37 von 47 Kreditinstitute in Kärnten eine Regelung im Sinne des § 25 Abs. 13 BWG mit der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. als Zentralinstitut abgeschlossen haben.

Im Sinne der Übergangsbestimmung des § 103g Z 2 (zu § 25 Abs. 13) BWG haben Kredit- und Zentralinstitute, soweit erforderlich, ihre statutarischen Regelungen bis zum 30. Juni 2008 an § 25 Abs. 13 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 108/2007 anzupassen. Aufgrund der bereits hinlänglich verstrichenen Zeit ist von einer Fristenerstreckung bis 31. Dezember 2009, wie von der *Erstbeschwerdeführerin* in ihrer Stellungnahme vom 24. Juli 2009 begehrt, abzusehen und die ordnungsgemäße vertragliche oder statutarische Abwicklung zwischen der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. und der *Erstbeschwerdeführerin* bis längstens 31. Oktober 2009 sicherzustellen.

Dieser Bescheid ist den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrates vollinhaltlich zur Kenntnis zu bringen, wobei die entsprechenden Protokollabschriften der Finanzmarktaufsicht anschließend zu übermitteln sind."

Darüber hinaus enthalten der erst- bis drittangefochtene Bescheid nähere Ausführungen dazu, dass eine Verletzung des § 39 Abs. 1 BWG nicht auf Grund der von den jeweiligen Beschwerdeführerinnen behaupteten, mit der Haltung von Liquiditätsreserven beim Zentralinstitut verbundenen ertragsmäßigen Einbußen eintritt.

Im zweitangefochtenen Bescheid findet darüber hinaus der Umstand Erwähnung, dass der erwähnte Solidaritätsfonds Geschäftsanteile in der Höhe von EUR 4,2 Mio an der Zweitbeschwerdeführerin zum Zwecke der Einhaltung von Ordnungsnormen (um die erforderliche Risikoversorgen und Abwertungen und den Eigenmittelbestimmungen des BWG zu entsprechen) halte.

Dem allein von der Zweitbeschwerdeführerin ausdrücklich erhobenen Einwand, sie sei der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. nicht im Sinne des § 25 Abs. 13 BWG "angeschlossen", hielt die belangte Behörde im zweitangefochtenen Bescheid Folgendes entgegen:

"In der Stellungnahme vom 21.08.2009 führt der Rechtsvertreter an, dass ein 'Angeschlossensein' im Sinne des § 30 Abs. 2a und des § 23 Abs. 13 Z 6 BWG nicht vorliegt. In diesem Zusammenhang ist durch die erkennende Behörde festzuhalten, dass gemäß § 23 Abs. 13 Z 6 einem Zentralinstitut angeschlossene Kreditinstitute für ihre mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Anteilsrechte am Zentralinstitut den Abzug gemäß Z 3 und 4 nicht vorzunehmen haben, wenn

- a) das Zentralinstitut in einer konsolidierten Eigenmittelberechnung des Sektors die Einhaltung der Eigenmittelbestimmungen in der Meldung gemäß § 74 Abs. 2 nachweist,
- b) alle dem Zentralinstitut des jeweiligen Sektors angeschlossenen Kreditinstitute diesem die zur Durchführung der Konsolidierung erforderlichen Auskünfte erteilen und
- c) das Zentralinstitut den angeschlossenen Kreditinstituten das Ergebnis der konsolidierten Eigenmittelberechnung mitteilt.

Vorerwähnte Gesetzesbestimmung ist nur dann anwendbar, wenn die in lit a bis c stipulierten Parameter erfüllt sind. Durch diese Bestimmung kommt insbesondere der Gedanke der Einheitlichkeit innerhalb eines Bundeslandes zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang führt der Rechtsvertreter in seiner Stellungnahme vom 21.08.2009 an, dass die ..., so auch die *Zweitbeschwerdeführerin*, von der Möglichkeit der Abzugsbefreiung von Anteilsrechten am Zentralinstitut und der hierfür erforderlichen Eigenmittelkonsolidierung im Sinne des § 23 Abs. 13 Z 6 BWG nicht Gebrauch machen und insbesondere der RLB die dafür nötigen Daten nicht zur Verfügung stellen.

Zum Begriff des Zentralinstitutes ist anzuführen, dass § 2 BWG keine Definition dieses Begriffes vorsieht. Es ist jedoch in den einschlägigen Bestimmungen des BWG von einem einheitlichen Begriff des Zentralinstitutes auszugehen.

Als Zentralinstitut gilt, wie in den BWG Kommentaren zu § 23 BWG (Dellinger sowie Diwok/Göth) angeführt, der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg.Gen.m.b.H. Der Anschluss an ein Zentralinstitut wird regelmäßig dadurch begründet, dass ein Kreditinstitut, das eine sektortypische Rechtsform aufweist, im Rahmen der Fachgruppenordnung einem mehrstufig organisierten Sektor der österreichischen Kreditwirtschaft angehört.

Gemäß Z 41 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der die Fachgruppenordnung geändert wird, BGBl. Nr. 787/1994, lautet § 4 Z 4 des Anhangs der Fachgruppenordnung:

'4. Fachverband der Kreditgenossenschaften nach dem System Raiffeisen:

für Raiffeisenbanken und Raiffeisenlandesbanken einschließlich der Raiffeisen Zentralbank Österreich-Aktiengesellschaft und die 'Raiffeisen' Bausparkasse Gesellschaft mit beschränkter Haftung.'

Aus dem erschließt sich, dass aufgrund vorerwähnter Verordnung im Zusammenhang mit den einschlägigen Bestimmungen des BWG die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG für die Raiffeisenlandesbanken sowie die Raiffeisenlandesbanken für die ihnen angeschlossenen Kreditinstitute auf Bundesländerebene als Zentralinstitut gelten.

Darüber hinaus wird in den FMA-Mindeststandards für die interne Revision vom 18.02.2005 zu Punkt 24 lit. c (sektor- oder gruppeneigene Organisationseinheit) angeführt, dass derzeit als Zentralinstitut die Raiffeisen

Zentralbank Österreich AG für die Raiffeisenlandesbanken sowie die Raiffeisenlandesbanken für die ihnen angeschlossenen Kreditinstitute auf Bundesländerebene gelten."

Gegen diese Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden vor dem Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerdeführerinnen machen Rechtswidrigkeit des Inhaltes der angefochtenen Bescheide sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, die angefochtenen Bescheide aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete Gegenschriften, in welchen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragt.

Die Beschwerdeführerinnen erstatteten am 7. April 2010 Repliken zu den Gegenschriften.

Die belangte Behörde teilte mit Eingabe vom 9. April 2010 dem Verwaltungsgerichtshof mit, dass die Beschwerdeführerinnen nunmehr einen Liquiditätsreservevertrag mit dem Zentralinstitut unterfertigt hätten.

Schließlich erstatteten die Beschwerdeführerinnen am 23. Dezember 2010 eine ergänzende Stellungnahme.

Weiters ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerinnen gegen die angefochtenen Bescheide Parallelbeschwerden vor dem Verfassungsgerichtshof erhoben hatten. Mit Beschluss vom 10. März 2010, B 1202/09-8 u.a., lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung dieser Beschwerden ab. In der Begründung dieses Ablehnungsbeschlusses heißt es (auszugsweise):

"Die vorliegenden Beschwerden rügen die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG), auf Unversehrtheit des Eigentums (Art. 5 StGG) und auf Freiheit der Erwerbsausübung (Art. 6 StGG). Die behaupteten Rechtsverletzungen wären aber zum erheblichen Teil nur die Folge einer unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen sind zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen (einschließlich der Fragen, ob die beschwerdeführenden Kreditinstitute unter § 25 Abs. 13 BWG zu subsumieren und ob diese Regelung bzw. ihre im angefochtenen Bescheid vertretene Auslegung gemeinschaftsrechtskonform sind; vgl. VfSlg. 14.886/1997) insoweit nicht anzustellen.

Soweit die Beschwerden aber insofern verfassungsrechtliche Fragen berühren, als die Rechtswidrigkeit der die angefochtenen Bescheide tragenden Rechtsvorschriften behauptet wird, ist ihrem Vorbringen insofern nicht beizutreten, als - ausgehend von der Verfassungskonformität der (dem § 25 Abs. 3 BWG unter den hier maßgeblichen Aspekten gleichartigen) Vorgängerregelung des § 14 Abs. 11 KWG (VfSlg. 13.471/1993) - die Einführung einer Wahlmöglichkeit für die Erfüllung der Pflicht zur Haltung einer besonderen Liquiditätsreserve keine Verfassungswidrigkeit indiziert: Der Gesetzgeber darf davon ausgehen, dass für die zu einem Sektor gehörenden (typischerweise kleineren) Kreditinstitute die Verpflichtung zur Haltung einer Liquiditätsreserve und die Teilnahme an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs auch dann gerechtfertigt ist, wenn die Liquiditätsreserve nicht (mehr) beim jeweiligen Zentralinstitut gehalten werden muss, zumal die Zugehörigkeit zum Sektor (nach wie vor) auf Freiwilligkeit beruht und die Wahlmöglichkeit selbst bereits eine Einflussnahme auf die Veranlagungskonditionen beinhaltet. Die Beschwerden lassen die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung eines anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg haben."

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die auf Grund ihres sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbundenen Beschwerden erwogen:

§ 70 Abs. 4 BWG lautete in der im Zeitpunkt der Erlassung der angefochtenen Bescheide in Kraft gestandenen Fassung dieses Paragrafen nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 66/2009 (auszugsweise):

"§ 70. ...

...

(4) Liegt eine Konzessionsvoraussetzung ... nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Kreditinstitut Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, ..., so hat die FMA

1. dem Kreditinstitut unter Androhung einer

Zwangsstrafe aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen ist;

..."

Gemäß § 25 Abs. 13 erster Satz BWG in seiner bis zum 31. Dezember 2007 in Kraft gestandenen Fassung hatten Kreditinstitute, die einem Zentralinstitut angeschlossen waren, bei ihrem Zentralinstitut eine Liquiditätsreserve im Ausmaß von 10 vH der Spareinlagen und 20 vH der sonstigen Euro-Einlagen, höchstens jedoch 14 vH der gesamten Euro-Einlagen zu halten. Die Fassung dieses Satzes geht auf die Stammfassung des BWG zurück und wurde hinsichtlich der Euro-Umstellung durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 126/1998 modifiziert. Eine entsprechende Verpflichtung für Banken, die einem Zentralinstitut angeschlossen waren, sah

auch schon § 14 Abs. 11 des Kreditwesengesetzes, BGBl. Nr. 63/1979 (im Folgenden: KWG) in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 325/1986, vor.

Durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 108/2007 erhielt § 25 Abs. 13 BWG schließlich folgende Fassung:

"(13) Kreditinstitute, die einem Zentralinstitut angeschlossen sind, haben zur Sicherung der Finanzmarktstabilität an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs teilzunehmen. Dazu haben sie bei ihrem Zentralinstitut oder bei einem anderen vertraglich oder statutarisch festgelegten Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat eine Liquiditätsreserve im Ausmaß von 10 vH der Spareinlagen und 20 vH der sonstigen Euro-Einlagen, höchstens jedoch 14 vH der gesamten Euro-Einlagen zu halten. Das Kreditinstitut muss zur Entgegennahme von Einlagen berechtigt und auf Grund seiner Geschäftsstruktur geeignet sein, die sich aus Gewährleistung eines Liquiditätsverbundes ergebenden Anforderungen zu erfüllen. Insbesondere hat es eine ausreichende Bonität aufzuweisen und liquide Mittel wie auch Refinanzierungsmöglichkeiten haben dauerhaft zur Verfügung zu stehen, um im Bedarfsfall rasch Liquiditätsunterstützung gewähren zu können. Die Modalitäten der konkreten Leistungsbeziehung zwischen dem Zentralinstitut oder dem sonstigen Kreditinstitut, bei dem die Liquiditätsreserve gehalten wird, und den übrigen am Liquiditätsverbund teilnehmenden Kreditinstituten sind unter Bedachtnahme auf § 39 Abs. 1 vertraglich oder statutarisch zu regeln. Die vertraglichen oder statutarischen Regelungen haben insbesondere zu enthalten:

1. Die Voraussetzungen für die Versorgung der angeschlossenen Kreditinstitute mit Liquidität im Bedarfsfall;
2. die nähere Ausgestaltung der Leistungsverpflichtung des Zentralinstitutes oder sonstigen Kreditinstitutes, bei dem die liquiden Mittel gehalten werden, im Bedarfsfall;
3. die Willensbildung, insbesondere die Beschlusserfordernisse, bei den entsprechenden Entscheidungen;
4. eine Kündigungsfrist, die mindestens ein Jahr betragen muss.

Das Ausmaß der Liquiditätsreserve ist jeweils zum Ende der Monate März, Juni, September und Dezember nach dem Stand der Einlagen zu ermitteln und für das jeweils folgende Vierteljahr anzupassen. Sinken die Einlagen um mehr als 20 vH unter den Stand der letzten maßgeblichen Berechnungsgrundlage, so kann das Kreditinstitut eine Anpassung zum nächstfolgenden Monatsletzten verlangen. Diese Liquiditätsreserve zählt zu den flüssigen Mitteln ersten Grades. Sonstige Einlagen sind täglich fällige Gelder des Zahlungsverkehrs (Sichteinlagen), alle Kündigungs- und Festgelder sowie die Einlagen gegen Ausgabe von Kassenscheinen."

In den Erläuterungen zu der zuletzt zitierten Novellierung (RV 313 BlgNR XXIII. GP, 4 ff) heißt es (auszugsweise):

"Allgemeiner Teil

...

Ohne unmittelbaren Zusammenhang mit der Aufsichtsreform werden die besonderen Bestimmungen über die Liquiditätsreserve (§ 25 Abs. 13 BWG) insofern adaptiert, als nunmehr die betroffenen Kreditinstitute die Liquiditätsreserve entweder beim Zentralinstitut oder einem anderen Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat halten können. Diese Anpassung zielt darauf ab, die Bedenken der Europäischen Kommission im Hinblick auf die Kapitalsverkehrsfreiheit auszuräumen.

...

Besonderer Teil

...

Zu § 25 Abs. 13:

Das Halten liquider Mittel ist ein wichtiges Element nicht nur für die Sicherung auf Einzelinstitutsebene, sondern auch unter dem volkswirtschaftlichen Aspekt der Finanzmarktstabilität. Die Änderung ermöglicht künftig institutionelle Alternativen für das Halten liquider Mittel.

Dem Stabilitätsfordernis kann auch dadurch Rechnung getragen werden, dass das Halten und die Bereitstellung liquider Mittel von Kreditinstituten selbst organisiert wird, wobei die Grundzüge des Systems vom Gesetzgeber vorzugeben sind. Eine gesetzliche Mindestvorgabe ist nach österreichischem Verfassungsrecht jedenfalls erforderlich, da verpflichtende Anforderungen an Rechtssubjekte jeweils im Gesetzesrang festgelegt werden müssen (Legalitätsprinzip), dies gilt für die Zentralbank-Liquiditätshaltung in gleicher Weise wie für die selbst organisierte Liquiditätshaltung. § 25 Abs. 13 stellt eine solche gesetzliche Festlegung dar.

Festzuhalten ist, dass der 'Anschluss an ein Zentralinstitut' gesetzlich nicht für bestimmte Institute vorgeschrieben wird; vielmehr wird damit ein grundsätzlich historisch vorgefundener Zustand umschrieben, an den der Gesetzgeber lediglich anknüpft, der aber nicht gesetzlich verfügt wird.

Wird vertraglich oder statutarisch die Liquiditätshaltung bei einem anderen Kreditinstitut als dem Zentralinstitut festgelegt, so muss sichergestellt sein, dass die Funktionsfähigkeit des Liquiditätsverbundes durch die Eignung dieses Kreditinstitutes gewährleistet ist. Die Beurteilung der Eignung ist an Hand rechtlicher und

wirtschaftlicher Kriterien zu prüfen. Aus rechtlicher Sicht muss das Kreditinstitut berechtigt sein, Einlagen entgegenzunehmen und im Bedarfsfall rasch und ohne administrative Hindernisse Liquiditätsunterstützung zu gewährleisten, die über den Betrag der entgegengenommenen Einlagen hinausgeht. Wirtschaftlich muss Leistungsfähigkeit insoweit vorliegen, als im Bedarfsfall Unterstützung ermöglicht wird, ohne selbst illiquid zu werden. Auch kann sich das Liquidität gewährende Kreditinstitut nicht darauf berufen, zur Vermeidung eigener Kosten und Risiken seine Leistungsverpflichtung auszusetzen. Die wirtschaftliche Eignung wird daher bei Vorliegen einer Bonität, die Kapitalmarktplatzierungen zulässt, bei entsprechenden offenen Refinanzierungsrahmen und bei Risikotragungsfähigkeit im Rahmen eines außerordentlichen Liquiditätsbedarfes anzunehmen sein. Die Verpflichtung, im Rahmen des Liquiditätsverbundes Liquidität zur Verfügung zu stellen, ist zu trennen von der Übernahme von Sanierungsaufgaben, die nicht Gegenstand dieser Regelung sind.

Die in § 25 Abs. 13 festgelegte Liquiditätshaltung beim Zentralinstitut oder bei einem anderen geeigneten Kreditinstitut stellt die Funktionsfähigkeit des Liquiditätsverbundes in der Weise sicher, dass ein Gesamtsystem sowohl die erforderliche Größenordnung und Risikostreuung aufweist, als auch die notwendigen Einflussmechanismen beinhaltet. Die Zusage einer Liquiditätshilfe im Rahmen des Liquiditätsverbundes hat zwei Szenarien abzudecken; erstens, die Gewährung einer Zwischenbankrefinanzierung für den Fall eines die Primäreinlagen übersteigenden Kredit- und Veranlagungsgeschäfts und zweitens, die Zurverfügungstellung von Liquidität im Notfall. Beiden Fällen ist gemeinsam, dass im Rahmen des Liquiditätsverbundes das begünstigte Institut am Markt aktiv bleiben kann, wenngleich für den Fall einer Liquiditätskrise ergänzende stabilisierende Maßnahmen vereinbart sein können, die dieser Situation entgegenwirken.

Die Kreditinstitute können sich im Rahmen des Liquiditätsverbundes für die Liquiditätshaltung beim Zentralinstitut oder einem anderen Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat entscheiden. Der Liquiditätsverbund gemäß § 25 Abs. 13 beinhaltet Rechte und Pflichten, die jeweils nur von einer Partei erfüllt werden können. Andernfalls wäre es höchst unsicher, in welchem Ausmaß und zu welchen Konditionen die Liquiditätsreserve bei mehreren Instituten zu halten ist und vor allem wer in Zeiten des Liquiditätsbedarfes die entsprechenden Mittel rasch zur Verfügung stellt. Ein komplexer Abstimmungsmodus oder gar die Führung eines Rechtsstreites sind bei Bedarf einer Liquiditätshilfe höchst kontraproduktiv, es bedarf daher klarer, einfacher und rascher Entscheidungsstrukturen. Daher kann es innerhalb eines Liquiditätsverbundes immer nur ein Institut geben, bei dem die liquiden Mittel zu halten sind. Die Festlegung des Institutes und die näheren Modalitäten der Leistungsanspruchnahme können hingegen der vertraglichen oder statutarischen Ausgestaltung überlassen werden. Natürlich steht es jedem Kreditinstitut frei, über die Teilnahme am Liquiditätsverbund hinaus sich durch Dritte entsprechende (weitere) Refinanzierungslinien einräumen zu lassen."

§ 23 Abs. 13 Z 6 BWG (die lit. a idF BGBl. I Nr. 141/2006, die übrigen wiedergegebenen Teile dieser Gesetzesbestimmung in der Stammfassung BGBl. Nr. 532/1993) lautet:

"(13) Von den Eigenmitteln sind nach Maßgabe des Abs. 14 abzuziehen:

...

6. einem Zentralinstitut angeschlossene Kreditinstitute haben für ihre mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Anteilsrechte am Zentralinstitut den Abzug gemäß Z 3 und 4 nicht vorzunehmen, wenn

a) das Zentralinstitut in einer konsolidierten Eigenmittelberechnung des Sektors die Einhaltung der Eigenmittelbestimmungen in der Meldung gemäß § 74 Abs. 2 nachweist,

b) alle dem Zentralinstitut des jeweiligen Sektors angeschlossenen Kreditinstitute diesem die zur Durchführung der Konsolidierung erforderlichen Auskünfte erteilen und

c) das Zentralinstitut den angeschlossenen Kreditinstituten das Ergebnis der konsolidierten Eigenmittelberechnung mitteilt."

In den Materialien zu § 25 Abs. 13 Z 6 BWG in der Stammfassung (RV 1130 BlgNR 18. GP, 133) heißt es:

"Z 6:

Gemäß Z 6 sind Kreditgenossenschaften und Sparkassen nicht verpflichtet, ihre Beteiligung am zuständigen Zentralinstitut gemäß Z 3 und 4 abzuziehen, wenn:

1. Das Zentralinstitut in einer konsolidierten

Eigenmittelberechnung des Sektors die Einhaltung der Eigenmittelbestimmungen im Monatsausweis nachweist. Als Zentralinstitute gelten die GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen für den Sparkassensektor, die Österreichische Volksbanken-AG für den Volksbankensektor, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG für die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien reg. Gen.m.b.H., die Raiffeisenlandesbank Burgenland Waren- und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H., die Raiffeisenlandesbank Oberösterreich reg. Gen.m.b.H., den Raiffeisenverband Salzburg reg. Gen.m.b.H., die Raiffeisen-Zentralkasse Tirol reg. Gen.m.b.H., den

Raiffeisenverband Vorarlberg reg. Gen.m.b.H., die Raiffeisenlandesbank Steiermark reg. Gen.m.b.H., den Raiffeisenverband Kärnten reg. Gen.m.b.H. und den Verband slowenischer Genossenschaften in Klagenfurt reg. Gen.m.b.H. Letztgenannte Kreditinstitute gelten auch als Zentralinstitute für die ihnen angeschlossenen Kreditinstitute auf Bundesländerebene. Der Anschluß an ein Zentralinstitut wird regelmäßig dadurch begründet, daß ein Kreditinstitut, das eine sektortypische Rechtsform aufweist, im Rahmen der Fachgruppenordnung einem mehrstufig organisierten Sektor der österreichischen Kreditwirtschaft angehört. Eine sektortypische Rechtsform bleibt auch eine Aktiengesellschaft nach einer Einbringung gemäß § 8a KWG oder gemäß der korrespondierenden Bestimmung des BWG."

Gemäß § 103g Z 2 BWG idF BGBl. I Nr. 108/2007 haben Kredit- und Zentralinstitute, soweit erforderlich, ihre statutarischen Regelungen bis zum 30. Juni 2008 an § 25 Abs. 13 idF BGBl. I Nr. 108/2007 anzupassen.

§ 3 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Errichtung der Fachverbände und Fachgruppen (Fachorganisationsordnung - FOO), BGBl. II Nr. 365/1999, ordnet an, dass im Bereich der Bundeskammer u.a. der Fachverband der Raiffeisenbanken, umfassend die Raiffeisenbanken und Raiffeisenlandesbanken, mit einer Änderung des Wirkungsbereiches und der Bezeichnung bestehen bleiben. Auch in der Verordnung BGBl. Nr. 787/1994 fand in § 4 Z 4 des Anhanges der "Fachverband der Kreditgenossenschaften nach dem System Raiffeisen", dem unter anderem Raiffeisenbanken und Raiffeisenlandesbanken angehörten, Erwähnung.

Zunächst ist zur Eingabe der belangten Behörde vom 9. April 2010 darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs um eine dauernde Einrichtung handelt, sodass das Beschwerdeinteresse nicht schon dadurch weggefallen ist, dass die Beschwerdeführerinnen ihre bescheidmäßige Verpflichtung zum Beitritt zu einem solchen Verband erfüllt haben (vgl. hiezu auch das hg. Erkenntnis vom 21. Jänner 2010, Zl. 2009/17/0061).

In der Sache bestreiten die Beschwerdeführerinnen zunächst, der Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. im Verständnis des § 25 Abs. 13 BWG "angeschlossen" zu sein. Jedenfalls sei ein solches "Angeschlossensein" aus den Feststellungen in den angefochtenen Bescheiden nicht ableitbar. Auch die im zweitangefochtenen Bescheid enthaltene rechtliche Argumentation verfange nicht. Weder könne ein "Angeschlossensein" durch eine die Organisation der Wirtschaftskammer regelnde Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten bewirkt worden sein noch könne aus den Materialien zu § 23 Abs. 13 Z 6 BWG in der Stammfassung ein Rückschluss darauf gezogen werden, dass die Beschwerdeführerinnen im Zeitpunkt der Erlassung der angefochtenen Bescheide an die Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. (im Verständnis des § 25 Abs. 13 BWG idF BGBl. I Nr. 108/2007) angeschlossen gewesen seien.

Die Beschwerdeführerinnen verweisen zunächst zutreffend darauf, dass der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23. Juni 1993, G 250/92 = VfSlg. Nr. 13.471, zur Auslegung des Begriffes einer "angeschlossenen Bank" nach § 14 Abs. 11 KWG Folgendes ausgeführt hat:

"Die gegen die angefochtene Regelung geltend gemachten Bedenken gehen an wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkten und Fakten vorbei und kommen deshalb zu einer rechtlichen Würdigung, welcher der Verfassungsgerichtshof nicht zu folgen vermag.

§ 14 Abs 11 KWG ist nur dann anzuwenden, wenn ein sogenannter (sektoraler) Verbund vorliegt, wenn also Banken einem Zentralinstitut angeschlossen sind. Wie die Bundesregierung zutreffend ausführt, liegt es in der privatautonomen Entscheidung einer Bank, ob sie sich einem Zentralinstitut anschließt oder nicht. Wie die Bundesregierung weiters zutreffend näher darlegt, stehen die Primärbanken mit den Zentralinstituten auf Grundlage des Genossenschafts-, Gesellschafts- und Vereinsrechtes bzw. der Satzungen in vielfältigen Rechtsbeziehungen. Dieses dichte Netz gegenseitiger Rechte und Pflichten hat sich in einer viele Jahrzehnte dauernden Entwicklung herausgebildet. Dies gilt im übrigen nicht nur für den von den Verfahrensparteien allein angesprochenen Raiffeisensektor, sondern auch für die Volksbanken, Sparkassen und Konsumgenossenschaften.

Im Rahmen dieser historisch gewachsenen Strukturen war und ist es üblich und im Wesen des Verbundes gelegen, daß die Primärbanken bestimmte Geschäfte ausschließlich oder doch ganz überwiegend mit dem Zentralinstitut als ihrem verbandsmäßigen Partner und nicht mit außerhalb der eigenen Organisation stehenden Konkurrenten abwickeln (in diesem Sinne im einzelnen Laurer, ÖBA 1992, 859 ff.; derselbe, ÖBA 1993, 124 ff.; Winkler, JBl. 1993, 137 ff.; Rummel, ÖBA 1993, 79 ff.; Schäffer, ÖBA 1993, 337 ff.; s. auch Frotz, ecolx 1991, 849 ff.; aA Mayer, ÖBA 1992, 763 ff.; derselbe, ÖBA 1993, 37 ff.; derselbe, 373 ff.). So heißt es etwa auch in § 7 Z 7 der von der Antragstellerin vorgelegten Satzung des Raiffeisenverbandes Kärnten reg GenmbH (deren Mitglied sie auch ist):

Par. 7

Jedes Mitglied hat die Pflicht:

...

7. Die angeschlossenen Kreditgenossenschaften und kreditnehmenden Genossenschaften sind weiters verpflichtet, ihren Geldverkehr tunlichst nur mit dem Verband abzuwickeln, ihre zum Geschäftsbetrieb nicht benötigten Gelder nur bei ihm anzulegen, Kredite nur bei ihm aufzunehmen und Konsortialkredite nur mit ihm

zu vergeben. Die Veranlagung flüssiger Mittel der Kreditgenossenschaften in anderer Weise, die Aufnahme von Darlehen und Krediten bei anderen Instituten, die Vergabe von Konsortialkrediten mit anderen Instituten und der Ankauf von Wertpapieren, sofern mehr als 10 % der Verpflichtungen in Wertpapieren veranlagt werden, bedürfen der vorherigen Zustimmung des Verbandes.'

Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, an diese historisch gewachsenen Gegebenheiten anzuknüpfen und in typisierender Betrachtungsweise davon auszugehen, daß die im Verbund zusammengeschlossenen Partner auf der Grundlage der gleichen Genossenschaftsphilosophie ihre gleichgerichteten Interessen miteinander in optimaler Weise für beide Seiten zu verwirklichen suchen. Dies gilt umso mehr, als - entgegen der vielfach wiederholten Behauptung der Antragstellerin - das Zentralinstitut keineswegs völlig willkürlich die Höhe der Zinsen für die zur Liquiditätsreserve zählenden Gelder und Einlagen festlegen kann. Denn eine solche 'Festlegung' unterliegt gleichermaßen wie ihre Abänderung allen einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen und Maßnahmen zur Abwehr von Mißbräuchen."

In den Beschwerden wird nunmehr gerügt, dass die angefochtenen Bescheide keine näheren Feststellungen über den Inhalt jener vielfältigen Rechtsbeziehungen enthalten, welche nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes das "Angeschlossensein" im Verständnis des § 14 Abs. 11 KWG erst begründeten. Insbesondere - so wird in den Beschwerden vorgebracht - bestehe eine dem § 7 Z 7 der vom Verfassungsgerichtshof zitierten Satzung des Raiffeisenverbandes Kärnten reg. Gen.m.b.H. entsprechende, die Beziehungen zwischen den Primärbanken und zur Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. regelnde Bestimmung nicht.

Mit diesem Vorbringen zeigen die Beschwerdeführerinnen Feststellungs- bzw. Begründungsmängel der angefochtenen Bescheide auf:

So setzen sich der erst- bzw. der dritt- bis fünftangefochtene Bescheid mit der Frage des "Angeschlossenseins" der Beschwerdeführerinnen an die Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. überhaupt nicht auseinander, sondern gehen schlichtweg davon aus. Ungeachtet des Umstandes, dass die Erst- bzw. Dritt- bis Fünftbeschwerdeführerin ein Angeschlossensein nicht explizit bestritten hatten, wäre die belangte Behörde bei Erlassung der diesbezüglichen Aufträge gehalten gewesen, von Amts wegen die Voraussetzungen auch für das Angeschlossensein festzustellen bzw. näher zu begründen, weshalb sie von einem solchen Angeschlossensein ausgehe. Solche Begründungselemente fehlen in den diese Beschwerdeführerinnen betreffenden Bescheiden zur Gänze.

Aber auch die im zweitangefochtenen Bescheid ins Treffen geführten Gründe reichen für sich genommen nicht aus, ein "Angeschlossensein" der Zweitbeschwerdeführerin an die Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. im Verständnis des § 25 Abs. 13 BWG idF BGBl. I Nr. 108/2007 zu begründen:

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die Regierungsvorlage zu der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung zu verweisen, wonach der Gesetzgeber mit dem Begriff "Anschluss an ein Zentralinstitut" an einen historisch vorgefundenen Zustand anknüpft, der Anschluss selbst aber nicht gesetzlich verfügt werde. Damit erscheint aber auch klargestellt, dass es keinesfalls Angelegenheit des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheit sein konnte, durch Erlassung der Fachgruppen- bzw. Fachorganisationsordnung festzulegen, ob (bestimmte) Raiffeisenbanken einem Zentralinstitut angeschlossen sind oder nicht. Gleiches gilt - unabhängig von der Frage, ob es sich dabei überhaupt um eine den Verwaltungsgerichtshof bindende Verordnung handelt - für die weiters ins Treffen geführten FMA-Mindeststandards für die interne Revision vom 18. Februar 2005.

Allenfalls könnte aus den Materialien zu § 23 Abs. 13 Z 6 BWG in der Stammfassung, welcher - ebenso wie § 25 Abs. 13 BWG in der Stammfassung - von angeschlossenen Kreditinstituten spricht, abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber damals von einem "Angeschlossensein" der Primärbanken des Raiffeisensektors an die in den Materialien zitierten Zentralinstitute ausgegangen sein mag, eben weil die zum Zeitpunkt der Erlassung der Stammfassung des BWG bestanden zivil- und genossenschaftsrechtlichen Verknüpfungen zwischen dem Zentralinstitut und den Primärinstituten eine solche Beurteilung zuließen.

Dies entspricht auch der vom Verfassungsgerichtshof zeitnah zur Gesetzwerdung der Stammfassung des BWG getroffenen Auslegung des § 14 Abs. 11 KWG in dem eben zitierten Erkenntnis vom 23. Juni 1993.

Wären aber solcherart die damals vorgelegenen historischen zivil- und genossenschaftsrechtlichen Verhältnisse zwischen Zentralinstitut und Primärinstituten für die Annahme eines "Angeschlossenseins" charakteristisch gewesen, so wäre für die Beurteilung der Frage des "Angeschlossenseins" im Verständnis des § 25 Abs. 13 BWG idF BGBl. I Nr. 108/2007, welcher nach den Materialien an "vorgefundene historische Verhältnisse" anknüpft, maßgeblich, ob die erwähnten zivil- und genossenschaftsrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Zentralinstitut und den Primärbanken (nach wie vor) eine Intensität aufweisen, die es gestattet, (weiterhin) von einem "Angeschlossensein" der Primärinstitute zu sprechen. Dies setzte aber eine zumindest übersichtsweise Darstellung dieser Verhältnisse im Zeitpunkt der Erlassung der bankbehördlichen Aufträge voraus. Dies gilt umso mehr deshalb, weil der Verfassungsgerichtshof in dem bereits mehrfach zitierten Erkenntnis vom 23. Juni 1993 die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 14 Abs. 11 KWG gerade im Hinblick auf die Intensität der zwischen Zentralinstitut und Primärinstituten bestehenden zivil- und genossenschaftsrechtlichen Verpflichtungen nicht geteilt hatte.

Den Erfordernissen einer - zumindest übersichtsweisen - Darstellung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Zentralinstitut und den Primärinstituten genügen die angefochtenen Bescheide jedoch nicht. Insbesondere kann aus der in diesem Zusammenhang allein getroffenen Feststellung, wonach die Beschwerdeführerinnen Mitglieder des Solidaritätsfonds K seien, für sich allein genommen, ein Angeschlossensein an die Raiffeisenlandesbank Kärnten - Rechenzentrum und Revisionsverband reg. Gen.m.b.H. nicht abgeleitet werden.

Betreffend die Frage, ob es sich bei den Beschwerdeführerinnen um angeschlossene Kreditinstitute handelt, sind die angefochtenen Bescheide daher mit Begründungs- bzw. Feststellungsmängel behaftet.

Zu Recht machen die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus geltend, dass - selbst wenn man von ihrem Anschluss an das Zentralinstitut ausgehen wollte - eine Festlegung des Institutes, bei dem die Einlagen zu halten sind, in einem Auftrag gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG nicht hätte erfolgen dürfen:

Gemäß § 25 Abs. 13 erster Satz BWG haben die einem Zentralinstitut angeschlossenen Kreditinstitute zur Sicherung der Finanzmarktstabilität an einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs teilzunehmen. Dazu haben sie bei ihrem Zentralinstitut oder bei einem anderen vertraglich oder statutarisch festgelegten Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat eine Liquiditätsreserve nach Maßgabe der gesetzlichen Kriterien zu halten.

Aus dem Vorgesagten (arg: "haben...teilzunehmen"), sowie aus § 103g Z 2 BWG folgt zunächst, dass ein den gesetzlichen Anforderungen genügender Liquiditätsverbund nicht etwa durch § 25 Abs. 13 BWG errichtet wird, sondern vielmehr voraussetzt, dass die zu seiner Errichtung verpflichteten Kreditinstitute die dafür notwendigen vertraglichen bzw. statutarischen Regelungen treffen. Die belangte Behörde legt die Wortfolge "gemeinsamen Liquiditätsausgleichs" in § 25 Abs. 13 erster Satz BWG offenbar dahingehend aus, dass der gesetzmäßige Zustand erst dann hergestellt ist, wenn sämtliche einem Zentralinstitut angeschlossene Kreditinstitute Teilnehmer ein und desselben Liquiditätsverbundes sind. Für diese Auslegung spricht zunächst der Begriff "gemeinsam", wiewohl es der Wortlaut erlauben würde von "einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs" auch dann auszugehen, wenn sich nicht alle, sondern nur einige einem Zentralinstitut angeschlossener Primärinstitute zu einem System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs zusammenfinden. Für die These der belangten Behörde spricht aber darüber hinaus, dass einem Zentralinstitut angeschlossene Primärinstitute als sektoraler Verbund auftreten und daher entsprechend (hohe) Erwartungen des Publikums an die Liquidität auch der dem Verbund angeschlossenen Primärinstitute erwecken.

Wollte man auf Grund dieser Umstände der Auffassung der belangten Behörde folgen, wonach ein gesetzeskonformes System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs eine Teilnahme *aller* einem Zentralinstitut angeschlossener Primärinstitute erfordert, setzte die Herstellung eines gesetzmäßigen Zustandes ein koordiniertes Verhalten all dieser Primärinstitute zwecks Errichtung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Liquiditätsverbundes voraus. Dies gilt insbesondere auch für die Ausübung des - den Primärinstituten insgesamt unstrittig zustehenden - Wahlrechtes, die Liquiditätsreserve beim Zentralinstitut oder bei einem anderen vertraglich oder statutarisch festgelegten geeigneten Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat zu halten. Ebenso wenig wie die öffentlichrechtliche Norm des § 25 Abs. 13 BWG den Liquiditätsverbund errichtet, enthält - worauf die Beschwerden zutreffend hinweisen - die in Rede stehende Bestimmung eine Regelung darüber, wie im Falle einer Meinungsverschiedenheit unter den zur Errichtung eines gemeinsamen Liquiditätsverbundes verpflichteten Primärinstituten in Ansehung der Festlegung jenes Institutes, bei dem die Liquiditätsreserve zu halten ist, vorzugehen ist. Insbesondere enthält § 25 Abs. 13 BWG - anders als offenkundig die belangte Behörde meint - keine dem öffentlichen Recht inhärente Anordnung, wonach diesfalls die Mehrheit der angeschlossenen Primärinstitute, etwa "nach Köpfen" ausschlaggebend wäre. Vielmehr sprechen auch die wiedergegebenen Erläuterungen davon, dass die Festlegung des Institutes und die näheren Modalitäten der Leistungsanspruchnahme der vertraglichen oder statutarischen Ausgestaltung zu überlassen seien. Die im angefochtenen Bescheid zur Stützung der Auslegung der belangten Behörde zitierten Gesetzesmaterialien betreffen nicht die Verhältnisse vor Errichtung des Liquiditätsverbundes sondern die Funktionsweise des bereits errichteten Liquiditätsverbundes und dienen zur Begründung der gesetzlichen Anordnung, wonach innerhalb ein und desselben Liquiditätsverbundes die Mittel nur bei einem einzigen Kreditinstitut gehalten werden dürfen.

Den Feststellungen bzw. den Begründungen der angefochtenen Bescheide sind keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass die Primärinstitute nach zivil- oder genossenschaftlichen Regelungen dem Zentralinstitut oder den anderen Primärinstituten gegenüber dazu verpflichtet wären, dem Halten der Liquiditätsreserve bei einem bestimmten Kreditinstitut (beim Zentralinstitut) ihre Zustimmung zu erteilen. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre es aber nicht Sache der belangten Behörde, durch Erteilung eines diesbezüglich konkretisierten bankenaufsichtsbehördlichen Auftrages in die zivil- und genossenschaftsrechtlichen Beziehungen der beteiligten Kreditinstitute einzugreifen.

Für den Fall, dass zivil- bzw. genossenschaftsrechtliche wechselseitige Verpflichtungen der Primärinstitute (bzw. dieser gegenüber dem Zentralinstitut) betreffend die Auswahl jenes Institutes, bei welchem die Liquiditätsreserve zu halten ist, nicht bestünden, gilt Folgendes: Auch diesfalls wäre die belangte Behörde nicht berechtigt, in die dann privatautonom von jedem Primärinstitut zu treffende Entscheidung, ob es einem in einer bestimmten Art strukturierten Liquiditätsverbund beitrifft oder nicht, durch einen Akt des öffentlichen Rechtes einzugreifen.

In diesem Zusammenhang ist einzuräumen, dass auch eine Auslegung im Gesetzeswortlaut Deckung fände, wonach in Ermangelung einer vertraglichen oder statutarischen Festlegung eines anderen Kreditinstitutes (mangels Einigung darauf) alle angeschlossenen Kreditinstitute gehalten wären, die Liquiditätsreserve beim Zentralinstitut zu halten (diese Auffassung und nicht - wie in den Gegenschriften behauptet wird - jene der belangten Behörde vertritt *Blume in Dellinger*, Kommentar zum Bankwesengesetz⁵, Rz 160 zu § 25 BWG). Folgte man dieser Auffassung jedoch, so hätte dies zur Konsequenz, dass auch nur ein einziges Primärinstitut durch Weigerung an einem abweichend strukturierten Liquiditätsverbund teilzunehmen, das Halten der Liquiditätsreserve beim Zentralinstitut erzwingen könnte. Ein solches Auslegungsergebnis ist nun aber mit der aus den Materialien hervorgehenden Zielsetzung der Novellierung des § 25 Abs. 13 BWG durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 108/2007 nicht vereinbar, sollten hiedurch doch gerade Bedenken der Kommission gegen eine Bevorzugung des Zentralinstitutes im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit begegnet werden.

Auf Basis der Auffassung der belangten Behörde, wonach alle einem Zentralinstitut angeschlossenen Kreditinstitute an ein und demselben Liquiditätsverbund teilzunehmen hätten, hätte somit das Fehlen einer Einigung auf das System des Liquiditätsverbundes ein - zumindestens objektiv - rechtswidriges Verhalten aller angeschlossener Primärbanken zur Folge, zumal diese dann eben nicht an einem so verstandenen System des *gemeinsamen* Liquiditätsausgleichs teilnehmen. Eine Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes könnte dann allen Primärinstituten aufgetragen werden, ohne dass jedoch eine Festlegung des bankenaufsichtsrechtlichen Auftrages auf eine der dafür nach § 25 Abs. 13 zweiter Satz BWG zur Verfügung stehenden Alternativen erfolgen dürfte. Käme es dessen ungeachtet nicht zu einer Einigung, stellte die Auflösung des entsprechenden Sektors die einzig mögliche Konsequenz dar.

Die mit diesem Ergebnis verbundenen (praktischen) Schwierigkeiten könnten freilich dadurch vermieden werden, dass man - was, wie oben dargelegt, mit dem Gesetzeswortlaut gleichfalls vereinbar wäre - von einem "System des gemeinsamen Liquiditätsausgleichs" auch schon dann ausginge, wenn sich auch nur ein Teil der einem Zentralinstitut angeschlossenen Primärbanken zu einem solchen System zusammenschließt. Für diese Auslegung könnte sprechen, dass für die Funktionsfähigkeit des Liquiditätsverbundes letztendlich allein entscheidend ist, dass das Kreditinstitut, bei dem die Einlagen gehalten werden, den Kriterien des dritten und vierten Satzes des § 25 Abs. 13 BWG genügt, also insbesondere auf Grund der Ausgestaltung des Liquiditätsverbundes in der Lage ist, "im Bedarfsfall rasch Liquiditätsunterstützung gewähren zu können". Dies könnte von der Finanzmarktaufsichtsbehörde dann im Einzelfall für den jeweiligen Liquiditätsverbund materiell geprüft werden.

Ob man dieser Auslegungsvariante folgt, ist freilich für die Lösung des vorliegenden Beschwerdefalls ohne Bedeutung. In keinem Fall darf die Bankenaufsichtsbehörde in ihrem Auftrag gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG die privatautonom zu treffende, allenfalls zivil- und genossenschaftsrechtlich determinierte Entscheidung der Primärbanken über die Frage, wo die Liquiditätsreserve zu halten ist, vorwegnehmen bzw. vorgeben.

Indem die belangte Behörde diese Rechtslage verkannte, belastete sie die angefochtenen Bescheide mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, deren Prävalieren bewirkt, dass die angefochtenen Bescheide gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben waren.

Mit dieser Aufhebung ist auch endgültig klargestellt, dass die bankenaufsichtsbehördlichen Aufträge in der hier gewählten Form endgültig nicht zu ergehen haben, weshalb die "Sache" einer Erledigung zugeführt wurde. Die Erteilung anderer - abstrakt gehaltener - bankenbehördlicher Aufträge stellte eine andere Verwaltungssache dar.

Vor diesem Hintergrund sind die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Vorbringen im Schriftsatz vom 23. Dezember 2010, wonach die angefochtenen Bescheide auch deshalb aufzuheben seien, weil der Verwaltungsgerichtshof mangels ausreichender Tatsachenkognition den unionsrechtlichen Erfordernissen an ein Gericht nicht genüge, auf die vorliegende Entscheidung zu verweisen.

Von der von den Beschwerdeführerinnen gleichfalls beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen, weil die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen ließen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Art. 6 Abs. 1 EMRK steht dem nicht entgegen, zumal für die vorliegende Entscheidung ausschließlich die Beurteilung von Rechtsfragen maßgeblich war und überdies dem Standpunkt der Beschwerdeführerinnen Rechnung getragen wurde.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 28. Februar 2011