

Kritische Analyse des VfGH-Erkenntnisses zur „Bankensteuer“

Der VfGH hält die „Bankensteuer“ für verfassungsrechtlich unbedenklich. Nach Ansicht der Autoren greift die Begründung des Gerichtshofes aber über weite Strecken zu kurz.

1. Einleitung

Im Erkenntnis vom 14. 12. 2011, B 886/11, hat der VfGH eine Beschwerde der Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG gegen die Erhebung der Stabilitätsabgabe¹⁾ abgewiesen. Damit ist die Stabilitätsabgabe, die umgangssprachlich als „Bankensteuer“ bezeichnet wird, verfassungskonform. Der VfGH geht im Ergebnis davon aus – obwohl er das so nicht ausdrücklich sagt –, dass die Banken die Hauptverursacher der Finanzkrise sind und dafür einen Beitrag leisten sollen.²⁾ In diesem Artikel soll die Argumentation des VfGH überprüft und kritisch hinterfragt werden.

Zur Argumentation der beschwerdeführenden Hypo Vorarlberg, zur Äußerung der Bundesregierung und zur (wörtlichen) Begründung des Gerichtshofes verweisen wir auf den Abdruck des Erkenntnisses vom 14. 12. 2011, B 886/11, in diesem Heft, Seite 77.

1) Stabilitätsabgabegesetz BGBl I 2010/111.

2) In diesem Sinne wurde das VfGH-Erkenntnis auch in den österreichischen Medien verstanden; siehe zB die Presse vom 3. 2. 2012: „Höchstgericht: Bankensteuer verfassungskonform“.

2. Kurzdarstellung der Stabilitätsabgabe („Bankensteuer“)³⁾

Steuergegenstand: Der Stabilitätsabgabe (StabAbg) unterliegt der Betrieb von Kreditinstituten, die über eine Konzession iSd Bankwesengesetzes (BWG) verfügen (als Kreditinstitute iSd zählen auch Zweigstellen von ausländischen Kreditinstituten; vgl zum Ganzen § 1 StabAbgG).

Bemessungsgrundlage: Gem § 2 Abs 1 StabAbgG ist Bemessungsgrundlage der StabAbg die „durchschnittliche unkonsolidierte Bilanzsumme“ des Kreditinstituts, die näher in § 2 Abs 2 StabAbgG definiert wird: Die durchschnittliche unkonsolidierte **Bilanzsumme** errechnet sich aus dem arithmetischen Mittel (also aus dem Durchschnitt) der für die ersten

3) Dazu zB *Puchinger/Marschner*, Die Regierungsvorlage zum Budgetbegleitgesetz 2011-2014 – Eine zweite Analyse, FJ 2010, 390 (391 f); *Schweig-hart/Zach*, BBG 2011-2014: Zur neuen Bankenabgabe, taxlex 2010, 465 ff; *Lachmayr*, Die Eckpunkte des Stabilitätsabgabegesetzes, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 23 ff; *dies*, Das neue Stabilitätsabgabegesetz, SWK 2011, T 1 ff; *Schuschnig/Sylle*, Finanzstabilitätsabgaben im europäischen Wirtschaftsraum, ÖBA 2011, 288 (291 f).

drei Kalendervierteljahre des Geschäftsjahres übermittelten Vermögensausweise gem § 74 BWG und der Bilanzsumme des Jahresabschlusses des Geschäftsjahres (diese Durchschnittsberechnung und das Abstellen des Gesetzgebers auf die Werte eines Kalendervierteljahres ist dadurch zu erklären, dass für die StabAbg, die vom Kreditinstitut selbst zu berechnen ist, bereits am 31. 10. eine Abgabenerklärung abzugeben und die StabAbg für jedes Vierteljahr an den Fälligkeitstagen 31. 1., 30. 4., 31. 7. und 31. 10. zu entrichten ist). Die Bilanzsumme ist dabei unter besonderer Beachtung der bankbilanzrechtlichen Vorschriften gem § 43 BWG und der Anlage 2 zu § 43 BWG zu ermitteln. Für die Jahre 2011 bis 2013 wird die unkonsolidierte durchschnittliche Bilanzsumme des Jahres 2010 zugrunde gelegt (es sei denn, es kommt gem § 5 StabAbgG zu wesentlichen – dh 50 % übersteigenden – Änderungen der Verhältnisse).⁴⁾ Der Gesetzgeber hat sich durch das Heranziehen der Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage somit dafür entschieden, nicht auf das Risiko der einzelnen Vermögenspositionen der Bilanz Bezug zu nehmen (was in der Literatur kritisiert wurde);⁵⁾ dies ist nur für Derivate aufgrund der eigenen Stabilitätsabgabe für Derivate geschehen (siehe dazu noch unten). Maßgebend ist der Einzelabschluss und nicht der (konsolidierte) Konzernabschluss. Daher sind **ausländische Tochtergesellschaften** eines Kreditinstituts nicht einzubeziehen (wohl aber **ausländische Betriebsstätten**).⁶⁾ Für Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute ist eine fiktive Bilanzsumme des dieser Zweigstelle zuzurechnenden Geschäftsvolumens zu errechnen (§ 2 Abs 6 StabAbgG). Die nach den oben erwähnten Vorschriften ermittelte Bilanzsumme ist um verschiedene **Abzugsposten** zu vermindern;⁷⁾ besondere Bedeutung hat dabei die Abzugsmöglichkeit der „gesicherten Einlagen gemäß § 93 BWG“ (§ 2 Abs 2 Z 1 StabAbgG) und des „gezeichneten Kapitals und Rücklagen“ (§ 2 Abs 2 Z 2 StabAbgG). Mit den „gesicherten Einlagen gemäß § 93 BWG“ sind jene Einlagen gemeint, die der Einlagensicherung gem § 93 BWG unterliegen; abzugsfähig ist nur der 100.000 € nicht übersteigende Teil der Einlagen.⁸⁾

Steuersatz, Progression und De-facto-Befreiung: Für jene Teile der Bemessungsgrundlage gem § 2 StabAbgG (Bilanzsumme), die zwar einen Betrag von 1 Mrd €, nicht aber einen Betrag von 20 Mrd € überschreiten, beträgt der Steuersatz der StabAbg 0,055 % (§ 3 Z 1 StabAbgG); ab einem Betrag von 20 Mrd € beträgt der Steuersatz 0,085 % (§ 3 Z 2 StabAbgG). Es gibt daher für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von unter 1 Mrd € eine **De-facto-Befreiung** (da der Steuersatz 0 % beträgt); diese Befreiung betrifft zB Regionalbanken des Raiffeisen- und Volksbankensektors.⁹⁾ Der Tarif ist somit dreistufig mit zwei Progressionssprüngen, nämlich 0,055 % bis zu einer Bemessungsgrundlage von 20 Mrd € und darüber 0,085 %. Der jeweilige Steuersatz wird nur auf die betreffende Stufe angewandt (progressiver Stufentarif).¹⁰⁾

Die StabAbg ist kraft gesetzlicher Anordnung **als Betriebsausgabe von der Körperschaftsteuer abzugsfähig** (§ 10 Abs 1

StabAbgG), was die Steuerbelastung für Kreditinstitute wiederum vermindert.¹¹⁾

In § 4 StabAbgG ist eine „**Stabilitätsabgabe für Derivate**“ normiert. Da diese Abgabe nicht entscheidungserheblich war, soll hier allerdings nicht näher auf sie eingegangen werden.

3. Kritische Analyse der Entscheidung des VfGH

3.1. Allgemeine volkswirtschaftliche Ausführungen des VfGH

Der VfGH weist in seiner Entscheidung zunächst auf das Erkenntnis VfSlg 10.001/1984 hin.¹²⁾ In diesem Erkenntnis ging es um die Bankensonderabgabe gem BGBl 1980/553. Die Bemessungsgrundlage dieser Bankensonderabgabe bildete damals ebenfalls die – um unbestimmte Positionen gekürzte – Bilanzsumme. Der VfGH ging in diesem Erkenntnis davon aus, dass Kreditinstitute durch die (damals) geltenden Sondervorschriften in Summe eine derartige rechtliche (und wirtschaftliche) Sonderstellung hätten, dass eine Sonderabgabe gerechtfertigt sei.¹³⁾ Bedenken gegen die Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage hatte der VfGH damals nicht.¹⁴⁾ Der VfGH räumt allerdings ein, dass die – im damaligen Erkenntnis für wesentlich befundenen – rechtlichen Besonderheiten heute in dieser Form vielleicht nicht mehr vorliegen.¹⁵⁾

Der VfGH geht daher in weiterer Folge verstärkt auf die wirtschaftlichen Besonderheiten ein, die für Kreditinstitute gelten, und stützt sich in besonderem Maße auf volkswirtschaftliche Überlegungen.¹⁶⁾

Zu diesem Zweck stellt der VfGH zunächst die Aussagen in den Materialien zum Stabilitätsabgabegesetz dar.¹⁷⁾ Dabei hebt er folgende – volkswirtschaftliche – Aussagen in den Gesetzesmaterialien hervor:¹⁸⁾

- Die Stabilitätsabgabe soll einerseits sicherstellen, dass Kreditinstitute, die von den Maßnahmen des Bundes (zur Finanzmarktstabilität) erheblich profitiert haben, sich an den Krisenkosten beteiligen. Damit soll auch dem Ziel der Finanzmarktstabilität Rechnung getragen werden. Die Abgabe soll auch eine allgemeine Sicherungsmaßnahme für Leistungen des Staats in Zeiten von Finanzkrisen darstellen. Außerdem können durch eine Stabilitätsabgabe Lenkungseffekte erzielt werden, wodurch indirekt auch die systemische Finanzmarktstabilität gefördert wird.
- Der Bankensektor hat in Österreich – im Vergleich zu Wertpapierdienstleistungsunternehmen – den größten Teil der finanzmarktkrisenbedingten Kosten für den Staatshaushalt verursacht.
- Zudem stellen instabile Banken im Vergleich zu den anderen Finanzinstituten ein wesentlich höheres systemisches Risiko für den Staat und die gesamte Volkswirtschaft dar.
- Der Konkurs einer Bank begründet aufgrund der zu erwartenden Folgewirkungen für den Staat ein hohes budgetäres Risiko; dies gilt insb für Banken, die eine bestimmte

4) Dazu näher zB *Schuschnig/Sylle*, ÖBA 2011, 291, und *Lachmayr*, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 23 und 25.

5) Kritisch dazu *Schweighart/Zach*, taxlex 2010, 466.

6) ZB *Lachmayr*, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 23; vgl zB auch *dies*, SWK 2011, T 2, und *Schweighart/Zach*, taxlex 2010, 465.

7) Nach *Lachmayr*, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 25, gilt dies sinngemäß auch für eine Zweigstelle eines ausländischen Kreditinstitutes.

8) *Lachmayr*, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 23. Dies ergibt sich daraus, dass gem §§ 93 und 93a iVm § 103h und 103k BWG die Einlagensicherung mit 100.000 € begrenzt ist.

9) So ausdrücklich *Schuschnig/Sylle*, ÖBA 2011, 291.

10) ZB *Lachmayr*, Aufsichtsrat aktuell 2011 H 2, 24.

11) *Puchinger/Marschner*, FJ 2010, 392, weisen darauf hin, dass dies auch bei der Sonderabgabe für Kreditunternehmen gem BGBl 1980/553 der Fall war. In Deutschland besteht allerdings keine Abzugsfähigkeit von der KSt; vgl *Schuschnig/Sylle*, ÖBA 2011, 292.

12) VfGH 15. 3. 1984, G 79/83, G 1/84 ua.

13) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft, Seite 77.

14) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

15) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

16) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

17) ErläutRV 981 BlgNR 24. GP 6 f sowie 104.

18) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

Größe überschreiten und somit als systemrelevante Bankinstitute bezeichnet werden können.

- Der Staat unterliegt in diesen Fällen einem wesentlich höheren Druck, Banken durch Rettungspakete oder Verstaatlichungen aufzufangen, als bei anderen Teilnehmern des Finanzmarkts.

Diese volkswirtschaftlichen Argumente, die der VfGH den Gesetzesmaterialien entnimmt, werden im Wesentlichen auch von der Bundesregierung vertreten (und zwar im Zusammenhang mit der Frage, warum von der Stabilitätsabgabe nur Kreditinstitute, nicht aber Versicherungsunternehmen erfasst sind).¹⁹⁾ In der Folge soll erörtert werden, ob diese volkswirtschaftlichen Argumente zutreffend sind.

UE kann der Argumentationslinie der Bundesregierung, wonach Kreditinstitute an sich systemisch relevanter als andere Finanzmarktteilnehmer sind, gefolgt werden. Das Geldsystem sämtlicher kapitalistisch verfasster Marktwirtschaften ist so konstruiert, dass Geld nicht von der Notenbank, sondern von den Geschäftsbanken im Zuge der Kreditgewährung geschaffen wird:²⁰⁾ Geschäftsbanken schöpfen Geld *ex nihilo*, kreditieren also Geld, das sie erst beschaffen müssen. Das zur Auszahlung eines Kredits nötige Geld besorgen sie sich auf dem sog Geldmarkt: Je nachdem, welche Zahlungsverpflichtungen oder Bargeldzuflüsse Geschäftsbanken erwarten, treten sie am Geldmarkt als Käufer oder Verkäufer von Geld auf.²¹⁾ Am Geldmarkt saldieren sich die Überschüsse und Defizite der einzelnen Kreditinstitute; Aufgabe der Notenbank ist es ua, diesen Saldo – vordringlich natürlich den negativen – auszugleichen.²²⁾ In Finanzkrisen funktioniert dieser Geldmarkt nicht mehr reibungslos: Die Banken misstrauen sich gegenseitig und leihen sich aus diesem Grund kein Geld mehr; in der Diktion der Volkswirte „trocknet der Geldmarkt aus“, was in weiterer Folge die Geldversorgung einer Volkswirtschaft hemmt. Die von der Bundesregierung vorgebrachte systemische Relevanz der Kreditinstitute an sich gründet also auf der Geldversorgung einer Volkswirtschaft durch die Geschäftsbanken; deshalb waren sämtliche Regierungen der von der Finanzkrise erfassten Volkswirtschaften bemüht, den Bankensektor zu stabilisieren.²³⁾

3.2. Gleichheitsrechtliche Überlegungen des VfGH – kritische Analyse

Im Kernbereich seiner Entscheidung stellt der VfGH die folgenden gleichheitsrechtlichen Überlegungen an (die in Anführungszeichen gesetzten Ausführungen sind wörtlich dem Erkenntnis entnommen).²⁴⁾

a) Einbeziehung von Versicherungsunternehmen in die persönliche Steuerpflicht und Differenzierung zwischen einzelnen Kreditinstituten – tatsächliche Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG oder abstrakte Besteuerung des Bankensektors

Der VfGH betont eingangs nochmals den wirtschaftlichen Hintergrund sowie in weiterer Folge die volkswirtschaftlichen Argumente, die für die Stabilitätsabgabe sprechen: „Die

Materialien zum StabAbgG weisen auf die besondere Rolle hin, die speziell die Banken in der Finanzkrise des Jahres 2008 gespielt haben. Zur Bewältigung dieser Krise habe die Republik Österreich umfangreiche, den Staatshaushalt erheblich belastende Bankenhilfspakete, Konjunkturpakete und andere Maßnahmen ergreifen müssen, die in besonderem Maße den Banken zugute gekommen seien. Wenn der Gesetzgeber im Hinblick darauf die Banken durch eine spezielle Abgabe an der Finanzierung der zur Bewältigung der Krise eingeleiteten bzw. durchgeführten Maßnahmen beteiligen will, kann der Verfassungsgerichtshof das nicht als unsachlich erkennen. Ebenso wenig stößt es auf Bedenken, wenn der Gesetzgeber mit einer solchen Steuer (auch) das Ziel verfolgt, die Finanzmarktstabilität zu verbessern bzw. die finanziellen Mittel für entsprechende künftige Staatsleistungen zu gewinnen.“ An dieser Stelle sei angemerkt, dass der VfGH zwar darauf abstellt, dass die im FinStaG getroffenen Maßnahmen „den Banken“ (und damit nicht den Versicherungsunternehmen; siehe gleich unten) zugute gekommen seien, dass er aber in weiterer Folge nicht zwischen jenen Kreditinstituten differenziert, die tatsächlich die Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen haben, und jenen, die dies – wie die beschwerdeführende Hypo Vorarlberg – nicht getan haben.

Der VfGH führt dann weiter aus: „Ob eine Ausweitung der persönlichen Steuerpflicht auf andere Bereiche des Finanzsektors verfassungsrechtlich in Betracht käme, braucht der Verfassungsgerichtshof dabei nicht zu untersuchen. Verfassungsrechtlich geboten ist eine solche Ausweitung angesichts des dargelegten Hintergrundes nicht.“²⁵⁾ Damit meint der Gerichtshof offensichtlich, dass die Stabilitätsabgabe aus verfassungsrechtlicher Sicht **nicht auf Versicherungsunternehmen** erstreckt werden muss. Oder anders gesagt: Die Beschränkung der Stabilitätsabgabe auf Kreditinstitute ist nicht gleichheitswidrig.

Der VfGH meint weiters,²⁶⁾ dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht geboten – und auch „mit vernünftigen Aufwand gar nicht möglich“ – ist, innerhalb des Bankensektors „zwischen ‚guten‘ und ‚bösen‘ Kreditunternehmungen zu unterscheiden“. Nach Ansicht des Gerichtshofes ist daher **keine Differenzierung zwischen einzelnen Kreditinstituten** geboten: „Die Stabilitätsabgabe ist keine Strafe für eine riskante Geschäftsgebarung; sie ist auch kein Äquivalent für die ‚Systemrelevanz‘ eines Kreditinstituts. Ihre Aufgabe ist es, einen Sektor der Volkswirtschaft zu belasten, von dem nach den jüngsten Erfahrungen qualifizierte Risiken ausgehen (können) [...]“. Die aus der Stabilitätsabgabe gewonnen Mittel sollen „einerseits der Abdeckung der Kosten bereits in die Wege geleiteter Maßnahmen und andererseits der Vorsorge für künftige Krisenfälle dienen“. Die Argumentation des VfGH läuft offenbar darauf hinaus, dass es nicht möglich ist, zwischen „systemrelevanten“ und „nicht systemrelevanten“ Kreditinstituten zu unterscheiden. Daher sei es aus verfassungsrechtlicher Sicht offenbar nicht geboten, einzelne Kreditinstitute aus der persönlichen Steuerpflicht auszunehmen, da die Steuerpflicht in der Zugehörigkeit zum – volkswirtschaftlich riskanten – Bankensektor begründet liegt. Die Ausführungen des VfGH sind in diesem Punkt allerdings nicht widerspruchsfrei, da der Gerichtshof der „Systemrelevanz“ eines Kreditinstitutes sehr wohl Bedeutung beimisst; dies zeigt sich insb bei der Befreiungsbestimmung für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von weniger als

19) Siehe den Abdruck dieses Erkenntnisses in diesem Heft.

20) Zeise, Geld – der vertrackte Kern des Kapitalismus (2010) 92 f.

21) Zeise, Geld 95.

22) Zeise, Geld 96.

23) Es soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass die Geldversorgung einer Volkswirtschaft auch problemlos von der Notenbank ohne Zwischenschaltung der Geschäftsbanken besorgt werden könnte.

24) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

25) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

26) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

1 Mrd € (siehe dazu noch unten Abschnitt f). Diese Argumentation des VfGH läuft außerdem offensichtlich darauf hinaus, dass ebenso wenig danach unterschieden werden muss, ob ein Kreditinstitut die Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen hat oder nicht. Auch hier zeigt sich ein gewisser Widerspruch, da der Gerichtshof an anderer Stelle – wie zB bei der oben erwähnten Widrigkeit der Gesetzesmaterialien zum Stabilitätsabgabegesetz (siehe Abschnitt 3.1.) sowie bei der gerade erwähnten Frage der Einbeziehung von Versicherungsunternehmen in die Stabilitätsabgabe – durchaus betont, dass Kreditinstitute von den Maßnahmen des FinStaG profitiert und dem Bundeshaushalt Kosten verursacht haben. Noch deutlicher betont der VfGH die tatsächliche Inanspruchnahme der Maßnahmen nach dem FinStaG bei seinen Ausführungen zur unkonsolidierten Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage (siehe unten Abschnitt d).

Bei der Frage der persönlichen Steuerpflicht – dh der Frage, ob auch Versicherungsunternehmen aus gleichheitsrechtlicher Sicht in die Stabilitätsabgabe aufgenommen werden müssen, und ob zwischen einzelnen Kreditinstituten differenziert werden muss – ergeben sich uE insgesamt **zwei wesentliche Problem-bereiche**:

- Gibt es ein unterschiedliches systemisches Risiko zwischen Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen als solchen (dh zwischen dem Banken- und dem Versicherungssektor)? In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob es ein unterschiedliches systemisches Risiko zwischen einzelnen Kreditinstituten gibt (zB je nach Größe?); diese weitere Frage soll unten in Abschnitt f betreffend die Steuerbefreiung für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme unter 1 Mrd € erörtert werden.
- Kommt es auf die tatsächliche Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG an?

Die erste Frage, ob im Hinblick auf den Kreditinstituts- und Versicherungssektor ein **unterschiedliches systemisches Risiko** besteht, wurde bereits oben beantwortet:²⁷⁾ Es besteht bei Finanzkrisen die Gefahr, dass der Geldmarkt „austrocknet“, was in weiterer Folge die Geldversorgung einer Volkswirtschaft hemmt. Die systemische Relevanz der Kreditinstitute an sich gründet also auf der Geldversorgung einer Volkswirtschaft durch die Geschäftsbanken. Eine solche Geldversorgungsfunktion haben Versicherungsunternehmen nicht. Stellt man daher auf die volkswirtschaftliche Zielsetzung der StabAbg ab, die Geldversorgung einer Volkswirtschaft sicherzustellen, bzw stellt man auf die volkswirtschaftlichen Risiken des jeweiligen Sektors ab, ist es uE bereits aus diesem Grund sachlich gerechtfertigt, Versicherungsunternehmen von der StabAbg auszunehmen. Dem VfGH ist daher iE jedenfalls zuzustimmen, dass die mangelnde Anwendbarkeit des StabAbgG auf Versicherungsunternehmen nicht gleichheitswidrig ist.

Zur zweiten Frage, nämlich **ob es auf die tatsächliche Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG ankommt**, ist zunächst Folgendes zu bemerken: Adressaten der eigenkapitalstärkenden Maßnahmen des FinStaG sind grundsätzlich Kreditinstitute gem § 1 Abs 1 BWG (§ 1 Z 1 FinStaG) und Versicherungsunternehmen iSd VAG (§ 1 Z 2 FinStaG). In praxi haben bislang jedoch ausschließlich Banken die Rekapitalisierungsmaßnahmen des FinStaG in Anspruch genommen. Von den im Rahmen des FinStaG zur Verfügung gestellten 15 Mrd € wurde bis Ende März 2011 die Hälfte – 7,5 Mrd € –

ausgeschöpft; der Großteil dieser 7,5 Mrd € wurde in Form von Partizipationskapital gem § 2 Abs 1 Z 3 FinStaG ausbezahlt.²⁸⁾ Folgenden Kreditinstituten kamen die eigenkapitalstärkenden Maßnahmen des FinStaG zugute:²⁹⁾

Banken	Maßnahmen	Volumen in Mio €
Hypo Alpe-Adria-Bank International AG	Partizipationskapital	900
Erste Group Bank AG	Partizipationskapital	1.224
Raiffeisen Zentralbank Österreich AG	Partizipationskapital	1.750
Österreichische Volksbanken AG	Partizipationskapital	1.000
BAWAG PSK AG	Partizipationskapital	550
Hypo Alpe-Adria-Bank International AG	Partizipationskapital	450
Summe Partizipationskapital		5.874
KA Finanz AG	Besserungsschein	1.000
Kommunkredit Austria AG	Kapitalerhöhung	220
Kommunkredit Austria AG	Gesellschafterzuschuss	30
KA Finanz AG	Gesellschafterzuschuss	60
KA Finanz AG	Gesellschafterzuschuss	75
Summe Sonstige Kapitalinstrumente		1.384
Hypo Alpen-Adria-Bank International AG	Anteilsverkauf	0
Kommunkredit Austria AG	Anteilsverkauf	0
Hypo Alpe-Adria-Bank International AG	Haftung für Forderung	200
Summe Sonstige Maßnahmen gem FinStaG		200
Summe Maßnahmen gem FinStaG		7.458

Die Rekapitalisierungsmaßnahmen des FinStaG wurden also bislang nur von Kreditinstituten – und nicht von Versicherungsunternehmen – in Anspruch genommen.³⁰⁾

Fraglich ist nun, ob aber auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht danach zu differenzieren ist, ob **Maßnahmen nach dem FinStaG tatsächlich in Anspruch genommen wurden**. Der VfGH tut dies – zumindest grundsätzlich – nicht, und er misst der tatsächlichen Inanspruchnahme gerade auch bei der Frage keine Bedeutung zu, ob die StabAbg ebenso auf Versicherungsunternehmen zu erstrecken ist. An anderer Stelle misst der VfGH aber, wie oben gezeigt, der tatsächlichen Inanspruchnahme sehr wohl Bedeutung zu. Die Argumentation des VfGH ist daher, wie gezeigt wurde, zT widersprüchlich.

UE ist, wie gesagt, die mangelnde Einbeziehung von Versicherungsunternehmen in die Abgabe bereits dadurch zu rechtfertigen, dass der Versicherungssektor nicht die gleiche Bedeutung für die Geldversorgung einer Volkswirtschaft hat wie der

28) Staatsschuldenausschuss, Bericht über die öffentlichen Finanzen 2010, 41.

29) Staatsschuldenausschuss, Bericht über die öffentlichen Finanzen 2010, 41.

30) Das von der Bundesregierung für die ausschließliche Belastung von Kreditinstituten durch das StabAbgG vorgebrachte Argument, wonach ausschließlich Kreditinstitute die Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen haben (siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft), ist daher zutreffend: *Prima facie* scheint die Finanzkrise in der Tat hauptsächlich Banken in Mitleidenschaft gezogen zu haben.

27) Siehe Abschn 3.1.

Bankensektor. Es ist daher – zumindest für diese Frage – nicht mehr nötig, darauf einzugehen, von wem Maßnahmen nach dem FinStaG tatsächlich in Anspruch genommen wurden. UE ist die tatsächliche Inanspruchnahme aber sehr wohl von Bedeutung für die Frage, welche Kreditinstitute von der StabAbg befreit sind oder nicht (siehe unten Abschnitt f); sie hat also Bedeutung für eine sachgerechte Differenzierung innerhalb des Bankensektors. Denn auch die volkswirtschaftlichen Begründungen, die der Gesetzgeber in den Materialien zum StabAbg genannt hat und auf die sich der VfGH beruft, sind insoweit widersprüchlich: Kommt es nur darauf an, durch die StabAbg einen Sektor zu besteuern, von dem per se volkswirtschaftliche Risiken ausgehen (dann ist es gerechtfertigt, sämtliche Kreditinstitute zu besteuern), oder nur jene Kreditinstitute, die die Maßnahmen nach dem FinStaG tatsächlich in Anspruch genommen haben (dann wären eben nur diese Kreditinstitute zu besteuern). UE sind beide gesetzgeberischen Konzepte – aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes – akzeptabel; sie müssen aber, um den Vorgaben des Gleichheitsgrundsatzes zu entsprechen, auch konsequent durchgehalten werden. Diese Konsequenz fehlt, wie noch gezeigt werden soll, sowohl dem StabAbg als auch der Entscheidungsbegründung des VfGH. Dies zeigt sich besonders in der (De-facto-)Befreiung für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme unter 1 Mrd € (siehe unten Abschnitt f).

b) Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage

Zur **Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage** führt der VfGH aus:³¹⁾ Das Anknüpfen an die (modifizierte) Bilanzsumme sei nicht von vornherein unsachlich. „Es ist dies eine Bemessungsgrundlage, die die Geschäftstätigkeit einer Bank in geeigneter Weise abbildet und die auch in anderen Ländern als Bezugsgröße für einschlägige Bankenabgaben gewählt wurde bzw. diskutiert wird.“

Diese Beurteilung des VfGH überrascht nicht; dass die Bilanzsumme eine geeignete – und damit gleichheitsrechtlich unbedenkliche – Bemessungsgrundlage für die Stabilitätsabgabe ist, hat der VfGH ja bereits im „Vorerkenntnis“ Slg 10.001/1984 ausgeführt. Stellt man allerdings aus volkswirtschaftlicher Sicht auf die Bedeutung einer Bank für die Geldversorgung ab (was ja auch der Gesetzgeber des StabAbgG tut),³²⁾ ist das Heranziehen der Bilanzsumme uE aus Sicht des Gleichheitsgrundsatzes problematisch, da die Bilanzsumme alleine nicht darüber Aufschluss gibt, ob ein Kreditinstitut eine hinreichend bedeutende **Rolle für die Geldversorgung** spielt oder nicht (zB Investmentbanken). Diese mangelnde Differenzierung kann uE auch nicht mit den Grundsätzen einer **Durchschnittsbetrachtung** (wie diese im Steuerrecht insb durch Typisierung oder Pauschalierung zum Ausdruck kommt)³³⁾ gerechtfertigt werden, da eine Durchschnittsbetrachtung ua dann auf gleichheitsrechtliche Bedenken stößt, wenn der gewählte Maßstab Anlass zu Bedenken gibt.³⁴⁾ Stellt man also wie der Gesetzgeber des StabAbgG – und diesem folgend der VfGH – auf die Geldversorgungsfunktion von Kreditinstituten ab, wäre es uE aus gleichheitsrechtlicher Sicht geboten, zwischen jenen Kreditinstituten zu differenzieren, die diese Funktion auch erfüllen, und jenen, die dies nicht tun.

Im Übrigen ist uE die Bilanzsumme auch **kein hinreichender Indikator für die Systemrelevanz** eines Kreditinstitutes; diese

31) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

32) Siehe insb Abschn 3.1. und auch oben Abschn 3.2.a.

33) Dazu zB Gassner, Gleichheitssatz und Steuerrecht. Gelber Brief des Instituts für Finanzwissenschaft und Steuerrecht Nr 64 (1970) 12.

34) VfGH 15. 10. 2004, G 49, 50/04 ua Slg 17.342; vgl zB auch VfGH 13. 10. 1962, B 18/62 Slg 4289/1962, betreffend § 21 Abs 2 EStG 1953 idF BGBl 1960/284.

Frage soll noch unten in Abschn f betreffend die Steuerbefreiung für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme unter 1 Mrd € erörtert werden.

c) Abzugsmöglichkeit von Pfandbriefen von der Bemessungsgrundlage

Zur **fehlenden Abzugsmöglichkeit der Pfandbriefe** von der Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage meint der VfGH,³⁵⁾ dass der Gesetzgeber „keinesfalls verpflichtet“ sei, „die Bemessungsgrundlage ‚Bilanzsumme‘ nach Risikogesichtspunkten aufzuschlüsseln und danach die Abgabenbelastung abzustufen. Ob die Bilanzsumme um die gesicherten Einlagen vermindert wird, steht daher im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (der hierbei etwa berücksichtigen darf, dass die Einlagensicherung gemäß §§ 93 und 93a BWG in erster Linie vom Sektor selbst zu gewährleisten ist).³⁶⁾ Wenn der Gesetzgeber auf eine entsprechende Ausnahme für Pfandbriefe verzichtet, ist ihm daher im Hinblick auf die genannten Erwägungen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht entgegenzutreten (selbst wenn der von der Bundesregierung angestellte Vergleich mit den bekannt gewordenen ‚asset backed securities‘ des US-amerikanischen Finanzmarktes unzutreffend sein sollte).“

Der VfGH hat grundsätzlich in dem Punkt recht, dass der Gesetzgeber die Bemessungsgrundlage nicht zwingend nach Risikogesichtspunkten aufzuschlüsseln muss³⁷⁾ (zu grundsätzlichen Bedenken gegen die Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage siehe allerdings den vorangegangenen Abschnitt b). Der Gesetzgeber hat aber ganz offensichtlich bei der Wahl der Abzugsposten von der Bemessungsgrundlage sehr wohl auf Risikogesichtspunkte abgestellt, indem er die „sicheren“ Einlagen gem §§ 93 und 93a BWG, dh die der – vom Sektor zu gewährleisten – Einlagensicherung unterliegenden Einlagen, von der Bemessungsgrundlage abzugsfähig machte. Ebenso hat er – ua – die Abzugsmöglichkeit für das gezeichnete Kapital und Rücklagen (§ 2 Abs 2 Z 2 StabAbgG) vorgesehen. Daher greift uE die Argumentation des VfGH zu kurz: Es steht dann nicht im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, eine Abzugsmöglichkeit für Pfandbriefe zu verweigern, wenn es sich bei diesen um vergleichsweise „sichere“ Veranlagungen handelt. Der Gesetzgeber hat nämlich mit der Abzugsmöglichkeit ua für sichere Einlagen gem §§ 93 und 93a BWG (§ 2 Abs 2 Z 1) sowie für das gezeichnete Kapital und Rücklagen (§ 2 Abs 2 Z 2 StabAbgG) ein **Ordnungssystem** geschaffen (**Abzugsfähigkeit nach Risikogesichtspunkten**),³⁸⁾ von dem er wiederum nur aus sachlichen Gründen abweichen darf.

Daher ist es uE sehr wohl von Bedeutung, ob der von der Bundesregierung angestellte Vergleich³⁹⁾ mit den bekannt gewordenen „asset backed securities“ des US-amerikanischen Finanzmarktes unzutreffend ist oder nicht. Diese Frage soll in der Folge erörtert werden: Die beschwerdeführende Hypo

35) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

36) Der VfGH meint damit, dass gem §§ 93, 93a BWG die Sicherungseinrichtungen vom Sektor zu etablieren und damit zu gewährleisten sind.

37) Diese mangelnde Aufschlüsselung nach Risikogesichtspunkten wurde allerdings in der Literatur kritisiert; siehe Abschn 2.

38) Siehe zum Ordnungssystem im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes zB VfGH 17. 6. 1981, B 5/78 Slg 9138/1981; VfGH 9. 12. 1997, G 403/97 Slg 15.040/1997; VfGH 7. 12. 2002, G 85/02 Slg 16.754/2002; vgl ferner VfGH 13. 6. 1984, G 90/83, G 106/84 Slg 10.043/1984, und 20. 6. 1994, B 473/92 Slg 13.785/1994; aus der Literatur vgl zB Korinek, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des VfGH, in Schäffer (Hrsg), Im Dienst an Staat und Recht. Festschrift für Erwin Melichar (1983) 39 (49), und weiters Stoll, Das Sachgesetzlichkeitsprinzip als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, ÖStZ 1989, 188 (194 f); vgl auch Gassner, Gleichheitssatz 7.

39) Siehe dazu auch den Abdruck dieses Erkenntnisses in diesem Heft.

bringt vor, dass Pfandbriefe aus der Bemessungsgrundlage für die Stabilitätsabgabe ausgeschieden hätten werden müssen, da es sich ihrer Auffassung nach hierbei um risikoarme Geschäfte handelt.⁴⁰⁾ Grundsätzlich gelten von Hypotheken besicherte (Darlehens-)Forderungen als relativ sicher, doch kann ein Ausschluss der Abzugsmöglichkeit von Pfandbriefen von der Bemessungsgrundlage für die Stabilitätsabgabe uE im Ergebnis durchaus gerechtfertigt werden. Inwieweit eine (Darlehens-)Forderung in der Deckungsmasse, die von den bepfändeten Grundstücken gebildet wird, tatsächlich Deckung findet, hängt entscheidend von der Werthaltigkeit dieser Grundstücke ab. Es ist mittlerweile allgemein bekannt, dass die gegenwärtige Finanzkrise durch das Platzen der Immobilienblase in den USA ausgelöst⁴¹⁾ wurde,⁴²⁾ was einen Verfall der durchschnittlichen Immobilienpreise ab Mitte des Jahres 2007 zur Folge hatte. Doch nicht nur in den USA, sondern auch in vielen anderen Ländern verfelen die Immobilienpreise in mehr oder weniger großem Umfang,⁴³⁾ nachdem sie zunächst überdurchschnittlich gestiegen waren. Aufgrund der starken, in erster Linie spekulativ bedingten Preisschwankungen auf Immobilienmärkten kann daher ein Ausschluss der Abzugsmöglichkeit von Pfandbriefen von der Bemessungsgrundlage für die Stabilitätsabgabe durchaus argumentiert werden; denn es ist heutzutage zu Recht die Frage zu stellen, inwieweit die Immobilienpreise den wahren ökonomischen Wert der Grundstücke widerspiegeln. Verzerrte und hochgradig volatile Immobilienpreise sind jedoch alles andere als risikoarm.

Im Ergebnis ist es daher uE zutreffend, dass der VfGH die mangelnde Abzugsfähigkeit von Pfandbriefen nicht als gleichheitswidrig beurteilt hat. Die Begründung liegt allerdings darin, dass Pfandbriefe nicht in gleicher Weise risikoarm sind wie die anderen vom Gesetzgeber gewählten Abzugsposten (§ 2 Abs 2 Z 1 und Z 2 StabAbgG) und daher nicht in das vom Gesetzgeber geschaffene Ordnungssystem passen.

d) Unkonsolidierte Bemessungsgrundlage

Zur Frage der Gleichheitswidrigkeit der **unkonsolidierten Bilanzsumme als Bemessungsgrundlage** führt der VfGH aus,⁴⁴⁾ dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht gehindert ist, „als Bemessungsgrundlage grundsätzlich die unkonsolidierte Bilanzsumme heranzuziehen, weil damit berücksichtigt wird, dass das einzelne Kreditinstitut, und nicht (bloß) die Institutsgruppe, von den staatlichen Maßnahmen profitiert bzw. diese veranlasst hat. Dass andere Argumente für die Heranziehung der konsolidierten Bilanzsumme sprechen, ändert daran nichts.“ Bemerkenswert ist, dass der VfGH hier damit argumentiert hat, dass es auf die tatsächliche Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG ankommt. Auf die mit der – teils widersprüchlichen – Argumentation des VfGH, der teils auf die tatsächliche Inanspruchnahme von Maßnahmen

nach dem FinStaG und teils auf die bloße Zugehörigkeit zum Bankensektor abstellt, ist bereits in Abschnitt 3.2.a eingegangen worden: UE ist es aus gleichheitsrechtlicher Sicht geboten, dass ein System – Besteuerung eines Kreditinstitutes wegen der bloßen Zugehörigkeit zum Bankensektor oder aber wegen der tatsächlichen Inanspruchnahme von Maßnahmen nach dem FinStaG – konsequent durchgehalten wird.

e) Einbeziehung ausländischer Tochtergesellschaften in die Bemessungsgrundlage?

Auf die Frage der unterschiedlichen Behandlung von **ausländischen Zweigniederlassungen und ausländischen Tochtergesellschaften** – als Folge der Anknüpfung an die unkonsolidierte Bilanzsumme – geht der Gerichtshof gar nicht ein. Diese Frage hängt sehr eng mit der gerade erörterten Problematik zusammen, ob das Heranziehen der unkonsolidierten Bilanzsumme aus gleichheitsrechtlicher Sicht zulässig ist (was der VfGH bejaht). Auf die Frage der Zulässigkeit der Differenzierung zwischen ausländischen Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften – aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes – soll daher in der Folge eingegangen werden.

Eingangs soll mit einer **volkswirtschaftlichen Analyse** gezeigt werden, dass es gerade die Auslandstätigkeit der österreichischen Banken war, die die Maßnahmen nach dem FinStaG notwendig gemacht hat: Die von den heimischen Kreditinstituten seit den 1990er-Jahren verfolgte Geschäftspolitik, die im Folgenden kurz skizziert werden soll, war für die gegenwärtige Finanzkrise (mit)ursächlich. Die österreichische Bankenlandschaft hat sich seit den 1990er-Jahren sehr stark verändert. Im Umfeld des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union im Jahr 1995 kam es hierzulande zu einer Fusions- und Übernahmewelle, die die Konzentration des österreichischen Bankensektors erheblich verschärfte.⁴⁵⁾ Ziel der Fusionen und Übernahmen war „die präventive Abwehr härterer Konkurrenz und [die] Stärkung der jeweiligen Marktpositionen“⁴⁶⁾ im Zusammenhang mit der Integration Österreichs in den EU-Binnenmarkt. Der Konzentrationsprozess im Inland wurde von einer Internationalisierungsstrategie der heimischen Banken begleitet: Hatten diese zunächst die Versorgung österreichischer Klein- und Mittelbetriebe im Rahmen des sog Hausbankensystems als ihre zentrale Aufgabe angesehen, drängten sie ab den 1990er-Jahren im Gefolge der Liberalisierung der internationalen Finanzmärkte vehement ins Ausland, wo wesentlich höhere Gewinne als im von geringer Rentabilität gekennzeichneten Hausbankensystem lockten.⁴⁷⁾ Zwar ermöglichte die internationale Expansion⁴⁸⁾ in der Tat hohe Gewinne, doch vervielfachte sie auch das Risiko der Kreditinstitute. In der gegenwärtigen Finanzkrise mussten Wertberichtigungen in Milliardenhöhe, die „jedoch großteils unter den Teppich gekehrt wurden und selten an die Öffentlichkeit gelangten“, ⁴⁹⁾ vorgenommen werden. Insb das Engagement in Osteuropa erwies sich für die österreichischen Banken als ausgesprochen problematisch. Da die Finanzkrise mit einer Krise der Realwirtschaft zusammenfiel, werteten die Währungen der meisten osteuropäischen Länder als eine Folge der Rezession ab, was die Kreditnehmer dieser Staaten in große Bedrängnis brachte; denn die österreichischen Banken hatten ihre Kredite zumeist als Fremdwährungskre-

40) Siehe den Abdruck des VfGH-Erkenntnisses in diesem Heft.

41) An dieser Stelle sei betont, dass im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Finanzkrise strikt zwischen auslösenden und verursachenden Momenten zu unterscheiden ist.

42) Vgl zB *Marterbauer*, Zahlen bitte! Die Kosten der Krise tragen wir alle (2011) 36.

43) Die österreichischen Immobilienpreise blieben zumindest von exzessiven Schwankungen verschont; auch in Österreich ist die Preisentwicklung aber volatil. Grund für die vergleichsweise geringeren Schwankungen österreichischer Immobilienpreise ist der nach wie vor starke öffentliche Einfluss im Immobiliensektor; die hohe Anzahl an Gemeinde- und Genossenschaftswohnungen sowie die Wohnbauförderung stabilisieren den österreichischen Immobilienmarkt (Interview mit *Ewald Walterskirchen*: Budgetpolitik gegen Immobilienkrise, Wiener Zeitung vom 8. 1. 2010).

44) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

45) *Huffschnid*, Politische Ökonomie der Finanzmärkte (2002) 69 ff.

46) *Huffschnid*, Finanzmärkte 71.

47) *Marterbauer*, Zahlen bitte 74 f.

48) Die internationale Expansion der österreichischen Kreditinstitute motivierte ua auch die Einführung der Gruppenbesteuerung des § 9 KStG im Jahr 2005.

49) *Marterbauer*, Zahlen bitte 75.

dite⁵⁰) – iE Eurokredite – vergeben.⁵¹) Mit der Abwertung der jeweiligen Währung stieg die Kreditbelastung der osteuropäischen Kreditnehmer stark an; Kreditausfälle waren bzw sind die unausweichliche Folge. Die als Direktkredite oder über Tochtergesellschaften ausgereichten Kredite heimischer Banken in Mittel- und Osteuropa belaufen sich auf fast vier Fünftel des österreichischen Bruttoinlandsprodukts!⁵²)

Fazit: Die seit den 1990er-Jahren verfolgte Internationalisierungsstrategie setzte die österreichischen Kreditinstitute einem großen Risiko aus. Ohne dieses wären die eigenkapitalstärkenden Maßnahmen des FinStaG nicht notwendig gewesen. Da es gerade die Auslandstätigkeit war, die die eigenkapitalstärkenden Maßnahmen nach dem FinStaG notwendig gemacht hat, kann der Gesetzgeber – der die Notwendigkeit der StabAbg ja gerade mit volkswirtschaftlichen Erwägungen begründet – die Auslandstätigkeit nicht von der Bemessungsgrundlage der StabAbg ausnehmen, ohne gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen. Somit **muss uE eine Auslandstätigkeit sowohl bei Vorliegen von ausländischen Tochtergesellschaften als auch von ausländischen Zweigniederlassungen der StabAbg unterworfen werden.** Dies geschieht praktisch auch; die von ausländischen Tochtergesellschaften ausgeübte Tätigkeit wird aber, wie in der Folge gezeigt werden soll, lediglich mittelbar berücksichtigt.

Dies wirft die Frage nach der gleichheitsrechtlichen Zulässigkeit der Differenzierung zwischen ausländischen Zweigniederlassungen – die **unmittelbar in die Bilanzsumme** des Stammhauses und damit in die Bemessungsgrundlage der StabAbg eingehen – und **ausländischen Tochtergesellschaften** auf, deren Tätigkeit nur **mittelbar in der Bilanzsumme** der Muttergesellschaft berücksichtigt wird. Der VfGH geht, wie erwähnt, auf diese Frage gar nicht ein. Die Bundesregierung meint dazu, dass eine ausländische Tochtergesellschaft ohnehin im Einzelabschluss der Muttergesellschaft berücksichtigt werde:⁵³) Unabhängig von der Finanzierungsform gehe nämlich die Beteiligung der ausländischen Tochtergesellschaft – und evtl damit zusammenhängende Verbindlichkeiten – in die Bilanzsumme der Muttergesellschaft ein. Sie unterliege daher bei dem Mutter-Kreditinstitut der Stabilitätsabgabe.

Dies ist uE zwar grundsätzlich richtig; die Wertansätze können sich aber dennoch unterscheiden: Bei einer Zweigniederlassung gehen zB Forderungsabschreibungen infolge von Kreditausfällen und ein daraus resultierender Bilanzverlust unmittelbar in die Bilanzsumme des Stammhauses und damit in die Bemessungsgrundlage der StabAbg ein, während dies bei ausländischen Tochtergesellschaften nicht der Fall ist; hier ist nur eine Abschreibung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft bilanzwirksam. Das Geschäftsergebnis der (Auslands-) Tätigkeit der ausländischen Tochter schlägt auf diese Beteiligungsabschreibung (gem § 204 Abs 2 UGB) nur mittelbar durch, da bei der Berechnung des Ertragswertes der Beteiligung zB auch Verbundeffekte zu berücksichtigen sind.⁵⁴) Die **Differenzierung zwischen ausländischen Zweigniederlassungen und ausländischen Tochtergesellschaften** ist daher uE bei Vorliegen ausländischer Tochtergesellschaften für die Muttergesellschaft **tendenziell benachteiligend.** Dies wirft uE Bedenken aus der Sicht des Gleichheitsgrundsatzes auf.

50) Fremdwährungskredite wälzen das Wechselkursrisiko auf die Kreditnehmer ab.

51) Marterbauer, Zahlen bitte 77.

52) Marterbauer, Zahlen bitte 77.

53) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

54) ZB Urmik/Urtz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II Rechnungslegung³ (17. Lfg, 2011) § 204 UGB Rz 22.

f) Befreiung für Kreditinstitute mit einer Bilanzsumme von unter 1 Mrd €

Gem § 3 Z 1 iVm § 2 StabAbgG beginnt der Steuersatz der Abgabe erst ab 1 Mrd €, und zwar mit 0,055 % (darunter besteht keine Steuerpflicht für Kreditinstitute). Diese Befreiung, die natürlich auch den Verlauf der Progression beeinflusst,⁵⁵) wurde von der beschwerdeführenden Hypo Vorarlberg als gleichheitswidrig empfunden.⁵⁶) Diese Grenze habe nichts damit zu tun, ob ein Kreditinstitut die Maßnahmen nach dem FinStaG hervorgerufen hat oder nicht (oder vereinfacht gesagt: ob ein Kreditinstitut sozusagen Mitverursacher der Finanzkrise war oder nicht). Nach Auffassung der Bundesregierung sei die Befreiung hingegen zu rechtfertigen, da solche Kreditinstitute („Kleinbanken“) hingegen nicht systemrelevant seien und daher auch kein systemisch relevantes Risiko für den Staat darstellten.⁵⁷) In dieselbe Richtung argumentiert der VfGH: Er weist darauf hin, dass „eine progressive Ausgestaltung des Steuertarifs, die zur Steuerbefreiung von Kleinstkreditinstituten führt (die an der Auslösung der Finanzkrise kaum beteiligt waren und deren Probleme in der Regel sektoral gelöst werden) und große Kreditinstitute überproportional belastet“, nach seiner Ansicht verfassungsrechtlich nicht problematisch ist, „zumal damit berücksichtigt wird, dass das systemische Risiko von Kreditinstituten jedenfalls in der Regel mit der Größe steigt.“

Stimmt dies aus volkswirtschaftlicher Sicht? Welche **Kreditinstitute konkret von Systemrelevanz** sind, ist eine im Einzelnen zu klärende Frage. Art 6 der Richtlinie zur Durchführung und Qualitätssicherung der laufenden Überwachung der Kredit- und Finanzdienstleistungen durch die Deutsche Bundesbank (deutsche AufsichtsRL) definiert in ihrem Abs 3 den Begriff des systemrelevanten Instituts für Deutschland bspw wie folgt: Systemrelevante Institute sind Institute, deren Bestandsgefährdung aufgrund ihrer Größe, der Intensität ihrer Interbankbeziehungen und ihrer engen Verflechtung mit dem Ausland erhebliche negative Folgeeffekte bei anderen Kreditinstituten auslösen und zu einer Instabilität des Finanzsystems führen könnte. Auch der österreichische Gesetzgeber ließ sich in seinen Überlegungen zur Systemrelevanz von Banken von einem Größenkriterium leiten, da Kreditinstitute mit einer durchschnittlichen unkonsolidierten Bilanzsumme von weniger als 1 Mrd € nicht der Stabilitätsabgabe unterliegen. Zweifelsohne ist die Bilanzsumme ein Indiz für die Größe eines Kreditinstituts und in weiterer Folge für seine Systemrelevanz, aber auch die Kreditverflechtungen der jeweiligen Bank sollten in der Beurteilung der systemischen Bedeutung eine entscheidende Rolle spielen. Schließlich werden Bankenrettungen in erster Linie von der Angst vor unzureichender Geldversorgung motiviert. Auch der Gesetzgeber der StabAbg hat die Einführung dieser Abgabe gerade mit der volkswirtschaftlichen Bedeutung von Kreditinstituten für die Geldversorgung einer Volkswirtschaft begründet. Hohe Bilanzsumme und volkswirtschaftliche Kreditversorgung fallen aber nicht unbedingt zusammen (zB bei Investmentbanken, die nicht der Kreditversorgung dienen).⁵⁸) Aus diesem Blickwinkel erscheinen die Bankenstabilisierungsprogramme der Regierungen der von der Finanzkrise erfassten Volkswirtschaften zu undifferenziert, was problematische Anreize schafft: Da sich die Kreditinstitute der großzügigen

55) Siehe Abschn 2.

56) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

57) Siehe den Abdruck des Erkenntnisses in diesem Heft.

58) Darauf nimmt auch Art 6 Abs 3 AufsichtsRL zu wenig Rücksicht.

Definition von Systemrelevanz bewusst sind, werden sie die risikoreiche Geschäftsgebarung der Vergangenheit fortsetzen.

UE ist es daher – auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Durchschnittsbetrachtungen in Form von Typisierungen bzw Pauschalierungen⁵⁹⁾ – erstens bedenklich, die **Systemrelevanz** einer Bank **pauschal an die Bilanzsumme** von unter 1 Mrd € zu knüpfen, **ohne nach der Geschäftstätigkeit der Bank zu differenzieren**. Eine solche Differenzierung wäre nämlich gerade nach den vom Gesetzgeber selbst angestrebten volkswirtschaftlichen Zielen nötig, da der Gesetzgeber der StabAbg die Einführung dieser Abgabe mit der Bedeutung der Kreditinstitute für die Geldversorgung begründet. Zweitens zeigt sich in dieser De-facto-Befreiung auch die Inkonsequenz des Gesetzgebers (und die ebenfalls inkonsequente Begründung des VfGH): Entweder unterwirft man sämtliche Kreditinstitute der StabAbg mit der Begründung, dass sie zu einem Sektor gehören, von dem volkswirtschaftliche Risiken ausgehen, oder aber man stellt auf die Systemrelevanz des einzelnen Kreditinstituts ab. Dafür ist aber die

59) Siehe dazu bereits Abschn 3.2.b.

Bilanzsumme – trotz der gleichheitsrechtlichen Zulässigkeit von Durchschnittsbetrachtungen – kein hinreichend genauer Indikator. Wesentlich genauer – und dem Gleichheitssatz entsprechend – wäre es uE, die Systemrelevanz daran zu messen, ob ein Kreditinstitut **tatsächlich Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen** hat. Dies ist tatsächlich in erster Linie nur bei (sehr großen) Kreditinstituten der Fall, deren Bilanzsumme weit über 1 Mrd € liegt.⁶⁰⁾ Insoweit ist uE der Argumentation der beschwerdeführenden Hypo zuzustimmen. Im Übrigen würde eine Beschränkung der StabAbg auf jene Kreditinstitute, die tatsächlich Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen haben, mit dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Ziel besser in Einklang stehen (auf das sich ja auch die Entscheidungsbegründung des VfGH stützt),⁶¹⁾ wonach Kreditinstitute, die von den Maßnahmen des Bundes zur Finanzmarktstabilität erheblich profitiert haben, sich an den Krisenkosten beteiligen sollen.

60) Siehe die Aufzählung jener Kreditinstitute, die Maßnahmen nach dem FinStaG in Anspruch genommen haben, in der Tabelle in Abschn 3.2.a.

61) Siehe Abschn 3.1.

Die Autoren:

MMag. Philipp Loser ist Dozent für Betriebs- und Volkswirtschaftslehre an der Fachhochschule St. Pölten.

Univ.-Prof. MMag. Dr. Christoph Urtz ist Universitätsprofessor für Finanzrecht an der Universität Salzburg und Rechtsanwalt bei Binder Größwang Rechtsanwälte GmbH.