

# TE Bwvg Beschluss 2018/8/31 W204 2204218-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.08.2018

## Entscheidungsdatum

31.08.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

BWG §63

BWG §70 Abs1 Z1

BWG §70 Abs1 Z2

BWG §70 Abs4 Z1

BWG §70 Abs4 Z2

FMABG §22 Abs2

FMABG §22 Abs2a

VwGG §30 Abs2

VwGVG §12

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W204 2204218-1/6E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Dr. Esther SCHNEIDER über den Antrag der XXXX , vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte GmbH, der Beschwerde, die gegen den mit Leistungsfrist zur Auskunftserteilung ergangenen Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 19.04.2018, GZ: XXXX , erhoben wurde, die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen:

A)

Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 22 Abs. 2 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz-FMABG, BGBl I. Nr. 97/2001 idF BGBl I. Nr. 149/2017, wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

BEGRÜNDUNG:

## I. Verfahrensgang und entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

I.1. Die auf den Cayman Islands inkorporierte XXXX (im Folgenden Gesellschaft) hat mit Erklärung vom 25.06.2014 gegenüber der XXXX (im Folgenden Bank AG) eine Erfüllungsübernahme für künftig allenfalls entstehende Steuerlasten aus bestimmten Abgabeverfahren bis zur Höhe von maximal 38 Mio. EUR übernommen.

Die Bank AG ist gegenüber dieser in ihrer Eigentümersphäre stehenden Gesellschaft substantiellen Konzentrationsrisiken ausgesetzt.

I.2. Mit Bescheid vom 19.07.2018, GZ. XXXX , zugestellt am 23.07.2018, forderte die FMA die Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 70 Abs. 1 Z 2 BWG zur Auskunftserteilung auf, wobei binnen sechs Wochen ab Erhalt des Bescheides der vollständige Inhalt des geprüften Jahresabschlusses 2016 der Gesellschaft samt etwaiger Anhänge und Beilagen mitzuteilen oder - alternativ - eine vollständige Kopie des geprüften Jahresabschlusses 2016 der Gesellschaft samt etwaiger Anhänge und Beilagen als Auskunft zu übermitteln sei.

Begründend führte die FMA aus, dass von der Bankprüferin (Antragstellerin) die Daten des jüngsten geprüften Abschlusses der Gesellschaft anzufordern seien, um der Aufsicht, insbesondere aber der Gutachterin Oesterreichische Nationalbank (OeNB), eine Prüfung der Werthaltigkeit der externen Garantie an die Bank AG zu erlauben. Gemäß mündlicher Auskunft des Geschäftsführers der Antragstellerin vom 18.07.2018 verfüge diese über ein Exemplar des geprüften Jahresabschlusses 2016 der Gesellschaft. Die festgesetzte Leistungsfrist von sechs Wochen sei angemessen, da die angeforderten Informationen bereits bei der Antragstellerin vorhanden seien und daher die Übermittlung dieser Informationen innerhalb genannter Frist jedenfalls gelingen könne.

In der Rechtsmittelbelehrung wurde darauf hingewiesen, dass der binnen 4 Wochen einzubringenden Beschwerde gem. § 22 Abs. 2 FMABG iVm § 12 VwGVG keine aufschiebende Wirkung zukomme.

I.3. In ihrer rechtzeitig gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde vom 16.08.2018, von der Finanzmarktaufsichtsbehörde am selben Tag übernommen, führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der Bescheid gesetzlich nicht gedeckt sei. Während § 70 Abs. 1 Z 1 BWG die Kreditinstitute neben der Auskunftserteilung zur Vorlage verpflichte sowie Auskunfts-, Vorlage- und Einschaurechte enthalte, umfasse Z 2 lediglich ein Einholen von Auskünften und unterscheide sich damit massiv. Das Verlangen, ein Schriftstück vorzulegen, und die Ermöglichung der Einsichtnahme in Schriftstücke sei nicht dem "Verlangen von Auskünften" gleichzuhalten. Um mit den eingeschränkten Befugnissen der FMA gegenüber dem Bankprüfer gem Z 2 leg cit kein Informationsdefizit der FMA zu schaffen, habe der Gesetzgeber die Informationsrechte der FMA gegenüber dem beaufsichtigten Kreditinstitut gem Z 1 leg cit besonders weit gestaltet. Das Kreditinstitut sei damit die zentrale Informationsquelle der FMA für benötigte Unterlagen. Der Bankprüfer habe (primär) die Aufgabe, die Gesetzmäßigkeit des Jahresabschlusses des Kreditinstituts zu prüfen (§ 63 Abs. 4 BWG) und dazu den bankaufsichtlichen Prüfbericht zu erstellen. Seine Aufgabe sei es nicht, Lagerstelle für Unterlagen des geprüften Kreditinstituts zu sein, um solche nach Auftrag der FMA herauszugeben. Weil das Kreditinstitut ohnehin selbst alle zur Verfügung stehenden Unterlagen der FMA nach Auftrag auszufolgen habe (Z 1 leg cit), wäre dies eine Verdoppelung der Bürde und sei vom Gesetzgeber klar nicht vorgesehen. Der bekämpfte Bescheid könne sich folglich nicht auf ein gesetzlich der FMA eingeräumtes Recht gegenüber dem Bankprüfer stützen, weshalb er aufzuheben sei.

Der bescheidmäßig ergangene Auftrag der FMA betreffe zudem kein von der Antragstellerin oder dem geprüften Kreditinstitut erstelltes Dokument, sondern sei der Jahresabschluss einer dritten Gesellschaft mit Sitz außerhalb Europas. Die Antragstellerin verschließe sich nicht dem Informationsbedarf der FMA, damit diese ihren Aufsichtspflichten nachkommen könne. Daher habe sie, vertreten durch den Geschäftsführer, der FMA am 18.07.2018 mündlich mitgeteilt, dass sie in ihrer Eigenschaft als Bankprüferin der Bank AG und auf Basis der vorgenommenen Prüfungshandlungen im Rahmen der Beurteilung des gesamten Abschlusses den Wertansatz der Garantie (abgegeben von der Gesellschaft) im Jahresabschluss der Bank AG zum Geschäftsjahr 2017 nicht bemängle. Insofern habe die Antragstellerin der FMA bereits jene Auskunft - über die eigene Handlung (Prüfung der Richtigkeit des Ansatzes der von der Gesellschaft abgegebenen Garantie durch die Bank AG) - erteilt, welche unter Z 2 leg cit von ihr als Bankprüferin eingefordert werden könne. Eine vollständige schriftliche Wiedergabe oder Herausgabe von Unterlagen Dritter sei vom Begriff der "Auskunftserteilung" gem Z 2 leg cit nach Willen des Gesetzgebers nicht umfasst.

Überdies sei die Antragstellerin eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und seien ihre Mitarbeiter standesrechtlich zur Geheimhaltung verpflichtet. Es liege auch eine vertragliche Geheimhaltungspflicht vor, weil die Gesellschaft vor

Übermittlung des eigenen geprüften Jahresabschlusses von der Antragstellerin zusätzlich die Zusage eingeholt habe, die für die Prüfung zu übermittelnden Unterlagen geheim zu halten, dies auch gegenüber der FMA.

Im Verfahren vor dem BVwG zu GZ W231 2163626-1/43E habe die FMA von unterschiedlichen Quellen belastbare Aussagen zur gegebenen Werthaltigkeit der Garantie der Gesellschaft erhalten (von Organmitgliedern der Bank AG als auch von informierten Vertretern der Gesellschaft und durch ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen). Dem angefochtenen Bescheid sei nicht zu entnehmen, dass eine schriftliche Wiedergabe oder Herausgabe des geprüften Jahresabschlusses 2016 der Gesellschaft (samt Beilagen) die einzige Informationsquelle ist, um der FMA die Erfüllung ihrer Aufsichtspflichten zu ermöglichen.

Mit demselben Schriftsatz vom 16.08.2018 stellte die Antragstellerin weiter den Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und verwies auf die Beschwerdeausführungen. Ergänzend werde vorgebracht, dass die Antragstellerin standesrechtlich und vertraglich zur Geheimhaltung betreffend jene Unterlagen verpflichtet sei, welche die FMA mit dem angefochtenen Bescheid ohne valide Rechtsgrundlage herausverlange. Würde die Antragstellerin die Unterlagen herausgeben, läge ein nicht reversibler Rechtsbruch durch die Antragstellerin vor. Deren Mitarbeiter hätten standesrechtliche Folgen zu befürchten und auch wirtschaftliche Nachteile aufgrund von zu erwartenden Verfolgungshandlungen der betroffenen Gesellschaft. Es bestehe keine Dringlichkeit, weil glaubhafte Angaben zur bestehenden Werthaltigkeit der Garantie mehrfach vorlägen. Auch habe die FMA das Verfahren zu GZ W231 2163626-1/43E erst abgewartet, ohne parallel ein Verfahren gegen die Antragstellerin mit dem Ziel der Unterlagenerlangung einzuleiten. Ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Rechtskraft des angefochtenen Bescheids sei dadurch evident nicht gegeben. Dem gegenüber stehe der potentiell große, unwiederbringliche Imageschaden und auch sonstige Nachteil der Antragstellerin, wenn sie entgegen einer tatsächlich bestehenden Verschwiegenheitspflicht vertraulich zu behandelnde Daten herausgäbe. Den handelnden Vertretern der Antragstellerin würden ganz empfindliche standesrechtliche Sanktionen drohen (die bis zum Berufsverbot gehen könnten - §§ 127f WTBG 2017). Somit liege nach Abwägung der Umstände auf der Hand, dass geradezu ein klassischer Fall vorliege, welcher die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung rechtfertige. Ergänzend verweise die Antragstellerin auf das VfGH-Erkenntnis G 257/2017 vom 02.03.2018, mit welchem der Verfassungsgerichtshof den Automatismus des § 22 Abs. 2 FMABG, wonach Beschwerden gegen Maßnahmen der FMA gem§ 70 BWG keine aufschiebende Wirkung hätten, wegen Verfassungswidrigkeit mit Wirkung ab 31.08.2019 beseitige. Die im Erkenntnis vom Verfassungsgerichtshof dargelegte Argumentation erhebe die Antragstellerin auch ausdrücklich zu ihrer eigenen. An Beweisen würden neben der Parteieneinvernahme des Geschäftsführers der Antragstellerin die Beischaffung des Aktes zu W231 2163626 beantragt und weitere Beweise vorbehalten.

I.4. Mit Schreiben vom 24.08.2018 übermittelte die FMA gleichentags den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung an das Bundesverwaltungsgericht und behielt sich die Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung ausdrücklich vor. Auf das Ende der Leistungsfrist am 03.09.2018 wurde hingewiesen.

Gleichzeitig übermittelte die FMA eine ausführliche Stellungnahme zum Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, worin sie ersuchte, diesen Antrag abzuweisen, weil zwingende öffentliche Interessen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entgegenstünden und kein unverhältnismäßiger Nachteil für die Antragstellerin vorliege.

I.5. Im durch den vorliegenden Antrag durch den gemeinsamen Rechtsvertreter in das gegenständliche Verfahren eingeführten Erkenntnis des BVwG vom 17.05.2018 zu W231 2163626-1/43E wurde Folgendes festgehalten:

-

In Zusammenhang mit einer möglichen Bedienung der Erfüllungsübernahme für künftig allenfalls entstehende Steuerlasten aus bestimmten Abgabeverfahren der Bank AG bis zur Höhe von maximal 38 Mio. EUR durch die Gesellschaft übermittelte die Bank AG der FMA am 04.11.2016 eine Stellungnahme. Die Bank AG führte zusammengefasst aus, dass sie das Konzentrationsrisiko eingehend betrachtet und u.a. im Fall der Gesellschaft einen "Stresstest" bzw. "Stresstestszenarien" aufgrund von historischen wie hypothetischen Ereignissen bzw. Szenarien durchgeführt habe. In beiden Szenarien hätten die Ergebnisse dazu geführt, dass eine Bedienung der Erfüllungsübernahme zeitnah erfolgen könne.

-

Am 11.01.2017 erging diesbezüglich ein auf § 70 Abs. 1 Z 1 BWG gestützter Auskunftsbefehl zu Zl. XXXX ("Auskunftsbefehl") an die Bank AG, der in Rechtskraft erwuchs.

-

Nach Vorlage von Testergebnissen eines Bankprüfers (nicht der Antragstellerin) durch die Bank AG ging die FMA davon aus, dass die Bank AG dem Auftrag im Auskunftsbefehl nicht nachgekommen sei, und erließ am 21.02.2017 den auf § 70 Abs. 4 Z 1 BWG gestützten ersten Befehl zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes zu Zl. XXXX ("erster Befehl zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes"), in dem der Bank AG unter Androhung einer Zwangsstrafe iHv 15.000 EUR aufgetragen wurde, den aus dem Auskunftsbefehl zu Spruchpunkt 1) (betreffend die Gesellschaft) resultierenden rechtmäßigen Zustand binnen zwei Wochen ab Erhalt des Befehles herzustellen. Dieser erwuchs ebenfalls in Rechtskraft.

-

Am 31.03.2017 erließ die FMA den auf § 70 Abs. 4 Z 1 und 2 BWG gestützten Befehl zu Zl. XXXX ("zweiter Befehl zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes"). Der Bank AG wurde unter Androhung einer Zwangsstrafe iHv 30.000 EUR wiederholend aufgetragen, den aus dem Auskunftsbefehl resultierenden rechtmäßigen Zustand binnen zwei Wochen ab Zustellung des Befehles herzustellen (Spruchpunkt I). In Spruchpunkt II wurde die Bank AG zur Zahlung der im ersten Befehl zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes angedrohten Zwangsstrafe iHv 15.000 EUR verpflichtet. Die FMA ging begründend davon aus, dass die Bank AG den Auftrag im Auskunftsbefehl nach wie vor nicht erfüllt habe.

-

Am 18.04.2017 nahm die Bank AG gegenüber der FMA zu diesem Befehl Stellung und wies auf die Erfüllung der Auskunftspflicht durch das vorgelegte Gutachten des Bankprüfers hin. Es erfolgte insbesondere der Hinweis der Bank AG, dass ihr über das bereits Übermittelte hinaus keine Informationen vorlägen.

-

Die Bank AG erhob in weiterer Folge am 02.05.2017 Beschwerde gegen beide Spruchpunkte des Befehles mit der Begründung, dass der Bank AG die Geschäftsdaten der Gesellschaft nur eingeschränkt zur Verfügung stünden, die Bank könne nicht ein Mehr an Daten an die Behörde übermitteln. Die FMA erließ dazu eine Beschwerdevorentscheidung, gegen den die Bank AG einen Vorlageantrag einbrachte (BVwG-Verfahren zu W231 2163626-1).

-

Im Erkenntnis zu W231 2163626-1/43E wurde durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt: Der Bank AG wird trotz vertraglicher Zusicherung der Einblick seitens der Eigentümer der Gesellschaft verwehrt, damit keine Daten der Gesellschaft an die belangte Behörde weitergegeben werden bzw. an die Öffentlichkeit gelangen. Auch aus den Aussagen der vom Bundesverwaltungsgericht einvernommenen Parteienvertreter und Zeugen ergeben sich keine abweichenden Erkenntnisse, wonach nicht von einem Konzentrationsrisiko der Bank AG auszugehen ist. Insbesondere ergab die Zeugenbefragung glaubwürdig, dass die relevanten Daten der Gesellschaft der Bank AG nicht vorliegen. Die Gesellschaft hatte dem Vorstandsmitglied der Bank AG nur die Aktivseite des Jahresabschlusses der Gesellschaft gezeigt, Einsicht in die Passivseite jedoch nicht gewährt. Dass der Bank AG die Bilanzdaten nicht vorliegen und vom Bankprüfer (nicht ident mit Antragstellerin) nicht an diese weitergegeben werden dürfen, bestätigte auch ein Vertreter der Gesellschaft zeugenschaftlich.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und zum anwendbaren Recht:

Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gegenständlich liegt Einzelrichterzuständigkeit vor, weil weder in einem Bundes- noch in einem Landesgesetz eine Senatsbesetzung für die Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde vorgesehen ist. § 22 Abs. 2a FMABG regelt, dass über Beschwerden gegen Befehle der FMA durch Senat zu

entschieden ist, jedoch wird die Entscheidung über Anträge (hier: auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde) in dieser Bestimmung nicht angeführt, weshalb die Regelung des § 6 BVwGG greift. Folglich ist die Zuständigkeit des Einzelrichters gegeben.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 57/2018, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles (§§ 63 bis 73 AVG), die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Der gegenständliche Antrag wurde binnen offener Rechtsmittelfrist (unter einem mit der Beschwerde) gegen den Bescheid der FMA erhoben und ist somit zulässig (§ 7 Abs. 4 VwGVG iVm. Art. 130 Abs. 1 Z 1 BVG, § 22 Abs. 2 FMABG).

Mit ihrem Schreiben vom 24.08.2018, dem Bundesverwaltungsgericht am selben Tag zugegangen, teilte die FMA weiter mit, dass im vorliegenden Fall die Erlassung einer Beschwerdeentscheidung gemäß § 14 Abs. 1 VwGVG zur Abänderung des angefochtenen Bescheides geprüft wird. Somit ist die gleichzeitig mit dem Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, eingebrachte Beschwerde nicht beim Bundesverwaltungsgericht anhängig und hat diese mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidung zu sein.

## II.2. Zu Spruchpunkt A:

Gemäß § 22 Abs. 2 FMABG haben Beschwerden gegen Bescheide der FMA ex lege keine aufschiebende Wirkung (ausgenommen in Verwaltungsstrafverfahren). Auf Antrag ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung durch das Bundesverwaltungsgericht nach Anhörung der FMA mit Beschluss zuzuerkennen, insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Wird die aufschiebende Wirkung zuerkannt, ist der Vollzug des angefochtenen Bescheides aufzuschieben und sind die hierzu erforderlichen Verfügungen zu treffen. Wenn sich die Voraussetzungen, die für den Beschluss über die aufschiebende Wirkung maßgebend waren, wesentlich geändert haben, ist auf Antrag einer Partei neu zu entscheiden.

Für die Entscheidung, ob ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zulässig ist, ist erforderlich, dass der angefochtene Bescheid einem Vollzug zugänglich ist (vgl. VwGH AW/2012/17/0026 vom 24.05.2012). Der Auftrag, der FMA zur der Antragstellerin laut deren eigener Aussage vorliegenden Bilanz der Gesellschaft konkrete Auskünfte zu erteilen bzw. diese in einer vollständigen Abschrift vorzulegen, ist einem Vollzug zugänglich. Es war somit in die weitere Prüfung einzutreten.

Nach Ansicht der FMA liegen im konkreten Fall die Voraussetzungen für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entgegen des Antrages der Antragstellerin vom 16.08.2018, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (§ 22 Abs. 2 FMABG), nicht vor.

Vorweg ist zu bemerken, dass im Verfahren über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde die Rechtmäßigkeit des zugrundeliegenden Bescheides selbst und somit das diesbezügliche Beschwerdevorbringen nicht zu überprüfen sind (vgl. BVwG 30.05.2014, W204 2008008-1/2E); selbst die wahrscheinliche Rechtswidrigkeit des Bescheides wäre kein Grund für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. Lediglich Beschwerden gegen offenkundig rechtswidrige Bescheide wäre unter Umständen die aufschiebende Wirkung zu erteilen (vgl. VwGH 24.05.2013, AW 2013/17/0007; 30.11.2011, AW 2011/04/0036;

24.06.2011, AW 2011/17/0024; 06.07.2010, AW 2010/17/0027;

17.11.2000, AW 2000/17/0037). Daraus folgt zunächst, dass die Behauptung der Antragstellerin (nämlich jener, dass § 70 Abs. 1 Z 2 BWG für Bankprüfer nur eine Auskunftserteilung vorsehe, weshalb das Auskunftersuchen zum vollständigen Inhalt mitsamt etwaiger Anhänge und Beilagen der Bilanz der Gesellschaft an die Bank AG zu richten sei, weil nur diese zu einer Vorlage verpflichtet sei; sowie dass die Antragstellerin als Bankprüferin trotz der gesetzlichen Auskunftspflichten aus standesrechtlichen und vorliegend auch privatrechtlichen Gründen keine Herausgabe der

geforderten Bilanz vornehmen dürfe), wonach eine offenkundig unrichtige rechtliche Beurteilung der FMA vorliege, keine offenkundige Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen vermag. Deshalb hätte dieses selbst zutreffendenfalls nicht bereits zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu führen, ohne dass die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 FMABG zu prüfen wären.

Da das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides folglich nicht zu überprüfen hat, hat es, wenn das in der Beschwerde selbst erstattete Vorbringen der beschwerdeführenden Partei nicht etwa von vornherein als zutreffend zu erkennen ist, jedenfalls zunächst von den Annahmen der belangten Behörde auszugehen (vgl. VwGH 04.04.2011, AW 2011/07/0011; 06.07.2010, AW 2010/17/0027; 22.01.2009, AW 209/17/0002, 05.11.2008, AW 2008/07/0032; 30.10.2008, AW 2008/17/0014). Vorliegend werden mit der Beschwerde diverse Rechtsfragen aufgebracht, wie insbesondere die Interpretation von Rechtsbegriffen und das Verhältnis zwischen gesetzlicher Auskunftspflicht zur Ermöglichung der Aufsichtsziele und standesrechtlicher Geheimhaltungspflicht. Da sich das mit der Beschwerde selbst erstattete Vorbringen der Antragstellerin nicht von vornherein als zutreffend erweist, hat das Bundesverwaltungsgericht von den im Bescheid getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Behörde auszugehen. Dies entspricht nicht zuletzt auch dem Charakter eines Provisorialverfahrens (vgl. VwGH 25.07.2003, AW 2003/10/0036). Im Verfahren zu W231 2163626-1 hat sich überdies gezeigt, dass die erforderlichen Auskünfte bzw. Unterlagen in der Bank AG gerade nicht bekannt sind oder zur Verfügung stehen, ja deren Vertreter nicht einmal umfassend Einblick in die Bilanz gewährt worden ist, während diese der Antragstellerin laut Aussage deren Geschäftsführers vorliegt. Deshalb muss das Vorbringen, dass die Auskünfte durch die FMA direkt bei der Bank AG eingeholt werden könnten, bereits offensichtlich ins Leere gehen. Die FMA bringt hierzu ergänzend vor, dass den anwendbaren Bestimmungen des BWG auch keine Reihenfolge der Informationseinholung zu entnehmen ist.

Gemäß § 22 Abs. 2 FMABG, der dem § 30 Abs. 2 VwGG nachgebildet ist, ist die aufschiebende Wirkung durch das Bundesverwaltungsgericht nur dann mit Beschluss zuzuerkennen, wenn dem nicht 1. zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und 2. nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre (vgl. auch VwGH AW/2012/17/0026 vom 24.05.2012). Ein Antragsteller muss dabei gemäß ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Antrag konkretisieren, worin für ihn der unverhältnismäßige Nachteil gelegen wäre (vgl. den Beschluss eines verstärkten Senates zur Einbringung von Geldleistungen vom 25.02.1981, VwSlg. 10.381 A/1981). Nur durch die glaubhafte Dartuung konkreter - tunlichst ziffernmäßiger - Angaben über die finanziellen Verhältnisse eines Antragstellers wird das Gericht überhaupt erst in die Lage versetzt zu beurteilen, ob der Vollzug des angefochtenen Bescheides für einen Antragsteller einen angesichts des glaubhaft gemachten Sachverhalts unverhältnismäßigen Nachteil mit sich brächte (vgl. VwGH 11.03.1996, AW 95/17/0071; 27.06.1996, AW 96/17/0028; 10.08.2011, AW/2011/17/0028).

Die Antragstellerin begründete mit Schreiben vom 16.08.2018 ihren Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in Hinblick auf den ihr drohenden unverhältnismäßigen Nachteil damit, dass sie aufgrund einer tatsächlich bestehenden standesrechtlichen wie auch privatrechtlichen Verschwiegenheitsverpflichtung die vertraulich zu behandelnden Daten nicht herausgeben könne. Sie würde damit einen nicht reversiblen Rechtsbruch begehen, weshalb ihr ein potentiell großer, unwiederbringlicher Imageschaden sowie wirtschaftliche Nachteile aufgrund von Verfolgungshandlungen der Gesellschaft entstünden und den handelnden Vertretern der Antragstellerin standesrechtliche Sanktionen bis hin zum Berufsverbot drohten.

Diesbezüglich hält die FMA in ihrer Stellungnahme entgegen, dass die Antragstellerin weder einen Rechtsbruch begeht noch sie für ihre Vertreter geltendes Standesrecht verletzt, wenn sie einem vollstreckbaren und zwingenden behördlichen Auftrag nachkommt, weil hier die berufliche Verschwiegenheitspflicht von Bankprüfern und anderen Wirtschaftsprüfern nicht besteht (vgl. Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG3 § 70 BWG, RZ 3) und in allen diesen Fällen die - Organe der Bank oder sonst heranzuziehende Auskunftspersonen allenfalls bindenden - Verschwiegenheitspflichten der Auskunftserteilung an die Bankenaufsicht nicht entgegenstehen. Auch die unsubstantiierte Behauptung eines Imageschadens sei nicht nachvollziehbar. Weder könne eine vertragliche Verschwiegenheitserklärung für einen solchen Fall rechtswirksam abgegeben werden noch liege aufgrund des aufsichtsrechtlichen Auftrages ein Verschulden vor, weshalb es an den Voraussetzungen für eine etwaige Schadenersatzpflicht mangle (vgl. OGH 28.04.2005, 8Ob 36/05k). Insbesondere wisse die Beschwerdeführerin um die Uneingeschränktheit ihrer Auskunftspflicht gegenüber der FMA und somit auch, dass die Unterfertigung der

vorgebrachten Geheimhaltungserklärung im Widerspruch zu ihren gesetzlichen Verpflichtungen stehe. Damit seien aber etwaige behauptete Nachteile von der Beschwerdeführerin selbst verursacht und nicht geeignet, die aufschiebende Wirkung des angefochtenen Bescheids zu rechtfertigen. Insgesamt erweise sich das Vorbringen damit als nicht hinreichend konkret, um einen entsprechenden Vermögensnachteil aufzeigen zu können.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich diesen Ausführungen vollinhaltlich an. Der vorliegende Antrag wird von der Antragstellerin in Hinblick auf das Kriterium des unverhältnismäßigen Nachteils nicht näher ausgeführt und bleibt dadurch zu abstrakt, um den hohen Anforderungen der Konkretisierung genügen zu können (vgl. obige Zitate sowie VwGH 14.01.2011, AW 2010/06/0062). Das Bundesverwaltungsgericht hebt deshalb hervor, dass der Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, von der Antragstellerin nicht ausreichend begründet worden ist und damit der erforderlichen Abwägung nicht zugeführt werden kann. Weder macht die Antragstellerin annähernd ziffernmäßig geltend, was dies für sie als Unternehmen bzw. für die Mitarbeiter konkret bedeuten würde, bzw. welcher bezifferte Schaden ihr bzw. welchem Mitarbeiter mit welcher Wahrscheinlichkeit drohen würde, noch erläutert sie in Hinblick auf die gesetzlich bestehenden Auskunftspflichten annähernd nachvollziehbar, weshalb eine Befreiung bzw. der Entfall der standesrechtlichen Verschwiegenheitspflicht (s. § 80 WTBG) nicht zutreffen soll und weshalb sie bei bekannter Rechtslage von erheblichen, konkret darzulegenden, vermögensrechtlichen Nachteilen und Imageschäden etc. ausgeht.

Damit scheidet der vorliegende Antrag bereits an diesem Kriterium und kann die gemäß 22 Abs. 2 FMABG gebotene Abwägung mangels ausreichender Konkretisierung eines unverhältnismäßigen Nachteils durch das Bundesverwaltungsgericht nicht vorgenommen werden.

Der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde würde im Übrigen auch das zwingende öffentliche Interesse entgegenstehen, wie die FMA in ihrer Stellungnahme ebenfalls zu Recht anführt. So zeigt insbesondere das durch den vorliegenden Antrag durch den Rechtsvertreter (auch Rechtsvertreter im Verfahren zu W231 2163626-1) in das vorliegende Verfahren eingeführte Vorverfahren zu W231 2163626-1, dass die Bank AG der FMA fälschlich (schriftlich) mitgeteilt hat, dass konkrete Stresstests stattgefunden hätten und damit suggerierte, dass die erforderlichen Daten zur Überprüfung des Risikos in der Bank AG vorliegen. Erst das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat zutage gebracht, dass in der Bank AG die zur Beurteilung und Ermöglichung der Aufsichtspflicht notwendigen Informationen gar nicht vorliegen und auch deren Vertretern nicht bekannt sind. Hingegen liegen diese Daten der Antragstellerin vor. Aufgrund der unzutreffenden Angaben der Bank AG kam es zu einer nennenswerten zeitlichen Verzögerung der Aufsicht und ist die Annahme der FMA nicht zuletzt aufgrund des Ermittlungsverfahrens zu W231 2163626-1 gerechtfertigt, dass die Bank AG substantiellen Konzentrationsrisiken ausgesetzt ist. Dass dieses Risiko nicht vorliegen würde, wie im vorliegenden Antrag vorgebracht wird, hat dieses Verfahren gerade nicht ergeben. Deshalb ist dringend geboten, dass die Aufsicht die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft überprüft und einem weiteren Hinauszögern entgegengetreten wird. Dies nicht zuletzt dadurch, dass die Solvenz der Bank AG an der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft als Garantiegeberin hängt und die Folgen einer Unterschreitung des Mindesteigenmittelerfordernisses zum Ende des Geschäftsbetriebs und zur Auslösung der österreichischen Einlagensicherung führten.

Daraus ergibt sich bereits das zwingende öffentliche Interesse, das der beantragten Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entgegensteht. Die FMA bringt zu Recht vor, dass die von ihr ausgeübte Bankenaufsicht eine Wirtschaftsaufsicht im öffentlichen Interesse ist, die neben dem Schutz der Einleger (gesicherter Einlagen) primär dem klaglosen Funktionieren des Bankwesens und dem Vertrauen in den Kapitalmarkt, somit der Wahrung der Stabilität des Finanzmarktes, dient (vgl. VwGH 24.5.2013, AW 2013/17/0007; 17.03.2010, AW 2010/17/0004; 29.11.2013, 2013/17/0199; vgl. dazu auch BVwG 30.05.2014, W204 2008008-1/2E mit Verweis auf VfSlg. 12.098/1989, 689; 12.378/1990, 545; 13.471/1993, 589 und VfGH 04.11.1999, B 1741/99-4). Nicht zuletzt schreiben die Bestimmungen der §§69f BWG das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen und an der Finanzmarktstabilität fest. Auch der Verfassungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein besonderes öffentliches Interesse an einem funktionierenden Kreditsektor besteht, da Banken in einem volkswirtschaftlichen Schlüsselbereich tätig sind, von dem weite Teile der Volkswirtschaft abhängen, und dass von einer besonderen Schutzwürdigkeit der Anleger und Gläubiger auszugehen ist (z.B. VfSlg. 12.098/1989, 689; 12.378/1990, 545; 13.471/1993, 589 und VfGH 04.11.1999, B 1741/99-4).

Auch der Verwaltungsgerichtshof vertritt in Fällen, in denen es um Einleger- und Anlegerschutz geht, dass konkret das

Vertrauen in die Funktion des Kapitalmarktes derart schwer gewichtet ist, dass es als "absolut öffentliches Interesse" aufzufassen ist (VwGH 24.05.2013, AW 2013/17/0007). Der Vermeidung von Beeinträchtigungen des Vertrauens in einen funktionierenden Kapitalmarkt kommt Priorität zu (VwGH 03.07.2001, AW 2001/17/0045). Das klaglose Funktionieren des Bankwesens wird vom Verwaltungsgerichtshof als so schwer gewichtet, dass es als im zwingenden öffentlichen Interesse stehend erachtet wird (VwGH 17.03.2010, AW 2010/17/0004).

Es wird zusammengefasst dem Funktionieren des Bankwesens allgemein und dem Vertrauen (der Öffentlichkeit) in den Kapitalmarkt vom österreichischen Bundesgesetzgeber wie auch jenem der EU sowie seitens der Höchstgerichte ein besonderes öffentliches Interesse bescheinigt. Bereits mögliche Nachteile für Kunden, Verlust des Vertrauens in das Bankwesen und Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes (eines Kreditinstituts) werden als Gefährdung dieser zwingenden öffentlichen Interessen gewertet (vgl. dazu auch BVwG 02.05.2014, W148 2006968-1, BVwG 08.05.2014 W204 2007009-1). Die unverzügliche Klärung des bestehenden Risikos für die Bank AG - und damit für die österreichische Volkswirtschaft - ist als zwingendes öffentliches Interesse am Funktionieren des Bankensektors und des gesamten Finanzmarktes zu werten, weshalb der Beschwerde auch aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt werden könnte.

Aus derartigen Maßnahmen ergeben sich zwar regelmäßig Nachteile für die betroffenen Unternehmungen, jedoch könnte gemäß Verwaltungsgerichtshof in einer Abwägung gegenüber den absoluten zwingenden Interessen noch nicht von einem überwiegenden Nachteil gesprochen werden (VwGH 16.10.2007, AW 2007/17/0023; 29.03.2012, AW 2012/17/0009). Selbst konkrete und ziffernmäßige von der Antragstellerin geltend gemachte Folgen des sofortigen Vollzuges des Bescheides stellten angesichts dieser absoluten öffentlichen Interessen der angeordneten Maßnahmen folglich keinen unverhältnismäßigen (überwiegenden) Nachteil dar (vgl. VfGH 03.06.2009, B635/09; 02.04.1996, B748/96).

Zum Vorbringen, dass im Falle der Stattgebung der Beschwerde das Recht der Antragstellerin nicht mehr durchsetzbar wäre, wenn der Beschwerde nicht die aufschiebende Wirkung zuerkannt und somit der bekämpfte Bescheid vollzogen würde, ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen ergänzend festzuhalten, dass auch zutreffendenfalls die Antragstellerin durch den sofortigen Vollzug des Bescheides keinen unverhältnismäßigen Nachteil durch die Weitergabe der Daten erleidet, weil die FMA ihrerseits wiederum der Verschwiegenheitspflicht unterliegt (vgl. VwGH 17.11.2000, AW 2000/17/0037).

Zusammengefasst war deshalb mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 FMABG gegen den Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, zu beschließen.

Dies widerspricht auch nicht dem Ergebnis des Normenkontrollverfahrens des Verfassungsgerichtshofes vom 02.03.2018 zu G 257/2017, mit welchem dieser den Automatismus des § 22 Abs. 2 FMABG, wonach Beschwerden gegen Maßnahmen der FMA gem § 70 BWG keine aufschiebende Wirkung haben, wegen Verfassungswidrigkeit mit Wirkung ab 31.08.2019 beseitigte. Vielmehr hält der Verfassungsgerichtshof fest, dass es zahlreiche Sachverhalte gibt, in denen das öffentliche Interesse an der sofortigen Umsetzung eines Bescheides der Finanzmarktaufsichtsbehörde das Rechtsschutzinteresse des Betroffenen überwiegt. Dabei sei auch der unionsrechtliche Regelungszusammenhang zu beachten, welcher unter Umständen ein rasches Tätigwerden der nationalen Finanzmarktaufsichtsbehörde - im Rahmen des sowohl Unionsorgane als auch nationale Organe umfassenden Aufsichtsmechanismus - gebieten könne. Es treffe auch zu, dass die behördliche Aufsicht in einem Bereich, der mit spezifischen Gefahren oder besonderen Sachfragen verbunden ist, verfahrensrechtliche Sonderregelungen erforderlich - im Sinne von "unerlässlich" - machen könne (VfSlg 11.564/1987, 15.351/1998). Der Verfassungsgerichtshof rügte in dieser Entscheidung jedoch, dass durch den Automatismus alle Verwaltungsverfahren (mit Ausnahme der Verwaltungsstrafverfahren) erfasst sind und damit auch jene, die mit keiner besonderen Dringlichkeit verbunden sind, in keinem Zusammenhang mit den spezifischen Gefahren und besonderen Sachfragen der Aufsichtstätigkeit stehen und keine unionsrechtlichen Implikationen aufweisen, wie beispielsweise Kostenbescheide gemäß § 19 Abs. 5 FMABG oder Zinsvorschreibungen gemäß § 97 BWG. Diese Bedenken treffen aber auf den vorliegenden Fall, wie oben dargestellt, jedoch gerade nicht zu, weshalb aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts § 22 Abs. 2 FMABG uneingeschränkt zur Anwendung zu kommen hat.

II.3. Zu Spruchpunkt B:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.



Die Revision ist hier nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung der Höchstgerichte auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen (vgl. die oben zitierte Judikatur des VwGH und VfGH; s. auch Lehofer, Die aufschiebende Wirkung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 2014, 6). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Anlegerschutz, aufschiebende Wirkung, Aufsicht, Auskunfterteilung, Auskunftspflicht, Bankenaufsicht, Begründungsmangel, Begründungspflicht, Finanzmarktaufsicht, Frist, funktionsfähiger Börsehandel, Geheimhaltungsinteresse, Gläubigerschutz, Herstellung des Rechtszustandes, Informationsinteresse, Informationspflicht, Interessenabwägung, Jahresabschluss, Kapitalmarktüberwachung, konkrete Darlegung, Konkretisierung, Leistungsverpflichtung, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Rechtsaufsicht, Risikoaufdeckung, Risikotragung, Schadenersatz, unverhältnismäßiger Nachteil, Verfolgungshandlung, Verschwiegenheitspflicht, Vertrauensschutz, Vollstreckbarkeit, Vollzugstauglichkeit, Vorlagepflicht, Wertermittlung, wirtschaftlicher Nachteil, Zwangsstrafe

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W204.2204218.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.10.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)