

VERFASSUNGSGERICHTSHOF
E 1810/2017-16
11. Oktober 2017

BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

Dr. Nikolaus BACHLER

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters

Mag. Gernot FRIEDL

als Schriftführer,

in der Beschwerdesache der ***** ****, ***** * , ****
*****, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Georges Leser, Graben 12, 1010
Wien, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 13. April 2017,
Z W148 2152484-1/2E, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG), BGBl. I Nr. 97/2001, idF BGBl. I Nr. 70/2013, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

Begründung

I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren

1. Mit Bescheid vom 24. Februar 2017 forderte die Finanzmarktaufsichtsbehörde die beschwerdeführende Gesellschaft gemäß § 22b Abs. 1 und § 26a FMABG sowie § 5 VVG unter Androhung einer Zwangsstrafe iHv € 10.000,- zur Vorlage näher bezeichneter Unterlagen in Bezug auf das Geschäftsmodell der beschwerdeführenden Gesellschaft auf. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde begründete diese Aufforderung damit, dass der Verdacht einer konzessionslosen Ausübung eines Kapitalfinanzierungsgeschäftes iSd § 1 Abs. 1 Z 15 BWG durch die beschwerdeführende Gesellschaft bestehe. Aus diesem Grund habe die Finanzmarktaufsichtsbehörde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Die beschwerdeführende Gesellschaft habe mehrere Termine zur Vor-Ort-Einsichtnahme nicht wahrgenommen und der Geschäftsführer der beschwerdeführenden Gesellschaft einem Ladungsbescheid keine Folge geleistet.

1

2. Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft, der Beschwerde gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 24. Februar 2017 die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, ab. Begründend führte das Bundesverwaltungsge-

2

richt hiezu aus, § 22 Abs. 2 FMABG ordne hinsichtlich Beschwerden gegen Bescheide der Finanzmarktaufsichtsbehörde, die keine Verwaltungsstrafsachen betreffen, – abweichend vom allgemeinen System des § 13 Abs. 1 VwGVG – einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung an; diese könne lediglich bei Vorliegen näher bezeichneter Voraussetzungen zuerkannt werden. Da der im angefochtenen Bescheid angedrohten Zwangsstrafe kein Strafcharakter zugrunde liege, sei diese Bestimmung anwendbar. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung komme im vorliegenden Fall nicht in Betracht, zumal dem das zwingende öffentliche Interesse am Vollzug des Bankwesengesetzes entgegenstehe. Schließlich habe die Finanzmarktaufsichtsbehörde – auf Grund eines Anfangsverdacht – bereits Ermittlungsschritte gegen die beschwerdeführende Gesellschaft eingeleitet und stelle das konzessionslose Betreiben eines Bankgeschäftes einen sehr schweren Verstoß gegen das Bankwesengesetz dar. Darüber hinaus führe aber auch eine Abwägung der betroffenen Interessen zu keinem anderen Ergebnis: Weder sei gegen die beschwerdeführende Gesellschaft derzeit ein Verwaltungsstrafverfahren anhängig, noch sei die Finanzmarktaufsichtsbehörde – welche im Übrigen zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet sei – ermächtigt, die angeforderten Unterlagen an Dritte weiterzugeben. Dass sich aus Aufsichtsmaßnahmen regelmäßig Nachteile für die betroffenen Unternehmen ergäben, stelle noch keinen unverhältnismäßigen Nachteil des beaufsichtigten Unternehmens dar.

3. In ihrer auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bringt die beschwerdeführende Gesellschaft vor, es sei nicht nachvollziehbar, worauf die Finanzmarktaufsichtsbehörde ihren Verdacht gründe, dass die beschwerdeführende Gesellschaft ein Bankgeschäft ohne die erforderliche Konzession betreibe: Weder die im Akt der Finanzmarktaufsichtsbehörde befindlichen Dokumente noch die Begründung des vor dem Bundesverwaltungsgericht in Beschwerde gezogenen Bescheides könnten einen entsprechenden "Anfangsverdacht" begründen; wie sich aus dem von der Finanzmarktaufsichtsbehörde veröffentlichten Leitfaden ergebe, unterlägen die von der beschwerdeführenden Gesellschaft durchgeführten Geschäfte nicht der Aufsicht der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Vielmehr liege der Verdacht nahe, die Finanzmarktaufsichtsbehörde wolle durch das Ersuchen um Übermittlung bestimmter Unterlagen die für das Strafverfahren erforderlichen, bisher aber nicht vorhandenen Beweise organisieren. Ferner hätte das Ersuchen um Übermittlung der Unterlagen nicht auf § 22b FMABG gestützt werden können: Diese Bestimmung bilde lediglich die

3

Grundlage für ein schlicht hoheitliches – nicht sanktionsbewehrtes – Auskunftsverlangen, das überdies nur Befragungen und Vor-Ort-Besichtigungen, nicht aber Aufforderungen zur Übermittlung von Unterlagen umfasse und im Fall einer juristischen Person dem zuständigen außenvertretungsbefugten Organ – und nicht der juristischen Person zu Händen ihres rechtlichen Vertreters – zugestellt werden müsse. Darüber hinaus sei zu bemerken, dass die Finanzmarktaufsichtsbehörde am 22. Februar 2017 wegen vermeintlicher Übertretung der §§ 146 und 153 StGB sowie § 15 KMG eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft Innsbruck übermittelt habe, woraufhin ein gerichtliches Strafverfahren gegen die beschwerdeführende Gesellschaft eingeleitet worden sei. Dieses Strafverfahren betreffe denselben Sachverhalt wie das Verfahren vor der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Auch stimmten die von den Behörden jeweils von der beschwerdeführenden Gesellschaft angeforderten Unterlagen überein, was dazu führe, dass die Staatsanwaltschaft diese im Wege der Amtshilfe nach § 76 StPO von der Finanzmarktaufsichtsbehörde anfordern werde. Nicht nur dies, sondern auch die Tatsache, dass das Auskunftsersuchen der Finanzmarktaufsichtsbehörde ausdrücklich dazu diene, einen möglichen Verstoß gegen das Bankwesengesetz zu überprüfen, erweise einen Verstoß gegen den Zwang zur Selbstbeichtigung durch die Herausgabe der von der Finanzmarktaufsichtsbehörde geforderten Unterlagen. Insofern hätte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden müssen, um einen gravierenden Eingriff in die Grundrechte der beschwerdeführenden Gesellschaft hintanzuhalten. Da die beschwerdeführende Gesellschaft ihre operative Geschäftstätigkeit bis auf Weiteres eingestellt habe, stünden der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegen. Schließlich sei das Begehren der Finanzmarktaufsichtsbehörde auch als überschießend zu werten und verletze – insbesondere hinsichtlich der angeforderten Kundenliste – berechnete Geheimhaltungsinteressen der beschwerdeführenden Gesellschaft.

4. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde erstattete eine Äußerung, in welcher sie dem Beschwerdevorbringen entgegentritt. Hiezu führt die Finanzmarktaufsichtsbehörde – zusammengefasst – aus, dass das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu Recht abgewiesen habe: Zum einen habe die beschwerdeführende Gesellschaft nicht hinreichend konkretisiert, worin der behauptete unverhältnismäßige Nachteil liege, zum anderen stünden der Gewährung der aufschiebenden Wirkung zwingende

4

öffentliche Interessen entgegen. Ob die beschwerdeführende Gesellschaft, wie von dieser behauptet, ihre operative Geschäftstätigkeit zwischenzeitlich eingestellt habe, könne ohne die geforderten Unterlagen nicht beurteilt werden. Des Weiteren sei entgegen dem Vorbringen der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Grund des von dieser herausgegebenen Kapitalmarktprospekts ein hinreichender Verdacht der konzessionslosen Durchführung von Kapitalfinanzierungsgeschäften vorgelegen. Dies genüge, um von der Mitwirkungspflicht des § 22b FMABG Gebrauch zu machen. Ob tatsächlich ein Verstoß gegen die Vorgaben des Bankwesengesetzes vorliege, sei im laufenden Ermittlungsverfahren zu klären. Ferner sei die beschwerdeführende Gesellschaft nicht im Recht, wenn sie behauptet, § 22b FMABG biete bloß die Grundlage für schlicht hoheitliche Auskunftsverlangen und Vor-Ort-Besichtigungen; eine derartige Ansicht stehe in Widerspruch zur herrschenden Meinung sowie zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Eine Verletzung des Selbstbezeichnungsverbotes scheidet schon deshalb aus, weil das Ermittlungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Damit könne keine Aussage darüber getroffen werden, wie die Geschäftstätigkeit der beschwerdeführenden Gesellschaft rechtlich zu beurteilen sei bzw. ob weitere Verfahren in dieser Angelegenheit erforderlich sein könnten. So habe auch der Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass sich ein im Ermittlungsverfahren ergangenes Auskunftsbegehren nicht schon deshalb als verfassungswidrig erweise, weil daraus ein Verwaltungsstrafverfahren gegen den Auskunftspflichtigen resultiere. In diesem Zusammenhang sei auch zu beachten, dass diesem Fall ein mit Zwangsstrafe vollstreckbarer Leistungsbescheid zugrunde liege und nicht eine Verwaltungsstrafe wegen der Verweigerung der Auskunftserteilung. Schließlich sei auch die Rechtsauffassung der beschwerdeführenden Gesellschaft, wonach die Staatsanwaltschaft im Wege der Amtshilfe Zugriff auf Informationen der Finanzmarktaufsichtsbehörde erhalten könnte, die in der Folge in einem gerichtlichen Strafverfahren verwendet würden, unzutreffend: Eine derartige Auffassung führte dazu, dass sich der Betroffene durch einen bloßen Hinweis auf einen möglichen Sachverhaltskonnex zu einem von einer anderen Behörde geführten Strafverfahren von seiner Verpflichtung zur Auskunftserteilung exkulpieren könne.

II. Rechtslage

1. § 22 und § 22b des Bundesgesetzes über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG), BGBl. I 97/2001, idF BGBl. I 118/2016, lauten (die in Prüfung gezogene Bestimmung – idF BGBl. I 70/2013 – ist hervorgehoben):

"Verfahrensbestimmungen

§ 22. (1) Die FMA ist zur Vollstreckung der von ihr erlassenen Bescheide, mit Ausnahme der Verwaltungsstrafbescheide, zuständig. Weiters ist die FMA zur Vollstreckung sämtlicher Entscheidungen, ausgenommen Verwaltungsstrafen, der Teilnehmer des ESFS im Rahmen jeweils des Art. 28 der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010 oder (EU) Nr. 1095/2010 befugt. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG, BGBl. Nr. 53, ist, soweit sich aus Abs. 2 nichts anderes ergibt, anzuwenden. An die Stelle der Behörde in § 53 Abs. 1 erster Satz VStG und § 53a erster Satz VStG tritt die gemäß dem VVG zuständige Vollstreckungsbehörde.

(2) Beschwerden gegen Bescheide der FMA und Vorlageanträge haben, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, keine aufschiebende Wirkung. 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 hiezu 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.

(2a) Über Beschwerden gegen Bescheide der FMA entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden bei denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Über eine Beschwerde ist, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, innerhalb der Frist zu erkennen, innerhalb der in erster Instanz zu entscheiden ist, spätestens jedoch nach sechs Monaten; die Frist beginnt mit Einlangen der Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht zu laufen.

(3) Verordnungen der FMA sind im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

(4) Die FMA hat Unterlagen und Aufzeichnungen von allgemeiner oder grundsätzlicher Bedeutung dauernd aufzubewahren. Der dauernden Aufbewahrungspflicht unterliegen jedenfalls die von ihr erlassenen Bescheide. Sonstige Unterlagen und Aufzeichnungen sind mindestens sieben Jahre aufzubewahren; diese Frist beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem

1. bei Dauerrechtsverhältnissen das Rechtsverhältnis geendet hat;

2. in den übrigen Fällen die FMA letztmalig in der betreffenden Angelegenheit tätig gewesen ist.

(5) Abweichend von § 9 Abs. 2 VStG wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Bestimmungen der in § 2 genannten Gesetze, die mit Verwaltungsstrafe bedroht sind, erst rechtswirksam, nachdem bei der FMA eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs. 2 VStG.

[...]

Unerlaubter Geschäftsbetrieb und Verstöße im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

§ 22b. (1) Zur Verfolgung der in § 98 Abs. 1 und 1a BWG, § 66 Abs. 1 ZaDiG, § 29 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010, § 60 Abs. 1 Z 1 AIFMG, § 94 Abs. 1 WAG 2007, § 48 Abs. 1 Z 1 und Abs. 6 BörseG, § 4 Abs. 1 Z 1 ZvVG, § 47 PKG und § 329 VAG 2016 genannten Übertretungen ist die FMA berechtigt, von natürlichen und juristischen Personen sowie von sonstigen Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit die erforderlichen Auskünfte einzuholen und die erforderlichen Daten zu verarbeiten; dieses Recht umfasst auch die Befugnis, in Bücher, Schriftstücke und EDV-Datenträger vor Ort Einsicht zu nehmen und sich Auszüge davon herstellen zu lassen.

(2) Nach anderen als in Abs. 1 genannten Bundesgesetzen bestehende Vorschriften über das Berufsgeheimnis bleiben von den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes unberührt."

2. § 13 und § 22 des Bundesgesetzes über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I 33/2013, idF BGBl. I 24/2017, lauten:

6

"Aufschiebende Wirkung

§ 13. (1) Eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat aufschiebende Wirkung.

(2) Die Behörde kann die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Ein solcher Ausspruch ist tunlichst schon in den über die Hauptsache ergehenden Bescheid aufzunehmen.

(3) Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 4 B-VG haben keine aufschiebende Wirkung. Die Behörde hat jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Bescheid zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit der sofortigen Verbindlichkeit der Weisung oder mit dem Andauern des Verhaltens der Behörde für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

(4) Die Behörde kann Bescheide gemäß Abs. 2 und 3 von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei aufheben oder abändern, wenn sich der maßgebliche Sachverhalt so geändert hat, dass seine neuerliche Beurteilung einen im Hauptinhalt des Spruchs anderslautenden Bescheid zur Folge hätte.

(5) Die Beschwerde gegen einen Bescheid gemäß Abs. 2 oder 3 hat keine aufschiebende Wirkung. Sofern die Beschwerde nicht als verspätet oder unzulässig zurückzuweisen ist, hat die Behörde dem Verwaltungsgericht die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verfahrens unverzüglich vorzulegen. Das Verwaltungsgericht hat über die Beschwerde ohne weiteres Verfahren unverzüglich zu entscheiden und der Behörde, wenn diese nicht von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung absieht, die Akten des Verfahrens zurückzustellen.

[...]

Aufschiebende Wirkung

§ 22. (1) Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG haben keine aufschiebende Wirkung. Das Verwaltungsgericht hat jedoch auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung mit Beschluss zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen mit dem Andauern der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

(2) Im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG kann das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung durch Beschluss ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist.

(3) Das Verwaltungsgericht kann Bescheide gemäß § 13 und Beschlüsse gemäß Abs. 1 und 2 auf Antrag einer Partei aufheben oder abändern, wenn es die Voraussetzungen der Zuerkennung bzw. des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung anders beurteilt oder wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über den Ausschluss bzw. die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde maßgebend waren, wesentlich geändert haben."

III. Bedenken des Gerichtshofes

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG), BGBl. I 97/2001, idF BGBl. I 70/2013, entstanden. 7
2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung § 22 Abs. 2 FMABG zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 8
3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen den hiemit in Prüfung gezogenen § 22 Abs. 2 FMABG folgende Bedenken: 9
 - 3.1. Gemäß § 13 Abs. 1 und 2 VwGVG hat eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG aufschiebende Wirkung. Die Behörde kann jedoch die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Auch dem Verwaltungsgericht steht es – unter den genannten Voraussetzungen – offen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung abzuerkennen (§ 22 Abs. 2 VwGVG). Entscheidungen über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung können sowohl von der Verwaltungsbehörde als auch vom Verwaltungsgericht geändert werden (§ 13 Abs. 4, § 22 Abs. 3 VwGVG). 10
 - 3.2. § 22 Abs. 2 erster Satz FMABG ordnet in Abweichung von der (grundsätzlichen) Bestimmung des § 13 Abs. 1 und 2 VwGVG an, dass Beschwerden gegen Bescheide der Finanzmarktaufsichtsbehörde und Vorlageanträgen, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, keine aufschiebende Wirkung zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann allerdings gemäß § 22 Abs. 2 zweiter Satz FMABG der Beschwerde auf Antrag die aufschiebende Wirkung – nach Anhörung der Finanzmarktaufsichtsbehörde – zuerkennen, insoweit dem nicht zwingende 11

öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. In diesem Fall 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.

Die Materialien erläutern (ErlRV 2196 BlgNR, 24. GP, 3) hiezu wie folgt:

12

"Behördliche Maßnahmen im Finanzmarkt bedürfen einer erhöhten Effektivität und Durchsetzungskraft; sie müssen insbesondere rasch ergriffen und unverzüglich vollzogen werden können. Eine grundsätzlich aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln nach nationalem Verfahrensrecht birgt die Gefahr, dass durch eine verspätet vollziehbare Aufsichtsmaßnahme das vorgegebene Regulierungsziel nicht mehr erreichen kann. Es sind daher für den Bereich des Finanzmarktes in AVG-Verfahren besondere verfahrensrechtliche Regelungen erforderlich. Der Beschwerde gegen einen Bescheid der FMA kann vom Bundesverwaltungsgericht unter bestimmten Voraussetzungen die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden.

[...]

Während bisher gemäß § 22 Abs. 2 FMABG gegen Bescheide der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) nach dem AVG keine Berufung zulässig ist, wird künftig auch gegen solche Bescheide der FMA ausnahmslos das Verwaltungsgericht des Bundes mit Beschwerde angerufen werden können. Wiewohl für das Verfahrensrecht vor dem Verwaltungsgericht des Bundes aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben mit dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013 ein eigenes Bundesgesetz erlassen wird, sieht Art. 136 Abs. 2 B-VG vor, dass in den einzelnen Gebieten der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen verfahrensrechtliche Regelungen getroffen werden können, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind. Damit soll materienspezifischen Besonderheiten u.a. durch die Erlassung von sonderverfahrensrechtlichen Regelungen Rechnung getragen werden.

Mit der vorgeschlagenen Novelle des FMABG wird von der verfassungsrechtlich eingeräumten Ermächtigung Gebrauch gemacht, für den Bereich der Finanzmarktaufsicht eigene verfahrensrechtliche Regelungen zu schaffen. Damit soll vor allem auf die Besonderheiten der europarechtlich determinierten Aufsicht über den Finanzmarkt reagiert werden.

Zu diesen Besonderheiten zählt: Der Finanzmarkt ist im Vergleich zur Gesamtwirtschaft auch unter optimalen regulatorischen Bedingungen besonders volatil. Behördliche Maßnahmen auf diesem Markt (zum Beispiel die Bestellung eines

Regierungskommissärs, die Untersagung der Geschäftsleitung, der Entzug der Konzession, die Untersagung von Kapital- und Gewinnentnahmen sowie diese Maßnahmen vorbereitende bescheidförmige Auskunftersuchen etc.) bedürfen dementsprechend einer erhöhten Effektivität und Durchsetzungskraft; sie müssen insbesondere rasch ergriffen und unverzüglich vollzogen werden können.

Aufgrund der Lehren aus der letzten Finanzmarktkrise muss im Bereich der Finanzmarktaufsicht effektiv sowohl durch rasch ergriffene und unverzüglich vollzogene als auch europaweit gleichermaßen gesetzte Maßnahmen gehandelt werden. Beides zählt zu den wesentlichen Regulierungszielen des jüngsten europäischen Finanzmarktrechtes. Zu diesem Zweck wird die europäische Finanzmarktregulierung zunehmend durch national unmittelbar anwendbares, europaweit vollharmonisiertes Ordnungsrecht gesetzt. Im Sinne des sogenannten *single rule book* hat die FMA im Einklang mit ihren europäischen Schwesterbehörden sowohl europäische Verordnungen mit Gesetzescharakter als auch solche ohne Gesetzescharakter – sogenannte Durchführungsverordnungen – zu vollziehen. Eine grundsätzlich aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln nach nationalem Verfahrensrecht birgt in diesem Zusammenhang die Gefahr, die genannten Regulierungsziele zu vereiteln, indem eine verspätet vollziehbare Aufsichtsmaßnahme das europarechtlich vorgegebene Regulierungsziel aufgrund der Volatilität des Finanzmarktes nicht mehr erreichen kann oder zumindest das Ziel eines gleichmäßiges aufsichtsrechtlichen Vorgehens in ganz Europa untergräbt. Eine solche Folge wäre als Verstoß gegen das europäische Effektivitätsprinzip in Gestalt des Vereitelungsverbots zu werten.

Der liberalisierte Binnenmarkt hat im Finanzsektor zu besonders starken Verflechtungen geführt. Diese Entwicklung schlägt sich in einer zunehmend gemeinsamen Beaufsichtigung von Kreditinstituten, Versicherungen, Wertpapierfirmen etc. durch die nationalen Aufsichtsbehörden im Rahmen von Aufsichtskollegien nieder. Könnte eine Maßnahme, die europaweit in Aufsichtskollegien abgestimmt ist, je nach der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln gemäß dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht nur unterschiedlich effektiv vollzogen werden, würde die gemeinsame Beaufsichtigung und das ihr zugrunde liegende vollharmonisierte Aufsichtsrecht ineffektiv werden. Mithin gilt es, eine mögliche Regulierungsarbitrage zu verhindern. Nur wenn eine Aufsichtsmaßnahme grundsätzlich unabhängig von den jeweiligen nationalen Rechtsmitteln vollzogen werden kann, was der Rechtslage in den meisten europäischen Jurisdiktionen entspricht, kann ein Konflikt mit dem Grundsatz der rechtlichen Vollharmonisierung im europäischen Finanzbinnenmarkt und dem damit verfolgten Ziel, Regulierungs- und Aufsichtsarbitrage zu verhindern, vermieden werden.

Unter diesen Gesichtspunkten sind für den Bereich des Finanzmarktes in AVG-Verfahren besondere verfahrensrechtliche Regelungen erforderlich.

[...]

Mit der vorgeschlagenen Bestimmung wird die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Bescheide der FMA (ebenso wie von nachfolgenden Vorla-

geanträgen) an das Verwaltungsgericht des Bundes kraft Gesetzes ausgeschlossen, die nach den Vorschriften des AVG erlassen worden sind.

Mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung soll den einleitend dargestellten Bedürfnissen der erhöhten Effektivität und sofortigen Durchsetzungsfähigkeit von Bescheiden der FMA im Hinblick auf den hoch volatilen Verwaltungsgegenstand und die europäische Harmonisierung der Regulierungsverwaltung in Finanzaufsichtsangelegenheiten Rechnung getragen werden. Diesen Bedürfnissen werden die allgemeinen Regelungen nicht hinreichend gerecht.

Für den gesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung finden sich in der österreichischen Rechtsordnung bereits zahlreiche Beispiele (vgl. § 12 Abs. 2 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984, § 320 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006, § 12 Abs. 3 Waffengesetz 1996, § 39 Abs. 6 VStG und § 56 Abs. 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz).

Zur Wahrung des rechtsstaatlichen Prinzips wird dem Verwaltungsgericht des Bundes die Möglichkeit eingeräumt, die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Bescheide – einschließlich bescheidmäßiger Beschwerdeentscheidungen – auf Antrag im Einzelfall zuzuerkennen, wenn nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung kraft Gesetzes ist die gesetzgeberische Wertung verbunden, dass das Interesse am Vollzug des angefochtenen Bescheides regelmäßig überwiegt.

Die Möglichkeit einer neuerlichen Entscheidung über die aufschiebende Wirkung durch das Verwaltungsgericht des Bundes wird für den Fall verankert, dass sich die Entscheidungsvoraussetzungen maßgeblich geändert haben."

3.3. Gemäß Art. 136 Abs. 2 letzter Satz B-VG können durch Bundes- oder Landesgesetz Regelungen über das Verfahren der Verwaltungsgerichte getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich – im Sinne von "unerlässlich" – sind oder soweit das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz als kodifizierendes Bundesgesetz im Sinne des Art. 136 Abs. 2 B-VG dazu ermächtigt. Eine solche Ermächtigung ist mangels einer vom Gesetzgeber beabsichtigten umfassenden Freistellung von der Prüfung am Erforderlichkeitsmaßstab nicht in § 58 Abs. 2 und 3 VwGVG zu erblicken (VfSlg. 19.905/2014, 19.921/2014, 19.922/2014, 19.969/2015). Die für abweichende Regelungen in einem Materienengesetz erforderliche "Unerlässlichkeit" kann sich aus besonderen Umständen oder aus dem Regelungszusammenhang mit den materiellen Vorschriften ergeben (VfSlg. 19.969/2015, 20.008/2015).

3.4. Darüber hinaus geht der Verfassungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 11 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 2 B-VG davon aus, dass von den allgemeinen Bestimmungen der Verfahrensgesetze abweichende Regelungen nur dann zulässig sind, wenn sie nicht anderen Verfassungsbestimmungen, wie etwa dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes, widersprechen (vgl. VfSlg 15.218/1998, 17.346/2004, 19.921/2014, 19.922/2014, 19.969/2015, 20.008/2015). 14

3.4.1. Der Verfassungsgerichtshof führte im Hinblick auf den Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes in seiner Rechtsprechung zur Zulässigkeit der von den allgemeinen Verfahrensgesetzen abweichenden Regelungen über die aufschiebende Wirkung aus, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der vorläufigen Wirkung zulässiger Rechtsmittel bis zur Entscheidung darüber neben der Stellung des Rechtsmittelwerbers auch Zweck und Inhalt der Regelung, die Interessen Dritter sowie das öffentliche Interesse zu berücksichtigen hat und unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich schaffen muss, wobei dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfes der Vorrang zukommt und die Einschränkung dieses Grundsatzes nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist (VfSlg. 11.196/1986, 13.003/1992, 15.511/1999, 16.460/2002, 17.346/2004, 18.383/2008, 19.969/2015). Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes beziehen sich diese Vorgaben auf alle Arten behördlicher Verfahren (VfSlg. 17.346/2004). 15

3.4.2. Nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes scheint der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in § 22 Abs. 2 FMABG dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes insoweit zu widersprechen, als der Gesetzgeber bei der Erlassung dieser Bestimmung dem Interesse des einzelnen Betroffenen, nicht generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung so lange belastet zu werden, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist, nicht hinreichend Rechnung getragen haben dürfte (vgl. auch VfSlg. 19.921/2014). Dies folgt nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes insbesondere daraus, dass § 22 FMABG einer Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde entgegenstehen dürfte: Eine Entscheidung darüber kann gemäß § 22 Abs. 2 FMABG nur das Bundesverwaltungsgericht fällen, womit dem Betroffenen offenbar erst nach der 16

Vorlage der Beschwerde und Anhörung der Finanzmarktaufsichtsbehörde – nicht jedoch bereits im Rahmen des Beschwerdeverfahrens – einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden kann. Es wird zu prüfen sein, ob diese Bestimmungen den Rechtsschutzinteressen des Betroffenen hinreichend Rechnung tragen.

3.5. Darüber hinaus geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass § 22 Abs. 2 FMABG den Grundsatz des § 13 Abs. 1 VwGVG umkehrt, wonach einer Beschwerde an das Verwaltungsgericht grundsätzlich (wenn die Verwaltungsbehörde die aufschiebende Wirkung nicht gemäß § 13 Abs. 2 VwGVG ausschließt) die aufschiebende Wirkung zukommt. Der Verfassungsgerichtshof hat das vorläufige Bedenken, dass diese Bestimmung des § 22 Abs. 2 FMABG vor dem Hintergrund der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 136 Abs. 2 B-VG bzw. Art. 11 Abs. 2 B-VG nicht als "unerlässliche" Abweichung von den allgemeinen Verfahrensgesetzen anzusehen ist. 17

3.6. Der Verfassungsgerichtshof übersieht nicht, dass es – wie etwa der vorliegende Beschwerdefall zeigt – zahlreiche Sachverhalte gibt, in denen das öffentliche Interesse an der sofortigen Umsetzung eines Bescheides der Finanzmarktaufsichtsbehörde das Rechtsschutzinteresse des Betroffenen überwiegt. § 22 Abs. 2 FMABG erfasst allerdings – abseits der Strafverfahren – Beschwerden gegen jegliche Entscheidungen der Finanzmarktaufsichtsbehörde, darunter auch solche, die nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes mit keiner besonderen Dringlichkeit verbunden sind (wie etwa Kostenbescheide der Finanzmarktaufsichtsbehörde gemäß § 19 Abs. 5 FMABG oder Zinsvorschreibungen gemäß § 97 BWG). 18

Der Verfassungsgerichtshof wird im Gesetzesprüfungsverfahren auch zu klären haben, ob bestimmte Konstellationen im Verfahren vor der Finanzmarktaufsichtsbehörde (vgl. dazu etwa VfSlg. 19.969/2015) eine Abweichung von den allgemeinen Verfahrensgesetzen als unerlässlich erscheinen lassen können. 19

4. An diesen Erwägungen scheint auch der vom Gesetzgeber in den Materialien dargelegte unionsrechtliche Hintergrund des Finanzmarktaufsichtsrechts nichts zu ändern: Zum einen dürfte sich der grundsätzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gemäß § 22 Abs. 2 FMABG auch auf vom Unionsrecht nicht erfasste Verfahren der Finanzmarktaufsichtsbehörde beziehen, zum 20

anderen scheint das Unionsrecht – nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union – der Zuerkennung einstweiligen Rechtsschutzes nicht prinzipiell entgegenzustehen. Vielmehr herrscht auch im Unionsrecht der Grundsatz eines effektiven Rechtsschutzes (vgl. EuGH 19.6.1990, Rs. C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433; 21.2.1991, verb. Rs. C-143/88, C-92/89, *Süderdithmarschen*, Slg. 1991, I-415; 13.3.2007, Rs. C-432/05, *Unibet*, Slg. 2007, I-2271).

IV. Ergebnis

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 22 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG), BGBl. I 97/2001, idF BGBl. I 70/2013, von Amts wegen auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. 21
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein. 22
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 23

Wien, am 11. Oktober 2017

Der Präsident:
Dr. HOLZINGER

Schriftführer:
Mag. FRIEDL

