

# TE Bvg Erkenntnis 2020/1/20 W172 2110735-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.01.2020

## Entscheidungsdatum

20.01.2020

## Norm

B-VG Art133 Abs4

BWG §97 Abs1 Z4

FMABG §22 Abs2a

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W172 2110735-2/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. Martin MORITZ als Vorsitzenden und die Richterinnen Mag. Dr. Sibyll BÖCK und Dr. Doris KOHL MJC als Beisitzerinnen über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch RA Dr. Friedrich Jergitsch, Seilergasse 10, 1010 Wien, gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 11.05.2015, GZ FMA-KI23 5129/0030-SGB/2014, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 18.12.2015 zu Recht erkannt:

A)

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

#### I. Verfahrensgang

1. Mit Schreiben vom 04.09.2014 erstattete die Beschwerdeführerin, nämlich die XXXX (im Folgenden auch: "KF") der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden auch: "FMA") die Meldung einer Überschreitung der Großkreditgrenze.
2. Hierauf schrieb die belangte Behörde der Beschwerdeführerin mit Mandatsbescheid vom 24.10.2014, GZ: FMA-KI23 5129/0022-SGB/2014, Zinsen gemäß § 97 Abs. 1 Z 4 BWG in der Höhe von EUR 210.904,10 gemäß Art. 395 Abs. 1 der

Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2020, ABI L 321/6 vom 30.11.2013 (Im Folgenden auch: "CRR") vor.

3. Gegen diesen Mandatsbescheid er hob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11.10.2014 fristgerecht Vorstellung.

4. Mit Schreiben vom 20.11.2014 räumte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu einer Stellungnahme ein, hiervon machte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 09.12.2014 Gebrauch.

5. Der im Spruch angeführte Bescheid der FMA vom 11.05.2015 (im Folgenden auch: "Bescheid"), zugestellt der Beschwerdeführerin am gleichen Tag, weist folgenden Spruch auf:

"Der Meldung an die FMA durch die KF, deren Auswertung, sowie der Stellungnahme des Kreditinstitutes vom 04.09.2014 ist zu entnehmen, dass folgende Verletzung des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 1993/532 idFBGBl. I Nr. 2014/13, aufgetreten ist:

Melder-ID

Monat

Überschr. in Mio. ?

Zinsen in ?

KF

201408

63,7

104.712,33

KF

201409

64,6

106.191,77

Für die Überschreitung der Obergrenze für Großkredite gemäß Art. 395 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 errechnen sich gemäß § 97 Abs. 1 Z 4 BWG idFBGBl. I Nr. 2014/13 Abschöpfungszinsen in der Höhe von ? 210.904,10 und es werden in Anwendung von § 39 Abs 2 iVm § 37 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes idgF (AVG) somit

? 210.904,10

(Euro zweihundertzehntausendneunhundertvier 10/100)

zur Zahlung vorgeschrieben.

Dieser Betrag ist innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Bescheides auf das Konto Nr. 1-553-3; IBAN: AT330010000000115533; BIC: NABAATWW bei der Oesterreichischen Nationalbank (BLZ 00100), lautend auf "Finanzmarktaufsichtsbehörde" gemäß Finanzmarktaufsichtsgesetz, BGBl I Nr. 97/2001 - Subkonto für Abschöpfungszinsen" einzuzahlen."

6. Hiergegen wurde mit Schriftsatz vom 08.06.2015, bei der belangten Behörde am 10.06.2015 eingebbracht, Beschwerde erhoben (OZ 1 des BVwG-Aktes; im Folgenden sind mit der Angabe von "OZ" Teile des BVwG-Aktes gemeint) und die Anträge gestellt, das Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden auch: "BVwG") möge u.a. (.) den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes ersatzlos aufheben; (.) in eventu, den Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes dahin abändern, dass die Beschwerdeführerin für jene Zeiträume, in denen sie die Obergrenze für Großkredite gemäß Art. 395 Abs. 1 CRR nicht überschritten habe, keine Abschöpfungszinsen zu bezahlen habe, sie also bloß Abschöpfungszinsen für die Dauer der tatsächlichen Überschreitung, sohin von nur vier

Tagen, zu bezahlen habe; (.) in eventu den Bescheid dahin abändere, dass die Beschwerdeführerin für die Überschreitung der Obergrenze für Großkredite gemäß Art. 395 Abs. 1 CRR Abschöpfungszinsen lediglich für die Dauer von nur dreißig Tagen zu bezahlen habe.

7. Weiters wurde gleichzeitig mit der Beschwerde auch ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 22 Abs. 2 FMABG gestellt. Dieser wurde aber mit Schreiben der Beschwerdeführerin vom 17.09.2015 zurückgezogen (OZ 3).

Das Bundesverwaltungsgericht stellte daraufhin mit Beschluss vom 30.10.2015, Zl. W172 2110735-1/5E das Verfahren betreffend diesen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß §§ 28 Abs. 1 und 31 Abs. 1 VwGVG ein (Spruchpunkt A.), die Revision wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt (Spruchpunkt B.).

8. Mit Schreiben der FMA vom 15.07.2015 wurde eine Stellungnahme zu den Beschwerdegründen (bzw. auch zum Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung) erstattet (OZ 12/1).

9. Am 18.12.2015 wurde eine Verhandlung vor dem BVwG (OZ 6) durchgeführt.

An dieser Verhandlung nahmen drei Vertreter der FMA und zwei Vertreter der berufsmäßigen Parteienvertreter (im Folgenden auch: "RV") der Beschwerdeführerin teil.

Die Verhandlung wurde ohne Verkündung der Entscheidung (gemäß § 29 Abs. 3 VwGVG) geschlossen.

Der Niederschrift der Verhandlung (OZ 6) wurde ein Screenshot eines Kunden, der sich bei der FMA beschwert hat, als Anlage beigefügt (s. Blg. ./1 zu OZ 6).

10. Mit Schreiben vom 08.03.2016 wurde eine schriftliche Stellungnahme von der Beschwerdeführerin eingebracht, in der weiterhin ihr Vorbringen und ihre Anträge aufrecht gehalten wurden (OZ 12.2).

11. Mit Schreiben vom 09.03.2016 erstattete die FMA schriftlich ein ergänzendes Vorbringen und stellte den Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge den Bescheid der belangten Behörde bestätigen und die Beschwerde als unbegründet abweisen (OZ 12.3).

12. In Erwiderung auf das schriftliche Parteiengehör des BVwG, im Besonderen zum zwischenzeitlich ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs (im Folgenden auch: "EuGH") vom 07.08.2018, Rs. C-52/17, übermittelten die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 16.09.2019 (OZ 16) und die FMA mit Schreiben vom gleichen Tag (OZ 17) jeweils eine schriftliche Stellungnahme.

13. Nach schriftlicher Aufforderung des BVwG übermittelten die FMA mit Schreiben vom 02.10.2019 (OZ 20) und die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 04.10.2019 (OZ 21) jeweils schriftliche Stellungnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

Von Freitag, 29.08.2014 bis Montag, den 01.09.2014 lag eine Überschreitung der Großkreditgrenze beim Geschäftspartner XXXX (im Folgenden auch: "BNM") vor. Diese Überschreitung resultierte aus Einzahlungen auf das USD-Konto der KF bei der BNM sowie einem fälligen EUR/USD FX Swap, wobei aufgrund eines Dispositionsfilters am Freitag, den 29.08.2014 diese Überschreitung nicht mehr wegdisponiert werden konnte. Sie wurde erst im Rahmen des tourlichen Monitorings festgestellt und am 02.09.2014, da am 01.09.2014 der US-Feiertag Labor-Day gewesen ist, durch Abdisponierung des USD-Kontos bereinigt.

2. Beweiswürdigung

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Akten der belangten Behörde und des Bundesverwaltungsgerichtes sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 18.12.2015.

Die Feststellungen beruhen auf den Inhalt der angeführten Akten der belangten Behörde und des Bundesverwaltungsgerichtes sowie auf das Ergebnis der Verhandlung. An der Echtheit der Quellen und am Wahrheitsgehalt der Angaben sind keine Zweifel hervorgekommen. Zudem wird der Sachverhalt von beiden Parteien nicht bestritten (s. OZ 6, S. 3).

3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, zum anzuwendenden Recht und zur Zulässigkeit der Beschwerden

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

Gemäß § 22 Abs. 2a Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG) entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden, bei denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde.

Der Vorschrift des § 22 Abs. 2a FMABG nach liegt somit gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwGVG) geregelt (§ 1 leg. cit.). Gemäß § 59 Abs. 1 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, unberührt.

Gemäß § 17 VwGVG, BGBI. I 33/2013 idF BGBI. I 122/2013, sind, soweit nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG insbesondere die Bestimmungen des AVG und jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in jenem Verfahren, das dem Verwaltungsgericht vorangegangen ist, angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. In welchen Fällen ein Verfahren einzustellen ist, regelt das VwGVG nicht.

Der angefochtene Bescheid wurde der Beschwerdeführerin am 11.05.2015 zugestellt, die gegenständliche Beschwerde wurde am 05.06.2015 eingebbracht.

Die gegenständliche Beschwerde ist somit rechtzeitig und auch zulässig.

### 3.2. Zu Spruchpunkt A)

#### 3.2.1. Rechtslage und anwendbare Bestimmungen

Art. 395 Abs. 1 CRR lautet auszugsweise:

"Artikel 395

Obergrenze für Großkredite

(1) Ein Institut hält gegenüber einem Kunden oder einer Gruppe verbundener Kunden nach Berücksichtigung der Wirkung der Kreditrisikominderung gemäß den Artikeln 399 bis 403 keine Risikoposition, deren Wert 25 % seiner anrechenbaren Eigenmittel übersteigt. Ist der Kunde ein Institut oder gehört zu einer Gruppe verbundener Kunden ein oder mehr als ein Institut, so darf der Risikopositionswert den jeweils höheren Wert von entweder 25 % der anrechenbaren Eigenmittel oder 150 Mio. EUR nicht übersteigen, sofern nach Berücksichtigung der Wirkung der Kreditrisikominderung gemäß den Artikeln 399 bis 403 die Summe der Risikopositionswerte gegenüber sämtlichen verbundenen Kunden, die keine Institute sind, 25 % der anrechenbaren Eigenmittel des Instituts nicht übersteigt.

Ist der Betrag von 150 Mio. EUR höher als 25 % der anrechenbaren Eigenmittel des Instituts, so darf der Risikopositionswert nach Berücksichtigung der Wirkung der Kreditrisikominderung gemäß den Artikeln 399 bis 403 nicht über eine angemessene Obergrenze in Bezug auf die anrechenbaren Eigenmittel des Instituts hinausgehen. Diese Obergrenze wird von den Instituten im Einklang mit den Grundsätzen und Verfahren gemäß Artikel 81 der Richtlinie 2013/36/EU zur Steuerung und Begrenzung des Konzentrationsrisikos festgelegt. Die Obergrenze darf 100 % der anrechenbaren Eigenmittel des Instituts nicht überschreiten.

Die zuständigen Behörden können eine niedrigere Obergrenze als 150 Mio. EUR festlegen und setzen die EBA und die Kommission davon in Kenntnis."

§ 97 Abs. 1 Z 4 Bankwesengesetz (BWG) BGBI. 532/1993 i.d.F. BGBI. I 117/2015 lautet:

"§ 97. (1) Die FMA hat den Kreditinstituten und der Zentralorganisation bei einem Kreditinstitute-Verbund gemäß § 30a für folgende Beträge Zinsen vorzuschreiben:

[...]

4. 2 vH der Überschreitung der Obergrenze für Großkredite gemäß Art. 395 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, gerechnet pro Jahr, für 30 Tage, ausgenommen der Aufsichtsmaßnahmen nach § 70 Abs. 2 oder bei Überschuldung des Kreditinstitutes."

### 3.2.2. In der Sache

3.2.2.1. Die belangte Behörde führte im bekämpften Bescheid im Wesentlichen begründend aus, dass nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden auch: "VwGH") vom 22.02.1999, Zl. 96/17/0006 die Berechnung von Abschöpfungszinsen nicht nach einzelnen Tagen zu erfolgen habe; vielmehr seien Abschöpfungszinsen stets für einen pauschalierten Zeitraum von 30 Tagen zu bezahlen, selbst wenn die Überschreitung der Großkreditgrenze an bloß einem Tag erfolgt sei. Dies entspreche der langjährigen Rechtsprechung des VwGH.

Dem widersprach die Beschwerdeführerin im Folgenden zusammengefasst, indem sie darauf verwies, dass in der von der belangten Behörde zitierten Entscheidung des VwGH die Frage der Berechnung von Abschöpfungszinsen nach der damaligen Rechtslage gemäß § 97 Abs. 1 Z 6 BWG i.d.F. BGBl. Nr. 383/1995 beurteilt worden sei. Danach habe der VwGH die Berechnung der Abschöpfungszinsen für einen pauschalierten Zeitraum von 30 Tagen aus dem Wortlaut dieser Regelung sowie aus dem Umstand, dass Kreditinstitute die Überschreitung der Großveranlagungs-, nunmehr: Großkreditgrenzen lediglich auf monatlicher Basis gemäß § 74 Abs. 1 BWG in ihren Monatsausweisen zu melden hätten, abgeleitet.

Zur Formulierung des § 97 Abs. 1 Z 4 BWG hinsichtlich der Berechnung der Abschöpfungszinsen ("gerechnet pro Jahr, für 30 Tage") führte die Beschwerdeführerin an, dass dies als Hinweis zu verstehen sei, wonach die Berechnung tageweise anhand eines Zinstagequotienten zu erfolgen habe, der sich nach der Annahme, dass jedes Monat 30 Tage enthalte, in Anwendung der 30/365-Zinskonvention errechnet werde. Dem auf das Legalitätsprinzip berufende Argument der belangten Behörde, das eine tagegenaue Berechnung der Abschöpfungszinsen ausschließe, entgegnete die Beschwerdeführerin, dass die belangte Behörde in Wahrheit keiner bloßen Wortinterpretation folgen würde, denn andernfalls müsste die Formulierung wie folgt lauten: "für 30 Tage oder ein Vielfaches davon, wobei Überschreitungen für eine nicht durch 30 Tage teilbare Anzahl von Tagen auf die nächste durch 30 teilbare Zahl aufgerundet werden". Einer derartigen Auslegung würde freilich jegliche rechtliche Grundlage fehlen.

Die von der belangten Behörde gemachten Judikaturbelege wurden von der Beschwerdeführerin auch insofern bestritten, als der VwGH seit Wegfall der monatlichen Meldepflicht nicht mehr ausgesprochen habe, dass die Abschöpfungszinsen pauschal für 30 Tage vorzuschreiben seien. Eigentlich müsse in Bezug auf die Rechtsauffassung des VwGH, wonach Abschöpfungszinsen als Pauschalbetrag für 30 Tage vorzuschreiben seien, da seinerzeit gemäß § 74 Abs. 1 BWG nur monatweise über Überschreitungen der Großkreditgrenze zu berichten gewesen sei, nach Ansicht der Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt des Abschöpfungscharakters dieser Maßnahme diese pauschal an einer Überschreitung innerhalb einer Reporting-Periode anknüpfen. Es dürfe konsequenterweise dann auf jeweils eine Überschreitung je Reporting-Periode auch nur ein Abschöpfungspauschalbetrag entfallen, selbst wenn eine Überschreitung innerhalb einer Reporting-Periode über den Monatsultimo hinaus erfolgen sollte, wie dies vorliegend der Fall sei.

Die Beschwerdeführerin führte weiters aus, wenn Abschöpfungszinsen lediglich der Vorteilsabschöpfung dienen sollten, so habe die Bemessung anhand des Überschreitungszeitraumes zu erfolgen. Die Bemessung für einen pauschalierten Zeitraum von 60 Tagen überschreite aber um das 15-fache die gegenständliche Dauer der Überschreitung der Großkreditgrenze von nur vier Tagen. Auch würde durch den vorgeschriebenen Zinssatz in Höhe von 2 % bereits eine Pauschalierung vorgenommen werden, bei der äußerst unsicher sei, ob diese dann tatsächlich mit Kreditzinsen hätte erzielt werden können.

Zudem habe dort, wo eine pauschale Leistungsmaßnahme im Wege einer Abschöpfung den vom Kreditinstitut erzielbaren denkmöglichen Vorteil krass übersteige, Strafcharakter. Vorliegend sei dies der Fall, da in 4 Tagen nicht Zinsen in Höhe von 2 % p.a. für 60 Tage "verdient" werden würden. Eine "Bereitschaft zu Verstößen" liege evident nicht vor, weil die Überschreitung unstrittig durch ein Versehen, ohne eigene Aktivität der Beschwerdeführerin (Eingang einer Geldüberweisung auf einem Nostro-Konto der Beschwerdeführerin) eingetreten sei. Der Hinweis der belangten Behörde auf eine sonst eintretende "Wirkungslosigkeit" gehe ins Leere, da für Organe von Kreditinstitut, die durch

Verletzung von Ordnungsnormen Marktvorteile haben erzielen wollen, andere Maßnahmen zur Verfügung stehen würden. Die Abschöpfung unterlaufe daher den verfassungsrechtlichen Schutz vor Bestrafung mangels den im Strafrecht gebotenen Rechtsschutzelementen und sei daher jedenfalls rechtswidrig. Mit der von der belangten Behörde vertretenen Auslegung des § 97 Abs. 1 BWG würde dieser Norm sogar ein verfassungswidriger Inhalt unterstellt werden.

Zum zwischenzeitlich ergangenen Urteils des EuGH vom 07.08.2018, Rs C-52/17 merkte die Beschwerdeführerin an, dass der EuGH erkannt habe, dass - im Sinne einer größtmöglichen Harmonisierung durch die CRR - die Mitgliedsstaaten bei Überschreitung der Großkreditgrenze (Art. 395 Abs. 1 CRR) keine Maßnahmen nach ihrem nationalen Recht, sondern eine Verwaltungssanktion oder andere Verwaltungsmaßnahme im Sinne von Art. 65 Abs. 1 der Richtlinie 2013/36/EU (im Folgenden auch: "CRD IV") zu verhängen hätten. Anschließend habe der EuGH die in § 97 Abs. 1 Z 4 BWG vorgesehenen Abschöpfungszinsen als Verwaltungsmaßnahme eingeordnet (EuGH 07.08.2018, C-52/17, Rz. 41 f.). Art. 65 Abs 1 der CRD IV sehe nämlich vor, dass Verwaltungssanktionen und andere Verwaltungsmaßnahmen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssten. Diesen kumulativen Anforderungen und den damit einhergehenden Implikationen für das österreichische Recht werde durch Abschöpfungszinsen, die von der FMA entgegen dem Gesetzeswortlaut pauschaliert errechnet und im Rahmen eines Mandatsbescheids vorgeschrieben werden würden, nicht Genüge getan. Wenn nämlich eine Verwaltungsmaßnahme verhältnismäßig und gleichzeitig abschreckend sein soll, dann muss die Maßnahme naturgemäß über eine bloße Vorteilsabschöpfung hinausgehen, jedenfalls aber auch einzelfallbezogen den tatsächlich erlangten Vorteil sowie das Verschulden entsprechend berücksichtigen. Dafür spreche auch Erwägungsgrund 37 der CRD IV, aus dem hervorgehe, dass den Umständen des Einzelfalls bei der Verhängung der Verwaltungsmaßnahmen Rechnung zu tragen sei.

In der verhängten behördlichen Maßnahme sei nach Sicht der Beschwerdeführerin zwei pönale Elemente auf eine sich potenzierenden Weise miteinander verknüpft, nämlich dass mit der Bemessung der Abschöpfungszinsen erfolgte 15-fache Überschreiten des tatsächlichen Bezugszeitraums sowie die Anwendung eines Zinssatz von 2 %, der den seinerzeitigen Referenzzinssatz der OeNB um mehr als den Faktor drei übersteige - dies deswegen, weil der Referenzzinssatz der OeNB von 4,75% p.a. am 1.1.1999 (ältere Sätze seien auf der Website der OeNB nicht mehr veröffentlicht worden) auf nunmehr 0,65% p.a. (unverändert seit 11.06.2014) zurückgegangen sei.

Die Voraussetzungen für eine automatische Vorschreibung durch einen Mandatsbescheid i.S.d. § 57 AVG würden der Beschwerdeführerin zufolge daher nicht vorliegen. Mandatsbescheide seien grundsätzlich in jenen Fällen zu erlassen, in denen die allgemeinen Voraussetzungen für die Erlassung des Bescheids bereits durch frühere Feststellungen ein für alle Mal gegeben oder notorisch seien und es sich nur um die Vorschreibung einer Gebühr oder anderen Geldleistung handeln würde. Es müsse also eine Bemessung ohne Ermittlung der Umstände des Einzelfalls möglich sein, was gegenständlich nicht der Fall sei.

Die Beschwerdeführerin führte weiters dazu aus, dass auch aus verfassungsrechtlicher Sicht der Gleichheitsgrundsatz gebiete, dass zwischen Höhe der Strafe und Schuld bzw. dem bewirkten Schaden ein angemessenes Verhältnis bestehen müsse (VfSlg 16.184/2001). Der Gesetzgeber habe darauf zu achten, dass die Vollziehung bei der Strafbemessung darauf Rücksicht nehmen könne (VfSlg 16.633/2002). Das Argument der Verwaltungsvereinfachung könne bei einer krassen Unverhältnismäßigkeit wie der hier vorliegenden keinesfalls greifen.

Die Bemessung der gegenständlichen Maßnahme, der ein strafender Charakter nicht abgesprochen werden könne, müsse daher in dem dafür adäquaten Verfahren nach dem VStG erfolgen, um zu gewährleisten, dass die Umstände des Einzelfalls entsprechend Berücksichtigung erfahren würden und insbesondere die Beschwerdeführerin die Gelegenheit hätte, sich im Hinblick auf ihr hier fehlendes Verschulden zu verteidigen.

Die Beschwerdeführerin regte folglich an, einen Antrag auf Normenprüfung an den Verfassungsgerichtshof zu stellen, da die Rechtsansicht der FMA dem § 97 Abs. 1 Z 4 BWG einen verfassungswidrigen Inhalt unterstelle: Dies (.), da keine angemessene Relation zwischen dem Betrag der Abschöpfungszinsen und dem durch die Überschreitung der Großkreditgrenze erfolgten Vorteil bestehe; (.), da sie grob unsachlich sei, weil die allenfalls gegebene Rechtfertigung der Verwaltungsvereinfachung durch Pauschalisierung hier nicht greife, da die FMA durch die Verpflichtung des Rechtsunterworfenen zur unverzüglichen Meldung einer Überschreitung und ihrer Dauer ohnehin bereits ein exakt abgegrenzter Zeitraum zur Kenntnis gebracht werde, in dem ein Vorteil erlangt werden konnte. Zudem würden wegen

der Verletzung der Meldepflichten gesondert Verwaltungsstrafen verhängt werden; (.) sowie, weil mit der Verhängung einer Maßnahme mit strafendem Charakter in einem nicht dafür adäquaten Verfahren, zumindest wie jenem des VStG, eine unzulässige Anwendung einer "versteckten" Strafregelung nach dem AVG vorliegen würde.

Zum zuletzt ergangenen Beschluss des VwGH vom 22.10.2018 zu Ra 2017/02/0208 führte die Beschwerdeführerin an, dass dieser zwar hervorhebe, dass der EuGH in C-52/17 die Abschöpfungszinsen als "Verwaltungsmaßnahme" qualifiziert habe, doch sei der VwGH auf unionsrechtliche Vorgaben in dieser Entscheidung nicht eingegangen, nämlich auf die Berücksichtigung der Anforderungen an die Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung des Art. 65 Abs 1 der CRD IV und deren Implikationen für das nationale (Verfahrens-)Recht.

3.2.2.2. Die vorgebrachten Argumente der Beschwerdeführerin gegen den angefochtenen Bescheid der belangten Behörde können allerdings nicht überzeugen.

Gemäß der mittlerweile ständigen Rechtsprechung - hier stellvertretend die grundlegende Entscheidung des VwGH vom 22.02.1999, 96/17/0006 - sind die in § 97 Abs. 1 Z 4 BWG in der hier maßgeblichen Fassung von BGBI. I 117/2015 (bzw. in ihrer Vorgängerregelung § 97 Abs. 1 Z 6 BWG i.d.F. BGBI. Nr. 383/1995) normierten Pönalezinsen, nunmehr: Abschöpfungszinsen, wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahmen ohne Strafcharakter (mit Hinweis auf VfGH 13.12.1995, B 2286/95).

Dem Gerichtshof zufolge bestehe ihr Sinn (wie schon bei den Pönaleregelungen des § 14 Abs. 4 KWG) darin, dass Banken bei der Unterschreitung der gebotenen Liquidität Kosten auferlegt werden würden, die ihnen aus betriebswirtschaftlicher Vernunft die Einhaltung der Liquidität gebieten würden. In diesen Kosten möge auch ein Ausgleich für die betriebswirtschaftlichen Vorteile liegen, die die Konzentration auf einen einzigen Großkunden im Allgemeinen mit sich bringe, die gesetzestreuen Banken entgehen würden, um solcherart Wettbewerbsvorteile aus der Missachtung des Gesetzes zu unterbinden. Der Gesetzgeber habe daher im Gesetz bewusst zwischen Strafsanktionen (vgl. §§ 98 f. BWG 1993) und anderen Steuerungsmechanismen zur Sicherung der Einhaltung der gesetzlichen Gebote unterschieden.

Nach VwGH 07.10.2013, 2012/17/0063 hätten die Vorschriften bzw. die Sanktionen betreffend Großveranlagungen nach der Rechtsprechung den Zweck, durch Sicherung der Liquidität der Kreditinstitute und Risikobegrenzung bei der Kreditvergabe ein funktionierendes Bankwesen mit ausreichendem Gläubigerschutz zu gewährleisten. Der VwGH sieht, in Anlehnung an die Literatur (Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, Bankwesengesetz 3. Aufl., § 27 Rz. 1), den Sinn der Großveranlagungsbestimmungen darin, bei den Veranlagungen eines Kreditinstitutes eine gewisse Mindest-Risikostreuung zu gewährleisten, die verhindere, dass ein Institut seine Mittel direkt oder indirekt in einigen wenigen Vermögensanlagen bindet und damit seine eigene wirtschaftliche Existenz von deren Bonität abhängig macht. Die damit verbundene Gefahr würden auch als Klumpen- oder Konzentrationsrisiko bezeichnet werden (s. dazu auch BVwG 22.08.2017, W148 2131588-1).

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, die der Verhängung der in § 97 Abs. 1 Z 4 BWG vorgesehenen Maßnahme einen strafenden Charakter zumesst, für die das hier gegenständliche Verfahren nicht adäquat sei, ist daher das bereits oben erwähnte Erkenntnis des VwGH vom 22.02.1999, 96/17/0006 entgegenzuhalten, in dem der Gerichtshof nach eingehender Auseinandersetzung über die Qualifikation der Vorschreibung von Pönalzinsen zum Ergebnis gelangte, dass bei diesen weder Zweck und Art der Sanktion, noch Art. oder Ausmaß ihrer Schwere die vorliegende Angelegenheit in den strafrechtlichen Bereich bringe. Auf ihre Bemessung und Vorschreibung sei nicht das VStG, sondern das AVG anzuwenden (so auch VwGH 28.02.2000, 95/17/0138). Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 07.08.2018, C-52/17, Rn. 42, qualifizierte der VwGH zuletzt in seiner Entscheidung vom 22.10.2018, Ra 2017/02/0208 diese Abschöpfungszinsen als "Verwaltungsmaßnahme" im Sinne von Art. 65 Abs. 1 der CRD IV. Ergänzend ist hier noch anzumerken, dass eine Subsumierung der in § 97 Abs. 1 Z 4 vorgesehenen Maßnahme unter der in Art. 65 Abs. 1 der CRD IV ebenso vorgesehenen "strafrechtlichen Sanktionen" im Zusammenhang mit Art. 64 der CRD IV aus der zitierten Entscheidung des EuGH auch nicht zu entnehmen ist. Zudem ist auch auf den im Erwägungsgrund Nr. 41 der CRD IV eröffneten "möglichst weiten Handlungsspielraum" für die Mitgliedstaaten gegen Verstöße zu verweisen, "unabhängig davon, ob es sich dabei nach nationalem Recht um eine Verwaltungssanktion oder eine andere Verwaltungsmaßnahme handelt", wobei die "zusätzlich zu den in dieser Richtlinie genannten Sanktionen weitere Sanktionen und höhere als in dieser Richtlinie vorgesehene Bußgelder vorsehen können".

Auch der Rechtsanschauung der Beschwerdeführerin, wonach nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 Z 4 BWG von einer

tageweisen Berechnung der Abschöpfungszinsen auszugehen sei, kann angesichts der insofern klaren Rechtsprechung des VwGH nicht gefolgt werden. Dem Gerichtshof zufolge spreche diese Bestimmung ausdrücklich davon, dass bei Überschreitung der Großveranlagungsgrenzen Zinsen "... für 30 Tage" vorzuschreiben seien. Schon diese Ausdrucksweise spreche dafür, dass eine Berechnung nach einzelnen Tagen nicht zu erfolgen habe, wäre doch sonst eine Formulierung etwa "... für jeden Tag der Überschreitung der Großveranlagungsgrenzen..." zu erwarten gewesen (so VwGH 22.02.1999, 96/17/0006).

In einer weiteren Entscheidung hält der Gerichtshof fest - zwar von der damaligen Rechtslage ausgehend, wonach die Feststellung der Über- oder Unterschreitung der Großkreditgrenzen monatlich erfolge -, dass die Zinsenvorschreibung für diesen "Überschreitungszeitraum" (ungeachtet der Frage, wie lange die Überschreitung in dem betreffenden Monat konkret bestanden habe) erfolgen solle (unter Hinweis auf sein Erkenntnis vom 22.02.1999, 96/17/0006); die Anordnung, dass für 30 Tage vorzuschreiben sei, bedeute eine Pauschalierung in der Hinsicht, dass es nicht darauf ankomme, wie viele Tage der Monat, für welchen die Überschreitung bestanden habe, genau habe (VwGH 28.02.2000, 95/17/0138).

Folglich kann auch aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nichts gewonnen werden, wonach das Argument des VwGH - auch in seiner Entscheidung vom 22.02.1999, 96/17/0006 zum Ausdruck gebracht -, dass eine Orientierung der Berechnungsweise der Abschöpfungszinsen an der ehemals monatlichen Meldepflicht betreffend Großveranlagungen sachgerecht sei und der FMA die Überschreitungen der Großkreditgrenze nur in Monatsabständen erkennbar seien, nach dem seit 01.01.2014 geltenden Art. 396 Abs. 1 CRR nicht mehr zutreffe, da nach dieser Bestimmung solche Überschreitungen der FMA stets unverzüglich - unter Angabe der Dauer der Verletzung - zur Kenntnis zu bringen seien.

Zu Recht wies die belangte Behörde im Beschwerdeverfahren darauf hin, dass diese Pflicht zur unverzüglichen Anzeige einer Überschreitung einer Großkreditgrenze gemäß Art. 396 Abs. 1 CRR, aber auch die Verpflichtung nach Art. 394 Abs. 4 CRR i.V.m. Art. 13 der Durchführungsverordnung der Kommission zur Festlegung technischer Durchführungsstandards für die aufsichtsrechtlichen Meldungen der Institute gemäß der CRR, sämtliche Großkredite i.S.d. Art. 394 CRR vierteljährlich zu melden, in keinem Zusammenhang mit der Berechnung der Abschöpfungszinsen gemäß § 97 Abs. 1 Z 4 BWG stehen würden, da diese Bestimmung diesbezüglich auch keine Änderung erfahren hätte.

Dies ergibt sich einerseits, wie die belangte Behörde zutreffend vorbrachte, aus dem ausdrücklichen Verweis des § 97 Abs. 1 Z 4 BWG auf Art. 395 Abs. 1 CRR, der die Verhängung von Abschöpfungszinsen als Sanktion an besondere materielle Voraussetzungen anknüpft. In der Rechtslage vor Inkrafttreten der CRR verwies die Vorgängerbestimmung § 97 Abs. 1 Z 6 BWG i.d.F. BGBI. 72/2010 ausdrücklich auf die materiellen Großveranlagungsgrenzen gemäß § 27 Abs. 15 BWG i.d.F. BGBI. 72/2010. Hingegen wurde nicht auf die bereits damals bestehende Pflicht zur unverzüglichen Meldung einer Großveranlagungsüberschreitung gemäß § 27 Abs. 23 BWG verwiesen. Daher hat der Gesetzgeber bewusst keinen Bezug zur unverzüglichen Meldung nach Art. 396 Abs. 1 CRR hergestellt (siehe EB zur RV 24 XXV. GP S. 26: "In dieser Bestimmung werden Verweisangaben vorgenommen [...]").

Andererseits kann die Berechnung der Abschöpfungszinsen, wie der belangten Behörde diesbezüglich beizupflichten ist, "denklogisch nur ex-post" vorgeschrieben werden, da erst nach Beendigung der rechtswidrigen Überschreitung deren konkrete Dauer bekannt werden kann. Dies ist zum Zeitpunkt der nach Art. 396 Abs. 1 CRR vorgeschriebenen unverzüglichen Meldung der Überschreitung noch nicht möglich, wohl aber in Folge anhand der quartalsweisen Meldungen. Diese Sichtweise hatte wohl auch der VwGH in seiner Entscheidung vom 22.02.1999, Zl. 96/17/0006 vor Augen, worin er ausführte, dass "die Kreditinstitute in ihren Monatsausweisen gemäß § 74 Abs. 1 BWG nach Abs. 4 Z 1 leg. cit. auch die Höhe der einzelnen aushaftenden Großveranlagungen auszuweisen haben; das Fortbestehen oder der Wegfall einer Großveranlagung [aber] wird daher der Aufsichtsbehörde aufgrund dieser Meldepflicht [erst] nach einem Monat bekannt" [Einfügungen sind zur Verdeutlichung durch das BVwG erfolgt].

Dem Einwand der Beschwerdeführerin, dass für Organe von Kreditinstituten, die durch Verletzung von Ordnungsnormen Marktvorteilen erzielen wollten, ohnehin andere Maßnahmen zur Verfügung stehen würden, ist das Erkenntnis des VwGH 22.02.1999, 96/17/0006 entgegenzuhalten, wonach explizit zum Ausdruck gebracht wird, dass der BWG-Gesetzgeber in der Überschrift des auch die Bestimmung des § 97 BWG umfassenden XXII. Abschnitts zwischen Verfahrens- und Strafbestimmungen unterscheidet und in § 98 und § 99 BWG ausdrücklich als solche bezeichnete Verwaltungsübertretungen und in § 101 BWG einen gerichtlich strafbaren Tatbestand regelt. Damit hat

der Gesetzgeber, so der Gerichtshof, offenkundig bewusst zwischen Strafsanktionen und anderen Steuerungsmechanismen zur Sicherung der Einhaltung der gesetzlichen Gebote unterschieden. Der Zweck des § 97 BWG geht daher, wie auch die belangte Behörde vorbrachte, deutlich über den Kern der bankaufsichtsrechtlichen Normen hinaus und adressiert auch wesentliche wettbewerbsrechtliche Aspekte, da er mit der Einhebung von Abschöpfungszinsen einen Ausgleich für die betriebswirtschaftlichen Vorteile in Missachtung der gesetzlichen Vorschriften schafft, die die Konzentration auf einen einzigen Großkunden im allgemeinen mit sich bringt.

Des Weiteren kann auch die Ansicht der Beschwerdeführerin zur Unverhältnismäßigkeit der behördlich auferlegten Abschöpfungszinsen nicht geteilt werden. Der Verfassungsgerichtshof betont in ständiger Judikatur, dass der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Höhe eines Entgelts oder Zinssatzes grundsätzlich einen weiten rechtspolitischer Gestaltungsspielraum hat und auch pauschale Regelungen zur Vermeidung eines hohen administrativen Aufwandes für zulässig hält (vgl. VfGH 09.12.2014, G136/2014, G 166/2014, G186/2014; 17.09.2015, E 1474/2015-9). Der die Bedeutung dieser Rechtsprechung für den gegenständlichen Fall relativierende Hinweis der Beschwerdeführerin, dass diese sich nicht auf § 97 Abs. 1 Z 4 BWG beziehe, sondern, wie hier im Verfahren vorgebracht, auf § 43 Abs. 1 Z 2 BMSVG, geht dabei ins Leere. Zum einen führen die Materialien zum BMSVG in der Stammfassung BGBI. I Nr. 100/2002, EB zur RV 1131 XXI. GP S. 59) die ähnliche Form aller Aufsichtsgesetze im Kredit- und Versicherungsbereich an, zum anderen wird auch in der Rechtsprechung (BVwG 01.06.2015, W107 2016384-2) und in der Literatur (vgl. Resch in Mayer/Resch, Abfertigung neu, BMSVG, 2. Aufl. [2009], § 43 Rz. 4; Neubauer/Rath in Neubauer/Rath/Hofbauer/Choholka, BMSVG-Kommentar [2008], § 43 Rz. 1 und 5) die Anlehnung von § 43 Abs. 1 BMSVG an § 97 Abs. 1 BWG sowie der gleichgelagerte Zweck bei den zitierten Aufsichtsgesetzen, zur Vermeidung eines Klumpen- bzw. Konzentrationsrisikos durch Kostendruck ein gesetzkonformes Verhalten der Rechtsadressaten herbeizuführen, festgestellt.

Zudem ist insbesondere zur Kritik der Beschwerdeführerin, der gemäß die gegenständliche Bemessung für einen pauschalierten Zeitraum von 60 Tagen die tatsächliche Zeitspanne der Überbeschreitung von vier Tagen um das 15-fache überschreite, auf den der Entscheidung des VwGH vom 22.02.1999, 96/17/0006 zugrundeliegenden Sachverhalt zu verweisen, wonach der Gerichtshof selbst die diesbezügliche 30-fache Überschreitung (Pönalezinsen für volle 30 Tage für die unterlassene Einhaltung der Großveranlagungsgrenzen von nur einem Tag) nicht beanstandete. Im Übrigen ist zu dem aus Sicht der Beschwerdeführerin in § 97 Abs. 1 Z 4 BWG vorgesehenen unverhältnismäßig hohen Zinssatzes von 2 % auf die Beurteilung des VfGH vom 17.09.2015, E 1474/2015 zu verweisen, der, wenn auch zu § 43 Abs. 1 Z 2 BMSVG ausgesprochen, gegen den in dieser Bestimmung festgelegten pauschalen Zinssatz von sogar 5 % der Überschreitung keine verfassungsrechtlichen Bedenken äußerte.

### 3.3. 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 gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG 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 (vgl. die oben zitierte Judikatur); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

### **Schlagworte**

Abschöpfungsverfahren Angemessenheit Anlegerschutz Bankenaufsicht Berechnung Finanzmarktaufsicht  
Gläubigerschutz Grenzwert Großveranlagung Kreditrisiko Mandatsbescheid mündliche Verhandlung Pauschalierung  
Risikobeschränkung Verhältnismäßigkeit Zinsabschöpfung Zinsen

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W172.2110735.2.00

### **Im RIS seit**

28.07.2020

### **Zuletzt aktualisiert am**

28.07.2020

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

© 2026 JUSLINE

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

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