

Österreichische Finanzmarktaufsicht
Otto – Wagner – Platz 5
1090 Wien

per Boten

per email voraus: fma@fma.gv.at

Beschwerdeführerin: Gemeinwohl Zahlungsdienstleistungen Aktiengesellschaft
in Gründung
Rechte Wienzeile 81
1050 Wien

vertreten durch: BICHLER ZRZAVY
Rechtsanwälte GmbH
Tel 01 717 20
Weyrgasse 8
1030 Wien
Code P131030

Belangte Behörde: Österreichische Finanzmarktaufsicht
Otto-Wagner-Platz 5
1090 Wien

wegen: Antrag auf Erteilung einer Konzession als Zahlungsinstitut
gemäß § 1 Abs 2 ZaDiG

SÄUMNISBESCHWERDE

Die Beschwerdeführerin, die Gemeinwohl Zahlungsdienstleistungen Aktiengesellschaft in Gründung, erhebt wegen Ablaufs der Entscheidungsfrist der belangten Behörde nachstehende

Säumnisbeschwerde

an das Bundesverwaltungsgericht und führt aus wie folgt:

1. Zum Sachverhalt und Ablauf der Frist gemäß § 8 VwGVG:

Die Beschwerdeführerin hat am 13.09.2017 einen Antrag auf Erteilung einer Konzession als Zahlungsinstitut gemäß § 1 Abs 2 ZaDiG bei der Österreichischen Finanzmarktaufsicht (in der Folge kurz: FMA) eingebracht. Die belangte Behörde (FMA) hat gemäß § 13 Abs 3 AVG am 19.12.2017 (und somit nach über 3 Monaten nach Antragstellung) einen Verbesserungsauftrag erlassen. Mit Schriftsatz vom 12.02.2018 hat die Beschwerdeführerin die Verbesserung bei der FMA eingebracht.

Bislang hat die belangte Behörde keine Entscheidung über den Antrag getroffen.

- 1.1.** Gemäß § 8 Abs 1 VwGVG kann Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von 6 Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der zuständigen Stelle eingelangt ist. Gemäß § 6 Abs 2 ZaDiG hat die belangte Behörde binnen 3 Monaten ab Eingang des Antrages entweder die Konzession zu erteilen oder die Ablehnung des Antrages mittels begründeten Bescheids schriftlich mitzuteilen.

Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Entscheidungsfrist gemäß § 6 Abs 2 ZaDiG ist diese spätestens am 14.05.2018 abgelaufen, weshalb die Voraussetzungen des § 8 Abs 1 VwGVG vorliegen.

2. Zum überwiegenden Verschulden der Behörde:

- 2.1.** Voraussetzung für eine Säumnisbeschwerde ist die Verletzung der Entscheidungspflicht auf Grund eines überwiegenden Verschuldens der Behörde.

Besonders bei Prüfung der Verletzung der Entscheidungspflicht ist darauf Bedacht zu nehmen, ob es die belangte Behörde in rechtswidriger Weise unterlassen hat, unverzüglich einen Mängelbehebungsauftrag zu erteilen.¹ Die Behörde hat nach Einlangen des Antrages, unverzüglich zu prüfen, ob dieser vollständig ist. Haften dem Antrag der Partei Mängel an, so hat die Behörde unverzüglich einen Mängelbehebungsauftrag zu erteilen.² Insbesondere in Hinsicht auf die „kürzere“ Entscheidungsfrist gemäß § 6 Abs 2 ZaDiG, von 3 Monaten, ist bei der Unverzüglichkeit der Erlassung eines Verbesserungsauftrages ein strengerer Maßstab anzuwenden. Dieser von der ständigen Rechtsprechung geforderten Unverzüglichkeit im Zusammenhang mit der Erteilung eines Mängelbehebungsauftrages ist die belangte Behörde bereits bei der Prüfung des Antrages vom 13.09.2017 nicht nachgekommen.

Gemäß § 13 AVG beginnt die Entscheidungsfrist mit Einbringen des Antrages. Wurde ein Verbesserungsauftrag von der Behörde unverzüglich und ohne unnötigen Aufschub erteilt, so soll die Entscheidungsfrist mit Einbringung der Verbesserung beginnen.³ Wurde jedoch nicht unverzüglicherweise die Verbesserung des Antrages erteilt, so beginnt die Entscheidungsfrist mit Einbringung des ursprünglichen Antrages zu laufen, da sonst die Behörde durch rechtswidriges Vorgehen die Entscheidungsfrist verlängern könnte.⁴

Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch das Vorliegen einer komplexen Materie kein unüberwindliches Hindernis, welches der fristgerechten Entscheidung entgegensteht, begründet.⁵ Vielmehr hat die Behörde auch bei komplexen Materien die Sache zügig zu betreiben und konkrete Verfahrenshandlungen zu setzen.⁶ So muss sie auch durch organisatorische Vorkehrungen Sorge tragen, um rasch zu einer Entscheidung zu kommen.⁷

- 2.2.** Die Beschwerdeführerin ist mit Schriftsatz vom 13.02.2018 dem Verbesserungsauftrag vollinhaltlich nachgekommen. Zur besseren Übersichtlichkeit hat die Beschwerdeführerin gemeinsam mit ihrer Verbesserung auch sämtliche (bereits mit Antrag vom 13.09.2017 vorgelegten) Unterlagen und Dokumente vorgelegt.

¹ Vgl AB 1998,39; Hengstschläger³ Rz 638.

² Vgl § 13 Abs 3 AVG.

³ VwGH 30.11.2006, 2006/04/0184.

⁴ VwSlg 17.714/A/2009, VwGH 26.02.2015, 2012/07/0111.

⁵ VwGH 25.11.2015, Ra 2015/08/0102.

⁶ VwGH 21.09.2007, 2006/05/0145.

⁷ VwGH 26.01.2012/ 2008/07/0036.

Am 22.02.2018 fand bei der belangten Behörde eine Besprechung mit Mitarbeitern der belangten Behörde statt. Bei diesem Termin wurde der Beschwerdeführerin bekannt gegeben, dass bereits umfassende Notizen (etwa 1 ½ Seiten) betreffend den verbesserten Antrag vorliegen. Daraus ist zu schließen, dass der verbesserte Antrag bereits innerhalb von 10 Tagen einer Prüfung unterzogen wurde. Es ist daher nicht erkennbar, weshalb nunmehr nach weiteren 2 ½ Monaten keine Entscheidung in der Sache ergangen ist.

2.3. Gemäß § 7 Abs 2 Z 1 ZaDiG hat die FMA vor Erteilung der Konzession die Oesterreichische Nationalbank (kurz: OeNB) anzuhören. Diese hat in der Regel über Auftrag der FMA eine wirtschaftliche Analyse anhand der Konzessionsunterlagen zu erstellen und eine Beurteilung abzugeben. Ungeachtet der Beziehung der OeNB durch die FMA kommen dennoch die von den Verwaltungsgesetzen sowie von der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorgegebenen Parameter ("Unverzüglichkeit") zur Anwendung. Nach der Rechtsprechung des VwGH⁸ ist die Tatsache, dass Sachverständigengutachten und Ermittlungsergebnisse erst nach längerer Zeit abgeliefert werden, für sich allein nicht geeignet, das Vorliegen eines unüberwindbaren Hindernisses zu begründen, da es Aufgabe der Behörde ist, mit Sachverständigen und anderen in das Verfahren Involvierten sachlich begründete Termine zu vereinbaren, deren Einhaltung zu überwachen und bei Nichteinhaltung entsprechende Schritte zu setzen. Es wäre daher an der FMA gelegen, organisatorische Vorkehrungen für die Abwicklung dieses Verfahrens zu treffen, sodass die Stellungnahmen sämtlicher in das Konzessionsverfahren Involvierter (Mitarbeiter der FMA sowie der OeNB) so rechtzeitig einlangen, dass die gesetzlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der "Unverzüglichkeit" erfüllt werden können.

2.4. Geht man in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung⁹ davon aus, dass die Entscheidungsfrist bereits mit Einbringen des ursprünglichen Antrages begonnen hat, so hatte die belangte Behörde bereits über 8 Monate Zeit eine Entscheidung zu treffen. Die Zurückweisung einer allenfalls bereits erhobenen Säumnisbeschwerde durch das BVwG, hat dabei keinen Einfluss auf den Lauf der Entscheidungsfrist.¹⁰

Im Lichte der oben ausgeführten Rechtsprechung, liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, weshalb davon auszugehen ist, dass ein qualifiziertes Verschulden der belangten Behörde vorliegt.

⁸ 2012/07/0087, RS 6

⁹ siehe oben; VwSlg 17.714/A/2009, VwGH 26.02.2015, 2012/07/0111

¹⁰ AVG, *Hengstschläger/Leeb*, § 73 Rz 79.

3. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Gemäß Art 131 Abs 2 B-VG ergibt sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Rechtssachen, die in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden. Das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz bestimmt die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes für Beschwerden gegen Bescheide der FMA.

Die Verletzung der Entscheidungspflicht durch die FMA ist daher gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG durch Säumnisbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht geltend zu machen.

4. Antrag

Aus diesen Gründen stellt die Beschwerdeführerin den

Antrag,

das Bundesverwaltungsgericht möge

- a. über den Antrag auf Erteilung einer Konzession als Zahlungsinstitut gemäß § 1 Abs 2 ZaDiG selbst in der Sache erkennen;
- b. gemäß § 24 Abs 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung anberaumen.

Wien, am 15. Mai 2018



FMA - Übernahmebestätigung

Wir bestätigen den Erhalt von:

1 Kuvert von Bichler Zrzavy Rechtsanwälte, an die FMA

Betrifft:

Antrag auf Erteilung einer Konzession als Zahlungsinstitut gemäß § 1 Abs 2 ZaDIG

Überbringer: [REDACTED]

Ort: Wien, am 15. Mai 2018

