

TE Vwgh Erkenntnis 2014/2/24 2010/17/0185

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.02.2014

Index

21/06 Wertpapierrecht;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

BWG 1993 §70 Abs4 Z1;
BWG 1993 §70 Abs4 Z2;
BWG 1993 §70 Abs4 Z3;
BWG 1993 §70 Abs4;
BWG 1993 §96;
VVG §5;
WAG 2007 §5 Abs2 Z2;
WAG 2007 §91 Abs3 Z5;
WAG 2007 §92 Abs8;

1. VVG § 5 heute
2. VVG § 5 gültig von 01.01.2022 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2020
3. VVG § 5 gültig ab 01.01.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2022
4. VVG § 5 gültig von 05.01.2008 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
5. VVG § 5 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
6. VVG § 5 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
7. VVG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. WAG 2007 § 5 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
1. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. WAG 2007 § 91 gültig von 02.08.2016 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 76/2016
3. WAG 2007 § 91 gültig von 15.08.2015 bis 01.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2015
4. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
5. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
6. WAG 2007 § 91 gültig von 31.12.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2011
7. WAG 2007 § 91 gültig von 01.09.2011 bis 30.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2011
8. WAG 2007 § 91 gültig von 11.06.2010 bis 31.08.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2010

9. WAG 2007 § 91 gültig von 01.05.2009 bis 10.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2009
10. WAG 2007 § 91 gültig von 01.04.2009 bis 30.04.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009
11. WAG 2007 § 91 gültig von 15.12.2007 bis 31.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2007
12. WAG 2007 § 91 gültig von 01.11.2007 bis 14.12.2007
1. WAG 2007 § 92 gültig von 01.01.2013 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. WAG 2007 § 92 gültig von 31.12.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2011
3. WAG 2007 § 92 gültig von 16.07.2009 bis 30.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2009
4. WAG 2007 § 92 gültig von 01.11.2007 bis 15.07.2009

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, Hofrat Dr. Köhler, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde der P AG in L, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in 3100 St. Pölten, Kremser Gasse 4, gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 4. August 2010, Zl. FMA-W00414/0004-WAW/2010, betreffend Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 iVm § 92 Abs. 8 WAG und § 70 Abs. 4 Z 1 bis 3 BWG, zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, Hofrat Dr. Köhler, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde der P AG in L, vertreten durch Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG in 3100 St. Pölten, Kremser Gasse 4, gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 4. August 2010, Zl. FMA-W00414/0004-WAW/2010, betreffend Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands gemäß Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, WAG und Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, bis 3 BWG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit dem angefochtenen Bescheid trug die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei "zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 iVm § 92 Abs. 8 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007 idgF, iVm § 70 Abs. 4 Z 1 und 3 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 idgF, unter Androhung der Zurücknahme der Konzession" (Unterstreichung im Original) auf, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden Partei gemäß § 5 Abs. 1 Z 13 BWG keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübten. Dies könne dadurch umgesetzt werden, dass entweder die bestehende Geschäftsleitung "in Person der Herren C P und W P keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen" mehr ausübe oder die bestehenden Geschäftsleitermandate zurückgelegt würden und der belangten Behörde eine neue Geschäftsleitung genannt werde, die den gesetzlichen Anforderungen des WAG 2007, insbesondere des § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Z 13 BWG, entspreche.

1.1. Mit dem angefochtenen Bescheid trug die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei "zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, idgF, in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, und 3 Bankwesengesetz (BWG), Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, idgF, unter Androhung der Zurücknahme der Konzession" (Unterstreichung im Original) auf, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden Partei gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübten. Dies könne dadurch umgesetzt werden, dass entweder die bestehende Geschäftsleitung "in Person der Herren C P und W P keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen" mehr

ausübe oder die bestehenden Geschäftsleitermandate zurückgelegt würden und der belangten Behörde eine neue Geschäftsleitung genannt werde, die den gesetzlichen Anforderungen des WAG 2007, insbesondere des Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG, entspreche.

1.2. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, mit Bescheid der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde (BWA) vom 7. Dezember 2000 sei der beschwerdeführenden Partei die Konzession für die gewerbliche Erbringung der Wertpapierdienstleistungen "Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen (§ 1 Abs. 1 Z 19 lit. a BWG)", "Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (§ 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG)" sowie "Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehrerer der in § 1 Abs. 1 Z 7 lit. b bis f BWG genannten Instrumente (§ 1 Abs. 1 Z 19 lit. c BWG) im Rahmen der im Artikel 2 Abs. 2 lit. g der Richtlinie 93/22/EWG angeführten Schranken", übergeleitet gemäß § 102 Abs. 1 Z 1 lit. a und c WAG 2007, erteilt worden. 1.2. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, mit Bescheid der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde (BWA) vom 7. Dezember 2000 sei der beschwerdeführenden Partei die Konzession für die gewerbliche Erbringung der Wertpapierdienstleistungen "Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera a, BWG)", "Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera b, BWG)" sowie "Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehrerer der in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera b, bis f BWG genannten Instrumente (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera c, BWG) im Rahmen der im Artikel 2 Absatz 2, Litera g, der Richtlinie 93/22/EWG angeführten Schranken", übergeleitet gemäß Paragraph 102, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, und c WAG 2007, erteilt worden.

Die beschwerdeführende Partei verfüge über zwei Geschäftsleiter, nämlich C P und W P. Aus dem Firmenbuch gehe hervor, dass Geschäftsleiter C P zum Stichtag 19. Juli 2010 innerhalb der X-Gruppe handelsrechtlicher Geschäftsführer der X-Immobilienmanagement GmbH, der X-Finanzierungsmanagement GmbH, der X-Hotel Betriebsgesellschaft mbH, der X-Real Estate Investment GmbH, und außerhalb der X-Gruppe handelsrechtlicher Geschäftsführer der A-Immo-Bau GmbH, der B-Consulting und Projektmanagement GmbH, der C-Immobilien- und Projektentwicklungs GmbH, der D-GmbH, der E-Projekt Consulting & Management GmbH und der F-Immobilien Invest GmbH sei. Aus dem Firmenbuch gehe weiters hervor, dass Geschäftsleiter W P zum Stichtag 19. Juli 2010 innerhalb der X-Gruppe handelsrechtlicher Geschäftsführer der X-Immobilienmanagement GmbH, der X-Finanzierungsmanagement GmbH, der X-Real Estate Investment GmbH, und außerhalb der X-Gruppe handelsrechtlicher Geschäftsführer der B-Projekt Consulting & Management GmbH und der C-Immobilien- und Projektentwicklungs GmbH sei. Darüber hinaus sei Geschäftsleiter W P bei mehreren Gesellschaften als Prokurist und als Mitglied des Aufsichtsrates einer Kapitalgesellschaft tätig.

Bei all den angeführten Geschäftsführerfunktionen, sowohl des Geschäftsleiters C P als auch des Geschäftsleiters W P, handle es sich um solche Tätigkeiten, die gemäß § 5 Abs. 1 Z 13 BWG iVm § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausgeübt würden. Bei all den angeführten Geschäftsführerfunktionen, sowohl des Geschäftsleiters C P als auch des Geschäftsleiters W P, handle es sich um solche Tätigkeiten, die gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausgeübt würden.

Mit niederschriftlichem Protokoll der belangten Behörde vom 17. Dezember 2009 sei die beschwerdeführende Partei darauf hingewiesen worden, dass nach dem der belangten Behörde vorliegenden Sachverhalt der Geschäftsleiter C P hauptsächlich für die Kalkulation und Finanzierung der Projekte zuständig sei, und der Geschäftsleiter W P rund 80 % seiner Arbeitszeit in die Aufarbeitung der Projekte investiere. Im Zuge der Vor-Ort-Prüfung im September 2009 sei seitens der belangten Behörde festgestellt worden, dass Geschäftsleiter W P rund 80 % seiner Tätigkeit für die Findung und technische Aufarbeitung der Projekte in den verschiedenen Projektgesellschaften der X-Gruppe aufwende. Dabei handle es sich eben um Tätigkeiten, die außerhalb der beschwerdeführenden Partei und somit außerhalb des Bankwesens, von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen vollbracht würden.

Geschäftsleiter C P sei für die Finanzierung und Kalkulation der Projekte verantwortlich. Dies seien Tätigkeiten, die ebenfalls zumindest die Hälfte seiner Arbeitszeit in Anspruch nähmen und außerhalb der beschwerdeführenden Partei und somit außerhalb des Bankwesens, von Versicherungsunternehmen und von Pensionskassen ausgeübt würden.

Die beschwerdeführende Partei habe dazu mit Schreiben (Fax) vom 8. Februar 2010 folgende Stellungnahme abgegeben:

"§ 3 Abs. 5 Z 6 WAG verweist auf § 5 Abs. 1 Z 13 BWG. § 5 Abs. 1 Z 13 BWG regelt, dass die Konzession nur zu erteilen ist, wenn kein Geschäftsleiter einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausübt. Das Verbot bezieht sich auf regelmäßig entfaltete Tätigkeiten, die in der Lage sind, das Tätigen der Lebensbedürfnisse nach Durchschnittswerten abzudecken, sodass nicht an den regelmäßig doch höheren Gehältern von Vorstandsmitgliedern in der Kreditwirtschaft maßgenommen werden darf. "§ 3 Absatz 5, Ziffer 6, WAG verweist auf Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG. Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG regelt, dass die Konzession nur zu erteilen ist, wenn kein Geschäftsleiter einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausübt. Das Verbot bezieht sich auf regelmäßig entfaltete Tätigkeiten, die in der Lage sind, das Tätigen der Lebensbedürfnisse nach Durchschnittswerten abzudecken, sodass nicht an den regelmäßig doch höheren Gehältern von Vorstandsmitgliedern in der Kreditwirtschaft maßgenommen werden darf.

Hinkünftig gilt, dass aufgrund der neuen organisatorischen Ausrichtung der (beschwerdeführenden Partei) sich eine wesentliche Änderung der Abläufe und Unternehmensstruktur ergibt. Die Aktivitäten im Zusammenhang mit der zukünftigen Gestaltung des Unternehmensbetriebes werden hauptsächlich von den beiden Vorständen, C P und W P, ausgeübt. Insbesondere im Bereich des Sub-Fondsmanagement (laufende Sitzungen gemeinsam mit Z-Fonds) werden ausnahmslos C P und W P sowie manchmal auch Herr D teilnehmen.

Die von der Finanzmarktaufsicht in der Niederschrift getroffenen Feststellungen werden bestritten. Es ist keineswegs so, dass W P 80% seiner Arbeitszeit für Tätigkeiten in den Projektgesellschaften aufwendet sowie C P hauptsächlich in der Kalkulation und Finanzierung der Projekte tätig ist. Richtig ist, dass W P einen wesentlichen Teil seiner Arbeitszeit für die seitens der Finanzmarktaufsicht genannten Projektgesellschaften aufwendet.

Die Kapazitäten von C P sind jedoch so gelagert, dass ausreichende Kapazität vorhanden ist, seinen Tätigkeiten und der Funktion als Vorstand der (beschwerdeführenden Partei) nachzukommen. Bemerkt wird nochmals, dass die Geschäftstätigkeit der (beschwerdeführenden Partei) in Hinkunft eine geringfügige sein wird, so dass das Hauptberufserfordernis im Sinne der genannten Bestimmungen dahingehend zu relativieren ist, ob beide Vorstände in der Lage sind, ihren Aufgaben und Funktionen in der (beschwerdeführenden Partei) ohne Einschränkungen nachzukommen. Dies ist definitiv der Fall. Die gesetzlichen Bestimmungen sind teleologisch dahingehend einzuschränkend auszulegen, dass es jedenfalls auf den konkreten Geschäftsumfang des jeweiligen Rechtsträgers ankommt."

Als ausführendes und leitendes Organ einer Gesellschaft, so die belangte Behörde weiter, sei "dem Geschäftsleiter aus seiner Funktion abzuleiten, dass

dieser maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens"

habe. Aus diesem Grund solle auch der überwiegende Teil seiner Arbeitszeit

für die Tätigkeit der Geschäftsleitung verwendet werden. Nach Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, 196, solle vermieden werden, dass die Geschäftsleitung durch andere Aufgaben zu sehr von der Leitung des Wertpapiergeschäftes abgelenkt werde. Sinn der Bestimmung sei zu vermeiden, dass ein Geschäftsleiter durch die Ausübung der anderen Tätigkeiten so stark in Anspruch genommen werde, dass er seine Pflichten als Geschäftsleiter vernachlässigen müsste. Die Ausnahme für Kreditinstitute, Versicherungen und Pensionskassen begründe sich mit der Möglichkeit konzernartiger Verschachtelungen. Sowohl Geschäftsleiter C P als auch Geschäftsleiter W P verfügten nicht über die Voraussetzung gemäß § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Z 13 BWG. für die Tätigkeit der Geschäftsleitung verwendet werden. Nach Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, 196, solle vermieden werden, dass die Geschäftsleitung durch andere Aufgaben zu sehr von der Leitung des Wertpapiergeschäftes abgelenkt werde. Sinn der Bestimmung sei zu vermeiden, dass ein Geschäftsleiter durch die Ausübung der anderen Tätigkeiten so stark in Anspruch genommen werde, dass er seine Pflichten als Geschäftsleiter vernachlässigen müsste. Die Ausnahme für Kreditinstitute, Versicherungen und Pensionskassen begründe sich mit der Möglichkeit konzernartiger Verschachtelungen. Sowohl Geschäftsleiter C P als auch Geschäftsleiter W P verfügten nicht über die Voraussetzung gemäß Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer

13, BWG.

Bereits jede der einzelnen Geschäftsführerfunktionen stelle bei gewissenhafter und sorgfältiger Ausübung für sich genommen eine Ausübung eines "anderen" Hauptberufes dar, die gemäß § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Z 13 BWG untersagt sei. Bereits jede der einzelnen Geschäftsführerfunktionen stelle bei gewissenhafter und sorgfältiger Ausübung für sich genommen eine Ausübung eines "anderen" Hauptberufes dar, die gemäß Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG untersagt sei.

Umso mehr ergebe die Summe und Vielzahl der Funktionen sowohl des C P (10 Geschäftsführerfunktionen) als auch des W P (5 Geschäftsführerfunktionen) einen Verstoß gegen die Anforderung des WAG 2007 in Bezug auf das Verbot der Ausübung einer hauptberuflichen Tätigkeit außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen. Diese Tatsache werde durch die Stellungnahme der beschwerdeführenden Partei untermauert, wonach die Tätigkeit der Geschäftsleitung innerhalb der beschwerdeführenden Partei in Hinkunft nur mehr eine geringfügige sein werde. Allein daraus sei der Schluss zu ziehen, dass die regelmäßig entfalteten Tätigkeiten der beiden Geschäftsleiter außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen den Schwerpunkt in ihrem Tätigkeitsbereich bildeten.

Nach allgemeiner Auffassung (Hinweis auf Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, 197) liege ein Hauptberuf dann vor, wenn der Zeitaufwand zumindest mehr als die Hälfte der üblichen Arbeitszeit ausmache und der Verdienst zur Deckung des normalen Lebensunterhaltes ausreiche.

Nach eigenen Angaben der beschwerdeführenden Partei wendeten beide Geschäftsleiter den überwiegenden Teil ihrer Arbeitszeit für Tätigkeiten in den Projektgesellschaften der X-Gruppe - somit außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen, jedenfalls außerhalb der beschwerdeführenden Partei - auf.

Demzufolge werde der beschwerdeführenden Partei gemäß § 92 Abs. 8 WAG 2007 in Verbindung mit § 70 Abs. 4 Z 1 und 3 BWG unter Androhung der Zurücknahme der Konzession aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand durch Zurücklegung ihrer weiteren Funktionen bzw. Nennung einer dem § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 entsprechenden, neuen Geschäftsleitung herzustellen. Demzufolge werde der beschwerdeführenden Partei gemäß Paragraph 92, Absatz 8, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, und 3 BWG unter Androhung der Zurücknahme der Konzession aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand durch Zurücklegung ihrer weiteren Funktionen bzw. Nennung einer dem Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 entsprechenden, neuen Geschäftsleitung herzustellen.

Die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes sei zwingend erforderlich, daß § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Z 13 BWG eindeutig ein Konzessionserfordernis statuiere, das bei Nichteinhaltung die sofortige Zurücknahme der Konzession bedinge. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 5 Abs. 2 Z 2 WAG 2007 sei direkt mit der Androhung einer Konzessionszurücknahme gemäß § 70 Abs. 4 Z 3 BWG in Verbindung mit §§ 91 Abs. 3 Z 5 und 92 Abs. 8 WAG 2007 vorzugehen. Im Falle eines ungenützten Fristablaufes werde die Konzession zurückgenommen. Die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes sei zwingend erforderlich, da Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG eindeutig ein Konzessionserfordernis statuiere, das bei Nichteinhaltung die sofortige Zurücknahme der Konzession bedinge. Im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 5, Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007 sei direkt mit der Androhung einer Konzessionszurücknahme gemäß Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer 3, BWG in Verbindung mit Paragraphen 91, Absatz 3, Ziffer 5, und 92 Absatz 8, WAG 2007 vorzugehen. Im Falle eines ungenützten Fristablaufes werde die Konzession zurückgenommen.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

1.4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet kostenpflichtig abzuweisen.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1.0. Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu. 2.1.0.

Gemäß Paragraph 79, Absatz 11, VwGG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013, sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

2.1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007 (§ 3 in der Fassung BGBl. I Nr. 22/2009, § 5 in der Fassung BGBl. I Nr. 60/2007, § 91 in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2010, § 92 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2009) lauten (auszugsweise) samt Überschrift: 2.1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 (WAG 2007), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, (Paragraph 3, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 22 aus 2009,, Paragraph 5, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007,, Paragraph 91, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 28 aus 2010,, Paragraph 92, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 66 aus 2009,) lauten (auszugsweise) samt Überschrift:

"Wertpapierfirmen

§ 3. (1) ...Paragraph 3, (1) ...

1. (2) Absatz 2, Die gewerbliche Erbringung folgender Wertpapierdienstleistungen bedarf einer Konzession der FMA:

1. 1. Ziffer eins

Die Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente;

2. 2. Ziffer 2

die Portfolioverwaltung durch Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält;

3. Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben;

4. ...

2. (3) Absatz 3, ...

...

1. (5) Absatz 5, Die Konzession ist zu erteilen, wenn:

1. ...

...

6. die Voraussetzungen gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 bis 4, 6, 7 und 9 bis 14 BWG vorliegen. 6. die Voraussetzungen gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 2, bis 4, 6, 7 und 9 bis 14 BWG vorliegen.

...

1. (6) Absatz 6, ...

...

Rücknahme und Erlöschen der Konzession

§ 5. (1) ...Paragraph 5, (1) ...

1. (2) Absatz 2, Die FMA hat die Konzession zurückzunehmen, wenn

1. 1. Ziffer eins

...

2. 2. Ziffer 2

die Konzessionsvoraussetzungen gemäß § 3 Abs. 5 nicht mehr erfüllt sind; die Konzessionsvoraussetzungen gemäß Paragraph 3, Absatz 5, nicht mehr erfüllt sind;

3. ...

...

Verfahrensvorschriften

§ 91. (1) Die FMA hat die Einhaltung dieses Bundesgesetzes durch
Paragraph 91, (1) Die FMA hat die Einhaltung dieses Bundesgesetzes durch

1. 1.Ziffer eins

Wertpapierfirmen gemäß § 3, Wertpapierfirmen gemäß Paragraph 3,,

2. 2.Ziffer 2

...

...

zu überwachen und dabei auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt und auf die Interessen der Anleger Bedacht zu nehmen.

2. (2) Absatz 2, Die FMA hat auf Grund der ihr nach diesem Bundesgesetz und dem BörseG zukommenden Aufgaben nach Maßgabe der Bestimmungen dieser Bundesgesetze alle Untersuchungen durchzuführen und jene Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind,

1. um die Ordnungsmäßigkeit und Fairness des Handels mit Instrumenten, die auf einem geregelten Markt eines Mitgliedstaates (§ 2 Z 5 BWG) zugelassen sind, beurteilen und sichern zu können; 1. um die Ordnungsmäßigkeit und Fairness des Handels mit Instrumenten, die auf einem geregelten Markt eines Mitgliedstaates (Paragraph 2, Ziffer 5, BWG) zugelassen sind, beurteilen und sichern zu können;

2. um bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten die Wahrung der Interessen der Anleger im Sinne des 2. Hauptstücks zu gewährleisten;

3. um anderen Verwaltungsbehörden, insbesondere dem Bundesminister für Finanzen und den zuständigen Behörden (§ 2 Z 9 BWG) anderer Mitgliedstaaten, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem BWG und den für Kreditinstitute geltenden sonstigen Gesetzen (§ 69 Abs. 1 BWG) oder ihrer Aufgaben gemäß den Richtlinien 2003/6/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG und 2006/49/EG erforderlichen Informationen zu erteilen und um die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch nach Abs. 5, 6 und dem 4. Abschnitt zu gewährleisten; 3. um anderen Verwaltungsbehörden, insbesondere dem Bundesminister für Finanzen und den zuständigen Behörden (Paragraph 2, Ziffer 9, BWG) anderer Mitgliedstaaten, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem BWG und den für Kreditinstitute geltenden sonstigen Gesetzen (Paragraph 69, Absatz eins, BWG) oder ihrer Aufgaben gemäß den Richtlinien 2003/6/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG und 2006/49/EG erforderlichen Informationen zu erteilen und um die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch nach Absatz 5, 6 und dem 4. Abschnitt zu gewährleisten;

4. um die Verfolgung von Verstößen gegen die in § 48 Abs. 4 BörseG genannten Verwaltungsstraftatbestände sicherzustellen. 4. um die Verfolgung von Verstößen gegen die in Paragraph 48, Absatz 4, BörseG genannten Verwaltungsstraftatbestände sicherzustellen.

1. (3) Absatz 3, In Ausübung der Zuständigkeiten gemäß Abs. 1 und Abs. 2 ist die FMA unbeschadet der ihr auf Grund anderer bundesgesetzlicher Bestimmungen zustehenden Befugnisse jederzeit ermächtigt, In Ausübung der Zuständigkeiten gemäß Absatz eins und Absatz 2, ist die FMA unbeschadet der ihr auf Grund anderer bundesgesetzlicher Bestimmungen zustehenden Befugnisse jederzeit ermächtigt,

1. ...

...

5. zur Unterbindung von Gesetzesverletzungen und zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen Maßnahmen gemäß § 92 Abs. 8 dieses Bundesgesetzes in Verbindung mit § 70 Abs. 4 BWG zu treffen; 5. zur Unterbindung von Gesetzesverletzungen und zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen Maßnahmen gemäß Paragraph 92, Absatz 8, dieses Bundesgesetzes in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, BWG zu treffen;

1. 6.Ziffer 6

...

2. 7.Ziffer 7

Maßnahmen gegen den Geschäftsleiter gemäß § 92 Abs. 1 und Abs. 8 dieses Bundesgesetzes sowie gemäß § 70 Abs. 2 und 4 des Bankwesengesetzes zu treffen; Maßnahmen gegen den Geschäftsleiter gemäß Paragraph 92, Absatz eins und Absatz 8, dieses Bundesgesetzes sowie gemäß Paragraph 70, Absatz 2, und 4 des

Bankwesengesetzes zu treffen;

...

§ 92. (1) Zur Abwendung einer Gefahr für die finanziellen Belange der Kunden eines Rechtsträgers gemäß § 91 Abs. 1 Z 1 und 2 im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit, kann die FMA bei solchen Rechtsträgern in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (§ 3 Abs. 5 Z 1) befristete Maßnahmen durch Bescheid anordnen, die spätestens 18 Monate nach Wirksamkeitsbeginn außer Kraft treten. Die FMA kann durch Bescheid insbesondere Paragraph 92, (1) Zur Abwendung einer Gefahr für die finanziellen Belange der Kunden eines Rechtsträgers gemäß Paragraph 91, Absatz eins, Ziffer eins, und 2 im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit, kann die FMA bei solchen Rechtsträgern in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer eins,) befristete Maßnahmen durch Bescheid anordnen, die spätestens 18 Monate nach Wirksamkeitsbeginn außer Kraft treten. Die FMA kann durch Bescheid insbesondere

1. Kapital- und Gewinnentnahmen sowie Kapital- und Gewinnausschüttungen ganz oder teilweise untersagen;
2. eine fachkundige Aufsichtsperson (Regierungskommissär) bestellen, die dem Berufsstand der Rechtsanwälte oder der Wirtschaftsprüfer angehört; die Aufsichtsperson, der alle Rechte gemäß § 91 Abs. 3 zustehen, hat 2. eine fachkundige Aufsichtsperson (Regierungskommissär) bestellen, die dem Berufsstand der Rechtsanwälte oder der Wirtschaftsprüfer angehört; die Aufsichtsperson, der alle Rechte gemäß Paragraph 91, Absatz 3, zustehen, hat
 - a) diesem Rechtsträger alle Geschäfte zu untersagen, die geeignet sind, die obige Gefahr zu vergrößern, bzw.
 - b) im Falle, dass dem Rechtsträger die Fortführung der Geschäfte ganz oder teilweise untersagt wurde, einzelne Geschäfte zu erlauben, die die obige Gefahr nicht vergrößern;
3. Geschäftsleitern des Rechtsträgers unter gleichzeitiger Verständigung des zur Bestellung der Geschäftsleiter zuständigen Organs die Führung des Unternehmens ganz oder teilweise untersagen; das zuständige Organ hat binnen eines Monats die entsprechende Anzahl von Geschäftsleitern neu zu bestellen; die Bestellung bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung der FMA, die zu versagen ist, wenn die neu bestellten Geschäftsleiter nicht geeignet scheinen, eine Abwendung der obigen Gefahr herbeiführen zu können;
4. die Fortführung des Geschäftsbetriebes ganz oder teilweise untersagen.

...

1. (8) Absatz 8, Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 3 Abs. 5 nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Rechtsträger gemäß § 91 Abs. 1 Z 1 und 2 Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA die in § 70 Abs. 4 Z 1 bis 3 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf diesen Rechtsträger zu ergreifen. Verletzt ein in § 91 Abs. 1 Z 3 bis 6 genannter Rechtsträger, ein Versicherungsunternehmen im Rahmen des § 2 Abs. 2 oder eine Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen des § 2 Abs. 3 Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA die in § 70 Abs. 4 Z 1 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf diesen Rechtsträger zu ergreifen. Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß Paragraph 3, Absatz 5, nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Rechtsträger gemäß Paragraph 91, Absatz eins, Ziffer eins, und 2 Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA die in Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, bis 3 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf diesen Rechtsträger zu ergreifen. Verletzt ein in Paragraph 91, Absatz eins, Ziffer 3, bis 6 genannter Rechtsträger, ein Versicherungsunternehmen im Rahmen des Paragraph 2, Absatz 2, oder eine Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen des Paragraph 2, Absatz 3, Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA die in Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf diesen Rechtsträger zu ergreifen.
2. (9) Absatz 9,...

...

Übergangsbestimmungen

§ 102. (1) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes gemäß dem WAG, BGBl. Nr. 753/1996 in der

Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 48/2006, bestehende Berechtigungen werden wie folgt übergeleitet Paragraph 102, (1) Zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes gemäß dem WAG, Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 48 aus 2006,, bestehende Berechtigungen werden wie folgt übergeleitet:

1. § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a bis c BWG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 19/2007, sofern § 20 Abs. 4 WAG, BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 48/2006, keine Anwendung findet: 1. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera a, bis c BWG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 19 aus 2007,, sofern Paragraph 20, Absatz 4, WAG, Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 48 aus 2006,, keine Anwendung findet:

a) § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a BWG entspricht der Berechtigung gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 dieses Bundesgesetzes; a) Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera a, BWG entspricht der Berechtigung gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer eins, dieses Bundesgesetzes;

b) § 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG entspricht der Berechtigung gemäß § 3 Abs. 2 Z 2 dieses Bundesgesetzes; b) Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera b, BWG entspricht der Berechtigung gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 2, dieses Bundesgesetzes;

c) § 1 Abs. 1 Z 19 lit. c BWG entspricht der Berechtigung gemäß § 3 Abs. 2 Z 3 dieses Bundesgesetzes; c) Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera c, BWG entspricht der Berechtigung gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Ziffer 3, dieses Bundesgesetzes;

2. ...

..."

2.1.2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bankwesengesetzes (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 (§ 5 in der Fassung BGBl. I Nr. 58/2010, § 70 in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2009) lauten (auszugsweise): 2.1.2. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Bankwesengesetzes (BWG), Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, (Paragraph 5, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 2010,, Paragraph 70, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 66 aus 2009,) lauten (auszugsweise):

"§ 5. (1) Die Konzession ist zu erteilen, wenn:

1. ...

...

13. kein Geschäftsleiter einen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen ausübt;

14. ...

...

§ 70. (1) ...Paragraph 70, (1) ...

...

1. (4) Absatz 4, Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 5 Abs. 1 Z 1 bis 14 oder gemäß § 5 Abs. 4 nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Kreditinstitut Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, des Sparkassengesetzes, des Bausparkassengesetzes, der Einführungsverordnung zum Hypothekenbank- und zum Pfandbriefgesetz, des Hypothekenbankgesetzes, des Pfandbriefgesetzes, des Bankschuldverschreibungsgesetzes, des Investmentfondsgesetzes, des Depotgesetzes, des Beteiligungsfondsgesetzes, des E-Geldgesetzes, des BMSVG, des Immobilien-Investmentfondsgesetzes, des Finanzkonglomeratengesetzes, einer auf Grund dieser Bundesgesetze erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer eins, bis 14 oder gemäß Paragraph 5, Absatz 4, nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Kreditinstitut Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, des Sparkassengesetzes, des Bausparkassengesetzes, der Einführungsverordnung zum Hypothekenbank- und zum Pfandbriefgesetz, des Hypothekenbankgesetzes, des Pfandbriefgesetzes, des Bankschuldverschreibungsgesetzes, des Investmentfondsgesetzes, des Depotgesetzes, des

Beteiligungsfondsgesetzes, des E-Geldgesetzes, des BMSVG, des Immobilien-Investmentfondsgesetzes, des Finanzkonglomeratengesetzes, einer auf Grund dieser Bundesgesetze erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat die FMA

1. dem Kreditinstitut unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen ist;
2. im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen; 2. im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Ziffer eins, erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen;
3. die Konzession zurückzunehmen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit des Kreditinstitutes nicht sicherstellen können.

..."

2.1.3. Die §§ 2 und 5 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991 (VVG), BGBl. Nr. 53/1991 (§ 2 in der Fassung BGBl. Nr. 53/1991, § 5 in der Fassung BGBl. I Nr. 3/2008) lauten (auszugsweise) samt Überschrift: 2.1.3. Die Paragraphen 2, und 5 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1991 (VVG), Bundesgesetzblatt Nr. 53 aus 1991, (Paragraph 2, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 53 aus 1991,, Paragraph 5, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 3 aus 2008,) lauten (auszugsweise) samt Überschrift:

"§ 2. (1) Bei der Handhabung der in diesem Bundesgesetz geregelten Zwangsbefugnisse haben die Vollstreckungsbehörden an dem Grundsatz festzuhalten, dass jeweils das gelindeste noch zum Ziel führende Zwangsmittel anzuwenden ist.

1. (2) Absatz 2,...

...

b) Zwangsstrafen

§ 5. (1) Die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch einen Dritten bewerkstelligen lässt, wird dadurch vollstreckt, dass der Verpflichtete von der Vollstreckungsbehörde durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten wird."Paragraph 5, (1) Die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch einen Dritten bewerkstelligen lässt, wird dadurch vollstreckt, dass der Verpflichtete von der Vollstreckungsbehörde durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten wird."

2.1.4. § 3 Abs. 2 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG), BGBl. I Nr. 97/2001, in der Fassung BGBl. I Nr. 136/2008, lautet samt Überschrift: 2.1.4. Paragraph 3, Absatz 2, Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2008,, lautet samt Überschrift:

"Haftung für die Tätigkeit der FMA

§ 3. (1) ...Paragraph 3, (1) ...

1. (2) Absatz 2, Die FMA hat bei ihrer Tätigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen alle nach den Umständen des Einzelfalles erforderlichen, zweckmäßigen und angemessenen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Sie hat dabei auf die Wahrung der Finanzmarktstabilität zu achten. Sie kann bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Prüfungsberichte der Abschlussprüfer und Organe der ihrer Aufsicht unterliegenden Unternehmen sowie die Prüfungsberichte der Oesterreichischen Nationalbank im Rahmen ihrer gesetzlichen Prüfungsbefugnisse nach dem BWG zu Grunde legen, es sei denn, dass sie begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser

Prüfungsberichte oder an der Fachkunde oder Sorgfalt der Prüfer hat oder solche Zweifel bei entsprechender Sorgfalt hätte haben müssen. Gleiches gilt für die Prüfungsberichte der von der FMA selbst beauftragten Prüfer hinsichtlich der Prüfungshandlungen gemäß den in § 2 genannten Bundesgesetzen. Die FMA hat bei ihrer Tätigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen alle nach den Umständen des Einzelfalls erforderlichen, zweckmäßigen und angemessenen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Sie hat dabei auf die Wahrung der Finanzmarktstabilität zu achten. Sie kann bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Prüfungsberichte der Abschlussprüfer und Organe der ihrer Aufsicht unterliegenden Unternehmen sowie die Prüfungsberichte der Oesterreichischen Nationalbank im Rahmen ihrer gesetzlichen Prüfungsbefugnisse nach dem BWG zu Grunde legen, es sei denn, dass sie begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Prüfungsberichte oder an der Fachkunde oder Sorgfalt der Prüfer hat oder solche Zweifel bei entsprechender Sorgfalt hätte haben müssen. Gleiches gilt für die Prüfungsberichte der von der FMA selbst beauftragten Prüfer hinsichtlich der Prüfungshandlungen gemäß den in Paragraph 2, genannten Bundesgesetzen.

2. (3) Absatz 3,...

..."

2.2. Im Spruch des angefochtenen Bescheides wird der beschwerdeführenden Partei "zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 iVm § 92 Abs. 8 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007 idgF, iVm § 70 Abs. 4 Z 1 und 3 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 idgF, unter Androhung der Zurücknahme der Konzession (Unterstreichungen im Original)" aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden Partei gemäß § 5 Abs. 1 Z 13 BWG keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübten. Dies könne dadurch umgesetzt werden, dass entweder die bestehende Geschäftsleitung "in Person der Herren C P und W P" keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübe oder die bestehenden Geschäftsleitermandate zurückgelegt würden und der belangten Behörde eine neue Geschäftsleitung genannt werde, die den gesetzlichen Anforderungen des WAG 2007, insbesondere den § 3 Abs. 5 Z 6 WAG 2007 iVm § 5 Abs. 1 Z 13 BWG entspreche.

2.2. Im Spruch des angefochtenen Bescheides wird der beschwerdeführenden Partei "zur dauernden Gewährleistung der Einhaltung der Konzessionsvoraussetzungen gemäß Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, idgF, in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, und 3 Bankwesengesetz (BWG), Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, idgF, unter Androhung der Zurücknahme der Konzession (Unterstreichungen im Original)" aufgetragen, den rechtmäßigen Zustand herzustellen, indem binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden Partei gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübten. Dies könne dadurch umgesetzt werden, dass entweder die bestehende Geschäftsleitung "in Person der Herren C P und W P" keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder außerhalb von Versicherungsunternehmen oder Pensionskassen mehr ausübe oder die bestehenden Geschäftsleitermandate zurückgelegt würden und der belangten Behörde eine neue Geschäftsleitung genannt werde, die den gesetzlichen Anforderungen des WAG 2007, insbesondere den Paragraph 3, Absatz 5, Ziffer 6, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 13, BWG entspreche.

2.3. Wie sich aus § 92 Abs. 8 erster Satz WAG 2007 (der aus § 24 Abs. 3 WAG in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001 übernommen wurde) ergibt, hat die FMA bei Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 bis 3 BWG vorzugehen. Der Gesetzgeber hat damit zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen des WAG 2007 das gleiche Regime an Sanktionen zur Anwendung zu kommen hat, wie es in § 70 Abs. 4 BWG vorgesehen ist. Insofern enthält § 92 Abs. 8 WAG 2007 eine Präzisierung der in § 5 Abs. 2 Z 2 WAG 2007 (auf den sich die belangte Behörde in der Bescheidbegründung berufen hat) getroffenen Anordnung.

2.3. Wie sich aus Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz WAG 2007 (der aus Paragraph 24, Absatz 3, WAG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, übernommen wurde) ergibt, hat die FMA bei Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen gemäß Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, bis 3 BWG vorzugehen. Der Gesetzgeber hat damit zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen des WAG 2007 das gleiche Regime an Sanktionen zur Anwendung zu kommen hat, wie es in Paragraph 70, Absatz 4, BWG

vorgesehen ist. Insofern enthält Paragraph 92, Absatz 8, WAG 2007 eine Präzisierung der in Paragraph 5, Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007 (auf den sich die belangte Behörde in der Bescheidbegründung berufen hat) getroffenen Anordnung.

Die Beugemaßnahmen, welche gemäß § 91 Abs. 3 Z 5 in Verbindung mit § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007 iVm § 70 Abs. 4 BWG verhängt werden können, bieten der belangten Behörde ein abgestuftes Instrumentarium (vgl. Johler in Dellinger, BWG, § 70 Rz 78). Dafür, dass dieses auch bei der Vollziehung des WAG 2007 maßgeblich ist, sprechen nicht zuletzt auch § 91 Abs. 3 Z 5 WAG 2007, der der FMA ausdrücklich die Ermächtigung zur Setzung der Maßnahmen nach § 92 Abs. 8 WAG 2007 erteilt, und § 91 Abs. 3 Z 7 WAG 2007, der die Kompetenz zur Setzung von Maßnahmen gegen Geschäftsleiter gemäß § 92 Abs. 8 WAG 2007 einräumt. In diesem Sinne wird das System des § 70 Abs. 4 BWG in der Literatur auch als "dreistufiges System" beschrieben und die Maßnahme der Zurücknahme der Konzession nach § 70 Abs. 4 Z 3 BWG als "ultima ratio" bezeichnet (Sedlak in Brandl/Saria (Hrsg.), WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, § 92 Rn 10, und N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, § 92 Abs. 1-5, 7-10 Rz 42). Die Beugemaßnahmen, welche gemäß Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz erster Fall WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, BWG verhängt werden können, bieten der belangten Behörde ein abgestuftes Instrumentarium vergleiche , Johler in Dellinger, BWG, Paragraph 70, Rz 78). Dafür, dass dieses auch bei der Vollziehung des WAG 2007 maßgeblich ist, sprechen nicht zuletzt auch Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, WAG 2007, der der FMA ausdrücklich die Ermächtigung zur Setzung der Maßnahmen nach Paragraph 92, Absatz 8, WAG 2007 erteilt, und Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 7, WAG 2007, der die Kompetenz zur Setzung von Maßnahmen gegen Geschäftsleiter gemäß Paragraph 92, Absatz 8, WAG 2007 einräumt. In diesem Sinne wird das System des Paragraph 70, Absatz 4, BWG in der Literatur auch als "dreistufiges System" beschrieben und die Maßnahme der Zurücknahme der Konzession nach Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer 3, BWG als "ultima ratio" bezeichnet (Sedlak in Brandl/Saria (Hrsg.), WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, Paragraph 92, Rn 10, und N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, Paragraph 92, Absatz eins -, 5, 7 -, 10, Rz 42).

Zunächst hat die belangte Behörde daher unter Androhung einer Zwangsstrafe den Auftrag zu erteilen, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen (§ 70 Abs. 4 Z 1 BWG). Die angedrohte Zwangsstrafe hat in einem auf Geld lautenden, zu zahlenden Betrag oder Haft (zum Begriff der Zwangsstrafe vgl. § 5 VVG und § 96 BWG sowie die Erläuterungen zu dieser § 32 KWG nachgebildeten Regelung, RV 1130 BlgNR, 18. GP, 155) und nicht etwa - wie im Beschwerdefall - in der "Zurücknahme der Konzession" zu bestehen. Zunächst hat die belangte Behörde daher unter Androhung einer Zwangsstrafe den Auftrag zu erteilen, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen (Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG). Die angedrohte Zwangsstrafe hat in einem auf Geld lautenden, zu zahlenden Betrag oder Haft (zum Begriff der Zwangsstrafe vergleiche Paragraph 5, VVG und Paragraph 96, BWG sowie die Erläuterungen zu dieser Paragraph 32, KWG nachgebildeten Regelung, Regierungsvorlage 1130, BlgNR, 18. GP, 155) und nicht etwa - wie im Beschwerdefall - in der "Zurücknahme der Konzession" zu bestehen.

Im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall hat die belangte Behörde gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes (hier in Anwendung von § 91 Abs. 3 Z 5 iVm § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007 sinngemäß: der Wertpapierfirma) die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen. Im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall hat die belangte Behörde gemäß Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer 2, BWG den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes (hier in Anwendung von Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz erster Fall WAG 2007 sinngemäß: der Wertpapierfirma) die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen.

Die FMA kann somit in einem ersten Schritt für den Fall der Nichterfüllung eines gleichzeitig zu erteilenden Auftrags zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands nur eine - in Zahlung eines Geldbetrages oder Haft bestehende - Zwangsstrafe androhen. Auch auf der zweiten Stufe - im Falle der Nichterfüllung des Auftrags - steht der Behörde nur die Alternative zwischen der Vollziehung der zunächst angedrohten Zwangsstrafe und der Wiederholung des Auftrags

unter neuerlicher Androhung einer Zwangsstrafe oder die Untersagung der Geschäftsführung durch die Geschäftsleiter offen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 12. Dezember 2005, Zl. 2002/17/0179). Schon deshalb erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig. Für die von der belangten Behörde vorgenommene Verbindung eines Auftrages nach § 70 Abs. 4 Z 1 BWG mit einer Androhung der Zurücknahme der Konzession bietet § 91 Abs. 3 Z 5 in Verbindung mit § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007 iVm § 70 Abs. 4 BWG keine Rechtsgrundlage. Die FMA kann somit in einem ersten Schritt für den Fall der Nichterfüllung eines gleichzeitig zu erteilenden Auftrags zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands nur eine - in Zahlung eines Geldbetrages oder Haft bestehende - Zwangsstrafe androhen. Auch auf der zweiten Stufe - im Falle der Nichterfüllung des Auftrags - steht der Behörde nur die Alternative zwischen der Vollziehung der zunächst angedrohten Zwangsstrafe und der Wiederholung des Auftrags unter neuerlicher Androhung einer Zwangsstrafe oder die Untersagung der Geschäftsführung durch die Geschäftsleiter offen (vergleiche dazu das hg. Erkenntnis vom 12. Dezember 2005, Zl. 2002/17/0179). Schon deshalb erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig. Für die von der belangten Behörde vorgenommene Verbindung eines Auftrages nach Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG mit einer Androhung der Zurücknahme der Konzession bietet Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz erster Fall WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, BWG keine Rechtsgrundlage.

Die gesetzlich nicht vorgesehene Androhung der Entziehung der Konzession in einem Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes als erster Schritt kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie gleichsam als gelinderes Mittel zu einer allenfalls möglichen sofortigen Entziehung zulässig sein müsse. Auch wenn man mit N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, § 92 Abs. 1-5, 7-10 Rz 42, davon ausgehen kann, dass Situationen denkbar seien, in denen eine sofortige Zurücknahme der Konzession (ohne ein vorheriges Vorgehen nach § 70 Abs. 4 Z 1 und 2 BWG) zulässig wäre, ist der Konzessionsentzug nach § 70 Abs. 4 Z 3 BWG nur vorgesehen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers nicht sicherstellen können. Zu den in § 70 Abs. 4 erster Satz BWG (bzw. im vorliegenden Fall: in § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007) genannten Voraussetzungen für die Anwendung der Z 1 bis 3 des § 70 Abs. 4 BWG tritt demnach im Fall der Z 3 das Erfordernis hinzu, zu überprüfen, ob andere Maßnahmen nach dem BWG (in Anwendung von § 91 Abs. 3 Z 5 in Verbindung mit § 92 Abs. 8 erster Satz erster Fall WAG 2007: des WAG 2007) die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers sicherstellen können. Eine solche Prüfung hat die belangte Behörde jedoch nicht vorgenommen. Die gesetzlich nicht vorgesehene Androhung der Entziehung der Konzession in einem Auftrag zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes als erster Schritt kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie gleichsam als gelinderes Mittel zu einer allenfalls möglichen sofortigen Entziehung zulässig sein müsse. Auch wenn man mit N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, Paragraph 92, Absatz eins -, 5, 7 -, 10, Rz 42, davon ausgehen kann, dass Situationen denkbar seien, in denen eine sofortige Zurücknahme der Konzession (ohne ein vorheriges Vorgehen nach Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, und 2 BWG) zulässig wäre, ist der Konzessionsentzug nach Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer 3, BWG nur vorgesehen, wenn andere Maßnahmen nach diesem Bundesgesetz die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers nicht sicherstellen können. Zu den in Paragraph 70, Absatz 4, erster Satz BWG (bzw. im vorliegenden Fall: in Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz erster Fall WAG 2007) genannten Voraussetzungen für die Anwendung der Ziffer eins, bis 3 des Paragraph 70, Absatz 4, BWG tritt demnach im Fall der Ziffer 3, das Erfordernis hinzu, zu überprüfen, ob andere Maßnahmen nach dem BWG (in Anwendung von Paragraph 91, Absatz 3, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 92, Absatz 8, erster Satz erster Fall WAG 2007: des WAG 2007) die Funktionsfähigkeit des Rechtsträgers sicherstellen können. Eine solche Prüfung hat die belangte Behörde jedoch nicht vorgenommen.

2.4. Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig, weil die Verbindung eines Auftrags nach § 70 Abs. 4 Z 1 BWG mit der Androhung des Konzessionsentzugs gesetzlich nicht gedeckt ist. 2.4. Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig, weil die Verbindung eines Auftrags nach Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG mit der Androhung des Konzessionsentzugs gesetzlich nicht gedeckt ist.

Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben, ohne dass auf das weitere Beschwerdebringen einzugehen war. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben, ohne dass auf das weitere Beschwerdebringen einzugehen war.

2.5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG aF in Verbindung mit § 3 Z 1 VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014. 2.5. Die Kostenentscheidung

gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG aF in Verbindung mit Paragraph 3, Ziffer eins, VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 518 aus 2013,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 8 aus 2014,.

Wien, am 24. Februar 2014

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2010170185.X00

Im RIS seit

24.04.2014

Zuletzt aktualisiert am

14.07.2014

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at