

TE OGH 2012/6/22 1Ob186/11a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.06.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Parteien 1. K***** S*****, vertreten durch Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwalt in Wien, (30 Cg 18/06x) sowie 2. M***** O*****, und 3. Mag. A***** O*****, beide vertreten durch Christandl Rechtsanwalt GmbH in Graz, (30 Cg 19/06v) gegen die jeweils beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, und die Nebenintervenienten 1. Dr. H***** K*****, 2. Mag. G***** P***** A*****, beide vertreten durch Dr. Engelhart & Partner Rechtsanwälte OEG in Wien, 3. B***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Heinz Stöger, Rechtsanwalt in Wien, 4. D***** GmbH, 5. Mag. N***** S*****, 6. Mag. A***** S*****, alle vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitwert zu 30 Cg 18/06x: 46.250 EUR; zu 30 Cg 19/06v: 21.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 2. Mai 2011, GZ 14 R 36/11h-156, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 10. Dezember 2010, GZ 30 Cg 18/06x, 30 Cg 19/06v-144, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das über Klage der Zweitklägerin und des Drittklägers ergangene Urteil wird in der Hauptsache dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„Es wird festgestellt, dass die beklagte Partei der zweit- und drittklagenden Partei für jenen Schaden haftet, den diese nach dem 1. 1. 2002 aufgrund der unzureichenden Aufsichtstätigkeit der Bundes-Wertpapieraufsichtsbehörde bzw der Finanzmarktaufsichtsbehörde dadurch erleiden, dass die von ihnen in den Konkursverfahren 36 S 41/05z und 36 S 42/05x je des Handelsgerichts Wien, gegenüber der Anlegerentschädigung von Wertpapierfirmen GmbH und in den Liquidationsverfahren der Luxemburgischen Fonds 'AMIS Funds SICAV' und 'Top Ten Multifonds SICAV' angemeldete Forderung von 11.773,08 EUR, die aus Einzahlungen zum AMV/AMIS-Pensionsplan im Zeitraum 1. 3. 2001 bis 5. 9. 2005 resultiert, nicht zur Gänze befriedigt wird.

Das darüber hinausgehende Begehren, die Haftung der beklagten Partei auch für vor dem 1. 1. 2002 eingetretene Schäden festzustellen, wird hingegen abgewiesen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der erstklagenden Partei die mit 2.683,91 EUR (darin 447,32 EUR USt) sowie der zweit- und drittklagenden Partei die mit 1.172,95 EUR (darin 195,49 EUR USt) bestimmten Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Das AMIS-„Geschäftsmodell“:

Im Jahr 1998 gründeten Harald L***** und Mag. Dietmar B***** mit einer dritten Person die PLB Wertpapierdienstleistungs AG, der am 8. 2. 1999 von der Bundes-Wertpapieraufsichtsbehörde (BWA) die Konzession gemäß § 1 Abs 1 Z 19 BWG erteilt wurde; die Firma wurde in AMV Asset Management Vermögensverwaltung AG (im Folgenden: AMV) geändert und mit dem Geschäftszweig „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ in das Firmenbuch eingetragen. Der Vorstand bestand zunächst aus L***** und Gerhard G*****, die jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen vertretungsbefugt waren; Prokurist war zunächst Mag. B*****, der im Jahr 2000 anstelle von G***** in den Vorstand eintrat. Im Mai 2001 wurde die Firma der AMV AG auf AMIS Asset Management Investment Services AG (im Folgenden: AMIS) geändert. Im Juli 2003 schied L***** aus dem Vorstand aus. Im Mai 2001 wurde die AMIS Consulting GmbH als Tochtergesellschaft der AMIS im Firmenbuch eingetragen. Mag. B***** war ab 30. 1. 2002 einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer. Im Juli 2002 wurde die GmbH in eine AG umgewandelt, deren Firma AMIS Financial Consulting AG (im Folgenden: AFC) lautete. Diese wurde im September 2002 zur Aufnahme eines Vermögensteils der AMIS, und zwar des Betriebs „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ gemäß einem entsprechenden Spaltungs- und Übernahmevertrag gespalten. Mag. B***** gehörte dem Vorstand an, Alleinaktionärin war weiter die AMIS; L***** gehörte dem Aufsichtsrat an.

Im Jahr 1998 gründeten Harald L***** und Mag. Dietmar B***** mit einer dritten Person die PLB Wertpapierdienstleistungs AG, der am 8. 2. 1999 von der Bundes-Wertpapieraufsichtsbehörde (BWA) die Konzession gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG erteilt wurde; die Firma wurde in AMV Asset Management Vermögensverwaltung AG (im Folgenden: AMV) geändert und mit dem Geschäftszweig „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ in das Firmenbuch eingetragen. Der Vorstand bestand zunächst aus L***** und Gerhard G*****, die jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen vertretungsbefugt waren; Prokurist war zunächst Mag. B*****, der im Jahr 2000 anstelle von G***** in den Vorstand eintrat. Im Mai 2001 wurde die Firma der AMV AG auf AMIS Asset Management Investment Services AG (im Folgenden: AMIS) geändert. Im Juli 2003 schied L***** aus dem Vorstand aus. Im Mai 2001 wurde die AMIS Consulting GmbH als Tochtergesellschaft der AMIS im Firmenbuch eingetragen. Mag. B***** war ab 30. 1. 2002 einzelvertretungsbefugter Geschäftsführer. Im Juli 2002 wurde die GmbH in eine AG umgewandelt, deren Firma AMIS Financial Consulting AG (im Folgenden: AFC) lautete. Diese wurde im September 2002 zur Aufnahme eines Vermögensteils der AMIS, und zwar des Betriebs „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen“ gemäß einem entsprechenden Spaltungs- und Übernahmevertrag gespalten. Mag. B***** gehörte dem Vorstand an, Alleinaktionärin war weiter die AMIS; L***** gehörte dem Aufsichtsrat an.

Die AMIS-Gruppe befasste sich im Wesentlichen mit der Konzeption, dem Vertrieb, der Verwaltung und dem Management von Vermögensverwaltungsprodukten. Sie hatte dazu eigene Fonds in Luxemburg aufgelegt, vertrieben und verwaltet, und zwar den AMIS Funds SICAV und den Top Ten Multifonds SICAV (TTM). Der AMIS Funds SICAV wurde 2001 aufgelegt und firmierte bis 15. 7. 2003 unter „Trust Fund Institutional“ (TFI). Der TTM wurde 1993 aufgelegt. Bei beiden in Luxemburg aufgelegten Fonds handelte es sich um SICAV-Fonds in der Form von Umbrella-Fonds, wobei die Subfonds (Teilfonds) selbst wieder als Dachfonds ausgestaltet waren. Jeder Anleger konnte aufgrund eines Vermögensmanagementvertrags mit AMIS in verschiedene Produkte („AMIS-Pläne“) investieren, die sich aus unterschiedlichen Anteilen an den Teilfonds der beiden SICAV (Société d' Investissement á Capital Variable Gesellschaft nach luxemburgischem Recht) ergaben. Eine klare Verbindung zwischen den Subfonds und den AMIS-Plänen gab es nicht. Jedes AMIS Funds Produkt war einem eigenen Subfonds zugeordnet. Seit Auflage des AMIS-Funds SICAV erfolgte die Veranlagung des TTM zu einem beachtlichen Teil in AMIS Fund-Subfonds. Im Jahr 2003 wurde weiters der Vertrieb eines Vermögensverwaltungsprodukts („managed account“) mit dem Namen AMIS Vario Invest aufgenommen. Aufgabe der AMV AG (AMIS AG) war es einerseits, die Verwaltung und das Management der Fonds durchzuführen, und andererseits war sie auch für die individuelle Vermögensverwaltung bzw Vermögensberatung zuständig. Die AMIS Consulting GmbH (später AFC) und AMIS Deutschland waren für den Vertrieb der Produkte über ein System von externen Franchisepartnern und ihnen hierarchisch unterstellten Vertriebspartnern zuständig. Laut dem Prospekt des AMIS Funds SICAV vom August 2003 war Mag. B***** Vorsitzender des Verwaltungsrats dieses Fonds. Die Anlageverwaltungsgesellschaft war die AMIS AG. Als Depotbank fungierte die IBL Investment Bank Luxembourg S.A. (IBL), „Nominee“ und Vertriebsstelle war die Transcontinental Fund Administration Ltd (TFA) mit Sitz auf den Cayman Islands.

In einem Kapitalanlagefonds (Investmentfonds) im Sinne des InvFG bündelt eine Kapitalanlagegesellschaft die Gelder vieler Anleger, um sie nach dem Prinzip der Risikostreuung in verschiedenen Vermögenswerten (Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten, Bankguthaben, derivativen Instrumenten etc) anzulegen und fachmännisch zu verwalten. Investmentfonds ist damit die Bezeichnung für die Gesamtheit der von Anlegern eingezahlten Gelder und der hierfür angeschafften Vermögenswerte. Investmentfonds sind keine Rechtssubjekte. Es handelt sich vielmehr um Sondervermögen, das im Miteigentum der Anteilsinhaber steht und ausschließlich von konzessionierten Kapitalanlagegesellschaften verwaltet werden darf. Die Anteilsinhaber haben kein Mitwirkungsrecht bei der Verwaltung des Fondsvermögens, aber ein jederzeitiges Ausstiegsrecht (Rücknahmeverpflichtung des Fonds). Die wirtschaftliche Basis von Vermögensanlagen in Form von Investmentfonds beruht auf den drei Säulen Risikodiversifizierung, Fremdverwaltung und kollektive Anlage. Durch breite Streuung in unterschiedliche Vermögenstitel wird das Veranlagungsrisiko minimiert. Da der einzelne Anleger in der Regel nicht in der Lage ist, ein effizient diversifiziertes Portfolio zusammenzustellen und zu verwalten, wird diese Aufgabe von der Kapitalanlagegesellschaft übernommen, diese handelt also als professioneller Fremdverwalter des Portfolios. Nur bei ausreichend großen Vermögensbeträgen kann die kritische Masse („economies of scale“) erreicht werden, um eine profitable und effiziente (professionelle) Vermögensanlage vornehmen zu können. Wird eine solche Größe nicht erreicht, ist die individuelle Vermögensverwaltung zu teuer und die kollektive Vermögensverwaltung eine ökonomisch sinnvolle Alternative. Demzufolge fungieren Investmentfonds als „Kapitalsammelstellen mit kollektiver Vermögensverwaltung“, die die kritische Masse in zweierlei Hinsicht (finanzielle Größenordnung und Bündelung des Know-how) erreichen. Bei Publikumsfonds (offenen Investmentfonds), die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie öffentlich angeboten und nach dem „Open-end-Prinzip“ geführt werden, ist die Zahl der Anteile (und damit der Teilhaber) von vornherein unbestimmt („Open-end“). Es werden also laufend neue Anteile ausgegeben und mit den Erlösen das Fondsvermögen aufgestockt. Umgekehrt kann jeder Anteilsinhaber grundsätzlich jederzeit die Auszahlung seines Anteils verlangen, wofür unter Umständen auch Fondsvermögen veräußert werden muss. Die Kapitalanteilsinhaber haben keinerlei Mitwirkungsrechte an der Verwaltung des Fonds, weshalb für Publikumsfonds ein besonderer Anlegerschutz vorgesehen ist, der im Wesentlichen durch organisationsrechtliche Vorgaben (Trennungsprinzip), Publizitätsinstrumente und aufsichtsbehördliche Befugnisse abgesichert wird. Umbrella-Fonds sind übergeordnete Fondskonstruktionen, unter denen mehrere voneinander unabhängige Teilfonds zusammengefasst sind. Diese Teilfonds sind „normale“ Investmentfonds, die nur organisatorisch unter dem gemeinsamen „Schirm“ zusammengefasst sind, sich jedoch hinsichtlich der Anlagepolitik oder anderer Ausstattungsmerkmale voneinander unterscheiden und getrennt voneinander verwaltet werden. Anleger können unter dem Schirm, der von einer einzigen Fondsgesellschaft verwaltet wird, in Teilfonds investieren, die jeweils verschiedene Anlageschwerpunkte aufweisen. Es handelt sich dabei nicht um einen Dachfonds, weil der Anleger direkt in einzelne dieser Teilfonds investiert. Jeder einzelne Teilfonds hat seine eigene Mindestanlagesumme und einen eigenen Anteilspreis. Für Verwaltungsgesellschaften sind Umbrella-Fonds-Konstruktionen aufgrund zahlreicher Kostenvorteile attraktiv. Eine besondere Ausprägung des Anlegerschutzes bei Investmentfonds ist das „doppelte“ Trennungsprinzip („Investment-Dreieck“). Danach sind Kapitalanlagefonds als Sondervermögen ausgestaltet. Diese Sondervermögen haben keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern stehen im Miteigentum der Anteilsinhaber. Vom sonstigen Vermögen der Anteilsinhaber ist dieses Sondervermögen insoweit abgesondert, als diese keine Verfügungsmöglichkeit über die Vermögensbestandteile des Sondervermögens haben und ihre Gläubiger nicht darauf zugreifen können. Das Sondervermögen ist vom Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft getrennt. Das bedeutet, dass weder die Anleger Anteile an dieser Gesellschaft halten, noch die Gesellschaft Anteile am Sondervermögen besitzt. Die Kapitalanlagegesellschaft ist mit der Vermögensverwaltung des Sondervermögens betraut. Allerdings muss sie die Verwaltungsfunktion mit der Depotbank teilen, denn die Verwahrung der zum Sondervermögen gehörenden Wertpapiere und Barmittel, die Führung von Konten und Depots sowie die Ausgabe und Rücknahme der Anteilsscheine sind gesetzlich zwingend auf die Depotbank zu übertragen. Dadurch werden die Verwaltungskompetenzen der Kapitalanlagegesellschaft in maßgeblichen Bereichen beschränkt; sie kann über das Sondervermögen nur unter Mitwirkung der Depotbank verfügen. Das Sondervermögen, das im Miteigentum der Anteilsinhaber steht, haftet nicht für Verbindlichkeiten der Kapitalanlagegesellschaft. Im Konkurs der Kapitalanlagegesellschaft ist daher dieses Sondervermögen aussonderungsfähig und damit „konkursfest“. Umgekehrt erstreckt sich die Beteiligung der Anleger nur auf das Sondervermögen und nicht auf die Kapitalanlagegesellschaft selbst. Die Rechte der Anleger sind deshalb nicht gesellschaftsrechtlicher Natur, sondern im Investmentvertrag näher

geregelt und in den Anteilsscheinen (Investmentzertifikaten) verbrieft. Zur Deckung der Ausgabekosten - wie Konzeption und Vertrieb - kann die Kapitalanlagegesellschaft im Rahmen des Auflegens eines Investmentfonds einen in den Fondsbestimmungen festgelegten Ausgabeaufschlag verlangen. Dieser Ausgabeaufschlag ist ein über dem Anteilswert liegender Betrag, der zumeist in Prozent des Anteilswerts ausgedrückt wird. Er fällt einmalig beim erstmaligen Erwerb der Anteile an. Die Ausgabeaufschläge betragen in der Praxis bei Aktienfonds durchschnittlich 5 % des Ausgabewerts. Üblicherweise wird dieser Ausgabeaufschlag (teilweise oder überwiegend) an den Vertrieb als Vertriebsentgelt (Abschlussprämie) weitergegeben. Darüber hinaus erhält die Kapitalanlagegesellschaft für die Verwaltung des Fonds eine Verwaltungsgebühr. Bei Aktienfonds ist eine jährliche Verwaltungsgebühr von bis zu 2 % branchenüblich. Soweit die Kapitalanlagegesellschaft eine externe Verwaltungsgesellschaft mit der Vermögensverwaltung des Fonds beauftragt hat, wird ein (Groß-)Teil der jährlichen Managementgebühren an den externen Verwalter weitergegeben.

Die AMV (bzw. AMIS) profitierte insoweit an Vermögensanlagen ihrer Kunden an den zwei ihr nahestehenden Investmentgesellschaften (TTM und AMIS Funds SICAV), als sie einerseits als Vermögensverwalterin der beiden Fonds Provisionen von den SICAV erhielt, die in Abhängigkeit vom Inventarwert der Fonds bemessen wurden. Daneben erhielt sie von den einzelnen Anlegern für die individuelle Vermögensberatung eine Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsgebühr.

Das „Geschäftsmodell“ beruhte auf zwei Hauptsäulen, nämlich dem erfolgreichen Vertrieb durch Zahlung hoher Vertriebsprovisionen und der Veruntreuung von Fondsvermögen im Zusammenhang mit Anteilsrückkäufen. Bei Einmalerlägen erhielten die Vertriebspartner im Regelfall 5 % Abschlussprovision und 0,4 % an jährlicher Bestandsprovision. Bei Aufbauplänen mit regelmäßigen Anlegerzahlungen betrug die Abschlussprovision 5 % jeder Einzahlung während der gesamten Laufzeit von meist 15 Jahren, wozu noch 0,4 % an jährlicher Bestandsprovision kamen. Diese Vertriebsprovisionen waren im Vergleich zu anderen Finanzprodukten außerordentlich hoch und lagen auf einem Niveau, das den durchschnittlichen branchenüblichen Ausgabeaufschlägen entsprach. Dem gegenüber hatten die Kunden an AMIS nur die jährlichen Verwaltungsgebühren aus den individuellen Vermögensverwaltungen von zwischen 1,25 % und 1,75 % des Portfoliowerts zu zahlen. Daneben erzielte AMIS auch Einnahmen aus der kollektiven Vermögensverwaltung der beiden SICAV-Fonds in Höhe von 1,5 % (TTM) bzw. zwischen 0,85 % und 2 % (TFI) des Portfoliowerts pro Jahr. Wären die an die Vertriebspartner entrichteten Provisionen aus den dargestellten Einnahmen zu zahlen gewesen, hätte AMIS jedenfalls in den ersten zehn Jahren keinen Gewinn erzielen können. Für jeden Branchenkundigen war leicht zu erkennen, dass das Vertriebsmodell aufgrund der Asymmetrie von Einnahmen und Ausgaben von Anfang an zum Scheitern verurteilt war. Tatsächlich war die AMIS bereits nach einem Geschäftsjahr, nämlich im Jahr 2000, zahlungsunfähig. Nur wegen des Betrugssystems konnten die wahren Tatsachen jahrelang verschleiert werden. Die systematische rechtswidrige Inanspruchnahme von Kundenvermögen begann spätestens im Jänner 2000. Die Malversationen waren nur möglich, weil die AMIS-Verantwortlichen grundlegende Sicherungs- und Kontrollmechanismen des Investmentfondsrechts außer Kraft setzten. So wurde insbesondere das Trennungsprinzip ausgeschaltet, weil AMIS die Kundengelder auf eigenen Konten entgegennahm und diese im eigenen Namen veranlagte. Daher wurden auch die Kunden nicht selbst im Anteilsinhaberregister erfasst und auch keine auf die einzelnen Kunden lautenden Bankdepots geführt. Da die Depotbank Käufe und Rückkäufe nur im Rahmen des ihr bekannten Anteilsinhaberregisters überwachen konnte, war es ihr auch nicht möglich zu kontrollieren, ob etwa bei Verkaufsaufträgen eine gültige Order eines AMIS-Kunden vorlag und dieser über ausreichende Wertpapierbestände verfügte. Die Verträge zwischen AMIS und den Kunden waren überwiegend als Vermögensverwaltungsverträge ausgestaltet. Damit konnte AMIS ohne weitere Rückfrage beim Kunden Dispositionen über das Kundenportfolio treffen. Die gesamte Abwicklung lag allein in der Hand von AMIS. AMIS nahm die Zahlungen der Kundengelder auf eigenen Konten entgegen, leitete diese nach einer entsprechenden Investitionsentscheidung mit den jeweiligen Aufträgen an die Depotbank im eigenen Namen weiter; die Kundendepots selbst wurden ausschließlich durch AMIS geführt, von ihr wurden entsprechende Depotauszüge erstellt, die Rückkauforders wurden durch AMIS im eigenen Namen beauftragt und dementsprechend auf AMIS-Konten abgerechnet, gegenüber den Kunden nahm AMIS allein die Auszahlungen wieder von eigenen Konten vor. Zusätzlich erfolgten die Veranlagungen ausschließlich in eigene Produkte. Letztlich wurde im Jahr 2001 die TFA als Treuhänder („Nominee“) in die Abwicklung zwischen Kunden, AMIS und TTM zwischengeschaltet. An die Stelle der AMIS trat die TFA mit der Folge, dass von Jänner 2002 bis Februar 2004 nun diese anstelle von AMIS als Anteilsinhaberin auftrat. Da sich die TFA unter der Kontrolle von AMIS bzw. von L***** und B***** befand, konnten die beiden ihr bisheriges betrügerisches System fortsetzen. Dieses wurde erst im

Jahr 2004 durch die Suspendierung der Fonds durch die luxemburgische Finanzmarktaufsicht unmöglich gemacht. Bis dahin hatten die AMIS-Gesellschaften Kundengelder auf eigenen Konten entgegengenommen und die Kundenveranlagungen im eigenen Namen gegenüber den Fondsgesellschaften und der Depotbank durchgeführt.

Im November 2005 wurde sowohl über das Vermögen der AMIS als auch über jenes der AFC der Konkurs eröffnet, wobei beide Konkursverfahren noch anhängig sind. Die Masseverwalter gaben bekannt, dass Aus- und Absonderungsansprüche der Anleger nicht erfüllt werden können und die Konkursmasse auch nicht ausreicht, um die Masseforderungen zu erfüllen.

Konzessionierungsverfahren und Aufsicht:

Im April 1998 ersuchte ein Rechtsanwalt im (nicht offengelegten) Auftrag eines der späteren Geschäftsleiter der späteren AMIS die BWA um Rechtsauskunft zu einer Konzession gemäß § 20 WAG, ausgehend vom Sachverhalt, dass eine Kapitalgesellschaft, die Geschäfte im Bereich der Vermögensberatung und -verwaltung betreibe und mit dem Kunden einen Vermögensmanagementvertrag abschließe, auf dessen Grundlage die Gesellschaft für ihn Investitionen tätigen dürfe; der Kunde leiste monatliche Zahlungen auf ein Verrechnungskonto, das im Namen der Gesellschaft geführt werde; das Konto der Gesellschaft sei a) in Subkonten untergliedert, die auf die Namen der einzelnen Kunden lauten und der Bank bekannt seien, b) nicht in Subkonten untergliedert. In beiden Fällen werde das Geld, das sich auf diesen Konten befinde, nicht als Betriebsvermögen der Gesellschaft deklariert. Die erworbenen Wertpapiere lägen auf einem Sammeldepot, das im Namen der Gesellschaft geführt werde. Die Gesellschaft sei berechtigt, alle auf den Konten bzw Depots verwahrten Wertpapiere zu verwalten und darüber Verfügungen zu treffen. Ausgehend von diesem Sachverhalt warf der Rechtsanwalt die Frage auf, ob die Gesellschaft aufgrund des dargelegten Verrechnungsmodus (in beiden Varianten) und/oder durch die Verwahrung der Wertpapiere auf einem Sammeldepot, das in ihrem Namen geführt werde, zum Schuldner des Kunden werde. Die BWA antwortete darauf umgehend, dass der geschilderte Sachverhalt (Offenlegung der Subkonten gegenüber der Bank) der Konstruktion einer offenen Treuhand entspreche. Hier gelte, dass gegenüber der Bank ausschließlich der Treuhänder berechtigt und verpflichtet sei; die Bank hafte grundsätzlich auch nicht bei der Durchführung von Verfügungen des Treuhänders, die gegen die Treuhandvereinbarung verstoßen. Da die Rechte der Kunden in diesem Fall nicht ausreichend geschützt würden, sei eine derartige Konstruktion nach Ansicht der BWA unzulässig. Gleiches gelte hinsichtlich des Sammeldepots, das im Namen der Gesellschaft geführt werde. Auch wenn die Kunden Miteigentum am Sammelbestand behielten und ihnen damit ein dinglicher Anspruch auf Ausfolgung der Papiere zukomme, würden ihre Eigentumsrechte nur unzulänglich gewährleistet. In der Folge beantragte die (durch einen anderen Rechtsanwalt vertretene) spätere AMIS im Juli 1998 bei der BWA die Erteilung einer Konzession als Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 1 Abs 1 Z 19 BWG. Nachdem die BWA die fachliche Qualifikation des als Geschäftsleiter vorgesehenen Mag. B***** als nicht ausreichend angesehen hatte, wurde ein anderer Geschäftsleiter (G*****) namhaft gemacht, der im November 1998 eine eidesstattliche Erklärung abgab, wonach er keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder von Pensionskassen ausübe; tatsächlich hatte dieser aber gar nicht vor, in Wien zu arbeiten, weil er sein in Tirol aufgebautes Vermögensberatungsunternehmen nicht aufgeben wollte. Er wurde von der BWA als Geschäftsleiter akzeptiert, da er über ausreichende praktische Erfahrung verfügte und auch sonst kein Ausschlussgrund zu erkennen war. Die Mitarbeiter der BWA hatten nicht den Eindruck, dass er seitens der Konzessionswerberin bloß vorgeschoben werde. Insgesamt gestaltete sich das Konzessionserteilungsverfahren im Vergleich zu anderen derartigen Verfahren eher langwierig und überdies komplex, was in erster Linie darauf zurückzuführen war, dass die BWA diverse rechtliche Fragen, etwa bezüglich der Verträge mit den freien Mitarbeitern des Unternehmens, zu klären hatte und überdies zunächst Unterlagen gefehlt hatten, die nachverlangt werden mussten. Im Februar 1999 wurde die beantragte Konzession erteilt, die die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen, die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden und die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehreren Instrumenten gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG umfasste; aufgrund dieser Konzession bestand auch die Berechtigung, sich bei der Erbringung dieser Finanzdienstleistungen freier Mitarbeiter zu bedienen. Im April 1998 ersuchte ein Rechtsanwalt im (nicht offengelegten) Auftrag eines der späteren Geschäftsleiter der späteren AMIS die BWA um Rechtsauskunft zu einer Konzession gemäß Paragraph 20, WAG, ausgehend vom Sachverhalt, dass eine Kapitalgesellschaft, die Geschäfte im Bereich der Vermögensberatung und -verwaltung betreibe und mit dem Kunden einen Vermögensmanagementvertrag abschließe, auf dessen Grundlage die Gesellschaft für ihn Investitionen tätigen dürfe; der Kunde leiste monatliche Zahlungen auf

ein Verrechnungskonto, das im Namen der Gesellschaft geführt werde; das Konto der Gesellschaft sei a) in Subkonten untergliedert, die auf die Namen der einzelnen Kunden lauten und der Bank bekannt seien, b) nicht in Subkonten untergliedert. In beiden Fällen werde das Geld, das sich auf diesen Konten befinde, nicht als Betriebsvermögen der Gesellschaft deklariert. Die erworbenen Wertpapiere lägen auf einem Sammeldepot, das im Namen der Gesellschaft geführt werde. Die Gesellschaft sei berechtigt, alle auf den Konten bzw Depots verwahrten Wertpapiere zu verwalten und darüber Verfügungen zu treffen. Ausgehend von diesem Sachverhalt warf der Rechtsanwalt die Frage auf, ob die Gesellschaft aufgrund des dargelegten Verrechnungsmodus (in beiden Varianten) und/oder durch die Verwahrung der Wertpapiere auf einem Sammeldepot, das in ihrem Namen geführt werde, zum Schuldner des Kunden werde. Die BWA antwortete darauf umgehend, dass der geschilderte Sachverhalt (Offenlegung der Subkonten gegenüber der Bank) der Konstruktion einer offenen Treuhand entspreche. Hier gelte, dass gegenüber der Bank ausschließlich der Treuhänder berechtigt und verpflichtet sei; die Bank hafte grundsätzlich auch nicht bei der Durchführung von Verfügungen des Treuhänders, die gegen die Treuhandvereinbarung verstoßen. Da die Rechte der Kunden in diesem Fall nicht ausreichend geschützt würden, sei eine derartige Konstruktion nach Ansicht der BWA unzulässig. Gleiches gelte hinsichtlich des Sammeldepots, das im Namen der Gesellschaft geführt werde. Auch wenn die Kunden Miteigentum am Sammelbestand behielten und ihnen damit ein dinglicher Anspruch auf Ausfolgung der Papiere zukomme, würden ihre Eigentumsrechte nur unzulänglich gewährleistet. In der Folge beantragte die (durch einen anderen Rechtsanwalt vertretene) spätere AMIS im Juli 1998 bei der BWA die Erteilung einer Konzession als Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG. Nachdem die BWA die fachliche Qualifikation des als Geschäftsleiter vorgesehenen Mag. B***** als nicht ausreichend angesehen hatte, wurde ein anderer Geschäftsleiter (G*****) namhaft gemacht, der im November 1998 eine eidesstattliche Erklärung abgab, wonach er keinen anderen Hauptberuf außerhalb des Bankwesens oder von Pensionskassen ausübe; tatsächlich hatte dieser aber gar nicht vor, in Wien zu arbeiten, weil er sein in Tirol aufgebautes Vermögensberatungsunternehmen nicht aufgeben wollte. Er wurde von der BWA als Geschäftsleiter akzeptiert, da er über ausreichende praktische Erfahrung verfügte und auch sonst kein Ausschlussgrund zu erkennen war. Die Mitarbeiter der BWA hatten nicht den Eindruck, dass er seitens der Konzessionswerberin bloß vorgeschoben werde. Insgesamt gestaltete sich das Konzessionserteilungsverfahren im Vergleich zu anderen derartigen Verfahren eher langwierig und überdies komplex, was in erster Linie darauf zurückzuführen war, dass die BWA diverse rechtliche Fragen, etwa bezüglich der Verträge mit den freien Mitarbeitern des Unternehmens, zu klären hatte und überdies zunächst Unterlagen gefehlt hatten, die nachverlangt werden mussten. Im Februar 1999 wurde die beantragte Konzession erteilt, die die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen, die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden und die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehreren Instrumenten gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera b bis f BWG umfasste; aufgrund dieser Konzession bestand auch die Berechtigung, sich bei der Erbringung dieser Finanzdienstleistungen freier Mitarbeiter zu bedienen.

Bereits im Mai 1999 fand eine Vollprüfung durch die BWA vor Ort statt, weil im Zuge des (langwierigen) Konzessionierungsverfahrens gewisse Bedenken gegenüber der Gesellschaft bzw deren „qualifizierten Eigentümern“ entstanden waren. Zuerst wurde mit dem Geschäftsleiter L***** und dem (als Geschäftsleiter nicht akzeptierten) Gesamtprokuristen Mag. B***** eine Checkliste durchgegangen. Dabei wurden einige Fragen von den Vertretern der Gesellschaft nicht vollständig beantwortet. Weiters wurden verschiedene Unzukömmlichkeiten festgestellt. Insbesondere wurde diesbezüglich festgehalten, dass die Gesellschaft Kundengelder halte, bestimmte Änderungen - etwa über die Anzahl der freien Mitarbeiter - nicht gemeldet worden wären, die Identität von Kunden nicht ausreichend festgehalten werde sowie dass keine Auskunft darüber erteilt werden habe können, ob Telefonmarketing betrieben wird. Bei einzelnen - offenbar stichprobenartig überprüften - Geschäftsfällen wurde in Frage gestellt, ob bei der Beratung stets den Kundeninteressen entsprechend gehandelt werde oder trotz geringer Risikobereitschaft riskantere Veranlagungen gewählt würden. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass die Gesellschaft bislang mehrheitlich nur Investmentfonds in zwei von ihr zusammengestellten Standardstrukturen (Veranlagungsvarianten) vermittelt habe, deren Risikogehalt vom Geschäftsleiter mit „mittel“ eingestuft worden sei; verschiedene Kunden hätten aber ihr Veranlagungsrisiko mit „gering“ angegeben. In den Erläuterungen zum Prüfbericht der BWA wird unter anderem ausgeführt, Mag. B***** habe angegeben, dass ein Konto der AMV bestehe, auf das alle Kunden ihre Einzahlungen tätigten und von dem aus die einzelnen Wertpapiere gekauft würden. Dieses Konto werde von der AMV treuhändig gehalten. Auf den Hinweis, dass es sich um ein für ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen

unzulässiges Bankgeschäft handle, habe L***** erklärt, dass sich die AMV diesbezüglich bei der Bank erkundigt habe und diese Vorgangsweise gutgeheißen worden sei; ab Implementierung des Dachfonds werde diese Vorgangsweise nicht mehr gewählt werden, dann werde es eine eigene Zahlungsstelle für den Dachfonds geben. Zusammenfassend wird in dem Prüfbericht an erster Stelle beanstandet, dass Kunden der AMV den von ihnen veranlagten Betrag auf ein Konto der AMV einzahlen und diese das Geld in der Folge an die einzelnen Fondgesellschaften weiterleite. Dieses Konto stelle ein Treuhandkonto für Kundengelder dar, was auf ein nicht zulässiges Bankgeschäft schließen lasse, wofür eine Bankkonzession nötig wäre.

Im August 1999 übermittelte die BWA die endgültigen Prüfberichte und forderte die Gesellschaft auf, bis Ende September über die getroffenen Maßnahmen zur Behebung der Verletzung bestimmter Auflagen im Konzessionsbescheid in Bezug auf die Verträge über die freien Mitarbeiter und Franchisenehmer zu berichten und je einen Mustervertrag sowie den Revisionsbericht über die erste interne Revision bis Ende 1999 vorzulegen. Von allen hervorgekommenen Verstößen bzw Problemen erschien den Mitarbeitern der BWA das Bestehen des Bankkontos der Gesellschaft, auf das Kundengelder eingezahlt werden, am gravierendsten, weshalb dieser Sachverhalt auch dem Bundesministerium für Finanzen (BMF) berichtet wurde. Die (spätere) AMIS hatte dazu unter Vorlage eines entsprechenden Schreibens der Bank die Auffassung vertreten, es handle sich um ein „Kundentreuhandkonto“, wobei im Insolvenzfall den Kunden ein Aussonderungsrecht an den auf dem Subkonto befindlichen Treuhandgeldern zukäme. Das BMF erstattete daraufhin eine Anzeige an ein Magistratisches Bezirksamt, da seiner Ansicht nach die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder Einlage den Verdacht des unerlaubten Betriebs von Bankgeschäften begründe. Da die Mitarbeiter der BWA dieses Konto als äußerst problematisch ansahen, fand im Februar 2000 eine neuerliche Prüfung vor Ort statt. Dabei wurde den Prüfern ein Schreiben der Gesellschaft an die Bank vorgelegt, in dem ersucht worden war, ab 11. 1. 2000 Eingänge auf dieses Konto auf ein Verrechnungskonto bei dieser Bank weiterzuleiten. Zweck dieses Verrechnungskontos, von dem einmal pro Woche eine Überweisung auf das Devisenausländerkonto der (ausländischen) Depotbank erfolge, sei die Spesenminimierung. Über das interne Verrechnungskonto sei ausschließlich die Bank Verfügungsberechtigt, die Gesellschaft selbst habe keinerlei Zeichnungsberechtigung auf diesem Konto. In einem Telefonat mit der BWA teilte Mag. B***** am 11. 4. 2000 mit, dass dieses Konto voraussichtlich noch ein bis zwei Monate bestehen werde, weil die Kunden noch vereinzelt Überweisungen auf dieses Konto tätigten; bis zur Löschung des Treuhandkontos würden die auf diesem Konto einlangenden Gelder unverzüglich auf das interne Verrechnungskonto transferiert. Die auf diesem Treuhandkonto einlangenden Zahlungen von Kunden seien rechtlich betrachtet nichts anderes als Fehlüberweisungen, weil sich die Kunden nicht an die Vorgaben hielten und Zahlungen vereinbarungswidrig auf ein falsches Konto leisteten. Zur Absicherung der Kunden sei mit der Bank vereinbart worden, dass die Gesellschaft auf dieses Konto keinen Zugriff habe, sondern die Bank von sich aus die auf dem Konto einlangenden Beträge auf das Konto der Depotbank weiter überweise, sodass die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf Kundengelder haben könne. Die Prüfer der BWA hatten zwar ursprünglich die Auffassung vertreten, es liege ein neuerlicher Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 19 sowie § 39 BWG vor, weil die Gesellschaft - wenn auch nur für kurze Zeit - Schuldner ihrer Kunden werde. Im endgültigen Prüfbericht vom 17. 8. 2000 wurde aber zusammenfassend festgestellt, dass das „Treuhandkonto“ nach wie vor bestehe, die Gesellschaft jedoch Vorkehrungen getroffen habe, dass diese Gelder auf das - für die Sammlung von Geldern für die ausländische Bank gedachte - Verrechnungskonto überwiesen würden. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Gesellschaft keine Kundengelder halte. Zugleich forderte die BWA die Gesellschaft auf, das Kundentreuhandkonto bis spätestens 30. 9. 2000 zu löschen und hierüber bis zum 15. 10. 2000 unter Übersendung der entsprechenden Nachweise zu berichten. Dem lag zugrunde, dass die Geschäftsleiter laut telefonischer Auskunft der Bank nach wie vor zeichnungsberechtigt waren. Mit Schreiben vom 20. 9. 2000 übersandte die Gesellschaft der BWA eine Kopie des Abschlusskontoauszugs für dieses Konto und wies darauf hin, dass das Treuhandkonto damit per 15. 9. 2000 „gelöscht“ sei. Mit diesem Schreiben bzw dem damit übermittelten Kontoauszug war für die Prüfer der BWA in Bezug auf dieses Konto der Verdacht des Haltens von Kundengeldern beseitigt. Es wurde nicht nachgefragt, was mit dem Kontoguthaben in Höhe von knapp 680.000 S passiert war. Bei der Prüfung vom Februar 2000 hatte sich also insbesondere ergeben, dass die AMV nach wie vor ein Bankkonto unterhielt, auf dem Veranlagungsgelder der Kunden eingingen, und dass die AMV als Anlageberater des TTM fungierte, wobei angesichts der personellen Verflechtung der maßgebliche Einfluss der AMV sowohl auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene der SICAV als auch auf der Ebene der Fondsverwaltung offenkundig wurde, insbesondere, dass die AMV hinsichtlich der einzelnen Anleger jeden einzelnen Schritt des gesamten Investitionsprozesses beherrschte, während sich die Mitwirkung des Kunden praktisch auf den

Vertragsabschluss und dabei auf die Auswahl des Veranlagungsplans beschränkte. Weiters war erkennbar, dass die von der AMV kreierten und den Kunden offerierten „Sparpläne“ sich ausschließlich an den Subfonds des TTM orientierten. Im August 1999 übermittelte die BWA die endgültigen Prüfberichte und forderte die Gesellschaft auf, bis Ende September über die getroffenen Maßnahmen zur Behebung der Verletzung bestimmter Auflagen im Konzessionsbescheid in Bezug auf die Verträge über die freien Mitarbeiter und Franchisenehmer zu berichten und je einen Mustervertrag sowie den Revisionsbericht über die erste interne Revision bis Ende 1999 vorzulegen. Von allen hervorgekommenen Verstößen bzw Problemen erschien den Mitarbeitern der BWA das Bestehen des Bankkontos der Gesellschaft, auf das Kundengelder eingezahlt werden, am gravierendsten, weshalb dieser Sachverhalt auch dem Bundesministerium für Finanzen (BMF) berichtet wurde. Die (spätere) AMIS hatte dazu unter Vorlage eines entsprechenden Schreibens der Bank die Auffassung vertreten, es handle sich um ein „Kundentreuhandkonto“, wobei im Insolvenzfall den Kunden ein Aussonderungsrecht an den auf dem Subkonto befindlichen Treuhandgeldern zukäme. Das BMF erstattete daraufhin eine Anzeige an ein Magistratisches Bezirksamt, da seiner Ansicht nach die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder Einlage den Verdacht des unerlaubten Betriebs von Bankgeschäften begründe. Da die Mitarbeiter der BWA dieses Konto als äußerst problematisch ansahen, fand im Februar 2000 eine neuerliche Prüfung vor Ort statt. Dabei wurde den Prüfern ein Schreiben der Gesellschaft an die Bank vorgelegt, in dem ersucht worden war, ab 11. 1. 2000 Eingänge auf dieses Konto auf ein Verrechnungskonto bei dieser Bank weiterzuleiten. Zweck dieses Verrechnungskontos, von dem einmal pro Woche eine Überweisung auf das Devisenausländerkonto der (ausländischen) Depotbank erfolge, sei die Spesenminimierung. Über das interne Verrechnungskonto sei ausschließlich die Bank Verfügungsberechtigt, die Gesellschaft selbst habe keinerlei Zeichnungsberechtigung auf diesem Konto. In einem Telefonat mit der BWA teilte Mag. B***** am 11. 4. 2000 mit, dass dieses Konto voraussichtlich noch ein bis zwei Monate bestehen werde, weil die Kunden noch vereinzelt Überweisungen auf dieses Konto tätigten; bis zur Löschung des Treuhandkontos würden die auf diesem Konto einlangenden Gelder unverzüglich auf das interne Verrechnungskonto transferiert. Die auf diesem Treuhandkonto einlangenden Zahlungen von Kunden seien rechtlich betrachtet nichts anderes als Fehlüberweisungen, weil sich die Kunden nicht an die Vorgaben hielten und Zahlungen vereinbarungswidrig auf ein falsches Konto leisteten. Zur Absicherung der Kunden sei mit der Bank vereinbart worden, dass die Gesellschaft auf dieses Konto keinen Zugriff habe, sondern die Bank von sich aus die auf dem Konto einlangenden Beträge auf das Konto der Depotbank weiter überweise, sodass die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf Kundengelder haben könne. Die Prüfer der BWA hatten zwar ursprünglich die Auffassung vertreten, es liege ein neuerlicher Verstoß gegen Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, sowie Paragraph 39, BWG vor, weil die Gesellschaft - wenn auch nur für kurze Zeit - Schuldner ihrer Kunden werde. Im endgültigen Prüfbericht vom 17. 8. 2000 wurde aber zusammenfassend festgestellt, dass das „Treuhandkonto“ nach wie vor bestehe, die Gesellschaft jedoch Vorkehrungen getroffen habe, dass diese Gelder auf das - für die Sammlung von Geldern für die ausländische Bank gedachte - Verrechnungskonto überwiesen würden. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Gesellschaft keine Kundengelder halte. Zugleich forderte die BWA die Gesellschaft auf, das Kundentreuhandkonto bis spätestens 30. 9. 2000 zu löschen und hierüber bis zum 15. 10. 2000 unter Übersendung der entsprechenden Nachweise zu berichten. Dem lag zugrunde, dass die Geschäftsleiter laut telefonischer Auskunft der Bank nach wie vor zeichnungsberechtigt waren. Mit Schreiben vom 20. 9. 2000 übersandte die Gesellschaft der BWA eine Kopie des Abschlusskontoauszugs für dieses Konto und wies darauf hin, dass das Treuhandkonto damit per 15. 9. 2000 „gelöscht“ sei. Mit diesem Schreiben bzw dem damit übermittelten Kontoauszug war für die Prüfer der BWA in Bezug auf dieses Konto der Verdacht des Haltens von Kundengeldern beseitigt. Es wurde nicht nachgefragt, was mit dem Kontoguthaben in Höhe von knapp 680.000 S passiert war. Bei der Prüfung vom Februar 2000 hatte sich also insbesondere ergeben, dass die AMV nach wie vor ein Bankkonto unterhielt, auf dem Veranlagungsgelder der Kunden eingingen, und dass die AMV als Anlageberater des TTM fungierte, wobei angesichts der personellen Verflechtung der maßgebliche Einfluss der AMV sowohl auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene der SICAV als auch auf der Ebene der Fondsverwaltung offenkundig wurde, insbesondere, dass die AMV hinsichtlich der einzelnen Anleger jeden einzelnen Schritt des gesamten Investitionsprozesses beherrschte, während sich die Mitwirkung des Kunden praktisch auf den Vertragsabschluss und dabei auf die Auswahl des Veranlagungsplans beschränkte. Weiters war erkennbar, dass die von der AMV kreierten und den Kunden offerierten „Sparpläne“ sich ausschließlich an den Subfonds des TTM orientierten.

Anfang Juni 2001 wandte sich ein Rechtsanwalt schriftlich an die BWA und wies darauf hin, dass fraglich sei, wo sich die laut den einzelnen Kunden von der AMIS übersandten Depotauszüge vorhandenen Barmittel tatsächlich befänden.

Nachdem die Gesellschaft nach eigenen Angaben 80 % vom Ausgabeaufschlag als Provision auszahle, die Produkte allerdings „ausgabeaufschlagfrei“ seien, müsse es eine Zwischenfinanzierungsmöglichkeit geben, weil die Provisionen offensichtlich nicht aus den Ausgabeaufschlägen bezahlt werden könnten. Ob dies im Zusammenhang mit dem Barmittelanteil gesehen werde oder gesehen werden könne, sei nicht ersichtlich und aufgrund des höchst unterschiedlichen Barmittelanteils auch nicht wahrscheinlich; wo allerdings die Barmittel tatsächlich gelagert seien, sei ihm nicht bekannt. In einem weiteren Schreiben vom 1. 10. 2001 wies dieser Rechtsanwalt die BWA neuerlich darauf hin, dass sich vermehrt Rückfragen von Kunden dahin ergeben hätten, wo denn ihr Bargeldbestand eigentlich sei. Es sei daher durchaus wichtig zu erfahren, wo eigentlich die Bargeldbestände der Kunden lägen, die sie über AMIS veranlagten. In diesem Zusammenhang sei darauf Bedacht zu nehmen, dass die AMV einen Ausgabeaufschlag von 0 % biete, allerdings im Bereich des Vertriebs fast den höchsten Provisionslevel habe und Provisionen in einer Größenordnung von 4,5 % bis 5 % zahle. Laut Vermögensmanagement-bedingungen erfolge die Einzahlung des Anlage- und Sparbetrags auf ein Verrechnungskonto für das gewählte Veranlagungsprodukt; die angeschafften Wertpapiere und Investmentfondsanteile befänden sich auf Depots in Sammelverwahrung. Dies bedeute, dass eine Sammelverwahrung der Wertpapiere vorliege und in Wahrheit eine Art Dachfonds, der kein Investmentfonds sei, sich als Sammelkonto darstelle, wobei die Einzahlung auch auf einem Verrechnungskonto als Sammelkonto erfolge. Anders ausgedrückt habe der Kunde kein eigenes Konto, sondern es würden die Veranlagungen gebündelt; es lägen daher klassische „Omnibuskonten“ vor. Es handle sich um eine Vorgangsweise, die bei jeder Investmentfondszulassung nicht akzeptiert würde, weil unbeschränkt und unter Verletzung des § 13 Abs 4 WAG irgendwelche Kosten ohne Spezifizierung dem Kunden angelastet werden könnten. Die große Frage sei, was im Konkurs passiere, ob also der Inhaber unabhängig vom Konkurs berechtigt sei, die Gelder herauszuverlangen. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass Kunden keine Kontoeröffnungsunterlagen einer luxemburgischen Bank erhielten, auf denen die Bank als Verwahrstelle ausführe, dass für den jeweiligen Kunden bestimmte Fondsanteile und auf dem Verrechnungskonto bestimmte Geldbeträge deponiert seien; vielmehr erhalte der Kunde lediglich auf einer Sammelkontoüberweisung offensichtlich wieder bloß intern gestückelte Anteile. Sein Vermögen sei daher, soweit es sich um Wertpapiere handle, in klassisch unzulässiger Weise wiederum lediglich gestückelt, und es sei möglicherweise ein ideeller Miteigentumsanteil gegeben; im Bereich der Ein- und Auszahlung von Sammelkonten sei allerdings das Geld durch Vermischung entsprechend verloren und demgemäß die Gefahr gegeben, dass der Wertpapierdienstleister als Verwalter Schuldner seiner Kunden werde. Während früher Einzahlungen auf ein Konto der AMV vorgenommen worden seien, erfolgten nunmehr die Einzahlungen auf ein Sammelkonto bei einer österreichischen Bank, das auf die AMV und eine luxemburgische Bank laute. Aufgrund der Geschäftsbedingungen sei jedoch klar, dass die Einzahlung auf ein Verrechnungskonto für das „verwählte“ (gemeint offenbar: gewählte) Anlageprodukt erfolge und im Vermögensmanagementvertrag mit der AMV die Hinterlegung auf einem Depot in Sammelverwahrung vereinbart worden sei. Es seien von AMIS offenbar sogar Veranlagungszertifikate ausgestellt worden, die den Eindruck eines Investmentfondszertifikats erweckten. Dies wäre auch noch entsprechend zu prüfen. In diesem Zusammenhang sollte daher auch laut den Bedingungen der Vermögensverwaltung die Sammelverwahrung bei einer Depotbank mit einzelnen Kundenkonten erfolgen und - soweit Geld verwahrt werde - dies so geschehen, dass eine Depotvereinbarung mit einer Bank bestehe, die die Gelder individuell den einzelnen Kunden zuteile. Es solle doch einfach gefragt werden, ob die Kunden ein ihnen zurechenbares Konto bei einer luxemburgischen Bank besitzen oder nicht. Andernfalls sei auch noch darauf hinzuweisen, dass die Anleger vielleicht nicht darüber Bescheid wüssten, dass die Konstruktion möglicherweise nach § 41 InvFG als Auslandsfonds gelten könnte, was sicher nicht beabsichtigte steuerliche Rechtsfolgen haben könnte. Es kann nicht festgestellt werden, dass die BWA auf diese beiden Schreiben in irgendeiner Weise reagiert hätte. Anfang Juni 2001 wandte sich ein Rechtsanwalt schriftlich an die BWA und wies darauf hin, dass fraglich sei, wo sich die laut den einzelnen Kunden von der AMIS übersandten Depotauszüge vorhandenen Barmittel tatsächlich befänden. Nachdem die Gesellschaft nach eigenen Angaben 80 % vom Ausgabeaufschlag als Provision auszahle, die Produkte allerdings „ausgabeaufschlagfrei“ seien, müsse es eine Zwischenfinanzierungsmöglichkeit geben, weil die Provisionen offensichtlich nicht aus den Ausgabeaufschlägen bezahlt werden könnten. Ob dies im Zusammenhang mit dem Barmittelanteil gesehen werde oder gesehen werden könne, sei nicht ersichtlich und aufgrund des höchst unterschiedlichen Barmittelanteils auch nicht wahrscheinlich; wo allerdings die Barmittel tatsächlich gelagert seien, sei ihm nicht bekannt. In einem weiteren Schreiben vom 1. 10. 2001 wies dieser Rechtsanwalt die BWA neuerlich darauf hin, dass sich vermehrt Rückfragen von Kunden dahin ergeben hätten, wo denn ihr Bargeldbestand eigentlich sei. Es sei daher durchaus wichtig zu erfahren, wo eigentlich die Bargeldbestände

der Kunden lägen, die sie über AMIS veranlagten. In diesem Zusammenhang sei darauf Bedacht zu nehmen, dass die AMV einen Ausgabeaufschlag von 0 % biete, allerdings im Bereich des Vertriebs fast den höchsten Provisionslevel habe und Provisionen in einer Größenordnung von 4,5 % bis 5 % zahle. Laut Vermögensmanagementbedingungen erfolge die Einzahlung des Anlage- und Sparbetrags auf ein Verrechnungskonto für das gewählte Veranlagungsprodukt; die angeschafften Wertpapiere und Investmentfondsanteile befänden sich auf Depots in Sammelverwahrung. Dies bedeute, dass eine Sammelverwahrung der Wertpapiere vorliege und in Wahrheit eine Art Dachfonds, der kein Investmentfonds sei, sich als Sammelkonto darstelle, wobei die Einzahlung auch auf einem Verrechnungskonto als Sammelkonto erfolge. Anders ausgedrückt habe der Kunde kein eigenes Konto, sondern es würden die Veranlagungen gebündelt; es lägen daher klassische „Omnibuskonten“ vor. Es handle sich um eine Vorgangsweise, die bei jeder Investmentfondszulassung nicht akzeptiert würde, weil unbeschränkt und unter Verletzung des Paragraph 13, Absatz 4, WAG irgendwelche Kosten ohne Spezifizierung dem Kunden angelastet werden könnten. Die große Frage sei, was im Konkurs passiere, ob also der Inhaber unabhängig vom Konkurs berechtigt sei, die Gelder herauszuverlangen. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass Kunden keine Kontoeröffnungsunterlagen einer luxemburgischen Bank erhielten, auf denen die Bank als Verwahrstelle ausführe, dass für den jeweiligen Kunden bestimmte Fondsanteile und auf dem Verrechnungskonto bestimmte Geldbeträge deponiert seien; vielmehr erhalte der Kunde lediglich auf einer Sammelkontoüberweisung offensichtlich wieder bloß intern gestückelte Anteile. Sein Vermögen sei daher, soweit es sich um Wertpapiere handle, in klassisch unzulässiger Weise wiederum lediglich gestückelt, und es sei möglicherweise ein ideeller Miteigentumsanteil gegeben; im Bereich der Ein- und Auszahlung von Sammelkonten sei allerdings das Geld durch Vermischung entsprechend verloren und demgemäß die Gefahr gegeben, dass der Wertpapierdienstleister als Verwalter Schuldner seiner Kunden werde. Während früher Einzahlungen auf ein Konto der AMV vorgenommen worden seien, erfolgten nunmehr die Einzahlungen auf ein Sammelkonto bei einer österreichischen Bank, das auf die AMV und eine luxemburgische Bank laute. Aufgrund der Geschäftsbedingungen sei jedoch klar, dass die Einzahlung auf ein Verrechnungskonto für das „verwählte“ (gemeint offenbar: gewählte) Anlageprodukt erfolge und im Vermögensmanagementvertrag mit der AMV die Hinterlegung auf einem Depot in Sammelverwahrung vereinbart worden sei. Es seien von AMIS offenbar sogar Veranlagungszertifikate ausgestellt worden, die den Eindruck eines Investmentfondszertifikats erweckten. Dies wäre auch noch entsprechend zu prüfen. In diesem Zusammenhang sollte daher auch laut den Bedingungen der Vermögensverwaltung die Sammelverwahrung bei einer Depotbank mit einzelnen Kundenkonten erfolgen und - soweit Geld verwahrt werde - dies so geschehen, dass eine Depotvereinbarung mit einer Bank bestehe, die die Gelder individuell den einzelnen Kunden zuteile. Es solle doch einfach gefragt werden, ob die Kunden ein ihnen zurechenbares Konto bei einer luxemburgischen Bank besitzen oder nicht. Andernfalls sei auch noch darauf hinzuweisen, dass die Anleger vielleicht nicht darüber Bescheid wüssten, dass die Konstruktion möglicherweise nach Paragraph 41, InvFG als Auslandsfonds gelten könnte, was sicher nicht beabsichtigte steuerliche Rechtsfolgen haben könnte. Es kann nicht festgestellt werden, dass die BWA auf diese beiden Schreiben in irgendeiner Weise reagiert hätte.

Im ersten Halbjahr 2002 wurde die AMIS von der BWA (ab 1. 4. 2002 von der Finanzmarktaufsichtsbehörde [FMA]) neuerlich überprüft, wobei es insbesondere um jene Bereiche ging, die der BWA zuvor im Rahmen der laufenden Aufsicht aufgefallen waren. Gegenstand der Prüfung waren die Unternehmensorganisation, die internen Kontrollverfahren, Marketing und Vertrieb sowie die Eigen- und Mitarbeitergeschäfte und insbesondere die Änderung der Beteiligungen bzw. Meldungen darüber sowie die zahlreichen freien Mitarbeiter. Im Prüfbericht der FMA vom 6. 6. 2002 wurde schließlich beanstandet, dass eine Beteiligungsänderung entgegen den gesetzlichen Vorschriften nicht gemeldet worden war und dass die Gesellschaft während eines bestimmten Zeitraums über keine Revisionseinrichtung verfüge, die die Zweckmäßigkeit und die Anwendung der Regeln für persönliche Transaktionen eigener Mitarbeiter geprüft hätte. Zum Thema Provisionen wurde festgestellt, dass das Unternehmen die von den Kunden investierten Beträge und Vermögenswerte gemäß getroffener Vereinbarung verwalte. Weiters sei die AMIS als Investmentmanager der von ihr angebotenen Produkte tätig. Für die Verwaltungstätigkeit falle eine Gebühr an, deren Höhe jährlich im Nachhinein vom jeweiligen Vermögenswert des Kundendepots berechnet und dem Konto des Kunden angelastet werde. Sie betrage bei Sparplänen bis zum zehnten Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 %, bei Einmalveranlagungen bis zum achten Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 % p.a.. Bei dieser Gebühr handle es sich um eine All-inclusive-Gebühr, darin seien also alle weiteren Kosten für Depot (Depotgebühr, Buchungsgebühr, Porto, etc) enthalten. Von der gesamten Verwaltungsgebühr stünden dem freien Mitarbeiter 40 bis 60 % und dem Franchisepartner, der den freien Mitarbeiter betreue, 30 % bis 50 % zu. Die FMA führte in diesem Zusammenhang

abschließend aus, dass gemäß § 16 Z 2 WAG das Wertpapierdienstleistungsunternehmen so organisiert sein müsse, dass bei der Erbringung der Dienstleistungen Interessenkonflikte zwischen ihm und seinen Kunden oder zwischen verschiedenen Kunden möglichst gering seien. Die bei der AMIS geltenden Provisionsregeln böten keine Anreize für die Verletzung von Wohlverhaltensregeln, sodass § 16 Z 2 WAG entsprochen werde. Im Rahmen dieser Prüfung hatten die Prüfer die Marktüblichkeit der - laut den ihnen zur Verfügung gestellten Unterlagen - ausgezahlten Provisionen aufgrund ihrer Erfahrung überprüft bzw beurteilt. Die ermittelte Höhe war für sie plausibel. Eine Überprüfung dahin, ob das Ausmaß der Provisionen mit den Gewinnen in Einklang steht, nahmen sie nicht vor. Sie hätten sich zu einer Reaktion veranlasst gesehen, wenn die ausbezahlten Provisionen prozentmäßig zu hoch gewesen wären. Es ging den Mitarbeitern der BWA bzw der FMA bei der Überprüfung hinsichtlich der Provisionen darum, festzustellen, ob allenfalls Transaktionen nur deshalb getätigt werden, um Provisionen zu lukrieren, oder ob Provisionen generell zu hoch sind. Im Prüfbericht wurde auch dargestellt, dass Gegenstand der „Wertpapierleistungen“ gegenüber Privatkunden ausschließlich AMIS-Produkte seien, die sich aus den Teilfonds der TTM, einer SICAV nach Luxemburger Recht, zusammensetzten. Im Bericht wurden die einzelnen Produkte jeweils unter Anführung der Zusammensetzung des Portfolios aufgelistet. Diese Informationen hatten die Mitarbeiter der FMA einem Werbefolder - nicht aber auch einem Prospekt - entnommen und dem Bericht ungeprüft zugrunde gelegt. In den Bericht wurden diese Angaben bloß der Vollständigkeit halber aufgenommen, weil es sich bei dieser Prüfung gar nicht um die von der AMIS vertriebenen Produkte handelte. Deshalb gingen die Prüfer auch davon aus, dass sich die FMA darauf verlassen können müsse, dass die luxemburgische Aufsichtsbehörde ihren Pflichten nachkomme. Außerdem wurde im Bericht der übliche Ablauf bei Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags geschildert, wonach nämlich insbesondere der Vermögensverwaltungsvertrag per Fax an die Kooperationspartner der AMIS, die Investment Bank Luxembourg S.A. (IBL), die die Depotbankfunktion für die AMIS-Produkte übernehme, übermittelt werde. Die IBL eröffne für den jeweiligen Kunden ein Depot und übermittle eine Bestätigung über die Depoteröffnung an die AMIS. Falls sich der Kunde für eine Einmalveranlagung entschieden habe, müsse er den zu investierenden Betrag mittels Zahlschein, der auch das gewählte Produkt und die Depotnummer des Kunden enthalte, auf das Verrechnungskonto bei einer österreichischen Bank, lautend auf die IBL, einzahlen. Die IBL sei Inhaberin dieses Kontos. Die AMIS habe auf diesem Konto weder eine Zeichnungs- noch eine Verfügungsberechtigung, sondern lediglich eine Einsichtsmöglichkeit, um festzustellen, ob der einzuzahlende Betrag verbucht wurde. Falls sich der Kunde für einen Sparplan entscheide, werde im Vertrag festgehalten, dass der von ihm monatlich zu investierende Betrag von seinem Konto einzuziehen sei; das Depot dieses Kunden werde wiederum bei der IBL errichtet. Der Kunde erhalte in der Folge ein Bestätigungsschreiben der AMIS, mit dem bestätigt werde, dass der investierte Betrag auf dem Verrechnungskonto eingelangt sei, und dokumentiert werde, in welcher Höhe und wie investiert worden sei. Beim Verkauf eines Fondsanteils habe der Kunde einen schriftlichen Auftrag auszufüllen, in dem er auch seine Kontonummer bekannt zu geben habe. Dieser werde von der AMIS per Fax an die IBL weitergeleitet. Der Verkaufserlös werde auf das Verrechnungskonto der IBL bei der österreichischen Bank und von diesem auf das angegebene Konto des Kunden überwiesen. Diese Darstellung beruhte auf den Informationen, die die Prüfer von den Vertretern der AMIS erhalten und die sie nicht überprüft hatten. Im Prüfbericht wurde nach Wiedergabe der Konstruktion der Vermögensverwaltungsverträge abschließend festgehalten, dass aufgrund dieser Konstruktion und der im Rahmen der Vor-Ort-Prüfung vorgenommenen Prüfungshandlungen keine Anhaltspunkte bestünden, die auf das Halten von Geldern oder Instrumenten von Kunden seitens der AMIS hindeuten würden. Zu diesem Ergebnis kamen die Prüfer, nachdem sie alle ihnen vorgelegten Originalbelege - darunter auch eine Musterkundenmappe mit allen Dokumenten, die die Kunden ausfüllen müssen - eingesehen hatten. In diesem Zusammenhang trugen sie der AMIS auch auf, eine Kontenliste samt Vollständigkeitserklärung vorzulegen. Die von der AMIS - unter gleichzeitiger Abgabe einer Vollständigkeitserklärung - der BWA bekannt gegebenen Konten flossen in den Prüfbericht ein. Allerdings prüften die Mitarbeiter der BWA die ihnen bekannt gegebenen Konten nicht dahin, ob das Unternehmen damit Zugang zu Kundengeldern hatte. Vielmehr war es die damalige und mit dem Bundesministerium für Finanzen (BMF) abgestimmte Devise der BWA, dass man sich bis zum Beweis des Gegenteils bzw bis zum Vorliegen gegenteiliger Indizien auf die Angaben des Unternehmens verlassen müsse. Erst nach Schaffung der FMA änderte sich diese Rechtsansicht dahin, dass es den Prüfern jetzt freisteht, auch bei (inländischen) Banken nachzufragen. Die Feststellung, dass das im Bericht angeführte Einzahlungskonto nicht der AMIS zuzurechnen sei, sondern der IBL gehöre, beruhte daher ausschließlich auf den von der BWA nicht überprüften Angaben der (Mitarbeiter der) AMIS. Die Prüfer forderten von der IBL kein Shareholderverzeichnis an. Es kann nicht festgestellt werden, ob sie auch nur stichprobenartig überprüften, ob es Depoteröffnungsanträge der einzelnen

Kunden bei der IBL gab. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die Vollständigkeitserklärung der AMIS über ihre Bankkonten falsch war. Nach Abschluss des Prüfberichts erlangte die FMA durch die Anfrage einer anderen österreichischen Bank Kenntnis davon, dass die Gesellschaft über zumindest ein weiteres (nicht offen gelegtes) Konto verfügte. Auf eine entsprechende Anfrage teilte die AMIS der FMA vorerst mit, es handle sich um ein Geschäftskonto einer Tochtergesellschaft. Über neuerliche Anfrage teilte die AMIS durch ihren Rechtsanwalt mit, ein Fonds dieser Tochtergesellschaft hätte beabsichtigt, ein Bankkonto zu eröffnen, was allerdings aus formellen Gründen (wegen einer mangelhaften Vollmacht) gescheitert sei; daher sei die AMIS ersucht worden, ein kurzfristig auf sie selbst lautendes Treuhandkonto zu eröffnen, auf das die Ein- und Auszahlungen der Kunden des Fonds erfolgen könnten, wobei Rechte und Pflichten aus dem Konto ausschließlich der Fondsgesellschaft zustünden. Es sei zugesichert worden, für die Beschaffung der erforderlichen Vollmachten zu sorgen, damit der Wortlaut des Kontos umgehend auf den Fonds geändert werden könne. Der damalige Prokurist der AMIS sei davon ausgegangen, dass diese Änderung des Wortlauts erfolgt sei, weshalb die Angelegenheit in Vergessenheit geraten sei. Es sei keineswegs beabsichtigt gewesen, die Behörde zu täuschen, sie unvollständig oder gar unrichtig zu informieren. Materiell handle es sich um kein Konto der AMIS, sondern um eines der ausländischen Tochtergesellschaft TTM. Auf die Aufforderung der FMA, zum Sachverhalt detailliert Stellung zu nehmen und einen von der Bank bestätigten Nachweis über die Änderung der Kontobedingungen (Kontoschließung) vorzulegen, teilte der Rechtsanwalt namens der AMIS mit, dass es auf diesem Konto keine Zahlungsflüsse gebe. Das Konto sei mit Wirkung vom 19. 8. 2002 geschlossen worden, um jeden Anschein einer möglichen Rechtsverletzung zu vermeiden. Nach mehreren Aufforderungsschreiben und Antwortbriefen zu diesem Thema von Herbst 2002 bis Sommer 2003 verhängte die FMA über die für die AMIS vertretungsbefugten Personen Geldstrafen wegen der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bzw. als Einlage ohne die hierfür erforderliche Bankkonzession. Der UVS Wien gab den dagegen erhobenen Berufungen Folge, worauf die Verfahren eingestellt wurden. Im ersten Halbjahr 2002 wurde die AMIS von der BWA (ab 1. 4. 2002 von der Finanzmarktaufsichtsbehörde [FMA]) neuerlich überprüft, wobei es insbesondere um jene Bereiche ging, die der BWA zuvor im Rahmen der laufenden Aufsicht aufgefallen waren. Gegenstand der Prüfung waren die Unternehmensorganisation, die internen Kontrollverfahren, Marketing und Vertrieb sowie die Eigen- und Mitarbeitergeschäfte und insbesondere die Änderung der Beteiligungen bzw. Meldungen darüber sowie die zahlreichen freien Mitarbeiter. Im Prüfbericht der FMA vom 6. 6. 2002 wurde schließlich beanstandet, dass eine Beteiligungsänderung entgegen den gesetzlichen Vorschriften nicht gemeldet worden war und dass die Gesellschaft während eines bestimmten Zeitraums über keine Revisionseinrichtung verfügt habe, die die Zweckmäßigkeit und die Anwendung der Regeln für persönliche Transaktionen eigener Mitarbeiter geprüft hätte. Zum Thema Provisionen wurde festgestellt, dass das Unternehmen die von den Kunden investierten Beträge und Vermögenswerte gemäß getroffener Vereinbarung verwalte. Weiters sei die AMIS als Investmentmanager der von ihr angebotenen Produkte tätig. Für die Verwaltungstätigkeit falle eine Gebühr an, deren Höhe jährlich im Nachhinein vom jeweiligen Vermögenswert des Kundendepots berechnet und dem Konto des Kunden angelastet werde. Sie betrage bei Sparplänen bis zum zehnten Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 %, bei Einmalveranlagungen bis zum achten Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 % p.a.. Bei dieser Gebühr handle es sich um eine All-inclusive-Gebühr, darin seien also alle weiteren Kosten für Depot (Depotgebühr, Buchungsgebühr, Porto, etc) enthalten. Von der gesamten Verwaltungsgebühr stünden dem freien Mitarbeiter 40 bis 60 % und dem Franchisepartner, der den freien Mitarbeiter betreue, 30 % bis 50 % zu. Die FMA führte in diesem Zusammenhang abschließend aus, dass gemäß Paragraph 16, Ziffer 2, WAG das Wertpapierdienstleistungsunternehmen so organisiert sein müsse, dass bei der Erbringung der Dienstleistungen Interessenkonflikte zwischen ihm und seinen Kunden oder zwischen verschiedenen Kunden möglichst gering seien. Die bei der AMIS geltenden Provisionsregeln böten keine Anreize für die Verletzung von Wohlverhaltensregeln, sodass Paragraph 16, Ziffer 2, WAG entsprochen werde. Im Rahmen dieser Prüfung hatten die Prüfer die Marktüblichkeit der - laut den ihnen zur Verfügung gestellten Unterlagen - ausbezahlten Provisionen aufgrund ihrer Erfahrung überprüft bzw. beurteilt. Die ermittelte Höhe war für sie plausibel. Eine Überprüfung dahin, ob das Ausmaß der Provisionen mit den Gewinnen in Einklang steht, nahmen sie nicht vor. Sie hätten sich zu einer Reaktion veranlasst gesehen, wenn die ausbezahlten Provisionen prozentmäßig zu hoch gewesen wären. Es ging den Mitarbeitern der BWA bzw. der FMA bei der Überprüfung hinsichtlich der Provisionen darum, festzustellen, ob allenfalls Transaktionen nur deshalb getätigt werden, um Provisionen zu lukrieren, oder ob Provisionen generell zu hoch sind. Im Prüfbericht wurde auch dargestellt, dass Gegenstand der „Wertpapierleistungen“ gegenüber Privatkunden ausschließlich AMIS-Produkte seien, die sich aus den Teilfonds der TTM, einer SICAV nach Luxemburger Recht,

zusammensetzten. Im Bericht wurden die einzelnen Produkte jeweils unter Anführung der Zusammensetzung des Portfolios aufgelistet. Diese Informationen hatten die Mitarbeiter der FMA einem Werbefolder - nicht aber auch einem Prospekt - entnommen und dem Bericht ungeprüft zugrunde gelegt. In den Bericht wurden diese Angaben bloß der Vollständigkeit halber aufgenommen, weil es sich bei dieser Prüfung gar nicht um die von der AMIS vertriebenen Produkte handelte. Deshalb gingen die Prüfer auch davon aus, dass sich die FMA darauf verlassen können müsse, dass die luxemburgische Aufsichtsbehörde ihren Pflichten nachkomme. Außerdem wurde im Bericht der übliche Ablauf bei Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrags geschildert, wonach nämlich insbesondere der Vermögensverwaltungsvertrag per Fax an die Kooperationspartner der AMIS, die Investment Bank Luxembourg S.A. (IBL), die die Depotbankfunktion für die AMIS-Produkte übernehme, übermittelt werde. Die IBL eröffne für den jeweiligen Kunden ein Depot und übermittle eine Bestätigung über die Depoteröffnung an die AMIS. Falls sich der Kunde für eine Einmalveranlagung entschieden habe, müsse er den zu investierenden Betrag mittels Zahlschein, der auch das gewählte Produkt und die Depotnummer des Kunden enthalte, auf das Verrechnungskonto bei einer österreichischen Bank, lautend auf die IBL, einzahlen. Die IBL sei Inhaberin dieses Kontos. Die AMIS habe auf diesem Konto weder eine Zeichnungs- noch eine Verfügungsberechtigung, sondern lediglich eine Einsichtsmöglichkeit, um festzustellen, ob der einzuzahlende Betrag verbucht wurde. Falls sich der Kunde für einen Sparplan entscheide, werde im Vertrag festgehalten, dass der von ihm monatlich zu investierende Betrag von seinem Konto einzuziehen sei; das Depot dieses Kunden werde wiederum bei der IBL errichtet. Der Kunde erhalte in der Folge ein Bestätigungsschreiben der AMIS, mit dem bestätigt werde, dass der investierte Betrag auf dem Verrechnungskonto eingelangt sei, und dokumentiert werde, in welcher Höhe und wie investiert worden sei. Beim Verkauf eines Fondsanteils habe der Kunde einen schriftlichen Auftrag auszufüllen, in dem er auch seine Kontonummer bekannt zu geben habe. Dieser werde von der AMIS per Fax an die IBL weitergeleitet. Der Verkaufserlös werde auf das Verrechnungskonto der IBL bei der österreichischen Bank und von diesem auf das angegebene Konto des Kunden überwiesen. Diese Darstellung beruhte auf den Informationen, die die Prüfer von den Vertretern der AMIS erhalten und die sie nicht überprüft hatten. Im Prüfbericht wurde nach Wiedergabe der Konstruktion der Vermögensverwaltungsverträge abschließend festgehalten, dass aufgrund dieser Konstruktion und der im Rahmen der Vor-Ort-Prüfung vorgenommenen Prüfungshandlungen keine Anhaltspunkte bestünden, die auf das Halten von Geldern oder Instrumenten von Kunden seitens der AMIS hindeuten würden. Zu diesem Ergebnis kamen die Prüfer, nachdem sie alle ihnen vorgelegten Originalbelege - darunter auch eine Musterkundenmappe mit allen Dokumenten, die die Kunden ausfüllen müssen - eingesehen hatten. In diesem Zusammenhang trugen sie der AMIS auch auf, eine Kontenliste samt Vollständigkeitserklärung vorzulegen. Die von der AMIS - unter gleichzeitiger Abgabe einer Vollständigkeitserklärung - der BWA bekannt gegebenen Konten flossen in den Prüfbericht ein. Allerdings prüften die Mitarbeiter der BWA die ihnen bekannt gegebenen Konten nicht dahin, ob das Unternehmen damit Zugang zu Kundengeldern hatte. Vielmehr war es die damalige und mit dem Bundesministerium für Finanzen (BMF) abgestimmte Devise der BWA, dass man sich bis zum Beweis des Gegenteils bzw bis zum Vorliegen gegenteiliger Indizien auf die Angaben des Unternehmens verlassen müsse. Erst nach Schaffung der FMA änderte sich diese Rechtsansicht dahin, dass es den Prüfern jetzt freisteht, auch bei (inländischen) Banken nachzufragen. Die Feststellung, dass das im Bericht angeführte Einzahlungskonto nicht der AMIS zuzurechnen sei, sondern der IBL gehöre, beruhte daher ausschließlich auf den von der BWA nicht überprüften Angaben der (Mitarbeiter der) AMIS. Die Prüfer forderten von der IBL kein Shareholderverzeichnis an. Es kann nicht festgestellt werden, ob sie auch nur stichprobenartig überprüften, ob es Depoteröffnungsanträge der einzelnen Kunden bei der IBL gab. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die Vollständigkeitserklärung der AMIS über ihre Bankkonten falsch war. Nach Abschluss des Prüfberichts erlangte die FMA durch die Anfrage einer anderen österreichischen Bank Kenntnis davon, dass die Gesellschaft über zumindest ein weiteres (nicht offen gelegtes) Konto verfügte. Auf eine entsprechende Anfrage teilte die AMIS der FMA vorerst mit, es handle sich um ein Geschäftskonto einer Tochtergesellschaft. Über neuerliche Anfrage teilte die AMIS durch ihren Rechtsanwalt mit, ein Fonds dieser Tochtergesellschaft hätte beabsichtigt, ein Bankkonto zu eröffnen, was allerdings aus formellen Gründen (wegen einer mangelhaften Vollmacht) gescheitert sei; daher sei die AMIS ersucht worden, ein kurzfristig auf sie selbst lautendes Treuhandkonto zu eröffnen, auf das die Ein- und Auszahlungen der Kunden des Fonds erfolgen könnten, wobei Rechte und Pflichten aus dem Konto ausschließlich der Fondsgesellschaft zustünden. Es sei zugesichert worden, für die Beschaffung der erforderlichen Vollmachten zu sorgen, damit der Wortlaut des Kontos umgehend auf den Fonds geändert werden könne. Der damalige Prokurist der AMIS sei davon ausgegangen, dass diese Änderung des Wortlauts erfolgt sei, weshalb die Angelegenheit in Vergessenheit geraten sei. Es sei keineswegs beabsichtigt gewesen, die

Behörde zu täuschen, sie unvollständig oder gar unrichtig zu informieren. Materiell handle es sich um kein Konto der AMIS, sondern um eines der ausländischen Tochtergesellschaft TTM. Auf die Aufforderung der FMA, zum Sachverhalt detailliert Stellung zu nehmen und einen von der Bank bestätigten Nachweis über die Änderung der Kontobedingungen (Kontoschließung) vorzulegen, teilte der Rechtsanwalt namens der AMIS mit, dass es auf diesem Konto keine Zahlungsflüsse gebe. Das Konto sei mit Wirkung vom 19. 8. 2002 geschlossen worden, um jeden Anschein einer möglichen Rechtsverletzung zu vermeiden. Nach mehreren Aufforderungsschreiben und Antwortbriefen zu diesem Thema von Herbst 2002 bis Sommer 2003 verhängte die FMA über die für die AMIS vertretungsbefugten Personen Geldstrafen wegen der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bzw als Einlage ohne die hierfür erforderliche Bankkonzession. Der UVS Wien gab den dagegen erhobenen Berufungen Folge, worauf die Verfahren eingestellt wurden.

Im Zusammenhang mit dem Konzessionierungsverfahren der AFC fand im September 2002 bei der FMA eine Befragung und Anhörung der Geschäftsleiter, unter anderem von Mag. B*****, statt, bei der das Vorliegen der Konzessionsvoraussetzungen bzw das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen geprüft werden sollte. Dabei wurde insbesondere der Spaltungsvertrag geprüft, wobei aber nicht festgestellt werden kann, ob auf eine allfällige Organgleichheit geachtet wurde. Die Vertreter von AMIS bzw AFC begründeten die Abspaltung mit größerer Transparenz, was den Mitarbeitern der Aufsichtsbehörde nicht bedenklich erschien. Im Juni 2003 übermittelte die Drittnebenintervenientin der FMA einen Aufsichtsbericht gemäß § 23 WAG über die AFC zum Stichtag 31. 12. 2002. Darin wird unter anderem Folgendes ausgeführt: Für die Abwicklung der Aufträge der Anleger würden eigene Ordner geführt, deren Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit stichprobenartig überprüft worden sei. Dabei hätten keine Unstimmigkeiten festgestellt werden können; die Dokumentation und Aufbewahrung der Unterlagen werde sehr gewissenhaft und sorgfältig durchgeführt. Zu jedem Privatanleger werde ein Kundenprofil erstellt, das über die Identität und das Anlageverhalten des Kunden Auskunft gebe. Jeder Kunde werde über die möglichen Risiken der Veranlagung entsprechend aufgeklärt und müsse eine entsprechende Erklärung unterschreiben. Bei Kunden, die dem Unternehmen nicht schon durch eine langjährige geschäftliche oder private Verbundenheit bekannt seien, sei zusätzlich die Kopie eines Identifikationsobjekts (wie zB Reisepass) obligatorisch. Das Unternehmen bzw dessen Angestellte hätten keinen Zugriff auf Kundengelder, der Kaufpreis für die Vermögensanteile werde stets direkt an die zuständige Depotbank überwiesen. Aufgrund der Prüfungshandlungen und der von der BDO laufend durchgeführten Beratungstätigkeit sei der Eindruck entstanden, dass die Geschäftsleiter ihren Sorgfaltspflichten gemäß §§ 39 bis 41 BWG nachkämen und ihre Tätigkeit dementsprechend ausführten. Die interne Revision der AFC prüfe quartalsweise die Einhaltung der notwendigen Kontrollmaßnahmen vor allem im Bereich Fondsmanagement. Im Kundenservicebereich würden die Beratungsprotokolle überprüft und es werde stichprobenartig nachgeprüft, ob das Risikoprofil mit dem gewählten Produkt in Einklang sei. Verstöße dagegen würden direkt an den Vorstand berichtet. Die Wohlverhaltensregeln gemäß §§ 12 bis 14 WAG seien eingehalten worden. In einzelnen Stichproben sei der Ablauf eines Geschäftsfalls von der Anbahnung mit dem Kunden bis zum Abschluss des Geschäfts überprüft worden. Es hätten keinerlei Beanstandungen getroffen werden können. Die Kunden seien über sämtliche Risiken mit Sorgfalt, Sachkenntnis und Gewissenhaftigkeit entsprechend aufgeklärt worden. Im Zusammenhang mit dem Konzessionierungsverfahren der AFC fand im September 2002 bei der FMA eine Befragung und Anhörung der Geschäftsleiter, unter anderem von Mag. B*****, statt, bei der das Vorliegen der Konzessionsvoraussetzungen bzw das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen geprüft werden sollte. Dabei wurde insbesondere der Spaltungsvertrag geprüft, wobei aber nicht festgestellt werden kann, ob auf eine allfällige Organgleichheit geachtet wurde. Die Vertreter von AMIS bzw AFC begründeten die Abspaltung mit größerer Transparenz, was den Mitarbeitern der Aufsichtsbehörde nicht bedenklich erschien. Im Juni 2003 übermittelte die Drittnebenintervenientin der FMA einen Aufsichtsbericht gemäß Paragraph 23, WAG über die AFC zum Stichtag 31. 12. 2002. Darin wird unter anderem Folgendes ausgeführt: Für die Abwicklung der Aufträge der Anleger würden eigene Ordner geführt, deren Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit stichprobenartig überprüft worden sei. Dabei hätten keine Unstimmigkeiten festgestellt werden können; die Dokumentation und Aufbewahrung der Unterlagen werde sehr gewissenhaft und sorgfältig durchgeführt. Zu jedem Privatanleger werde ein Kundenprofil erstellt, das über die Identität und das Anlageverhalten des Kunden Auskunft gebe. Jeder Kunde werde über die möglichen Risiken der Veranlagung entsprechend aufgeklärt und müsse eine entsprechende Erklärung unterschreiben. Bei Kunden, die dem Unternehmen nicht schon durch eine langjährige geschäftliche oder private Verbundenheit bekannt seien, sei zusätzlich die Kopie eines Identifikationsobjekts (wie zB Reisepass) obligatorisch. Das Unternehmen bzw dessen Angestellte hätten keinen Zugriff auf Kundengelder, der

Kaufpreis für die Vermögensanteile werde stets direkt an die zuständige Depotbank überwiesen. Aufgrund der Prüfungshandlungen und der von der BDO laufend durchgeführten Beratungstätigkeit sei der Eindruck entstanden, dass die Geschäftsleiter ihren Sorgfaltspflichten gemäß Paragraphen 39 bis 41 BWG nachkämen und ihre Tätigkeit dementsprechend ausführten. Die interne Revision der AFC prüfe quartalsweise die Einhaltung der notwendigen Kontrollmaßnahmen vor allem im Bereich Fondsmanagement. Im Kundenservicebereich würden die Beratungsprotokolle überprüft und es werde stichprobenartig nachgeprüft, ob das Risikoprofil mit dem gewählten Produkt in Einklang sei. Verstöße dagegen würden direkt an den Vorstand berichtet. Die Wohlverhaltensregeln gemäß Paragraphen 12 bis 14 WAG seien eingehalten worden. In einzelnen Stichproben sei der Ablauf eines Geschäftsfalles von der Anbahnung mit dem Kunden bis zum Abschluss des Geschäfts überprüft worden. Es hätten keinerlei Beanstandungen getroffen werden können. Die Kunden seien über sämtliche Risiken mit Sorgfalt, Sachkenntnis und Gewissenhaftigkeit entsprechend aufgeklärt worden.

Veranlagungen der Kläger und hypothetischer Verlauf der AMIS-Geschäfte:

Die Erstklägerin erteilte als Erstanteilsinhaberin gemeinsam mit ihrem Ehemann als Zweitanteilsinhaber einem Versicherungsmakler am 5. 11. 2003 einen Auftrag zur Vermittlung für den „AMIS China World Opportunities Fund C“. Sie beauftragte die AFC, die von ihr anvertrauten Vermögenswerte ohne vorherige Einholung von Weisungen in das von ihr gewählte Veranlagungsprodukt zu investieren. Die Erstklägerin und ihr Mann veranlagten einen Einmalbetrag von 25.000 EUR. Der Vertrag sollte am 1. 11. 2003 beginnen und eine Laufzeit von 20 Jahren haben. Beginnend mit Jänner 2004 sollten vierteljährliche Auszahlungen (von jährlich 7,5 % der veranlagten Summe) auf das Konto der Erstklägerin erfolgen. Am selben Tag erteilten die Erstklägerin als Erstanteilsinhaberin und ihr Ehemann als Zweitanteilsinhaber dem Versicherungsmakler einen Auftrag zur Vermittlung für den „AMIS Kombiplan“ (40 % AMIS Basisplan, 30 % AMIS Generationsplan, 30 % AMIS Global Power Plan C). Auch hier veranlagten die Erstklägerin und ihr Mann einen Einmalbetrag von 25.000 EUR, der Vertrag sollte ebenfalls am 1. 11. 2003 beginnen und eine Laufzeit von 20 Jahren haben. Beginnend mit Jänner 2004 sollten vierteljährliche Auszahlungen (von jährlich 7,5 % der veranlagten Summe) auf das Konto der Erstklägerin erfolgen. Die Anleger bekamen von der AFC die entsprechenden „Anlegerzertifikate“ ausgestellt.

Die Zweitklägerin und der Drittkläger (im Folgenden: Ehepaar) entschlossen sich Anfang 2001, eine Pensionsvorsorge für die im Haushalt tätige Zweitklägerin aufzubauen. Sie erklärten dem dazu angesprochenen Versicherungsmakler, sie wollten keinesfalls eine spekulative Anlage, sondern ein sicheres Produkt, wobei sie monatliche Einzahlungen leisten wollten und jedenfalls das Kapital erhalten bleiben sollte. Der Makler wies sie daraufhin auf den „AMV-Pensionsplan“ hin und erklärte, das Kapital sei sicher und es gebe jedenfalls eine Fixverzinsung, auch wenn „alles andere schief geht“. Das Ehepaar unterfertigte daraufhin am 25. 1. 2001 einen Antrag zum Abschluss eines Vermögensmanagementvertrags für den AMV-Pensionsplan, gab als Anlageziel „(Pensions-)Vorsorge“ an und ermächtigte die AMV widerruflich, ab 5. 3. 2001 monatlich 3.000 S (218,02 EUR) mittels Lastschrift vom Girokonto der Zweitklägerin einzuziehen. Es wurde ein Vertragsbeginn mit 1. 3. 2001 und eine Vertragsdauer von 15 Jahren vereinbart. Nachdem die Zweitklägerin ein „AMV-Anlegerzertifikat“ erhalten hatte, wurden bis inklusive 5. 8. 2005 von ihrem Konto insgesamt 11.773,08 EUR abgebucht.

Nach Konkurseröffnung über die AMIS-Gesellschaften, meldete die Erstklägerin in den Konkursverfahren über das Vermögen der AMIS sowie der AFC eine Forderung von etwas mehr als 103.000 EUR bzw 105.000 EUR an, die sie aus dem eingesetzten Kapital samt 4 % Zinsen abzüglich der erhaltenen Auszahlungen (1.875 EUR und 12.375 EUR) berechnete. Zweit- und Drittkläger meldeten in beiden Konkursverfahren eine Forderung von je 11.773,08 EUR an.

Der Schaden der Kläger wäre zur Gänze verhindert worden, wenn die BWA aus Anlass der bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 gewonnenen Erkenntnisse der AMV mit Bescheid aufgetragen hätte, den Vertrieb der Teilfonds des TTM solange einzustellen, bis nachgewiesen ist, dass das Kundeneinzahlungskonto ausschließlich ein bei einer österreichischen Bank geführtes Konto des TTM ist, in allen Kundenunterlagen ausschließlich ein Konto des TTM bei einer österreichischen Bank zu nennen, sicherzustellen, dass AMV-Kunden im Anteilsregister des Fonds geführt werden, sicherzustellen, dass die Kunden über eigene Bankdepots und Bankkonten verfügen, auf denen die Ergebnisse der Veranlagungen gebucht werden, und sicherzustellen, dass bei allen Verfügungen und Transaktionen die daraus resultierenden Vermögensänderungen die Depot- bzw Kontosphäre des Anlegers nicht verlassen. Für den Fall von Zuwiderhandlungen gegen das Vertriebsverbot und/oder nicht rechtzeitiger Umstellung der bestehenden Kundenverträge hätte der AMV der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis bzw in weiterer Folge der Entzug der

Konzession angedroht werden können. Hätte die AMV derartige bescheidmäßige Aufträge nicht befolgt, hätte es noch vor dem Jahr 2000 zu einem Konzessionsentzug kommen können, womit die Malversationen und damit auch der Schaden der Kläger vermieden worden wäre. Hätte die AMV hingegen die Auflagen erfüllt, hätte die AMV bei Neukunden, damit auch den Klägern, ihre Malversationen nicht (mehr) durchführen können. Wäre die BWA den Angaben des Rechtsanwalts in seinen Schreiben vom Juni und Oktober 2001 bezüglich der fraglichen Finanzierung der hohen Vertriebsprovisionen weiter nachgegangen, hätte sie die Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells leicht feststellen können. Eine Sonderprüfung hätte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einem Abgleich der Kundenbuchhaltung mit der Aufstellung der Depotbank geführt, woraus der Fehlbetrag aufgrund der unberechtigten Entnahmen festgestellt worden wäre. Hätte die BWA in der Folge einen Regierungskommissär bestellt, wären weitere Malversationen verhindert worden, somit auch alle weiteren Anlegerschäden ab dem Jahr 2002.

Das Strafurteil:

Mag. B***** und L***** wurden mit (rechtskräftigem) Strafurteil vom 20. 12. 2007 unter anderem schuldig erkannt, sie hätten (unter anderem) von März 1999 bis Sommer 2005 im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter in vielfachen Angriffen mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, und in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der schweren Betrugshandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, mehr als 15.000 Kunden der AMIS-Gruppe über für ihre Veranlagungsentscheidung wesentliche Tatsachen getäuscht und sie dadurch dazu verleitet, Verträge über die Verwaltung von Vermögen oder die Vermittlung von Veranlagungen mit Gesellschaften der AMIS-Gruppe abzuschließen, Einziehungsaufträge zu erteilen und Geldbeträge in deren Verfügungsmacht zu übertragen, dort zu belassen und nicht abziehen, wodurch die Kunden einen im entzogenen Vermögen gelegenen Gesamtschaden von mehr als 64 Mio EUR erlitten hätten. Dazu wurde unter anderem festgestellt, dass die beiden Täter schon im März 1999 beschlossen hatten, einen groß angelegten Betrug im Rahmen der von ihnen beherrschten AMIS-Gruppe aufzuziehen. Sie „... beabsichtigten entgegen den vertraglichen Vereinbarungen mit den Kunden von Anfang an nicht, deren Gelder zur Gänze redlich zu veranlagen. Vielmehr erfolgte diese Veranlagung jeweils nur kurzfristig, während sie sodann durchschnittlich bis zu etwa 47 % der Kundeneinzahlungen durch pflichtwidrige Entnahmen aus den beiden SICAV-Fonds und den für den Vario Invest bestimmten Konten teils entzogen, und ab März 2004 neu einbezahlte Kundengelder nicht vertragsgemäß veranlagten, sondern im Wesentlichen für Provisionszahlungen und Auszahlungen an frühere Kunden verwendeten. ... AMIS und AFC hatten auffällig hohe Aufwendungen, insbesondere bei den Vertriebsprovisionen, den IT-Kosten und dem Marketing. ... Hätten [die Täter] der AMIS AG nur jene Beträge zugeführt, die sich aus den den Kunden vertraglich bekanntgegebenen Gebühren, Provisionen und Konten errechneten, wäre die AMIS-Gruppe vom Jahr 1999 an wirtschaftlich nicht überlebensfähig gewesen. ... [Den Tätern] war von Anfang an bewusst, dass sie die hohen Aufwendungen für den Vertrieb, für Personal und den laufenden Betrieb der AMIS-Gruppe aus den mit den Kunden laut Vertrag vereinbarten Gebühren, Kosten und Provisionen nicht abdecken können.“ Sie hätten nicht nur die genannten Kosten, sondern auch ihren eigenen Lebensunterhalt durch pflichtwidrige Entnahmen aus dem Kundenvermögen finanziert. „Die Aufrechterhaltung dieses betrügerischen Konstrukts über mehrere Jahre gelang ihnen auch deshalb, weil sie grundlegende Sicherungs- und Kontrollmechanismen, wie etwa die Führung des Anteilsregisters durch die Bank außer Kraft setzten und weil einfache und übliche Abstimmungsvorgänge, wie etwa der Vergleich zwischen dem verwalteten Vermögen in den Fonds mit dem Soll-Vermögen laut Depotführung oder der Vergleich der Gebühren und Provisionen in Relation zum verwalteten Vermögen, nicht durchgeführt wurden.“ Für die TFA, die ab August 2003 als Nominee und Vertriebsstelle für den TFI agierte, habe L***** als Direktor fungiert. Im Rahmen eines Treuhandvertrags mit der Depotbank sei die TFA zur treuhändischen Verwaltung der Kundengelder im TFI bestellt worden. „In Bezug auf den TTM gab es eine Vereinbarung vom 1. 12. 2001 zwischen TTM, TFA und AMIS AG, wonach ... die TFA die Führung der Anteilsregister für die AMIS AG übernehme und anstelle der Anleger im Register des TTM aufscheine. Sämtliche Kommunikation mit den Kunden sollte über die AMIS AG laufen Im Vertrag wurde auch festgelegt, dass über den Inhalt der Vereinbarung gegenüber Dritten Stillschweigen bewahrt werde. In Bezug auf den Vario Invest gab es eine Vereinbarung vom 12. 2. 2003 mit der AFC, in der die TFA zum Nominee bzw zur Zwischenstelle bestellt wurde. Die TFA hatte zwei Funktionen: Sie wurde von Mag. B***** und L***** bei beiden SICAV zwischen ihren Kunden und den SICAV zwischengeschaltet. Sie fungierte als „Nominee“, dh als Treuhänder für die Kunden.“ Dadurch, dass die TFA im Register der Depotbank als Anteilsinhaber aufschien, sei es möglich gewesen, dass Anteilsrückkäufe ohne Bezug zu konkreten Kunden angeordnet werden konnten. Kunden seien unter anderem mit dem Hinweis geworben worden, dass - anders als bei anderen Anbietern - kein Ausgabeaufschlag verlangt werde.

„[Die Täter] schufen ein Provisionssystem für den Vertrieb, das außerordentlich hohe Verdienstmöglichkeiten für Vertriebsmitarbeiter durch sehr hohe Provisionen vorsah. ... AMIS verfügte im Wesentlichen über keine anderen Einnahmen als die vertraglich vereinbarten Bestandsprovisionen, Kosten und Gebühren. ... Um Gelder aus den Fonds an die AMIS zu transferieren, veranlassten [die Täter] die Übermittlung von Anweisungen an die Depotbank, bestimmte Beträge aus dem Fondsvermögen auf Konten der AMIS AG und später der AFC zu überweisen. ... Um die Kunden in Sicherheit zu wiegen, wurden ihnen als Verschleierungsmaßnahmen Depotberichte übermittelt, die falsche, nämlich zu hohe Depotstände anzeigten, weil darin eine ordnungsgemäße Veranlagung vorgegaukelt wurde, die pflichtwidrigen Entnahmen also nicht berücksichtigt wurden. Darüber hinaus trennten [die Täter] die einzelnen Verantwortungsbereiche der Mitarbeiter so, dass kein einzelner Mitarbeiter einen Gesamtüberblick erlangen konnte.“ Die EDV-Programme seien so angelegt gewesen, dass Mitarbeiter nur Zugang zum Programm über den Sollstand hatten, also zu solchen, die das Kundenvermögen ohne die pflichtwidrigen Entnahmen darstellten. Die Suspendierung der beiden SICAV durch die luxemburgische Wertpapieraufsichtsbehörde habe zu gravierenden Liquiditätsproblemen der Gesellschaften der AMIS-Gruppe geführt. Ab März 2004 bis Sommer 2005 seien deshalb neu eingezahlte Kundengelder (rund 29 Mio EUR) fast zur Gänze für die Auszahlung von Kunden und für Provisionszahlungen verwendet worden. Im Zeitraum 1. 1. 2000 bis 4. 3. 2004 seien Kundeneinzahlungen auf Konten der RZB, der Raiffeisenlandesbank NÖ-Wien, der BA-CA und der Deutschen Bank in Höhe von mehr als 191 Mio EUR erfolgt. Die Veranlagung sei auf die Weise erfolgt, dass die Kundengelder auf Anweisung des AMIS-Fondsmanagements von den Depotbanken je nach Bedarf ein- oder mehrmals pro Monat in die einzelnen Fonds veranlagt wurden. Die depotführenden Banken hätten keine den einzelnen Kunden zuordenbaren Depots geführt; ein von der AMIS-Gruppe eingerichtetes EDV-Programm sei die einzige Quelle gewesen, aus der die (teilweise fiktiven) Depotstände der Kunden ersehen werden konnten.

Vorbringen und Prozessanträge:

Die Erstklägerin begehrte die Feststellung, dass ihr die Beklagte für jenen Schaden hafte, der ihr aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der den Organen der Bundes-Wertpapieraufsichtsbehörde bzw der Finanzmarktaufsichtsbehörde obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS und der AFC aus ihren Kapitalanlagen (abzüglich der Auszahlungen) entstanden sei und noch entstehen werde. Die Zweitklägerin und der Drittkläger begehrten die Feststellung der Haftung der Beklagten als Rechtsträgerin der Finanzmarktaufsichtsbehörde bzw zuvor der Bundes-Wertpapieraufsichtsbehörde aufgrund der nicht gehörigen Erfüllung der diesen obliegenden Aufsichts- und Prüfpflichten gegenüber der AMIS und der AFC für den Schaden, den sie dadurch erleiden, dass die von ihnen in den beiden Konkursverfahren, gegenüber der Anlegerentschädigung der Wertpapierdienstleistungs-unternehmen GmbH und in den Liquidationsverfahren der beiden luxemburgischen SICAV angemeldete Forderung von 11.773,08 EUR, die aus ihren Einzahlungen zum AMV/AMIS-Pensionsplan im Zeitraum 1. 3. 2001 bis 5. 9. 2005 resultiere, nicht zur Gänze befriedigt werde. Sie brachten dazu im Wesentlichen vor, die Aufsichtsbehörden hätten wegen mehrerer bekannter Unzulänglichkeiten eine Konzession gar nicht erteilen dürfen bzw die bereits erteilte Konzession noch vor der (ersten) Investition widerrufen müssen. Dazu wurden detaillierte Vorwürfe erhoben, auf die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung noch im Einzelnen zurückzukommen sein wird. Die Kläger seien bei ihrer Investition davon ausgegangen, dass die staatlichen Aufsichtsbehörden ihren Aufsichtspflichten nachkämen. Insbesondere habe die Aufsichtsbehörde nicht darauf reagiert, dass die AMV Kundengelder auf Treuhandkonten gehalten habe, wodurch widerrechtlich Bankgeschäfte ausgeübt worden seien. Es sei nicht geprüft worden, in welche Wertpapiere bzw auf welchen Kapitalmärkten die Kundengelder veranlagt worden sind. Bei ausreichender Überprüfung wäre der FMA auch aufgefallen, dass Auszahlungen in den Kundenbuchhaltungsunterlagen nicht registriert worden seien, was sofortigen Handlungsbedarf ausgelöst hätte. Die Depotbanken hätten ausschließlich die AMIS-Gesellschaften als ihre Kunden behandelt, womit ein Zugriff auf Kundengelder möglich gewesen sei. Die Aufsichtsbehörden hätten auch aufgrund der ungerechtfertigt hohen Provisionen Verdacht gegen eine ordnungsgemäße Geschäftsgebarung schöpfen müssen. Sie hätten offenkundige Interessenskonflikte übergangen, insbesondere auch nach Kenntniserlangung über den Treuhänder, dessen geschäftliche Handlungen entweder von der AMIS oder von deren Geschäftsleitern bestimmt worden seien. Das Halten von Kundengeldern durch AMIS habe kausal zu den Veruntreuungen geführt. Schon im Zuge einer standardmäßigen Anwendung einschlägiger Erhebungsunterlagen zur Feststellung gesellschaftsrechtlicher Verflechtungen der Eigentümer und deren Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsprozesse von AMIS bzw AFC wäre hervorgekommen, dass ein ganz klar erkennbarer, beherrschender Einfluss der Eigentümer Mag. B***** und L***** bestanden habe und zwar in gesellschaftsrechtlicher, fondsbezogener und auch wirtschaftlicher Hinsicht. Es sei auch

auffällig gewesen, dass die Anleger niemals einen Depotauszug einer zum Depotgeschäft befugten Bank erhalten hätten. Die BWA hätte insbesondere auf die Schreiben des Rechtsanwalts reagieren müssen, der Umstände aufgezeigt hätte, die zu einer sofortigen ad-hoc-Prüfung und einer sofortigen Unterbindung der Malversationen der AMIS-Unternehmen hätten führen müssen. Die BWA hätte sich erklären und urkundlich nachweisen lassen müssen, aus welchen Geldern die Provisionszahlungen erfolgt und welche Gelder tatsächlich veranlagt worden sind. Sie hätte insbesondere bei der Depotbank entsprechende Nachforschungen anzustellen gehabt, um Gewissheit darüber zu haben, welcher Kunde welchen Betrag zur Einzahlung gebracht habe und wie bzw auf welchem Konto dieser Betrag für welche Veranlagung verwendet worden ist. Eine bloß stichprobenartige Überprüfung hätte ergeben, dass die Einzahlungen der Kunden mit der behaupteten Vorgangsweise der AMIS-Unternehmen nicht kompatibel gewesen seien. Die BWA hätte dabei auch erkannt, dass eine Zuordnung der von den einzelnen Kunden investierten Beträge nicht möglich sei. Dies hätte Anlass gegeben, die Aktivitäten von AMIS in Österreich umgehend zu unterbinden. Die Aufsichtsbehörde habe auch nicht darauf reagiert, dass die Beteiligung an den luxemburgischen Fonds namens der AMIS-Gesellschaften bzw über einen von diesen kontrollierten Treuhänder erfolgt sei, dessen Einschaltung den Kunden nicht bewusst gemacht worden sei. Der Zugriff auf die Kundengelder sei nur möglich gewesen, weil der Depotbank nicht jeweils der einzelne Kunde als Einzahler angegeben worden sei, sondern vielmehr die AMIS bzw AFC selbst oder der von diesen dominierte Treuhänder der Depotbank gegenüber als Berechtigter aufgetreten sei. Es wäre Aufgabe der Aufsichtsbehörden gewesen, anhand von Überprüfungen, wie Anfragen bei den Depotbanken bezüglich der jeweils investierten Gelder, Einsichtnahme in Einzeldepots und Einzelkonten, die Vorgehensweise der AMIS-Unternehmen aufzudecken. In diesem Fall wäre es zu einer Entziehung der Konzession gekommen, womit die Investitionen der Kläger unterblieben wären. Die Aufsichtsbehörden hätten von Anfang an jeglichen Zugang zu den notwendigen Informationen gehabt.

Die Beklagte wandte ein, die Aufsicht sei stets mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt worden. Zumindest beruhe das Aufsichtsverhalten auf vertretbaren Rechtsauffassungen. Keineswegs sei die Sicherheit des Kapitals der Anleger von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Der Aufsichtsbehörde seien keine Hinweise dafür vorgelegen, dass die AFC entgegen der gesetzlichen Vorschriften Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert hatte, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden sind. Ebenso wenig habe es Hinweise dafür gegeben, dass sich die AMIS bzw AFC Provisionen und Gebühren aus den luxemburgischen Fonds auszahlen hätten lassen und die Kunden falsche Depotauszüge erhalten hätten. Im Rahmen der mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführten Vor-Ort-Prüfungen seien keine Anzeichen für einen Konzessionsverstoß festgestellt worden. Die Ergebnisse dieser Prüfungen seien von der Behörde weiterverfolgt und festgestellte Mängel nachweislich behoben worden. Auf festgestellte Mängel sei rechtzeitig und im Sinn des Verhältnismäßigkeitsprinzips adäquat reagiert und die Herstellung des rechtmäßigen Zustands von der Aufsichtsbehörde überwacht worden. Im Rahmen der laufenden Aufsicht hätten keine Unregelmäßigkeiten festgestellt werden können, die eine Entziehung der Konzession, die Verhängung einer Geschäftsaufsicht oder die frühere Bestellung eines Regierungskommissärs gerechtfertigt hätten. Der Rechtsanwalt habe in seinem Schreiben vom Juni 2001 keine Verdachtsmomente aufgezeigt, weshalb die Einleitung entsprechender Nachforschungen weder gefordert noch sinnvoll gewesen wäre. Eine Überprüfung der Art und Höhe von Gebühren und Provisionen sei vom gesetzlichen Auftrag der BWA bzw FMA nicht umfasst. Damit sei auch die Frage deren „Marktüblichkeit“ nicht zu behandeln gewesen. Die der BWA bzw FMA vom Gesetz eingeräumten Aufsichtsmaßnahmen seien nicht geeignet gewesen, die eingetretenen Schäden auch nur teilweise zu verhindern. Insbesondere unterlägen Investmentfonds mit Sitz der Verwaltungsgesellschaft im Ausland als solche nicht der Aufsicht durch die FMA. Schutzzweck der in § 2 FMABG angeführten Aufsichtsgesetze sei auch nicht der Schutz der Anleger. Dies sei mit der Regelung in § 3 Abs 1 FMABG klargestellt worden. Schließlich wurde auch das Feststellungsinteresse der Kläger bestritten. Die Beklagte wandte ein, die Aufsicht sei stets mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt worden. Zumindest beruhe das Aufsichtsverhalten auf vertretbaren Rechtsauffassungen. Keineswegs sei die Sicherheit des Kapitals der Anleger von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Der Aufsichtsbehörde seien keine Hinweise dafür vorgelegen, dass die AFC entgegen der gesetzlichen Vorschriften Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert hatte, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden sind. Ebenso wenig habe es Hinweise dafür gegeben, dass sich die AMIS bzw AFC Provisionen und Gebühren aus den luxemburgischen Fonds auszahlen hätten lassen und die Kunden falsche Depotauszüge erhalten hätten. Im Rahmen der mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführten Vor-Ort-Prüfungen seien keine Anzeichen für einen Konzessionsverstoß festgestellt worden. Die Ergebnisse dieser Prüfungen seien von der Behörde weiterverfolgt und festgestellte Mängel nachweislich behoben worden. Auf festgestellte Mängel sei rechtzeitig

und im Sinn des Verhältnismäßigkeitsprinzips adäquat reagiert und die Herstellung des rechtmäßigen Zustands von der Aufsichtsbehörde überwacht worden. Im Rahmen der laufenden Aufsicht hätten keine Unregelmäßigkeiten festgestellt werden können, die eine Entziehung der Konzession, die Verhängung einer Geschäftsaufsicht oder die frühere Bestellung eines Regierungskommissärs gerechtfertigt hätten. Der Rechtsanwalt habe in seinem Schreiben vom Juni 2001 keine Verdachtsmomente aufgezeigt, weshalb die Einleitung entsprechender Nachforschungen weder gefordert noch sinnvoll gewesen wäre. Eine Überprüfung der Art und Höhe von Gebühren und Provisionen sei vom gesetzlichen Auftrag der BWA bzw FMA nicht umfasst. Damit sei auch die Frage deren „Marktüblichkeit“ nicht zu behandeln gewesen. Die der BWA bzw FMA vom Gesetz eingeräumten Aufsichtsmaßnahmen seien nicht geeignet gewesen, die eingetretenen Schäden auch nur teilweise zu verhindern. Insbesondere unterlägen Investmentfonds mit Sitz der Verwaltungsgesellschaft im Ausland als solche nicht der Aufsicht durch die FMA. Schutzzweck der in Paragraph 2, FMABG angeführten Aufsichtsgesetze sei auch nicht der Schutz der Anleger. Dies sei mit der Regelung in Paragraph 3, Absatz eins, FMABG klargestellt worden. Schließlich wurde auch das Feststellungsinteresse der Kläger bestritten.

Die Urteile der Vorinstanzen:

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren (im dargestellten Umfang) statt. Die Beklagte habe für ein allfälliges rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten von Organen der BWA nach den Vorschriften des AHG einzustehen. Der Oberste Gerichtshof habe im ersten Rechtsgang klargestellt, dass die Aufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) ebenso wie die Bankenaufsicht auch dem rechtzeitigen Erkennen und Abstellen von Missständen sowie der Abwendung drohender Gefahren diene, weshalb das schuldhafte Unterlassen der notwendigen Maßnahmen zu Amtshaftungsansprüchen geschädigter Anleger führen könne, zumal § 24 Abs 1 WAG in der damals geltenden Fassung ausdrücklich angeordnet habe, dass bei der Aufsicht über WPDLU nicht nur auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt, sondern auch auf die „Interessen der Anleger“ Bedacht zu nehmen sei. Dabei gehe es nicht um den Schutz der Anleger vor allen erdenklichen Risiken, sondern nur vor solchen, die sich bei ordnungsgemäßem Verhalten der Aufsichtsbehörde regelmäßig gerade nicht ergeben. Soweit den Aufsichtsbehörden übertragene Kontrollpflichten, die auch dem Schutz der Anleger dienten, verletzt würden, habe die Beklagte deshalb als Rechtsträgerin für den adäquat kausal verursachten und im Schutzbereich der jeweils konkret anwendbaren Normen liegenden Schaden nach amtshaftungsrechtlichen Grundsätzen einzustehen. Auf die von der Beklagten ins Treffen geführte Vorschrift des § 3 Abs 1 FMABG idF BGBl I Nr 136/2008 komme es hier von vornherein nicht an, soweit es nicht um die allfällige Haftung der Beklagten für das Verhalten von Organen der FMA, sondern von Organen der BWA gehe. Abgesehen davon wäre der erst durch die am 26. 10. 2008 kundgemachte Novelle BGBl I Nr 136/2008 angefügte zweite Satz des § 3 Abs 1 FMABG, wonach Schäden im Sinne dieser Bestimmung solche sind, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, hier entgegen der Auffassung der Beklagten auch deshalb noch nicht anwendbar, weil die der BWA bzw FMA von den Klägern vorgeworfenen Handlungen bzw Unterlassungen alle deutlich vor Oktober 2008 erfolgt seien und eine Rückwirkung dieser Bestimmung nicht in Betracht komme. Auf eine allfällige Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung, die vom Gericht erster Instanz ohnehin nicht aufgegriffen werden könnte, komme es hier deshalb gar nicht an. Der Oberste Gerichtshof habe in seinen Aufhebungsbeschlüssen ausgesprochen, dass gar nicht erkennbar sei, inwieweit das Bankkonto der AMV, auf das - wie von der BWA bereits bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannt wurde - Kundeneinzahlungen erfolgt seien, den schädigenden Praktiken förderlich gewesen wäre, zumal die Kundengelder ja zunächst tatsächlich an die Luxemburger Fonds transferiert worden seien. Da dieses Konto spätestens im Herbst 2000 aufgelöst worden sei, seien die Gefahren, die für Anleger mit diesem verbotenen Halten von Kundengeldern verbunden seien, zur Zeit der Investition der Kläger nicht mehr zu befürchten gewesen. Weder habe sich nämlich das WPDLU durch unmittelbaren Zugriff auf das Kontoguthaben Kundengelder selbst zueignen können, noch habe die Gefahr bestanden, dass auf diesem Konto bestehende Forderungen gegen die Bank im Insolvenzfall in die Konkursmasse der AMIS bzw AMV fallen könnten. Es fehle deshalb jedenfalls auf Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem in diesem Zusammenhang behaupteten Fehlverhalten der BWA und dem im Vermögen der Kläger eingetretenen Schaden. Da sich die zitierten Ausführungen des Obersten Gerichtshofs ausdrücklich auf den seinerzeit festgestellten Sachverhalt bezögen, hinderten sie nicht eine abweichende rechtliche Beurteilung auf Basis der nunmehr (insbesondere aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens) ergänzend getroffenen Feststellungen. Danach wären gerade aufgrund des von der BWA bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannten Haltens von Kundengeldern im Zusammenhang mit diesem Konto (wie auch in der Folge aufgrund der weiteren im Rahmen der

laufenden Aufsicht gewonnenen Erkenntnisse und Hinweise, etwa durch die Schreiben des Rechtsanwalts) weitere Erhebungen über den Verbleib der Kundengelder geboten gewesen. Durch die Entgegennahme von Veranlagungsgeldern ihrer Kunden auf eigenen Konten und die nachfolgende Auftragsdurchführung im eigenen Namen habe die AMV nämlich gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs 1 Z 19 BWG iVm § 20 Abs 1 Z 4 WAG verstoßen. In diesen Normen sei bei der Durchführung der Anlageberatung, Portfolioverwaltung und Anlagevermittlung das Vertretermodell gesetzlich vorgeschrieben, was eine strikte Trennung zwischen dem Vermögen des WPDLU und dem seiner Kunden bedingte. Die AMV hätte daher das verwaltete Kundenvermögen, gleich ob Wertpapiere oder Barmittel (Einzahlungen), nicht in Empfang nehmen dürfen. Aus dem Verbot der „Schuldnerstellung“ folge auch die Pflicht des WPDLU, das von ihm verwaltete Vermögen bei einem Kreditinstitut zu verwahren. Die AMV hätte daher dafür Sorge tragen müssen, dass Kundengelder bzw Wertpapiere nur auf kundeneigenen Bankkonten bzw Bankdepots verbucht werden können, sowie dass bei allen Verfügungen und Transaktionen, die im Kundenauftrag durchgeführt werden, die daraus resultierenden Vermögensänderungen die Depot- bzw Kontosphäre des Anlegers nicht verlassen. Diese Vorschriften sollten das - bei der AMV aufgrund der bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Vorgangsweisen latent gegebene -

Veruntreuungsrisiko ausschließen, das sich letztlich auch tatsächlich verwirklicht habe. Die Mitarbeiter der BWA hätten aus den von ihnen bei der ersten Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Umständen bei entsprechender Fachkenntnis die Gefahr von Malversationen aufgrund des Verstoßes gegen das Trennungsprinzip erkennen und deshalb weitere Maßnahmen ergreifen müssen. Insbesondere hätten sie, statt bloß die Schließung des Kontos bei der österreichischen Bank zu verlangen, untersuchen müssen, welche Konsequenzen die von ihnen erkannte Einzahlung von Kundengeldern auf ein Konto der AMV für die Rechtsposition der Kunden gegenüber dem Fonds bzw der Depotbank hatte. Hätten sie insofern nachgeforscht, insbesondere überprüft, ob die einzelnen Kunden der Depotbank namentlich bekannt gewesen seien, ob also das Trennungsprinzip eingehalten worden sei, hätte sich herausgestellt, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Damit wäre also herausgekommen, dass eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 20 WAG nicht (mehr) vorgelegen sei. Unter diesen Umständen hätte die BWA gemäß § 24 Abs 3 WAG die in § 70 Abs 4 Z 1 bis 3 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf das WPDLU zu ergreifen gehabt. Gemäß § 70 Abs 4 BWG habe der Bundesminister für Finanzen dann, wenn eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 5 Abs 1 Z 2 bis 13 BWG nach Erteilung der Konzession nicht mehr vorliegt oder ein Kreditinstitut Bestimmungen des BWG oder bestimmter anderer Gesetze verletzt, Das Erstgericht gab dem Klagebegehren (im dargestellten Umfang) statt. Die Beklagte habe für ein allfälliges rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten von Organen der BWA nach den Vorschriften des AHG einzustehen. Der Oberste Gerichtshof habe im ersten Rechtsgang klargestellt, dass die Aufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) ebenso wie die Bankenaufsicht auch dem rechtzeitigen Erkennen und Abstellen von Missständen sowie der Abwendung drohender Gefahren diene, weshalb das schuldhafte Unterlassen der notwendigen Maßnahmen zu Amtshaftungsansprüchen geschädigter Anleger führen könne, zumal Paragraph 24, Absatz eins, WAG in der damals geltenden Fassung ausdrücklich angeordnet habe, dass bei der Aufsicht über WPDLU nicht nur auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt, sondern auch auf die „Interessen der Anleger“ Bedacht zu nehmen sei. Dabei gehe es nicht um den Schutz der Anleger vor allen erdenklichen Risiken, sondern nur vor solchen, die sich bei ordnungsgemäßem Verhalten der Aufsichtsbehörde regelmäßig gerade nicht ergeben. Soweit den Aufsichtsbehörden übertragene Kontrollpflichten, die auch dem Schutz der Anleger dienten, verletzt würden, habe die Beklagte deshalb als Rechtsträgerin für den adäquat kausal verursachten und im Schutzbereich der jeweils konkret anwendbaren Normen liegenden Schaden nach amtshaftungsrechtlichen Grundsätzen einzustehen. Auf die von der Beklagten ins Treffen geführte Vorschrift des Paragraph 3, Absatz eins, FMABG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 136 aus 2008, komme es hier von vornherein nicht an, soweit es nicht um die allfällige Haftung der Beklagten für das Verhalten von Organen der FMA, sondern von Organen der BWA gehe. Abgesehen davon wäre der erst durch die am 26. 10. 2008 kundgemachte Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 136 aus 2008, angefügte zweite Satz des Paragraph 3, Absatz eins, FMABG, wonach Schäden im Sinne dieser Bestimmung solche sind, die Rechtsträgern unmittelbar zugefügt wurden, die der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, hier entgegen der Auffassung der Beklagten auch deshalb noch nicht anwendbar, weil die der BWA bzw FMA von den Klägern vorgeworfenen Handlungen bzw Unterlassungen alle deutlich vor Oktober 2008 erfolgt seien und eine Rückwirkung dieser Bestimmung nicht in Betracht komme. Auf eine allfällige Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung, die vom Gericht erster Instanz ohnehin nicht aufgegriffen werden könnte, komme es hier deshalb gar nicht an. Der Oberste Gerichtshof habe in seinen Aufhebungsbeschlüssen ausgesprochen,

dass gar nicht erkennbar sei, inwieweit das Bankkonto der AMV, auf das - wie von der BWA bereits bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannt wurde - Kundeneinzahlungen erfolgt seien, den schädigenden Praktiken förderlich gewesen wäre, zumal die Kundengelder ja zunächst tatsächlich an die Luxemburger Fonds transferiert worden seien. Da dieses Konto spätestens im Herbst 2000 aufgelöst worden sei, seien die Gefahren, die für Anleger mit diesem verbotenen Halten von Kundengeldern verbunden seien, zur Zeit der Investition der Kläger nicht mehr zu befürchten gewesen. Weder habe sich nämlich das WPDLU durch unmittelbaren Zugriff auf das Kontoguthaben Kundengelder selbst zueignen können, noch habe die Gefahr bestanden, dass auf diesem Konto bestehende Forderungen gegen die Bank im Insolvenzfall in die Konkursmasse der AMIS bzw AMV fallen könnten. Es fehle deshalb jedenfalls auf Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem in diesem Zusammenhang behaupteten Fehlverhalten der BWA und dem im Vermögen der Kläger eingetretenen Schaden. Da sich die zitierten Ausführungen des Obersten Gerichtshofs ausdrücklich auf den seinerzeit festgestellten Sachverhalt bezögen, hinderten sie nicht eine abweichende rechtliche Beurteilung auf Basis der nunmehr (insbesondere aufgrund des eingeholten Sachverständigengutachtens) ergänzend getroffenen Feststellungen. Danach wären gerade aufgrund des von der BWA bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 erkannten Haltens von Kundengeldern im Zusammenhang mit diesem Konto (wie auch in der Folge aufgrund der weiteren im Rahmen der laufenden Aufsicht gewonnenen Erkenntnisse und Hinweise, etwa durch die Schreiben des Rechtsanwalts) weitere Erhebungen über den Verbleib der Kundengelder geboten gewesen. Durch die Entgegennahme von Veranlagungsgeldern ihrer Kunden auf eigenen Konten und die nachfolgende Auftragsdurchführung im eigenen Namen habe die AMV nämlich gegen das gesetzliche Verbot des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG in Verbindung mit Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 4, WAG verstoßen. In diesen Normen sei bei der Durchführung der Anlageberatung, Portfolioverwaltung und Anlagevermittlung das Vertretermodell gesetzlich vorgeschrieben, was eine strikte Trennung zwischen dem Vermögen des WPDLU und dem seiner Kunden bedingte. Die AMV hätte daher das verwaltete Kundenvermögen, gleich ob Wertpapiere oder Barmittel (Einzahlungen), nicht in Empfang nehmen dürfen. Aus dem Verbot der „Schuldnerstellung“ folge auch die Pflicht des WPDLU, das von ihm verwaltete Vermögen bei einem Kreditinstitut zu verwahren. Die AMV hätte daher dafür Sorge tragen müssen, dass Kundengelder bzw Wertpapiere nur auf kundeneigenen Bankkonten bzw Bankdepots verbucht werden können, sowie dass bei allen Verfügungen und Transaktionen, die im Kundenauftrag durchgeführt werden, die daraus resultierenden Vermögensänderungen die Depot- bzw Kontosphäre des Anlegers nicht verlassen. Diese Vorschriften sollten das - bei der AMV aufgrund der bei der Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Vorgangsweisen latent gegebene -, Veruntreuungsrisiko ausschließen, das sich letztlich auch tatsächlich verwirklicht habe. Die Mitarbeiter der BWA hätten aus den von ihnen bei der ersten Vor-Ort-Prüfung vom Mai 1999 festgestellten Umständen bei entsprechender Fachkenntnis die Gefahr von Malversationen aufgrund des Verstoßes gegen das Trennungsprinzip erkennen und deshalb weitere Maßnahmen ergreifen müssen. Insbesondere hätten sie, statt bloß die Schließung des Kontos bei der österreichischen Bank zu verlangen, untersuchen müssen, welche Konsequenzen die von ihnen erkannte Einzahlung von Kundengeldern auf ein Konto der AMV für die Rechtsposition der Kunden gegenüber dem Fonds bzw der Depotbank hatte. Hätten sie insofern nachgeforscht, insbesondere überprüft, ob die einzelnen Kunden der Depotbank namentlich bekannt gewesen seien, ob also das Trennungsprinzip eingehalten worden sei, hätte sich herausgestellt, dass dies nicht der Fall gewesen sei. Damit wäre also herausgekommen, dass eine Konzessionsvoraussetzung gemäß Paragraph 20, WAG nicht (mehr) vorgelegen sei. Unter diesen Umständen hätte die BWA gemäß Paragraph 24, Absatz 3, WAG die in Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BWG genannten Maßnahmen in Bezug auf das WPDLU zu ergreifen gehabt. Gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BWG habe der Bundesminister für Finanzen dann, wenn eine Konzessionsvoraussetzung gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 2 bis 13 BWG nach Erteilung der Konzession nicht mehr vorliegt oder ein Kreditinstitut Bestimmungen des BWG oder bestimmter anderer Gesetze verletzt,

1. dem Kreditinstitut unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falls angemessen ist;
2. im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstituts 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 Zustands 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 Kreditinstituts 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 Zustands 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 Kreditinstituts nicht sicherstellen können.

Das bedeute, dass die BWA ein dreistufiges Verfahren einzuhalten gehabt hätte. Zunächst hätte sie gegenüber der AMV einen Bescheid im Sinne des § 70 Abs 4 Z 1 BWG zu erlassen, ihr also unter Androhung einer Zwangsstrafe die Herstellung des rechtmäßigen Zustands aufzutragen gehabt. Hätte sie das getan, wäre der Schaden der Kläger in jedem Fall verhindert worden: Entweder hätte die AMV den rechtmäßigen Zustand hergestellt, sodass künftige Malversationen unterblieben wären, oder sie hätte es nicht getan; in letzterem Fall wäre die BWA gehalten gewesen, den Geschäftsleitern die Geschäftsführung zu untersagen und letztlich sogar die Konzession zu entziehen. Die tatsächliche Vorgangsweise der BWA, nämlich die bloße Feststellung, dass die AMV auf einem eigenen Konto Veranlagungsgelder entgegengenommen habe, und die Anweisung zur Löschung dieses Kontos, sei hingegen nicht ausreichend gewesen. Selbst wenn nämlich die Anweisung zur Löschung des Kontos im Rahmen eines förmlichen Bescheids erfolgt wäre, hätte die BWA allein damit ihre Sorgfaltspflichten nicht erfüllt, hätte doch die AMV jederzeit ein anderes Konto nützen oder sonst Möglichkeiten finden können, wie man die Zahlungsflüsse weiterhin beherrschen könne, ohne dafür ein eigenes Konto für die Kundeneinzahlungen nutzen zu müssen. In der Folge sei genau dies der AMV bzw AMIS (AFC) durch die Zwischenschaltung zuerst des bankinternen Kontos und später der TFA auch gelungen. Weiters wären mit der Löschung des AMV-Kontos keine unmittelbaren Wirkungen für die bereits bestehenden Kunden bzw die bereits veranlagten SICAV-Anteile verbunden gewesen, weil die AMV gegenüber der Fondsgesellschaft und der Depotbank nach wie vor als alleiniger Anteilsberechtigter aufgeschienen wäre. Die dem Schutz der Anleger dienende Wirkung des Trennungsprinzips infolge der Depotbankkontrolle hätte sich also dann nicht entfalten können. Die Löschung des AMV-Kontos bei der österreichischen Bank sei daher für sich allein nicht geeignet gewesen, die Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips bei Wertpapierdienstleistungen der AMV zu beseitigen. Somit seien die von der BWA gesetzten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, die ausschließlich auf die Löschung dieses Kontos gerichtet gewesen seien, nicht ausreichend gewesen. Hätte die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, dh weitere Ermittlungen durchgeführt und in weiterer Folge einen Bescheid mit dem festgestellten gebotenen Inhalt erlassen, wäre der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden. Das Unterlassen einer derartigen Reaktion auf die Erkenntnis, dass die AMV Kundengelder entgegengenommen hatte, könne nicht mehr als vertretbar angesehen werden. Die für den Schadenseintritt der Kläger kausale Unterlassung sei deshalb rechtswidrig und schuldhaft (unvertretbar) gewesen, sodass die Beklagte dem Grunde nach für den den Klägern entstandenen Schaden (Vermögensverlust) einzustehen habe. Dass die Erhebung eines Feststellungsbegehrens im vorliegenden Fall zulässig sei, habe der Oberste Gerichtshof im ersten Rechtsgang bereits abschließend bejaht. Sofern die Aufsichtsbehörden aufgrund ausreichender Anhaltspunkte bereits vor der Veranlagungsentscheidung der Kläger zu Maßnahmen verpflichtet gewesen wären, die den rechtswidrigen Zugriff des „AMIS-Managements“ auf das Fondsvermögen verhindert hätten, bestünden keine Bedenken gegen die bloße Bezugnahme auf die den Klägern durch diese Investition entstandenen Schäden, weil ja bei pflichtgemäßem Aufsichtsverhalten die Investition zur Gänze unterblieben wäre. Das ergänzte Beweisverfahren habe ergeben, dass die Investitionen sämtlicher Kläger unterblieben wären, wenn die BWA pflichtgemäß gehandelt hätte. Das bedeute, dass die BWA ein dreistufiges Verfahren einzuhalten gehabt hätte. Zunächst hätte sie gegenüber der AMV einen Bescheid im Sinne des Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins, BWG zu erlassen, ihr also unter Androhung einer Zwangsstrafe die Herstellung des rechtmäßigen Zustands aufzutragen gehabt. Hätte sie das getan, wäre der Schaden der Kläger in jedem Fall verhindert worden: Entweder hätte die AMV den rechtmäßigen Zustand hergestellt, sodass künftige Malversationen unterblieben wären, oder sie hätte es nicht getan; in letzterem Fall wäre die BWA gehalten gewesen, den Geschäftsleitern die Geschäftsführung zu untersagen und letztlich sogar die Konzession zu entziehen. Die tatsächliche Vorgangsweise der BWA, nämlich die bloße Feststellung, dass die AMV auf einem eigenen Konto Veranlagungsgelder entgegengenommen habe, und die Anweisung zur Löschung dieses Kontos, sei hingegen nicht ausreichend gewesen. Selbst wenn nämlich die Anweisung zur Löschung des Kontos im Rahmen eines förmlichen Bescheids erfolgt wäre, hätte die BWA allein damit ihre Sorgfaltspflichten nicht erfüllt, hätte doch die AMV jederzeit ein anderes Konto nützen oder sonst Möglichkeiten finden können, wie man die Zahlungsflüsse weiterhin beherrschen könne, ohne dafür ein eigenes Konto für die Kundeneinzahlungen nutzen zu müssen. In der Folge sei genau dies der AMV bzw AMIS (AFC) durch die

Zwischenschaltung zuerst des bankinternen Kontos und später der TFA auch gelungen. Weiters wären mit der Löschung des AMV-Kontos keine unmittelbaren Wirkungen für die bereits bestehenden Kunden bzw die bereits veranlagten SICAV-Anteile verbunden gewesen, weil die AMV gegenüber der Fondsgesellschaft und der Depotbank nach wie vor als alleiniger Anteilsberechtigter aufgeschienen wäre. Die dem Schutz der Anleger dienende Wirkung des Trennungsprinzips infolge der Depotbankkontrolle hätte sich also dann nicht entfalten können. Die Löschung des AMV-Kontos bei der österreichischen Bank sei daher für sich allein nicht geeignet gewesen, die Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips bei Wertpapierdienstleistungen der AMV zu beseitigen. Somit seien die von der BWA gesetzten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, die ausschließlich auf die Löschung dieses Kontos gerichtet gewesen seien, nicht ausreichend gewesen. Hätte die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, dh weitere Ermittlungen durchgeführt und in weiterer Folge einen Bescheid mit dem festgestellten gebotenen Inhalt erlassen, wäre der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden. Das Unterlassen einer derartigen Reaktion auf die Erkenntnis, dass die AMV Kundengelder entgegengenommen hatte, könne nicht mehr als vertretbar angesehen werden. Die für den Schadenseintritt der Kläger kausale Unterlassung sei deshalb rechtswidrig und schuldhaft (unvertretbar) gewesen, sodass die Beklagte dem Grunde nach für den den Klägern entstandenen Schaden (Vermögensverlust) einzustehen habe. Dass die Erhebung eines Feststellungsbegehrens im vorliegenden Fall zulässig sei, habe der Oberste Gerichtshof im ersten Rechtsgang bereits abschließend bejaht. Sofern die Aufsichtsbehörden aufgrund ausreichender Anhaltspunkte bereits vor der Veranlagungsentscheidung der Kläger zu Maßnahmen verpflichtet gewesen wären, die den rechtswidrigen Zugriff des „AMIS-Managements“ auf das Fondsvermögen verhindert hätten, bestünden keine Bedenken gegen die bloße Bezugnahme auf die den Klägern durch diese Investition entstandenen Schäden, weil ja bei pflichtgemäßem Aufsichtsverhalten die Investition zur Gänze unterblieben wäre. Das ergänzte Beweisverfahren habe ergeben, dass die Investitionen sämtlicher Kläger unterblieben wären, wenn die BWA pflichtgemäß gehandelt hätte.

Das Berufungsgericht bestätigt diese Entscheidung, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR (Erstklägerin) bzw 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR (Zweitklägerin und Drittkläger) übersteige, und erklärte die Revision für zulässig. Der Auffassung der Beklagten, die von den Klägern erlittenen Schäden fielen deshalb nicht in den Schutzbereich der aufsichtsrechtlichen Vorschriften, weil der Gesetzgeber mit der Novelle zum FMABG in § 3 Abs 1 klargestellt habe, dass der Bund nach dem AHG nur für solche Schäden hafte, die Rechtsträger, welche der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, also den Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst, unmittelbar zugeführt werden, sei nicht zu folgen. Die genannte Bestimmung wirke zeitlich nicht zurück. Zum vorliegenden Fall habe der Oberste Gerichtshof bereits in seinem Aufhebungsbeschluss klargestellt, dass die Bestimmungen des WAG auch den Individualschutz bezwecken. Das Berufungsgericht schließe sich der Auffassung des Erstgerichts an, dass der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden wäre, wenn die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, also weitere Ermittlungen aufgrund der Ergebnisse der Vor-Ort-Prüfung von Mai 1999 durchgeführt und in weiterer Folge einen entsprechenden Bescheid erlassen hätte. Der Einwendung der Beklagten, das beanstandete Konto, auf dem Kundengelder entgegengenommen wurden, sei geschlossen worden, womit weiterer Handlungsbedarf nicht bestanden hätte, sei schon deshalb nicht zu folgen, weil nach den getroffenen Feststellungen die bloße Löschung dieses einen Kontos allein nicht geeignet gewesen sei, um die Gefahren die aus der Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips entstanden waren, zu beseitigen. Die Aufsichtsbehörde hätte sich gerade nicht mit der Schließung dieses einen von ihr entdeckten Kontos begnügen dürfen, und zwar umso weniger, als ihr in der Folge mit den beiden Schreiben des Rechtsanwalts im Jahr 2001 die einfach zu erkennende Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells vor Augen geführt worden sei. Bei korrekter Vorgehensweise hätte die Behörde geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen müssen. Das Unterlassen solcher Maßnahmen sei als rechtswidrige Unterlassung anzusehen, die auch adäquat den bei den Klägern eingetretenen Schaden verursacht habe. Keineswegs habe das Erstgericht die Veruntreuungsfahr zufolge Verletzung des gesetzlichen Trennungsprinzips zu Unrecht in den Vordergrund gestellt. Auch wenn den österreichischen Aufsichtsbehörden die Prüfung der beiden luxemburgischen Fonds nicht oblegen sei, hätten sie aber im Hinblick auf die Etablierung der beiden Fonds im Ausland bei genauerer Überprüfung zum Ergebnis kommen müssen, dass sich das gesetzwidrige Halten von Kundengeldern allenfalls auch in den beiden ausländischen Fonds fortsetze. Die Unterlassung weiterer aufsichtsrechtlicher Maßnahmen sei für den Schaden kausal gewesen, weil das Bekanntwerden des genannten Bankkontos und der darauf gehaltenen Anlegergelder im Zusammenhang mit den anderen festgestellten Verdachtsmomenten zu einer eingehenden Prüfung hätte führen müssen. Ob es (auch) bei den beiden luxemburger Fonds zu Unregelmäßigkeiten gekommen sei, sei

unerheblich. Es könne auch dahingestellt bleiben, ob die BWA aufgrund ihrer Erkenntnisse anlässlich der genannten Vor-Ort-Prüfung zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustands bzw zur Gefahrenabwehr den vom Erstgericht als geboten erachteten Bescheid hätte erlassen müssen bzw welche Folgen sich an die Erlassung eines solchen Bescheids geknüpft hätten. Jedenfalls stehe fest, dass die von der BWA verfügte und überprüfte Schließung des einen Bankkontos zur Vermeidung der bei den Klägern eingetretenen Schäden nicht ausreiche. Es sei der Beklagten auch nicht zu folgen, wenn sie das Organverhalten deshalb als vertretbar ansehe, weil zu bedenken sei, dass vorschnelle oder überzogene Behördenmaßnahmen erst recht zu einem Schaden führen könnten und die Abwägung des richtigen Organverhaltens im Einzelfall daher oft eine diffizile Gratwanderung darstelle, bei der auf konträre Interessenlagen Bedacht zu nehmen sei. Zutreffend habe das Erstgericht auch bei der in concreto gebotenen ex-ante-Betrachtung Aufsichtspflichtverletzungen durch die Nichtvornahme weiterer Ermittlungshandlungen angenommen und daraus den Schluss gezogen, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die ab Jänner 2000 durch die Malversationen entstandenen Anlegerschäden verhindert worden wären. Auch den eindeutigen Hinweisen in den Schreiben des Rechtsanwalts im Jahr 2001 sei die BWA pflichtwidrig nicht nachgegangen, obwohl darin insbesondere auch auf Unklarheiten bezüglich des Verbleibs von Kundengeldern hingewiesen worden sei. Hätte sie ihrer Aufsichtspflicht Genüge getan, dann hätte sie im Rahmen einer anzuordnenden Sonderprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die systematische Veruntreuung von Kundengeldern aufdecken und die Anlegerschäden ab Anfang 2002 verhindern können. Diese bis zur Einsetzung des Regierungskommissärs (am 31. 8. 2005) andauernde pflichtwidrige Untätigkeit der Aufsichtsbehörde könne entgegen der Auffassung der Beklagten nicht ernstlich damit begründet werden, dass es sich bei der BWA um eine „neue Behörde“ gehandelt habe und sich das Prüfwesen erst „im Aufbau“ befunden habe. Das Berufungsgericht bestätigt diese Entscheidung, sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR (Erstklägerin) bzw 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR (Zweitklägerin und Drittkläger) übersteige, und erklärte die Revision für zulässig. Der Auffassung der Beklagten, die von den Klägern erlittenen Schäden fielen deshalb nicht in den Schutzbereich der aufsichtsrechtlichen Vorschriften, weil der Gesetzgeber mit der Novelle zum FMABG in Paragraph 3, Absatz eins, klargestellt habe, dass der Bund nach dem AHG nur für solche Schäden hafte, die Rechtsträger, welche der Aufsicht nach diesem Bundesgesetz unterliegen, also den Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst, unmittelbar zugeführt werden, sei nicht zu folgen. Die genannte Bestimmung wirke zeitlich nicht zurück. Zum vorliegenden Fall habe der Oberste Gerichtshof bereits in seinem Aufhebungsbeschluss klargestellt, dass die Bestimmungen des WAG auch den Individualschutz bezwecken. Das Berufungsgericht schließe sich der Auffassung des Erstgerichts an, dass der Schaden der Kläger zur Gänze verhindert worden wäre, wenn die BWA die im konkreten Fall gebotenen Maßnahmen gesetzt, also weitere Ermittlungen aufgrund der Ergebnisse der Vor-Ort-Prüfung von Mai 1999 durchgeführt und in weiterer Folge einen entsprechenden Bescheid erlassen hätte. Der Einwendung der Beklagten, das beanstandete Konto, auf dem Kundengelder entgegengenommen wurden, sei geschlossen worden, womit weiterer Handlungsbedarf nicht bestanden hätte, sei schon deshalb nicht zu folgen, weil nach den getroffenen Feststellungen die bloße Löschung dieses einen Kontos allein nicht geeignet gewesen sei, um die Gefahren die aus der Verletzung des gesetzlich normierten Trennungsprinzips entstanden waren, zu beseitigen. Die Aufsichtsbehörde hätte sich gerade nicht mit der Schließung dieses einen von ihr entdeckten Kontos begnügen dürfen, und zwar umso weniger, als ihr in der Folge mit den beiden Schreiben des Rechtsanwalts im Jahr 2001 die einfach zu erkennende Asymmetrie des AMIS-Gebührenmodells vor Augen geführt worden sei. Bei korrekter Vorgehensweise hätte die Behörde geeignete Gegenmaßnahmen ergreifen müssen. Das Unterlassen solcher Maßnahmen sei als rechtswidrige Unterlassung anzusehen, die auch adäquat den bei den Klägern eingetretenen Schaden verursacht habe. Keineswegs habe das Erstgericht die Veruntreungsgefahr zufolge Verletzung des gesetzlichen Trennungsprinzips zu Unrecht in den Vordergrund gestellt. Auch wenn den österreichischen Aufsichtsbehörden die Prüfung der beiden luxemburgischen Fonds nicht oblegen sei, hätten sie aber im Hinblick auf die Etablierung der beiden Fonds im Ausland bei genauerer Überprüfung zum Ergebnis kommen müssen, dass sich das gesetzwidrige Halten von Kundengeldern allenfalls auch in den beiden ausländischen Fonds fortsetze. Die Unterlassung weiterer aufsichtsrechtlicher Maßnahmen sei für den Schaden kausal gewesen, weil das Bekanntwerden des genannten Bankkontos und der darauf gehaltenen Anlegergelder im Zusammenhang mit den anderen festgestellten Verdachtsmomenten zu einer eingehenden Prüfung hätte führen müssen. Ob es (auch) bei den beiden luxemburger Fonds zu Unregelmäßigkeiten gekommen sei, sei unerheblich. Es könne auch dahingestellt bleiben, ob die BWA aufgrund ihrer Erkenntnisse anlässlich der genannten Vor-Ort-Prüfung zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustands bzw zur Gefahrenabwehr den vom Erstgericht als geboten erachteten Bescheid hätte erlassen

müssen bzw welche Folgen sich an die Erlassung eines solchen Bescheids geknüpft hätten. Jedenfalls stehe fest, dass die von der BWA verfügte und überprüfte Schließung des einen Bankkontos zur Vermeidung der bei den Klägern eingetretenen Schäden nicht ausreiche. Es sei der Beklagten auch nicht zu folgen, wenn sie das Organverhalten deshalb als vertretbar ansehe, weil zu bedenken sei, dass vorschnelle oder überzogene Behördenmaßnahmen erst recht zu einem Schaden führen könnten und die Abwägung des richtigen Organverhaltens im Einzelfall daher oft eine diffizile Gratwanderung darstelle, bei der auf konträre Interessenlagen Bedacht zu nehmen sei. Zutreffend habe das Erstgericht auch bei der in concreto gebotenen ex-ante-Betrachtung Aufsichtspflichtverletzungen durch die Nichtvornahme weiterer Ermittlungshandlungen angenommen und daraus den Schluss gezogen, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die ab Jänner 2000 durch die Malversationen entstandenen Anlegerschäden verhindert worden wären. Auch den eindeutigen Hinweisen in den Schreiben des Rechtsanwalts im Jahr 2001 sei die BWA pflichtwidrig nicht nachgegangen, obwohl darin insbesondere auch auf Unklarheiten bezüglich des Verbleibs von Kundengeldern hingewiesen worden sei. Hätte sie ihrer Aufsichtspflicht Genüge getan, dann hätte sie im Rahmen einer anzuordnenden Sonderprüfung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die systematische Veruntreuung von Kundengeldern aufdecken und die Anlegerschäden ab Anfang 2002 verhindern können. Diese bis zur Einsetzung des Regierungskommissärs (am 31. 8. 2005) andauernde pflichtwidrige Untätigkeit der Aufsichtsbehörde könne entgegen der Auffassung der Beklagten nicht ernstlich damit begründet werden, dass es sich bei der BWA um eine „neue Behörde“ gehandelt habe und sich das Prüfwesen erst „im Aufbau“ befunden habe.

Das Revisionsverfahren:

Rechtliche Beurteilung

Die dagegen erhobene Revision der Beklagten ist zulässig, aber nur im geringen Umfang berechtigt.

Zutreffend haben die Vorinstanzen die Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 FMABG idFd Novelle BGBl I 2008/136 auf vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte verneint. Diese Novelle ordnet keine Rückwirkung der Bestimmung an, mit der der Kreis der amtshaftungsrechtlich geschützten Personen beschränkt bzw erstmals explizit festgelegt wurde. Insbesondere angesichts des Umstands, dass die zur Zeit der zu prüfenden Aufsichtsfehler geltenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich auch eine Bedachtnahme auf die Interessen der Anleger anordneten (§ 24 Abs 1 WAG), besteht für den erkennenden Senat kein Zweifel daran, dass die gesetzlich vorgesehene Aufsicht nicht nur den Schutz der beaufsichtigten Unternehmen, sondern sehr wohl auch den Schutz der Anleger im Auge hatte, womit auch diese durch pflichtwidriges Aufsichtsverhalten verursachte Schäden aus dem Titel der Amtshaftung ersetzt verlangen können (RIS-Justiz RS0124469). Damit erübrigt es sich auch, auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung einzugehen. Zutreffend haben die Vorinstanzen die Anwendbarkeit des Paragraph 3, Absatz eins, FMABG idFd Novelle BGBl I 2008/136 auf vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte verneint. Diese Novelle ordnet keine Rückwirkung der Bestimmung an, mit der der Kreis der amtshaftungsrechtlich geschützten Personen beschränkt bzw erstmals explizit festgelegt wurde. Insbesondere angesichts des Umstands, dass die zur Zeit der zu prüfenden Aufsichtsfehler geltenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich auch eine Bedachtnahme auf die Interessen der Anleger anordneten (Paragraph 24, Absatz eins, WAG), besteht für den erkennenden Senat kein Zweifel daran, dass die gesetzlich vorgesehene Aufsicht nicht nur den Schutz der beaufsichtigten Unternehmen, sondern sehr wohl auch den Schutz der Anleger im Auge hatte, womit auch diese durch pflichtwidriges Aufsichtsverhalten verursachte Schäden aus dem Titel der Amtshaftung ersetzt verlangen können (RIS-Justiz RS0124469). Damit erübrigt es sich auch, auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung einzugehen.

Ebenso unberechtigt ist der Verweis der Beklagten auf die Judikatur zum Vorrang der Naturalrestitution bei Anlegerschäden, weshalb die Klärung einer uneinheitlichen Rechtsprechung durch das Höchstgericht erforderlich sei. Dabei übersieht die Beklagte, dass Schadenersatz nach § 1 Abs 1 Satz 2 AHG ausschließlich in Geld zu leisten ist, womit sich die Frage einer Schadensbehebung in natura naturgemäß nicht stellt. Ebenso unberechtigt ist der Verweis der Beklagten auf die Judikatur zum Vorrang der Naturalrestitution bei Anlegerschäden, weshalb die Klärung einer uneinheitlichen Rechtsprechung durch das Höchstgericht erforderlich sei. Dabei übersieht die Beklagte, dass Schadenersatz nach Paragraph eins, Absatz eins, Satz 2 AHG ausschließlich in Geld zu leisten ist, womit sich die Frage einer Schadensbehebung in natura naturgemäß nicht stellt.

Richtig ist, dass die Vorinstanzen teilweise rechtliche Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der Tatsachenfeststellungen wiedergegeben haben. Dies ist allerdings insoweit unschädlich, als ohne Weiteres erkennbar

ist, welche Ausführungen nun dem Tatsachen- und welche dem Rechtsbereich angehören. Im Übrigen waren Überlegungen zum hypothetischen Kausalverlauf, insbesondere zur Frage, zu welchem Zeitpunkt die Geschäftstätigkeit der AMIS-Gesellschaften bei pflichtgemäßem Aufsichtsverhalten geendet hätte, nur unter Berücksichtigung des rechtlichen Hintergrundes und der danach denkbaren Aufsichtsmaßnahmen möglich. Bei der einleitenden Wiedergabe der erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen wurde bereits darauf geachtet, dass sich dort nur die unbedingt notwendigen Rechtsausführungen finden. Die Frage, welche Aufsichtsmaßnahmen in concreto möglich und geboten gewesen wären, ist im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge zu erörtern.

Im Ergebnis schließt sich der erkennende Senat der Auffassung des Berufungsgerichts insoweit an, als die Aufsichtsbehörde aufgrund verschiedener zu Tage getretener Umstände zu intensiveren Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet gewesen wäre, die mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu geführt hätten, dass die AMIS-Gesellschaften spätestens ab Anfang 2002 nicht mehr in der Lage gewesen wären, Gelder von Anlegern unter Weiterbestehen konkreter Möglichkeiten der pflichtwidrigen Verwendung entgegenzunehmen bzw bereits für Kunden angelegte Gelder an sich zu bringen. Überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht für die Annahme eines entsprechenden Kausalverlaufs aus, weil hypothetische Geschehnisabläufe nie mit letzter Sicherheit zu klären sind, insbesondere wenn es um die Folgen pflichtwidriger Unterlassungen geht (vgl dazu nur RIS-Justiz RS0022900). Im Ergebnis schließt sich der erkennende Senat der Auffassung des Berufungsgerichts insoweit an, als die Aufsichtsbehörde aufgrund verschiedener zu Tage getretener Umstände zu intensiveren Aufsichtsmaßnahmen verpflichtet gewesen wäre, die mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu geführt hätten, dass die AMIS-Gesellschaften spätestens ab Anfang 2002 nicht mehr in der Lage gewesen wären, Gelder von Anlegern unter Weiterbestehen konkreter Möglichkeiten der pflichtwidrigen Verwendung entgegenzunehmen bzw bereits für Kunden angelegte Gelder an sich zu bringen. Überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht für die Annahme eines entsprechenden Kausalverlaufs aus, weil hypothetische Geschehnisabläufe nie mit letzter Sicherheit zu klären sind, insbesondere wenn es um die Folgen pflichtwidriger Unterlassungen geht (vergleiche dazu nur RIS-Justiz RS0022900).

Soweit sich die Revisionswerberin wiederholt darauf beruft, die einschlägigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften würden bestimmte Maßnahmen nicht ausdrücklich anordnen, weshalb den Organen der Aufsichtsbehörde nicht der Vorwurf gemacht werden könne, solche unterlassen zu haben, ist sie darauf hinzuweisen, dass sich die Aufsichtsbehörden bei entsprechenden Verdachtsmomenten keinesfalls auf ein bestimmtes standardisiertes Vorgehen beschränken dürfen, sondern diesen im (durchaus weiten) Rahmen ihrer Befugnisse nachzugehen haben. Massive Bedenken können regelmäßig auch nicht durch bloße gegenteilige Erklärungen von Organen des beaufsichtigten Unternehmens oder deren Beteuerung, in Zukunft anders vorzugehen, zerstreut werden. Vielmehr sind alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um die Richtigkeit der Behauptungen zu überprüfen, wobei insbesondere die Einsichtnahme in Unterlagen bzw der Auftrag, solche vorzulegen, in Betracht kommt. Von solchen zweckdienlichen Maßnahmen haben die Organe der Aufsichtsbehörde im vorliegenden Fall trotz zahlreicher und teilweise massiver Verdachtsmomente, die eine gesetzmäßige Geschäftsführung in Frage gestellt haben, Abstand genommen. Obwohl bereits im Konzessionsverfahren die fehlende fachliche Qualifikation des als Geschäftsleiter vorgesehenen Mag. B***** aufgefallen war, wurde ohne nähere Überprüfung eine andere Person als Geschäftsleiter akzeptiert, die allerdings gar nicht vor hatte, tatsächlich die Geschäfte zu führen, sondern nur vorgeschoben worden war, wobei die Geschäfte tatsächlich überwiegend von Mag. B***** (als Gesamtprokurist) und L***** geführt wurden. Eine unmittelbare Kontaktaufnahme mit dem Geschäftsleiter ist unterblieben, hätte aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu Tage gebracht, dass dieser wegen seiner hauptberuflichen Tätigkeit im eigenen Unternehmen in Tirol gar nicht in der Lage gewesen wäre, die Geschäfte von AMIS in Wien zu leiten.

Nachdem bereits im Konzessionsverfahren Bedenken gegenüber der Gesellschaft bzw deren Eigentümern entstanden waren, wurden bei einer Vollprüfung im Mai 1999 verschiedene Fragen von den Vertretern der Gesellschaft nicht vollständig beantwortet und mehrere Unzukömmlichkeiten festgestellt. Insbesondere stellte sich heraus, dass ein Konto der AMV bestand, auf das nach den Angaben von Mag. B***** die Einzahlungen aller Kunden geleistet wurden, und dieses Konto von der AMV treuhändig gehalten werde. Auf den Hinweis, dass es sich um ein für ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen unzulässiges Bankgeschäft handle, erklärte L*****, dass die betreffende Bank diese Vorgangsweise als zulässig angesehen habe, in Zukunft aber ohnehin eine eigene Zahlungsstelle für den Dachfonds eingerichtet würde. Obwohl im Prüfbericht an erster Stelle beanstandet wurde, dass die AMV insoweit

unzulässige Bankgeschäfte betreibe, wurde die Gesellschaft vorerst nur aufgefordert, bis Ende September 1999 über die getroffenen Maßnahmen zu berichten. Die Aufsichtsbehörde setzte aber keine weiteren nachdrücklichen Schritte, obwohl bei einer weiteren Prüfung im Februar 2000 festgestellt wurde, dass das betreffende Konto für die Kundeneinzahlungen weiter bestand und Mag. B***** auch noch im April 2000 mitteilte, dass dieses Konto voraussichtlich noch ein bis zwei Monate weiter bestehen werde. Nachdem noch im August 2000 festgestellt wurde, dass es das „Treuhandkonto“ nach wie vor gab, wurde der Gesellschaft eine neuerliche Frist bis 30. 9. 2000 zur „Löschung“ des Kontos eingeräumt. Es wurde weder nachgefragt, was mit dem Guthaben auf diesem Konto passiert war, noch auf welche Weise nunmehr Kundengelder entgegengenommen und zum Zwecke der beauftragten Investitionen weitergeleitet werden. Es wäre jedenfalls angezeigt gewesen, sich von den Organen der Gesellschaft - anhand einer repräsentativen Zahl von Geschäftsfällen - darlegen und nachweisen zu lassen, auf welche Weise der Geldfluss tatsächlich vor sich geht und inwieweit gewährleistet ist, dass ausschließlich die jeweiligen Anleger Zugriff auf die erworbenen Vermögenswerte haben. Warum die Organe der Aufsichtsbehörde der Ansicht hätten sein können, derartige Maßnahmen unterlassen zu können, vermag die Revisionswerberin nicht nachvollziehbar darzulegen. Entgegen ihren Revisionsausführungen geht es dabei ausschließlich um die Prüfung der Geschäftsgebarung der ihrer Aufsicht unterliegenden österreichischen Unternehmen, nicht aber etwa um Aufsichtsmaßnahmen hinsichtlich der luxemburgischen Fondsgesellschaften. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen ist bei der Prüfung im Februar 2000 weiters offenbar geworden, dass die AMV aufgrund der personellen Verflechtung nicht nur auf der Ebene der Fondsverwaltung, sondern auch auf der gesellschaftsrechtlichen Ebene der SICAV maßgeblich war, insbesondere, dass die AMV (bzw deren Vertreter) hinsichtlich der einzelnen Anleger jeden einzelnen Schritt des gesamten Investitionsprozesses beherrschte.

Aus welchen Erwägungen die Organe der Aufsichtsbehörde keinen Anlass zu intensiveren Nachforschungen sahen, obwohl zahlreiche (zum Teil lang dauernde) Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften festgestellt worden waren und zudem erkennbar war, dass die gesamte Konstruktion den führenden Mitarbeitern der Gesellschaft die Möglichkeit eröffnen konnte, auf das Vermögen der Kunden zuzugreifen, ist schon schwer nachvollziehbar. Dringendsten Handlungsbedarf hätten aber spätestens die Schreiben des Rechtsanwalts vom Juni und Oktober 2001 auslösen müssen, in denen nicht nur die Frage nach der Zugriffsmöglichkeit auf die Kundendepots, die für die einzelnen Kunden nicht gesondert geführt würden, gestellt wurde, sondern auch aufgezeigt wurde, dass AMIS bzw AMV ihren Vermittlern Provisionen zahle, die offensichtlich aus den vereinnahmten Entgelten nicht aufgebracht werden können. Dies war auch richtig, wurde doch festgestellt, dass AMIS jedenfalls in den ersten zehn Jahren keinen Gewinn hätte erzielen können, wenn die an die Vertriebspartner entrichteten Provisionen aus den dargestellten, von den Anlegern lukrierten Einnahmen zu zahlen gewesen wären. Unverständlicherweise stellten die Organe der Aufsichtsbehörde Überlegungen über die von der Finanzierung des Geschäftsbetriebs (insbesondere der Provisionen) erzielten Einnahmen nicht an, sondern reagierten vorerst auf die vom Rechtsanwalt in seinen beiden Briefen drastisch formulierten Bedenkllichkeiten nicht und vertraten bei einer im ersten Halbjahr 2002 durchgeführten Prüfung lediglich die Auffassung, die Höhe der ausgezahlten Provisionen sei marktüblich und „plausibel“. Der Anregung des Rechtsanwalts, die Gesellschaft einfach zu fragen, ob jeder einzelne Kunde ein ihm zurechenbares Konto bei einer Bank besitzt oder nicht, wurde nicht aufgegriffen. Auch dem nach der Bestellung eines Treuhänders (Nominee) aufgrund der personellen Verflechtungen weiter bestehenden Risiko eines Zugriffs auf Kundengelder wurde nicht nachgegangen, obwohl zudem festgestellt wurde, dass die Anlegergelder ausschließlich in „AMIS-Produkte“ veranlagt wurden. Die Mitarbeiter der BWA prüften nicht, ob das Unternehmen damit Zugang zu Kundengeldern hatte. Vielmehr war es die damalige und mit dem Bundesministerium für Finanzen abgestimmte Devise, dass man sich bis zum Beweis des Gegenteils bzw bis zum Vorliegen gegenteiliger Indizien auf die Angaben des Unternehmens verlassen müsse. Eine derartige Devise ist schon an sich problematisch, wenn bei einem beaufsichtigtem Unternehmen immer wieder verschiedene Bedenkllichkeiten festgestellt werden, keinesfalls aber kann es als gesetzeskonformes Aufsichtsverhalten angesehen werden, sich grundsätzlich auf Behauptungen des beaufsichtigten Unternehmens zu verlassen und sich erst bei Vorliegen konkreter „gegenteiliger Indizien“ naheliegende Gedanken über die Gefährdung von Anlegervermögen zu machen.

Insbesondere hätte selbstverständlich auch mit der Möglichkeit gerechnet werden müssen, dass neben dem aufgefundenen Bankkonto noch weitere Konten existieren - was ja tatsächlich der Fall war -, auf denen Kundengelder entgegengenommen werden. Zutreffend sind die Vorinstanzen in diesem Zusammenhang auch davon ausgegangen, dass damit die Gesellschaft unzulässigerweise Kundengelder gehalten hat und jedenfalls insoweit Schuldnerin der Anleger geworden ist, als sie verpflichtet war, die in ihre Verfügungsmacht gelangten Gelder vertragsgemäß zu

verwenden (bzw gegebenenfalls zurückzuzahlen). Entsprechendes gilt für die im eigenen Namen veranlagten Gelder in den Fonds. Auch insoweit wurde die Gesellschaft Schuldnerin ihrer Kunden, als ihnen ja keine eigenen Ansprüche gegenüber der Depotbank bzw der Fondsgesellschaft zukamen - diesen waren ja die einzelnen Kunden gar nicht bekannt -, sondern den Anlegern nur das Recht zukam, von AMIS im Falle eines Verkaufs von Wertpapieren die Herausgabe des erzielten Erlöses zu verlangen. Erst mit der Einschaltung eines Treuhänders (nach den Feststellungen des Strafgerichts ab Jänner 2002), der die Interessen der Anleger zu wahren hatte, wurde das unmittelbare Halten von Vermögenswerten von Kunden durch AMIS - jedenfalls für jene Anleger, die nach diesem Zeitpunkt investiert hatten - formell beendet. Inhaltlich verringerte sich aber das durch die einschlägigen Gesetzesvorschriften bedachte Risiko nicht, da der Treuhänder mit den Verantwortlichen von AMIS personell verflochten war, was für die Aufsichtsbehörde nach den getroffenen Feststellungen auch erkennbar war. Dieser Frage trotz der Häufung von problematischen Umständen nicht nachgegangen zu sein und entsprechende Konsequenzen für den Geschäftsbetrieb gezogen zu haben, ist den Aufsichtsorganen als rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen. Dass dabei in vertretbarer Gesetzesauslegung vorgegangen worden wäre, vermag die Revisionswerberin nicht darzulegen. Sie gesteht sogar zu, dass die unzulässigen Entnahmen ohne tatsächlichen Auftrag der wirtschaftlich Berechtigten durch die zulässige Zwischenschaltung eines „Nominee“ erleichtert wurden. Entgegen ihrer Auffassung geht es allerdings nicht darum, dass von den Aufsichtsbehörden verlangt würde, sie hätte die Veranlagung in solche Produkte, insbesondere im Rahmen der individuellen Portfolioverwaltung, verbieten sollen. Vielmehr lautet der Vorwurf, dass es die Aufsichtsorgane unterlassen haben, den zahlreichen Bedenken und Fragwürdigkeiten nachzugehen, zu denen ua auch die Einschaltung eines Treuhänders für die Anleger gehörte, der mit dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, bei dem fragwürdige Geschäftspraktiken zu Tage getreten sind, personell verflochten war.

Die Rechtsauffassung der Revisionswerberin, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen würde nur dann Schuldner seiner Kunden im Sinne des § 1 Abs 1 Z 19 BWG, wenn es deren Gelder oder Finanzinstrumente mit seinem eigenen Vermögen vermischt, ist unrichtig und wird auch nicht nachvollziehbar begründet. Das betreffende Verbot (§ 20 Abs 1 Z 4 WAG) zielt darauf ab, dem Unternehmen jeglichen Zugriff auf Vermögenswerte der Anleger zu verwehren, wobei nicht ersichtlich ist, warum es auf die Vermischung mit eigenem Vermögen ankommen sollte. Wenn die Revisionswerberin weiters das Halten von Kundengeldern auf separaten (Treuhand-)Konten im Rahmen der individuellen Portfolioverwaltung für zulässig erachtet, ist damit für den vorliegenden Fall nichts gewonnen, war doch Gegenstand der mit den Klägern abgeschlossenen Verträge nicht eine individuelle Vermögensverwaltung durch AMIS, sondern wurden von vornherein ganz bestimmte Fonds ausgewählt, an denen mit den Kundengeldern Beteiligungen erworben werden sollten. Besondere Verwaltungshandlungen waren somit nicht erforderlich, vielmehr beschränkte sich die Aufgabe von AMIS darauf, den Kunden die entsprechenden Wertanlagen - über eine Depotbank - zu verschaffen. Ohne Bankkonzession dürfen auch im Rahmen der „diskretionären Vermögensverwaltung“ Vertretungshandlungen nur innerhalb des Kundenportfolios vorgenommen, niemals aber auf dieses zugegriffen werden (vgl nur Frölichsthal/Hausmaninger/ Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, § 19 Rz 4 u Rz 7). Dass später ein Treuhänder eingeschaltet wurde, der gegenüber der Depotbank als nach außen Berechtigter auftrat, betrifft im Übrigen nur spätere Geschäftsfälle und ändert nichts daran, dass nach dem ursprünglich durchgeführten Geschäftsmodell AMIS die Kundengelder selbst entgegennahm und diese zum Erwerb von Fondsanteilen im eigenen Namen verwendete, die dann auch für AMIS von der Depotbank erhalten wurden und ausschließlich über deren Weisung verkauft wurden. Die Rechtsauffassung der Revisionswerberin, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen würde nur dann Schuldner seiner Kunden im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG, wenn es deren Gelder oder Finanzinstrumente mit seinem eigenen Vermögen vermischt, ist unrichtig und wird auch nicht nachvollziehbar begründet. Das betreffende Verbot (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 4, WAG) zielt darauf ab, dem Unternehmen jeglichen Zugriff auf Vermögenswerte der Anleger zu verwehren, wobei nicht ersichtlich ist, warum es auf die Vermischung mit eigenem Vermögen ankommen sollte. Wenn die Revisionswerberin weiters das Halten von Kundengeldern auf separaten (Treuhand-)Konten im Rahmen der individuellen Portfolioverwaltung für zulässig erachtet, ist damit für den vorliegenden Fall nichts gewonnen, war doch Gegenstand der mit den Klägern abgeschlossenen Verträge nicht eine individuelle Vermögensverwaltung durch AMIS, sondern wurden von vornherein ganz bestimmte Fonds ausgewählt, an denen mit den Kundengeldern Beteiligungen erworben werden sollten. Besondere Verwaltungshandlungen waren somit nicht erforderlich, vielmehr beschränkte sich die Aufgabe von AMIS darauf, den Kunden die entsprechenden Wertanlagen - über eine Depotbank - zu

verschaffen. Ohne Bankkonzession dürfen auch im Rahmen der „diskretionären Vermögensverwaltung“ Vertretungshandlungen nur innerhalb des Kundenportfolios vorgenommen, niemals aber auf dieses zugegriffen werden (vergleiche nur Frölichsthal/Hausmaninger/ Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, Paragraph 19, Rz 4 u Rz 7). Dass später ein Treuhänder eingeschaltet wurde, der gegenüber der Depotbank als nach außen Berechtigter auftrat, betrifft im Übrigen nur spätere Geschäftsfälle und ändert nichts daran, dass nach dem ursprünglich durchgeführten Geschäftsmodell AMIS die Kundengelder selbst entgegennahm und diese zum Erwerb von Fondsanteilen im eigenen Namen verwendete, die dann auch für AMIS von der Depotbank erhalten wurden und ausschließlich über deren Weisung verkauft wurden.

Insgesamt bestanden für die Organe der Aufsichtsbehörde spätestens nach den Schreiben des Rechtsanwalts im Juni und Oktober 2001 sehr starke Anhaltspunkte dafür, dass die Verantwortlichen von AMIS (Mag. B*****, L*****) nicht nur wiederholt und über einen längeren Zeitraum massiv gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen haben, die den Schutz der Anleger bezweckten, sondern auch dafür, dass die reale Möglichkeit des Zugriffs auf Anlegergelder bestand bzw zur Finanzierung des gesamten „Geschäftsmodells“ sogar notwendig war. Dass ausreichend intensive und zielgerichtete Maßnahmen letztlich zum Aufdecken der Malversationen und zur Einstellung des Geschäftsbetriebs geführt hätten, bestreitet die Revisionswerberin selbst nicht. Sie legt auch in keiner Weise dar, dass die gebotenen, jedoch unterlassenen, Maßnahmen entgegen der Auffassungen der Vorinstanzen nicht geeignet gewesen wären, ein Entgegennehmen von Geldern der Kunden - und damit auch der Kläger - ab Anfang 2002 zu verhindern.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen vermag sich der erkennende Senat aber der Rechtsansicht der Kläger nicht anzuschließen, dass die Aufsichtsbehörde bereits zu einem erheblich früheren Zeitpunkt gehalten gewesen wäre, einschneidende Aufsichtsmaßnahmen zu setzen, die dazu geführt hätten, dass sämtliche Investitionen der Kläger zur Gänze unterblieben wären. Auch wenn in verschiedener Hinsicht Anlass dafür bestanden hat, auf die Aufklärung fragwürdiger Umstände hinzuwirken, kann doch nicht mit ausreichender Sicherheit angenommen werden, dass es dabei gelungen wäre, schon zu einem deutlich früheren Zeitpunkt das betrügerische Geschäftsmodell der (später strafrechtlich verurteilten) Verantwortlichen aufzudecken. Zutreffend weist die Revisionswerberin in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass das zögerliche Vorgehen in Bezug auf das aufgefundene Konto, auf dem Kundengelder entgegengenommen wurden, nicht nachweisbar zur Schädigung der Anleger beigetragen hat, steht doch fest, dass auch bei unverzüglicher bzw zumindest früherer Kontoschließung noch andere Bankkonten zur Verfügung standen, deren Existenz nicht notwendigerweise aufgedeckt worden wäre.

Nachforschungen „im grenzüberschreitenden Bereich“, für die die Rechtsgrundlage fehle, wären entgegen der Auffassung der Revisionswerberin für ein zielgerichtetes Aufsichtsverhalten nicht erforderlich gewesen. Vielmehr wäre von der Aufsichtsbehörde zu verlangen gewesen, unmittelbar bei dem beaufsichtigten Unternehmen entsprechende Informationen, Unterlagen und sonstige Nachweise einzufordern, die geeignet sein könnten, den Verdacht eines planmäßig pflichtwidrigen Verhaltens zu entkräften. Wäre eine Auskunftserteilung verweigert worden oder wären die Auskünfte unzureichend gewesen, hätten letztlich Maßnahmen gesetzt werden müssen, die eine weitere Geschäftstätigkeit im bisher gepflogenen Sinn unmöglich gemacht hätten. Dass die Verantwortlichen von AMIS wahrheitsgemäß geantwortet hätten oder aufgrund der Aufsichtsmaßnahmen ihre Geschäftstätigkeit künftig in gesetzeskonformer und pflichtgemäßer Weise durchgeführt hätten, ist angesichts des von vornherein auf betrügerisches Herauslocken von Anlegervermögen gerichteten „Geschäftsmodells“ geradezu ausgeschlossen und wird auch von der Beklagten gar nicht behauptet. Bei lebensnaher Betrachtung ist am ehesten anzunehmen, dass sich AMIS einer weiteren „Hinhaltetaktik“ bedient hätte, die die Aufsichtsbehörde aber nicht mehr tolerieren hätte dürfen. Bei einer (höchst unwahrscheinlichen) Offenlegung der geschäftlichen Daten wäre - wie dies tatsächlich dann erst später der Fall war - offensichtlich geworden, dass erheblich weniger an Kundenvermögen in den Fonds vorhanden ist, als dies die von AMIS erstellten Depotauszüge ausweisen. In jedem Fall hätte die Aufsichtsbehörde aber Maßnahmen (vgl § 24 Abs 3 WAG in der damals geltenden Fassung iVm § 70 Abs 4 Z 1 bis 3 BWG) zu setzen gehabt, die im Ergebnis zu einer Beendigung des Geschäftsbetriebs bzw einer Ausschaltung der bisherigen Geschäftsleiter und sonstigen Verantwortlichen von der Geschäftsführung geführt hätten. Dann wären weitere kriminelle Entnahmen aus dem Kundenvermögen ebenso ausgeschlossen gewesen wie Neuveranlagungen mit dem Risiko eines derartigen Kapitalabflusses. Nachforschungen „im grenzüberschreitenden Bereich“, für die die Rechtsgrundlage fehle, wären entgegen der Auffassung der Revisionswerberin für ein zielgerichtetes Aufsichtsverhalten nicht erforderlich gewesen. Vielmehr wäre von der Aufsichtsbehörde zu verlangen gewesen, unmittelbar bei dem beaufsichtigten Unternehmen

entsprechende Informationen, Unterlagen und sonstige Nachweise einzufordern, die geeignet sein könnten, den Verdacht eines planmäßig pflichtwidrigen Verhaltens zu entkräften. Wäre eine Auskunftserteilung verweigert worden oder wären die Auskünfte unzureichend gewesen, hätten letztlich Maßnahmen gesetzt werden müssen, die eine weitere Geschäftstätigkeit im bisher gepflogenen Sinn unmöglich gemacht hätten. Dass die Verantwortlichen von AMIS wahrheitsgemäß geantwortet hätten oder aufgrund der Aufsichtsmaßnahmen ihre Geschäftstätigkeit künftig in gesetzeskonformer und pflichtgemäßer Weise durchgeführt hätten, ist angesichts des von vornherein auf betrügerisches Herauslocken von Anlegervermögen gerichteten „Geschäftsmodells“ geradezu ausgeschlossen und wird auch von der Beklagten gar nicht behauptet. Bei lebensnaher Betrachtung ist am ehesten anzunehmen, dass sich AMIS einer weiteren „Hinhaltetaktik“ bedient hätte, die die Aufsichtsbehörde aber nicht mehr tolerieren hätte dürfen. Bei einer (höchst unwahrscheinlichen) Offenlegung der geschäftlichen Daten wäre - wie dies tatsächlich dann erst später der Fall war - offensichtlich geworden, dass erheblich weniger an Kundenvermögen in den Fonds vorhanden ist, als dies die von AMIS erstellten Depotauszüge ausweisen. In jedem Fall hätte die Aufsichtsbehörde aber Maßnahmen vergleiche Paragraph 24, Absatz 3, WAG in der damals geltenden Fassung in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BWG) zu setzen gehabt, die im Ergebnis zu einer Beendigung des Geschäftsbetriebs bzw einer Ausschaltung der bisherigen Geschäftsleiter und sonstigen Verantwortlichen von der Geschäftsführung geführt hätten. Dann wären weitere kriminelle Entnahmen aus dem Kundenvermögen ebenso ausgeschlossen gewesen wie Neuveranlagungen mit dem Risiko eines derartigen Kapitalabflusses.

Unverständlich sind schließlich die Revisionsausführungen, mit denen dem Berufungsgericht vorgeworfen wird, die Begriffe „Depotbank“, die das Fondsvermögen verwahrt, und „depotführende Bank“, bei der der Anleger sein Kundendepot hat (Drittbank), verwechselt zu haben. Welche Depotbank das Fondsvermögen „verwahrt“, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Es geht ausschließlich um jene Bank, die die Fondsanteile der Anleger in ihrem Depot hat. Dies war feststelltermaßen die IBL, die das Anlagekapital allerdings nicht von den einzelnen Kunden sondern von AMIS entgegennahm und die erworbenen Fondsanteile auch für diese verwahrte und nur AMIS (und später einem Treuhänder mit Sitz auf den Cayman Islands, der von AMIS beherrscht wurde) Verfügungen darüber gestattete. Dass dies nicht den gesetzlichen Vorgaben für österreichische Wertpapierdienstleistungsunternehmen, die in Österreich von österreichischen Anlegern Gelder zum Erwerb von (hier: Luxemburger) Fondsanteilen entgegennehmen, entspricht, wurde bereits dargelegt. All dies hat nichts damit zu tun, welche (allenfalls ausländische) Bank das Fondsvermögen verwahrt und ob diese unter der Aufsicht einer ausländischen Aufsichtsbehörde steht.

Letztlich irrt die Revisionswerberin auch, wenn sie die Auffassung vertritt, die Kläger hätten der Aufsichtsbehörde vorgeworfen, dass ihre Unterlassungen „die Konkurse als schadensauslösendes Ereignis und damit die geltend gemachten Schäden verursacht haben sollen“. Von einem solchen Vorwurf kann in Wahrheit keine Rede sein. Vielmehr sind sowohl die Kläger als auch die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass der Aufsichtsbehörde der Vorwurf zu machen ist, nicht durch entsprechendes Aufsichtsverhalten verhindert zu haben, dass das von den Klägern investierte Vermögen - zumindest teilweise - verloren geht. Dieser Schaden steht aber in keinem Zusammenhang mit der Konkurseröffnung, zumal er bereits vorher eingetreten ist.

Ist nun davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörde gehalten gewesen wäre, auf die immer massiver werdenden Verdachtsmomente in einer Weise zu reagieren, die dazu geführt hätte, dass die Verantwortlichen von AMIS ab 1. 1. 2002 nicht mehr in der Lage gewesen wären, die Geschäftstätigkeit zu beeinflussen bzw ihre betrügerischen Machenschaften fortzusetzen, muss das Begehren der Zweitklägerin und des Drittklägers insoweit abgewiesen werden, als es sich auch auf einen davor liegenden Schädigungszeitraum bezieht. Im Übrigen sind die Urteile der Vorinstanzen zu bestätigen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 50 Abs 1, § 41 Abs 1 bzw § 43 Abs 2 ZPO; die geringfügige Teilabweisung fällt insgesamt nicht ins Gewicht, sodass auch der Zweitklägerin und dem Drittkläger voller Kostenersatz gebührt und die Kostenaussprüche der Vorinstanzen aufrecht bleiben. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 50, Absatz eins,, Paragraph 41, Absatz eins, bzw Paragraph 43, Absatz 2, ZPO; die geringfügige Teilabweisung fällt insgesamt nicht ins Gewicht, sodass auch der Zweitklägerin und dem Drittkläger voller Kostenersatz gebührt und die Kostenaussprüche der Vorinstanzen aufrecht bleiben.

Textnummer

E101472

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0010OB00186.11A.0622.000

Im RIS seit

07.08.2012

Zuletzt aktualisiert am

06.08.2013

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at