

TE Vwgh Erkenntnis 2006/2/22 2005/17/0195

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.02.2006

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
21/06 Wertpapierrecht;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

ABGB §1002;
BWG 1993 §1 Abs1 Z1;
BWG 1993 §1 Abs1 Z19 litb;
BWG 1993 §1 Abs1 Z19;
BWG 1993 §1 Abs1 Z5;
BWG 1993 §1;
BWG 1993 §2 Z34;
BWG 1993 §4;
DepG §3 Abs1;
VStG §31 Abs1;
VStG §32 Abs2;
VStG §44a Z1;
VStG §45 Abs1 Z1;
VStG §5 Abs2;
VwRallg;
WAG 1997 §19;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2005/17/0196

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Schiffkorn, über die Beschwerde der Finanzmarktaufsichtsbehörde gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien jeweils vom 13. Juli 2005, 1. Zl. UVS-06/7/9890/2004/12 (hg. Verfahren Zl. 2005/17/0195) und 2. Zl. UVS-06/7/9891/2004/4 (hg.

Verfahren Zl. 2005/17/0196), jeweils betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes (mitbeteiligte Parteien: zu 1. FK und zu 2. RK, beide in Wien, beide vertreten durch Dr. Wilhelm Schuster, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Universitätsstraße 11), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Ein Aufwandsatz findet nicht statt.

Begründung

Die mitbeteiligten Parteien waren Vorstandsmitglieder der C AG, die bis zum 18. Mai 2004 ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) und im Rahmen der erteilten Konzession zur gewerblichen Erbringung von Finanzdienstleistungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a bis c des Bankwesengesetzes (BWG), BGBl. Nr. 532/1993, berechtigt war.

Mit zwei gesonderten Straferkenntnissen der FMA vom 9. November 2004 wurde den Mitbeteiligten jeweils zur Last gelegt, als Vorstandsmitglieder der C AG gemäß § 9 Abs. 1 VStG verantworten zu müssen, dass die C AG von näher genannten Zeitpunkten - beginnend mit dem 7. Dezember 1999 - an, jeweils zumindest bis 1. Juli 2002, ohne die hierfür erforderliche Konzession gemäß § 4 Abs. 1 BWG, laufend fremde Gelder zur Verwaltung entgegen genommen habe, indem sie im Rahmen dreier verschiedener Fondssparprogramme Inhaber verschiedener Verrechnungskonten gewesen sei, wobei sämtliche Konten als Treuhandkonten eröffnet worden seien und ausschließlich die Vorstandsmitglieder der C AG sowie ein vom Vorstand hiezu bevollmächtigter Wirtschaftsprüfer Verfügungsberechtigt gewesen sei. Auf diese Treuhandkonten hätten die Anleger je nach Fondssparprogramm laufend ihre Gelder einbezahlt. Diese Gelder seien seitens der C AG auf den entsprechenden Konten gesammelt und für die Anleger verwahrt worden bis ein ausreichend großer Betrag für eine Investition in Wertpapieren gemäß dem jeweiligen Fondssparprogramm vorhanden gewesen sei, wobei die konkrete Anlageentscheidung allein von der C AG getroffen worden sei. Weiters hätten es die Mitbeteiligten zu verantworten, dass die C AG während verschiedener Zeiträume, seit 19. Februar 2001 bis zum 1. Juli 2002, ohne die hierfür erforderliche Berechtigung die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere übernommen habe, indem die C AG für rund 300 oder mehr Anleger aus Osteuropa im Rahmen dieser drei Fondssparprogramme Inhaber verschiedener Wertpapierdepots gewesen sei, auf denen die C AG treuhändig Wertpapiere der Anleger verwahrt und verwaltet habe, wobei über sämtliche Depots ausschließlich die Vorstandsmitglieder der C AG sowie ein vom Vorstand bevollmächtigter Wirtschaftsprüfer Verfügungsberechtigt gewesen sei. Jeder Mitbeteiligte habe daher jeweils drei (und zwar in Ansehung jedes einzelnen der Fondssparprogramme) Verwaltungsübertretungen gemäß § 98 Abs. 1 BWG iVm § 1 Abs. 1 Z 1 BWG und jeweils drei Verwaltungsübertretungen gemäß § 98 Abs. 1 BWG iVm § 1 Abs. 1 Z 5 BWG, jeweils unter Heranziehung von § 9 Abs. 1 VStG begangen, weshalb über den Erstmitbeteiligten sechs Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.500,--, insgesamt sohin von EUR 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 36 Tage) und über die Zweitmitbeteiligte sechs Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.100,--, insgesamt sohin von EUR 12.600,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: 30 Tage) verhängt wurden.

Die FMA stellte auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens fest, dass der Vorstand der C AG im Jahr 1999 die Einführung von sog. Fondssparprogrammen geplant habe. Zur Realisierung der Fondssparprogramme sei Mag. K, der als Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftstreuhänder für die K Wirtschaftstreuhand GmbH tätig sei, als Berater hinzugezogen worden. Im Zuge seiner Wirtschaftsprüfungstätigkeit sei Mag. K auch als Abschlussprüfer von Kreditinstituten (sog. "Bankprüfer") beschäftigt gewesen. Mag. K sei als Berater hinzugezogen worden, um eine Konstruktion zu finden, wonach die Gelder der Kunden möglichst sicher seien und zugleich keine Konzession zum Betrieb eines Bankgeschäftes nach BWG notwendig sei. Vielmehr sollten die Fondssparprogramme mit der bestehenden Konzession der C AG betrieben werden. Insgesamt seien drei Fondssparprogramme entwickelt worden, wobei sämtliche Fondssparprogramme nach derselben Grundstruktur aufgebaut seien. Die Kunden zahlten die anzulegenden Gelder auf ein von der C AG einzurichtendes Verrechnungskonto ein. Diese Konten seien als Treuhandkonten eröffnet und geführt worden. Inhaber der Sammel- bzw. Verrechnungskonten sei die C AG. Verfügungsberechtigt seien die Mitglieder des Vorstandes der C AG und Mag. K bzw. ein weiterer Mitarbeiter der K Wirtschaftstreuhand GmbH, U. Auf den Treuhandkonten würden die Gelder der Anleger gesammelt, bis ein wirtschaftlich rentabler Betrag für die Investition von Wertpapieren zusammenkomme. Die konkreten

Anlageentscheidungen würden ausschließlich vom Vorstand der C AG getroffen und dann in Form einer Weisung an Mag. K zur Durchführung weiter geleitet, der dann "im eigenen Namen und auf eigene Rechnung der jeweiligen Anlegergemeinschaft" die entsprechenden Wertpapiere erwerbe. Auch sämtliche Auszahlungen an die einzelnen Anleger und die Anlegergemeinschaften würden ausschließlich über diese Konten abgewickelt, wobei auch hier Mag. K bzw. U auf Weisungen der C AG die entsprechenden Überweisungen in Auftrag gäben. Mag. K bzw. U seien hinsichtlich der Durchführung der Veranlagungsentscheidung und der Führung der einzelnen Treuhandkonten ausschließlich an die Weisung der C AG gebunden. Eigenständige Entscheidungen dürften von den genannten Personen nicht getroffen werden. Zur Verwahrung und Verwaltung der erworbenen Wertpapiere würden je nach Fondssparprogramm Wertpapierdepots als Treuhanddepots eröffnet. Ähnlich wie die Verrechnungskonten würden auch diese eröffnet, wobei die C AG auch hier als Inhaberin aufscheine.

Verfügberechtigt seien wiederum die Vorstandsmitglieder der C AG sowie Mag. K bzw. U, die im Auftrag und auf Weisung der C AG, die Verwaltungstätigkeit vornähmen.

Zur objektiven Tatseite des Einlagengeschäftes (§ 1 Abs. 1 Z 1 BWG) und des Depotgeschäftes (§ 1 Abs. 1 Z 5 BWG) führte die FMA Folgendes aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z. 1 BWG besteht in der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage. Der Begriff wurde nach den Erläuterungen aus dem KWG übernommen (...). Die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z. 1 BWG ist die allgemeinste Bestimmung über Bankgeschäfte (...). Das BWG bedient sich nicht der Terminologie des ABGB, sondern erhebt typische Ausdrücke aus der Wirtschaftssprache zu Rechtsbegriffen, ohne sie näher zu definieren (...).

Der weiteste Begriff ist der der fremden Gelder. Fremdes Geld wird entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entsteht. Sowohl der Zufluss als auch der Abfluss muss jeweils in Geld erfolgen. Dabei ist die Bezeichnung des fremden Geldes nicht von Bedeutung, sondern kommt es auf den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäftes an. Die eingeworbenen Mittel müssen nicht bloß verwahrt, sondern auch entsprechend der standardisierten Auflage verwaltet und verwendet werden (...). Im Übrigen ergibt sich aus der Übernahme des Begriffs aus dem KWG, dass Bankgeschäfte nur betreibt, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung oder Einlage der fremden Gelder ist (...).

Ob die Hereinnahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage erfolgt, ist vom Willen der Vertragsparteien abhängig, im Übrigen aber jedenfalls wirtschaftlich auszulegen (...). Die zivilrechtliche Qualifikation kann unterschiedlich sein. Die Frage, ob ein Darlehensvertrag, ein depositum irregulare oder ein Vertrag sui generis vorliegt, ist somit nicht von entscheidender Bedeutung.

Für den Begriff der Einlage - nicht jedoch für den der Verwahrung - ist es nach herrschender Lehre entscheidend, dass primär ein Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Betrages besteht. Allein wenn der Geldgeber sichergehen kann, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrages zurückfordern kann (unbedingter Rückzahlungsanspruch), wird der Begriff der Einlage erfüllt. Schuldverhältnisse allerdings, bei denen kein fixer (Teil-) Rückzahlungsbetrag vereinbart ist, sondern deren Abfindungsanspruch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nur auf den augenblicklichen Anteil vom Anlageerfolg abhängigen aliquoten Anteil besteht (bedingter Rückzahlungsanspruch) erfüllen den Begriff der Einlage nicht. Ein derartig bedingter Rückzahlungsanspruch erfüllt jedoch den Tatbestand der Verwaltung gemäß § 1 Abs. 1 Z. 1 BWG 2. Fall.

Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bedeutet, dass der Verwalter vereinbarungsgemäß die ihm übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen hat, wobei ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen muss (...). Der Inhalt eines Verwaltungsauftrages ist üblicherweise, wenn auch nicht zwingend, durch so genannte 'Anlagerichtlinien' konkretisiert (...). Nur wenn der Empfänger so veranlassen darf, wie es ihm der Geldgeber jeweils konkret vorschreibt, ihm also jeglicher Entscheidungsspielraum fehlt, dann ist das Geld nicht zur Verwaltung entgegengenommen (...). Eine Entgegennahme von fremden Geldern zur Verwaltung liegt unter anderem dann vor, wenn die fremden Gelder mit der Abrede entgegengenommen werden, die Vermögenswerte durch entsprechende Veranlagungshandlungen zu erhöhen.

Wird nun ein 'Fondssparprogramm' zum Zwecke gegründet, mit den hereingenommenen Mitteln Wertpapiere zu erwerben und nehmen die Anleger an den Gewinnen und Verlusten des erworbenen Gesamtportfolios teil, so handelt es sich letztlich um eine Art Fondssurrogat, bei dem aus aufsichtsrechtlicher Sicht ein besonders strenger Maßstab

zum Schutze der Anleger anzulegen ist.

Im gegenständlichen Fall wurden die Kundengelder von der C AG auf firmeneigenen Treuhandkonten der Gesellschaft im eigenen Namen entgegen genommen und verwahrt. Nach ausschließlichem Ermessen der C AG wurden dann zu gegebenem Zeitpunkt Wertpapiere zugekauft, wobei die C AG nur durch die vertraglich vereinbarten Anlagebedingungen des jeweiligen Fondsparprogramms gebunden war. Die C AG hat daher in Bezug auf die hereingenommenen fremden Gelder zweifelsfrei eine Verwaltungstätigkeit entwickelt.

...

Das Depotgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z. 5 BWG besteht in der Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere.

Die Arten der Verwahrung sind näher im Depotgesetz umschrieben (...). Demnach kann ein Depotgeschäft auch in Form einer sog. 'Drittverwahrung' abgeschlossen werden. Dabei lässt sich der Verwahrer (= Vertragspartner des Kunden, im vorliegenden Fall die C AG) die Wertpapiere unter seinem Namen durch einen anderen Verwahrer (Drittverwahrer - das Kreditinstitut, bei welchem das Treuhanddepot eröffnet wurde) aufbewahren (...). Gerade dies wird im Rahmen der Geschäftsbedingungen unter Pkt 1.1. festgehalten und zwischen C AG und Kunden vereinbart. Es liegt daher eine Drittverwahrung im Sinne des § 3 DepG vor.

Die Verwaltungstätigkeit der C AG ergibt sich ebenfalls aus den Geschäftsbedingungen, in denen sowohl die Anlageverwaltung als auch die Anlagestrategie näher umschrieben werden. Demnach ist die C AG zur Vermögensverwaltung der Vermögenswerte des Auftraggebers berufen. Dies wird jedenfalls die notwendigerweise damit verbundene Geltendmachung von Ansprüchen aus den Wertpapieren heraus (Zinsen, Dividenden, Quartalszahlungen) umfassen. Zudem ist die C AG jederzeit berechtigt, Umschichtungen und entsprechende Wiederveranlagungen im Wertpapierportfolio vorzunehmen.

In diesem Sinne werden die Wertpapiere der Kunden nicht nur auf den Treuhanddepots verwahrt sondern auch verwaltet."

Gegen diese Strafbescheide erhoben die Mitbeteiligten Berufungen, in denen sie im Wesentlichen vorbrachten, die inkriminierte Vorgangsweise habe der damaligen Rechtsmeinung entsprochen. Diese Rechtsansicht habe auch die Beurteilungsgrundlage bei der von der ehemaligen Bundes-Wertpapieraufsicht (BWA) gemäß § 24 Abs. 2 WAG in der Zeit vom 27. Juni 2001 bis 27. September 2001 durchgeführten Prüfung der C AG dargestellt. Als Unterlagen für die Prüfung hätten die Bücher, Schriftstücke und sonstigen Aufzeichnungen der C AG gedient. Der Vorstand der C AG habe die Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen bestätigt. Der BWA sei der Inhalt der Geschäftsgrundlagen und der Verwaltungsvorgang bekannt gewesen und die internen Regelungen hätten ihre Zustimmung erhalten. Weiters habe die A WirtschaftsprüfungsgmbH eine eigenständige Prüfung vorgenommen. Das Jahr 2000 habe den nicht eingeschränkten positiven Prüfungsvermerk erhalten und es sei auch im gesonderten Aufsichtsbericht des Abschlussprüfers gemäß § 23 Abs. 4 WAG für das Jahr 2000 keinerlei Beanstandung enthalten. Die gegebene Vorgangsweise sei somit von allen Seiten als angemessen bestätigt worden. Bei der Prüfung durch die BWA sei der Jahresabschluss per 31. Dezember 2000 vorgelegen. Im Jahr 2000 seien bereits Umsätze unter Zugrundelegung der nunmehr inkriminierten Verwaltung über Treuhandkonten erfolgt und es seien auch die verschiedenen Unterlagen zu den Produkten und Veranlagungsvorgängen vorgelegen. In diesen Unterlagen sei die genannte Treuhandverwaltung dargestellt und die C AG sei ausdrücklich als Auftragnehmer angeführt worden. Diese Unterlagen und die tatsächlichen Abwicklungen seien im Rahmen der Prüfung durch die BWA nicht beanstandet worden. Im Prüfungsbericht sei angeführt, dass keine Anhaltspunkte vorlägen, dass Gelder oder Instrumente von Kunden gehalten würden. Die Prüfung habe jedenfalls die Geschäftsjahre 1999 und 2000 umfasst, das seien jene Geschäftsjahre, in denen die betreffenden Treuhandkonten bereits bestanden hätten. Weiters sei die Meinung der renommierten Rechtsanwaltskanzlei H eingeholt und damit ein renommierter Autor des Standardkommentars zum BWG befragt worden. Auch dieser habe festgestellt, dass die Vorgangsweise rechtlich korrekt sei. Von dieser Kanzlei seien auch die Geschäftsbedingungen für die Fonds erarbeitet worden. Diese AGB hätte die BWA im Sommer 2001 vorgelegt erhalten. Der Abschlussprüfer habe den gesonderten Aufsichtsbericht vom 30. Juni 2002 über das Geschäftsjahr 2001 betreffend die C AG bei der FMA abgegeben. In diesem Bericht habe er ausgeführt, dass sämtliche Konten und Wertpapierdepots mit dem Zusatz "Treuhand" versehen seien und das Treuhandverhältnis - insbesondere gegenüber den konten- und depotführenden Banken - offen gelegt und eindeutig definiert sei und dass es sich bei den Vermögenswerten nicht um Gelder bzw. Wertpapiere der C AG handle. Schon der Umstand, dass ein sachverständiger

Abschlussprüfer nicht sagen könne, "ob ein Mangel bestehe", zeige, dass es nicht erkennbar gewesen sei, dass die von Mag. K erbrachten Beratungsleistungen "mangelhaft" gewesen seien. Weiters habe der Abschlussprüfer die Einhaltung der Satzungsbestimmungen der C AG geprüft und keine Beanstandungen geäußert. Es sei der uneingeschränkte Bestätigungsvermerk erteilt worden. Aus der Satzung gehe hervor, dass es der C AG nicht gestattet sei, Dienstleistungen in Bezug auf Finanzinstrumente zu erbringen, die das Halten von Geld, Wertpapieren und sonstigen Instrumenten umfasse, sodass sie zu keiner Zeit Schuldner ihrer Kunden werden könne. Damit habe der Abschlussprüfer bestätigt, dass die Tätigkeit weder ein unzulässiges Einlagengeschäft, noch ein Depotgeschäft darstelle.

Die C AG habe die Zulassung als WPDLU erhalten und sei als solches berechtigt, Aufträge anzunehmen und zu übermitteln, die ein oder mehrere Finanzinstrumente wie Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen, Options- und Terminkontrakte, etc., zum Gegenstand hätten. Im Zusammenhang mit den Wertpapierdienstleistungen (WPDL) dürfe die C AG auch Nebenleistungen erbringen, zu denen unter anderem die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten für Rechnung der Kunden, einschließlich der Depotverwaltung gehörten, wenn diese im Zusammenhang mit der Erbringung von WPDL stünden.

Durch die Bevollmächtigung des Mag. K sei der Anlegerschutz weit über das gesetzlich geforderte Ausmaß verbreitert worden. Gemäß § 23 Abs. 3 und 4 WAG habe der Abschlussprüfer nicht nur die Gesetzmäßigkeit des Jahresabschlusses, sondern auch die Einhaltung der Bestimmungen des WAG zu prüfen. Nach dieser Bestimmung habe er das Ergebnis dieser Prüfung in einen gesonderten Aufsichtsbericht aufzunehmen und den Aufsichtsorganen der WPDLU so zeitgerecht zu übermitteln, dass diese Berichte innerhalb der Vorlagefrist des § 23 Abs. 2 WAG an die FMA übermittelt werden könnten. Diese Funktion sei der FMA von Mag. K mit Schreiben vom 3. Mai 2000 gemeldet worden. Auf Grund dieser gesetzlichen Aufgabenzuweisung könne kein Zweifel bestehen, dass der Wirtschaftstreuhänder funktional ein Organ der BWA (FMA) sei.

Die C AG habe fremde Gelder weder zur Verwaltung noch als Einlage entgegengenommen, sondern zum Ankauf von Investmentfonds in den Fondssparprogrammen. Es sei weder vereinbart worden, dass fremde Gelder zur Verwaltung oder zum Deposit übernommen würden, noch dass dadurch der C AG ein Kredit von Anlegern gewährt werde. Unter dem Begriff der Entgegennahme im § 1 Abs. 1 Z 1 BWG verstehe man die laufende Entgegennahme fremder Gelder von mehreren Geldgebern auf Grund typisierter Verträge als Darlehen oder zur unregelmäßigen Verwahrung ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten und ohne schriftliche Vereinbarung im Einzelfall. Für eine Subsumtion unter einen der beiden Fälle fehle es an der dafür erforderlichen Sachverhaltsfeststellung. Fehle es an der Entgegennahme, so sei es irrelevant, ob danach eine Verwaltung des Vermögens statfinde oder ein unmittelbarer Rückzahlungsanspruch des Einzahlers erwachse. Unter dem Begriff der fremden Gelder seien alle Mittel zu verstehen, die dem Bankgeschäfte Betreibenden zufließen, wenn nach der Intention der Parteien eine Forderung des Vertragspartners entstehe, wobei diese Forderung in Geld bestehen müsse. Fremde Gelder könnten jemandem durch ein Darlehen, ein depositum irregulare oder einen Kredit zukommen. Aus diesen Real- bzw. dem Konsensualkontrakt der Kreditvereinbarung resultiere die Forderung des einlegenden Vertragspartners, eine Geldleistung in Form der Rückzahlung, Auszahlung der Zinsen oder Herausgabe des deponierten Geldes zu erhalten. Der Begriff der Einlage umfasse somit nicht alle Fremdgelder, sondern nur solche aus den zuvor genannten Geschäften. Es sei zu keinem Zeitpunkt von den Parteien beabsichtigt worden, dass dem Kunden gegenüber der C AG ein Auszahlungsanspruch erwachse. Der wirtschaftliche Gehalt dieser Zeichnungsgelder und somit Zweck in der Überlassung dieser Gelder sei in der Erfüllung des Kaufantrages über Investmentfonds im Rahmen der Fondssparprogramme gelegen und der Kunde erhalte nach Ankauf dieser Programme als Gegenwert die Teilnahme an diesen Programmen. Es handle sich daher um Kaufgeld. Diese Gelder könnten schon begrifflich keine Einlagen sein. Weiters sei bereits Verjährung eingetreten, da die inkriminierten Verhaltensweisen bereits im Frühjahr 2000 abgeschlossen worden seien, die erstmalige Verfolgungshandlung der FMA aber erst im zweiten Halbjahr 2002 gesetzt worden sei. Hinsichtlich des Depotgeschäftes sei auszuführen, dass schon im Aufsichtsbericht vom 30. Juni 2002 ausgeführt worden sei, dass die Konten und Depots von einem fremden Rechtsträger, nämlich der Bank geführt werden.

In den Strafbescheiden sei erstmals der Sachverhalt vorgehalten worden, dass die C AG die Wertpapiere durch einen dritten Verwahrer aufbewahren lasse, worin die Behörde eine Drittverwahrung im Sinne des § 3 DepG sehe. Sie gehe damit vom zur Rechtfertigung vorgelegenen Ermittlungsergebnis dahingehend ab, dass die Gelder von der C AG damals verwahrt worden seien, somit keine Drittverwahrung vorgelegen sei. Da es sich um einen anderen Sachverhalt

handle, sei in dieser Feststellung von der Behörde die erstmalige Verfolgungshandlung in diese Richtung vorgenommen worden. Gemäß § 99b BWG sei eine Verfolgung einer Person wegen §§ 98 und 99 BWG unzulässig, wenn gegen diese Person nicht binnen der Verjährungsfrist von 18 Monaten Verfolgungshandlungen hinsichtlich des vorgeworfenen Sachverhaltes gesetzt würden. Die Verjährungsfrist beginne mit dem Zeitpunkt, in dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen sei. Der Abschluss sei spätestens im Jahr 2002 gegeben gewesen, sodass Verjährung eingetreten sei.

Gemäß den Erläuterungen zur RV 369 BlgNR XX. GP zu§ 1 Abs. 1 Z 19 BWG unterscheide sich der in § 1 Abs. 1 Z 5 BWG verwendete Verwaltungsbegriff von dem in Z 19 dahingehend, dass gemäß Z 5 einzelne Wertpapiere, gemäß Z 19 aber ein bei einem Kreditinstitut auf Depot liegendes Vermögen und daher keine einzelnen Wertpapiere verwaltet werden. Daraus ergebe sich, dass von einem im Rahmen eines Depotgeschäftes verwalteten Vermögen nur dann gesprochen werden könne, wenn mit ein und demselben Geldinstitut sowohl ein Vermögensverwaltungsvertrag als auch ein Depotvertrag geschlossen worden sei und sich die verwalteten Vermögenswerte auf dem bei der verwaltenden Gesellschaft eingerichteten Depot befänden. Es sei lediglich ein Vermögensverwaltungsvertrag geschlossen worden. Die Depots seien ausnahmslos von Banken geführt worden, die auch die entsprechende Befugnis hiezu besäßen.

Am 31. Mai 2005 wurde vor der belangten Behörde eine mündliche Verhandlung anberaumt.

Zur Vorbereitung dieser Verhandlung wurde von den Mitbeteiligten ein Gutachten von Univ. Prof. Dr. N der WU Wien vom Mai 2005 vorgelegt, in welchem sich der Gutachter unter Bezugnahme auf den vor der FMA festgestellten Sachverhalt mit dem Begriff des Verwaltens fremder Gelder sowie dem Begriff des Depotgeschäftes (§ 1 Abs. 1 Z 1 und Z 5 BWG) gutachterlich auseinander setzte.

Zum Tatbestand des Entgegennehmens fremder Gelder zur Verwahrung (gemeint wohl: Verwaltung) führte der Gutachter Folgendes aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der Begriff des Einlagengeschäftes war bereits im KWG 1979 praktisch wortgleich mit der nunmehr geltenden Regelung definiert. Der Unterschied zwischen der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage liegt, so bereits die Erläuterungen zum KWG, in der Interessenlage des Einlegers. In ersterem Fall steht eine bestimmte Verwendung im zweiten Fall der Ertrag im Vordergrund des Interesses. In beiden Geschäftsfällen geht der erlegte Geldbetrag in das Eigentum der Kreditunternehmung über, wobei die Frage, ob rechtlich ein irreguläres Depot oder ein Darlehen vorliegt, strittig ist (...). In den Materialien zu § 1 Abs. 2 Z 1 BWG wird auf die Z 1 des Anhangs zur Richtlinie 89/646 verwiesen. Dieser Anhang enthält eine Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt und nennt unter Z 1 die Entgegennahme von Einlagen und anderen rückzahlbaren Geldern (...).

Welche Elemente den entscheidenden Unterschied zwischen dem Fall der Entgegennahme als Einlage oder der Entgegennahme zur Verwaltung ausmachen, braucht für die Beurteilung des folgenden Sachverhaltes nicht weiter geklärt werden, da das gemeinsame und entscheidende Kriterium jenes ist, ob auf Grund der dargestellten Sachverhaltselemente die C AG überhaupt Gelder entgegengenommen hat, die in irgendeiner rechtlichen Form in ihr Eigentum übergegangen sind. Dies ist auf Grund der gewählten Abwicklung zu verneinen, da der Anleger die Gelder direkt bei einer fremden Bank einbezahlt hat, und zwar auf ein Konto, welches formell auf die C AG lautete, aber explizit als Treuhandkonto (Anderkonto) qualifiziert war. Demnach hat der Kunde mit dieser Einzahlung sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich keine Forderung auf Auszahlung gegenüber der C AG erworben, sondern er hat gegen die C AG den Anspruch, dass, soweit ein Auszahlungsanspruch entsteht, dem Anleger die Rechte der C AG aus dem Anderkonto übertragen werden und somit dann dieser direkt gegen die kontoführende Bank Ansprüche erheben kann. Insbesondere trifft den Kunden, und dies ist ein wesentlicher Schutzzweck der Bestimmungen des Bankwesengesetzes, nicht das Risiko einer Insolvenz der C AG, da alle Ansprüche aus den Konten, die im Rahmen des Anlegermodells angelegt worden sind, im wirtschaftlichen Eigentum des Anlegers bzw. der Anlegergemeinschaft stehen und somit aussonderungsfähiges Vermögen sind.

Es stellt sich nun die Frage, ob in diesem Punkt zwischen Einlagengeschäft im engeren Sinn und der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung ein Unterschied besteht, der in den aufgezeigten Punkten eine Differenzierung erfordert. Dies ist, wie noch kurz zu zeigen ist, nicht der Fall. Selbst wenn man einen sehr weiten Begriff der Einlage verwendet, wie dies vor allem jüngst von Tassar (...) vertreten wird, besteht ein hier wesentlicher Unterschied. Nach Tassar fällt unter den Begriff des Einlagengeschäftes nicht nur eine Geldannahme im Rahmen von Finanzmarktinstrumenten, deren Wesensmerkmal die Rückzahlbarkeit ist, sondern generell jede gewerbliche

Entgegennahme von Geldern, bei welcher die Rückzahlung der eingezahlten Gelder vertraglich vereinbart worden ist'. Der Begriff 'rückzahlbare Gelder' erfasse daher jedes Geschäft, das eine Rückzahlungspflicht mit sich bringe, unabhängig von ihren Modalitäten (...).

Auf Grund der oben kurz dargestellten Vertragslage ergibt sich nämlich, dass der Anleger keinen direkten Auszahlungsanspruch gegen C AG erwirbt, unabhängig jetzt davon, ob die Auszahlung auf das eingezahlte Kapital oder jenes Vermögen gerichtet ist, welches im Rahmen der Verwaltung sei es durch negative oder positive Entwicklungen entsteht, sondern der Anleger hat auf Grund der offen gelegten Treuhandtschaft am Konto, welches von einer konzessionierten Bank geführt wird, sowie, wie später zu zeigen wird, auch am Wertpapierdepot, direkte Ansprüche gegenüber der vereinbarungsgemäß ausgewählten Bank und wäre sowohl im Konkurs der Bank (hinsichtlich des Depots) aber auch im Konkurs von C AG aussonderungsberechtigt. Der Geschäftstyp, der hier umgesetzt ist, entspricht jenem Geschäftstyp, der in § 19 WAG geregelt ist. C AG wird nämlich durch die abgeschlossenen Verträge berechtigt und verpflichtet, ein Kundenportefeuille mit Verfügungsvollmacht des Anlegers im Auftrag des Anlegers zu verwalten. Inhalt dieses Geschäftes ist die laufende eigeninitiative Betreuung des Kundenportefeuilles im Auftrag und in Vollmacht des Kunden, wobei wesentlich ist, dass der Vermögensverwalter zwar Vermögenswerte innerhalb des Portefeuilles bewegen kann, rechtlich aber nicht befugt ist, diese Vermögenswerte aus dem Portefeuille an sich zu bringen (...). Die entscheidende Frage ist dabei, ob die hier gewählte Form der rechtlichen Ausgestaltung ein Treuhandverhältnis in der Weise begründet, dass es der C AG möglich wäre, das Kundenvermögen an sich zu ziehen. Bei einer klassischen Treuhandtschaft wäre dies möglich, sodass bei einer iS dieser klassischen Treuhandtschaft ausgestalteten treuhändigen Verwaltung des Kundenvermögens eine Konzession erforderlich wäre (...).

Durch die Ausgestaltung als Anderkonto ist diese Berechtigung ausgeschlossen, da durch die in diesem Zusammenhang mit der Bank abgeschlossenen Verträge C AG untersagt ist, Auszahlungen oder Übertragungen an sich selbst zu tätigen.

Weiters ist hervorzuheben, dass nach dem eingangs dargestellten Konzept die Funktion des Anderkontos lediglich darin gelegen hatte, die entsprechenden Einzahlungen entgegen zu nehmen, um dann damit die mit C AG vereinbarten Veranlagungsformen durchzuführen. Die einbezahlten Beträge wurden demnach nicht zum Zwecke der Wertsteigerung dieser Vermögenswerte auf das Konto einbezahlt, sondern mit dem Auftrag, damit das mit dem Kunden bzw. der Anlegergemeinschaft vereinbarte Anlegermodell durch entsprechende Wertpapierkäufe umzusetzen.

..."

Zum Tatbestand des Depotgeschäftes führte der Gutachter Folgendes aus (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Seitens der FMA wird weiters behauptet, dass auch der Tatbestand des Depotgeschäftes im Sinne von § 1 Abs. 1 Z 5 BWG (Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren) gegeben sei. Es könne nämlich ein Depotgeschäft auch in Form einer so genannten 'Drittverwahrung' abgeschlossen werden, wobei der Verwahrer

(=C AG) die Wertpapiere unter seinem Namen durch einen

anderen Verwahrer (Drittverwahrer = Kreditinstitut), bei welchem

das Treuhanddepot eröffnet wurde, aufbewahren lässt. Nach § 3 Depotgesetz, auf den sich die FMA bezieht, ist der Verwahrer berechtigt, die Wertpapiere unter seinem Namen einem anderen Verwahrer (Drittverwahrer) zur Verwahrung anzuvertrauen. Der Begriff der Drittverwahrung wird in diesem Kontext missverständlich verwendet. Wie bei Avancini/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht Band I Rz 10/52 zutreffend ausgeführt wird, bestehen bei der Drittverwahrung zwei Vertragsverhältnisse, nämlich das zwischen Hinterleger und Zwischenverwahrer und das zwischen Dritt- und Zwischenverwahrer, auf das ebenfalls die Vorschriften des Depotgesetzes anzuwenden sind. Demnach kommt es zur Drittverwahrung dann, wenn der Kunde dem Zwischenverwahrer Wertpapiere zur Verwahrung anvertraut und dieser dann ein weiteres Depot für diese Wertpapiere beim Drittverwahrer einrichtet. Voraussetzung ist aber, dass zwischen dem Kunden und dem Zwischenverwahrer eine Vereinbarung über die Verwahrung von Wertpapieren zu Stande kommt (...). Die hier dargestellte Kette, die den Begriff des Drittverwahrers bzw. Zwischenverwahrers prägt, liegt aber im konkreten Fall nicht vor. Denn die Anschaffungen erfolgen von vornherein auf einem Depot, welches bei einer dafür konzessionierten Bank eingerichtet ist; zwischen dem Anleger und C AG kommt ein Verwahrungsverhältnis nicht zu Stande. Dass das bei der Bank eingerichtete Depot als

Anderdepot der C AG geführt wird, ist im Vergleich zum Begriff der Drittverwahrung von anderem rechtlichen Gehalt. Denn seitens der C AG wird keinerlei auf die Verwahrung von Wertpapieren ausgerichtete Tätigkeit ausgeübt, sondern diese nimmt auf Grundlage eines Vertragsverhältnisses Anschaffungen von Wertpapieren für Kunden vor, die auf einem im wirtschaftlichen Eigentum dieser Anleger stehenden Depot bei einer konzessionierten Bank geführt werden. In keiner Phase dieser Geschäftstätigkeit werden Wertpapiere der C AG anvertraut und dann von dieser an einen Drittverwahrer weitergegeben. Wie bereits oben dargestellt, führt die Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses nicht dazu, dass die C AG als Treuhänderin eine eigene bankgeschäftliche Tätigkeit ausübt, sondern sie hält diese Position nur im Rahmen der ihr bewilligungsmäßig eingeräumten Verwaltung von Kundenportfolios mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (§ 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG)."

Zusammenfassend gelangte der Gutachter zu folgendem Ergebnis (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Die C AG hat nicht Gelder von Kunden zur Verwaltung entgegengenommen. Vielmehr sind die auf Grundlage der mit Anlegern abgeschlossenen Verträge einbezahlten Gelder direkt auf ein bei einer konzessionierten Bank eingerichtetes Treuhandkonto einbezahlt worden, welches als offen gelegtes Anderkonto für eine Anlegergemeinschaft geführt wurde. Dementsprechend hat C AG nie fremde Gelder entgegengenommen. Darüber hinaus hatte das Konto ausschließlich den Zweck, Gelder anzusammeln, bis das für die vereinbarte Investitionstätigkeit erforderliche Volumen erreicht war. Dementsprechend sind die Gelder auf das Anderkonto nicht mit dem Zweck einbezahlt worden, dass auf Grundlage dieses Kontos die Gelder verwaltet werden, dementsprechend hat auch im Hinblick auf das Anderkonto kein Rückzahlungsanspruch bestanden. Der mit dem Schutzzweck der bankwesenrechtlichen Konzessionsbestimmungen verfolgte Zweck war im Übrigen erfüllt, da das Konto einerseits von einer konzessionierten Bank geführt wurde und andererseits durch die Anderkontovereinbarung das wirtschaftliche, insbesondere auch konkursfeste Eigentum der Anlegergemeinschaft gegeben war.

Der Tatbestand der Drittverwahrung setzt voraus, dass dem Erstverwahrer (Zwischenverwahrer) Wertpapiere anvertraut werden und dieser dann die Berechtigung (§ 3 Depotgesetz) nützt, diese Wertpapiere bei einem Dritten in Verwahrung zu geben. Der C AG sind nie Wertpapiere zur Verwahrung in dieser Form anvertraut worden. Die Depots sind bei einer für dieses Geschäft konzessionierten Bank geführt worden, und zwar als Anderdepots, sodass das wirtschaftliche Eigentum der Anlegergemeinschaft mit Aussonderungsfähigkeit im Konkurs gegeben war. Daher war für diese Tätigkeit seitens der C AG keine Konzession nach § 1 Abs. 1 Z 5 BWG erforderlich."

In Vorbereitung der Verhandlung gab die FMA mit Schreiben vom 26. Mai 2005 eine Stellungnahme ab, in der sie im Wesentlichen ausführte, das Vorbringen in der Berufung, die Verwaltungsvorgänge wären von der BWA zur Kenntnis genommen und als in Ordnung befunden worden, sei unrichtig. Vielmehr hätten die Mitbeteiligten im Zuge der von der BWA im Zeitraum vom 27. Juni 2001 bis 27. September 2001 durchgeführten Prüfung lediglich angegeben, Gegenstand der WPDL seien im Wesentlichen verschiedene Blue Chip Fondsanteile der Fondsgesellschaften, mit denen eine Kooperationsvereinbarung bestanden habe. Eine Aufstellung dieser Kooperationsvereinbarungen per Juli 2001 liege dem Prüfungsakt bei. Die Mitbeteiligten hätten die Vollständigkeit der im Zuge der Prüfung zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen ausdrücklich bestätigt. Der erste Hinweis auf die Fondssparpläne, Treuhandkonten und Depots sei der Gesonderte Aufsichtsbericht der A WirtschaftsprüfungsgmbH vom 30. Juni 2002 gewesen. Auch der Jahresabschluss der C AG zum 31. Dezember 2000 und der Gesonderte Aufsichtsbericht für das Geschäftsjahr 2000 hätten diesbezüglich nichts enthalten. Die A WirtschaftsprüfungsgmbH habe im Gesonderten Aufsichtsbericht für das Geschäftsjahr 2001 ausdrücklich mitgeteilt, dass sie die Vorgangsweise der C AG im Hinblick auf § 20 Abs. 1 Z 4 WAG für problematisch halte und empfehle, die Treuhandschaft für diese Vermögenswerte einem befugten Dritten zu übertragen.

Das Vorbringen, Mag. K sei als Wirtschaftstreuhänder funktional ein Organ der FMA und in dieser Funktion der BWA mit Schreiben vom 3. Mai 2000 gemeldet worden, sei unrichtig. Wie aus diesem Schreiben hervorgehe, sei Mag. K von der C AG beauftragt worden, für das Unternehmen die Aufgaben gemäß § 16 Z 3 WAG (vgl. § 18 WAG) als externer Revisor wahrzunehmen. Darüber hinaus sei die K Wirtschaftstreuhand GmbH, deren Geschäftsführer Mag. K gewesen sei, von der C AG auch mit der laufenden Buchführung, Lohnverrechnung und Erstellung des Jahresabschlusses gemäß § 23 Abs. 1 WAG beauftragt worden. Mag. K hätte von der C AG wegen offensichtlicher Unvereinbarkeit weder zum Abschlussprüfer gemäß § 23 Abs. 3 WAG noch zum Prüfer gemäß § 23a Abs. 3 WAG bestellt werden können. Als externer Revisor habe Mag. K unmittelbar den Vorstandsmitgliedern der C AG zu berichten. Seine Tätigkeiten seien

ausschließlich der C AG zuzurechnen. Gegenüber der WA habe ihn hingegen keinerlei Meldepflicht getroffen.

Das Vorbringen, die C AG sei als WPDLU berechtigt, im Zusammenhang mit ihren WPDL auch Nebenleistungen zu erbringen, wozu die Verwahrung und Verwaltung von Finanzinstrumenten für Rechnung der Kunden einschließlich der Depotverwahrung, etc. gehörten, stehe in klarem Widerspruch zu § 19 Abs. 1 WAG iVm § 1 Abs. 1 Z 19 BWG und insbesondere § 20 Abs. 1 Z 4 WAG.

Zum Vorbringen betreffend die Entgegennahme der fremden Gelder sei festzuhalten, dass der Begriff "Entgegennahme" im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG so zu verstehen sei, dass schlussendlich fremde Gelder beim Kreditinstitut einlangen müssten; hingegen sei die Frage, ob ein Darlehensvertrag oder ein depositum irregulare vorliege nicht von entscheidender Bedeutung; es komme auch ein Vertrag sui generis in Betracht. Wesentlich sei, dass es nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen müsse. Die Entgegennahme im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG bedeute lediglich die nach den Denkgesetzen erforderliche Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld. Dieses Merkmal sei angesichts der Einzahlung auf Konten, welche auf die C AG lauteten, und der Verfügungsberechtigung der Vorstandsmitglieder über die gegenständlichen Konten und Depots eindeutig erfüllt.

Die Behauptung, die inkriminierten Vorgangsweisen der C AG seien bereits im Frühjahr 2000 abgeschlossen worden, stehe im Widerspruch zum Gesonderten Aufsichtsbericht für das Geschäftsjahr 2001 und der Stellungnahme der C AG vom 12. Juli 2002. Wie aus diesem Schreiben hervorgehe, sei der problematische Punkt, dass die Treuhandkonten bzw. Treuhanddepots nicht auf die C AG lauten dürfen, erst im Juli 2002 geändert worden. Dem Verjährungseinwand sei entgegen zu halten, dass bereits die Aufforderungen zur Rechtfertigung vom 18. November 2002 sämtliche zur Konkretisierung des Sachverhalts erforderlichen Angaben (über die gegenständlichen Fondssparpläne, Treuhandkonten und Wertpapierdepots sowie Tatzeiträume) enthalten habe und darüber hinaus ausdrücklich auch im Hinblick auf die Beurteilung als Depotgeschäft ergangen seien. Sie hätten sich von den Aufforderungen zur Rechtfertigung vom 23. Juli 2003 und den Straferkenntnissen somit im Wesentlichen nur durch die zusätzliche Beurteilung als Einlagengeschäft unterschieden. Eine Verfolgungsverjährung sei nicht eingetreten, beziehe sich diese doch auf die "Tat" selbst, nicht aber auf deren rechtliche Wertung.

Die Behauptung, die C AG sei niemals Schuldner ihrer Kunden geworden, stehe - ebenso wie die Behauptung, in keiner Phase der Geschäftstätigkeit würden Wertpapiere der C AG anvertraut - mit dem Vorbringen in der Rechtfertigung vom 10. Jänner 2003 im Widerspruch, dass es sich bei der gewählten Lösung um eine Vollrechtstreuhand handle. Vielmehr setze das Gutachten ebenso wie die AGB der C AG einen Aussonderungsanspruch gemäß § 11 KO und somit eine Herausgabepflicht nach bürgerlichem Recht voraus. Der im Gutachten ausdrücklich bejahte Anspruch der Anleger gegen die C AG (auf Übertragung der Rechte aus dem Anderkonto gegen das konto- bzw. depotführende Kreditinstitut) verstöße gegen den klaren Wortlaut von § 20 Abs. 1 Z 4 WAG, wonach ein WPDLU hinsichtlich Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden werden dürfe, und somit gegen den zulässigen Konzessionsumfang eines WPDLU.

Ein Sondervermögen könne ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht auf privatautonomer Ebene geschaffen werden (Typenzwang). Zum Beispiel stelle ein Investmentfonds (Kapitalanlagefonds) zusammengefasstes Vermögen kraft gesetzlicher Anordnung (§ 1 InvFG) ein Sondervermögen dar. Der Anlagekorb stehe dabei im Miteigentum der Anteilsinhaber, sei sachenrechtlich vom übrigen Vermögen der den Investmentfonds verwaltenden Kapitalanlagegesellschaft getrennt und begründe somit für die jeweiligen Anteilsinhaber sachenrechtliche Ansprüche gegenüber der verwaltenden Kapitalanlagegesellschaft und gegenüber der die Anteile verwaltenden Depotbank. Diese sachenrechtliche Stellung erlangten die Anleger im gegenständlichen Fall nicht. Die AGB der C AG, wonach die bei der Bank auftragsgemäß von der C AG hinterlegten Wertpapiere und Verrechnungskonten nicht Eigentum des Auftragnehmers seien, sondern im Eigentum der Gemeinschaft der Auftraggeber stünden, gingen daher ebenso wie das Gutachten von einem rechtlich unmöglichen Sachverhalt aus. Die Behauptung, es wäre zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt worden, dass dem Kunden gegenüber der C AG ein Auszahlungsanspruch erwachse, übergehe ebenso wie das Gutachten die Möglichkeit der Kündigung des Vertrags (frühestens nach drei Vertragsjahren) zum aktuellen Rückkaufswert.

Mit den vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheiden gab die belangte Behörde der Berufung der Mitbeteiligten nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in der die Mitbeteiligten den von der FMA

festgestellten Sachverhalt außer Streit stellen, Folge und stellte die Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein.

Begründend wurde dazu ausgeführt, bereits in der Berufung sei ausführlich dargelegt worden, dass die getätigten und im angefochtenen Bescheid inkriminierte Vorgangsweise der damaligen Rechtsmeinung entsprochen habe, die C AG von der A WirtschaftsprüfungsgmbH für das Jahr 2000 einen nicht eingeschränkten positiven Prüfungsvermerk erhalten habe und auch die Rechtsmeinung der renommierten Rechtsanwaltskanzlei H eingeholt worden sei, womit unmittelbar ein renommierter Autor des Standardkommentars zum BWG um Auskunft ersucht worden sei und festgestellt hätte, dass die von der C AG gewählte Vorgangsweise rechtlich korrekt sei. Diese Kanzlei habe auch die Geschäftsbedingungen für die inkriminierten Fonds erarbeitet. Dieses Vorgehen berühre die Frage der Verwirklichung der subjektiven Tatseite. Ein wesentliches Beweismittel zur Entlastung der mitbeteiligten Parteien sei das Gutachten von Univ. Prof. Dr. N, welcher zu dem Schluss komme, dass weder ein Einlagengeschäft noch ein Depotgeschäft vorliege. Diese auf hohem wissenschaftlichen Niveau gehaltenen Ausführungen beträfen primär die Verwirklichung der objektiven Tatbestände. Sie seien allerdings auch in Ansehung der Frage, ob ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorliegt, von Bedeutung, komme der Gutachter doch ex post zu der Ansicht, dass die von der Erstbehörde angenommenen Tatbestände gar nicht vorgelegen seien. Dies stütze jedenfalls die Darstellung der Mitbeteiligten, sie hätten seinerzeit nicht davon ausgehen können, Tatbestände im Sinne der Tatanlastung zu verwirklichen. Insgesamt komme daher den belastenden wie den entlastenden Umständen gleiches Gewicht zu. In den Verfahrensgesetzen sei nicht festgehalten, dass bei jedem Zweifel an den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens mit Einstellung vorzugehen sei. Dieser Grundsatz greife nur Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände (§ 23 Abs. 2 VStG) nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht hätten. Dies sei hier der Fall, weshalb spruchgemäß die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG zu verfügen gewesen sei, da jedenfalls die Beweise für ein schuldhaftes Handeln, somit für die Verwirklichung der subjektiven Tatseite der Mitbeteiligten nicht ausreichen.

Die beschwerdeführende FMA macht in ihrer gemäß § 23 des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes (FMAG), BGBl. I Nr. 97/2001, gestützten Amtsbeschwerde Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.

Die belangte Behörde und die Mitbeteiligten erstatteten Gegenschritten, in denen die Mitbeteiligten primär die Zurückweisung, im Übrigen beide Parteien die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Zulässigkeit der vorliegenden, wegen Rechtswidrigkeit erhobenen Beschwerde ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 23

FMAG.

Die maßgebenden Bestimmungen des Bankwesengesetzes (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 (§ 1 Abs. 1 Z 19 in der Fassung BGBl. Nr. 753/1996, § 4 Abs. 1 und § 98 Abs. 1 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001), lauten auszugsweise:

"Kredit- und Finanzinstitute

§ 1. (1) Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:

1. Die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung

oder als Einlage (Einlagengeschäft);

...

5. die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für

andere (Depotgeschäft);

...

19. die Erbringung folgender Dienstleistungen in Bezug

auf Finanzinstrumente, sofern diese Dienstleistungen das Halten

von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten nicht umfassen,
sodass der Erbringer der Dienstleistungen diesbezüglich zu keiner
Zeit Schuldner seiner Kunden werden kann

(Finanzdienstleistungsgeschäft):

- a) die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen;
- b) die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit

Verfügun gsvollmacht im Auftrag des Kunden;

- c) die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum

Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehrerer der in Z 7 lit. b bis f genannten Instrumente;

...

Konzessionserteilung

§ 4. (1) Der Betrieb der in § 1 Abs. 1 genannten Geschäfte bedarf der Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA).

...

§ 98. (1) Wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 20 000 Euro zu bestrafen."

§§ 19 und 20 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), BGBl. Nr. 753/1996 (§ 19 Abs. 2 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001) lauten auszugsweise:

"§ 19. (1) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist, wer

1. eine oder mehrere der Dienstleistungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 BWG gewerblich erbringt,
- 2.

kein Kreditinstitut gemäß § 1 Abs. 1 BWG ist und

- 3.

seine Berechtigung zur Erbringung von

Dienstleistungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 nicht auf die §§ 9 ff BWG gründet.

(2) Die Erbringung der in § 1 Abs. 1 Z 19 BWG genannten Dienstleistungen bedarf der Konzession der FMA, soweit nicht Abs. 2a oder § 9 dieses Bundesgesetzes, § 1 Abs. 3 BWG oder § 3 Abs. 3 VAG Anwendung finden.

...

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

...

4. das Unternehmen keine Dienstleistungen erbringt,

die das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten von Kunden umfassen, sodass das Unternehmen diesbezüglich zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden werden kann;

..."

Im vorliegenden Fall wurden - auf Basis der außer Streit gestellten Feststellungen der FMA - die Kundengelder von der C AG auf firmeneigenen Treuhandkonten der Gesellschaft im eigenen Namen entgegen genommen und verwahrt und nach ausschließlichem Ermessen der C AG wurden zu gegebenem Zeitpunkt Wertpapiere zugekauft, wobei die C AG nur durch die vertraglich vereinbarten Anlagebedingungen des jeweiligen Fondsparprogramms gebunden war.

Sämtliche Auszahlungen an die einzelnen Anleger und die Anlegergemeinschaften wurden ausschließlich über diese Konten abgewickelt. Zur Verwahrung und Verwaltung der erworbenen Wertpapiere wurden Wertpapierdepots als Treuhanddepots eröffnet, wobei die C AG auch hier als Inhaberin aufgeschienen ist.

Es stellt sich somit zunächst die Frage, ob diese Tätigkeiten Tatbestände darstellen, die einer Konzession nach dem BWG bedürfen.

Die Mitbeteiligten vertraten im Verwaltungsstrafverfahren primär die Auffassung, dass die C AG lediglich Kundenportefeuilles im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG verwaltet hätte.

Unter der Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden (§ 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG) ist die mit einer entsprechenden Vollmacht gekoppelte Erteilung eines Auftrages durch einen Kunden an seinen Vertragspartner zu verstehen, einen Teil seines Vermögens oder sein Gesamtvermögen, das aus Finanzinstrumenten im Sinne des § 2 Z 34 BWG besteht, entsprechend den Anlagerichtlinien im Namen und auf Rechnung des Kunden zu gestionieren, und zwar (im Regelfall) ohne vorhergehende Rücksprachepflicht mit dem Kunden vor der Erteilung einer Einzelorder durch den Verwalter (vgl. Knobl in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, Rz 12 zu § 11). § 1 Abs. 1 Z 19 BWG schließt jedoch aus, dass der Dienstleister Wertpapiere, Geld oder sonstige Instrumente hält, weil er diesbezüglich nie in Schuldnerstellung gegenüber dem Kunden geraten darf. Entscheidend für das Vorliegen eines Finanzdienstleistungsgeschäftes ist somit der Umstand, dass der Vermögensverwalter dem Anleger zu keiner Zeit Geld oder sonstiges Vermögen, sondern nur die Mühewaltung der sorgfältigen Erbringung der Dienstleistung "Verwaltung des Kundenportefeuilles" schuldet (vgl. Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778).

Im vorliegenden Fall wurden die Verrechnungskonten und die Wertpapierdepots als - auch als solche bezeichnete - Treuhandkonten der C AG geführt. Dass diese Konten (deshalb) besonderen Geschäftsbedingungen der kontoführenden Bank unterlegen wären, bzw. den Inhalt solcher Geschäftsbedingungen hat die belangte Behörde nicht festgestellt. Jedenfalls hat einer der Mitbeteiligten im Verwaltungsstrafverfahren selbst angegeben, dass es sich bei der von ihnen gewählten Lösung um eine Vollrechtstreuhand gehandelt habe. Diese ist den WPDLU jedoch - im Hinblick auf die obigen Ausführungen - verboten (vgl. Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, 1. Band, Rz 112 z u § 1 BWG). So wird der Treuhänder dem Treugeber gegenüber bei Auflösung der Treuhandvereinbarung schuldrechtlich verpflichtet. Auch im Konkurs und Ausgleich des Treuhänders hat der Treugeber in Ansehung des Treugutes ein Aussonderungsrecht, sodass diesfalls die Masse Schuldnerin des Treugebers würde. Das Bestehen eines Aussonderungsrechtes spricht somit keinesfalls gegen die von der FMA vertretene Auslegung, zumal § 1 Abs. 1 Z 19 BWG auf die Möglichkeit der Entstehung einer Schuldnerstellung des Dienstleisters gegenüber seinen Kunden hinsichtlich des gehaltenen Vermögens, nicht aber darauf abstellt, ob die Gläubigerstellung des Kunden in einem allfälligen Konkursverfahren über das Vermögen des Dienstleisters eine privilegierte (Aussonderungsanspruch) ist oder nicht (Konkursforderung).

Verwaltet der Treuhänder die treuhändig überwiesenen Gelder auf einem Anderkonto, so ändert das nichts daran, dass nur der Treuhänder über das Anderkonto Verfügungsberechtigt ist; es entsteht kein Rechtsverhältnis zwischen dem Treugeber und der das Anderkonto führenden Bank (vgl. dazu Strasser in Rummel, ABGB3, Rz 42a ff zu § 1002; Iro in Avancini/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 249 ff). Auch in dem von den Mitbeteiligten vorgelegten Gutachten wird die Möglichkeit des Entstehens eines Anspruches der Anleger gegenüber der C AG bejaht, allerdings die Auffassung vertreten, dieser sei lediglich auf die Übertragung der Rechte (der C AG gegen die kontoführende Bank) aus den Verrechnungskonten und Treuhanddepots gerichtet. Ob diese Auffassung nach Maßgabe der zwischen den Kunden und der C AG abgeschlossenen Vereinbarungen zutrifft, hat die belangte Behörde nicht festgestellt. Aber schon die Möglichkeit des Entstehens der vom Sachverständigen erwähnten Übertragungsansprüche genügt im Zusammenhang mit der Verfügungsmacht des Trenehmers über die Vermögenswerte (mag diese auch nicht die Veranlassung von Leistungen an sich selbst, wohl aber an jeden Dritten, soweit dies nicht - für die Bank klar erkennbar - der Treuabrede widerspricht - vgl. hiezu Iro in Avancini/Iro/Kozioł, a.a.O., 256 -, umfassen) dafür, dass von einem "Halten" des Treugutes (Geld, Wertpapieren und sonstigen Instrumenten) durch ihn, sowie weiters davon gesprochen werden kann, dass der Dienstleister gegenüber dem Kunden "diesbezüglich", hier also in Ansehung der Pflicht, bei Auflösung des Treuhandverhältnisses dem Kunden den Herausgabeanspruch gegenüber der kontoführenden Bank in Ansehung der gehaltenen Vermögenswerte abzutreten, Schuldner des Dienstleistungsempfängers wird. Im Hinblick darauf, dass die Verfügungsmacht des Treuhänders auch bei dieser

Konstruktion die Übertragung der Vermögenswerte an jeden von ihm bezeichneten Dritten umfasst und nur in Ansehung offenkundiger Verstöße gegen die Treuhandabrede Verfügungen von der Bank nicht ausgeführt werden dürften, läge auch in einem Ausschluss der Verfügungsmacht des Dienstleisters zur (unmittelbaren) Übertragung dieser Werte an sich selbst kein entscheidender Unterschied, was den Schutz der Kunden angeht.

Da die C AG bei den hier dargestellten Fondsverwaltungen hinsichtlich der gehaltenen Vermögenswerte Schuldner ihrer Kunden werden konnte, scheidet die Qualifikation der Tätigkeit als Finanzdienstleistungsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 BWG jedenfalls aus. Vor diesem Hintergrund läge es aber keinesfalls nahe, dass die von der C AG betriebenen Geschäfte (welche dann, wenn keine Schuldnerstellung des Dienstleisters in Ansehung gehaltener Vermögenswerte entstanden wäre unstrittig der Konzessionspflicht nach der zuletzt genannten Bestimmung in Verbindung mit § 4 BWG und - allenfalls - § 19 WAG unterlegen wären), weder nach der Ziffer 19 (wegen des Bestehens einer Schuldnerstellung im Sinne dieser Bestimmung) noch nach anderen Ziffern des § 1 BWG in Verbindung mit § 4 leg. cit. konzessionspflichtig wären (also gerade der Umstand, dass Forderungen des Kunden gegenüber dem Dienstleister in Ansehung der gehaltenen Vermögenswerte entstehen können, zum gänzlichen Fehlen einer Konzessionspflicht führen würde).

Nach Ansicht der FMA ist die Tätigkeit der C AG als Einlagengeschäft § 1 Abs. 1 Z 1 BWG - Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung) und als Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 Z 5 BWG - Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere) zu qualifizieren.

Dem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG unterliegen Geschäfte, in welchen fremde Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (gewerblich) übernommen werden.

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at