jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2009/1/28 1Ob187/08v

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.01.2009

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Katja ***** S*****, vertreten durch Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, und die Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei 1.) Mag. Dr. Helmut K*****, und 2.) Mag. Gabriela P*****, beide *****, vertreten durch Dr. Engelhart & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, 3.) B***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Heinz Stöger, Rechtsanwalt in Wien, 4.) D***** GmbH, *****, 5.) Mag. Nikolaus S*****, und 6.) Mag. Andreas S*****, alle vertreten durch Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Feststellung (Streitwert: 46.250 EUR), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 9. Juli 2008, GZ 14 R 27/08f-56, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 3. Dezember 2007, GZ 30 Cg 18/06x-51, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Dem Erstgericht wird eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin und ihr Ehemann schlossen Ende 2003 mit der AMIS Financial Consulting AG (im Folgenden: AFC) zwei Vermögensverwaltungsverträge betreffend den „AMIS Funds China World Opportunities Fund C" und den „AMIS Kombiplan+" und leisteten für jedes dieser beiden Vertragsverhältnisse, die per 1. 11. 2003 begannen, jeweils eine Einmalzahlung in Höhe von 25.000 EUR. Dieses Geld stammte aus dem Vermögen der Klägerin.

Die AFC war am 5. 7. 2002 durch Umwandlung aus der AMIS Consulting GmbH hervorgegangen, welche am 5. 5. 2001 ins Firmenbuch eingetragen worden und deren alleinige Gesellschafterin die AMIS Asset Management Investment Services AG (im Folgenden: AMIS), vormals AMV Asset Management Vermögensverwaltung AG (im Folgenden: AMV), war. Im Herbst 2002 war der Betrieb „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen" von der AMIS abgespalten und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die AFC übertragen worden (§ 1 Abs 2 Z 2 SpaltG), womit auch die ursprünglich auf die AMIS lautende Konzession zur gewerblichen Erbringung von Finanzdienstleistungen (Verwaltung von

Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden, § 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG) auf die AFC übergegangen war.

AMV, AMIS bzw AFC veranlagten die Gelder ihrer Kunden überwiegend in zwei luxemburgische Fonds, den „Top Ten Multifonds" und dem „AMIS Funds". Beide Fonds waren als sogenannte SICAVs (sociétés d' investissement á capital variable) organisiert und standen den AMIS-Unternehmen nahe. Die Kundeneinzahlungen wurden zunächst tatsächlich an die Fonds überwiesen. In weiterer Folge ließen sich AMIS bzw AFC jedoch diverse Provisionen und Gebühren - deren Abzug in den Vermögensverwaltungsverträgen nicht erwähnt und den Kunden weder bei Vertragsabschluss noch während der Vertragslaufzeit mitgeteilt wurde - in Form von Rückkäufen von Fondsanteilsscheinen („redemptions") wieder aus dem Fondsvermögen auszahlen, ohne dass diese Beträge im Kundenverwaltungsprogramm als Abzüge vom Vertragsbestand erfasst wurden. Auf diese Weise wurden Kundengelder im Ausmaß von rund 60 Mio EUR veruntreut.

Nachdem mit Bescheid vom 31. 8. 2005 für die AFC ein Regierungskommissär bestellt worden war, der die Malversationen aufdeckte, wurde mit Beschlüssen des Handelsgerichts Wien vom 2. und 7. 11. 2005 über das Vermögen der AMIS und der AFC der Konkurs eröffnet. In Luxemburg wurde die Liquidation der beiden SICAVs eingeleitet.

Die Klägerin begehrte aus dem Titel der Amtshaftung die Feststellung der Haftung der Beklagten für jenen Schaden, der ihr durch die genannten Kapitalanlagen entsteht, abzüglich bereits erhaltener Auszahlungen aus den Verträgen und allfälliger Zahlungen, die sie aus dem Liquidationsverfahren der luxemburgischen Fonds, aus dem Konkursverfahren, und als Entschädigung im Rahmen der Anlegerentschädigungseinrichtung erhalten werde. Wären die Aufsichtsbehörden, nämlich die Bundes-Wertpapieraufsicht (BWA) und die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA), ihren gesetzlichen Überwachungspflichten nachgekommen, die insbesondere auch dem Schutz der Anleger dienten, wäre es zu den Vermögensinvestments der Klägerin - und damit auch zu ihren Verlusten - nicht gekommen. Aufgrund mehrerer, den Aufsichtsbehörden bekannter Unzulänglichkeiten hätte eine Konzession gar nicht erteilt werden dürfen bzw die bereits erteilte Konzession noch vor der Investition der Klägerin widerrufen werden müssen. Im Einzelnen berief sich die Klägerin insbesondere auf folgende Umstände, auf die die Aufsichtsbehörden nicht adäquat reagiert hätten:

Die Sicherheit des von den Anlegern bei der AFC investierten Kapitals sei bei der konkreten Anlagegestaltung, die allen sonst in Österreich marktüblichen Konstruktionen widersprochen habe, von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Bei Vermögensverwaltungsverträgen komme der Depotbank eine wichtige Schutzfunktion zu. Der Vermögensverwalter solle zwar das Depot des Kunden umschichten und Investmententscheidungen für den Kunden treffen können, dürfe aber keine Verfügungsgewalt über die Gelder oder Instrumente der Kunden erlangen. Insbesondere sei es ihm untersagt, Gelder der Kunden in Empfang zu nehmen, Instrumente bzw Wertpapiere der Anleger auf eigenen Depots zu halten, sich Zeichnungsberechtigungen auf den Depots bzw Konten einräumen zu lassen, sich investierte Gelder auf eigene Konten rücküberweisen zu lassen, ohne Zustimmung des Kunden Provisionen von Dritten in Empfang zu nehmen und für sich selbst zu vereinnahmen, eine rein passive Vermögensverwaltung vorzunehmen, die darin bestehe, nur einen einzigen Dachfonds zu erwerben, und Gelder oder Instrumente der Kunden ohne deren ausdrückliche Zustimmung auf eine andere Depotbank zu verlagern. Vermögensverwaltungsverträge wiesen daher konstruktionsbedingt ein besonderes rechtliches Risiko auf, das über das rechtliche Risiko von Investmentfonds gemäß dem InvFG hinausgehe. Daher lege die staatliche Finanzmarktaufsicht (FMA) an diese Verträge üblicherweise auch einen strengen aufsichtsrechtlichen Maßstab an.

Damit der Vermögensverwalter AFC nicht Schuldner der Kunden werde, hätte die Abwicklung dieses Vermögensverwaltungsvertrags dem Gesetz entsprechend über ein bei einem zum Depotgeschäft als Bankdienstleistung befugten Kreditinstitut zu eröffnendes Wertpapierdepot erfolgen müssen. Der Anleger hätte dann jederzeit den konkursfesten Zugriff auf seine verwalteten Wertpapiere gehabt und wäre im Wege der Depotbankmitteilungen über die tatsächliche Zusammensetzung des Bestands in Kenntnis gesetzt worden. Die von der AFC vorgegebene Vertragsgestaltung habe jedoch - ohne dass die Klägerin oder sonstige Kunden je darüber informiert worden wären - die Abwicklung über ein solches für den Kunden zugängliches Wertpapierdepot und eine objektive Berichterstattung der Depotbank gegenüber dem Anleger nicht vorgesehen. Vielmehr sei es in der Verfügungsbefugnis der AFC bzw von „anderen verbundenen Gesellschaften" gestanden, nach eigenem Belieben auf die Kundengelder zuzugreifen und sie missbräuchlich für vertragsfremde Zwecke zu verwenden, insbesondere sich

noch nicht entstandene Verwaltungsgebühren bzw Provisionen aus dem Kundenvermögen bevorschussen zu lassen und auch sonst Überweisungen an verbundene Gesellschaften zu veranlassen. Zu diesem Zweck seien bei den SICAV-Fonds Rückkäufe („redemptions") beauftragt worden. Für den Vertrieb eines EWR-Kapitalanlagefonds sehe § 34 InvFG vor, dass eine österreichische Bank zu benennen sei, über die die Rücknahme von Anteilen durch die Kapitalanlagegesellschaft abgewickelt werde. Der FMA habe auffallen müssen, dass zwar nach den Angaben im Prospekt zum Fonds „AMIS Funds SICAV" eine solche Bank bestellt worden sei, nämlich die Capital Bank, dass dieser Umstand aber den Kunden nirgends mitgeteilt worden sei. Der FMA, die zum Schutz der Anleger und des Markts zur Aufsicht berufen sei, habe eine solches Verschweigen der inländischen Bank - besonders im Hinblick auf andere, seit 1999 wiederholt aufgetretene Verdachtsmomente und bei der AMIS bzw AFC aufgefallene Unregelmäßigkeiten - merkwürdig vorkommen müssen, weil durch die Vermögensverwaltung von AFC ganz offenkundig systematisch die Kontrollfunktion der Depotbank und das Wesen des Vermögensverwaltungsvertrags und dessen gesetzlicher Rahmen unterlaufen werden habe sollen. Der zweimalige Wechsel der Depotbank sei ohne Zustimmung der Anleger erfolgt.

Außerdem habe die AFC das Kundenvermögen entgegen den §§ 13 und 14 WAG massiv in Finanzanlagen investiert, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden seien, obwohl die Unabhängigkeit und Objektivität bei der Produktauswahl Inhalt des Vertrags mit dem Anleger und aufgrund der Wohlverhaltensregeln auch geboten gewesen seien. Die Vertragskonstruktion habe gegenüber der Klägerin wie jedem Kunden den Eindruck erweckt, sie investiere unmittelbar in einen österreichischen Investmentfonds.

Dazu sei gekommen, dass die Beteiligung an den Luxemburger Fonds zusätzlich - und wieder ohne die Anleger darüber aufzuklären - über einen Treuhänder mit Sitz auf den Cayman Islands erfolgt sei, der Kunde also im von der Depotbank der Fonds geführten Anteilsregister gar nicht aufscheinen würde. Dass dieser Treuhänder eingeschaltet werden sollte, sei den Kunden nicht bewusst gemacht worden. Der Treuhänder sei nichts anderes gewesen als eine Tochterfirma der AMIS, deren Agenden von Wien aus von denselben Personen gelenkt worden seien wie die Geschäfte der AFC bzw der AMIS selbst. Die „Kundeneinzahlungen" seien zwar zunächst tatsächlich an die beiden SICAV-Fonds in Luxemburg transferiert worden. In weiterer Folge habe sich jedoch die AMIS (und nach ihrer Abspaltung die AFC) Provisionen und Gebühren in Höhe von bis zu 38 % der jeweiligen Kundeneinlage durch Verkäufe von Anteilen aus dem SICAV-Vermögen auszahlen lassen. Dies sei nur möglich gewesen, weil der Depotbank nicht jeweils der einzelne Kunde als Einzahler angegeben worden sei, sondern vielmehr AFC bzw der von der AMIS dominierte Treuhänder die Kundengelder „gehalten", entgegengenommen und weiterüberwiesen habe, sohin der Depotbank gegenüber als Berechtigter aufgetreten sei.

Darüber hinaus sei schon die Konzessionserteilung im Jahr 1999 verfehlt gewesen, zumal zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal die Gründungsprüfung abgeschlossen gewesen sei. Auch der gesetzlich geforderte Geschäftsplan sei nicht vorgelegen. Der Behörde sei auch mangels ausreichender Prüfung nicht aufgefallen, dass einer der beiden vorgesehenen Geschäftsleiter nicht über die erforderliche Fachkompetenz verfügt und der andere die Tätigkeit als Geschäftsleiter nur nebenberuflich ausgeübt habe. Es hätten auch weder ein vom Gesetz verlangter organisatorischer Aufbau, noch ein internes Kontrollwesen bestanden, das geeignet gewesen wäre, den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb sicher zu stellen.

Die Beklagte wandte im Wesentlichen ein, es stehe nicht fest, dass die Klägerin überhaupt einen Schaden erleiden werde, da sie noch Ausschüttungen aus den Fonds zu erwarten habe. Sie habe auch dadurch schuldhaft gegen ihre Rettungs- und Schadensminderungspflicht verstoßen, dass sie weder im Konkursverfahren einen Prüfungsprozess über ihre bestrittene Forderung anhängig gemacht, noch die von der Anlegerentschädigungseinrichtung bestrittene Forderung gerichtlich geltend gemacht habe. Amtshaftungsansprüche bestünden schon deshalb nicht, weil die Aufsicht über die AFC und deren Rechtsvorgänger stets mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt worden sei. Zumindest beruhe das Aufsichtsverhalten auf vertretbarer Rechtsansicht. Keineswegs sei die Sicherheit des von den Anlegern der AFC investierten Kapitals von Anfang an in besonderer Weise gefährdet gewesen. Die BWA habe zwar im Mai 1999 festgestellt, dass auf ein Bankkonto der AMIS Kundengelder einbezahlt worden seien, doch sei dieses Konto letztlich nach Interventionen der Aufsichtsbehörde zum 15. 9. 2000 geschlossen worden. Der Aufsichtsbehörde seien keine Hinweise dafür vorgelegen, dass die AFC entgegen den §§ 13 f WAG Kundenvermögen massiv in Finanzanlagen investiert hätte, die von verbundenen Gesellschaften emittiert worden seien; vielmehr hätten die von Wirtschaftsprüfern erstellten Aufsichtsberichte stets die Einhaltung dieser Bestimmungen bestätigt. Ebensowenig 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 weiter verfolgt und festgestellte Mängel nachweislich behoben worden. Im Rahmen der laufenden Aufsicht hätten keine Unregelmäßigkeiten bei der AMIS bzw der AFC festgestellt werden können, die eine Entziehung der Konzession oder die Verhängung einer Geschäftsaufsicht oder die frühere Bestellung eines Regierungskommissärs gerechtfertigt hätten. Es sei auf festgestellte Mängel rechtzeitig und im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips adäquat reagiert und die Herstellung des rechtmäßigen Zustands von der Aufsichtsbehörde überwacht worden. Den Anlegern seien sehr wohl eine Depotbank sowie eine Depotnummer bekannt gegeben worden. Die Aufsichtsbehörde habe nicht die Aufgabe, die Eröffnung der einzelnen Kundendepots zu prüfen, was im Übrigen auch faktisch gar nicht möglich wäre.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Aus den - insbesondere auch durch Wiedergabe des Inhalts von zahlreichen Urkunden (Prüfberichten, Korrespondenz, ...) konkretisierten - umfangreichen Sachverhaltsfeststellungen ist Folgendes hervorzuheben:

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 einer als Geschäftsleiter vorgesehenen Person als nicht ausreichend angesehen hatte, wurde ein anderer Geschäftsleiter 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 Kundenportfolios 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.

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 einem Geschäftsleiter und dem (als Geschäftsleiter nicht akzeptierten) Gesamtprokuristen 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.

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 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 das Magistratische 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 äußert 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 der Gesamtprokurist 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 ATS passiert war.

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 § 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.

Im ersten Halbjahr 2002 wurde die AMIS von der BWA (ab 1. 4. 2002 von der 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 10. Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 %, bei Einmalveranlagungen bis zum 8. Jahr 1,75 % p.a. und danach 1,5 % p.a. Bei dieser Gebühr handle es sich um eine All-inc1usive-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, eines 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 I***** Bank ***** (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 vorgelegte Origina1belege - 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 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.

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 hiefür erforderliche Bankkonzession. Der UVS Wien gab den dagegen erhobenen Berufungen Folge, worauf die Verfahren eingestellt wurden.

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 durch Sorgfa1t, Sachkenntnis und Gewissenhaftigkeit entsprechend aufgeklärt worden.

Am 5. 11. 2003 erteilten die Klägerin und ihr Ehemann nach Beratung durch einen Versicherungsmakler, der erklärt hatte, es handle sich um eine absolut sichere und solide Anlageform, bei der es praktisch kein Risiko gebe, der AFC (schriftlich) den Auftrag zur Veranlagung der Beträge von zweimal 25.000 EUR in die eingangs dieser Entscheidung erwähnten „Finanzprodukte".

Diesen Anträgen lagen unter anderem folgende Allgemeine Geschäftsbedingungen der AFC zugrunde:

„1. Grundsätzliches

1.1. AMIS Financial Consulting AG ist ein konzessioniertes österreichisches Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Ich/Wir beauftrage(n) AMIS Financial Consulting AG unwiderruflich mit der Vermittlung der in diesem Antrag genannten Anteile an AMIS Funds SICAV Luxemburg ('Fondsgesellschaft'). Mit der Durchführung der Vermittlung ist der Auftrag erfüllt. Dieser Auftrag umfasst keine weiteren Tätigkeiten, insbesondere keine Verwaltungs- oder Beratungstätigkeiten.

1.2. Die Fondsgesellschaft ist nach luxemburgischen Recht registriert und hat die im Teilfonds-Prospekt dargestellten Investmentfonds aufgelegt.

[...]

3. Investmentangaben

3.1. Der Antrag ist auf den Erwerb von den im Zeichnungsschein genannten Fondsanteilen gerichtet. Die Anteile der Fondsgesellschaft sind als eingetragene Namensanteile ausgegeben.

Jeder Anteilsinhaber erhält eine Bestätigung der Eintragung des vom Nominee geführten Anteilsregisters. [...]

4. Investmentformen

4.1. Das Investment in Anteilen an Teilfonds der Fondsgesellschaften kann entweder als Einmalanlage oder in gleichmäßigen monatlichen Raten (Aufbauplan) erfolgen.

4.2. Die Übertragung der Anteile auf den Anleger erfolgt nach Eingang des korrekt ausgefüllten Kaufantrags und Gutschrift des Anlagebetrags auf dem jeweiligen Konto der depotführenden Stelle. [...]

4.4. Auszahlungsplan

4.4.1. Der/Die Anteilsinhaber des Auszahlungsplans erteilt/erteilen mit diesem Zeichnungsantrag und den darin zum Auszahlungsplan gemachten Angaben die Anweisung, die erforderliche Zahl der zuvor erworbenen Anteile (Mindestanlagesumme ? 36.500,-) von den zum Auszahlungsplan definierten Funds quartalsweise/halbjährlich/jährlich im Rahmen der unten angeführten Bedingungen zu verkaufen. Die Auszahlung ist nur möglich, wenn mindestens ? 36.500,- angelegt sind. Die im Zeichnungsantrag vom Kunden definierten Auszahlungen unterliegen keiner Rücknahmegebühr.

4.4.3. Beim Auszahlungsplan werden zur Deckung der Auszahlungsbeträge Anteile der Fonds verkauft. Da die auf diesem Antrag angegebene prozentuelle Höhe der regelmäßigen Auszahlungen p.a. auf die geleistete Einzahlungssumme maßgebend ist, bedeutet dies, dass sich die Anzahl der zu verkaufenden Anteile von Verkauf zu Verkauf aufgrund von Veränderungen des Wertes der Anteile und auch aufgrund von Währungsschwankungen ändern kann. Der/Die Anteilsinhaber wird/werden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass damit keine Ertrags- oder sonstige Garantie für eine bestimmte Performance abgegeben wird, sondern der auszuzahlende Betrag den Depotwert verringert. Durch Auszahlungen kann es vorkommen, dass die veranlagten Investmentanteile aufgebraucht werden. [...]

6. Sonstiges

[...] 6.6. Die Fondsgesellschaft weist ausdrücklich darauf hin, dass weder sie selbst noch ihre Erfüllungsgehilfen eine bestimmte Wertentwicklung vorhersagen und daher auch keine darauf gerichteten Garantieerklärungen oder sonstige mit einer bestimmten Wertentwicklung im Zusammenhang stehenden Zusagen abgeben können. [...]"

Die Klägerin erkundigte sich im Hinblick auf die Erklärungen des Versicherungsmaklers gar nicht näher darüber, in welches Produkt oder in welches Unternehmen sie investiere. Sie ging aber davon aus, dass sie in ein österreichisches Produkt investiere; die Bestellung eines Treuhänders war ihr nicht bewusst, wenngleich sie bei Abschluss der Verträge die Vertragsbedingungen erhalten und durchgelesen hatte. Dass sie diese Investitionen ausschließlich im Vertrauen darauf getätigt hätte, dass die ihr vermittelten Produkte von staatlichen Behörden, nämlich der FMA, kontrolliert würden, dass sie also ohne diese Mitteilung von dieser Investition Abstand genommen hätte, konnte das Erstgericht nicht feststellen.

In rechtlicher Hinsicht bejahte das Erstgericht das Bestehen eines Feststellungsinteresses. Da feststehe, dass Anlegergelder im Ausmaß von rund 60 Mio EUR verschwunden seien, stehe ein Schaden dem Grunde nach fest, nicht aber auch dessen Höhe, weil noch ungewiss sei, in welchem Umfang die Klägerin aus dem Konkurs über das Vermögen der AFC, von der Anlegerentschädigungseinrichtung und/oder im Rahmen der Liquidation der Luxemburger Fondsgesellschaften Zahlungen erhalten werde. Ein Verstoß gegen § 2 Abs 2 AHG sei der Klägerin nicht vorzuwerfen. Abgesehen davon, dass ihr Schaden höher sei als der von der Anlegerentschädigungseinrichtung zu ersetzende Höchstbetrag, habe das System der Anlegerentschädigung nicht den Zweck, einen im Rahmen der Amtshaftung Ersatzpflichtigen im Umfang der zu leistenden Zahlungen zu entlasten. Dass die Beklagte für allfälliges Verschulden von Organen der BWA bzw der FMA auch für die Zeit vor der Novellierung des FMABG nach den Bestimmungen des AHG hafte, sei nicht strittig. Entgegen der Auffassung der Klägerin könne den Organen der BWA allerdings nicht vorgeworfen werden, im Februar 1999 die Konzession schuldhaft zu Unrecht erteilt zu haben. Zu diesem Zeitpunkt habe die BWA nicht damit rechnen müssen, dass das Unternehmen nach Erteilung der Konzession und Aufnahme seiner Geschäftstätigkeit allenfalls Kundengelder halten würde; Gleiches gelte für das (allfällige) Fehlen eines entsprechenden internen Kontrollwesens. Dass die - nach Ablehnung eines namhaft gemachten Geschäftsleiters - nominierte Person für die Funktion des Geschäftsleiters nicht geeignet gewesen wäre, behaupte die Klägerin nicht. Aus § 5 Abs 1 Z 13 BWG sei auch nicht abzuleiten, dass ein Geschäftsleiter diese Funktion hauptberuflich ausüben müsse. Hingegen schließe sich das Erstgericht der Auffassung der Klägerin an, die Beklagte habe dafür einzustehen, dass die Organe der Aufsichtsbehörden nicht nachträglich im Zusammenhang mit den festgestellten Gesetzesverstößen tätig geworden sind. Zur Bankenaufsicht habe der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass die Aufsicht des Bundes auch dem Schutze der Gläubiger von Kreditinstituten diene. Im hier zu beurteilenden Fall sei allerdings nicht der Konkurs des Wertpapierdienstleistungsunternehmens, sondern vielmehr diesem vorangegangene strafgesetzwidrige Vorgänge Ursache für den (teilweisen) Verlust der Anlegergelder. Es könnte zweifelhaft sein, ob Schutzzweck der Normen des WAG bzw BWG auch der Schutz der Anleger vor derartigen Straftaten sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die BWA (bzw nunmehr FMA) bei Ausübung der Aufsicht gemäß § 24 Abs 1 WAG nicht bloß auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt, sondern auch auf die Interessen der Anleger Bedacht zu nehmen habe. Als Ziele der Aufsicht seien damit klar der Funktionsschutz und der Schutz der Anlegerinteressen genannt. Auch nach § 2 Abs 1 WAG solle die BWA unter anderem die Wahrnehmung der Interessen der Anleger gewährleisten. Ungeachtet der Notwendigkeit, grundsätzlich ein Ausufern von Ersatzansprüchen hintanzuhalten, gehe das Gericht daher im Hinblick auf diese Intentionen des Gesetzes davon aus, dass Schutzweck der gesetzlichen Regelungen der

Aufsicht der BWA bzw FMA über die Einhaltung der Wohlverhaltensregeln des WAG generell auch der Schutz der Anleger vor solchen kriminellen Machenschaften sei, die zum Verlust von zumindest einem Teil des investierten Kapitals führen.

Von den von der BWA bei der Prüfung im Mai 1999 aufgezeigten diversen Gesetzesverstößen der AMV seien zwei besonders hervorzuheben: Zum einen habe die BWA Kenntnis davon erlangt, dass die Gesellschaft über ein Konto verfügte, auf das Kundengelder eingezahlt wurden, sodass das Unternehmen - nach der von der BWA selbst vertretenen Auffassung - gegen § 20 Abs 1 Z 4 WAG verstoßen habe; zum anderen habe die BWA erkannt, dass es zumindest fraglich sei, ob die Gesellschaft immer entsprechend den Wünschen ihrer Kunden - insbesondere hinsichtlich des mit der Veranlagung verbundenen Risikos - gehandelt habe. In beiden Fällen sei ein Verstoß gegen Schutzvorschriften vorgelegen. Durch das Hereinnehmen von Kundeneinlagen auf einem eigenen Konto habe die AMV gegen § 1 Abs 1 Z 19 BWG (bzw § 20 Abs 1 Z 4 WAG) verstoßen. Die aufgezeigte Verletzung von Kundeninteressen sei als Verstoß gegen § 14 Z 1 WAG zu qualifizieren, weil es danach den Wertpapierdienstleistungsunternehmen untersagt sei, ihren Kunden den Ankauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten (§ 2 Z 34 BWG) oder Veranlagungen gemäß § 1 Abs 1 Z 3 KMG zu empfehlen, wenn und soweit die Empfehlung nicht mit den Interessen der Kunden übereinstimmt. Gemäß § 24 Abs 1 WAG in der damals geltenden Fassung hätte die BWA die Einhaltung des WAG zu überwachen und dabei auf das volkswirtschaftliche Interesse an einem funktionsfähigen Kapitalmarkt und auf die Interessen der Anleger Bedacht zu nehmen gehabt. Insbesondere hätte sie die Einhaltung der sogenannten „Wohlverhaltensregeln" (§§ 11 ff WAG) überwachen müssen. Die BWA hätte daher gemäß § 24 Abs 3 WAG die in § 70 Abs 4 Z 1 bis 3 BWG genannten Maßnahmen ergreifen müssen. Angesichts der bei der Prüfung im Mai 1999 unter anderem festgestellten Verstöße gegen § 20 Abs 1 Z 4 und § 14 Z 1 WAG wäre die BWA gehalten gewesen, zunächst einen Bescheid im Sinne des § 70 Abs 4 Z 1 BWG zu erlassen, also der AMV unter Androhung einer Zwangsstrafe die Herstellung des rechtmäßigen Zustands, insbesondere durch Schließung des Bankkontos, aufgrund dessen sie Zugang zu Kundengeldern hatte, aufzutragen. Das Unterbleiben einer solchen Aufforderung könne schon deshalb nicht mehr als vertretbar angesehen werden, weil die BWA selbst zu Recht der Überzeugung war, dass hier ein derartiger Verstoß vorliege. Nicht einmal das Fortbestehen des gesetzwidrigen Zustands bei der weiteren Prüfung im Februar 2000 habe die BWA zum Anlass genommen, einen Bescheid im Sinne des § 70 Abs 4 Z 1 BWG zu erlassen. Hätte sie einen solchen Bescheid bereits aus Anlass der ersten Prüfung erlassen, hätte sie die Möglichkeit gehabt, den Geschäftsleitern gemäß § 70 Abs 4 Z 2 BWG die Geschäftsführung zu untersagen. Eine solche Vorgangsweise wäre keineswegs nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen gewesen. Darüber hinaus sei bei den Prüfern der BWA bei dieser Prüfung zunächst wieder der Verdacht eines Verstoßes gegen § 13 Z 4 WAG entstanden, weil die Kunden nicht darauf hingewiesen wurden, dass sie in einen „Umbrella-Fonds" investierten. Das Untätigbleiben der BWA erweise sich angesichts des Verdachts der Verletzung der Wohlverhaltensregeln auch insoweit als rechtswidrig. Auch deswegen hätte die BWA, sofern sie bereits auf den bei der ersten Prüfung entstandenen Verdacht entsprechend reagiert hätte, den Geschäftsleitern die Geschäftsführung untersagen können. Die Beklagte habe gar nicht - im Sinne des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens - vorgebracht, dass die AMV derartigen Bescheiden im Sinne des § 70 Abs 4 Z 1 BWG nachgekommen wäre, sodass eine Untersagung der Geschäftsführung nicht mehr in Betracht gekommen wäre. Sie habe auch nicht einmal behauptet, dass die Untersagung der Geschäftsführung zur Folge gehabt hätte, dass kein weiterer derartiger Gesetzesverstoß erfolgt wäre, sodass es keinesfalls zum Entzug der Konzession kommen hätte können. Die Organe der BWA hätten daher den Schaden (auch) der Klägerin rechtswidrig dem Grunde nach verursacht; mangelndes Verschulden habe die Beklagte nicht nachweisen können. Vorzuwerfen sei der BWA auch die ursprünglich praktizierte Vorgangsweise, sich grundsätzlich auf die Angaben des geprüften Unternehmens zu seinen Konten zu verlassen, anstatt gerade in einem Fall wie diesem, in dem von Anfang an immer wieder Hinweise auf verschiedene Konten aufgetaucht seien, über die das Unternehmen Zugriff auf Kundengelder gehabt habe, bei sämtlichen österreichischen Banken anzufragen, welche Konten dieses Unternehmens bestehen. Es habe sich um eine „freiwillige Selbstbeschränkung" der BWA gehandelt, die keine gesetzliche Grundlage gehabt habe. Dem Klagebegehren sei daher stattzugeben, ohne dass auf die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Verstöße der Organe der BWA bzw FMA eingegangen werden müsste.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil mit der Maßgabe, dass eine Haftung der Beklagten für jene künftigen Schäden aus den (näher spezifizierten) Kapitalanlagen der Klägerin festgestellt wird, die „durch die Fehlleistungen der Organe der BWA bzw FMA in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufsichtspflichten gegenüber der AFC und ihren Vorgängerfirmen AMIS und AMV entstehen werden". Weiters sprach das Berufungsgericht aus, dass der Wert des

Entscheidungsgegenstands insgesamt 20.000 EUR übersteige und dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Das von § 228 ZPO geforderte Feststellungsinteresse der Klägerin liege vor. Die Feststellungsklage diene nicht nur dem Ausschluss der Gefahr der Verjährung, sondern auch der Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten und somit der Klarstellung der Haftungsfrage dem Grunde nach. Das Feststellungsinteresse fehle dann, wenn das mögliche Leistungsbegehren alles bieten könne, was mit dem Feststellungsbegehren angestrebt werde. Gegenstand des Verfahrens sei im Ergebnis der drohende Forderungsausfall der Klägerin. Zu prüfen sei also, ob auszuschließen ist, dass das inkriminierte Verhalten der Organe der Beklagten für einen solchen Ausfall ursächlich sein könnte. Hier würden der BWA bzw der FMA durchwegs pflichtwidrige Unterlassungen vorgeworfen. Eine Unterlassung gelte dann für einen Schadenserfolg als kausal, wenn die Vornahme einer bestimmten aktiven Handlung das Eintreten des Erfolgs verhindert hätte und diese Handlung möglich gewesen wäre. Eine Beweisführung komme in der Regel nur unter Bedachtnahme auf die Wahrscheinlichkeit des Tatsachenzusammenhangs in Betracht. Sei diese gegeben, habe der beklagte Rechtsträger zu beweisen, die erforderlichen Maßnahmen zur Schadensverhütung, zu denen das Organ verpflichtet gewesen sei, getroffen zu haben. Er könne sich nur dadurch von seiner Haftung befreien, dass er die Kausalität der Pflichtwidrigkeit ernstlich zweifelhaft mache oder das mangelnde Verschulden der in Betracht kommenden Organe nachweise. Die Schadenshaftung bestehe, wenn überwiegende Gründe dafür vorlägen, dass der Schaden durch das Verhalten eines Organs herbeigeführt wurde und der beklagte Rechtsträger einen anderen Ursachenzusammenhang nicht gleich wahrscheinlich mache oder eine andere ernstlich in Betracht kommende Möglichkeit des Geschehensablaufs nicht aufzeige. Kombiniere man nun die Erfordernisse des Feststellungsbegehrens mit jenen für den Nachweis der Kausalität einer Unterlassung, so habe die Klägerin hier zu beweisen, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass ihr kein oder kein so großer Forderungsausfall drohen würde, wenn die Organe der BWA und FMA pflichtgemäß gehandelt hätten. Ein Forderungsausfall wäre jedenfalls dann mit Sicherheit vermieden worden, wenn den „AMIS-Unternehmungen" der Geschäftsbetrieb so frühzeitig untersagt worden wäre, dass die Klägerin keine Zahlungen mehr an die AFC hätte leisten können. Es könne nun nicht jedenfalls von vornherein ausgeschlossen werden, dass die rechtzeitige Erlassung eines Bescheids nach § 70 Abs 4 Z 1 BWG iVm § 24 Abs 3 WAG in weiterer Folge die Einstellung der Geschäftstätigkeit - sei es infolge Untersagung der Geschäftsführung oder Konzessionsentzugs - noch vor Abspaltung des Betriebs „Erbringung von Wertpapierdienstleistungen" und dessen Übertragung an die AFC nach sich gezogen hätte, sodass die Klägerin erst gar nicht in die Gefahr geraten wäre, im November 2003 bei der AFC zu investieren. Infolgedessen sei auch die „theoretische Kausalität" der festgestellten Fehlleistungen zu bejahen. Inwieweit diese oder andere Fehlleistungen der BWA bzw FMA auch tatsächlich für einen konkreten Forderungsausfall der Klägerin ursächlich gewesen sein werden, werde erst in einem Folgeprozess auf Ersatz dieses konkreten Schadens geprüft und beurteilt werden können; folglich werde auch auf die in der Berufung aufgeworfene Frage der adäquaten Schadensverursachung erst im Zuge eines solchen Folgeprozesses eingegangen werden können.

Entgegen der Auffassung der Beklagten stehe der Klägerin die Leistungsklage nicht zur Verfügung. Sie habe zwar ihre verlorenen Investitionen mit insgesamt 46.250 EUR beziffert, gleichzeitig aber auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Höhe ihres Schadens damit noch keineswegs feststehe, weil nicht bekannt sei, wie hoch ihr Forderungsausfall letztlich sein werde. Ihr Schaden bestehe nicht darin, eine Zahlung geleistet zu haben, die ohne das schädigende Verhalten unterblieben wäre. Vielmehr seien die beiden Einzahlungen in Erfüllung des mit der AFC geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrags erfolgt. Aufgrund dieses Vertrags stehe ihr weiterhin ein Anspruch auf Auszahlung des angesparten Guthabens zu. Durch die Malversationen der Vorstandsmitglieder der „AMIS-Gesellschaften" und damit auch durch allfällige Fehler der BWA bzw FMA, die diesen Malversationen eventuell Vorschub geleistet hätten, sei daher im Vermögen der Klägerin vorerst keine Änderung eingetreten; nur die Einbringlichkeit ihrer bestehenden Forderung sei beeinträchtigt worden. Von einem eingetretenen Schaden könne erst dann die Rede sein, wenn und soweit sich die Forderung als ganz oder teilweise uneinbringlich erweisen sollte. Dies werde erst nach Abschluss der anhängigen Verfahren beurteilt werden können, mindere sich doch der eingetretene Schaden jedenfalls um die zur Auszahlung gelangenden Beträge. Es sei zwar mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Schaden entstehen werde, dessen Höhe sei allerdings noch nicht bezifferbar. Mangels betragsmäßig definiertem, fälligem Schadenersatzanspruch habe die Klägerin daher noch keine Leistungsklage erheben können, habe aber zur Vermeidung von Verjährungsfolgen eine Feststellungsklage einbringen müssen, da der Eintritt irgendeines Schadens sowie das Verschulden eines Organs der Beklagten bereits bekannt gewesen seien. Gerade in Fällen, in denen ein Schaden eingetreten sei, der seiner Höhe nach noch nicht abschließend beurteilt werden könne, sei eine Feststellungsklage erforderlich, um den Ablauf der Verjährungsfrist zu verhindern.

Das Feststellungsbegehren sei auch inhaltlich berechtigt. Den Organen der BWA sei keine vertretbare Rechtsauffassung zuzubilligen, bestimme doch § 24 Abs 3 WAG in der hier anzuwendenden Fassung, dass die BWA die in § 70 Abs 4 Z 1 bis 3 BWG genannten Maßnahmen zu ergreifen habe, wenn eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 20 WAG nach Erteilung der Konzession nicht mehr vorliege oder ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen Bestimmungen des WAG verletze. In solchen Fällen sei erstens dem Unternehmen unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, binnen angemessener Frist den rechtmäßigen Zustand herzustellen, zweitens im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern 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 könnte, und drittens die Konzession zurückzunehmen, wenn andere Maßnahmen nach dem WAG die Funktionsfähigkeit des Wertpapierdienstleistungsunternehmens nicht sicherstellen konnten. Die BWA habe bereits im Mai 1999 festgestellt, dass die AMV auf einem Bankkonto Kundengelder entgegengenommen und durch die Nichtvorlage der entsprechenden Verträge mit ihren freien Mitarbeitern gegen Auflagen im Konzessionsbescheid verstoßen habe; weiters hätten Zweifel bestanden, ob gegen das in § 14 Z 1 WAG verankerte Verbot verstoßen worden sei, den Kunden Veranlagungen zu empfehlen, wenn und soweit die Empfehlung nicht mit deren Interessen übereinstimmte. Diese Verstöße, insbesondere das Halten von Kundengeldern entgegen den Konzessionsvoraussetzungen, hätten jedenfalls Maßnahmen nach § 24 Abs 3 WAG erfordert. Im Hinblick auf den Wortlaut des § 24 Abs 3 WAG in der damals geltenden Fassung („hat") sei die BWA zum Einschreiten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen. Auch unter Berücksichtigung des von der Beklagten relevierten Umstands, dass die BWA eine „neue Behörde" gewesen sei, die ein „neues Gesetz" zu vollziehen und noch keine höchstgerichtliche Judikatur oder einschlägige Literatur zur Verfügung gehabt hatte, sei es nicht vertretbar gewesen, sich bloß mit einer Meldung an das BMF zu begnügen. Insoweit habe das WAG nämlich gar keinen Ermessensspielraum geboten, den die Organe der BWA zulässigerweise hätten nützen können. Ebensowenig könne sich die Beklagte mit dem Hinweis auf die uneingeschränkten Bestätigungsvermerke des Wirtschaftsprüfers exkulpieren, sei ihr doch unabhängig davon der Tatbestand aufgrund des Ergebnisses ihrer eigenen Prüfung positiv bekannt gewesen. Das Erstgericht sei daher zu Recht von einer rechtswidrigen und unvertretbaren, also schuldhaften Unterlassung der Organe der BWA ausgegangen.

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at