

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/4/26 W204 2150578-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.04.2018

## Entscheidungsdatum

26.04.2018

## Norm

ABGB §1002

ABGB §6

ABGB §863

ABGB §914

B-VG Art.133 Abs4

FMABG §22 Abs2a

InvFG 2011 §190 Abs5 Z1

InvFG 2011 §45

VStG 1950 §45 Abs1 Z1

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §28 Abs5

VwGVG §31 Abs1

VwGVG §38

VwGVG §48

VwGVG §50

## Spruch

W204 2150578-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Esther SCHNEIDER als Vorsitzende und die Richter Dr. Stefan KEZNICKL und Mag. Philipp CEDE, LL.M., als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 24.01.2017, Zl. XXXX , zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos behoben.

II. Das Verfahren wird gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgang:**

I.1. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA oder belangte Behörde) führte bei der XXXX (im Folgenden: Depotbank) in deren Funktion als Depotbank vom 18.03.2015 bis zum 19.03.2015 eine Vor-Ort-Prüfung gemäß § 147 Abs. 1 und 2 InvFG 2011 durch. Im Prüfbericht wird neben sechs sonstigen aufsichtsrelevanten Feststellungen ein Verdacht auf Normverletzung festgehalten. Danach belaste die Depotbank die einzelnen Fonds automatisch mit Depotgebühren, ohne einen Zahlungsauftrag von der Verwaltungsgesellschaft erhalten zu haben.

Mit Schreiben vom 13.10.2016 forderte die FMA die nach außen zur Vertretung Berufenen XXXX (im Folgenden: BF) und XXXX (BF zu W204-2150739) zur Rechtfertigung hinsichtlich des vorgeworfenen Verhaltens auf.

I.2. Mit Schreiben vom 16.11.2016 rechtfertigte sich der BF im Wesentlichen dahingehend, dass aus seiner Sicht stets ein Auftrag existiert habe. Es sei jedoch mittlerweile die Empfehlung der FMA umgesetzt worden. Er beantragte daher, das Verfahren einzustellen. Beigeschlossen war der Depotbankenvertrag mit der XXXX (im Folgenden: VWG für Verwaltungsgesellschaft) samt Beilagen und der Depotvertrag hinsichtlich der XXXX .

I.3. Das Straferkenntnis vom 24.01.2017, dem BF am 26.01.2017 zugestellt, richtet sich gegen den BF als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

"Sehr geehrter Herr XXXX !

I. Sie sind seit 01.03.2011 Vorstand der XXXX (in der Folge XXXX ), ein konzessioniertes Kreditinstitut mit Sitz in XXXX .

Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idF BGBl I 3/2008, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die XXXX im Zeitraum von 01.05.2012 bis 30.06.2016 den Investmentfonds XXXX ) der XXXX . (in der Folge VWG) mit der Depotgebühr als Vergütung für die Verwahrung der Wertpapiere dieses Investmentfonds automatisch und ohne separaten Auftrag der VWG belastet hat.

Es gab auch keinen Dauerauftrag, in dem ziffernmäßig im Vorhinein die konkrete Höhe der Depotgebühr festgelegt war, sondern bloß eine Ermächtigung zu deren Einzug.

II. Die XXXX haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 45 InvFG 2011, BGBl I 77/2011 iVm 190 Abs 5 Z 1 InvFG 2011, BGBl 77/2011 idF BGBl 184/2013"

Aufgrund dieser Verwaltungsübertretung wurde gegen den BF eine Geldstrafe in Höhe von EUR 5.000, im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 22 Stunden verhängt. Gemäß § 64 VStG seien als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens EUR 500 zu zahlen. Daraus ergebe sich ein zu zahlender Gesamtbetrag in Höhe von EUR 5.500.

I.4. Mit Schreiben vom 22.02.2017, per Fax am selben Tag und per Post am 23.02.2017 eingelangt, erhob der BF vollinhaltlich Beschwerde gegen den Bescheid wegen mangelhafter Sachverhaltsfeststellung und materieller Rechtswidrigkeit. Begründend wird darin ausgeführt, entgegen der Ansicht der FMA sei der VWG die Höhe der Depotgebühr im Vorhinein bekannt gewesen. Darüber hinaus sei der Begriff Auftrag des § 45 InvFG 2011 nicht im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen, sondern es könne auch eine Ermächtigung unter den Begriff des Auftrags im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung fallen. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde habe darüber hinaus ein konkludenter Auftrag bestanden. Außerdem sei die Vorgehensweise der Depotbank günstiger für die Anleger und gefährde keine Anlegerinteressen, sodass der Verstoß nicht im Schutzzweck der Norm liege. Auch die Strafbemessung sei verfehlt. Es wurde beantragt, der Beschwerde stattzugeben und die Straferkenntnisse ersatzlos aufzuheben.

Der Beschwerde beigelegt waren die Stellungnahme der Depotbank vom 28.05.2015 zum Bericht über die Vor-Ort-Prüfung samt Depotbankvertrag vom 16.10.2014, ein Gesamtkonditionenblatt XXXX , das Ergebnisprotokoll der VWG vom 24.09.2014 über das Jahresgespräch mit der Depotbank, den Depotvertrag lautend auf XXXX , die

Geschäftsbedingungen der Depotbank vom 03.11.2014, die Stellungnahme der Depotbank vom 25.06.2015 zum Bericht der Vor-Ort-Prüfung, eine Detailliste Depotgebühren XXXX vom 03.04.2015, eine Detailliste mit Verrechnungssatz und der Rechenschaftsbericht 2014/15 des XXXX Miteigentumsfonds.

I.5. Am 20.03.2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Verwaltungsakt vor und erstattete eine Stellungnahme zur Beschwerde, in der ausgeführt wird, die vom BF begehrte Feststellung gehe am Vorwurf der FMA vorbei und sei nicht schlüssig. Der BF verkenne, dass der Vorwurf nicht in einer mangelnden Berechnungsmethode oder einer mangelnden Überprüfung bzw. Festlegung der konkreten Depotgebühr, sondern darin bestehe, dass die tatsächlich quartalsweise im Nachhinein abgebuchte Depotgebühr von der VWG nach der Berechnung durch die Depotbank nicht beauftragt worden sei.

Bei der Auslegung des Begriffes Auftrag im Sinne des § 45 InvFG 2011 sei zu berücksichtigen, dass die Bestimmung dem Anlegerschutz diene. Die VWG habe die verrechnete Vergütung zu prüfen und freizugeben, was eine wesentliche Kontrollfunktion darstelle. Erfolge dies nicht, werde dem Trennungsprinzip nicht Rechnung getragen. Im Falle der automatischen Abbuchung werde die VWG überdies in ihrer Kontrollmöglichkeit beschnitten, was sich bereits bei kleinen (Rechen)Fehlern negativ für die Fondsanteilsinhaber auswirken könne. Es wurde beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

I.6. Am 17.01.2018 langte die Äußerung des BF vom 16.01.2018 zur Stellungnahme der FMA ein, in der ausgeführt wird, es sei nicht explizit geregelt, wann die VWG den Auftrag erteilen müsse. Da dem Anlasten der Depotgebühr stets eine Besprechung und genaue vertraglich festgelegte Regelungen vorausgegangen seien, sei das Verhalten des BF gesetzeskonform gewesen.

I.7. Am 16.02.2018 erstattete der BF ein ergänzendes Vorbringen, wonach nicht geregelt sei, dass der Auftrag für jedes Anlasten der Vergütung gesondert zu erteilen sei, weswegen die vereinbarte Vorgehensweise zulässig sei. Auch die Abschlussprüferin und die interne Revision hätten die Vorgehensweise nie bemängelt.

I.8. Am 21.02.2018 hielt der erkennende Senat unter Verbindung der Verfahren W204 2150578-1 und W204 2150739-1 eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der die beiden Beschwerdeführer, deren gemeinsamer Rechtsvertreter (im Folgenden: BFV) sowie die haftende Gesellschaft als weitere Partei, vertreten ebenfalls durch den BFV, und die belangte Behörde gehört wurden.

Die Beschwerdeführer brachten erneut vor, dass ihrer Meinung nach ein Auftrag bestanden habe, zumal neben den bestehenden Verträgen die VWG auch stets Einsicht in das tagesaktuelle EDV-System, das anhand des im Vorfeld festgelegten Algorithmus tagesaktuell die Gebühren berechnete, nehmen konnte und jährliche Besprechungen abgehalten worden seien, in denen die Vorgangsweise und die Parameter jeweils im Vorfeld gemeinsam mit der VWG schriftlich festgelegt und damit die Depotbank von dieser beauftragt worden sei. Die Depotgebühr sei damit weitestgehend determiniert, weil einzig die Variable der Volumina, diese bestimme sich aus den Marktbewegungen und den Transaktionen, nicht im Vorfeld bekannt gewesen sei.

Die FMA führte aus, aus ihrer Sicht sei vor der jeweiligen Abbuchung ein konkreter ziffernmäßiger Auftrag zu erteilen, weil ein Auftrag nicht konkludent erfolgen könne, wenn die Summe im Vorfeld bei Weitem nicht feststehe. Schriftlichkeit sei hingegen nicht erforderlich.

Als Beilagen zur Niederschrift wurden ein Schreiben des BF zu W204 2150739 vom 12.07.2013 und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen österreichischer Sparkassen vom Jänner 2018 genommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und den Akt des Bundesverwaltungsgerichts sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung am 21.02.2018.

II.1. Sachverhaltsfeststellungen

Der BF ist seit 01.03.2011, der BF zu W204 2150739 seit 31.05.2013 Vorstand der Depotbank, einem konzessionierten Kreditinstitut mit Sitz in XXXX .

Zwischen der Depotbank und der VWG wurde ein schriftlicher Depotbankvertrag abgeschlossen (Stand 16.10.2014), der auch die Berechnung und Belastung der einzelnen Gebührenarten (Depotbankgebühr, Kontenführungsgebühr, Depotgebühr) regelt (Beilage ./1 des FMA-Aktes).

Der Depotbankvertrag sieht unter Punkt 5.3. f) Vergütungsklausel Gebührenberechnung und Belastung, tägliche Abgrenzung Folgendes vor:

"Die Depotbank ist verpflichtet, die ihr für die Verwahrung der Wertpapiere des Fonds (Depotgebühr) und die ihr für die Kontenführung (Kontenführungsgebühr) zustehende Vergütung (siehe Beilage 2), die gem. § 45 InvFG 2011 dem Fonds angelastet werden darf, zu berechnen und diese umgehend der VWG vorzulegen. Die Belastung des Fondsvermögens seitens der Depotbank darf nur auf Grund eines Auftrages der VWG erfolgen."

Für die Verwahrung von Wertpapieren, die zum Investmentfonds gehören, für den die Depotbank bestellt wurde, wird von dieser eine Depotgebühr verrechnet, die dem genannten Fonds angelastet wird.

Im Konditionenblatt (Beilage 2 des Depotbankvertrages in ON 4) sind die Konditionen aufgelistet. Dieses bildet einen integrierten Bestandteil des Depotbankvertrages (ON 4). Die Konditionen gliedern sich in die Spalten Depotgebühr, Transaktionsspesen, Verwaltungsgebühr, AGA und BONI. Bei der Depotgebühr sind für den hier relevanten Investmentfond XXXX unter SW 0,0168 (Sammelverwahrung für alle Wertpapiere, die im Inland liegen) und unter WR 0,0988 (Wertpapierrechnung für alle Wertpapiere, die im Ausland liegen) angeführt.

Zwischen der VWG und der Depotbank existiert weiters für jeden Investmentfonds der VWG (somit auch für den XXXX ) ein eigener schriftlicher Depotvertrag, mit dem die VWG die Depotbank ermächtigt, die aufgrund der Depotführung und sonstigen anfallenden Gebühren durch das Verrechnungskonto zu decken.

Auszug aus dem Depotvertrag

[...] "Ich/wir ermächtige(n) Sie, sowohl die für die Depotführung verrechneten Depot-, Evidenz- und sonstigen Gebühren als auch alle Abrechnungen aus Wertpapiergeschäften aus Guthaben auf dem/den Verrechnungskonto/en zu decken."

[...]

Die Berechnung und Anlastung der Depotgebühr wird durch das institutseigene Verwaltungsprogramm zur Wertpapierverwahrung " XXXX " technisch unterstützt. Einvernehmen bestand zwischen der Depotbank und der VWG im gesamten Tatzeitraum über Folgendes: Durch einen gesondert eingerichteten Lesezugang ermöglicht die Depotbank der VWG, die jeweiligen Detailberechnungen sowie Abrechnungen eigenständig zu überwachen (ON 4). Die VWG kann dabei jederzeit in das System einsehen und so jederzeit die Berechnungen sowie die Höhe der abgezogenen Depotgebühren prüfen. Die Gebühren werden in diesem System laufend aktuell berechnet, bei Fragestellung durch die VWB wendet sich diese zeitnah jeweils an die Depotbank zu Abklärung, sodass zum Ende des jeweiligen Quartals die Depotgebühren der VWG nicht nur ziffernmäßig bekannt, sondern auch von dieser in der vorliegenden Höhe akzeptiert sind.

Auf Basis des Depotbank- wie auch des Depotvertrags und des jeweiligen Sitzungsprotokolls sowie der anfallenden Gebühren, die anhand der im Vorfeld festgelegten Variablen und der auftretenden Volumina laufend durch das EDV-System berechnet werden, lastet die Depotbank die Depotgebühr quartalsweise im Nachhinein dem Verrechnungskonto an, wie dies im Einvernehmen mit der VWG seit In-Kraft-Tretens des InvFG 2011 vereinbart worden war. Die Depotbank sandte zudem jeweils eine Kostenaufstellung an die VWG.

Im Sitzungsprotokoll vom 24.09.2014 ist überdies durch die VWB festgehalten worden, dass keine Beanstandungen in Hinblick auf "Überwachung Depotbank" vorliegen und die Aufgabenerfüllung der Depotbank der Vereinbarung entspricht (Z 1) sowie unter Z 4 "Ausblick auf das Jahr 2015" hervorgehoben worden, dass kein Änderungsbedarf besteht.

Seit In-Kraft-Treten des InvFG 2011 wurde die Depotgebühr von der Depotbank dabei im System automatisch eingebucht. Diese Einbuchung erfolgte anhand einer "standing order", bei der die Depotgebühr quartalsweise dem Verrechnungskonto des Investmentfonds angelastet wurde. Im Zeitraum von 01.01.2015 bis 31.03.2015 betrug die Depotgebühr beispielsweise EUR 25.785,62 (Beilage ./4).

Bis zum 01.07.2015 erfolgte kein darüber hinausgehender Auftrag der VWG für die Abbuchung der ziffernmäßig konkret festgelegten Depotgebühr. Im Unterschied dazu erfolgte und erfolgt bei den bereits im Vorfeld ziffernmäßig

vereinbarten Depotbank- und Kontoführungsgebühren eine dezidierte Rechnungsstellung an die VWG, die diese in weiterer Folge schriftlich beauftragt.

Seit dem 01.07.2015 übermittelt die Depotbank die fällige Depotgebühr als Berechnungsgrundlage je Fondsdepot an die VWG mit der Bitte um ausdrückliche Bestätigung des Auftrages. Seit diesem Zeitpunkt wird erst nach Erhalt der Rückmeldung (Auftrag) die Buchung zu Lasten der für den Fonds geführten Konten durchgeführt (ON 4).

## II.2. Beweiswürdigung

Der Verfahrensgang ergibt sich aus den unbedenklichen Akten der FMA und des Bundesverwaltungsgerichts.

Der Sachverhalt ist unstrittig, was alle Parteien in der mündlichen Verhandlung bestätigten und konnte daher bedenkenlos durch den erkennenden Senat festgestellt werden.

## II.3. Rechtliche Beurteilung

II.3.1. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG entscheiden die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Über Beschwerden gegen Bescheide der FMA entscheidet gemäß § 22 Abs. 2a FMABG das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden, mit denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Es liegt daher gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 50 VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß § 48 VwGVG ist bei Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist.

### II.3.2. Zum Spruchpunkt A):

#### II.3.2.1. Die relevanten Gesetzesbestimmungen lauten:

§ 45 InvFG 2011, BGBl. I Nr. 77/2011:

"Vergütung der Depotbank und der Verwaltungsgesellschaft:

Die der Verwaltungsgesellschaft nach den Fondsbestimmungen für die Verwaltung zustehende Vergütung und der Ersatz für die mit der Verwaltung zusammenhängenden Aufwendungen sind von der Depotbank zu Lasten der für den Fonds geführten Konten zu bezahlen. Die Depotbank darf die ihr für die Verwahrung der Wertpapiere des Fonds und für die Kontenführung zustehende Vergütung dem Fonds anlasten. Bei diesen Maßnahmen darf die Depotbank nur auf Grund eines Auftrages der Verwaltungsgesellschaft handeln."

§ 190 Abs. 5 InvFG 2011:

"Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) einer Depotbank

1. gegen die §§ 39 Abs 2, 40 Abs 2 bis 4, 41 Abs 3, 42, 42a, 44, 45 verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu EUR 60.000,- zu bestrafen."

§ 200 Abs. 4 InvFG 2011:

"§ 190 Abs. 1 bis 6 in der Fassung des 2. Stabilitätsgesetzes 2012, BGBl. I Nr 35/2012, tritt mit 01.05.2012 in Kraft."

Zur objektiven Tatseite:

#### II.3.2.1. Zum Begriff Auftrag des § 45 InvFG 2011

Strittig im vorliegenden Fall ist einzig die Rechtsfrage, ob im Fall der Depotbank ein Auftrag der VWG im Sinne des § 45 InvFG 2011 letzter Satz vorlag oder nicht.

Der BF vertritt in seiner Beschwerde die Auffassung, der Gesetzgeber habe den Begriff Auftrag in der Gesetzesbestimmung "untechnisch", also nicht im Sinne der §§ 1002ff ABGB verwendet, wie die FMA vermeint. Auch eine bloße Ermächtigung reiche aus, um dem Gesetzesauftrag nachzukommen. Begründend führt er dazu im Wesentlichen aus, die Depotbank sei ausschließlich mit der VWG vertraglich verbunden. Da aber der Fonds

wirtschaftlich betroffen ist und um eine aufwändige Verrechnungskette zwischen der Depotbank, der VWG und dem Fondsvermögen zu vermeiden, sehe § 45 InvFG 2011 vor, dass die Depotbank die ihr zustehende Vergütung direkt dem Fondsvermögen anlasten dürfe. Bezweckt sei durch diese Regelung daher lediglich eine Vereinfachung, es sei daher nur gemeint, dass die Depotbank nicht eigenmächtig, sondern eben nur im Einvernehmen mit der VWG verrechnen dürfe. Erteile die VWG ihre Zustimmung zum Einzug, so sei das Erfordernis eines Auftrags iSd § 45 InvFG 2011 erfüllt. Die Depotbank verpflichte sich nicht gegenüber der VWG zum Abschluss von Rechtsgeschäften oder zur Vornahme von Rechtshandlungen, weil eine solche Verpflichtung bereits aus dem Depotvertrag entspringe, der bereits Elemente des Auftrags enthalte. Der Begriff Auftrag im § 45 InvFG 2011 bedeute daher die Anweisung der VWG an die Depotbank im Rahmen des Depotvertrags, die Depotgebühr direkt dem Fondsvermögen anzulasten. Auftrag iSd § 45 InvFG 2011 sei daher als Anweisung beziehungsweise Ermächtigung zu verstehen.

Dieser Ansicht vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen. Bereits die Bedeutung des Worts Auftrag spricht gegen eine derartige Auslegung. Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch besteht ein Unterschied zwischen Auftrag, Ermächtigung und Anweisung. Es ist daher davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber der allgemeinen (und auch der rechtlichen) Bedeutung der Wörter bewusst war und seine Wortwahl entsprechend gesetzt hat.

Auch eine systematische Betrachtung unterstützt diese Auslegung:

Wenngleich das InvFG 2011 den Begriff des Auftrags nicht näher definiert, ist im Sinne einer systematischen Interpretation davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Wendung Auftrag in § 45 InvFG 2011 auch tatsächlich einen Auftrag im bürgerlich rechtlichen Sinn vor Augen hatte, wie die FMA hervorhebt. Der Gesetzgeber unterscheidet im InvFG 2011 nämlich zwischen (An)Weisung (vgl. etwa §§ 28, 40, 42), Ermächtigung (vgl. etwa § 84) und Auftrag (vgl. etwa §§ 19f, 31), weshalb davon auszugehen ist, dass er Unterschiedliches meint, die jeweiligen Rechtsinstitute bewusst gewählt hat und daher in § 45 InvFG 2011 einen Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Rechts vor Augen hatte. Andernfalls hätte er hierfür eine weniger verbindliche Bezeichnung gewählt.

Letztlich spricht auch eine historisch-systematische Auslegung für dieses Ergebnis: § 45 InvFG 2011 entspricht, wie auch die erläuternden Bemerkungen ausführen (vgl. ErläutRV 1254 BlgNR XXIV GP, 36), § 23 Abs. 2 Satz vier bis sechs InvFG 1993; dieser wiederum im Wesentlichen § 22 Abs. 2 Satz vier bis sechs InvFG 1963. In den Erläuternden Bemerkungen dazu (ErläutRV 171 BlgNR X GP, 11) wird ebenfalls davon gesprochen, dass die Depotbank nur auf Grund von Aufträgen handeln darf und nur tätig werden darf, wenn diese Aufträge dem Gesetz und den Fondsbestimmungen entsprechen. Zwar wird auch in den Erläuternden Bemerkungen nicht näher ausgeführt, was unter Auftrag zu verstehen ist, allerdings normiert § 22 InvFG 1963 in seinem Absatz 1 eine zwingende Beauftragung einer anderen inländischen Kreditunternehmung in der Rechtsform einer juristischen Person mit der Ausgabe und Rücknahme der Anteilscheine sowie mit der Verwahrung der zu einem Kapitalanlagefonds gehörigen Wertpapiere und mit der Führung der zum Fonds gehörigen Konten. Dass mit dem Wort beauftragen in § 22 Abs 1 InvFG 1963 keine andere Bedeutung als ein Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Rechts gemeint sein kann, ergibt sich bereits daraus, dass eine Ermächtigung eben nur ein rechtliches Dürfen beinhaltet. Aus dem Gesetzeswortlaut wird jedoch klar, dass beispielsweise die Bestellung einer Depotbank zwingend ist, es kann sich daher nur um einen Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Rechts handeln. Dass der Gesetzgeber dem Begriff Auftrag im darauffolgenden Absatz einen derart anderen Bedeutungsinhalt unterstellen wollte, ist nicht plausibel und kann nicht unterstellt werden.

Der Beschwerde ist jedoch zuzugestehen, dass nach einer teleologischen Interpretation auch eine Ermächtigung, so sie bestimmt genug ist, als Auftrag iSd § 45 InvFG 2011 angesehen werden könnte. Der Zweck des § 45 InvFG 2011 sieht einerseits eine Vereinfachung der Verrechnungskette vor (vgl. Kreisl in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG<sup>2</sup> § 45 InvFG Rz 7) und dient andererseits, wie die Trennung zwischen der Verwaltung und der Verwahrung des Fondsvermögens ganz allgemein und daher auch die Regelung zur Vergütung der Depotbank im Besonderen, dem Anlegerschutz (vgl. Macher in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG<sup>2</sup>

Vor § 1 InvFG Rz 20; so auch bereits ErläutRV 171 BlgNR X GP, 10f und ErläutRV 1130 BlgNR XVIII GP, 160f). Es soll damit also gesichert werden, dass die Vergütung nicht einseitig von der Depotbank eingezogen werden kann, sondern auch die VWG damit befasst wird, um deren Richtigkeit zu überprüfen. Der Einzug der Vergütung für die Verwahrung der Depotbank stellt materiell gesehen ein Insichgeschäft dar, da die Bank letztlich mit sich selbst kontrahiert (so auch für die vergleichbare deutsche Rechtslage Köndgen in Berger/Steck/Lübbehüsen InvG § 29 Rz 10). Es bedarf daher eines

Dritten, um der drohenden Interessenskollision zu begegnen, wozu nach § 45 letzter Satz InvFG 2011 die VWG berufen ist. Rein teleologisch scheint daher auch eine ausreichend bestimmte Ermächtigung dem Sinn des Gesetzes zu entsprechen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch im öffentlichen Recht nach der grundlegenden Auslegungsregel des § 6 ABGB vorzugehen. Demnach darf aber einem Gesetz in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet (VwGH 28.03.2017, Ra 2014/08/0056 mwN). Bei Auslegung von Verwaltungsgesetzen besteht aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der demokratischen Legitimation der Norm ein Vorrang der Wortinterpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung sowie äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anwendung sogenannter korrigierender Auslegungsmethoden (VwGH 23.02.2001, 98/06/0240). Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass unter dem Begriff Auftrag im § 45 InvFG 2011 aufgrund des Vorranges der Wortinterpretation in Verbindung mit der systematischen Auslegung ein Auftrag im Sinne des Bürgerlichen Rechts zu verstehen ist, wie die FMA im angefochtenen Straferkenntnis zu Recht hervorgehoben hat.

#### II.3.2.2. Zur Frage der Schriftlichkeit des Auftrags

Im Gegensatz zu § 40 Abs. 1a InvFG 2011, der die Bestellung einer Depotbank regelt, fordert § 45 letzter Satz InvFG 2011 nicht ausdrücklich Schriftlichkeit. Es ist daher nach dem Gesetzeswortlaut kein schriftlicher Auftrag nötig. Auch die FMA geht nicht von gebotener Schriftlichkeit aus, wie sie nicht zuletzt im Rahmen der mündlichen Beschwerdeverhandlung erläutert hat.

Dennoch hebt das Bundesverwaltungsgericht hervor, dass im Interesse eines ordnungsgemäßen Dokumentationswesens auch derartige Aufträge zweckmäßigerweise schriftlich erteilt werden sollten. Dem entsprechen auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen österreichischer Sparkassen, die unter B. 1. Z 3 Schriftlichkeit für Aufträge fordern, auch wenn diese gegenständlich nicht direkt zur Anwendung gelangen. Das erkennende Gericht geht, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 27.03.2015, Ra 2015/02/0025; 10.11.2017, Ro 2017/02/0023) und den dortigen Überlegungen zur Schriftlichkeit davon aus, dass entgegen der Ansicht der FMA die Auftragserteilung zumindest schriftlich zu dokumentieren ist, sollte ein solcher Auftrag nicht überhaupt schriftlich erteilt werden.

#### II.3.2.3. Zur Frage, ob ein Auftrag durch die VWG erteilt wurde

Fraglich ist, ob durch den Depotvertrag, der eine Ergänzung des Depotbankenvertrags darstellt, ein Auftrag erteilt wurde, obgleich darin nur von einer Ermächtigung gesprochen wird. Bei Auslegung einer Willenserklärung nach den §§ 914 ff ABGB ist zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, dabei ist aber auch der Wille der Parteien, das ist die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden, zu erforschen. Letztlich ist die Willenserklärung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht, wobei die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen sind. Allerdings braucht nicht der subjektive unerkennbare Parteiwille ergründet zu werden, sondern ist herauszufinden, wie der andere Teil die Erklärung verstehen musste. Für die Beurteilung der Absicht der Parteien im Sinne des § 914 ABGB kommt es maßgebend auf den Zweck der Regelung an, den beide Teile redlicherweise unterstellen mussten. Soweit ein übereinstimmender Wille vorliegt, legt er den Inhalt des Vertrags fest und geht dem objektiven Erklärungswert vor. Oberstes Ziel der Auslegung ist die Erforschung der Absicht der Parteien (RIS-Justiz RS0017915 insb [T23], [T38], [T41]).

Gegenständlich liegt dem Depotvertrag der Depotbankenvertrag zu Grunde, in dem explizit davon gesprochen wird, dass die Belastung des Fondsvermögens seitens der Depotbank nur auf Grund eines Auftrags der VWG erfolgen darf. Dem Depotvertrag kommt der Zweck zu, diese Rahmenregelung für den einzelnen Fonds näher zu gestalten, dessen sich auch beide Parteien bewusst waren. Es kann ihnen im Zweifel aber nicht unterstellt werden, dass sie eine gesetzeswidrige und/oder der Rahmenregelung widersprechende Vereinbarung treffen wollten, was auch am Verhalten nach der vorgeworfenen Gesetzesverletzung ersichtlich ist, indem sie sofort auf die Verbesserungsvorschläge der FMA reagierten. Der Depotvertrag ist daher vor diesem Hintergrund so zu lesen und auszulegen, dass mit der Formulierung "Ich/Wir ermächtige(n) Sie" eine Auftragserteilung bezweckt werden sollte.

Dieser Auftrag wurde durch die ständige Möglichkeit der VWG, in das EDV-System Einsicht zu nehmen, durch die Übermittlung der Kostenaufstellung und die zumindest jährlich stattfindenden Treffen, in denen die bisherige

Übereinkunft evaluiert und gegebenenfalls angepasst bzw. wie im Protokoll vom 24.09.2014 festgehalten wurde, dass kein Änderungsbedarf besteht, auch zumindest konkludent im Sinne des § 863 ABGB präzisiert. Im Sitzungsprotokoll vom 24.09.2014 wurde durch die VWB überdies festgehalten, dass keine Beanstandungen vorliegen und die Aufgabenerfüllung der Depotbank der Vereinbarung entspricht. Gleichmaßen wurde festgehalten, dass kein Änderungsbedarf besteht. Da das Hauptthema dieses Gesprächs die Gebühren darstellten, muss dies auch gerade die Praxis bzw. die Art und Weise der der VWG durch stete Einsichtnahme in das EDV-System ziffernmäßig und datumsmäßig bekannten Abbuchung der Gebühren mit umfassen.

Der Auftrag ist auch bestimmt iSd§ 869 ABGB, weil durch die genau festgelegten Konditionen der Prozentsatz der Vergütung im Vorfeld jeweils zu Jahresende bereits für das jeweils folgende Jahr konkret festgesetzt war, die jeweiligen Abbuchungstermine mit der VWB (aufgrund der laufenden Praxis und mangels Änderungsbedarfs) genehmigt waren sowie die VWB nicht nur jederzeit Information über den Stand der Gebühren hatte, sondern auch konkret zum Abbuchungszeitpunkt den Gebührenstand kannte. Dieser wurde ihr auch nachfolgend durch eine Kostenaufstellung mitgeteilt. Nach einhelliger Meinung in Literatur und Rechtsprechung reicht für die Frage der Bestimmtheit nämlich auch Bestimmbarkeit aus (vgl. etwa OGH 4 Ob 116/01i). Die Vergütung ist nach dem Gesagten bestimmbar, da sie lediglich von dem schwankenden Volumen des Fonds abhängt, das einerseits durch das Verhalten der VWG und andererseits durch Marktbewegungen beeinflusst wird. In Anlehnung an § 1056 ABGB ist - auch bei Unternehmerngeschäften - eine Preisbestimmung durch einen Dritten oder einen Vertragspartner bei jedem Rechtsgeschäft und daher auch bei einem Auftrag zulässig und entspricht der Bestimmbarkeit (RIS-Justiz RS0020079 insb [T6]). Insofern schadet daher die Beeinflussung der Vergütung durch die VWG nicht der Bestimmbarkeit. Aber auch die Einigung auf den Marktpreis ist ausreichend bestimmt (Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>, 54). Es ist daher auch ausreichend bestimmt, wenn die Parteien vereinbaren, die Vergütung von einem Marktpreis zu einem bestimmten einvernehmlich festgesetzten Termin zu berechnen.

Im Übrigen besteht für die Ansicht der belangten Behörde, es müsse für jede Buchung ein separater Auftrag vorliegen, keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Das Gesetz spricht in § 45 InvFG 2011 nämlich nur vom Vorliegen "eines Auftrages". Auch der Formulierung "[b]ei diesen Maßnahmen" des § 45 letzter Satz InvFG 2011 ist keine separate Beauftragung je Buchung zu entnehmen. Diese Formulierung nimmt nämlich nur Bezug auf die beiden vorhergehenden Sätze und stellt klar, dass sowohl für die der VWG für die Verwaltung zustehende Vergütung und der Ersatz für die mit der Verwaltung zusammenhängenden Aufwendungen, die von der Depotbank zu Lasten der für den Fonds geführten Konten zu bezahlen sind, als auch der Anlastung der der Depotbank zustehenden Vergütung dem Fonds gegenüber, ein Auftrag notwendig ist. Soweit dieser Auftrag bestimmt genug ist, ist daher nach dem Gesetzestext auch ein einziger Auftrag ausreichend. Damit ist auch der von der herrschenden Ansicht (vgl. etwa Kammel in Bollenberger/Kellner, InvFG § 45 Rz 6 mwN) geforderten vorherigen Beauftragung Rechnung getragen, soweit der Auftrag bestimmt genug und unbefristet und vor der ersten Anlastung zumindest konkludent vereinbart worden ist. Eine wie von der herrschenden Ansicht geforderte unverzügliche Geltendmachung vor jeder Anlastung (Kreisl in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG<sup>2</sup> § 45 Rz 8) ist dagegen aus dem Gesetzeswortlaut nicht abzuleiten. Auch der Zweck der Norm erfordert keine andere Sicht, da dem Fondsvermögen beziehungsweise der VWG bei fehlerhaften Buchungen der Depotbank selbstverständlich ein Rückforderungsanspruch zukommt.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass eine zumindest konkludente Beauftragung durch die VWG an die Depotbank erteilt wurde, die ihr zustehende Vergütung direkt dem Fonds anzulasten. Ein nach den Gesetzesintentionen ungewolltes Selbstkontrahieren wird bei der vorliegend vereinbarten Vorgangsweise dadurch vermieden, dass die VWG nicht nur den Auftrag erteilte, sondern auch konkret vor jeder Abbuchung durch eine laufende Kontrolle den Stand der Gebühren prüfte und teils rechtzeitig bemängelte, sodass zum Zeitpunkt der Abbuchung der Gebühren die ziffernmäßige Höhe dieser nicht nur bekannt war, sondern bereits von dieser geprüft und für richtig empfunden worden war. Auch die VWB als Dritte in diesem Geschäft (vgl. die Ausführungen unter II.3.2.1) ging, wie sich aus dem Sitzungsprotokoll ergibt, vom Vorliegen eines gesetzmäßigen Auftrages an die Depotbank aus.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Beschwerde stattzugeben und das Verfahren einzustellen war. Nach § 45 Abs 1 Z 1 VStG ist ein Strafverfahren einzustellen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet. Da nach den obigen Ausführungen stets ein zumindest konkludenter Auftrag seitens der VWG vorlag, sodass der objektive Tatbestand des § 45 InvFG 2011 nicht erfüllt ist, war

das Verfahren spruchgemäß einzustellen. Eine Einstellung des Strafverfahrens stellt eine Entscheidung in der Sache selbst dar, sodass nach § 50 VwGVG die Entscheidung in Form eines Erkenntnisses und nicht eines Beschlusses zu erfolgen hat (VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0137).

Zur Klarstellung ist abschließend festzuhalten, dass es aus Gründen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu begrüßen ist, dass die Depotbank mittlerweile zur ziffernmäßigen Bekanntgabe der jeweils abzubuchenden Gebühr an die VWB übergegangen ist, wobei die VWB in der Folge jeweils gesondert einen ausdrücklichen und insbesondere schriftlichen Auftrag erteilt.

II.3. Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; einer erheblichen Rechtsfrage muss über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung zukommen. Da bislang keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Bestimmung des § 45 InvFG 2011 beziehungsweise dessen Vorgängerbestimmungen vorliegt und dieser Bestimmung Bedeutung über den Einzelfall hinaus zukommt, war die Revision zuzulassen.

### **Schlagworte**

allgemeine Geschäftsbedingungen, Anlegerschutz, Auftraggeber, Behebung der Entscheidung, Berechnung, Bestimmtheitsgebot, Einstellung, Ermächtigung, ersatzlose Behebung, Finanzmarktaufsicht, Gebührenhöhe, Geldstrafe, Interessenskonflikt, Kontrollbericht, Kontrolle, Nachvollziehbarkeit, objektiver Erklärungswert, Parteiwille, Prüfung, Revision zulässig, Schriftlichkeit, Transparenz, Verfahrenseinstellung, Vergütung, Vertragsabschluss, Verwaltungsübertretung, Willenserklärung, Wortwahl, Zahlungsauftrag

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W204.2150578.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

07.05.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)