

TE Bvg Erkenntnis 2018/6/19 W148 2148565-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.06.2018

Entscheidungsdatum

19.06.2018

Norm

B-VG Art.130 Abs1 Z1

B-VG Art.133 Abs4

BWG §1 Abs1 Z7

BWG §3 Abs1

BWG §4 Abs1

BWG §98 Abs1a

FMABG §22 Abs2a

FMABG §22d Abs1

UStG 1994 §2 Abs1

VbVG §5 Abs2

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W148 2148565-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Stefan KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterin Mag. Dr. Esther SCHNEIDER als Beisitzerin und den Richter Mag. Philipp CEDE, LL.M., als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , ZVR-Zahl XXXX , XXXX , vertreten durch den Obmann XXXX , gegen den Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde Österreich vom 16.01.2017, Zi. FMA- XXXX , in einer Angelegenheit nach dem Bankwesengesetz zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides richtet, als unzulässig zurückgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Die beschwerdeführende Partei (im Folgenden "BF" oder auch "Verein") ist ein Verein, eingetragen im ZVR zur Zahl XXXX , mit Sitz in XXXX , XXXX , und einer Büroadresse in XXXX . Die beschwerdeführende Partei betrieb zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides und davor eine Homepage mit der Web-Adresse www. XXXX .at (nunmehr: www. XXXX .at).

Mit Eingabe vom 02.11.2015 wandte sich eine Interessentin an die Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden "FMA" oder auch "belangte Behörde") und erkundigte sich, ob die FMA Vorbehalte gegen diese Firma habe. Als Begründung führte die Interessentin ein Inserat an, mit dem die BF ihre Produkte bewarb. Die FMA nahm daraufhin Ermittlungen hinsichtlich des Produktes "XXXX" der BF auf.

Mit Verfahrensanordnung vom 15.11.2016 wurde die BF unter Hinweis auf § 11 der Richtlinie (Produkt "XXXX") aufgefordert, das Geschäftsmodell des Handels auf fremde Rechnung gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG (Effektengeschäft) zu unterlassen. Weiters wurde angeführt, dass der Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach § 98 Abs. 1a iVm § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG bestehe.

Diese Verfahrensanordnung wurde nachweislich durch Hinterlegung am 17.11.2016 zugestellt.

Mit Schreiben vom 13.12.2016 brachte die BF vor: "... die in oben angeführtem Schriftstück angestellte Verdachtsvermutung ist absurd. Wir möchten festhalten, dass wir nicht mit ‚Effekten‘ handeln; wir investieren gemäß unseren Statuten allenfalls in Rückdeckungsversicherungen. Depotauszüge gibt es daher nicht."

Nach weiteren Recherchen der belangten Behörde wurden mit Datum 28.12.2016 (und nochmals mit 16.01.2017) die Richtlinien (mit der Überschrift: "Altersvorsorge [XXXX]"; Fassung 03/2016) erneut von der Homepage abgefragt. § 11 dieser Richtlinie enthielt folgenden Text: "Die Veranlagung des Versorgungsplans XXXX erfolgt in Investmentfonds. ArbeitnehmerInnen, die dem Versorgungsplan XXXX beitreten, können die Fondsveranlagung wählen. Leistungen werden im Leistungsfall durch die Kasse gemäß dieser Richtlinie und gemäß Betriebspensionsgesetz freiwillig, einmal oder durch regelmäßige Zahlungen oder an namentlich genannte Hinterbliebene ausgezahlt."

Weiters wurde zum selben Datum eine Kurzbeschreibung "XXXX" von der Homepage abgerufen: "Wie wird veranlagt? Die Fondsveranlagung kann der /die Arbeitnehmer/in selbst wählen. Dazu ist eine If. Nummer von 1 bis 66 auf der Beitrittserklärung abzugeben." Die belangte Behörde stellte weiters fest, dass die BF über keine Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften verfügte.

Daraufhin erließ die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid vom 16.01.2017, der BF zugestellt am 18.01.2017, mit folgendem Spruch:

"1. Die XXXX , ZVR-Zahl XXXX, hat den unerlaubten gewerblichen Handel mit Wertpapieren gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG (Effektengeschäft) zu unterlassen. Dies ist der FMA binnen sechs Wochen ab Zustellung dieses Bescheides durch Vorlage geeigneter Unterlagen, insbesondere eines Depotauszuges, auf welchem der aktuelle Depotstand sowie die bisher getätigten Transaktionen ersichtlich sind, sowie einer Kundenliste samt Beitrittserklärungen, nachzuweisen.

2. Bei Nichtbefolgung des Spruchpunktes 1. wird die FMA mit Bescheid über die XXXX , ZVR-Zahl XXXX , eine Zwangsstrafe in Höhe von €

10.000,-- verhängen."

Dagegen richtet sich die Beschwerde o.D. (am 13.02.2017 bei der FMA eingelangt). Die BF sei gemäß ihren Statuten eine soziale Einrichtung nach § 1287 ABGB, unterliege den Bestimmungen des Betriebspensionskassengesetzes und sämtliche Leistungen seien freiwillig und beständigen ohne Rechtsanspruch. Die Tätigkeit der BF unterliege nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz und sei von der staatlichen Aufsicht ausgenommen. Wegen des fehlenden Rechtsanspruches auf Leistungen unterliege die BF auch nicht dem Bankwesengesetz. Die angedrohte Zwangsstrafe würde den sofortigen Konkurs der BF nach sich ziehen und erfülle den Tatbestand der Nötigung. Das Effektengeschäft werde nicht betrieben. Investmentfonds seien nach Definition keine "Effekten", weil der Gesetzgeber zwischen "Effekten" (echten Forderungswertpapieren an Unternehmen, wie zB Aktien, Anleihen, Schuldverschreibungen,

Pfandbriefe) und Investmentfondszertifikaten unterscheide; in § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG werde das Effektengeschäft geregelt und in § 1 Abs. 1 Z 13 BWG die Verwaltung von Investmentfonds. Die Veranlagung durch Investmentfonds durch Unterstützungskassen sei grundsätzlich zulässig und bedürfe keiner Bankkonzession. Die BF verwalte ausschließlich ihr eigenes Vermögen (Kassenvermögen); sie sei in ihrer Vermögensverwaltung frei. Die BF schließe bei Antragstellung eines Interessenten für den XXXX eine "fondsgebundene Rückdeckungsversicherung" ab; Versicherungsprämien seien kein "Effektengeschäft". Den Mitgliedern der BF müsse das Recht zustehen, an der Verwaltung (Veranlagung) sämtlicher Beiträge, die der Kasse zufließen, mitzuwirken. Dieses Recht sei durch die Wahl der Fondsveranlagung zugestanden worden. Weiters habe die Steuerberaterin der BF mit 28.07.2011 der belangten Behörde die Frage vorgelegt, ob Unterstützungskassen ohne Rechtsanspruch eine Konzession der FMA benötigten. Abschließend werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die ersatzlose Behebung des bekämpften Bescheides beantragt.

Mit Schreiben vom 03.03.2017 legte die belangte Behörde Unterlagen der BF vor bzw. brachte vor, dass zum Versorgungsplan "XXXX" bis dato keine Beitritte erfolgt seien. Weiters legte die FMA Unterlagen der BF vor, die belegten, dass der Webauftritt (Abfragedatum 28.02.2017) hinsichtlich des Versorgungsplans "XXXX" nach wie vor unverändert sei, ebenso die "Kurzbeschreibung" und das Formular "Beitrittserklärung" zum "XXXX". Auch § 11 der Richtlinien bestehe unverändert.

Mit Email vom 10.05.2017 brachte die BF vor, einen Beitritt zum Versorgungsplan "XXXX" abgeschlossen zu haben, der "mittels fondsgebundener Lebensversicherung kapitaltechnisch gedeckt" sei, und legte in Kopie drei Seiten der Versicherungspolizze vor (Beginn des Versicherungsschutzes: 01.05.2017, Ende: 01.05.2036).

Am 12.12.2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der Vertreter der belangten Behörde sowie der Obmann ("Beschwerdeführervertreter" auch "BFV") der beschwerdeführenden Partei in Vertretung der beschwerdeführenden Partei teilnahmen. In dieser Verhandlung gab der BFV an, dass sämtliche im verwaltungsbehördlichen Verfahren ermittelten schriftlichen Unterlagen (Statuten, Richtlinie, Beitrittserklärung etc.) nach wie vor unverändert in Geltung bzw. auf der Website abrufbar seien. Weiters gab der BFV an, dass von den derzeitigen 22 Mitgliedern der BF einer den Versorgungsplan "XXXX" abgeschlossen habe ("Nr. 21" auf einer in der Verhandlung vorgelegten Liste); dies sei Anfang Mai 2017 erfolgt. Die Veranlagung im Fall des Geschäftsmodells "XXXX" erfolge durch Rückdeckungsversicherungen (fondsgebundene Lebensversicherungen bei der Nürnberger Versicherung). Die Lebensversicherung, mit der die BF zusammenarbeite, biete 60 Fonds zur Auswahl an. Auf den Vorhalt durch den erkennenden Senat, dass § 11 der Richtlinien den Verdacht wecke, dass die BF selbst in Investmentfonds investiere und nicht indirekt über eine Lebensversicherung bzw. auf die Frage um Klarstellung, wie diese Bestimmung zu verstehen sei, antwortete der BFV wörtlich: "Das halten wir nicht für notwendig, es ist eine wahre Aussage." (Seite 10 der Niederschrift, OZ 13). Auf die Frage (Vorhalt) durch den erkennenden Senat (Seite 10 f., OZ 13), dass auch in einer anderen Unterlage (Ausdruck der Website der BF vom 07.07.2017, welche als Beilage 2 der OZ 7 von der FMA mit Schreiben vom 12.07.2017 vorgelegt wurde) kein Hinweis auf eine fondsgebundene Lebensversicherung enthalten sei, sondern von einer "Direktanlage in den zugrundeliegenden Investmentfonds" gesprochen werde bzw. "wir sind keine Versicherung", antwortete der BFV: "Es macht für das Mitglied in keiner Weise einen Unterschied, ob in eine fondsgebundene Lebensversicherung oder einen Investmentfonds investiert wird. Die Vorteile einer fondsgebundenen Lebensversicherung liegen darin, dass z.B. keine Depotgebühren anfallen."

Mit Schriftsatz vom 29.03.2018 stellte die BF den Antrag auf Fristsetzung an den Verwaltungsgerichtshof. Mit verfahrensleitender Anordnung vom 19.04.2018 (GZ. Fr 2018/02/0001-2), zugestellt am 26.04.2018, forderte der Verwaltungsgerichtshof das Bundesverwaltungsgericht auf binnen drei Monaten die Entscheidung zu erlassen und eine Abschrift derselben sowie einen Nachweis über die Zustellung der Entscheidung an die antragstellende Partei dem Verwaltungsgerichtshof vorzulegen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakten zu FMA-XXXX, Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 12.12.2017 sowie Einsicht in die von der BF und der belangten Behörde vorgelegten Unterlagen. Weiters wurde Einsicht in den Internetauftritt der beschwerdeführenden Partei genommen.

1. Feststellungen:

1.1. Die beschwerdeführende Partei ist ein Verein, eingetragen im ZVR zur Zahl XXXX , mit Sitz in XXXX und einer Büroadresse in XXXX . Der Verein wurde mit 07.10.2015 im ZVR eingetragen und nahm seinen Betrieb mit Beginn 2016 auf. Die beschwerdeführende Partei betrieb eine Homepage mit der Web-Adresse www. XXXX .at, nunmehr: www. XXXX .at. Obmann des Vereins ist XXXX , weiterer Gründer ist XXXX . Die monatlichen Bürobetriebskosten (Personal, Miete, Sonstiges) belaufen sich auf 500 EUR, es werden keine Mitarbeiter direkt vom Verein beschäftigt, sondern nur über ein ausgelagertes Büro, das alle Arbeiten übernimmt. Der Verein verfügte zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG über 22 Mitglieder.

Der Verein verfügte seit seiner Errichtung bis zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides über keine Konzession gemäß § 4 Abs. 1 BWG.

1.2. Auf ihrer Homepage <http://www. XXXX .at> vertrieb die beschwerdeführende Partei von August 2016 bis zumindest 07.07.2017 den Versorgungsplan "XXXX" sowie zwei andere Versorgungspläne.

Auf der Startseite wurde zumindest von 23.08.2016 bis 07.07.2017 unter anderem der gegenständliche Versorgungsplan "XXXX" zum Vertragsabschluss ("Beitritt") öffentlich angeboten bzw. beworben.

Das Angebot auf der Website umfasste: "Beitrittserklärung", "Antragsformular" (beide Formulare zum Download), allgemeine Informationen (s. unten näher) sowie Richtlinien (Download).

Die Seite zum Versorgungsplan "XXXX" im oben genannten Zeitraum war wie folgt ausgestaltet:

"Wir sind keine Versicherung! [Anm.: Quer in rechteckigem Rahmen neben dem Logo mit Schriftzug der BF.]

XXXX

-
Unser XXXX bezweckt die Altersvorsorge für ArbeitnehmerInnen in Österreich und Veranlagung der Kassenbeiträge durch Investmentfonds.

-
In der Grundversorgung wird durch den Arbeitgeber ein Beitrag von monatlich Euro 25,- durch Bruttogehaltsumwandlung an die XXXX eingezahlt. Der Beitrag ist gemäß § 26 (7) EStG und § 3 (1) EStG von Lohnsteuer und SV-Beiträgen befreit. Die Beiträge können durch Zusatzbeiträge der ArbeitnehmerInnen maximal verdoppelt werden.

-
Steuerliche Förderung

-
[...]

-
Häufige Fragen zu diesem Versorgungsplan:

-
Wie hoch wird die Kassenpension voraussichtlich sein?

-
Berechnen Sie die voraussichtliche Kassenpension selber:

-
ONLINE BERECHNEN [Anm.: Durch Anklicken des Symbols "Online Berechnen" wurde man auf eine Seite weitergeleitet, auf der eine individuelle Berechnung möglich war.]

-
Kann ich Geld bereits vor Pensionsantritt bekommen, wenn ich es brauche?

Ja, eine vorzeitige Auszahlung ist bei besonderer Hilfsbedürftigkeit und gegen Antrag möglich, jedoch steuerlich ungünstig, solange das Dienstverhältnis noch aufrecht ist. [...]

-

Wer bekommt Geld in meinem Ablebensfall?

-

Im Ablebensfall des/der ArbeitnehmerIn erhalten die - der Kranken- und Unterstützungskasse namentlich genannten - Hinterbliebenen eine Witwen- oder Waisenversorgung in einmaliger Höhe oder in Rentenform.

-

Wie wird veranlagt?

-

Die Fondsveranlagung kann der/die Arbeitnehmer/in selbst wählen. Dazu ist eine lf. Nummer von 1 bis 66 auf der Beitrittserklärung anzugeben.

-

Hier sind Beispiele:

[Anm.: Angeschlossen ist eine tabellarische Liste mit 66 namentlich angeführten Fonds, deren ISIN, prozentuelle Angabe der "Performance" "1 Jahr" "3 Jahre" "5 Jahre" mit jeweils für jeden Fonds angegebenen Datum. Die Fonds sind in Gruppen gegliedert zusammengefasst mit den Überschriften: "Aktienfonds", "Mischfonds", "Wertsicherungsfonds", "Anleihefonds" und "Immobilienfonds".]

-

ERLÄUTERUNG ZUR WERTENTWICKLUNG UND ZU DEN KENNZAHLEN: Die o.a. Darstellung der Wertentwicklung (Performance) und der Kennzahlen bezieht sich ausschließlich auf eine Direktanlage in den/die zugrundeliegenden Investmentfonds. Rückschlüsse auf die Kassenleistung lassen sich daraus nicht ableiten.

Performanceergebnisse der Vergangenheit lassen keine Rückschlüsse auf die zukünftige Entwicklung eines Investmentfonds zu. [...]"

Es wird festgestellt, dass diese Informationen auf der Website keinerlei Hinweis(e) enthalten (haben), dass bei Abschluss (Ausfüllen der "Beitrittserklärung") des Versorgungsplans "XXXX" kein Rechtsanspruch auf Auszahlung besteht. Auch war kein Hinweis, auch nicht in der angeschlossenen Liste mit den 66 Fonds, die zur Auswahl standen, enthalten, dass mit den eingezahlten Beiträgen eine "fondsgebundene Lebensversicherung" abgeschlossen wird.

In der Fassung der Website zum 07.07.2017 enthielt die bereitgestellte Information zum Versorgungsplan "XXXX" 80 Fonds (statt 66 in der Fassung zum 16.01.2017), aus denen Beitrittswillige wählen konnten.

Weiters war eine Kurzbeschreibung des "XXXX" mit folgendem Inhalt bereitgestellt:

"" XXXX "

Kurzbeschreibung

Allgemeine Bestimmungen

Ziel des Versorgungsplans[:] Altersvorsorge für ArbeitnehmerInnen in Österreich

Unterstützungskasse[:] Rechtsform Verein, Gruppenkasse, kein Rechtsanspruch

Leistungsempfänger[:] ArbeitnehmerInnen und im Todesfall seine/ihre Hinterbliebenen

Beitragszahler[:]

-grundätzlich der Arbeitgeber, per Gehaltsumwandlung möglich

-Zusatzbeiträge durch den/die Arbeitnehmer/in möglich

Zuwendung/Beitrag[:] 25,- bis 50,- Euro/Monat, steuerbefreit gem. § 3 (1) EStG

Leistung[:] Einmalige Auszahlung oder laufender lebenslange Unterstützung

Veranlagung[:] Investmentfonds

Verzinsung[:] Langfristig jährlich ca. 2,0 % bis 5.0 %, je nach Veranlagung

Beginn[:] Nach Beitrittserklärung und Aufnahme in die Unterstützungskasse

Recht[:] Österreichisches Recht

Gerichtstand[:] XXXX "

Es wird festgestellt, dass diese "Kurzbeschreibung" keinen Hinweis darauf enthielt, dass kein Leistungsanspruch besteht oder dass die Leistungen des Vereines freiwillig sind. Ebenso wenig ist ein Hinweis auf den Abschluss einer "fondsgebundene Lebensversicherung" enthalten.

Am 07.07.2017 war auf der Website der BF wörtlich im Zusammenhang mit dem Versorgungsplan "XXXX" von einer "Direktanlage in den zugrundeliegenden Investmentfonds" die Rede.

Weiters war auf der Website ein "Antrag auf Auszahlung" (Formular) durch Anklicken zugänglich.

Die zum Download auf der Website bereit gestellten Richtlinien ("Fassung 03/2016" seit Ende 2016 in Kraft) enthielten zumindest zum 16.01.2016, jedoch schon davor und zumindest bis 07.07.2017, die folgenden Bestimmungen:

§ 1 Z 2 der Richtlinien lautet:

"Direkter Leistungsgeber ist die Kranken- und Unterstützungskasse, eingetragener Verein.

Sie bezweckt unter Ausschluss jeglicher Gewinnbildung oder Gewinnausschüttung unselbstständige Erwerbstätige im Not- oder in Krankheitsfällen zu unterstützen. Auf die Gewährung der Unterstützungen, deren Ausmass letztlich vom Vereinsvorstand nach Maßgabe der vorhandenen Mittel festgesetzt wird, besteht kein Rechtsanspruch."

Unter der Überschrift "Altersvorsorge (XXXX)" lautet § 11 der Richtlinien:

"Die Veranlagung des Versorgungsplans XXXX erfolgt in Investmentfonds. ArbeitnehmerInnen, die dem Versorgungsplan XXXX beitreten, können die Fondsveranlagung wählen. Leistungen werden im Leistungsfall durch die Kasse gemäß dieser Richtlinien und gemäß Betriebspensionsgesetz freiwillig, einmalig oder durch regelmäßige Zahlungen, oder an namentlich genannte Hinterbliebene ausgezahlt."

Auf der Website war das Formular "Beitrittserklärung" zum Download bereit, das für alle drei Versorgungspläne, auch für den verfahrensgegenständlichen "XXXX", einheitlich war. Das zweiseitige Formular hat neben zahlreichen Feldern (Name, Adresse, Geburtsdatum, Höhe des monatlichen Einzahlungsbetrages etc.) im Falle des Versorgungsplans "XXXX" ein Feld "Gewünschter Fonds (im XXXX):" enthalten. Das Formular enthält vor dem Unterschriftenfeld folgenden Hinweis: "Die unten angegebenen Richtlinien der Kranken- und Unterstützungskasse habe ich sorgfältig gelesen."

Bis zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides wurde keine Beitrittserklärung (Antrag auf Mitgliedschaft) zum Vorsorgeplan "XXXX", weder von Arbeitgebern noch von Arbeitnehmern, abgeschlossen. Erst mit Anfang Mai 2017 wurde eine einzige fondsgebundene Lebensversicherung für einen Arbeitnehmer (natürliche Person) abgeschlossen, jedoch keine für einen Arbeitgeber.

Einzelne Inhalte der Homepage und die Webadresse wurden zu einem Zeitpunkt nach dem 07.07.2017 teilweise geändert.

Die Statuten des Vereins lauteten seit 07.10.2015 (Errichtung) bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides in Auszügen:

"§ 2

Zweck des Vereins

(1) Der Verein ist eine soziale Einrichtung im Sinne des§ 1287 ABGB und verfolgt ausschließlich ideelle und gemeinnützige, nicht gewinnerzielende Zwecke im Sinne der Bundesabgabeberechnung.

(2) Der Verein, dessen Tätigkeit nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, bezweckt den Schutz von Arbeitnehmerinteressen und fördert die betriebliche Vorsorge und existentielle Absicherung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen. Er unterliegt den Bestimmungen des Betriebspensionsgesetzes.

(3) Der wesentliche Zweck des Vereins ist es, im Alter und/oder bei Arbeitsunfähigkeit (Invalidität) sowie in Fällen

existentieller Not (zB Arbeitslosigkeit, schwere Krankheit, Tod) freiwillige, einmalige oder laufende Unterstützungen an Arbeitnehmer oder ehemalige Arbeitnehmer von Unternehmen zu gewähren, die dem Verein die entsprechenden Mittel zur Verfügung stellen.

(4)...

§ 3

Aufbringung und Verwendung der materiellen Mittel

(1). Die erforderlichen materiellen Mittel werden wie folgt aufgebracht:

- a) freiwillige Zuwendungen der Trägerunternehmen
- b) freiwillige Beiträge oder Zuwendungen der Arbeitnehmer
- c) Zuwendungen, Subventionen, sowie Förderungen von öffentlichen Stellen, Behörden, Kammern und Verbänden, Assekuranz und strategischen Partnern.
- d) den Versicherungsleistungen aus den abgeschlossenen Rückdeckungsversicherungen.

(2). Die Mittel des Vereins dürfen neben laufenden Betrieb-, Verwaltung- und Personalkosten nur für die in den Satzungen angeführten ideellen Zwecke verwendet werden.

(3) Der Verein erwirbt gegen ein Trägerunternehmen auch dann keinen Rechtsanspruch auf Gewährung von Zuwendungen, wenn dieses Trägerunternehmen entsprechende Leistungen über einen langen Zeitraum hinweg oder regelmäßig erbracht hat.

(4) Der Verein führt für jedes Mitglied ein getrenntes Kapitalkonto, auf dem die jeweiligen Zuwendungen verbucht und aus dem die für die Leistungsanwärter und Leistungsempfänger des entsprechenden Trägerunternehmens zu erbringenden Leistungen gezahlt werden. Die Trägerunternehmen können von dem Verein keine Zuwendungen zurückfordern, soweit die künftigen Versorgungsleistungen nicht ganz oder teilweise ersatzlos entfallen.

(5) Zur Deckung der Leistungen des Vereins gemäß § 2 (3) dieser Statuten können Rückdeckungsversicherungen abgeschlossen werden, die ganz oder teilweise die Leistungen abdecken."

Die Statuten des Vereines waren nicht öffentlich zugänglich.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur beschwerdeführenden Partei, ihrer Rechtsnatur und den vertretungsbefugten Personen fußen auf den unbestritten gebliebenen Angaben im Verfahren sowie auf dem Vereinsregisterauszug zur beschwerdeführenden Partei. Die Angaben zu den Büros und zum Personal gründen auf den Angaben des Vertreters der beschwerdeführenden Partei in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG, sie wurden nicht bestritten.

Die Feststellung, dass die BF weder zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides noch sonst zu einem Zeitpunkt eine BWG-Konzession gehalten hatte, gründet sich auf die glaubhafte Aussage des Vertreters der BF in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG. Es erfolgte bis zum Entscheidungszeitpunkt keine Mitteilung über eine Konzessionerteilung.

Zu den Feststellungen zum gesamten Internet-Auftritt, der Richtlinien ("Fassung 03/2016") und den Statuten der belangten Behörde für den Zeitraum zwischen 23.08.2016 und 07.07.2017: Diese wurden von der belangten Behörde im Internet eingesehen, sie hat jeweils Ausdrucke am selben Tag erstellt und im verwaltungsbehördlichen Akt dokumentiert bzw. im verwaltungsgerechtlichen Verfahren vorgelegt. Diese Ermittlungsergebnisse wurden in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG einzeln besprochen bzw. vorgehalten. Der Inhalt dieser Ausdrucke und Dokumente wurden vom Vertreter der BF glaubhaft bestätigt.

Der Hinweis der belangten Behörde, dass mit 07.07.2017 auf der Website der Hinweis "Direktanlage in den zugrundeliegenden Investmentfonds" zu finden war, blieb von der BF unbestritten.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Das FMABG sieht für Fälle wie den vorliegenden eine Senatszuständigkeit vor (§ 22 Abs. 2a FMABG,BGBI. I 97/2001 idF BGBI. 35/2016).

Zeitpunkt der Sachlage (verwaltungspolizeilicher Auftrag)

Die beschwerdeführende Partei hat nach Erlassung des bekämpften Bescheides ihren Internetauftritt und die dortigen Inhalte teilweise geändert. Die im bekämpften Bescheid aufgeführte Sachlage hat sich somit geändert. Jedoch ist im Fall eines Leistungsbescheides, gegenständlich in Form eines verwaltungspolizeilichen Auftrages, die folgende Judikatur zu beachten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat allgemein im Falle von Leistungsbescheiden zu einer derartigen Änderung in der Sachlage wie folgt ausgeführt (VwGH, 26.11.2015, Ra 2015/07/0118): "Den Umstand einer Erfüllung eines erstinstanzlichen Leistungsbefehles durch den Bescheidadressaten nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides für den Inhalt der über den Leistungsbefehl zu erlassenden Berufungsentscheidung als unbedeutlich zu beurteilen, war schon aus Gründen des Rechtsschutzes geboten, der demjenigen, der ein Leistungsgebot befolgt, nicht gerade deswegen genommen werden durfte (vgl. E 17. Oktober 2002, 98/07/0061). Diese für die Erfüllung von Leistungsbescheiden bzw. Aufträgen während eines Berufungsverfahrens ergangene Rechtsprechung hat auch für die Rechtslage nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 und die Erfüllung von Leistungsbescheiden bzw. Aufträgen einer Verwaltungsbehörde während des Beschwerdeverfahrens vor dem VwG Bestand. Auch in solchen Fällen ist in der Herstellung des Zustandes, der einem angefochtenen behördlichen Auftrag entspricht, keine vom VwG zu beachtende Veränderung des maßgebenden Sachverhaltes zu erblicken. Die Umsetzung eines Bescheides, der eine Leistung auferlegt, in die Wirklichkeit kann weder eine noch anhängige Beschwerde gegenstandslos machen noch die Entscheidung des VwG in einem bestimmten Sinn festlegen. In einem solchen Fall darf die Sachlage nicht anders gesehen werden, als ob in der Zeit nach der Erlassung des Bescheides, mit dem die Verpflichtung zur Leistung ausgesprochen worden ist, nichts geschehen wäre." Das BVwG übersieht nicht, dass der VwGH (vgl. etwa VwGH vom 16.11.2015, Ra 2015/12/0044) ausdrücklich festgehalten hat, dass sich die Rechtsprechung betreffend die Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung durch das VwG - und nicht im Zeitpunkt der Bescheiderlassung - nicht auf antragsgebundene Verfahren beschränkt. Vielmehr hat der VwGH diesen Grundsatz auch für amtsweig vorgenommene Rechtsgestaltungen der Eingriffsverwaltung, die in einer ersatzlosen Aufhebung des Bescheides resultieren können, mehrfach zum Ausdruck gebracht (VwGH 16. 11. 2015, Ra 2015/12/0044 mwN unter Berufung auf VwGH 29. 01. 2015, Ro 2014/07/0105 [betreffend einen abfallwirtschaftspolizeilichen Auftrag], 27. 07. 2015, Ra 2015/11/0055 [betreffend Aufforderung zur Nachschulung nach dem FSG] und 18. 02. 2015, Ra 2015/04/0007 [betreffend Vorschreibung einer früheren Sperrstunde; Rz 50]). Die Orientierung der maßgeblichen Sachlage am Zeitpunkt der Entscheidung des VwG hat danach bei Akten der Eingriffsverwaltung offenkundig den Zweck, dass diese vom Gericht im Rahmen seiner Sachentscheidung dann angeordnet werden sollen, wenn der im Zeitpunkt dieser Entscheidung vorliegende Sachverhalt dies auch rechtfertigt. Eine solche gestalterische Wirkung des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses, auf die der VwGH in seinem zuletzt genannten Judikat rekurriert, kommt hingegen nicht in Betracht, wenn der im angefochtenen Bescheid (Leistungsbescheid bzw. verwaltungspolizeilicher Auftrag) angeordnete Zustand - durch den Verpflichteten oder im Wege der Zwangsvollstreckung - bereits hergestellt wurde und damit nur mehr die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Bescheides in Betracht kommt (vgl. VwSlg. 4040 A/1956; VwGH 17.10.2002, 98/07/0061). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die oben angeführte Rechtsprechung des VwGH zu Ra 2015/07/0118, derzufolge in einer solcherart bewirkten Änderung der Außenwelt keine zu beachtende Änderung des Sachverhalts zu erblicken ist (siehe auch VwGH 07. 08. 2013, 2013/06/0075; 28. 11. 2013, 2010/07/0241), heranzuziehen.

Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass der entscheidungswesentliche Sachverhalt nur derjenige sein kann, der im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides der belangten Behörde vorlag und seither aufgetretene Änderungen nicht einzubeziehen sind.

Auch die Kommentarliteratur zu § 22d FMABG (N. Raschauer in Gruber / N. Raschauer [Hrsg.], Wertpapieraufsichtsgesetz Band I, § 22d FMABG Rz 40) vertritt die Auffassung, dass auf den Zeitpunkt der Erlassung des verwaltungsbehördlichen Bescheides abzustellen ist: "Wenn aber die Voraussetzungen der Aufrechterhaltung bestimmter Bescheide wegfallen, bleiben die getroffenen Maßnahmen, soweit sie die Behörde nicht aufhebt, Bestandteil der Rechtsordnung (vgl. § 22d Abs. 2 FMABG)." Dass die getroffenen Maßnahmen von der belangten Behörde jedoch aufgehoben wurden, ist im verwaltungsgerichtlichen Ermittlungsverfahren weder behauptet worden

noch sonst hervorgekommen. Im Übrigen liegen dem BVwG bis zum Entscheidungszeitpunkt auch keine Nachweise vor, dass die beschwerdeführende Partei den von der FMA vorgeschriebenen Zustand hergestellt hätte.

Der bekämpfte Bescheid wurde der beschwerdeführenden Partei am 18.01.2017 durch Hinterlegung zugestellt. Die Beschwerde wurde am 12.02.2017 zur Post gegeben und langte am 13.02.2017 bei der belannten Behörde ein.

Die Beschwerde ist rechtzeitig und zulässig.

Die Beschwerde ist aber nicht begründet.

Zu A) zur Abweisung der Beschwerde:

Zum Vorbringen der Beschwerde, die beschwerdeführende Partei stehe nicht unter der Aufsicht der belannten Behörde, da sie eine Unterstützungskasse (bzw. Pensionskasse od.ä.) sei:

Die beschwerdeführende Partei ist ein Verein.

Ob die beschwerdeführende Partei eine Unterstützungskasse (nach dem BPG) oder eine (betriebliche) Pensionskasse ist oder nicht (vgl. dazu etwa zu einer anderen "Unterstützungskasse" BVwG 22.03.2016, W107 2106585-1, VwGH 22.06.2016, Ra 2016/07/0092), ist nicht verfahrensgegenständlich. Ebenso wenig kann sich die BF darauf berufen, dass sie eine soziale Einrichtung gemäß § 1287 ABGB ("gesellschaftliche Versorgungsanstalt") sei und dem Betriebspensionsgesetz bzw. dem Einkommensteuergesetz unterliege oder eine freiwillige Witwen-, Waisen-, Versorgungs- und Sterbekasse im Sinne des § 18 Abs. 1 Z 2 EStG sei. Auch ist der Umstand, dass die BF nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterliege, nicht verfahrensgegenständlich. Es trifft jedoch nicht zu, dass Unterstützungs- und Versorgungseinrichtungen ohne Rechtsanspruch als solche bereits von der staatlichen Aufsicht (hier nach dem BWG) ausgenommen sind. Relevant ist, welche Tätigkeit die BF entfaltet und ob der Verdacht besteht, dass solche Tätigkeiten als Effektengeschäft konzessionspflichtig sind.

In concreto geht es in der vorliegenden Rechtssache darum, dass der beschwerdeführenden Partei durch den bekämpften Bescheid und eines entsprechenden Verdachts das konzessionslose Betreiben von Bankgeschäften (Effektengeschäft) untersagt wurde und die Androhung eines Zwangsgeldes ausgesprochen wurde. Die beschwerdeführende Partei hielt im Zeitpunkt zwischen Errichtung und 12.12.2017 (mündliche Verhandlung vor dem BVwG) keine Konzession nach § 4 Abs. 1 BWG.

Das Bankwesengesetz kennt aber nur einige wenige Ausnahmen von der Konzessionspflicht nach § 4 Abs. 1 BWG, BGBl. 532/1993 idFBGBl. I 43/2016 (vgl. § 3 Abs. 1 BWG). Eine Ausnahmebestimmung für einen Verein, der nur den Regelungen des Vereinsgesetzes unterliegt, findet sich darunter nicht. Weder unter der taxativen Aufzählung des § 3 BWG noch in Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABL 2013, L 176, S 338 ff (in Österreich umgesetzt durch BGBl. I 184/2013) findet sich eine Ausnahme von der Konzessionspflicht für Vereine ohne jegliche weitere Konzession. Die diesbezüglichen Beschwerdeeinwände gehen daher ins Leere.

Ebenso geht das Beschwerdeargument ins Leere, dass sich eine Steuerberaterin am 28.07.2011, also lange vor dem gegenständlichen Verfahren, an die belannte Behörde gewandt habe. Wie die Beschwerde (Seite 7) selbst zugesteht, hat die belannte Behörde keinerlei Auskunft erteilt, auf die sich die BF hätte berufen können. Im Übrigen lag der Zeitpunkt der Auskunftsanfrage lange vor der Errichtung der BF als Verein und war folglich der, der FMA dargestellte Sachverhalt, nicht derart konkret, dass diese eine verbindliche Auskunft hätte erteilen können.

§ 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG, BGBl. 532/1992 zuletzt geändert durch BGBl. I 107/2017, lautete:

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

[...]

7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit

[...]

e) Wertpapieren (Effektengeschäft);

[...]."

Der ebenfalls heranzuziehende § 4 Abs. 1 BWG, BGBl. 532/1993 idF BGBl. I 184/2013, lautet:

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

Personen oder Unternehmen, die dazu nicht konzessioniert sind, ist die Tätigkeit des Handels auf eigene oder fremde Rechnung mit Wertpapieren (Effektengeschäft) somit untersagt.

Nach § 98 Abs. 1a BWG ist der konzessionslose Betrieb des Effektengeschäfts ein Verwaltungsstrafbestand, der mit Geldstrafe bis zu 100 000 Euro zu bestrafen ist.

§ 22d Abs. 1 FMABG lautet:

"(1) Besteht der Verdacht einer Übertretung gemäß § 98 Abs. 1 und 1a BWG, § 66 Abs. 1 ZaDiG, § 29 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010, § 60 Abs. 1 Z 1 AIFMG, § 94 Abs. 1 WAG 2007, § 48 Abs. 1 Z 1 BörseG, § 4 Abs. 1 Z 1 ZvVG, § 47 PKG oder § 329 VAG 2016, so hat die FMA unabhängig von der Einleitung eines Strafverfahrens die den verdächtigen Geschäftsbetrieb ausübenden Unternehmen mit Verfahrensanordnung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes innerhalb einer angemessenen, von der FMA zu bestimmenden Frist aufzufordern. Kommt ein aufgefordertes Unternehmen dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nach, so hat die FMA mit Bescheid die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes jeweils notwendigen Maßnahmen, wie die Schließung von Teilen des Betriebes oder die Schließung des gesamten Betriebes zu verfügen."

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes greift im Hinblick darauf, dass § 360 GewO bei Erlassung des § 22d FMABG als Vorbild diente (vgl. RV 1279 BlgNR 22. GP, 3) und angesichts des Umstandes, dass es sich um "rechtsähnliche" Bestimmungen handelt, zur Auslegung des § 22d FMABG auf die zu § 360 GewO ergangene Rechtsprechung zurück (vgl. VwGH 17.02.2010, 2009/17/0270). Entscheidend für die Heranziehung der Rechtsprechung der GewO zum Verständnis ähnlicher Regelungen ist die Vergleichbarkeit der Regelungen (vgl. VwGH 20.07.2013, 2012/07/0050; 25.09.2014, 2013/07/0060; 17.12.2015, 2013/07/0174 zu § 62 Abs. 2 AWG 2002).

Die gemäß § 360 Abs. 1 GewO 1994 (und damit mutatis mutandis: gemäß § 22d FMABG) verfügte Maßnahme muss notwendig und geeignet sein, den - wenn auch nur im Rahmen eines Verdachtes gegebenen - rechtswidrigen Zustand zu beseitigen (vgl. VwGH 13.12.2000, 2000/04/0189; 08.11.2000, 2000/04/0156; 30.06.2004, 2004/04/0096; 28.07.2004, 2004/04/0041 mwH).

§ 22d leg.cit. dient explizit der Verfolgung jener Unternehmen, "die ohne staatliche Erlaubnis einschlägige Dienstleistungen des Finanzmarktes betreiben" (N. Raschauer, in: Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I, § 22d FMABG, Rz 1) und soll der Verhinderung des Marktmissbrauchs dienen. Die belangte Behörde handelt bei der Vollziehung des § 22d FMABG kraft Gesetzes ausdrücklich "im öffentlichen Interesse" (vgl. § 22e leg. cit.) und zum Schutz des Finanzmarktes. Es genügt bereits der (Anfangs)Verdacht ("erste substantiierte Anhaltspunkte"), dass solche verbotenen Bankgeschäfte betrieben werden, um mit Verfahrensanordnung bzw. mit Bescheid deren Unterlassung vorzuschreiben (N. Raschauer, in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I, § 22d FMABG, Rz 28 und Rz 42). Es kommt, im Unterschied zu einem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren bei verbotenem Betrieb, auf einen tatsächlichen Erweis des Vorliegens eines verbotenen Geschäfts nicht an. Auch besteht die Unterlassungsanordnung unabhängig von einem (parallel oder nachfolgend) durchgeföhrten Verwaltungsstrafverfahren. Schließlich hat die Behörde mit der Verfügung der Maßnahmen nach § 22d leg. cit. nicht zzuwarten; sie ist zu einem zügigen Einschreiten zum Schutz einschlägiger öffentlicher Interessen verpflichtet; der Behörde steht kein (zeitliches) Ermessen zu (vgl. dazu ausführlich N. Raschauer, in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I, § 22d FMABG, Rz 28 ff, Rz 42 und Rz 48). Die soeben zitierte Kommentarliteratur führt als Beispiele für "erste substantiierte Anhaltspunkte", die vorliegen können und die ein zügiges Einschreiten der Behörde gebieten, gerade Indizien wie das Anbieten der Leistungen in Zeitungsanzeigen (hier: Anbieten auf der Website) oder das Vorliegen von Vertragsformularen an (vgl. N. Raschauer, in:

Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I, § 22d FMABG, Rz 28).

Zur "Freiwilligkeit" der Leistungen der Mitglieder und zum fehlenden Rückzahlungsanspruch

Es besteht - entgegen dem Beschwerdevorbringen - auch im vorliegenden Fall ein Rückzahlungsanspruch der

Mitglieder des Vereines. Hinsichtlich der Referenz in der Beschwerde, man habe sich am System von (deutschen) Unterstützungskassen orientiert, wonach es keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegen die Unterstützungskasse gibt, so ist dem entgegenzuhalten, dass hier lediglich ein rechtsgeschäftlich begründeter Rechtsanspruch ausgeschlossen wird und es sehr wohl einen aus der Vertrauenshaftung abgeleiteten Rechtsanspruch gibt (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz5, Anh § 1 Rz 950). Das Vertrauensverhältnis wird durch die Aufnahme des Arbeitnehmers in den "Kreis der Begünstigten" begründet, damit gilt die Versorgungszusage gemäß § 1b Abs. 4 Satz 2 Betriebsrentengesetz als erteilt (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz5, Anh § 1 Rz 952). Schließlich muss der Beschwerde diesbezüglich auch entgegengehalten werden, dass Unterstützungskassen nach dem deutschen Modell immer auf dem arbeitsrechtlichen Versorgungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Valutaverhältnis und Erfüllungs- bzw. Leistungsverhältnis) und dem Deckungsverhältnis zwischen Unterstützungskasse und Arbeitgeber basieren (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz5, Anh § 1 Rz 962 ff.) Die Unterstützungskasse ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Versorgungsleistung der Satzung, den Richtlinien oder dem Versorgungsplan entsprechend zu erbringen. Nur wenn die Unterstützungskasse ausfällt, ist der Arbeitgeber zur unmittelbaren Leistung an den Arbeitnehmer verpflichtet (Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz5, Anh § 1 Rz 962 und 967). Auch in Österreich fallen Unterstützungskassen unter den Begriff der betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen, die ausschließlich oder überwiegend vom Betrieb oder Unternehmen finanziert werden (Löschnigg, Arbeitsrecht12, Rz 11/154). Wie den Feststellungen zu entnehmen ist, bezahlte aber bis zur mündlichen Verhandlung vor dem BVwG, also auch zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung, kein einziger Arbeitgeber für einen oder mehrere Arbeitnehmer ein. Auch hinkt in diesem Zusammenhang die Unterwerfung unter das Betriebspensionsgesetz, sind doch Unterstützungskassen im Gefüge des Betriebspensionsgesetz Einrichtungen zur Durchführung - Verwaltung und Auszahlung - betrieblicher Pensionsleistungen, finanziert durch den Arbeitgeber (Schrammel, Zum Anwendungsbereich des Betriebspensionsgesetzes, ZAS 1991, 73).

Auch im vorliegenden Fall ist auf die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Homepage, der Hauptquelle der Information für die Mitglieder (potentielle Kunden), und damit auf die konkrete vertragliche Situation abzustellen:

Die beschwerdeführende Partei ist gemäß ihren Statuten in § 2 Abs. 1 ein Verein, der ausschließlich ideelle und gemeinnützige Zwecke verfolgt. Bezoacht werden sollen der Schutz von Arbeitnehmerinteressen und die Förderung der betrieblichen Vorsorge und die existentielle Absicherung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen. Als wesentlichen Zweck führt § 2 Abs. 3 der Statuten an, "im Alter und/oder bei Arbeitsunfähigkeit (Invalidität) sowie in Fällen existentieller Not (zB Arbeitslosigkeit, schwere Krankheit, Tod) freiwillige, einmalige oder laufende Unterstützungen an Arbeitnehmer oder ehemalige Arbeitnehmern von Unternehmen zu gewähren ...". Der Verein finanziert sich den Statuten nach (§ 3) aus freiwilligen Zuwendungen von Trägerunternehmen, freiwilligen Beiträgen von Arbeitnehmern, Zuwendungen, Subventionen sowie Förderungen von öffentlichen Stellen, Behörden, Kammern und Verbänden, Assekuranz und strategischen Partnern sowie aus den Versicherungsleistungen der Rückdeckungsversicherungen. Die Mittel des Vereins dürfen nur für die Zwecke des Vereins verwendet werden, nur laufende Betriebs-, Verwaltungs- und Personalkosten dürfen zusätzlich daraus getilgt werden (§ 3 Abs. 2 der Statuten).

Die beschwerdeführende Partei führte auf ihrer Homepage zum "XXXX", den sie auf der Startseite ihrer Homepage als Altersversorgung anpreist, aus, dass entweder der Arbeitgeber und/oder die Arbeitnehmer monatliche Beiträge einzahlen. Eine Leistung vor Pensionsantritt ist laut der Homepage möglich, ebenso wird festgehalten, dass im Ablebensfall die Hinterbliebenen in den Genuss der Leistung kommen. Jeder verständige Konsument muss daraus ableiten, dass die Versorgung gewährleistet ist.

Auch hindert die Einschränkung des § 1 Z 2 der Richtlinien auf die vorhandenen Mittel nicht einen Rückzahlungsanspruch. Nach den eigenen Angaben auf der Homepage der beschwerdeführenden Partei müssen stets ausreichende Mittel - die Einzahlungen für bzw. durch die Begünstigten - vorhanden sein. Auch kann den geltenden Richtlinien der beschwerdeführenden Partei nicht entnommen werden, dass der Austritt an besondere Bedingungen oder an die Angabe besonderer Gründe - weder für das Vereinsmitglied noch für die beschwerdeführende Partei - geknüpft wird. Auch finden sich in den Richtlinien weitere Hinweise darauf, dass eine Rückzahlung im Versorgungsfall beabsichtigt und gewollt ist (z.B. legt § 7 fest, dass Meldepflichten hinsichtlich relevanter Umstände bestehen). Die beschwerdeführende Partei zeigt vielmehr damit ihren Verpflichtungswillen ihren Mitgliedern gegenüber, entsprechend ihrem Werbeversprechen auf ihrer Homepage auch zu leisten. Daran kann auch der Ausschluss des Rechtsanspruchs pro forma in den Richtlinien und Statuten nichts ändern.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ein vernünftiger, durchschnittlich verständiger Erklärungsempfänger bei Abschluss des Produkts "XXXX" aufgrund des Webauftritts der beschwerdeführenden Partei seine (monatlichen) Beiträge mit der primären Absicht einzahlt, für die eigene Zukunft (Pension) bzw. jene allfälliger Hinterbliebener vorzusorgen, und entsprechend dem Werbeauftritt der beschwerdeführenden Partei darauf vertraute, im Versorgungsfall eine Einmalzahlung oder regelmäßige Rentenzahlungen zu erhalten. Zudem erweckt der Werbeauftritt den berechtigten Eindruck, dass im Fall des Ablebens des Arbeitnehmers, des "Begünstigten", von ihm benannte Erben in den Genuss der Auszahlung kommen.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass selbst bei Nichtvorliegen eines Rückzahlungsanspruches aus diesem Grund allein noch nicht geschlossen werden kann, dass zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung kein hinreichender Verdacht auf das unerlaubte Effektengeschäft vorgelegen ist bzw. dass aus diesem Grund die BF generell nicht dem BWG unterliege (vgl. dazu Seite 2 der Beschwerde).

Zum Tatbestand des "Handels auf eigene oder fremde Rechnung mit Wertpapieren (Effektengeschäft)" nach § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG

Vorausgeschickt wird, dass gegenständlich nicht zu prüfen war, ob tatsächlich der unerlaubte Handel mit Wertpapieren (Effektengeschäft) vorlag, sondern ob aufgrund der vorliegenden Informationen aus dem Ermittlungsverfahren zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides ein ausreichender (Anfangs)Verdacht (erste substantiierte Anhaltspunkte) vorgelegen ist, dass ein derartiges Geschäft betrieben werde.

a. Wertpapier (Begriff)

Der Begriff des Wertpapiers nach § 1 Abs. 1 Z 7 lit e BWG folgt aus § 1 Abs. 1 DepG (vgl. VwGH 09.02.199087/17/0260, vgl. auch zum Begriff der Effekten: Apathy/Iro/Kozoli [Hrsg.], Österreichisches Bankvertragsrecht, IV2, 2/3). § 1 Abs. 1 DepG führt ausdrücklich Investmentzertifikate als Wertpapier an. Papiergegeld fällt nicht unter den Wertpapierbegriff, wohl aber Anteilsrechte. Es sind nur solche Wertpapiere erfasst, die der Kapitalanlage dienen, und auch solche Wertrechte, über die keine Urkunde ausgedruckt wurde oder die nur in Form einer Sammelurkunde vorliegen. Weiters wird für die Erfüllung des Begriffes gefordert, dass sie vertretbar (fungibel) sein müssen (vgl. Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger [Hrsg.], Bankwesengesetz 8. Lfg. Jan 16, § 1 BWG Rz 71).

b. Handel auf eigene oder fremde Rechnung (Begriff)

Der tatbestandsmäßige Handel mit Effekten kann auf eigene oder auf fremde Rechnung erfolgen. Beide Formen des Handels sind umfasst, nur der Handel für das Privatvermögen ist ausgenommen. Laut Art. 4 Abs. 1 Z 6 der Richtlinie 2004/39/EG ist der Handel auf eigene Rechnung als Handel unter Einsatz des eigenen Kapitals definiert (Eigenhandel). Das Handeln auf fremde Rechnung kann durch indirekte Stellvertretung erfolgen. Indirekte Stellvertretung liegt auch bei einem Kommissionsgeschäft vor (vgl. die EB 369 Blg Nr. 20. GP 64 und Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger [Hrsg.], Bankwesengesetz 8. Lfg. Jan 16, § 1 BWG Rz 63a).

Gegenständlich hat die BF mit ihrem Auftritt nach außen den berechtigten Verdacht erweckt, das unerlaubte Effektengeschäft auszuüben bzw. ausüben zu wollen. Zum Effektengeschäft gehört nach der Judikatur (vgl. VwGH 15.04.2

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