

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/10/15 W148 2213545-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.2019

## Entscheidungsdatum

15.10.2019

## Norm

AIFMG §19 Abs11 Z3

AIFMG §19 Abs2

AIFMG §19 Abs8

AIFMG §2 Abs1 Z1

AIFMG §5

AIFMG §56

AIFMG §60 Abs2 Z10

B-VG Art133 Abs4

BWG §1 Abs1

FMABG §22 Abs2a

FMABG §22 Abs8

VStG 1950 §1 Abs2

VStG 1950 §19

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §64 Abs1

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

VwGVG §52 Abs8

## Spruch

W148 2213544 -1/11E

W148 2213545-1/10E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Stefan KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterinnen Mag.

Dr. Esther SCHNEIDER und Mag. Ulrike SCHERZ als Beisitzerinnen über die Beschwerde des Herrn XXXX , geb. XXXX , und der XXXX Bank AG, FN XXXX , mit Sitz in XXXX , beide vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, 1010 Wien, vom 11.01.2019 gegen das Straferkenntnis vom 12.12.2018, Zl. FMA- XXXX , wegen einer Übertretung des AIFMG zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Strafnorm lautet § 60 Abs. 2 Z 10 AIFMG, BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 67/2018.

III. Die beschwerdeführende Partei hat gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG EUR 1000 Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen, das sind 20% der verhängten Geldstrafe.

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

I. Verfahrensgang:

1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen das an den Beschwerdeführer und die XXXX Bank AG (im Folgenden "haftende Gesellschaft") gerichtete Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 12.12.2018, dessen Spruch wie folgt lautete:

"Sehr geehrter Herr [...]"

Sie sind seit XXXX Vorstand der XXXX Bank AG (im Folgenden auch XXXX ), eines konzessionierten Kreditinstitutes mit der Geschäftsanschrift XXXX .

In dieser Funktion haben Sie als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) folgende Verstöße zu verantworten:

I. Die XXXX ist von 30.03.2016 bis jedenfalls 17.10.2016 als von der XXXX Kapitalanlage GmbH (im Folgenden auch XXXX ) bestellte Verwahrstelle gemäß § 19 AIFMG bei der Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, nicht mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen. Dies dadurch, dass sie der XXXX Bank XXXX AG (im Folgenden auch XXXX ) sämtliche ihrer in § 19 Abs. 8 AIFMG angeführten Aufgaben betreffend die von der XXXX verwalteten AIF iSd § 2 Abs. 1 Z 1 AIFMG übertragen hat, ohne die Bestellung der XXXX zur Sub-Verwahrstelle, die an die XXXX übertragenen Aufgaben und die mit der Erfüllung dieser Aufgaben verbundenen Rechte und Pflichten mit der XXXX schriftlich zu vereinbaren. Einen diesbezüglichen schriftlichen Sub-Verwahrstellenvertrag mit der XXXX hat die XXXX erst am 17.10.2016 abgeschlossen.

II. Die XXXX ist jedenfalls von 30.05.2016 (Tag der Vor-Ort-Prüfung der FMA) bis jedenfalls 17.05.2017 als von der XXXX Kapitalanlage GmbH (im Folgenden auch XXXX ) bestellte Verwahrstelle gemäß § 19 AIFMG bei der Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, nicht mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen. Dies dadurch, dass sie der XXXX XXXX & XXXX AG (im Folgenden auch XXXX ) sämtliche ihrer in § 19 Abs. 8 AIFMG angeführten Aufgaben betreffend die von der XXXX verwalteten AIF iSd § 2 Abs. 1 Z 1 AIFMG übertragen hat, ohne die Bestellung der XXXX zur Sub-Verwahrstelle, die an die XXXX übertragenen Aufgaben und die mit der Erfüllung dieser Aufgaben verbundenen Rechte und Pflichten mit der XXXX schriftlich zu vereinbaren. Einen diesbezüglichen schriftlichen Sub-Verwahrstellenvertrag mit der XXXX hat die XXXX XXXX erst am 17.05.2017 abgeschlossen.

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

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 19 Abs. 11 Z 3 AIFMG iVm § 19 Abs. 2 AIFMG BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 70/2014 iVm § 60 Abs. 2 Z 10 AIFMG BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 150/2015

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 5.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 22 Stunden

Freiheitsstrafe von ---

Gemäß § 60 Abs. 2 Z 10 AIFMG BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 150/2015

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft): --

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

? 500 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

? 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für ---.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

5.500 Euro."

2. Gegen das Straferkenntnis, dem Beschwerdeführer zugestellt am 19.12.2018, der haftenden Gesellschaft am 18.12.2018, erhoben beide Beschwerde, die bei der belangten Behörde am 14.01.2019 eingegangen ist. Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, dass keine gesetzliche Vorgabe bestanden habe, dass Sub-Verwahrstellenverträge nach dem AIFMG der Schriftform unterlägen. Der objektive Tatbestand sei daher nicht verwirklicht worden.

3. Die belangte Behörde legte mit Schriftsatz vom 20.03.2019 jeweils Kopien eines schriftlich beantworteten Due-Diligence Fragebogens (datiert mit 24.05.2016 und 25.05.2016) der beiden Sub-Verwahrstellen vor und brachte vor, dass diese keinen schriftlichen Vertrag ersetzen könnten. Es haben keine schriftlichen Sub-Verwahrstellenverträge bestanden.

4. In einer Replik vom 22.03.2019 bestritten der BF und die haftungspflichtige Gesellschaft dieses Vorbringen bzw. diese Rechtsansicht. Das angefochtene Straferkenntnis sei rechtswidrig.

5. Das Bundesverwaltungsgericht hielt am 26.03.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung ab, an der der Beschwerdeführervertreter (in weiterer Folge auch "BFV") teilnahm, der auch die haftende Gesellschaft vertreten hat. Der BF ist entschuldigt ferngeblieben. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden "FMA" oder auch "belangte Behörde") hat durch drei informierte Vertreter teilgenommen.

6. Am 19.09.2019 fand wegen des Wechsels eines Beisitzers des Senates des Verwaltungsgerichtes eine Wiederholung der mündlichen Beschwerdeverhandlung statt, an der der BFV, der auch die haftungspflichtige Gesellschaft vertrat, und informierte Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in das offene Firmenbuch, durch Einsicht in die Verwaltungs- und Gerichtsakten der zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Beschwerdesachen sowie insbesondere durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26.03.2019 und am 19.09.2019.

1. Festgestellter Sachverhalt

1.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft

Die haftungspflichtige Gesellschaft firmiert unter dem im Spruchkopf angegebenen Namen, ist unter der GZ. FN XXXX im Firmenbuch des LG XXXX eingetragen und hat ihren Sitz in XXXX, XXXX; Filialen befinden sich in XXXX, XXXX und XXXX sowie eine Niederlassung in XXXX. Weiters wird von Österreich aus der XXXX Markt betreut, weiters sind inländische Tochtergesellschaften auf dem XXXX Markt tätig. Die haftungspflichtige Gesellschaft ist im Finanzdienstleistungsbereich (regionale Universalbank) tätig, aber auch im Immobiliengeschäft sowie im Versicherungsbereich und betreibt insbesondere das Geschäft (mit Konzessionen nach § 1 Abs. 1 Z 5 BWG und nach § 5 AIFMG) als Sub-Verwahrstelle nach dem AIFMG (Depotgeschäft). Sie erwirtschaftete im Tatzeitraum mit rund XXXX Mitarbeitern eine Bilanzsumme von rund XXXX Milliarden EUR; sie war während der Vor-Ort Prüfung (s. unten) von der XXXX Kapitalanlage GmbH (in weiterer Folge "KAG") als Verwahrstelle für XXXX OGAW und XXXX AIF eingesetzt.

In den relevanten Tatzeiträumen (s. unten) gehörten dem Vorstand als nach § 9 Abs. 1 VStG nach außen Verantwortliche an: Der BF zu W148 2213544-1 als Vorsitzender (Generaldirektor) intern zuständiges Mitglied für das Depotgeschäft, der BF zu W148 2213547-1 als für den Vertrieb zuständiges Mitglied und der BF zu W148 2213549-1 als

erst im Zeitraum ab 01.01.2017 dem Vorstand angehörig, weshalb für ihn nur ein auf den zweiten Tatvorwurf (s. unten) mit Beginn 01.01.2017 beschränkter Tatzeitraum gilt. Es hat keine satzungsmäßige Aufteilung über die Vorstandsaufgaben gegeben, sondern lediglich eine interne Aufgabenteilung. Alle drei BF gehören bis dato dem Vorstand an.

Für das verfahrensgegenständliche Depotbankgeschäft waren bis zur Vor-Ort-Prüfung der FMA (30.05.2016 bis 01.06.2016) die zum Vorstandsvorsitzenden ressortierende Gruppe "Fonds Service" bzw. die Abteilung "Wertpapiersettlement" (im Geschäftsbereich "Risikomanagement") verantwortlich. Unmittelbar nach der Vor-Ort-Prüfung durch die FMA wurde die Depotbankfunktion in einer neuen Abteilung "Mid- und Backoffice Fonds, Wertpapier und Derivate" organisiert, deren Leiter dem Vorstandsvorsitzenden unmittelbar berichtspflichtig war. Bis zu dieser Umstellung hat die haftungspflichtige Gesellschaft keine schriftliche Dokumentation über irgendwelche Berichte an den Vorstand vorgelegt, wohingegen seit der Umstellung eine schriftliche Dokumentation der Berichterstattung vorliegt. Das Ermittlungsverfahren hat weiters ergeben, dass keiner der beiden Co-Vorstände beim primär Zuständigen (Vorsitzender) Erkundigungen hinsichtlich der hier maßgeblichen Sub-Verwahrstellen getätigt haben.

## 1.2. Zur Sache

Im Zeitraum 30.05.2016 bis 01.06.2016 hat eine Vor-Ort-Prüfung durch die FMA in den Räumlichkeiten am Hauptsitz der Gesellschaft nach § 56 Abs. 2 Z 3 AIFMG stattgefunden, die sich mit dem Schwerpunkt der Funktion als Verwahrstelle nach § 19 AIFMG beschäftigte.

Die haftungspflichtige Gesellschaft wurde seit 28.08.2015 von der KAG als Verwahrstelle für Alternative Investmentfonds (AIF) gemäß § 19 AIFMG eingesetzt. Dieser Geschäftsbeziehung lag ein Verwahrstellenvertrag vom 28.08.2015 zugrunde, in dem auch festgelegt war, dass eine Auslagerung der Verwahrstelle an Dritte (Sub-Verwahrstellen) nur nach einer vorherigen Zustimmung der KAG erfolgen dürfe (§ 7 Z. 2). Weiters war in Z. 5 dieser Regelung Folgendes wörtlich festgehalten: "Grundsätzlich ist eine Beauftragung Dritter (z.B. im Fall einer neuen Unterverwahrstelle oder eines Zentralverwahrers) durch die Verwahrstelle nur zulässig, wenn dies in Schriftform zwischen der Verwahrstelle und Dritten vereinbart wird."

Die haftungspflichtige Gesellschaft hat die Verwahrung von Wertpapieren des AIF der KAG teilweise an Dritte als Sub-Verwahrstellen ausgelagert. Und zwar - unter anderem - erstens im Zeitraum 30.03.2016 bis 17.10.2016 als von der KAG bestellte Verwahrstelle für AIF an die XXXX XXXX XXXX AG (im Folgenden "XXXX ") und zweitens im Zeitraum 30.05.2016 bis 17.05.2017 an die XXXX AG (im Folgenden "XXXX "). In beiden Fällen hat es bis zum Tatzeitende keinerlei schriftliche Dokumentation über die Auswahl und Bestellung des Dritten (Sub-Verwahrstelle) innerhalb der Organisation der haftungspflichtigen Gesellschaft gegeben. Davor hat es lediglich schriftliche Aufträge zur Depoteröffnung (zB ein Mail vom 29.03.2016 im Falle der XXXX ; im Falle XXXX eine schriftliche "Eröffnung von Konten /Depots" vom 19.03.2015) gegeben sowie einen schriftlichen ausführlichen Informationsaustausch über die laufende Kontrolle der beiden Sub-Verwahrstellen in Form eines Due-Diligence Fragebogens; letzteren im Falle der XXXX am 24.05.2016 und im Falle der XXXX am 25.05.2016. Darin bestätigten die beiden Sub-Verwahrstellen schriftlich, dass die Wertpapiere der AIF gesondert verwahrt würden, die Aussonderung im Insolvenzfall gesichert sei und der Sub-Verwahrer die Wertpapiere der AIF nicht für eigene Zwecke verwende uvm. Eine schriftlich festgehaltene Dokumentation (etwa eine Vereinbarung oder ein Vertrag) über die Auswahl und Bestellung der Sub-Verwahrstellen, mit dem die haftungspflichtige Gesellschaft diesen Teile ihrer Aufgaben übertragen hat, lag erst mit Ende des jeweiligen Tatzeitraumes vor.

Im ersten Fall begann die Geschäftsbeziehung, und damit der Tatzeitraum, durch Eröffnung eines Sub-Verwahrstellenkontos bei der Sub-Verwahrstelle am 30.03.2016. Im zweiten Fall begann die Geschäftsbeziehung zwar schon früher (19.03.2015), der Beginn des Tatzeitraumes wurde jedoch als mit Beginn der Vor-Ort-Prüfung der FMA (30.05.2016) angenommen, was insgesamt für den BF günstiger ist.

Erst während des Tatzeitraumes (unmittelbar nach der Vor-Ort-Prüfung durch die belangte Behörde) hat die haftungspflichtige Gesellschaft eine Datenbank (basierend auf Lotus-Notes) und ein einheitliches Format für Checklisten bzw. Prozessbeschreibungen für Sub-Verwahrstellen etabliert. Bis dahin gab es derartiges nicht; die

haftungspflichtige Gesellschaft verfügte insbesondere daher auch nicht über eine schriftliche Dokumentation über die Auswahl und Bestellung von Dritten als Sub-Verwahrer. Weiters wurde nach der Vor-Ort-Prüfung auch das Depotbankgeschäft intern umstrukturiert.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zu den Beschwerdeführern, ihren Funktionen (Aufgabenverteilungen und Zeitrahmen der Vorstands- und sonstigen Funktionen) sowie zur haftungspflichtigen Gesellschaft ergeben sich aus der Beschwerde, aus dem offenen Firmenbuch und aus dem Vorbringen der BFV in den mündlichen Beschwerdeverhandlungen.

Die Feststellung, dass im § 7 des Vertrages zwischen der KAG und der haftungspflichtigen Gesellschaft vom 28.08.2015 festgehalten war, dass eine Auslagerung der Verwahrstelle an Dritte (Sub-Verwahrstellen) nur nach einer vorherigen Zustimmung der KAG und nur nach Abschluss eines schriftlichen Vertrages mit der Sub-Verwahrstelle zu erfolgen habe, gründet sich auf dem von den BF vorgelegten Dokument ON 03 des FMA-Aktes. Dieses Beweismittel blieb unstrittig und aus seinem Inhalt ergeben sich keinerlei Zweifel an der Glaubhaftigkeit.

Die Feststellungen zum Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines schriftlichen Sub-Verwahrstellenvertrages gründen sich auf die Urkunden, die die BF im Ermittlungsverfahren der belangten Behörde sowie in den mündlichen Beschwerdeverhandlungen vor dem BVwG vorgelegt haben. Insbesondere wurde die Depoteröffnung bei der XXXX vom 19.03.2015 und der Sub-Verwahrstellenvertrag mit XXXX vom 17.10.2016 unzweifelhaft vorgelegt (vgl. zu beiden Urkunden ON 10 des FMA-Aktes). Der Sub-Verwahrstellenvertrag mit XXXX stammt vom 17.05.2017 (vgl. dazu ON 05 des FMA-Aktes) und wurde bereits im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegt. Die schriftliche Beauftragung der XXXX zur Depoteröffnung vom 29.03.2016 wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 26.03.2019 (siehe dortige Beilagen ./1 und ./2) vorgelegt.

Alle diese vorgelegten Beweismittel blieben unstrittig und stimmen mit dem Vorbringen der BF überein; es haben sich auch sonst keine Zweifel ihrer Glaubhaftigkeit ergeben, weshalb das BVwG von ihrer Echtheit und ihrer inhaltlichen Richtigkeit ausgeht und sie den oben getroffenen Feststellungen zugrunde legt.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Zur Zuständigkeit und zur Zusammensetzung des Senates

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, BGBl. I 97/2001 idF BGBl. 35/2016).

Zudem war ein Mitglied des Senates, das an der mündlichen Verhandlung am 26.03.2019 mitgewirkt hatte, aus Gründen des § 7 Abs. 1 Z 5 GV 2019 an der Teilnahme an der fortgesetzten mündlichen Verhandlung verhindert, weshalb die Verhandlung in der nach der GV 2019 geltenden Zusammensetzung zu wiederholen war.

Die Beschwerde ist rechtzeitig und zulässig.

Die Beschwerde ist aber nicht begründet.

### 3.2. Zu Spruchpunkt A):

#### 3.2.1. Anzuwendende Rechtslage:

##### a) Materielle Bestimmung

§ 19 Alternatives Investmentfonds-Manager-Gesetz (AIFMG), BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 118/2016, lautet auszugsweise:

#### "4. Abschnitt

##### Verwahrstelle

§ 19. [...]

(2) Die Bestellung der Verwahrstelle hat in einem Vertrag schriftlich vereinbart zu werden. Der Vertrag hat unter anderem den Informationsaustausch zu regeln, der für erforderlich erachtet wird, damit die Verwahrstelle gemäß diesem Bundesgesetz und gemäß den anderen einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ihren Aufgaben für den AIF, für den sie als Verwahrstelle bestellt wurde, nachkommen kann.

[...]

(11) Die Verwahrstelle darf ihre in dieser Bestimmung festgeschriebenen Funktionen nicht auf Dritte übertragen, hiervon ausgenommen sind die in Abs. 8 genannten Aufgaben. Die Verwahrstelle kann die in Abs. 8 genannten Funktionen unter den folgenden Bedingungen auf Dritte übertragen:

1.-die Aufgaben werden nicht in der Absicht übertragen, die Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen;

2.-die Verwahrstelle kann belegen, dass es einen objektiven Grund für die Übertragung gibt;

3.-die Verwahrstelle ist bei der Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen und geht weiterhin bei der laufenden Kontrolle und regelmäßigen Überprüfung von Dritten, denen sie Teile ihrer Aufgaben übertragen hat, und von Vereinbarungen des Dritten hinsichtlich der ihm übertragenen Aufgaben mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vor, und

4.-die Verwahrstelle gewährleistet, dass der Dritte jederzeit bei der Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben die folgenden Bedingungen einhält:

a)-Der Dritte verfügt über eine Organisationsstruktur und die Fachkenntnisse, die für die Art und die Komplexität der Vermögenswerte des AIF oder des für dessen Rechnung handelnden AIFM, die ihm anvertraut wurden, angemessen und geeignet sind;

b)-bezogen auf die Verwahrungsaufgaben gemäß Abs. 8 Z 1 unterliegt der Dritte einer wirksamen aufsichtlichen Regulierung, einschließlich Mindesteigenkapitalanforderungen, und Aufsicht in der betreffenden rechtlichen Zuständigkeit und der Dritte unterliegt ferner einer regelmäßigen externen Wirtschaftsprüfung, durch die gewährleistet wird, dass sich die Finanzinstrumente in seinem Besitz befinden;

c)-der Dritte trennt die Vermögenswerte der Kunden der Verwahrstelle von seinen eigenen Vermögenswerten und von den Vermögenswerten der Verwahrstelle in einer solchen Weise, dass sie zu jeder Zeit eindeutig als Eigentum von Kunden einer bestimmten Verwahrstelle identifiziert werden können;

d)-der Dritte darf die Vermögenswerte nicht ohne vorherige Zustimmung des AIF oder des für Rechnung des AIF tätigen AIFM und eine vorherige Mitteilung an die Verwahrstelle verwenden und

e)-der Dritte hält sich an die allgemeinen Verpflichtungen und Verbote gemäß den Abs. 8 und 10.

Unbeschadet der Z 4 lit. b, wenn laut den Rechtsvorschriften eines Drittlands vorgeschrieben ist, dass bestimmte Finanzinstrumente von einer ortsansässigen Einrichtung verwahrt werden müssen und es keine ortsansässigen Einrichtungen gibt, die den Anforderungen für eine Beauftragung gemäß Z 4 lit. b genügen, darf die Verwahrstelle ihre Funktionen an eine solche ortsansässige Einrichtung nur insoweit übertragen, wie es von dem Recht des Drittlandes gefordert wird und nur solange es keine ortsansässigen Einrichtungen gibt, die die Anforderungen für eine Beauftragung erfüllen, vorbehaltlich der folgenden Anforderungen:

aa)-Die Anleger des jeweiligen AIF müssen vor Tätigkeit ihrer Anlage ordnungsgemäß unterrichtet werden, dass eine solche Beauftragung aufgrund rechtlicher Zwänge im Recht des Drittlandes erforderlich ist, und sie müssen über die Umstände unterrichtet werden, die die Übertragung rechtfertigen; und

bb)-der AIF oder der für Rechnung des AIF tätige AIFM müssen die Verwahrstelle anweisen, die Verwahrung dieser Finanzinstrumente an eine solche ortsansässige Einrichtung zu übertragen.

Der Dritte kann seinerseits diese Funktionen unter den gleichen Bedingungen weiter übertragen. In diesem Fall gilt Abs. 13 entsprechend für die jeweils Beteiligten. Die Erbringung von Dienstleistungen gemäß der Richtlinie 98/26/EG durch Wertpapierliefer- und Abrechnungssysteme, wie es für die Zwecke jener Richtlinie vorgesehen ist, oder die Erbringung ähnlicher Dienstleistungen durch Wertpapierliefer- und Abrechnungssysteme von Drittländern wird für Zwecke dieses Absatzes nicht als Beauftragung mit Verwahrfunktionen betrachtet.

[...]"

§ 19 AIFMG dient der Umsetzung von Artikel 21 der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinie 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2010, ABl. L 174/1, 1.7.2011; Erwägungsgründe 39 und 94 sowie

Artikel 21 lauten auszugsweise:

"(39) Die Verwahrstelle sollte die Verwahrung von Vermögenswerten einem Dritten übertragen können, der diese Funktion seinerseits weiter übertragen können sollte. Allerdings sollten die Übertragung von Aufgaben als auch die Unterbeauftragung objektiv gerechtfertigt sein und strengen Anforderungen in Bezug auf die Eignung des Dritten, dem diese Funktion übertragen wird, und in Bezug auf die gebotene Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit, welche die Verwahrstelle bei der Auswahl, Bestellung und Überprüfung dieses Dritten walten lassen sollte, unterliegen."

"(94) Das hohe Ziel dieser Richtlinie, nämlich die Gewährleistung eines hohen Anlegerschutzes durch Festlegung eines gemeinsamen Rahmens für die Zulassung von und Aufsicht über AIFM [...]."

"Artikel 21

Verwahrstelle

[...]

(2) Die Bestellung der Verwahrstelle wird in einem Vertrag schriftlich vereinbart. Der Vertrag regelt unter anderem den Informationsaustausch, der für erforderlich erachtet wird, damit die Verwahrstelle gemäß dieser Richtlinie und gemäß den anderen einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ihren Aufgaben für den AIF, für den sie als Verwahrstelle bestellt wurde, nachkommen kann.

[...]

(11) Die Verwahrstelle darf ihre in diesem Artikel festgeschriebenen Funktionen nicht auf Dritte übertragen, hiervon ausgenommen sind die in Absatz 8 genannten Aufgaben.

Die Verwahrstelle kann die in Absatz 8 genannten Funktionen unter den folgenden Bedingungen auf Dritte übertragen:

a) die Aufgaben werden nicht in der Absicht übertragen, die Vorschriften der vorliegenden Richtlinie zu umgehen;

b) die Verwahrstelle kann belegen, dass es einen objektiven Grund für die Übertragung gibt;

c) Die Verwahrstelle ist bei der Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen und geht weiterhin bei der laufenden Kontrolle und regelmäßigen Überprüfung von Dritten, denen sie Teile ihrer Aufgaben übertragen hat, und von Vereinbarungen des Dritten hinsichtlich der ihm übertragenen Aufgaben mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vor, und

d) Die Verwahrstelle gewährleistet, dass der Dritte jederzeit bei der Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben die folgenden Bedingungen einhält:

i) der Dritte verfügt über eine Organisationsstruktur und die Fachkenntnisse, die für die Art und die Komplexität der Vermögenswerte des AIF oder des für dessen Rechnung handelnden AIFM, die ihm anvertraut wurden, angemessen und geeignet sind;

ii) bezogen auf die Verwahrungsaufgaben gemäß Absatz 8 Buchstabe a unterliegt der Dritte einer wirksamen aufsichtlichen Regulierung, einschließlich Mindesteigenkapitalanforderungen, und Aufsicht in der betreffenden rechtlichen Zuständigkeit und der Dritte unterliegt ferner einer regelmäßigen externen Rechnungsprüfung, durch die gewährleistet wird, dass sich die Finanzinstrumente in seinem Besitz befinden;

iii) der Dritte trennt die Vermögenswerte der Kunden der Verwahrstelle von seinen eigenen Vermögenswerten und von den Vermögenswerten der Verwahrstelle in einer solchen Weise, dass sie zu jeder Zeit eindeutig als Eigentum von Kunden einer bestimmten Verwahrstelle identifiziert werden können;

iv) der Dritte darf die Vermögenswerte nicht ohne vorherige Zustimmung des AIF oder des für Rechnung des AIF tätigen AIFM und eine vorherige Mitteilung an die Verwahrstelle verwenden und

v) der Dritte hält sich an die allgemeinen Verpflichtungen und Verbote gemäß den Absätzen 8 und 10.

Unbeschadet des Unterabsatzes 2 Buchstabe d Ziffer ii, wenn laut den Rechtsvorschriften eines Drittlands vorgeschrieben ist, dass bestimmte Finanzinstrumente von einer ortsansässigen Einrichtung verwahrt werden müssen und es keine ortsansässigen Einrichtungen gibt, die den Anforderungen für eine Beauftragung gemäß Buchstabe d

Ziffer ii genügen, darf die Verwahrstelle ihre Funktionen an eine solche ortsansässige Einrichtung nur insoweit übertragen, wie es von dem Recht des Drittlandes gefordert wird und nur solange es keine ortsansässigen Einrichtungen gibt, die die Anforderungen für eine Beauftragung erfüllen, vorbehaltlich der folgenden Anforderungen:

a) die Anleger des jeweiligen AIF müssen vor Tätigkeit ihrer Anlage ordnungsgemäß unterrichtet werden, dass eine solche Beauftragung aufgrund rechtlicher Zwänge im Recht des Drittlandes erforderlich ist, und sie müssen über die Umstände unterrichtet werden, die die Übertragung rechtfertigen; und

b) der AIF oder der für Rechnung des AIF tätige AIFM müssen die Verwahrstelle anweisen, die Verwahrung dieser Finanzinstrumente an eine solche ortsansässige Einrichtung zu übertragen.

Der Dritte kann seinerseits diese Funktionen unter den gleichen Bedingungen weiter übertragen. In diesem Fall gilt Absatz 13 entsprechend für die jeweils Beteiligten.

Die Erbringung von Dienstleistungen gemäß der Richtlinie 98/26/EG durch Wertpapierliefer- und Abrechnungssysteme, wie es für die Zwecke jener Richtlinie vorgesehen ist, oder die Erbringung ähnlicher Dienstleistungen durch Wertpapierliefer- und Abrechnungssysteme von Drittländern wird für Zwecke dieses Absatzes nicht als Beauftragung mit Verwahrfunktionen betrachtet.

[...]"

Erwägungsgrund 90 und 94 sowie Artikel 98 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 der Kommission vom 19. Dezember 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung, ABl. L 83/1, 22.03.2013 lauten:

"(90) Die für die Beauftragung mit der Durchführung von Aufgaben für den AIFM geltenden Anforderungen sollten bei der Weitergabe von Aufgaben durch den Beauftragten und für alle weiteren Unterbeauftragungen entsprechend gelten."

"(94) Die Richtlinie 2011/61/EU enthält ausführliche Anforderungen für die Verwahrstelle eines AIF, um einen hohen Anlegerschutzstandard sicherzustellen. Die jeweiligen konkreten Rechte und Pflichten der Verwahrstellen, des AIFM und gegebenenfalls des AIF und Dritter sollten daher eindeutig festgelegt werden. Der schriftliche Vertrag sollte alle Einzelheiten regeln, die für die angemessene Verwahrung sämtlicher Vermögenswerte des AIF durch die Verwahrstelle oder einen Dritten, auf den Verwahraufgaben gemäß der Richtlinie 2011/61/EU übertragen werden, und für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufsichts- und Kontrollfunktionen durch die Verwahrstelle notwendig sind. Damit die Verwahrstelle das Verwahrrisiko bewerten und überwachen kann, sollte der Vertrag ausreichende Einzelheiten zu den Vermögenswertkategorien enthalten, in die der AIF investieren darf, und die geografischen Regionen nennen, in denen der AIF Anlagen vorzunehmen beabsichtigt. Der Vertrag sollte auch Einzelheiten zu einem Eskalationsverfahren enthalten. So sollte die Verwahrstelle den AIFM auf jegliches materielle Risiko, das beim Abwicklungssystem eines bestimmten Marktes ermittelt wird, aufmerksam machen. Was die Vertragskündigung angeht, sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Verwahrstelle den Vertrag in letzter Konsequenz kündigen kann, wenn sie nicht davon überzeugt ist, dass die Vermögenswerte angemessenen Schutz genießen. Auch sollte die Gefahr des Moral Hazard unterbunden werden, bei der der AIFM Anlageentscheidungen unabhängig vom Verwahrrisiko treffen würde, da die Verwahrstelle in den meisten Fällen haftbar wäre. Um einen hohen Anlegerschutzstandard zu wahren, sollten die detaillierten Anforderungen für die Überwachung von Dritten für die gesamte Verwahrkette gelten."

"Artikel 98

Sorgfaltspflichten

(1) Um die Anforderungen von Artikel 21 Absatz 11 Buchstabe c der Richtlinie 2011/61/EU zu erfüllen, schafft die Verwahrstelle ein ordnungsgemäß dokumentiertes Verfahren zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten bei der Auswahl und laufenden Kontrolle des Beauftragten und wendet dieses Verfahren an. Das Verfahren wird regelmäßig, mindestens aber einmal jährlich, geprüft und die Einzelheiten werden den zuständigen Behörden auf Verlangen mitgeteilt.

(2) Bei der Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem gemäß Artikel 21 Absatz 11 der Richtlinie 2011/61/EU



Verwahrfunktionen übertragen werden, geht die Verwahrstelle mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vor, um sicherzustellen, dass hinsichtlich Finanzinstrumenten, die diesem Dritten anvertraut werden, ein geeigneter Schutzstandard gegeben ist. Die Verwahrstelle erfüllt mindestens folgende Aufgaben:

a) Sie bewertet den regulatorischen und rechtlichen Rahmen unter Berücksichtigung von Länderrisiko, Verwahrrisiko und Durchsetzbarkeit der Verträge des Dritten. Diese Bewertung muss die Verwahrstelle in die Lage versetzen, die potenziellen Auswirkungen einer Insolvenz des Dritten auf die Vermögenswerte und Rechte des AIF zu bestimmen. Kommt die Verwahrstelle zur Erkenntnis, dass aufgrund der Rechtsvorschriften des Landes, in dem der Dritte sich befindet, die Trennung der Vermögenswerte nicht ausreicht, um im Insolvenzfall Schutz zu bieten, so unterrichtet sie den AIFM umgehend darüber;

b) sie bewertet, ob die Praktiken, Verfahren und internen Kontrollen des Dritten geeignet sind, um für die Finanzinstrumente des AIF oder des für ihn handelnden AIFM einen hohen Sorgfalts- und Schutzstandard zu gewährleisten;

c) sie bewertet, ob Finanzstärke und Leumund des Dritten den übertragenen Aufgaben angemessen sind. Diese Bewertung beruht auf Informationen, die vom potenziellen Dritten vorgelegt werden und, soweit verfügbar, anderen Daten und Informationen;

d) sie stellt sicher, dass der Dritte über die operationellen und technischen Fähigkeiten verfügt, um die übertragenen Verwahraufgaben unter Gewährleistung eines zufriedenstellenden Schutz- und Sicherheitsniveaus wahrzunehmen.

(3) Die Verwahrstelle geht bei der regelmäßigen Überprüfung und laufenden Kontrolle des Dritten mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vor, um sicherzustellen, dass der Dritte weiterhin die in Absatz 1 genannten Kriterien und die in Artikel 21 Absatz 11 Buchstabe d der Richtlinie 2011/61/EU aufgeführten Bedingungen erfüllt. Die Verwahrstelle erfüllt zu diesem Zweck mindestens folgende Aufgaben:

a) Sie überwacht die Leistung des Dritten und die Einhaltung der Standards der Verwahrstelle;

b) sie stellt sicher, dass der Dritte bei der Wahrnehmung seiner Verwahraufgaben bezüglich Sorgfalt, Vorsicht und Gewissenhaftigkeit einen hohen Standard erfüllt und insbesondere eine wirksame Trennung der Finanzinstrumente gemäß den Anforderungen von Artikel 99 gewährleistet;

c) sie überprüft die Verwahrrisiken, die sich aus der Entscheidung, die Vermögenswerte dem Dritten anzuvertrauen, ergeben, und unterrichtet den AIF oder AIFM unverzüglich über jegliche Änderung bezüglich dieser Risiken. Diese Bewertung beruht auf Informationen, die vom Dritten vorgelegt werden und, soweit verfügbar, anderen Daten und Informationen. Bei unruhigen Märkten oder Feststellung eines Risikos werden Häufigkeit und Umfang der Überprüfungen erhöht. Kommt die Verwahrstelle zur Erkenntnis, dass aufgrund der Rechtsvorschriften des Landes, in dem der Dritte sich befindet, die Trennung der Vermögenswerte nicht mehr ausreicht, um im Insolvenzfall Schutz zu bieten, so unterrichtet sie den AIFM umgehend darüber.

(4) Wenn der Dritte an ihn übertragene Funktionen weiter überträgt, gelten die Bedingungen und Kriterien der Absätze 1, 2 und 3 entsprechend.

(5) Die Verwahrstelle überwacht die Einhaltung von Artikel 21 Absatz 4 der Richtlinie 2011/61/EU.

(6) Die Verwahrstelle legt Notfallpläne für jeden Markt fest, auf dem sie gemäß Artikel 21 Absatz 11 der Richtlinie 2011/61/EU einen Dritten mit der Wahrnehmung von Verwahraufgaben bestellt. In diesem Notfallplan wird die Identität eines etwaigen alternativen Diensteanbieters mitgeteilt.

(7) Erfüllt der Beauftragte die Anforderungen nicht mehr, so ergreift die Verwahrstelle im besten Interesse des AIF und seiner Anleger Maßnahmen, einschließlich einer Vertragskündigung."

b) Strafbestimmung

§ 60 Abs. 2 Z 10 Alternatives Investmentfonds-Manager-Gesetz (AIFMG), BGBl. I Nr. 135/2013 idF BGBl. I Nr. 67/2018, lautet nunmehr (und wortgleich im Tatzeitraum) auszugsweise:

"Verwaltungsstrafen und Veröffentlichungen

§ 60. (2) Wer

[...]

10.-die Pflichten gemäß § 19 verletzt;

[...]

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hiefür von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen."

### 3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Ganz allgemein etabliert das AIFMG bzw. die Richtlinie 2011/61/EU die "Gewährleistungen eines hohen Anlegerschutzes" (vgl. etwa Erwägungsgrund 94 der Richtlinie sowie Erläuterungen zum AIFMG, ErläutRV 2401 BlgNR XXIV GP, 10) und stellt sowohl an "die Übertragung von Aufgaben als auch an die Unterbeauftragung [...] strenge Anforderungen" (Erwägungsgrund 39 der Richtlinie). Weiters unterliegen AIFM "umfassenden Offenlegungs- und Informationspflichten gegenüber der Aufsicht und den Anlegern" (vgl. ErläutRV 2401 BlgNR XXIV GP, 10).

Gemäß § 19 Abs. 11 Z 3 AIFMG kann eine Verwahrstelle ihre Funktionen Dritten unter folgenden Bedingungen [Anm.: die anderen in den Ziffern 1 und 2 erwähnten Bedingungen sind nicht verfahrensgegenständlich] übertragen: "3. die Verwahrstelle ist bei der Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen und geht weiterhin bei der laufenden Kontrolle und regelmäßigen Überprüfung von Dritten [...] vor". § 19 Abs. 11 Z 3 leg.cit. enthält demnach zwei Tatbestände. Nämlich erstens die Vorgangsweise bei "Auswahl und Bestellung eines Dritten" und zweitens das Gebot einer "laufenden Kontrolle und regelmäßigen Überprüfung" dieses Dritten (vgl. zu einer ähnlichen Regelung mit zwei Tatbeständen im WAG 2008 VwGH vom 27.03.2015, Ra 2015/02/0025 mwN).

Dabei ist zunächst dem Beschwerdevorbringen, dass mit der Due-Diligence-Prüfung (Versendung und Beantwortung von Fragebögen) vom 24.05.2016 und vom 25.05.2016 dem Gesetz Genüge getan worden sei, zu entgegnen, dass diese Überprüfung (Kontrolle) schon rein objektiv unter den zweiten Tatbestand fällt, nämlich unter die "laufende Kontrolle und regelmäßige Überprüfung" des Dritten. Dieses Vorbringen kann daher also vom Tatvorwurf, bei der Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, nicht mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgegangen zu sein, nicht entlasten. Ob die bei der Due-Diligence von den Sub-Verwahrstellen beantworteten Fragebögen Vertragsinhalt geworden sind oder nicht, kann daher dahingestellt bleiben, weil sie rein objektiv nichts zur (Nicht)Erfüllung des hier relevanten ersten Tatbestandes beitragen können, insbesondere vermögen sie nicht, den Abschluss eines schriftlichen Sub-Verwahrstellenvertrags zu ersetzen.

Bei diesem ersten Tatbestand sind nämlich objektiv zwei Dinge voneinander zu trennen: Erstens die Rechtsnatur (Beauftragung, Vereinbarung, Vertrag od. ä.) der Aufgabenübertragung an den Dritten und zweitens die Form bzw. Dokumentation (Schriftlichkeit od. ä.). Sowohl vom Zweck des AIFMG (und der Richtlinie) als auch seinem Wortlaut lässt sich ableiten, dass es weniger um eindeutige zivilrechtliche Begrifflichkeiten geht als um die Gewährleistung eines hohen Anlegerschutzes, hier konkret bei der "Auswahl und Bestellung eines Dritten" unter dem Blickwinkel der "Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit" vorzugehen. Gegenstand der Auslegung einer Norm ist grundsätzlich der Gesetzestext als Träger des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es bei der Auslegung geht (vgl. dazu VwGH 19.12.2017, Ro 2017/08/0017 mwN). Ziel der Auslegung ist nach Ansicht des VwGH die Ermittlung des rechtlich maßgeblichen, des normativen Sinnes des Gesetzes. Jede Gesetzesauslegung (im Sinne des § 6 ABGB) hat mit der Erforschung des Wortsinnes zu beginnen, wobei zu fragen ist, welche Bedeutung einem Ausdruck oder Satz nach dem allgemeinen Sprachgebrauch des Gesetzgebers zukommt. Wird auf diesem Weg keine Eindeutigkeit des Gesetzeswortlautes erkannt, ist insbesondere auch der Regelungszusammenhang, in welchem die anzuwendende Norm steht, zu berücksichtigen (VwGH aaO).

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut hat eine Verwahrstelle bei der Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem sie Teile ihrer Aufgaben übertragen möchte, mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorzugehen. Das Gesetz spricht also von einer "Übertragung" bestimmter Aufgaben und davor von der "Auswahl" und dies unter der Hauptzielrichtung der Stärkung des Anlegerschutzes und sowohl ausdrücklich (Erwägungsgrund 39 der Richtlinie) von einer "objektiven" Rechtfertigung der Übertragung der Aufgaben als auch von den "strengen Anforderungen" an den beauftragten Dritten. Dabei hat sich die beauftragende Stelle also intensiv mit den Umständen und v.a. mit der Qualifikation (Eignung) des Beauftragten auseinanderzusetzen. In Anlehnung an die Judikatur des VwGH zu einer ähnlichen Regelung in § 45 InvFG 2011 (VwGH 21.09.2018, Ro 2018/02/0013) kann daher gesagt werden, dass es sich bei dieser Beauftragung des Dritten mit Aufgaben "nicht um einen zivilrechtlichen Vertrag" im Sinne des ABGB handelt,

"sondern um eine im öffentlichen Recht begründete unabdingbare Verpflichtung". Um dem Zweck des Gesetzes (Anlegerschutz) gerecht zu werden, muss eindeutig und klar festgehalten sein, unter welchen Bedingungen (Rechte und Pflichten) der Dritte beauftragt wurde. Weiters fordert das Gesetz, dass sich der Beauftragende (hier: die haftungspflichtige Gesellschaft) schon vor Beauftragung ("Bestellung") des Dritten ausführlich mit dessen Eignung beschäftigen muss, was dann auch als Ergebnis in der Beauftragung zu dokumentieren ist (vgl. VwGH 21.09.2018, Ro 2018/02/0013). Schließlich werden in einer so komplexen Beziehung wie zwischen einem Verwahrer eines AIF und der Sub-Verwahrstelle für beide Seiten zahlreiche genaue und verbindliche Regelungen zu treffen sein. Hierbei ist zunächst an formelle Themen wie z. Bsp. an regulatorische Themen, Bilanzthemen, Erfordernisse an Compliance-Vorschriften, als auch an ganz spezifische wie z. Bsp. Umgang mit den verwahrten Wertpapieren (Trennung vom Vermögen des Dritten im Fall einer Insolvenz) uvm. zu denken. Insgesamt stellt daher die "Auswahl und Bestellung eines Dritten", dem eine Verwahrstelle "Aufgaben übertragen" möchte, unter dem Blickwinkel von "Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit" einen äußerst aufwendigen, umfangreichen und komplexen Vorgang dar, der letztlich in Anbetracht dieser gesetzlichen Vorgaben nur mit einer ausführlichen für beide Seiten verbindlichen und schriftlichen Vereinbarung (Vertrag, Auftrag od. ä.) erfüllt werden kann. Dabei kommt es weniger auf alle zivilrechtlich erforderlichen Bestandteile eines Vertrages (Willenserklärungen etc.) an als vielmehr auf die vom Gesetz geforderten Rechte Pflichten, die in diese Vereinbarung (Vertrag) einfließen müssen.

Zur schriftlichen Form kommt somit auch die Judikatur des VwGH zum Tragen, die festlegt, dass sich aus Zweck und Ziel der Norm ergibt, dass Aufgabenübertragungen wie die hier in Rede stehenden schriftlich zu dokumentieren sind, wodurch nicht nur ihre jederzeitige Überprüfung und Kenntnisnahme durch alle Beteiligten ermöglicht ist, sondern auch im Falle einer Streitigkeit die Einforderungen von Vertragsbedingungen (vgl. Näheres VwGH 27.03.2017, Ra 2015/02/0025). Es ist schlicht undenkbar, dass - unter dem Gesichtspunkt der oben angeführten höchstgerichtlichen Judikatur - der Gesetzgeber eine andere Form als einen schriftlichen Vertrag (Vereinbarung) für derartige Bankgeschäfte vorgesehen hat.

Hervorzuheben ist, dass auch Erwägungsgrund 90 der Delegierten Verordnung 231/2013 der Kommission davon spricht, dass die für einen AIFM geltenden Anforderungen bei der Weitergabe von Aufgaben durch den Beauftragten "für alle weiteren Unterbeauftragungen" entsprechend gelten (sollten).

Diese gesetzeskonforme Auslegung verstößt nicht gegen das Verbot einer ausdehnenden Auslegung im Verwaltungsstrafrecht, weil das den hier in Rede stehenden Begriffen "Auswahl und Bestellung eines Dritten, dem [...] Teile [von] Aufgaben übertragen" werden sollen und dies unter "gebotene[r] Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit" beigemessene Verständnis nicht über den zivilrechtlich normierten oder den umgangssprachlich verwendeten Wortsinn hinausgeht.

Zusätzlich wäre die haftungspflichtige Gesellschaft schon alleine aufgrund ihres Vertrages mit der KAG vom 28.08.2015 (§ 7 Abs. 5) verpflichtet gewesen, für eine Unterbeauftragung die Schriftform einzuhalten. Auch ist die gewählte Vorgangsweise unter dem Blickwinkel der "Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit" klar gesetzeswidrig.

Der Einwand der Beschwerdeführer (zuletzt in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 19.09.2019), dass mit dem Auftrag zu Depotöffnung (vom 30.03.2016) ein "Nachweis der Schriftlichkeit" erbracht worden sei, kann unter dem Blickwinkel des oben Ausgeführten nicht entlasten, handelt es sich dabei doch um eine bloße Beauftragung zur Eröffnung eines Depots, mit der keinerlei sonstige Bedingungen und Umstände verbindlich und klar sowie dokumentiert geklärt wurden. Schon gar nicht kann die Rede sein, dass sich die beauftragende haftungspflichtige Gesellschaft in dem wenige Zeilen umfassenden Kurztext mit der "Auswahl und Bestellung eines Dritten" auch nur ansatzweise beschäftigt hat.

Vor dem Hintergrund des oben Ausgeführten und mit Hinweis auf die heranzuziehende Judikatur des VwGH können auch die rechtlichen Argumente der Beschwerde, dass in den Delegierten Verordnungen 2018/1619 und 2018/1618 jeweils unterschiedliche Anforderungen (im einen Fall "Vertrag" im anderen "Vereinbarung oder Vertrag") für OGAW und für AIF gelten würden, nicht überzeugen. Vor allem lässt sich daraus für das Argument des Nicht-Erfordernisses der Schriftlichkeit nichts gewinnen. Ebenso wenig kann der Hinweis der Beschwerde (Seite 7) auf die deutsche Kommentarliteratur überzeugen. Wie die Beschwerde selbst ausführt wird dort zur Frage der Schriftlichkeit nichts gesagt. Daraus lässt sich also ein Schluss weder in die eine noch in die andere Richtung ableiten.

Der objektive Tatbestand wurde daher in beiden gleichgelagerten Fällen verwirklicht.

### 3.2.3. Zu subjektiven Tatseite:

Weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch in der Beschwerde oder in der mündlichen Verhandlung wurde behauptet, dass ein Verantwortlicher nach § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden sei. Der Beschwerdeführer ist somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen der haftungspflichtigen Gesellschaft verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. § 9 Abs. 1 VStG ist aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend einzuschränken, dass die Strafbarkeit nur im Rahmen des eigenen Verschuldens eines Beschwerdeführers liegt, und dieser dazulegen hat, dass die Einhaltung der Norm ohne sein Verschulden nicht möglich war (vgl. VwGH 19.09.1990, 90/03/0148; 19.09.1989, 89/08/0221).

Festgehalten wird, dass es keine satzungsmäßige Arbeitsaufteilung zwischen den Mitgliedern des Vorstandes gegeben hat. Eine bloß interne Geschäftsverteilung ist für eine Pflichtenabgrenzung nach der Judikatur nicht ausreichend (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 - Verwaltungsstrafgesetz (2017), § 9 Rz 16 mwN). Alle drei Beschwerdeführer waren somit gleichermaßen verantwortlich, mögen auch hinsichtlich der Strafzumessung jeweils unterschiedliche weitere Aspekte zu berücksichtigen sein (Näheres siehe unten).

Bei der dem BF zur Last gelegten Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, das nicht den Eintritt eines Schadens od. ä. erfordert. Es besteht eine entsprechende unwiderlegliche Vermutung ihrer objektiven Gefährlichkeit (Wessely in Raschauer/Wessely (Hrsg.), VStG2, § 5 VStG Rz 5 mwN). Für diesen Deliktstypus reicht insofern die schlichte Übertretung der Verbotsnorm aus, um verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung zu begründen. Da bei Ungehorsamsdelikten das Vorliegen von Fahrlässigkeit gesetzlich vermutet wird, muss der Beschuldigte glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (VwGH 30.10.1991, 91/09/0132).

Das Vertretungsorgan hat initiativ alles darzutun, das es entlastet (ständige Rechtsprechung zB VwGH 20.05.1968, 0187/67; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 - Verwaltungsstrafgesetz (2017), § 5 Rz 9ff. mwN). Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1 VStG ist zu entnehmen, dass es sich dabei um eine Glaubhaftmachung und nicht um einen Vollbeweis handelt (grundsätzlich dazu VwGH 30.10.1991, 91/09/0060). Die vom Vertretungsorgan gesetzten Maßnahmen müssen dazu mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen. Sobald ein Vertretungsorgan die "vernünftigerweise geschuldeten Vorkehrungen trifft, hat es für die .... eintretende Tatbestandsverwirklichung nicht einzustehen" (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 - Verwaltungsstrafgesetz (2017), § 9 Rz 6).

Dem Vorbringen, den Beschwerdeführer treffe kein Verschulden an der Verwaltungsübertretung, ist Folgendes entgegen zu halten:

§ 5 Abs. 1a in der seit 01.01.2019 anzuwendenden Fassung (BGBl. I Nr. 57/2018) lautet:

"(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist."

Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 5 Abs. 1a VStG, mit dem jede Auslegung zu beginnen hat (VwGH, 29.03.2018, Ro 2018/02/0023 mit Verweis auf VwGH 21.9.2018, Ro 2018/02/0013), ergibt sich, dass die Vermutung und Anforderungen des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG bei Vorliegen der Voraussetzung einer drohenden Geldstrafe von über 50.000 Euro, wie im vorliegenden Fall, nicht mehr zur Anwendung kommen. Die Intention des Gesetzgebers ist aus den erläuternden Bemerkungen ersichtlich, die dazu wie folgt festhalten (RV 193 BlgNR 26. GP, Seite 5; Hervorhebungen nicht im Original):

"§ 5 Abs. 1 VStG sieht in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte unter weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Verschulden ? ohne weiteres anzunehmen' ist; es handelt sich demnach um eine - allerdings widerlegliche - gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn eine (einzelne) Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist. Ist eine Verwaltungsübertretung (als solche) mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht, erreicht eine entsprechende Tat eine Gravität, bei der ein Verschulden nicht ohne weiteres anzunehmen ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner jüngsten Judikatur zu § 5 VStG festgehalten, dass diese Rechtsänderung nicht dem Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG unterliegt (VwGH, 21.05.2019, Ra 2019/03/0009).

Die Verantwortlichen nach § 9 Abs. 1 VStG trifft allerdings dann kein Verschulden, wenn sie glaubhaft machen, ein

wirksames Kontrollsystem eingerichtet zu haben, das im Ergebnis mit gutem Grund die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften erwarten lässt. Die diesbezüglichen Anforderungen sind nach der Rechtsprechung des VwGH laut Ansicht der hL streng (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2, § 9 Rz 43).

Die Einrichtung und Führung einer qualitätsgesicherten Organisation, die durch externe Prüfung oder durch interne Überwachung (zB durch Betrauung geeigneter Mitarbeiter mit Kontrollaufgaben, fortlaufende Schulungen, den Einsatz automatisierter Überwachungsinstrumente etc.) regelmäßig kontrolliert wird, muss demnach auch "mit gutem Grund erwarten lassen [...], dass die Einhaltung der maßgeblichen Rechtsvorschriften gewährleistet ist (VwGH, 21.05.2019, Ro 2019/03/0009, Rz 27).

Das Verfahren hat ergeben, dass der nach § 9 Abs. 1 VStG verantwortliche BF keinerlei Rechtsauskünfte oder sonstige (etwa interne) Schritte unternommen hat, um sich mit der Frage der Beauftragung von Sub-Verwahrstellen nach dem AIFMG auseinanderzusetzen. Auch hat kein internes Kontrollsystem bestanden, wie die mündliche Verhandlung ohne Zweifel aufgezeigt hat und bereits die FMA feststellte. Vielmehr hat es bis zur Vor-Ort-Prüfung der belangten Behörde keinerlei schriftliche Dokumente (Vereinbarungen) und nicht einmal eine interne Dokumentation (Aktenvermerke, interne Beauftragungen oder Ähnliches) gegeben. Der haftungspflichtigen Gesellschaft war es während einer langen Phase, nicht einmal nach Aufforderung durch die belangte Behörde, möglich, Dokumente vorzulegen oder Fragen der FMA zum Verfahrensgegenstand zu beantworten. Erst im späteren Ermittlungsverfahren, teilweise erst im Beschwerdeverfahren, konnten wenige (und insbesondere unzureichende) Dokumente vorgelegt werden. Dieses völlige Fehlen einer (internen oder externen) Verschriftlichung der Beauftragung von Dritten (Sub-Verwahrstellen) ist im gegenständlichen rechtlichen Umfeld (Depotbankgeschäft einer Universalbank) als zumindest grob fahrlässig zu werten; die Frage hätte überdies leicht durch eine Anfrage an die belangte Behörde geklärt werden können. Selbst als die belangte Behörde auf den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung gedrängt hatte, dauerte es noch monatelang bis zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes. Diesbezüglich kann festgestellt werden, dass ab diesem Zeitpunkt zumindest Eventualvorsatz (dolus eventualis) vorgelegen hat.

Das Verschulden des Verantwortlichen gemäß § 9 Abs. 1 VStG konnte folglich auch nicht als geringfügig (oder zumindest nur leicht fahrlässig) angesehen werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Die vorgeworfene Verletzung ist dem BF somit auch subjektiv vorzuwerfen.

Es liegt daher subjektive Vorwerfbarkeit in Bezug auf beide Tatvorwürfe vor.

#### 3.2.4. Zur Strafbemessung

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die hier maßgebliche Strafnorm sieht einen Strafraum von bis zu 60.000 EUR Geldstrafe vor.

Die belangte Behörde ging zu Recht bei der Strafzumessung im angefochtenen Straferkenntnis von einem im öffentlichen Interesse gelegenen Schutz des Kapitalmarktes (Depotbankgeschäft) aus; auch der bereits in der rechtlichen Begründung mehrfach angesprochene Anlegerschutz belegt, dass es sich bei § 19 Abs. 11 AIFMG um ein hohes Rechtsgut handelt. Es wird festgehalten, dass die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes nicht nur geringfügig beeinträchtigt wurde, weshalb von einer Anwendung des § 45 Abs. 1 Z. 4 (Ermahnung) VStG zu Recht abzusehen war. Nicht zuletzt deshalb, weil die zugesagte Herstellung des rechtmäßigen Zustandes deutliche Verzögerungen erfahren hat. Auch hat die Rechtsverletzung zweifach und über einen längeren Zeitraum (fast ein Jahr in einen Fall und ein Jahr und sieben Monate im anderen) gedauert.

Der BF ist- unbestritten -unbescholten. Die belangte Behörde ging von einem überdurchschnittlichen Einkommen aus (Vorstand einer Aktiengesellschaft); er hat sich dazu sowie zu seinen Vermögensverhältnissen trotz Gelegenheit in der

Beschwerdeverhandlung nicht geäußert; ebenso wenig hat er sich trotz Gelegenheit zu bestehenden Sorgepflichten geäußert, weswegen hier davon ausgegangen wird, dass keine solche bestehen, wobei auch festzuhalten ist, dass diese aufgrund der überdurchschnittlichen Einkommenssituation nicht ins Gewicht fallen würden. Der BF ist nach wie vor in seiner Funktion als Mitglied des Vorstandes der haftungspflichtigen Gesellschaft tätig.

Die belangte Behörde hat in Übereinstimmung mit dem Absorptionsprinzip (§ 22 Abs. 8 FMABG) zu Recht eine einheitliche Geldstrafe für beide Tatzeiträume verhängt. Diese Geldstrafe, die sich in einem niederschweligen Bereich befindet, erscheint unter Hinweis auf das zur subjektiven Tatseite festgehaltene Verschulden aufgrund obiger Erwägungen sowohl unter general- als auch spezialpräventiven Gründen nicht unangemessen hoch und war folglich durch das Bundesverwaltungsgericht zu bestätigen.

#### 3.2.5. Zur Haftung gemäß § 9 Abs. 7 VStG

Da die Beschwerde abzuweisen war, besteht auch weiterhin die Haftung der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 7 VStG.

#### 3.2.6. Kosten

Die Vorschreibung des Beitrags zu den Kosten für das verwaltungsbehördliche Verfahren gründet sich auf § 64 Abs. 1 VStG. Dieser Ausspruch des Ausgangsbescheides erfolgte dem Grunde und der Höhe nach zu Recht und war folglich durch das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zu bestätigen.

Da die Beschwerdeführer mit ihrem Vorbringen nicht durchgedrungen sind, ist zusätzlich ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben:

Nach § 52 Abs. 1 VwGVG ist "in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, [...] auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat". Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen (§ 52 Abs. 2 VwGVG).

Gemäß § 52 Abs. 8 leg.cit. sind "die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird".

Da das vorliegende Erkenntnis das angefochtene Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt, war gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens von 20% zu verhängen.

Die Beschwerde war aus all diesen Gründen abzuweisen.

#### 3.3. Zu Spruchpunkt B) zur Zulässigkeit der Revision:

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 gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Auslegung der angewendeten Strafnormen kann als eindeutig bezeichnet werden. In allen übrigen Fragen bewegt sich die Entscheidung auf dem Boden vorhandener und nicht uneinheitlicher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, die in der rechtlichen Würdigung jeweils an passender Stelle zitiert wurde. Im Übrigen hängt die Entscheidung nur vom Ergebnis der Beweiswürdigung ab, die schlüssig erfolgte und daher nicht revisibel ist.

#### 3.4. Zahlungsinformation

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