

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/6/29 W204 2236085-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.06.2021

## Entscheidungsdatum

29.06.2021

## Norm

B-VG Art133 Abs4  
BWG §1 Abs3  
FMABG §22 Abs2a  
InvFG 2011 §10 Abs1 Z1  
InvFG 2011 §10 Abs1 Z3  
InvFG 2011 §28  
VStG 1950 §45 Abs1 Z1  
VwGVG §28 Abs5  
VwGVG §38  
VwGVG §44 Abs1  
VwGVG §50 Abs1  
WAG 2018 §2 Abs1 Z10  
WAG 2018 §2 Abs3  
WAG 2018 §29  
WAG 2018 §3 Abs2 Z2  
WAG 2018 §3 Abs2 Z3  
WAG 2018 §95 Abs1 Z14  
WAG 2018 §96

## Spruch

W204 2236085-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Esther SCHNEIDER als Vorsitzende und die Richter Dr. Stefan KEZNICKL und Dr. Martin MORITZ als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX Aktiengesellschaft, XXXX , vertreten durch Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, vom 06.10.2020 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 01.09.2020 zu Zl. FMA- XXXX -LAW/2019 in einer Angelegenheit nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 02.06.2021 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird behoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

B)

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

## **Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit dem im Spruch genannten Straferkenntnis wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: BF) durch die FMA eine Geldstrafe in der Höhe von 40.250 Euro verhängt. Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wurden 4.025 Euro, das sind 10% der Strafe, vorgeschrieben. Nach dem Spruch des Straferkenntnisses habe es die BF im Zeitraum vom 11.01.2018 bis 02.07.2018 an ihrem Unternehmenssitz in Bezug auf die Portfolioverwaltung betreffend die Fonds „ XXXX “ und „ XXXX “ unterlassen, angemessene Strategien und Verfahren festzulegen bzw. Entscheidungsfindungsprozesse, wie Regelungen hinsichtlich des Portfoliomanagementprozesses, der eingesetzten Systeme, der internen Limits sowie Kriterien über Entscheidungen auf Einzeltitelebene und der Analyse von Portfolioentscheidungen, klar zu dokumentieren (Spruchpunkt I.1.) sowie angemessene Verfahren und interne Kontrollmechanismen zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Grenzen, konkret die Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips sowie die Durchführung eines Pre-Trade-Checks, bei sämtlichen Wertpapiertransaktionen sicherzustellen (Spruchpunkt I.2.). Der rechtmäßige Zustand sei durch die Erstellung entsprechender Prozessbeschreibungen und graphischer Darstellungen mit 02.07.2018 hergestellt worden. Die Verantwortlichkeit der BF ergebe sich dadurch, dass das im Tatzeitraum zur Vertretung nach außen berufene (namentlich genannte) Vorstandsmitglied selbst gegen die Verpflichtungen verstoßen und durch mangelnde Überwachung und Kontrolle die Begehung der Verstöße durch eine für die BF tätige Person ermöglicht habe.

I.2. Dagegen richtete sich die Beschwerde vom 06.10.2020 wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, in der beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen sowie den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen, in eventu das Verfahren unter Erteilung einer Ermahnung einstellen, in eventu die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

Begründend führte die BF im Wesentlichen aus, sie habe entgegen der Ansicht der FMA im Straferkenntnis keine individuelle Portfolioverwaltung erbracht, weswegen die von der FMA herangezogenen Bestimmungen des WAG gar nicht zur Anwendung kommen könnten. Selbst wenn eine individuelle Portfolioverwaltung erbracht worden wäre, hätte die BF die gesetzlichen Anforderungen jedoch eingehalten. Sollte dies aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht zutreffen, liege jedenfalls kein Verschulden vor. Zudem hätte die FMA mit „Beraten statt Strafen“ vorgehen müssen. Überdies sei die Strafbemessung mangelhaft erfolgt.

Angeregt wurde, einen Normprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen, weil die angewandte Strafbestimmung dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot widerspreche. So sei nicht klar ersichtlich, welche Strafdrohung anzuwenden sei. Außerdem verstoße die Strafbestimmung gegen das Doppelbestrafungsverbot, weil die BF nicht nur selbst direkt bestraft werde, sondern bei einer Bestrafung des zur Vertretung nach außen Berufenen auch als haftende Gesellschaft belangt werden würde.

I.3. Am 15.10.2020 legte die FMA dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mitsamt dem Verwaltungsakt vor.

I.4. Am 02.06.2021 hielt der erkennende Senat eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der die BF, der zur Vertretung der BF nach außen Berufene unter Wahrung aller Beschuldigtenrechte, deren gemeinsame Rechtsvertretung und die FMA als belangte Behörde gehört wurden.

I.5. Am 10.06.2021 legte die BF die bereits in der Verhandlung vorgelegten und vorgetragenen, zum Protokoll genommenen Schlusssausführungen auch elektronisch vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

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

II. Feststellungen

Zum Unternehmen

Die XXXX Aktiengesellschaft (BF), FN XXXX , ist eine Regionalbank mit Sitz in XXXX .

Im Jahr XXXX wurde die BF als XXXX gegründet. Diese wurde im Jahr XXXX in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und auf XXXX umbenannt. Als Geschäftsleiter fungieren XXXX .

Die BF ist Mitglied im Kooperations- und Haftungsverband der österreichischen XXXX . Die Alleinaktionärin des Kreditinstituts ist die Privatstiftung XXXX .

Unternehmenskennzahlen zum Zeitpunkt der Entscheidung der FMA

Bilanzsumme (Stand 12/2016)

XXXX MEUR

Mitarbeiter VZÄ (Stand 2016)

116

Bankstellen / Niederlassungen

XXXX

Kundendepotvolumen (Stand 09/2017)

XXXX MEUR

Anzahl Privatkunden (Stand 09/2017)

XXXX

Nettoertrag aus WP-Geschäft

18,8 % der Betriebserträge

Direkter Börsezugang

Nein

Die BF verfügte im Tatzeitraum über eine Konzession als Kreditinstitut und war daher nach § 1 Abs. 3 BWG zur Erbringung der in § 3 Abs. 2 Z 1 bis 3 WAG 2018 genannten Wertpapierdienstleistungen berechtigt.

Mit Managementvertrag vom 09.01.2001 beauftragte die XXXX GmbH (vormals XXXX Kapitalanlagegesellschaft m.b.H.; im Folgenden: GmbH) als Verwaltungsgesellschaft die BF mit der Verwaltung des Fonds „ XXXX “ (im Folgenden: Fonds A). Mit Managementvertrag vom 16.12.2004 wurde auf gleiche Weise die Verwaltung des Fonds „ XXXX “ (im Folgenden: Fonds B) übertragen. Das Portfoliomanagement wird in der BF durch zwei Mitarbeiter in der Abteilung „Vermögensmanagement“, XXXX und XXXX , durchgeführt (im Folgenden: Portfoliomanager).

Prozesse im Zusammenhang mit dem Portfoliomanagement

Die Portfoliomanager verwalten die beiden Investmentfonds. Der Fonds A ist ein globaler Aktiendachfonds, während der Fonds B ein gemischter Fonds ist. Beide Fonds werden aktiv gemanagt. Das Fondsvolumen des Fonds B betrug zum 28.02.2018 107,44 Mio. €, das des Fonds A zum 31.01.2018 rund 48,0 Mio. €.

Der Fonds B investiert in ein breites Spektrum von Finanzinstrumenten verschiedenster Risikoklassen und ist daher als komplexer Fonds einzustufen. Gemäß der Vermögensaufstellung im Halbjahresbericht des Fonds veranlagt der Fonds B wie folgt:

? Staatsanleihen (darunter auch Emittenten wie Äthiopien, Angola, Gabun, Elfenbeinküste, Mazedonien oder Saudi-

Arabien),

- ? Unternehmensanleihen (sowohl europäische als auch globale Unternehmen),
- ? Fremdwährungsanleihen (darunter Emerging Markets Währungen wie Brasilianischer Real, Chilenischer Peso, Indische Rupien, Kolumbianischer Peso, Malaysischer Ringgit, Mexikanische Peso oder Russische Rubel),
- ? Aktieneinzeltitel (sowohl europäische als auch globale Unternehmen),
- ? Wandelschuldverschreibungen,
- ? Investmentfonds, wobei hier überwiegend in Spezialthemenfonds oder Alternative Investment Funds investiert wird,
- ? in geringem Umfang auch Derivatgeschäfte wie den Verkauf von Aktienoptionen (covered call writing), Interest Rate Swaps sowie Zinsfutures.

Insgesamt ist das Fondsvermögen auf über 220 Finanzinstrumente verteilt, die investierten Anleihen lauten auf neunzehn und die Aktien auf acht verschiedene Währungen.

Der Investmentprozess selbst war im von der FMA vorgeworfenen Tatzeitraum nicht schriftlich dokumentiert. Gegenüber den FMA-Prüfern wurde der Portfoliomanagementprozess von den Portfoliomanagern verbal beschrieben und anhand der verwendeten Systeme dargelegt. Als prinzipielle Richtlinie galten die Veranlagungsgrenzen des Investmentfondsgesetzes. Im Rahmen der VOP konnten der FMA weder ein Portfoliomanagementhandbuch noch eine Prozessbeschreibung vorgelegt werden. Der Prozess, wie Entscheidungen im Portfoliomanagement getroffen wurden, war ebenfalls nicht schriftlich vorhanden. So gab es keine Vorgaben, Richtlinien oder Dienstanweisungen betreffend den Investmentprozess. Es war weder schriftlich festgelegt, wer in diesen Prozess verpflichtend einzubinden war, noch wer die Entscheidungen traf. Es war nicht dokumentiert, anhand welcher Einflussgrößen und Faktoren die strategische oder taktische Asset Allocation vorzunehmen war, wie zum Beispiel Entscheidungen über Investmentstyle, Investmentregionen bzw. -währungen, Duration, Anleiherisikoklassen, Mindeststrating und Ähnliches getroffen wurden.

Weiters gab es keinen dokumentierten Prozess betreffend Entscheidungen auf Einzeltitelebene. Es wurden keine Kriterien schriftlich festgelegt, anhand derer über den Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten entschieden wurde. Die Vorgangsweise, wie bei der Analyse von Portfolioentscheidungen vorzugehen war, wurde ebenfalls nicht dokumentiert.

Seitens der Portfoliomanager wurde im Rahmen der VOP mündlich ausgeführt, dass es beim Fonds B interne Vorgaben beziehungsweise Limits hinsichtlich der Fremdwährungsquote, Fondsinvestitionen sowie der Zielgröße von Neuinvestitionen gebe, welche im Investitionsprozess berücksichtigt würden. Laut Aussage der Portfoliomanager belief sich das interne Limit für die Fremdwährungsquote im Fonds B auf ca. 20% des Fondsvermögens, davon lautete die Hälfte der Fremdwährungsinvestitionen auf Dollarwährungen (USD, CAD; AUD, NZD). Der Subfondsanteil betrug ca. 20% des Fondsvermögens, wobei der Non-UCITS Anteil auf ca. 5-6 % des Fondsvermögens eingeschränkt war. Die Zielgröße bei Neuinvestitionen betrug in der Regel zwischen 0,3% und 0,5% des Fondsvermögens. Darüber hinaus wurde laut Aussage der Portfoliomanager bei Transaktionen, die in Abwesenheit eines Portfoliomanagers gemacht wurden und 5 % des Fondsvermögens überstiegen, der Risikomanager des Kreditinstituts in die Entscheidung miteingebunden. Für die Festlegung, Evaluierung und Prüfung dieser internen Vorgaben konnte den Prüfern der FMA ebenfalls kein dokumentierter Prozess vorgelegt werden. Dabei handelte es sich um von den Portfoliomanagern selbst gesetzte interne Richtlinien. Sie wurden vom Vorstand der BF nicht beauftragt und waren nicht schriftlich dokumentiert. Diese selbst gesetzten Richtlinien wurden in der BF weder Ex-Ante noch Ex-Post geprüft.

Mit E-Mail vom 02.07.2018 übermittelte die BF der FMA zahlreiche Prozessbeschreibungen betreffend das Vermögensmanagement. Es wurden sowohl graphische Darstellungen (mittels ARIS-Flussdiagrammen) als auch verbale Beschreibungen der Prozesse erstellt, wie folgt:

- ? Änderung von Limits in der Fondsbuchhaltung;
- ? Dokumentationsprozess;
- ? Entscheidungsfindungsprozess;
- ? Fondsmanagement Aktiendachfonds;

- ? Fondsmanagement Multi Asset Management;
- ? Limitverletzung nach InvFG aktiv;
- ? Limitverletzung nach InvFG passiv;
- ? Orderprozess Fondsmanagement;
- ? Pre-Trade Compliance;
- ? Vertretungsregelung und
- ? Vier-Augen-Prinzip bei aktiven Transaktionen

In einem weiteren E-Mail übermittelte die BF am 01.08.2018 das Dokument „Fondsmanagement Rulebook, Version 1.0“ (im Folgenden: „Rulebook“). Dieses Handbuch beinhaltete die oben beschriebenen Prozesse sowie Richtlinien zu:

- ? Marktmissbrauch (Stand: 24.02.2011);
- ? Interessenskonflikte (Stand: 28.12.2007);
- ? Grundsätze ordnungsmäßiger Finanzanalyse sowie Mindeststandards für Finanzanalysen (beide Dokumente in der Version Oktober 2010) der Oesterreichischen Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management;
- ? Orderdurchführung (Stand: 28.12.2007);
- ? Geschäfte von Mitarbeitern in Kreditinstituten (Stand: Dezember 2010); sowie
- ? Sondervorschriften für Kapitalanlagegesellschaften (Stand: 28.12.2007).

Diese Richtlinien wurden dem Standard Compliance Code der Vereinigung Österreichischer Investmentgesellschaften (VÖIG) entnommen. Weiters enthielt das Rulebook die Dienstanweisungen „Leitlinie Wertpapier-Compliance der XXXX AG“ (bewilligt am 15.12.2017) und „Antikorruption/Geschenkannahme“ (bewilligt am 05.10.2017) sowie die MAR-Leitlinien der ESMA (ESMA/2016/1477). Außerdem sind im Rulebook die Ausführungsgrundsätze für professionelle Kunden XXXX AG (im Folgenden: AG) (Version 1.0, Stand: Jänner 2018) enthalten, welche für die Ausführung aller Wertpapieraufträge der BF über die AG gelten. Gemäß den Angaben im Vorwort regelt das Rulebook „die Verantwortlichkeiten und Geschäftsprozesse von Vermögensverwaltern (Fondsmanagement für Kooperationsfonds mit der ESPA) in der [BF...]. Die Kenntnis und die Umsetzung der Inhalte des Regelwerks sind für Vermögensverwalter obligatorisch.“ Weiters ist ein jährlicher Evaluierungsprozess für das Rulebook vorgesehen.

Mit diesen Unterlagen hat die BF mit 02.07.2018 die Prozesse im Vermögensmanagement, insbesondere bezüglich der Entscheidungsfindung, der Organisationsstruktur sowie der zugewiesenen Rollen und Verantwortlichkeiten klar dokumentiert und den gesetzmäßigen Zustand hergestellt.

#### Verfahren zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Grenzen

Das Kreditinstitut nutzte im Bereich Portfoliomanagement für die Bestandsverwaltung das von der GmbH angebotene System Online Kommerzweb 2.0 (im Folgenden: Kommerzweb). Weiters kamen im vorgeworfenen Tatzeitraum Microsoft Excel sowie das Finanzinformationssystem Bloomberg zur Anwendung. Die Orderweiterleitung zur Ausführung an die Depotbank AG erfolgte je nach Wertpapierart entweder mittels Excel-Datei oder über das sog. KoHa System der AG.

Die angewandten Verfahren zur Einhaltung der gesetzlichen Grenzen bei Wertpapiertransaktionen im Fonds stellten sich im Tatzeitraum wie folgt dar:

Einmal wöchentlich wurde aus dem Kommerzweb, das der BF von der GmbH zur Verfügung gestellt wurde, die aktuelle Liste der Bestände geladen und als Excel-Datei gespeichert. Diese Liste war mit einem Ampelsystem aus der Ex-Post Grenzkontrolle versehen. Das heißt, die Auslastung zu der jeweiligen hinterlegten gesetzlichen Grenze des InvFG war mit den Farben Grün, Gelb und Rot dargestellt. Rot bedeutet, dass die gesetzliche Grenze bereits überschritten wurde. Gelb hieß, dass die Position weniger als 10% von der Grenze entfernt war und grün bedeutete, dass die Position maximal 90% der Grenze darstellte. Diese Liste aus der Ex-Post Prüfung wurde auch als Grundlage für eine Ex-Ante Prüfung der Transaktionen verwendet. Eine Simulation einer Transaktion im Excel erfolgte durch die Portfoliomanager allerdings nur dann, wenn es sich beim Kauf/Verkauf um größere Beträge handelte oder wenn mehrere Käufe/Verkäufe gleichzeitig getätigt wurden. Die Simulation, also die Ex-Ante Prüfung, wurde durch den zuständigen

Portfoliomanager manuell vorgenommen. Die Simulation wurde nur bis zur Ausführung der Transaktion abgespeichert und anschließend gelöscht. Die Ex-Ante Prüfung wurde nicht bei jeder Transaktion durchgeführt. Die Portfoliomanager tätigten grundsätzlich ab der Ampelfarbe Gelb keine Transaktionen mehr.

Der Prozess der Ex-Ante Prüfung war nicht verschriftlicht, sodass nicht sichergestellt war, dass der Ex-Ante Prüfungsprozess im Vier-Augen-Prinzip erfolgte. Die Ex-Ante-Prüfung geplanter Transaktionen in die Fonds erfolgte nur im Anlassfall bei der Prüfung auf Einhaltung der Einzelgeschäft-Limits gemäß InvFG und bei der Prüfung der Limits auf Emittentenbasis (kumuliert).

Das Vier-Augen-Prinzip bei der Orderaufgabe erfolgte wie nachfolgend dargestellt: Ein Portfoliomanager gab die Daten der Transaktion wie Wertpapierkennnummer und Menge seinem Kollegen mündlich durch, welche dieser in ein Excel-Ordersheet eintrug. Vor Abgabe der Order wurde dieses Ordersheet noch einmal wechselseitig kontrolliert. Nach Ausführung einer von beiden Portfoliomanagern bewilligten Transaktion wurde als Nachweis des Vier-Augen-Prinzips von beiden Mitarbeitern auf der ausgedruckten Ausführungsbestätigung unterschrieben und diese dann in einem Ordner abgelegt.

Im Jahr 2017 erfolgten zumindest acht Transaktionen im Fonds B an Tagen, an denen einer der Portfoliomanager auf Urlaub war. Die Transaktion wurde daher nicht im Vier-Augen-Prinzip durchgeführt. Die Portfoliomanager haben dazu angeführt, dass an diesen Tagen nur solche Käufe/Verkäufe getätigt wurden, die von beiden Portfoliomanagern als „mögliches Investment“ bereits vorab bewilligt worden waren. Die zweite Unterschrift auf der Ausführungsbestätigung erfolgte dann im Nachhinein, nach der Rückkehr aus dem Urlaub. Eine abwesenheitsbedingte Vertretungsregelung gab es im Portfoliomanagement im Tatzeitraum nicht.

Mit E-Mail vom 02.07.2018 wurde seitens der BF der FMA eine Darstellung des Pre-Trade Compliance Prozesses übermittelt. Die BF hat ein Pre-Order Check Tool auf Grundlage des Informationssystems Bloomberg auf Realtime Basis in Microsoft Excel eingerichtet. Der Ex-Ante Prüfungsprozess selbst wurde unter „Pre-Trade Compliance“ graphisch und verbal beschrieben. Vor jeder getätigten Transaktion war nunmehr ein Pre-Trade-Check durchzuführen. Weiters wurde in der Prozessbeschreibung „Dokumentationsprozess“ vorgeschrieben, dass jeder Pre-Trade Check abzuspeichern und Bestandteil jeder Transaktionsentscheidungsvorlage ist.

Formalisiert wurde auch das Vier-Augen-Prinzip bei aktiven Transaktionen; es wurde eine formale Regelung getroffen, wie bei der Abwesenheit einzelner Mitarbeiter vorzugehen ist. Mittels Vorstandsbeschluss vom 08.06.2018 wurde bei Transaktionen ein durchgängiges Vier-Augen-Prinzip eingeführt.

Durch die beschriebenen Maßnahmen wurde der gesetzmäßige Zustand mit 02.07.2018 hergestellt.

### III. Beweiswürdigung

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

Wie in der Verhandlung festgehalten und von allen Parteien bestätigt, sind die Feststellungen der FMA zu den Kennzahlen der BF im Entscheidungszeitpunkt der FMA, zu den Managementverträgen über die Beauftragung der BF durch die Verwaltungsgesellschaft, den Fonds und die Fondsdetails, zu den das Portfoliomanagement durchführenden Mitarbeitern, zur Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten wie auch zu den im Juli 2018 übermittelten Unterlagen, die größtenteils auf unbedenklichen Unterlagen beruhen, zutreffend und nicht bestritten. Sie wurden in der Verhandlung erneut bestätigt. Es wurde auch kein Einwand dagegen erhoben, diese Feststellungen der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde zu legen. Die Kennzahlen haben sich laut den Vertretern der BF überdies nicht derart geändert, dass sie vom Bundesverwaltungsgericht neu zu bewerten wären. Es bestehen daher keine Bedenken, diese Feststellungen der FMA zu übernehmen und der Entscheidung zugrunde zu legen.

Bestritten wurden in der Verhandlung lediglich die Feststellungen der FMA zu den Prozessen und Abläufen. Mit ihrem Vorbringen und der Aussage des zur Vertretung nach außen Berufenen (im Folgenden: wVP für weitere Verfahrenspartei) ist es der BF allerdings nicht gelungen, die Feststellungen der FMA ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Die wVP schilderte die Abläufe insbesondere hinsichtlich des Ampelsystems selbst im Wesentlichen gleichlautend zu den Feststellungen der FMA (S. 7 VP). Sie bestätigte auch selbst, dass die Prozesse im Bereich der Ex-Ante Prüfung wie auch die Vorgehensweisen bei den verschiedenen Ampelfarben nicht schriftlich festgehalten waren (S. 9 VP). Zumindest implizit bestätigte die wVP in ihrer Aussage, dass es keine Vertretungsregelungen im Portfoliomanagement gab, zumal

die wVP dazu nur theoretische Ausführungen tätigte, die nicht zur Anwendung kamen (S. 9 VP). Ebenfalls legte die wVP nachvollziehbar dar, dass die internen Richtlinien der Portfoliomanager nicht verschriftlicht wurden, weil der Vorstand dies nicht für nötig befunden hatte (S. 13 VP).

Hinsichtlich der Einhaltung des Vier-Augen-Prinzips im Fall des Urlaubs eines der Portfoliomanager konnte die wVP mangels unmittelbarer Wahrnehmung der diesbezüglichen Prozesse (S. 13 VP) ebenfalls keine Zweifel an den Feststellungen der FMA wecken. Insbesondere wurde bestätigt, dass im Tatzeitraum keine Vertretungsregelung bestand beziehungsweise der Vorstand oder das Risk-Management, die gegebenenfalls die Vertretung übernommen hätten, nicht als Vertretung herangezogen wurden (S. 9 VP).

Soweit die wVP angab, es sei vor jeder Transaktion eine Ex-Ante-Prüfung durchgeführt worden (S. 12 VP), kann dem nicht gefolgt werden. Wie sich aus der weiteren Aussage nämlich ergibt, hat die wVP dazu keine eigenen Wahrnehmungen, sondern nur die Berichte der Portfoliomanager. Diese berichteten aber der FMA, dass sie nicht in jedem Fall eine Ex-Ante-Prüfung durchgeführt hätten (Tz 45f in ON1). Warum diesen Aussagen nicht gefolgt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Auch die wVP gestand ein, dass sie bei geringen Werten eine Ex-Ante Prüfung für nicht notwendig erachte (S. 12 VP). Das ergibt sich auch aus dem IKS – Kontrollplan Vermögensmanagement (Beilage 19 im FMA-Akt), nach dem eine Ex-Ante-Prüfung nur im Anlassfall vorgesehen war.

Auch die Vorlagen des Security Approval Process und des Risk Management Process General (Beilagen ./3 und ./4 zum VP) sind nicht geeignet, die Feststellungen in Zweifel zu ziehen. Dabei handelt es sich nämlich einerseits um keine Prozesse der BF, sondern der GmbH. Andererseits waren diese der BF, wie sich aus dem von der FMA vorgelegten E-Mail (Beilage ./1 zum VP) ergibt, der BF weitestgehend unbekannt. Das zeigt sich auch daran, dass sie diese Beilagen im Verfahren erstmals in der Beschwerdeverhandlung vorlegte, während sie zuvor, etwa auch in der Beschwerde, darauf noch keinen Bezug nahm. Es ist aber kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, warum die BF diese Unterlagen, wenn sie sie tatsächlich im Tatzeitraum entsprechend gekannt und angewandt hätte, nicht weit früher im Laufe des Verfahrens vorgelegt hätte. Selbst nach Ansicht der FMA wären darin ausreichende Regelungen vorgesehen gewesen (S. 6 VP).

Auch sonst ist wenig nachvollziehbar, dass die BF weder vor der FMA noch in der Beschwerde geltend machte, dass ausreichende Prozesse vorhanden und verschriftlicht waren. In der Beschwerde wurde etwa nur auf die der FMA ohnehin vorgelegten und von ihr auch festgestellten Unterlagen Bezug genommen (S. 13ff der Beschwerde) und vorgebracht, dass diese Dokumente ausreichend gewesen seien, um die gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Behauptungen, dass die Prozesse allesamt verschriftlicht gewesen wären, erstmals in der Verhandlung aufgestellt wurden und dort auch erstmals die Feststellungen der FMA bestritten wurden, während sich die BF ansonsten nur gegen die rechtliche Beurteilung der FMA wandte.

Auch die von der BF vorgelegten Beilagen ./4 und ./5 weckten keine Zweifel an den Feststellungen hinsichtlich nicht vorhandener Unterlagen und Prozesse innerhalb der BF, weil sie darauf keinen direkten Bezug nehmen. Alleine, dass in einer Stellenbeschreibung die Kontrolle der Einhaltung der Anlagegrenzen gemäß dem InvFG und der internen Fondsbestimmungen vorgesehen ist, sagt noch nichts zu den in der BF dazu vorhandenen verschriftlichten Prozesse und Abläufen. Im IKS-Kontrollplan wurde zudem nur von einer Ex-Post Risikokontrolle gesprochen, die aber derart gar nicht verfahrensgegenständig ist, wie die FMA richtigerweise bereits in der Verhandlung ausführte (S. 12 VP).

#### IV. Rechtliche Beurteilung

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

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

Im gegenständlichen Fall wurde eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt, es liegt daher Senatszuständigkeit vor.

Gemäß § 38 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen, soweit nicht anderes

bestimmt ist, die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 50 VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden.

#### IV.1. Zu Spruchpunkt A)

Anzuwendende Rechtslage:

§ 29 Abs. 1 WAG 2018, BGBl. Nr. 107/2017 idFBGBl. I Nr. 37/2018, regelt wie folgt:

„Ein Rechtsträger hat durch Festlegung angemessener Strategien und Verfahren dafür zu sorgen, dass er selbst, seine Geschäftsleitung, Beschäftigten und vertraglich gebundenen Vermittler den Verpflichtungen dieses Bundesgesetzes sowie den organisatorischen Anforderungen und Ausübungsbedingungen des Kapitel II und des Kapitel III der delegierten Verordnung (EU) 2017/565 dieser Personen nachkommen („Compliance“).“

Art. 21 Abs. 1 Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25.04.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (im Folgenden: DeVO) lautet:

„(1) Wertpapierfirmen müssen die folgenden organisatorischen Anforderungen erfüllen:

- a) Entscheidungsfindungsprozesse und eine Organisationsstruktur, bei der Berichtspflichten sowie zugewiesene Funktionen und Aufgaben klar dokumentiert sind, schaffen und auf Dauer umsetzen;
- b) sicherstellen, dass alle relevanten Personen die Verfahren, die für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben einzuhalten sind, kennen;
- c) angemessene interne Kontrollmechanismen, die die Einhaltung von Beschlüssen und Verfahren auf allen Ebenen der Wertpapierfirma sicherstellen, schaffen und auf Dauer umsetzen;
- d) Mitarbeiter beschäftigen, die über die Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen verfügen, die zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben erforderlich sind;
- e) auf allen maßgeblichen Ebenen der Wertpapierfirma eine reibungslos funktionierende interne Berichterstattung und Weitergabe von Informationen einführen und auf Dauer sicherstellen;
- f) angemessene und systematische Aufzeichnungen über ihre Geschäftstätigkeit und interne Organisation führen;
- g) für den Fall, dass relevante Personen mehrere Funktionen bekleiden, dafür sorgen, dass dies diese Personen weder daran hindert noch daran hindern dürfte, die einzelnen Funktionen ordentlich, ehrlich und professionell zu erfüllen.

Bei der Erfüllung der Anforderungen gemäß diesem Absatz, haben die Wertpapierfirmen die Art, den Umfang und die Komplexität ihrer Geschäfte sowie die Art und das Spektrum der im Zuge dieser Geschäfte erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagentätigkeiten zu berücksichtigen.“

§ 95 Abs. 1 Z 14 WAG 2018, BGBl. Nr. 107/2017:

„Wer als Verantwortlicher (§ 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991) eines Rechtsträgers gegen eine Verpflichtung in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen und die Vorkehrungen für persönliche Geschäfte („Compliance“) gemäß § 29 dieses Bundesgesetzes und Art. 29 der delegierten Verordnung (EU) 2017/565 oder gegen die daran anknüpfenden Verpflichtungen gemäß der aufgrund der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 oder der Richtlinien 2014/65/EU erlassenen delegierten Rechtsakte und Durchführungsverordnungen verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 5 Millionen Euro oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, zu bestrafen.“



§ 96 WAG 2018, BGBl. Nr. 107/2017:

„(1) Die FMA kann Geldstrafen gegen juristische Personen verhängen, wenn natürliche Personen, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund

1. der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person,
2. der Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder
3. einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person

innehaben, gegen die in § 94 und § 95 Abs. 1 angeführten Verpflichtungen verstoßen haben.

(2) Juristische Personen können wegen Verstößen gegen die in § 94 und § 95 Abs. 1 und 2 angeführten Pflichten auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine in Abs. 1 genannte Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat.

(3) Die Geldstrafe gemäß Abs. 1 oder 2 beträgt bis zu 5 Millionen Euro oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, oder bis zu 10 vH des jährlichen Gesamtumsatzes gemäß Abs. 4.

(4) Der jährliche Gesamtnettoumsatz ist jener, der im letzten geprüften Jahresabschluss ausgewiesen ist. Bei Wertpapierfirmen und Kreditinstituten ist der jährliche Gesamtnettoumsatz der Gesamtbetrag aller in Z 1 bis 7 der Anlage 2 zu § 43 BWG angeführten Erträge abzüglich der dort angeführten Aufwendungen; handelt es sich bei dem Unternehmen um eine Tochtergesellschaft, ist auf den jährlichen Gesamtnettoumsatz abzustellen, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im konsolidierten Abschluss der Muttergesellschaft an der Spitze der Gruppe ausgewiesen ist. Soweit die FMA die Grundlagen für den jährlichen Gesamtumsatz nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.“

§ 28 InvFG 2011, BGBl. I Nr. 77/2011 idF BGBl. I Nr. 67/2018:

„(1) Die Verwaltungsgesellschaft ist berechtigt, eine oder mehrere ihrer Aufgaben gemäß § 5 Abs. 2 zum Zwecke einer effizienteren Geschäftsführung an Dritte zu übertragen. Der Dritte handelt hiebei für Rechnung der Anteilinhaber. Folgende Voraussetzungen müssen dabei erfüllt sein: [...]

3. wenn die Übertragung die kollektive Portfolioverwaltung betrifft, so darf der Auftrag nur Unternehmen erteilt werden, die für die Zwecke der Vermögensverwaltung konzessioniert oder eingetragen sind und einer Aufsicht unterliegen; die Übertragung muss mit den von der Verwaltungsgesellschaft regelmäßig festgelegten Vorgaben für die Verteilung der Anlagen in Einklang stehen; [...]

5. der Verwahrstelle oder anderen Unternehmen, deren Interessen mit denen der Verwaltungsgesellschaft oder der Anteilinhaber kollidieren können, darf kein Auftrag für die Hauptdienstleistung der kollektiven Portfolioverwaltung (§ 5 Abs. 2 Z 1 lit. a) erteilt werden; [...]

(2) Die Pflichten der Verwaltungsgesellschaft sowie die Pflichten der Depotbank gemäß diesem Bundesgesetz werden durch eine solche Übertragung nicht berührt. Die Verwaltungsgesellschaft haftet zwingend für das Verhalten des Dritten wie für ihr eigenes Verhalten. Die Verwaltungsgesellschaft darf ihre Aufgaben nicht in einem Umfang übertragen, der sie zu einer Briefkastenfirma werden lässt; von einem Briefkastenunternehmen ist dann auszugehen, wenn die Verwaltungsgesellschaft ihre Geschäftstätigkeit weitgehend auf Dritte überträgt.“

Zur objektiven Tatseite:

Zunächst ist zwischen der FMA und der BF strittig, ob die nach § 28 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 erfolgte Übertragung eine kollektive oder eine individuelle Portfolioverwaltung darstellt. Diese Frage ist eingangs zu klären, weil nur im Fall einer individuellen Portfolioverwaltung im Sinne des § 1 Z 3 lit d (beziehungsweise des gleichlautenden § 3 Abs. 2 Z 2) WAG 2018 der Anwendungsbereich dieses Gesetzes eröffnet wäre. Nur in diesem Fall könnte daher eine Bestrafung der BF nach dem WAG 2018 geboten sein.

Nach den oben erwähnten Bestimmungen ist die dem WAG 2018 unterliegende Portfolioverwaltung „die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält“.

Demgegenüber regelt § 3 Abs. 2 Z 3 InvFG 2011 den Begriff der kollektiven Portfolioverwaltung. Diese ist demnach „die Verwaltung von Portfolios auf gemeinsame Rechnung der Anteilinhaber im Rahmen der Fondsbestimmungen gemäß § 53“. Diese Definition des InvFG 2011 ist – jedenfalls im hier interessierenden Zusammenhang aufgrund der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und der Rechtssprache, wonach im Allgemeinen davon auszugehen ist, dass in der Rechtssprache geprägte Begriffe die gleiche Bedeutung haben (siehe zB VwGH 20.11.2019, Ra 2019/03/0005) – sowohl für das InvFG 2011 wie für das WAG 2018 als auch für das AIFMG von Bedeutung.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Bestimmung des InvFG (ErläutRV 1254 BlgNR, 24. GP, 9) wird dazu ausgeführt wie folgt:

„Die ‚gemeinsame Portfolioverwaltung‘ ist gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchstabe b in Verbindung mit Anhang II der Richtlinie 2009/65/EG Kern der Tätigkeit einer Verwaltungsgesellschaft und dieser vorbehalten. Die (individuelle) Portfolioverwaltung, bei der Portfolios auf Einzelkundenbasis aufgrund einer Vollmacht des Kunden verwaltet werden (§ 1 Z 2 lit. d WAG 2007), kann demgegenüber auch von Kreditinstituten (§ 1 Abs. 3 BWG), von Wertpapierfirmen (§ 3 Abs. 2 Z 2 WAG 2007) und auch von Verwaltungsgesellschaften (Art. 6 Abs. 3 Buchstabe a der Richtlinie 2009/65/EG – siehe auch § 5 Abs. 2 Z 3) neben anderen Tätigkeiten erbracht werden. Im Unterschied zur ‚individuellen Portfolioverwaltung‘, auch oftmals bloß als ‚Portfolioverwaltung‘ bezeichnet, wird bei der gemeinsamen Portfolioverwaltung nicht bloß das Vermögen eines einzelnen Kunden auf individueller Basis, sondern einer Gruppe von Personen auf gemeinsame Rechnung verwaltet und dabei die Kundengelder auch nicht aufgrund einer individuell vereinbarten Vollmacht, sondern aufgrund einer vorab festgelegten Satzung oder Fondsbestimmungen veranlagt. Um Unklarheiten im Hinblick auf die Portfolioverwaltung zu vermeiden, wird daher die gemeinsame Portfolioverwaltung eigens definiert.“ (Hervorhebungen im Original)

Nach den Ausführungen des historischen Gesetzgebers stellt der Begriff der kollektiven (oder gemeinsamen) Portfolioverwaltung den Gegenbegriff zur individuellen Portfolioverwaltung dar und unterscheidet sich insbesondere darin von der individuellen Portfolioverwaltung, dass nicht das Vermögen eines einzelnen Kunden auf individueller Basis verwaltet wird, sondern das einer Gruppe von Personen auf gemeinsame Rechnung. Dabei wird in der kollektiven Portfolioverwaltung nicht aufgrund einer individuell vereinbarten Vollmacht, sondern aufgrund der Satzung oder der Fondsbestimmungen veranlagt. Dieses Begriffsverständnis ist den weiteren Ausführungen zugrunde zu legen.

§ 28 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 bestimmt unter anderem, dass, wenn die Übertragung die kollektive Portfolioverwaltung betrifft, der Auftrag nur Unternehmen erteilt werden darf, die für die Zwecke der Vermögensverwaltung konzessioniert oder eingetragen sind und einer Aufsicht unterliegen. Ähnlich regelt auch § 18 Abs. 1 Z 4 AIFMG zu Übertragungen, dass die Übertragung, soweit sie sich auf das Portfoliomanagement oder das Risikomanagement bezieht, nur an Unternehmen erfolgen darf, die für die Zwecke der Vermögensverwaltung bewilligt sind und einer Aufsicht unterliegen. Kann diese Bedingung nicht eingehalten werden, bedarf die Übertragung einer vorherigen Genehmigung durch die FMA.

Die FMA leitet aus diesen Bestimmungen ab, dass die Übertragung nur an Unternehmen erfolgen darf, die über eine Konzession zur Vermögensverwaltung verfügen. Die BF verfüge aufgrund ihrer Konzession als Kreditinstitut gemäß § 1 Abs. 3 BWG auch über eine Legalkonzession von Portfolioverwaltungsleistungen nach § 3 Abs. 2 Z 2 WAG 2018. Sie erbringe ihre Leistungen daher im Rahmen dieser Konzession. Dagegen sei die reguläre Geschäftstätigkeit einer Verwaltungsgesellschaft die Ausübung der Verwaltung von OGAW oder auch von AIF, was beides einer entsprechenden Konzession bedürfe. Dem Gedanken der sektoralen Organisation am Finanzmarkt folgend könne ein Kreditinstitut somit nicht gleichzeitig als Verwaltungsgesellschaft gemäß InvFG 2011 oder als AIFM gemäß AIFMG konzessioniert sein. Ein Kreditinstitut erbringe vielmehr eben im Wege seiner Legalkonzession des WAG 2018 Portfolioverwaltungsdienstleistungen.

Auch wenn es zwar insoweit zutreffend ist, dass die Übertragung nur an ein konzessioniertes Unternehmen erfolgen darf und die BF im von der FMA herangezogenen Tatzeitraum über eine solche (Legal-)Konzession verfügte, sagt dies nichts über die Art der Portfolioverwaltung aus, nämlich ob die übertragene Portfolioverwaltung eine individuelle oder eine kollektive darstellt. Bei der Übertragung nach § 28 InvFG 2011 oder § 18 AIFMG könnte eine Konzession durchaus

auch aufgrund anderer Bestimmungen vorliegen. Kalss/Oppitz/Zollner weisen in Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 29, Rz 299, etwa auf eine Konzession zum Investmentfondsgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 13 BWG hin. Auch der Gesetzgeber des § 28 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 geht nicht davon aus, dass eine Konzession nach dem damals in Kraft stehenden WAG 2007 zwingend nötig ist. Vielmehr führte er dazu aus: „Wenn die Verwaltungsgesellschaft die Qualifikation und Fähigkeit mit der gebotenen Sorgfalt prüft, so sollte sie dabei berücksichtigen können, dass der Dritte, dem Aufgaben übertragen werden, nach Möglichkeit dem WAG 2007 oder der Richtlinie 2004/39/EG unterliegt“ (ErläutRV 1254 BlgNR, 24. GP, 27). Auch danach ist zwar eine Konzessionierung des Dritten nach dem WAG eine Möglichkeit, allerdings keineswegs die ausschließliche.

Die FMA legt dann weiter dar, dass die individuelle Portfolioverwaltung im Sinne des WAG 2018 zwei Konstellationen erfasse. Erstens sei das die Verwaltung von einzelnen (Privat-)Kundendepots, zweitens die Verwaltung von Fonds für Kapitalanlagegesellschaften (im Folgenden: KAG). In diesem Fall sei die KAG als juristische Person der Einzelkunde, die zu verwaltenden Fonds bildeten das Portfolio. Im vorliegenden Fall sei laut FMA der zweite Fall gegeben, der wiederum auf einem zweiaktigen Vorgang fuße. Der erste Akt sei dabei die Übertragung der Dienstleistung nach § 28 InvFG 2011 beziehungsweise § 18 AIFMG. Das sei vorliegend durch die Beauftragung der BF mit der Verwaltung der gegenständlichen Fonds durch die GmbH erfolgt und stelle die Vollmacht des Kunden dar. Der zweite Akt sei dann die Verwaltung gegenüber der KAG als Einzelkunde mit einem Ermessensspielraum. Dass auch eine KAG im Rahmen des WAG 2018 eine professionelle Kundin sein könne, ergebe sich aus der Systematik des WAG 2018. In der Verhandlung verwies die FMA insbesondere auf § 66 Abs. 2 Z 1 lit. a WAG 2018 (Kreditinstitut als professioneller Kunde).

Richtig ist daran jedenfalls, dass grundsätzlich auch Kreditinstitute professionelle Kunden im Rahmen des WAG 2018 sein können. Unter weiteren Voraussetzungen kann daher auch die Portfolioverwaltung gegenüber Kreditinstituten eine individuelle sein. Alleine diese grundsätzlich bestehende Möglichkeit bedeutet jedoch noch nicht, dass jede Portfolioverwaltung gegenüber einem Kreditinstitut (oder einem anderen professionellen Kunden) eine individuelle Portfolioverwaltung darstellt. Gleiches gilt für den von der FMA angesprochenen zweiaktigen Vorgang. Vielmehr ist auch in diesem Zusammenhang auf das oben dargelegte Begriffsverständnis der individuellen und der kollektiven Portfolioverwaltung zurückzugreifen, was die FMA im vorliegenden Verfahren vernachlässigte.

Dementsprechend ist das Verhältnis zwischen der BF und der GmbH einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Dazu regelt § 28 Abs. 1 InvFG 2011, dass der Dritte (hier die BF) für Rechnung der Anteilhaber handelt. Im Sinn der oben dargelegten Definition spricht dies klar für das Vorliegen einer kollektiven Portfolioverwaltung. Die Anteilhaber stellen nämlich eine Gruppe von Personen dar, auf deren gemeinsame Rechnung die Verwaltung erfolgt. Das ist aber nach den Ausführungen des Gesetzgebers gerade der Hauptunterschied zwischen der kollektiven und der individuellen Portfolioverwaltung. Die BF handelt daher als Dritte, der gewisse Aufgaben – im konkreten Fall die Haupttätigkeit – übertragen worden sind, für fremde Rechnung der Anteilhaber. Sie handelt damit wie die KAG, wenn diese das Fondsmanagement selbst durchführen würde. Letzteres würde aber selbst nach Ansicht der FMA eine kollektive Portfolioverwaltung darstellen (S. 14 VP). Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Verwaltung durch die BF vorliegend anders zu beurteilen wäre, lediglich weil die GmbH ihr als Dritter zulässigerweise nach § 28 InvFG 2011 gewisse Aufgaben übertrug, für die die GmbH gleichermaßen voll verantwortlich bleibt.

Als weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen der individuellen und der kollektiven Portfolioverwaltung gilt, wie bereits oben ausgeführt, dass nicht aufgrund einer individuellen Vollmacht, sondern aufgrund der Satzung oder der Fondsbestimmungen veranlagt wird. Nun liegt zwischen der BF und der GmbH zwar eine individuelle Vollmacht vor, allerdings spricht auch dies nicht gegen die Einordnung der hier verfahrensgegenständlichen Verwaltung als kollektive. Nach § 28 Abs. 1 Z 3 InvFG darf nämlich nur die kollektive Portfolioverwaltung übertragen werden. Für eine zulässige Übertragung ist es daher vonnöten, dass in der Vollmacht zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Unternehmen ebenfalls vereinbart wird, dass nur aufgrund der Satzung oder der Fondsbestimmungen veranlagt werden darf. Der Inhalt der Vollmacht ist daher insoweit von Gesetzes wegen vorgegeben und es darf nur entsprechend der kollektiven Portfolioverwaltung veranlagt werden. Auch im konkreten Fall wurde das in den Fondsmanagementverträgen entsprechend vorgesehen. Auch das Vorliegen einer individuellen Vollmacht zwischen der BF und der GmbH steht daher der Einordnung als kollektiver Portfolioverwaltung nicht entgegen.

Das entspricht auch der in der Beschwerde angesprochenen Vorstrukturierung des Investmentfonds, die ein weiteres wesentliches Merkmal der kollektiven Portfolioverwaltung darstellt. Das Fondsprodukt wird im Rahmen des InvFG 2011 vorstrukturiert, vorgestaltet und fertig verkauft. Der einzelne Eigentümer kann nicht gleich wie bei der individuellen

Vermögensverwaltung die Regel vorgeben und Weisungen erteilen. Vielmehr bestimmt die Fondsverwaltung mittels der Fondsbedingungen den Anlagerahmen (Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 29, Rz 6). Auch das ist vorliegend der Fall.

Nicht zuletzt ist die GmbH im Sinne der eingangs erwähnten Definition der kollektiven Portfolioverwaltung weder Kundin der BF noch verwaltet die BF die Gelder der GmbH. Es handelt sich vorliegend lediglich um eine Auslagerung der nach der Konzeption des Gesetzes grundsätzlich von der Verwaltungsgesellschaft zu vollziehenden Aufgaben. Die übernehmende Gesellschaft übt dabei im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben exakt dieselben Befugnisse aus, wie die Verwaltungsgesellschaft dies tun würde und müsste. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Sachverhalt folglich anders behandelt werden sollte und aufgrund der bloßen Übertragung der Aufgaben von einer kollektiven zu einer individuellen Portfolioverwaltung werden sollte.

Dafür spricht nicht nur das oben Gesagte, sondern auch der klare Wortlaut des § 28 InvFG 2011. So regelt der auch von der FMA herangezogene § 28 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 die Übertragung der kollektiven Portfolioverwaltung. Ähnlich bestimmt § 28 Abs. 1 Z 5 InvFG 2011, „der Verwahrstelle oder anderen Unternehmen, deren Interessen mit denen der Verwaltungsgesellschaft oder der Anteilhaber kollidieren können, darf kein Auftrag für die Hauptdienstleistung der kollektiven Portfolioverwaltung (§ 5 Abs. 2 Z 1 lit. a) erteilt werden“. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die Übertragung nichts an der kollektiven Portfolioverwaltung ändert und diese insbesondere nicht zu einer individuellen Portfolioverwaltung macht, sondern weiterhin eine kollektive Portfolioverwaltung vorliegt, weil eben nur diese übertragen wird.

Auch Kalss/Oppitz/Zollner in Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 29, Rz 297-307, gehen offensichtlich davon aus, dass aus der Übertragung der kollektiven Portfolioverwaltung keine individuelle Portfolioverwaltung resultiert und keine Konzession nach dem WAG 2018 auf Seiten des Dritten erforderlich ist. So weisen sie – wie bereits oben ausgeführt – darauf hin, dass in diesem Fall der Dritte über eine Konzession etwa nach § 1 Abs. 1 Z 13 BWG verfügen muss (Rz 299). Hingegen weisen sie im Fall der Übertragung anderer Aufgaben, sie führen dabei beispielsweise den Vertrieb von Anteilsscheinen an, explizit darauf hin, dass es sich dabei um eine Wertpapierdienstleistung handelt und dementsprechend eine Konzession nach dem WAG 2018 notwendig ist (Rz 301).

Für die hier vertretene Ansicht spricht nicht zuletzt auch das grundsätzliche Verhältnis zwischen dem InvFG 2011 und dem WAG 2018. Richtig weist die Beschwerde dabei darauf hin, dass dieses dergestalt ist, dass die „Produktion“ von Kapitalanlagefonds (Fondsauflage, laufende Verwaltung, Produkttransparenz) das InvFG 2011 normiert, während den (Dritt-)Vertrieb der Fondsanteilscheine das WAG 2018 regelt. Insoweit ist deren Anwendungsbereich klar abgegrenzt (s. auch Macher in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG<sup>2</sup> Vor § 1 InvFG, Rz 174).

Dieses Verhältnis der beiden Regelungen spiegelt sich auch in den (zumindest teilweise) verschiedenen Regelungszwecken wider. Das WAG 2018 hat als vorrangiges Ziel den Anlegerschutz und dient daneben der Sicherstellung einer wirksamen Beaufsichtigung von Rechtsträgern (Winternitz/Beer/Steinmair, WAG 2018 Kurzkomentar, Einleitung 2.; siehe auch Granner, Unionsrechtliche Grundlagen der Wertpapieraufsicht, in Gruber/N. Raschauer, WAG, I.). Das InvFG 2011 dient zwar ebenfalls dem Anlegerschutz, hat als weiteren Regelungszweck aber den Funktionsschutz des Marktes (Macher in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG<sup>2</sup> Vor § 1 InvFG, Rz 20).

Die BF übt im Sinne dieses grundsätzlichen Verhältnisses zwischen dem InvFG 2011 und dem WAG 2018 Tätigkeiten aus, die im Rahmen des InvFG 2011 geregelt werden. Einen (Dritt-)Vertrieb der Fondsanteilscheine tätigt die BF dagegen gerade nicht. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist kein Grund zu sehen, die Tätigkeit der BF unter das WAG 2018 zu subsumieren.

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs wird zudem selbst im Fall der Übertragung des Fondsmanagements, in dessen Rahmen der Dritte auch Beratungstätigkeiten ausübt, kein Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Kunden begründet. Der Fondsmanager selbst ist den Kunden gegenüber auch nicht unmittelbar haftpflichtig. Den Dritten, also den Fondsmanager, treffen selbst auch keine Pflichten gegenüber den Anteilhabern, deren Verletzung zur Begründung deliktischer Schadenersatzansprüche führen könnte. Die Anteilhaber sind vielmehr ohnehin in einem Vertragsverhältnis mit der KAG und damit ausreichend geschützt. Die Ansprüche der Anteilhaber sind daher allein gegen die KAG zu richten, die sich gegebenenfalls beim betreffenden Dritten, der sich nur ihr gegenüber verpflichtet hat, die Fondsverwaltung vorzunehmen beziehungsweise daran mitzuwirken, regressieren kann (zu alledem OGH 03.04.2008, 1 Ob 43/08t).

Der im WAG 2018 geregelte Anlegerschutz bleibt daher für die BF als Dritte, der das Fondsmanagement lediglich durch die GmbH übertragen wurde, ohne Relevanz, weil kein Vertragsverhältnis mit den Anteilshabern begründet wurde und sie auch den Anlegern nicht schadenersatzpflichtig wird. Vielmehr vertritt sie die KAG, die wiederum den Anteilshabern für ein Fehlverhalten des von ihr ausgesuchten Dritten einzustehen hat. Warum die BF als Vertreterin aber weitergehendere Regelungen treffen sollten, die die Vertretene nicht einzuhalten verpflichtet ist, obwohl die BF keinerlei weiteren Befugnisse als die GmbH hat und insbesondere keine eigenen Vertragsverhältnisse mit deren Kunden begründet, ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich. Auch Liefere der Schutzzweck der Normen des WAG 2018 in Bezug auf das Verhältnis der BF zur GmbH ins Leere.

Entsprechend dieser Konzeptionierung der verschiedenen Gesetze ist gemäß § 2 Abs. 1 Z 10 WAG 2018 vorbehaltlich Abs. 3 das WAG 2018 auch nicht auf Verwaltungsgesellschaften gemäß § 5 Abs. 1 InvFG 2011 anwendbar. § 2 Abs. 3 WAG 2018 erklärt einzelne Bestimmungen der DelVO wie auch des WAG 2018 zwar für anwendbar, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Verwaltungsgesellschaften Dienstleistungen gemäß § 5 Abs. 2 Z 3 oder 4 InvFG 2011 erbringen, beziehungsweise AIFM gemäß § 4 AIFMG, die Dienstleistungen gemäß § 4 Abs. 4 Z 1 oder Z 2 lit. a oder c AIFMG erbringen. Weder die BF noch die KAG erbringen allerdings die in den dort genannten Bestimmungen genannten Dienstleistungen.

Dieses Verständnis legt selbst die FMA in ihren Rundschreiben zugrunde. So führt die FMA in ihrem Rundschreiben zur Konkretisierung der Anforderungen an interne Kontrollmechanismen zur Überwachung der Systeme und Verfahren zur Erfüllung der Berichtspflichten im Rahmen der Portfolioverwaltung gemäß WAG 2018 vom 29.10.2018 in Rz 1 aus, dass die Ausweitung des Anlegerschutzes eines der Hauptziele der MiFID II sei. Dieses Ziel soll den weiteren Ausführungen zufolge unter anderem durch eine verbesserte Information des Kunden erreicht werden. Weiters führt die FMA dann aus: „Die Pflicht zur Übermittlung von Berichten trifft den Rechtsträger, auch wenn sie von anderen Personen erfüllt wird. Mit diesen Berichtspflichten soll der individuelle Anlegerschutz gestärkt werden, indem dem Kunden ermöglicht wird, zu überprüfen, ob die im Rahmen der Portfolioverwaltung erbrachten Leistungen seinen Vorgaben entsprechen. Die Berichtspflichten haben im Bereich der Portfolioverwaltung eine wesentliche Bedeutung, zumal der Portfolioverwalter über einen gesetzlich vorgesehenen Ermessensspielraum verfügt, innerhalb dessen er die Anlageentscheidungen für den Kunden trifft. Der Bericht, der dem Kunden vom Rechtsträger zur Verfügung gestellt wird, ist somit oftmals die einzige Möglichkeit für den Kunden, sich zeitnah Einblicke in die Tätigkeit des Portfolioverwalters zu verschaffen.“ In ihrem Rundschreiben wie auch im weiteren Rundschreiben betreffend die organisatorischen Anforderungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes und der DelVO (EU) 2017/565 vom 11.09.2018 legt sie allerdings nicht dar, was sie unter einer individuellen Portfolioverwaltung versteht und dass auch Unternehmen, denen Aufgaben im Wege des § 28 InvFG 2011 übertragen werden, diese Rundschreiben zu beachten hätten.

Unterstützt wird die Ansicht des erkennenden Senates letztlich auch durch die Erwägungen des Unionsgesetzgebers:

§ 28 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 geht in seiner Textierung im Wesentlichen zurück auf § 3 Abs. 3 Z 3 InvFG 1993 idFBGBI I 2003/80, der folgenden Wortlaut hatte: „wenn die Übertragung die Anlageverwaltung betrifft, so darf sie nur an Unternehmen erfolgen, die für die Zwecke der Vermögensverwaltung zugelassen oder eingetragen sind und einer öffentlichen Aufsicht unterliegen. Die Übertragung muss mit den von der Kapitalanlagegesellschaft regelmäßig festgelegten Vorgaben für die Verteilung der Anlagen im Einklang stehen“. Mit dem InvFG 2011 wurde zwar die Wendung „Anlageverwaltung“ durch die Wendung „kollektive Portfolioverwaltung“ ersetzt, es sollte dadurch allerdings keine inhaltliche Änderung erfolgen (ErläutRV 1254 BlgNR, 24. GP, 27). Außerdem sollte dadurch Art. 13 RL 2009/65/EG umgesetzt werden (wiederum ErläutRV 1254 BlgNR, 24. GP, 27). Der damit umgesetzte Art. 13 Abs. 1 lit c RL 2009/65/EG ist wortgleich mit Art. 5g Abs. 1 lit c RL 2001/107/EG, der durch § 3 Abs. 3 Z 3 InvFG 1993 umgesetzt wurde (ErläutRV 97 BlgNR, 22. GP, 12). Zu der letztgenannten unionsrechtlichen Bestimmung wird in den Erwägungsgründen 12 und 14 festgehalten wie folgt:

„(12) Es ist wünschenswert, in Vorschriften die Voraussetzungen festzulegen, unter denen eine Verwaltungsgesellschaft auf der Grundlage eines Auftrags spezifische Aufgaben und Funktionen auf Dritte übertragen kann, um so ihre Geschäftstätigkeit effizienter zu machen. Um die ordnungsgemäße Funktionsweise der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Herkunftslandkontrolle sicherzustellen, sollten die Mitgliedstaaten, die eine derartige Übertragung der Aufgaben gestatten, gewährleisten, dass die Verwaltungsgesellschaft, der sie eine Zulassung erteilt haben, ihre Aufgaben nicht insgesamt auf einen oder mehrere Dritte überträgt, um so zu einer ‚Briefkastengesellschaft‘ zu werden, und dass di

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

© 2024 JUSLINE

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

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