

# TE Vwgh Erkenntnis 2023/2/16 Ra 2021/02/0170

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.02.2023

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein  
19/05 Menschenrechte  
3 Finanzrecht Geldrecht Währungsrecht Kreditrecht  
37/01 Geldrecht Währungsrecht  
37/02 Kreditwesen  
40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

AIFMG 2013 §19 Abs11 Z3  
AIFMG 2013 §2 Abs1 Z1  
AIFMG 2013 §48 Abs3  
AIFMG 2013 §48 Abs4  
AIFMG 2013 §60 Abs2 Z10  
AVG §56  
AVG §59 Abs1  
AVG §60  
COVID-19-VwBG 2020 §2 Z2  
FMABG 2001 §2 Abs3 Z8  
FMABG 2001 §22 Abs7  
InvFG 2011 §1  
InvFG 2011 §162a  
InvFG 2011 §163  
InvFG 2011 §164 Abs2  
InvFG 2011 §166  
InvFG 2011 §167 Abs1  
InvFG 2011 §190 Abs5 Z1  
InvFG 2011 §190a  
InvFG 2011 §42a  
InvFG 2011 §42a Abs2 Z4  
InvFG 2011 §45  
MRK Art7  
VStG §1 Abs1

VStG §19

VStG §22 Abs2

VStG §24

VStG §44a Z1

VStG §44a Z2

VStG §9

VwGVG 2014 §38

VwRallg

1. AVG § 56 heute

2. AVG § 56 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 56 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 59 heute

2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 60 heute

2. AVG § 60 gültig ab 01.02.1991

1. InvFG 2011 § 1 heute

2. InvFG 2011 § 1 gültig ab 22.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013

3. InvFG 2011 § 1 gültig von 01.09.2011 bis 21.07.2013

1. InvFG 2011 § 162a heute

2. InvFG 2011 § 162a gültig ab 22.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013

1. InvFG 2011 § 163 heute

2. InvFG 2011 § 163 gültig ab 01.09.2011

1. InvFG 2011 § 164 heute

2. InvFG 2011 § 164 gültig ab 22.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2023

3. InvFG 2011 § 164 gültig von 21.08.2018 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2018

4. InvFG 2011 § 164 gültig von 01.01.2018 bis 20.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017

5. InvFG 2011 § 164 gültig von 18.03.2016 bis 31.12.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015

6. InvFG 2011 § 164 gültig von 01.09.2011 bis 17.03.2016

1. InvFG 2011 § 166 heute

2. InvFG 2011 § 166 gültig ab 22.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2023

3. InvFG 2011 § 166 gültig von 01.01.2019 bis 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 76/2018

4. InvFG 2011 § 166 gültig von 21.08.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2018

5. InvFG 2011 § 166 gültig von 30.07.2013 bis 20.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013

6. InvFG 2011 § 166 gültig von 01.09.2011 bis 29.07.2013

1. InvFG 2011 § 167 heute

2. InvFG 2011 § 167 gültig ab 01.09.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015

3. InvFG 2011 § 167 gültig von 30.07.2013 bis 31.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013

4. InvFG 2011 § 167 gültig von 01.09.2011 bis 29.07.2013

1. InvFG 2011 § 190 heute

2. InvFG 2011 § 190 gültig ab 19.02.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2026

3. InvFG 2011 § 190 gültig von 09.04.2022 bis 18.02.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 36/2022

4. InvFG 2011 § 190 gültig von 11.12.2021 bis 08.04.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 198/2021

5. InvFG 2011 § 190 gültig von 21.08.2018 bis 10.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2018

6. InvFG 2011 § 190 gültig von 03.01.2018 bis 20.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017

7. InvFG 2011 § 190 gültig von 13.07.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2016

8. InvFG 2011 § 190 gültig von 13.01.2017 bis 12.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2016

9. InvFG 2011 § 190 gültig von 13.10.2016 bis 12.01.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2016

10. InvFG 2011 § 190 gültig von 18.03.2016 bis 12.10.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015
11. InvFG 2011 § 190 gültig von 01.01.2014 bis 17.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
12. InvFG 2011 § 190 gültig von 30.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013
13. InvFG 2011 § 190 gültig von 01.05.2012 bis 29.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
14. InvFG 2011 § 190 gültig von 01.09.2011 bis 30.04.2012

1. InvFG 2011 § 190a heute
2. InvFG 2011 § 190a gültig ab 03.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. InvFG 2011 § 190a gültig von 18.03.2016 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015

1. InvFG 2011 § 42a heute
2. InvFG 2011 § 42a gültig ab 13.10.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2016
3. InvFG 2011 § 42a gültig von 18.03.2016 bis 12.10.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015

1. InvFG 2011 § 42a heute
2. InvFG 2011 § 42a gültig ab 13.10.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2016
3. InvFG 2011 § 42a gültig von 18.03.2016 bis 12.10.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2015

1. InvFG 2011 § 45 heute
2. InvFG 2011 § 45 gültig ab 01.09.2011

1. VStG § 1 heute
2. VStG § 1 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 1 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 19 heute
2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011

1. VStG § 22 heute
2. VStG § 22 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 22 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 24 heute
2. VStG § 24 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VStG § 24 gültig von 26.03.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2009
5. VStG § 24 gültig von 20.04.2002 bis 25.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
6. VStG § 24 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
7. VStG § 24 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 620/1995
8. VStG § 24 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. VStG § 44a heute
2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991

1. VStG § 44a heute
2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991

1. VStG § 9 heute
2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

#### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Dr. Köller, den Hofrat Mag. Straßegger und die Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revisionen 1. der Finanzmarktaufsichtsbehörde und 2. der B AG in I, vertreten durch die Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH in

1010 Wien, Parkring 2, jeweils gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16. Juni 2021, W148 2238325-1/26E, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. Juni 2021, W 148 2238325-1/27Z, betreffend Übertretungen des Investmentfondsgesetzes 2011 (mitbeteiligte Partei: zu 1.: B AG in I, vertreten durch die Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Parkring 2, belangte Behörde zu 2.: Finanzmarktaufsichtsbehörde), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Dr. Köller, den Hofrat Mag. Straßegger und die Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revisionen 1. der Finanzmarktaufsichtsbehörde und 2. der B AG in römisch eins, vertreten durch die Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Parkring 2, jeweils gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 16. Juni 2021, W148 2238325-1/26E, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. Juni 2021, W 148 2238325-1/27Z, betreffend Übertretungen des Investmentfondsgesetzes 2011 (mitbeteiligte Partei: zu 1.: B AG in römisch eins, vertreten durch die Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Parkring 2, belangte Behörde zu 2.: Finanzmarktaufsichtsbehörde), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der B AG Aufwendungen in der Höhe von € 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

1 Aufgrund einer vom 28. bis 30. August 2018 in den Räumlichkeiten der zweitrevisionswerbenden Partei durchgeführten Vorortprüfung durch die erstrevisionswerbende Partei erging am 26. Juni 2020 von der erstrevisionswerbenden Partei eine Aufforderung zur Rechtfertigung an die zweitrevisionswerbende Partei zum Verdacht folgender Verstöße:

„I. Im Zeitraum vom 18.03.2016 bis 31.12.2018 hat die [zweitrevisionswerbende Partei] die ihr aufgrund des Verwahrstellenvertrages für die Verwahrung der Wertpapiere der Investmentfonds und für die Kontenführung zustehenden Depot- und Kontoführungsgebühr den Fondsverrechnungskonten der einzelnen Investmentfonds ohne separaten Auftrag der Verwaltungsgesellschaft [...] angelastet.

Erst ab 31.12.2018 hat die [zweitrevisionswerbende Partei] die Abrechnung der Verwaltungsgesellschaft zur Prüfung der Anweisung übermittelt und erst nach deren schriftlichen Auftrag die Fondsverrechnungskonten belastet.

[...]

II. Im Zeitraum vom 20.07.2017 bis 29.03.2019 hat die [zweitrevisionswerbende Partei], die seit 1987 als Dritte eingesetzte Verwahrstelle E[...] keiner regelmäßigen Überprüfung und laufenden Kontrolle (Due Diligence) unterzogen. römisch zwei. Im Zeitraum vom 20.07.2017 bis 29.03.2019 hat die [zweitrevisionswerbende Partei], die seit 1987 als Dritte eingesetzte Verwahrstelle E[...] keiner regelmäßigen Überprüfung und laufenden Kontrolle (Due Diligence) unterzogen.

Erst mit Abschluss der Due Diligence Prüfung am 29.03.2019 wurde E[...] einer Überprüfung im Sinne des § 42a Abs. 2 Z 4 InvFG 2011 unterzogen.“ Erst mit Abschluss der Due Diligence Prüfung am 29.03.2019 wurde E[...] einer Überprüfung im Sinne des Paragraph 42 a, Absatz 2, Ziffer 4, InvFG 2011 unterzogen.“

2 Mit Straferkenntnis vom 30. November 2020 lastete die erstrevisionswerbende Partei der zweitrevisionswerbenden Partei die oben genannten Verstöße mit demselben Wortlaut an. Sie habe dadurch zu Spruchpunkt I. § 45 iVm § 190a und § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG sowie zu Spruchpunkt II. § 42a Abs. 2 Z 4 InvFG iVm § 190a und § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG verletzt, weshalb über sie gemäß § 190a Abs. 1 iVm § 190a Abs. 3 InvFG eine Geldstrafe von € 71.400,-- verhängt wurde und ihr ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben wurde. Begründend führte die erstrevisionswerbende Partei unter anderem aus, die zweitrevisionswerbende Partei fungiere als Depotbank (Verwahrstelle) von Investmentfonds (OGAW und AIF), die von einer näher genannten Verwaltungsgesellschaft verwaltet werden würden. Die zweitrevisionswerbende Partei habe die für die Verwahrung der Wertpapiere der Fonds zustehende Vergütung im Tatzeitraum den einzelnen Fondsverrechnungskonten ohne separaten Auftrag der Verwaltungsgesellschaft angelastet und erst ab dem Quartalsabschluss des vierten Quartals 2018 (31. Dezember 2018) aufgrund abgeänderter Vereinbarung betreffend Entgeltabrechnung zwischen der zweitrevisionswerbenden Partei und der Verwaltungsgesellschaft nur nach vorherigem Auftrag die Abbuchung vorgenommen. Die

zweitrevisionswerbende Partei habe sich im Tatzeitraum mehrerer Subverwahrstellen unter anderem E., einer Zentralverwahrerin mit Sitz in Brüssel, bedient. In dem von der zweitrevisionswerbenden Partei erstellten Handbuch über Verwahrstellentätigkeit sei festgehalten, dass die Subverwahrer in tourlichen Abständen zu überprüfen seien, wobei die Lagerstelle E. nicht angeführt worden sei. Der Rechtfertigung der zweitrevisionswerbenden Partei, sie habe die objektive Tatseite zu Spruchpunkt II. nicht verwirklicht, weil keine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer regelmäßigen Due Diligence bestanden habe, weil E. als Zentralverwahrerin davon gänzlich ausgenommen wäre, treffe nicht zu. Mit Straferkenntnis vom 30. November 2020 lastete die erstrevisionswerbende Partei der zweitrevisionswerbenden Partei die oben genannten Verstöße mit demselben Wortlaut an. Sie habe dadurch zu Spruchpunkt römisch eins. Paragraph 45, in Verbindung mit , Paragraph 190 a, und Paragraph 190, Absatz 5, Ziffer eins, InvFG sowie zu Spruchpunkt römisch zwei. Paragraph 42 a, Absatz 2, Ziffer 4, InvFG in Verbindung mit , Paragraph 190 a und Paragraph 190, Absatz 5, Ziffer eins, InvFG verletzt, weshalb über sie gemäß Paragraph 190 a, Absatz eins, in Verbindung mit , Paragraph 190 a, Absatz 3, InvFG eine Geldstrafe von € 71.400,- verhängt wurde und ihr ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben wurde. Begründend führte die erstrevisionswerbende Partei unter anderem aus, die zweitrevisionswerbende Partei fungiere als Depotbank (Verwahrstelle) von Investmentfonds (OGAW und AIF), die von einer näher genannten Verwaltungsgesellschaft verwaltet werden würden. Die zweitrevisionswerbende Partei habe die für die Verwahrung der Wertpapiere der Fonds zustehende Vergütung im Tatzeitraum den einzelnen Fondsverrechnungskonten ohne separaten Auftrag der Verwaltungsgesellschaft angelastet und erst ab dem Quartalsabschluss des vierten Quartals 2018 (31. Dezember 2018) aufgrund abgeänderter Vereinbarung betreffend Entgeltabrechnung zwischen der zweitrevisionswerbenden Partei und der Verwaltungsgesellschaft nur nach vorherigem Auftrag die Abbuchung vorgenommen. Die zweitrevisionswerbende Partei habe sich im Tatzeitraum mehrerer Subverwahrstellen unter anderem E., einer Zentralverwahrerin mit Sitz in Brüssel, bedient. In dem von der zweitrevisionswerbenden Partei erstellten Handbuch über Verwahrstellentätigkeit sei festgehalten, dass die Subverwahrer in tourlichen Abständen zu überprüfen seien, wobei die Lagerstelle E. nicht angeführt worden sei. Der Rechtfertigung der zweitrevisionswerbenden Partei, sie habe die objektive Tatseite zu Spruchpunkt römisch zwei. nicht verwirklicht, weil keine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer regelmäßigen Due Diligence bestanden habe, weil E. als Zentralverwahrerin davon gänzlich ausgenommen wäre, treffe nicht zu.

3 Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis insofern Folge, als es Spruchpunkt I. des bekämpften Straferkenntnisses behob und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 VStG einstellte. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt II. des Straferkenntnisses wies es - neben anderen Modifikationen - auch mit der Maßgabe als unbegründet ab, dass die Verwahrstelle E. „für Investmentfonds (21 OGAW und 17 AIF)“ eingesetzt gewesen sei. Die Strafe wurde auf € 45.000,- herabgesetzt und der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens festgesetzt, welcher mit Beschluss vom 17. Juni 2021 betragsmäßig berichtigt wurde. Schließlich sprach das Verwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei. Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis insofern Folge, als es Spruchpunkt römisch eins. des bekämpften Straferkenntnisses behob und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 3, VStG einstellte. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt römisch zwei. des Straferkenntnisses wies es - neben anderen Modifikationen - auch mit der Maßgabe als unbegründet ab, dass die Verwahrstelle E. „für Investmentfonds (21 OGAW und 17 AIF)“ eingesetzt gewesen sei. Die Strafe wurde auf € 45.000,- herabgesetzt und der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens festgesetzt, welcher mit Beschluss vom 17. Juni 2021 betragsmäßig berichtigt wurde. Schließlich sprach das Verwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig sei.

4 Begründend ging das Verwaltungsgericht - soweit für die Revisionen von Bedeutung - davon aus, dass die zweitrevisionswerbende Partei als Verwahrstelle die Fondsverrechnungskonten lediglich aufgrund der im Verwahrstellenvertrag enthaltenen „kollektiven“ Ermächtigung mit den für die Verwahrung in Rechnung gestellten Entgelten ohne gesonderte Auftragserteilung durch die Kapitalanlagegesellschaft belastet habe. Die Anlastung der Depotgebühren sei für jeweils ein Quartal am letzten Tag dieses Quartals summarisch durchgeführt worden. Zuletzt sei dies für das dritte Quartal 2018 am 30. September 2018 auf diese Weise erfolgt. Nach Veröffentlichung des Erkenntnisses VwGH 21.9.2018, Ro 2018/02/0013, habe die zweitrevisionswerbende Partei am 5. Dezember 2018 eine Ergänzungsvereinbarung zum Verwahrstellenvertrag abgeschlossen, nach der sie von der Verwaltungsgesellschaft mittels gesonderter schriftlicher Anweisung zur Anlastung zu beauftragen sei. Die Depotgebühren für das

vierte Quartal 2018 seien mit 31. Dezember 2018 auf der Grundlage der neuen Regelung nach schriftlichem Auftrag zur Anlastung verbucht worden.

5 Die zweitrevisionswerbende Partei sei im Tatzeitraum vom 20. Juli 2017 bis 29. März 2019 Verwahrstelle einer bestimmten Verwaltungsgesellschaft für 21 namentlich genannte Investmentfonds (OGAW) und 17 namentlich genannte Investmentfonds (AIF, und zwar Spezialfonds sowie Andere Sondervermögen) gewesen, wofür sie sich der E., einer großen Zentralverwahrerin in Brüssel bedient habe, indem sie dieser Teile der Verwahrstellenfunktion übertragen habe. Die Geschäftsbeziehung zu E. in ihrer Funktion als Zentralverwahrerin habe seit 1986 bestanden. In dem mit der Kapitalanlagegesellschaft geschlossenen Verwahrstellenvertrag sei unter anderem vorgesehen, dass die Verwahrstelle im Fall der Bestellung eines Dritten, dem Verwahrfunktionen übertragen werden, verpflichtet sei, eine regelmäßige Überprüfung und laufende Kontrolle des Dritten mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit durchzuführen (Hinweis auf Art. 98 der AIFMD Level 2-Verordnung). Die zweitrevisionswerbende Partei habe ein „Handbuch Verwahrstellentätigkeit“ im Hinblick auf Subverwahrstellen geführt, nach dem in tourlichen Abständen die Subverwahrer nach einem abgestimmten Due Diligence-Fragebogenmuster zu überprüfen seien. E. sei dort nicht angeführt, für diese Subverwahrerin sei kein Prüfprozess vorgesehen gewesen. Zum Prüfungsstichtag 23. September 2015 habe die interne Revision der zweitrevisionswerbenden Partei unter anderem beanstandet, dass in Bezug auf E. „bis heute keine Due Diligence Prüfungen durchgeführt“ worden seien und diese nachzuholen seien. Am 29. März 2019 sei eine vollständige Prüfung der Subverwahrstelle E. erstmals durchgeführt worden. Die zweitrevisionswerbende Partei sei im Tatzeitraum vom 20. Juli 2017 bis 29. März 2019 Verwahrstelle einer bestimmten Verwaltungsgesellschaft für 21 namentlich genannte Investmentfonds (OGAW) und 17 namentlich genannte Investmentfonds (AIF, und zwar Spezialfonds sowie Andere Sondervermögen) gewesen, wofür sie sich der E., einer großen Zentralverwahrerin in Brüssel bedient habe, indem sie dieser Teile der Verwahrstellenfunktion übertragen habe. Die Geschäftsbeziehung zu E. in ihrer Funktion als Zentralverwahrerin habe seit 1986 bestanden. In dem mit der Kapitalanlagegesellschaft geschlossenen Verwahrstellenvertrag sei unter anderem vorgesehen, dass die Verwahrstelle im Fall der Bestellung eines Dritten, dem Verwahrfunktionen übertragen werden, verpflichtet sei, eine regelmäßige Überprüfung und laufende Kontrolle des Dritten mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit durchzuführen (Hinweis auf Artikel 98, der AIFMD Level 2-Verordnung). Die zweitrevisionswerbende Partei habe ein „Handbuch Verwahrstellentätigkeit“ im Hinblick auf Subverwahrstellen geführt, nach dem in tourlichen Abständen die Subverwahrer nach einem abgestimmten Due Diligence-Fragebogenmuster zu überprüfen seien. E. sei dort nicht angeführt, für diese Subverwahrerin sei kein Prüfprozess vorgesehen gewesen. Zum Prüfungsstichtag 23. September 2015 habe die interne Revision der zweitrevisionswerbenden Partei unter anderem beanstandet, dass in Bezug auf E. „bis heute keine Due Diligence Prüfungen durchgeführt“ worden seien und diese nachzuholen seien. Am 29. März 2019 sei eine vollständige Prüfung der Subverwahrstelle E. erstmals durchgeführt worden.

6 Aus der Beweiswürdigung des angefochtenen Erkenntnisses ist hervorzuheben, dass sich das Verwaltungsgericht mit den von der zweitrevisionswerbenden Partei zum Nachweis der regelmäßigen Überprüfung und laufenden Kontrolle der E. vorgelegten Urkunden eingehend auseinandersetzte: Den Beilagen ./1 und ./2 fehle jeglicher Bezug zu E. und diesen Urkunden lasse sich nicht entnehmen, ob die vorgesehene Überprüfung auch tatsächlich stattgefunden habe. Lediglich die Beilage ./2 stamme aus dem Tatzeitraum, sämtliche anderen Urkunden seien aus der Zeit davor oder danach. Die Beilagen ./3 und ./4 beträfen andere Gesellschaften mit dem Firmenbestandteil E. Die Beilagen ./3 bis ./6 seien in einem anderen organisatorischen Bereich der zweitrevisionswerbenden Partei zu einem anderen Zweck, nämlich dem Kreditmarkt und nicht zur Überprüfung und Kontrolle der Zentralverwahrerin E. erstellt worden; sie hätten die Bonitätsprüfung der E. und das Vorliegen der Konzession der E. zum Inhalt. Schließlich habe die interne Revision der zweitrevisionswerbenden Partei das Fehlen einer Due Diligence-Prüfung der E. ergeben und beruhe die Feststellung über das Fehlen eines Regel- und Kontrollsystems auf der Aussage des in der mündlichen Beschwerdeverhandlung befragten Vorstandsmitglieds der zweitrevisionswerbenden Partei.

7 Rechtlich erwog das Verwaltungsgericht, dass es sich bei den Anlastungen der Depotgebühren ohne vorherigen Auftrag der Verwaltungsgesellschaft nach § 45 InvFG um ein fortgesetztes Delikt handle. Mit der rechtskonformen Neufassung des Verwahrstellenvertrages am 5. Dezember 2018 sei der rechtswidrige Zustand beendet worden und das vierte Quartal des Jahres 2018 am 31. Dezember 2018 rechtskonform abgerechnet worden. Es sei daher von einem Tatzeitende am 5. Dezember 2018 auszugehen, weshalb die gemäß §§ 2 Abs. 3 Z 8 iVm 22 Abs. 7 FMABG 18 Monate dauernde Verfolgungsverjährung am 5. Juni 2020 eingetreten sei und die erste Verfolgungshandlung mit

Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung am 26. Juni 2020 verspätet erfolgt sei, sodass das Strafverfahren einzustellen gewesen sei. Das sei daher nach Behebung des Spruchpunktes I. des Straferkenntnis nachzuholen gewesen. Rechtlich erwog das Verwaltungsgericht, dass es sich bei den Anlastungen der Depotgebühren ohne vorherigen Auftrag der Verwaltungsgesellschaft nach Paragraph 45, InvFG um ein fortgesetztes Delikt handle. Mit der rechtskonformen Neufassung des Verwahrstellenvertrages am 5. Dezember 2018 sei der rechtswidrige Zustand beendet worden und das vierte Quartal des Jahres 2018 am 31. Dezember 2018 rechtskonform abgerechnet worden. Es sei daher von einem Tatzeitende am 5. Dezember 2018 auszugehen, weshalb die gemäß Paragraphen 2, Absatz 3, Ziffer 8, in Verbindung mit 22, Absatz 7, FMABG 18 Monate dauernde Verfolgungsverjährung am 5. Juni 2020 eingetreten sei und die erste Verfolgungshandlung mit Zustellung der Aufforderung zur Rechtfertigung am 26. Juni 2020 verspätet erfolgt sei, sodass das Strafverfahren einzustellen gewesen sei. Das sei daher nach Behebung des Spruchpunktes römisch eins. des Straferkenntnis nachzuholen gewesen.

8 Die in Spruchpunkt II. des bekämpften Straferkenntnisses angelastete Übertretung des § 42a Abs. 2 Z 4 InvFG sei schon deshalb berechtigt gewesen, weil die zweitrevisionswerbende Partei eine Überprüfung und Kontrolle der E. im Tatzeitraum völlig unterlassen habe. Die von E. verwahrten Investmentfonds hätten aus OGAW und AIF, nämlich Spezialfonds und Anderen Sondervermögen bestanden, die den §§ 163 ff und 166 f InvFG unterlägen. Diese Bestimmungen seien gemäß § 48 Abs. 3 AIFMG als „lex specialis“ anzusehen, sodass § 42a InvFG auch auf diese Art von Investmentfonds anwendbar sei. Die in Spruchpunkt römisch zwei. des bekämpften Straferkenntnisses angelastete Übertretung des Paragraph 42 a, Absatz 2, Ziffer 4, InvFG sei schon deshalb berechtigt gewesen, weil die zweitrevisionswerbende Partei eine Überprüfung und Kontrolle der E. im Tatzeitraum völlig unterlassen habe. Die von E. verwahrten Investmentfonds hätten aus OGAW und AIF, nämlich Spezialfonds und Anderen Sondervermögen bestanden, die den Paragraphen 163, ff und 166 f InvFG unterlägen. Diese Bestimmungen seien gemäß Paragraph 48, Absatz 3, AIFMG als „lex specialis“ anzusehen, sodass Paragraph 42 a, InvFG auch auf diese Art von Investmentfonds anwendbar sei.

9 Weiters enthält das angefochtene Erkenntnis Ausführungen zur subjektiven Tatseite, zur Zurechenbarkeit des Verhaltens der Vorstandsmitglieder zur juristischen Person und zur Strafbemessung. Ausgehend vom Vorliegen nur mehr eines Verstoßes sei der Erschwerungsgrund des § 22 Abs. 10 FMABG weggefallen und die Geldstrafe entsprechend herabzusetzen. Infolge dessen sei auch der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens herabzusetzen gewesen. Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht damit, dass der Wortlaut der angewendeten Gebots- und Strafnormen klar und eindeutig sei, nicht von vorhandener Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen worden sei und die Beweiswürdigung nur auf Schlüssigkeit überprüft werden könne und damit in der Regel nicht revisibel sei. Weiters enthält das angefochtene Erkenntnis Ausführungen zur subjektiven Tatseite, zur Zurechenbarkeit des Verhaltens der Vorstandsmitglieder zur juristischen Person und zur Strafbemessung. Ausgehend vom Vorliegen nur mehr eines Verstoßes sei der Erschwerungsgrund des Paragraph 22, Absatz 10, FMABG weggefallen und die Geldstrafe entsprechend herabzusetzen. Infolge dessen sei auch der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens herabzusetzen gewesen. Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht damit, dass der Wortlaut der angewendeten Gebots- und Strafnormen klar und eindeutig sei, nicht von vorhandener Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen worden sei und die Beweiswürdigung nur auf Schlüssigkeit überprüft werden könne und damit in der Regel nicht revisibel sei.

10

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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