

Entscheidende Behörde

UVS Wien

Entscheidungsdatum

09.10.2012

Geschäftszahl

06/FM/46/8515/2011

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch hat durch seine Mitglieder Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichtter und Dr. Wartecker als Beisitzer über die Berufung des Herrn Mag. Helmut S., vertreten durch Rechtsanwälte

GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 16.6.2011, Zl: FMA-WL00386.100/0002-LAW/2010, betreffend eine Übertretung des § 6 WAG 2007 iVm § 73 Abs. 1 Z 7 BWG, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung durch

Bescheidverkündung am 18.9.2012 entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt. Gemäß § 65 VStG wird dem Berufungswerber kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens auferlegt.

Text

Der Spruch des an den Berufungswerber, Herrn Mag. Helmut S., als Beschuldigten gerichteten Straferkenntnisses lautet:

„I. Sie sind seit 05.07.2001 Geschäftsführer der Su. Management GmbH (in der Folge: Su.), einer Wertpapierfirma mit Sitz in Wien, M.-Straße. Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. 52/1991, als zur Vertretung nach außen Berufener Folgendes zu verantworten:

Die Su. hat es nach dem im Zeitraum zwischen 16.03.2010 und spätestens 09.04.2010 erfolgtem Beschluss bis zumindest 20.09.2010 unterlassen, eine beschlossene Erweiterung des Geschäftsgegenstandes unverzüglich schriftlich der FMA anzuzeigen. Gemäß § 6 WAG 2007 iVm § 73 Abs. 1 BWG ist im Fall einer Beschlussfassung das Eintreten der Wirksamkeit des Beschlussgegenstandes nicht abzuwarten. Die beschlossene Erweiterung des Geschäftsgegenstandes war, dass Su. in der Rolle des Investment Managers das Management (die Vermögensverwaltung) in Bezug auf sämtliche Teilfonds der Su. SI. übernehmen soll. Am 20.09.2010 übermittelte Su. ein als Auslagerung des Fondsmanagements – Erneutes Anbringen bezeichnetes Fax, das gegebenenfalls als Meldung nach § 73 Abs. 1 Z 7 BWG iVm § 6 WAG 2007 aufgefasst werden möge.

II.

Die Su. Management GmbH haftet gem. § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Strafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 6 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF. BGBl. I Nr. 107/2007 iVm § 73 Abs. 1 Z 7 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 66/2009 iVm § 95 Abs. 8 Z 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF. BGBl. I Nr. 37/2010

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 4000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von Sechs Tage Freiheitsstrafe von --

Gemäß § 95 Abs. 8 Z 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF. BGBl. I Nr. 37/2010 Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

* 400 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); * 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für --.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 4400 Euro.“

Aufgrund der dagegen form- und fristgerecht erhobenen Berufung führte der Unabhängige Verwaltungssenat Wien am 13.6.2012 und am 18.9.2012 eine öffentliche, mündliche Verhandlung durch.

In der Verhandlung gab der Mitbeschuldigte Michael H. folgende Aussage zu Protokoll:

„Der mit Schriftsatz vom 31.5.2012 vorgelegte Vertrag zwischen der Su. und der SI. wurde im Jänner dieses Jahres von der Geschäftsführung der Su. zur Ausarbeitung in Auftrag gegeben, im April 2012 unterfertigt und ist mit 1. Juni 2012 wirksam geworden. Der gesellschaftsinterne Beschluss, dies zu machen, ist im Jänner 2012 in der Su. getroffen worden. Der Beschluss wurde von mir und meiner neuen Geschäftsführerkollegin, Frau Ursula K., gefasst. Es hat zwar schon seit dem Jahr 2008 Überlegungen in der Unternehmensgruppe gegeben, off shore Managements on shore zu holen, im März/April 2010 gab es aber noch keinen Beschluss in der Geschäftsführung gab, das Management des SI. Fonds zu übernehmen.“

Der Berufungswerber erstattete folgende Aussage:

„Ich bin mit Wirksamkeit vom 31.5.2011 aus der Geschäftsführung der Su. ausgeschieden. Ich bin auch generell aus der Su. ausgeschieden, bekleide dort keine Funktion mehr und habe auch keinen Konsultantenvertrag oder dergleichen. Zur Niederschrift vom 26.7.2010 bei der FMA kann ich sagen, dass ich die Niederschrift nach Ende der Einvernahme nicht zur Einsichtnahme vorgelegt bekommen habe, sondern dass mir gesagt wurde, ich solle mit meiner Unterschrift nur meine Anwesenheit dokumentieren. Mir wurde gesagt, die Niederschrift werde mir zugesendet werden. Über meine Anregung wurde in der Niederschrift bei der Rubrik „Die Niederschrift wurde zur Einsichtnahme vorgelegt“ das Wort „wurde“ durch das Wort „wird“ korrigiert, um klarzustellen, dass ich die Niederschrift nicht vor Ort gelesen habe und mir die Möglichkeit, Änderungen vorzunehmen erst für die Zukunft eingeräumt wurde.

Es gab schon länger Überlegungen, das Management des SI. Fonds zu übernehmen, aber auch im März und April 2010 war dies nur eine von mehreren möglichen Optionen. Es stand auch noch zur Debatte, eine eigene Firma zu gründen, die das Fondmanagement übernimmt, das Fondmanagement nach Italien oder Polen auszulagern oder in Österreich eine Bankkonzession zu beantragen. SI. hat dann als erstes einen Antrag bei der CSSF eingereicht, in dem die Option Management durch die Su. enthalten war. Zunächst sollte abgewartet werden, ob die CSSF dem überhaupt zustimmen kann. Erst danach sollten die Vertragsverhandlungen zwischen SI. und Su. aufgenommen werden.“

Zum Managementgespräch am 19.3.2010 führte der Berufungswerber aus:

„Die Initiative für dieses Gespräch ging von Su. aus. Wir wollten ein besseres, mehr kooperatives Verhältnis mit der FMA erreichen, weil wir uns „sehr stark“ beaufsichtigt gefühlt haben. Das Gespräch in der FMA, bei welchem beide Vorstände der FMA, ich selbst sowie drei weitere Mitarbeiter der Su. anwesend waren (mittlerweile werde ich von Kollegen H. aufmerksam gemacht, dass Herr F. und Mag. W. damals nicht in der Su. sondern in der Su. Consulting beschäftigt waren), ist sehr emotional verlaufen. Wir haben u.a. angekündigt, Fondmanagementtätigkeiten verstärkt on shore zu holen, es ist aber bei diesem Gespräch zu keiner wirklichen Annäherung zwischen Su. der FMA gekommen. Das Gespräch hat ca. eine halbe Stunde gedauert und es gab keine bestimmten Ansprechpartner für bestimmte Themen, sondern wurden alle Themen jeweils vom gesamten Stab beider Verhandlungsparteien erörtert.“

Der Vertreter der FMA gab zu Protokoll:

Bei dem im Schriftsatz vom 31.5.2012 angesprochenen Memo über das am 19.3.2010 in der FMA geführte Managementgespräch ist ein von Mag. R. angefertigtes Resümeeprotokoll. Es hat nicht den Charakter einer Niederschrift oder eines Aktenvermerks. Mag. R. ist derzeit bei der Finanzmarktaufsicht in Liechtenstein beschäftigt.

In der Folge beantragte die FMA die zeugenschaftliche Einvernahme von Mag. R., der sowohl beim Managementgespräch am 19.3.2010 als auch bei der Aufnahme der am 26.7.2010 erstellten Niederschrift mit Mag. S. zugegen war. Der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers beantragte seinerseits die zeugenschaftliche Befragung des an beiden Terminen anwesenden Mag. W.. Seitens des erkennenden Senats wurde diesen Anträgen entsprochen und wurden die Zeugen für den Verhandlungstermin 18.9.2012 geladen.

Mag. W. hat der an ihn gerichteten Ladung unentschuldigt keine Folge geleistet. Mag. Helmuth R. gab in der am 18.9.2012 fortgesetzten Verhandlung folgende Zeugenaussage zu Protokoll:

„Ich kann mich noch daran erinnern, dass am 19.03.2010 ein Managementgespräch zwischen der FMA und Su. stattgefunden hat. Das Ganze ist schon über 2 Jahre her und ich kann aus der Erinnerung heraus nicht mehr viel sagen. Ich glaube es ging um den Geschäftsplan. Ob es in diesem Gespräch auch darum ging, dass Verwaltungen von Fonds on shore geholt werden sollten, kann sei. Genaues kann ich dazu allerdings nicht mehr sagen. Wenn ich danach gefragt werde, kann ich mich wieder daran erinnern, dass in diesem Gespräch von Su. der Wunsch an die Aufsichtsbehörde herangetragen wurde, die Aufsichtspraxis doch etwas zu lockern, um nicht wöchentlich mit Schreiben der FMA konfrontiert zu sein. Das Gespräch ist dann ziemlich emotional geworden und hatte ich den Eindruck, dass dies dem Anliegen einer Verbesserung des Gesprächsklimas zwischen FMA und Su. nicht gerade dienlich war. Ich möchte noch betonen, dass Su. mit „Lockerung der Aufsichtspraxis“ nicht meinte, die FMA möge von der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben des Unternehmens Abstand nehmen, sondern ging es um

Fragen der Häufigkeit von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen. Mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit habe ich eine schriftliche Zusammenfassung des Gesprochenen erstellt. Ich war nämlich damals aufsichtsrechtlich für Su. zuständig. Nach Vorhalt der schriftlichen Zusammenfassung über das Gespräch vom 19.3.2010 bin ich mir jetzt sicher, dass ich dieses Protokoll erstellt habe. Aus der Erinnerung kann ich allerdings nicht mehr sagen, was damals im Detail besprochen wurde. Ich kann nur betonen, dass ich bei Erstellung solcher Schriftstücke gewissenhaft vorgegangen bin und das festgehalten habe, was besprochen wurde. Ich habe allerdings keine Wortprotokolle gemacht.

Betreffend die Niederschrift mit Mag. S. vom 26.7.2010, kann ich nicht mehr sagen, auf welche technische Art und Weise das Protokoll zu dieser Niederschrift erstellt wurde. Ich kann nur allgemein sagen, dass ich entweder die Antworten des Befragten auf ein Tonbandgerät diktiert habe oder handschriftlich mitgeschrieben habe oder auf dem Laptop mitgeschrieben habe. Ich kann mich nicht einmal erinnern, ob ich die Niederschrift erstellt habe. Die Unterschrift bei „Leiter der Amtshandlung“ direkt unter dieser Bezeichnung ist meine.

Über Vorhalt sowohl des ersten Absatzes zu Punkt 2 der Niederschrift vom 26.7.2010 mit Mag. S. sowie der von Mag. S. dazu erstellten Protokollrüge vom 6.8.2010 kann ich nur sagen, dass es im Zuge der Aufsichtstätigkeit immer wieder zu Widersprüchen mit den Verantwortlichen der Su. gekommen ist und die Aufsichtstätigkeiten anspruchsvoll waren. Aus heutiger Sicht kann ich mich nicht mehr an die damalige Amtshandlung erinnern, doch schließe ich aus dem Faktum, dass ich die Niederschrift unterfertigt habe, dass das, was in dieser Niederschrift festgehalten wurde, auch inhaltlich so gesagt wurde. Ein Wortprotokoll wurde mit Sicherheit nicht erstellt, es ist sicher auch kein Tonband die ganze Zeit mitgelaufen. Ich kann mich nicht mehr daran erinnern, ob es einen bestimmten Anlass gab, den nunmehr Beschuldigten Mag. S. zur Erstellung einer Niederschrift zu laden. Soweit ich weiß, handelte es sich um eine Einvernahme im Bereich des AVG und nicht um eine Beschuldigteinvernahme im VStG. Für letztere Einvernahmen, war ich gar nicht zuständig. Ich habe Mag. S. nicht ausdrücklich davon in Kenntnis gesetzt dass, das, was er sagt, in einem Verwaltungsstrafverfahren gegen ihn verwendet werden kann.

Über Vorhalt der Beilagen 1/2 und 2 sowie 10 des erstinstanzlichen Aktes gab der Zeuge an:

„Ich gehe davon aus, dass ich in der Niederschrift bei der angekreuzten Rubrik „die Niederschrift wurde zur Einsichtnahme vorgelegt“ bzw. „es wird die Möglichkeit eingeräumt Änderungen vorzunehmen“ jeweils das Wort wurde zur das Wort wird ersetzt habe, weil die Niederschrift noch nicht fertig erstellt war und sie erst am folgenden Tag an Su. zur Stellungnahme gesendet wurde.“

In seinen Schlüsselaussführungen beantragte der Vertreter der FMA die Abweisung der Berufung und verwies auf das bisherige Vorbringen der Behörde im Verfahren. Betont werde, dass der Prospektentwurf des in Rede stehenden Fonds die Fondsverwaltung durch Su. vorsehe und daraus schon ersichtlich sei, dass von Su. beschlossen worden sei, die Fondsverwaltung zu übernehmen und den Geschäftsgegenstand zu erweitern. Des Weiteren werde auf die diese Auffassung stützenden Schreiben der luxemburgischen Anwaltskanzlei hingewiesen sowie auf die Aussagen im Rahmen des Managementgesprächs vom 19.3.2010 und in der Niederschrift vom 26.7.2010. Der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers gab in seinen Schlüsselaussführungen an, das Beweisverfahren vor dem UVS habe gezeigt, dass die schriftliche Zusammenfassung des Managementgesprächs vom 19.3.2010 der Su. und den Beschuldigten überhaupt nicht vorgelegt worden sei und die Niederschrift vom 26.7.2010 dem Beschuldigten Mag. S. zwar am nächsten Tag vorgelegt, von diesem aber beansprucht worden sei. Sollte dennoch davon ausgegangen werden, dass im Zuge der Niederschrift die Äußerungen so getroffen wurden, wie protokolliert, werde betont, dass es sich bei Mag. W. und Mag. S. nicht um Juristen handle und daher ihrer Wortwahl keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden sollte. Beantragt werde daher die Verfahrenseinstellung.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 6 WAG 2007 finden die Bestimmungen des § 73 Abs. 1 Z 1 bis 8 und 11 BWG auch auf Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen Anwendung. Gemäß § 73 Abs. 1 Z 7 BWG haben die Kreditinstitute der FMA u.a. jede Erweiterung des Geschäftsgegenstandes unverzüglich schriftlich anzuzeigen, wobei im Fall einer Beschlussfassung das Eintreten der Wirksamkeit des Beschlussgegenstandes nicht abzuwarten ist.

Gemäß § 95 Abs. 8 Z 2 WAG 2007 begeht, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers gemäß § 91 Abs. 1 Z 1 und 2 die unverzügliche schriftliche Anzeige von in § 73 Abs. 1 Z 1 bis 8 und 11 BWG genannten Sachverhalten an die FMA unterlässt, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 20.000 Euro zu bestrafen.

Sachverhaltsfeststellungen:

Aufgrund der Aktenlage und der in der mündlichen Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise (Befragung der Beschuldigten und des Zeugen Mag. R.) wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Bei der Su. Management GmbH (Su.) handelt es sich um eine Wertpapierfirma mit Sitz in Wien. Der Berufungswerber war im fraglichen Zeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der Su. und als solcher zur Außenvertretung berufen. Am 19.03.2010 fand in den Räumlichkeiten der FMA ein von Su. initiiertes

Managementgespräch statt, an welchem u.a. der Vorstand der FMA und der Berufungswerber teilgenommen haben. Das Gespräch sollte dazu dienen, das Gesprächsklima zwischen der beaufsichtigten Su. und der FMA zu verbessern. In dem von Mag. R., einem damaligen Mitarbeiter der FMA, erstellten Protokoll über dieses Managementgespräch wird festgehalten, dass Su. nach einem Gespräch mit der CSSF (Luxemburgische Finanzmarktaufsichtsbehörde) am 16.3.2010 beschlossen habe, die

Verwaltung des SI. - es handelt sich dabei um den Quadriga Su. SI., einen in

Luxemburg etablierten Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit, dessen Verwaltung bislang von einer Off-Shore-Gesellschaft mit Sitz in Gr. besorgt wurde - nach Österreich zu verlegen (siehe Beilage 9 zum erstinstanzlichen Akt). Ein mit 9.4.2010 datierter Antrag auf Prospektänderung des Su. SI. macht deutlich, dass Su. in der Rolle des Investment Managers die Vermögensverwaltung des SI. übernehmen soll und dass die Su. dazu bestellt wurde. Wörtlich findet sich hier die Passage: „The Directors of the Company have appointed SU. Management GmbH as Investment Manager to manage in its discretion the assets of the Sub-Funds“ (siehe Beilage 5 zum erstinstanzlichen Akt).

Mit Schreiben vom 29.04.2010 gab die Su. gegenüber der FMA bekannt, dass eine Erweiterung des Geschäftsgegenstandes noch nicht stattgefunden habe, weshalb eine Meldung gemäß § 73 Abs. 1 Z 7 BWG iVm § 6 WAG 2007, welche unverzüglich nach erfolgter Erweiterung vorzunehmen sein werde, noch nicht habe erstattet werden können (Beilage 7 zum erstinstanzlichen Akt).

Mit Schreiben vom 09.06.2010 teilte die Su. gegenüber der FMA mit, dass der Geschäftsleitung die Anzeigepflicht schon zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bewusst sei, jedoch über die Funktion der Su. ab 01.07.2010 bisher noch keine endgültige Entscheidung getroffen worden sei (Beilage 11 zum erstinstanzlichen Akt). In einem Schreiben der luxemburgischen Rechtsanwaltskanzlei A. vom 29.06.2010 an die CSSF wird ausgeführt: „In advance to the formal notification, Su. Management GmbH has already informally notified the Finanzmarktaufsicht of its intention to act as Investment manager for the SI.. ...“

In einer Vernehmung in den Räumlichkeiten der FMA am 26.07.2010 wurde von Mag. Markus W., Geschäftsführer der Su. Consulting GmbH, aber auch bei der Su. angestellt, ausgesagt, dass beabsichtigt sei, in Hinkunft auch die tagtäglichen Handelsentscheidungen von der Su. treffen zu lassen. Das Rechtsverhältnis zwischen SI. und Su. sei bereits klar (Beilage 1 zum erstinstanzlichen Akt). Am 26.07.2010 kam es zur niederschriftlichen Einvernahme des Berufungswerbers in den Räumlichkeiten der FMA. Laut dem von Mag. R. über diese Niederschrift erstellten Protokoll sagte der Berufungswerber aus, dass der Su. SI. bei der CSSF einen Antrag gestellt habe, das Projekt des Su. SI. dahingehend zu ändern, dass die Su. in Hinkunft die Verwaltung dieses Fonds bzw. der Subfonds wahrnehmen solle. Die Su. plane, künftig in Wien das Management des Su. SI. zu übernehmen. Dies hätten der Berufungswerber und sein Partner in der Geschäftsführung, der Mitbeschuldigte Michael H., so beschlossen. Der Gedanke habe definitiv schon länger existiert, definitiv beschlossen hätten die beiden das mutmaßlich im März oder April 2010, genau könne er es nicht mehr sagen; es sei jedenfalls schon etliche Wochen her. Gewisse Unsicherheiten bestünden betreffend der Modalitäten der Verwaltungstätigkeiten (Beilage 2 zum erstinstanzlichen Akt). Diese Niederschrift wurde allerdings gegenüber dem Berufungswerber nicht verlesen, sondern ihm am folgenden Tag per E-Mail zugesendet.

Der Berufungswerber nahm dazu am 6.8.2010 Stellung, indem er ausführte, bei der in der Niederschrift angeführten Beschlussfassung habe es sich lediglich um eine Grundsatzentscheidung der Geschäftsleitung gehandelt, mit der lediglich SI. gestattet worden sei, in Absprache mit der Depotbank in Verhandlungen mit der CSSF betreffend eines Managerwechsels zu treten. Eine definitive Entscheidung, das Management nach Wien zu verlagern, habe zu diesem Zeitpunkt nicht bestanden und bestehe auch heute noch nicht. Richtig sei, dass der Gedanke einer möglichen Verlagerung des Managements schon seit längerer Zeit bestehe. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 03.09.2010, zugestellt am 06.09.2010, wurde gegen den Berufungswerber das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet. Am 20.09.2010 übermittelte Su. ein als „Auslagerung des Fondsmanagements – Erneutes Anbringen“ bezeichnetes Fax. Die Su. SI. plane demnach unverändert, die Su. mit dem Fonds-Management der einzelnen Teilfonds der Su. SI. zu beauftragen. Ein diesbezüglicher rechtsverbindlicher Auftrag in Form eines Management-Vertrages bzw. Auslagerungsvertrages existiere jedoch noch nicht (...). Die Su. habe ihre prinzipielle Zustimmung gegeben (...). Gegebenenfalls möge dieses Schreiben als Meldung nach § 73 Abs. 1 Z 7 BWG iVm § 6 WAG 2007 aufgefasst werden. Mit Schreiben vom 11.10.2010, bei der FMA eingelangt am 13.10.2010, übermittelte die Su. einen Beschluss der Geschäftsleitung vom 11.10.2010 (ggf. Meldung nach § 73 Abs. 1 Z 7 BWG iVm § 6 WAG 2007). Diesem Beschluss ist zu entnehmen, dass und auf welche Art und Weise Su. die Verwaltung in Bezug auf sämtliche Teile des Su. SI. übernehmen wird, sofern der von SICAF eingereichte Fondsprospekt von der CSSF bewilligt werden sollte. In diesem Beschluss der Geschäftsleitung sind auch bereits die näheren Modalitäten der geplanten Zusammenarbeit zwischen der Su. und der bisher die Fondsverwaltung ausübenden SFM, einer Gesellschaft mit Sitz auf Gr., skizziert. Im April 2012 kam es schließlich zum Vertragsabschluss zwischen dem Su. SI. und der Su.. In diesem Vertrag wird festgelegt, dass Su. mit Wirksamkeit 1.6.2012 die Verwaltung des Su. SI. übernimmt.

Rechtlich ist dieser Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Der im Tatzeitraum geltende § 73 Abs. 1 BWG ist als Reaktion des Gesetzgebers auf die restriktive Auslegung der Vorläuferbestimmung durch den VwGH mit Erkenntnis vom 27.5.2008, Zl. 2007/17/0111, zu verstehen. In diesem Erkenntnis sah das Höchstgericht eine Verletzung der in § 73 Abs. 1 BWG in der Fassung vor der

Novelle BGBl I Nr. 22/2009 normierten Meldepflichten erst dann als gegeben, wenn der zu meldende Umstand wirksam geworden war. Da auf dem Boden dieser Judikatur eine effiziente Bankenaufsicht nicht gewährleistet schien, sah sich der Gesetzgeber dazu veranlasst, klarzustellen, dass die Meldung etwa der Bestellung eines neuen Geschäftsführers oder eben – wie gegenständlich – der Erweiterung des Geschäftsgegenstandes nicht erst bei Wirksamwerden, sondern schon unmittelbar nach Beschlussfassung zu erstatten ist.

Den Gesetzesmaterialien (45 BlgNR XXIV. GP, S 10 der Erläuterungen) zur angesprochenen Novelle des BWG ist dazu zu entnehmen:

„Im Fall mancher Änderungen geht dieser Änderung ein Gesellschafterbeschluss voraus. Die Änderung selbst tritt mitunter erst einige Zeit nach Beschlussfassung ein. Im Sinne einer effizienten Aufsicht ist es wesentlich, dass die FMA möglichst frühzeitig von Änderungen erfährt, damit sie nach Möglichkeit noch vor Wirksamwerden beispielsweise einer Geschäftsführerbestellung bankenaufsichtsbehördliche Maßnahmen ergreifen kann.“

Gegenständlich stellt sich die Frage, ob ein Beschluss der Geschäftsführung über die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes der Su. in der Form, dass von der Su. die bislang von einer Off-Shore-Gesellschaft mit Sitz in Gr. ausgeübte Verwaltung des Su. SI. übernommen wird, bereits im April 2010 zustande gekommen ist (so die FMA) oder ob damals nur der Beschluss gefasst wurde, gegenüber Su. SI. und gegenüber der luxemburgischen Aufsichtsbehörde CSSF die Bereitschaft zu signalisieren, die Fondsverwaltung zu übernehmen, der Beschluss über die tatsächliche Übernahme der Verwaltung aber erst - nach Ausarbeitung entsprechender Vertragsentwürfe - zu einem späteren Zeitpunkt im Oktober 2010 gefasst wurde (so der Berufungswerber und sein mitbeschuldigter Partner in der Geschäftsführung Mag. S.). Für die Auffassung der FMA spricht in erster Linie die – allerdings vom Berufungswerber bereits zeitnahe relativierte - Aussage im Zuge seiner Einvernahme vom 26.7.2010, wonach er und der Mitbeschuldigte Michael H. schon im März/April 2010 „definitiv beschlossen“ hätten, das die Su. plane, künftig in Wien das Management des Su. SI. zu übernehmen. Da der Berufungswerber eine Niederschrift mit dieser Aussage allerdings nie unterfertigt und über erstmaligen Vorhalt der Niederschrift seine Aussage deutlich relativiert hat, kann nicht mit der für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass ein definitiver Beschluss hinsichtlich der Übernahme der Fondsverwaltung des Su. SI. bereits im März/April 2010 vorlag. Auch die Zeugenaussage des Organs der FMA, welches die Niederschrift damals aufgenommen hat, vermochte diesbezüglich keine Klarheit zu schaffen.

Dass schon im Rahmen des Managementgesprächs im März 2010 von einer Übernahme der Verwaltung des SI. durch die Su. die Rede war, bedeutet nicht, dass damals bereits ein definitiver Beschluss in der Geschäftsführung gefallen sein muss, sondern konnte es sich dabei ebenso gut um strategische Überlegungen und Absichten handeln, wie dies vom Berufungswerber behauptet wird. Auch der Umstand, dass Su. SI. und deren luxemburgische Anwälte von einer Übernahme der Fondsverwaltung durch die Su. ausgegangen sind und einen Prospektentwurf eingereicht haben, der Su. als Fondsverwalter vorsah, lässt nicht mit der erforderlichen Gewissheit auf einen bindenden, meldepflichtigen Beschluss im Sinne des § 73 Abs. 1 BWG schließen. Es hieße nämlich die Meldepflicht des § 73 Abs. 1 BWG zu überspannen, wollte man bereits für strategische Grundsatzentscheidungen im Unternehmen einen meldepflichtigen Tatbestand annehmen. Dies würde auch an dem in den zitierten Gesetzesmaterialien hervorgehobenen Zweck der Regelung, die FMA in die Lage zu versetzen, rechtzeitig aufsichtsbehördliche Maßnahme ergreifen zu können, vorbeigehen. Dazu müsste die FMA nämlich nicht nur über die grundsätzliche Bereitschaft oder ein grundsätzliches Interesse der Gesellschaft an der Erweiterung ihres Geschäftsgegenstandes informiert sein, sondern müsste auch bereits Kenntnis davon haben, wie, wann, in welchem Ausmaß bzw. unter welchen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Geschäftsgegenstand des beaufsichtigten Unternehmens ausgeweitet werden soll.

Für den Standpunkt des Berufungswerbers spricht vor diesem Hintergrund insbesondere der Umstand, dass im April 2010 sowie im gesamten folgenden Tatzeitraum noch nicht absehbar war, zu welchem Zeitpunkt die geplante Übernahme der Fondsverwaltung durch Su. erfolgen sollte und welche Rolle dabei der bisherige Fondsverwalter, die SFM mit Sitz auf Gr., spielen sollte. Letztgenannte Modalitäten wurden erstmals mit dem Beschluss der Geschäftsleitung vom 11.10.2010 deutlich. Dass die Übernahme der Fondsverwaltung und somit die Erweiterung des Geschäftsgegenstandes mit 1.6.2012 wirksam werden sollte, stand überhaupt erst mit Vertragsabschluss zwischen Su. und Su. SI. am 27.3.2012 fest.

Die gegenständlich erfolgte Bestrafung des Berufungswerbers wegen Unterlassens der Meldung über die bevorstehende Erweiterung des Geschäftsgegenstandes der Su. im Zeitraum 9.4.2010 bis 20.9.2010 ist daher in Ermangelung eines nachweislichen, hinreichend konkreten Beschlusses der Geschäftsführung der Su. im angelasteten Zeitraum nicht zurecht erfolgt.

Es war somit das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen.