



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Mag. Dr. Köller, die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober und den Hofrat Mag. Straßegger als Richter und Richterin, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Schörner, über die Revision der Finanzmarktaufsichtsbehörde gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Dezember 2021, W148 2243569-1/9E, betreffend eine Angelegenheit nach dem Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (mitbeteiligte Partei: N als Masseverwalter der F GmbH, vertreten durch die Weinrauch Rechtsanwälte GmbH in 8010 Graz, Pestalozzistraße 3), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die F GmbH ist seit 20. März 2018 als Alternativer Investmentfondsmanager (AIFM) gemäß § 1 Abs. 5 Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (AIFMG) bei der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) registriert und als solcher zur Verwaltung eines in Österreich ansässigen Alternativen Investmentfonds (AIF) berechtigt.
- 2 Mit Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 12. August 2019, 25 S 63/19 f, wurde über das Vermögen der F GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und der Mitbeteiligte zum Masseverwalter bestellt.
- 3 Mit Eingabe vom 30. November 2020 teilte der Mitbeteiligte als Masseverwalter der F GmbH unter Hinweis auf § 9 Abs. 1 Z 1 AIFMG mit, ausdrücklich auf die „Konzession der Schuldnerin“ zu verzichten. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2020 teilte die Finanzmarktaufsichtsbehörde daraufhin dem Masseverwalter mit, dass nach ihrer Ansicht die kollektive Portfolioverwaltung eines AIF nicht nur den laufenden Investitionsprozess, sondern auch die Phase des De-Investments und der Abwicklung des AIF bis zu dessen vollständiger Liquidierung umfasse. Durch seine gegenüber der



Finanzmarktaufsichtsbehörde und den Anteilhabern erklärte und von allen Seiten akzeptierte Übernahme der Liquidation des AIF habe er den Auftrag zur Vermögensverwaltung samt Vollmachtserteilung erneuert. Die FMA gehe daher davon aus, dass die F GmbH als AIFM tätig sei. Die Rücknahme bzw. freiwillige Zurücklegung der AIFM-Konzession nach § 9 Abs. 1

Z 1 AIFMG sei dann möglich, wenn tatsächlich keine Verwaltungstätigkeit ausgeübt werde. Diese Bestimmung sei sinngemäß auch auf registrierte AIFM anzuwenden. Eine Zurücklegung bzw. ein Verzicht auf die Befugnis, als AIFM im Rahmen der erteilten Registrierung AIF gemäß dem AIFMG zu verwalten, komme aufgrund der Tatsache, dass sich der AIF in Liquidation befinde, die F GmbH insoweit den AIF F Fund verwalte bzw. dessen Vermögen noch zur Verwahrung innehave, nicht in Betracht. Erst mit vollständiger Liquidierung des F Fund und keinerlei Ausübung einer Verwaltungstätigkeit nach dem AIFMG bzw. allfälliger Übertragung der Verwaltung des AIF auf einen anderen AIFM ist eine freiwillige Zurücklegung der AIFM-Befugnis möglich.

- 4 Der mitbeteiligte Masseverwalter beantragte daraufhin mit Schreiben vom 28. Dezember 2020 die bescheidmäßige Erledigung (Ausfertigung) dieser Mitteilung.
- 5 Mit Bescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 11. Februar 2021 wurde der Antrag des Mitbeteiligten auf Feststellung des Erlöschens der Befugnis zur Verwaltung von AIF als AIFM gemäß § 1 Abs. 5 AIFMG abgewiesen.
- 6 Mit dem angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts wurde der dagegen erhobenen Beschwerde des Mitbeteiligten stattgegeben und das Erlöschen der Registrierung der F GmbH als AIFM gemäß § 9 Abs. 2 AIFMG iVm § 7 Abs. 3 Bankwesengesetz (BWG) festgestellt. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte das Bundesverwaltungsgericht für nicht zulässig.
- 7 Begründend führte das Bundesverwaltungsgericht aus, Voraussetzung für die Zurücklegung der Registrierung gemäß § 1 Abs. 5 AIFMG sei gemäß § 9 Abs. 2 AIFMG iVm § 7 Abs. 3 BWG eine diesbezügliche schriftliche Erklärung sowie die vorherige Beendigung (Abwicklung) sämtlicher



Bankgeschäfte. In der Erklärung des Mitbeteiligten zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens, die Tätigkeit als AIFM bis zur Liquidation des AIF weiter vornehmen zu wollen, könne eine Fortsetzung der Verwaltertätigkeit im Sinn des AIFMG gesehen und damit vom Fortbestand der Registrierung als AIFM ausgegangen werden. Zum Zeitpunkt der Antragstellung seien die verwalteten Cryptoassets aber bereits in Fiatgeld getauscht und dieses auf ein Insolvenzanderkonto gebucht worden. Es habe daher keine Anlageverwaltungsfunktionen im Sinn des AIFMG durch den Mitbeteiligten mehr gegeben. Da die bloße insolvenzrechtliche Verteilung von Geld keine bankgeschäftliche Tätigkeit sei, seien die Voraussetzungen für die Zurücklegung der Registrierung als erfüllt anzusehen.

8 Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der Finanzmarktaufsichtsbehörde.

9 Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der er beantragte, der Verwaltungsgerichtshof möge die Revision als unzulässig zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

10 In der Zulässigkeitsbegründung wird im Wesentlichen vorgebracht, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Registrierung als AIFM, insbesondere im Hinblick auf die Frage, wann ein AIF als abgewickelt anzusehen sei.

11 Die Amtsrevision ist in Ansehung der von ihr formulierten Rechtsfragen zulässig und aus den folgenden - vorrangig wahrzunehmenden - Gründen auch berechtigt.

12 Hat die außerordentliche Revision - wie vorliegend - die Zulässigkeitsschwelle überschritten, weil eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt wird, kann der Verwaltungsgerichtshof auch eine andere als die in der Revision aufgezeigte Rechtswidrigkeit aufgreifen (vgl. etwa VwGH 21.10.2022, Ra 2022/09/0042, 0048 mwN).



- 13 Gemäß § 4 Abs. 1 AIFMG setzt die Verwaltung von AIF grundsätzlich die Konzession als AIFM durch die FMA voraus.
- 14 Für „kleine“ AIFM bestehen Erleichterungen im Zulassungsverfahren. Gemäß § 1 Abs. 5 Z 1 AIFMG besteht für AIFM statt einer Konzessionspflicht lediglich eine Pflicht zur Registrierung bei der FMA, wenn sie Portfolios von AIF verwalten und deren verwaltete Vermögenswerte - einschließlich der durch Einsatz einer Hebelfinanzierung erworbenen Vermögenswerte - insgesamt den Schwellenwert von € 100 Mio. nicht überschreiten oder deren verwaltete Vermögenswerte insgesamt nicht den Schwellenwert von € 500 Mio. überschreiten, wenn die Portfolios dieser AIF aus AIF bestehen, die keine Hebelfinanzierung verwenden und die für einen Zeitraum von fünf Jahren nach der Tätigung der ersten Anlage in jeden dieser AIF keine Rücknahmerechte ausüben dürfen (vgl. auch *Macher in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG*² vor § 1 InvFG, Rz 251).
- 15 Die Registrierung gemäß § 1 Abs. 5 Z 1 AIFMG stellt ihrer Rechtsnatur nach demnach ein subjektives-öffentliches Recht dar, das den registrierten AIFM erst berechtigt, die Verwaltung eines AIF ohne die sonst erforderliche Konzession auszuüben (vgl. in diesem Sinne auch VwGH 22.12.1978, 1521/87, zum Charakter der Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz 1939 als subjektiv-öffentliches Recht).
- 16 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der Masseverwalter zum Einschreiten für den Gemeinschuldner nur insoweit legitimiert, als es sich zumindest teilweise um Aktiv- oder Passivbestandteile der Konkursmasse handelt. Nicht der Masseverwalter, sondern ausschließlich der Gemeinschuldner selbst ist verfügungsbefugt und allein zum Einschreiten legitimiert in jenen Bereichen, die das zur Konkursmasse gehörende Vermögen überhaupt nicht betreffen (vgl. VwGH 22.3.2022, Ra 2020/16/0136, mwN).
- 17 Der Verwaltungsgerichtshof hat ebenfalls bereits wiederholt ausgesprochen, dass der Masseverwalter nicht berechtigt ist, die Gewerbeberechtigung des Gemeinschuldners zurückzulegen, und es ihm nicht zusteht, in die durch die Gewerbeberechtigung gegebene subjektiv-öffentliche Rechtsbeziehung des



Gewerbeinhabers zum Staat einzugreifen. Bei der Gewerbeberechtigung handelt es sich um ein persönliches Recht, das als nicht der Exekution unterworfenen Vermögen des Gemeinschuldners nicht zur Konkursmasse gehört, sodass sich die Befugnisse des Masseverwalters nicht auf dieses Recht beziehen. Dem Masseverwalter kommt somit eine Rechtsstellung als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners - bezogen auf dessen Gewerbeberechtigung - nicht zu. Dies erstreckt sich auch auf Verfahren betreffend die Löschung der Eintragung einer Gewerbeberechtigung (vgl. zum Ganzen VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0036, mwN).

18 Im Hinblick auf den Charakter der Registrierung nach dem AIFMG als subjektiv-öffentliches Recht zur Verwaltung eines AIF ist diese Rechtsprechung auch auf die Registrierung gemäß § 1 Abs. 5 AIFMG übertragbar (vgl. in diesem Sinn VwGH 22.3.2001, 97/03/0201).

19 Der hier mitbeteiligte Masseverwalter war demnach nicht legitimiert, auf die Registrierung der Gesamtschuldnerin als AIFM zu verzichten. Indem das Bundesverwaltungsgericht dem Antrag des Masseverwalters im Beschwerdeverfahren stattgegeben hat, hat es seine Entscheidung daher mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

20 Schon aus diesem Grund war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen prävalierender Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

W i e n , am 16. Jänner 2023

