BANKARCHIV

ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE BANK- UND BÖRSENWESEN

FEBRUAR 2013

61. Jahrgang

Sonderdruck

Konzessionspflichtiges Depotgeschäft ohne Grenzen?

Anmerkungen zu den VwGH-Erkenntnissen 2012/17/0135 bis 0138, zur Vollzugspraxis in Verwaltungsstrafverfahren und zu zukünftigem Reformbedarf

Peter Knobl

HERAUSGEGEBEN VON DER ÖSTERREICHISCHEN BANKWISSENSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFT

Linde

Bank Verlag

Konzessionspflichtiges Depotgeschäft ohne Grenzen?

Anmerkungen zu den VwGH-Erkenntnissen 2012/17/0135 bis 0138, zur Vollzugspraxis in Verwaltungsstrafverfahren und zu zukünftigem Reformbedarf

Peter Knobl *

Die folgenden Erläuterungen behandeln materiellrechtlich die durch den Grundsatz „nulla poena sine lege" (Art 7 MRK) aufgeworfene Frage, wo die Grenze zwischen dem Konzessionstatbestand des Depotgeschäfts (§ 1 Abs 1 Z 5 BWG) und jenem des Effektenhandelsgeschäfts (§ 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG) verläuft. Sie belegen, dass eine weite Auslegung des „Verwaltungs"-Begriffs in § 1 Abs 1 Z 5 BWG wie beim Einlagengeschäft (§ 1 Abs 1 Z 1 BWG) oder beim Portfolioverwaltungsgeschäft (§ 3 Abs 2 Z 2 WAG und § 1 Abs 3 BWG) aufgrund der vier im Titel zitierten Verwaltungsgerichtshofserkenntnisse (unten 2.) ausgeschlossen sein dürfte (unten 3. und 4.). Sie schildern aber formellrechtlich auch den Verfahrenssachverhalt und die Verfahrensführungen durch die erst- und zweitinstanzliche Behörde in den wegen behaupteten konzessionslosen Betreibens von Bankgeschäften geführten Verwaltungsstrafverfahren (unten 1.). Letzteres nicht deshalb, weil damit nochmals Stellung zum Sachverhalt bezogen werden soll, sondern weil es sich um signifikante Beispiele für Verfahrensführungen handelte, aus denen verallgemeinerbare Schlüsse für das Verwaltungsstrafverfahren in bestimmten Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten gezogen werden können. Diese formellrechtlichen Schlüsse werden in einem eigenen Abschnitt gezogen (unten 5.). Schließlich beschreiben die Ausführungen in einem letzten Teil, welche rechtspolitischen Herausforderungen für solche Verfahren die bevorstehenden Verschärfungen von Sanktionen durch die europarechtlichen Rahmenbedingungen implizieren (unten 6.).

Stichwörter: Konzessionspflichtige Bankgeschäfte; Depotgeschäft; Effektengeschäft (Wertpapierhandel); Einlagengeschäft; Finanztransfergeschäft; Verwahrung von Wertpäpieren, Verwaltung von Wertpapieren für andere; Gewerblichkeit von Bankgeschäften, Gefälligkeitsgeschäfte; Verwaltungsstrafverfahren; Gebot der unparteilichen Entscheidung; Unschuldsvermutung; Inquisitions- vs. Anklageprinzip; Sonderverfahrensrecht in Finanzmarktaufsichtssachen, Rechtsmittelausschluss außerhalb von Verwaltungsstrafverfahren; verfassungsrechtlicher Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit; Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz; § 1 Abs 1 Z 1, Z 5 und Z 7 BWG; § 5 Abs 1 Satz 2 VStG; § 9 Abs 1 VStG; § 25 Abs 2 VStG; § 22 Abs 2 FMABG; Art 6 Abs 2 MRK, Art 48 Abs 1 GRC.

JEL-Classification: G 24, G 28, K 22, K 23.

Photo: Nuno Oliveira_CHSH

Dr. *Peter Knobl* ist Rechtsanwalt und Partner bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien;
e-mail: peter.knobl@chsh.com

The Austrian Supreme Administrative Court has by the four present judgements reinforced the principle of accurate separation relating to the banking activities listed in Section 1 para 1 Austrian Banking Act and requiring a banking licence. The custodian banking business may be delimited from the banking business of trading in securities in line with the prevailing opinion that holding of securities by a commission agent may simply be traced as an ancillary duty of the agent being obliged to surrender the securities to its customer. The Supreme Administrative Court has rejected efforts to construe the notions of "administration of securities" and of "safekeeping with a third-party custodian" extensively to the effect that any assumption of a fiduciary agent's duties would result in a banking activity of safekeeping or administration of securities on behalf of others. Due to envisaged European minimum sanctions for administrative offences, the power of enforcement for specified offences could by way of a fundamental change be transferred to ordinary criminal courts. Outside the core competences of ordinary courts or if no such transfer will occur, there should be special administrative procedural provisions in place applying to financial market supervisory issues. Such provisions should reinforce the principle of an impartial decision (as separation of the institution responsible for the charge of an administrative offence and of the institution responsible for deciding on the administrative offence, for example by allocating the power to bringing a charge to FMA and by transferring the power to decide on administrative offences to the newly installed administrative courts of first instance) already in proceedings opened at authorities of first instance, further reinforce to apply Section 25 para 2 Austrian Administrative Penalty Act and repeal the exclusion of ordinary legal remedies in Section 22 para 2 Austrian Act on the Financial Market Authority.

*) Der Verfasser war als rechtsfreundlicher Vertreter am Verfahren beteiligt.

1. Erläuterndes zum Sachverhalt

Der zugrundeliegende Sachverhalt war ein einfacher. Ein Prokurist und Gesellschafter (T H) einer konzessionierten Wertpapierfirma (der F AG) beauftragte diese, für sich und seine Gattin 7.400 Stück Fondsanteile im Gegenwert von etwa EUR 700.000 anzuschaffen; allfällige verbleibende Restbeträge sollten rücküberwiesen werden. Die Wertpapierfirma kam dem Auftrag nach und kaufte die Fondsanteile im eigenen Namen an, ohne dafür (eigene) Spesen zu verrechnen. Die Fondsanteile wurden auf das der Wertpapierfirma gehörende Depot eingebucht und nach einigen Wochen auf die Depots und Konten des Auftraggebers (und seiner Ehefrau) weiterübertragen. Der Spitzen-Restbetrag wurde auf ein Gemeinschaftskonto der beiden Eheleute rücküberwiesen. Die FMA qualifizierte diesen Sachverhalt als unbefugtes Betreiben des Einlagengeschäfts, des Finanztransfergeschäfts und des Depotgeschäfts und verhängte am 21.12.2010, zugestellt am 23.12.2010, über jeden der beiden Geschäftsleiter der Wertpapierfirma eine Geldstrafe von EUR 15.000 (nämlich je EUR 5.000 pro behauptetem Bankgeschäft). Der UVS Wien hob die Straferkenntnisse der FMA zum Großteil auf (soweit sie sich nämlich auf das unbefugte Betreiben des Einlagengeschäfts und des Finanztransfergeschäfts bezogen), bestätigte sie jedoch im Hinblick auf das unbefugte Betreiben des Depotgeschäfts durch die Wertpapierfirma und verhängte eine Geldstrafe von je EUR 3.500 über die beiden Geschäftsleiter. Er bejahte trotz fehlender Feststellungen zum Vorliegen eines Verwahrungsvertrags das Vorliegen des unbefugten Betreibens des Depotgeschäfts in seinen kurz vor Ende der Berufungsverfahrensverjährungsfrist (§ 51 Abs 7 VStG) erlassenen schriftlichen Berufungsbescheiden. Gegen die Berufungsbescheide des UVS Wien vom 28.3.2012 richteten sich die den vorliegenden VwGH-Erkenntnissen [1] zugrundeliegenden Verwaltungsgerichtshofbeschwerden.

1.1. Die Straferkenntnisse der FMA

Die Straferkenntnisse der FMA vom 21.12.2010 wurden den beiden Beschuldigten am 23.12.2010 zugestellt und wichen in ihren Sprüchen nicht um einen Buchstaben von den Vorwürfen der verfahrenseinleitenden Aufforderungen zur Rechtfertigung vom 28.4.2010 ab. In den Stellungnahmen der beiden Beschuldigten vom 28.5.2010 waren jedoch bereits alle rechtlichen Argumente enthalten, die den UVS Wien und den VwGH zur ersatzlosen Aufhebung der Schuldsprüche wegen inhaltlicher Mängel bewogen.

Die FMA führte aus, dass im Halten der fremden Gelder durch die F AG im Zeitraum von 2.4.2009 bis 6.5.2009 ein konzessionsloses Betreiben des Einlagengeschäfts, im Halten der fremden Wertpapiere durch die F AG im selben Zeitraum ein konzessionsloses Betreiben des Depotgeschäfts und in der Entgegennahme von Geldern am 2.4.2009 und deren Weiterüberweisung am 6.4.2009 ein konzessionsloses Betreiben des Finanztransfergeschäfts zu erblicken wäre. Zur Nichtüberschreitung der Gewerblichkeitsschwelle infolge des Gefälligkeitscharakters der Transaktion meinte sie, eine Einnahmenerzielungsabsicht sei nicht Voraussetzung der Gewerblichkeit iSd § 1 Abs 1 BWG, solange bei einer einmaligen Tätigkeit eine bloße Wiederholungsabsicht bestehe; auf § 2 Abs 5 Z 2 UStG ging sie – trotz Vorbringens der Beschuldigten – nicht ein. Der hohe Wert der gehaltenen Wertpapiere (EUR 697.000) und die lange Haltedauer der Wertpapiere (21 Tage) spreche gegen eine fehlende Nachhaltigkeit der Tätigkeit. Bei juristischen Personen komme ein Erwerb für das Privatvermögen ganz generell nicht in Betracht. Zum Argument des fehlenden Verschuldens der Geschäftsleiter infolge der Einordnung der Transaktionen als Mitarbeiter- statt als Kundengeschäfte meinte sie, dass Geschäftsleitern die Kenntnis der einschlägigen Bestimmungen und ihre Anwendung auf konkrete Sachverhalte zumutbar sei. Möglicherweise vorbereitend im Hinblick auf die Einleitung eines behördlichen Abberufungsverfahrens mangels aufsichtsrechtlicher Zuverlässigkeit (§ 5 Abs 1 Z 7 BWG iVm § 3 Abs 5 Z 6 WAG und § 92 Abs 8 WAG) hielt sie fest, die Einhaltung der Konzessionsvorschriften für Wertpapierfirmen und Kreditinstitute stelle die grundlegendste Bedingung für das Funktionieren des Finanzmarktes dar.

Die FMA verhängte über jeden der beiden Beschuldigten wegen Verletzung des § 98 Abs 1 BWG iVm § 1 Abs 1 Z 1, Z 5 und Z 23 BWG eine Verwaltungsstrafe von EUR 15.000.

1.2. Das Berufungsvorbringen der Beschuldigten und Haftungsbeteiligten

Die beiden Beschuldigten und die haftungsbeteiligte F AG führten in ihren Berufungen an den UVS Wien im Wesentlichen gleichlautend wie in ihren Stellungnahmen vom 28.5.2010 aus, die belangte Behörde habe einen einheitlichen Sachverhalt, der aus einem gefälligkeitshalber und unentgeltlich ausgeführten Ankauf von Wertpapieren im eigenen Namen und auf Rechnung von Auftraggebern (Herrn und Frau H) sowie Übertragung der Wertpapiere und eines übrig bleibenden Spitzenausgleichbetrages auf die Konten und Depots von Herrn und Frau H bestand, künstlich und willkürlich in drei Bankgeschäfte zerlegt und als unbefugten Betrieb des Einlagen-, Depot- und Finanztransfergeschäfts verfolgt. Dabei habe sie übersehen, dass der einheitliche Sachverhalt, wenn überhaupt, richtigerweise unter § 1 Abs 1 Z 7 BWG (Handel auf fremde Rechnung mit Wertpapieren, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt) zu subsumieren gewesen wäre und letztgenannte Bestimmung die von der belangten Behörde angewandten Bestimmungen verdrängt. Dazu komme, dass die Verfolgungshandlungen der belangten Behörde sich nicht auf alle der Bestrafung zugrundeliegenden Sachverhaltselemente bezogen hatten.

Es sei daher in Bezug auf das unbefugte Betreiben eines Bankgeschäfts gemäß § 1 Abs 1 Z 7 BWG und (mangels Vorliegens von Verfolgungshandlungen in Bezug auf die Sachverhaltselemente sonstiger Bankgeschäfte) aller sonstigen Bankgeschäfte mit Ausnahme des Einlagen-, Depot- und des Finanztransfergeschäfts Verfolgungsverjährung eingetreten, während in Bezug auf die verfolgten Konzessionstatbestände bereits die objektiven Tatbestände nicht erfüllt waren.

In sämtlichen Transaktionen wäre mangels Nachhaltigkeit, Einnahmenerzielungsabsicht und Selbstständigkeit keine gewerbliche Tätigkeit vorgelegen. Sämtliche Geschäfte wären nicht der unternehmerischen Sphäre der F AG, sondern der nichtunternehmerischen Sphäre (dem causa societatis entstandenen Privatvermögen der Gesellschaft) der F AG zuzurechnen und daher nicht gewerblich gewesen.

1.3. Die Verfahren und die Berufungsentscheidungen des UVS Wien

In der mündlichen Verhandlung vom April 2011 vor dem UVS Wien sagte der Vertreter der erstinstanzlichen Behörde (FMA) wie folgt aus:

„Das Halten von Kundengeldern ist nach dem WAG Wertpapierdienstleistern ausdrücklich untersagt, es ist dies nach Ansicht der FMA nur aufgrund einer Konzession nach dem BWG zulässig. Im gegenständlichen Fall handelte es sich eindeutig um ein Kundengeschäft, da die Transaktion auf Rechnung der Kunden H und nicht der F AG erfolgte. Ob es sich dabei um relevante Personen im Sinne des

[1] VwGH 2012/17/0135, 2012/17/0136, 2012/17/0137, 2012/17/0138.

WAG handelt, ist nach Ansicht der FMA nicht maßgeblich." [2]

Bei einem Betrag in Höhe von EUR 700.000 könne auch keineswegs von einem unbedeutenden Betrag gesprochen werden [3].

Nach Ansicht der FMA wären im gegenständlichen Fall alle drei Tatbestände laut Straferkenntnis verwirklicht worden. Ein Finanztransfergeschäft liege insofern vor, als EUR 697.228 im Zuge des Ankaufes der Fondsanteile an die B Bank transferiert wurden.

Der Zeuge T H bestätigte, dass er im Jahre 2009 so wie auch jetzt noch Prokurist und Aktionär der F AG war und dass er Herrn S die Order gegeben habe, er möge für ihn und seine Frau R-Fondsanteile kaufen. Der Auftrag lautete, dass 7.400 Stück im Gegenwert von EUR 700.000 angeschafft werden sollten. Der Betrag von EUR 700.000 wäre das ungefähre Ergebnis der Multiplikation der 7.400 Stück und des damaligen Kurswerts gewesen. Die Aufteilung zwischen ihm und seiner Frau hatte er weiteren Anordnungen vorbehalten. Die Order hätte sich auf eine konkrete Stückzahl und den Gegenwert in Geld bezogen, eine Entscheidungsfreiheit der F AG wäre nicht gegeben gewesen. Es wäre ausgemacht gewesen, dass der verbliebene Restbetrag an T H rücküberwiesen wird und dass die Abwicklung Zug um Zug erfolgt.

Der UVS Wien hob mit seinen Entscheidungen vom 28.3.2012, UVS-06/FM/29/579/2011, UVS-06/FM/V/29/687/2011, UVS-06/FM/29/582/2011 und UVS-06/FM/V/29/688 die Straferkenntnisse der FMA in jenen Teilen auf, welche das unbefugte Betreiben des Einlagen- und des Finanztransfergeschäfts vorwarfen, bestätigte jedoch mittels seiner Berufungsbescheide den Verwaltungsstraftatbestand des unbefugten Betreibens des Depotgeschäfts durch die F AG. Die Strafhöhe wurde auf je EUR 3.500 herabgesetzt. Der Tatvorwurf wurde durch das Zitat eines anderen Datums korrigiert, ebenso die in den erstinstanzlichen Bescheiden zitierte Übertretungsnorm sowie die Strafsanktionsnorm.

Das *Nicht-Vorliegen eines Einlagengeschäfts* wurde zutreffend damit begründet, dass dem Geldempfänger jedweder Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Geldveranlagung fehlte.

Das Vorliegen des *Finanztransfergeschäfts* wurde deswegen verneint, weil im gegenständlichen Fall die F AG nicht die von Herrn H entgegengenommene Geldsumme bloß räumlich, in gleicher Höhe an eine andere Stelle zur Auszahlung transferiert habe, sondern das ihr überwiesene Geld in vorgegebener Art und Weise in Fondsanteile investiert habe, worin kein Transfervorgang iSd seinerzeitig in Geltung gestandenen § 1 Abs 1 Z 23 BWG liege.

Ergänzend bleibt dazu festzuhalten, dass die Auftraggeber des Anschaffungsgeschäfts hinsichtlich der Fondsanteile einen primären Rückzahlungsanspruch gegen die F AG hatten und bereits dieser Rückzahlungsanspruch des Auftraggebers gegenüber dem Finanztransferinstitut das Vorliegen eines Finanztransfergeschäfts ausschließt [4]. Darüber hinaus wäre wohl die Grenze zum Effektenhandelstatbestand gemäß § 1 Abs 1 Z 7 BWG überschritten gewesen, sofern die entsprechenden ergänzenden Sachverhaltselemente festgestellt hätten werden können.

Die teilweise Bestätigung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses hinsichtlich des unbefugten Betreibens des *Depotgeschäfts* wurde vom UVS Wien im Wesentlichen damit begründet, dass die F AG die in Rede stehenden Wertpapiere durch Einschaltung eines Drittverwahrers „verwahrt und auch verwaltet" habe, weil sie zwar nicht zu Umschichtungen und Wiederveranlagungen, sehr wohl aber zur „Geltendmachung der mit den verwahrten Wertpapieren verbundenen Rechte" berechtigt gewesen wäre. Die geschäftliche Tätigkeit der F AG wäre in ihrer Gesamtheit auf Einnahmenerzielung ausgerichtet und auch hinsichtlich der Kunden T H und seiner Ehegattin C H mittelbar gewerblich gewesen, weshalb Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 BWG betrieben worden wären.

2. Die Entscheidungen des VwGH

Der VwGH folgte den Ausführungen der Parteibeschwerde und der herrschenden Lehre, wonach bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BWG 1993 am 1.1.1994 die „Anschaffung von Wertpapieren für andere" als Tatbestand ausdrücklich aus § 1 Abs 2 Z 5 KWG 1979 herausgenommen und in einem eigenen Konzessionstatbestand, nämlich § 1 Abs 1 Z 7 BWG vertypt wurde [5]. In § 1 Abs 1 Z 7 BWG enthaltene Bankgeschäfte können daher nicht gleichzeitig von § 1 Abs 1 Z 5 BWG erfasst sein. Weiters hielt er fest, dass sich beim Depotgeschäft auf der Grundlage eines Depotvertrages Verwahrer und Hinterleger rechtsgeschäftlich gegenüberstünden. Aus dem Umstand, dass die F AG die Wertpapiere im eigenen Namen gekauft und letztere auf ein auf die F AG lautendes Depot bei einem Kreditinstitut gutgebucht wurden, könne nicht abgeleitet werden, dass ein Verwahrungsvertrag zwischen der F AG und den hinterlegenden Personen abgeschlossen worden sei. Vielmehr war die Verwahrung der Papiere bei der B Bank nicht Gegenstand einer vertraglichen Abrede zwischen den Hinterlegern und der F AG, sodass eine entsprechende vertragliche Vereinbarung, die auf die Verwahrung oder Verwaltung der Wertpapiere gerichtet war, nicht zustande kam. Vielmehr war die Rechtsbeziehung zwischen den Auftraggebern und der F AG bloß auf die Verschaffung des Eigentums an den Wertpapieren gegen Zahlung des Kaufpreises und der Spesen gerichtet. Auch für den Abschluss eines Drittverwahrungsvertrags lagen keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen vor. Ein etwaiger Eigentumserwerb der Auftraggeber vor dem Zeitpunkt der Übertragung der Wertpapiere auf ihre Depots war ebenfalls nicht festgestellt.

Bei diesem Ergebnis erübrigte es sich, auf die Frage der Gewerblichkeit der Tätigkeit der F AG bei der Abwicklung des Geschäfts einzugehen. Alle Berufungsbescheide des UVS Wien mit den darin enthaltenen Geldstrafen wurden ersatzlos wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhalts behoben.

3. Unmittelbar aus den VwGH-Entscheidungen ableitbare Schlussfolgerungen

3.1. Trennscharfe Abgrenzung des Konzessionstatbestands des Depotgeschäfts (§ 1 Abs 1 Z 5 BWG) vom Effektenhandel (§ 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG)

Der Verwaltungsgerichtshof schloss sich dem Standpunkt an, dass der Tatbestand des Depotgeschäfts des § 1 Abs 1 Z 5 BWG, der noch im KWG 1979 sowohl das Effektengeschäft als auch das Depotgeschäft umfasste, trennscharf vom Effektenhandelsgeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG abzugrenzen ist. Dies bedeutet zunächst:

Ein und dasselbe Sachverhaltselement kann nicht sowohl unter den Effektenhan-

[2] Nach dem zwischenzeitig veröffentlichten „Pflichtenheft für Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungsunternehmen" der *FMA* vom Februar 2012, S 26, hingegen ist diese Unterscheidung maßgebend.

[3] Nach Ansicht der *BaFin*, Schreiben vom 21.2.2003, Q 31-71.51-142/98, ist der Wert der gehaltenen Wertpapiere oder der entgegengenommenen Gelder irrelevant, sofern sich die Geschäfte auf wenige Kunden konzentrieren.

[4] *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG I § 1 Rz 207.

[5] *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 1 Rz 12.

delstatbestand als auch unter den Depotgeschäftstatbestand fallen [6]. *Lucan* [7] führt zwar denkbare Überschneidungen des Einlagengeschäfts mit dem Bauspargeschäft und dem Wertpapieremissionsgeschäft sowie Überschneidungen des Depotgeschäfts mit dem Effektenhandelsgeschäft und dem zweiten Tatbestand des Einlagengeschäfts (Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung) an. Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Genauigkeitsgebots für Straftatbestände (Artikel 7 MRK) sowie des daraus ableitbaren Analogieverbotes kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass die einzelnen Bankgeschäfte des Konzessionstatbestandkatalogs in § 1 Abs 1 BWG eindeutig voneinander abgrenzbar sein müssen und daher umfassendere Tatbestandsvertypungen allenfalls Auffangcharakter nach dem Subsidiaritätsprinzip haben können, jedoch im Anwendungsbereich der spezielleren Konzessionstatbestände (vgl § 1 Abs 1 Z 12 BWG zu § 1 Abs 1 Z 1 BWG; § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG zu § 1 Abs 1 Z 5 BWG, zu § 3 Abs 2 Z 2 WAG oder zu § 3 Abs 2 Z 3 WAG) von den spezielleren Normen verdrängt werden. Allerdings handelt es sich in vielen Fällen nicht um typische lex generalis – lex specialis – Konstellationen, sondern um Normen mit einander überschneidenden Teilanwendungsbereichen, bei denen jeweils durch Auslegung im Einzelfall der Vorrang der einen oder der anderen Norm zu ermitteln ist.

3.2. Beschränktheit des „Verwaltungs"-Begriffs in § 1 Abs 1 Z 5 BWG

Der in § 1 Abs 1 Z 5 BWG verwendete und nicht auf „fremdes Geld", sondern auf „Wertpapiere" bezogene „Verwaltungs"-Begriff wird, soweit absehbar, nach der vorliegenden Judikatur des VwGH keine ähnliche Karriere erfahren wie der „Verwaltungs"-Begriff nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG [8].

In der Entscheidung vom 22.02.2006, 2005/17/0195, hatte der VwGH zu einem von einem konzessionierten Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Treuhänder der Kunden abgewickelten Fondssparprogramm ausgesprochen, dass in der treuhändigen Hinterlegung für einen Kunden erworbener Wertpapiere, sofern diese auf eine Vereinbarung rückzuführen sei, eine – konzessionswidrige – vom Zwischenverwahrer beauftragte Drittverwahrung erblickt werden könne [9].

Diese Subsumption des VwGH wurde in der Literatur zu folgender Aussage generalisiert: „Die Treuhänderstellung bezüglich bei Drittverwahrern liegender Kundenwerte reicht für beide Beziehungen (gemeint: die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren) aus, um unter dieses Geschäft zu fallen, wenn der Treuhänder gegenüber dem Drittverwahrer Depotinhaber ist (VwGH 2005/17/0195 sowie ein weiteres, offensichtliches Fehlzitat einer VwGH- Entscheidung)" [10]. Eine solche Verallgemeinerung der Rechtsfolgen von Treuhändertätigkeiten entspricht jedoch weder dem Sinn der VwGH-Entscheidung noch trägt sie dem engen Begriff der „Verwaltung", der in § 1 Abs 1 Z 5 BWG verwendet wird, Rechnung.

Ähnlich wie beim zweiten Tatbestand des Einlagengeschäfts (Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung) versuchte die erstinstanzliche Behörde – insoweit gestützt durch die Berufungsbehörde –, den Begriff der „Verwaltung" von Wertpapieren in § 1 Abs 1 Z 5 BWG konturenlos in Richtung eines „Haltens im eigenen Namen, jedoch für andere" auszuweiten [11]. Die Berufungsbehörde wollte darüber hinaus die Begriffsausweitung auf die Vorjudikatur des VwGH stützen und zu einem wohl Artikel 7 MRK widersprechenden „Verwaltungs"-Verständnis in § 1 Abs 1 Z 5 BWG gelangen [12]. Dem trat der VwGH in seinen Entscheidungen 2012/17/0135-0138 zu Recht entgegen [13]. Die Treuhänderstellung in Bezug auf das Halten von Wertpapieren lasse, isoliert gesehen, keinerlei Rückschlüsse auf das Betreiben bestimmter Bankgeschäfte zu. Im vorliegenden Fall schon deswegen nicht, weil der treuhändig erfolgende An- und Verkauf von Wertpapieren, sofern sachverhaltsmäßig gedeckt, allenfalls unter § 1 Abs 1 Z 7 BWG hätte subsumiert werden können (dazu fehlten jedoch jedwede sachverhaltsmäßigen Feststellungen). Eine allfällige, im Zusammenhang damit stehende Verwahrung oder Verwaltung von Wertpapieren für andere ist als vertragliche Nebenpflicht unter § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG vertypt und nicht unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG [14]. Der „Verwaltungs"-Begriff in § 1 Abs 1 Z 5 BWG ist vielmehr nach einem engen, auf das einzelne (wenn auch in einem Depot verwahrte) Wertpapier bezogenen Verständnis auszulegen und zielt im Wesentlichen auf die Inkassotätigkeit, die Erfüllung von Benachrichtigungs- und Prüfungspflichten, gegebenenfalls die Ausübung von Stimmrechten, die Einlösung von Zins-, Gewinnanteils- und Ertragsscheinen, die Einlösung von rückzahlbaren Wertpapieren bei deren Fälligkeit, die Ausübung von Bezugsrechten oder Stimmrechten und die Überwachung von Verlosungen oder Kündigungen ab [15]. Damit erfasst die Verwaltungstätigkeit im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 BWG schwerpunktmäßig die in den Z 70 bis 72 ABB näher umschriebenen Verwaltungsakte. Solche Verwaltungsakte beinhalten jedoch in keinem Fall den An- oder Verkauf der verwahrten Wertpapiere. Der An- und Verkauf von verwahrten Wertpapieren ist vielmehr vom „Verwaltungs"-Begriff der Portfolioverwaltung im Sinne des § 3 Abs 2 Z 2 WAG (bzw § 1 Abs 3 BWG) sowie vom Effektenhandelstatbestand gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG umfasst (einerseits die auf fremden Namen und auf fremde Rechnung erfolgende, andererseits die im eigenen Namen auf fremde Rechnung erfolgende Vermögensverwaltung).

3.3. Abgrenzungsfragen beim „Halten von Wertpapieren im eigenen Namen, aber auf Rechnung eines Auftraggebers"

Die von der FMA und dem UVS Wien unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG subsumierte Tätigkeit des *„Haltens von Wertpapieren im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung"* kann vielmehr, falls sachverhaltsmäßig ausreichend abgedeckt, unter folgende Konzessionstatbestände fallen:

Variante 1: Der Auftraggeber erteilt dem Finanzkommissionär den Auftrag, Gelder entgegenzunehmen, um im eigenen Namen für seine Rechnung bestimmte Wertpapiere anzuschaffen: § 1 Abs 1 Z 7 BWG;

---

[6] Auch die behörden- und vollzugsfreundliche Abhandlung von *Tessar*, ÖZW 2005, 9 kommt nicht umhin zuzugeben, dass „jede als Bankgeschäft zu qualifizierende Tätigkeit eindeutig einem (und nicht mehreren) der im Bankgeschäftekatalog angeführten Bankgeschäfte zugeordnet werden können muss."

[7] ZFR 2006, 43.

[8] Zu letzterem statt aller VwGH 20.6.2012, 2008/17/0226; 28.2.2011, 2010/17/0202; 7.10.2010, 2006/17/0006; 4.9.2008, 2008/17/0034; 22.2.2006, 2005/17/0195; UVS Wien 28.1.2011, 06/FM/47/9138/2010 sowie kritisch *Granner*, ZFR 2011, 211 und *Oppitz*, ÖBA 2007, 797.

[9] VwGH, ZFR 2006, 42 = ÖBA 2007,833.

[10] *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 1 Rz 12.

[11] Vgl oben 1.1. und 1.3.

[12] UVS–06/FM/29/579/2011 vom 28.3.2012 mit Hinweis auf die Entscheidung des VwGH vom 22.2.2006, 2005/17/0195, ZFR 2006, 42 = ÖBA 2007, 833.

[13] Andernfalls wäre nämlich die Bezugnahme in Punkt V.1.2. der VwGH-Entscheidungen 2012/17/0135-0138 auf die Herausnahme des Effektenhandelsgeschäfts aus § 1 Abs 2 Z 5 KWG 1979 aus dem Konzessionstatbestand „Effekten- und Depotgeschäft" und dessen selbstständige Vertypung in § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG überflüssig gewesen und hätte auch den Entscheidungstenor nicht tragen können.

[14] *Laurer/Borns/Strobl/Schütz/Schütz*, BWG³ § 1 Rz 12.

[15] Vgl *BaFin*, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Depotgeschäfts (1/2009) 7 f.

Variante 1a: Die Eröffnung eines Vollrechtstreuhanddepots, die das Eigentum oder die sonstige Berechtigung an den verwahrten Wertpapieren auf den Treuhänder überträgt: § 1 Abs 1 Z 7 BWG.

Variante 1b: Das Eigentum oder die sonstige Berechtigung an verwahrten Wertpapieren soll beim Treugeber verbleiben, während die Treuhandstellung sich auf das Depot und den daraus folgenden schuldrechtlichen Ausfolgungsanspruch gegen den Verwahrer beschränkt: § 1 Abs 1 Z 7 BWG.

Variante 2: Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer den Auftrag, im eigenen Namen für Rechnung des Auftragnehmers Wertpapiere bei sich selbst oder bei Dritten zu verwahren: § 1 Abs 1 Z 5 BWG. Die mit der Verwahrung verbundene Verwaltung der einzelnen Wertpapiere ist idR mit dem Abschluss des Depotvertrages aufgrund der ABB verbunden (Zinsgutschriften, Dividendengutschriften, Einlösung von abgereiften Wertpapieren).

Der von der erst- und zweitinstanzlichen Behörde angenommene Fall der „Drittverwahrung" ist ein Unterfall dieser Variante und bezieht sich nur auf Sachverhalte, in denen bereits die zugrundeliegende Vereinbarung mit dem Auftraggeber die Verwahrkette bis zu einem Drittverwahrer umfasst. Solche Sachverhaltsfeststellungen fehlten im vorliegenden Fall. In derartigen Fällen darf der Erstverwahrer aufgrund seines Vertrags mit dem Hinterleger im eigenen Namen die ihm übertragenen Wertpapiere einem Drittverwahrer anvertrauen, der in keinem Rechtsverhältnis zum Hinterleger steht (Substitution): § 1 Abs 1 Z 5 BWG.

Variante 3: der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer den Auftrag, in Bezug auf eines oder mehrere oder alle auf seinem Depot erliegenden Wertpapiere eine inkasso-, dividendenreklamations- oder zinsgutschriftsbezogene oder eine ähnliche, in den Z 70–72 ABB umschriebene Tätigkeit vorzunehmen: § 1 Abs 1 Z 5 BWG.

Variante 4: der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer den Auftrag, nach Ermessen des Auftragnehmers aus einem gutgebuchten Geldbetrag Wertpapiere im eigenen Namen und auf fremde Rechnung nach Art einer standardisierten Vermögensverwaltung anzuschaffen: § 1 Abs 1 Z 1 BWG.

Variante 5: der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer den Auftrag, nach Ermessen des Auftragnehmers aus einem gutgebuchten Geldbetrag im fremden Namen und auf fremde Rechnung Wertpapiere anzuschaffen: § 3 Abs 2 Z 2 WAG; § 1 Abs 3 BWG.

Variante 6: der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer den Auftrag, ein bereits bestehendes Depot in seinem Namen und auf seine Rechnung nach Ermessen des Auftragnehmers zu verwalten (dh An- und Verkäufe von Wertpapieren sowie Umschichtungen vorzunehmen): § 3 Abs 2 Z 2 WAG; § 1 Abs 3 BWG.

Festzuhalten bleibt ergänzend, dass nach der vorliegenden, zweckmäßigen Abgrenzung des Effektenhandelsgeschäfts vom Depotgeschäft durch den VwGH [16] in aller Regel mit dem Entfall der Verwirklichung des Konzessionstatbestandes der „Verwahrung von Wertpapieren für andere" auch die „Verwaltung von Wertpapieren für andere" entfallen wird.

4. Sonstige Anmerkungen und kritische Würdigung der VwGH-Entscheidungen

In den vier vorliegenden Erkenntnissen sprach der VwGH aus, eine Voraussetzung für die Erfüllung des Konzessionstatbestands des Depotgeschäftes sei, dass die zu verwahrende Sache eine für den Verwahrer „fremde" Sache ist [17]. Dies wird man ähnlich wie beim Einlagengeschäft dahingehend auslegen können, dass „fremde" Wertpapiere beim verwahrenden oder verwaltenden Rechtsträger „einlangen" müssen [18]. Damit sind auch Sachverhalte, in denen einem Treuhänder die Befugnis zur Eröffnung eines Vollrechtstreuhanddepots eingeräumt wird, sowie die Fälle der unregelmäßigen Verwahrung abgedeckt. Letztlich entscheidend ist, dass der beauftragte Rechtsträger eine der beiden Tätigkeiten (Verwahrung oder Verwaltung) „für andere" vornimmt [19]. Da die Verwahrung und/oder Verwaltung „für andere" zu erfolgen hat, fällt beispielsweise die Verwaltung von Wertpapieren, die im Rahmen von Wertpapierpensionsgeschäften oder Wertpapierleihgeschäften erlangt werden, nicht unter den Tatbestand [20].

Nach herrschender Meinung [21] fallen unter den Begriff der „Verwahrung von Wertpapieren für andere" nicht bloß die klassische Sonderverwahrung und die Sammelverwahrung, bei denen die hinterlegten Wertpapiere im Eigentum des Hinterlegers bleiben, sondern auch die Summenverwahrung und die unregelmäßige Verwahrung. Bei der letzten depotrechtlichen Sonderform der Verwahrung kommt es zum Eigentumsübergang auf den Verwahrer, wobei die zugrundeliegende zivilrechtliche Rechtsbeziehung als Sachdarlehen zu beurteilen ist. Kennzeichen all dieser Verwahrungsformen ist es jedoch, dass die Verwahrung „für andere" (für fremde Rechnung) vorgenommen wird, wenn auch teilweise sachenrechtliche Herausgabeansprüche durch schuldrechtliche Herausgabeansprüche ersetzt werden. Auch bei der unregelmäßigen Verwahrung handelt es sich vor der Übertragung der Wertpapiere und Beginn des Verwahrungsvertrags um Verwahrungsgegenstände, die nicht im Eigentum des Verwahrers stehen.

Die im Erkenntnis des VwGH vom 22.2.2006, 2005/17/0195, anklingende Deutung des „Verwaltungs"-Begriffs in § 1 Abs 1 Z 5 BWG in Richtung einer Ermächtigung zu „Umschichtungen und entsprechenden Wiederveranlagungen im Wertpapierportfolio" ist, ebenso wie die dort angedeutete Subsumtion der „Betreuung eines Wertpapierdepots" unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG, eine Fehlinterpretation dieses Konzessionstatbestands, wie bereits *Lucan* [22] angemerkt hat. Der dort vermeintlich als konzessionsfrei behandelte Sachverhalt wäre problemlos unter § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG zu subsumieren gewesen. Mit dem vorliegenden Erkenntnis, welches eine exakte Abgrenzung zwischen § 1 Abs 1 Z 5 BWG und § 1 Abs 1 Z 7 BWG voraussetzt, ist der VwGH aber ohnehin von diesem Diktum abgegangen. Von der „Verwaltung von Wertpapieren für andere" gemäß § 1 Abs 1 Z 5 BWG sind weder die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen noch die Gestionierung von Kundenportfolios erfasst [23], und schon gar nicht Akte der Vermögensverwaltung. Vielmehr geht es um Verwaltungsmaßnahmen wie die Abtrennung fälliger Zins-, Gewinnanteils- und Ertragsscheine und den Einzug von deren Gegenwert, um die Bogenerneuerung und die Überwachung von Verlosungen, Kündigungen und ähnlichen Maßnahmen hinsichtlich der verwahrten Wertpapiere, Bekanntmachungen der Emissionsstellen, die Einlösung verloster oder gekündigter Wertpapiere, Verständigungs- und Informationspflichten und sonstige Interessewahrungspflichten im Hinblick auf im Ausland verwahrte Wertpapiere, weiters Prüfpflichten bei

[16] VwGH 25.9.2012, 2012/17/0135, in diesem Heft, Seite 147.

[17] Punkt V.1.2 der Erkenntnisse 2012/17/0135-0138, in diesem Heft Punkt 1.2. Seite 147.

[18] Vgl VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195 unter Hinweis auf *Tessar*, ÖZW 2004, 118.

[19] In diesem Sinn *Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG⁴ § 1 Rz 62.

[20] *Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG⁴ § 1 Rz 68.

[21] Statt aller *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG I § 1 Rz 51 und *Diwok* in Diwok/Göth, Bankwesengesetz I § 1 Rz 46 und 47.

[22] *Lucan*, ZFR 2006, 42.

[23] Zutreffend *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II² Rz 4/98.

der Einlieferung von Wertpapieren betreffend Aufgebote, Zahlungssperren und ähnliches, Benachrichtigungspflichten bei Konvertierungen, Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen oder sonstigen Kapitalmaßnahmen sowie sonstigen wichtigen, die Wertpapiere betreffenden Maßnahmen. Sofern der Verwahrer und Verwalter nach AktG (§ 10a, § 114 Abs 1) zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt wurde (was die Übermittlung der Depotbestätigung und der Erklärung über die erteilte Vollmacht durch die als „last intermediary" fungierende depotführende Bank voraussetzt), darf er die zur Wahrnehmung des Stimmrechts erforderlichen oder damit zusammenhängenden Aktionärsrechte wahrnehmen. Schließlich erstellt der Verwahrer und Verwalter einmal jährlich Depotaufstellungen. Natürlich hat die die Wertpapiere verwaltende Stelle auch im Rahmen der genannten Verwaltungsmaßnahmen ein „begrenztes" Ermessen; dieses ist jedoch mit den bei Einräumung einer Vermögensverwaltungsbefugnis oder Portfolioumschichtungsbefugnis eingeräumten Rechten in keiner Weise vergleichbar.

Wie bereits oben zu 3.2. dargestellt, ergeben sich aus der fehlenden Subsumierbarkeit von An- und Verkaufs- oder sonstigen Portfolioverwaltungsmaßnahmen unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG keine aufsichtsrechtlichen Schutzlücken, da die Konzessionstatbestände des § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG, § 3 Abs 2 Z 2 WAG, § 1 Abs 3 BWG sowie § 1 Abs 1 Z 1 Fall 2 BWG ausreichende Auffangtatbestände enthalten.

Der VwGH verzichtete leider darauf, auf die Frage der *Gewerblichkeit* der Tätigkeit der F AG bei der Abwicklung des Geschäfts einzugehen. Die Frage der Höhe der Gewerblichkeitsschwelle in § 1 BWG spielt in der Literatur [24] und Judikatur [25] bis heute eine bedeutende Rolle. Geht man mit dem VwGH [26] von der Maßgeblichkeit des Gewerblichkeitsbegriffs des Umsatzsteuerrechts aus, so lag im Anlassfall jedenfalls keine Tätigkeit mit Einnahmenerzielungsabsicht vor. Gemäß § 2 Abs 5 Z 2 UStG und den UStR 2000 besteht nämlich keine (auch keine mittelbare) Einnahmenerzielungsabsicht, wenn eine Tätigkeit auf Dauer gesehen Gewinn- oder Einnahmenüberschüsse nicht erwarten lässt, wie etwa eine Gefälligkeit [27]. Des Weiteren war die Tätigkeit – typologisch im Sinne einer Gesamtabwägung der Umstände betrachtet – nicht nachhaltig, und auch nicht selbstständig im umsatzsteuerrechtlichen Sinn. Fraglich war weiters, ob die F AG Bankgeschäfte „betrieb", weil die einmalige Ausführung eines Wertpapiergeschäfts, die im eigenen Namen erfolgt und eine Wiederholungsabsicht nicht erkennen lässt, jedenfalls nach vergleichbarer deutscher Rechtslage nicht als „Betreiben" eines Bankgeschäfts qualifiziert werden kann [28]. Zweifelhaft war auch, ob die Zuwendung der spesenbegünstigt erworbenen Fondsanteile ihre Wurzel in der Gesellschafterstellung zumindest eines der beiden Zuwendungsempfänger hatte, weshalb die angeschafften Wertpapiere und die entgegengenommenen Gelder zu keinem Zeitpunkt der unternehmerischen Sphäre der F AG zugehörten [29].

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob es aus dem Blickwinkel des Artikel 7 Abs 1 MRK nicht angebracht wäre, nach dem Vorbild der BaFin auch für die Anwendung des § 1 Abs 1 BWG gewisse Bagatellgrenzen für nicht gewerbsmäßig betriebene Bankgeschäfte (durch Gesetzgebung oder Judikatur) festzulegen [30].

5. Anmerkungen zur Verfahrensführung durch die erst- und zweitinstanzliche Behörde und zu möglichen Wirkungen des Einziehens zusätzlicher checks and balances in einschlägigen Verwaltungsstrafverfahren

Betrachtet man den konkreten Verfahrensablauf in den Instanzen, so fällt auf, dass bereits in den ersten Stellungnahmen der beiden Beschuldigten vom 28.5.2010 gegenüber der erstinstanzlichen Behörde ausnahmslos all jene rechtlichen Argumente vorgebracht waren, die zur ersatzlosen Behebung des Straferkenntnisses in zweiter Instanz und durch das Höchstgericht führten. Die erstinstanzliche Behörde ließ das Tatsachenvorbringen und jegliche rechtlichen Argumente der Beschuldigten unberücksichtigt und erließ das Straferkenntnis wortwörtlich so, wie der Vorwurf bereits in der Aufforderung an die Beschuldigten, sich zu rechtfertigen, umschrieben war. Erstinstanzliche Behörden sind aber auch in Verwaltungsstrafverfahren, in denen es zur vollen Kognition über „strafrechtliche Anklagen" im menschenrechtlichen Sinn durch ein zweitinstanzliches „Tribunal" kommt, selbst zur Beachtung des Art 6 Abs 2 MRK und des Art 48 Abs 1 GRC verpflichtet [31]. Sie müssen nämlich gem § 25 Abs 2 VStG mögliche Entlastungszeugen gleichermaßen vernehmen und alle entlastenden Beweismittel erheben; sie sind verpflichtet, die der Entlastung der Beschuldigten dienlichen Umstände genauso zu berücksichtigen wie die belastenden [32]. Das zweitinstanzliche Tribunal wiederum verweigerte die Anerkennung der fehlenden Tatsachenfeststellungen zum Tatbild des vorgeworfenen Straftatbestands des unbefugten Betreibens des Depotgeschäfts und verhängte die Geldstrafe feststellungswidrig; erst das Höchstgericht stellte nach Erhebung eines außerordentlichen Rechtsmittels den rechtmäßigen Zustand her. Anlässlich solcher Verfahren wie dem vorliegenden stellt sich die in die Zukunft weisende Frage, ob die Vorschriften des VStG und ihre fallweise praktische Handhabung durch die Behörden im Bereich der verwaltungsstrafrechtlichen Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten den grundrechtlichen Verfahrensgarantien der MRK und der GRC entsprechende Ergebnisse mit ausreichender Effektivität und Systemsicherheit wahren können und ob das derzeitige Verfahrenssystem genügend effizient ist.

Art 6 Abs 2 MRK und Art 48 Abs 1 GRC liegt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes zugrunde und diese Bestimmungen bilden in ihrem Anwendungsbereich einen Bestandteil des rechtsstaatlichen Prinzips [33]. Letztlich ist es auch eine Frage der Effektivität

[24] *Brandl/Klausberger*, ZFR 2011, 206; *Granner*, ZFR 2011, 2, 60; *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 6 bis 16.

[25] VwGH, 15.4.2010, 2007/17/0208, ÖBA 2010, 544 (*Kerschbaum/Janovsky*).

[26] 15.4.2010, 2007/17/0208; 21.5.2001, 2000/17/0134.

[27] Vgl explizit in diesem Sinne Rz 191 der UStR 2000.

[28] *Schäfer* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG[4] § 1 Rz 24.

[29] Unzutreffend ist die in Kapitel 1.1. wiedergegebene Aussage der erstinstanzlichen Behörde, wonach der VwGH die Möglichkeit des Privatvermögens bei juristischen Personen generell ausgeschlossen habe; im Erkenntnis 2007/17/0208 führte er vielmehr aus, dass auch bei juristischen Personen im Einkommensteuerrecht eine Zuordnung zum Privatvermögen beispielsweise bei der Liebhaberei oder bei der verdeckten Gewinnausschüttung an der Wurzel in Betracht komme.

[30] Vgl das *BaFin*-Schreiben vom 21.2.2003, Q31-71.51-142/98, bestätigt durch das Merkblatt vom 14.5.2005 zur Erlaubnispflicht internetbasierter Kreditvermittlungsplattformen.

[31] *N. Raschauer/Wessely*, VStG Vor § 1 Rz 143; ebenso *Berka*, Verfassungsrecht[4] Rz 1609 unter Bezugnahme auf entscheidende „Verwaltungsbeamte"; *Marx* in Heissl, Handbuch Menschenrechte Rz 26/43; VfGH in VfSlg 11062/1986: „die gesamte österreichische Rechtsordnung beherrschender Grundsatz".

[32] Vgl auch VwGH 10.9.1968, 572/68; 15.2.1979, 2721/77; 5.9.2008, 2007/02/0314.

[33] VfSlg 10291/1984; VfGH 1.7.2011, B 1060/10; vgl auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention[4] § 24 Rz 2: „wesentliche Ausprägung des in der Konvention zum Ausdruck kommenden rechtsstaatlichen Prinzips".

des MRK- und GRC-konformen Rechtsschutzes in einem rechtsstaatlichen Verfahren, bereits in erster Instanz für eine hinreichend unparteiliche Verwaltungsstrafentscheidung zu sorgen. Nach dem bekannten Phänomen der „confirmation bias" besteht bei erstinstanzlichen Behörden, denen gleichzeitig Anklage- und Entscheidungsgewalt zukommt, die Tendenz, bei der Aufarbeitung und Beurteilung von Sachverhalten solche Informationen zu suchen, zu registrieren, abzuspeichern und für eine Entscheidung abzurufen, die den eigenen bereits bestehenden Erklärungshypothesen als Anklagebehörde entsprechen [34]. Das wiederum fördert die Bereitschaft, einzelne Straftatbestände bis zur Grenze des Art 7 MRK extensiv auszulegen oder derartige Auslegungen im Instanzenweg austesten zu lassen und lange Verfahrensdauern zulasten der Beschuldigten in Kauf zu nehmen. Solches kann in Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Effizienzgebot für das Handeln von Verwaltungsbehörden (Art 126b Abs 5 B-VG) geraten. Ein Einziehen zusätzlicher „checks and balances" (dazu unten 6.) im Verwaltungsstrafverfahren in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten trägt daher zu grundrechtlich effektiveren Entscheidungen, zu kürzeren Verfahrensdauern und zur Vermeidung der Fehlallokation von Ressourcen im Verfahren bei.

6. Anmerkungen zum europa- und verfassungsrechtlich ausgelösten Reformbedarf insbesondere in Verwaltungsstrafverfahren im Finanzmarktaufsichtsrecht

Nach dem System des VStG, das für Zwecke von in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten geführten Verwaltungsstrafverfahren – in denen es teilweise um mit hohen Verwaltungsstrafen bedrohte Tatbestände [35] und um an verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen anknüpfende existenzbedrohende Berufsverbote [36] für Geschäftsleitungsmitglieder geht – in diesem Belang bis dato nicht abgeändert wurde, ist erstens die strafverfolgende Behörde ident mit der entscheidenden erstinstanzlichen Behörde (Inquisitionsprinzip). Darüber hinaus kumulieren die österreichischen Verwaltungsstrafvorschriften auch im Finanzmarktaufsichtsrecht die Verschuldensvermutung bei Ungehorsamsdelikten (§ 5 Abs 1 Satz 2 VStG) mit der Verantwortlichkeit natürlicher Personen für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen (§ 9 Abs 1 VStG) bis zu den Grenzen des Rechtsstaates in der arbeitsteiligen Gesellschaft (vgl Art 6 Abs 2 MRK sowie die Verfahrensgarantien der MRK in Art 6, 7 und 13 MRK sowie im 7. ZPMRK).

Wenn die Verschuldensvermutung des § 5 Abs 1 Satz 2 VStG unter Art 6 Abs 2 MRK nur zulässig ist, sofern und soweit dem Beschuldigten ausreichend geeignete Mittel und Verfahren zur Verfügung stehen, sein mangelndes Verschulden gegenüber einem „Gericht" glaubhaft zu machen und das Gewicht der drohenden Strafsanktionen sowie das Ausmaß der Wahrung von Verteidigungsrechten nicht dagegen sprechen [37], dann könnten die in den Vorschlägen der Europäischen Kommission für eine Marktmissbrauchsverordnung [38] sowie für eine Richtlinie CRD IV [39] enthaltenen Mindestverwaltungsstrafsanktionen (auch) für Ungehorsamsdelikte einen Paradigmenwechsel bewirken. Es könnte nämlich mit der *Salabiaku*-Rechtsprechung des EGMR und den Anforderungen des Artikel 6 Abs 2 MRK unvereinbar werden, dass durch eine gesetzliche Beweisregel das Ausmaß der Verteidigungsrechte bei mit schweren Sanktionen bedrohten Ungehorsamsdelikten beschränkt und die Beweislast zwischen Beschuldigtem und verfolgender Behörde in einschlägigen Verwaltungsstrafverfahren ungleich verteilt wird. Allerdings ist dieser Schluss nicht gänzlich zwingend, wenn man mit dem VfGH und dem EGMR die Bedeutung des § 5 Abs 1 S 2 VStG in verfassungskonformer Auslegung auf eine Befreiung von der amtswegigen behördlichen Nachforschungspflicht hinsichtlich der subjektiven Tatseite in Fällen reduziert, in denen keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, die am Verschulden des Beschuldigten zweifeln lassen [40].

Darüber hinaus existiert eine verfassungsgerichtliche Rechtsprechungslinie, wonach aus Art 91 Abs 2 und 3 B-VG im Zusammenhalt mit Art 92 Abs 1, Art 140 Abs 1 B-VG und § 8 Abs 5 lit d des Übergangsgesetzes 1920 abgeleitet werden könne, dass der unterhalb der Geschworenen- und Schöffengerichtsbarkeit liegende Teil der Strafgerichtsbarkeit einen für letzteren typischen Kernbereich strafbarer Handlungen enthalte [41]. In diesem Bereich, der wegen der vom einfachen Gesetzgeber bewerteten hohen Sozialschädlichkeit mit schwerwiegenden Strafen bedroht ist, müsse der einfache Gesetzgeber die Zuständigkeit von Strafgerichten vorsehen. Zu den solcherart den besonders qualifizierten Organen der Strafgerichtsbarkeit vorbehaltenen schwerwiegenden Strafen zählt der VfGH jedoch nicht nur primäre Freiheitsstrafen, sondern ausdrücklich auch hohe Geldstrafen im Verwaltungsstrafverfahren. Die genaue Grenze zwischen Strafgerichtsbarkeit und Verwaltung liegt aber im Dunklen [42]. Hervorzuheben ist jedoch, dass Art 92 Abs 1 B-VG in Verfahren wegen derartiger Delikte die Nichtausschaltung der Leitfunktion des OGH fordert [43]. Der VfGH hat diese Rechtsprechungslinie auch nach Einführung der UVS aufrechterhalten [44]

[34] *Lewisch*, Abschaffung der Geschworenengerichte 60 ff.

[35] Vgl §§ 98 f BWG, §§ 94 f WAG uam.

[36] Vgl ganz generell die Konzessionsvoraussetzungen der ausreichenden Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter gem § 5 Abs 1 Z 7 BWG, § 3 Abs 5 Z 6 WAG bzw die sonstigen Voraussetzungen der Zuverlässigkeit gem § 14 Abs 1 Z 4, § 19 Abs 1 und 20 Abs 5 BörseG, die zu einem unionsweiten Berufsverbot führen, wenn eine Aufsichtsbehörde in der EU einmal die ausreichende Zuverlässigkeit einer natürlichen Person als Geschäftsleiter eines konzessionierten Kreditinstituts, einer konzessionierten Wertpapierfirma oder eines Handelsteilnehmers oder als Börsebesucher an der Wiener Wertpapierbörse rechtskräftig verneint hat.

[37] Zu Art 6 Abs 2 MRK und widerleglichen Vermutungen nach § 5 Abs 1 Z S VStG die EKMR, 13.10.1993, 19116/91, der EGMR, *Salabiaku*, 10519/83, der VfGH, VfSlg 13790/1994 und der VwGH, 2005/09/0086.

[38] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), KOM (2011) 651 endg, Art 26: im Falle einer natürlichen Person Geldbussen von bis zu 5,000.000 EUR; im Falle einer juristischen Person Geldbußen von bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes des Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr.

[39] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats, KOM (2011) 453 endg, Art 67: im Falle einer natürlichen Person Verwaltungsgeldstrafen von bis zu 5,000.000 EUR; im Falle einer juristischen Person Verwaltungsgeldstrafen von bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr.

[40] VfSlg 13790/1994; EGMR, *Müller gegen Österreich*, ÖJZ 2007, 300.

[41] VfSlg 12151/1989, VfSlg 12920/1991, VfSlg 13790/1994, VfSlg 14361/1995.

[42] Nach VfSlg 14361/1995 bewirkte eine Strafdrohung von 2 Mio Schilling, dass das Delikt in den Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit fiel.

[43] „Leitfunktion" bedeutet ua, dass – auch wenn kein Instanzenzug an den OGH eröffnet ist – ein ordentliches Strafgericht die höchste Instanz bildet; *St. Korinek* in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Bd II/2, Art 92 B-VG, Rz 16.

[44] VfSlg 14361/1995.

und die Bestimmung des Art 92 Abs 1 B-VG bleibt von den neuen Verfassungsvorschriften über die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz unberührt [45]. Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass unabhängig von der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz und dem damit verbundenen Wandel zum Justizstaat [46] bei Delikten mit schweren Strafdrohungen ordentliche Gerichte unter der Leitfunktion des OGH zur Vollziehung berufen werden müssen. Wenngleich die Judikatur wegen ihrer ausschließlichen Orientierung am Kriterium der Schwere der Strafdrohung und ihrer mangelnden Ableitbarkeit aus den Verfassungsnormen nicht überzeugt [47], birgt sie doch die Gefahr, dass die in den Vorschlägen der Marktmissbrauchsverordnung und der Richtlinie CRD IV enthaltenen Mindeststrafdrohungen die einfachgesetzliche Zuweisung derartiger Delikte zum *Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit* unter Aufrechterhaltung der Leitfunktion des OGH erforderlich machen [48], und konterkariert damit in einem bestimmten Ausmaß die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz. Ob dagegen der literarisch vertretene Funktionsvorbehalt der Verwaltung zugunsten nicht versteinerter Kompetenzen der Gerichtsbarkeit in der Praxis mit Erfolgsaussicht eingewendet werden kann, ist fraglich [49]. Zu einer ähnlichen Lösung gelangte man übrigens, wenn man die Verhängung von „Geldstrafen" wegen bestimmter Verletzungen von Finanzmarktaufsichtsvorschriften nach dem Muster des Kartellrechts als sui generis-Sanktionen des Zivilrechts, die jedoch den Schutzstandards für strafrechtliche Anklagen iSd Art 6 MRK unterliegen, einordnen würde und der ordentlichen (nicht strafgerichtlichen) Gerichtsbarkeit unter Einräumung behördlicher Antragsrechte zuwiese. Auch eine derartige Vollziehungsübertragung wäre verfassungsrechtlich an die Aufrechterhaltung der Leitfunktion des OGH gebunden [50] und würde in einem Strukturwandel bei der Vollziehung des Verfahrens zur Verhängung solcher Geldstrafen resultieren.

Schließlich bildet der Gleichheitssatz der österreichischen Verfassung eine Barriere gegen überzogene Mindestgeldstrafdrohungen [51], gegen Strafdrohungen, die kein angemessenes Verhältnis zwischen der Höhe der Strafdrohung und dem Grad des Verschuldens sowie der Höhe des verursachten Schadens bewirken [52] und gegen Verfahrensgestaltungen, die es nicht zulassen, ein dem Einzelfall angemessenes Verhältnis zwischen Strafe und Straftat zu erreichen [53]. Das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit und der Gleichheitssatz bilden einen Schutz gegen an in Rechtskraft erwachsene Verwaltungsstrafen anknüpfende Berufsverbote (vgl § 5 Abs 1 Z 7 BWG und § 3 Abs 5 Z 6 WAG), die unabhängig von der Gravität des begangenen Delikts (darin inbegriffen unabhängig vom Ausmaß des Verschuldens) verhängt werden [54].

Es ist daher nicht auszuschließen, dass es etwa bei der Vollziehung des Straftatbestands des unbefugten Betriebs von Bankgeschäften zu einem Strukturwandel hinsichtlich der Vollziehungszuständigkeit und zu Änderungen des Strafrahmens kommt [55].

Selbst wenn es dazu nicht kommen sollte, sowie außerhalb des Kernbereichs der Strafgerichtsbarkeit, könnte man zusätzliche checks and balances in die Sonderverfahrensregelungen in Finanzmarktaufsichts-Verwaltungsstrafsachen einziehen.

Ansätze für spezifische Verfahrensregelungen in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten existieren bereits: § 22 Abs 1 und 2 FMABG, § 99b BWG, § 96a Abs 3 BörseG, § 96 Abs 2 WAG 2007, § 193 Abs 2 InvFG, § 111 VAG, § 47a PKG und § 44 Abs 2 BMSVG. Die genannten Sonderverfahrensbestimmungen, die sich gegenwärtig auf die Verlängerung der Verfolgungsverjährungsfrist des VStG von sechs auf achtzehn Monate sowie auf den Nichtausschluss von ordentlichen Rechtsmitteln gegen Verwaltungsstrafbescheide der FMA beschränken, könnten zu einem den Verfahrensgarantien der MRK und GRC entsprechenden Verwaltungsstrafverfahrensrecht in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten ausgebaut werden. Dabei könnte man den verfahrensrechtlichen Schutz der Unparteilichkeit und der Unschuldsvermutung in erster Instanz erhöhen oder Verfolgungs- und Entscheidungskompetenz trennen. Eine Trennung von Verfolgungs- und Entscheidungskompetenz (Übergang zum Anklageprinzip) könnte beispielsweise nach dem Vorbild des Arbeitnehmerschutzrechts [56] (Überwachung und Anzeigeerstattung durch das Arbeitsinspektorat, Entscheidung durch Strafgericht oder Verwaltungsstrafbehörde) durch Einräumung einer Strafantragskompetenz an die FMA und Übertragung der Entscheidungskompetenz an die Verwaltungsgerichte erster Instanz erfolgen. Des Weiteren müsste im Lichte des Artikel 47 Abs 1 GRC überprüft werden, ob der pauschale ordentliche Rechtsmittelausschluss des § 22 Abs 2 FMABG in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten außerhalb von Verwaltungsstrafverfahren aufzuheben ist. Mit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz [57] sollte, sofern den Bescheidbeschwerden an das zuständige Verwaltungsgericht aufgrund der gesetzlichen Regelungen aufschiebende Wirkung zukommt, letztgenanntes Problem entschärft sein.

7. Zusammenfassung

Der VwGH hat in den vier vorliegenden Erkenntnissen implizit den Grundsatz der trennscharfen Abgrenzung der einzelnen, in § 1 Abs 1 BWG angeführten Bankgeschäfte bekräftigt. Die Grenze zwischen dem Depotgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 BWG und dem Effektenhandelsgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG zog er im Einklang mit der herrschenden Lehre dort, wo das Halten der Wertpapiere bloße nebenvertragliche Pflicht des zur Herausgabe der Wertpapiere verpflichteten Kommissionärs ist. Versuchen einer extensiven Auslegung des „Verwaltungs"-Begriffs sowie des Drittverwahrungsbegriffs unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG dahingehend, dass jede Treuhänderstellung eine Verwaltung oder Drittverwahrung im nämlichen Sinn begründe, trat er entschieden und zu Recht entgegen. Der „Verwaltungs"-Begriff des § 1 Abs 1 Z 5 BWG ist, anders als jener des § 1 Abs 1 Z 1 Fall 2 BWG, inhaltlich stark beschränkt, umfasst niemals An- oder Verkäufe oder Umschichtungen von Wertpapieren und ist häufig mit der Verwahrerstellung unter dem BWG verknüpft (vgl Z 70–72 ABB). Wie unter 3.3. dargestellt, entsteht durch die präzise Abgrenzung des Depotgeschäfts keine konzessionsrechtliche Schutzlücke im Hinblick auf die Subsumierbarkeit des

[45] Vgl BGBl I 2012/51.
[46] *Öhlinger*, ZUV 2012, 55.
[47] *Burgstaller* in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Bd II/2 Art 91/2-3 B-VG, Rz 43; vgl auch *Wieser*, JBl 2009, 356f; weiters ablehnend *Öhlinger*, ÖJZ 1991, 219 und *Miklau*, ÖJZ 1991, 361.
[48] Siehe FN 38 und 39.
[49] *Wieser*, JBl 2009, 364.
[50] Art 92 Abs 1 B-VG.
[51] VfGH in VfSlg 19079/2010 uam.
[52] VfGH in VfSlg 10904/1986 uam.
[53] VfGH in VfSlg 14973/1997, 15772/2000, 16184/2001.
[54] So der VfGH zur Aufhebung des ex lege eintretenden Ausschlusses von der Börsemitgliedschaft nach rechtskräftiger Bestrafung wegen Marktmanipulation oder Insiderdelikten unabhängig von der Gravität des begangenen Delikts, VfGH 4.3.2011, G 105/10, ÖBA 2011, 337.
[55] Nach § 54 dKWG ist der unerlaubte Betrieb von Bankgeschäften schon heute ein Justizstrafdelikt und mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bedroht.
[56] § 9 Abs 2 bis 4 ArbIG.
[57] Vgl das BG BGBl I 2012/51 samt den darin enthaltenen Verfassungsbestimmungen.

Haltens von Wertpapieren im fremden Namen und auf eigene Rechnung unter § 1 Abs 1 BWG. Die „Fremdheit" der Wertpapiere unter § 1 Abs 1 Z 5 BWG ist zum Zeitpunkt des Einlangens der Wertpapiere beim Verwahrer und die Verwahrerdienstleistung stets als eine „für andere" zu beurteilen. Die Höhe der Gewerblichkeitsschwelle beim Betreiben von Bankgeschäften sollte aus rechtsstaatlichen Erwägungen, wenn man sich weiterhin an steuerrechtlichen Kriterien orientieren will, reine Gefälligkeitsgeschäfte mangels mittelbarer Einnahmenerzielungsabsicht ausschließen. Nach dem Vorbild der BaFin sollten auch unter dem BWG Bagatellgrenzen für nicht gewerblich betriebene Bankgeschäfte entwickelt werden. Angesichts zu erwartender europarechtlicher Mindestverwaltungsstrafdrohungen könnte es zu einem Strukturwandel hinsichtlich der Vollziehungszuständigkeit für bestimmte Delikte hin zur ordentlichen Strafgerichtsbarkeit unter Wahrung der Leitfunktion des OGH kommen. Einen ähnlichen Effekt (Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit) hätte die Einordnung bestimmter Geldstrafen nach dem Muster des Kartellrechts als sui-generis-Sanktionen des Zivilrechts, die den Schutzstandards für strafrechtliche Anklagen iSd Art 6 MRK unterliegen. Dadurch wäre in einem bestimmten Ausmaß die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz konterkariert. Außerhalb des Kernbereichs der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder wenn es zu keiner Vollziehungsübertragung an letztere kommt, könnten den verfahrensrechtlichen Rechtsschutz verstärkende Sonderverfahrensregelungen in Finanzmarktaufsichtsangelegenheiten eingeführt werden, die dort auch in erster Instanz das Gebot der unparteilichen Entscheidung (Trennung der erstinstanzlichen entscheidenden Behörde von der Verfolgungsbehörde wie zB Strafantragskompetenz bei der FMA und Entscheidungskompetenz bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz) stärken sowie die Anwendung von § 25 Abs 2 VStG kräftigen und den ordentlichen Rechtsmittelausschluss in § 22 Abs 2 FMABG aufheben.

Literaturverzeichnis

Apathy / Iro / Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II[2]: Konto und Depot (2008).

BaFin (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*), Schreiben vom 21.2.2003, Q31-71.51-142/98, bestätigt durch das Merkblatt vom 14.5.2005 zur Erlaubnispflicht internetbasierter Kreditvermittlungsplattformen (hinsichtlich des Einlagen- und Kreditgeschäfts).

BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Depotgeschäfts (Stand: 1/2009).

Berka, Verfassungsrecht[4] (2012).

Brandl / Klausberger, Gedanken zur Auslegung des § 1 BWG, insb zum Element der Gewerblichkeit, ZFR 2011, 206.

Boos / Fischer / Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz - Kommentar[4] (2012).

Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz – Kommentar, Band 1 (ab 2007).

Diwok / Göth, Bankwesengesetz – Kommentar (2005).

Granner, Nun sag', wie hast du's mit dem Einlagengeschäft? – Überlegungen zum normativen Gehalt des Konzessionstatbestandes nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG, ZFR 2011, 211.

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention[4] (2007).

Heissl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009).

Korinek / Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Bd II/2.

Laurer / Borns / Strobl / M. Schütz / O. Schütz, BWG – Bankwesengesetz[3] (ab 2008).

Lewisch, Abschaffung der Geschworenengerichte? – Die Vorfragen einer Reform in theoretischer und empirischer Analyse (2009).

Lucan, VwGH grenzt Einlagen- und Depotgeschäft vom Wertpapierdienstleistungsgeschäft ab, ZFR 2006, 38.

Miklau, Zur Funktion der Geldstrafe. Ist die Höhe der Strafdrohung ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen dem Justiz- und dem Verwaltungsstrafrecht? ÖJZ 1991, 361

Öhlinger, Die Geldstrafe im Verwaltungsstrafrecht, ÖJZ 1991, 217.

Öhlinger, Abschied von den UVS, ZUV 2012, 51.

Oppitz, Das Einlagengeschäft – Auffangtatbestand im Bankgeschäftskatalog? ÖBA 2007, 797.

N. Raschauer / Wessely (Hrsg), VStG – Kommentar (2010).

Wieser, Zur materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung – im Besonderen: Zum Funktionsvorbehalt zugunsten der Verwaltung, JBl 2009, 351.