

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/7 2000/17/0229

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.11.2005

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
21/05 Börse;  
37/01 Geldrecht Währungsrecht;  
37/02 Kreditwesen;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §56;  
Börseg 1989 §57 Abs2 idF 1996/753;  
Börseg 1989 §57 Abs2 idF 1998/I/011;  
BWG 1993 §1 Abs1 Z19;  
BWG 1993 §70 Abs4 idF 1998/I/126;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Puck und die Hofsäte Dr. Holeschofsky, Dr. Köhler, Dr. Zens und Dr. Zehetner als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Schiffkorn, über die Beschwerde der X Bank Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Hausmaninger Herbst Wietrzyk, Rechtsanwälte - Gesellschaft m.b.H. in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 3, gegen den Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 21. September 2000, Zl. 24 4081/25-V/13/00, betreffend einen Auftrag gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 Bankwesengesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird insoweit, als mit ihm im ersten Absatz des Spruches eine Feststellung getroffen wird, wegen Unzuständigkeit der belagten Behörde aufgehoben.

Im Übrigen wird der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesministerium für Finanzen) hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1.1. Die beschwerdeführende Partei ist Rechtsnachfolgerin der T AG. Dieser war auf Grund ihres Antrages vom 26. November 1997 mit Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 22. Dezember 1997 gemäß "§ 4 Abs. 1 iVm § 5 BWG, BGBl. Nr. 532/1993, in der derzeit geltenden Fassung", die Konzession zum Betrieb der Bankgeschäfte gemäß

§ 1 Abs. 1 Z 7 BWG unter der Einschränkung des § 57 Abs. 2 Börsegesetz, nämlich für den Handel auf eigene Rechnung oder fremde Rechnung mit den in lit. b bis lit. f des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG genannten Instrumenten, sowie nach § 1 Abs. 1 Z 19 BWG für die Erbringung der in lit. a bis lit. c des § 1 Abs. 1 Z 19 BWG genannten Dienstleistungen, "sofern diese Dienstleistungen das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten nicht umfassen", erteilt worden.

1.2. Mit Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 20. Mai 1999 wurde der Beschwerdeführerin aufgetragen, den gesetzeskonformen Zustand in der Form herzustellen, dass sämtliche Bankgeschäfte innerhalb von acht Wochen ab Zustellung des Bescheides bei sonstiger Zwangsstrafe in Höhe von S 200.000,-- mit anderen Vertragspartnern als Kreditinstituten und Wertpapierfirmen gemäß Art. 1 Z 2 der Richtlinie 93/22/EWG, insbesondere jene mit der D. GmbH oder D. zur Gänze rückzuführen seien.

1.3. Mit Schreiben vom 25. August 1999 teilte die Beschwerdeführerin der belangten Behörde mit, dass der Wertpapierbestand "mit der Fa. D." zur Gänze aufgelöst und mit Valuta 2. Juli 1999 entsprechend der aufgekündigten Kooperationsvereinbarung abgerechnet und somit der gesetzeskonforme Zustand hergestellt worden sei.

Auf Grund von Meldungen der Beschwerdeführerin an die Bundes-Wertpapieraufsicht über die Vertragspartner S, V und D. GmbH leitete die belangte Behörde im Zusammenhang mit dem genannten Bescheid vom 20. Mai 1999 ein Ermittlungsverfahren gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG ein.

Hinsichtlich der Geschäftstätigkeit mit dem Unternehmen V gab der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin im Zuge des Verwaltungsverfahrens an, dass das Unternehmen V der Österreichischen Kontrollbank AG (im Folgenden auch: OeKB) einen Kaufauftrag erteilt habe und ein Depot bei der OeKB unterhalte. In weiterer Folge komme es dann zu einem Vertragsabschluss zwischen der OeKB und der Beschwerdeführerin, "wobei die ... (Beschwerdeführerin) ausschließlich eine Vermittlertätigkeit ausführt".

Ferner gab der Geschäftsleiter bekannt: "Betreffend S haben wir den Auftrag zur Vermittlung von Wertpapieren ... erhalten und diese in weiterer Folge am Markt (Bank) verkauft." Es sei von der S die kontoführende Bank namhaft gemacht worden; es seien im Auftrag der S von der Hausbank dieses Unternehmens die entsprechenden Wertpapiere auf das Konto der Beschwerdeführerin bei der Österreichischen Kontrollbank AG gegen Überweisung des Verkaufserlöses eingebucht worden. In einem zweiten Schritt hätte die Beschwerdeführerin die Wertpapiere dem Käufer weitergeleitet.

1.4. Auf Grund des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens erging der nunmehr angefochtene Bescheid, in dem im Spruch festgestellt wird, dass die Beschwerdeführerin entgegen dem Konzessionsbescheid vom 23. Dezember 1997 (richtig: 22. Dezember 1997) und dem bescheidmäßigen Auftrag vom 20. Mai 1999 Bankgeschäfte mit anderen als den in § 57 Abs. 2 Börsegesetz genannten Vertragspartnern tätige.

Gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 Bankwesengesetz, BGBl. Nr. 532/1993, idgF, werde der Beschwerdeführerin aufgetragen, den gesetzeskonformen Zustand bei sonstiger Zwangsstrafe gemäß § 96 leg. cit. in Höhe von S 300.000,-- in der Form herzustellen, dass eine Abwicklung von Bankgeschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 Bankwesengesetz mit anderen als den "o.a. Vertragspartnern" zu unterlassen sei.

Begründend führte die belangte Behörde nach kurzer Wiedergabe des Inhaltes des Bescheides vom 20. Mai 1999 und des durchgeföhrten Verwaltungsverfahrens aus, dass die Beschwerdeführerin nach dem Konzessionsbescheid vom 22. Dezember 1997 zum Betrieb von Bankgeschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. a bis f BWG "(unter Einschränkung des § 57 Abs. 2 BörseG)" sowie § 1 Abs. 1 Z 19 BWG berechtigt sei (die im Bescheid an dieser Stelle enthaltene Bezugnahme auf lit. a dürfte ein Redaktionsversehen sein).

Infolge der bescheidmäßigen Einschränkung des Konzessionsumfangs durch die Bestimmungen des § 57 Abs. (gemeint offenbar: 2) BörseG sei sohin die Beschwerdeführerin ausschließlich zur bankgeschäftlichen Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG mit Kreditinstituten und Wertpapierfirmen gemäß Art. 1 Z 2 der Richtlinie 93/22/EWG berechtigt.

Zum Transaktionsablauf im Bereich des Wertpapierhandels sei "vorweg" anzuführen, die Beschwerdeführerin habe mit Schreiben vom 10. Mai 2000 im Zusammenhang mit der Meldung der Geschäfte an die Bundes-Wertpapieraufsicht und Buchung in der Finanzbuchhaltung generell mitgeteilt, dass dem Verkäufer von seinem Depot bei der Österreichischen Kontrollbank AG das Aktienpaket automatisch abgebucht und dem Depot der Beschwerdeführerin bei der OeKB zugereicht werde. Gleichzeitig werde das Konto der Beschwerdeführerin bei der OeKB mit dem

entsprechenden Geldbetrag belastet und dem Konto des Verkäufers bei der OeKB gutgeschrieben. Dem Käufer werde der entsprechende Geldbetrag von seinem Konto bei der OeKB automatisch abgebucht und dem Konto der Beschwerdeführerin bei der OeKB gutgeschrieben. Gleichzeitig werde das Depot der Beschwerdeführerin bei der OeKB belastet und dem Depot des Käufers bei der OeKB zugereicht.

Auf Grund der dargestellten Abwicklung sei der Eigentumserwerb der Beschwerdeführerin "sowohl an den Wertpapieren als auch am Kauf/Verkaufspreis dokumentiert". Unabhängig von der Dauer der Abwicklung und von der technischen Durchführung im Handelssystem liege daher ein Kommissionsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vor.

Zum Transaktionsablauf betreffend die durch S der Beschwerdeführerin erteilten Verkaufsorder sei auszuführen, dass es einerseits zu einem Vertragsabschluss zwischen der Beschwerdeführerin und der S als Verkäuferin und andererseits zu einem Vertragsabschluss zwischen der Beschwerdeführerin und dem Käufer gekommen sei. Die namhaft gemachte kontoführende Bank habe ausschließlich im Auftrag der S die entsprechenden Wertpapiere auf das Konto der Beschwerdeführerin bei der OeKB gegen Überweisung des Verkaufserlöses eingebucht, sodass die kontoführende Bank weisungsgemäß vorzugehen gehabt habe, in keinem wie immer gearteten Vertragsverhältnis zur Beschwerdeführerin gestanden sei und sohin der Auftrag zum Handel direkt durch die S an die Beschwerdeführerin erfolgt sei. Festzuhalten sei, dass die Beschwerdeführerin auf Grund der Überweisung auf ein auf sie lautendes Konto Eigentum an den Wertpapieren und dem Verkaufserlös erworben habe, sowie dies in den Meldungen an die Bundes-Wertpapieraufsicht durch die Beschwerdeführerin ihren Niederschlag gefunden habe.

Hinsichtlich der Transaktion mit dem Unternehmen V gelte das Vorgesagte betreffend den Eigentumserwerb an Wertpapieren und dem Transaktionserlös ebenfalls.

Die Beschwerdeführerin sei ausschließlich zur bankgeschäftlichen Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG mit Kreditinstituten und Wertpapierfirmen gemäß Art. 1 Z 2 der Richtlinie 93/22/EWG berechtigt. Da es sich bei S und V weder um ein Kreditinstitut noch eine Wertpapierfirma im Sinne der zitierten Richtlinie handle, der Handel gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG auf Grund des Vorgesagten mit der S stattgefunden habe, finde diese Tätigkeit im Konzessionsumfang der Beschwerdeführerin keine Deckung.

In der Folge wird die Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin betreffend die Geschäftstätigkeit mit der D. GmbH wiedergegeben. Die D. GmbH habe die Bank B beauftragt, Wertpapiere von der Beschwerdeführerin zu kaufen. Die Beschwerdeführerin habe Wertpapiere an der Wiener Börse gekauft; sodann seien diese an der Börse gekauften Wertpapiere auf das Depot der B Bank bei der OeKB übertragen worden. Die B Bank übertrage dieses auf das Depot der D. GmbH. Gleichzeitig erfolge die Überweisung des Transaktionserlöses in umgekehrter Reihenfolge. Zu diesem Geschäftsvorgang führte die belangte Behörde aus, "dass für die niederschriftlich dargestellte Transaktion mit der D. GmbH oben Angeführtes betreffend Eigentumserwerb an Wertpapieren und Transaktionserlös" gelte. Auch in diesem Zusammenhang sei in den Meldungen der Beschwerdeführerin an die Bundes-Wertpapieraufsicht die D. GmbH als Transaktionspartner gemeldet worden.

Gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG habe die belangte Behörde im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden könne. In diesem Falle sei die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen.

Da die Beschwerdeführerin ungeachtet des Bescheides vom 20. Mai 1999 weiterhin eine Geschäftstätigkeit mit Vertragspartnern, welche nicht unter die Bestimmungen des § 57 Abs. 2 Börsengesetz zu subsumieren seien, unterhalte bzw. unterhalten habe, sei die im Bescheid vom 20. Mai 1999 angedrohte Zwangsstrafe in Höhe von S 200.000,-- im Wege der Bezirksverwaltungsbehörde als Vollstreckungsbehörde zu vollstrecken. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

1.5. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Verletzung im Recht auf Nichterlassung eines bescheidmäßigen Auftrages gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG geltend gemacht wird.

1.6. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

## 2.0. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1.1. § 70 Abs. 4 Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993, stand im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 129/1998 in Geltung und lautete:

"(4) Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 bis 13 nach Erteilung der Konzession nicht mehr vor oder verletzt ein Kreditinstitut Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, des Sparkassengesetzes, soweit nicht in erster Instanz der Landeshauptmann zuständig ist, des Bausparkassengesetzes, der Einführungsverordnung zum Hypothekenbanken- und Pfandbriefgesetz, des Hypothekenbankgesetzes, des Pfandbriefgesetzes, des Gesetzes betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen, des Bankschuldverschreibungsgesetzes, des Investmentfondsgesetzes, des Depotgesetzes, des Beteiligungsfondsgesetzes, einer auf Grund dieser Bundesgesetze erlassenen Verordnung oder eines Bescheides, so hat der Bundesminister für Finanzen

1. dem Kreditinstitut unter Androhung einer Zwangsstrafe aufzutragen, den rechtmäßigen Zustand binnen jener Frist herzustellen, die im Hinblick auf die Umstände des Falles angemessen ist;

2. im Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall den Geschäftsleitern des Kreditinstitutes die Geschäftsführung ganz oder teilweise zu untersagen, es sei denn, dass dies nach Art und Schwere des Verstoßes unangemessen wäre, und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden kann; in diesem Fall ist die erstverhängte Zwangsstrafe zu vollziehen und der Auftrag unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe zu wiederholen;

3. ..."

2.1.2. Die im Beschwerdefall maßgebliche Bestimmung des § 57 Börsegesetzes 1989, BGBl. Nr. 555, in der Fassung der Bundesgesetze BGBl. Nr. 753/1996 und BGBl. I Nr. 11/1998, lautete:

(1) Das Börseunternehmen hat, wenn dies nach der gemäß § 56 Abs. 1 bestimmten Art des Börsehandels erforderlich ist, Börsemitglieder zu Freien Maklern zu bestellen. Diese haben die Vermittlung von Geschäften über die ihnen gemäß § 56 Abs. 4 zugeteilten Verkehrsgegenstände durchzuführen.

(2) Die vom Börseunternehmen gemäß Abs. 1 bestellten Freien Makler müssen zum Betrieb von Bankgeschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG mit anderen zu diesen Geschäften berechtigten Kreditinstituten gemäß § 2 Z 20 und 21 BWG oder mit Wertpapierfirmen gemäß Art. 1 Z 2 der Richtlinie 93/22/EWG berechtigt sein. Darüber hinaus darf ihre Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften nur die Geschäfte gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 BWG umfassen."

## 2.2. Zur Feststellung der Überschreitung des Umfangs der Geschäftstätigkeit nach dem Konzessionsbescheid:

Nach dem Beschwerdevorbringen sei die Annahme der belangen Behörde, die Beschwerdeführerin habe durch die von der belangen Behörde festgestellten Geschäfte den Umfang der Geschäftstätigkeit, wie er im Konzessionsbescheid vom 22. Dezember 1997 umschrieben worden sei, überschritten, unzutreffend, weil dem Verweis im Konzessionsbescheid auf § 57 Abs. 2 Börsegesetz nicht die von der belangen Behörde angenommene Bedeutung zukomme. Darauf ist Folgendes zu entgegnen:

2.2.1. Der Spruch des Bescheides vom 22. Dezember 1997, mit dem der Beschwerdeführerin die Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften erteilt wurde (in der Folge: Konzessionsbescheid), lautet im hier maßgeblichen Zusammenhang:

"Auf den Antrag vom ... wird ... die Konzession zum Betrieb nachfolgender Bankgeschäfte erteilt:

"§ 1 Abs 1 Z 7 Bankwesengesetz unter der Einschränkung des § 57 Abs 2 Börsegesetz:

der Handel auf eigene Rechnung oder fremde Rechnung mit lit b) Geldmarktinstrumenten;

lit c) Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und Verkaufsoptionen auf die in lit. a) und d) bis f) genannten Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung (Termin- und Optionsgeschäft);

lit d) Zinsterminkontrakten, Zinsausgleichsvereinbarungen (Forward Rate Agreements, FRA), Zins- und Devisenswaps sowie Swaps auf Substanzwerte oder auf Aktienindices ('equity swaps');

lit e) Wertpapieren (Effektengeschäft);

lit f) von lit b) bis lit. e) abgeleiteten Instrumenten.

§ 1 Abs 1 Z 19 BWG:

Die Erbringung folgender Dienstleistungen in Bezug auf Finanzinstrumente, sofern diese Dienstleistungen das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten nicht umfassen, sodass der Erbringer der Dienstleistungen diesbezüglich zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden werden kann (Finanzdienstleistungsgeschäft):

lit a) die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen;

lit b) die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit

Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden;

lit c) die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehreren der in Z 7 lit b) bis

f) genannten Instrumenten."

2.2.2. Maßgeblich für die Bestimmung des Konzessionsumfangs auf Grund dieses Bescheides ist, wie in der Beschwerde zutreffend hervorgehoben wird, die Bedeutung des Verweises auf § 57 Abs. 2 Börsegesetz im Zusammenhang mit der Verleihung der Konzession zu Geschäften im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG.

Die beschwerdeführende Partei übersieht allerdings bei der Annahme, es habe sich bei § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 in der Fassung BGBl I Nr. 11/1998 um eine Regelung gehandelt, die Mindestanforderungen an Freie Makler normiert habe, dass § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 nicht vorsah, dass die Freien Makler "mindestens" zu den in § 57 Abs. 2 Börsegesetz genannten Geschäften berechtigt sein müssten.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf den weiteren Wortlaut des § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989, in dem es heißt, dass die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften der Freien Makler "darüber hinaus" nur "die Geschäfte gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 BWG" umfassen dürfe. Diese Einschränkung würde ihren Sinn verlieren, wollte man mit der Beschwerde annehmen, dass die Freien Makler "auf Grund des ersten Satzes" des § 57 Abs. 2 BWG auch zu anderen Geschäften berechtigt sein könnten. Schließlich sprechen auch die in der Beschwerde zitierten Erläuterungen zur Börsegesetznovelle BGBl. Nr. 753/1996, 369 BlgNR 20. GP, gegen die Annahme der Beschwerde. Die Vermeidung der dort angesprochenen Konkurrenzsituation zwischen den Freien Maklern und ihren Auftraggebern "im Bankgeschäft" wäre nicht gewährleistet, wenn die Freien Makler in eben diesem Bankgeschäft in gleicher Weise wie die Auftraggeber tätig sein dürften. Schließlich sprechen diese Erläuterungen ausdrücklich davon, dass eine Umschreibung des zulässigen Geschäftsgegenstandes erforderlich sei. Wollte man davon ausgehen, dass § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 lediglich Mindestanforderungen aufstellen wollte, wäre dieser gesetzgeberische Wille verfehlt worden.

2.2.3. Es trifft daher schon nicht zu, dass Freie Makler (zumindest) zu den in der Beschwerde weiters genannten Geschäften berechtigt wären. Wesentlich ist darüber hinaus, dass es im vorliegenden Zusammenhang nicht primär um die Auslegung des § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 geht, sondern um die Auslegung des wiedergegebenen Konzessionsbescheides, also um die Bedeutung der Wortfolge "unter der Einschränkung des § 57 Abs. 2 Börsegesetz" im Spruch dieses Bescheides.

2.2.4. Wie sich aus dem Wortlaut dieses Spruches ergibt, wollte die belangte Behörde den Umfang der Geschäftstätigkeit einschränken. Dazu ist zunächst - im Hinblick auf die Ausführungen der belangten Behörde in der Gegenschrift - darauf hinzuweisen, dass die oben wiedergegebene Fassung des § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 zum Zeitpunkt der Erlassung des Konzessionsbescheides bereits in Kraft war. § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 kann daher bei der Auslegung des Bescheidspruches jedenfalls in dieser Fassung zu Grunde gelegt werden.

Es verbietet sich nun im Hinblick auf den angesprochenen Willen der Behörde, eine Einschränkung des Konzessionsumfangs zu normieren, eine Auslegung dahin gehend, dass die "Einschränkung" auf § 57 Abs. 2 Börsegesetz in der genannten Fassung bedeute, dass die Beschwerdeführerin jedenfalls zu den in § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 genannten Geschäften, darüber hinaus aber auch zu weiteren Geschäften berechtigt sei. Es fehlte in diesem Fall die Bestimmtheit des Bescheides, da der Kreis der Geschäfte gerade nicht eingeschränkt wäre, sondern jedenfalls in dem in der Beschwerde vertretenen Umfang erweitert wäre; bei Zugrundelegung einer solchen "wörtlichen Interpretation des § 57 Abs 2 erster Satz BörseG" - über die Annahmen in der Beschwerde hinaus - würde

dies zu einer unbeschränkten Erweiterung der zulässigen Geschäfte führen. Eine solche Auslegung stünde in einem offensichtlichen Widerspruch zu dem durch den Wortlaut des Bescheidspruches erschließbaren Willen der belangten Behörde auf Einschränkung der verliehenen Befugnis.

Es erübrigte sich daher im Beschwerdefall ein näheres Eingehen auf den der Konzessionsverleihung zu Grunde liegenden Antrag vom 26. November 1997 (im Zweifel ist ein antragsbedürftiger Verwaltungsakt nicht so auszulegen, dass die Behörde über den gestellten Antrag hinaus gehen wollte; eine Klarstellung des Bescheidinhalts könnte sich daher insoweit auch durch eine Prüfung, was Antragsgegenstand war, ergeben). Der Umstand, dass die belangte Behörde nicht näher auf den Inhalt dieses Antrages eingegangen ist und dieser Antrag auch nicht im vorgelegten Verwaltungsakt enthalten ist, begründet somit keinen im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren relevanten Verfahrensmangel.

Entscheidend bei der Ermittlung des Sinngehalts der Anordnung, dass die Konzession zu den Bankgeschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG "unter der Einschränkung des § 57 Abs 2 Börsegesetz" erteilt werde, ist nun Folgendes:

Berücksichtigt man, dass der hier in Rede stehende Spruchteil ausdrücklich die Konzession für Bankgeschäfte nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG zum Gegenstand hat, wäre die Beifügung einer Einschränkung "auf § 1 Abs 1 Z 7 BWG" überflüssig. Es kann daher nicht angenommen werden (wie dies in der Beschwerde als alternative Überlegung zum Ausdruck gebracht wird), dass die beigefügte Einschränkung eine Beschränkung "auf die Geschäfte nach § 1 Abs 1 Z 7 BWG" bedeuten sollte. Eine Einschränkung auf den Handel mit Wertpapieren auf eigene oder fremde Rechnung ist bei der Erteilung einer Konzession für eben diesen Handel mit Wertpapieren auf eigene oder fremde Rechnung sinnwidrig und somit überflüssig.

Die Einschränkung muss somit einen anderen Sinn haben.

Es liegt daher nahe, dass die belangte Behörde eine Einschränkung im Hinblick auf das zweite in § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 enthaltene Tatbestandselement, nämlich jene Kreditinstitute, die in § 57 Abs. 2 BWG genannt sind (Kreditinstitute gemäß § 2 Z 20 und 21 BWG, die zu Geschäften nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG berechtigt sind, und Wertpapierfirmen gemäß Art. 1 Z 2 der Richtlinie 93/22/EWG), verfügen wollte. Dies erscheint im Hinblick auf die von der belangten Behörde in der Gegenschrift dargestellte Chronologie (Einbeziehung der Freien Makler in den Anwendungsbereich des Bankwesengesetzes, Übergangsbestimmung für die Ausübung der Tätigkeit des Freien Maklers ohne Konzession nach Bankwesengesetz bis 31. Dezember 1997 und Erteilung einer Konzession über Antrag eines Freien Maklers im Dezember 1997) auch folgerichtig. Es wäre nicht verständlich, aus welchen Gründen die belangte Behörde der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin eine Konzession hätte erteilen sollen, die sie im Hinblick auf die dargestellte Bedeutung von § 57 Abs. 2 Börsegesetz 1989 gerade von der Tätigkeit als Freier Makler ausgeschlossen hätte.

2.2.5. Daraus ergibt sich, dass der Konzessionsumfang, wie er sich aus dem Bescheid vom 22. Dezember 1997 ergibt, in der von der belangten Behörde - zutreffend - angenommenen Weise eingeschränkt ist.

2.2.6. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass die belangte Behörde ausgehend von dieser zutreffenden Annahme und unter der weiteren Voraussetzung, dass die von ihr der Entscheidung zu Grunde gelegten Geschäfte der Beschwerdeführerin tatsächlich eine Überschreitung des Konzessionsumfanges bedeuteten, auch zur Erlassung eines Feststellungsbescheides in der Art, wie er im ersten Spruchteil des angefochtenen Bescheides enthalten ist, befugt war.

Nach Lehre und Rechtsprechung kann mangels besonderer gesetzlicher Anordnung zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ein solcher nur über Rechte oder Rechtsverhältnisse ergehen, zum einen, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat und es sich um ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder, zum anderen, wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. Dezember 1996, Zi. 93/17/0008, vom 18. April 1986, Zi. 86/17/0069, oder vom 4. November 1992, Zi. 86/17/0162 - verstärkter Senat, Slg. Nr. 13.732/A).

Die Feststellung ist dann unzulässig, wenn über die zur Feststellung beantragte Frage in einem anderen Verfahren abzusprechen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 1999, Zi. 94/17/0336, oder das hg. Erkenntnis vom 22. November 1996, Zi. 92/17/0207). Dabei ist jedoch nach der Rechtsprechung insbesondere auch auf die Zumutbarkeit der "Beschreitung des Rechtswegs" Bedacht zu nehmen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1993, Slg. Nr. 6789/F, mit weiteren Hinweisen).

Die belangte Behörde hat sich nicht mit der Frage auseinander gesetzt, ob im Sinne dieser Rechtsprechung ein Feststellungsbescheid auch ohne Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zulässig gewesen wäre.

Im hier maßgeblichen Zusammenhang sieht das BWG in § 70 Abs. 4 zunächst unter Z 1 den unter Androhung einer Zwangsstrafe erfolgenden Auftrag vor, den rechtmäßigen Zustand binnen einer Frist wieder herzustellen. Für den Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall sieht § 70 Abs. 4 Z 2 weitere Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde vor. Die Behörde kann diesfalls zwischen alternativ vorgesehenen Möglichkeiten, nämlich der Untersagung der Geschäftsführung gegenüber den Geschäftsleitern und (wenn die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch nochmaliges Vorgehen gemäß Z 1 erwartet werden kann) dem Vollzug der erstverhängten Zwangsstrafe und der Wiederholung des Auftrages unter Androhung einer höheren Zwangsstrafe, wählen.

Die Erlassung von Feststellungsbescheiden betreffend die Einhaltung der erteilten Konzession ist in § 70 BWG nicht vorgesehen. Im Hinblick darauf, dass nach Erteilung eines Auftrages gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG eine ausdrückliche Regelung für den Wiederholungs- oder Fortsetzungsfall vorgesehen ist, in welcher es zur Bescheiderlassung zu kommen hat, ist auch ein Verfahren vorhanden, in dem über das Vorliegen des Wiederholungs- oder Fortsetzungsfalles als Voraussetzung für die Bescheiderlassung zu entscheiden ist.

Es stehen somit Verfahren zur Verfügung, in denen - als Voraussetzung für die Bescheiderlassung - der von der belangten Behörde hier zum Gegenstand der bescheidmäßigen Feststellung gemachte Sachverhalt als der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt festzustellen wäre.

Eine gesonderte Feststellung der Nichteinhaltung des Konzessionsumfanges ist somit bei dieser Rechtslage nicht erforderlich und damit nach der oben wiedergegebenen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden auch nicht im öffentlichen Interesse zulässig.

Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang des im ersten Absatz des Spruches enthaltenen Abspruches wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde gemäß § 42 Abs. 2 Z 2 VwGG aufzuheben.

### 2.3. Zum Auftrag gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG (zweiter Spruchteil):

Die belangte Behörde hat die Geschäfte der Beschwerdeführerin dahingehend gedeutet, dass diese mit der D. GmbH, dem Unternehmen S und dem Unternehmen V, also mit Nichtbanken, in Geschäftsbeziehung gestanden sei und somit Wertpapiergeschäfte mit nicht unter § 1 Abs. 1 Z 7 BWG fallenden Unternehmungen getätigt habe.

In der Beschwerde wird hiezu im Wesentlichen vorgebracht, die in Rede stehenden Geschäfte seien lediglich Vermittlungsgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 19 BWG gewesen.

#### 2.3.1. Geschäfte im Zusammenhang mit der D. GmbH:

Die belangte Behörde hat sich im angefochtenen Bescheid hinsichtlich der Qualifikation der Geschäfte "mit der D. GmbH" auf die Aussage des Geschäftsleiters der beschwerdeführenden Partei gestützt. Aus dieser Aussage ergibt sich - wie auch im angefochtenen Bescheid festgehalten ist -, dass der Geschäftsleiter der D. GmbH die B Bank beauftragt habe, Wertpapiere von der beschwerdeführenden Partei zu kaufen. Die beschwerdeführende Partei habe die Wertpapiere an der Wiener Börse gekauft, sodann seien diese Wertpapiere auf das Depot der B Bank bei der Oesterreichischen Kontrollbank übertragen worden. Die B Bank habe die Wertpapiere auf das Depot der D. GmbH übertragen.

Wenn die belangte Behörde ausführt, dass in diesem Zusammenhang das Gleiche gelte, wie im angefochtenen Bescheid für die Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen S festgehalten wurde, nämlich dass die beschwerdeführende Partei auf Grund des festgestellten Sachverhalts Eigentum an den Wertpapieren und am Verkaufserlös erlangt habe, so übersieht sie, dass dies im vorliegenden Zusammenhang noch nicht bedeutet, dass damit ein Geschäft mit einer Nichtbank vorgelegen sei. Wie im angefochtenen Bescheid festgestellt wird, wurden die Wertpapiere auf das Depot der B Bank bei der OeKB übertragen. Eine Vertragsbeziehung bestand in diesem Fall nur zwischen der Beschwerdeführerin und der D. GmbH. Auch nach dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt bestand hinsichtlich des Verkaufs der Wertpapiere eine Rechtsbeziehung zwischen einer von der D. GmbH beauftragten Bank und der Beschwerdeführerin, aber nicht zwischen der D. GmbH und der Beschwerdeführerin.

Der in der Folge im angefochtenen Bescheid enthaltene Hinweis auf den Bericht der Oesterreichischen Nationalbank lässt nicht erkennen, von welchem Sachverhalt die belangte Behörde tatsächlich ausgegangen ist, zumal in diesem

Bericht auf eine Geschäftstätigkeit "mit der Firma D. GmbH" hingewiesen worden sein soll; eine solche läge jedoch nicht vor, wenn die Beschwerdeführerin tatsächlich nicht mit der D. GmbH, sondern mit deren Bank kontrahiert haben sollte.

Der Schluss, dass durch die im angefochtenen Bescheid zur Grunde gelegten Geschäfte der Konzessionsumfang überschritten worden sei, ist somit durch die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht gedeckt.

### 2.3.2. Geschäfte mit dem Unternehmen S:

2.3.2.1. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid den von ihr auf Grund der Angaben des Geschäftsleiters und im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 10. Mai 2000 festgestellten Sachverhalt dahin gehend gewürdigt, dass im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen S ein Verkauf von Wertpapieren durch S an die Beschwerdeführerin stattgefunden habe. Die dabei eingeschaltete Oesterreichische Kontrollbank habe nur im Auftrag der S gehandelt. Dem Käufer der Wertpapiere sei der entsprechende Geldbetrag von seinem Konto bei der OeKB automatisch abgebucht worden und dem Konto der Beschwerdeführerin gutgeschrieben worden. Gleichzeitig sei das Depot der Beschwerdeführerin bei der OeKB belastet und seien die Wertpapiere dem Depot des Käufers zugereiht worden. Es habe daher im Zuge der Transaktionen ein Eigentumserwerb durch die Beschwerdeführerin sowohl an den Wertpapieren als auch am Kaufpreis, der vom Käufer bezahlt worden sei, stattgefunden. Es sei daher ein Kommissionsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vorgelegen.

Dieser Beurteilung kann nicht entgegen getreten werden. Sie stützt sich sachverhaltsmäßig u.a. auf die Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, dass die entsprechenden Wertpapiere "im Auftrag der S von der Hausbank der S" auf das Konto der Beschwerdeführerin "eingebucht" worden seien bzw. dass die Beschwerdeführerin die Wertpapiere "am Markt" verkauft habe.

Die in der Beschwerde vertretene Auffassung ist unzutreffend, weil in diesem Fall auch nach der - in der Beschwerde bestätigten -

Darstellung durch die Vertreter der Beschwerdeführerin bei den fraglichen Geschäften Wertpapiere auf ein "Konto der Beschwerdeführerin ... eingebucht" wurden und in weiterer Folge die Wertpapiere "dem Käufer weitergeleitet" wurden. Die Beschwerdeführerin agierte somit nicht als Vermittlerin, sondern tätigte selbst (sukzessive) den Ankauf und den Verkauf von Wertpapieren, die dabei von ihrem Vertragspartner in ihr Eigentum übertragen wurden und in der Folge von ihr dem weiteren Vertragspartner (Käufer) in das Eigentum übertragen wurden.

Es bestand in diesem Fall einerseits ein Kaufgeschäft zwischen der Beschwerdeführerin und der Verkäuferin, andererseits ein Kaufgeschäft zwischen der Beschwerdeführerin und dem Käufer der Wertpapiere. Dies schließt das Vorliegen bloßer Vermittlungsgeschäfte nach § 1 Abs. 1 Z 19 BWG aus.

2.3.2.2. Soweit durch die Hinweise der Vertreter der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren auf das (1999 eingeführte) automatisierte Handelssystem Xetra angedeutet werden sollte, dass die konkrete Geschäftsabwicklung durch den Einsatz dieses Handelssystems bedingt gewesen wäre, ist auszuführen, dass es sich bei den in Rede stehenden Transaktionen gerade nicht um Börsegeschäfte der Beschwerdeführerin im Sinn des § 27 Börsegesetz 1989 handelte, bei denen ihre Vertragspartner jeweils Börsemitglieder gewesen wären. Wenn - wie die Beschwerdeführerin mit den entsprechenden Ausführungen möglicherweise zum Ausdruck bringen wollte - es nur um die "durch das Handelssystem bedingte technische Abwicklung von Verkaufs- oder Kauforder" der jeweiligen Kunden gegangen wäre, die von deren Banken abgewickelt wurden, wäre für diese Banken bei Einsatz des automatisierten Handelssystems Xetra die Eingabe der Order direkt offen gestanden. Der Einschaltung der Beschwerdeführerin hätte es hiefür nicht bedurft. Wenn jedoch, wie von der belangten Behörde auf Grund der Angaben der Beschwerdeführerin festgestellt, eine Rechtsbeziehung zwischen einer Nichtbank und der Beschwerdeführerin bestand, war dies jedenfalls nicht durch den Einsatz eines automatisierten Handelssystems (konkret des Systems Xetra) an der Wiener Börse bedingt. Die Art und Weise, wie der Vertragsabschluss im Handelssystem Xetra abgewickelt wurde, spielt daher im Beschwerdefall keine Rolle (zum Vertragsabschluss und zur Erfüllung der Verträge zur Zeit der Verwendung des Handelssystems EQOS, das zum hier maßgeblichen Zeitpunkt bereits durch das Handelssystem Xetra abgelöst war, vgl. Kalss/Puck, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen bei Börsegeschäften, in:

Aicher/Kalss/Oppitz, Grundfragen des neuen Börserechts, 319 (340 und 361)). Die Hinweise der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren auf die sich ihrer Ansicht nach aus der Einführung des Handelssystems Xetra ergebenden Notwendigkeiten sind daher nicht zielführend.

Der dieser Beurteilung zu Grunde liegende Sachverhalt wird auch in der Beschwerde zugestanden. Es lässt sich daraus jedoch entgegen den Beschwerdeausführungen nicht ableiten, dass bloß ein Vermittlungsgeschäft vorgelegen sei.

### 2.3.3. Zu den Geschäften mit dem Unternehmen V:

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid festgestellt, dass die rechtliche Beurteilung der Transaktionen der Beschwerdeführerin für das Unternehmen V jener der Geschäfte mit dem Unternehmen S entspreche. Dezidierte Sachverhaltsfeststellungen über die Geschäfte mit dem Unternehmen V enthält der angefochtene Bescheid nicht (es wird lediglich die Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin und der Inhalt eines Schreibens der Beschwerdeführerin wiedergegeben). Die belangte Behörde ist offensichtlich im Hinblick auf die Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin und des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 10. Mai 2000 davon ausgegangen, dass der Verkauf der Wertpapiere in diesem Fall in der gleichen Weise abgewickelt wurde wie mit dem Unternehmen S.

In der Beschwerde wird hiezu nichts vorgebracht.

Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde hinsichtlich des Eigentumserwerbs an den Wertpapieren und dem Transaktionserlös unzutreffend wäre.

2.3.4. Aus den Überlegungen unter den Punkten 2.3.1. bis 2.3.3. folgt, dass die belangte Behörde hinsichtlich der Geschäftsbeziehungen der Beschwerdeführerin mit den Unternehmen S und V zutreffend von einer Überschreitung des Konzessionsumfanges ausgegangen ist. Unzutreffend war jedoch die Annahme einer Überschreitung des Konzessionsumfanges durch die Geschäfte mit der B Bank, die im Auftrag der D. GmbH handelte.

2.3.5. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des erteilten Auftrages gemäß dem zweiten Tatbestand des § 70 Abs. 4 Z 2 BWG bedeutet dies, dass die belangte Behörde zu Unrecht von einem Verstoß gegen die erteilte Konzession hinsichtlich aller drei Sachverhaltselemente ausgegangen ist. Zwar kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die von ihr dem Bescheid zu Grunde gelegten Rechtsgeschäfte, ungeachtet des Umstandes, dass sie sie als Wiederholung bzw. Fortsetzung der Verletzung der Bestimmungen des BWG qualifizierte, nicht als so schwerwiegend wertete, dass mit der Sanktion gemäß § 70 Abs. 4 Z 2, erster Tatbestand, vorzugehen gewesen wäre.

Da jedoch nach den vorstehenden Erwägungen die belangte Behörde nicht alle der von ihr bei der Ausübung des Ermessens hinsichtlich der Festsetzung der angedrohten Zwangsstrafe gemäß § 70 Abs. 4 Z 2, zweiter Tatbestand, BWG herangezogenen drei Sachverhaltskomplexe zutreffend als eine Überschreitung des Konzessionsumfanges durch die beschwerdeführende Partei werten konnte, erweist sich die Festsetzung der Zwangsstrafe in der Höhe von S 300.000,-- als nicht ausreichend begründet. Auch wenn im Beschwerdefall zunächst gemäß § 70 Abs. 4 Z 1 BWG eine Zwangsstrafe in der Höhe von S 200.000,-- angedroht worden war und im Wiederholungsfall gemäß § 70 Abs. 4 Z 2 BWG eine "höhere Zwangsstrafe" zu verhängen war, ist nicht ausgeschlossen, dass die belangte Behörde unter Berücksichtigung der oben unter 2.3.1. dargestellten rechtlichen Qualifikation der Geschäfte im Zusammenhang mit der D. GmbH zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre. Die Begründung für die gewählte Höhe der Zwangsstrafe erweist sich somit, ausgehend von der verfehlten Rechtsansicht der belangten Behörde, nicht als ausreichend.

2.3.6. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass der angefochtene Bescheid hinsichtlich des zweiten Absatzes seines Spruches gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war.

2.4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Die von der beschwerdeführenden Partei entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von S 2.500,-- war dabei gemäß § 3 Abs. 2 Z 3 Euro-Gesetz, BGBl. I Nr. 72/2000, mit EUR 181,68 in Ansatz zu bringen.

Wien, am 7. November 2005

**Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen  
VwRallg9/1 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2000170229.X00

**Im RIS seit**

19.01.2006

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

© 2026 JUSLINE

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

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