

Konzessionspflicht für den auf eigene Rechnung vorgenommenen gewerblichen Handel mit Effekten, GesRZ 2010, 289; *Schobel*, Verletzung von Geheimhaltungspflichten durch Banken, ÖBA 2004, 11; *Schobel*, Grenzüberschreitende Bankgeschäfte, Gehilfenzurechnung im Aufsichtsrecht und die sonderbare zivilrechtliche Sanktion des § 100 BWG, RdW 2008/6, 28.

Übersicht

	Rz
I. Allgemeines	1
A. Allgemeine verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften in Bezug auf das WAG 2007	2
B. Behördliche Zuständigkeit der FMA und Verfahren in Verwaltungsstrafsachen sowie Verjährung	3
II. Erbringen von Wertpapierdienstleistungen ohne die erforderliche Berechtigung (Abs 1)	4
A. Allgemeines	4
B. Tatbestandsmerkmal „Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs 2“	6
1. Art der Dienstleistungen	6
2. Gewerbsmäßigkeit	10
C. Tatbestandsmerkmal „ohne die erforderliche Berechtigung“	12
D. Sonstige Rechtsfolgen bei unerlaubtem Geschäftsbetrieb	13
III. Teilunwirksamkeit bei unerlaubter Tätigkeit (Abs 2)	15
A. Allgemeines	15
B. Rechtsfolgen des § 94 Abs 2	19
1. Teilunwirksamkeit	19
2. Teilunwirksamkeit in Bezug auf Bürgen und Garanten	22
3. Verbleibende Teilwirksamkeit	23
C. Wertpapiervermittler und vertraglich gebundene Vermittler	26
IV. Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (Abs 3)	29
A. Allgemeines	29
B. Normadressaten der Verschwiegenheitspflicht	32
C. Sachlicher Geltungsbereich	33
D. Zwei alternative Tathandlungen	36
1. Offenbaren	37
2. Verwerten	39
3. Sonderfall Entschädigungseinrichtung	40
E. Ausnahmen	41
F. Vorsatz	42
G. Verfahrensrechtliches	43
V. Ermächtigung der FMA zur Bekanntmachung (Abs 4)	44
A. Gegenstand der Bekanntmachung	44
1. Allgemeines	44
2. Detaillierungsgrad	49
B. Überschneidungen mit anderen Bekanntmachungsgrundlagen	50
1. § 92 Abs 6	51
2. § 22 c FMABG	52
3. § 92 Abs 11	53
C. Normzweck	54
D. Form der Bekanntmachung	56
E. Interessenabwägung	59
F. Rechtsschutz gegen Bekanntmachungen	62
1. Vorgeschichte	62
2. Allgemeines	63
3. Einleitung der Überprüfung (Antrag)	64
4. Weiteres Verfahren, Verfahrenserledigung durch Bescheid	65

5. Bekanntmachung des Widerrufs oder der Richtigstellung bzw Lö- schung	66
6. Sonstige Fälle des § 94 Abs 4	69
a) Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung (§ 94 Abs 4 vorletzter Satz)	69
b) Aufhebung des Sanktionen- bzw Maßnahmebescheids (§ 94 Abs 4 letzter Satz)	70
VI. Jährliche Information an ESMA (Abs 5)	72
VII. Anlassfallbezogene Information an ESMA (Abs 6)	73

I. Allgemeines

- 1 Den Materialien zu § 94 Abs 1 bis 3¹ zufolge handelt es sich bei den genannten drei Absätzen um „*Strafbestimmungen gemäß dem bisherigen § 26 Abs. 1 bis 3 WAG, die das europarechtliche Gebot, entsprechende Verwaltungssanktionen für Verletzungen der (umgesetzten) Richtlinienbestimmungen einzuführen (vgl. Art. 51 Abs. 1), erfüllen.*“ Art 51 Abs 1 MiFID erfordert Maßnahmen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend wirken. Dieser gesetzliche Gedanke mag zwar auf die Verwaltungsstrafbestimmung des gegenständlichen Paragraphen, nämlich auf § 94 Abs 1, zutreffen (Verwaltungsstrafe bei unerlaubtem Erbringen von Wertpapierdienstleistungen): Dadurch wird Art 5 Abs 1 MiFID verwaltungsstrafrechtlich abgesichert, der vorschreibt, dass die Mitgliedstaaten das Erbringen von Wertpapierdienstleistungen an das Vorliegen einer entsprechenden Zulassung (Konzession) zu knüpfen haben. Indessen beruhen aber weder § 94 Abs 2 noch Abs 3 auf Vorgaben der MiFID, da es sich bei Abs 2 um eine von der MiFID nicht vorgeschriebene **zivilrechtliche Folge** des bewilligungslosen Erbringens von Dienstleistungen handelt und zudem das Wertpapierdienstleistungsergebnis des § 7, das § 94 Abs 3 unter Strafdrohung stellt, ein **österreichisches Spezifikum** nach dem Muster des für Kreditinstitute geltenden Bankgeheimnisses (§ 38 BWG) ist, das europarechtlich in der MiFID nicht vorgesehen ist (Art 54 MiFID enthält zwar ein „Berufsgeheimnis“, dieses richtet sich jedoch an die FMA und an die für die FMA tätigen Personen). Dementsprechend irrt der Gesetzgeber, wenn er § 94 Abs 2 und 3 auf Art 51 Abs 1 MiFID stützt.

A. Allgemeine verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften in Bezug auf das WAG 2007

- 2 Zur Frage der **persönlichen (verwaltungsstrafrechtlichen) Verantwortlichkeit** gem § 9 VStG im Bereich des WAG s bei § 95 Rz 9f sowie zur Bestellung **verantwortlicher Beauftragter** s bei § 95 Rz 11 ff.

Zu Fragen des **Verschuldens** (Fahrlässigkeit), einschließlich der für erforderlich erachteten Einrichtung eines internen **Regel- und Kontrollsystems**, s bei § 95 Rz 16 ff sowie zum **entschuldbaren Rechtsirrtum** iZm den Verpflichtungen nach dem WAG s bei § 95 Rz 21 f.

Zur Zuständigkeit der FMA ausschließlich für die **im Inland** begangenen Übertretungen sowie zu Fragen des **Tatorts** bei Verwaltungsübertretungen nach WAG s bei § 95 Rz 23 f.

1 ErläutRV 143 BlgNR 23. GP, 29.

B. Behördliche Zuständigkeit der FMA und Verfahren in Verwaltungsstrafsachen sowie Verjährung

Zur **behördlichen Zuständigkeit** der FMA in Verwaltungsstrafsachen nach §§ 94 und 95 s bei § 96 Rz 1 ff, zu deren Verwaltungsstrafverfahren s bei § 96 Rz 4 ff sowie zu Rechtsfragen iZm **Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen** in Verwaltungsstrafsachen der FMA s bei § 96 Rz 7 ff. 3

Zur **Verjährung** (Verfolgungs-, Strafbarkeit- und Vollstreckungsverjährung) von Übertretungen nach WAG s bei § 96 Rz 25 ff.

II. Erbringen von Wertpapierdienstleistungen ohne die erforderliche Berechtigung (Abs 1)

A. Allgemeines

Gemäß § 94 Abs 1 macht sich strafbar, wer **im Inland**² (s § 2 Abs 2 VStG) eine Wertpapierdienstleistung iSd § 3 Abs 2 erbringt, **ohne** über die erforderliche **Berechtigung** zu verfügen. Es handelt sich dabei um eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe von bis zu € 100.000,- geahndet wird.³ Bereits § 26 Abs 1 WAG aF hatte einen solchen Verwaltungsstrafatbestand enthalten, der bei dessen Schaffung dem § 98 Abs 1 BWG (Betrieb von Bankgeschäften ohne erforderliche Berechtigung) nachgebildet worden war.⁴ § 94 Abs 1 ähnelt insofern auch den Strafbestimmungen nach § 66 Abs 1 ZaDiG, § 60 Abs 1 Z 1 AIFMG, § 110 Abs 1 VAG, § 47 PKG und § 48 Abs 1 Z 1 BörseG. 4

Ausdrücklich vorgesehen ist eine **Subsidiarität** der gegenständlichen Übertretung gegenüber einer etwaigen gerichtlichen Zuständigkeit: Die FMA ist dementsprechend nur dann zuständig, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Verletzung des § 94 Abs 1 zu führen, wenn die Tat nicht auf Grund einer anderen Rechtsvorschrift von einem Gericht zu ahnden ist. Siehe zu den Rechtsfragen iZm der Subsidiarität ausführlich bei § 95 Rz 52.⁵

§ 94 Abs 1 ist als **Ungehorsamsdelikt** (schlichtes Tätigkeitsdelikt) zu qualifizieren, weil dessen Tatbild lediglich ein bestimmtes Verhalten ohne Rücksicht auf seinen Erfolg umschreibt. Es wird bei dieser Art von Delikten also weder der Eintritt eines Schadens noch der Eintritt einer Gefahr vorausgesetzt, sondern lediglich auf ein Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder auf die Nichtbefolgung eines Gebots abgestellt.⁶ Es genügt **Fahrlässigkeit**, da der gegenständliche Tat- 5

2 Zu Fragen iZm grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen s ausführlich *N. Raschauer in Gruber/Raschauer*, WAG § 94 Rz 13 f sowie *Schobel*, RdW 2008/6, 28, der sich aber in erster Linie auf den zivilrechtlichen Ort der Leistungserbringung bezieht, der aber streng vom (verwaltungsstrafrechtlichen) Tatort zu unterscheiden ist. Vgl allein ÜVS Kärnten KUVS-K1-696/8/2002 ecolex 2002, 781, zum Ort einer grenzüberschreitenden Beratung und Portfolioverwaltung. Vgl auch ausführlich ÜVS Wien 11. 1. 2012, 06/FMV/47/3362/2011, ZFR 2013/132, 234 (*Bachl*) zum grenzüberschreitenden Einlagengeschäft nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG.

3 Die Strafdrohung wurde durch das 2. Stabilitätsgesetz BGBl I 2012/35 beginnend mit 1. 5. 2012 (s § 108 Abs 13) von € 50.000,- auf € 100.000,- verdoppelt. Der Gesetzgeber verfolgte damit die Zielsetzung, die Einhaltung der Aufsichtsvorschriften zu verbessern: s ErläutRV 1685 BlgNR 24. GP, 5.

4 *Winternitz*, WAG § 26 Rz 1.

5 Zur Subsidiarität eines Verwaltungsstrafverfahrens gegenüber einer gerichtlichen Verurteilung iZm dem unerlaubten Giro- und Überweisungsgeschäft s jüngst *BVwG* 5. 11. 2014, W148 2008623-1 und W148 2008624-1 (Amtswegige Wiederaufnahme eines Verwaltungsstrafverfahrens und Behebung eines Straferk der FMA), ZFR 2015 (in Druck).

6 So der VwGH ausdrücklich zum Verstoß gegen § 1 Abs 1 Z 1 BWG iVm § 98 Abs 1 BWG (unerlaubte Bankgeschäfte): VwGH 7. 10. 2010, 2006/17/0006 und 0007; 7. 10. 2013, 2013/17/0592; 27. 1. 2014,

bestand nichts anderes bestimmt (§ 5 Abs 1 VStG). Es bedarf (im Gegensatz zum Delikt nach § 94 Abs 3) insbesondere keines erweiterten Vorsatzes, etwa einer Schädigungsabsicht des Verantwortlichen. Es gilt hier in Bezug auf das Verschulden eine **gemilderte Beweislastumkehr**: Die Strafbarkeit wird angenommen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn kein Verschulden trifft. Damit wird das Verschulden widerleglich vermutet, sodass der Beschuldigte von sich eine Entlastung herbeizuführen hat und konkrete Beweisanträge stellen muss.⁷

Im Gegensatz zu den Tatbeständen nach § 95 richtet sich die Verwaltungsstrafdrohung des § 94 Abs 1 grundsätzlich an jeden, somit nicht nur an „Rechtsträger“ iSd § 9 VStG (juristische Personen und eingetragene Handelsgesellschaften),⁸ sondern auch an **natürliche Personen**. Erbringt ein Rechtsträger berechtigungslos Wertpapierdienstleistungen, sind die Vorschriften iSd § 9 VStG über die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit zu beachten.⁹ Ob ein konkretes Verhalten verwaltungsstrafrechtlich einem Rechtsträger (und nicht der jeweils agierenden natürlichen Person) zurechenbar ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.¹⁰ Letztlich wird die **Zurechnung** einer Tat gerade im Bereich des geschäftlichen Handelns und Erbringens von Dienstleistungen nicht losgelöst von einer **zivilrechtlichen Beurteilung der Gehilfenzurechnung** im Lichte des § 1313 a ABGB erfolgen können.

B. Tatbestandsmerkmal „Wertpapierdienstleistungen gemäß § 3 Abs 2“

1. Art der Dienstleistungen

- 6 Für das Erbringen der Wertpapierdienstleistung stellt § 3 Abs 2 auf die **Gewerbsmäßigkeit** („gewerbliche Erbringung“) ab und nennt **vier Dienstleistungen**, deren Erbringen gegenüber **Kunden** (s die Definition eines „Kunden“ in § 1 Z 12) einer Konzession der FMA bedürfen:
- **Z 1:** Anlageberatung in Bezug auf Finanzinstrumente; s hierzu die Definition der „Anlageberatung“ in § 1 Z 2 lit e) in Zusammenschau mit § 1 Z 27 (Abgabe **persönlicher Empfehlungen**);
 - **Z 2:** Portfolioverwaltung durch Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis, wobei ein Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden vorhanden sein muss, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente umfasst;
 - **Z 3:** Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben;
 - **Z 4:** Betrieb eines multilateralen Handelssystems („MTF“); s hierzu die Definition eines MTF in § 1 Z 9.

Das gewerbliche Erbringen **anderer** als dieser vier typisierten Tätigkeiten steht daher nicht unter Strafdrohung des § 94 Abs 1, sondern gegebenenfalls der § 1 Abs 1 iVm § 98 Abs 1 BWG oder vergleichbarer Tatbestände. Nach WAG ist daher insbesondere das erlaubnislose Erbringen von **Nebendienstleistungen** nach § 1 Z 3 **nicht** strafbar. Die von den Z 1 bis 3 di-

2011/17/0073 sowie 24. 4. 2014, 2014/02/0014. Ebenso ausdrücklich in Bezug auf § 98 Abs 1 BWG: *Oppitz in Chini/Oppitz*, BWG § 98 Rz 2.

7 Siehe näher zum Ungehorsamsdelikt, zur Fahrlässigkeit und zur „gemilderten Beweislastumkehr“ die Ausführungen bei § 95 Rz 16 f.

8 Zur diesbezüglichen Beschränkung auf „Rechtsträger“ s die Ausführungen in § 95 Rz 6 ff.

9 Hierzu s die Ausführungen in Rz 9 f zu den Verantwortlichen nach § 9 Abs 1 VStG und Rz 11 ff zu den Verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs 2 VStG) bei § 95.

10 Vgl allgemein zu einer solchen Zurechnung *Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguny*, VStG § 9 Rz 7.

rekt bzw in Z 4 mittelbar über die Definition nach § 1 Z 9 erfassten „**Finanzinstrumente**“¹¹ definiert § 1 Z 6. Die Strafbarkeit einer Handlung orientiert sich dabei in erster Linie an der Beurteilung, ob ein bestimmtes Tätigkeitsbild eine der vier typisierten Dienstleistungen, die allesamt auf dem europaweit harmonisierten Anhang I Abschnitt A der MiFID beruhen,¹² erfüllt. Die Beurteilung einer Konzessionspflicht ist daher stets europarechtskonform **im Einklang mit der MiFID** vorzunehmen.

Aus dem Umstand, dass es sich insgesamt um „Dienstleistungen“ handelt, folgt zwangsläufig die Voraussetzung des **selbständigen Erbringens für einen bzw im Auftrag eines Dritten** und nicht für sich selbst (etwa Eigenhandel).¹³ Auch **unselbständig erbrachte Arbeitsleistungen** sind demgemäß weder unter § 3 Abs 2 noch unter § 94 Abs 1 zu subsumieren. Der **Versuch** des Erbringens einer Wertpapierdienstleistung ist mangels ausdrücklicher Anordnung in § 94¹⁴ ebenso wenig strafbar wie bloße **Vorbereitungshandlungen**, die das Tatbild noch nicht erfüllen (also etwa die bloße Vereinbarung eines Beratungstermins oder das bloße Anbieten von Dienstleistungen, ohne dass es zu deren tatsächlichem Erbringen kommt).

Im gegenständlichen Zusammenhang sind jedoch die zahlreichen **persönlichen Ausnahmestatbestände des § 2 Abs 1** zu beachten, denen zufolge die Bestimmungen des WAG 2007 für bestimmte selbständig agierende Personen bzw Unternehmen grundsätzlich nicht gelten (etwa Versicherungsunternehmen,¹⁵ Wertpapiervermittler, das „Konzernprivileg“ etc). Gleiches gilt, auch wenn dies in § 2 nicht ausdrücklich vorgesehen ist, aus systematischen und europarechtlichen¹⁶ Überlegungen für **vertraglich gebundene Vermittler** (vgV) nach § 28 iVm der Legaldefinition nach § 1 Z 20, die Wertpapierdienstleistungen im Namen und für Rechnung und „unter vollständiger und unbedingter Haftung“ einer Wertpapierfirma oder eines Kreditinstituts erbringen, aber selbst keine Wertpapierfirma sind. Für alle diese Personen gilt somit, sofern sie sich im gesetzlichen Rahmen dieser Ausnahmebestimmungen bewegen, weder die Konzessionspflicht nach § 3 Abs 2 noch der Verwaltungsstraftatbestand nach § 94 Abs 1, obwohl die betreffenden Unternehmen – bei isolierter Betrachtung – selbständig Wertpapierdienstleistungen erbringen. **7**

Hinsichtlich der Frage, ob eine konkrete Handlung einen der genannten Konzessionstatbestände erfüllt, ist auch auf die strengen Anforderungen des VStG an einen „**entschuldbaren Rechtsirrtum**“ hinzuweisen. Demnach entschuldigt (selbst bei komplexen Sachverhalts- und Rechtsfragen) im Wesentlichen lediglich eine **behördliche Auskunft** der FMA¹⁷ bzw das Vertrauen auf die **höchstgerichtliche Rsp** eine objektive Übertretung des § 94. Siehe hierzu näher bei § 95 Rz 21 f. Im Fall von Zweifeln über die Konzessionspflicht geht der VwGH in seiner stRsp davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von **8**

11 Siehe zur Frage, ob vinkulierte Namensaktien den Begriff der „übertragbaren Wertpapiere“ nach § 1 Z 6 lit a erfüllen: UVS Wien 12. 3. 2012, 06/FM/29/4254/2011, sowie 06/FM/29/4251/2011 ZFR 2012/102, 188 (Bachl).

12 Zur näheren Beschreibung dieser Dienstleistungen s die entsprechenden Kommentierungen zu § 3 Abs 2. Siehe auch Zahradnik in Gruber/Raschauer, WAG § 3.

13 Vgl auch N. Raschauer in Gruber/Raschauer, WAG § 94 Rz 3.

14 Dies wäre gem § 8 Abs 1 VStG jedoch erforderlich, um die Strafbarkeit eines Versuchs zu begründen.

15 Für diese s jedoch die Gegenausnahme der dennoch anwendbaren Vorschriften des § 2 Abs 2.

16 Vgl Art 23 MiFID.

17 Einen entschuldbaren Rechtsirrtum in Bezug auf § 3 Abs 2 iVm § 94 Abs 1 bejahend: UVS Wien 12. 3. 2012, 06/FM/29/4254/2011, sowie 06/FM/29/4251/2011 ZFR 2012/102, 188 (Bachl).