

Die „erforderlichen Eigenschaften“ von Geschäftsleitern eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens

Ernst Brandl / Susanne Kalss

Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie der EU fordert für Geschäftsleiter von Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Eigenschaften „fit und proper“. Allerdings bieten weder die genannte Richtlinie noch das österreichische Wertpapieraufsichtsgesetz einen Anhaltspunkt für die Interpretation des Wortes „proper“. Der vorliegende Beitrag versucht, diese gesetzgeberischen Regelungslücken zu schließen, in dem er Vorschläge zur Konkretisierung des Begriffs „erforderliche Eigenschaften“ macht.

Stichwörter: § 5 Abs 1 Z 6 und 7 BWG; § 20 Abs 1 Z 3 WAG; Geschäftsleiter; Erforderliche Eigenschaften; Lauterkeit; Zuverlässigkeit; Wertpapierdienstleistungsunternehmen; qualifizierte Beteiligung.

The Investment Services Directive requires managers of investment firms to be „fit and proper“. Neither the directive nor the Austrian Securities Services Act, however, indicate any further criteria to interpret the word „proper“. The essay provides a proposal for filling this legislative vacuum.

1. Einleitung

Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen erbringen, brauchen eine Konzession gem §§ 19 f Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) [1]. Damit eine solche Konzession erteilt werden kann, müssen Geschäftsleiter gemäß § 20 Abs 1 Z 3 WAG aufgrund ihrer Vorbildung *fachlich geeignet* sein und die für das Erbringen von Wertpapierdienstleistungen *erforderlichen Erfahrungen und Eigenschaften* haben. Welche Eigenschaften *erforderlich* sind, damit die zuständige Behörde die Konzession zu erteilen hat bzw welche Eigenschaften zur Verweigerung der Konzession zu führen haben,



Photo: privat

Dr. Ernst Brandl, LL.M. (Chicago), M.B.A. (Harvard), Rechtsanwalt in Wien; bis vor kurzem Leiter der Rechtsabteilung der Bundes-Wertpapieraufsicht; e-mail: brandl@btp.at.



Photo: Pollinger

Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz), Institut für Rechtswissenschaften an der Universität Klagenfurt; e-mail: susanne.kalss@uniklu.ac.at

wird vom Gesetzgeber nicht näher bestimmt. Weder in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage [2] noch im Bericht des Finanzausschusses [3] wird genauer ausgeführt, was unter dem Begriff der „erforderlichen Eigenschaften“ zu verstehen ist. Der vorliegende Aufsatz soll zur Klärung dieses Begriffes beitragen.

Dabei empfiehlt es sich, vorweg den methodischen Standpunkt zu deklarieren, von dem diese Studie ausgeht: Ein Tatbestandselement, das in relativ jungen Gesetzen und anderen Rechtsquellen normiert worden ist, läßt sich nur mit Blick auf seine Genese und auf seine systematischen Verortungen beschreiben. Dies kann im Fall der „erforderlichen Eigenschaften“ des WAG unter Heranziehung der vom WAG angeführten österreichischen Gesetze, der EU-Richtlinie und der dieser Richtlinie Rechnung tragenden Gesetzesbestimmungen anderer EU-Länder erfolgen. Methodisch verfehlt und die Kapazität solch einer Studie überfordernd wäre es, eine ausdifferenzierte Feststellung bzw Festlegung des begrifflichen Inhalts der „erforderlichen Eigenschaften“ zu erwarten bzw zu suggerieren. Die begrifflich-inhaltliche Auffüllung ist ein Prozeß, der

kasuistisch, durch die auf einen konkreten Fall bezogene Rechtsfindung von Judikatur und Spruchpraxis zu geschehen hat [4] – und im vorliegenden Fall in der Zukunft liegt. Was sich zum Begrifflichen der „erforderlichen Eigenschaften“ sondieren läßt, sind Vorgaben aus juristischer Systematik wie aus rechtlichen Wertungen, die als primäre Anhaltspunkte bei der Entwicklung von Judikatur und Spruchpraxis vorrangig in Erwägung gezogen werden sollten. Im Sinn solch einer Empfehlung ist das Ergebnis dieses Artikels zu verstehen.

2. Österreichische Rechtslage

Betrachtet man die mit dem WAG thematisch verwandten Bestimmungen des Bankwesengesetzes (BWG) sowie des Kreditwesengesetzes (KWG)

[1] BGBl 1993/532 idF BGBl I 1999/49.

[2] 369 BlgNR, 20. GP, 61.

[3] 473 BlgNR, 20. GP, 2.

[4] Zum Verständnis von Recht als eine interpretative Praxis siehe *Somek / Forgó*, Nachpositivistisches Rechtsdenken 81 ff.

[5], so zeigt sich, daß auch dort eine zweistufige Eignungsprüfung vorgehen ist. Auch das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) und das Pensionskassengesetz (PKG) sehen ähnlich dem BWG, dem WAG und dem BörseG (§ 3 Z 9) für den Versicherungs- und Pensionskassenbereich, die ebenfalls den finanziellen Dienstleistungen zuzurechnen sind [6] und sondergewerberechtlichen Vorschriften sowie speziellen Fachaufsichten unterliegen, das Erfordernis des Vorliegens der besonderen Eigenschaften vor § 4 Abs 6 Z 1 VAG verlangt als Konzessionsvoraussetzung das Vorliegen der besonderen Eigenschaften der Vorstandsmitglieder, sodaß die Aufsichtsbehörde auch auf die persönliche Eignung, dh auf die *Zuverlässigkeit* und den *guten Leumund* der Vorstandsmitglieder zu achten hat [7]. In ähnlicher Weise sieht § 9 Z 3 PKG den Mangel der erforderlichen Eigenschaften eines Vorstandsmitglieds einer Pensionskasse als Grund vor, die Konzession zu verweigern.

Nach allen oben erwähnten Vorschriften wird die Voraussetzung „fachliche Eignung“ dann gegeben sein, wenn der Kandidat eine einschlägige Ausbildung erfolgreich absolviert hat und dadurch demonstrieren kann, daß er in ausreichendem Maße jene theoretischen und praktischen Fähigkeiten erworben hat, die für das erfolgreiche Abwickeln der unter die konzessionierte Tätigkeit fallenden Geschäfte erforderlich sind [8]. Die Voraussetzung „Erfahrungen“ wird dann gegeben sein, wenn der Kandidat ausreichende „Leitungserfahrungen“ in dem von der Konzession umfaßten Bereich aufweist [9]. Der rein „fachliche“ Bereich ist also durch die Begriffe „fachliche Eignung“ und „Erfahrungen“ abgedeckt. Nimmt man nun an, daß der Gesetzgeber mit den „erforderlichen Eigenschaften“ einen selbständigen, nicht

in der „fachlichen Eignung“ aufgehenden Tatbestand normiert hat, kann man mit der Literatur davon ausgehen, daß es sich bei den „Eigenschaften“ um charakterliche Eigenschaften handelt [10], die von der Literatur mit dem Begriff der „Zuverlässigkeit“ umschrieben werden und sich auf die „*persönlich-professionelle* Lauterkeit“ [11] des Geschäftsführers beziehen [12].

Nach *welchen Maßstäben* ermittelt werden kann, wann eine Person diese „erforderlichen Eigenschaften“ hat, ist jedoch *nicht festgelegt*. Sicher ist in diesem Zusammenhang nur, daß aufgrund des Verweises in § 20 Abs 1 Z 5 WAG auf § 5 Abs 1 Z 6 und Z 7 BWG konkret bestimmt wird, daß – abgesehen von den Voraussetzungen des § 20 Abs 3 WAG – die Konzession nur dann zu erteilen ist, wenn bei keinem der Geschäftsführer ein Ausschließungsgrund iSd § 13 Abs 1 bis 6 GewO 1973 vorliegt und gegen keinen der Geschäftsführer rechtskräftige Anklage wegen einer vorsätzlichen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Handlung erhoben worden ist. Der Gesetzgeber enthebt die Behörde in diesen Fällen von der Verpflichtung, weitere Ermittlungen die Zuverlässigkeit betreffend vorzunehmen. Das Erfordernis der „*erforderlichen Eigenschaften*“ wird daher von der Literatur als Auffangtatbestand für all jene Fälle gesehen, in denen die Voraussetzungen der §§ 13 GewO und 5 Abs 1 Z 7 BWG gegeben sind, aber dennoch *Zweifel* am Vorhandensein der *erforderlichen Eigenschaften* des Geschäftsführers bestehen [13].

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Bei der Bestimmung der „erforderlichen Eigenschaften“ sind auf der

Ebene des Verfassungsrechts vor allem zwei Gebote zu berücksichtigen: Einerseits stehen „Verlässlichkeitsklauseln“ des Verwaltungsrechts als unbestimmte Gesetzesbegriffe in einem Spannungsverhältnis mit Art 18 B-VG (Bestimmtheitsgebot) [14]. Andererseits sind Entscheidungsvoraussetzungen über das Gewähren oder Versagen der Genehmigung, eine bestimmte Erwerbstätigkeit auszuüben, an den verfassungsrechtlichen Schranken des Art 6 StGG (Erwerbsfreiheit) zu messen.

Das Gebot des Art 18 B-VG verlangt vom Gesetzgeber, daß gesetzliche Grundlagen der Vollziehung ein „gewisses Ausmaß an Bestimmtheit“ haben [15]. Das Verwenden unbestimmter Rechtsbegriffe durch den Gesetzgeber ist dann zulässig, wenn die Begriffe einen so weit bestimmbareren Inhalt haben, daß der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten kann; daß die Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe mit Art 18 B-VG vereinbar ist, wenn das Verhalten der Behörde auf seine Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann, hat der VfGH wiederholt ausgesprochen [16]. Um zu überprüfen, ob ein bestimmter Gesetzesbegriff im Hinblick auf Art 18 B-VG verfassungskonform ist, müssen daher im Gesetz Wertmaßstäbe zu finden sein, die zum Auffüllen dieses Begriffs herangezogen werden können. Ist solch eine inhaltliche Auffüllung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs gelungen, ist zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Behördenhandelns zu prüfen, ob die von der Behörde dabei angewendeten Maßstäbe zur Konkretisierung des unbestimmten Gesetzesbegriffs allenfalls diesen im *geltenden Gesetz auffindbaren Wertungsrichtlinien entsprechen* [17].

Art 6 StGG bestimmt, daß „jeder Staatsbürger ... unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbs-

[5] Erstmals finden sich für die Kreditwirtschaft in der Bankgewerbekonzessionsverordnung vom 17. 7. 1925 (BGBl 1925/263) derartige Regelungen. Als Konzessionsvoraussetzung wird gemäß §§ 5, 6 und 9 leg cit die Vertrauenswürdigkeit normiert, die durch Erhebungen über das Vorleben, die bisherige geschäftliche Tätigkeit und die berufliche Vorbildung beurteilt wird.

[6] Vgl *Baran*, VAG² § 4 Anm 8, S 17.

[7] *Braumüller*, Versicherungsaufsichtrecht 86, vgl auch die internationalen Anforderungen der Versicherungsaufsicht: Art 38 IAIS-Standards Nr 1.

[8] *Laurer* in Fremuth et al, BWG², § 5, Rz 8.

[9] *Frölichsthal* in Frölichsthal et al, Komm WAG Rz 8 zu § 20.

[10] *Laurer* in Fremuth et al, BWG², § 5, Rz 8; *Frölichsthal* in Frölichsthal et al, WAG Rz 8 zu § 20; *Chini / Frölichsthal*, BWG² § 5 FN 20.

[11] Dieser Begriff hat sich in einem der zahlreichen Gespräche ergeben, die über Aspekte dieser Arbeit mit Herrn Univ.-Prof. Dr. *Nikolaus Benke* geführt wurden.

[12] Zur Parallelbestimmung des KWG: *Laurer* in Fremuth / *Laurer*, KWG²

§ 5 Rz 16; *Borns*, Bankrecht 21, 24; *Schork*, KWG § 33 Rz 21; zum VAG: *Kaulbach*, ZVWiss 1976, 699.

[13] *Chini / Frölichsthal*, BWG², § 5 FN 20.

[14] *B. Davy*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1988, 126.

[15] Siehe *Walter / Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ Rz 569.

[16] VfSlg 6477/1971 und die dort angeführte Vorjudikatur.

[17] VwGH 27. 6. 1990 90/18/0044; vgl auch *Walter / Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ Rz 579.

zweig ausüben“ kann. Der Gesetzgeber ist also aufgrund des Gesetzesvorbehalts befugt, eine Regelung der Ausübung der Berufe vorzunehmen und vorzuschreiben, daß die Berufsausübung nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt oder unter gewissen Umständen verboten ist. Der Gesetzgeber ist dabei an die sachlichen Grenzen der Materie gebunden. Die Zuverlässigkeit als Voraussetzung für das Erteilen der Konzession ist solch eine Schranke für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, die allerdings von besonders gewichtigen öffentlichen Interessen getragen werden muß [18]. Das Handeln der Behörde hat sich an diesen öffentlichen Interessen zu orientieren; dies bedeutet, daß diese die Konzession nur dann verweigern darf, wenn sich im Lichte der geschützten öffentlichen Interessen erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit ergeben.

Sowohl bei der Prüfung, ob die Zugangsbeschränkung von gewichtigen öffentlichen Interessen getragen ist, als auch bei der Ermittlung der Wertungsrichtlinien zur Feststellung der Rechtmäßigkeit des Behördenhandelns im Hinblick auf Art 18 B-VG wird man sich aufgrund des oben beschriebenen Verweises des WAG auf die GewO an der Rechtsprechung zur Gewerbeordnung zu orientieren haben. Allerdings sind dabei unter Beachtung der durch das Kapitalmarktrecht geschützten Interessen und – im Hinblick darauf, daß es sich beim WAG um die Umsetzung europarechtlicher Normen handelt –, die europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Wertungsrichtlinien des WAG können sich daher von jenen der GewO unterscheiden und möglicherweise *auch strengere Eingriffe* in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit rechtfertigen.

4. Gewerbeordnung als Richtschnur

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit wird vom WAG (§ 20 Abs 1 Z 5)

über das BWG [19] auf die Gewerbeordnung (§§ 13, 25aF, 87 Abs 1 GewO) verwiesen [20]. Als Ausschließungsgrund nach diesen Vorschriften gilt *jedenfalls* das Vorliegen der in § 13 GewO aufgezählten sowie „gewisser“ Delikte, die wegen der geringen Strafhöhe nicht unter § 13 GewO fallen, aber für einen Geschäftsleiter eines WPDLUs wegen der Art des Delikts „*schon potentiell*“ gefährlich [21] sind, wie etwa Vermögensdelikte, also beispielsweise Untreue, Geldwucher und grobe Benachteiligung von Gläubigerinteressen.

Vom VwGH wurde der Begriff der Zuverlässigkeit (im Rahmen der GewO) so ausgelegt, daß darunter eine solche „*Geisteshaltung und Sinnesart*“ [22] zu verstehen ist, die Gewähr dafür bietet, daß bei Ausübung des Gewerbes die *dabei* zu beachtenden öffentlichen Rücksichten gewahrt bleiben. Diese Konzessionsvoraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn die Handlungen und Unterlassungen des Konzessionswerbers so beschaffen sind, daß eine zukünftige Ausübung der Tätigkeit den im Zusammenhang mit dem Gewerbe zu beachtenden öffentlichen Interessen widersprechen würde [23]. Gleiches gilt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit einer Person, der bei einer juristischen Person ein maßgebender Einfluß auf den Betrieb der Geschäfte zusteht [24]. Die Behörde kann nach Ansicht des VwGH bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit einer Person im übrigen *selbst bereits getilgte* Verwaltungsstrafen heranziehen [25].

Obwohl in den untersuchten Anlaßfällen für das Verweigern der Konzessionserteilung ausschließlich Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften und damit zusammenhängende Bestrafungen ausschlaggebend waren, deuten die nachstehend kurz beschriebenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs darauf hin, daß auch Verstöße gegen privatrechtliche Normen (also zB gegen Vertragsbestimmungen oder privatrechtliche Sorgfaltsgebote) bei der Beurtei-

lung der Zuverlässigkeit zu berücksichtigen sind: Eine *Bestrafung* ist nämlich nach der Judikatur des VwGH *nicht* Voraussetzung für die Annahme des Fehlens der Zuverlässigkeit [26]. Es kommt bei der Beurteilung des Persönlichkeitsbilds nicht darauf an, daß die Handlungen und Unterlassungen im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit begangen worden sind, sondern es ist das *gesamte Verhalten* in die Beurteilung einzubeziehen [27]. Entscheidend ist, daß der Bewerber nach seinem vor allem auch unter Berücksichtigung (aber offenbar nicht ausschließlich aufgrund) der erfolgten Verurteilungen manifest gewordenen Verhalten keine Gewähr dafür bietet, daß er die bei Ausübung des Gewerbes zu beobachtenden öffentlichen Rücksichten wahren werde, wobei *schon Zweifel an der Zuverlässigkeit einen Versagungsgrund bilden* [28]. Schließlich sei auch noch auf Entscheidungen des VwGH verwiesen, wonach das Wiedererlangen der Zuverlässigkeit – durch Änderung der „Sinnes- und Geisteshaltung“ – allein durch die seit der Verurteilung verstrichene Zeit nicht indiziert ist [29]. So ist es unter Umständen nicht rechtswidrig, eine aus dem Persönlichkeitsbild abgeleitete Befürchtung der mangelnden Vertrauenswürdigkeit in einem bereits 10 Jahre zurückliegenden Verwirklichen eines Straftatbestandes zu hegen und deshalb die Konzession zu verweigern. Selbst dann, wenn der Konzessionswerber einen durch die pflichtwidrige Handlung verursachten Schaden ersetzt hat, kann die Behörde, wenn sie aufgrund anderer Indizien Grund dazu hat, von einem Persönlichkeitsbild ausgehen, das die Erteilung der Konzession verbietet [30].

Ein – und dies sei ausdrücklich betont – *älteres* Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs [31] bestätigt die strenge Haltung des VwGH: Nach diesem Erkenntnis ist es selbst dann nicht unsachlich und damit nicht verfassungswidrig, die Konzession für das Gastgewerbe mangels Zuverlässigkeit

[18] Siehe *Walter / Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ Rz 1386 mwN.

[19] § 5 Abs 1 Z 6 BWG.

[20] *Frölichsthal* in *Frölichsthal et al*, WAG, § 20 Rz 8; *Chini / Frölichsthal*, BWG² § 5 FN 20; zum dt Recht: *Jung / Schleicher*, Regelungen für Finanzdienstleister, 71.

[21] So *Chini / Frölichsthal*, BWG², § 5 FN 20.

[22] VwGH 28. 6. 1994, 93/04/0034

mwN.

[23] VwSlg 9607 A/1978; VwGH 27. 11. 1990, 89/04/0018.

[24] VwGH 10. 6. 1992, 92/04/0059.

[25] Siehe zuletzt VwGH 28. 6. 1994, 93/04/0034; VwGH 23. 11. 1993, 93/04/0157; VwGH 28. 2. 1989, 87/04/0130; VwGH 25. 9. 1956, VwSlg 4142 A.

[26] VwGH 18. 10. 1989, 86/09/0154; 28. 3. 1989, 88/04/0026.

[27] VwGH 25. 9. 1990, 90/04/0053.

[28] VwGH 2. 12. 1987, 87/03/0082.

[29] VwGH 27. 4. 1994, 92/04/0247. In diesem Zusammenhang ist freilich zu erwähnen, daß dieser Ansicht nur in Ausnahmesituationen zu folgen ist, in der Regel also Wohlverhalten während einer qualifizierten Zeitdauer dazu führen wird, daß die Zuverlässigkeit wieder erlangt wird.

[30] VwGH 24. 11. 1992, 92/04/0102.

[31] VfSlg 8839/1980.

sigkeit zu verweigern, wenn die *Konzessionswerberin* selbst *unbescholten* ist, sich jedoch in einer Lebensgemeinschaft mit ihrem Ehegatten befindet, der 10 Jahre vor dem Einbringen des Konzessionsantrages wegen mehrerer Vermögensdelikte verurteilt wurde. Auch die der Entscheidung der Behörde zu Grunde liegende Bestimmung des § 193 Abs 2 GewO 1973 hielt der VfGH für unbedenklich.

Einschränkend wirkt in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß eine Zuverlässigkeitsprüfung eine Schranke für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und damit ein Eingriff in das durch Art 6 StGG verbrieft Grundrecht ist. Für den Gesetzgeber sind solche Eingriffe nur dann zulässig, wenn sie durch besonders gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt sind [32]; der Vollziehung ist ein solcher Eingriff nur dann erlaubt, wenn eine Prüfung *im Einzelfall* [33] unter Bedachtnahme dieser öffentlichen Interessen die mangelnde Zuverlässigkeit ergeben hat. Das Vorliegen solcher Interessen wird im vorliegenden Zusammenhang unter Hinweis auf die Bedeutung des Kapitalmarkts für die Volkswirtschaft bejaht werden können; nach Ansicht des VfGH sind in diesem Bereich selbst restriktivste Beschränkungen wie etwa Bedarfsprüfungen im Zusammenhang mit der Konzessionierung von Kreditinstituten zulässig [34].

5. Europarechtlicher Hintergrund

Die Integration der europäischen Kapitalmärkte wurde in mehreren Schritten vollzogen. Der Anfang wurde mit der ersten Bankrechtskoordinierungs-

RL [35] gemacht, die allgemeine Vorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit von Kreditinstituten (Mindestvoraussetzungen der Harmonisierung) enthält. Da aber die RL den Begriff der Bankgeschäfte eng faßt, sind nur Unternehmen, die Einlagen entgegennehmen und Kredite auf eigene Rechnung gewähren, als Banken anzusehen. Wertpapierhäuser, die keine Einlagen entgegennehmen, fallen nicht unter den Begriff, sodaß dafür eine zusätzliche, eng an die Bankrechtskoordinierungs-RL angelehnte Richtlinie verabschiedet wurde [36]. Die erste Bankrechtskoordinierungs-RL verlangt in Art 3 Abs 2, daß die Personen, welche die Geschäftstätigkeit des Kreditinstituts *tatsächlich* bestimmen, die *notwendige Zuverlässigkeit* und die angemessene Erfahrung besitzen müssen, damit das Kreditinstitut die Konzession erlangen kann. Gemäß Art 3 Abs 3 der *Wertpapierdienstleistungs-RL* wird die Zulassung zum Betrieb einer Wertpapierfirma nur erteilt, wenn die Personen, die die Geschäfte der Gesellschaft *tatsächlich* leiten, *gut beleumundet* sind und *ausreichende Erfahrungen* besitzen [37]. Die europarechtlichen Regelungen betonen das aufsichtsrechtliche Regelungskonzept der *Kontrolle* der dienstleistenden Unternehmen, einschließlich deren Eigenmittelausstattung, Solvenz, Risikoabsicherung und insbesondere der *Geschäftsführung*, im Finanzsektor im Unterschied zur Kontrolle von einzelnen Produkten [38] oder Preisen [39].

5.1. Umsetzung der europarechtlichen Vorgabe

Nach der vom EuGH geprägten Formel ist das nationale Recht so weit

wie möglich im Licht des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen [40]. Die Notwendigkeit der europarechtskonformen Auslegung bezieht sich nicht allein auf durch die Umsetzungsverpflichtung neugeschaffene Vorschriften, sondern erfaßt auch das bereits bestehende Recht, das uU in der Formulierung gar nicht geändert, gegebenenfalls aber in einem neuen, europarechtlichen Licht gesehen werden muß [41]. Die europarechtliche Auslegung nationaler Vorschriften kann daher uU zu einem neuen Verständnis bestehender nationaler Regelungen führen. Bevor aber das nationale Recht auf seine Richtlinienkonformität zu untersuchen ist, muß – entsprechend dem Doppelbau der Rechtsnormen – als erster Schritt die Richtlinie und der europarechtlich geprägte Begriff selbst ausgelegt werden [42].

Das EG-Sekundärrecht steht unter der zentralen Auslegungsmaxime, daß es in der gesamten Gemeinschaft *einheitlich anzuwenden* und daher entsprechend *auszulegen* ist [43]. Gemeinschaftsrechtlich verstandene Begriffe und Konzepte sind autonom zu entwickeln. Zwar zieht der EuGH zur Ermittlung des Regelungsgehalts einer Richtlinie – ebenso wie nationale Gerichte – Wortlaut, Entstehung, systematische Stellung und den Sinn und Zweck der Regelung heran, er gewichtet aber die Wahl der Methoden anders [44]. Besonderes Schwergewicht wird auf die systematische Stellung und den Zweck der Regelung gelegt. Das zentrale Instrument zur Erreichung dieses Ziels, dh zur Ermittlung eines gemeinschaftsweiten Verständnisses einzelner Richtlinienbestimmungen, ist die *rechtsvergleichende Auslegung* [45]. Auf der Grund-

[32] Siehe *Walter / Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁸ Rz 1492 ff.

[33] Siehe in diesem Zusammenhang VfSlg 15.216.

[34] So hat der VfGH in Bezug auf § 5 Abs 1 Z 2 KWG 1979 sogar eine Bedarfsprüfung als verfassungskonform angesehen (VfGH 16. 6. 1990, B 610/89); s ferner dt BVerfG NJW 1958, 1035.

[35] 77/780/EWG, ABI EG L 322 vom 17. 12. 1977, 30 ff.

[36] Vgl *Mauerhofer*, Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 26 ff.

[37] In ähnlicher Weise sehen Art 8 Abs 2 der ersten RL LebensV und RL NichtlebensV idF Art 5 Dritte RL LebensV bzw Art 6 Dritte RL NichtlebensV das Erfordernis der Zuverlässigkeit, Fachkunde und Berufserfahrung vor.

[38] Mit Ausnahme von verschiedenen Kriterien für börsennotierte Wertpa-

piere nach der Börsenzulassungs-RL setzt das europäische Recht vor allem auf Information über die verschiedenen Instrumente (Börsenzulassungs-Prospekt-RL; Emissionsprospekt-RL; OGAW-RL).

[39] Vgl *Müller*, Versicherungsinnenmarkt 178 Rz 477.

[40] EuGH Slg 1984, 1909; EuGH Slg 1989, 3546; s ferner *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht⁴, 22 f; *Lutter* in *Zöllner-FS* (1999) 365; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 292.

[41] Vgl etwa OGH RZ 2000, 70; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 126, 131; *Franzen*, Privatrechtsangleichung 352; vgl auch *Eckert*, WM 1993, 1076; *Ulmer*, EuZW 1993, 340; ferner *St Korinek*, JBI 1999, 159.

[42] *Schulze* in *Schulze*, Auslegung 14; *Rüffler*, ÖJZ 1997, 121 ff; *Grundmann*, ZEuP 1996, 399 ff.

[43] *Potacs*, Gutachten zum 14. ÖJT,

V/1, 47; *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht 112 ff; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht 101 Rz 140; *Schulze* in *Schulze*, Auslegung 10. Begriffe sollen grundsätzlich nicht in Anlehnung an eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen definiert werden: EuGH Slg 1982, 13, 24 (Coleman).

[44] Vgl etwa *Hommelhoff* in *Schulze*, Auslegung 11 ff und 29 ff.

[45] *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999) 101 Rz 140; *Bleckmann*, ZGR 1992, 365 f; *Lutter*, JZ 1992, 603 f; ferner *Reich*, ZEuP 1994, 389 f; *Schulze* in *Schulze*, Auslegung 16 f; *Hommelhoff* in *Schulze*, Auslegung 34, 45, der auf die Bedeutung des Entstehungshintergrunds, dh auf die nationalen Vorbildregelungen verweist; so auch EuGH Slg 1992, 1 4897, 4909; *Lutter* in *Schulze*, Auslegung 83.

lage der Rechtsvergleichung erfolgt dann die Auslegung von geschriebenen EG-Recht und der einzelnen Begriffe. Neben der Einheitlichkeit des Regelverständnisses strebt der EuGH die möglichst volle Wirkungskraft (*effet utile*) der Bestimmungen an [46]. Das heißt: Die Bankrechtskoordinierungs-RL ist ebenso wie die Wertpapierdienstleistungs-RL in allen 15 Mitgliedstaaten umgesetzt [47], sodaß ein Blick auf einzelne Regelungen notwendig ist, um das europarechtliche Verständnis der Begriffe zu klären. Es wird dadurch erkennbar, wie andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Richtlinientext, der wegen seiner Unbestimmtheit jedenfalls einer Auffüllung bedarf [48], verstehen und auslegen und welches Verständnis der Regelung daher auch im europarechtlichen Kontext zugrunde zu legen ist [49]. Herausgegriffen werden die englische und die deutsche Regelung, sind doch die Kapitalmärkte dieser beiden Länder die wichtigsten innerhalb der gesamten Gemeinschaft; die dort aufgefundenen Regelungen bilden daher in besonderem Maß wichtige Bausteine für das europarechtlich relevante Verständnis von Richtlinienbestimmungen [50]. Das *englische* Recht eignet sich außerdem als Untersuchungsgegenstand deshalb besonders gut, weil es seine Regelungen traditionell am Marktteilnehmer und nicht am einzelnen Produkt anknüpft und das Funktionieren des Markts von der Solidität der Mitwirkenden abhängig macht [51]. Das *deutsche* Recht bildet deshalb ein geeignetes Vergleichsfeld, weil es – ähnlich wie das österreichische Recht – ursprünglich von der Produktkontrolle ausgegangen ist und die Regelung der Markt-

teilnehmer erst in einem späteren Schritt vollzogen hat [52]. Zudem ist die deutsche Markt- und Vertriebsstruktur der österreichischen ähnlich, sodaß ein vergleichender Blick auf diese beiden Rechtsordnungen besonders fruchtbar erscheint.

5.2. Englische Rechtslage

Wer nach englischem Recht ein *investment-business* betreiben will, dh wer als Effektenhändler zugelassen werden möchte, hat sich dem „*fit and proper*“-Test zu stellen, was neben der fachlichen Qualifikation auch die persönlich-professionelle Lauterkeit voraussetzt [53]. Der *fit and proper*-Test der für das jeweilige *investment-business* maßgeblichen Personen ist Kernelement von Kapitalmarkt- und Anlegerschutzregelungen und findet sich sowohl im Bank-, im Kapitalmarkt- als auch im Versicherungsbereich [54]. Abgesehen von Fragen der fachlichen Eignung (*competence*) sind damit *reputation and character* angesprochen, die sich mit den Schlagworten *honesty, probity* und *integrity* einfangen lassen. Während die kapitalmarktrechtlichen Regelungen allgemeine Formulierungen und eine generalklauselartige Regelung wählen, legt der *Banking Act* die Zuverlässigkeitskriterien genauer [55] fest: „*Every person who is or is to be, a director, controller or manager of the institution is a fit and proper person to hold the particular position which he holds or is to hold*“ [56].

Die Zulassungsregelungen der Personal Investment Authority (PIA) [57], die nach der großen kapitalmarktaufsichtsrechtlichen Umwälzung der Labour-Regierung in die Financial Services Authority eingegliedert wird

[58], sehen in deren rulebook umfangreiche Nachweise und Vorlagepflichten vor, um rule 2.1.1. „*investment staff to be fit and proper*“ sicherzustellen: „*A Member must not appoint an individual as a financial adviser or representative unless the Member is satisfied on reasonable grounds that he (a) is of good character and of the requisite aptitude for that appointment and (b) complies with the relevant requirements of the Member's training and competence scheme*“. In Chapter 3 des Rulebooks werden die Anforderungen an die „*qualifying holders, directors, partners and managers*“ festgelegt, die „*of good character, competent and otherwise suitable*“ sein müssen.

In Formularen (Table 2 / Table 3) werden die notwendigen Nachweise aufgelistet, die zugleich Aufschluß über die Zielrichtung des *fit and proper*-Tests geben. Abgesehen davon, daß keine einschlägige Verurteilung vorliegen darf, verlangt das Rulebook – mit engen Ausnahmen – auch die Schuldenfreiheit der Personen und die vollständige Trennung der beantragten Tätigkeit von sonstigen Tätigkeiten aus dem Finanzsektor. Anzugeben sind neben den persönlichen Daten auch alle Vorbeschäftigungen und Berechtigungen (Konzessionen); Referenzen von früheren Arbeitgebern bzw Finanzdienstleistungsunternehmen sind vorzulegen. Table 2 point 5 verlangt für die Beurteilung des *character* die Angabe und Vorlage aller in- und ausländischen Unterlagen zu (i) jeder öffentlichen Rüge, Disziplinierung, Suspension oder Ausschluß aus einem Selbstüberwachungskörper der Kapitalmarktaufsicht (Disziplinarmaßnahme); zu (ii) laufenden Disziplinar-

[46] S nur Rs 53/81, Slg 1982, 3380 Rz 19 (Levin); *Potacs*, Gutachten zum 14. ÖJT, I/1, 48.

[47] Vgl etwa zu Großbritannien: Mauerhofer, Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 119; *Ellger / Kalss* in Hopt / Rudolph / Baum, Börsenreform 640 ff, 704 ff; zu Schweden: *Kärde / Degenne*, European Financial Services Law 1997, 6 ff; zu Frankreich, *Woolfson*, Journal of International Banking Law 1997, 24 ff; *Bertin-Mourot / Pickering*, European Financial Services Law 1997, 14 ff.

[48] Vgl *Knobl* in Grillner, Banken im Binnenmarkt 134.

[49] Wobei anzumerken ist, daß diese nationalstaatlichen Regelungen – zumindest bis jetzt – weder einer nationalstaatlichen noch einer europäischen gerichtlichen Kontrolle unterzogen wurden.

[50] Andere Länder, wie etwa Finn-

land, Dänemark, Griechenland oder Portugal, werden damit nicht als irrelevante *Randrechtsordnungen* abgetan, sondern – auch aus Sprach-, Platz- und Praktikabilitätsüberlegungen – nicht dargestellt.

[51] Vgl die Empfehlungen von *Gower*, Review of Investor Protection, Part I (1984) 26, 29 ff, 38 f; *Gower*, Review of Investor Protection – Discussion Document (1982) 99 ff, P 8.01 ff.

[52] Vgl dazu grundlegend *Hopt*, Kapitalanlegerschutz 357 ff, 413 ff.

[53] S etwa Art 27 Financial Services Act bei Anträgen an den Secretary of State; *Rider / Abrams / Ashe*, Guide to Financial Services Regulation³ 190 Rz 407; *Page / Ferguson*, Investor Protection 64 ff; ferner *Ellger / Kalss* in Hopt / Rudolph / Baum, Börsenreform 641, 671.

[54] *Page / Ferguson*, Investor Protection 64 ff.

[55] Die gesetzliche Festlegung qualitativer Kriterien hat aus der Sicht der Aufsicht den Vorteil für sich, die genannten Kriterien als jedenfalls relevant zu würdigen, umgekehrt aber den Nachteil, daß Umstände, die nicht ausdrücklich genannt werden, als irrelevant betrachtet werden, wenngleich ihnen Bedeutung zukommt; vgl *Page / Ferguson*, Investor Protection 64 FN 2.

[56] Banking Act 1987 Schedule 3 para 1.

[57] Diese sind als Vergleichsmaßstab von besonderem Interesse, da sie für die Finanzdienstleister gelten, die mit privaten Investoren in Kontakt treten.

[58] *Lomnicka*, Journal of Business Law 1999, 480 ff; *Lomnicka*, Journal of Business Law 2000, 65 ff; *Abrams / Davies*, Journal of International Financial Markets 1999, 276 ff.

und Überwachungsverfahren und solchen, die möglicherweise bevorstehen und schließlich (iii) alle formalen Untersuchungen nach dem Insurance Act, Companies Act und Financial Services Act, die gegen die Person persönlich oder gegen ein Unternehmen, in dem sie als qualifizierter Eigentümer, Manager oder Partner engagiert war, durchgeführt wurden. Weiters ist anzugeben, ob (IV) die Person je die Ausübung eines Berufs (profession) verweigert wurde, ob sie (V) von der bezahlten oder unbezahlten Stelle eines Treuhänders oder sonstigen Amtes mit treuhändischen Pflichten („any fiduciary office or position of trust“) „entfernt“ wurde oder (VI) ob sie sich sonst disqualifiziert hat, um als *director* (Vorstand) einer Gesellschaft oder im Management irgendeines Unternehmens zu arbeiten. Darüber hinaus sind alle Verurteilungen von Gerichten und Verwaltungsübertretungen (mit Ausnahme von Verkehrsdelikten) anzugeben. Genannt sind insbesondere Betrug und sonstige Vermögensdelikte sowie alle Delikte, die dem Gesellschaftsrecht sowie dem Bank-, Finanz- und Kapitalmarktsektor entstammen. Gesondert anzugeben sind auch allfällige Steuerhinterziehungen. Weiters sind auch alle zivilgerichtlichen Verfahren (einschließlich Schiedsverfahren), in denen die Person als Beklagte im Zusammenhang mit einem *investment-business* oder sonstigem *financial business* beteiligt ist, anzuführen, sowie alle strafgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Detaillierte Angaben werden schließlich zur Überschuldung und Insolvenz der betreffenden Person sowie aller Unternehmen, bei dem die Person in leitender Stellung tätig war und ist, verlangt.

Die lange Liste gibt einen Eindruck über den Umfang der Prüfung der persönlich-professionellen Lauterkeit und zeigt zugleich, daß nicht allein strafrechtliche Verurteilungen, sondern eine Reihe weiterer Kriterien maß-

geblich sind; insbesondere werden die Sorgfalt bei der Besorgung von Geldangelegenheiten und das Fehlen von zivilrechtlichen Ersatzansprüchen gewürdigt. Von Bedeutung ist zugleich, daß nicht nur Verurteilungen und Gerichtsentscheidungen, sondern auch noch nicht durch eine rechtskräftige Entscheidung abgeschlossene Untersuchungen entscheidungserheblich sind.

5.3. Deutsche Rechtslage

In Deutschland wurden die Vorgaben der Bankrechtskoordinierungs-RL und der Wertpapierdienstleistungs-RL durch verschiedene KWG-Novellen, zuletzt insbesondere durch das Gesetz zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften (6. KWG-Novelle) in das nationale Recht umgesetzt [59]. Gemäß § 33 Abs 1 Z 2 KWG, der bereits vor der Umsetzung der Richtlinien gegolten hat [60], müssen die Antragsteller oder die Geschäftsleiter von Kredit- oder Finanzinstituten im Sinn von § 1 Abs 2 Satz 1 KWG *zuverlässig* sein; d.h. im deutschen Recht sind die beiden Richtlinienbestimmungen gleich wie das österreichische Recht durch den gestuften Verweis (in Österreich: WAG – BWG – GewO) in einer Regelung zusammengefaßt.

Ganz generell ist nach der Konzeption des deutschen Rechts eine Person dann zuverlässig, wenn damit gerechnet werden kann, daß sie ein in sie gesetztes Vertrauen nicht enttäuscht [61]. Der Betreffende muß nach seiner gesamten Persönlichkeit Gewähr dafür bieten, daß er sein „Gewerbe“ in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird [62]. Bei Prüfung der Zuverlässigkeit sind die *Besonderheiten* des Geschäfts eines Kreditinstituts und der *Schutzzweck* des KWG zu berücksichtigen, dh es ist ein auf den besonderen Wirtschaftsbereich zugeschnittener Sorgfaltsmaßstab anzuwenden

[63]. Maßgeblich ist daher nicht eine generelle Unzuverlässigkeit, sondern nur eine spezifische in bezug auf die Führung eines Kreditinstituts bzw Finanzdienstleistungsinstituts gemäß § 1 Abs 1a dt KWG (dem Äquivalent [64] eines österreichischen Wertpapierdienstleistungsunternehmens), was aus den Besonderheiten der Geschäfte eines Kreditinstituts bzw eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens und dem Schutzzweck des KWG (bzw des WAG) zu ermitteln ist [65]. Dabei ist besonders zu beachten, daß die Wertpapierdienstleistungsunternehmen über die Vermögenswerte dritter Personen disponieren oder auf sie unmittelbar Einfluß nehmen, sie im Regelfall über einen Informationsvorsprung gegenüber ihren Kunden verfügen und daß negative Ausstrahlungen den Kapitalmarkt insgesamt und damit wesentliche Bereiche der gesamten Volkswirtschaft treffen können [66]. Bei der konkreten Beurteilung der Zuverlässigkeit kommt es allerdings auf die Umstände des Einzelfalls an. Für Finanzdienstleister, die etwa keine Vermögenswerte entgegennehmen dürfen, sind weniger strenge Maßstäbe anzulegen, als bei denen, die alle Dienstleistungen anbieten bzw auch Bankgeschäfte betreiben [67].

Als *nicht zuverlässig* werden daher nicht nur Personen angesehen, die (a) *Vermögensdelikte* begangen haben, sondern auch jene, die (b) gegen *gesetzliche Ordnungsvorschriften* für den Betrieb eines Unternehmens nachhaltig verstoßen oder vor allem auch die Personen, die (c) in ihrem *privaten* oder *geschäftlichen Verhalten* gezeigt haben, daß von ihnen eine solide Geschäftsführung nicht zu erwarten ist [68].

Es wird von der Literatur sogar argumentiert, daß eine Person, die im beruflichen oder im privaten Bereich leichtsinnig und unordentlich ist, keine Gewähr dafür bietet, daß sie ihr anvertraute fremde Vermögenswerte mit der erforderlichen Sorgfalt ver-

[59] BGBl 1997 I, 2518; vgl dazu etwa Meixner, NJW 1998, 862 ff; Zimmer, DB 1998, 969 ff; Weber / Nägele, ZfKreditwesen 1998, 753 ff; Zerwas / Hanten, BB 1998, 2481 ff.

[60] Lutter, Europäisches Unternehmensrecht⁴ 309.

[61] Szagunn / Haug / Ergenzinger, Kreditwesen⁶ § 33 Rz 8.

[62] Schork, KWG § 33 Rz 22; Fischer in Boos / Fischer / Schulte-Matt-

ler, KWG § 33 Rz 29.

[63] Szagunn / Haug / Ergenzinger, Kreditwesen⁶ § 33 Rz 8, S 494; Fischer in Boos / Fischer / Schulte-Mattler, KWG § 33 Rz 29; BVwG NJW 1961, 1834.

[64] Vgl dazu nur Schwark, Bankrecht²⁷ (1998) XVI; Jung / Schleicher, Regelungen für Finanzdienstleister 42 ff.

[65] Schork, KWG § 33 Rz 22.

[66] Schork, KWG § 33 Rz 22; Fischer in Boos / Fischer / Schulte-Matt-

ler, KWG § 33 Rz 29.

[67] Fischer / Klanten, Bankrecht³, 66 Rz 2.88; Fischer in Boos / Fischer / Schulte-Mattler, KWG § 33 Rz 30.

[68] So ausdrücklich die RV zum dt KWG 1961 zu § 32; zit nach Szagunn / Haug / Ergenzinger, Kreditwesen⁶ § 33 Rz 8; Schork, KWG § 33 Rz 22; Reischauer / Kleinhans, KWG § 33 Rz 8; Jung / Schleicher, Regelungen für Finanzdienstleister 71 f.

walten wird [69]. Die Unzuverlässigkeit kann auch darin bestehen, daß der Betreffende seiner Aufgabenwahrnehmung in chaotischer Weise nachkommt oder er sich laufend oder mehrfach über interne Beschränkungen oder Organisationsvorschriften hinwegsetzt [70]. Gesetzesverstöße, die keine Vermögensdelikte sind, könnten etwa als Indiz dafür herangezogen werden, daß es der Betreffende mit der Einhaltung der Gesetze „nicht so genau nimmt“, sodaß die Vermutung gerechtfertigt ist, daß der Betreffende auch einschlägige Gesetzesvorschriften zu umgehen oder zu verletzen geneigt ist. Bezogen auf das letzte Kriterium ist daher auf der Grundlage des bisherigen Verhaltens eine Prognose möglicher Gefahren für die Geschäftsleitung zu erstellen und zu beurteilen, ob Gefahren, die von einer konkreten Person für die Geschäftsleitung ausgehen, diese nicht untragbar machen. Im Unterschied zur fachlichen Eignung kann die persönliche Zuverlässigkeit der leitenden Personen nicht durch eine solche von anderen Personen ersetzt werden, die Unzuverlässigkeit *einer* Person allein schadet bereits [71]. Die Zuverlässigkeit kann und braucht nicht positiv nachgewiesen zu werden, vielmehr wird die Zuverlässigkeit unterstellt, wenn keine Tatsachen erkennbar sind, welche die Unzuverlässigkeit begründen [72]. § 23 Abs 4 iVm § 8 der Anzeigeverordnung [73] gibt an, welche Unterlagen (zB lückenloser Lebenslauf, die Namen aller Unternehmen, für die die Person tätig gewesen ist, Angaben zur jeweiligen Tätigkeit einschließlich Nebentätigkeiten, Vertretungsmacht, interne Entscheidungskompetenzen; Erklärung über schwebende Strafverfahren, vergangene Strafverfahren, Verwicklung in Insolvenzverfahren) vorzulegen sind und worüber Auskunft zu erteilen ist.

6. Der Prüfungsmaßstab

Aus den bisher skizzierten Wertungsrichtlinien läßt sich folgender Beurteilungsmaßstab entwickeln:

Zuverlässigkeit ist mehr als die bloße Neigung, Gesetze einzuhalten, sondern verlangt eine erhöhte Aufmerksamkeit und Bereitschaft, den eigenen Vorteil einem allgemeinen Interesse nachzuordnen [74] (persönlich-professionelle Lauterkeit). Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit im Einzelfall müssen die Kriterien, die zur Konkretisierung des allgemeinen Zuverlässigkeitsbegriffs heranzuziehen sind, dem jeweiligen Wirtschafts- und Lebensbereich entnommen werden [75]. Der Begriff der „erforderlichen Eigenschaften“ nach dem WAG ist daher nicht nur aufgrund der gewerberechtlichen Vorschriften und der diesbezüglichen Judikatur, sondern *im Lichte des Zwecks der wertpapieraufsichtsrechtlichen Regelungen im Rahmen einer rechtsvergleichenden Betrachtung* auszulegen. Welches Verhalten also vertrauenswürdig macht, ist im Hinblick auf die wesentlichen Pflichten eines Wertpapierdienstleiters zu entscheiden [76]. Zuverlässigkeit ist daher vor allem unter dem Gesichtspunkt des Funktionierens des Markts sowie des Schutzes des Publikums und des Vertrauens der Kunden zu sehen [77].

Bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit ist eine über diesen Sachzusammenhang hinausgehende *moralische* Wertung nicht verbunden [78]. Abgesehen von den in § 13 GewO vorgesehenen Verurteilungen, die – sowohl im Hinblick auf Art 6 StGG als auch auf Art 7 B-VG verfassungsrechtlich bedenklich – allein aufgrund der Bestrafung über eine bestimmte Mindeststrafe hinaus bzw wegen bestimmter Delikte und unabhängig von

Sachkonnex das Verweigern der Konzessionserteilung rechtfertigen, ist das Verweigern der Konzessionserteilung aus völlig sachfremden Erwägungen, die nichts mit der Berufsausübung zu tun haben, wie zB die Bezugnahme auf sexuelle Neigungen, unzulässig. Die Gefahr des Einflusses solch unsachlicher Kriterien auf die Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe wird deutlich bei Betrachtung des VAG 1931/1939 [79] (KWG 1934/1939 [80]): So war in der Terminologie dieses Gesetzes ein Kriterium der Beurteilung der Zuverlässigkeit die „Ehrbarkeit“. Dieser Begriff umfaßte vom Wortsinn her mehr als den für die Berufsausübung relevanten Bereich, nämlich die *gesamte Persönlichkeit* des Betreffenden *einschließlich seiner Privatsphäre* [81]. Nicht verwunderlich ist, daß dieses Erfordernis der „Ehrbarkeit“ in nationalsozialistischer Zeit in das ReichserbhofG, in das KWG und in das VAG aufgenommen und zur Verdrängung von Juden aus dem Versicherungs- und Kreditwesen herangezogen wurde.

Bei der Interpretation des unbestimmten Gesetzesbegriffs des WAG spielt das öffentliche Interesse am Funktionieren des Kreditapparats und des Kapitalmarkts und damit einhergehend am Vertrauen der Kunden in diesen Kapitalmarkt eine herausragende Rolle [82]. Die Zuverlässigkeitsbestimmung bezieht sich somit auf einen besonderen Wirtschaftsbebereich, der wegen der *hohen Gefährdungsneigung* für die Volkswirtschaft und für alle mit den Unternehmen in Kontakt tretenden Kunden sondergewerberechtlichen Regelungen und einer Fachaufsicht unterliegt. Auf die persönliche Zuverlässigkeit der leitenden Personen von Wertpapierdienstleistungsunternehmen ist – ähnlich wie bei Kreditinstituten – deshalb be-

[69] *Schork*, KWG § 33 Rz 25; *Fischer / Klanten*, Bankrecht³, 66, Rz 2.88, weisen auch auf die möglichen negativen Auswirkungen von Suchtkrankheiten hin.

[70] *Schork*, KWG § 33 Rz 26; *Fischer* in *Boos / Fischer / Schulte-Mattler*, KWG § 33 Rz 33.

[71] *Reischauer / Kleinhans*, KWG § 33 Rz 8; *Schork*, KWG § 33 Rz 31.

[72] *Fischer* in *Boos / Fischer / Schulte-Mattler*, KWG § 33 Rz 31.

[73] VO vom 29. 12. 1997 (Dt BGBl I S 3372.)

[74] *B. Davy*, ÖZW 1988, 127.

[75] *B. Davy*, ÖZW 1988, 127.

[76] Siehe dazu zB im Hinblick auf den Rechtsanwaltsstand: *Lohsing / Braun*, Anwaltsrecht 23 ff; *OBdK* 2. 12. 1991, Bkv 1/91; ferner *VwGH VwSlg* 8429 A zu den Wirtschaftstreuändern; *Iro*, Wirtschaftstreuänder – Berufsrecht 47, P 2.17.

[77] *R Schmidt* in *Prölls / Schmidt*, VAG¹¹ (1997) § 7a Rz 5; *Kaulbach*, ZVWiss 1976, 699; siehe dazu auch die Entscheidung des EuGH Rs C-384/93, Slg 1995, I-1141, 1179, Tz 44, wonach die Dienstleistungsfreiheit des Art 49 EGV (vormals: Art 59) durch ein Verbot, in be-

stimmten Fällen telefonisch Warenermüßigungen anzubieten („cold calling“), aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zur Aufrechterhaltung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors eingeschränkt werden kann.

[78] *Kaulbach*, ZVWiss 1976, 698.

[79] Dt RGBI 1931/350.

[80] Dt RGBI 1934, S 1955; ÖGBl 1939/Nr 1387 iVm ÖGBl 1939/Nr 1390 (§ 4 lit a leg cit).

[81] *Kaulbach*, ZVWiss 1976, 698.

[82] S nur *Grundmann*, EWS 12/1999, Die erste Seite, die vom Schlüsselmarkt jeder Marktwirtschaft spricht.

sonderer Wert zu legen, weil diese Institute mit fremdem Geld handeln und durch unkorrektes Verhalten nicht nur individuelle, sondern volkswirtschaftlich spürbare Schäden herbeigeführt werden können [83].

Die Fachaufsicht setzt aber zu spät an, wenn man den Zugang zu den aufsichtsunterworfenen Tätigkeiten nicht einer gerade auf das Funktionieren des Kredit- und Kapitalmarkts ausgerichteten Beschränkung unterwirft [84]. Das Gesetz geht von der Loyalität der Aufsichtsunterworfenen gegenüber der Aufsicht aus und setzt voraus, daß die Regelungen nicht nur wegen der Sanktionierung der Nichtbefolgung eingehalten werden [85]. Dabei handelt es sich nicht nur um das Vertrauen der Allgemeinheit zu den selbstverständlich vorausgesetzten Eigenschaften und Erfahrungen, sondern auch um das Vertrauen dazu, daß die Finanzdienstleister ihre Pflichten zur Interessenwahrung, Gewissenhaftigkeit, Verschwiegenheit und Treue einhalten und in ihrem gesamten Verhalten jenes Maß an Solidität bieten, die von Angehörigen dieser Branche, deren Vertreter fremde Wirtschaftsinteressen wahren, zu erwarten ist. Gerade wegen der hohen Einwirkungsmöglichkeit auf einzelne Personen (bzw. deren Rechts- und Vermögensverhältnisse) einerseits und auf gesamte, volkswirtschaftlich bedeutende Wirtschaftsbereiche, dh wegen der hohen Ausstrahlungskraft, andererseits verlangt auch der europäische Normgeber bestimmte über das allgemeine Niveau der Dienstleistungserbringung hinausgehende Mindestanforderungen. Der allgemeine Zuverlässigkeitsmaßstab erfährt daher eine europarechtlich vorgegebene und funktionell abgesicherte Konkretisierung auf das Bank- und Wertpapierdienstleistungs-

geschäft, die in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen umzusetzen ist.

Die hier vertretene Auffassung skizziert somit eine erhebliche Kontrollkompetenz und scheint rechtliche Wertungen wie Privatautonomie oder Erwerbsfreiheit restriktiv zu behandeln. Dazu ist freilich aus genuin juristisch-systematischer Sicht anzumerken, daß sich diese Konzeption mit großer Schlüssigkeit ergibt. Erstens bedarf der unbestimmte Gesetzesbegriff einer Bestimmung, und diese hat über eine am Zweck des Gesetzes orientierte Sinnermittlung zu erfolgen. Zweitens ist gerade die Zielvorstellung des WAG (und sachverwandter gesetzlicher Normen) keine blasse oder konfuse, sondern eine in doppelter Weise rechtlich substantiierte: Einerseits durch den direkten Verweis auf relativ strenge Konzessionssysteme (etwa die Gewerbeordnung) und andererseits durch die Vorgabe einer so prominenten rechtlichen Direktive wie der EU-Richtlinie, deren auf Kontrolle abstellendes Konzept zudem in der entsprechenden Folgegesetzgebung aller EU-Staaten entwickelt und verstärkt wird.

7. Ergebnis

Die Zuverlässigkeit wird vermutet, solange nicht Tatsachen vorliegen, die auf diesbezügliche Mängel schließen lassen. Solche Tatsachen können öffentliche Verfahren oder sonst zur Kenntnis der Behörde gelangte Tatsachen sein, die den Wertpapierdienstleister bzw. dessen Geschäftsleiter als nicht zuverlässig erscheinen lassen. Solche Verhaltensweisen sind:

- ◆ Strafrechtlich oder verwaltungsstrafrechtlich relevante Verhaltensweisen, die sich gegen Rechtsgüter richten, deren Achtung von

einem sorgfältigen Wertpapierdienstleister im Lichte der oben dargestellten Werte zur Erhaltung des Kapitalmarkts erwartet werden muß [86]. Dazu gehören jedenfalls rechtskräftige Strafen wegen Verstößen gegen das WAG und Vorschriften, die den gleichen Schutzzweck (Integrität des Kapitalmarkts, Vertrauen der Anleger, etc) haben. Schließlich gehören hierzu Bestrafungen, die auf die mangelnde persönlich-professionelle Lauterkeit schließen lassen, wie zum Beispiel der sorglose Umgang mit fremdem Vermögen oder Täuschungen.

- ◆ Verhaltensweisen, aus denen die mangelnde Zuverlässigkeit hervorgeht und die in die Kompetenz der Zivilgerichte fallen. Dazu gehören zB Haftungen aufgrund fahrlässiger Geschäftsgebarung oder das Nichteinhalten vertraglicher Verpflichtungen, wenn es sich dabei um solche Verpflichtungen handelt, deren Einhaltung im Lichte der oben dargestellten Kriterien für die Zuverlässigkeit im „Umgang“ mit fremdem Vermögen geboten erscheint.
- ◆ Bei der Beantwortung der Frage, ob auch solche Handlungen bei der Zuverlässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind, die Gegenstand eines *noch nicht rechtskräftig* entschiedenen Verfahrens vor derselben oder einer anderen Behörde sind, ist folgendes zu berücksichtigen:
Andere Gesetze, wie zB § 8 Wirtschaftstreuhandberufsg [87] oder § 11 SonderabfallG [88] sehen vor, daß die „besondere Vertrauenswürdigkeit“ nur dann nicht gegeben ist, wenn eine *rechtskräftige* Verurtei-

[83] Nach verschiedenen Schätzungen beträgt der alljährliche Schaden im Bereich des nicht regulierten Kapitalmarkts in Deutschland von 900 Mio bis zu 60 Mia DM pro Jahr; zit nach *Finanzplatz Deutschland eV*, Grauer Kapitalmarkt 9 ff; Bericht der Regierung über den Grauen Kapitalmarkt, zit nach AG 1999, R 498. Auch der Gesetzgeber weist ausdrücklich auf die Bedeutung des Kapitalmarkt hin: 1277 BlgNR 11. GP 34 (KWG)M 844 BlgNR 14. GP 40 (KWG); 369 BlgNR 20 GP 57, 63 (WAG). *Schorck*, KWG § 33 Rz 1, Rz 20; s ferner *Finanzplatz Deutschland eV*, Grauer Kapitalmarkt 15.

[84] Vorgänge der „Verkehrsöffnung“ schaffen vermehrte Schadensrisiken und rufen daher rechtliche Kontrolle und

Ausgleichsmechanismen auf den Plan. Ein „klassischer“ Ausgleichsmechanismus ist etwa die rechtliche Normierung von Verkehrssicherungspflichten, wie sie im Privatrecht signifikant für das vorvertragliche Schuldverhältnis entwickelt worden sind (siehe dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht II² [1984] 60ff.) Eine Kontrollfunktion haben die privatrechtlichen Verkehrssicherungspflichten aber bloß über die generalpräventive Wirkung, ansonsten bieten sie erst Ausgleich, wenn der Schaden bereits entstanden ist. Im Wertpapierdienstleistungsbereich sieht der Gesetzgeber hingegen einen wesentlich stärkeren Handlungsbedarf zur Schadensvermeidung: Das Konzept eines Konzessionssystems, wie es das WAG vorschreibt, setzt früher an und normiert

eine Kontrolle, durch die bereits das Auftreten von Schäden verhindert werden soll.

[85] Vgl *Schorck*, KWG; *Page / Ferguson*, Investor Protection 64 f.

[86] Dazu gehören insb „Vermögen“, „Privatsphäre und Berufsheimnisse“, „Zuverlässigkeit von Urkunden und Beweiszeichen“, „Sicherheit des Verkehrs mit Geld, Wertpapieren und Wertzeichen“, „Integrität der Rechtspflege“, „Verhinderung von Amtsanmaßung und Erschleichung eines Amtes“.

[87] BGBl I 58/1999.

[88] Das SonderabfallG, BGBl 1983/186 idV BGBl 1988/376 gehört mittlerweile nicht mehr dem Rechtsbestand an.

lung oder Bestrafung gegen den Berufswerber vorliegt [89]. Das WAG stellt jedoch *nicht* auf das Vorliegen einer rechtskräftigen *Bestrafung* oder auf ein rechtskräftiges zivilgerichtliches Urteil zu ungunsten des Konzessionswerbers ab. Gegenstand der Zuverlässigkeitsprüfung der Geschäftsleiter des WPDLU ist *nicht die rein formal* zu beantwortende Frage, ob eine rechtskräftige Bestrafung oder ein Urteil vorliegt, sondern vielmehr die in freier Beweiswürdigung zu klärende Frage, ob der Geschäftsleiter ein die Zuverlässigkeit ausschließendes Verhalten gesetzt hat; diese Prüfung wird mangels konkreter gesetzlicher Bestimmungen nicht auf rechtskräftige Bestrafungen einzuschränken sein.

Dies wird auch dadurch deutlich, daß der Gesetzgeber in § 20 Abs 1 Z 5 WAG ausdrücklich auf § 5 Abs 1 Z 7 BWG verweist, der – ebenfalls im Hinblick auf Art 7 B-VG und Art 6 StGG verfassungsrechtlich bedenklich, weil ohne Sachzusammenhang mit der Tätigkeit als Geschäftsleiter eines WPDLU – als Verweigerungsgrund bereits die Anklageerhebung [90] wegen einer vorsätzlichen, mit mehr als einjähriger Strafe bedrohten Handlung vorsieht. Ginge man nun davon aus, daß eine rechtskräftige Verurteilung Bedingung für das Verweigern der Konzession ist, wäre der Verweis auf § 5 Abs 1 Z 7 BWG gegenstandslos.

Die Feststellung konzessionsschädlichen Verhaltens im Rahmen eines von einer anderen als der Konzessionsbehörde geführten Verfah-

rens ist für die Konzessionsbehörde nichts anderes als eine Vorfrage iSd § 38 AVG. Eine Vorfrage iSd § 38 AVG ist eine Frage, zu deren Beantwortung die in einer Verwaltungsangelegenheit zur Entscheidung berufene Behörde sachlich nicht zuständig ist, die aber für ihre Entscheidung eine notwendige Grundlage bildet und daher von ihr bei ihrer Beschlußfassung berücksichtigt werden muß. Eine Vorfrage ist somit ein vorgelegter Tatbestandsermittlung zu klärendes rechtliches Element des bestimmten zur Entscheidung stehenden Rechtsfalls und setzt voraus, daß der Spruch der erkennenden Behörde in der Hauptfrage nur nach Klärung einer in den Wirkungsbereich einer anderen Behörde fallenden Frage gefällt werden kann [91]. Ob Präjudizialität gegeben ist, hat die zur Hauptfragenentscheidung zuständige Behörde anhand der diesen Verfahrensgegenstand betreffenden Verwaltungsvorschriften – im vorliegenden Fall also des § 20 Abs 1 Z 3 WAG – zu prüfen [92]. Ein unbestimmter Gesetzesbegriff, wie der des § 20 Abs 1 Z 3 WAG, verweist auf Umstände tatsächlicher Natur, die objektiver Maßstab zur Auslegung des Begriffes sind [93]. Wird nun in einem anderen Verfahren über solche tatsächlichen Umstände (im vorliegenden Fall also, ob ein die Zuverlässigkeit ausschließender Umstand vorliegt) entschieden, so ist diese Frage eine Vorfrage im Konzessionsverfahren iSd Rechtsprechung des VwGH.

Solange die zuständige Behörde ein Verhalten noch nicht festge-

stellt hat, das auf den Mangel der Zuverlässigkeit hindeutet, kann daher die über den Konzessionsantrag entscheidende Behörde entweder diese Frage selbst entscheiden oder das Verfahren aussetzen, wenn sie der Ansicht ist, daß die Prüfung der Zuverlässigkeit erst nach Beendigung, dh nach dem Ergebnis des Vorfrageverfahrens, abschließend möglich ist. Dies gilt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs auch in solchen Fällen, in denen das „Vorfrageverfahren“ ein (Verwaltungs-)Strafverfahren ist. Nach Ansicht des VwGH steht es der Behörde selbst dann frei, die Frage, ob die Partei tatsächlich der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung schädliche Handlungen begangen hat, entweder selbst (auch zu Ungunsten des Antragstellers) zu beurteilen oder die Rechtskraft des Strafurteils abzuwarten, wenn der Partei gerichtlich strafbare Handlungen zur Last gelegt würden [94]. Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK sei darin nicht zu erkennen [95]. In einem für das vorliegende Thema noch interessanteren Fall wurde die Erteilung einer Beförderungsbewilligung gem § 106 LuftfahrtG [96] mangels *Verlässlichkeit* verweigert [97]. Der VwGH sprach aus, daß die „gegen die *Verlässlichkeit* der Beschwerdeführerin bzw ihres Geschäftsführers oder ihrer sonstigen Bediensteten bestehenden Bedenken“ auf zweierlei Weise erhärtet werden könnten: Nämlich einerseits durch bereits vorliegende rechtskräftige Straferkenntnisse, andererseits aber auch *durch eigene Feststellungen der belang-*

[89] Obwohl im Unterschied zur Vorgängerregelung von § 5 WTBO „Besondere Vertrauenswürdigkeit liegt insbesondere nicht vor, ...“ der geltende Gesetzestext in § 8 WTBG formuliert: „Die besondere Vertrauenswürdigkeit liegt dann nicht vor, ...“ und auf das eine demonstrative Aufzählung markierende Füllwort „insbesondere“ verzichtet, gehen die EB (1273 BlgNR 20. GP 69, und die ersten Stellungnahmen (*Hanusch*, Wirtschaftstreuhandberufsgesetz, Anm 1 zu § 8) davon aus, daß durch die Neuformulierung inhaltlich keine Änderungen eingetreten sind und daß daher – ähnlich der alten Rechtslage – auch andere am Berufsbild und Tätigkeitsfeld des Wirtschaftstreuhanders ausgerichtete Umstände (nicht untadeliger Lebenswandel; schwere Charaktermängel) die besondere

Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigen können (vgl dazu etwa *Lechner*, in Bertl / Mandl / Mandl, Handbuch der Wirtschaftstreuhand 10; *Iro*, Wirtschaftstreuhand – Berufsrecht 47 f) was aber an dieser Stelle nicht weiter untersucht wird.

[90] „Bis zur jüngsten BWG-Novelle (BGBl I 33/2000) war das zur Verweigerung der Konzession führende Ereignis die Einleitung einer gerichtlichen Voruntersuchung. Der Gesetzgeber hat durch die Verlagerung des Verweigerungsgrundes auf einen späteren Zeitpunkt des Strafverfahrens (nämlich der Anklageerhebung) offenbar die Problematik dieser Regelung erkannt. Die vorgenommene Änderung, daß Konzessionsvoraussetzung ist, daß „gegen keinen Geschäftsleiter wegen einer vorsätzlich begangenen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe

bedrohten Handlung Anklage erhoben ist, ab Rechtskraft der Anklage oder Einbringung des Strafantrags bis zur Rechtskraft der Entscheidung, die das Strafverfahren beendet, ist jedoch uE noch immer nicht weit genug, um verfassungsrechtliche Bedenken gänzlich zu beseitigen.“

[91] Siehe *Walter / Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze 12, E1 zu § 38 AVG.

[92] VwGH 6. 11. 1990, 90/05/0062.

[93] VfGH 16. 03. 1995, B 2259/94; VfGH 8. 10. 1996, B 2551/95.

[94] VwGH 30. 10. 1985, 85/01/0082, 85/01/0083.

[95] VwGH 30. 10. 1985, 85/01/0082, 85/01/0083.

[96] BGBl 253/1957.

[97] VwGH 5. 3. 1980, 2659/79.

ten Behörde über rechtswidriges, schuldhaftes und strafbares Verhalten der in Frage kommenden Personen. Daß solche eigenen Feststellungen iSd Vorfragenbeurteilung auch durch Behörden zulässig sind, die nicht Verwaltungsstrafbehörde 1. Instanz sind, ergebe sich aus § 38 AVG.

Diese Entscheidungen des VwGH erscheinen im Hinblick auf die Unschuldsumsetzung [98] nicht unbedenklich, besteht doch die Gefahr, daß der Konzessionswerber ohne rechtskräftige Feststellung des Strafgerichts als Täter hingestellt wird [99]. Dies ist insbesondere deshalb problematisch, weil die Beurteilung der Vorfrage durch die für das Strafverfahren unzuständige Behörde geeignet sein könnte, das erkennende Organ der Strafbehörde zu beeinflussen [100]. Es scheint daher geboten, die Konzessionsbehörde insofern an die Unschuldsumsetzung zu binden, als sie die Entscheidung der für die Feststellung des strafbaren Verhaltens zuständigen Strafbehörde abwarten muß und bis dahin keine schuldindizierenden Feststellungen treffen darf [101]. Aus diesem Grund sollte § 38 AVG verfassungskonform interpretiert werden und das Konzessionsverfahren für den Fall, daß im Vorfrageverfahren (verwaltungs-)strafrechtlich relevante Handlungen festgestellt

werden sollten, jedenfalls dann unterbrochen werden, wenn die Möglichkeit besteht, daß die für das Strafverfahren zuständige Behörde beeinflusst werden könnte [102].

Enthält das „Vorfrageverfahren“ allerdings *keinen* Ausspruch über das Vorliegen des die Zuverlässigkeit ausschließenden Verhaltens (etwa weil es aus formalen Gründen eingestellt wird), muß sich die über den Konzessionsantrag entscheidende Behörde auf ihre eigenen Feststellungen stützen und gegebenenfalls die Konzession verweigern [103].

- Unter Umständen muß auch ein Verhalten in die Zuverlässigkeitsprüfung einfließen, das überhaupt nicht Gegenstand eines behördlichen Verfahrens ist, noch nicht ist oder gar nicht werden kann. So ist denkbar, daß die Konzessionsbehörde im Rahmen ihres Ermittlungsverfahrens Kenntnis davon erlangt, daß der Geschäftsleiter des Konzessionswerbers hoch verschuldet [104], krankhaft spielsüchtig [105] oder drogenabhängig [106] ist. In diesen Fällen hat die Behörde im Rahmen ihres Ermittlungsverfahrens festzustellen, ob im Lichte des oben dargestellten Zwecks der wertpapierrechtlichen Vorschriften das Erteilen der Konzession wegen der Zweifel an der Zuverlässigkeit zu verwei-

gern ist. Der maßgebliche Grund liegt darin, daß bei allen drei genannten Bereichen eine hohe Wahrscheinlichkeit eines außergewöhnlich großen Geldbedarfs gegeben ist, und daher der Wertpapierdienstleister geneigt sein könnte, die Gelegenheit einfacher Geldbeschaffung durch Inanspruchnahme anvertrauten Kundengelds oder durch nicht interessenswahrende Beratung und Vermittlung wahrzunehmen [107].

Abschließend ist nochmals darauf hinzuweisen, daß eine strenge Auslegung jener Vorschriften, welche die Voraussetzungen der Erteilung der Konzession betreffen, schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte des Konzessionswerbers nach sich ziehen kann. Wie oben erwähnt, haben daher diese Eingriffe im Rahmen des konzessionsbehördlichen Ermittlungsverfahrens immer daraufhin geprüft zu werden, ob der Handlung, derentwegen die Konzession verweigert werden soll, im *spezifischen Zusammenhang* eine besonders gravierende Bedeutung zukommt.

8. Exkurs: Qualifiziert Beteiligte

Gemäß § 20 Abs 1 Z 5 WAG ist § 5 Abs 1 Z 3 BWG anwendbar, § 21 WAG verweist auf § 20 BWG, weshalb die Aufsichtsbehörde – in Umsetzung von Art 9 Abs 5 und Art 4

[98] Siehe dazu *Frowein / Peukert*, EMRK-Kommentar², Rz 156 ff.

[99] *Rubik*, Die Unschuldsumsetzung nach Art 6 Abs 2 EMRK, Dissertation Universität Wien (1998) 61 ff.

[100] Dies könnte insbesondere dann problematisch sein, wenn beide Verfahren vor der gleichen Behörde anhängig sind.

[101] Anderer Ansicht offenbar *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht 281, der die Frage aufwirft, ob eine Abkoppelung der verwaltungs- oder zivilrechtlichen Beurteilung einer strafrechtlichen Vorfrage vor einer rechtskräftigen Verurteilung im Licht des Gleichheitsgrundsatzes gerechtfertigt ist.

[102] Auch die Judikatur des VwGH bietet Anhaltspunkte dafür, daß es in der ausschließlichen Kompetenz der Strafbehörden liegt, strafbares Verhalten festzustellen; siehe VwGH 24. 4. 1997, 96/06/0107. Auch aus verfahrenökonomischen Aspekten erscheint es dann, wenn die Behörde meint, die Konzession nicht erteilen zu können, sachgerechter, das Verfahren bis zur Entscheidung auszusetzen, zumal das Verfahren bei abweichender Vorfragenbeurteilung durch die zuständige Behörde ohnedies auf Antrag des Kon-

zessionswerbers gem § 69 Abs 1 Z 3 AVG wieder aufgenommen werden müsste; siehe VwGH 9. 11. 1994, 93/03/0202.

[103] So hat der VwGH entschieden, daß sich aus der Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Verfolgungsverjährung bloß ergibt, daß der Beschuldigte wegen der ihm zur Last gelegten Übertretung nicht bestraft wurde, nicht aber, daß er die Übertretung nicht begangen habe; siehe VwGH 17. 2. 1994, 92/11/0294.

[104] Vgl oben zur englischen Rechtslage.

[105] Siehe auch VfGH 30. 9. 1989, V 1278/88, wonach die möglichen negativen Begleiterscheinungen und Gefahren des Betriebs von Spielbanken – „wie die durch die Spielleidenschaft herbeigeführte Gefahr wirtschaftlicher Existenzgefährdung von Menschen, die möglichen unerlaubten Aktivitäten der Veranstalter von Spielbanken oder die Gefahr des Eindringens krimineller Kreise in diesen Bereich“ – es rechtfertigen, die Zahl von Spielcasinos geringzuhalten und es damit dem Gesetzgeber anheim stellen, eine – verfassungsrechtlich unbedenkliche – Zugangsbeschränkung vorzusehen, die nicht

Bedarfsprüfung ist.

[106] In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des VwGH (VwGH 21. 9. 1994, 94/03/0161) hinzuweisen, wonach es der Behörde sogar erlaubt ist, die Taxikonzession einer Person zu entziehen, die wegen eines Drogendelikts verurteilt wurde; dies mit der (äußerst weit herbeigezogenen und damit verfassungsrechtlich bedenklichen) Begründung, daß „bekanntermaßen Suchtgifte oftmals in Personenkraftwagen transportiert“ werde und der Gefahr des Rückfalls nur durch den Entzug der Konzession entgegen-gesteuert werden könne.

[107] Daß die Möglichkeit einer Gesetzesübertretung nicht allzu fern liegt, nimmt offenbar auch der Gesetzgeber der WAG-Novelle 1999 an. In den Materialien zu § 23b WAG (1614 BlgNR 20. GP 27) heißt es nämlich: „Zu Fehlbeständen im Anlegervermögen im Konkursfall bei WPDLU kann es, wie bei Kreditinstituten, im Fall rechtswidriger Handlungen kommen; bei WPDLU wird diesfalls von einer *Überschreitung* des *erlaubten Konzessionsumfangs* ausgegangen werden müssen.“

Abs 1 Wertpapierdienstleistungs-RL – im Konzessionsverfahren auch zu prüfen hat, ob jene Personen, die eine *qualifizierte Beteiligung* an einem Kreditinstitut halten, den im Interesse an einer soliden und umsichtigen Führung des Kreditinstituts (*sound and prudent management*) zu stellenden Ansprüchen genügen. § 2 Z 3 BWG definiert die qualifizierte Beteiligung an Kreditinstituten in Umsetzung von Art 1 Z 10 der 2. Bankrechtskoordinierungs-RL (Art 1 Z 10 Wertpapierdienstleistungs-RL) als (a) das direkte oder indirekte Halten von wenigstens 10% des Kapitals oder (b) der Stimmrechte oder (c) die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung eines Unternehmens, an dem eine Beteiligung gehalten wird.

In § 2 Z 2 BWG wird die Beteiligung definiert; darunter versteht das Gesetz das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20% der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen, unabhängig davon, ob die Anteile verbrieft sind oder nicht. Bei Übersteigen der Schwellenwerte wird die Qualifikation der Beteiligung unwiderleglich vermutet, während sie bei Unterschreiten des Anteilswerts als Beteiligung anzusehen ist, wenn die Anteile dazu bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen, dh die Innehabung muß über die bloße Kapitalanlage hinausgehen [108].

Ausdrücklich werden persönlich haftende Gesellschafter einer Personengesellschaft des Handelsrechts – gleich wie nach § 228 Abs 2 HGB – stets als Beteiligte eingeordnet. Bei diesen Gesellschaften bedarf es nicht unbedingt eines Mindestanteils, vielmehr kommt einem persönlich haftenden Gesellschafter – nach der gesetzlichen Konzeption – jedenfalls ein maßgeblicher Einfluß zu [109]. Allein wenn ihm aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag die Mitwirkungsrechte bis zur äußersten Grenze von § 118 HGB ge-

nommen sind, verliert die Beteiligung die besondere Qualifikation. Während das BWG nur von Personengesellschaften des Handelsrechts spricht, kommt für Wertpapierdienstleistungsunternehmen auch die Rechtsform der eingetragenen Erwerbsgesellschaften (OEG, KEG) in Betracht, auf die die Regelungen entsprechend anzuwenden sind [110]. Sonstige Anteile an Personengesellschaften (Kommanditgesellschaften) gelten nicht eo ipso als Beteiligung im Sinn von BWG und WAG, sondern – gleich wie nach der ausdrücklichen Regelung von § 228 Abs 2 HGB – nur dann, wenn sie durch die dauernde Verbindung dem eigenen Geschäftsbetrieb dienen. Das Gesetz geht von einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise aus, da es in § 2 Z 3 letzter Satz auf den Gleichstellungstatbestand in § 92 BörseG verweist. Es ist daher nicht unbedingt notwendig, daß der jeweilige Inhaber der qualifizierten Beteiligung diese selbst und allein hält, vielmehr genügt es, wenn er gemeinsam mit anderen im Rahmen der zusammenrechnungspflichtigen Tatbestände den Einfluß geltend machen kann [111]. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Gestaltungen der Treuhänder, konzern- und syndikatsvertraglicher Verbindung sowie von Vorkaufsrechten. Überträgt daher etwa eine Person ihre Beteiligung auf einen Treuhänder, werden Treugeber und Treuhänder gemäß § 92 Z 1 BörseG gleichgestellt und haben beide die in § 20 Abs 1 Z 5 WAG iVm § 5 Abs 1 Z 3 verlangten Anforderungen zu erfüllen. Bei Gleichstellung durch einen Syndikatsvertrag trifft auch alle in den Vertrag einbezogenen Anteilsinhaber die Nachweispflicht.

Qualifizierte Beteiligungen sind gemäß § 19 Abs 3 letzter Satz WAG iVm § 4 Abs 3 BWG im Konzessionsantrag offenzulegen. Im Vergleich dazu verlangt § 24 Abs 5 iVm § 1 der dt Anzeigenverordnung die Vorlage der zur Beurteilung der Zuverlässigkeit notwendigen Angaben. Das Offenlegen der qualifizierten Beteiligung dient

zwei Zwecken [112], nämlich dem allgemeinen aktien- und kapitalmarktrechtlichen, vor allem aber dem sondergewerblich-aufsichtsrechtlichen (Funktions- und Gläubiger-/Kundenschutz) [113]. Der erstgenannte ist ebenso wie die Parallelbestimmung in § 91 BörseG darauf gerichtet, eine allgemeine Markttransparenz zu schaffen und den schleichend-heimlichen Aufbau von Konzernbeteiligungen zu verhindern sowie geordnete Übernahmeverfahren und Konzernierungsvorgänge sicherzustellen [114]. Die Anzeigepflicht bedeutender Beteiligungen und deren Prüfung durch die Konzessionsbehörde dient nach dem spezifisch-fachaufsichtsrechtlichen Zweck dazu, Gefahren für die Funktionsfähigkeit des Instituts abzuwenden und dessen Geschäftspartner (insbesondere Gläubiger, Anleger) davor zu schützen, daß unzuverlässige Personen einen erheblichen Einfluß auf das Institut gewinnen und diesen Einfluß etwa zur Geldwäsche oder zum Anlagebetrug – mißbrauchen [115]. Bank- und sonstige Beteiligungen an Wertpapierdienstleistungsinstituten sind ab einer bestimmten Größe bzw Einflußmöglichkeit offenzulegen. Wenn ein auf das Funktionieren des Kredit- und Kapitalmarkts bzw auf den Gläubiger- und Anlegerschutz negativer Einfluß zu befürchten ist, muß dies zum Verbot des Bankbetriebs bzw bei bereits aufgenommenem Betrieb zum Verbot des Beteiligungserwerbs führen. Das anfängliche Konzessionsverbot und das nachträgliche Beteiligungserwerbsverbot verfolgen den gleichen Zweck, nämlich die Sicherung einer soliden Führung des Unternehmens. Nicht geprüft werden in diesem Zusammenhang kartellrechtliche Aspekte, die auf die Verhinderung zu großer Machtkonzentration zielen [116].

Unter dem Blickwinkel der möglichen Einflußnahme auf die Führung des Unternehmens unterliegen die qualifizierten Beteiligungsinhaber gemäß § 20 Abs 3 iVm § 5 Z 3, der Art 5 Abs 2 der zweiten Bankrechtskoordinierungs-

[108] Vgl zu § 228 HGB: *Nowotny* in Straube, HGB II § 228 Rz 10; *Geist* in Jabornegg, HGB § 228 Rz 5.

[109] Vgl etwa jüngst OGH RdW 1999, 783 (zu § 12a Abs 3 MRG).

[110] Vgl zu § 228 HGB: *Nowotny* in Straube, HGB II § 228 Rz 11; *Geist* in Jabornegg, HGB § 228 Rz 11.

[111] Vgl dazu *Kalss*, ÖBA 1993, 622 ff.

[112] Vgl *Knobl* in Griller, Banken im Binnenmarkt 136 f; *Schneider*, BB 1989, 84 f.

[113] *Szaggum / Haug / Ergenzinger*, KWG⁶ (1997) § 2b Rz 1, S 139; § 33 Rz 12, S 497; *Mauerhofer*, Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 56, betont den Aspekt des Anlegerschutzes in dieser Bestimmung.

[114] Vgl dazu *Kalss*, ÖBA 1993,

615 f; *Altendorfer / Kalss / Oppitz* in Aicher / Kalss / Oppitz, Grundfragen 154 f; *Schneider* in Assmann / Schneider, WpHG² vor § 21 Rz 12 ff.

[115] *Schlüter*, Wertpapierhandelsgesetz 133 Rz 141; *Reischauer / Kleinhans*, KWG § 2b Rz 1; s ferner *Weber-Rey / Krecek*, NVersZ 2000, 105 f.

[116] *Fülbier* in Boos / Fischer / Schulte-Mattler, KWG § 2b Rz 5.

nierungs-RL ebenso wie die Geschäftsführer einer Art Zuverlässigkeitsprüfung [117], die sich auf die persönlichen Voraussetzungen der Beteiligten bezieht. Bei der Prüfung der möglichen Gefährdung der soliden und umsichtigen Führung des Unternehmens sind für die jeweiligen Inhaber der qualifizierten Beteiligung die Tatsachen heranzuziehen, die auch für die Überprüfung der persönlich-professionellen Lauterkeit der Geschäftsleiter herangezogen werden [118].

Dabei ist aber der vorhin für Geschäftsleiter entwickelte Maßstab *nicht schematisch* auf die qualifiziert Beteiligten zu übertragen; vielmehr ist die Zuverlässigkeit nach Stellung und Aufgabe des qualifiziert Beteiligten zu beurteilen [119], jedenfalls ist aber bei *jedem* qualifiziert Beteiligten zu prüfen, ob die „zu stellenden Ansprüche“ gegeben sind. Eine *differenzierende Betrachtungsweise* legt schon der Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen nahe: Während als Konzessionsvoraussetzung für die Geschäftsleiter selbst ausdrücklich das Vorliegen der erforderlichen Eigenschaften normiert wird, müssen die Personen, die eine qualifizierte Beteiligung am Kreditinstitut halten, den im *Interesse* einer *soliden und umsichtigen Führung* des Kreditinstituts zu stellenden *Ansprüchen* genügen. Das Gesetz geht damit bei der Prüfung von deren Zuverlässigkeit von der Mediatisierung möglicher Einflußnahme und schädigender Handlungen aus [120]. Das Vorliegen der qualifizierten Beteiligung, dh allein die Möglichkeit der Einflußnahme, löst die Prüfungspflicht aus; die konkrete Beurteilung hängt dann aber – ähnlich wie beim Geschäftsleiter (konkrete Stellung) – von weiteren Umständen ab, insbesondere von der Rechtsform, von der Höhe der Beteiligung und auch von der satzungsmäßigen Gestaltung bzw syndikatsvertraglichen oder sonst schuldrechtlichen Vereinbarungen und den damit verbundenen Einflußmöglichkeiten. Während etwa die chaotische Geschäftsführung und sonstige Unfähigkeiten im Tagesgeschäft vor allem für den Mangel der erforderlichen Eigenschaften des Geschäftsleiters sprechen, sind bei qualifiziert Betei-

ligten vor allem nachteilige Einflußnahmen in Strategiefragen, in allgemeinen Fragen der Geschäftspolitik sowie der Einhaltung von Rechts- und Marktnormen von Bedeutung. ♦

Verzeichnis der zitierten Literatur:

Abrams / Davies, The Financial Services and Markets Bill in Standing Committee: The Story so Far, Journal of International Financial Markets 1999, 276–288.

Baran, VAG^{2/3} (1987/2000).

Bertin-Mourot / Pickering, Transposition of the Investment Services Directive into French Law, European Financial Services Law 1997, 14.

Bleckmann, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, 364.

Boos / Fischer / Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz – Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften (2000).

Borns, Das österreichische Bankrecht (1999).

Braumüller, Versicherungsaufsichtsrecht (1999).

Chini / Frölichsthal, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz² (1997).

Davy B., Anmerkung zu VwGH vom 6. 9. 1888, 87/12/0182, ÖZW 1988, 125.

Eckert, Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das deutsche Recht, WM 1993, 1070.

Ellger / Kalss, Das Börse- und Kapitalmarktrecht des Vereinigten Königreichs, in Hopt / Rudolph / Baum, Börsenreform (1997) 640 ff, 704 ff.

Finanzplatz Deutschland eV, Grauer Kapitalmarkt und unseriöse Geschäftspraktiken (1999).

Fischer / Klanten, Bankrecht, Grundlagen der Rechtspraxis³ (2000).

Franzen, Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft (1999).

Fremuth / Laurer, Kommentar zum KWG² (1995).

Fremuth / Laurer / Linc / Pötzelberger / Ruess, Bankwesengesetz (1995).

Frölichsthal / Hausmaninger / Knobl / Oppitz / Zeipel, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz (1998).

Gower, Review of Investor Protection – Discussion Document (1982).

–, Review of Investor Protection, Part I (1984).

Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts, ZEuP 1996, 399.

–, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999).

–, Ein Binnenmarkt – ganz ohne Schuldvertragsrecht?, EWS 12/1999, Die erste Seite.

Hanusch, Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (1999).

Hommelhoff, Die Auslegung angeleglichen Gesellschaftsrechts – eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung, in Schulze, Auslegung europäischen Privatrechts und angeleglichen Rechts (1999) 34.

Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975).

Iro, Wirtschaftstreuhandberufsgesetz (1977)

Jung / Schleicher, Neue gesetzliche Regelungen für Finanzdienstleister – die 6. KWG-Novelle (1998)

Kaulbach, Zur Qualifikation von Vorstandsmitgliedern von Versicherungsunternehmen, ZVWiss 1976, 697.

Kärde / Degenne, Implementation of the Investment Services Directive in Sweden, European Financial Services Law 1997, 6 ff.

Knobl, Europabankrecht, in Griller, Banken im Binnenmarkt (1992) 25.

Korinek St, Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBl 1999, 149.

Lechner, Der Zugang zum Beruf des Wirtschaftstreuhanders, in Bertl / Mandl / Mandl, Handbuch der Wirtschaftstreuhand (1989) 9.

Lomnicka, Reforming U.K. Financial Services Regulation: The Creation of a Single Regulator, Journal of Business Law 1999, 480.

[117] Vgl *Baran*, VAG³ § 4 Rz 27 (Prüfung der Lauterkeit und Ernsthaftigkeit); zur dt Rechtslage: *Weber-Rey / Krecek*, NVersZ 2000, 106. *Fülbier* in *Boos / Fischer / Schulte-Mattler*, KWG

§ 2b Rz 5.

[118] *Fülbier* in *Boos / Fischer / Schulte-Mattler*, KWG § 2b Rz 5.

[119] Vgl *Knobl* in *Griller*, Banken im Binnenmarkt 140.

[120] Bei juristischen Personen ist auf die persönlichen Voraussetzungen der jeweiligen vertretungsbefugten Personen abzustellen.

–, Making the Financial Services Authority Accountable, *Journal of Business Law* 2000, 65.

Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, *JZ* 1992, 593.

–, Europäisches Unternehmensrecht⁴ (1996).

–, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarkt, in *Zöllner-FS* (1999) 363.

–, Ergänzende Bemerkungen zur Auslegung im Gesellschaftsrecht und im Kapitalmarktrecht, in *Schulze*, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999) 83.

Mauerhofer, Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (1998).

Meixner, Neuerungen im Bankaufsichtsrecht und Kapitalmarktrecht, *NJW* 1998, 862 ff.

Müller, Versicherungsbinnenmarkt (1995).

Page / Ferguson, Investor Protection (1992).

Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994).

–, Die Europäische Union und

die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, Gutachten zum 14. ÖJT, I/1 (2000).

Pröller / Schmidt, VAG¹¹ (1997).

Reich, Europäisches Verbraucherrecht, *ZEuP* 1994, 381.

Reischauer / Kleinhaus, KWG (Loseblatt).

Rider / Abrams / Ashe, Guide to Financial Services Regulation³ (1998).

Rüffler, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, *ÖJZ* 1997, 121 ff.

Schlüter, Wertpapierhandelsrecht (2000).

Schork, KWG (Loseblatt).

Schulze, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts – Einführung, in *Schulze*, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts (1999) 9.

Schwark, *Bankrecht*²⁷ (1998).

Somek / Forgó, Nachpositivistisches Rechtsdenken (1996).

Szaggunn / Haug / Ergenzinger, Gesetz über das Kreditwesen⁶ (1997).

Ulmer, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, *EuZW* 1993, 337.

Walter / Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁸ (1996).

Walter / Thienel, Verwaltungsverfahrgesetze I² (1998).

Weber / Nägele, Babylonische Begriffsverwirrung: 6. KWG-Novelle in Kraft, *ZfKreditwesen* 1998, 753 ff.

Weber-Rey / Krecek, Aufsichtrechtliche Aspekte der Übernahme von Versicherungsunternehmen, *NVersZ* 2000, 105.

Wolfson, The Implementation of the Investment Services Directive in France, *Journal of International Banking Law* 1997, 24.

Zerwas / Hanten, Zulassung zum Geschäftsbetrieb für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, *BB* 1998, 2481.

Zimmer, Neue Vorschriften für den nicht organisierten Kapitalmarkt, *DB* 1998, 969.

