

TE Bvwg Erkenntnis 2014/3/4 W148 2000361-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.03.2014

Entscheidungsdatum

04.03.2014

Norm

B-VG Art.133 Abs4

BWG 1993 §1 Abs1 Z1 Fall2

BWG 1993 §4 Abs1

BWG 1993 §98 Abs1

nö GdO 1973 §37 Abs1

UStG 1994 §2 Abs1

VStG §19

VStG §19 Abs1

VStG §19 Abs2

VStG §5 Abs1

VStG §5 Abs2

VStG §9 Abs1

VStG §9 Abs7

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. UStG 1994 § 2 heute
 2. UStG 1994 § 2 gültig ab 01.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
 3. UStG 1994 § 2 gültig von 01.01.1995 bis 30.04.1996
-
1. VStG § 19 heute

2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
 4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011
1. VStG § 19 heute
 2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
 4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011
1. VStG § 19 heute
 2. VStG § 19 gültig ab 01.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VStG § 19 gültig von 01.01.2012 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
 4. VStG § 19 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2011
1. VStG § 5 heute
 2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018
1. VStG § 5 heute
 2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018
1. VStG § 9 heute
 2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
 3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
 4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. VStG § 9 heute
 2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
 3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
 4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Spruch

W148 2000361-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterinnen Dr. KUROI und Mag. Dr. SCHNEIDER als Beisitzerinnen über die Berufung (nunmehr "Beschwerde") der XXXX, geb. XXXX, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 26.11.2012 zu GZ. FMA-UB0001.100/0056-BUG/2012 wegen Übertretung der §§ 98 Abs 1, 1 Abs. 1 Z. 1 2. Fall BWG iVm § 4 Abs. 1 BWG iVm § 9 Abs. 1 und Abs. 7 VStG nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterinnen Dr. KUROI und Mag. Dr. SCHNEIDER als Beisitzerinnen über die Berufung (nunmehr "Beschwerde") der römisch 40, geb. römisch 40, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 26.11.2012 zu GZ. FMA-UB0001.100/0056-BUG/2012 wegen Übertretung der Paragraphen 98, Absatz eins, eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall BWG in Verbindung mit Paragraph 4, Absatz eins, BWG in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins und Absatz 7, VStG nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Gemäß Artikel 130 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl Nr. 1/1930 idF BGBl I Nr. 51/2012 iVm. § 28 Abs. 1 VwGVG, BGBl I Nr. 33/2013, wird der Berufung (nunmehr "Beschwerde") dem Grunde nach keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt, wobei bei Strafsanktionsnorm "§ 98 Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993" zu zitieren ist. römisch eins. Gemäß Artikel 130 Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), Bundesgesetzblatt Nr. 1 aus

1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1912, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 1913,, wird der Berufung (nunmehr "Beschwerde") dem Grunde nach keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt, wobei bei Strafsanktionsnorm "§ 98 Absatz eins, BWG, BGBl. Nr. 532/1993" zu zitieren ist.

II. Bezüglich der Strafhöhe wird der Berufung ("Beschwerde") insofern Folge gegeben als anstelle der Geldstrafe in der Höhe von 1500 Euro eine Geldstrafe in der Höhe von 750 Euro verhängt wird. Die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe wird mit 6 Stunden bemessen.römisch zwei. Bezüglich der Strafhöhe wird der Berufung ("Beschwerde") insofern Folge gegeben als anstelle der Geldstrafe in der Höhe von 1500 Euro eine Geldstrafe in der Höhe von 750 Euro verhängt wird. Die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe wird mit 6 Stunden bemessen.

III. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG, BGBl I Nr. 33/2013, werden keine Kosten auferlegt.römisch drei. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 1913,, werden keine Kosten auferlegt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG),BGBl Nr. 1/1930 idF BGBl I Nr. 51/2012 nicht zulässig.Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), Bundesgesetzblatt Nr. 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1912, nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 26.11.2012 lautet:

"Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie haben in Ihrer Funktion als Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX, polit. Bezirk XXXX (im Folgenden Marktgemeinde XXXX) gemäß § 9 Abs 1 VStG als zur Vertretung nach außen Berufene Folgendes zu verantwortenSie haben in Ihrer Funktion als Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40 , polit. Bezirk römisch 40 (im Folgenden Marktgemeinde römisch 40) gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG als zur Vertretung nach außen Berufene Folgendes zu verantworten:

Die Marktgemeinde Randegg hat gewerblich fremde Gelder als Einlage entgegengenommen und anschließend gehalten, obwohl sie über keine Berechtigung der FMA zur Erbringung konzessionspflichtiger Bankgeschäfte gemäß §§ 1 Abs 1 Z 1 2.Fall, 4 Abs 1 BWG verfügt.Die Marktgemeinde Randegg hat gewerblich fremde Gelder als Einlage entgegengenommen und anschließend gehalten, obwohl sie über keine Berechtigung der FMA zur Erbringung konzessionspflichtiger Bankgeschäfte gemäß Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2.Fall, 4 Absatz eins, BWG verfügt.

Dies erfolgte durch die folgende Vorgehensweise:

Die Marktgemeinde XXXX hat insgesamt € 60.000 im Rahmen eines Bürgerbeteiligungsmodelles zum Bau einer Photovoltaikanlage (zur Stromgewinnung der örtlichen Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde XXXX) mittels Ausgabe von Finanzierungsbeteiligungen bzw. Paketen á € 500 entgegengenommen. Pro Person konnten maximal 8 solcher Pakete erworben werden.Die Marktgemeinde römisch 40 hat insgesamt € 60.000 im Rahmen eines Bürgerbeteiligungsmodelles zum Bau einer Photovoltaikanlage (zur Stromgewinnung der örtlichen Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde römisch 40) mittels Ausgabe von Finanzierungsbeteiligungen bzw. Paketen á € 500 entgegengenommen. Pro Person konnten maximal 8 solcher Pakete erworben werden.

In diesem Zusammenhang wurden 20 (standardisierte) Darlehensverträge zwischen der Marktgemeinde XXXX als Darlehensnehmerin und den jeweiligen Personen als Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen abgeschlossen, und zwar mitIn diesem Zusammenhang wurden 20 (standardisierte) Darlehensverträge zwischen der Marktgemeinde römisch 40 als Darlehensnehmerin und den jeweiligen Personen als Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen abgeschlossen, und zwar mit

XXXX und XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag € 4.000,-(gehalten bis 13.06.2012)römisch 40 und römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag € 4.000,-(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000;römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000;römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 14.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,--
(gehalten bis 14.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 500,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 500,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX und XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 und römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag:
€ 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX und XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,- (gehalten bis 18.06.2012)römisch 40 und römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,- (gehalten bis 18.06.2012)

XXXX und XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 2.000,römisch 40 und römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag:
€ 2.000,-
(gehalten bis 14.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 500,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 500,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.500,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.500,-
(gehalten bis 18.06.2012)

XXXX und XXXX am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,- (gehalten bis 13.06.2012)römisch 40 und römisch 40 am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,- (gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.000,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.500,römisch 40 am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.500,-
(gehalten bis 14.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.000,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 1.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,römisch 40 am 02.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-
(gehalten bis 13.06.2012)

XXXX am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-, römisch 40 am 04.11.2011, Darlehensbetrag: € 4.000,-

(gehalten bis 13.06.2012)

Die Zuzahlung der Darlehensbeträge erfolgte per 30.11.2011 durch Abbuchung - von den Konten der jeweiligen Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen - auf das Konto der Marktgemeinde XXXX bei der Raiffeisenbank (BLZ XXXX, Kontonummer XXXX). Die Zuzahlung der Darlehensbeträge erfolgte per 30.11.2011 durch Abbuchung - von den Konten der jeweiligen Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen - auf das Konto der Marktgemeinde römisch 40 bei der Raiffeisenbank (BLZ römisch 40, Kontonummer römisch 40).

Die vereinbarte Laufzeit betrug 13 Jahre bei einer fixen Verzinsung von 4% jährlich. Es sollte jeweils der gesamte Darlehensbetrag inkl. der Zinsen an die Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen zurückbezahlt werden, ohne dass die Rückzahlung an irgendwelche Voraussetzungen geknüpft gewesen wäre. Die Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen sollten abgesehen von der verzinsten Rückzahlung keine weiteren Vorteile haben.

Das Bürgerbeteiligungsmodell und die 20 Darlehensverträge wurden am 01.12.2011 mehrheitlich im Gemeinderat der Marktgemeinde XXXX beschlossen. Die einzelnen Darlehensverträge wurden seitens der Marktgemeinde XXXX von Ihnen - als Bürgermeisterin - unterzeichnet. Die Darlehensbeträge wurden von der Marktgemeinde XXXX bis zur Umstellung des beschriebenen Bürgerbeteiligungsmodells auf ein Sale-and-Lease-back-Modell, sohin bis zu den genannten Zeitpunkten im Juni 2012, gehalten. Das Bürgerbeteiligungsmodell und die 20 Darlehensverträge wurden am 01.12.2011 mehrheitlich im Gemeinderat der Marktgemeinde römisch 40 beschlossen. Die einzelnen Darlehensverträge wurden seitens der Marktgemeinde römisch 40 von Ihnen - als Bürgermeisterin - unterzeichnet. Die Darlehensbeträge wurden von der Marktgemeinde römisch 40 bis zur Umstellung des beschriebenen Bürgerbeteiligungsmodells auf ein Sale-and-Lease-back-Modell, sohin bis zu den genannten Zeitpunkten im Juni 2012, gehalten.

Das beschriebene Bürgerbeteiligungsmodell wurde auf Initiative des geschäftsführenden Gemeinderates der Marktgemeinde XXXX, XXXX, der für Finanzen, Umwelt, Wasser, Kanal, Klimabündnis und Wohnbau zuständig ist, angeregt und über die Marktgemeinde XXXX abgewickelt. Das beschriebene Bürgerbeteiligungsmodell wurde auf Initiative des geschäftsführenden Gemeinderates der Marktgemeinde römisch 40, römisch 40, der für Finanzen, Umwelt, Wasser, Kanal, Klimabündnis und Wohnbau zuständig ist, angeregt und über die Marktgemeinde römisch 40 abgewickelt.

Die Marktgemeinde XXXX haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über die zur Vertretung nach außen Berufene verhängte Geldstrafe und für die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. Die Marktgemeinde römisch 40 haftet gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die über die zur Vertretung nach außen Berufene verhängte Geldstrafe und für die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 98 Abs 1, 1 Abs 1 Z 1 2. Fall BWG iVm § 9 Abs 1 VStG Paragraphen 98, Absatz eins, eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall BWG in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 1.500,- Euro, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Stunden Gemäß § 98 Abs. 1 BWG iVm § 3 16, 19, 44a VStG. Geldstrafe von 1.500,- Euro, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Stunden Gemäß Paragraph 98, Absatz eins, BWG in Verbindung mit § 3 16, 19, 44a VStG.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen. Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

150,- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafen/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

1.650,-

Zahlungsfrist:

[...]"

Die Begründung des Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Die FMA wurde aufgrund einer Eingabe auf das Bürgerbeteiligungsmodell der Gemeinde XXXX zur Finanzierung einer Photovoltaikanlage aufmerksam. Da sich aufgrund des mitübersandten Flyers der Verdacht ergab, dass ohne die dafür erforderliche Konzession gewerblich fremde Gelder als Einlage entgegengenommen wurden, wurde ein Ermittlungsverfahren zu FMA-UB0001.300/0317-BUG/2011 eingeleitet. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden das Bürgerbeteiligungsmodell von der Beschuldigten, der Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX, dargestellt und Vertragsmuster bzw. ein (Gesamt-)Tilgungsplan (Beilage 1) sowie die Bezug habenden 20 Darlehensverträge, die zur Umsetzung des Bürgerbeteiligungsmodells von der Marktgemeinde XXXX abgeschlossen wurden (Beilage 2), vorgelegt."Die FMA wurde aufgrund einer Eingabe auf das Bürgerbeteiligungsmodell der Gemeinde römisch 40 zur Finanzierung einer Photovoltaikanlage aufmerksam. Da sich aufgrund des mitübersandten Flyers der Verdacht ergab, dass ohne die dafür erforderliche Konzession gewerblich fremde Gelder als Einlage entgegengenommen wurden, wurde ein Ermittlungsverfahren zu FMA-UB0001.300/0317-BUG/2011 eingeleitet. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden das Bürgerbeteiligungsmodell von der Beschuldigten, der Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40, dargestellt und Vertragsmuster bzw. ein (Gesamt-)Tilgungsplan (Beilage 1) sowie die Bezug habenden 20 Darlehensverträge, die zur Umsetzung des Bürgerbeteiligungsmodells von der Marktgemeinde römisch 40 abgeschlossen wurden (Beilage 2), vorgelegt.

Mit Verfahrensordnung vom 20.02.2012 (Untersagungsverfahren zu FMA-UB0001.200/0008-BUG/2012) wurde der Marktgemeinde XXXX die Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes durch die Unterlassung der gewerblichen Entgegennahme fremder Gelder als Einlage gemäß § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG (Einlagengeschäft) sowie die Unterlassung des weiteren Haltens der bereits entgegengenommenen Gelder bis 20.06.2012 aufgetragen (Beilage 3). Das Bürgerbeteiligungsmodell wurde im Juni 2012 auf ein Sale-and-Lease-back-Modell umgestellt. Mit Verfahrensordnung vom 20.02.2012 (Untersagungsverfahren zu FMA-UB0001.200/0008-BUG/2012) wurde der Marktgemeinde römisch 40 die Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes durch die Unterlassung der gewerblichen Entgegennahme fremder Gelder als Einlage gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG (Einlagengeschäft) sowie die Unterlassung des weiteren Haltens der bereits entgegengenommenen Gelder bis 20.06.2012 aufgetragen (Beilage 3). Das Bürgerbeteiligungsmodell wurde im Juni 2012 auf ein Sale-and-Lease-back-Modell umgestellt.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30.07.2012, zugestellt durch Hinterlegung am 02.08.2012, wurde gegen die Beschuldigte - als zur Vertretung nach außen Verantwortliche - ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet (ON 1). Die Beschuldigte, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte, nahm mit Rechtfertigung vom 10.09.2012, eingelangt per Fax am selben Tag sowie per Post am 11.09.2012, fristgerecht zum Tatvorwurf Stellung (ON 2).

Der folgende entscheidungsrelevante Sachverhalt steht aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens fest:

Die Marktgemeinde XXXX, 3263 XXXX XXXXXXXX, Politischer Bezirk XXXX (im Folgenden als Marktgemeinde XXXX bezeichnet) verfügt über keine Konzession der FMA. Die Beschuldigte fungiert als Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX. Dies gilt auch für den gegenständlich maßgeblichen Zeitraum. Die Marktgemeinde römisch 40, 3263 römisch 40 XXXXXXXX, Politischer Bezirk römisch 40 (im Folgenden als Marktgemeinde römisch 40 bezeichnet) verfügt über keine Konzession der FMA. Die Beschuldigte fungiert als Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40. Dies gilt auch für den gegenständlich maßgeblichen Zeitraum.

Im Rahmen des Bürgerbeteiligungsmodells - das in den XXXXer Nachrichten, die unter anderem (auch) via Internet abrufbar sind, beworben wurde - hat die Marktgemeinde XXXX insgesamt € 60.000,- zum Bau einer Photovoltaikanlage zur Stromgewinnung der örtlichen Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde XXXX entgegengenommen. Dies erfolgte durch Ausgabe von Finanzierungsbeteiligungen ("Paketen") à € 500,-. Pro Person konnten maximal 8 solcher Pakete erworben werden. Tatsächlich wurden von der Marktgemeinde XXXX als Darlehensnehmerin zum Zweck dieser Beteiligung 20 (standardisierte) Darlehensverträge mit den jeweiligen Personen als Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen entsprechend der Auflistung im Spruch abgeschlossen. Die Darlehensverträge sind teilweise mit 02.11.2011, teilweise mit 04.11.2011 datiert. Im Rahmen des Bürgerbeteiligungsmodells - das in den XXXXer Nachrichten, die unter anderem (auch) via Internet abrufbar sind, beworben wurde - hat die Marktgemeinde römisch 40 insgesamt € 60.000,- zum Bau einer Photovoltaikanlage zur Stromgewinnung der örtlichen

Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde römisch 40 entgegengenommen. Dies erfolgte durch Ausgabe von Finanzierungsbeteiligungen ("Paketen") à € 500,-. Pro Person konnten maximal 8 solcher Pakete erworben werden. Tatsächlich wurden von der Marktgemeinde römisch 40 als Darlehensnehmerin zum Zweck dieser Beteiligung 20 (standardisierte) Darlehensverträge mit den jeweiligen Personen als Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen entsprechend der Auflistung im Spruch abgeschlossen. Die Darlehensverträge sind teilweise mit 02.11.2011, teilweise mit 04.11.2011 datiert.

Die Präambel der maßgeblichen Darlehensverträge lautet wie folgt:

"Die Marktgemeinde XXXX bietet die am Haus der XXXX und Turnsaal XXXX und HS XXXX XXXX errichtete Photovoltaikanlage im Rahmen eines "Finanzierungsmodells über einen Darlehensvertrag" der Bevölkerung und den Unterstützern der Erzeugung von erneuerbaren Energien an. Der Darlehensbetrag liegt bei € 500,00 pro Paket. Der Fixzinssatz für die gesamte Laufzeit beträgt 4 %, berechnet vom jeweilig jährlich ausstehenden Darlehensrest. Die Zuzählung des Darlehens erfolgt per 01.12.2011 Die Laufzeit des Darlehens endet per 1.12.2024. Der Darlehensgeber gibt der Marktgemeinde XXXX ein Darlehen nach Maßgabe des vorliegenden Darlehensvertrages zur Umsetzung eines Sonnenkraftwerkes am Haus der XXXX und Turnsaal XXXX und HS XXXX XXXX mit insgesamt 25 kWp Ausbauleistung." "Die Marktgemeinde römisch 40 bietet die am Haus der römisch 40 und Turnsaal römisch 40 und HS römisch 40 römisch 40 errichtete Photovoltaikanlage im Rahmen eines "Finanzierungsmodells über einen Darlehensvertrag" der Bevölkerung und den Unterstützern der Erzeugung von erneuerbaren Energien an. Der Darlehensbetrag liegt bei € 500,00 pro Paket. Der Fixzinssatz für die gesamte Laufzeit beträgt 4 %, berechnet vom jeweilig jährlich ausstehenden Darlehensrest. Die Zuzählung des Darlehens erfolgt per 01.12.2011 Die Laufzeit des Darlehens endet per 1.12.2024. Der Darlehensgeber gibt der Marktgemeinde römisch 40 ein Darlehen nach Maßgabe des vorliegenden Darlehensvertrages zur Umsetzung eines Sonnenkraftwerkes am Haus der römisch 40 und Turnsaal römisch 40 und HS römisch 40 römisch 40 mit insgesamt 25 kWp Ausbauleistung."

Die Zuzählung der Darlehensbeträge erfolgte per 30.11.2011 durch Abbuchung - von den Konten der jeweiligen Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen - auf das Konto der Marktgemeinde XXXX bei der Raiffeisenbank (BLZ XXXX, Kontonummer XXXX). Die Darlehensbeträge wurden von der Marktgemeinde XXXX bis zur Umstellung des beschriebenen Bürgerbeteiligungsmodelles auf ein Sale-and-Lease-back-Modell, sohin bis zu den im Spruch genannten Zeitpunkten im Juni 2012, gehalten. Die Zuzählung der Darlehensbeträge erfolgte per 30.11.2011 durch Abbuchung - von den Konten der jeweiligen Darlehensgeber bzw. Darlehensgeberinnen - auf das Konto der Marktgemeinde römisch 40 bei der Raiffeisenbank (BLZ römisch 40 , Kontonummer römisch 40). Die Darlehensbeträge wurden von der Marktgemeinde römisch 40 bis zur Umstellung des beschriebenen Bürgerbeteiligungsmodelles auf ein Sale-and-Lease-back-Modell, sohin bis zu den im Spruch genannten Zeitpunkten im Juni 2012, gehalten.

Die vereinbarte Laufzeit betrug 13 Jahre. Der Betrag sollte mit 4% p. a. (fix; berechnet vom jährlich ausstehenden Darlehensrest) verzinst werden, so dass pro "Paket" à € 500,- der Betrag von €

650,-, sohin der gesamte Betrag inklusive der Zinsen, von der Marktgemeinde XXXX an die Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen zurückbezahlt werden musste. Die Rückzahlung erfolgte laut Tilgungsplan (Punkt 3 des jeweiligen Darlehensvertrages) in jährlichen Raten. Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehensbetrages samt garantierter Verzinsung war vertraglich vereinbart und an keinerlei weitere Voraussetzungen geknüpft. Er bestand insbesondere unabhängig davon, welche Leistung etc. die Photovoltaikanlage tatsächlich erbracht hätte. Abgesehen von der verzinsten Rückzahlung waren keine weiteren Vorteile der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen vorgesehen. 650,-, sohin der gesamte Betrag inklusive der Zinsen, von der Marktgemeinde römisch 40 an die Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen zurückbezahlt werden musste. Die Rückzahlung erfolgte laut Tilgungsplan (Punkt 3 des jeweiligen Darlehensvertrages) in jährlichen Raten. Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehensbetrages samt garantierter Verzinsung war vertraglich vereinbart und an keinerlei weitere Voraussetzungen geknüpft. Er bestand insbesondere unabhängig davon, welche Leistung etc. die Photovoltaikanlage tatsächlich erbracht hätte. Abgesehen von der verzinsten Rückzahlung waren keine weiteren Vorteile der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen vorgesehen.

Eine Abtretung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag an Dritte war mit Zustimmung beider Vertragsteile möglich. Eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehensbetrages war möglich, wobei die Entscheidung darüber - nach schriftlichem Antrag des Darlehensgebers bzw. der Darlehensgeberin - dem Gemeindevorstand der Marktgemeinde XXXX oblag. Eine

Abtretung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag an Dritte war mit Zustimmung beider Vertragsteile möglich. Eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehensbetrages war möglich, wobei die Entscheidung darüber - nach schriftlichem Antrag des Darlehensgebers bzw. der Darlehensgeberin - dem Gemeindevorstand der Marktgemeinde römisch 40 oblag.

Das gegenständliche Bürgerbeteiligungsmodell wurde auf Initiative des geschäftsführenden Gemeinderates der Marktgemeinde XXXX, XXXX, der für Finanzen, Umwelt, Wasser Kanal, Klimabündnis und Wohnbau zuständig ist, angeregt und über die Marktgemeinde XXXX abgewickelt. Das Bürgerbeteiligungsmodell und die 20 Darlehensverträge wurden am 01.12.2011 mehrheitlich im Gemeinderat der Marktgemeinde XXXX beschlossen. Die einzelnen Darlehensverträge wurden seitens der Marktgemeinde XXXX von der Beschuldigten - als Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX - unterzeichnet. Das gegenständliche Bürgerbeteiligungsmodell wurde auf Initiative des geschäftsführenden Gemeinderates der Marktgemeinde römisch 40, römisch 40, der für Finanzen, Umwelt, Wasser Kanal, Klimabündnis und Wohnbau zuständig ist, angeregt und über die Marktgemeinde römisch 40 abgewickelt. Das Bürgerbeteiligungsmodell und die 20 Darlehensverträge wurden am 01.12.2011 mehrheitlich im Gemeinderat der Marktgemeinde römisch 40 beschlossen. Die einzelnen Darlehensverträge wurden seitens der Marktgemeinde römisch 40 von der Beschuldigten - als Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40 - unterzeichnet.

Beweis wurde erhoben durch:

Einsichtnahme in die Konzessionsdatenbank der FMA, in die Stellungnahme der Marktgemeinde XXXX zum Bürgerbeteiligungsmodell vom 19.12.2011 samt Anhang (Beilage 1); in die am 15.02.2012 von der Marktgemeinde XXXX vorgelegten Darlehensverträge (Beilage 2); in die Verfahrensordnung der FMA vom 20.02.2012 (Beilage 3), in den Auszug der Screenshots vom 14.12.2011 (Beilage 4), in die gegenständlich relevanten Teile der am 19.06.2012 vorgelegten Unterlagen zur Umstellung auf ein Sale-and-Lease-back-Modell (Beilage 5) sowie in die Rechtfertigung vom 10.11.2012 samt Anhang (ON 2). Einsichtnahme in die Konzessionsdatenbank der FMA, in die Stellungnahme der Marktgemeinde römisch 40 zum Bürgerbeteiligungsmodell vom 19.12.2011 samt Anhang (Beilage 1); in die am 15.02.2012 von der Marktgemeinde römisch 40 vorgelegten Darlehensverträge (Beilage 2); in die Verfahrensordnung der FMA vom 20.02.2012 (Beilage 3), in den Auszug der Screenshots vom 14.12.2011 (Beilage 4), in die gegenständlich relevanten Teile der am 19.06.2012 vorgelegten Unterlagen zur Umstellung auf ein Sale-and-Lease-back-Modell (Beilage 5) sowie in die Rechtfertigung vom 10.11.2012 samt Anhang (ON 2).

Die Feststellungen wurden aufgrund der folgenden Beweiswürdigung getroffen:

Dass die Marktgemeinde XXXX nicht über eine Konzession der FMA gemäß § 4 BWG zum Betrieb von gewerblichen Bankgeschäften verfügt, ergibt sich aus der Konzessionsdatenbank der FMA. Dass die Marktgemeinde römisch 40 nicht über eine Konzession der FMA gemäß Paragraph 4, BWG zum Betrieb von gewerblichen Bankgeschäften verfügt, ergibt sich aus der Konzessionsdatenbank der FMA.

Die Feststellung, dass die Beschuldigte als Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX fungiert bzw. im maßgeblichen Zeitraum fungierte, gründet sich auf die Stellungnahme vom 19.12.2011 (Beilage 1). Die Feststellung, dass die Beschuldigte als Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40 fungiert bzw. im maßgeblichen Zeitraum fungierte, gründet sich auf die Stellungnahme vom 19.12.2011 (Beilage 1).

Dass das Bürgerbeteiligungsmodell in den (auch) im Internet abrufbaren XXXXer Nachrichten beworben wurde, ergibt sich aus dem Auszug der Screenshots vom 14.12.2011 (Beilage 4).

Sämtliche Feststellungen zum Bürgerbeteiligungsmodell und seinem Zweck, der Vorgehensweise und Abwicklung, den insgesamt 20 abgeschlossenen Darlehensverträgen und deren Bedingungen (insbesondere betreffend die Höhe der Darlehensbeträge, ihre Entgegennahme bzw. Zuzahlung, die Laufzeit, die Verzinsung und den Rückzahlungsanspruch bzw. die Tilgung sowie die Möglichkeit der Abtretung der Rechte aus dem Darlehensverträgen und der vorzeitigen Rückzahlungsmöglichkeit) ergeben sich aus der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Darstellung der Marktgemeinde XXXX bzw. der Beschuldigten im Zuge ihrer Stellungnahme, die von den im Zuge der Stellungnahme vorgelegten Unterlagen (Beilage 1) gestützt werden und die mit der vorliegenden Werbung (Beilage 4) in Einklang stehen, im Zusammenhalt mit den ebenfalls von der Marktgemeinde XXXX vorgelegten 20 Darlehensverträgen (Beilage 2). Sämtliche Feststellungen zum Bürgerbeteiligungsmodell und seinem Zweck, der Vorgehensweise und Abwicklung, den insgesamt 20 abgeschlossenen Darlehensverträgen und deren Bedingungen (insbesondere betreffend die Höhe der Darlehensbeträge, ihre Entgegennahme bzw. Zuzahlung, die Laufzeit, die Verzinsung und den

Rückzahlungsanspruch bzw. die Tilgung sowie die Möglichkeit der Abtretung der Rechte aus dem Darlehensverträgen und der vorzeitigen Rückzahlungsmöglichkeit) ergeben sich aus der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Darstellung der Marktgemeinde römisch 40 bzw. der Beschuldigten im Zuge ihrer Stellungnahme, die von den im Zuge der Stellungnahme vorgelegten Unterlagen (Beilage 1) gestützt werden und die mit der vorliegenden Werbung (Beilage 4) in Einklang stehen, im Zusammenhalt mit den ebenfalls von der Marktgemeinde römisch 40 vorgelegten 20 Darlehensverträgen (Beilage 2).

Zur Entgegennahme der Gelder ist anzumerken, dass diese - wie von der Marktgemeinde XXXX bzw. der Beschuldigten dargestellt (Beilage 1) - auf ein Raiffeisenkonto der Marktgemeinde XXXX erfolgte. Die im Spruch genannte Kontonummer ergibt sich aus Beilage 5: Dabei handelt es sich offenbar um das Konto, über das auch die weiteren Transaktionen im Zusammenhang mit der Umstellung des Bürgerbeteiligungsmodelles abgewickelt wurden und war davon auszugehen, dass auch die ursprüngliche Entgegennahme eben über dieses Konto erfolgte. Dieser Umstand wurde im Übrigen seitens der Marktgemeinde XXXX bzw. der Beschuldigten auch im Rahmen ihrer Stellungnahme bzw. Rechtfertigung in keiner Weise in Abrede gestellt. Zur Entgegennahme der Gelder ist anzumerken, dass diese - wie von der Marktgemeinde römisch 40 bzw. der Beschuldigten dargestellt (Beilage 1) - auf ein Raiffeisenkonto der Marktgemeinde römisch 40 erfolgte. Die im Spruch genannte Kontonummer ergibt sich aus Beilage 5: Dabei handelt es sich offenbar um das Konto, über das auch die weiteren Transaktionen im Zusammenhang mit der Umstellung des Bürgerbeteiligungsmodelles abgewickelt wurden und war davon auszugehen, dass auch die ursprüngliche Entgegennahme eben über dieses Konto erfolgte. Dieser Umstand wurde im Übrigen seitens der Marktgemeinde römisch 40 bzw. der Beschuldigten auch im Rahmen ihrer Stellungnahme bzw. Rechtfertigung in keiner Weise in Abrede gestellt.

Die Feststellung des Zeitpunktes, bis zu dem die Gelder gehalten wurden, ergibt sich aus dem diesbezüglich relevanten Teil der Unterlagen zur Umstellung des Bürgerbeteiligungsmodelles (Beilage 5).

Der Sachverhalt insgesamt und die Rolle der Beschuldigten (als zur Vertretung nach außen Befugte) ergibt sich sohin im Wesentlichen aus der Darstellung der Marktgemeinde XXXX bzw. der Beschuldigten selbst sowie aus den Bezug habenden Unterlagen. Diese Umstände wurden im Laufe des gesamten Verfahrens in keiner Weise bestritten. Insbesondere wurde auch gar nicht vorgebracht, dass es etwa eine/n für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften Beauftragte/n in der Marktgemeinde XXXX gegeben hätte. Gegenteilige Hinweise zum Sachverhalt liegen nicht vor. Zur Rechtfertigung der Beschuldigten (ON 2) ist letztlich hervorzuheben, dass sich diese auf rechtliche Ausführungen beschränkt und der Sachverhalt an sich nicht bestritten wurde. Entsprechende Ausführungen zur Rechtfertigung der Beschuldigten erfolgen daher im Zuge der rechtlichen Beurteilung. Der Sachverhalt insgesamt und die Rolle der Beschuldigten (als zur Vertretung nach außen Befugte) ergibt sich sohin im Wesentlichen aus der Darstellung der Marktgemeinde römisch 40 bzw. der Beschuldigten selbst sowie aus den Bezug habenden Unterlagen. Diese Umstände wurden im Laufe des gesamten Verfahrens in keiner Weise bestritten. Insbesondere wurde auch gar nicht vorgebracht, dass es etwa eine/n für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften Beauftragte/n in der Marktgemeinde römisch 40 gegeben hätte. Gegenteilige Hinweise zum Sachverhalt liegen nicht vor. Zur Rechtfertigung der Beschuldigten (ON 2) ist letztlich hervorzuheben, dass sich diese auf rechtliche Ausführungen beschränkt und der Sachverhalt an sich nicht bestritten wurde. Entsprechende Ausführungen zur Rechtfertigung der Beschuldigten erfolgen daher im Zuge der rechtlichen Beurteilung.

Rechtlich folgt daraus:

Für den vorliegenden Sachverhalt sind die nachstehenden gesetzlichen

Bestimmungen maßgeblich:

§ 98 Abs 1 BWG, BGBl 1993/532 idF BGBl I 2010/72 bzw BGBl I 2012/20 lautet: Paragraph 98, Absatz eins, BWG, BGBl 1993/532 in der Fassung BGBl römisch eins 2010/72 bzw BGBl römisch eins 2012/20 lautet:

"Wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen."

§ 98 Abs 1 BWG, BGBl 1993/532 idF BGBl I 2012/35 (ab 01.05.2012) lautet: Paragraph 98, Absatz eins, BWG, BGBl 1993/532 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/35 (ab 01.05.2012) lautet:

"Wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 100 000 Euro zu bestrafen."

§ 4 Abs 1 BWG, BGBl 1993/532 idgF lautet: Paragraph 4, Absatz eins, BWG, BGBl 1993/532 idgF lautet:

"Der Betrieb der in § 1 Abs. 1 genannten Geschäfte bedarf der Konzession der Finanzmarkt- aufsichtsbehörde (FMA).""Der Betrieb der in Paragraph eins, Absatz eins, genannten Geschäfte bedarf der Konzession der Finanzmarkt- aufsichtsbehörde (FMA)."

§ 1 Abs 1 Z 1 BWG, BGBl 1993/532 idgF lautet: Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG, BGBl 1993/532 idgF lautet:

"Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:"Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der Paragraphen 4, oder 103 Ziffer 5, dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:

... Die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft). ..."

§ 9 Abs 1 VStG, BGBl 1991/52 idgF lautet: Paragraph 9, Absatz eins, VStG, BGBl 1991/52 idgF lautet:

"Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.""Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist."

§ 9 Abs 7 VStG, BGBl 1991/52 idgF lautet: Paragraph 9, Absatz 7, VStG, BGBl 1991/52 idgF lautet:

"Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.""Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Absatz 3, genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand."

Im vorliegenden Fall hat die Marktgemeinde XXXX in 20 Fällen gewerblich fremde Gelder (insgesamt den Betrag von € 60.000) als Einlage entgegengenommen und anschließend gehalten, obwohl sie über keine erforderliche Berechtigung der FMA zur Erbringung konzessionspflichtiger Bankgeschäfte verfügt.Im vorliegenden Fall hat die Marktgemeinde römisch 40 in 20 Fällen gewerblich fremde Gelder (insgesamt den Betrag von € 60.000) als Einlage entgegengenommen und anschließend gehalten, obwohl sie über keine erforderliche Berechtigung der FMA zur Erbringung konzessionspflichtiger Bankgeschäfte verfügt.

I) Zum Konzessionstatbestand (Einlagengeschäft)römisch eins) Zum Konzessionstatbestand (Einlagengeschäft)

Nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG ist die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage als Bankgeschäft zu qualifizieren. Mit dieser Bestimmung werden zwei unterschiedliche Tatbilder angesprochen; zum einen die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung und zum anderen die Entgegennahme fremder Gelder als Einlage (UVS Wien 06/V/22/5974/2004/34 und 06/V/22/5975/2004/39).Nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG ist die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage als Bankgeschäft zu qualifizieren. Mit dieser Bestimmung werden zwei unterschiedliche Tatbilder angesprochen; zum einen die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung und zum anderen die Entgegennahme fremder Gelder als Einlage (UVS Wien 06/V/22/5974/2004/34 und 06/V/22/5975/2004/39).

Die gewerbliche Entgegennahme fremder Gelder als Einlage gemäß § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG stellt sohin ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft (Einlagengeschäft) dar. Es sind daher die Kriterien der Gewerblichkeit und der Entgegennahme fremder Gelder sowie das Vorliegen einer Einlage (insbesondere eines unbedingten

Rückzahlungsanspruches) erforderlich und zu prüfen: Die gewerbliche Entgegennahme fremder Gelder als Einlage gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG stellt sohin ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft (Einlagengeschäft) dar. Es sind daher die Kriterien der Gewerblichkeit und der Entgegennahme fremder Gelder sowie das Vorliegen einer Einlage (insbesondere eines unbedingten Rückzahlungsanspruches) erforderlich und zu prüfen:

Zur Gewerblichkeit:

Die in § 1 Abs 1 BWG angeführten Tätigkeiten sind nur dann als (konzessionspflichtiges) Bankgeschäft zu qualifizieren, wenn sie gewerblich erbracht werden. Gewerblich ist eine Tätigkeit, wenn sie nachhaltig und in Einnahmenerzielungsabsicht erbracht wird. Zur Beurteilung des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit sind die Elemente wirtschaftliche Tätigkeit/Selbständigkeit, Nachhaltigkeit sowie Erzielung von Einnahmen zu prüfen: Die in Paragraph eins, Absatz eins, BWG angeführten Tätigkeiten sind nur dann als (konzessionspflichtiges) Bankgeschäft zu qualifizieren, wenn sie gewerblich erbracht werden. Gewerblich ist eine Tätigkeit, wenn sie nachhaltig und in Einnahmenerzielungsabsicht erbracht wird. Zur Beurteilung des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit sind die Elemente wirtschaftliche Tätigkeit/Selbständigkeit, Nachhaltigkeit sowie Erzielung von Einnahmen zu prüfen:

Die Notwendigkeit einer (selbständigen) Tätigkeit ist zwar nicht Teil des Begriffes der Gewerblichkeit, diesem jedoch inhärent. Es muss sich demnach um eine Leistung im wirtschaftlichen - also unternehmerischen - Sinn handeln, worunter bereits das in eine Rechtsbeziehung mit Anderen Treten zu verstehen ist. Weiters muss sich die Tätigkeit nach außen, also an Dritte wenden. Leistungen einer Organisationseinheit an eine andere Organisationseinheit derselben Person stellen sohin keine aufsichtsrechtlich relevante Tätigkeit dar, weil dabei keine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erforderlich ist.

Nachhaltigkeit liegt nach kasuistischer Judikatur des VwGH grundsätzlich bei wiederholten Tätigkeiten unter Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses vor bzw bereits bei einmaliger Tätigkeit, wenn aus den objektiven Umständen des Einzelfalles auf eine Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann. Eine Tätigkeit ist grundsätzlich dann nachhaltig, wenn aus den Umständen des Falles hervorgeht, dass zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Leistungserbringung noch eine weitere Leistungserbringung beabsichtigt ist. Privates Handeln erfüllt unter der Prämisse, dass keine weitere bzw nicht mehr als gelegentliche (wie dies "im privaten oder geschäftlichen Verkehr vorkommt") Leistungserbringung erfolgt, nicht den Nachhaltigkeitsbegriff des § 2 Abs 1 UStG und ist deshalb nicht als gewerblich zu qualifizieren. Es bleibt in diesem Zusammenhang allerdings zu betonen, dass die Judikatur des VwGH keinen quantitativen Umfang festlegt, ab dem eine nachhaltige und nicht mehr bloß eine gelegentliche Tätigkeit vorliegt (Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 8 f). Nachhaltigkeit liegt nach kasuistischer Judikatur des VwGH grundsätzlich bei wiederholten Tätigkeiten unter Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses vor bzw bereits bei einmaliger Tätigkeit, wenn aus den objektiven Umständen des Einzelfalles auf eine Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann. Eine Tätigkeit ist grundsätzlich dann nachhaltig, wenn aus den Umständen des Falles hervorgeht, dass zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Leistungserbringung noch eine weitere Leistungserbringung beabsichtigt ist. Privates Handeln erfüllt unter der Prämisse, dass keine weitere bzw nicht mehr als gelegentliche (wie dies "im privaten oder geschäftlichen Verkehr vorkommt") Leistungserbringung erfolgt, nicht den Nachhaltigkeitsbegriff des Paragraph 2, Absatz eins, UStG und ist deshalb nicht als gewerblich zu qualifizieren. Es bleibt in diesem Zusammenhang allerdings zu betonen, dass die Judikatur des VwGH keinen quantitativen Umfang festlegt, ab dem eine nachhaltige und nicht mehr bloß eine gelegentliche Tätigkeit vorliegt (Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG Paragraph eins, Rz 8 f).

Zusätzlich verlangt der Gewerblichkeitsbegriff (des UStG, an den das BWG anknüpft), dass die nachhaltige Tätigkeit auf die Erzielung von Einnahmen - nicht jedoch zwangsläufig auf Gewinn oder Selbstkostendeckung - abzielt. Auch wer bloße Kosten weiterverrechnet, richtet seine Tätigkeit grundsätzlich auf die Erzielung von Einnahmen. Sogar eine bloß mittelbare Einnahmenerzielung erfüllt den Begriff der Gewerblichkeit in diesem Sinn: Darunter ist zu verstehen, dass eine - selbst unentgeltliche - Tätigkeit erbracht wird, durch die das spätere Bewirken von Umsätzen und damit verbunden die Erzielung von Einnahmen bezweckt wird, wobei die Absicht, diesen Zweck auf mittelbaren Wege zu verfolgen, ausreicht (VwGH 21.05.2001, 2000/17/0134). Ob solche erhofften Geschäfte auch tatsächlich abgeschlossen werden, ist für die Beurteilung nicht relevant (Karas, Träxler, Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 10). Zusätzlich verlangt der Gewerblichkeitsbegriff (des UStG, an den das BWG anknüpft), dass die nachhaltige Tätigkeit auf die Erzielung von Einnahmen - nicht jedoch zwangsläufig auf Gewinn oder Selbstkostendeckung - abzielt. Auch wer bloße Kosten weiterverrechnet, richtet seine Tätigkeit grundsätzlich auf die Erzielung von Einnahmen. Sogar eine bloß mittelbare

Einnahmenerzielung erfüllt den Begriff der Gewerblichkeit in diesem Sinn: Darunter ist zu verstehen, dass eine - selbst unentgeltliche - Tätigkeit erbracht wird, durch die das spätere Bewirken von Umsätzen und damit verbunden die Erzielung von Einnahmen bezweckt wird, wobei die Absicht, diesen Zweck auf mittelbaren Wege zu verfolgen, ausreicht (VwGH 21.05.2001, 2000/17/0134). Ob solche erhofften Geschäfte auch tatsächlich abgeschlossen werden, ist für die Beurteilung nicht relevant (Karas, Traxler, Waldherr in Dellinger, BWG Paragraph eins, Rz 10).

Die Tätigkeit der Marktgemeinde XXXX im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell wurde selbstständig erbracht. Sie erfolgte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die Marktgemeinde XXXX ist im eigenen Namen aufgetreten und etwaige Gewinne sollten ihr zugerechnet werden. Darüber hinaus wandte sie sich mit ihren Leistungen an Dritte. Die Tätigkeit wurde weiters auf Dauer, sohin nachhaltig, erbracht, weil die Marktgemeinde XXXX mehrfach Darlehensverträge mit Darlehensgebern und Darlehensgeberinnen abgeschlossen hat. Tatsächlich wurden in insgesamt 20 Fällen Darlehensverträge abgeschlossen, und zwar um Kapital für ein Projekt (Bau einer Photovoltaikanlage zur Stromgewinnung der örtlichen Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde XXXX) zu lukrieren. Dabei handelt es sich keinesfalls um eine gelegentliche - im privaten oder geschäftlichen Verkehr der Gemeinde übliche - Tätigkeit, die nicht konzessionspflichtig wäre. Letztlich besteht keinerlei Zweifel daran, dass die Tätigkeit (zumindest mittelbar) auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet war, zumal die Marktgemeinde XXXX mit den entgegengenommenen Geldern eine in ihrem Eigentum stehende Photovoltaikanlage errichtet hat und ua während der gesamten Laufzeit Einnahmen durch Einspeisvergütungen für den gewonnenen Strom erzielt hätte. Zusätzlich ist - ohne im Detail auf Förderungen, die typischerweise mit vergleichbaren Projekten verbunden sind, eingehen zu wollen - davon auszugehen, dass auf längere Sicht wohl zumindest mittelbar Einnahmen für die Marktgemeinde XXXX erzielt worden wären, und zwar durch Ersparnisse im Zusammenhang mit der Stromgewinnung für die Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde XXXX. Die Tätigkeit der Marktgemeinde römisch 40 im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell wurde selbstständig erbracht. Sie erfolgte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die Marktgemeinde römisch 40 ist im eigenen Namen aufgetreten und etwaige Gewinne sollten ihr zugerechnet werden. Darüber hinaus wandte sie sich mit ihren Leistungen an Dritte. Die Tätigkeit wurde weiters auf Dauer, sohin nachhaltig, erbracht, weil die Marktgemeinde römisch 40 mehrfach Darlehensverträge mit Darlehensgebern und Darlehensgeberinnen abgeschlossen hat. Tatsächlich wurden in insgesamt 20 Fällen Darlehensverträge abgeschlossen, und zwar um Kapital für ein Projekt (Bau einer Photovoltaikanlage zur Stromgewinnung der örtlichen Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde römisch 40) zu lukrieren. Dabei handelt es sich keinesfalls um eine gelegentliche - im privaten oder geschäftlichen Verkehr der Gemeinde übliche - Tätigkeit, die nicht konzessionspflichtig wäre. Letztlich besteht keinerlei Zweifel daran, dass die Tätigkeit (zumindest mittelbar) auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet war, zumal die Marktgemeinde römisch 40 mit den entgegengenommenen Geldern eine in ihrem Eigentum stehende Photovoltaikanlage errichtet hat und ua während der gesamten Laufzeit Einnahmen durch Einspeisvergütungen für den gewonnenen Strom erzielt hätte. Zusätzlich ist - ohne im Detail auf Förderungen, die typischerweise mit vergleichbaren Projekten verbunden sind, eingehen zu wollen - davon auszugehen, dass auf längere Sicht wohl zumindest mittelbar Einnahmen für die Marktgemeinde römisch 40 erzielt worden wären, und zwar durch Ersparnisse im Zusammenhang mit der Stromgewinnung für die Wasserversorgungsanlage der Marktgemeinde römisch 40.

Die Ausführungen der Beschuldigten zum Gewerblichkeitsbegriff des BWG im Rahmen ihrer Rechtfertigung (ON 2) vermögen diese rechtliche Beurteilung in keiner Weise zu erschüttern: Insbesondere erübrigt sich die Prüfung einer (weiteren) Wiederholungsabsicht, weil die Tätigkeit - wie dargestellt - bereits mehrfach (Abschluss von insgesamt 20 Darlehensverträgen) erbracht wurde. Die Aktivitäten der Marktgemeinde XXXX im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell sind daher als gewerblich iSd BWG anzusehen. Die Ausführungen der Beschuldigten zum Gewerblichkeitsbegriff des BWG im Rahmen ihrer Rechtfertigung (ON 2) vermögen diese rechtliche Beurteilung in keiner Weise zu erschüttern: Insbesondere erübrigt sich die Prüfung einer (weiteren) Wiederholungsabsicht, weil die Tätigkeit - wie dargestellt - bereits mehrfach (Abschluss von insgesamt 20 Darlehensverträgen) erbracht wurde. Die Aktivitäten der Marktgemeinde römisch 40 im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell sind daher als gewerblich iSd BWG anzusehen.

Zur Entgegennahme fremder Gelder

Ein Einlagengeschäft kann nur derjenige betreiben, der Schuldner aus dem Vertrag über die Einlage fremder Gelder wird (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Ruess, BWG § 1 Rz 5). Zur Begründung eines Einlagengeschäfts

müssen sich mindestens zwei Vertragspartner gegenüberstehen, die einander "fremd" sind; die Begründung eines Einlagengeschäftes mit sich selbst ist nicht möglich. Fremde Gelder nimmt derjenige entgegen, auf dessen Rechnung und in dessen Namen die Gelder entgegengenommen werden (Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 13 ff). Nur die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage stellt ein Bankgeschäft dar. Gesellschaftsanteile, Genossenschaftsanteile, Aktien und sonstige Eigenkapitalbestandteile können somit grundsätzlich keine Einlagen iSd der Ziffer 1 sein (Karas, Träxler, Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 17). Ein Einlagengeschäft kann nur derjenige betreiben, der Schuldner aus dem Vertrag über die Einlage fremder Gelder wird (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Ruess, BWG Paragraph eins, Rz 5). Zur Begründung eines Einlagengeschäfts müssen sich mindestens zwei Vertragspartner gegenüberstehen, die einander "fremd" sind; die Begründung eines Einlagengeschäftes mit sich selbst ist nicht möglich. Fremde Gelder nimmt derjenige entgegen, auf dessen Rechnung und in dessen Namen die Gelder entgegengenommen werden (Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG Paragraph eins, Rz 13 ff). Nur die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage stellt ein Bankgeschäft dar. Gesellschaftsanteile, Genossenschaftsanteile, Aktien und sonstige Eigenkapitalbestandteile können somit grundsätzlich keine Einlagen iSd der Ziffer 1 sein (Karas, Träxler, Waldherr in Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 17).

Unter Entgegennahme im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG ist die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld zu verstehen. Dabei muss es nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen, fremde Gelder müssen aber zumindest bei der entgegennehmenden Einrichtung einlangen (Karas/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz 19). Dies kann auch in der Form geschehen, dass diese Gelder auf einem auf die genannte Einrichtung lautenden Konto, mag es auch als Anderkonto bezeichnet sein, eingezahlt werden (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195). Unter Geld sind hier Münzen und Banknoten, demnach Geld "gesetzliche Zahlungsmittel" zu verstehen. Darunter wird sowohl Bar- als auch Buchgeld verstanden (vgl. ua Diwok in Diwok/Göth, BWG § 1 Rz 19). Für das Vorliegen dieses Tatbestandes muss der Zu- und Abfluss in Geld erfolgen (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Ruess, BWG § 1 Rz 5). Fremdes Geld wird dann entgegengenommen, wenn nach der Intention der Vertragspartner eine Forderung des Geldgebers auf Rückzahlung entsteht (Karas, Träxler, Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 19). Unter Entgegennahme im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG ist die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld zu verstehen. Dabei muss es nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen, fremde Gelder müssen aber zumindest bei der entgegennehmenden Einrichtung einlangen (Karas/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 19). Dies kann auch in der Form geschehen, dass diese Gelder auf einem auf die genannte Einrichtung lautenden Konto, mag es auch als Anderkonto bezeichnet sein, eingezahlt werden (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195). Unter Geld sind hier Münzen und Banknoten, demnach Geld "gesetzliche Zahlungsmittel" zu verstehen. Darunter wird sowohl Bar- als auch Buchgeld verstanden (vergleiche ua Diwok in Diwok/Göth, BWG Paragraph eins, Rz 19). Für das Vorliegen dieses Tatbestandes muss der Zu- und Abfluss in Geld erfolgen (Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Ruess, BWG Paragraph eins, Rz 5). Fremdes Geld wird dann entgegengenommen, wenn nach der Intention der Vertragspartner eine Forderung des Geldgebers auf Rückzahlung entsteht (Karas, Träxler, Waldherr in Dellinger, BWG Paragraph eins, Rz 19).

Die Darlehensgelder wurden auf ein Konto der Marktgemeinde XXXX entgegengenommen. Der Marktgemeinde XXXX wurde eine Einzugsermächtigung von den jeweiligen Konten der Darlehnsgeber und Darlehensgeberinnen im Zuge des Darlehensvertrages eingeräumt bzw. erfolgte die Zuzahlung der Darlehensbeträge auf das Konto der Marktgemeinde XXXX per 30.11.2011. Es war vertraglich festgelegt, dass die Gelder für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt wurden und von der Marktgemeinde XXXX, als Darlehensnehmerin bzw. Empfängerin der Gelder, zurückgezahlt werden mussten. Von der Marktgemeinde XXXX wurden - entsprechend der Darlehensverträge - somit fremde Gelder entgegengenommen. Die Darlehensgelder wurden auf ein Konto der Marktgemeinde römisch 40 entgegengenommen. Der Marktgemeinde römisch 40 wurde eine Einzugsermächtigung von den jeweiligen Konten der Darlehnsgeber und Darlehensgeberinnen im Zuge des Darlehensvertrages eingeräumt bzw. erfolgte die Zuzahlung der Darlehensbeträge auf das Konto der Marktgemeinde römisch 40 per 30.11.2011. Es war vertraglich festgelegt, dass die Gelder für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt wurden und von der Marktgemeinde römisch 40, als Darlehensnehmerin bzw. Empfängerin der Gelder, zurückgezahlt werden mussten. Von der Marktgemeinde römisch 40 wurden - entsprechend der Darlehensverträge - somit fremde Gelder entgegengenommen.

Zum Begriff der Einlage (unbedingten Rückzahlungsanspruch)

Für den Begriff der Einlage ... ist es maßgebend, dass primär ein

Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Betrags besteht. Allein wenn der Geldgeber sichergehen kann, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrags zurückfordern kann (unbedingter Rückzahlungsanspruch), wird der Begriff der Einlage erfüllt. Entscheidend für den Einlagenbegriff ist somit, dass primär ein Anspruch auf die Rückzahlung des eingesetzten Betrags besteht und nicht auf die Vergütung einer sonstigen mit der Entgegennahme der Gelder verbundenen Dienstleistung. Allgemeine fixverzinsten Darlehen ... erfüllen daher den Begriff (vgl. UVS Wien UVS-06/V/22/5974/2004/34 und UVS-06/V/22/5975/2004/39). Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Betrags besteht. Allein wenn der Geldgeber sichergehen kann, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrags zurückfordern kann (unbedingter Rückzahlungsanspruch), wird der Begriff der Einlage erfüllt. Entscheidend für den Einlagenbegriff ist somit, dass primär ein Anspruch auf die Rückzahlung des eingesetzten Betrags besteht und nicht auf die Vergütung einer sonstigen mit der Entgegennahme der Gelder verbundenen Dienstleistung. Allgemeine fixverzinsten Darlehen ... erfüllen daher den Begriff vergleiche UVS Wien UVS-06/V/22/5974/2004/34 und UVS-06/V/22/5975/2004/39).

Das wesentliche Element für die Beurteilung, ob eine Einlage im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG vorliegt, ist folglich das Vorliegen eines unbedingten Rückzahlungsanspruches. Im vorliegenden Fall haben die Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen einen vertraglich vereinbarten Anspruch gegen die Marktgemeinde XXXX auf jährliche (Rück-)Zahlungen laut Tilgungsplan, so dass sie nach Ablauf der Laufzeit den gesamten Darlehensbetrag (samt Zinsen) zurückerhalten. Für diese Kapitalüberlassung werden den Darlehensgeberinnen und Darlehensgebern - wie dies auch bei Bankeinlagen üblich ist - fix vereinbarte Zinsen (berechnet vom Kapital) jährlich ausbezahlt, wobei die Verzinsung den Darlehensgebern und Darlehensgeberinnen unabhängig vom Unternehmenserfolg bzw unabhängig davon, wie viel Strom über die Photovoltaikanlage tatsächlich produziert wird, bezahlt werden sollte. Abgesehen von der verzinsten Rückzahlung war keinerlei Gegenleistung vorgesehen. Es ist von einem unbedingten Rückzahlungsanspruch auszugehen. Das wesentliche Element für die Beurteilung, ob eine Einlage im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG vorliegt, ist folglich das Vorliegen eines unbedingten Rückzahlungsanspruches. Im vorliegenden Fall haben die Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen einen vertraglich vereinbarten Anspruch gegen die Marktgemeinde römisch 40 auf jährliche (Rück-)Zahlungen laut Tilgungsplan, so dass sie nach Ablauf der Laufzeit den gesamten Darlehensbetrag (samt Zinsen) zurückerhalten. Für diese Kapitalüberlassung werden den Darlehensgeberinnen und Darlehensgebern - wie dies auch bei Bankeinlagen üblich ist - fix vereinbarte Zinsen (berechnet vom Kapital) jährlich ausbezahlt, wobei die Verzinsung den Darlehensgebern und Darlehensgeberinnen unabhängig vom Unternehmenserfolg bzw unabhängig davon, wie viel Strom über die Photovoltaikanlage tatsächlich produziert wird, bezahlt werden sollte. Abgesehen von der verzinsten Rückzahlung war keinerlei Gegenleistung vorgesehen. Es ist von einem unbedingten Rückzahlungsanspruch auszugehen.

Auf die konkrete Mittelverwendung (Bau einer Photovoltaikanlage) kommt es bei dieser Beurteilung nicht entscheidend an. Entgegen dem Vorbringen der Beschuldigten im Rahmen ihrer Rechtfertigung (ON 2) stellen im Übrigen weder Umweltschutz noch Teilhabe am Gemeindeleben den Hauptzweck der gegenständlichen Darlehensverträge dar. Die verzinsten Rückzahlung der Darlehensgelder ist keineswegs als "selbstverständlicher Nebenaspekt", sondern ganz klar als primärer Vertragszweck zu qualifizieren.

Weiters spricht für das Vorliegen einer Einlage, dass von mehreren Geldgebern fremde Gelder aufgrund typisierter Verträge als Darlehen (vgl. auch Diwok in Diwok/Göth, BWG § 1 Rz 23) entgegengenommen werden bzw dass das Angebot an ein breites Publikum, bspw über die Zeitung oder das Internet erfolgt. Im vorliegenden Fall wurde die Bürgerbeteiligung durch den Abschluss standardisierter Darlehensverträge realisiert. Das diesbezügliche Angebot war insofern an ein breites Publikum gerichtet, als es im Rahmen der (zumindest auch) im Internet abrufbaren XXXXer Nachrichten beworben wurde. Weiters spricht für das Vorliegen einer Einlage, dass von mehreren Geldgebern fremde Gelder aufgrund typisierter Verträge als Darlehen vergleiche auch Diwok in Diwok/Göth, BWG Paragraph eins, Rz 23) entgegengenommen werden bzw dass das Angebot an ein breites Publikum, bspw über die Zeitung oder das Internet erfolgt. Im vorliegenden Fall wurde die Bürgerbeteiligung durch den Abschluss standardisierter Darlehensverträge realisiert. Das diesbezügliche Angebot war insofern an ein breites Publikum gerichtet, als es im Rahmen der (zumindest auch) im Internet abrufbaren XXXXer Nachrichten beworben wurde.

In einer Gesamtbetrachtung sprechen die überwiegenden Kriterien dafür, die gegenständliche Darlehenskonstruktion als Einlagengeschäft zu qualifizieren. Seitens der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen wurden die Geldbeträge

zum Zweck der verzinsten Rückzahlung (Werterhaltung bzw -steigerung) übergeben bzw wurden die Publikumsgelder von der Marktgemeinde XXXX entgegengenommen, um darüber Verfügungsmacht auszuüben bzw mit diesem Willen die Einzahlung auf das Konto, über das der Marktgemeinde XXXX Verfügungsgewalt zukommt, veranlasst. Unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung der Konstruktion, liegt (konzessions-)rechtlich der Gehalt eines Einlagengeschäftes vor. Es bestehen diesbezüglich keine abweichenden Regelungen für Gemeinden. Es liegt also eine Entgegennahme fremder Gelder als Einlage vor. In einer Gesamtbetrachtung sprechen die überwiegenden Kriterien dafür, die gegenständliche Darlehenskonstruktion als Einlagengeschäft zu qualifizieren. Seitens der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen wurden die Geldbeträge zum Zweck der verzinsten Rückzahlung (Werterhaltung bzw -steigerung) übergeben bzw wurden die Publikumsgelder von der Marktgemeinde römisch 40 entgegengenommen, um darüber Verfügungsmacht auszuüben bzw mit diesem Willen die Einzahlung auf das Konto, über das der Marktgemeinde römisch 40 Verfügungsgewalt zukommt, veranlasst. Unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung der Konstruktion, liegt (konzessions-)rechtlich der Gehalt eines Einlagengeschäftes vor. Es bestehen diesbezüglich keine abweichenden Regelungen für Gemeinden. Es liegt also eine Entgegennahme fremder Gelder als Einlage vor.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Marktgemeinde XXXX im Zusammenhang mit dem prüfungsgegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell ("Finanzierungsbeteiligungen") das konzessionspflichtige Bankgeschäft des Einlagengeschäftes nach §§ 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG erbracht hat. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Marktgemeinde römisch 40 im Zusammenhang mit dem prüfungsgegenständlichen Bürgerbeteiligungsmodell ("Finanzierungsbeteiligungen") das konzessionspflichtige Bankgeschäft des Einlagengeschäftes nach Paragraphen eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG erbracht hat.

II) Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit/zum Verschulden der Beschuldigte römisch zwei) Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit/zum Verschulden der Beschuldigten

Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen befugt ist. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen befugt ist.

Gemäß § 37 Abs 1 der XXXX Gemeindeordnung vertritt der Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Er ist Vorstand des Gemeindeamtes und Vorgesetzter der Gemeindebediensteten. Diese sind an seine Weisungen gebunden. Gemäß Paragraph 37, Absatz eins, der römisch 40 Gemeindeordnung vertritt der Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Er ist Vorstand des Gemeindeamtes und Vorgesetzter der Gemeindebediensteten. Diese sind an seine Weisungen gebunden.

Die Beschuldigte war im Tatzeitraum Bürgermeisterin der Marktgemeinde XXXX und daher unter anderem für die Einhaltung der gegenständlichen Verwaltungsbestimmungen verantwortlich (ein/e dafür verantwortliche/r Beauftragte/r war nicht bestellt). Die Beschuldigte war im Tatzeitraum Bürgermeisterin der Marktgemeinde römisch 40 und daher unter anderem für die Einhaltung der gegenständlichen Verwaltungsbestimmungen verantwortlich (ein/e dafür verantwortliche/r Beauftragte/r war nicht bestellt).

Zur subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass § 98 Abs 1 BWG als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist. Folglich wird nicht der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, sondern erschöpft sich das Tatbild in dem bloßen Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder in der Nichtbefolgung eines Gebotes. Da bei Ungehorsamsdelikten das Vorliegen von Fahrlässigkeit gesetzlich vermutet wird, muss der Beschuldigte glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe (VwGH 30.10.1991, 91/09/0132). Sofern eine Verwaltungsübertretung - wie eben § 98 Abs 1 BWG - über das Verschulden nichts Näheres bestimmt, genügt gemäß § 5 Abs 1 VStG auf der subjektiven Tatseite fahrlässiges Verhalten, um eine Strafbarkeit zu begründen (VwGH 18.06.1990, 89/10/0221). § 5 Abs 2 VStG normiert, dass die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann entschuldigend, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Zur subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass Paragraph 98, Absatz eins, BWG als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist. Folglich wird nicht der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, sondern erschöpft sich das Tatbild in dem bloßen

Zu widerhandeln gegen ein Verbot oder in der Nichtbefolgung eines Gebotes. Da bei Ungehorsamsdelikten das Vorliegen von Fahrlässigkeit gesetzlich vermutet wird, muss der Beschuldigte glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe (VwGH 30.10.1991, 91/09/0132). Sofern eine Verwaltungsübertretung - wie eben Paragraph 98, Absatz eins, BWG - über das Verschulden nichts Näheres bestimmt, genügt gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VStG auf der subjektiven Tatseite fahrlässiges Verhalten, um eine Strafbarkeit zu begründen (VwGH 18.06.1990, 89/10/0221). Paragraph 5, Absatz 2, VStG normiert, dass die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann entschuldigt, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Personen, die sich durch die Aufnahme einer Tätigkeit laufende Einnahmen erwarten - bspw im Finanzierungs- und Anlagebereich -, haben sich bei Anwendung der nach ihren Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt mit den einschlägigen Vorschriften für diese Tätigkeit auseinanderzusetzen und im Zweifel Erkundigungen bei der zuständigen Behörde - gegenständlich bei der FMA - einzuholen. Dies ist in den im Spruch genannten Fällen nicht erfolgt. Eine gegenteilige Rechtsauffassung allein - ohne sich bei der zuständigen Behörde Klarheit über die Rechtslage zu verschaffen - kann das Verschulden nicht ausschließen oder mindern. Insgesamt ist nicht ersichtlich, wie die gesetzliche Vermutung des fahrlässigen Verhaltens widerlegt werden sollte und folglich davon auszugehen, dass der Tatbestand auch in subjektiver Hinsicht erfüllt ist.

Zur subjektiven Tatseite der Beschuldigten ist festzuhalten, dass diese zumindest fahrlässig handelte. Entgegen dem Vorbringen der Beschuldigten im Rahmen ihrer Rechtfertigung (ON 2) ist festzuhalten, dass keineswegs von einem nicht vorwerfbaren Verbotsirrtum auszugehen ist: Eine Bestimmung der XXXX Gemeindeordnung, wonach sich eine Gemeinde rechtsgeschäftlich verpflichten bzw Darlehen aufnehmen kann, ist im Lichte der geltenden Rechtsordnung und nicht isoliert auszulegen bzw kann eine solche Bestimmung die konzessionsrechtlichen Regelungen jedenfalls nicht aushöhlen. Die Marktgemeinde XXXX wäre dazu verpflichtet gewesen, sich im Zusammenhang mit ihrem Finanzierungsprojekt bzw der Anlageform, die sie den Bürgern und Bürgerinnen angeboten hat, über die geltenden Bestimmungen bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Dass der Marktgemeinde XXXX bzw der Beschuldigten die potentielle rechtliche Problematik im Zusammenhang mit ihrem Bürgerbeteiligungsmodell durchaus zumindest latent bewusst war, erhellt bereits daraus, dass Letztere im Rahmen ihrer ersten Stellungnahme (vgl Beilage 1) ausführte, dass mangels Provision und aufgrund der finanziellen Abwicklung über die Raiffeisenbank XXXX nicht von einer gewerblichen Erbringung von Bankgeschäften auszugehen gewesen wäre sowie dass man sich die Grundsätze der FMA (1x1 für Anleger) zum Vorbild genommen und die Interessenten umfassend informiert habe. Dennoch sind entsprechende Erkundigungen bei der FMA unterblieben. Dass die Beschuldigte irgendwelche - ihr durchaus zumutbare - Vorkehrungen getroffen hätte, um die Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Verwaltungsvorschriften zu gewährleisten, wurde im Übrigen auch gar nicht behauptet. Zur subjektiven Tatseite der Beschuldigten ist festzuhalten, dass diese zumindest fahrlässig handelte. Entgegen dem Vorbringen der Beschuldigten im Rahmen ihrer Rechtfertigung (ON 2) ist festzuhalten, dass keineswegs von einem nicht vorwerfbaren Verbotsirrtum auszugehen ist: Eine Bestimmung der römisch 40 Gemeindeordnung, wonach sich eine Gemeinde rechtsgeschäftlich verpflichten bzw Darlehen aufnehmen kann, ist im Lichte der geltenden Rechtsordnung und nicht isoliert auszulegen bzw kann eine solche Bestimmung die konzessionsrechtlichen Regelungen jedenfalls nicht aushöhlen. Die Marktgemeinde römisch 40 wäre dazu verpflichtet gewesen, sich im Zusammenhang mit ihrem Finanzierungsprojekt bzw der Anlageform, die sie den Bürgern und Bürgerinnen angeboten hat, über die geltenden Bestimmungen bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Dass der Marktgemeinde römisch 40 bzw der Beschuldigten die potentielle rechtliche Problematik im Zusammenhang mit ihrem Bürgerbeteiligungsmodell durchaus zumindest latent bewusst war, erhellt bereits daraus, dass Letztere im Rahmen ihrer ersten Stellungnahme vergleiche Beilage 1) ausführte, dass mangels Provision und aufgrund der finanziellen Abwicklung über die Raiffeisenbank römisch 40 nicht von einer gewerblichen Erbringung von Bankgeschäften auszugehen gewesen wäre sowie dass man sich die Grundsätze der FMA (1x1 für Anleger) zum Vorbild genommen und die Interessenten umfassend informiert habe. Dennoch sind entsprechende Erkundigungen bei der FMA unterblieben. Dass die Beschuldigte irgendwelche - ihr durchaus zumutbare - Vorkehrungen getroffen hätte, um die Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Verwaltungsvorschriften zu gewährleisten, wurde im Übrigen auch gar nicht behauptet.

Die Beschuldigte konnte durch ihr Vorbringen insgesamt nicht glaubhaft machen, dass sie an der gegenständlichen Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft. Es liegen weder Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- bzw Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgründe, noch Verfolgungshindernisse vor.

Die Beschuldigte ist für den unerlaubten Betrieb des Einlagengeschäfts gemäß §§ 98 Abs 1, 4 Abs 1, 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG nach § 9 Abs 1 VStG verantwortlich. Die Beschuldigte ist für den unerlaubten Betrieb des Einlagengeschäfts gemäß Paragraphen 98, Absatz eins, 4, Absatz eins, eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG verantwortlich.

Die Haftung der Marktgemeinde XXXX zur ungeteilten Hand für die über ihre zur Vertretung nach außen Berufene - im vorliegenden Fall für ihre Bürgermeisterin - verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten stützt sich auf § 9 Abs 7 VStG. Die Haftung der Marktgemeinde römisch 40 zur ungeteilten Hand für die über ihre zur Vertretung nach außen Berufene - im vorliegenden Fall für ihre Bürgermeisterin - verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten stützt sich auf Paragraph 9, Absatz 7, VStG.

III) Dauerdelikt römisch drei) Dauerdelikt

Unter einem Dauerdelikt ist eine strafbare Handlung zu verstehen, deren Tatbestand nicht nur ein Tun oder Unterlassen beinhaltet, sondern auch das Aufrechterhalten eines rechtswidrigen Zustandes. Ein Dauerdelikt liegt demnach nur dann vor, wenn nicht nur die Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung den Tatbestand einer strafbaren Handlung bildet (Hinweis E 30. Juli 1992, 89/17/0197). Bei Dauerdelikten beginnt die Verjährungsfrist erst mit der Aufhebung des rechtswidrigen Zustandes zu laufen (VwGH 21.05.2001, 2000/17/0134).

Der Tatbestand des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BWG dauert an, bis der rechtswidrige Zustand - das Halten der Gelder - beendet ist. Im vorliegenden Fall beginnt der Tatzeitraum sohin mit der Zuzählung bzw mit dem Einlangen der Gelder der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen auf dem Konto der Marktgemeinde XXXX (30.11.2011) und dauert aufgrund des Haltens der Gelder als Einlage bis zur Umstellung des Bürgerbeteiligungsmodells auf eine Sale-and-Lease-back-Modell im Juni 2012 entsprechend der Auflistung im Spruch an. Der Tatbestand des Einlagengeschäfts gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG dauert an, bis der rechtswidrige Zustand - das Halten der Gelder - beendet ist. Im vorliegenden Fall beginnt der Tatzeitraum sohin mit der Zuzählung bzw mit dem Einlangen der Gelder der Darlehensgeber und Darlehensgeberinnen auf dem Konto der Marktgemeinde römisch 40 (30.11.2011) und dauert aufgrund des Haltens der Gelder als Einlage bis zur Umstellung des Bürgerbeteiligungsmodells auf eine Sale-and-Lease-back-Modell im Juni 2012 entsprechend der Auflistung im Spruch an.

Das Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30.07.2012 jedenfalls fristgerecht in Hinblick auf die in § 99b BWG normierte Verjährungsfrist eingeleitet. Das Verwaltungsstrafverfahren wurde mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30.07.2012 jedenfalls fristgerecht in Hinblick auf die in Paragraph 99 b, BWG normierte Verjährungsfrist eingeleitet.

Zur Strafzumessung ist festzuhalten:

Die Grundlage für die Bemessung der Strafe bildet gemäß § 19 Abs 1 VStG jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwiefern die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert. Die Grundlage für die Bemessung der Strafe bildet gemäß Paragraph 19, Absatz eins, VStG jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwiefern die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert.

Darüber hinaus sind gemäß § 19 Abs 2 VStG die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe in sinngemäßer Anwendung der §§ 32 ff StGB, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen; weiters kommt dem Ausmaß des Verschuldens zentrale Bedeutung zu. Schließlich haben die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse in der Strafbemessung Berücksichtigung zu finden. Darüber hinaus sind gemäß Paragraph 19, Absatz 2, VStG die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe in sinngemäßer Anwendung der

Paragraphen 32, ff StGB, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen; weiters kommt dem Ausmaß des Verschuldens zentrale Bedeutung zu. Schließlich haben die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse in der Strafbemessung Berücksichtigung zu finden.

Hinsichtlich des Strafrahmens ist zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil des Tatzeitraumes in den Zeitraum vor der Novellierung fällt, im Zuge derer der Strafrahmen auf € 100.000 angehoben wurde. Es ist daher gemäß §§ 98 Abs 1, 4 Abs 1, 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall BWG vom folgenden, zur Zeit der Tat geltenden Strafrahmen auszugehen: Geldstrafe von bis zu € 50.000,-. Hinsichtlich des Strafrahmens ist zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil des Tatzeitraumes in den Zeitraum vor der Novellierung fällt, im Zuge derer der Strafrahmen auf € 100.000 angehoben wurde. Es ist daher gemäß Paragraphen 98, Absatz eins, 4, Absatz eins, eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG vom folgenden, zur Zeit der Tat geltenden Strafrahmen auszugehen: Geldstrafe von bis zu € 50.000,-.

Im gegenständlichen Fall ist bei der Festsetzung der Strafe zu berücksichtigen, dass durch den Betrieb von Bankgeschäften ohne die erforderliche Konzession die im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziele der FMA (Funktionsfähigkeit des Bankwesens und Finanzmarktstabilität) beeinträchtigt wurden.

Mildernd sind der verhältnismäßig kurze Tatzeitraum und die lediglich fahrlässige Begehung der Verwaltungsübertretungen zu berücksichtigen. Ebenso ist der Umstand, dass die Beschuldigte im Zusammenhang mit einschlägigen Normen verwaltungsstrafrechtlich noch nicht in Erscheinung getreten ist, mildernd zu berücksichtigen.

Zu berücksichtigen sind die dargestellten Einkommens- und Familienverhältnissen der Beschuldigten (Nettoeinkommen/Unterhaltungspflichten). Da zu den Vermögensverhältnissen von der Beschuldigten keine spezifischen Angaben gemacht wurden, ist von durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen.

Die Verhängung einer Geldstrafe ist in general- und spezialpräventiver Hinsicht erforderlich. Die Verhängung einer Geldstrafe von € 1.500,- ist angesichts des verfügbaren Strafrahmens nach Abwägung der Umstände des Einzelfalles schuld- und tatangemessen.

Rechtsmittelbelehrung Finanzmarktaufsichtsbehörde

Bereich Integrierte Aufsicht

Für den Vorstand

[NN] [NN]

Abteilungsleiter" Stellvertretender Abteilungsleiter

elektronisch gefertigt

Ergeht an:

1) [NN], z.Hd. Brandl und Talos Rechtsanwälte GmbH, Mariahilferstraße 116, 1070 Wien

2) Marktgemeinde XXXX [...].2) Marktgemeinde römisch 40 [...].

[Amtssignatur]"

Dagegen hat die Beschwerdeführerin (BF) mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2012, bei der FMA eingelangt am 11. Dezember 2012, Berufung (nunmehr "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien erhoben.

In der Berufung (seit 01.10.2014 "Beschwerde") bringt die BF zusammenfassend und ergänzend zur Rechtfertigung (vom 10.09.2013), die mutatis mutandis aufrecht gehalten werde, vor:

Erstens liege kein Einlagengeschäft vor, weil nach bankwirtschaftlicher Verkehrsauffassung in diesem Fall kein Kapital weiterverliehen werden sollte, sondern ein Umweltprojekt (Photovoltaik-Anlage) finanziert werden sollte. Der Zweck der Darlehensverträge sei die Beteiligung der Bürger (der Gemeinde) gewesen. Die Annahme der FMA, dass der Hauptzweck der Darlehen die verzinste Rückzahlung des entgegengenommen Geldes gewesen sei, sei nicht nachvollziehbar. Im Übrigen habe die Gemeinde (als Darlehensnehmerin) gar keinen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Verwendung des Geldes gehabt und daher sei der Tatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 BWG nicht erfüllt. Erstens liege kein Einlagengeschäft vor, weil nach bankwirtschaftlicher Verkehrsauffassung in diesem Fall kein Kapital weiterverliehen werden sollte, sondern ein Umweltprojekt (Photovoltaik-Anlage) finanziert werden sollte. Der Zweck der Darlehensverträge sei die Beteiligung der Bürger (der Gemeinde) gewesen. Die Annahme der FMA, dass der

Hauptzweck der Darlehen die verzinste Rückzahlung des entgegengenommen Geldes gewesen sei, sei nicht nachvollziehbar. Im Übrigen habe die Gemeinde (als Darlehensnehmerin) gar keinen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Verwendung des Geldes gehabt und daher sei der Tatbestand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG nicht erfüllt.

Zweitens liege auch keine Gewerblichkeit vor. Es bestünde seitens der Gemeinde weder Wiederholungsabsicht noch lasse sich auf eine solche schließen. Es liege also keine Nachhaltigkeit vor. Es handle sich um einen einheitlichen Vorgang, der nur einmalig durchgeführt worden sei. Es liege also keine wiederholte Tätigkeit vor. Auch liege bei der BF als Bürgermeisterin keinerlei berufliche Nähe zum hier präsumtiven Bankgeschäft vor. Mit dem Finanzierungsmodell sollte lediglich die Stromerzeugung für die örtliche Wasserversorgung ermöglicht werden und dies unter Beteiligung der Bürger. Auch sei für den Begriff der Gewerblichkeit § 2 Abs 1 UmsatzsteuerG (UStG) nicht eindeutig heranzuziehen. Die Umsatzsteuer sei bloß ein Durchlaufposten im Preis und der VwGH setze die Schwelle für gewerbliches Handeln im UStG eher niedrig an. Nach - richtiger - teleologischer Überlegung spreche eher viel dafür auf den Aufsichtszweck des BankwesensG (BWG) abzustellen und dieser bestehe in der Wahrung volkswirtschaftlicher Interessen im Sinne des Bankwesens bzw. in der Wahrung der Finanzmarktstabilität. Diese im gegenständlichen Fall vorliegende geringe Summe sei nicht geeignet das Bankwesen oder die Finanzmarktstabilität zu gefährden. Zweitens liege auch keine Gewerblichkeit vor. Es bestünde seitens der Gemeinde weder Wiederholungsabsicht noch lasse sich auf eine solche schließen. Es liege also keine Nachhaltigkeit vor. Es handle sich um einen einheitlichen Vorgang, der nur einmalig durchgeführt worden sei. Es liege also keine wiederholte Tätigkeit vor. Auch liege bei der BF als Bürgermeisterin keinerlei berufliche Nähe zum hier präsumtiven Bankgeschäft vor. Mit dem Finanzierungsmodell sollte lediglich die Stromerzeugung für die örtliche Wasserversorgung ermöglicht werden und dies unter Beteiligung der Bürger. Auch sei für den Begriff der Gewerblichkeit Paragraph 2, Absatz eins, UmsatzsteuerG (UStG) nicht eindeutig heranzuziehen. Die Umsatzsteuer sei bloß ein Durchlaufposten im Preis und der VwGH setze die Schwelle für gewerbliches Handeln im UStG eher niedrig an. Nach - richtiger - teleologischer Überlegung spreche eher viel dafür auf den Aufsichtszweck des BankwesensG (BWG) abzustellen und dieser bestehe in der Wahrung volkswirtschaftlicher Interessen im Sinne des Bankwesens bzw. in der Wahrung der Finanzmarktstabilität. Diese im gegenständlichen Fall vorliegende geringe Summe sei nicht geeignet das Bankwesen oder die Finanzmarktstabilität zu gefährden.

Zur Strafbarkeit (Schuld) und zur Strafbemessung führte die BF Folgendes aus. Die Folgen der Tat seien unbedeutend und das Verschulden geringfügig gewesen. Es habe keinerlei (negative) Auswirkungen gegeben. Weder aus spezial- noch aus generalpräventiver Sicht sei die BF zu bestrafen. V.a. aufgrund der medialen Berichterstattung werde sich jeder Bürgermeister davor hüten, ein derartiges Projekt umzusetzen; auch andere werden es kaum wagen, derartige Modelle umzusetzen. Das Verfahren sei deshalb einzustellen oder höchstens eine Ermahnung auszusprechen. In eventu seien überwiegend Milderungsgründe vorliegend, sodass die Strafhöhe herabzusetzen sei. Dafür spräche der Umstand, dass die Aufsichtsziele der FMA (Funktionsfähigkeit des Bankwesens und Finanzmarktstabilität) keinerlei Schaden erlitten hätten. Das geschützte Rechtsgut sei nicht verletzt worden. Weiters habe die BF (bzw. die Gemeinde) den rechtswidrigen Zustand schnellstmöglich (fristgerecht) wieder hergestellt und mit der FMA von Anfang an immer kooperiert. Auch sei die hier betroffene Gesamtdarlehenssumme von 60.000 Euro im Vergleich zu anderen Fällen sehr gering und stünde in keinem Verhältnis zur Strafhöhe von 1.500 Euro. Zur Strafbarkeit (Schuld) und zur Strafbemessung führte die BF Folgendes aus. Die Folgen der Tat seien unbedeutend und das Verschulden geringfügig gewesen. Es habe keinerlei (negative) Auswirkungen gegeben. Weder aus spezial- noch aus generalpräventiver Sicht sei die BF zu bestrafen. römisch fünf.a. aufgrund der medialen Berichterstattung werde sich jeder Bürgermeister davor hüten, ein derartiges Projekt umzusetzen; auch andere werden es kaum wagen, derartige Modelle umzusetzen. Das Verfahren sei deshalb einzustellen oder höchstens eine Ermahnung auszusprechen. In eventu seien überwiegend Milderungsgründe vorliegend, sodass die Strafhöhe herabzusetzen sei. Dafür spräche der Umstand, dass die Aufsichtsziele der FMA (Funktionsfähigkeit des Bankwesens und Finanzmarktstabilität) keinerlei Schaden erlitten hätten. Das geschützte Rechtsgut sei nicht verletzt worden. Weiters habe die BF (bzw. die Gemeinde) den rechtswidrigen Zustand schnellstmöglich (fristgerecht) wieder hergestellt und mit der FMA von Anfang an immer kooperiert. Auch sei die hier betroffene Gesamtdarlehenssumme von 60.000 Euro im Vergleich zu anderen Fällen sehr gering und stünde in keinem Verhältnis zur Strafhöhe von 1.500 Euro.

Am 25.02.2014 wurde vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentlich mündliche Verhandlung durchgeführt.

Dabei wurde im Wesentlichen Folgendes (aus)gesagt:

"VR fragt nach dem Ablauf der Entstehung des Darlehensvertrages.

BF: Unsere Gemeinde ist Klimabündnisgemeinde und der Gemeinderat ist bemüht, sich daran zu beteiligen. Bei unserer Wasserversorgung ist dann für die Pumpleistung (Stromverbrauch) die Stromversorgung angeregt worden. Da war die Idee die Bürger zu beteiligen, weil das als Umweltprojekt geplant war. Wir wurden durch die Umweltberatung XXXX Vorort beraten, die uns das Bürgerbeteiligungsmodell empfohlen hat. BF: Unsere Gemeinde ist Klimabündnisgemeinde und der Gemeinderat ist bemüht, sich daran zu beteiligen. Bei unserer Wasserversorgung ist dann für die Pumpleistung (Stromverbrauch) die Stromversorgung angeregt worden. Da war die Idee die Bürger zu beteiligen, weil das als Umweltprojekt geplant war. Wir wurden durch die Umweltberatung römisch 40 Vorort beraten, die uns das Bürgerbeteiligungsmodell empfohlen hat.

BF: Die örtliche Raiffeisenbank war involviert, war mit der Abwicklung der Geldgeschäfte befasst, die einzelnen Pakete zum Beispiel (500€ pro Paket, max. 8 Pakete pro Person). Das Geld ist kurzfristig auf das Gemeindekonto am 5.12.2011 überwiesen worden. Davor war noch der Gemeinderatsbeschluss (ich glaube in der ersten Dezemberwoche 2011). Davor waren noch einige Gemeinderatsausschüsse und Informationsveranstaltungen. Das Geld ist am 12.12.2011 verwendet worden (die gesamten 60000€), um die Errichtung der Photovoltaikanlage zu finanzieren.

BF: Am 20.12.2011 ist dann von der FMA ein Schreiben gekommen dass eine Anzeige erstattet wurde. Ein geschäftsführender Gemeinderat hat eine Anfrage an die FMA gestellt, ob diese Finanzierung nicht gegen das Bankwesengesetz (BWG) verstoße, mit dem Zusatz, ob dies nicht eine schöne Anlagenform für Schwarzgeld sei.

VR haben Sie zu diesem Zeitpunkt zum ersten Mal von Fragen rund um das Bankwesengesetz gehört?

BF: Ja, da habe ich das erste Mal davon gehört. Es ist schon von der Raiffeisenbank im Vorfeld angefragt worden, ob es Probleme gäbe, dies wurde jedoch gegenüber der Raiffeisenbank verneint. Deswegen war ich mir sicher, dass es nichts Unrechtes gibt.

VR: Wo wurde von der Raiffeisenbank angefragt?

BF: Bei der Raiffeisenlandesbank XXXX. Es war die Umweltberatung XXXX, die in unseren Namen dort angefragt hat. Es war Herr XXXX von der Umweltberatung, der angefragt hat. BF: Bei der Raiffeisenlandesbank römisch 40. Es war die Umweltberatung römisch 40, die in unseren Namen dort angefragt hat. Es war Herr römisch 40 von der Umweltberatung, der angefragt hat.

BF: Wir waren gegenüber der FMA sehr kooperativ, wir haben die Verträge zugeschickt, wir haben von unserer Seite alle Fragen beantwortet.

VR: Wer hat den Vertrag ausgearbeitet?

BF: Wir haben von der Umweltberatung XXXX einen Mustervertrag zugeschickt bekommen, den wir 1:1 übernommen haben. BF: Wir haben von der Umweltberatung römisch 40 einen Mustervertrag zugeschickt bekommen, den wir 1:1 übernommen haben.

[...]

Auf Befragen der BR Dr. Schneider: haben Sie sich überlegt einen "normalen" Kredit zu besorgen?

BF: Das war eine Überlegung und wir wären finanziell auch in der Lage gewesen (Bonität) einen solchen Kredit zu bekommen. Es war aber die Überlegung, die Bürger im Rahmen der Finanzierung für dieses Umweltprojekt zu beteiligen. Wir sind eine Gemeinde, die nicht genügend Standorte für so eine Photovoltaikanlage haben. Das war der Grundgedanke, warum wir das gemacht haben. Also nicht wegen der finanziellen Vorteile, sondern um die Bürger daran zu beteiligen.

[BF auf Frage der] BR Dr. Schneider: Ein geschäftsführender GR war in den Ausschüssen dabei, hat sich jedoch nicht dazu geäußert und erst in der Abstimmung im GR zu den Darlehensverträgen hat er gemeint, dass er nicht mitstimmen wird, weil wir dazu keine Bankkonzession hätten.

[...]

BR Dr. Schneider: Die Gelder wurden von Ihnen bis Juni 2012 gehalten. Weshalb wurden die Verträge nicht früher rückabgewickelt?

BF: 1 Haben wir das Geld nicht gehalten, sondern schon die Anlage damit bezahlt, sie war schon am Dach montiert. 2. War die Frist, die von der FMA gestellt wurde, mit Mitte Juni 2012 anberaumt. Wir haben die Darlehensverträge in Sale-and-Lease-Back Verträge umgewandelt, mit Gemeinderatsbeschluss bestätigt (Anfang Juni 2012) und dann haben wir die Bestätigung von der FMA erhalten, dass die neuen Verträge rechtsgültig sind und vom Zahlungsmodus hat sich für den Bürger nichts geändert, nur dass jeder Bürger eine andere Modulnummer erhalten hat. Für den Bürger hat sich nichts geändert.

[...]

BR Dr. Kuroki: Sie haben gesagt, dass der Vertrag von der Umweltberatung zur Verfügung gestellt wurde. Haben Sie Fragen dazu gestellt?

BF: Ich kann nichtmehr genau sagen, ob wir die 9. oder die 10. Gemeinde war, die dieses Vertragsmuster verwendet haben. Andere Gemeinden haben auch eine Empfehlung von der Umweltberatung zur Bürgerbeteiligung erhalten.

[...]

BR Dr. Kuroki: Gab es Fremde, die erstmals davon gehört haben?

BF: Ja, aber die meisten Interessenten (Gemeindebürger) konnten sich schon vorher informieren. Der Stammtisch war schon vorher angekündigt und es wurden auch bei diesen Stammtischen viele Themen vorgestellt.

BR Dr. Kuroki: Mir ist unklar, sie haben vorher erwähnt, es gab einen geschäftsführenden GR, der die Anfrage an die FMA gestellt hat?

BF: Dieser Gemeinderat hat in der Sitzung mit Nein gestimmt.

BR Dr. Kuroki: hat sie das nicht skeptisch in Bezug auf die Zulässigkeit der Finanzierung gemacht?

BF: Dieser geschäftsführende GR ist von der Opposition. Seine Zweifel sollte er bei der Ausschusssitzung vorbringen, wo man sich berät. Das hat er bewusst nicht gemacht und wollte mich in die Irre laufen lassen. Man lässt sich von einer Oppositionsmeinung nicht abbringen, wenn man vorher beraten hat und sich eine Meinung gebildet hat.

BR Dr. Kuroki: Hat der GR zwischen der Beratung und Abstimmung diese Frage gestellt?

BF: Erst während der GR-Sitzung hat er, nachdem das Projekt vorgestellt wurde, ich den Antrag gestellt habe, seine Meinung geäußert. Es gibt vor der GR-Sitzung eine Gemeindevorstandssitzung, wo die GR-Sitzung beraten und vorbereitet wird. Ich glaube, dass er schon bei dieser Vorbereitung dagegen gestimmt hat, das ist nichts ungewöhnliches, aber er hat ohne Erklärung dagegen gestimmt oder sich enthalten, genau kann ich das nicht mehr sagen.

BR Dr. Kuroki: Das Argument mit der fehlenden Bankenkonzession kam wann?

BF: Erst beim Tagesordnungspunkt in der GR-Sitzung selber, wo der Beschluss gefasst werden sollte. Er hat nicht gesagt woher er diese Information hat. Wir haben damals nicht gewusst, dass er sich bei der FMA erkundigt hat.

BR Dr. Kuroki: Beratung und Abstimmung waren nicht zur selben Zeit?

BF: Zwischen Vorstands- und GR-Sitzung liegt ungefähr eine Woche, manchmal mehr.

BR Dr. Kuroki: Wissen Sie, ob diese Anfrage an die FMA nach dieser Woche war?

BF: Es war um einige Zeit nach der GR-Sitzung. Ich weiss das Datum nicht mehr.

Frage Mag. XXXX/FMA: Der GR, der dagegen gestimmt hat, hat von expliziten Problemen bezüglich der Bankenkonzession gesprochen?

BF: Nein, weil uns nicht bewusst war in welche Richtung wir gehen. Wir haben kein Darlehensgeschäft gemacht. Wir haben nur die Bürger an der Photovoltaikanlage beteiligt.

RA Dr. Brandl: Hat der GR in der GR-Sitzung irgendwelche rechtlichen Argumente vorgetragen, warum das eine Konzession erfordert?

BF: Nein, er hat nur diesen einen Satz in den Raum gestellt, nämlich dass er nicht mitstimmt, weil die Gemeinde dazu eine Bankenkonzession brauchen würde.

RA Dr. Brandl.: Hat er angedeutet, dass er mit der FMA gesprochen hat?

BF: Nein.

BF: Wir haben uns bei der Raika in Randegg erkundigt, ob das so in Ordnung ist. Wir haben auch eine Infoveranstaltung des Landes XXXX besucht, wo dieses Bürgerbeteiligungsmodell so empfohlen wurde, mit Modulen, Rückzahlung, Verzinsung etc. BF: Wir haben uns bei der Raika in Randegg erkundigt, ob das so in Ordnung ist. Wir haben auch eine Infoveranstaltung des Landes römisch 40 besucht, wo dieses Bürgerbeteiligungsmodell so empfohlen wurde, mit Modulen, Rückzahlung, Verzinsung etc.

RA Dr. Brandl: Die Umweltberatung XXXX ist dies eine Organisation, die vom Land XXXX getragen wird RA Dr. Brandl: Die Umweltberatung römisch 40 ist dies eine Organisation, die vom Land römisch 40 getragen wird?

BF: Ja, sie hat ihren Sitz im Landhaus.

RA Dr. Brandl: Hat die Gemeinde durch dieses Modell irgendetwas verdient?

BF: Nein.

RA Dr. Brandl: Hat die Gemeinde durch dieses Modell irgendwelche anderen Vorteile gezogen?

BF: Nein.

RA Dr. Brandl: Haben sie persönlich etwas dadurch verdient?

BF: Nein.

RA Dr. Brandl: Haben sie bei der Verwendung des Geldes einen Spielraum gehabt, hätten sie es anders verwenden können, hätten sie es verwalten können?

BF: Nein, weil wir im ersten Vertrag, der noch Darlehensvertrag geheißen hat, war das schon festgehalten, dass mit diesem Modell Photovoltaikanlagen finanziert werden sollten.

RA Dr. Brandl: War diese Photovoltaikanlage im Vorhinein festgelegt?

BF: Ja, auch der Standort war festgehalten.

RA Dr. Brandl: Was hätten sie in der GR-Sitzung gemacht, wenn der Gemeinderat (XXXX) gesagt hätte was er weiss und dass die FMA der Meinung sei das Modell sei konzessionspflichtig? RA Dr. Brandl: Was hätten sie in der GR-Sitzung gemacht, wenn der Gemeinderat (römisch 40) gesagt hätte was er weiss und dass die FMA der Meinung sei das Modell sei konzessionspflichtig?

BF: dann hätte es die Möglichkeit gegeben den TO-Punkt zu vertagen, um die Informationen zu prüfen und bei der FMA nachzufragen. In diesem Fall hätte es die Gemeinde vorfinanziert oder sogar finanziert, wenn das Projekt abgelehnt worden wäre.

RA Dr. Brandl: Hätten Sie das Bürgerbeteiligungsmodell auch gewählt, wenn sie gewusst hätten, dass die FMA das Modell für konzessionspflichtig hält.

BF: Dann hätten wir das an die Bratungsstelle weitergegeben mit der Bitte es zu überprüfen und wir hätten dann zugewartet bis der Vertrag überprüft wurde und Rechtssicherheit besteht.

RA Dr. Brandl: Und wenn die FMA gesagt hätte, dass es nicht zulässig ist. Hätten sie es dann gemacht?

BF: Natürlich nicht. Es wäre sinnvoller gewesen, wenn Herr XXXX seine Zweifel schon früher geäußert hätte dann hätte man sich vorher erkundigt und um Rechtsbeistand beim Land kümmern können. [...] BF: Natürlich nicht. Es wäre sinnvoller gewesen, wenn Herr römisch 40 seine Zweifel schon früher geäußert hätte dann hätte man sich vorher erkundigt und um Rechtsbeistand beim Land kümmern können. [...]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die Gemeinde Randegg, politischer Bezirk Scheibbs, Niederösterreich, wollte ihre örtliche Wasserversorgung bzw. deren Pumpstation mit Strom versorgen. Zu diesem Zweck hat sie beschlossen, eine Photovoltaik-Anlage zu errichten. Diese Anlage sollte unter Beteiligung der Bürger finanziert werden. Nach Beratungen durch die Umweltberatung XXXX

wollte die Gemeinde die Finanzierung der Anlage durch Darlehen durchführen, die sie bei Bürgern ihrer Gemeinde aufnehmen wollte. Die Umweltberatung XXXX hat das Bürgerbeteiligungsmodell vorab im Finanzausschuss des Gemeinderates vorgestellt. Ebenso stellte sie ein Vertragsmuster für die abzuschließenden Darlehensverträge zur Verfügung. Das Vertragsmuster wurde von der Gemeinde 1:1 übernommen. Darlehensgeber sollten Bürger der Gemeinde sein und Darlehensnehmerin die Gemeinde Randegg. Auf Informationsveranstaltungen und in den örtlichen Nachrichten wurde das Projekt im Herbst 2011 den interessierten Bürgern der Gemeinde vorgestellt. Die Gemeinde Randegg, politischer Bezirk Scheibbs, Niederösterreich, wollte ihre örtliche Wasserversorgung bzw. deren Pumpstation mit Strom versorgen. Zu diesem Zweck hat sie beschlossen, eine Photovoltaik-Anlage zu errichten. Diese Anlage sollte unter Beteiligung der Bürger finanziert werden. Nach Beratungen durch die Umweltberatung römisch 40 wollte die Gemeinde die Finanzierung der Anlage durch Darlehen durchführen, die sie bei Bürgern ihrer Gemeinde aufnehmen wollte. Die Umweltberatung römisch 40 hat das Bürgerbeteiligungsmodell vorab im Finanzausschuss des Gemeinderates vorgestellt. Ebenso stellte sie ein Vertragsmuster für die abzuschließenden Darlehensverträge zur Verfügung. Das Vertragsmuster wurde von der Gemeinde 1:1 übernommen. Darlehensgeber sollten Bürger der Gemeinde sein und Darlehensnehmerin die Gemeinde Randegg. Auf Informationsveranstaltungen und in den örtlichen Nachrichten wurde das Projekt im Herbst 2011 den interessierten Bürgern der Gemeinde vorgestellt.

Die Gemeinde hat insgesamt 20 Darlehensverträge abgeschlossen, die teilweise mit 02.11.2011 und teilweise mit 04.11.2012 datiert wurden. Für die Gemeinde hat in allen Fällen die BF unterzeichnet.

Die Darlehensverträge sahen den Erwerb von sogenannten "Paketen" im Wert von je 500 Euro vor, wobei jeder Bürger maximal acht Pakete, also insgesamt ein Darlehen in der Höhe von 4.000 Euro, an die Gemeinde vergeben. Von der Darlehensnehmerin (Gemeinde) wurden keinerlei bühlerliche oder andere Sicherheiten angeboten. Die Laufzeit der Verträge betrug 13 Jahre (1.12.2011 bis 1.12.2024), die Verzinsung sollte mit 4% p.a. erfolgen (gleichbleibend über die gesamte Laufzeit berechnet vom jährlich ausstehenden Darlehensrest). Die Rückzahlung sollte jährlich per 1.12. (beginnend mit dem 1.12.2012) erfolgen und war mit 650 Euro festgelegt (Kapital plus Verzinsung) und an keine weitere Bedingung geknüpft. In der Präambel der abgeschlossenen Darlehensverträge war eine ausdrückliche Zweckbindung enthalten; diese bestimmte, dass die Darlehen ausschließlich für die Errichtung der Photovoltaik-Anlage verwendet werden sollten. Die Verträge wurden ausdrücklich als "Darlehensvertrag" (mit fortlaufender Nummer) bezeichnet.

Die Summe der durch die 20 Darlehen aufgenommenen Gelder betrug 60.000 Euro. Die Darlehensgelder wurden von den Darlehensgebern auf das Konto der Gemeinde bei der örtlichen Raiffeisen-Kasse eingezahlt, die die finanzielle Abwicklung sämtlicher Transaktionen (Abbuchungen und Auszahlungen) übernommen und ihren Saal für Informationsveranstaltungen zur Verfügung gestellt hatte (z.B. am 02.11.2011). Die Zuzählung der Darlehensbeträge (Auszahlung an die Bezugsberechtigte) erfolgte mit 30.11.2011 (also noch vor Genehmigung der Darlehensverträge durch den Gemeinderat).

In der Gemeinderatssitzung vom 01.12.2011 wurden die Darlehen stimmenmehrheitlich genehmigt. In dieser Sitzung hatte vor Beschlussfassung ein geschäftsführender Gemeinderats-Abgeordneter auf die fehlende Bankkonzession hingewiesen, die für derartige Geschäfte erforderlich sei und gegen den Antrag (auf Genehmigung der Darlehensverträge) gestimmt. Er hatte dafür keine weitere Begründung angeführt. Die erhaltene Darlehenssumme (60.000 Euro) wurde am 12.12.2011 zur Bezahlung der Photovoltaik-Anlage verwendet.

Mit Schreiben vom 20.12.2011 ist die FMA erstmals schriftlich an die Gemeinde herangetreten und hat mitgeteilt, dass bei ihr eine Anzeige erstattet worden sei. Mit Verfahrensordnung vom 20.02.2012 hat die FMA der Gemeinde vorgehalten, dass diese durch den Abschluss der 20 Darlehensverträge gegen das Bankwesengesetz verstoße, weil sie über keine Bankkonzession verfüge. Weiters habe die Gemeinde bis 20.06.2012 den rechtswidrigen Zustand zu beenden. Die Gemeinde hat innerhalb dieser Frist die Darlehensverträge rückabgewickelt und statt dessen ein Sale-and-Lease-Back Modell verwirklicht und dies der FMA mit Schreiben vom 19.06.2012, der FMA am 19.06.2012 zugestellt, mitgeteilt. Der letzte Darlehensbetrag war am 18.06.2012 rücküberwiesen worden.

Weder die Gemeinde noch die BF hatten im hier maßgeblichen Zeitraum (Ende November 2011 bis 18.06.2012) eine Bankkonzession für Geschäfte iSd § 1 Abs. 1 Z. 1 2. Fall BWG (Entgegennahme fremder Gelder als Einlage / Einlagengeschäft). Weder die Gemeinde noch die BF hatten im hier maßgeblichen Zeitraum (Ende November 2011 bis

18.06.2012) eine Bankenkonzession für Geschäfte iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall BWG (Entgegennahme fremder Gelder als Einlage / Einlagengeschäft).

Das Straferkenntnis der FMA vom 26.11.2012, der BF (und dem BFV) zugestellt am 29.11.2012, wurde mit Berufung (nunmehr "Beschwerde") vom 11. Dezember 2011, bei der FMA am 11. Dezember 2012 eingelangt, fristgerecht bekämpft.

2. Beweiswürdigung:

Der erkennende Senat hat Einsicht genommen in den verwaltungsbehördlichen Akt (ON 1 bis ON 3 samt fünf Beilagen) und in die Berufungsschrift sowie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 25.02.2014 die Parteien gehört.

Die Angaben zum Sachverhalt ergeben sich im Wesentlichen aus den Aussagen der BF, die sie in der Verhandlung vor dem BVwG und in ihren Schriftsätzen (Beschwerde, Rechtfertigung) getätigt hat. Ihre Aussagen zu den Fakten, v.a. zum Zustandekommen und zum Abschluss der 20 Darlehensverträge und zur Abstimmung im Gemeinderat am 1.12.2011, waren frei von Widersprüchen und glaubwürdig. Auch die Aussagen der Vertreter der belangten Behörde in der Verhandlung, die sich im Wesentlichen jedoch auf Rechtliches bezogen, waren als glaubwürdig zu werten und standen nicht im Widerspruch zu den Aussagen der BF. Das Vorbringen der BF (insbesondere in der Beschwerde) gegen das Straferkenntnis bezog sich hauptsächlich auf Rechtsfragen. Insgesamt kann zur Beweiswürdigung festgehalten werden, dass der Sachverhalt von allen Parteien übereinstimmend dargetan wurde.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Zuständigkeit über die Berufung (ab 1.1.2014 "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien ist infolge der Übergangsbestimmung des Art. 151 Abs. 51 Z. 8 B-VG, BGBl I/1930 idF BGBl I 164/2013, iVm § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl I 184/2013, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen. Die Zuständigkeit über die Berufung (ab 1.1.2014 "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien ist infolge der Übergangsbestimmung des Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG, Bundesgesetzblatt 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 164 aus 2013,, in Verbindung mit Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 184 aus 2013,, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl I 184/2013 entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt 184 aus 2013, entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Zu Spruchpunkt A.I.

§ 4 Abs. 1 BWG bestimmt (unter anderem), dass die "Entgegennahme fremder Gelder [...] als Einlage (Einlagengeschäft)" (§ 1 Abs. 1 Z. 1 2. Fall BWG) Kreditinstituten vorbehalten ist und einer Konzession der FMA bedarf (Bankenkonzession). Nach § 98 Abs. 1 BWG ist zu bestrafen, wer ohne die erforderliche Berechtigung (Bankenkonzession) ein Bankgeschäft betreibt. Weder die BF noch die haftende Gemeinde verfügen über eine Bankkonzession. Paragraph 4, Absatz eins, BWG bestimmt (unter anderem), dass die "Entgegennahme fremder Gelder [...] als Einlage (Einlagengeschäft)" (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall BWG) Kreditinstituten vorbehalten ist und einer Konzession der FMA bedarf (Bankenkonzession). Nach Paragraph 98, Absatz eins, BWG ist zu bestrafen, wer ohne die erforderliche Berechtigung (Bankenkonzession) ein Bankgeschäft betreibt. Weder die BF noch die haftende Gemeinde verfügen über eine Bankkonzession.

Nach § 9 Abs. 1 VStG ist derjenige, der juristische Personen nach außen vertritt, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wenn die Verwaltungsvorschriften nichts anderes vorsehen oder nicht ein verantwortlich Beauftragter bestellt wurde. Wenn eine Verwaltungsvorschrift (hier das Verbot ohne Bankenkonzession kein Einlagengeschäft zu betreiben) über das Verschulden nichts anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Zur Strafbarkeit (Schuld) gehört nicht, dass ein bestimmter Erfolg (z.B. ein Schaden) eintritt. Diese Delikte werden deshalb in Lehre und

Rechtsprechung "Ungehorsamsdelikte" genannt. Es wird grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert und der Täter muss glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), § 5 Rz 5). Nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist derjenige, der juristische Personen nach außen vertritt, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wenn die Verwaltungsvorschriften nichts anderes vorsehen oder nicht ein verantwortlich Beauftragter bestellt wurde. Wenn eine Verwaltungsvorschrift (hier das Verbot ohne Bankkonzession kein Einlagengeschäft zu betreiben) über das Verschulden nichts anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Zur Strafbarkeit (Schuld) gehört nicht, dass ein bestimmter Erfolg (z.B. ein Schaden) eintritt. Diese Delikte werden deshalb in Lehre und Rechtsprechung "Ungehorsamsdelikte" genannt. Es wird grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert und der Täter muss glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vergleiche Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), Paragraph 5, Rz 5).

Bezüglich der Erfüllung des Tatbestandes "Entgegennahme fremder Gelder als Einlage (Einlagengeschäft)" war zu prüfen, ob durch die festgestellte Tätigkeit der Gemeinde (Abschluss von 20 Darlehensverträgen) erstens ein Einlagengeschäft und zweitens Gewerblichkeit (also nicht ein bloß privates Handeln od.ä.) vorliegen. Die BF hatte das Vorliegen beider Tatbestandselemente bestritten.

Zum Vorliegen eines Einlagengeschäftes. Die jüngste Judikatur des VwGH führt hierzu folgendes aus (2013/17/0242 vom 29.11.2013):

"Für den Einlagenbegriff in § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG ergibt sich [F]olgendes: Für den Einlagenbegriff in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG ergibt sich [F]olgendes:

Einlagen iSd § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG liegen somit dann vor, wenn rückzahlbare Gelder des Publikums (der Öffentlichkeit), die der Anlage dienen, nicht bloß gelegentlich entgegengenommen werden. Auf die weitere Verwendung der entgegengenommenen Gelder kommt es hingegen nicht an, um von einer Einlage im Sinne dieser Bestimmung ausgehen zu können. Einlagen iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG liegen somit dann vor, wenn rückzahlbare Gelder des Publikums (der Öffentlichkeit), die der Anlage dienen, nicht bloß gelegentlich entgegengenommen werden. Auf die weitere Verwendung der entgegengenommenen Gelder kommt es hingegen nicht an, um von einer Einlage im Sinne dieser Bestimmung ausgehen zu können.

Von der durch Art. 5 zweiter Satz der Richtlinie 2006/48/EG geschaffenen Möglichkeit, für bestimmte ausdrücklich genannte Fälle gesetzliche Ausnahmen von der Konzessionspflicht im Falle der Entgegennahme solcher Einlagen vorzusehen, hat der österreichische Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht." Von der durch Artikel 5, zweiter Satz der Richtlinie 2006/48/EG geschaffenen Möglichkeit, für bestimmte ausdrücklich genannte Fälle gesetzliche Ausnahmen von der Konzessionspflicht im Falle der Entgegennahme solcher Einlagen vorzusehen, hat der österreichische Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht."

Auch die Literatur definiert den Tatbestand "Entgegennahme fremder Gelder" eindeutig und weit. Darunter fallen "nicht bloß Publikumseinlagen" (z.B. Spareinlagen etc.). (vgl. Karas, Traxler, Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 25 bis 28). Die zivilrechtliche Qualifikation der "Einlage" kann unterschiedlich sein. Darlehensverträge sind für diese Kategorie typisch und fallen unter den Begriff Einlagen (vgl. Laurer, BWG3 § 1 Rz 5). Auch die Literatur definiert den Tatbestand "Entgegennahme fremder Gelder" eindeutig und weit. Darunter fallen "nicht bloß Publikumseinlagen" (z.B. Spareinlagen etc.). (vergleiche Karas, Traxler, Waldherr in Dellinger, BWG Paragraph eins, Rz 25 bis 28). Die zivilrechtliche Qualifikation der "Einlage" kann unterschiedlich sein. Darlehensverträge sind für diese Kategorie typisch und fallen unter den Begriff Einlagen (vergleiche Laurer, BWG3 Paragraph eins, Rz 5).

Angesichts der eindeutigen Rechtsprechung und Meinung in der Literatur waren die Einwände der BF, dass die Gemeinde bloß ein Umweltprojekt finanzieren wollte, zu verwerfen. Wesentlich für die Beurteilung war der Abschluss von 20 Darlehensverträgen der Gemeinde mit privaten Darlehensgebern. Insbesondere war auch der Einwand, die Gemeinde als Darlehensnehmerin habe keinerlei Spielraum über die Verwendung der Gelder gehabt, unzutreffend. Die Gemeinde hatte sehr wohl einen Spielraum und sich freiwillig vorab entschlossen ein Darlehen für die Anlage aufzunehmen. Was den "Zweck" der Darlehen angeht, so hat der VwGH eindeutig ausgesprochen, dass es auf die "weitere Verwendung" der entgegengenommenen Gelder nicht ankomme. Die Ausgestaltung der Darlehensverträge sah noch dazu einen unbedingten Rückzahlungsanspruch der Darlehensgeber vor. Das heißt, auch wenn das Photovoltaik-

Projekt aus irgendwelchen Gründen nicht zustande gekommen oder wenn nach der Errichtung finanzielle oder technische Schwierigkeiten aufgetreten wären, hätten die Darlehensgeber in jedem Fall einen Anspruch auf Rückzahlung gehabt.

Zur Gewerblichkeit. Einleitend kann festgehalten werden, dass die Judikatur (VwGH2008/17/0226 vom 20.06.2008) der Meinung ist, "dass auch der Abschluss eines einzigen Geschäftes zwischen Vertragsparteien noch nicht ausschließt, dass Gewerblichkeit auf Seiten des kreditgewährenden Partners vorliegt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208)." Der VwGH stellt zur Frage der Gewerblichkeit fest, dass mit dem Begriff "gewerblich" nicht alle Geschäfte gemeint sind, sondern dass sich ein gewerbliches Geschäft von gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährungen, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommen, unterscheidet und abgrenzt. Zur Gewerblichkeit. Einleitend kann festgehalten werden, dass die Judikatur (VwGH2008/17/0226 vom 20.06.2008) der Meinung ist, "dass auch der Abschluss eines einzigen Geschäftes zwischen Vertragsparteien noch nicht ausschließt, dass Gewerblichkeit auf Seiten des kreditgewährenden Partners vorliegt (vergleiche das hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208)." Der VwGH stellt zur Frage der Gewerblichkeit fest, dass mit dem Begriff "gewerblich" nicht alle Geschäfte gemeint sind, sondern dass sich ein gewerbliches Geschäft von gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährungen, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommen, unterscheidet und abgrenzt.

Weiters führt der VwGH in seinem jüngsten, obzitierten, Erkenntnis aus (2013/17/0242 vom 29.11.2013):

"Auch der Begriff der ‚gewerblichen Durchführung‘ von Einlagengeschäften in § 1 Abs. 1 BWG wird im BWG nicht näher bestimmt. Die Materialien zur Regierungsvorlage der Stammfassung des BWG (1130 der BlgNR XVIII. GP, 113) verweisen jedoch auf den Gewerblichkeitsbegriff des UStG. Sie führen dazu aus: "Auch der Begriff der ‚gewerblichen Durchführung‘ von Einlagengeschäften in Paragraph eins, Absatz eins, BWG wird im BWG nicht näher bestimmt. Die Materialien zur Regierungsvorlage der Stammfassung des BWG (1130 der BlgNR römisch achtzehn. GP, 113) verweisen jedoch auf den Gewerblichkeitsbegriff des UStG. Sie führen dazu aus:

„Allen Bankgeschäften ist gemeinsam, daß es sich hiebei um gewerbliche Tätigkeiten handelt; gemäß UStG 1972 ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen [Hervorhebung nicht im Original], auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt, gewerblich. Somit grenzt der Begriff ‚gewerblich‘ den Inhalt der in Z 1 bis 18 [Anm: des § 1 Abs. 1 BWG] angeführten Tätigkeiten von gleichen Tätigkeiten des privaten oder geschäftlichen Verkehrs ab. Das Wort gewerblich schließt somit aus, daß zB schon eine gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt, als ein Bankgeschäft angesehen werden könnte.“ „Allen Bankgeschäften ist gemeinsam, daß es sich hiebei um gewerbliche Tätigkeiten handelt; gemäß UStG 1972 ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen [Hervorhebung nicht im Original], auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt, gewerblich. Somit grenzt der Begriff ‚gewerblich‘ den Inhalt der in Ziffer eins bis 18 [Anm: des Paragraph eins, Absatz eins, BWG] angeführten Tätigkeiten von gleichen Tätigkeiten des privaten oder geschäftlichen Verkehrs ab. Das Wort gewerblich schließt somit aus, daß zB schon eine gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt, als ein Bankgeschäft angesehen werden könnte.“

Nach § 2 Abs. 1 dritter Satz UStG 1972 ist gewerblich oder beruflich jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird (vgl. auch § 2 Abs. 1 dritter Satz UStG 1994). Nach Paragraph 2, Absatz eins, dritter Satz UStG 1972 ist gewerblich oder beruflich jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird (vergleiche auch Paragraph 2, Absatz eins, dritter Satz UStG 1994).

Tätigkeiten werden nachhaltig ausgeführt, wenn sie wiederholt unter Ausnützung derselben Gelegenheit und desselben dauernden Verhältnisses ausgeübt werden. Den Gegensatz zur nachhaltigen Tätigkeit bildet die einmalige oder gelegentliche Tätigkeit. Eine solche liegt vor, wenn sie nur fallweise (sobald sich von außen die Gelegenheit bietet) ausgeführt wird, nicht jedoch, wenn jemand selbst darauf hinwirkt, die Voraussetzungen für sein Tätigwerden herbeizuführen. Aber auch eine (zunächst) einmalige Tätigkeit kann nachhaltig sein, wenn an Hand objektiver Umstände auf die Absicht, sie zu wiederholen, geschlossen werden kann (vgl. die bei Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz 1994, Tz 49f zu § 3 angeführte hg. Rechtsprechung). Tätigkeiten werden nachhaltig ausgeführt,

wenn sie wiederholt unter Ausnützung derselben Gelegenheit und desselben dauernden Verhältnisses ausgeübt werden. Den Gegensatz zur nachhaltigen Tätigkeit bildet die einmalige oder gelegentliche Tätigkeit. Eine solche liegt vor, wenn sie nur fallweise (sobald sich von außen die Gelegenheit bietet) ausgeführt wird, nicht jedoch, wenn jemand selbst darauf hinwirkt, die Voraussetzungen für sein Tätigwerden herbeizuführen. Aber auch eine (zunächst) einmalige Tätigkeit kann nachhaltig sein, wenn an Hand objektiver Umstände auf die Absicht, sie zu wiederholen, geschlossen werden kann vergleiche die bei Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz 19942, Tz 49f zu Paragraph 3, angeführte hg. Rechtsprechung).

Einnahmen sind Vermögensvermehrung durch Zugang von Geld oder geldwerten Sachgütern. Die Einnahmenerzielung muss nicht die primäre Motivation der Tätigkeit sein. Auch ideelle, karitative und gemeinnützige Tätigkeiten können zur Unternehmereigenschaft führen. An der Einnahmenerzielungsabsicht fehlt es jedoch, wo Tätigkeiten ohne wirtschaftliches Kalkül, ohne eigenwirtschaftliches Interesse entfaltet werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn das Verhalten des Leistenden von der Absicht der Unentgeltlichkeit, der Gefälligkeit, des familiären Zusammenwirkens und dgl bestimmt ist (vgl. Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz 19942, Tz 56f zu § 2)."Einnahmen sind Vermögensvermehrung durch Zugang von Geld oder geldwerten Sachgütern. Die Einnahmenerzielung muss nicht die primäre Motivation der Tätigkeit sein. Auch ideelle, karitative und gemeinnützige Tätigkeiten können zur Unternehmereigenschaft führen. An der Einnahmenerzielungsabsicht fehlt es jedoch, wo Tätigkeiten ohne wirtschaftliches Kalkül, ohne eigenwirtschaftliches Interesse entfaltet werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn das Verhalten des Leistenden von der Absicht der Unentgeltlichkeit, der Gefälligkeit, des familiären Zusammenwirkens und dgl bestimmt ist vergleiche Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz 19942, Tz 56f zu Paragraph 2.)."

Rechtsprechung und Lehre verwenden als Synonym für den Begriff der "Gewerblichkeit" den Ausdruck "nachhaltig" bzw. wird unter Bankgeschäft (Einlagengeschäft) jede nachhaltige Erzielung von Einnahmen verstanden. Wobei unter Einnahmen solche im steuerrechtlichen Sinn gemeint sind. Die Nachhaltigkeit kann aber bereits schon bei einem einmaligen Geschäft vorliegen bzw. schließt die bloß einmalige Tätigkeit Nachhaltigkeit noch nicht aus. Für die Gewerblichkeit ist die Einnahmenerzielung notwendig, also die Vermehrung des Vermögens (im Sinne des Umsatzsteuergesetzes). Die Vermehrung des Vermögens kann dabei unmittelbar eintreten, aber auch unmittelbar (vgl VwGH 2000/17/0134 vom 21. Mai 2011). Im gegenständlichen Fall wurden ganz eindeutig Einnahmen erzielt (nämlich das Vermögen der Gemeinde wurde vermehrt) und nicht bloß einmalig, sondern mit 20 Darlehensverträgen. Die Gemeinde hat selbst darauf hingewirkt und die Voraussetzungen selbst herbeigeführt. Dafür wurde auch eine umfangreiche Vorbereitung mit Informationsveranstaltungen für interessierte Kreise (Bürger der Gemeinde) durchgeführt; die Gemeinde bediente sich dabei auch der örtlichen Raiffeisenbank. Die Einnahmenerzielung war auf Seiten der Darlehensnehmerin der Zweck des Geschäftsabschlusses, um ein (gemeinnütziges) Projekt, nämlich die Finanzierung einer Photovoltaikanlage, zu finanzieren. Sie hatte also ein "eigenwirtschaftliches Interesse" im Sinne der oben zitierten Judikatur. Weiters war das Geschäft auch nicht unentgeltlich, sondern wurde mit 4 % jährlich verzinst. Der Argumentation der BF hinsichtlich des Nichtvorliegens der Gewerblichkeit war nicht zu folgen, weil der Abschluss von 20 Darlehensverträgen kein einheitlicher Vorgang, nicht bloß gelegentlich oder privat erfolgte, sowie eine Einnahmenerzielung bezweckt war. Rechtsprechung und Lehre verwenden als Synonym für den Begriff der "Gewerblichkeit" den Ausdruck "nachhaltig" bzw. wird unter Bankgeschäft (Einlagengeschäft) jede nachhaltige Erzielung von Einnahmen verstanden. Wobei unter Einnahmen solche im steuerrechtlichen Sinn gemeint sind. Die Nachhaltigkeit kann aber bereits schon bei einem einmaligen Geschäft vorliegen bzw. schließt die bloß einmalige Tätigkeit Nachhaltigkeit noch nicht aus. Für die Gewerblichkeit ist die Einnahmenerzielung notwendig, also die Vermehrung des Vermögens (im Sinne des Umsatzsteuergesetzes). Die Vermehrung des Vermögens kann dabei unmittelbar eintreten, aber auch unmittelbar vergleiche VwGH 2000/17/0134 vom 21. Mai 2011). Im gegenständlichen Fall wurden ganz eindeutig Einnahmen erzielt (nämlich das Vermögen der Gemeinde wurde vermehrt) und nicht bloß einmalig, sondern mit 20 Darlehensverträgen. Die Gemeinde hat selbst darauf hingewirkt und die Voraussetzungen selbst herbeigeführt. Dafür wurde auch eine umfangreiche Vorbereitung mit Informationsveranstaltungen für interessierte Kreise (Bürger der Gemeinde) durchgeführt; die Gemeinde bediente sich dabei auch der örtlichen Raiffeisenbank. Die Einnahmenerzielung war auf Seiten der Darlehensnehmerin der Zweck des Geschäftsabschlusses, um ein (gemeinnütziges) Projekt, nämlich die Finanzierung einer Photovoltaikanlage, zu finanzieren. Sie hatte also ein "eigenwirtschaftliches Interesse" im Sinne der oben zitierten Judikatur. Weiters war das Geschäft auch nicht

unentgeltlich, sondern wurde mit 4 % jährlich verzinst. Der Argumentation der BF hinsichtlich des Nichtvorliegens der Gewerblichkeit war nicht zu folgen, weil der Abschluss von 20 Darlehensverträgen kein einheitlicher Vorgang, nicht bloß gelegentlich oder privat erfolgte, sowie eine Einnahmenerzielung bezweckt war.

Ungehorsamsdelikte wie das hier gegenständliche sind Dauerdelikte. Dieser spezielle Deliktstyp besteht also im Unterschied zu einem einmaligen Tun (oder Unterlassen), das damit abgeschlossen ist, sondern in der Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Zustandes (hier das konzessionslose Entgegennehmen von fremden Geldern beginnend

30.11. 2011, Zuzählung des Geldes auf das Gemeindekonto). Das Delikt wird also so lange begangen wie der pönalisierte Zustand andauert (vgl. VwGH 86/17/0020 vom 18.09.1987; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013) § 19 Rz 19 mit weiteren Nachweisen). Die Verjährung eines Dauerdeliktes beginnt erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes (hier mit 18.06.2012, an dem das letzte Darlehen zurückgezahlt wurde). Das behördliche Verfahren ist mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30.07.2012 fristgerecht eingeleitet worden. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist fristgerecht abgeschlossen worden (Einbringung der Berufung beim UVS Wien am 11.12.2012).

30.11. 2011, Zuzählung des Geldes auf das Gemeindekonto). Das Delikt wird also so lange begangen wie der pönalisierte Zustand andauert vergleiche VwGH 86/17/0020 vom 18.09.1987; Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013) Paragraph 19, Rz 19 mit weiteren Nachweisen). Die Verjährung eines Dauerdeliktes beginnt erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes (hier mit 18.06.2012, an dem das letzte Darlehen zurückgezahlt wurde). Das behördliche Verfahren ist mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30.07.2012 fristgerecht eingeleitet worden. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist fristgerecht abgeschlossen worden (Einbringung der Berufung beim UVS Wien am 11.12.2012).

Der Tatbestand der "Entgegennahme von fremden Geldern zur Einlage" wurde daher in objektiver Hinsicht verwirklicht. Den (rechtlichen) Argumenten der BF im behördlichen (Rechtfertigung) und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Beschwerde, Verhandlung) konnte nicht gefolgt werden.

Zur subjektiven Tatseite: Wenn die BF meint, dass der Schutzzweck der Verbotsnorm die Wahrung der volkswirtschaftlicher Interessen oder die Wahrung Finanzmarktstabilität (das "Bankwesen") gewesen sei, dann muss entgegnet werden, dass dies bei Ungehorsamsdelikten nach dem VStG eine bloß fahrlässige Übertretung der Verbotsnorm die Schuld indiziert. Auf eine objektive und tatsächliche Gefährdung kommt es nicht an. Bloß fahrlässiges Handeln genügt. Sie hat sich in vorwerfbarer Weise nicht erkundigt, z.B. bei der FMA, ob ihr Handeln konzessionspflichtig wäre. Unkenntnis des Gesetzes allein genügt für mangelndes Verschulden nicht. Überdies kam bei der Beschlussfassung in Gemeinderatssitzung ein deutlicher Hinweis (von einem Abgeordneten des Gemeinderates), dass der Abschluss der Darlehensverträge (die ausdrücklich auch als solche bezeichnet waren) konzessionspflichtig sei und die Gemeinde keine Bankkonzession habe. Aber auch ohne diesen Hinweis hätte die Gemeinde durch geeignete Erkundigungen bei der zuständigen Behörde (FMA) oder bei kompetenten einschlägigen Rechtsberatern Rat einholen sollen (vgl. VwGH 2002/03/0251 vom 20.07.2004 und 81/17/0126 vom 30.11.1981). Es war daher von einer vorwerfbaren Sorgfaltswidrigkeit (Fahrlässigkeit) auszugehen. Es lagen auch keine Rechtfertigungs-Entschuldigungs-, Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgründe vor. Den insbesondere in der Berufung (nunmehr Beschwerde) und in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten Argumenten und Gründen zur subjektiven Vorwerfbarkeit der Tat konnte nicht gefolgt werden.

Zur subjektiven Tatseite: Wenn die BF meint, dass der Schutzzweck der Verbotsnorm die Wahrung der volkswirtschaftlicher Interessen oder die Wahrung Finanzmarktstabilität (das "Bankwesen") gewesen sei, dann muss entgegnet werden, dass dies bei Ungehorsamsdelikten nach dem VStG eine bloß fahrlässige Übertretung der Verbotsnorm die Schuld indiziert. Auf eine objektive und tatsächliche Gefährdung kommt es nicht an. Bloß fahrlässiges Handeln genügt. Sie hat sich in vorwerfbarer Weise nicht erkundigt, z.B. bei der FMA, ob ihr Handeln konzessionspflichtig wäre. Unkenntnis des Gesetzes allein genügt für mangelndes Verschulden nicht. Überdies kam bei der Beschlussfassung in Gemeinderatssitzung ein deutlicher Hinweis (von einem Abgeordneten des Gemeinderates), dass der Abschluss der Darlehensverträge (die ausdrücklich auch als solche bezeichnet waren) konzessionspflichtig sei und die Gemeinde keine Bankkonzession habe. Aber auch ohne diesen Hinweis hätte die Gemeinde durch geeignete Erkundigungen bei der zuständigen Behörde (FMA) oder bei kompetenten einschlägigen Rechtsberatern Rat einholen sollen vergleiche VwGH 2002/03/0251 vom 20.07.2004 und 81/17/0126 vom 30.11.1981). Es war daher von einer vorwerfbaren Sorgfaltswidrigkeit (Fahrlässigkeit) auszugehen. Es

lagen auch keine Rechtfertigungs-Entschuldigungs-, Strafaufhebungs- oder -ausschlussgründe vor. Den insbesondere in der Berufung (nunmehr Beschwerde) und in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebrachten Argumenten und Gründen zur subjektiven Vorwerfbarkeit der Tat konnte nicht gefolgt werden.

Die BF hat daher die Verwaltungsübertretung nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten.

Zur Haftung der Gemeinde zur ungeteilten Hand. Nach § 9 Abs. 7 VStG haften juristische Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand. Die Haftung der Gemeinde zur ungeteilten Hand ergibt sich aus § 9 Abs. 7 VStG in Verbindung mit § 37 Abs. 1 der Niederösterreichischen Gemeindeordnung 1973, nach der der Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt (so wie ein Vorstand oder Geschäftsführer eine Personen- oder Kapitalgesellschaft vertritt). Die BF war im hier relevanten Zeitpunkt als Bürgermeisterin tätig, hat die Darlehensverträge persönlich unterfertigt und in der Gemeinderatssitzung am 1.12.2011 für die Genehmigung der Darlehensverträge mitgestimmt. Die Gemeinde als juristische Person (Körperschaft) des öffentlichen Rechts haftet somit für das Handeln ihrer Organe zur ungeteilten Hand. Zur Haftung der Gemeinde zur ungeteilten Hand. Nach Paragraph 9, Absatz 7, VStG haften juristische Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand. Die Haftung der Gemeinde zur ungeteilten Hand ergibt sich aus Paragraph 9, Absatz 7, VStG in Verbindung mit Paragraph 37, Absatz eins, der Niederösterreichischen Gemeindeordnung 1973, nach der der Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt (so wie ein Vorstand oder Geschäftsführer eine Personen- oder Kapitalgesellschaft vertritt). Die BF war im hier relevanten Zeitpunkt als Bürgermeisterin tätig, hat die Darlehensverträge persönlich unterfertigt und in der Gemeinderatssitzung am 1.12.2011 für die Genehmigung der Darlehensverträge mitgestimmt. Die Gemeinde als juristische Person (Körperschaft) des öffentlichen Rechts haftet somit für das Handeln ihrer Organe zur ungeteilten Hand.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die belangte Behörde (FMA) zu Recht von der Erfüllung der objektiven Tatbestandselemente und von der subjektiven Vorwerfbarkeit des Handelns der BF ausgegangen ist.

Zu Spruchpunkt A.II.

Zur Strafbemessung bzw. zur Strafhöhe (§ 19 VStG) ist auszuführen. Es sind die der Entlastung der BF dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden (§ 25 VStG). Betreffend die objektiven Strafbemessungskriterien war zu berücksichtigen, dass die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes als hoch anzusetzen ist, das bedeutet, dass zu Recht eine Strafe ausgesprochen wurde. Dabei ist anzumerken, dass der Gesetzgeber den Strafbestimmung bzw. den Strafraumen (des § 98 Abs. 1 BWG) im Zeitraum der Tat (Ende November 2011 bis 18. Juni 2012) verschärft hat (von maximal 50.000 Euro auf maximal 100.000 Euro). Es konnte daher von der FMA nicht von der Strafe abgesehen werden. Hingegen war die Intensität der Beeinträchtigung eine geringe, weil erstens die Summe der aufgenommenen Darlehen (60.000 Euro) gering war und die Gemeinde nach Verfahrensordnung der FMA innerhalb von wenigen Monaten (Februar bis Juni 2012) rückabgewickelt hat. Insgesamt wurden die Einlagen von Ende November 2011 bis zum 18. Juni 2012 gehalten (geringe Dauer der Beeinträchtigung). Zur Strafbemessung bzw. zur Strafhöhe (Paragraph 19, VStG) ist auszuführen. Es sind die der Entlastung der BF dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden (Paragraph 25, VStG). Betreffend die objektiven Strafbemessungskriterien war zu berücksichtigen, dass die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes als hoch anzusetzen ist, das bedeutet, dass zu Recht eine Strafe ausgesprochen wurde. Dabei ist anzumerken, dass der Gesetzgeber den Strafbestimmung bzw. den Strafraumen (des Paragraph 98, Absatz eins, BWG) im Zeitraum der Tat (Ende November 2011 bis 18. Juni 2012) verschärft hat (von maximal 50.000 Euro auf maximal 100.000 Euro). Es konnte daher von der FMA nicht von der Strafe abgesehen werden. Hingegen war die Intensität der Beeinträchtigung eine geringe, weil erstens die Summe der aufgenommenen Darlehen (60.000 Euro) gering war und die Gemeinde nach Verfahrensordnung der FMA innerhalb von wenigen Monaten (Februar bis Juni 2012) rückabgewickelt hat. Insgesamt wurden die Einlagen von Ende November 2011 bis zum 18. Juni 2012 gehalten (geringe Dauer der Beeinträchtigung).

Was den Strafraumen (§ 98 Abs. 1 BWG) betrifft war der Entscheidung der belangten Behörde zuzustimmen, dass der wesentliche Teil des Tatzeitraumes vor der Novellierung der Strafbestimmung lag (mit 01.05.2012 wurde der Strafraumen von 50.000 Euro auf 100.000 Euro erhöht). Was den Strafraumen (Paragraph 98, Absatz eins, BWG) betrifft

war der Entscheidung der belangten Behörde zuzustimmen, dass der wesentliche Teil des Tatzeitraumes vor der Novellierung der Strafbestimmung lag (mit 01.05.2012 wurde der Strafraum von 50.000 Euro auf 100.000 Euro erhöht).

Was die subjektiven Bemessungskriterien betrifft war festzustellen, dass keine Erschwerungsgründe vorliegen (vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), § 5 Rz 13). Es liegt keine Verurteilung wegen derselben Tat vor, es lag kein vorsätzliches Handeln vor und auch kein anderer Erschwerungsgrund. Bei den Milderungsgründen war (vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), § 5 Rz 14) der bisherige ordentliche Lebenswandel zu berücksichtigen. Allerdings lag kein reumütiges Geständnis vor, wenngleich die BF mit der FMA kooperiert hatte, was allerdings nicht als Geständnis zu werten ist. Außerdem wurde bei der Begehung der Tat aus achtenswerten Beweggründen gehandelt. Andere Milderungsgründe lagen nicht vor. Es haben somit insgesamt die Milderungsgründe überwogen. Was die subjektiven Bemessungskriterien betrifft war festzustellen, dass keine Erschwerungsgründe vorliegen (vergleiche Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), Paragraph 5, Rz 13). Es liegt keine Verurteilung wegen derselben Tat vor, es lag kein vorsätzliches Handeln vor und auch kein anderer Erschwerungsgrund. Bei den Milderungsgründen war (vergleiche Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), Paragraph 5, Rz 14) der bisherige ordentliche Lebenswandel zu berücksichtigen. Allerdings lag kein reumütiges Geständnis vor, wenngleich die BF mit der FMA kooperiert hatte, was allerdings nicht als Geständnis zu werten ist. Außerdem wurde bei der Begehung der Tat aus achtenswerten Beweggründen gehandelt. Andere Milderungsgründe lagen nicht vor. Es haben somit insgesamt die Milderungsgründe überwogen.

Es waren weiters bei der Strafbemessung die Einkommensverhältnisse und die Unterhaltspflicht für ein Kind entscheidend zu berücksichtigen.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen sowie unter Berücksichtigung der Milderungsgründe eine Herabsetzung der Strafe geboten war und mit der Hälfte der von der FMA verhängten Geldstrafe das Auslangen gefunden werden konnte.

Der erkennende Senat konnte von der Strafe jedoch nicht (ganz) absehen (§ 21 VStG), weil das Verschulden weder geringfügig war, noch waren die Folgen der Übertretung unbedeutend. Auch war die BF nicht geständig. Der erkennende Senat konnte von der Strafe jedoch nicht (ganz) absehen (Paragraph 21, VStG), weil das Verschulden weder geringfügig war, noch waren die Folgen der Übertretung unbedeutend. Auch war die BF nicht geständig.

Zu Spruchpunkt A.III. Kosten

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind bei - auch nur teilweisem - Obsiegen der Beschwerde der BF nicht aufzuerlegen (§ 52 Abs 8 VwGVG). Da das Straferkenntnis der FMA der Höhe der nach nicht bestätigt wurde, sondern die Geldstrafe herabgesetzt wurde, waren keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind bei - auch nur teilweisem - Obsiegen der Beschwerde der BF nicht aufzuerlegen (Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG). Da das Straferkenntnis der FMA der Höhe der nach nicht bestätigt wurde, sondern die Geldstrafe herabgesetzt wurde, waren keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Zu Spruchpunkt B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es gibt zur Rechtsfrage des Einlagengeschäftes nach § 1 Abs. 1 Z. 1 2. Fall BWG eine langjährige, rezente und detaillierte Judikatur. Die vorliegende Entscheidung des erkennenden Senates weicht weder von dieser bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es gibt zur Rechtsfrage des Einlagengeschäftes nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall BWG eine langjährige, rezente und detaillierte Judikatur. Die vorliegende

Entscheidung des erkennenden Senates weicht weder von dieser bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Bankenaufsicht, Bankgeschäft, Bankkonzession, Darlehen, Dauerdelikt, Einlage, Einlagengeschäft, Einnahmenerzielung, Entgegennahme fremder Gelder, Entgeltlichkeit, Fahrlässigkeit, Gewerblichkeit, Konzession, Nachhaltigkeit, Rückzahlung, Rückzahlungsanspruch, Schutzzweck, Selbstständigkeit, Strafbemessung, Ungehorsamsdelikt, Verjährung, Verzinsung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W148.2000361.1.00

Zuletzt aktualisiert am

20.06.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at