

TE Vwgh Erkenntnis 2013/9/9 2009/17/0079

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.09.2013

Index

E3L E06202020;
E3L E06202025;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;

Norm

31993L0022 Wertpapierdienstleistungs-RL;
32006L0048 Banken-RL;
BWG 1993 §1 Abs1 Z7 idF 1996/753;
BWG 1993 §1;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2009/17/0080

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, Hofrat Dr. Köhler, die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner und Mag. Nussbaumer-Hinterauer sowie Hofrat Mag. Straßegger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerden der Finanzmarktaufsichtsbehörde in 1090 Wien, Otto Wagner Platz 5, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien vom 20. März 2009, 1.) Zl. UVS-06/FM/40/1429/2008-25 und 2.) Zl. UVS-06/FM/40/1435/2008-5, jeweils betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes (mitbeteiligte Parteien: zu 1.) MB und zu 2.) Mag. OH, dieser vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 3), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Begründung

1.1. Mit den angefochtenen Bescheiden hat die belangte Behörde jeweils der Berufung der Mitbeteiligten gegen erstinstanzliche Straferkenntnisse der Finanzmarktaufsichtsbehörde (in der Folge: FMA bzw. die Beschwerdeführerin) wegen Übertretung des Bankwesengesetzes (BWG) Folge gegeben, den erstinstanzlichen Bescheid aufgehoben und das Verfahren eingestellt.

1.2. Gegenstand des erstinstanzlichen Bescheides war jeweils die Bestrafung der Mitbeteiligten als Geschäftsführer der BW GmbH und damit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche wegen des Handels ohne die erforderliche Konzession mit Aktien einer näher genannten Unternehmung und damit der Verletzung des § 98

Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 48/2006, iVm § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 131/2004. Es wurde über jeden der Mitbeteiligten eine Geldstrafe von EUR 5.000,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag verhängt. 1.2. Gegenstand des erstinstanzlichen Bescheides war jeweils die Bestrafung der Mitbeteiligten als Geschäftsführer der BW GmbH und damit gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche wegen des Handels ohne die erforderliche Konzession mit Aktien einer näher genannten Unternehmung und damit der Verletzung des Paragraph 98, Absatz eins, BWG, Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 48 aus 2006,, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG, Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 131 aus 2004., Es wurde über jeden der Mitbeteiligten eine Geldstrafe von EUR 5.000,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag verhängt.

Im Spruch der beiden Bescheide wurden jeweils detailliert Zeitraum und getätigte Umsätze der Aktienkäufe und -verkäufe angeführt.

1.3. Begründend führte die FMA in beiden Bescheiden weitgehend übereinstimmend aus, dass das Effektengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG zu den Bankgeschäften zähle, soweit es nicht für das Privatvermögen erfolge. Zum Effektengeschäft gehörten der Eigenhandel des Kreditinstitutes (Handeln für das eigene Buch, auf eigene Rechnung), der Abschluss eines Kaufvertrages als indirekter Stellvertreter (etwa als Verwalter von anderem als Privatvermögen im eigenen Namen aber auf Rechnung des Kunden) sowie das Kommissionsgeschäft, bei dem das Kreditinstitut zwar im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handle. Die Bedeutung des Begriffs des Wertpapiers im BWG richte sich nach § 1 Abs. 1 Depotgesetz (DepG). Demzufolge zählten Aktien zu den Wertpapieren. Die Eigenschaft als Bankgeschäft entfalle jedoch, wenn das Effektengeschäft für das Privatvermögen des jeweiligen Erwerbers oder Veräußerers abgeschlossen werde. Für das Fehlen eines Bankgeschäftes aus diesem Grund spiele es keine Rolle, ob im eigenen oder fremden Namen kontrahiert werde. Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, so liege dessen ungeachtet ein Bankgeschäft vor. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum Bankwesengesetz durch BGBl. Nr. 753/1996 (369 BlgNR 20. GP) führten aus, dass derjenige keine Bankkonzession benötige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse spekuliere (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum BWG, Band 1, § 1 Rz 63 ff). 1.3. Begründend führte die FMA in beiden Bescheiden weitgehend übereinstimmend aus, dass das Effektengeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG zu den Bankgeschäften zähle, soweit es nicht für das Privatvermögen erfolge. Zum Effektengeschäft gehörten der Eigenhandel des Kreditinstitutes (Handeln für das eigene Buch, auf eigene Rechnung), der Abschluss eines Kaufvertrages als indirekter Stellvertreter (etwa als Verwalter von anderem als Privatvermögen im eigenen Namen aber auf Rechnung des Kunden) sowie das Kommissionsgeschäft, bei dem das Kreditinstitut zwar im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handle. Die Bedeutung des Begriffs des Wertpapiers im BWG richte sich nach Paragraph eins, Absatz eins, Depotgesetz (DepG). Demzufolge zählten Aktien zu den Wertpapieren. Die Eigenschaft als Bankgeschäft entfalle jedoch, wenn das Effektengeschäft für das Privatvermögen des jeweiligen Erwerbers oder Veräußerers abgeschlossen werde. Für das Fehlen eines Bankgeschäftes aus diesem Grund spiele es keine Rolle, ob im eigenen oder fremden Namen kontrahiert werde. Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, so liege dessen ungeachtet ein Bankgeschäft vor. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum Bankwesengesetz durch Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, (369 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode führten aus, dass derjenige keine Bankkonzession benötige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse spekuliere (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum BWG, Band 1, Paragraph eins, Rz 63 ff).

Die BW GmbH habe im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (für das Betriebsvermögen der GmbH) mit Aktien gehandelt. Es handle sich dabei nicht um den Abschluss eines Kaufvertrages als indirekter Stellvertreter, da die BW GmbH nicht als Verwalter auf Rechnung eines ihrer Kunden aufgetreten sei. Auch handle es sich dabei nicht um ein Kommissionsgeschäft, da die BW GmbH nicht auf fremde Rechnung gehandelt habe. Es liege somit Eigenhandel der BW GmbH vor. Der Eigenhandel (Handeln für das eigene Buch, auf eigene Rechnung) sei jedoch nur den Kreditinstituten erlaubt (sogenannter Nostrohandel oder Eigenhandel).

Der Sachverhalt sei durch die Mitbeteiligten hinsichtlich der getätigten An- und Verkäufe über ein bestimmtes Konto bei der H Bank bzw. bei der M Bank nicht bestritten worden.

Zu dem Vorbringen, es sei keine Gewerblichkeit der Tätigkeit vorgelegen, führte die Beschwerdeführerin in den erstinstanzlichen Bescheiden aus, dass die BW GmbH ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen

gewesen sei. Die von der Konzession umfasste Erbringung von Finanzdienstleistungsgeschäften nach § 1 Abs. 1 Z 19 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 131/2004, habe gewerblich stattgefunden. Der von der Konzession der BW GmbH nicht umfasste Handel mit Wertpapieren habe ebenfalls gewerblich stattgefunden. Nach dem UStG 1972 sei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen gewerblich, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehle (Hinweis auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu BGBl. Nr. 532/1993, 1130 BlgNR, 18. GP, 113). Nachhaltigkeit liege bei wiederholter Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit vor (Hinweis auf Karas/Traxler/Waldherr in Dellinger (Hrsg.), BWG, § 1 Rz 8). Der Handel der BW GmbH sei jedenfalls nachhaltig gewesen, da es sich um eine wiederholte Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit gehandelt habe, nämlich insgesamt um 516 einzelne Kauftransaktionen und 360 einzelne Verkaufstransaktionen. Die Gewerblichkeit setze nicht zwingend eine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Die Gewerblichkeit sei daher auch dann zu bejahen, wenn eine Tätigkeit nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sei, jedoch kein Gewinn erzielt werde, weil die Ausgaben die Einnahmen überschritten. Liege jedoch Gewinnerzielungsabsicht vor, dann müsse - argumentum a minore ad maius - erst recht auch die Absicht zur Erzielung von Einnahmen vorliegen. Der Zweitmitbeteiligte habe in seiner schriftlichen Rechtfertigung zugestanden, die Tätigkeit der BW GmbH sei auf die Erzielung von Kursgewinnen gerichtet gewesen, und zwar über einen Zeitraum von über sechs Jahren. Dies bedeute, dass die Tätigkeit der BW GmbH somit auch nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet gewesen sei. Dabei mache es keinen Unterschied, wenn - wie im vorliegenden Fall - zur Abwicklung der Kauf- und Verkaufstransaktionen ein Bankinstitut als Zwischenhändler eingeschaltet werde (Hinweis auf die Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. September 2007, Zl. UVS- 06/FM/27/1469/2007-2). Zu dem Vorbringen, es sei keine Gewerblichkeit der Tätigkeit vorgelegen, führte die Beschwerdeführerin in den erstinstanzlichen Bescheiden aus, dass die BW GmbH ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen gewesen sei. Die von der Konzession umfasste Erbringung von Finanzdienstleistungsgeschäften nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG, Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 131 aus 2004,, habe gewerblich stattgefunden. Der von der Konzession der BW GmbH nicht umfasste Handel mit Wertpapieren habe ebenfalls gewerblich stattgefunden. Nach dem UStG 1972 sei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen gewerblich, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehle (Hinweis auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993,, 1130 BlgNR, 18. GP, 113). Nachhaltigkeit liege bei wiederholter Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit vor (Hinweis auf Karas/Traxler/Waldherr in Dellinger (Hrsg.), BWG, Paragraph eins, Rz 8). Der Handel der BW GmbH sei jedenfalls nachhaltig gewesen, da es sich um eine wiederholte Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit gehandelt habe, nämlich insgesamt um 516 einzelne Kauftransaktionen und 360 einzelne Verkaufstransaktionen. Die Gewerblichkeit setze nicht zwingend eine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Die Gewerblichkeit sei daher auch dann zu bejahen, wenn eine Tätigkeit nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sei, jedoch kein Gewinn erzielt werde, weil die Ausgaben die Einnahmen überschritten. Liege jedoch Gewinnerzielungsabsicht vor, dann müsse - argumentum a minore ad maius - erst recht auch die Absicht zur Erzielung von Einnahmen vorliegen. Der Zweitmitbeteiligte habe in seiner schriftlichen Rechtfertigung zugestanden, die Tätigkeit der BW GmbH sei auf die Erzielung von Kursgewinnen gerichtet gewesen, und zwar über einen Zeitraum von über sechs Jahren. Dies bedeute, dass die Tätigkeit der BW GmbH somit auch nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet gewesen sei. Dabei mache es keinen Unterschied, wenn - wie im vorliegenden Fall - zur Abwicklung der Kauf- und Verkaufstransaktionen ein Bankinstitut als Zwischenhändler eingeschaltet werde (Hinweis auf die Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. September 2007, Zl. UVS- 06/FM/27/1469/2007-2).

In der Folge ging die Beschwerdeführerin in der Begründung der erstinstanzlichen Bescheide eingehend auf den Einwand ein, die getätigten An- und Verkäufe von Aktien hätten ausschließlich der außerbetrieblichen Vermögensveranlagung von Eigenvermögen der BW GmbH gedient und durch die bloße Anordnung der Käufe bzw. Verkäufe an die genannten Kreditinstitute bzw. den Umstand, dass die BW GmbH nicht wie für einen Handel typisch die Höhe des An- und Verkaufspreises habe vereinbaren können, sei kein Handel mit Wertpapieren vorgelegen. In Auseinandersetzung mit dem von den Mitbeteiligten in diesem Zusammenhang bezogenen hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, kam die Beschwerdeführerin zum Schluss, dass "die im Sinne des VWGH vorzunehmende Gesamtbetrachtung" an der Gewerblichkeit der verfahrensgegenständlichen Transaktionen keine Zweifel lasse.

Die Beschwerdeführerin setzte sich sodann mit der Abgrenzung des Handels mit Wertpapieren von einer Veranlagung auseinander. Auf Grund der vorliegenden Indizien (u.a. ständiger Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen

Abständen zur Ausnützung von Kursschwankungen, Verbuchung im Umlaufvermögen) schloss die Beschwerdeführerin, dass mit den gegenständlichen Transaktionen keine langfristige Veranlagungsstrategie verfolgt worden sei.

Zu dem Einwand, dass die An- und Verkäufe auf eigene Rechnung nur für das Privatvermögen der GmbH erfolgt seien, wurde weiters festgehalten, dass nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum BWG mit BGBl. Nr. 753/1996 (369 BlgNR 20. GP, 63) der Begriff des Privatvermögens im Sinne des Einkommensteuerrechtes zu verstehen sei (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, Band 1, § 1 Rz 69). Bei juristischen Personen sei ein Handel für das Privatvermögen nicht möglich, da diese über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechtes verfügen könnten (neuerlicher Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger bzw. auf Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/ Pötzelberger/Strobl, Bankwesengesetz2, § 1 Rz 14). Der Ausnahmetatbestand "Handel für das Privatvermögen" komme somit für die BW GmbH nicht in Betracht. Der Handel sei für das Betriebsvermögen der BW GmbH erfolgt und es liege daher ein Bankgeschäft vor. Zu dem Einwand, dass die An- und Verkäufe auf eigene Rechnung nur für das Privatvermögen der GmbH erfolgt seien, wurde weiters festgehalten, dass nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum BWG mit Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, (369 BlgNR 20. GP, 63) der Begriff des Privatvermögens im Sinne des Einkommensteuerrechtes zu verstehen sei (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, Band 1, Paragraph eins, Rz 69). Bei juristischen Personen sei ein Handel für das Privatvermögen nicht möglich, da diese über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechtes verfügen könnten (neuerlicher Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger bzw. auf Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/ Pötzelberger/Strobl, Bankwesengesetz2, Paragraph eins, Rz 14). Der Ausnahmetatbestand "Handel für das Privatvermögen" komme somit für die BW GmbH nicht in Betracht. Der Handel sei für das Betriebsvermögen der BW GmbH erfolgt und es liege daher ein Bankgeschäft vor.

Dem Einwand der Verjährung hielt die Beschwerdeführerin entgegen, dass die erste Verfolgungshandlung (ein Aufforderungsschreiben der Beschwerdeführerin zur schriftlichen Rechtfertigung) bereits am 15. Dezember 2006 gesetzt worden sei. Abgesehen davon sei nach der hg. Rechtsprechung die Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1 GewO ein Ungehorsams- und ein fortgesetztes Delikt. Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung des Betriebes von Bankgeschäften ohne die erforderliche Berechtigung sei ein solches fortgesetztes Delikt. Die Verjährungsfrist habe daher mit der Setzung der letzten Teilhandlung am 21. Juni 2006 zu laufen begonnen. Dem Einwand der Verjährung hielt die Beschwerdeführerin entgegen, dass die erste Verfolgungshandlung (ein Aufforderungsschreiben der Beschwerdeführerin zur schriftlichen Rechtfertigung) bereits am 15. Dezember 2006 gesetzt worden sei. Abgesehen davon sei nach der hg. Rechtsprechung die Verwaltungsübertretung der unbefugten Gewerbeausübung gemäß Paragraph 366, Absatz eins, Ziffer eins, GewO ein Ungehorsams- und ein fortgesetztes Delikt. Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung des Betriebes von Bankgeschäften ohne die erforderliche Berechtigung sei ein solches fortgesetztes Delikt. Die Verjährungsfrist habe daher mit der Setzung der letzten Teilhandlung am 21. Juni 2006 zu laufen begonnen.

Abschließend begründete die FMA näher, inwieweit auch die subjektive Tatseite gegeben sei und legte die Überlegungen zur Strafbemessung dar.

1.4. Aufgrund der Berufung der mitbeteiligten Parteien ergingen die angefochtenen Bescheide, mit denen die belangte Behörde den Berufungen Folge gab, das Straferkenntnis jeweils aufhob und das Verwaltungsstrafverfahren einstellte.

Nach Darstellung des der Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhalts führte die belangte Behörde (ebenfalls in beiden Bescheiden weitgehend übereinstimmend) begründend aus, den mitbeteiligten Parteien werde eine Verwaltungsübertretung nach § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG in Verbindung mit § 98 Abs. 1 BWG vorgeworfen. Hiezu sei zunächst auf die Entstehung dieser Übertretungsnorm einzugehen. Die belangte Behörde zitierte in diesem Zusammenhang aus den Materialien zur Stammfassung des BWG, 1130 BlgNR 18. GP, verwies auf die durch das BWG umgesetzte Richtlinie 89/646/EWG und kam zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber durch die in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG gewählte Formulierung "der Handel auf eigene Rechnung" entgegen seinem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten Willen und abweichend von der EG-Definition den Bankgeschäfts-katalog auf den Eigenhandel ausgedehnt habe. Nach Darstellung des der Entscheidung zu Grunde gelegten Sachverhalts führte die belangte Behörde (ebenfalls in beiden Bescheiden weitgehend übereinstimmend) begründend aus, den mitbeteiligten Parteien werde eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG in Verbindung mit Paragraph 98, Absatz eins, BWG vorgeworfen. Hiezu sei zunächst auf die Entstehung dieser Übertretungsnorm einzugehen. Die

belangte Behörde zitierte in diesem Zusammenhang aus den Materialien zur Stammfassung des BWG, 1130 BlgNR 18. GP, verwies auf die durch das BWG umgesetzte Richtlinie 89/646/EWG und kam zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber durch die in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG gewählte Formulierung "der Handel auf eigene Rechnung" entgegen seinem in den Materialien zum Ausdruck gebrachten Willen und abweichend von der EG-Definition den Bankgeschäftskatalog auf den Eigenhandel ausgedehnt habe.

Unter Verweis auf die Richtlinie 93/22/EWG über Wertpapierdienstleistungen (Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie) stellte die belangte Behörde fest, der Handel von Wertpapieren auf eigene Rechnung stelle nach EG-Recht eine Wertpapierdienstleistung dar, die durch eine Wertpapierfirma erbracht werden könne, die kein Kreditinstitut sei. Die Modalitäten dieses Handels seien durch die Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie geregelt.

Mit BGBl. Nr. 753/1996 habe der Gesetzgeber die Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie umsetzen wollen. § 1 Abs. 1 Z 7 BWG sei der Halbsatz "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt" angefügt worden. Wenn der Gesetzgeber in den EB zur Novelle BGBl. Nr. 753/1996 von "Klarstellung bzw. Herstellung einer größeren Rechtssicherheit" spreche, habe er damit nicht zuletzt der Kritik von Göth (ecolex 1993, 495) nachkommen wollen. Aus dem aktuellen Recht der EU ergebe sich keine Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, den Handel mit Wertpapieren auf eigene Rechnung als Bankgeschäft einzustufen. Mit Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, habe der Gesetzgeber die Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie umsetzen wollen. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG sei der Halbsatz "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt" angefügt worden. Wenn der Gesetzgeber in den EB zur Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, von "Klarstellung bzw. Herstellung einer größeren Rechtssicherheit" spreche, habe er damit nicht zuletzt der Kritik von Göth (ecolex 1993, 495) nachkommen wollen. Aus dem aktuellen Recht der EU ergebe sich keine Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, den Handel mit Wertpapieren auf eigene Rechnung als Bankgeschäft einzustufen.

Nach Darstellung von Literaturmeinungen zum Begriff der Gewerblichkeit und den Ausführungen hiezu in den Umsatzsteuerrichtlinien des Bundesministers für Finanzen gab die belangte Behörde Stellungnahmen in der Literatur zu § 1 Abs. 1 Z 7 BWG und Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Begriff der Gewerblichkeit im Einkommensteuerrecht wieder (Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 19. März 2002, Zl. 2000/14/0018, vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, vom 24. März 2004, Zl. 98/14/0179, und vom 26. Juli 2005, Zl. 2003/14/0050). Im Anschluss daran stellte die belangte Behörde die hg. Rechtsprechung "zum 'Privatvermögen juristischer Personen'" dar. Nach der zuvor wiedergegebenen Judikatur zur Gewerblichkeit nach dem Einkommensteuerrecht komme es bei der Beurteilung, ob der An- bzw. Verkauf von Wertpapieren "gewerblich" erfolge, insbesondere auf folgende Kriterien an: Nach Darstellung von Literaturmeinungen zum Begriff der Gewerblichkeit und den Ausführungen hiezu in den Umsatzsteuerrichtlinien des Bundesministers für Finanzen gab die belangte Behörde Stellungnahmen in der Literatur zu Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG und Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Begriff der Gewerblichkeit im Einkommensteuerrecht wieder (Hinweis auf die hg. Erkenntnisse vom 19. März 2002, Zl. 2000/14/0018, vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, vom 24. März 2004, Zl. 98/14/0179, und vom 26. Juli 2005, Zl. 2003/14/0050). Im Anschluss daran stellte die belangte Behörde die hg. Rechtsprechung "zum 'Privatvermögen juristischer Personen'" dar. Nach der zuvor wiedergegebenen Judikatur zur Gewerblichkeit nach dem Einkommensteuerrecht komme es bei der Beurteilung, ob der An- bzw. Verkauf von Wertpapieren "gewerblich" erfolge, insbesondere auf folgende Kriterien an:

- -Strichaufzählung
die selbstständige, nachhaltige Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr;
- -Strichaufzählung
die deutliche Überschreitung des Rahmens der Vermögensverwaltung,
- -Strichaufzählung
durch eine Marktteilnahme, die nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeuge, das der privaten Vermögensverwaltung fremd sei;
- -Strichaufzählung
im Zweifel sei die Verkehrsauffassung maßgeblich;
- -Strichaufzählung
Kauf und Verkauf von Wertpapieren durch Einschaltung von Banken gehöre grundsätzlich noch zur privaten

Vermögensverwaltung;

- -Strichaufzählung
bediene sich die Person für den An- und Verkauf von Wertpapieren der Bank als Kommissionär müssten andere Umstände vorliegen, die für die Gewerblichkeit sprächen, dazu gehörten insbesondere:
- -Strichaufzählung
Transaktionen auf fremde Rechnung,
- -Strichaufzählung
die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe,
- -Strichaufzählung
Fremdfinanzierung der angeschafften Wertpapiere,
- -Strichaufzählung
ob die Person einen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf, insbesondere jenen des Wertpapiermaklers ausübe,
- -Strichaufzählung
Unterhaltung eines einschlägigen Büros (Infrastruktur, Analysten, Personal etc.).

Auf diese Kriterien sei auch durch die Beschwerdeführerin in den erstinstanzlichen Bescheiden abgestellt worden. Auf Grund dieser Kriterien komme es sehr wohl darauf an, ob sich die BW GmbH eines Kreditinstitutes als Händler bedient habe.

Die belangte Behörde vertrete "in Übereinstimmung mit der Judikatur des VwGH (Erkenntnis vom 24. 6. 2004, 2001/15/0002)", wonach auch das Wirtschaftsgut einer GmbH Privatvermögen darstellen könne, sowie in Übereinstimmung mit Karas/Traxler/ Waldherr in Dellinger (Hrsg.), Bankwesengesetz, Band 1, Rz 64 ff, die Rechtsansicht, dass auch juristische Personen "Privatvermögen" besitzen könnten.

Im vorliegenden Fall könne nichts anderes gelten als in den von der belangten Behörde zitierten Erkenntnissen zum Einkommensteuerrecht. Der An- und Verkauf der Aktien sei nicht unmittelbarer Betriebsgegenstand gewesen. Die erworbenen Aktien bzw. der aus dem Verkauf der Aktien lukrierte Gewinn zähle zum Privatvermögen der BW GmbH. Dafür spreche auch, dass die Aktien mit Geldern gekauft worden seien, die die BW GmbH in ihrem Betriebsgegenstand, nämlich der Vermittlung von institutionellen Anlegern an eine Bank, erworben habe. Mit anderen Worten habe die BW GmbH ihre aus ihrem Betrieb erzielten Gewinne nicht an die Gesellschafter ausbezahlt oder im Unternehmen investiert, sondern zum Spekulieren an der Börse verwendet. Selbst wenn die von der BW GmbH vorgenommene Tätigkeit eine gewerbliche wäre und damit ein Bankgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vorläge, käme der Ausnahmetatbestand des letzten Halbsatzes zum Tragen. Im vorliegenden Fall könne nichts anderes gelten als in den von der belangten Behörde zitierten Erkenntnissen zum Einkommensteuerrecht. Der An- und Verkauf der Aktien sei nicht unmittelbarer Betriebsgegenstand gewesen. Die erworbenen Aktien bzw. der aus dem Verkauf der Aktien lukrierte Gewinn zähle zum Privatvermögen der BW GmbH. Dafür spreche auch, dass die Aktien mit Geldern gekauft worden seien, die die BW GmbH in ihrem Betriebsgegenstand, nämlich der Vermittlung von institutionellen Anlegern an eine Bank, erworben habe. Mit anderen Worten habe die BW GmbH ihre aus ihrem Betrieb erzielten Gewinne nicht an die Gesellschafter ausbezahlt oder im Unternehmen investiert, sondern zum Spekulieren an der Börse verwendet. Selbst wenn die von der BW GmbH vorgenommene Tätigkeit eine gewerbliche wäre und damit ein Bankgeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG vorläge, käme der Ausnahmetatbestand des letzten Halbsatzes zum Tragen.

Schon aus diesem Grund liege keine Verwaltungsübertretung vor.

1.5. Gegen diese Bescheide richtet sich die vorliegende Amtsbeschwerde der FMA gemäß § 23 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, BGBl. I Nr. 97/2001. 1.5. Gegen diese Bescheide richtet sich die vorliegende Amtsbeschwerde der FMA gemäß Paragraph 23, Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001,.

Die belangte Behörde hat ihre Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die Abweisung der Beschwerde beantragt wird. Die Beschwerdeführerin hat die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegt.

Auch der Zweitmitbeteiligte hat eine Gegenschrift erstattet, in der für den Fall, "dass der VwGH daher wider Erwarten zu der Ansicht gelangen" sollte, "dass eine Ausdehnung des § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG auf jeglichen Handel von juristischen Personen zulässig sei", eine Vorlage einer Frage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung

der Richtlinien 93/22/EWG (Wertpapierrichtlinie) und 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) angeregt wird, im Übrigen aber keine Anträge gestellt werden. Auch der Zweitmitbeteiligte hat eine Gegenschrift erstattet, in der für den Fall, "dass der VwGH daher wider Erwarten zu der Ansicht gelangen" sollte, "dass eine Ausdehnung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG auf jeglichen Handel von juristischen Personen zulässig sei", eine Vorlage einer Frage an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Richtlinien 93/22/EWG (Wertpapierrichtlinie) und 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) angeregt wird, im Übrigen aber keine Anträge gestellt werden.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen: 2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem gemäß Paragraph 12, Absatz 2, VwGG gebildeten Senat erwogen:

2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, in dem der Handel mit Wertpapieren durch ein konzessioniertes Wertpapierunternehmen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu beurteilen war, zu § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG ausgeführt, dass durch die Einfügung des letzten Satzteils in Z 7 durch die Novelle BGBl. Nr. 753/1996 keine Änderung der Rechtslage intendiert gewesen und eine solche auch nicht eingetreten sei. Nicht jeder Erwerb von Wertpapieren durch juristische Personen sei als konzessionspflichtige Tätigkeit zu werten. Im Falle des Erwerbs und der Veräußerung von Wertpapieren durch juristische Personen komme es vielmehr - wie die belangte Behörde dort zutreffend zu Grunde gelegt habe - insbesondere auf das Kriterium der Gewerblichkeit bzw. das Vorliegen einer Beteiligungsabsicht an. Zu dem auch im damaligen Verfahren erhobenen Einwand des Fehlens der Gewerblichkeit (dem im damaligen Verfahren von der belangten Behörde nicht gefolgt worden war) kam der Verwaltungsgerichtshof mit näherer Begründung zum Schluss, dass bei dem Sachverhalt, wie er dem Erkenntnis zu Grunde lag (eine Vielzahl von Kauf- und Verkaufsgeschäften, kurze Behaltedauer der Wertpapiere), die Gewerblichkeit zu bejahen sei. Auch die damals wie in den vorliegenden Verfahren eingewendete Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht (es wird insbesondere auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, verwiesen) sowie zur Zuordnung zum Betriebsvermögen einer juristischen Person aus einkommensteuerrechtlicher Sicht wurde als nicht maßgeblich für die Beurteilung der Geschäfte im Lichte des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG angesehen. 2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, in dem der Handel mit Wertpapieren durch ein konzessioniertes Wertpapierunternehmen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu beurteilen war, zu Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG ausgeführt, dass durch die Einfügung des letzten Satzteils in Ziffer 7, durch die Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, keine Änderung der Rechtslage intendiert gewesen und eine solche auch nicht eingetreten sei. Nicht jeder Erwerb von Wertpapieren durch juristische Personen sei als konzessionspflichtige Tätigkeit zu werten. Im Falle des Erwerbs und der Veräußerung von Wertpapieren durch juristische Personen komme es vielmehr - wie die belangte Behörde dort zutreffend zu Grunde gelegt habe - insbesondere auf das Kriterium der Gewerblichkeit bzw. das Vorliegen einer Beteiligungsabsicht an. Zu dem auch im damaligen Verfahren erhobenen Einwand des Fehlens der Gewerblichkeit (dem im damaligen Verfahren von der belangten Behörde nicht gefolgt worden war) kam der Verwaltungsgerichtshof mit näherer Begründung zum Schluss, dass bei dem Sachverhalt, wie er dem Erkenntnis zu Grunde lag (eine Vielzahl von Kauf- und Verkaufsgeschäften, kurze Behaltedauer der Wertpapiere), die Gewerblichkeit zu bejahen sei. Auch die damals wie in den vorliegenden Verfahren eingewendete Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht (es wird insbesondere auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, verwiesen) sowie zur Zuordnung zum Betriebsvermögen einer juristischen Person aus einkommensteuerrechtlicher Sicht wurde als nicht maßgeblich für die Beurteilung der Geschäfte im Lichte des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG angesehen.

2.2. Die vorliegenden Verfahren gleichen hinsichtlich des Sachverhalts und der maßgeblichen Rechtsfragen dem im genannten hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, zu Grunde liegenden Fall. Gemäß § 43 Abs. 2 VwGG kann grundsätzlich auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses verwiesen werden. 2.2. Die vorliegenden Verfahren gleichen hinsichtlich des Sachverhalts und der maßgeblichen Rechtsfragen dem im genannten hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, zu Grunde liegenden Fall. Gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG kann grundsätzlich auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses verwiesen werden.

2.3. Es wird nicht übersehen, dass in der Literatur Bedenken an der im genannten Erkenntnis zu Grunde gelegten Auffassung geäußert wurden (vgl. etwa Graf, ZFR 2010, 170, Schimka in GesRZ 2010, 289). Dabei sind diese Bedenken bei Schimka mit der der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente - MiFID zu entnehmenden Intention und der Umsetzung der Richtlinie im WAG begründet. Wie der Verwaltungsgerichtshof unter Bezugnahme auf Laurer im

genannten Erkenntnis vom 15. April 2010 dargelegt hat, ändern diese systematischen Bedenken aber nichts daran, dass der österreichische Gesetzgeber im BWG insoweit eine andere Regelung getroffen hat als etwa der deutsche (vgl. auch unten zu den Bedenken der zweitmitbeteiligten Partei). Auch die von Graf, ZFR 2010, 170, aufgezeigten Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen einem unter § 1 Abs. 1 Z 7 BWG fallenden Handel und einem Beteiligungserwerb, sprechen nicht grundsätzlich gegen die im genannten Erkenntnis dargelegte Auslegung. Die zitierten Stimmen in der Literatur vermögen daher den Verwaltungsgerichtshof nicht zu veranlassen, von der im Erkenntnis zur Zl. 2007/17/0208 vertretenen Auffassung abzugehen (vgl. überdies Granner, 2.3. Es wird nicht übersehen, dass in der Literatur Bedenken an der im genannten Erkenntnis zu Grunde gelegten Auffassung geäußert wurden vergleiche , etwa Graf, ZFR 2010, 170, Schimka in GesRZ 2010, 289). Dabei sind diese Bedenken bei Schimka mit der der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente - MiFID zu entnehmenden Intention und der Umsetzung der Richtlinie im WAG begründet. Wie der Verwaltungsgerichtshof unter Bezugnahme auf Laurer im genannten Erkenntnis vom 15. April 2010 dargelegt hat, ändern diese systematischen Bedenken aber nichts daran, dass der österreichische Gesetzgeber im BWG insoweit eine andere Regelung getroffen hat als etwa der deutsche vergleiche , auch unten zu den Bedenken der zweitmitbeteiligten Partei). Auch die von Graf, ZFR 2010, 170, aufgezeigten Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen einem unter Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG fallenden Handel und einem Beteiligungserwerb, sprechen nicht grundsätzlich gegen die im genannten Erkenntnis dargelegte Auslegung. Die zitierten Stimmen in der Literatur vermögen daher den Verwaltungsgerichtshof nicht zu veranlassen, von der im Erkenntnis zur Zl. 2007/17/0208 vertretenen Auffassung abzugehen vergleiche , überdies Granner,

Die Konzessionspflicht für gewerblichen Eigenhandel mit Wertpapieren nach § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG - eine interpretative und legistische Baustelle (VwGH 2007/17/0208), ZFR 2011, 2 und 60; Kerschbaum/Janovsky in ihrer Anmerkung zum hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, in ÖBA 2010/100, die ebenso wie Gaggl, Wertpapierhandel nur mit Banklizenz, Der Standard vom 9. Juni 2010 und B. Raschauer, Die Presse vom 17. Mai 2010, eine Korrektur des Gesetzestextes durch den Gesetzgeber anregen, wobei die deutsche Regelung als Vorbild dienen könnte). Auf die von der Literatur auch angesprochene Frage, ob ein anderer Sachverhalt - wie etwa der "Wertpapierhandel" durch die Treasury eines Unternehmens mit einem anderen Unternehmensgegenstand - aus verfassungsrechtlichen Erwägungen zu einem anderen Ergebnis führen könnte, brauchte nicht näher eingegangen werden, weil ein anderer Sachverhalt wie in dem genannten Erkenntnis vom 15. April 2010 insoweit nicht vorlag. Die Konzessionspflicht für gewerblichen Eigenhandel mit Wertpapieren nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG - eine interpretative und legistische Baustelle (VwGH 2007/17/0208), ZFR 2011, 2 und 60; Kerschbaum/Janovsky in ihrer Anmerkung zum hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, in ÖBA 2010/100, die ebenso wie Gaggl, Wertpapierhandel nur mit Banklizenz, Der Standard vom 9. Juni 2010 und B. Raschauer, Die Presse vom 17. Mai 2010, eine Korrektur des Gesetzestextes durch den Gesetzgeber anregen, wobei die deutsche Regelung als Vorbild dienen könnte). Auf die von der Literatur auch angesprochene Frage, ob ein anderer Sachverhalt - wie etwa der "Wertpapierhandel" durch die Treasury eines Unternehmens mit einem anderen Unternehmensgegenstand - aus verfassungsrechtlichen Erwägungen zu einem anderen Ergebnis führen könnte, brauchte nicht näher eingegangen werden, weil ein anderer Sachverhalt wie in dem genannten Erkenntnis vom 15. April 2010 insoweit nicht vorlag.

2.4. Auch die Ausführungen in der Gegenschrift der zweitmitbeteiligten Partei zu der mit den Richtlinien 93/22/EWG (Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) und 2004/39/EG, Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente - MiFID, verbundenen gesetzgeberischen Absicht und der vom österreichischen Gesetzgeber im WAG getroffenen Lösung, die "im Gleichklang mit dem Bankwesengesetz" erfolgt sei, sind nicht geeignet, eine Änderung der im genannten Erkenntnis vertretenen Auffassung nahe zu legen. Die in der Gegenschrift zitierten Ausführungen von Heidinger in: Gruber/N. Raschauer, WAG, Bd I, § 1 WAG, Rn 31, beziehen sich auf das Fehlen einer Ausnahme, wie sie § 1 Abs. 1 Z 7 BWG enthält, in § 1 Abs. 1 Z 7a BWG, aus der eine Differenzierung zwischen BWG und WAG hinsichtlich der in Z 7a genannten Finanzinstrumente folgt bzw. folgen würde (vgl. hiezu bereits den Hinweis im hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, auf die Überlegungen zu einer analogen Anwendung der in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG enthaltenen Ausnahme bei Karas/Träxler/Waldherr in: 2.4. Auch die Ausführungen in der Gegenschrift der zweitmitbeteiligten Partei zu der mit den Richtlinien 93/22/EWG (Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) und 2004/39/EG, Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente - MiFID, verbundenen gesetzgeberischen Absicht und der vom österreichischen Gesetzgeber im WAG getroffenen Lösung, die "im Gleichklang mit dem Bankwesengesetz" erfolgt sei, sind nicht geeignet, eine Änderung der im genannten Erkenntnis vertretenen Auffassung nahe zu legen. Die in der Gegenschrift zitierten Ausführungen von Heidinger in: Gruber/N. Raschauer, WAG, Bd römisch eins, Paragraph eins, WAG, Rn 31,

beziehen sich auf das Fehlen einer Ausnahme, wie sie Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG enthält, in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7 a, BWG, aus der eine Differenzierung zwischen BWG und WAG hinsichtlich der in Ziffer 7 a, genannten Finanzinstrumente folgt bzw. folgen würde vergleiche , hiezu bereits den Hinweis im hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, auf die Überlegungen zu einer analogen Anwendung der in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG enthaltenen Ausnahme bei Karas/Träxler/Waldherr in:

Dellinger, BWG, § 1 Rz 84). Die in der Gegenschrift genannten Richtlinien der Union für die Wertpapierdienstleistungen sind - entgegen der in der Gegenschrift zu Grunde gelegten Annahme - nicht ausschlaggebend für den Spielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Regelung des Kreises der Bankgeschäfte in Umsetzung der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (vgl. Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, § 1 Rz 4). Auch den Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend das WAG 2007, 143 BlgNR, 23. GP, ist lediglich zu entnehmen, dass der Gesetzgeber einen möglichst einheitlichen Rahmen für Wertpapierdienstleistungen schaffen wollte und auf eine "Rückführbarkeit des Gesetzestextes in den Richtlinien text" geachtet habe. Dass sich aus den Formulierungen im WAG 2007 Rückwirkungen auf die Auslegung des BWG ergeben sollten, ist den Erläuterungen nicht zu entnehmen. Vor allem aber lässt sich aus dem Umstand, dass in § 1 Z 2 lit. c WAG 2007 die auch in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG enthaltene Ausnahme für den "Handel für das Privatvermögen" aufgenommen wurde, nichts für den Standpunkt der belangten Behörde und der zweitmitbeteiligten Partei gewinnen (vgl. diesbezüglich wiederum das hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, sowie die in den erstinstanzlichen Bescheiden zitierten Erläuterungen zu § 1 BWG, 1130 BlgNR, 18. GP, 113). Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 84). Die in der Gegenschrift genannten Richtlinien der Union für die Wertpapierdienstleistungen sind - entgegen der in der Gegenschrift zu Grunde gelegten Annahme - nicht ausschlaggebend für den Spielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Regelung des Kreises der Bankgeschäfte in Umsetzung der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute vergleiche Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 4). Auch den Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend das WAG 2007, 143 BlgNR, 23. GP, ist lediglich zu entnehmen, dass der Gesetzgeber einen möglichst einheitlichen Rahmen für Wertpapierdienstleistungen schaffen wollte und auf eine "Rückführbarkeit des Gesetzestextes in den Richtlinien text" geachtet habe. Dass sich aus den Formulierungen im WAG 2007 Rückwirkungen auf die Auslegung des BWG ergeben sollten, ist den Erläuterungen nicht zu entnehmen. Vor allem aber lässt sich aus dem Umstand, dass in Paragraph eins, Ziffer 2, Litera c, WAG 2007 die auch in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG enthaltene Ausnahme für den "Handel für das Privatvermögen" aufgenommen wurde, nichts für den Standpunkt der belangten Behörde und der zweitmitbeteiligten Partei gewinnen vergleiche diesbezüglich wiederum das hg. Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, sowie die in den erstinstanzlichen Bescheiden zitierten Erläuterungen zu Paragraph eins, BWG, 1130 BlgNR, 18. GP, 113).

Aus diesem Grund sieht sich der Verwaltungsgerichtshof auch nicht veranlasst, der Anregung der zweitmitbeteiligten Partei zu folgen und eine Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH bezüglich der Auslegung der Wertpapierrichtlinie bzw. der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente zu richten.

2.5. Wenn die belangte Behörde auf die einkommensteuerrechtliche Rechtsprechung zum Begriff "Einkünfte aus Gewerbebetrieb" nach § 2 Abs. 3 Z 3 und § 23 EStG hinweist und sich hinsichtlich der Annahme der Möglichkeit eines Privatvermögens auf Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, § 1 Rz 64 ff beruft, so ist hiezu ebenfalls auf die Begründung des genannten Erkenntnisses vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, zu verweisen. Abgesehen davon, dass die Identität der Gewerbebegriffe in § 23 EStG, "Einkünfte aus Gewerbebetrieb", und in § 1 Abs. 1 BWG zu erweisen wäre (vgl. zum "Gewerbebetrieb" nach § 23 Z 1 EStG Wiesner/Grabner/Wanke, Einkommensteuergesetz - EStG 1988, § 23 Rn 1 ff, sowie Hofstätter in Hofstätter/Reichel (Hrsg.) EStG 1988, § 23 Rn 1 ff), erscheint die Heranziehung der Rechtsprechung zu 2.5. Wenn die belangte Behörde auf die einkommensteuerrechtliche Rechtsprechung zum Begriff "Einkünfte aus Gewerbebetrieb" nach Paragraph 2, Absatz 3, Ziffer 3 und Paragraph 23, EStG hinweist und sich hinsichtlich der Annahme der Möglichkeit eines Privatvermögens auf Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 64 ff beruft, so ist hiezu ebenfalls auf die Begründung des genannten Erkenntnisses vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, zu verweisen. Abgesehen davon, dass die Identität der Gewerbebegriffe in Paragraph 23, EStG, "Einkünfte aus Gewerbebetrieb", und in Paragraph eins, Absatz eins, BWG zu erweisen wäre vergleiche zum

"Gewerbebetrieb" nach Paragraph 23, Ziffer eins, EStG Wiesner/Grabner/Wanke, Einkommensteuergesetz - EStG 1988, Paragraph 23, Rn 1 ff, sowie Hofstätter in Hofstätter/Reichel (Hrsg.) EStG 1988, Paragraph 23, Rn 1 ff), erscheint die Heranziehung der Rechtsprechung zu

§ 23 EStG zur Auslegung des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG auch insofern problematisch, als das EStG nur die Besteuerung natürlicher Personen regelt und eine Übertragung der die Rechtsprechung zu Paragraph 23, EStG zur Auslegung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG auch insofern problematisch, als das EStG nur die Besteuerung natürlicher Personen regelt und eine Übertragung der die Rechtsprechung zu

§ 23 EStG bestimmenden Überlegungen auf die Beurteilung des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit juristischer Personen insoweit nicht ohne weiteres möglich ist. Darüber hinaus ist ergänzend festzuhalten, dass sich für die hier vorliegende Problematik aus dem Erkenntnis zur Zl. 98/14/0179 schon deshalb nichts gewinnen lässt, weil der Verwaltungsgerichtshof in diesem davon ausging, dass die vom damaligen Beschwerdeführer getätigten An- und Verkäufe auf eigene Rechnung (ebenfalls) eine gewerbliche Tätigkeit darstellen könnten. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis somit einem Umkehrschluss aus der Rechtsprechung, die bei Transaktionen auf fremde Rechnung von "gewerblichen Einkünften" ausging, dahingehend, dass Transaktionen auf eigene Rechnung im Gegensatz dazu keinesfalls gewerblich erfolgen könnten, eine Absage erteilt. Damit kann dieser Rechtsprechung jedenfalls nicht - wie dies die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid annahm - entnommen werden, dass der Handel auf eigene Rechnung die Gewerblichkeit ausschließe. Vor allem aber hat der Verwaltungsgerichtshof in der von der belangten Behörde bezogenen Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht betont, dass dann, wenn durch die Einschaltung von Banken die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt vorliege, andere Umstände vorliegen müssten, um die Tätigkeit als Gewerbebetrieb qualifizieren zu können. Der Verwaltungsgerichtshof hat somit die Gewerblichkeit auch im Zusammenhang mit dem Einkommensteuerrecht im Fall der Einschaltung von Banken für die Abwicklung der An- und Verkäufe nicht schlechthin ausgeschlossen. Paragraph 23, EStG bestimmenden Überlegungen auf die Beurteilung des Vorliegens einer gewerblichen Tätigkeit juristischer Personen insoweit nicht ohne weiteres möglich ist. Darüber hinaus ist ergänzend festzuhalten, dass sich für die hier vorliegende Problematik aus dem Erkenntnis zur Zl. 98/14/0179 schon deshalb nichts gewinnen lässt, weil der Verwaltungsgerichtshof in diesem davon ausging, dass die vom damaligen Beschwerdeführer getätigten An- und Verkäufe auf eigene Rechnung (ebenfalls) eine gewerbliche Tätigkeit darstellen könnten. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis somit einem Umkehrschluss aus der Rechtsprechung, die bei Transaktionen auf fremde Rechnung von "gewerblichen Einkünften" ausging, dahingehend, dass Transaktionen auf eigene Rechnung im Gegensatz dazu keinesfalls gewerblich erfolgen könnten, eine Absage erteilt. Damit kann dieser Rechtsprechung jedenfalls nicht - wie dies die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid annahm - entnommen werden, dass der Handel auf eigene Rechnung die Gewerblichkeit ausschließe. Vor allem aber hat der Verwaltungsgerichtshof in der von der belangten Behörde bezogenen Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht betont, dass dann, wenn durch die Einschaltung von Banken die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt vorliege, andere Umstände vorliegen müssten, um die Tätigkeit als Gewerbebetrieb qualifizieren zu können. Der Verwaltungsgerichtshof hat somit die Gewerblichkeit auch im Zusammenhang mit dem Einkommensteuerrecht im Fall der Einschaltung von Banken für die Abwicklung der An- und Verkäufe nicht schlechthin ausgeschlossen.

2.6. An dem im genannten Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, dargelegten Ergebnis ändert sich daher auch durch die von der belangten Behörde betonte Einschaltung von Banken für die Abwicklung des Handels mit Wertpapieren nichts. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu BGBl. Nr. 753/1996, mit der die ausdrückliche Ausnahme für den Handel für das Privatvermögen in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG eingefügt wurde, 369 BlgNR, 2.6. An dem im genannten Erkenntnis vom 15. April 2010, Zl. 2007/17/0208, dargelegten Ergebnis ändert sich daher auch durch die von der belangten Behörde betonte Einschaltung von Banken für die Abwicklung des Handels mit Wertpapieren nichts. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996,, mit der die ausdrückliche Ausnahme für den Handel für das Privatvermögen in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG eingefügt wurde, 369 BlgNR,

20. GP, 68, wird zu dieser Ausnahme auch festgehalten, dass "derjenige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse 'spekuliert', hierfür keine Bankkonzession" benötige. Der Gesetzgeber ist somit

erkennbar davon ausgegangen, dass die Einschaltung eines Kreditinstituts für die Abwicklung des Handels die Konzessionspflicht noch nicht von vornherein ausschliesse.

2.7. Aus diesen Erwägungen folgt, dass die belangte Behörde die Aufhebung der bei ihr mit Berufung bekämpften Straferkenntnisse und die Einstellung des jeweiligen Verwaltungsstrafverfahrens auf eine verfehlte Rechtsansicht gestützt hat und ihre Bescheide damit mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet hat.

Die Bescheide waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Wien, am 9. September 2013 Die Bescheide waren daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben. Wien, am 9. September 2013

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2009170079.X00

Im RIS seit

10.10.2013

Zuletzt aktualisiert am

02.01.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at