

TE Vwgh Erkenntnis 2013/4/24 2011/17/0193

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.04.2013

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;

Norm

BWG 1993 §1 Abs1 Z1;
BWG 1993 §1 Abs1 Z7 idF 1996/753;
BWG 1993 §4 Abs1;
BWG 1993 §98 Abs1;
VwGG §42 Abs2 Z1;
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2011/17/0194

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höfinger und die Hofräte Dr. Köhler und Mag. Straßegger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerden des 1. Mag. M W und 2. Mag. R W, beide vertreten durch DDr. Klaus H. Kindel, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Rosenbursenstraße 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 26. Mai 2011, Zlen. UVS- 06/V/22/1131/2006/23 und UVS- 06/V/22/1133/2006, betreffend Übertretung des BWG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Zur Vorgeschichte wird auf die hg. Erkenntnisse vom 7. Oktober 2010, Zlen. 2006/17/0006 und 2006/17/0007 verwiesen. Mit diesen Erkenntnissen hob der Verwaltungsgerichtshof den dort angefochtenen Berufungsbescheid der belangten Behörde betreffend Übertretung des BWG wegen Feststellungs- und Begründungsmängeln hinsichtlich der Begründung des Verschuldens der Beschwerdeführer auf, welche als Vorstandsmitglieder der Q Beteiligungs- und Vermögens AG (in der Folge: Q AG) gemäß § 9 Abs. 1 VStG deswegen belangt wurden, dass die Q AG das Bankgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG betrieben hat und daher der objektive Tatbestand der Übertretung nach § 98 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG erfüllt war. Zur Vorgeschichte wird auf die hg. Erkenntnisse vom 7. Oktober 2010, Zlen. 2006/17/0006 und 2006/17/0007 verwiesen. Mit diesen Erkenntnissen hob der Verwaltungsgerichtshof den dort angefochtenen Berufungsbescheid der belangten Behörde betreffend Übertretung des BWG wegen Feststellungs- und Begründungsmängeln hinsichtlich der Begründung des Verschuldens der Beschwerdeführer auf, welche als Vorstandsmitglieder der Q Beteiligungs- und Vermögens AG (in der Folge: Q AG) gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG deswegen belangt wurden, dass die Q AG das Bankgeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG betrieben hat und daher der objektive Tatbestand der Übertretung nach Paragraph 98, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG erfüllt war.

1.2. Mit dem angefochtenen Bescheid entschied die belangte Behörde neuerlich über die Berufung, gab ihr insoweit Folge, als sie die verhängte Geldstrafe auf jeweils EUR 500,-- (und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 10 Stunden) herabsetzte und im Übrigen das erstinstanzliche Straferkenntnis bestätigte.

Unstrittig ist nun die Erfüllung der objektiven Tatseite des Tatbestandes des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG, weil die Q AG fremde Gelder, ohne über die hierfür erforderliche Konzession gemäß § 4 Abs. 1 BWG verfügt zu haben, zur Verwaltung entgegengenommen hat, indem sie im Zusammenhang mit der Emission und dem Angebot von Genussscheinen im Zeitraum vom 2. Juni 2003 bis 29. August 2003 auf zwei näher genannten Girokonten der Q AG laufend Gelder von Genussscheinwerbern, die nach den Genussscheinbedingungen einen Rückzahlungsanspruch gegen die Q AG haben, zur Veranlagung entgegengenommen hat. Nach den abgeschlossenen Verträgen war die Q AG nicht verpflichtet, selbst die Verwaltung vorzunehmen, doch schuldete sie eine Geschäftsbesorgung in dem Sinne, dass die vereinnahmten Gelder zu veranlagern waren, wobei die Zulässigkeit der Weitergabe zur selbständigen Disposition durch Dritte (insbesondere deren 100 %ige Tochtergesellschaft Q Holdings Inc., Grenada, W.I., in der Folge: QH Inc.) zusätzlich vereinbart war. Die Entscheidung, ob und welchen Anteil der Gelder die Q AG welchem Dritten überließ, lag aber allein bei ihr. Es erfolgte keine generelle Weiterleitung der von den Anlegern der Q AG überwiesenen Mittel an die QH Inc. Die den Anlegern eingeräumten Genussrechte gewähren keinen unbedingten, sondern einen bedingten Rückzahlungsanspruch. Unstrittig ist nun die Erfüllung der objektiven Tatseite des Tatbestandes des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG, weil die Q AG fremde Gelder, ohne über die hierfür erforderliche Konzession gemäß Paragraph 4, Absatz eins, BWG verfügt zu haben, zur Verwaltung entgegengenommen hat, indem sie im Zusammenhang mit der Emission und dem Angebot von Genussscheinen im Zeitraum vom 2. Juni 2003 bis 29. August 2003 auf zwei näher genannten Girokonten der Q AG laufend Gelder von Genussscheinwerbern, die nach den Genussscheinbedingungen einen Rückzahlungsanspruch gegen die Q AG haben, zur Veranlagung entgegengenommen hat. Nach den abgeschlossenen Verträgen war die Q AG nicht verpflichtet, selbst die Verwaltung vorzunehmen, doch schuldete sie eine Geschäftsbesorgung in dem Sinne, dass die vereinnahmten Gelder zu veranlagern waren, wobei die Zulässigkeit der Weitergabe zur selbständigen Disposition durch Dritte (insbesondere deren 100 %ige Tochtergesellschaft Q Holdings Inc., Grenada, W.I., in der Folge: QH Inc.) zusätzlich vereinbart war. Die Entscheidung, ob und welchen Anteil der Gelder die Q AG welchem Dritten überließ, lag aber allein bei ihr. Es erfolgte keine generelle Weiterleitung der von den Anlegern der Q AG überwiesenen Mittel an die QH Inc. Die den Anlegern eingeräumten Genussrechte gewähren keinen unbedingten, sondern einen bedingten Rückzahlungsanspruch.

Zur subjektiven Tatseite beriefen sich die Beschwerdeführer auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum und verwiesen darauf, dass ihnen aus den vorliegenden Gutachten und einer im Jahr 1999 eingeholten Äußerung des Bundesministeriums für Finanzen die Rechtswidrigkeit des Vorgehens nicht habe ersichtlich sein können. Dazu hielt der Verwaltungsgerichtshof im ersten Rechtsgang fest, es seien Feststellungen und Begründungen dazu erforderlich, ob die Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen die hier zu beurteilenden Verträge zum Inhalt hatten, worin die belangte Behörde den Unterschied zwischen angefragtem und tatsächlich verwirklichtem Sachverhalt erblicke, und ob die Q AG - wie in der Berufung dargestellt - "ihre Konstruktion im Sinne der verbindlichen Rechtsauskunft des BM für Finanzen" umgebaut habe. Zum Inhalt der eingeholten Rechtsgutachten und der (ursprünglichen) Rechtsansicht der

damals bestehenden Bundes-Wertpapieraufsicht fehlten nähere Feststellungen. Ausdrücklich erörterte der Verwaltungsgerichtshof die von Kalss 1999 publizierte (Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778 ff) Rechtsauffassung und ging davon aus, dass der Beitrag auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte. Es wurde als beachtlich angesehen, dass bis zum Tatzeitraum tatsächlich keine Stimme in der Literatur zur vorliegenden Vertragsgestaltung auf die Notwendigkeit einer Konzession nach § 4 Abs. 1 BWG hingewiesen hätte. Der Verwaltungsgerichtshof legte die Rechtsauffassung dar, dass nicht von einem Verschulden der Beschwerdeführer auszugehen sei, sofern deren Behauptung, die von Kalss publizierte Rechtsauffassung habe jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen, zutreffe. Zur subjektiven Tatseite beriefen sich die Beschwerdeführer auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum und verwiesen darauf, dass ihnen aus den vorliegenden Gutachten und einer im Jahr 1999 eingeholten Äußerung des Bundesministeriums für Finanzen die Rechtswidrigkeit des Vorgehens nicht habe ersichtlich sein können. Dazu hielt der Verwaltungsgerichtshof im ersten Rechtsgang fest, es seien Feststellungen und Begründungen dazu erforderlich, ob die Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen die hier zu beurteilenden Verträge zum Inhalt hatten, worin die belangte Behörde den Unterschied zwischen angefragtem und tatsächlich verwirklichtem Sachverhalt erblicke, und ob die Q AG - wie in der Berufung dargestellt - "ihre Konstruktion im Sinne der verbindlichen Rechtsauskunft des BM für Finanzen" umgebaut habe. Zum Inhalt der eingeholten Rechtsgutachten und der (ursprünglichen) Rechtsansicht der damals bestehenden Bundes-Wertpapieraufsicht fehlten nähere Feststellungen. Ausdrücklich erörterte der Verwaltungsgerichtshof die von Kalss 1999 publizierte (Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778 ff) Rechtsauffassung und ging davon aus, dass der Beitrag auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte. Es wurde als beachtlich angesehen, dass bis zum Tatzeitraum tatsächlich keine Stimme in der Literatur zur vorliegenden Vertragsgestaltung auf die Notwendigkeit einer Konzession nach Paragraph 4, Absatz eins, BWG hingewiesen hätte. Der Verwaltungsgerichtshof legte die Rechtsauffassung dar, dass nicht von einem Verschulden der Beschwerdeführer auszugehen sei, sofern deren Behauptung, die von Kalss publizierte Rechtsauffassung habe jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen, zutreffe.

Zur Begründung des nun angefochtenen Ersatzbescheides führte die belangte Behörde aus, dass insgesamt von drei unterschiedlichen Geschäftsmodellen auszugehen sei. Das Erste liege dem von Prof. K, Konsultin der damaligen Bundes-Wertpapieraufsicht im Februar und März 1999 erstatteten Gutachten zugrunde. Thema des Gutachtens sei gewesen, dass der damals zu beurteilende Genussschein als Bankgeschäft eine Konzession gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG in Verbindung mit § 4 BWG verlange, die Voraussetzungen der freien Verwaltung für das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG jedoch nicht vorlägen. Auf Basis dieser Ausführungen habe das Bundesministerium für Finanzen mit Schreiben vom 18. März 1999 gegenüber dem Magistrat der Stadt Wien als Verwaltungsstraßbehörde den Verdacht eines unerlaubten Betriebes von Bankgeschäften geäußert und die Anzeige auch der Bundes-Wertpapieraufsicht zur Kenntnis gebracht. Zur Begründung des nun angefochtenen Ersatzbescheides führte die belangte Behörde aus, dass insgesamt von drei unterschiedlichen Geschäftsmodellen auszugehen sei. Das Erste liege dem von Prof. K, Konsultin der damaligen Bundes-Wertpapieraufsicht im Februar und März 1999 erstatteten Gutachten zugrunde. Thema des Gutachtens sei gewesen, dass der damals zu beurteilende Genussschein als Bankgeschäft eine Konzession gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG in Verbindung mit Paragraph 4, BWG verlange, die Voraussetzungen der freien Verwaltung für das Einlagengeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG jedoch nicht vorlägen. Auf Basis dieser Ausführungen habe das Bundesministerium für Finanzen mit Schreiben vom 18. März 1999 gegenüber dem Magistrat der Stadt Wien als Verwaltungsstraßbehörde den Verdacht eines unerlaubten Betriebes von Bankgeschäften geäußert und die Anzeige auch der Bundes-Wertpapieraufsicht zur Kenntnis gebracht.

Das zweite Modell ergebe sich aus einer Anfrage eines rechtsfreundlichen Vertreters der Q AG an das Bundesministerium für Finanzen mit Schreiben vom 14. April 1999 mit dem Ersuchen, die Genussscheinkonstruktion unter Zugrundelegung einer Auslagerung der gesamten tatsächlichen Geschäftstätigkeit in eine ausländische (Tochter-)Gesellschaft zu beurteilen, was dahingehend beantwortet worden sei, dass keine Ingerenz des österreichischen Bankwesengesetzes gegeben sei, wenn die Q AG das von den Genussscheinberechtigten erhaltene Kapital ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit bloß an die ausländische Tochtergesellschaft übertrage.

Der Rechtsvertreter der Q AG habe mit Schreiben vom 21. Jänner 2000 dem Magistrat der Stadt Wien als Verwaltungsstraßbehörde mitgeteilt, von der Bundes-Wertpapieraufsicht in anderem Zusammenhang erfahren zu haben, dass die Tätigkeit der Q AG "bankenkonzessionspflichtig" sein könnte, und in Absprache mit dem

Bundesministerium für Finanzen eine Umstrukturierung dergestalt vorgenommen zu haben, dass die Q AG in Österreich keine eigene Geschäftstätigkeit mehr durchführe und ein operatives Geschäft lediglich die QH Inc. ausübe. (Aus den vorgelegten Verwaltungsakten ergibt sich, dass Anlass für diese Mitteilung die auf einem Gutachten von Prof. K beruhende Rechtsansicht sei, die Tätigkeit der Q AG könnte konzessionspflichtig sein, doch werde ein Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG bestritten. Mit diesem Schreiben wurden auch die aktuellen Genussscheinbedingungen der Q AG vorgelegt, aus denen sich u.a. ergibt: Das erhaltene Genussrechtskapital ist von der Q AG überwiegend in eine Beteiligung an der QH Inc. zu veranlagen, welche als die per 1.1.2000 alleinige operative Gesellschaft verpflichtet ist, das ihr zur Verfügung gestellte Kapital vor allem in den Handel bzw. den Erwerb von Wertpapieren etc. zu investieren. Die Q AG wird diesbezüglich keine derartigen Handelstätigkeiten ausüben und hält daneben verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel. Darüber hinaus ergibt sich aus den Verwaltungsakten, dass mit Aktenvermerk vom 15. Februar 2000 ein gegen ein anderes Vorstandsmitglied der Q AG wegen des Verdachts der Durchführung eines Bankgeschäfts durch Handel mit Wertpapieren mit eigenem Geld geführtes Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt wurde, weil jedenfalls von einem entschuldbaren Rechtsirrtum ausgegangen werden könne, zumal die Q AG "auf ihrer Rechtsansicht auf Grund der Intervention des BM f. Finanzen nicht beharrte sondern ihre Geschäftstätigkeit änderte.") Der Rechtsvertreter der Q AG habe mit Schreiben vom 21. Jänner 2000 dem Magistrat der Stadt Wien als Verwaltungsstrafbehörde mitgeteilt, von der Bundes-Wertpapieraufsicht in anderem Zusammenhang erfahren zu haben, dass die Tätigkeit der Q AG "bankenkonzessionspflichtig" sein könnte, und in Absprache mit dem Bundesministerium für Finanzen eine Umstrukturierung dergestalt vorgenommen zu haben, dass die Q AG in Österreich keine eigene Geschäftstätigkeit mehr durchführe und ein operatives Geschäft lediglich die QH Inc. ausübe. (Aus den vorgelegten Verwaltungsakten ergibt sich, dass Anlass für diese Mitteilung die auf einem Gutachten von Prof. K beruhende Rechtsansicht sei, die Tätigkeit der Q AG könnte konzessionspflichtig sein, doch werde ein Bankgeschäft nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG bestritten. Mit diesem Schreiben wurden auch die aktuellen Genussscheinbedingungen der Q AG vorgelegt, aus denen sich u.a. ergibt: Das erhaltene Genussrechtskapital ist von der Q AG überwiegend in eine Beteiligung an der QH Inc. zu veranlagen, welche als die per 1.1.2000 alleinige operative Gesellschaft verpflichtet ist, das ihr zur Verfügung gestellte Kapital vor allem in den Handel bzw. den Erwerb von Wertpapieren etc. zu investieren. Die Q AG wird diesbezüglich keine derartigen Handelstätigkeiten ausüben und hält daneben verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel. Darüber hinaus ergibt sich aus den Verwaltungsakten, dass mit Aktenvermerk vom 15. Februar 2000 ein gegen ein anderes Vorstandsmitglied der Q AG wegen des Verdachts der Durchführung eines Bankgeschäfts durch Handel mit Wertpapieren mit eigenem Geld geführtes Strafverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt wurde, weil jedenfalls von einem entschuldbaren Rechtsirrtum ausgegangen werden könne, zumal die Q AG "auf ihrer Rechtsansicht auf Grund der Intervention des BM f. Finanzen nicht beharrte sondern ihre Geschäftstätigkeit änderte.")

Das dritte - und tatsächlich verwirklichte - Geschäftsmodell weiche in wesentlichen Punkten von den zuvor genannten ab, v.a. indem die Q AG nicht bloß als Zahlstelle fungiere sondern etwa 10 % des vereinnahmten Genussrechtskapitals selbst veranlege, sie im eigenen Namen als Vermögensverwalterin im Inland tätig werde und es in ihrem ausschließlichen und freien Ermessen stehe, ob das Genussrechtskapital zur weiteren Investition an die QH Inc. oder an eine andere Gesellschaft weitergeleitet werde. All diese Umstände seien den Beschuldigten vor und während des angelasteten Tatzeitraums persönlich und als erheblich bekannt gewesen und sie hätten über ein tiefgreifendes Verständnis des in der tatsächlichen Wirtschaftswirklichkeit laufenden Geschäftsmodells der Q AG verfügt. (Aus den vorgelegten Verwaltungsakten ergibt sich dazu, dass die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. März 2003 von der FMA mit dem Verdacht konfrontiert wurden, die Q AG habe erstens das erhaltene Genussrechtskapital überwiegend (ca. 90 %) der QH Inc. in Form von Gesellschafterzuschüssen zur Verfügung gestellt, damit mit diesem Kapital unter Berücksichtigung des Prinzips der Risikostreuung insbesondere in Wertpapiere, Optionen und Terminkontrakte jeder Art und sonstige Vermögensanlagen sowie Beteiligungen investiert bzw. mit diesen gehandelt werde, und somit fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe, und zweitens ca. 10 % des erhaltenen Genussrechtskapitals in verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel, insbesondere Anleihen und mündelsichere Wertpapiere investiert und diese kurzfristig im Umlaufvermögen gehalten, um sie dann wieder zu verkaufen, und dadurch einen Handel auf eigene oder fremde Rechnung betrieben.) Die Vernehmung der von den Beschwerdeführern beantragten Zeugen zum Beweis dafür, dass der publizierte Aufsatz von Kalss aus dem Jahr 1999 der Rechtsauffassung der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen habe, sei nicht erforderlich, weil keine gegenteilige

Behauptung vorliege und nach der Aktenlage klar sei, dass es sich bei dem im Jahr 1999 beurteilten Geschäftsmodell nicht um jenes handle, dessentwegen die Beschwerdeführer nun bestraft worden seien. Die belangte Behörde ging ausdrücklich davon aus, dass die Auffassung Kalss' im angesprochenen Aufsatz der Bundes-Wertpapieraufsicht tatsächlich bekannt war und eine gegenteilige Ansicht nicht vorliegt.

In der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, eine Konzessionspflicht bestehe für das erste und dritte (nicht jedoch das zweite) Geschäftsmodell. Nur eine tatsächliche Realisierung des zweiten Modells hätte einen entschuldbaren Rechtsirrtum der Beschwerdeführer zu stützen vermocht, doch sei dieses nicht vollständig und daher nicht in einer die Konzessionsfreiheit begründenden Weise umgesetzt worden. Die oben dargestellten Änderungen zum dritten Modell, welches dem tatsächlich realisierten Sachverhalt entspreche, seien von der Q AG nicht offengelegt worden und hätten daher weder der Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Finanzen vom 26. Mai 1999 noch dem Gutachten von Prof. K zugrunde gelegen sein können. Aus diesem Grund sei es auch zu prüfen entbehrlich, ob die Bundes-Wertpapieraufsicht im Jahr 1999 die Ansicht von Prof. K geteilt und zu publizieren beauftragt habe, weshalb auch die dazu beantragten Zeugenvernehmungen nicht erforderlich gewesen seien. Die Beschwerdeführer hätten die Formulierung der Erledigung des Bundesministeriums für Finanzen zu einer weiteren Nachforschung und Aufklärung, aber auch zu einer Reflexion der in der Publikation Kalss' angesprochenen Möglichkeit einer Verwaltung fremden Geldes oder zur Einstellung jeder die Erledigung des Bundesministeriums für Finanzen überschreitenden Tätigkeit führen müssen. Die Beschwerdeführer hätten sohin nicht glaubhaft gemacht, dass sie unverschuldet nicht in der Lage gewesen wären, den sich auf Grund der Genussscheinbedingungen und der abgeschlossenen Genussrechtsvereinbarungen ergebenden, umfassenden Sachverhalt zu ermitteln und in einer Anfrage an die Behörde darzulegen. Im Übrigen müsse der Q AG ein Erfordernis der Erlangung einer Bankkonzession für das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell jedenfalls spätestens seit dem Schreiben ihres rechtsfreundlichen Vertreters an die Verwaltungsstrafbehörde vom 21. Jänner 2000 bekannt sein. Darüber hinaus bestünde die Verpflichtung, sich mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausübung von Bankgeschäften laufend vertraut zu machen und, wenn über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel bestehen, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Der bloße Umstand, dass im Jahr 1999 in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit geherrscht habe, berechtige nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für eine günstiger erscheinende Variante zu entscheiden und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Die Beschwerdeführer hätten folglich nicht im Sinn der Bestimmungen des § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft machen können, dass sie hinsichtlich der tatbildlichen Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden treffe.

In der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, eine Konzessionspflicht bestehe für das erste und dritte (nicht jedoch das zweite) Geschäftsmodell. Nur eine tatsächliche Realisierung des zweiten Modells hätte einen entschuldbaren Rechtsirrtum der Beschwerdeführer zu stützen vermocht, doch sei dieses nicht vollständig und daher nicht in einer die Konzessionsfreiheit begründenden Weise umgesetzt worden. Die oben dargestellten Änderungen zum dritten Modell, welches dem tatsächlich realisierten Sachverhalt entspreche, seien von der Q AG nicht offengelegt worden und hätten daher weder der Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Finanzen vom 26. Mai 1999 noch dem Gutachten von Prof. K zugrunde gelegen sein können. Aus diesem Grund sei es auch zu prüfen entbehrlich, ob die Bundes-Wertpapieraufsicht im Jahr 1999 die Ansicht von Prof. K geteilt und zu publizieren beauftragt habe, weshalb auch die dazu beantragten Zeugenvernehmungen nicht erforderlich gewesen seien. Die Beschwerdeführer hätten die Formulierung der Erledigung des Bundesministeriums für Finanzen zu einer weiteren Nachforschung und Aufklärung, aber auch zu einer Reflexion der in der Publikation Kalss' angesprochenen Möglichkeit einer Verwaltung fremden Geldes oder zur Einstellung jeder die Erledigung des Bundesministeriums für Finanzen überschreitenden Tätigkeit führen müssen. Die Beschwerdeführer hätten sohin nicht glaubhaft gemacht, dass sie unverschuldet nicht in der Lage gewesen wären, den sich auf Grund der Genussscheinbedingungen und der abgeschlossenen Genussrechtsvereinbarungen ergebenden, umfassenden Sachverhalt zu ermitteln und in einer Anfrage an die Behörde darzulegen. Im Übrigen müsse der Q AG ein Erfordernis der Erlangung einer Bankkonzession für das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell jedenfalls spätestens seit dem Schreiben ihres rechtsfreundlichen Vertreters an die Verwaltungsstrafbehörde vom 21. Jänner 2000 bekannt sein. Darüber hinaus bestünde die Verpflichtung, sich mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausübung von Bankgeschäften laufend vertraut zu machen und, wenn über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift Zweifel bestehen, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Der bloße Umstand, dass im Jahr 1999 in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit geherrscht habe, berechtige nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für eine günstiger erscheinende Variante zu entscheiden

und damit gegebenenfalls ungerechtfertigte Rechtsvorteile in Anspruch zu nehmen. Die Beschwerdeführer hätten folglich nicht im Sinn der Bestimmungen des Paragraph 5, Absatz eins, VStG glaubhaft machen können, dass sie hinsichtlich der tatbildlichen Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden treffe.

1.4. Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

1.5. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und den Antrag gestellt, die Beschwerden unter Zuspruch der Kosten für den Vorlageaufwand als unbegründet abzuweisen.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 1 Z 1 und 7 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 (§ 1 Abs. 1 Z 7 in der Fassung BGBl. Nr. 753/1996), lauten: 2.1. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, und 7 Bankwesengesetz (BWG), Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996,), lauten:

"Kredit- und Finanzinstitute

§ 1. (1) 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: Paragraph eins, (1) 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:

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

...

7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit

1. a) Litera a

ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen- und Valutengeschäft);

2. b) Litera b

Geldmarktinstrumenten;

3. c) Litera c

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

d) Zinsterminkontrakten, Zinsausgleichsvereinbarungen (Forward Rate Agreements, FRA), Zins- und

Devisenswaps sowie Swaps auf Substanzwerte oder auf Aktienindices ('equity swaps');

1. e) Litera e

Wertpapieren (Effektengeschäft);

2. f) Litera f

von lit. b bis e abgeleiteten Instrumenten, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt. Von Litera b bis e abgeleiteten Instrumenten, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt."

2.2. Die Erfüllung der objektiven Tatseite des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG wurde im schon erwähnten hg. Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, Zl. 2006/17/0006, im ersten Rechtsgang mit ausführlicher Begründung bejaht. Hervorgehoben sei, dass demnach ein unbedingter Rückzahlungsanspruch der Genussscheinberechtigten nicht erforderlich ist und die in den abgeschlossenen Verträgen enthaltene Abrede über die Verwendung des hingegebenen Geldes als Verwaltung beurteilt wurde. 2.2. Die Erfüllung der objektiven Tatseite des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG wurde im schon erwähnten hg. Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, Zl. 2006/17/0006, im ersten Rechtsgang mit ausführlicher Begründung bejaht. Hervorgehoben sei, dass demnach ein unbedingter Rückzahlungsanspruch der Genussscheinberechtigten nicht erforderlich ist und die in den abgeschlossenen Verträgen enthaltene Abrede über die Verwendung des hingegebenen Geldes als Verwaltung beurteilt wurde.

2.3. Zur subjektiven Tatseite rügen die Beschwerdeführer unter anderem, die belangte Behörde habe entgegen der eindeutig dargelegten gegenteiligen Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes zu Unrecht die Auffassung vertreten, dass es entbehrlich sei zu prüfen, ob die Bundes-Wertpapieraufsicht im Jahr 1999 die Ansicht Prof. K geteilt und diese zu publizieren beauftragt habe und aus diesem Grund auch die beantragten Zeugenvernehmungen entbehrlich seien.

Bereits dieses Vorbringen führt die Beschwerden zum Erfolg.

Die den stattgebenden Erkenntnissen vom 7. Oktober 2010, Zlen. 2006/17/0006 und 2006/17/0007, zukommende Bindungswirkung betrifft nicht nur den Spruch sondern auch die Begründung. Darin wurde explizit festgehalten, dass der von Kalss 1999 publizierte Beitrag auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte und bis zum Tatzeitraum keine Stimme in der Literatur zur vorliegenden Vertragsgestaltung auf die Notwendigkeit einer Konzession hingewiesen hätte. Ausdrücklich wurde ausgesprochen, dass nicht von einem Verschulden der Beschwerdeführer auszugehen sei, wenn die von Kalss publizierte Rechtsauffassung jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen habe. Zum letzten Umstand traf die belangte Behörde zwar die Feststellungen, dass die Auffassung Kalss' im angesprochenen Aufsatz der Bundes-Wertpapieraufsicht tatsächlich bekannt war und dazu eine gegenteilige Ansicht nicht vorliegt. Das kann im Lichte der soeben angesprochenen Rechtsfrage durchaus dahingehend verstanden werden, dass die von Kalss veröffentlichte Rechtsansicht jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprach. Damit ist aber davon auszugehen, dass nach diesen Meinungen für das von der Q AG tatsächlich realisierte Geschäftsmodell eine Konzessionspflicht nach § 4 Abs. 1 BWG nicht bestanden hätte und es für die Bestrafung der Beschwerdeführer am Verschulden mangelte. Damit hat die belangte Behörde ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Die den stattgebenden Erkenntnissen vom 7. Oktober 2010, Zlen. 2006/17/0006 und 2006/17/0007, zukommende Bindungswirkung betrifft nicht nur den Spruch sondern auch die Begründung. Darin wurde explizit festgehalten, dass der von Kalss 1999 publizierte Beitrag auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte und bis zum Tatzeitraum keine Stimme in der Literatur zur vorliegenden Vertragsgestaltung auf die Notwendigkeit einer Konzession hingewiesen hätte. Ausdrücklich wurde ausgesprochen, dass nicht von einem Verschulden der Beschwerdeführer auszugehen sei, wenn die von Kalss publizierte Rechtsauffassung jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen habe. Zum letzten Umstand traf die belangte Behörde zwar die Feststellungen, dass die Auffassung Kalss' im angesprochenen Aufsatz der Bundes-Wertpapieraufsicht tatsächlich bekannt war und dazu eine gegenteilige Ansicht nicht vorliegt. Das kann im Lichte der soeben angesprochenen Rechtsfrage durchaus dahingehend verstanden werden, dass die von Kalss veröffentlichte Rechtsansicht jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprach. Damit ist aber davon auszugehen, dass nach diesen Meinungen für das von der Q AG tatsächlich realisierte Geschäftsmodell eine Konzessionspflicht nach Paragraph 4, Absatz eins, BWG nicht bestanden hätte und es für die Bestrafung der Beschwerdeführer am Verschulden mangelte. Damit hat die belangte Behörde ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

Soweit die belangte Behörde auf die von Prof. K für die Bundes-Wertpapieraufsicht erstatteten Gutachten abstellte, traf sie dazu nur bruchstückhafte Feststellungen, sodass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Publikation darüber hinausgeht.

Nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid wurde in den Gutachten von Prof. K ein Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG durch Handel mit Wertpapieren angenommen, wohingegen ein Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG wegen inhaltlicher Bindung in Form der Abrede der Verwendung der entgegengenommenen Fremden-gelder nicht vorläge. Vom Tatbestand des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG ging auch der Bundesminister für Finanzen in seinem Schreiben vom 18. März 1999 an das Magistratische Bezirksamt für den 1. und Nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid wurde in den Gutachten von Prof. K ein Bankgeschäft nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG durch Handel mit Wertpapieren angenommen, wohingegen ein Einlagengeschäft nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG wegen inhaltlicher Bindung in Form der Abrede der Verwendung der entgegengenommenen Fremden-gelder nicht vorläge. Vom Tatbestand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG ging auch der Bundesminister für Finanzen in seinem Schreiben vom 18. März 1999 an das Magistratische Bezirksamt für den 1. und

8. Bezirk aus, sodass nicht ersichtlich ist, dass die Beschwerdeführer bei ihrer Anfrage vom 14. April 1999 und der Antwort des Bundesministers für Finanzen vom 26. Mai 1999 von einer Konzessionspflicht für die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG hätten ausgehen müssen. 8. Bezirk aus, sodass nicht ersichtlich ist, dass die Beschwerdeführer bei ihrer Anfrage vom 14. April 1999 und der Antwort des Bundesministers für Finanzen vom 26. Mai 1999 von einer Konzessionspflicht für die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung

gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG hätten ausgehen müssen.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist, warum der Q AG (offenbar gemeint den Beschwerdeführern) ein Erfordernis der Erlangung einer Bankenkonzession für das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell jedenfalls spätestens seit dem Schreiben des rechtsfreundlichen Vertreters an die Verwaltungsstraßbehörde vom 21. Jänner 2000 hätte bekannt sein müssen, wird doch auch darin explizit nur auf den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG Bezug genommen und die Auslagerung des operativen Geschäftes (demnach Handel mit Wertpapieren) auf die QH Inc. dargestellt. Darüber hinaus wurden bereits mit diesem Schriftsatz Genussscheinbedingungen vorgelegt, aus denen sich das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell mit einer bloß überwiegenden Weiterleitung des erhaltenen Genussrechtskapitals an die QH Inc. und einer daneben bestehenden Verwendung durch die Q AG zum Halten festverzinslicher Einlagen in verschiedenen Währungen und anderer flüssiger Mittel ergibt. Die belangte Behörde führte in ihrer Begründung nicht ausreichend aus, warum die Beschwerdeführer eine behördliche Auskunft wegen (welcher) bestehender Zweifel hätten einholen müssen, wenn die damals zuständige Straßbehörde erster Instanz ein einschlägiges Straßverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG in Kenntnis des nun angelasteten Geschäftsmodells einstellte. Ebenso wenig nachvollziehbar ist, warum der Q AG (offenbar gemeint den Beschwerdeführern) ein Erfordernis der Erlangung einer Bankenkonzession für das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell jedenfalls spätestens seit dem Schreiben des rechtsfreundlichen Vertreters an die Verwaltungsstraßbehörde vom 21. Jänner 2000 hätte bekannt sein müssen, wird doch auch darin explizit nur auf den Tatbestand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG Bezug genommen und die Auslagerung des operativen Geschäftes (demnach Handel mit Wertpapieren) auf die QH Inc. dargestellt. Darüber hinaus wurden bereits mit diesem Schriftsatz Genussscheinbedingungen vorgelegt, aus denen sich das tatsächlich realisierte Geschäftsmodell mit einer bloß überwiegenden Weiterleitung des erhaltenen Genussrechtskapitals an die QH Inc. und einer daneben bestehenden Verwendung durch die Q AG zum Halten festverzinslicher Einlagen in verschiedenen Währungen und anderer flüssiger Mittel ergibt. Die belangte Behörde führte in ihrer Begründung nicht ausreichend aus, warum die Beschwerdeführer eine behördliche Auskunft wegen (welcher) bestehender Zweifel hätten einholen müssen, wenn die damals zuständige Straßbehörde erster Instanz ein einschlägiges Straßverfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG in Kenntnis des nun angelasteten Geschäftsmodells einstellte.

Schließlich stellte die belangte Behörde weder einen konkreten Sachverhalt fest, noch legte sie in der rechtlichen Beurteilung dar, woraus die Beschwerdeführer in der am 11. März 2003 zugestellten Aufforderung zur Rechtfertigung eine abweichende Auffassung der Straßbehörde hätten erkennen müssen, und wie die Beschwerdeführer darauf reagierten.

2.4. Der angefochtene Bescheid war daher wegen - vorrangig wahrzunehmender - Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. 2.4. Der angefochtene Bescheid war daher wegen - vorrangig wahrzunehmender - Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

2.5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 2.5. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, II Nr. 455.

Wien, am 24. April 2013

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2011170193.X00

Im RIS seit

24.05.2013

Zuletzt aktualisiert am

22.10.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at