

TE Vwgh Erkenntnis 2010/10/7 2006/17/0006

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.10.2010

Index

E6j;

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

21/02 Aktienrecht;

37/01 Geldrecht Währungsrecht;

37/02 Kreditwesen;

40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

61997CJ0366 Romanelli VORAB;

ABGB §879;

AktG 1965 §174 Abs3;

BWG 1993 §1 Abs1 Z1;

BWG 1993 §1 Abs1 Z19;

BWG 1993 §1 Abs1;

BWG 1993 §4 Abs1;

BWG 1993 §93;

VStG §5 Abs2;

1. ABGB § 879 heute

2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

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

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2006/17/0007 E 7. Oktober 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Holeschofsky, Dr. Köhler, Dr. Zens und Dr. Zehetner als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, über die Beschwerde des Mag. MW in M, vertreten durch Kindel & Kindel, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Rosenbursenstraße 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien vom 31. Oktober 2005, Zl. UVS- 06/V/22/5974/2004/34, betreffend Übertretung des BWG (weitere Partei: Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 1. Juli 2004 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, es als Vorstandsmitglied der Q Beteiligungs- und Vermögens AG (in der Folge: Q AG) gemäß § 9 Abs. 1 VStG verantworten zu haben, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien fremde Gelder, ohne über die hierfür erforderliche Konzession gemäß § 4 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BWG verfügt zu haben, zur Verwaltung entgegengenommen habe, indem sie im Zusammenhang mit der Emission und dem Angebot der Q AG-Genussscheine und der Q Ansparplan-Genussscheine in Wien im Zeitraum vom 2. Juni 2003 bis 29. August 2003 auf zwei näher genannten Girokonten bei der B AG, beide lautend auf die Q AG, hinsichtlich der Q AG-Genussscheine bzw. der Q Ansparplan-Genussscheine laufend Gelder von Genussscheinwerbern, die nach den jeweiligen Genussscheinbedingungen einen Rückzahlungsanspruch gegen die Q AG haben, somit fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe. 1.1. Mit Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 1. Juli 2004 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, es als Vorstandsmitglied der Q Beteiligungs- und Vermögens AG (in der Folge: Q AG) gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verantworten zu haben, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien fremde Gelder, ohne über die hierfür erforderliche Konzession gemäß Paragraph 4, Absatz eins, BWG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, BWG verfügt zu haben, zur Verwaltung entgegengenommen habe, indem sie im Zusammenhang mit der Emission und dem Angebot der Q AG-Genussscheine und der Q Ansparplan-Genussscheine in Wien im Zeitraum vom 2. Juni 2003 bis 29. August 2003 auf zwei näher genannten Girokonten bei der B AG, beide lautend auf die Q AG, hinsichtlich der Q AG-Genussscheine bzw. der Q Ansparplan-Genussscheine laufend Gelder von Genussscheinwerbern, die nach den jeweiligen Genussscheinbedingungen einen Rückzahlungsanspruch gegen die Q AG haben, somit fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG unter Heranziehung von § 9 Abs. 1 VStG verletzt. Der Beschwerdeführer habe dadurch Paragraph 98, Absatz eins, BWG in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG unter Heranziehung von Paragraph 9, Absatz eins, VStG verletzt.

Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 5.000,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 156 Stunden, verhängt.

Begründend führte die Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) aus, dass das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG in der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage bestehe. Der Begriff sei nach den Erläuterungen (zu ergänzen wohl: zur Regierungsvorlage zum BWG) aus dem KWG übernommen worden. § 1 Abs. 1 Z 1 BWG sei die allgemeinste Bestimmung über Bankgeschäfte. Das BWG bediene sich nicht der Terminologie des ABGB, sondern erhebe typische Ausdrücke aus der Wirtschaftssprache zu Rechtsbegriffen, ohne sie näher zu definieren (es wird dazu jeweils auf einzelne Stellen in Laurer in: Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, hingewiesen). Begründend führte die Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) aus, dass das Einlagengeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG in der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage bestehe. Der Begriff sei nach den Erläuterungen (zu ergänzen wohl: zur Regierungsvorlage zum BWG) aus dem KWG übernommen worden. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG sei die allgemeinste Bestimmung über Bankgeschäfte. Das BWG bediene sich nicht der Terminologie des ABGB, sondern erhebe typische Ausdrücke aus der Wirtschaftssprache zu Rechtsbegriffen, ohne sie näher zu definieren (es wird dazu jeweils auf einzelne Stellen in Laurer in: Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, hingewiesen).

Der weiteste Begriff sei der der fremden Gelder. Fremdes Geld werde entgegengenommen, wenn nach den Intentionen des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entstehe. Sowohl der Zufluss als auch der Abfluss müssten jeweils in Geld erfolgen. Dabei sei die Bezeichnung des fremden Geldes nicht von Bedeutung, sondern es komme auf den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts an. Die eingeworbenen Mittel müssten nicht bloß verwahrt, sondern auch - entsprechend den standardisierten Auflagen - verwaltet und verwendet werden (Hinweis auf Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778 ff). Im Übrigen ergebe sich aus der Übernahme des Begriffs aus dem KWG, dass Bankgeschäfte nur betreibe, wer Schuldner aus dem Vertrag über die

Verwaltung oder Einlage der fremden Gelder sei (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, Rz 5 zu § 1 BWG). Der weiteste Begriff sei der der fremden Gelder. Fremdes Geld werde entgegengenommen, wenn nach den Intentionen des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entstehe. Sowohl der Zufluss als auch der Abfluss müssten jeweils in Geld erfolgen. Dabei sei die Bezeichnung des fremden Geldes nicht von Bedeutung, sondern es komme auf den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts an. Die eingeworbenen Mittel müssten nicht bloß verwahrt, sondern auch - entsprechend den standardisierten Auflagen - verwaltet und verwendet werden (Hinweis auf Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778 ff). Im Übrigen ergebe sich aus der Übernahme des Begriffs aus dem KWG, dass Bankgeschäfte nur betreibe, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung oder Einlage der fremden Gelder sei (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, Rz 5 zu Paragraph eins, BWG).

Ob die Hereinnahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage erfolge, hänge vom Willen der Vertragsparteien ab, sei im Übrigen aber wirtschaftlich auszulegen (Frölichsthal in: Chini/Frölichsthal, Praxiskommentar zum BWG2, Fn 11 zu § 1 BWG). Die rechtliche Qualifikation könne unterschiedlich sein. Die Frage, ob ein Darlehensvertrag, ein depositum irregulare oder ein Vertrag sui generis vorliege, sei somit nicht von entscheidender Bedeutung. Ob die Hereinnahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage erfolge, hänge vom Willen der Vertragsparteien ab, sei im Übrigen aber wirtschaftlich auszulegen (Frölichsthal in: Chini/Frölichsthal, Praxiskommentar zum BWG2, Fn 11 zu Paragraph eins, BWG). Die rechtliche Qualifikation könne unterschiedlich sein. Die Frage, ob ein Darlehensvertrag, ein depositum irregulare oder ein Vertrag sui generis vorliege, sei somit nicht von entscheidender Bedeutung.

Für den Begriff der Einlage - nicht jedoch für den der Verwaltung - sei es nach herrschender Lehre entscheidend, dass primär ein Anspruch auf Rückzahlung des eingesetzten Betrags bestehe. Allein wenn der Geldgeber sichergehen könne, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrags zurückfordern kann (unbedingter Rückzahlungsanspruch), werde der Begriff der Einlage erfüllt. Nicht als Einlagen seien daher gesellschaftsrechtliche Beteiligungen anzusehen, da diese Risikokapital darstellten und keinen fixen Rückzahlungsanspruch gewährten (Hinweis auf Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778 ff).

Genussrechte oder sonstige Schuldverhältnisse, bei denen ebenfalls kein fixer (Teil-)Rückzahlungsbetrag vereinbart sei, sondern deren Abfindungsanspruch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nur aus dem vom Erfolg des Unternehmens abhängigen aliquoten Anteil bestehe (bedingter Rückzahlungsanspruch), erfüllten den Begriff der Einlage ebenfalls nicht. Ein bedingter Rückzahlungsanspruch - wie im gegenständlichen Fall - erfülle jedoch den Tatbestand der Verwaltung gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG. Neben der Entgegennahme zur Einlage komme nämlich auch die Entgegennahme von fremdem Geld zur Verwaltung in Betracht (Hinweis auf Kalss, a.a.O., 778 ff). Genussrechte oder sonstige Schuldverhältnisse, bei denen ebenfalls kein fixer (Teil-)Rückzahlungsbetrag vereinbart sei, sondern deren Abfindungsanspruch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nur aus dem vom Erfolg des Unternehmens abhängigen aliquoten Anteil bestehe (bedingter Rückzahlungsanspruch), erfüllten den Begriff der Einlage ebenfalls nicht. Ein bedingter Rückzahlungsanspruch - wie im gegenständlichen Fall - erfülle jedoch den Tatbestand der Verwaltung gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG. Neben der Entgegennahme zur Einlage komme nämlich auch die Entgegennahme von fremdem Geld zur Verwaltung in Betracht (Hinweis auf Kalss, a.a.O., 778 ff).

Entgegennahme zur Verwaltung bedeute, dass der Verwalter vereinbarungsgemäß die ihm übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen habe, wobei ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen müsse (Avancini in:

Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 9/4). Der Inhalt eines Verwaltungsauftrags sei üblicherweise, wenn auch nicht zwingend durch sogenannte Anlagerichtlinien konkretisiert (Knobl in: Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht römisch eins, Rz 9/4). Der Inhalt eines Verwaltungsauftrags sei üblicherweise, wenn auch nicht zwingend durch sogenannte Anlagerichtlinien konkretisiert (Knobl in:

Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Zeipelt, Kommentar zum WAG, Rz 12 zu § 11 WAG). Nur wenn der Empfänger so veranlassen dürfe, wie es ihm der Geldgeber jeweils konkret vorschreibe, ihm also jeglicher Entscheidungsspielraum fehle, dann sei das Geld nicht zur Verwaltung entgegengenommen. Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Zeipelt, Kommentar zum WAG, Rz 12 zu Paragraph 11, WAG). Nur wenn der Empfänger so veranlassen dürfe, wie es ihm der Geldgeber jeweils konkret vorschreibe, ihm also jeglicher Entscheidungsspielraum fehle, dann sei das Geld nicht zur Verwaltung entgegengenommen.

Im Anlassfall handle es sich um ein Fondssurrogat, bei dem aus aufsichtsrechtlicher Sicht ein strenger Maßstab anzulegen sei. Das Grundmuster der als Vermögensfonds angebotenen Produkte und der damit einhergehenden Dienstleistungen ließe sich wie folgt umschreiben:

Zwischen einem Anbieter und einer Vielzahl von Anlegern werde eine dauernde Rechtsbeziehung geschaffen. Der Inhalt der Rechtsbeziehung bestehe jeweils darin, dass der Anleger einen bestimmten Betrag (Kapital) an den Anbieter leistet. Das Kapital gehe in das Eigentum des Anbieters über. Der Anbieter verpflichte sich gegenüber den Anlegern, mit dem von den einzelnen Anlegern aufgebrauchten Gesamtkapital verschiedene Vermögenswerte zu erwerben und diese zu verwalten. Jeder einzelne Anleger erwerbe im Gegenzug einen Anspruch auf die anteilige, seinem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrags bei Beendigung der Rechtsbeziehung. Die Tätigkeit des Anbieters, der Genussrechtsverhältnisse oder ähnliche Schuldverhältnisse eingehe, sei somit nicht auf die Begebung und die Begründung dieser Rechtsbeziehungen beschränkt. Vielmehr werde damit ein Dauerrechtsverhältnis (Dauerschuldverhältnis) begründet, das im Kern einen Vermögensverwaltungsauftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) darstelle.

Im gegenständlichen Fall seien die Kundengelder von der Q AG auf Konten der B AG entgegengenommen und jeweils auf Grund von Entscheidungen, die im alleinigen Ermessen der Q AG gelegen seien, auf verschiedene im Inland gelegene Konten, darunter Konten der Q AG bei der M Privatbank sowie Konten der QH Inc. bei der Sparkasse S und bei der M Privatbank verteilt worden.

Die Q AG sei als Vermögensverwalterin im Inland tätig geworden und könne sich daher nicht mit Erfolg auf die Erledigung des Bundesministers für Finanzen vom 26. Mai 1999 berufen. Die (in diesem Schreiben vom Bundesminister für Finanzen vorgenommene) Beurteilung beziehe sich nämlich auf den von der Q AG mit Schreiben vom 14. April 1999 und vom 27. April 1999 dargestellten Sachverhalt, welcher jedoch mehrfach vom tatsächlichen Sachverhalt abweiche. Abschließend wird näher begründet, aus welchen Gründen das österreichische Bankwesengesetz im Beschwerdefall Anwendung finde.

1.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung und legte u.a. ein Gutachten von Frau Univ. Prof. Dr. K vor. Der Beschwerdeführer vertrat unter Hinweis auf dieses Gutachten insbesondere die Auffassung, dass die Ausgabe von Genussscheinen auf der Grundlage der Genussscheinbedingungen kein Einlagengeschäft begründe. Der bankrechtliche Begriff der Einlage werde nicht erfüllt. Dieser verlange eine darlehensmäßige oder ähnliche Hingabe des Geldes und einen unbedingten Rückzahlungsanspruch, was im Beschwerdefall nicht gegeben sei. Es werde auch der Begriff der Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung nicht erfüllt, "zumal der Begriff der Verwaltung im Rahmen des Einlagengeschäftes ebenfalls einen unbedingten Rückzahlungsanspruch und eine weitestgehend selbständige Dispositionsbefugnis des Verwalters" voraussetze. Der Beschwerdeführer berief sich weiters auf die schon von der FMA zitierte Anfragebeantwortung des Bundesministers für Finanzen vom 26. Mai 1999.

1.3.1. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung der Berufung insoweit Folge, als sie die verhängte Geldstrafe auf EUR 1.000,-- (und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 18 Stunden) herabsetzte. Im Übrigen wies die belangte Behörde die Berufung ab.

1.3.2. Nach Wiedergabe des Verfahrensgeschehens (es war nach Durchführung der mündlichen Verhandlung zu Gesprächen mit dem Beschwerdevertreter und zur Vorlage weiterer ergänzender Unterlagen durch den Beschwerdeführer gekommen) führte die belangte Behörde begründend aus, dass der Beschwerdeführer zu Protokoll gegeben habe, dass die QH Inc. eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Q AG sei und ein Weisungszusammenhang im Hinblick auf die Anlagetätigkeit (das operative Geschäft) der QH Inc. nicht bestehe. Während seiner Zeit als Vorstandsmitglied sei von ihm keine Weisung erteilt worden.

Es wird sodann die Darstellung des Ablaufes einer Vertragskündigung durch einen Kunden wiedergegeben. Dabei werde insbesondere eine Bewertung (rechnerische Ermittlung) des buchhalterischen Werts des Genussrechtskreises vorgenommen. Auftraggeber für diese Tätigkeit sei die Q AG. Die Q AG sei in rechtlicher Hinsicht zur Abschichtung verpflichtet. Sobald diese Berechnung abgeschlossen sei, werde durch eine ebenfalls von der Q AG beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft eine prüferische Durchsicht der vorgenommenen rechnerischen Ermittlung durchgeführt. Auf Grund dieser Überprüfung werde ein Testat durch die beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erteilt. Nach Vorliegen des Testats könne der dem kündigenden Investor zustehende Abschichtungsbetrag durch die

Q AG entsprechend den Genussscheinbedingungen rechnerisch ermittelt werden. Liege dieser Betrag vor, könne dem jeweiligen Investor dessen individueller Abschichtungsbetrag von den Konten der Q AG überwiesen werden. Es wird in der Begründung sodann die Aussage eines als Zeugen vernommenen Angestellten der Q GmbH, der gleichzeitig ein Vorstandsmitglied der Q AG war, wiedergegeben.

1.3.3. Nach Wiedergabe weiterer Zeugenaussagen und der Ausführungen der Behörde erster Instanz wird der der Entscheidung zu Grunde gelegte Sachverhalt zusammengefasst.

Die belangte Behörde ging demnach u.a. davon aus, dass der satzungsgemäße Gegenstand der Q AG laut § 2 der Satzung Die belangte Behörde ging demnach u.a. davon aus, dass der satzungsgemäße Gegenstand der Q AG laut Paragraph 2, der Satzung

- -Strichaufzählung
die Beteiligung an und der Erwerb von Unternehmen im In- und Ausland, gleichgültig in welcher Gesellschaftsform, bei Ausschluss von Bankgeschäften,
- -Strichaufzählung
der Handel mit Waren aller Art,
- -Strichaufzählung
der Export und Import von Waren, insbesondere Rohstoffen,
- -Strichaufzählung
die Werbeberatung und Werbungsmittlung

sei.

Die Gesellschaft sei berechtigt gewesen, Genussrechte insbesondere in Form von Genussscheinen bis zu einem Gesamtbetrag von ATS 1.000.000.000 bis 31. Dezember 2003 auszugeben. Dabei sei der Vorstand ermächtigt gewesen, Ausgabekurs und Ausgabebedingungen im Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat festzusetzen. Das Bezugsrecht der Aktionäre auf diese Genussrechte sei ausgeschlossen.

Darüber hinaus sei der Vorstand ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrates weitere Genussrechte bis zu einem beliebigen Gesamtbetrag bis 31. Dezember 2010 auszugeben. Auch für diese Genussrechte sei das Bezugsrecht der Aktionäre ausgeschlossen.

Herr CB sei Eigentümer aller 1.000 Stück Inhaberaktien der Q AG. Gleichzeitig sei Herr CB seit 8. Juni 2000 Mitglied und seit 6. September 2000 Vorsitzender des Aufsichtsrats der Q AG.

Die Q AG habe seit 1. März 1996 Genussscheine der Q Beteiligungs- und Vermögens AG, im Folgenden: Q AG-Genussscheine genannt, und seit 18. Oktober 2002 die Q Ansparplan-Genussscheine öffentlich angeboten.

Die Q AG habe für die Q AG-Genussscheine und für die Q Ansparplan-Genussscheine einen Kapitalmarktprospekt erstellt und bei der Oesterreichischen Kontrollbank hinterlegt. Es lägen verschiedene Fassungen dieses Prospekts mit Stand Juni 2001, Juni 2002, Oktober 2002 und Oktober 2003 vor.

Es seien zur selben Wertpapierkennnummer Genussrechte in Maximalvolumen von EUR 50.000.000 bzw.

Q Ansparplan-Genussrechte im Maximalvolumen von EUR 20.000.000 nicht öffentlich angeboten worden. Mit Bescheid vom 19. November 2001 habe die Wiener Börse AG die Q AG-Genussscheine zum Dritten Markt an der Wiener Börse zugelassen. Beginnend mit 3. Dezember 2001 hätten die Q AG-Genussscheine am Dritten Markt der Wiener Börse notiert. Dies gelte nicht für die Q Ansparplan-Genussscheine oder die PF-Genussscheine.

Mittlerweile würden keine Genussscheine an der Wiener Börse gehandelt.

Die Q AG-Genussscheine und die Q Ansparplan-Genussscheine würden von der Q AG als "Hedgefonds-Produkte" aktiv beworben. Die Q Ansparplan-Genussscheine wendeten sich mit einer Einzahlungsmöglichkeit ("Ansparbetrag") ab EUR 100,- monatlich insbesondere auch an Kleinanleger.

Mit Stand 30. Mai 2003 hätten 9.991 verschiedene Anteilsinhaber direkt Q AG-Genussscheine gehalten. Insgesamt sei am 30. Mai 2003 ein von den Investoren gezeichnetes Q AG-Genussrechtskapital in Höhe von 256,25 Mio. Euro durch die Q AG verwaltet worden.

Der Gegenwert des bis zum 30. Mai 2003 emittierten Q AG-Genussrechtskapitals habe 236,4 Mio. Euro betragen.

Kündigungen und Abschichtungen von Genussrechten bzw. Auszahlungen der von der Q AG ermittelten Beträge seien auch während der Zeit der Tatanlastung von der Q AG vorgenommen worden und seien im Rahmen der jeweiligen Genussscheinbedingungen nach wie vor uneingeschränkt möglich. Das gesamte, diese Genussrechte betreffende und von der Q AG entgegengenommene und verwaltete Genussrechtsvermögen habe (unter Einschluss der letztmaligen

Beteiligungen sowie der Kündigungen zum 27. Februar 2004) zu diesem Stichtag 395,99 Mio. Euro betragen. Mit Stand 30. Mai 2003 hätten 4.593 verschiedene Anteilsinhaber direkt Q Ansparplan-Genussscheine gehalten. Insgesamt sei am 30. Mai 2003 von den Investoren gezeichnetes Q Ansparplan-Genussscheinkapital in der Höhe von 10,64 Mio. Euro verwaltet worden. Der Gegenwert des bis zum 30. Mai 2003 von der Gesellschaft emittierten Q Ansparplan-Genussrechtskapitals (berechnet zum Wert im Emissionszeitpunkt einschließlich der Beteiligungen mit Stichtag 30. Mai 2003) habe 12,35 Mio. Euro betragen.

Seit 1. März 2004 sei das Angebot der Q Ansparplan-Genussscheine auf jene Personen beschränkt, die bereits am 27. Februar 2004 Inhaber solcher Wertpapiere gewesen seien. Zeichnungen anderer Personen würden seit dem 1. März 2004 nicht mehr entgegengenommen.

Das Angebot der Q Ansparplan-Genussscheine sei inzwischen ebenfalls ersatzlos eingestellt worden. Zeichnungen dieser Genussrechte würden durch die Gesellschaft nicht mehr entgegengenommen.

Der Vorstand der Q AG habe am 21. September 2001 auf der Grundlage des § 4 Abs. 3 und 4 der Satzung der Q AG den Beschluss gefasst, neben den bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Q AG-Genussscheinen einen weiteren Genussrechtskreis (Rechnungskreis) betreffend "PF-Genussrechte" zu errichten. Seit 14. November 2002 biete die Q AG die diesem Rechnungskreis angehörenden PF-Genussscheine öffentlich an und habe für sie einen gesonderten Kapitalmarktprospekt erstellt und bei der Oesterreichischen Kontrollbank hinterlegt. Der Vorstand der Q AG habe am 21. September 2001 auf der Grundlage des Paragraph 4, Absatz 3, und 4 der Satzung der Q AG den Beschluss gefasst, neben den bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Q AG-Genussscheinen einen weiteren Genussrechtskreis (Rechnungskreis) betreffend "PF-Genussrechte" zu errichten. Seit 14. November 2002 biete die Q AG die diesem Rechnungskreis angehörenden PF-Genussscheine öffentlich an und habe für sie einen gesonderten Kapitalmarktprospekt erstellt und bei der Oesterreichischen Kontrollbank hinterlegt.

Die PF-Genussscheine wiesen hinsichtlich rechtlicher Ausgestaltung und Veranlagungsstrategie im Wesentlichen die gleiche Prägung auf wie die Q AG-Genussscheine und die Q Ansparplan-Genussscheine. Seit 1. März 2004 würden keine Zeichnungen und Folgezeichnungen für PF-Genussscheine mehr entgegengenommen.

Kündigungen und Abschichtungen von Genussrechten bzw. Auszahlungen der von der Q AG ermittelten Beträge seien auch während der Zeit der Tatanlastung von der Q AG vorgenommen worden und seien im Rahmen der jeweiligen Genussscheinbedingungen nach wie vor uneingeschränkt möglich. Das gesamte, diese Genussscheine betreffende von der Q AG entgegengenommene und nach wie vor unverändert verwaltete Genussrechtsvermögen habe (unter Einschluss der letztmaligen Beteiligungen sowie der Kündigungen zum 27. Februar 2004) zu diesem Stichtag 26,64 Mio. Euro betragen.

In einer Übersicht wird sodann die Entwicklung des als Verbindlichkeit ausgewiesenen Genussrechtskapitals im Vergleich zur Bilanzsumme der Q AG dargestellt. Zu den Stichtagen 31. Dezember 2000, 31. Dezember 2001, 31. Dezember 2002 und 31. Dezember 2003 betrug das ausgewiesene Genussrechtskapital EUR 34,474.549,13, EUR 92,598.854,68, EUR 191,364.582,29 und EUR 374,726.221,-, während die gesamte Bilanzsumme zu diesen Stichtagen EUR 34,819.318,50, EUR 112,015.979,23, EUR 194,542.331,22 und EUR 382,410.585,61 betragen habe. Das Vermögen der Q AG werde intern in insgesamt vier buchhalterische Rechnungskreise gegliedert, u.a. mit dem Zweck der Trennung der entgegengenommenen Kapitalien und Berechnung der Abschichtungsansprüche nach Maßgabe der Genussscheinbedingungen.

Als diese Rechnungskreise werden aufgezählt:

- -Strichaufzählung
die Q AG-Genussscheine
- -Strichaufzählung
die Q Ansparplan-Genussscheine
- -Strichaufzählung
die PF-Genussscheine und
- -Strichaufzählung
das keinen Genussrechtsinhabern zuordenbare Vermögen.

Die Q AG Sorge für eine ausreichende Abgrenzung der jeweiligen Rechnungskreise, um eine Zuordnung der einzelnen Vermögenswerte sowie der Veranlagungsergebnisse zum jeweiligen Rechnungskreis zu ermöglichen. Die Q AG habe zu diesem Zweck für jeden Rechnungskreis getrennte Konten und Depots eingerichtet.

Eine zivilrechtliche (sachenrechtliche) Trennung der verschiedenen Rechnungskreise der Q AG im Außenverhältnis sei

nicht gegeben.

Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Anlegern und der Q AG ergäben sich aus den von der Q AG erstellten Genussrechtsbedingungen und den von der Q AG erstellten Zeichnungsformularen, die als Antrag an die Q AG formuliert und vom jeweiligen Kapitalgeber auszufüllen seien. Die Rechtswirksamkeit sei von der Annahme durch die Q AG abhängig.

Die verfahrensgegenständlichen Genussrechte räumten dem einzelnen Genussrechtsinhaber einen obligatorischen Anspruch auf einen Anteil am jeweiligen Vermögen der mit den entgegengenommenen Geldern gebildeten Rechnungskreise ein.

Die laufend erwirtschafteten Ergebnisse der Tochtergesellschaft würden von dieser weiter veranlagt.

Die entgegengenommenen Genussrechtskapitalien würden von der Q AG nach Maßgabe der zwischen den Anlegern und der Q AG bestehenden Vertragsbedingungen zum Zweck der Veranlagung überwiegend an die QH Inc., Grenada, vor allem unter dem Titel "nicht rückzahlbarer Gesellschafterzuschüsse" übertragen bzw. überwiesen. Eine eigene, auf Vermehrung des entgegengenommenen Kapitals gerichtete, operative Veranlagungstätigkeit sei nicht entfaltet worden bzw. werde nicht entfaltet. Daneben halte die Q AG verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel.

Die von der Q AG von den Geldgebern entgegengenommenen Gelder seien der QH Inc., als die per 1. Jänner 2000 alleinige operative Gesellschaft, übertragen worden. Das dieser zur Verfügung gestellte Kapital sei auf Grund von ihr festgelegter Veranlagungsstrategien unter Berücksichtigung des Prinzips der Risikostreuung zwecks Erzielung von Wertzuwachsen insbesondere in den Handel von Wertpapieren, Optionen und Terminkontrakten jeder Art, Devisenkassa- und Termingeschäfte und den Erwerb von sonstigen Vermögensanlagen sowie Beteiligungen auf von ihr beliebig auszuwählenden Märkten investiert worden. Die QH Inc. entfalte in Österreich keine Geschäftstätigkeit. Obzwar die Q AG selbst - wie behauptet - keine operativen Geschäfte ausgeübt habe, sei ihr nach den Genussrechtsbedingungen das Recht eingeräumt, im eigenen Ermessen jederzeit eine Änderung der konkreten Verwendung bzw. der Veranlagungsform des Genussrechtskapitals vorzunehmen. Ebenso sei ihr das Recht eingeräumt, im eigenen Ermessen die Verwaltung teilweise oder vollständig an Dritte zu übertragen.

Die mit Erhalt des einbezahlten und von der Gesellschaft durch Annahme des Angebotes auf Abschluss einer Genussrechtsvereinbarung akzeptierten Genussrechtskapitals entstehenden Genussrechte räumten den Genussrechtsinhabern keine (Aktionärs-)Gesellschafterrechte, insbesondere keine Stimmrechte und keine Vermögensrechte (einschließlich kein Recht am Liquidationserlös) in Bezug auf die Q Beteiligungs- und Vermögens AG sowie kein Recht auf Bezug weiterer Genussrechte der Gesellschaft ein. Die Genussrechtsinhaber verzichteten auf den Ausdruck und die Übergabe von Genussscheinen.

Die Q AG bezeichne das Genussrechtskapital als Vermögenseinlage im Sinne des § 174 Abs. 3 Aktiengesetz. Für die Begebung von Genussrechten lägen Beschlüsse der Hauptversammlung, des Aufsichtsrates und des Vorstandes im Sinne des Aktienrechtes vor. Die Q AG bezeichne das Genussrechtskapital als Vermögenseinlage im Sinne des Paragraph 174, Absatz 3, Aktiengesetz. Für die Begebung von Genussrechten lägen Beschlüsse der Hauptversammlung, des Aufsichtsrates und des Vorstandes im Sinne des Aktienrechtes vor.

Die Geldgeber seien nicht zu Nachschüssen, nachträglichen Leistungen, Verlustabdeckungen, allfälligen Haftungen oder ähnlichen Leistungen über die vereinbarten Geldbeträge hinaus verpflichtet. Das Risiko des Genussrechtsinhabers im Fall des möglichen Totalverlustes sei auf 100 % seiner Genussrechtseinlage beschränkt. Ebenso wenig werde ein Mindestrückkaufswert für die Genussrechte auf Grund des möglichen Totalverlustes garantiert. Das entgegengenommene Kapital stelle ein dem jeweiligen Rechnungskreis zuzuordnendes Risikokapital dar. Die Genussrechte gewährten keinen unbedingten, sondern einen bedingten Rückzahlungsanspruch.

Die Genussrechte gewährten im Verhältnis ihrer Nominalbeträge zur Summe der Gesamtnominalbeträge des gesamten erhaltenen Genussrechtskapitals im Falle der Kündigung des Genussrechtsverhältnisses einen Anspruch auf den aliquoten Teil an dem jeweils vom Rechnungskreis umfassten Gesamtvermögen, dessen Wert nach bestimmten Maßgaben durch die Q AG berechnet und ausbezahlt werde.

Die Gesellschaft sei zu jedem Stichtag zum Rückkauf der Genussrechte zu dem nach bestimmten Maßstäben zu ermittelnden Rückkaufswert verpflichtet.

Das erzielte Jahresergebnis sei grundsätzlich durch die Tochtergesellschaft reinvestiert worden. Die Aktiva des Vermögensanteils an einem - verwaltungstechnisch im Sinne der Genussscheinbedingung einzelnen Genussrechtskreisen zuzuordnenden -

Genussrechtskapital bildeten das unter dem Titel "Gesellschafterzuschuss" übertragene, im Verhältnis zu an einem bestimmten Stichtag einbezahlte und um die Wertentwicklung berichtigten Kapital, die Beteiligungen an der QH Inc., Grenada, die Guthaben bei Banken, das Barvermögen und die sonstigen Vermögenswerte.

Die Passiva des Vermögensanteils umfassten sämtliche dem jeweiligen Rechnungskreis zuzuordnenden Schulden und Verbindlichkeiten sowie Aufwendungen und Gebühren sowie Kosten der Gesellschaft und ihrer operativen Tochtergesellschaft, somit insbesondere die Positionen

- -Strichaufzählung
Maklergebühren und Handelsspesen
- -Strichaufzählung
Sonstige Kosten
- -Strichaufzählung
Management- und Erfolgshonorar
- -Strichaufzählung
Verwaltungsgebühr.

Das unter den jeweiligen Rechnungskreisen verwaltete Gesamtvermögen sei mit allen mit ihm verbundenen Kosten, Steuern und Abgaben und Gebühren - auch der operativ tätigen Tochtergesellschaft - belastet und reduziere sich daher um die anfallenden Beträge.

Unter diese Kosten fielen insbesondere auch die Kosten für Rechtsberatung und Prüfungsarbeiten, Druck-, Berichts- und Publizierungsausgaben, für erklärende Memoranden oder Registrierungsdocumentationen, der Bankspesen und Zinsen etc.

Die Q AG habe - ohne das Gesamtvermögen hiedurch zu belasten -

bezüglich der Administration und des Marketings mit Ausnahme der oben angeführten und von der Tochtergesellschaft direkt zu tragenden Kosten, die Post-, Telefon- und Telexspesen sowie Kosten für die Verkaufsförderung, Werbung und Vorbereitung und Druck von Prospekten übernommen.

Diese Aufwendungen seien durch Überlassung des Agios von maximal 7 % des Genussrechtskapitals abgegolten worden.

Die Q AG habe hinsichtlich der Durchführung ihrer Administrationstätigkeiten Anspruch auf eine monatliche Verwaltungsgebühr in Höhe von 0,15 % des Gesamtvermögens. Diese Verwaltungsgebühr sei durch - interne - Umbuchung vom Gesamtvermögen der Genussrechtsinhaber in einen die Genussrechtsinhaber nicht betreffenden Vermögenskreis der Gesellschaft in Abzug gebracht worden.

Aus den Erläuterungen zum Rechenschaftsbericht über das Jahr 2002 betreffend den Anspar-Genussrechtskreis sei ersichtlich, dass die Q AG (wie bemerkt werde "aus Kulanzgründen") für Dezember 2002 auf den Verwaltungsgebührenanspruch verzichtet habe.

Die Gesellschaft sei auch berechtigt, ihre Administrationstätigkeiten nach eigenem Ermessen teilweise oder vollständig an Dritte zu übertragen. In diesem Fall stehe dem Dritten die angeführte Verwaltungsgebühr - je nach Ausmaß der Übertragung teilweise oder vollständig - zu.

Der Wert des Vermögensanteils eines Genussrechtsinhabers sei insbesondere davon abhängig, über welches Vermögen die ausländische Tochter zu einem bestimmten Zeitpunkt auf Grund des Wertes der von der Tochter gehaltenen Finanzinstrumente verfüge; hiedurch werde der Wert des Vermögensanteils des einzelnen Anlegers bestimmt.

Der Rückkaufswert der Genussrechte (Abschichtungsbetrag) sei von der Q AG nach vertraglich bestimmten Kriterien errechnet und ausbezahlt worden. Die Auslegung und Lückenfüllung habe nach den Genussrechtsbedingungen einvernehmlich unter Berücksichtigung des beabsichtigten wirtschaftlichen Zwecks zu erfolgen. Für sämtliche Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit dem durch diese Bedingungen geregelten Genussrecht gelte österreichisches Recht. Ausschließlicher Gerichtsstand für Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit den Genussrechtsverträgen sei Wien.

Es erfolge keine Bezahlung von Zinsen, die Genussrechtsinhaber hätten im Fall der Kündigung der Genussrechte lediglich einen Anspruch auf den zu einem bestimmten Stichtag von der Q AG ermittelten Anteil am Gesamtvermögen.

Das Risiko des Zeichners sei auf die Höhe der Einlage begrenzt. Eine bei direkten derivativen Anlageformen bestehende Nachschusspflicht sei ausgeschlossen.

Die aus der Ausgabe von Q AG-Genussscheinen und Q Ansparplan-Genussscheinen eingenommenen Gelder seien auf zwei näher genannten Konten eingezahlt worden. Über diese Konten seien der Beschwerdeführer und ein anderes Vorstandsmitglied zeichnungsberechtigt gewesen.

Das erhaltene Genussrechtskapital sei von der Q AG für beide Genussrechtskreise zu ca. 90 % in eine Beteiligung an der QH Inc. mit Sitz in Grenada veranlagt worden. Diese investiere das ihr von der Q AG zur Verfügung gestellte Kapital nach von ihr selbst festzulegenden Veranlagungsstrategien. Nach einer näheren Darstellung der Tätigkeit der QH Inc. wird festgehalten, dass die Q AG einen Teil des erhaltenen Genussrechtskapitals (ca. 10 %) selbst in verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen bei Kreditinstituten sowie in Wertpapiere mit geringer Volatilität) investiere. Bei diesen Anlageformen liege die Verfügungsberechtigung jeweils ausschließlich beim Vorstand der Q AG.

Nach näherer Darstellung der Gestion mit eingehenden Kundengeldern auf verschiedenen nach der Kontonummer und Bezeichnung genannten Konten wird ausgeführt, dass die "Gesellschafterzuschüsse" bei der QH Inc. in eine Kapitalrücklage eingestellt würden. Eine Rückführung an die Q AG sei in Form der Ausschüttung von Sonderdividenden jederzeit möglich und bedürfe lediglich eines Beschlusses der Geschäftsführung (Board of Directors) der QH Inc.

In rechtlicher Hinsicht kam die belangte Behörde nach Wiedergabe des Inhalts des § 9 Abs. 1 VStG und des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG in Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers und weitgehender Übernahme der Ausführungen der FMA im erstinstanzlichen Bescheid zum Begriff des Einlagengeschäftes zum Ergebnis, dass die Tätigkeit der Q AG zwar nicht dem Einlagenbegriff im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG, Entgegennahme fremder Gelder als Einlage, zu unterstellen sei, dass aber der Tatbestand der Entgegennahme fremden Geldes zur Verwaltung nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG gegeben sei. In rechtlicher Hinsicht kam die belangte Behörde nach Wiedergabe des Inhalts des Paragraph 9, Absatz eins, VStG und des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG in Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers und weitgehender Übernahme der Ausführungen der FMA im erstinstanzlichen Bescheid zum Begriff des Einlagengeschäftes zum Ergebnis, dass die Tätigkeit der Q AG zwar nicht dem Einlagenbegriff im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG, Entgegennahme fremder Gelder als Einlage, zu unterstellen sei, dass aber der Tatbestand der Entgegennahme fremden Geldes zur Verwaltung nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG gegeben sei.

Die belangte Behörde führte hiezu insbesondere aus, dass neben der Entgegennahme zur Einlage "auch nach Kalss" die Entgegennahme von fremdem Geld zur Verwaltung in Betracht käme (Kalss, a.a.O.).

Entgegennahme zur Verwaltung bedeute, dass der Verwalter - vereinbarungsgemäß - die ihm übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen habe, wobei ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen müsse.

Der Inhalt eines Verwaltungsauftrages sei üblicherweise - wenn auch nicht zwingend - durch sogenannte Anlagerichtlinien konkretisiert. Das Grundmuster der von der Q AG angebotenen, den Gegenstand des Verfahrens bildenden Produkte und der damit einhergehenden Dienstleistungen stelle sich unter Bedachtnahme auf den als erwiesen angenommenen Sachverhalt im Lichte der Genussrechtsbedingungen dergestalt dar, dass zwischen der Q AG als Anbieterin und einer Vielzahl von Anlegern eine dauernde Rechtsbeziehung geschaffen werde. Diese Rechtsbeziehungen würden von der Q AG als Genussrecht (verbriefter Genussschein gemäß § 174 Aktiengesetz) bezeichnet, beinhalteten nach Ansicht der belangten Behörde bei genauerer Betrachtung des Vertragsinhaltes allerdings ein einfaches auftragsrechtliches Schuldverhältnis im Sinne einer Geschäftsbesorgung. Der Inhalt dieser Rechtsbeziehungen bestehe jeweils darin, dass der Anleger einen bestimmten Betrag von Geld an die Anbieterin leiste und dieses Geld sachenrechtlich in das Eigentum der Anbieterin übergegangen sei. Die Rechtsbeziehungen seien jeweils zwischen der Anbieterin und dem einzelnen Anleger begründet, so dass jeweils die duale Beziehung zwischen Q AG und dem Anleger hervortrete. Der Inhalt eines Verwaltungsauftrages sei üblicherweise - wenn auch nicht zwingend - durch sogenannte Anlagerichtlinien konkretisiert. Das Grundmuster der von der Q AG angebotenen, den Gegenstand des Verfahrens bildenden Produkte und der damit einhergehenden Dienstleistungen stelle sich unter Bedachtnahme auf den als erwiesen angenommenen Sachverhalt im Lichte der Genussrechtsbedingungen dergestalt dar, dass zwischen der Q AG als Anbieterin und einer Vielzahl von Anlegern eine dauernde Rechtsbeziehung geschaffen werde. Diese Rechtsbeziehungen würden von der Q AG als Genussrecht (verbriefter Genussschein gemäß Paragraph 174, Aktiengesetz) bezeichnet, beinhalteten nach Ansicht der belangten Behörde bei genauerer Betrachtung des Vertragsinhaltes allerdings ein einfaches auftragsrechtliches Schuldverhältnis im Sinne einer Geschäftsbesorgung. Der Inhalt dieser Rechtsbeziehungen bestehe jeweils darin, dass der Anleger einen bestimmten Betrag von Geld an die Anbieterin leiste und dieses Geld sachenrechtlich in das Eigentum der Anbieterin übergegangen sei. Die Rechtsbeziehungen seien jeweils zwischen der Anbieterin und dem einzelnen Anleger begründet, so dass jeweils die

duale Beziehung zwischen Q AG und dem Anleger hervortrete.

Grundlage - aber nicht Voraussetzung - für das Eingehen der einzelnen Rechtsbeziehungen sei nach Auffassung der belangten Behörde der Umstand, dass die Q AG eine Vielzahl derartiger Verträge abgeschlossen habe und damit gleichzeitig Vertragspartner mehrerer gleichartiger Rechtsbeziehungen geworden sei. Die gemeinsame Verwaltung des Vermögens sei wirtschaftlich auch höchst sinnvoll, weil dadurch - kostensparend und Konditionen begünstigend - größere Vermögensvolumina bewegt werden könnten. Die Q AG habe sich gegenüber den Anlegern verpflichtet, das entgegengenommene Kapital zu verwalten und unter Anwendung bzw. Zur-Verfügungstellung ihres Know-how selbständig, das heiße nach freiem Ermessen und ohne Rücksprache im Detail, Entscheidungen treffend, "wem und wieviel von dem Kapital einem Dritten" übertragen werden soll, damit dieser kapitalvermehrend operative Geschäfte betreibe und Vermögenswerte erwerbe.

Jeder einzelne Geldgeber habe im Gegenzug einen Anspruch auf die anteilige, seinem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus der Veranlagungstätigkeit des Dritten sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrags bei Beendigung der Rechtsbeziehung erworben.

Von Vermögensverwaltung sei auszugehen, wenn der Vermögensverwalter die von ihm in Absprache mit den Kunden erworbenen oder ihm vom Kunden anvertrauten Vermögenswerte in eigenem Ermessen betreue. Die Q AG sei

- entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers und der Ansicht von Prof. K - nach den

Genussrechtsbedingungen befugt, selbständig eine operativ-tätige Person auszuwählen und ihr Kapital zur Verfügung zu stellen, damit diese erwerbe, umschichte und auch verkaufe. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass eine Übertragung des Kapitals an eine namentlich genannte Tochtergesellschaft im Regelfall erfolgte. Unter Zugrundelegung des Vertragsinhalts der Verträge zwischen der Q AG und den Anlegern stelle dieser Vertrag einen speziell ausgeformten Auftrag dar. Er umschreibe Dienstleistungen mit Geschäftsbesorgungscharakter, darunter auch Verwaltungsdienstleistungen. Da die Q AG nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen durch die Verbuchung des Kapitals auf eines ihrer Konten Eigentümerin dieses Vermögens geworden sei, habe es unabhängig von der auftragsrechtlichen Bindung im Innenverhältnis keiner Vollmacht im Außenverhältnis bedurft. In der Überlassung und Übertragung des Geldbetrags und in der Einräumung der Befugnis an den Verwalter, nach Maßgabe der Genussrechtsbedingungen über das Kapital der Anleger zu verfügen, und in der Verpflichtung, es in deren Interesse zu verwenden, lägen allgemein die beiden Elemente von treuhändischen Rechtsverhältnissen, die mit einer Vermögensüberlassung verbunden seien. Die Q AG schulde nach den Genussrechtsbedingungen keinen bestimmten Erfolg, das heiße die Zahlung eines bestimmten Entgelts und die Rückzahlung des Kapitals in feststehender Höhe, sondern die Mühewaltung, über das eingesetzte bzw. einzusetzende Kapital im Interesse der Anleger zu verfügen und dieses zu verwalten, was u. a. auch dadurch zum Ausdruck komme, dass sie entsprechende Verwaltungstätigkeiten zu entfalten habe, die in einzelne, gesonderte Rechnungskreise zusammengefassten Gelder gegeneinander abzugrenzen und für eine genaue und nachvollziehbare Zuordnung der Geldflüsse Sorge zu tragen habe.

Dieses Auftragsverhältnis sei der rechtlich maßgebliche Kern der zu beurteilenden Rechtsbeziehungen. Die verfahrensgegenständlichen Genussrechte beruhten nach Ansicht der belangten Behörde daher auf der auftragsrechtlich zu qualifizierenden Abrede, das Genusskapital sorgfaltsgemäß zu verwalten und für seine Vermehrung zu sorgen. Insgesamt ließen sich die Tätigkeiten als standardisierte Vermögensverwaltung umschreiben, die dadurch gekennzeichnet sei, dass der Geldgeber die Q AG als Anbieterin beauftragt habe, den von ihm übergebenen Geldbetrag gemeinsam mit den von anderen Anlegern übergebenen Geldbeträgen gemäß den Bestimmungen der jeweiligen Rechtsbeziehungen einzusetzen, zu verwalten und zu einem zu bestimmenden Zeitpunkt (Kündigung) wieder abzuschichten.

Zur Behauptung, mit der Übertragung des Anlegerkapitals erfolge eine gesellschaftsrechtliche

Unternehmensbeteiligung bzw. Finanzierung der Q AG wird bemerkt, dass bei den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen von Genussrechten unmittelbar am Unternehmensgegenstand angeknüpft werden könne. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Tätigkeiten sei die jeweilige vertragliche Abrede gegenüber den Anlegern maßgeblich. Die Anlagerichtlinien bildeten als Bestandteile der Verträge die inhaltlichen Pflichten eines Vermögensverwalters. Sie gäben dem Anleger auch die notwendigen Anhaltspunkte, die Verwendung des eingesetzten Kapitals nachzuvollziehen und die damit einhergehenden Risiken und Chancen abschätzen zu können. Zugleich bildeten sie die Verhaltensgrenzen für die Q AG und übernahmen damit die Funktion von Anlagerichtlinien, deren Verletzung auch sanktioniert sei (vorzeitiges Beendigungsrecht). Die Q AG sei verpflichtet, das überlassene Vermögen zu verwalten, einem operativ Tätigen zum Zweck der Erwirtschaftung von Gewinnen zu übertragen, über die Wertveränderungen Buch zu führen

und im Fall der Beendigung des Rechtsverhältnisses den jeweils aktuellen Gegenwert des entgegengenommenen Kapitals nach vereinbarten Kriterien zu ermitteln und den errechneten Gegenwert in Geld auszubezahlen. Es handle sich daher um die Ausprägung kollektiver Vermögensverwaltung und nicht um Finanzierungsinstrumente der Q AG selbst.

Da die Q AG mit den entgegen genommenen Anlegergeldern nach den Genussscheinbedingungen selbst keine operativen gewinn- oder verlustbringenden Tätigkeiten unternehme, partizipierten die Anleger auch nicht an der Unternehmenstätigkeit der Q AG, sondern am Gewinn oder Verlust einer Q AG-fremden, "der eigentlich Wert steigernden Anlegetätigkeit". Die Anleger seien somit mit der operativen Gesellschaft und nicht mit der Q AG wirtschaftlich verknüpft.

Gegen die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung, es liege eine Finanzierung der Q AG vor, werden sodann detailliert eine Reihe von Bestimmungen aus den Genussrechtsbedingungen ins Treffen geführt.

Im Zusammenhang mit dem Einwand, auf Grund einer Rechtsauskunft des Bundesministers für Finanzen von der Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise überzeugt gewesen zu sein, wird ausgeführt, dass das Bundesministerium für Finanzen "- offensichtlich Anfrage bedingt -" davon ausgegangen sei, dass zwischen der Q AG und den einzelnen Anlegern eine vollkommene Bindung der Q AG, die gesamten entgegengenommenen Gelder ohne Ausnahme ausschließlich der Tochtergesellschaft QH Inc. zur Entfaltung der operativen, primär auf Vermehrung gerichteten, jedoch Verminderung und in extremis den völligen Kapitalverlust nicht ausschließenden, Geschäftstätigkeit übertragen zu müssen, bestünde. Hievon ginge möglicherweise auch Prof. K noch immer aus. Diese Ansicht vermöge aber die belangte Behörde nicht zu teilen, zumal eine Übertragung des Genussrechtskapitals an eine andere Gesellschaft als die QH Inc. jederzeit möglich sei.

Nach Ausführungen zur Anwendbarkeit des österreichischen Bankwesengesetzes auf die gegenständlichen Geschäfte und zur Gewerblichkeit

der Tätigkeit der Q AG wird zum Verwaltungsbegriff des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG festgehalten, dass der übernehmenden Bank ein gewisser Entscheidungsspielraum offen stehen müsse. der Tätigkeit der Q AG wird zum Verwaltungsbegriff des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG festgehalten, dass der übernehmenden Bank ein gewisser Entscheidungsspielraum offen stehen müsse.

Zur subjektiven Tatseite wird bemerkt, dass § 98 Abs. 1 BWG als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren sei. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG trete insofern eine Umkehrung der Beweislast ein, als es Sache des Täters sei, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Nach allgemeinen Ausführungen, ob und inwieweit Unkenntnis des Gesetzes als unverschuldet angesehen werden kann, wird festgestellt, dass maßgebend sei, welches Maß an Sorgfalt den Umständen nach zur Vermeidung des tatbildmäßigen Unrechts objektiv geboten sei. Für Gesellschaften bzw. für deren Vorstandsmitglieder, die im Finanzierungs- und Anlagebereich tätig seien, bestünde die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausübung von Bankgeschäften laufend vertraut zu machen. Im Zweifelsfalle sei bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Werde dies unterlassen, so vermöge die Unkenntnis der Vorschrift nicht von Schuld zu befreien. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit herrsche, berechtige auch nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die für den Betreffenden günstigere Variante zu entscheiden. Vom Beschwerdeführer sei im Verwaltungsstrafverfahren darauf hingewiesen worden, dass neben (offenbar gemeint: der Verarbeitung bzw. Einholung von) zahlreichen Aufsätzen und Rechtsgutachten zur Klärung strittiger Fragen, insbesondere in der Frage einer bankenrechtlichen Konzessionspflicht unter Angabe des Sachverhalts mit dem Bundesministerium für Finanzen Kontakt aufgenommen worden sei. Das Bundesministerium für Finanzen habe mitgeteilt, dass die inländische Muttergesellschaft sowie die 100 %ige ausländische Tochtergesellschaft ab dem Zeitpunkt dem österreichischen Bankwesengesetz unterlägen, zu dem von der jeweiligen Gesellschaft Bankgeschäfte in Österreich gewerblich durchgeführt würden. Insoweit als die inländische Muttergesellschaft das von den Genussscheinberechtigten erhaltene Genussscheinkapital "ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit" bloß an die ausländische Tochtergesellschaft (z.B. in Form eines Gesellschafterzuschusses) übertrage, sei "keine Ingerenz des österreichischen Bankwesengesetzes gegeben". Zur subjektiven Tatseite wird bemerkt, dass Paragraph 98, Absatz eins, BWG als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren sei. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VStG trete insofern eine Umkehrung der Beweislast ein, als es Sache des Täters sei, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Nach allgemeinen Ausführungen, ob und inwieweit Unkenntnis des Gesetzes als unverschuldet angesehen werden kann, wird festgestellt, dass maßgebend sei, welches Maß an Sorgfalt den Umständen nach zur Vermeidung des tatbildmäßigen

Unrechts objektiv geboten sei. Für Gesellschaften bzw. für deren Vorstandsmitglieder, die im Finanzierungs- und Anlagebereich tätig seien, bestünde die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausübung von Bankgeschäften laufend vertraut zu machen. Im Zweifelsfalle sei bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen. Werde dies unterlassen, so vermöge die Unkenntnis der Vorschrift nicht von Schuld zu befreien. Der bloße Umstand, dass in einer bestimmten Rechtsfrage Rechtsunsicherheit herrsche, berechtige auch nicht dazu, sich ohne weitere Nachforschungen für die für den Betroffenen günstigere Variante zu entscheiden. Vom Beschwerdeführer sei im Verwaltungsstrafverfahren darauf hingewiesen worden, dass neben (offenbar gemeint: der Verarbeitung bzw. Einholung von) zahlreichen Aufsätzen und Rechtsgutachten zur Klärung strittiger Fragen, insbesondere in der Frage einer bankenrechtlichen Konzessionspflicht unter Angabe des Sachverhalts mit dem Bundesministerium für Finanzen Kontakt aufgenommen worden sei. Das Bundesministerium für Finanzen habe mitgeteilt, dass die inländische Muttergesellschaft sowie die 100 %ige ausländische Tochtergesellschaft ab dem Zeitpunkt dem österreichischen Bankwesengesetz unterlägen, zu dem von der jeweiligen Gesellschaft Bankgeschäfte in Österreich gewerblich durchgeführt würden. Insoweit als die inländische Muttergesellschaft das von den Genussscheinberechtigten erhaltene Genussscheinkapital "ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit" bloß an die ausländische Tochtergesellschaft (z.B. in Form eines Gesellschafterzuschusses) übertrage, sei "keine Ingerenz des österreichischen Bankwesengesetzes gegeben".

Das Gleiche gelte für die Geschäftstätigkeit der ausländischen Tochtergesellschaft, die im Ausland über das Genussscheinkapital im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verfüge, solange die Tochtergesellschaft nicht im Inland bankgeschäftlich tätig werde.

Damit sei dem Beschuldigten der erforderliche Nachweis, dass ihn an der Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe, aus folgenden Gründen nicht gelungen:

Der der Erledigung des Bundesministeriums für Finanzen zugrunde liegende Sachverhalt erweise sich als unvollständig. Er habe nicht die gesamte Tätigkeit der Q AG im Zusammenhang mit der Entgegennahme fremder Gelder, mit deren Einsatz, der Administrierung bzw. Verwaltung, der Auflösung der Rechtsbeziehungen und Abschichtung und Auszahlung von Geldern erfasst. Er habe auch die rechtlichen Möglichkeiten, die sich aus den Genussrechtsbedingungen ergäben, Anlegergelder nach freiem Ermessen auch an eine (andere) Gesellschaft oder die Verwaltung an Dritte abzugeben, nicht angesprochen.

1.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

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

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen: 2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß Paragraph 12, Absatz 3, VwGG gebildeten Senat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 1 Z 1 und 19 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 (§ 1 Abs. 1 Z 19 in der Fassung BGBl. Nr. 753/1996), lauten: 2.1. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins und 19 Bankwesengesetz (BWG), Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, (Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, 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:"§ 1. (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);

...

19. die Erbringung folgender Dienstleistungen in Bezug auf Finanzinstrumente, sofern diese Dienstleistungen das Halten von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Instrumenten nicht umfassen, sodass der Erbringer der Dienstleistungen diesbezüglich zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden werden kann (Finanzdienstleistungsgeschäft):

1. a) Litera a

die Beratung über die Veranlagung von Kundenvermögen;

2. b) Litera b

die Verwaltung von Kundenportefeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden;

c) die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder

mehrerer der in Z 7 lit. b bis f genannten Instrumente;" c) die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehrerer der in Ziffer 7, Litera b, bis f genannten Instrumente;"

2.2. Der angefochtene Bescheid beruht auf der Auffassung, dass die Tätigkeit der Q AG im Zusammenhang mit der Ausgabe der Q AG-Genussscheine bzw. der Q Ansparplan-Genussscheine den Tatbestand der "Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung" im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG erfülle. 2.2. Der angefochtene Bescheid beruht auf der Auffassung, dass die Tätigkeit der Q AG im Zusammenhang mit der Ausgabe der Q AG-Genussscheine bzw. der Q Ansparplan-Genussscheine den Tatbestand der "Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung" im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG erfülle.

Der Einlagenbegriff des § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG sei nicht erfüllt, die Vertragsbeziehungen mit den Kunden der Q AG vermittelten diesen einen Anspruch auf die anteilige, ihrem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung des eingesetzten Betrages bei Beendigung der Vertragsbeziehung. Es liege daher standardisierte Vermögensverwaltung vor; Aufgabe der Q AG sei die Tätigkeit der Verwaltung des zur Verfügung gestellten Kapitals, es erfolge keine Finanzierung der Tätigkeit der Q AG, sodass kein Genusskapital im Sinne des § 174 Abs. 3 AktG vorliege. Der Einlagenbegriff des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG sei nicht erfüllt, die Vertragsbeziehungen mit den Kunden der Q AG vermittelten diesen einen Anspruch auf die anteilige, ihrem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung des eingesetzten Betrages bei Beendigung der Vertragsbeziehung. Es liege daher standardisierte Vermögensverwaltung vor; Aufgabe der Q AG sei die Tätigkeit der Verwaltung des zur Verfügung gestellten Kapitals, es erfolge keine Finanzierung der Tätigkeit der Q AG, sodass kein Genusskapital im Sinne des Paragraph 174, Absatz 3, AktG vorliege.

2.3. Der Beschwerdeführer tritt dieser Beurteilung wie schon im Verwaltungsstrafverfahren unter Hinweis auf verschiedene gutachterliche Stellungnahmen entgegen. Darüber hinaus werden in der Beschwerde Verfahrensmängel im Hinblick auf die für die Subsumtion des Vorgehens der Q AG erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen und die Begründung des Bescheids geltend gemacht. Schließlich bestreitet der Beschwerdeführer - für den Fall, dass die Erfüllung des objektiven Tatbestands zu bejahen sei - sein Verschulden. Hiezu wird insbesondere auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 26. Mai 1999 verwiesen. Das Bundesministerium für Finanzen sei der Auffassung gewesen, dass die gegenständliche Konstruktion keine Konzessionspflicht begründe. Darüber hinaus wird auf das schon im Verwaltungsstrafverfahren erstattete Vorbringen, demzufolge auch die Wertpapieraufsicht der Ansicht gewesen sei, dass bei der gewählten Konstruktion keine Konzessionspflicht gegeben sei, und die Einholung von rechtlichem Rat durch einen Rechtsanwalt, weiterer Rechtsgutachten zur Frage der Konzessionspflicht und die persönliche Erfahrung und Qualifikation des zweiten Vorstandsmitglieds der Q AG, der ebenfalls als für die Einhaltung der Q AG verantwortlicher, zur Vertretung nach außen befugter Vertreter bestraft worden war (vgl. das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag zur Zl. 2006/17/0007), verwiesen. 2.3. Der Beschwerdeführer tritt dieser Beurteilung wie schon im Verwaltungsstrafverfahren unter Hinweis auf verschiedene gutachterliche Stellungnahmen entgegen. Darüber hinaus werden in der Beschwerde Verfahrensmängel im Hinblick auf die für die Subsumtion des Vorgehens der Q AG erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen und die Begründung des Bescheids geltend gemacht. Schließlich bestreitet der Beschwerdeführer - für den Fall, dass die Erfüllung des objektiven Tatbestands zu bejahen sei - sein Verschulden. Hiezu wird insbesondere auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 26. Mai 1999 verwiesen. Das Bundesministerium für Finanzen sei der Auffassung gewesen, dass die gegenständliche Konstruktion keine Konzessionspflicht begründe. Darüber hinaus wird auf das schon im Verwaltungsstrafverfahren erstattete Vorbringen, demzufolge auch die Wertpapieraufsicht der Ansicht gewesen sei, dass bei der gewählten Konstruktion keine Konzessionspflicht gegeben sei, und die Einholung von rechtlichem Rat durch einen Rechtsanwalt, weiterer Rechtsgutachten zur Frage der Konzessionspflicht und die

persönliche Erfahrung und Qualifikation des zweiten Vorstandsmitglieds der Q AG, der ebenfalls als für die Einhaltung der Q AG verantwortlicher, zur Vertretung nach außen befugter Vertreter bestraft worden war vergleiche das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag zur Zl. 2006/17/0007), verwiesen.

2.4. Zur objektiven Tatseite:

2.4.1. Der Beschwerdeführer bestreitet die Erfüllung des Tatbestandes des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG unter Hinweis auf das im Verwaltungsstrafverfahren vorgelegte Gutachten von Prof. K insbesondere deshalb, weil den Kunden der Q AG kein unbedingter Rückzahlungsanspruch zugestanden sei. Auch bei Entgegennahme von fremden Geldern zur Verwaltung müsse der Rückzahlungsanspruch ein unbedingter sein, wobei unter "unbedingt" (wie sich aus dem Zusammenhalt mit den im Verfahren vorgelegten Gutachten ergibt) ein "der Höhe nach weitgehend fixer" Anspruch verstanden wird (im Gutachten von Prof. K wird formuliert: "Allein dann, wenn der Geldgeber sichergehen kann, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrags zurückfordern kann ..., wird der Begriff des Einlagengeschäfts erfüllt"). 2.4.1. Der Beschwerdeführer bestreitet die Erfüllung des Tatbestandes des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG unter Hinweis auf das im Verwaltungsstrafverfahren vorgelegte Gutachten von Prof. K insbesondere deshalb, weil den Kunden der Q AG kein unbedingter Rückzahlungsanspruch zugestanden sei. Auch bei Entgegennahme von fremden Geldern zur Verwaltung müsse der Rückzahlungsanspruch ein unbedingter sein, wobei unter "unbedingt" (wie sich aus dem Zusammenhalt mit den im Verfahren vorgelegten Gutachten ergibt) ein "der Höhe nach weitgehend fixer" Anspruch verstanden wird (im Gutachten von Prof. K wird formuliert: "Allein dann, wenn der Geldgeber sichergehen kann, dass er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrags zurückfordern kann ..., wird der Begriff des Einlagengeschäfts erfüllt").

Hiezu ist darauf zu verweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, und vom 4. September 2008, Zl. 2008/17/0034, zu § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG klargestellt hat, dass dieser Tatbestand nicht das Vorliegen einer "Einlage" im Sinne des zweiten Tatbestandes des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG voraussetze. Wenn in der Literatur, so insbesondere auch von Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten, ÖBA 1999/10, 778 (783), auf welche sich auch der Beschwerdeführer beruft, zum Begriff der "Einlage" im Sinne des zweiten Tatbestandes ein unbedingter Rückzahlungsanspruch als Voraussetzung für das Vorliegen einer Einlage vertreten werde, sei dies für den ersten Tatbestand nicht maßgeblich, weil dieser keine "Einlage" in diesem Sinne voraussetze. Hiezu ist darauf zu verweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, und vom 4. September 2008, Zl. 2008/17/0034, zu Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG klargestellt hat, dass dieser Tatbestand nicht das Vorliegen einer "Einlage" im Sinne des zweiten Tatbestandes des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG voraussetze. Wenn in der Literatur, so insbesondere auch von Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten, ÖBA 1999/10, 778 (783), auf welche sich auch der Beschwerdeführer beruft, zum Begriff der "Einlage" im Sinne des zweiten Tatbestandes ein unbedingter Rückzahlungsanspruch als Voraussetzung für das Vorliegen einer Einlage vertreten werde, sei dies für den ersten Tatbestand nicht maßgeblich, weil dieser keine "Einlage" in diesem Sinne voraussetze.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ein Gutachten von Prof. K vorgelegt hat in dem diese unter Hinweis auf einige (als herrschende Lehre bezeichnete) diesbezügliche Äußerungen in der Literatur zum gegenteiligen Ergebnis (nämlich dass der Einlagenbegriff auch bei § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall maßgeblich sei) kommt, ist auf Grund der folgenden Überlegungen nicht geeignet, eine Änderung der in den genannten Erkenntnissen vertretenen Rechtsauffassung nahe zu legen. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren ein Gutachten von Prof. K vorgelegt hat, in dem diese unter Hinweis auf einige (als herrschende Lehre bezeichnete) diesbezügliche Äußerungen in der Literatur zum gegenteiligen Ergebnis (nämlich dass der Einlagenbegriff auch bei Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall maßgeblich sei) kommt, ist auf Grund der folgenden Überlegungen nicht geeignet, eine Änderung der in den genannten Erkenntnissen vertretenen Rechtsauffassung nahe zu legen.

Dass einzelne Autoren beim "Einlagengeschäft" bzw. zu § 1 Abs. 1 Z 1 BWG insgesamt (also nicht bloß bei § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG) vom (unbedingten) Rückzahlungsanspruch sprechen, stellt noch keine Begründung für die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung dar. Wenn Prof. K ausführt, dass sich dieses Ergebnis aus der Systematik des Gesetzes ergebe, weil das Gesetz beide Fälle als "vollwertige Parallelfälle" ansehe und sich der Rückzahlungsanspruch aus dem Element der "Entgegennahme fremden Geldes" ableitet, übergeht sie den Umstand, dass es erst begründungsbedürftig wäre, inwiefern aus dem Terminus "Entgegennahme fremden Geldes" - zumal in Verbindung

mit dem Tatbestand "zur Verwaltung" - zwingend auf einen unbedingten Rückzahlungsanspruch zu schließen wäre. Dafür, dass etwa nur ein positiver Anlageerfolg dem Anleger zu Gute kommen sollte, Verluste aber das Kreditinstitut zu tragen hätte, fehlt ein Anhaltspunkt. Was jedoch ein "unbedingter" Rückzahlungsanspruch in diesem Sinne im Falle der Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung sein sollte, wird nicht näher erläutert. Dass einzelne Autoren beim "Einlagengeschäft" bzw. zu Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG insgesamt (also nicht bloß bei Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall BWG) vom (unbedingten) Rückzahlungsanspruch sprechen, stellt noch keine Begründung für die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung dar. Wenn Prof. K ausführt, dass sich dieses Ergebnis aus der Systematik des Gesetzes ergebe, weil das Gesetz beide Fälle als "vollwertige Parallelfälle" ansehe und sich der Rückzahlungsanspruch aus dem Element der "Entgegennahme fremden Geldes" ableitet, übergeht sie den Umstand, dass es erst begründungsbedürftig wäre, inwiefern aus dem Terminus "Entgegennahme fremden Geldes" - zumal in Verbindung mit dem Tatbestand "zur Verwaltung" - zwingend auf einen unbedingten Rückzahlungsanspruch zu schließen wäre. Dafür, dass etwa nur ein positiver Anlageerfolg dem Anleger zu Gute kommen sollte, Verluste aber das Kreditinstitut zu tragen hätte, fehlt ein Anhaltspunkt. Was jedoch ein "unbedingter" Rückzahlungsanspruch in diesem Sinne im Falle der Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung sein sollte, wird nicht näher erläutert.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das in der Literatur betonte Bestehen eines "Rückzahlungsanspruches" (Chini/Frölichsthal, § 1 Anm. 11, unter Berufung auf Laurer, Handkommentar, Rz 20 zu § 1), auf welche die Gutachterin verweist, im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Einlagengeschäfts von synallagmatischen Verträgen wie einem Kaufvertrag (bei dem kein Rückzahlungsanspruch, sondern der Anspruch auf Hingabe des Kaufgegenstandes besteht), einem Dienstleistungsvertrag oder ähnlichem, herangezogen wird. Chini/Frölichsthal sprechen auch nicht von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" sondern davon, dass ausschlaggebend sei, ob "primär ein Rückzahlungsanspruch oder ein Anspruch auf die synallagmatische Gegenleistung" bestehe. Dass im Beschwerdefall ein derartiger Rückzahlungsanspruch besteht, ist unbestritten (die terminologische Problematik, welches Eigenschaftswort zur Kennzeichnung des Rückzahlungsanspruchs zu verwenden ist, liegt letztlich auch der deutschen Diskussion zu Grunde, dazu näher unten; wenn sich die Hinweise auf einen "unbedingten" Rückzahlungsanspruch in dieser Diskussion bereits vor der Aufnahme der Beifügung des Adverbs "unbedingt" zu "rückzahlbar" in § 1 Abs. 1 Nr. 2 dt. KWG finden, ist damit nicht zwingend verbunden, dass darunter etwas anderes zu verstehen ist als der "primäre" Rückzahlungsanspruch bzw. ein jederzeit, unabhängig vom Eintritt bestimmter Bedingungen geltend machbarer Anspruch). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das in der Literatur betonte Bestehen eines "Rückzahlungsanspruches" (Chini/Frölichsthal, Paragraph eins, Anmerkung 11, , unter Berufung auf Laurer, Handkommentar, Rz 20 zu Paragraph eins,), auf welche die Gutachterin verweist, im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Einlagengeschäfts von synallagmatischen Verträgen wie einem Kaufvertrag (bei dem kein Rückzahlungsanspruch, sondern der Anspruch auf Hingabe des Kaufgegenstandes besteht), einem Dienstleistungsvertrag oder ähnlichem, herangezogen wird. Chini/Frölichsthal sprechen auch nicht von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" sondern davon, dass ausschlaggebend sei, ob "primär ein Rückzahlungsanspruch oder ein Anspruch auf die synallagmatische Gegenleistung" bestehe. Dass im Beschwerdefall ein derartiger Rückzahlungsanspruch besteht, ist unbestritten (die terminologische Problematik, welches Eigenschaftswort zur Kennzeichnung des Rückzahlungsanspruchs zu verwenden ist, liegt letztlich auch der deutschen Diskussion zu Grunde, dazu näher unten; wenn sich die Hinweise auf einen "unbedingten" Rückzahlungsanspruch in dieser Diskussion bereits vor der Aufnahme der Beifügung des Adverbs "unbedingt" zu "rückzahlbar" in Paragraph eins, Absatz eins, Nr. 2 dt. KWG finden, ist damit nicht zwingend verbunden, dass darunter etwas anderes zu verstehen ist als der "primäre" Rückzahlungsanspruch bzw. ein jederzeit, unabhängig vom Eintritt bestimmter Bedingungen geltend machbarer Anspruch).

Waldhäusl, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften, 22, auf den im Gutachten ebenfalls verwiesen wird, ist nur zu entnehmen, dass gesellschafts- bzw. genossenschaftsrechtliche Einlagen nicht unter § 1 Abs. 2 Z 1 KWG fielen (wofür auf Laurer in Fremuth et al., KWG § 1 Rz 17 verwiesen wird). Waldhäusl, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften, 22, auf den im Gutachten ebenfalls verwiesen wird, ist nur zu entnehmen, dass gesellschafts- bzw. genossenschaftsrechtliche Einlagen nicht unter Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, KWG fielen (wofür auf Laurer in Fremuth et al., KWG Paragraph eins, Rz 17 verwiesen wird).

Wenn schon Kalss, ÖBA 1999, 778, hier: 783, als Beleg für ihre Auffassung auf die Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher

Vorschriften, BT 13/7142, 63, verweist, in denen von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" die Rede ist (mittlerweile wurde die Beifügung "unbedingt" auch in den Gesetzestext aufgenommen), so ist aus dem Kontext der zitierten Stelle ableitbar, dass sich diese Begriffsbildung im Hinblick auf den Versuch einer Abgrenzung von Genussrechten insoweit erklärt, als "am laufenden Verlust des kapitalnehmenden Unternehmens (teilnehmende) sowie nachrangige Forderungen, die vereinbarungsgemäß im Falle der Liquidation des kapitalnehmenden Unternehmens hinter die anderen Forderungen gegen das Unternehmen zurücktreten", nur "bedingt" rückzahlbar seien. Die genannten Beispielsfälle sind daher solche, bei denen es um die Aufnahme von Kapital durch ein Unternehmen und die Beteiligung an Gewinn und Verlust des Unternehmens als solchem geht (wenn Kalss, a. a.O., 783, formuliert, ein bloßer Anspruch "auf den augenblicklichen, vom Erfolg des Unternehmens abhängigen aliquoten Anteil (bedingter Rückzahlungsanspruch)" erfülle den Begriff der Rückzahlbarkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG nicht, wird einerseits das Wort "aliquot" nicht auf eine Gesamtheit von veranlagten Geldern wie im Beschwerdefall, sondern auf das Gesamtunternehmen bezogen, und überdies damit auch nur die von der deutschen Bundesregierung zur Abgrenzung, welche Beteiligungsformen an Unternehmen nach der vorgeschlagenen Regelung unter das KWG fallen und welche nicht, wieder gegeben, ohne dass damit etwas für die Beurteilung der hier vorliegenden Konstruktion zu gewinnen wäre, die bei den Erläuterungen der deutschen Bundesregierung nicht in den Blick genommen war). Wenn schon Kalss, ÖBA 1999, 778, hier: 783, als Beleg für ihre Auffassung auf die Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT 13/7142, 63, verweist, in denen von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" die Rede ist (mittlerweile wurde die Beifügung "unbedingt" auch in den Gesetzestext aufgenommen), so ist aus dem Kontext der zitierten Stelle ableitbar, dass sich diese Begriffsbildung im Hinblick auf den Versuch einer Abgrenzung von Genussrechten insoweit erklärt, als "am laufenden Verlust des kapitalnehmenden Unternehmens (teilnehmende) sowie nachrangige Forderungen, die vereinbarungsgemäß im Falle der Liquidation des kapitalnehmenden Unternehmens hinter die anderen Forderungen gegen das Unternehmen zurücktreten", nur "bedingt" rückzahlbar seien. Die genannten Beispielsfälle sind daher solche, bei denen es um die Aufnahme von Kapital durch ein Unternehmen und die Beteiligung an Gewinn und Verlust des Unternehmens als solchem geht (wenn Kalss, a. a.O., 783, formuliert, ein bloßer Anspruch "auf den augenblicklichen, vom Erfolg des Unternehmens abhängigen aliquoten Anteil (bedingter Rückzahlungsanspruch)" erfülle den Begriff der Rückzahlbarkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG nicht, wird einerseits das Wort "aliquot" nicht auf eine Gesamtheit von veranlagten Geldern wie im Beschwerdefall, sondern auf das Gesamtunternehmen bezogen, und überdies damit auch nur die von der deutschen Bundesregierung zur Abgrenzung, welche Beteiligungsformen an Unternehmen nach der vorgeschlagenen Regelung unter das KWG fallen und welche nicht, wieder gegeben, ohne dass damit etwas für die Beurteilung der hier vorliegenden Konstruktion zu gewinnen wäre, die bei den Erläuterungen der deutschen Bundesregierung nicht in den Blick genommen war).

Für die hier zu beurteilende Konstruktion und die Subsumierung unter den Begriff der "Verwaltung" im Sinne des österreichischen Bankwesengesetzes lassen sich aus den genannten Erläuterungen keine abschließenden Schlüsse ziehen. Der an der zitierten Stelle weiters genannte (positive) Fall, in dem von einem Bankgeschäft auszugehen sei, nämlich eine stille Einlage, bei der die Teilhabe am Verlust abbedungen sei, stellt zwar tatsächlich einen Anspruch dar, bei dem ein der Höhe nach bestimmter Betrag zurückzuzahlen ist, auch dabei ist die Abgrenzung aber gegenüber einem Anspruch gegeben, der vom Geschäftserfolg des Unternehmens abhinge, an dem die Beteiligung erfolgt, und nicht vom Ergebnis einer Verwaltungstätigkeit, die sich auf ein bestimmtes, abgegrenztes Vermögen bezieht.

Im Übrigen wird aber auch ohne den im BWG enthaltenen Wortlaut von der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung zum deutschen KWG in der Lehre die "Vermögensverwaltung im Treuhandmodell" als Bankgeschäft nach dem deutschen KWG gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG (Einlagengeschäft) verstanden (Balzer in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 45 Rz 8). Die deutsche Lehre geht also ungeachtet der im Gutachten betonten Verwendung der Beifügung "unbedingt" im Zusammenhang mit dem Rückzahlungsanspruch offenbar nicht davon aus, dass der Anspruch nicht auch (lediglich) auf die Herausgabe dessen gerichtet sein kann, was als Ergebnis der Verwaltung vorhanden ist. Im Übrigen wird aber auch ohne den im BWG enthaltenen Wortlaut von der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung zum deutschen KWG in der Lehre die "Vermögensverwaltung im Treuhandmodell" als Bankgeschäft nach dem deutschen KWG gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Satz 2 Nr. 1 KWG (Einlagengeschäft) verstanden (Balzer in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, Paragraph 45, Rz 8). Die deutsche Lehre geht also ungeachtet der im

Gutachten betonten Verwendung der Beifügung "unbedingt" im Zusammenhang mit dem Rückzahlungsanspruch offenbar nicht davon aus, dass der Anspruch nicht auch (lediglich) auf die Herausgabe dessen gerichtet sein kann, was als Ergebnis der Verwaltung vorhanden ist.

Auch die im Gutachten von Prof. K vom 15. Juli 2004 (das gegenüber dem Beschwerdeführer zur Zl. 2006/17/0007 erstattet wurde) enthaltenen Belegstellen aus der Literatur erscheinen nicht geeignet, die von der Beschwerde getroffene Ableitung zu stützen

(dass etwa "the repayment demand of the deposits ... to prevail

over any other form of consideration" habe, schließt die Subsumierung der hier vorliegenden Konstruktion unter einen so verstandenen Begriff des Rückzahlungsanspruches gerade nicht aus; ob man einen solchen Anspruch als "unbedingt" oder nicht bezeichnet, ist demgegenüber sekundär; bei Laurer, in:

Fremuth et al, KWG2, § 1 Rz 15, wird nur darauf hingewiesen, dass die Forderung des Vertragspartners in Geld bestehen müsse; inwieweit dies auf eine "Unbedingtheit" des Anspruchs im Sinne der Beschwerdeausführungen hindeutet, ist nicht ersichtlich). Fremuth et al, KWG2, Paragraph eins, Rz 15, wird nur darauf hingewiesen, dass die Forderung des Vertragspartners in Geld bestehen müsse; inwieweit dies auf eine "Unbedingtheit" des Anspruchs im Sinne der Beschwerdeausführungen hindeutet, ist nicht ersichtlich).

Auch die teleologische Überlegung, die am Schutzbedarf des Einlegers anknüpft, spricht nicht dafür, Vertragsgestaltungen, bei denen kein "unbedingter Rückzahlungsanspruch" in dem von der Beschwerde verstandenen Sinn besteht, aus dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG auszunehmen. Dass nur derjenige "die typische Schutzwürdigkeit eines Einlegers, der damit in die Einlagensicherung gemäß § 93 BWG einbezogen wird und dem gegenüber das Einlagengeschäft betreibende Unternehmen aufsichtsrechtlichen Sicherungen unterworfen wird", habe, der einen "unbedingten Rückzahlungsanspruch" gegen die Bank im Sicherungsfall hätte, ist kein Argument gegen die Annahme des Eingreifens des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG. Das Argument richtet sich im Grunde gegen die Einbeziehung des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG in den Anwendungsbereich der Einlagensicherung generell. Es wäre aber zu klären, in welcher Form eine solche Einlagensicherung überhaupt greifen könnte (zu welchem Ergebnis die Anwendung des § 93 BWG im Fall der Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung führen würde). Eine Vertragsgestaltung, bei der das Risiko für den Anlageerfolg beim Kunden liegt, muss selbst bei grundsätzlicher Einbeziehung der Verträge in die Einlagensicherung nicht bedeuten, dass die Anleger einen bestimmten Mindestbetrag (bzw. den ursprünglich zur Verwaltung übergebenen Betrag) erhalten müssten (und ihnen insofern das Risiko abgenommen würde). Es mag als Widerspruch in sich gesehen werden, formal auch solche Verträge in die Einlagensicherung eingebunden zu bezeichnen, bei der Bemessung des gesicherten Anspruchs jedoch auf den Erfolg der Anlage abzustellen. Es steht aber nichts entgegen, den Anspruch der solcherart gesicherten Anleger in eben jener Weise zu berechnen, wie sie sich aus den Anlagebedingungen ergibt, woraus uU eine Leistungsfreiheit der Sicherungseinrichtung oder eine nur minimale Zahlungspflicht resultieren könnte. Auch im Einlagensicherungsfall muss aber das aus der Anlage noch vorhandene Vermögen nicht null sein, sodass insoweit sehr wohl Raum für eine Befriedigung auch solcher Kunden durch die Anlegerschutzeinrichtung wäre. Auch die teleologische Überlegung, die am Schutzbedarf des Einlegers anknüpft, spricht nicht dafür, Vertragsgestaltungen, bei denen kein "unbedingter Rückzahlungsanspruch" in dem von der Beschwerde verstandenen Sinn besteht, aus dem Anwendungsbereich des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG auszunehmen. Dass nur derjenige "die typische Schutzwürdigkeit eines Einlegers, der damit in die Einlagensicherung gemäß Paragraph 93, BWG einbezogen wird und dem gegenüber das Einlagengeschäft betreibende Unternehmen aufsichtsrechtlichen Sicherungen unterworfen wird", habe, der einen "unbedingten Rückzahlungsanspruch" gegen die Bank im Sicherungsfall hätte, ist kein Argument gegen die Annahme des Eingreifens des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG. Das Argument richtet sich im Grunde gegen die Einbeziehung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG in den Anwendungsbereich der Einlagensicherung generell. Es wäre aber zu klären, in welcher Form eine solche Einlagensicherung überhaupt greifen könnte (zu welchem Ergebnis die Anwendung des Paragraph 93, BWG im Fall der Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung führen würde). Eine Vertragsgestaltung, bei der das Risiko für den Anlageerfolg beim Kunden liegt, muss selbst bei grundsätzlicher Einbeziehung der Verträge in die Einlagensicherung nicht bedeuten, dass die Anleger einen bestimmten Mindestbetrag (bzw. den ursprünglich zur Verwaltung übergebenen Betrag) erhalten müssten (und ihnen insofern das Risiko abgenommen würde). Es mag als Widerspruch in sich gesehen werden, formal auch solche Verträge in die Einlagensicherung eingebunden zu bezeichnen, bei der

Bemessung des gesicherten Anspruchs jedoch auf den Erfolg der Anlage abzustellen. Es steht aber nichts entgegen, den Anspruch der solcherart gesicherten Anleger in eben jener Weise zu berechnen, wie sie sich aus den Anlagebedingungen ergibt, woraus uU eine Leistungsfreiheit der Sicherungseinrichtung oder eine nur minimale Zahlungspflicht resultieren könnte. Auch im Einlagensicherungsfall muss aber das aus der Anlage noch vorhandene Vermögen nicht null sein, sodass insoweit sehr wohl Raum für eine Befriedigung auch solcher Kunden durch die Anlegerschutz Einrichtung wäre.

Die teleologische Überlegung von Prof. K über die Einlagensicherung greift somit in dieser Form nicht, weil die Annahme des Vorliegens eines Bankgeschäftes im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG nicht zu dem von Prof. K unterstellten (und offenbar als absurd empfundenen) Ergebnis führen würde. Die teleologische Überlegung von Prof. K über die Einlagensicherung greift somit in dieser Form nicht, weil die Annahme des Vorliegens eines Bankgeschäftes im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG nicht zu dem von Prof. K unterstellten (und offenbar als absurd empfundenen) Ergebnis führen würde.

Es trifft insofern also nicht zu, dass die auch in dem im Verfahren erstatteten Gutachten von Prof. J vertretene Auffassung, die der hier zu Grunde gelegten entspricht, darauf hinausliefe, dass die Genussrechtsanleger darauf dringen müssten, dass das Kreditinstitut in Konkurs gehe, um jedenfalls die garantierte Summe zu erhalten. Es ist nicht zwingend, dass - wie Prof. K zu Grunde legt - im Fall des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG auch dann der Anspruch auf die jeweils durch die Einlagensicherung garantierte (Höchst-)Summe bestünde (wenn der ursprünglich hingegebene Betrag diese Summe erreicht oder überstiegen hatte), selbst wenn das hingegebene Vermögen zufolge der zwischenzeitigen Verwaltung im Zeitpunkt des Eintritts des Sicherungsfalles nicht mehr den Wert dieser Summe hätte. Insofern ist dieses in Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vorgelegten Gutachten von Prof. J entwickelte Argument nicht geeignet, die Annahme des Vorliegens eines Bankgeschäftes bei der hier vorliegenden Konstruktion zu widerlegen. Es trifft insofern also nicht zu, dass die auch in dem im Verfahren erstatteten Gutachten von Prof. J vertretene Auffassung, die der hier zu Grunde gelegten entspricht, darauf hinausliefe, dass die Genussrechtsanleger darauf dringen müssten, dass das Kreditinstitut in Konkurs gehe, um jedenfalls die garantierte Summe zu erhalten. Es ist nicht zwingend, dass - wie Prof. K zu Grunde legt - im Fall des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG auch dann der Anspruch auf die jeweils durch die Einlagensicherung garantierte (Höchst-)Summe bestünde (wenn der ursprünglich hingegebene Betrag diese Summe erreicht oder überstiegen hatte), selbst wenn das hingegebene Vermögen zufolge der zwischenzeitigen Verwaltung im Zeitpunkt des Eintritts des Sicherungsfalles nicht mehr den Wert dieser Summe hätte. Insofern ist dieses in Auseinandersetzung mit dem im Verfahren vorgelegten Gutachten von Prof. J entwickelte Argument nicht geeignet, die Annahme des Vorliegens eines Bankgeschäftes bei der hier vorliegenden Konstruktion zu widerlegen.

Der Umstand, dass nur Anleger "schutzwürdig" erschienen, die einen unbedingten Rückzahlungsanspruch gegen die Bank im Sicherungsfall hätten, führt nicht dazu, dass etwa die von Prof. K insofern als nicht schutzwürdig erachteten Anleger insoweit "bevorzugt" würden, weil sie etwa aus der Einlagensicherung einen über ihren nach dem jeweils eingegangenen Risiko ohne Eintritt des Sicherungsfalles in diesem Zeitpunkt bestehenden Anspruch zuerkannt bekämen.

Wenn im Zusammenhang mit der Frage, wie der Rückzahlungsanspruch des Kunden gestaltet sein muss, damit ein Rechtsgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG vorliege, wie auch in dem vorgelegten Gutachten von Prof. G darauf verwiesen wird, dass nach der deutschen Lehre ein unbedingter Rückzahlungsanspruch erforderlich sei, der bei stillen Einlagen oder Genussrechten fehle, so ist dazu zu bemerken, dass es präzisierungsbedürftig ist, was unter "Genussrechten" zu verstehen ist. Die bloße Verwendung einer Bezeichnung ist für die Auslegung der bankrechtlichen Regelungen, insbesondere des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG, noch nicht aussagekräftig. Pointiert formuliert ist festzuhalten, dass die Aussage (die sich insoweit auch mit den bereits genannten Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien, BT 13/7142, deckt) für stille Beteiligungen und "klassische Genussrechte" zutrifft, dass aber erst zu belegen ist, ob die hier vorliegende Konstruktion als "klassisches Genussrecht" zu qualifizieren ist. Wie darzustellen ist, bestehen nämlich signifikante Unterschiede zu den Vertragsgestaltungen, die unter dem Begriff "Genussrecht" verstanden werden. Wenn im Zusammenhang mit der Frage, wie der Rückzahlungsanspruch des Kunden gestaltet sein muss, damit ein Rechtsgeschäft nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG vorliege, wie auch in dem vorgelegten Gutachten von Prof. G darauf verwiesen wird, dass nach der deutschen Lehre ein unbedingter Rückzahlungsanspruch erforderlich sei, der bei stillen Einlagen oder

Genussrechten fehle, so ist dazu zu bemerken, dass es präzisierungsbedürftig ist, was unter "Genussrechten" zu verstehen ist. Die bloße Verwendung einer Bezeichnung ist für die Auslegung der bankrechtlichen Regelungen, insbesondere des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG, noch nicht aussagekräftig. Pointiert formuliert ist festzuhalten, dass die Aussage (die sich insoweit auch mit den bereits genannten Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien, BT 13/7142, deckt) für stille Beteiligungen und "klassische Genussrechte" zutrifft, dass aber erst zu belegen ist, ob die hier vorliegende Konstruktion als "klassisches Genussrecht" zu qualifizieren ist. Wie darzustellen ist, bestehen nämlich signifikante Unterschiede zu den Vertragsgestaltungen, die unter dem Begriff "Genussrecht" verstanden werden.

Wenn Prof. K betont, Genussrechtskapital stelle Risikokapital dar, ist für die Beurteilung der im Beschwerdefall vorliegenden Konstruktion noch nichts gewonnen. Dass der Geldgeber bei Genussrechtskapital am unternehmerischen Risiko teilnimmt und deshalb in einem solchen Fall keine "Einlage" im Sinne des BWG vorliege, trifft zu, besagt aber nicht, dass solches im Beschwerdefall vorgelegen wäre. Die Geldgeber im Beschwerdefall beteiligten sich nicht am Risiko eines Unternehmens, dem sie Kapital hingaben, sondern schlossen mit ihrem Vertragspartner einen Vertrag betreffend die Verwaltung der hingegebenen Gelder nach bestimmten Grundsätzen. Es liegt in einem solchen Fall daher nicht ein Genussrecht im Sinn der Hingabe von Kapital für den unternehmerischen Zweck des Unternehmens, dem das Kapital überlassen wird, vor ("Risikokapital" liegt nur insofern vor, als der Rückzahlungsanspruch vom Verwaltungserfolg abhängt; damit bedeutet aber die Hingabe des Kapitals gerade nicht die Beteiligung am Erfolg des Unternehmens Q AG schlechthin; in diesem Sinne wäre der Ausdruck "Risikokapital" im vorliegenden Zusammenhang verfehlt). Der Genussschein stellt nicht eine Beteiligung an einem Unternehmen dar, sondern es wird aus den aus der Begebung der Genussscheine lukrierten Mitteln ein getrennt verwaltetes Vermögen gebildet. Die Hinweise auf die deutsche Lehre zur Abgrenzung zwischen "Einlagen" und "Genussrechten", bei denen ein unternehmerisches Risiko übernommen wird, greifen daher zu kurz. Die Geldgeber der Q AG beteiligten sich nicht an deren Unternehmensrisiko, sondern überließen dieser Geld auf dass dieses durch geeignete Gestion der Q AG, die sich ausschließlich auf die aus der Genussscheinbegebung eingehenden Mittel bezog, vermehrt werde. Wenn dabei gleichzeitig ein Risiko des Verlustes aus den von der Q AG vorgenommenen Veranlagungen verbunden war, macht dies die Veranlagung nicht zur Hingabe von "Genussrechtskapital" in dem Sinn, wie dies die im Verfahren vorgelegten Gutachten nahe legen wollen. Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich (wie oben schon dargelegt), dass die teleologische Überlegung von Prof. K über die Einlagensicherung nicht greift.

Auch der Hinweis auf die unterschiedlichen Verwaltungsbegriffe des BWG führt zu keinem anderen Ergebnis. Zur Abgrenzung zwischen der Entgegennahme zur Verwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG und der Verwaltung von Kundenportefeuilles im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 19 BWG hat der Verwaltungsgerichtshof schon im hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, Stellung genommen. Wie Prof. K zutreffend ausführt, bleibt bei letzterer das Eigentum an den Wertpapieren beim Kunden. Die entsprechenden Ausführungen in dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Gutachten sind daher ebenfalls nicht geeignet, die Auffassung zu stützen, die hier zu beurteilenden Vertragsgestaltungen könnten nicht unter § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG fallen. Auch der Hinweis auf die unterschiedlichen Verwaltungsbegriffe des BWG führt zu keinem anderen Ergebnis. Zur Abgrenzung zwischen der Entgegennahme zur Verwaltung im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG und der Verwaltung von Kundenportefeuilles im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG hat der Verwaltungsgerichtshof schon im hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, Stellung genommen. Wie Prof. K zutreffend ausführt, bleibt bei letzterer das Eigentum an den Wertpapieren beim Kunden. Die entsprechenden Ausführungen in dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Gutachten sind daher ebenfalls nicht geeignet, die Auffassung zu stützen, die hier zu beurteilenden Vertragsgestaltungen könnten nicht unter Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG fallen.

Nicht zwingend ist auch die in dem im Verfahren vorgelegten Gutachten enthaltene Überlegung zum Gemeinschaftsrecht. Die Gutachterin stellt (in Übernahme der schon in den EB RV 1130 BlgNR) nicht zwingend ist auch die in dem im Verfahren vorgelegten Gutachten enthaltene Überlegung zum Gemeinschaftsrecht. Die Gutachterin stellt (in Übernahme der schon in den EB Regierungsvorlage 1130, BlgNR

18. GP enthaltenen Ausführungen zu den früheren aufsichtsrechtlichen Richtlinien) nicht in Abrede, dass (auch) die nunmehrige Bankenaufsichtsrichtlinie lediglich einen europarechtlichen Minimalbegriff des Kreditinstituts, der vom nationalen Gesetzgeber auch weiter gefasst werden kann, umschreibe. Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom

21. November 2002, Rs C-356/00, Testa und Lazzeri, geht sie jedoch davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber, hätte er einen weiteren Rückzahlungsbegriff als der Gemeinschaftsgesetzgeber zu Grunde gelegt, eine Kennzeichnung der dann vorliegenden Abweichung vornehmen hätte müssen. Dazu ist zu bemerken, dass auch dieses Argument von der Prämisse abhängt, der Richtlinie liege ein Einlagenbegriff zu Grunde, der einen "unbedingten Rückzahlungsanspruch" im vorstehend skizzierten Sinn erfordere (dazu siehe auch oben zur deutschen Diskussion). Gerade der Umstand, dass nach der Richtlinie auch "andere rückzahlbare Gelder" unter den Begriff des Einlagengeschäftes gezählt werden (was seinerzeit eine Erweiterung des Kreises der durch die nationalen Vorschriften erfassten Bankgeschäfte erforderlich machte), lässt den Schluss, das Gemeinschaftsrecht gehe von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" im Sinne des Gutachtens aus, nicht zwingend erscheinen. Es kommt damit aber auch eine Übertragung der Aussagen des EuGH im genannten Urteil in der Rechtssache C-356/00 auf die Auslegung von Umsetzungsvorschriften bezüglich des bankrechtlichen Begriffes des Einlagengeschäftes nicht in Betracht, da das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall keine abschließende Definition enthält, wie sie in der dem zitierten Urteil zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie zu Grunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage vorhanden war (vgl. auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-366/97, Romanelli, aus dem das gemeinschaftsrechtliche Gebot zur weiten Auslegung des Begriffes der Entgegennahme rückzahlbarer Gelder zu entnehmen ist; durch eine weite Auslegung des Begriffes kann daher keine Abweichung vom Gemeinschaftsrecht begründet werden). Es besteht somit nicht die Notwendigkeit der Annahme eines Gebots einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation dahin gehend, dass eine Verletzung des Gebots zur Kennzeichnung von Abweichungen vermieden würde.¹⁸ Gesetzgebungsperiode enthaltenen Ausführungen zu den früheren aufsichtsrechtlichen Richtlinien) nicht in Abrede, dass (auch) die nunmehrige Bankenaufsichtsrichtlinie lediglich einen europarechtlichen Minimalbegriff des Kreditinstituts, der vom nationalen Gesetzgeber auch weiter gefasst werden kann, umschreibe. Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 21. November 2002, Rs C-356/00, Testa und Lazzeri, geht sie jedoch davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber, hätte er einen weiteren Rückzahlungsbegriff als der Gemeinschaftsgesetzgeber zu Grunde gelegt, eine Kennzeichnung der dann vorliegenden Abweichung vornehmen hätte müssen. Dazu ist zu bemerken, dass auch dieses Argument von der Prämisse abhängt, der Richtlinie liege ein Einlagenbegriff zu Grunde, der einen "unbedingten Rückzahlungsanspruch" im vorstehend skizzierten Sinn erfordere (dazu siehe auch oben zur deutschen Diskussion). Gerade der Umstand, dass nach der Richtlinie auch "andere rückzahlbare Gelder" unter den Begriff des Einlagengeschäftes gezählt werden (was seinerzeit eine Erweiterung des Kreises der durch die nationalen Vorschriften erfassten Bankgeschäfte erforderlich machte), lässt den Schluss, das Gemeinschaftsrecht gehe von einem "unbedingten Rückzahlungsanspruch" im Sinne des Gutachtens aus, nicht zwingend erscheinen. Es kommt damit aber auch eine Übertragung der Aussagen des EuGH im genannten Urteil in der Rechtssache C-356/00 auf die Auslegung von Umsetzungsvorschriften bezüglich des bankrechtlichen Begriffes des Einlagengeschäftes nicht in Betracht, da das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall keine abschließende Definition enthält, wie sie in der dem zitierten Urteil zur Wertpapierdienstleistungsrichtlinie zu Grunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage vorhanden war vergleiche auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-366/97, Romanelli, aus dem das gemeinschaftsrechtliche Gebot zur weiten Auslegung des Begriffes der Entgegennahme rückzahlbarer Gelder zu entnehmen ist; durch eine weite Auslegung des Begriffes kann daher keine Abweichung vom Gemeinschaftsrecht begründet werden). Es besteht somit nicht die Notwendigkeit der Annahme eines Gebots einer gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation dahin gehend, dass eine Verletzung des Gebots zur Kennzeichnung von Abweichungen vermieden würde.

Auch die Ausführungen im Gutachten von Prof. G zum Gemeinschaftsrecht sind nicht geeignet, die Unterscheidung zwischen "Verpflichtung zur Rückzahlung" und "unbedingtem Rückzahlungsanspruch", wie sie die Beschwerde vertreten möchte, plausibel zu machen. Dem Gutachten ist zuzustimmen, wenn festgehalten wird: "Daraus folgt zwingend, dass auch der europarechtliche Einlagenbegriff von der Verpflichtung der Bank zur Rückzahlung geprägt ist". Aus dem Hinweis auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-366/97, Romanelli, lässt sich jedoch nichts für die Stützung der Annahme, es müsse ein "unbedingter Rückzahlungsanspruch" im Sinne der Beschwerde vorliegen, gewinnen (geht doch der EuGH darin geradezu im Gegenteil wie in anderen Urteilen mit den Erwägungsgründen der dort behandelten Richtlinie davon aus, dass die Richtlinie aus Gründen des Kundenschutzes weit auszulegen sei; dies spricht jedenfalls nicht für eine restriktive Auslegung des Begriffes des Bankgeschäfts der Entgegennahme rückzahlbarer Gelder). Auch im Gutachten von Prof. G wird der unbedingte Rückzahlungsanspruch als Gegensatz zu stillen Einlagen und Genussrechten dargestellt.

Zu den Hinweisen in den Gutachten auf die deutsche Rechtslage (zur Illustrierung des gemeinschaftsrechtlichen

Einlagenbegriffes) ist auch auf die Erläuterungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften, BT 13/7142, 62, zu verweisen. Dort wird klargestellt, dass eine "erweiterte Fassung des Einlagengeschäfts" vorgesehen werde, die "nicht mehr allein auf den klassischen Einlagenbegriff" abstelle. Der klassische Einlagenbegriff werde um einen neuen Tatbestand erweitert: "die Annahme anderer rückzahlbarer Gelder". Für diesen Auffangtatbestand sei "jede Form von subjektiver Zwecksetzung, auch wenn sie auf dem übereinstimmenden Parteiwillen beruht", irrelevant. Dass der EuGH ebenfalls keine restriktive Auslegung des Begriffs der rückzahlbaren Gelder vertritt, wurde bereits erwähnt.

Wenn davon die Rede ist, dass der Anspruch nur dann "unbedingt" sei, wenn die Verlustteilnahme ausgeschlossen sei, ist damit aus dem Zusammenhang erschießbar die Teilnahme am Verlust des Unternehmens, an dem die Beteiligung besteht, gemeint. Wie oben bereits dargestellt liegt hierin der entscheidende Unterschied der im Beschwerdefall zu beurteilenden Vertragsgestaltung zu stillen Einlagen oder Genussrechten. Die "Verlustteilnahme" in diesem Sinne ist von der Möglichkeit einer Verringerung des der Q AG zur Veranlagung überwiesenen Kapitals zu unterscheiden. Dass Genussrechte mit Verlustbeteiligung keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch gewähren und insoweit nicht unter das Einlagengeschäft des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG fallen, lässt somit nicht den Schluss zu, die hier vorliegende Vertragsgestaltung sei in gleicher Weise zu qualifizieren. Die rechtliche Beurteilung von Partizipationskapital ist vielmehr für die Beurteilung der hier vorliegenden Konstruktion nicht ausschlaggebend. Wenn davon die Rede ist, dass der Anspruch nur dann "unbedingt" sei, wenn die Verlustteilnahme ausgeschlossen sei, ist damit aus dem Zusammenhang erschießbar die Teilnahme am Verlust des Unternehmens, an dem die Beteiligung besteht, gemeint. Wie oben bereits dargestellt liegt hierin der entscheidende Unterschied der im Beschwerdefall zu beurteilenden Vertragsgestaltung zu stillen Einlagen oder Genussrechten. Die "Verlustteilnahme" in diesem Sinne ist von der Möglichkeit einer Verringerung des der Q AG zur Veranlagung überwiesenen Kapitals zu unterscheiden. Dass Genussrechte mit Verlustbeteiligung keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch gewähren und insoweit nicht unter das Einlagengeschäft des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG fallen, lässt somit nicht den Schluss zu, die hier vorliegende Vertragsgestaltung sei in gleicher Weise zu qualifizieren. Die rechtliche Beurteilung von Partizipationskapital ist vielmehr für die Beurteilung der hier vorliegenden Konstruktion nicht ausschlaggebend.

Der Verwaltungsgerichtshof übersieht auch nicht, dass gegen die auf der Grundlage dieser Auffassung vorgenommene Einordnung der in den genannten Erkenntnissen zu beurteilenden Konstruktionen in der Literatur auch Zweifel angemeldet wurden (Oppitz,

Das Einlagengeschäft - Auffangtatbestand im Bankgeschäfts-katalog? ÖBA 2007, 797, und ihm vorsichtig folgend B. Raschauer, Das Wesen des Einlagengeschäftes, ÖBA 2008, 886). Diese Bedenken veranlassen den Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht zum Abgehen von der in den genannten Erkenntnissen geäußerten Auffassung. Zu der dabei zu Grunde gelegten These von Oppitz, es läge nichts anderes als die Begebung von "Genussscheinen nach § 174 Abs. 3 AktG" vor, ist auf die Ausführungen zum Unterschied zwischen solchen Genussrechten und der hier zu beurteilenden Konstruktion zu verweisen. Das Einlagengeschäft - Auffangtatbestand im Bankgeschäfts-katalog? ÖBA 2007, 797, und ihm vorsichtig folgend B. Raschauer, Das Wesen des Einlagengeschäftes, ÖBA 2008, 886). Diese Bedenken veranlassen den Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht zum Abgehen von der in den genannten Erkenntnissen geäußerten Auffassung. Zu der dabei zu Grunde gelegten These von Oppitz, es läge nichts anderes als die Begebung von "Genussscheinen nach Paragraph 174, Absatz 3, AktG" vor, ist auf die Ausführungen zum Unterschied zwischen solchen Genussrechten und der hier zu beurteilenden Konstruktion zu verweisen.

Es ist hinzuzufügen, dass ungeachtet der vom Gesetzgeber zur Ermöglichung einer weitgehend privatautonomen Ausgestaltung von Genussrechten geübten Zurückhaltung hinsichtlich einer Reglementierung der Ausgabe von Genussscheinen, diese privatrechtliche Regelung (Offenheit) jedenfalls nicht zur Umgehung bankrechtlicher Bestimmungen herangezogen werden kann. Es kann dem Gesetzgeber des BWG nur zugesonnen werden, bei der Erlassung von § 1 BWG angesichts des erklärten Willens, die hier maßgeblichen Begriffe wie im KWG zu verstehen, auch das vorgefundene (und auch mit dem KWG nicht beseitigte) Institut der Genussscheine (nicht nur nach Aktienrecht) akzeptiert zu haben (und hiefür keine Konzessionspflicht normiert zu haben). Zu beachten ist aber, dass § 174 Abs. 3 AktG keine Definition der dort genannten "Genussrechte" enthält, sondern nur die im Interesse der Aktionäre getroffene Kompetenzregelung, die aus spezifisch aktienrechtlicher Sicht erforderlich erschien. Damit kann aber § 174 Abs. 3 AktG nicht als Grundlage für eine unbeschränkte Erweiterung des Kreises jener Vertragsgestaltungen gedeutet werden, die der Gesetzgeber des BWG nicht erfassen hätte wollen. Gleichgültig, ob eine vertragliche

Regelung auch unter den (insofern weit verstandenen) Begriff der Genussrechte nach § 174 Abs. 3 AktG fällt oder nicht, ist eine eigenständige Beurteilung im Lichte des BWG geboten. Es ist hinzuzufügen, dass ungeachtet der vom Gesetzgeber zur Ermöglichung einer weitgehend privatautonomen Ausgestaltung von Genussrechten geübten Zurückhaltung hinsichtlich einer Reglementierung der Ausgabe von Genussscheinen, diese privatrechtliche Regelung (Offenheit) jedenfalls nicht zur Umgehung bankrechtlicher Bestimmungen herangezogen werden kann. Es kann dem Gesetzgeber des BWG nur zugesonnen werden, bei der Erlassung von Paragraph eins, BWG angesichts des erklärten Willens, die hier maßgeblichen Begriffe wie im KWG zu verstehen, auch das vorgefundene (und auch mit dem KWG nicht beseitigte) Institut der Genussscheine (nicht nur nach Aktienrecht) akzeptiert zu haben (und hierfür keine Konzessionspflicht normiert zu haben). Zu beachten ist aber, dass Paragraph 174, Absatz 3, AktG keine Definition der dort genannten "Genussrechte" enthält, sondern nur die im Interesse der Aktionäre getroffene Kompetenzregelung, die aus spezifisch aktienrechtlicher Sicht erforderlich erschien. Damit kann aber Paragraph 174, Absatz 3, AktG nicht als Grundlage für eine unbeschränkte Erweiterung des Kreises jener Vertragsgestaltungen gedeutet werden, die der Gesetzgeber des BWG nicht erfassen hätte wollen. Gleichgültig, ob eine vertragliche Regelung auch unter den (insofern weit verstandenen) Begriff der Genussrechte nach Paragraph 174, Absatz 3, AktG fällt oder nicht, ist eine eigenständige Beurteilung im Lichte des BWG geboten.

Es ist daher bankenrechtlich eine Abgrenzung der Aufnahme von Partizipationskapital durch Unternehmen, welche - soweit es sich bei der begebenden Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft handelt - lediglich § 174 Abs. 3 AktG bzw. dem allgemeinen Zivilrecht unterliegt, von den Bankgeschäften, insbesondere nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG, vorzunehmen (gleichgültig ob - was hier nicht zu beurteilen ist - für solche ebenfalls § 174 Abs. 3 AktG zur Anwendung kommt). Es ist daher bankenrechtlich eine Abgrenzung der Aufnahme von Partizipationskapital durch Unternehmen, welche - soweit es sich bei der begebenden Gesellschaft um eine Aktiengesellschaft handelt - lediglich Paragraph 174, Absatz 3, AktG bzw. dem allgemeinen Zivilrecht unterliegt, von den Bankgeschäften, insbesondere nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG, vorzunehmen (gleichgültig ob - was hier nicht zu beurteilen ist - für solche ebenfalls Paragraph 174, Absatz 3, AktG zur Anwendung kommt).

Genussrechte werden als Gegenleistung für Unternehmensfinanzierung verstanden (Nagele/Lux in: Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz5, § 174, Rz 28). Sie gewähren Ansprüche auf einen Teil des Gewinns des begebenden Unternehmens oder auch des Liquidationserlöses. Wie schon die handelsrechtliche Lehre hervorhebt (Wünsch, Der Genussschein iSd § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in: FS Strasser, 1983, 871), liegen die Grenzen der Privatautonomie dort, wo durch freies Parteihandeln die Rechtsordnung selbst gefährdet würde. Wünsch weist auf § 879 ABGB hin und stellt fest, dass Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig seien. Im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um die Beurteilung der abgeschlossenen Verträge im Lichte der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen nach dem BWG geht, kann man zwar nicht von einem gesetzlichen Verbot sprechen. Der Umstand, dass ein Rechtsgeschäft vorliegen könnte, welches die Konzessionspflicht nach BWG auslöst, macht die geschlossenen Verträge für sich allein noch nicht nichtig. Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, die Zurückdrängung der Anwendung der bankrechtlichen Regelungen durch eine undeterminierte Fortentwicklung des Begriffs der "Genussrechte iSd § 174 Abs. 3 AktG" akzeptiert zu haben. Gegen eine solche Auslegung sprechen im vorliegenden Zusammenhang nicht zuletzt gemeinschaftsrechtliche Überlegungen. Genussrechte werden als Gegenleistung für Unternehmensfinanzierung verstanden (Nagele/Lux in: Jabornegg/Strasser, Aktiengesetz5, Paragraph 174,, Rz 28). Sie gewähren Ansprüche auf einen Teil des Gewinns des begebenden Unternehmens oder auch des Liquidationserlöses. Wie schon die handelsrechtliche Lehre hervorhebt (Wünsch, Der Genussschein iSd Paragraph 174, AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in: FS Strasser, 1983, 871), liegen die Grenzen der Privatautonomie dort, wo durch freies Parteihandeln die Rechtsordnung selbst gefährdet würde. Wünsch weist auf Paragraph 879, ABGB hin und stellt fest, dass Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig seien. Im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um die Beurteilung der abgeschlossenen Verträge im Lichte der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen nach dem BWG geht, kann man zwar nicht von einem gesetzlichen Verbot sprechen. Der Umstand, dass ein Rechtsgeschäft vorliegen könnte, welches die Konzessionspflicht nach BWG auslöst, macht die geschlossenen Verträge für sich allein noch nicht nichtig. Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, die Zurückdrängung der Anwendung der bankrechtlichen Regelungen durch eine undeterminierte Fortentwicklung des Begriffs der "Genussrechte iSd Paragraph 174, Absatz 3, AktG" akzeptiert zu haben. Gegen eine solche Auslegung sprechen im vorliegenden Zusammenhang nicht zuletzt gemeinschaftsrechtliche Überlegungen.

Bei der Abgrenzung wird daher auf den überkommenen Begriff der Genussrechte im Sinne des Aktiengesetzes abzustellen sein und bei aller Freiheit der denkbaren Ausgestaltung der Genussrechtsbedingungen (Nagele, a.a.O., § 174, Rz 27 ff, van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital, 1998, 85) die Ausnahme von den Regelungen des § 1 Abs. 1 BWG auf einen Kernbereich des Begriffes zu reduzieren sein. Bei der Abgrenzung wird daher auf den überkommenen Begriff der Genussrechte im Sinne des Aktiengesetzes abzustellen sein und bei aller Freiheit der denkbaren Ausgestaltung der Genussrechtsbedingungen (Nagele, a.a.O., Paragraph 174,, Rz 27 ff, van Husen, Genussrechte, Genussscheine, Partizipationskapital, 1998, 85) die Ausnahme von den Regelungen des Paragraph eins, Absatz eins, BWG auf einen Kernbereich des Begriffes zu reduzieren sein.

Nach herrschender Meinung sind sie insofern "rechtsformunabhängig", als sie nicht nur von Aktiengesellschaften, sondern von Gesellschaften jeglicher Rechtsform begeben werden können. Das Aktiengesetz nimmt auf sie Bezug, ohne sie zu definieren (vgl. auch van Husen, a.a.O., 83). Van Husen verweist darauf, dass sie auf den kaufmännischen Verpflichtungsschein zurückgeführt würden (a.a.O., 83, mHa Jusits, Genussscheine im österreichischen Zivilrecht, WBI 1987, 81 ff). Wünsch nennt eine Reihe von "Entstehungsgründen" von Genussscheinen, die Genussrecht verbriefen (Wünsch, a.a.O., 871 (874)). Aus dieser Auflistung wird deutlich, dass die Hintergründe für die Einräumung der Genussrechte weit über den reinen Kapitalbeschaffungszweck hinausgehen. Alle in diesem Zusammenhang genannten Konstellationen unterscheiden sich aber von der im Beschwerdefall gegebenen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht zunächst ein Sachverhalt entsteht, der dazu führt, in der Begebung der Genussscheine die Lösung für das aus dem Sachverhalt sich stellende Probleme zu sehen. Es wurden vielmehr von der Q AG "Genussrechtsbedingungen" ausgearbeitet und auf deren Grundlage dem Publikum die Möglichkeit zur Investition durch Erwerb der Genussrechte geboten. Diese Genussrechte vermitteln aber nicht eine Beteiligung an dem Vertragspartner, der die Genussscheine begibt, sondern einen schuldrechtlichen Anspruch auf Partizipation am Veranlagungserlös. Nach herrschender Meinung sind sie insofern "rechtsformunabhängig", als sie nicht nur von Aktiengesellschaften, sondern von Gesellschaften jeglicher Rechtsform begeben werden können. Das Aktiengesetz nimmt auf sie Bezug, ohne sie zu definieren vergleiche auch van Husen, a.a.O., 83). Van Husen verweist darauf, dass sie auf den kaufmännischen Verpflichtungsschein zurückgeführt würden (a.a.O., 83, mHa Jusits, Genussscheine im österreichischen Zivilrecht, WBI 1987, 81 ff). Wünsch nennt eine Reihe von "Entstehungsgründen" von Genussscheinen, die Genussrecht verbriefen (Wünsch, a.a.O., 871 (874)). Aus dieser Auflistung wird deutlich, dass die Hintergründe für die Einräumung der Genussrechte weit über den reinen Kapitalbeschaffungszweck hinausgehen. Alle in diesem Zusammenhang genannten Konstellationen unterscheiden sich aber von der im Beschwerdefall gegebenen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht zunächst ein Sachverhalt entsteht, der dazu führt, in der Begebung der Genussscheine die Lösung für das aus dem Sachverhalt sich stellende Probleme zu sehen. Es wurden vielmehr von der Q AG "Genussrechtsbedingungen" ausgearbeitet und auf deren Grundlage dem Publikum die Möglichkeit zur Investition durch Erwerb der Genussrechte geboten. Diese Genussrechte vermitteln aber nicht eine Beteiligung an dem Vertragspartner, der die Genussscheine begibt, sondern einen schuldrechtlichen Anspruch auf Partizipation am Veranlagungserlös.

Die weiteren, neben dem Aspekt, dass Genussrechte als Mittel zur Kapitalbeschaffung eingesetzt werden können, genannten Entstehungsgründe sind daher im vorliegenden Fall nicht weiter zu untersuchen. Die im Beschwerdefall gegebene Konstellation unterscheidet sich im Ausgangspunkt deutlich von den insofern gegebenen Konstruktionen.

Das Rechtsgeschäft, das zwischen dem Geldgeber und dem Unternehmen geschlossen wird, besteht typischerweise ausschließlich in der Hingabe von Geld mit der Abrede, dass die vereinnahmten Mittel vom das Genussrecht einräumenden Unternehmen entsprechend seines Unternehmenszweckes verwendet würden und dem Geldgeber jedenfalls ein näher umschriebener Anspruch auf den Gewinn zustehe.

Im Beschwerdefall wurde der Vertrag zwischen den Kunden und der Q AG, deren Geschäftsgegenstand insbesondere in der "Beteiligung an und de(m) Erwerb von Unternehmen im In- und Ausland, gleichgültig in welcher Gesellschaftsform, bei Ausschluss von Bankgeschäften" bestand, derart geschlossen, dass von vornherein eine (wenn auch nicht ausschließliche) Weitergabe der Gelder an die QH Inc. zur Vornahme von Anlagegeschäften vereinbart wurde. Die Genussrechtsbedingungen sahen darüber hinaus aber auch die (sonstige) Veranlagung der nicht an die QH Inc. weitergeleiteten Gelder vor. Ein Weisungszusammenhang zwischen der Q AG und der QH Inc. bestand nach den Feststellungen der belangten Behörde auf Grund der Aussagen des Beschwerdeführers nicht (dabei wird offenbar insbesondere auf die begehrten Protokollergänzungen im Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2005,

Seite 10, 20 und 31, und letztlich auch die Zeugenaussage, Seite 33 f dieses Protokolls, Bezug genommen). Aus der Sicht des Beschwerdeführers lag "das operative Geschäft" in den Händen der unabhängig agierenden QH Inc. Da jedoch nicht die gesamte Veranlagung der dem jeweiligen Rechnungskreis zuzurechnenden Gelder durch die QH Inc. erfolgte, erübrigt es sich, der Frage nachzugehen, ob die Rechtslage anders zu beurteilen wäre, wenn der Q AG auf Grund der Weitergabe der eingenommenen Gelder zur Gänze an einen Dritten zur Veranlagung keinerlei Verwaltungstätigkeit zugekommen wäre.

Bei der Ausgabe der Q AG-Genussscheine bzw. der Q Ansparplan-Genussscheine wurden - ähnlich wie in dem dem hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, ZI. 2008/17/0034, zu Grunde liegenden Fall - nach den Genussscheinbedingungen eigene Rechnungskreise aus den eingenommenen Geldern gebildet und der Rückzahlungsanspruch in Abhängigkeit von der Entwicklung der für die einzelnen Rechnungskreise vorgenommenen Veranlagungen ermittelt.

Der Rückzahlungsanspruch der Vertragspartner der Q AG bestand daher nicht in einem Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der Q AG insgesamt und auch nicht etwa an einem Anteil des Gewinns, den die Q AG aus ihrer Beteiligung an der QH Inc. lukrierte oder der QH Inc. als solcher, sondern durch die Bildung eigener Rechnungskreise war das Schicksal und die Wertentwicklung der einzelnen einbezahlten Beträge gesondert nachvollziehbar. Gleichgültig, ob die Verwaltungstätigkeit von der Q AG oder QH Inc. ausgeübt wurde, bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Kapital wurde insofern weder zur Finanzierung der Q AG noch jener der QH Inc. verwendet und von diesen Gesellschaften nicht nach ihrem uneingeschränkten Ermessen für ihren Geschäftszweck verwendet, sondern es war von vornherein vereinbart, dass das aufgebrachte Kapital gesondert im Rahmen der generell gehaltenen Anlagerichtlinien nach den näher festgelegten Bedingungen (v.a. der Zulässigkeit der Übertragung der Mittel auf Dritte zur Veranlagung durch diese) veranlagt werden sollte und der Rückzahlungsanspruch vom Erfolg dieser konkreten und nachvollziehbar bleibenden Veranlagung abhängen sollte. Hierin liegt aber ein wesentlicher Unterschied zur Einräumung eines Genussrechts nach § 174 AktG. Im Beschwerdefall wurden die Kundengelder mit einer spezifischen Abrede bezüglich ihrer Veranlagung hingegeben und der Rückzahlungsanspruch hing vom Erfolg dieser Veranlagung ab. Die Q AG ließ sich auch ein "Verwaltungshonorar" bezahlen. Es kann daher (unter Berücksichtigung der obigen terminologischen Klarstellung) keine Rede davon sein, dass lediglich eine Unternehmensfinanzierung der Q AG durch die Ausgabe von "Genussrechten nach § 174 Abs. 3 AktG" vorgelegen sei. Die vorliegende Konstruktion unterscheidet sich vielmehr entscheidend von den üblicherweise unter Genussrechten nach § 174 Abs. 3 AktG verstandenen Rechtsbeziehungen zu Unternehmen. Unter Beachtung der aufgezeigten terminologischen Problematik ist festzuhalten, dass für die bankenrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend ist, ob die Konstruktion auch unter § 174 Abs. 3 AktG fällt. Die Aussage, dass § 174 Abs. 3 AktG eingreife, ist daher insoweit für die rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des BWG nicht entscheidend. Der Rückzahlungsanspruch der Vertragspartner der Q AG bestand daher nicht in einem Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der Q AG insgesamt und auch nicht etwa an einem Anteil des Gewinns, den die Q AG aus ihrer Beteiligung an der QH Inc. lukrierte oder der QH Inc. als solcher, sondern durch die Bildung eigener Rechnungskreise war das Schicksal und die Wertentwicklung der einzelnen einbezahlten Beträge gesondert nachvollziehbar. Gleichgültig, ob die Verwaltungstätigkeit von der Q AG oder QH Inc. ausgeübt wurde, bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Kapital wurde insofern weder zur Finanzierung der Q AG noch jener der QH Inc. verwendet und von diesen Gesellschaften nicht nach ihrem uneingeschränkten Ermessen für ihren Geschäftszweck verwendet, sondern es war von vornherein vereinbart, dass das aufgebrachte Kapital gesondert im Rahmen der generell gehaltenen Anlagerichtlinien nach den näher festgelegten Bedingungen (v.a. der Zulässigkeit der Übertragung der Mittel auf Dritte zur Veranlagung durch diese) veranlagt werden sollte und der Rückzahlungsanspruch vom Erfolg dieser konkreten und nachvollziehbar bleibenden Veranlagung abhängen sollte. Hierin liegt aber ein wesentlicher Unterschied zur Einräumung eines Genussrechts nach Paragraph 174, AktG. Im Beschwerdefall wurden die Kundengelder mit einer spezifischen Abrede bezüglich ihrer Veranlagung hingegeben und der Rückzahlungsanspruch hing vom Erfolg dieser Veranlagung ab. Die Q AG ließ sich auch ein "Verwaltungshonorar" bezahlen. Es kann daher (unter Berücksichtigung der obigen terminologischen Klarstellung) keine Rede davon sein, dass lediglich eine Unternehmensfinanzierung der Q AG durch die Ausgabe von "Genussrechten nach Paragraph 174, Absatz 3, AktG" vorgelegen sei. Die vorliegende Konstruktion unterscheidet sich vielmehr entscheidend von den üblicherweise unter Genussrechten nach Paragraph 174, Absatz 3, AktG verstandenen Rechtsbeziehungen zu Unternehmen. Unter Beachtung der aufgezeigten

terminologischen Problematik ist festzuhalten, dass für die bankenrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend ist, ob die Konstruktion auch unter Paragraph 174, Absatz 3, AktG fällt. Die Aussage, dass Paragraph 174, Absatz 3, AktG eingreife, ist daher insoweit für die rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des BWG nicht entscheidend.

Der Umstand, dass nach den abgeschlossenen Verträgen die Q AG nicht verpflichtet war, selbst die Verwaltung vorzunehmen, ändert an der Qualifikation der Rechtsgeschäfte ebenfalls nichts. Die Q AG schuldete eine Geschäftsbesorgung in dem Sinne, dass die vereinnahmten Gelder zu veranlagen waren, wobei die Zulässigkeit der Weitergabe zur selbstständigen Disposition durch Dritte (insbesondere die 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.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung der belangten Behörde teilt, dass der Abschluss der Verträge zwischen der Q AG und ihren Kunden und die auf Grund dieser Verträge entfaltete Tätigkeit der Q AG die Konzessionspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG auslöste. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung der belangten Behörde teilt, dass der Abschluss der Verträge zwischen der Q AG und ihren Kunden und die auf Grund dieser Verträge entfaltete Tätigkeit der Q AG die Konzessionspflicht gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall BWG auslöste.

2.5. Zur subjektiven Tatseite:

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil die belangte Behörde die angeregten Verfahrensergänzungen zur subjektiven Tatseite nicht vorgenommen habe, bringt die Beschwerde einerseits detailliert vor, dass dem Beschwerdeführer aus den ihm vorliegenden Gutachten die Rechtswidrigkeit des Vorgehens nicht ersichtlich sein konnte, und verweist andererseits auf die im Jahre 1999 eingeholte Äußerung des Bundesministeriums für Finanzen. Die belangte Behörde habe darüber hinaus aktenwidrig festgestellt, dass andere (als die genannte Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen) "schuldaußschließende oder schuldaufhebende Argumente" nicht vorgebracht worden seien.

Dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg.

Es ist zwar zunächst darauf zu verweisen, dass sich die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheids sehr wohl im Ansatz mit dem Einwand des Beschwerdeführers auseinander gesetzt hat. Sie hat zutreffend darauf verwiesen, dass der im Wirtschaftsleben Tätige verpflichtet ist, sich über die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu informieren und sich im Zweifelsfall nicht auf für ihn günstige Rechtsauskünfte Privater, und seien dies auch Rechtsberater oder andere Experten des Rechtsgebiets, verlassen darf.

Sie ist aber in diesem Zusammenhang lediglich auf die vom Beschwerdeführer genannte Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen aus dem Jahre 1999 näher eingegangen und hat sich mit den weiteren angeführten gutachtlichen Äußerungen und Umstände, auf welche sich der Beschwerdeführer stützt, nicht auseinander gesetzt.

Nach der hg. Rechtsprechung entschuldigt gemäß § 5 Abs. 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Nach der hg. Rechtsprechung entschuldigt gemäß Paragraph 5, Absatz 2, VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, dargelegt hat, ist gerade dann, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten bis zum Äußersten ausgereizt werden sollen, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Die entsprechenden Erkundigungen können zwar nicht nur bei den

Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. November 1981, Zl. 81/17/0126). Hat die Partei (z.B. von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. November 1998, Zl. 96/15/0153). Dabei gilt nach dem zitierten Erkenntnis für die Sorgfaltspflicht der Partei gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie im damaligen Beschwerdefall - gerade eine Konstruktion entwickelt wurde, mit der die Grenzen der innegehabten Konzession ausgelotet werden sollten. Analoges gilt für die hier vorliegende Konstellation, in der eine Gestaltung gewählt wurde, bei der eine Konzessionspflicht nach dem BWG gerade noch vermieden werden sollte. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, dargelegt hat, ist gerade dann, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten bis zum Äußersten ausgereizt werden sollen, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Die entsprechenden Erkundigungen können zwar nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (vergleiche das hg. Erkenntnis vom 30. November 1981, Zl. 81/17/0126). Hat die Partei (z.B. von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (vergleiche das hg. Erkenntnis vom 19. November 1998, Zl. 96/15/0153). Dabei gilt nach dem zitierten Erkenntnis für die Sorgfaltspflicht der Partei gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie im damaligen Beschwerdefall - gerade eine Konstruktion entwickelt wurde, mit der die Grenzen der innegehabten Konzession ausgelotet werden sollten. Analoges gilt für die hier vorliegende Konstellation, in der eine Gestaltung gewählt wurde, bei der eine Konzessionspflicht nach dem BWG gerade noch vermieden werden sollte.

Diese Erkundigungspflicht darf aber andererseits nicht überspannt werden (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 99/13/0035). Diese Erkundigungspflicht darf aber andererseits nicht überspannt werden (vergleiche etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 99/13/0035).

Im Lichte dieser Rechtsprechung ist zum konkret vorliegenden Sachverhalt Folgendes zu bemerken:

Der Verwaltungsgerichtshof teilt die von der belangten Behörde zu Grunde gelegte Auffassung, dass eine Auskunft der zuständigen Behörde (des Bundesministeriums für Finanzen) dann nicht entschuldigen kann, wenn ihr nicht der exakte Sachverhalt, wie er im Wirtschaftsleben sodann verwirklicht wird, zu Grunde liegt.

Auch der Umstand, dass im Beschwerdefall eine Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen gerichtet wurde, würde am Verschulden des Beschwerdeführers nichts ändern, wenn der Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen nicht die hier zu beurteilenden Verträge, sondern der Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, dass das Kapital der Anleger an eine im Ausland tätige Unternehmung weitergeleitet werde (ohne die die Q AG nach den Feststellungen der belangten Behörde treffenden Verpflichtungen). Eine diesbezügliche Feststellung wäre aber nachvollziehbar zu treffen. Im angefochtenen Bescheid geht die belangte Behörde davon aus, dass "der dieser Erledigung zugrunde liegende Sachverhalt" nicht den für die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG maßgeblichen Sachverhalt erfasse. Nicht festgestellt wurde damit, dass der Anfrage nicht der tatsächliche Sachverhalt unterbreitet worden wäre. Wenngleich der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsauffassung der belangten Behörde betreffend die Qualifikation der Konstruktion teilt und somit die Antwort des Bundesministeriums für Finanzen tatsächlich nicht auf die für diese Qualifikation maßgebenden Sachverhaltselemente eingegangen sein mag, besagt dies noch nicht, dass diese dem Bundesministerium gegenüber nicht offen gelegt waren. Es wird nicht dargestellt, worin die belangte Behörde den Unterschied zwischen angefragtem und tatsächlich verwirklichtem Sachverhalt erblickt. Auch der Umstand, dass im Beschwerdefall eine Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen gerichtet wurde, würde am Verschulden des Beschwerdeführers nichts ändern, wenn der Anfrage an das Bundesministerium für Finanzen nicht die hier zu beurteilenden Verträge, sondern der Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, dass das Kapital der Anleger an eine im Ausland tätige Unternehmung weitergeleitet werde (ohne die die Q AG nach den Feststellungen der belangten Behörde treffenden Verpflichtungen). Eine diesbezügliche Feststellung wäre aber nachvollziehbar zu treffen. Im angefochtenen Bescheid geht die belangte Behörde davon aus, dass "der dieser Erledigung zugrunde liegende Sachverhalt" nicht den für die Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BWG maßgeblichen Sachverhalt erfasse. Nicht festgestellt wurde damit, dass der Anfrage nicht der tatsächliche Sachverhalt unterbreitet worden wäre. Wenngleich der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsauffassung der belangten Behörde

betreffend die Qualifikation der Konstruktion teilt und somit die Antwort des Bundesministeriums für Finanzen tatsächlich nicht auf die für diese Qualifikation maßgebenden Sachverhaltselemente eingegangen sein mag, besagt dies noch nicht, dass diese dem Bundesministerium gegenüber nicht offen gelegt waren. Es wird nicht dargestellt, worin die belangte Behörde den Unterschied zwischen angefragtem und tatsächlich verwirklichtem Sachverhalt erblickt.

Zu klären wird auch sein, ob es zutrifft, wie in der Berufung dargestellt wurde, dass die Q AG "ihre Konstruktion im Sinne der verbindlichen Rechtsauskunft des BM für Finanzen" umgebaut habe.

Soweit der Stellungnahme des Bundesministeriums tatsächlich ein anderer Sachverhalt zu Grunde liegt, als er im Beschwerdefall gegeben ist, ginge der Beschwerdeeinwand ins Leere. Der Beschwerdeführer könnte sich insofern nicht auf eine vom zuständigen Bundesministerium erteilte Rechtsauskunft berufen. Dazu wäre aber festzustellen, dass der befragten Behörde tatsächlich nicht der korrekte Sachverhalt dargelegt wurde.

Der Beschwerdeführer hat sich aber darüber hinaus bereits in seiner Berufung auf eine Reihe weiterer Maßnahmen wie insbesondere die Einholung von Rechtsgutachten, aber auch die (ursprüngliche) Rechtsansicht der damals bestehenden Bundes-Wertpapieraufsicht berufen, auf Grund derer er den Nachweis des mangelnden Verschuldens als erbracht ansehe. Er hat dieses Vorbringen in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich aufrecht erhalten und die Erhebung von Beweisen gefordert. Dieses Vorbringen hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zwar erwähnt, dazu aber keinerlei näheren Feststellungen getroffen (obwohl etwa der seinerzeitige Leiter der Abteilung Wertpapier-Dienstleistungsunternehmen und Anlegerschutz in der Wertpapieraufsicht in der mündlichen Verhandlung zeugenschaftlich vernommen wurde). Ein Verschulden des Beschwerdeführers wäre nur anzunehmen, wenn es unzutreffend ist, dass der Beschwerdeführer davon ausgehen konnte, die von Kalss 1999 publizierte Rechtsauffassung entspreche jener der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde. Da der genannte Beitrag explizit zumindest auch von einer Fallgestaltung ausgeht, bei der standardisierte Schuldbeziehungen zwischen dem "Anbieter" und einer Vielzahl von Kunden bestehen, die einen Anspruch auf "anteilige, dh seinem (d.i. des Anlegers) Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrags bei Beendigung der Rechtsbeziehung" erwürben, kann nicht davon gesprochen werden, dass der Beitrag nicht auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte. Dass der Verwaltungsgerichtshof die insofern auch die hier zu beurteilende Konstellation erfassende Rechtsauffassung, wie sie in dem Beitrag geäußert wird, nicht teilt, schließt ein mangelndes Verschulden des Beschwerdeführers nicht von vornherein aus. Sofern aus den Gesamtumständen nicht auf eine Verletzung der den Vorständen der Q AG obliegenden Sorgfaltspflicht geschlossen werden könnte, wäre es nämlich nicht entscheidend, dass sich ex post die der Einschätzung zu Grunde liegende Rechtsauffassung als unzutreffend herausstellt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch beachtlich, dass - soweit zu sehen - bis zum Tatzeitraum tatsächlich keine Stimme in der Literatur zur vorliegenden Vertragsgestaltung auf die Notwendigkeit einer Konzession nach § 4 Abs. 1 BWG hingewiesen hätte (sondern im Gegenteil in dem genannten Beitrag von Kalss die Auffassung vertreten wurde, dass keine Konzessionspflicht vorliege). Der Beschwerdeführer hat sich aber darüber hinaus bereits in seiner Berufung auf eine Reihe weiterer Maßnahmen wie insbesondere die Einholung von Rechtsgutachten, aber auch die (ursprüngliche) Rechtsansicht der damals bestehenden Bundes-Wertpapieraufsicht berufen, auf Grund derer er den Nachweis des mangelnden Verschuldens als erbracht ansehe. Er hat dieses Vorbringen in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich aufrecht erhalten und die Erhebung von Beweisen gefordert. Dieses Vorbringen hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zwar erwähnt, dazu aber keinerlei näheren Feststellungen getroffen (obwohl etwa der seinerzeitige Leiter der Abteilung Wertpapier-Dienstleistungsunternehmen und Anlegerschutz in der Wertpapieraufsicht in der mündlichen Verhandlung zeugenschaftlich vernommen wurde). Ein Verschulden des Beschwerdeführers wäre nur anzunehmen, wenn es unzutreffend ist, dass der Beschwerdeführer davon ausgehen konnte, die von Kalss 1999 publizierte Rechtsauffassung entspreche jener der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde. Da der genannte Beitrag explizit zumindest auch von einer Fallgestaltung ausgeht, bei der standardisierte Schuldbeziehungen zwischen dem "Anbieter" und einer Vielzahl von Kunden bestehen, die einen Anspruch auf "anteilige, dh seinem (d.i. des Anlegers) Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrags bei Beendigung der Rechtsbeziehung" erwürben, kann nicht davon gesprochen werden, dass der Beitrag nicht auch das hier vorliegende Geschäftsmodell abdeckte. Dass der Verwaltungsgerichtshof die insofern auch die hier zu beurteilende Konstellation erfassende Rechtsauffassung, wie sie in dem Beitrag geäußert wird, nicht teilt,

schließt ein mangelndes Verschulden des Beschwerdeführers nicht von vornherein aus. Sofern aus den Gesamtumständen nicht auf eine Verletzung der den Vorständen der Q AG obliegenden Sorgfaltspflicht geschlossen werden könnte, wäre es nämlich nicht entscheidend, dass sich ex post die der Einschätzung zu Grunde liegende Rechtsauffassung als unzutreffend herausstellt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch beachtlich, dass - soweit zu sehen - 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 (sondern im Gegenteil in dem genannten Beitrag von Kalss die Auffassung vertreten wurde, dass keine Konzessionspflicht vorliege).

Sollte es zutreffen, dass die vom Beschwerdeführer genannten Gutachten zu genau jenem Sachverhalt eingeholt wurden, wie er im Beschwerdefall konkret verwirklicht wurde, und sollte darüber hinaus der Beschwerdeführer tatsächlich aus dem Handeln von Organen der Wertpapieraufsicht den Eindruck gewinnen haben können, dass letztere ebenfalls dieser Rechtsauffassung sei, wäre eine Verletzung der in der Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2 VStG angenommenen Obliegenheit, sich über die maßgebende Rechtslage qualifiziert zu informieren, zu verneinen. Dazu hat die belangte Behörde keine Feststellungen getroffen. Sollte es zutreffen, dass die vom Beschwerdeführer genannten Gutachten zu genau jenem Sachverhalt eingeholt wurden, wie er im Beschwerdefall konkret verwirklicht wurde, und sollte darüber hinaus der Beschwerdeführer tatsächlich aus dem Handeln von Organen der Wertpapieraufsicht den Eindruck gewinnen haben können, dass letztere ebenfalls dieser Rechtsauffassung sei, wäre eine Verletzung der in der Rechtsprechung zu Paragraph 5, Absatz 2, VStG angenommenen Obliegenheit, sich über die maßgebende Rechtslage qualifiziert zu informieren, zu verneinen. Dazu hat die belangte Behörde keine Feststellungen getroffen.

In gleicher Weise wäre zu begründen, inwieweit dem Gutachten von Prof. K gegenüber der Bundes-Wertpapieraufsicht vom "15. Februar/6. März 1999" noch nicht der gesamte, hier relevante Sachverhalt zu Grunde gelegen sei. Auch dazu wären aber entsprechende Feststellungen zu treffen.

Sofern die in der Beschwerde wiederholte, im Strafverfahren aufgestellte Behauptung, die von Kalss in ÖBA 1999, 778 publizierte Rechtsauffassung habe jener der Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen, wozu auf deren damaligen Direktor verwiesen wird, zuträfe, und damit erwiesen wäre, dass der Beschwerdeführer tatsächlich davon ausgehen konnte, dass die veröffentlichte Auffassung auch jener der Wertpapieraufsicht entsprach, wäre nicht von seinem Verschulden auszugehen.

Insbesondere im Hinblick auf die in der Beschwerde dargestellte berufliche Erfahrung des zweiten Vorstands der Q AG (dem Beschwerdeführers zur hg. Zl. 2006/17/0007) erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die von der Beschwerde ins Treffen geführten Umstände den Beschwerdeführern im vorliegenden Verfahren und im Verfahren zur Zl. 2006/17/0007 tatsächlich bekannt waren, sollten sie den Tatsachen entsprechen. In diesem Fall könnte aber nicht der Vorwurf aufrecht erhalten werden, die Beschwerdeführer hätten die erforderliche Sorgfalt vernachlässigt und etwa ausschließlich auf Grund ihren Standpunkt stützender (einseitiger) Gutachten unter Missachtung von Warnungen der zuständigen Behörden bzw. ungeachtet des Umstandes, keine Auskunft der zuständigen Behörde eingeholt zu haben, gehandelt.

Es ist nach dem bisher festgestellten Sachverhalt auch nicht eine Situation gegeben, wie sie dem hg. Erkenntnis vom 24. September 1987, Zl. 87/02/0018, zu Grunde lag (Erkennbarkeit einer Meinungsverschiedenheit innerhalb der Behörde, sodass die Auskunft eines einzelnen Mitarbeiters im konkreten Fall den damaligen Beschwerdeführer nicht entschuldigen konnte), sodass sich weitere Sachverhaltsfeststellungen erübrigen hätten.

Die Unterlassung von Feststellungen zu diesen Themen und die insofern mangelhafte Begründung des angefochtenen Bescheids hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist daher ein wesentlicher Verfahrensmangel des angefochtenen Bescheids, weil die belangte Behörde bei seiner Vermeidung zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können.

2.6. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. 2.6. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b, und c VwGG wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2. 2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455, insbesondere deren Paragraph 3, Absatz 2,

Wien, am 7. Oktober 2010

Gerichtsentscheidung

EuGH 61997J0366 Romanelli VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2006170006.X00

Im RIS seit

30.11.2010

Zuletzt aktualisiert am

21.05.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at