

TE Vwgh Erkenntnis 2010/4/15 2007/17/0208

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.04.2010

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06202020;
E3L E09301000;
E6j;
21/02 Aktienrecht;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;

Norm

31977L0388 Umsatzsteuer-RL 06te;
31977L0780 Bankrechtskoordinierungs-RL 01te;
32006L0048 Banken-RL;
61994CJ0155 Wellcome Trust VORAB;
61995CJ0080 Harnas und Helm VORAB;
62003CJ0465 Kretztechnik VORAB;
AktG 1965 §65 Abs1 Z7;
AktG 1965 §65 Abs1 Z8;
AktG 1965 §65;
BWG 1993 §1 Abs1 Z7;
BWG 1993 §1 Abs1 Z7a;
BWG 1993 §1 Abs1;
BWG 1993 §1;
EURallg;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2007/17/0210 E 15. April 2010 2007/17/0209 E 15. April 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde des Dr. W in K, vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. September 2007, Zl. UVS-06/FM/27/1469/2007-2, betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes (weitere Partei: Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen

Begründung

1.1. Mit Bescheid der Finanzmarktaufsicht (FMA) vom 19. Jänner 2007 wurde der Beschwerdeführer in seiner Funktion als zur Vertretung nach außen Berufener der AI AG nach § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz, BGBl. Nr. 52/1991, für schuldig erkannt, es zu verantworten zu haben, dass die AI AG im Zeitraum vom 10. Mai 2004 bis 29. Dezember 2005 gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) Handel im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Wertpapieren betrieben habe. Zu diesem Vorwurf wird eine detaillierte Aufzählung von einzelnen Ankäufen und Verkäufen bestimmter Wertpapiere mit genauem Datum des Ankaufs und des Verkaufs und des jeweiligen Ankaufs- und Verkaufspreises angeführt. 1.1. Mit Bescheid der Finanzmarktaufsicht (FMA) vom 19. Jänner 2007 wurde der Beschwerdeführer in seiner Funktion als zur Vertretung nach außen Berufener der AI AG nach Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, für schuldig erkannt, es zu verantworten zu haben, dass die AI AG im Zeitraum vom 10. Mai 2004 bis 29. Dezember 2005 gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) Handel im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Wertpapieren betrieben habe. Zu diesem Vorwurf wird eine detaillierte Aufzählung von einzelnen Ankäufen und Verkäufen bestimmter Wertpapiere mit genauem Datum des Ankaufs und des Verkaufs und des jeweiligen Ankaufs- und Verkaufspreises angeführt.

Dem Beschwerdeführer wurde eine Übertretung des § 98 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e Bankwesengesetz, BGBl. Nr. 639/1993 (BWG) - Effektengeschäft -, angelastet. Dem Beschwerdeführer wurde eine Übertretung des Paragraph 98, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, Bankwesengesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 639 aus 1993, (BWG) - Effektengeschäft -, angelastet.

Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 10.000,-- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 336 Stunden verhängt.

1.2. Begründend führte die FMA nach Auflistung der Transaktionen, aus denen auf die Übertretung des Bankwesengesetzes durch die AI AG geschlossen wurde, und Angabe der erhobenen Beweise aus, dass das Effektengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG zu den Bankgeschäften zähle, soweit es nicht für das Privatvermögen erfolge. Zum Effektengeschäft gehörten der Eigenhandel des Kreditinstitutes (Handeln für das eigene Buch, auf eigene Rechnung), der Abschluss eines Kaufvertrages als indirekter Stellvertreter (etwa als Verwalter von anderem als Privatvermögen im eigenen Namen aber auf Rechnung des Kunden) sowie das Kommissionsgeschäft, bei dem das Kreditinstitut zwar im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handle. Die Bedeutung des Begriffs des Wertpapiers im BWG richte sich nach § 1 Abs. 1 DepG. Dem zufolge zählten Aktien zu den Wertpapieren. Die Eigenschaft als Bankgeschäft entfalle, wenn das Effektengeschäft für das Privatvermögen des jeweiligen Erwerbers oder Veräußerers abgeschlossen werde. Für das Fehlen eines Bankgeschäftes aus diesem Grund spiele es keine Rolle, ob im eigenen oder fremden Namen kontrahiert werde. Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, aber nicht für das Privatvermögen, so liege dessen ungeachtet ein Bankgeschäft vor. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum Bankgesetz BGBl. Nr. 753/1996 (369 der Beilagen XX. GP) führten aus, dass derjenige keine Bankkonzession benötige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse spekuliere (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum BWG, Band 1, § 1, Rz 63 ff).

1.2. Begründend führte die FMA nach Auflistung der Transaktionen, aus denen auf die Übertretung des Bankwesengesetzes durch die AI AG geschlossen wurde, und Angabe der erhobenen Beweise aus, dass das Effektengeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG zu den Bankgeschäften zähle, soweit es nicht für das Privatvermögen erfolge. Zum Effektengeschäft gehörten der Eigenhandel des Kreditinstitutes (Handeln für das eigene Buch, auf eigene Rechnung), der Abschluss eines Kaufvertrages als indirekter Stellvertreter (etwa als Verwalter von anderem als Privatvermögen im eigenen Namen aber auf Rechnung des Kunden) sowie das Kommissionsgeschäft, bei dem das Kreditinstitut zwar im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung handle. Die Bedeutung des Begriffs des Wertpapiers im BWG richte sich nach Paragraph eins, Absatz eins, DepG. Dem zufolge zählten Aktien zu den Wertpapieren. Die Eigenschaft als Bankgeschäft entfalle, wenn das Effektengeschäft für das Privatvermögen des jeweiligen Erwerbers oder Veräußerers abgeschlossen werde. Für das Fehlen eines Bankgeschäftes aus diesem Grund spiele es keine Rolle, ob im eigenen oder fremden

Namen kontrahiert werde. Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, aber nicht für das Privatvermögen, so liege dessen ungeachtet ein Bankgeschäft vor. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle zum Bankgesetz Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, (369 der Beilagen römisch zwanzig. Gesetzgebungsperiode führten aus, dass derjenige keine Bankkonzession benötige, der für sein privates Wertpapierdepot über ein Kreditinstitut an der Börse spekuliere (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum BWG, Band 1, Paragraph eins., Rz 63 ff).

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

Der Beschwerdeführer habe vorgebracht, dass keine Gewerblichkeit der von der AI AG durchgeführten Transaktionen vorliege. Die AI AG habe börsenotierende Wertpapiere gekauft und nach gewisser Zeit verkauft. Hiezu habe sie sich konzessionierter Banken bedient. Transaktionen seien von der AI AG nicht direkt über die Börse abgewickelt worden, sondern es seien stets für Geschäfte nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG konzessionierte Kreditinstitute involviert gewesen. Die AI AG habe Kreditinstituten lediglich den Auftrag zum Kauf bzw. Verkauf erteilt. Diese Zwischenschaltung von Kreditinstituten schließe jedwede Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Bankwesens sowie für die Anleger aus. Der Beschwerdeführer habe vorgebracht, dass keine Gewerblichkeit der von der AI AG durchgeführten Transaktionen vorliege. Die AI AG habe börsenotierende Wertpapiere gekauft und nach gewisser Zeit verkauft. Hiezu habe sie sich konzessionierter Banken bedient. Transaktionen seien von der AI AG nicht direkt über die Börse abgewickelt worden, sondern es seien stets für Geschäfte nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG konzessionierte Kreditinstitute involviert gewesen. Die AI AG habe Kreditinstituten lediglich den Auftrag zum Kauf bzw. Verkauf erteilt. Diese Zwischenschaltung von Kreditinstituten schließe jedwede Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Bankwesens sowie für die Anleger aus.

Die FMA stellt sodann fest, dass die AI AG ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen sei. Die von der Konzession umfasste Erbringung von Finanzdienstleistungsgeschäften nach § 1 Abs. 1 Z 19 BWG finde gewerblich statt. Der von der Konzession der AI AG nicht mehr umfasste Handel mit Wertpapieren habe ebenfalls gewerblich stattgefunden. Gewerblich sei der Handel dann, wenn er selbstständig erfolge und nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen (Erträgen) gerichtet sei, und zwar auch dann, wenn die Gewinnerzielungsabsicht fehle. Nachhaltig seien mehrere Tätigkeiten der gleichen Art. Der Handel der AI AG sei jedenfalls nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet gewesen, da es sich um mehrere Tätigkeiten der gleichen Art handle, womit Gewinne in der Höhe von insgesamt EUR 198.665,91 erzielt worden seien. Es habe sich um insgesamt 73 einzelne Kauftransaktionen und 62 einzelne Verkaufstransaktionen im Tatzeitraum gehandelt. Die einzelnen Transaktionen seien im Spruch tageweise zusammengefasst worden. Von den vorgeworfenen Transaktionen hätten 69 Kauf- und 58 Verkaufstransaktionen im Jahr 2005 stattgefunden. Zur Verdeutlichung der Nachhaltigkeit der Handelstätigkeit der AI AG werde darauf hingewiesen, dass von der AI AG im Jahr 2004 weitere 101 Kauf- und 44 Verkaufstransaktionen bei Wertpapieren des Umlaufvermögens der AI AG getätigt worden seien. Die FMA stellt sodann fest, dass die AI AG ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen sei. Die von der Konzession umfasste Erbringung von Finanzdienstleistungsgeschäften nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG finde gewerblich statt. Der von der Konzession der AI AG nicht mehr umfasste Handel mit Wertpapieren habe ebenfalls gewerblich stattgefunden. Gewerblich sei der Handel dann, wenn er selbstständig erfolge und nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen (Erträgen) gerichtet sei, und zwar auch dann, wenn die Gewinnerzielungsabsicht fehle. Nachhaltig seien mehrere Tätigkeiten der gleichen "Art". Der Handel der AI AG sei jedenfalls nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet gewesen, da es sich um mehrere Tätigkeiten der gleichen Art handle, womit Gewinne in der Höhe von insgesamt EUR 198.665,91 erzielt worden seien. Es habe sich um insgesamt 73 einzelne Kauftransaktionen und 62 einzelne Verkaufstransaktionen im Tatzeitraum gehandelt. Die einzelnen Transaktionen seien im Spruch tageweise zusammengefasst worden. Von den vorgeworfenen Transaktionen hätten 69 Kauf- und 58 Verkaufstransaktionen im

Jahr 2005 stattgefunden. Zur Verdeutlichung der Nachhaltigkeit der Handelstätigkeit der AI AG werde darauf hingewiesen, dass von der AI AG im Jahr 2004 weitere 101 Kauf- und 44 Verkaufstransaktionen bei Wertpapieren des Umlaufvermögens der AI AG getätigt worden seien.

Bediene sich ein Steuerpflichtiger für den An- und Verkauf von Wertpapieren der Banken als Kommissionäre, könne er nur sehr eingeschränkt - wie dies für eine allgemeine Handelstätigkeit typisch sei - auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen Einfluss nehmen. Bei dieser Konstellation müssten andere Umstände vorliegen, die für die Gewerblichkeit sprächen. Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 24. März 2004, ZI. 2003/14/0096, festgestellt, dass zu diesen Kriterien etwa der Umstand zähle, dass Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden. Zu diesen Kriterien gehöre weiters die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe. Ein im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu prüfendes Kriterium sei auch die Fremdfinanzierung der angeschafften Wertpapiere. Nicht unbedeutend sei schließlich der Umstand, ob der den Handel mit Wertpapieren Betreibende einen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf, insbesondere jenen des Wertpapiermaklers ausübe (auch hiezu wird auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, ZI. 2003/14/0096, verwiesen). Die Anzahl der von der AI AG getätigten jährlichen An- und Verkäufe sei somit im Sinne des genannten Erkenntnisses ein zusätzliches Kriterium, das für die Gewerblichkeit der getätigten Transaktionen spreche. Außerdem handle es sich bei der AI AG um ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen, womit jedenfalls ein sehr starker Bezug zum Umsatz von Wertpapieren gegeben sei.

Der Beschwerdeführer habe in seinen Rechtfertigungen auch angegeben, dass die Transaktionen für das Privatvermögen der AI AG getätigt worden seien. Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. März 2004, ZI. 2003/14/0096, gehörten die Umschichtungen von Wertpapieren, somit Kauf und Verkauf durch Einschaltung von Banken, grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung. Bei Wertpapieren liege es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren. Die AI AG habe somit keine konzessionspflichtigen Geschäfte getätigt. Die Unterscheidung zwischen privaten und juristischen Personen hinsichtlich des Kriteriums der Anschaffung für das Privatvermögen sei sachlich nicht gerechtfertigt und somit verfassungsrechtlich bedenklich.

Die Behörde erster Instanz verweist sodann auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl. Nr. 753/1996, welche verdeutlichten, wann der Handel für das Privatvermögen erfolge. Es werde dabei klargestellt, dass der Begriff des Privatvermögens im Sinne des Einkommensteuerrechtes zu verstehen sei. Bei juristischen Personen sei ein Handel für das Privatvermögen nicht möglich, da diese über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen könnten (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth et al., Bankwesengesetz2, § 1, Rz 14). Die AI AG könne als Aktiengesellschaft über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen und somit auch keine private Vermögensverwaltung betreiben. Der Einwand, Umschichtungen von Wertpapieren gehörten grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung und es läge bei Wertpapieren in der Natur der Sache, den Bestand zu ändern und Kursgewinne zu realisieren, gehe somit von vornherein ins Leere. Der Einwand, es sei nicht gerechtfertigt, dass hinsichtlich des Kriteriums der Anschaffung für das Privatvermögen zwischen privaten und juristischen Personen unterschieden wäre, gehe von vornherein ins Leere, da es bei einer Aktiengesellschaft keine "Anschaffung für das Privatvermögen" geben könne. Die FMA habe außerdem nicht zu beurteilen, ob eine im Gesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen hinsichtlich des Handelns für das Privatvermögen verfassungskonform sei. § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG umfasse nur den Handel im Auftrag der Kundschaft und den Nostrohandel der Kreditinstitute. Dass ein derartiger Handel, etwa eines Industrieunternehmens, einer Bankkonzession bedürfe, sei nicht zweifelhaft, da die Bestände zum Betriebsvermögen gehörten. Bei entsprechender Rechtsform werde für Privatvermögen im einkommensteuerrechtlichen Sinn kein Raum sein (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth et al., Bankwesengesetz2, § 1, Rz 14). Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, aber nicht für das Privatvermögen, so liege "dessen ungeachtet" ein Bankgeschäft vor (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, Band 1, § 1, Rz 67). Da die AI AG als Aktiengesellschaft eingetragen sei, könne sie über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen. Der Handel erfolge für das Betriebsvermögen (Umlauf- bzw. Anlagevermögen) der AI AG. Es liege somit ein Bankgeschäft vor, da die AI AG im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Wertpapieren gehandelt habe und auf Grund ihrer Rechtsform ein Handel für das Privatvermögen ausgeschlossen sei. Die Behörde erster Instanz verweist sodann auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996,, welche verdeutlichten, wann

der Handel für das Privatvermögen erfolge. Es werde dabei klargestellt, dass der Begriff des Privatvermögens im Sinne des Einkommensteuerrechtes zu verstehen sei. Bei juristischen Personen sei ein Handel für das Privatvermögen nicht möglich, da diese über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen könnten (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth et al., Bankwesengesetz², Paragraph eins., Rz 14). Die AI AG könne als Aktiengesellschaft über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen und somit auch keine private Vermögensverwaltung betreiben. Der Einwand, Umschichtungen von Wertpapieren gehörten grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung und es läge bei Wertpapieren in der Natur der Sache, den Bestand zu ändern und Kursgewinne zu realisieren, gehe somit von vornherein ins Leere. Der Einwand, es sei nicht gerechtfertigt, dass hinsichtlich des Kriteriums der Anschaffung für das Privatvermögen zwischen privaten und juristischen Personen unterschieden wäre, gehe von vornherein ins Leere, da es bei einer Aktiengesellschaft keine "Anschaffung für das Privatvermögen" geben könne. Die FMA habe außerdem nicht zu beurteilen, ob eine im Gesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen hinsichtlich des Handelns für das Privatvermögen verfassungskonform sei. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG umfasse nur den Handel im Auftrag der Kundschaft und den Nostrohandel der Kreditinstitute. Dass ein derartiger Handel, etwa eines Industrieunternehmens, einer Bankkonzession bedürfe, sei nicht zweifelhaft, da die Bestände zum Betriebsvermögen gehörten. Bei entsprechender Rechtsform werde für Privatvermögen im einkommensteuerrechtlichen Sinn kein Raum sein (Hinweis auf Laurer, in: Fremuth et al., Bankwesengesetz², Paragraph eins., Rz 14). Handle jemand daher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, aber nicht für das Privatvermögen, so liege "dessen ungeachtet" ein Bankgeschäft vor (Hinweis auf Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, Band 1, Paragraph eins., Rz 67). Da die AI AG als Aktiengesellschaft eingetragen sei, könne sie über kein Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen. Der Handel erfolge für das Betriebsvermögen (Umlauf- bzw. Anlagevermögen) der AI AG. Es liege somit ein Bankgeschäft vor, da die AI AG im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Wertpapieren gehandelt habe und auf Grund ihrer Rechtsform ein Handel für das Privatvermögen ausgeschlossen sei.

Zum Einwand des Beschwerdeführers, die AI AG habe für die eigenen Beteiligungszwecke gekauft, wird ausgeführt, dass unter Handel wiederholte An- und Verkaufsgeschäfte zu verstehen seien, wobei typischerweise Erträge aus der Anschaffung und Veräußerung erzielt würden. Die Abgrenzung des Handels von der Beteiligung (Veranlagung) sei im Einzelfall zu beurteilen. Eine Veranlagungsstrategie, die auf langfristige Substanzsteigerungen und das Erzielen von Zinserträgen und Dividenden abziele, deute auf eine Beteiligung (Anlagen) hin, während ständiger Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen Abständen zur Ausnützung von Kursschwankungen als Anzeichen für das Vorliegen von Handel anzusehen sei.

Die AI AG habe durch wiederholte An- und Verkaufsgeschäfte regelmäßig Erträge erzielt. Dies dadurch, dass sie durch ständigen Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen Abständen Kursschwankungen ausgenützt habe. So habe sie z.B. am 10. Mai 2004 1.000 Stück Wienerberger-Aktien gekauft und 14 Tage später mit einem Gewinn von EUR 170,- wieder verkauft. Weiters habe sie am 20. September 2004 3.000 Stück RHI-Aktien gekauft und 15 Tage später mit einem Gewinn von EUR 2.340,- wieder verkauft. Am 22. Dezember 2005 habe sie 855 Stück Wiener Städtische-Aktien gekauft und nur sieben Tage später mit einem Gewinn von EUR 863,73 wieder verkauft. Am 20. Mai 2005 habe die AI AG 1.000 Stück sowie am 8. Juni 2005 166 Stück Böhler-Aktien gekauft und 20 Tage später bzw. nur einen Tag (hinsichtlich der 166 Stück) später mit einem Gewinn von insgesamt EUR 10.608,70 wieder verkauft. Diese Beispiele verdeutlichten, dass die AI AG keinesfalls Beteiligungen an den jeweiligen Unternehmen eingehen wollte. Vielmehr habe sie durch ständigen Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen Abständen Kursschwankungen ausgenützt und dadurch regelmäßig Erträge erzielt. Von einer Beteiligung an den Unternehmen Wienerberger AG, RHI AG, Wiener Städtische Versicherung AG, Böhler-Uddeholm AG, Triangle Petroleum Corporation, Allianz AG bzw. Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG im Sinne von 20 % bzw. 10 % der Stimmrechte oder des Kapitals dieser Gesellschaften könne keine Rede sein. Ebenso wenig bestehe für die AI AG durch die getätigten Transaktionen die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung dieser Unternehmen. Die AI AG wolle auch nicht eine dauernde Verbindung zu diesen Unternehmen durch die getätigten Transaktionen eingehen. Eine Veranlagungsstrategie, die auf langfristige Substanzsteigerungen und das Erzielen von Zinserträgen und Dividenden abziele, liege bei den gegenständlichen in kurzen Abständen getätigten Kauf- und Verkaufstransaktionen nicht vor. Ein weiteres Indiz dafür, dass die AI AG mit den gegenständlichen Transaktionen keine langfristige Veranlagungsstrategie verfolgt habe, sei die Tatsache, dass sich die gekauften Wertpapiere (Wienerberger-Aktien, RHI-Aktien im Jahr 2004, Wiener Städtische-Aktien, Böhler-Aktien und Triangle-Aktien) im

Umlaufvermögen und nicht im Anlagevermögen der AI AG befunden hätten. Gemäß § 198 Abs. 4 HGB seien als Umlaufvermögen die Gegenstände auszuweisen, die nicht bestimmt seien, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Im Allgemeinen werde bei Gegenständen des Finanzanlagevermögens eine Zurechnung zum Anlagevermögen vertretbar sein, wenn die dokumentierte Behalteabsicht ein Geschäftsjahr übersteige. Dagegen werde beim Umlaufvermögen von der Bestimmung zur alsbaldigen Veräußerung ausgegangen. Die AI AG habe die in Rede stehenden Wertpapiere somit in Handelsabsicht und ohne langfristige Veranlagungsstrategie gekauft. Die AI AG habe durch wiederholte An- und Verkaufsgeschäfte regelmäßig Erträge erzielt. Dies dadurch, dass sie durch ständigen Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen Abständen Kursschwankungen ausgenutzt habe. So habe sie z.B. am 10. Mai 2004 1.000 Stück Wienerberger-Aktien gekauft und 14 Tage später mit einem Gewinn von EUR 170,-- wieder verkauft. Weiters habe sie am 20. September 2004 3.000 Stück RHI-Aktien gekauft und 15 Tage später mit einem Gewinn von EUR 2.340,-- wieder verkauft. Am 22. Dezember 2005 habe sie 855 Stück Wiener Städtische-Aktien gekauft und nur sieben Tage später mit einem Gewinn von EUR 863,73 wieder verkauft. Am 20. Mai 2005 habe die AI AG 1.000 Stück sowie am 8. Juni 2005 166 Stück Böhler-Aktien gekauft und 20 Tage später bzw. nur einen Tag (hinsichtlich der 166 Stück) später mit einem Gewinn von insgesamt EUR 10.608,70 wieder verkauft. Diese Beispiele verdeutlichten, dass die AI AG keinesfalls Beteiligungen an den jeweiligen Unternehmen eingehen wollte. Vielmehr habe sie durch ständigen Kauf und Verkauf von Wertpapieren in kurzen Abständen Kursschwankungen ausgenutzt und dadurch regelmäßig Erträge erzielt. Von einer Beteiligung an den Unternehmen Wienerberger AG, RHI AG, Wiener Städtische Versicherung AG, Böhler-Uddeholm AG, Triangle Petroleum Corporation, Allianz AG bzw. Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG im Sinne von 20 % bzw. 10 % der Stimmrechte oder des Kapitals dieser Gesellschaften könne keine Rede sein. Ebenso wenig bestehe für die AI AG durch die getätigten Transaktionen die Möglichkeit der Wahrnehmung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung dieser Unternehmen. Die AI AG wolle auch nicht eine dauernde Verbindung zu diesen Unternehmen durch die getätigten Transaktionen eingehen. Eine Veranlagungsstrategie, die auf langfristige Substanzsteigerungen und das Erzielen von Zinserträgen und Dividenden abziele, liege bei den gegenständlichen in kurzen Abständen getätigten Kauf- und Verkaufstransaktionen nicht vor. Ein weiteres Indiz dafür, dass die AI AG mit den gegenständlichen Transaktionen keine langfristige Veranlagungsstrategie verfolgt habe, sei die Tatsache, dass sich die gekauften Wertpapiere (Wienerberger-Aktien, RHI-Aktien im Jahr 2004, Wiener Städtische-Aktien, Böhler-Aktien und Triangle-Aktien) im Umlaufvermögen und nicht im Anlagevermögen der AI AG befunden hätten. Gemäß Paragraph 198, Absatz 4, HGB seien als Umlaufvermögen die Gegenstände auszuweisen, die nicht bestimmt seien, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Im Allgemeinen werde bei Gegenständen des Finanzanlagevermögens eine Zurechnung zum Anlagevermögen vertretbar sein, wenn die dokumentierte Behalteabsicht ein Geschäftsjahr übersteige. Dagegen werde beim Umlaufvermögen von der Bestimmung zur alsbaldigen Veräußerung ausgegangen. Die AI AG habe die in Rede stehenden Wertpapiere somit in Handelsabsicht und ohne langfristige Veranlagungsstrategie gekauft.

Aber auch die übrigen, in den Tatvorwurf miteinbezogenen Wertpapiere, die nicht dem Umlaufvermögen, sondern dem Anlagevermögen der AI AG zugeordnet worden seien, seien von der AI AG in Handelsabsicht und ohne langfristige Veranlagungsstrategie gekauft worden. Dies ergebe sich daraus, dass auch diese Wertpapiere von der AI AG nach kurzer Behaltedauer wieder verkauft worden seien. So habe sie z.B. am 6. Juli 2005 10.000 Stück RHI-Aktien gekauft und ca. einen Monat später am 8. August 2005 mit einem Gewinn von EUR 32.172,59 wieder verkauft. Weiters habe sie am 25. April 2005 1.000 Stück und 6. Mai 2005 1.000 Stück Allianz-Aktien gekauft und nur elf Tage später (1.000 Stück am 6. Mai 2005) bzw. ca. zwei Monate später (1.000 Stück am 5. Juli 2005) mit einem Gewinn von insgesamt EUR 6.700,- wieder verkauft. Am 20. April 2005 habe sie 2.000 Stück Münchener Rück-Aktien gekauft und nur 16 Tage später mit einem Gewinn von EUR 2.800,-- wieder verkauft. Diese Beispiele verdeutlichten, dass die AI AG dabei keinesfalls Beteiligungen an den jeweiligen Unternehmen eingehen habe wollen. Dem Argument, die AI AG habe sich zur Umsetzung ihres Vorhabens einer Bank bedient und nur diese habe den Effektenhandel betrieben, nicht jedoch die AI AG selbst, wurde entgegengehalten, dass nach dem Börsegesetz eben nur Börsemitglieder - somit im Regelfall Banken - an der Börse mit Wertpapieren handeln dürften. Dies schließe jedoch nicht aus, dass auch Nicht-Börsemitglieder - wie z.B. Privatpersonen - Handel im Sinne des BWG betreiben könnten. Andernfalls wäre die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG, wonach der Handel für das Privatvermögen kein Bankgeschäft darstelle, sinnlos. § 1 Abs. 1 Z 7 BWG sage explizit, dass der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit Wertpapieren ein Bankgeschäft sei, "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt". Daraus könne geschlossen werden, dass der Handel für das Privatvermögen möglich sein müsse. Dies könne aber immer nur über

eine Bank als Börsemitglied erfolgen. Im Falle, dass eine Privatperson Handel für ihr Privatvermögen betreibe und der Bank Aufträge zum Kauf und Verkauf von Aktien erteile, handle sowohl die Privatperson (auf eigene Rechnung) als auch die Bank (auf fremde Rechnung). Für die Bank sei dies ein Kommissionsgeschäft, bei dem sie auf fremde Rechnung handle; für die Privatperson sei dies Handel für ihr Privatvermögen. Genauso stelle sich dies auch im gegenständlichen Fall dar, mit dem Unterschied, dass die AI AG keinen Handel für Privatvermögen betreiben könne, da sie als Aktiengesellschaft über kein Privatvermögen verfügen könne. Jedenfalls wäre die in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vorgesehene Ausnahme des Handels für das Privatvermögen sinnlos, würde man davon ausgehen, dass nur derjenige handeln kann, der direkt an der Börse kaufen und verkaufen darf. Unter dieser Annahme wäre Handel für das Privatvermögen gar nicht möglich, da nur Börsemitglieder handeln könnten. Dann bräuchte aber die in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vorgesehene Ausnahme des Handels für das Privatvermögen nicht explizit genannt zu werden. Nach Auseinandersetzung mit Einwänden des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem österreichischen Übernahmerecht und § 65 f Aktiengesetz sowie Vorschriften des HGB über den Erwerb von Aktien und anderen Wertpapieren sowie Hinweisen auf das Steuerrecht wird neuerlich auf den Einwand eingegangen, dass die gleichen Geschäfte, wie sie die AI AG getätigt habe, im Falle einer natürlichen Person schon im Hinblick auf die Ausnahme für den Erwerb für das Privatvermögen zulässig gewesen wären. Dem Einwand wird entgegengehalten, dass eine juristische Person zwar über eigenes Vermögen, nicht aber über Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen könne. Der Wertpapierhandel für das eigene Vermögen sei einer juristischen Person nur erlaubt, wenn sie über eine Konzession zum Betrieb der Bankgeschäfte gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e verfüge (sogenannter Eigenhandel oder Nostrohandel). Aber auch die übrigen, in den Tatvorwurf miteinbezogenen Wertpapiere, die nicht dem Umlaufvermögen, sondern dem Anlagevermögen der AI AG zugeordnet worden seien, seien von der AI AG in Handelsabsicht und ohne langfristige Veranlagungsstrategie gekauft worden. Dies ergebe sich daraus, dass auch diese Wertpapiere von der AI AG nach kurzer Behaltdauer wieder verkauft worden seien. So habe sie z.B. am 6. Juli 2005 10.000 Stück RHI-Aktien gekauft und ca. einen Monat später am 8. August 2005 mit einem Gewinn von EUR 32.172,59 wieder verkauft. Weiters habe sie am 25. April 2005 1.000 Stück und 6. Mai 2005 1.000 Stück Allianz-Aktien gekauft und nur elf Tage später (1.000 Stück am 6. Mai 2005) bzw. ca. zwei Monate später (1.000 Stück am 5. Juli 2005) mit einem Gewinn von insgesamt EUR 6.700,-- wieder verkauft. Am 20. April 2005 habe sie 2.000 Stück Münchener Rück-Aktien gekauft und nur 16 Tage später mit einem Gewinn von EUR 2.800,-- wieder verkauft. Diese Beispiele verdeutlichten, dass die AI AG dabei keinesfalls Beteiligungen an den jeweiligen Unternehmen eingehen habe wollen. Dem Argument, die AI AG habe sich zur Umsetzung ihres Vorhabens einer Bank bedient und nur diese habe den Effektenhandel betrieben, nicht jedoch die AI AG selbst, wurde entgegengehalten, dass nach dem Börsegesetz eben nur Börsemitglieder - somit im Regelfall Banken - an der Börse mit Wertpapieren handeln dürften. Dies schließe jedoch nicht aus, dass auch Nicht-Börsemitglieder - wie z.B. Privatpersonen - Handel im Sinne des BWG betreiben könnten. Andernfalls wäre die Ausnahmebestimmung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG, wonach der Handel für das Privatvermögen kein Bankgeschäft darstelle, sinnlos. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG sage explizit, dass der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit Wertpapieren ein Bankgeschäft sei, "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt". Daraus könne geschlossen werden, dass der Handel für das Privatvermögen möglich sein müsse. Dies könne aber immer nur über eine Bank als Börsemitglied erfolgen. Im Falle, dass eine Privatperson Handel für ihr Privatvermögen betreibe und der Bank Aufträge zum Kauf und Verkauf von Aktien erteile, handle sowohl die Privatperson (auf eigene Rechnung) als auch die Bank (auf fremde Rechnung). Für die Bank sei dies ein Kommissionsgeschäft, bei dem sie auf fremde Rechnung handle; für die Privatperson sei dies Handel für ihr Privatvermögen. Genauso stelle sich dies auch im gegenständlichen Fall dar, mit dem Unterschied, dass die AI AG keinen Handel für Privatvermögen betreiben könne, da sie als Aktiengesellschaft über kein Privatvermögen verfügen könne. Jedenfalls wäre die in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG vorgesehene Ausnahme des Handels für das Privatvermögen sinnlos, würde man davon ausgehen, dass nur derjenige handeln kann, der direkt an der Börse kaufen und verkaufen darf. Unter dieser Annahme wäre Handel für das Privatvermögen gar nicht möglich, da nur Börsemitglieder handeln könnten. Dann bräuchte aber die in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG vorgesehene Ausnahme des Handels für das Privatvermögen nicht explizit genannt zu werden. Nach Auseinandersetzung mit Einwänden des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem österreichischen Übernahmerecht und Paragraph 65, f Aktiengesetz sowie Vorschriften des HGB über den Erwerb von Aktien und anderen Wertpapieren sowie Hinweisen auf das Steuerrecht wird neuerlich auf den Einwand eingegangen, dass die gleichen Geschäfte, wie sie die AI AG getätigt habe, im Falle einer natürlichen Person schon im Hinblick auf die Ausnahme für den Erwerb für das

Privatvermögen zulässig gewesen wären. Dem Einwand wird entgegengehalten, dass eine juristische Person zwar über eigenes Vermögen, nicht aber über Privatvermögen im Sinne des Einkommensteuerrechts verfügen könne. Der Wertpapierhandel für das eigene Vermögen sei einer juristischen Person nur erlaubt, wenn sie über eine Konzession zum Betrieb der Bankgeschäfte gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, verfüge (sogenannter Eigenhandel oder Nostrohandel).

1.3. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

1.4. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung die Berufung in der Schuldfrage abgewiesen und das erstinstanzliche Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt, hinsichtlich der verhängten Strafe wurde der Berufung insofern Folge gegeben, als die Ersatzfreiheitsstrafe auf eine Woche herabgesetzt wurde.

Begründend gibt die belangte Behörde zunächst den wesentlichen Inhalt der Berufung wieder. Nach Wiedergabe eines Teils des Verwaltungsgeschehens und des Inhalts des erstinstanzlichen Straferkenntnisses und seiner Begründung wird zu den Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung festgestellt, dass der Beschwerdeführer ergänzend vorgebracht habe, Voraussetzung für eine Gewerblichkeit sei, dass zwischen dem Erwerbs- und Verkaufspreis ein eigener Aufschlag gesetzt werde. Im Einzelhandel sei es üblich, eine Ware mit dem Einkaufspreis zu erwerben, mit einer Handelsspanne zu versehen und mit einem erhöhten Verkaufspreis abzustoßen. Genau dies sei jedoch hier nicht der Fall gewesen. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer seinerseits Kosten in Kauf genommen, um die jeweiligen Wertpapiere zu kaufen und zu verkaufen. Es sei somit nicht durch die Transaktionstätigkeit verdient worden, sondern die entsprechenden Provisionen nur von der beauftragten Bank eingehoben worden. Der Vertreter der FMA habe dazu auf die Begründung des Straferkenntnisses und die darin vorgenommene Definition, wann Handel bzw. Gewerblichkeit vorliege, verwiesen. Es sei ein Gewinn von knapp EUR 200.000,- erzielt worden und im Straferkenntnis seien nur jene Transaktionen angelastet worden, in denen es eine kurze Behaltefrist gegeben habe. Der Beschwerdeführer habe die Tätigkeit der AI AG derart geschildert, dass das Unternehmen drei Geschäftszweige verfolge: das Beteiligungsgeschäft, das Immobiliengeschäft und das Finanzdienstleistungsgeschäft. Bei letzterem würde von der AI AG Beratungstätigkeit, Anlagevermittlung und Anlageverwaltung durchgeführt. Die verfahrensgegenständlichen Geschäfte seien ausschließlich im Bereich des Beteiligungsgeschäftes durchgeführt worden. Ziel des Beteiligungsgeschäftes sei es sich an Unternehmen zu beteiligen, wobei die Beteiligung meist mit nur geringen Anteilen, die an der Börse gekauft würden, beginne. Bei Übersteigen der 5 %- Beteiligungsgrenze werde die Meldung an die FMA durchgeführt, ebenfalls bei Übersteigen der 10 %-Grenze. Dann würden vom Unternehmen Funktionen im Aufsichtsrat übernommen. Mit Unternehmen bzw. dem Management von Unternehmen, an denen die AI AG eine Beteiligung anstrebe, werde erstmals Kontakt aufgenommen, sobald die 5 %-Anteilsgrenze überschritten werde. Kurzfristige Beteiligungen müssten mitunter aus strategischen Gründen eingegangen werden, ergäben sich Änderungen in der Strategie, so könne es sein, dass die Beteiligungen wieder aufgegeben würden. Für das Beteiligungsgeschäft sei es erforderlich, mehrere strategische Positionen gleichzeitig aufzubauen, um dort, wo eine weitere Beteiligung nicht sinnvoll erscheine, die Kräfte auf ein Projekt zu konzentrieren. So habe das Unternehmen des Beschwerdeführers im Jahr 2006 bei einer Reihe von Unternehmen Anteile von mehr als 5 % bzw. 10 % erworben und Positionen im Aufsichtsrat übernommen. Was die RHI betreffe, habe die AI AG im Jahr 2006 die Beteiligungsgrenze von 5 % im Mai 2006 überschritten. Es sei auch zu Verlusten im Verkauf von Aktien gekommen, wo sich eine Beteiligung als nicht aussichtsreich erwiesen habe.

Der Vertreter der FMA habe dazu bemerkt, dass nicht bestritten werde, dass das Beteiligungsgeschäft einer von mehreren Geschäftszweigen der AI AG sei. Es werde auch nicht bestritten, dass es sich bei den in der Berufung angeführten Gesellschaften um Beteiligungen der AI AG gehandelt habe. Aus Sicht seiner Behörde habe es sich bei den im Straferkenntnis genannten Ankäufen nicht um Beteiligungen gehandelt bzw. habe keine Beteiligungsabsicht vorgelegen. Dies ergebe sich daraus, dass bereits nach kurzer Zeit wieder verkauft worden sei und zwar im Wesentlichen immer dasselbe Volumen, das angekauft worden sei. So betrage die Behaltefrist zum Teil zehn bis 14 Tage, einmal sogar nur einen Tag. Darauf gründe sich der Vorwurf, dass die AI AG durch Ausnützung kurzfristiger Kursschwankungen Gewinne erzielen habe wollen. Gerade die vorgeworfenen An- und Verkäufe der Aktien der Wiener Städtischen stellten einen klassischen Handel dar, da nach Abschluss der Transaktionen die AI AG keinerlei Aktien der Wiener Städtischen mehr besessen und Kursgewinne realisiert habe. Von Seiten des Beschwerdeführers wurde hiezu festgestellt, dass gerade der Umstand, dass die Position der Wiener Städtischen zur Gänze aufgegeben worden sei, zeige, dass sich das Erreichen eines gewünschten Anteils als zu teuer erwiesen hätte bzw. die Erreichung einer Position

im Aufsichtsrat nicht möglich gewesen sei. Aus diesem Grund seien die Papiere zur Gänze verkauft worden. Die AI AG habe im gesamten Jahr 2005 insgesamt rund 70 Transaktionen durchgeführt. Ein Handel mit Wertpapieren würde in der Regel so durchgeführt, dass täglich mehrere 100 Positionen abgewickelt würden. Im Jahr 2007 habe es beispielsweise bis zum Tag der mündlichen Verhandlung nur zwei Verkäufe gegeben. Der Ertrag von knapp EUR 200.000,-- durch die im Straferkenntnis angeführten Transaktionen mache knapp 2 % des Ertrags, der mit den Beteiligungen erzielt werde, aus.

Zur Frage, nach welchen Kriterien die Zuordnung der Aktien zum Umlauf- bzw. Anlagevermögen erfolgt sei, habe der Beschwerdeführer ausgeführt, in jenen Bereichen, in denen das Vorhaben bestehe, Beteiligungen strategisch auszubauen, würden die Aktien dem Umlaufvermögen zugeordnet, jene Aktien, wo die Beteiligungen unverändert bleiben sollten, würden dem Anlagevermögen zugeordnet. Das lasse sich anhand der großen Beteiligungen nachweisen, die ursprünglich im Umlaufvermögen aufgebaut worden seien und nunmehr ins Anlagevermögen übergeführt worden seien. Bereits im Jahr 2006 sei dazu übergegangen worden, nahezu alle Aktien aus dem Rohstoffbereich vom Umlaufvermögen in das Anlagevermögen zu überführen. Für das Jahr 2007 sei geplant, alle Aktien in das Anlagevermögen zu übertragen.

Einvernehmlich sei festgehalten worden, dass sich alle Aktien, deren Handel im Straferkenntnis vorgeworfen worden sei, im Umlaufvermögen befunden hätten.

Als Sachverhalt stellte die belangte Behörde sodann fest, dass die A Gruppe aus drei Unternehmen, der A Gruppe AG, der im ATX prime market börsennotierten AI AG und der A Immobilien GmbH bestehe. Die verfahrensgegenständliche AI AG sei 1991 vom Beschwerdeführer gegründet worden, er leite seitdem als Vorstandsvorsitzender den Finanzkonzern. Das Kerngeschäft der Gesellschaft sei das Finanzdienstleistungsgeschäft. Dabei habe sich das Unternehmen insbesondere auf das Derivatgeschäft und das Vermögensmanagement spezialisiert.

Die AI AG sei ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Die Konzession umfasse die Erbringung von Dienstleistungen nach § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a bis c BWG. Die AI AG habe im Tatzeitraum im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit Wertpapieren gehandelt und sich dabei einer Bank als Kommissionär bedient. Im Rahmen dieser Ankaufs- und Verkaufsgeschäfte seien insgesamt 73 einzelne Kauftransaktionen und 62 einzelne Verkaufstransaktionen durchgeführt worden. Die AI AG sei ein konzessioniertes Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Die Konzession umfasse die Erbringung von Dienstleistungen nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera a, bis c BWG. Die AI AG habe im Tatzeitraum im eigenen Namen und für eigene Rechnung mit Wertpapieren gehandelt und sich dabei einer Bank als Kommissionär bedient. Im Rahmen dieser Ankaufs- und Verkaufsgeschäfte seien insgesamt 73 einzelne Kauftransaktionen und 62 einzelne Verkaufstransaktionen durchgeführt worden.

Strittig sei, ob ein Teil dieser Transaktionen, nämlich der An- und Verkauf von RHI- und Wienerberger-Aktien (im Jahr 2004) sowie der An- und Verkauf von Aktien der Wiener Städtischen, der RHI, der Böhler-Uddeholm AG, der Triangle Petroleum Corporation, der Allianz AG und der Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft AG im Jahr 2005 einen konzessionslosen Handel (Nostrohandel) darstelle.

Nach Wiedergabe des Inhalts der Begriffsdefinitionen für ein Kreditinstitut und für das Effktengeschäft nach § 1 Abs. 1 BWG und § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG führte die belangte Behörde aus, zum Einwand, der Wertpapierhandel der AI AG stelle keine gewerbliche Tätigkeit dar, sei im Wesentlichen auf § 7 Abs. 3 KStG 1988 zu verweisen. Nach dieser Bestimmung seien bei Steuerpflichtigen, die auf Grund der Rechtsform nach handelsrechtlichen Vorschriften zur Buchführung verpflichtet seien, alle Einkünfte (§ 2 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes 1988) den Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 23 Z 1 des Einkommensteuergesetzes 1988) zuzurechnen. Da die AI AG als Aktiengesellschaft unter den Anwendungsbereich des KStG falle, sei die von der AI AG ausgeübte Handelstätigkeit keine bloße Vermögensverwaltung, sondern jedenfalls gewerblich. Da juristische Personen über kein Privatvermögen verfügten, komme der Ausnahmetatbestand "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt" nicht in Betracht. Nach Wiedergabe des Inhalts der Begriffsdefinitionen für ein Kreditinstitut und für das Effktengeschäft nach Paragraph eins, Absatz eins, BWG und Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG führte die belangte Behörde aus, zum Einwand, der Wertpapierhandel der AI AG stelle keine gewerbliche Tätigkeit dar, sei im Wesentlichen auf Paragraph 7, Absatz 3, KStG 1988 zu verweisen. Nach dieser Bestimmung seien bei Steuerpflichtigen, die auf Grund der Rechtsform nach handelsrechtlichen Vorschriften zur Buchführung verpflichtet seien, alle Einkünfte (Paragraph 2, Absatz 3, des

Einkommensteuergesetzes 1988) den Einkünften aus Gewerbebetrieb (Paragraph 23, Ziffer eins, des Einkommensteuergesetzes 1988) zuzurechnen. Da die AI AG als Aktiengesellschaft unter den Anwendungsbereich des KStG falle, sei die von der AI AG ausgeübte Handelstätigkeit keine bloße Vermögensverwaltung, sondern jedenfalls gewerblich. Da juristische Personen über kein Privatvermögen verfügten, komme der Ausnahmetatbestand "sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt" nicht in Betracht.

Es wird in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen in der Regierungsvorlage zum BWG, 1130 BlgNR 18. GP, 113, verwiesen:

"Allen Bankgeschäften ist gemeinsam, dass es sich hiebei um gewerbliche Tätigkeiten zur Erzielung von Einnahmen handelt; gemäß UStG 1972 ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht Gewinn zu erzielen, fehlt, gewerblich. Somit grenzt der Begriff 'gewerblich' den Inhalt der in Z 1 bis 18 angeführten Tätigkeiten von gleichen Tätigkeiten des privaten oder geschäftlichen Verkehrs ab. Das Wort gewerblich schließt somit aus, dass z.B. schon eine gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten, bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt, als ein Bankgeschäft angesehen werden könnte." "Allen Bankgeschäften ist gemeinsam, dass es sich hiebei um gewerbliche Tätigkeiten zur Erzielung von Einnahmen handelt; gemäß UStG 1972 ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht Gewinn zu erzielen, fehlt, gewerblich. Somit grenzt der Begriff 'gewerblich' den Inhalt der in Ziffer eins, bis 18 angeführten Tätigkeiten von gleichen Tätigkeiten des privaten oder geschäftlichen Verkehrs ab. Das Wort gewerblich schließt somit aus, dass z.B. schon eine gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten, bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommt, als ein Bankgeschäft angesehen werden könnte."

Gewerblichkeit sei somit immer dann gegeben, wenn die Tätigkeit nachhaltig auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sei. Das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht oder die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr seien hingegen nicht Tatbestandsvoraussetzungen (hiezum wird auf Frölichsthal/Ch. Hausmaninger/P. Knobl/M.

Oppitz/W. Zeipelt, Kommentar zum WAG 1998, 183, Rz 1, verwiesen). Dabei mache es keinen Unterschied, ob - so wie im vorliegenden Fall - zur Abwicklung der Aktienan- und -verkäufe ein Bankinstitut als Zwischenhändler eingeschaltet werde. Der im Straferkenntnis erster Instanz vorgeworfene Aktienhandel der AI AG sei somit nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 1 BWG ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft. Die insofern geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken würden von der belangten Behörde nicht geteilt und es sei dazu auf die diesbezüglichen Ausführungen im erstinstanzlichen Straferkenntnis zu verweisen. Oppitz/W. Zeipelt, Kommentar zum WAG 1998, 183, Rz 1, verwiesen). Dabei mache es keinen Unterschied, ob - so wie im vorliegenden Fall - zur Abwicklung der Aktienan- und -verkäufe ein Bankinstitut als Zwischenhändler eingeschaltet werde. Der im Straferkenntnis erster Instanz vorgeworfene Aktienhandel der AI AG sei somit nach dem Wortlaut der Bestimmung des Paragraph eins, BWG ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft. Die insofern geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken würden von der belangten Behörde nicht geteilt und es sei dazu auf die diesbezüglichen Ausführungen im erstinstanzlichen Straferkenntnis zu verweisen.

Es sei jedoch weiters zu prüfen gewesen, ob der vorgeworfene An- und Verkauf von Aktien als Beteiligungsgeschäft bewertet werden könne.

Gemäß § 2 Z 2 BWG in der Fassung BGBl. I Nr. 100/2002 sei unter Beteiligung das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen zu verstehen. Würden weniger als 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen gehalten, liege eine Beteiligung vor, wenn die Anteile dazu bestimmt seien, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, BWG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2002, sei unter Beteiligung das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen zu verstehen. Würden weniger als 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals an einem anderen Unternehmen gehalten, liege eine Beteiligung vor, wenn die Anteile dazu bestimmt seien, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen zu dienen.

Nach dem Beteiligungsbegriff des Bankwesengesetzes (dieser sei im Wesentlichen deckungsgleich mit dem Beteiligungsbegriff des § 228 Abs. 1 des Unternehmensgesetzbuches) sei das Vorliegen einer Beteiligung somit nach zwei Parametern zu prüfen, und zwar nach dem Umfang der Beteiligung (objektiver Aspekt) einerseits und nach der Beteiligungsabsicht (subjektiver Aspekt) andererseits. Nach dem Beteiligungsbegriff des Bankwesengesetzes (dieser sei

im Wesentlichen deckungsgleich mit dem Beteiligungsbegriff des Paragraph 228, Absatz eins, des Unternehmensgesetzbuches) sei das Vorliegen einer Beteiligung somit nach zwei Parametern zu prüfen, und zwar nach dem Umfang der Beteiligung (objektiver Aspekt) einerseits und nach der Beteiligungsabsicht (subjektiver Aspekt) andererseits.

Was das direkte oder indirekte Halten von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals und damit den objektiven Aspekt betreffe, liege ein Beteiligungsgeschäft schon deshalb nicht vor, weil die AI AG bei keinem der im Straferkenntnis angeführten Unternehmen die gesetzlich festgelegte Anteilsgrenze im Tatzeitraum auch nur annähernd erreicht hätte.

Was das Vorliegen einer Beteiligungsabsicht betreffe, sei darauf abzustellen gewesen, ob für den Erwerb der Wertpapiere die Erwartung kurzfristiger Wertsteigerungen und die damit verbundene Realisierung von Kursgewinnen entscheidungsrelevant gewesen seien oder auf Dauer angelegte Kapitalanlagen zum Zwecke der dauerhaften Nutzung bzw. der Gewinnung wirtschaftlichen Einflusses erworben werden sollten. Da beim Erwerb von Wertpapieren aus der objektiven Eigenschaft des Vermögensgegenstandes bzw. aus der Natur des Gegenstandes eine objektive Zweckbestimmung nicht mit Sicherheit möglich sei, sei die subjektive Widmung als letztlich entscheidendes Abgrenzungskriterium heranzuziehen (es wird hiezu auf das hg. Erkenntnis vom 22. September 2000, Zl. 96/15/0207, verwiesen).

Im Beschwerdefall seien im Tatzeitraum alle im Straferkenntnis angeführten von der AI AG ge- bzw. verkauften Aktien in der Bilanz als Umlaufvermögen und nicht als Anlagevermögen geführt worden. Wenn die Erstbehörde aus dieser Widmung und dem Umstand, dass die verfahrensgegenständlich gehandelten Aktien nur über sehr kurze Zeitspannen gehalten und dann mit Gewinn verkauft worden seien, den Schluss gezogen hat, dass seitens der AI AG keine Dauerbesitzabsicht an den Aktien vorgelegen sei und daher Handel mit Wertpapieren betrieben worden sei, sei dies plausibel.

Der Beschwerdeführer habe mit seinem Vorbringen die maßgeblichen Umstände, die eindeutig für das Vorliegen eines Wertpapierhandels und gerade nicht für das Eingehen "nachhaltiger und langfristiger Beteiligungen" sprächen - wie dies in der Berufung vorgebracht worden sei -, nicht entkräften können. Insbesondere hätte der Beschwerdeführer nicht in nachvollziehbarer Weise darlegen können, aus welchen Gründen sonst die gegenständlichen Aktien als Umlauf- und nicht als Anlagevermögen geführt worden seien, zumal auch ein von ihm angeführter "strategischer Ausbau" von Beteiligungen keine den erkennenden Senat überzeugende Erklärung für die dargelegte Vorgangsweise der Bilanzierung darstelle.

Zum Vorbringen, die AI AG habe die verfahrensgegenständlichen Transaktionen ausschließlich für eigene Rechnung zu Beteiligungszwecken durchgeführt und daher keine konzessionspflichtige Tätigkeit im Sinne der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) durchgeführt, wird festgestellt, dass die Zielsetzung der Richtlinie darin bestehe, Wertpapierfirmen zu erfassen, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Wertpapierdienstleistungen erbrächten und/oder Anlagetätigkeiten ausübten. Ihr Anwendungsbereich hätte deshalb keine Personen erfassen sollen, die eine andere berufliche Tätigkeit ausübten (Hinweis auf Erwägungsgrund 7). Die Verweise auf "Personen" im Text seien so zu verstehen, dass damit sowohl natürliche als auch juristische Personen gemeint seien (Hinweis auf Erwägungsgrund 9 der Richtlinie). Nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie hätten daher Personen fallen sollen, die ihr eigenes Vermögen verwalten, und Unternehmen, deren Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten nur im Handel für eigene Rechnung bestünden (Titel I Art. 2.1 d). Zum Vorbringen, die AI AG habe die verfahrensgegenständlichen Transaktionen ausschließlich für eigene Rechnung zu Beteiligungszwecken durchgeführt und daher keine konzessionspflichtige Tätigkeit im Sinne der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) durchgeführt, wird festgestellt, dass die Zielsetzung der Richtlinie darin bestehe, Wertpapierfirmen zu erfassen, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Wertpapierdienstleistungen erbrächten und/oder Anlagetätigkeiten ausübten. Ihr Anwendungsbereich hätte deshalb keine Personen erfassen sollen, die eine andere berufliche Tätigkeit ausübten (Hinweis auf Erwägungsgrund 7). Die Verweise auf "Personen" im Text seien so zu verstehen, dass damit sowohl natürliche als auch juristische Personen gemeint seien (Hinweis auf Erwägungsgrund 9 der Richtlinie). Nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie hätten daher Personen fallen sollen, die ihr eigenes Vermögen verwalten, und Unternehmen, deren Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten nur im Handel für eigene Rechnung bestünden (Titel römisch

eins Artikel 2 Punkt eins, d).

Nach der Richtlinie seien daher juristische Personen, deren Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten nur im Handel für eigene Rechnung bestünden, nicht konzessionspflichtig. Da die AI AG aber unstrittig Beratungstätigkeiten, Anlagevermittlung und Anlageverwaltung, somit Wertpapierdienstleistungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a bis c für Dritte erbracht habe und erbringe, falle sie schon aus diesem Grund nicht unter den Ausnahmetatbestand der Richtlinie. Nach der Richtlinie seien daher juristische Personen, deren Wertpapierdienstleistungen und/oder Anlagetätigkeiten nur im Handel für eigene Rechnung bestünden, nicht konzessionspflichtig. Da die AI AG aber unstrittig Beratungstätigkeiten, Anlagevermittlung und Anlageverwaltung, somit Wertpapierdienstleistungen im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, Litera a, bis c für Dritte erbracht habe und erbringe, falle sie schon aus diesem Grund nicht unter den Ausnahmetatbestand der Richtlinie.

Nach Wiedergabe des Inhalts des § 98 Abs. 1 BWG in der Fassung BGBl. I Nr. 35/2003 wird festgehalten, dass nach den angeführten Erwägungen fest stehe, dass die zur Last gelegte Übertretung in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen sei. Was das Verschulden des Beschwerdeführers betreffe, so sei dieser im Tatzeitraum als Vorstandsvorsitzender der AI AG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Da der Kauf und Verkauf der Aktien seitens der AI AG nicht in Beteiligungsabsicht, sondern in der Absicht erfolgt sei, Kursschwankungen auszunützen und Erträge zu erzielen, habe der Beschwerdeführer den konzessionslosen Wertpapierhandel durch die AI AG in subjektiver Hinsicht zu verantworten. Durch den vom Beschwerdeführer zu verantwortenden Betrieb von Bankgeschäften ohne Konzession sei das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeiten des Bankwesens und der Stabilität des Finanzmarktes erheblich beeinträchtigt worden. Die verhängte Geldstrafe, mit welcher der gesetzliche Strafraum zur Hälfte ausgeschöpft worden sei, erscheine auf Grund des langen Tatzeitraums und bei Bedachtnahme auf die von der AI AG erzielten Gewinne in der Höhe von knapp EUR 200.000,- nicht zu hoch bemessen, zumal besondere Milderungsgründe nicht hervorgekommen und die im Straferkenntnis angeführten rechtskräftigen Bestrafungen des Beschwerdeführers wegen Übertretung des Wertpapieraufsichtsgesetzes und des Börsegesetzes als erschwerend zu werten gewesen seien. Darüber hinaus erscheine die Höhe der Geldstrafe auch aus generalpräventiven Erwägungen erforderlich. Nach Wiedergabe des Inhalts des Paragraph 98, Absatz eins, BWG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 35 aus 2003, wird festgehalten, dass nach den angeführten Erwägungen fest stehe, dass die zur Last gelegte Übertretung in objektiver Hinsicht als erwiesen anzusehen sei. Was das Verschulden des Beschwerdeführers betreffe, so sei dieser im Tatzeitraum als Vorstandsvorsitzender der AI AG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Da der Kauf und Verkauf der Aktien seitens der AI AG nicht in Beteiligungsabsicht, sondern in der Absicht erfolgt sei, Kursschwankungen auszunützen und Erträge zu erzielen, habe der Beschwerdeführer den konzessionslosen Wertpapierhandel durch die AI AG in subjektiver Hinsicht zu verantworten. Durch den vom Beschwerdeführer zu verantwortenden Betrieb von Bankgeschäften ohne Konzession sei das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeiten des Bankwesens und der Stabilität des Finanzmarktes erheblich beeinträchtigt worden. Die verhängte Geldstrafe, mit welcher der gesetzliche Strafraum zur Hälfte ausgeschöpft worden sei, erscheine auf Grund des langen Tatzeitraums und bei Bedachtnahme auf die von der AI AG erzielten Gewinne in der Höhe von knapp EUR 200.000,- nicht zu hoch bemessen, zumal besondere Milderungsgründe nicht hervorgekommen und die im Straferkenntnis angeführten rechtskräftigen Bestrafungen des Beschwerdeführers wegen Übertretung des Wertpapieraufsichtsgesetzes und des Börsegesetzes als erschwerend zu werten gewesen seien. Darüber hinaus erscheine die Höhe der Geldstrafe auch aus generalpräventiven Erwägungen erforderlich.

1.5. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

1.6. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand genommen und die Abweisung der Beschwerde unter Zuspruch der Kosten für den Vorlageaufwand beantragt.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1.1. § 1 Abs. 1 Z 7 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 in der (im Jahre 2004 und 2005 in Geltung gestandenen) Fassung BGBl. I Nr. 80/2003, sowie der mit BGBl. I Nr. 60/2007 eingefügte § 1 Abs. 1 Z 7a BWG lauten: 2.1.1. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG, Bundesgesetzblatt Nr. 532 aus 1993, in der (im Jahre 2004 und 2005 in Geltung gestandenen) Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 2003,, sowie der mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, eingefügte Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7 a, BWG lauten:

"§ 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:

...

7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit

a) ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen- und

Valutengeschäft);

b) Geldmarktinstrumenten;

c) Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich

gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und

Verkaufsoptionen auf die in lit. a und d bis f genannten

Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit

Barzahlung (Termin- und Optionsgeschäft);

d) Zinsterminkontrakten, Zinsausgleichsvereinbarungen

(Forward Rate Agreements, FRA), Zins- und Devisenswaps sowie Swaps

auf Substanzwerte oder auf Aktienindices ('equity swaps');

e) Wertpapieren (Effektengeschäft);

f) von lit. b bis e abgeleiteten Instrumenten,

sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt;

7a. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit

Finanzinstrumenten gemäß § 1 Abs. 1 Z 6 lit. e bis g und j Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 - WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007, ausgenommen der Handel durch Personen gemäß § 2 Abs. 1 Z 11 und 13 WAG 2007;"Finanzinstrumenten gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 6, Litera e, bis g und j Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 - WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007,, ausgenommen der Handel durch Personen gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 11, und 13 WAG 2007;"

2.1.2. Artikel 4 und 5 der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute lauten auszugsweise:

"Artikel 4

Für die Zwecke dieser Richtlinie gelten die folgenden

Begriffsbestimmungen:

1. 'Kreditinstitut':

a) ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren, oder

b) ein E-Geld-Institut im Sinne der Richtlinie 2000/46/EG ;

...

Artikel 5

Die Mitgliedstaaten untersagen Personen oder Unternehmen, die keine Kreditinstitute sind, die Tätigkeit der Entgegennahme von Einlagen oder anderen rückzahlbaren Geldern des Publikums gewerbsmäßig zu betreiben.

Von Absatz 1 ausgenommen ist die Entgegennahme von Einlagen oder anderen rückzahlbaren Geldern durch einen Mitgliedstaat, durch Gebietskörperschaften eines Mitgliedstaats oder durch öffentliche internationale Einrichtungen, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten angehören, sowie für die in den nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften ausdrücklich genannten Fälle, sofern diese Tätigkeiten Regelungen und Kontrollen unterworfen sind, die den Schutz von Einlegern und Anlegern bezwecken und auf diese Fälle anwendbar sind."

Anhang 1 der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute lautet auszugsweise:

"ANHANG I" ANHANG römisch eins

LISTE DER TÄTIGKEITEN, FÜR DIE DIE GEGENSEITIGE

ANERKENNUNG GILT

1. 1.Ziffer eins
Entgegennahme von Einnahmen und anderen rückzahlbaren Geldern
2. 2.Ziffer 2
Ausleihungen, insbesondere Konsumentenkredite, Hypothekendarlehen, Factoring mit und ohne Rückgriff, Handelsfinanzierung (einschließlich Forfaitierung)
3. 3.Ziffer 3
Finanzierungsleasing
4. 4.Ziffer 4
Dienstleistungen zur Durchführung des Zahlungsverkehrs
5. 5.Ziffer 5
Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln (Kreditkarten, Reiseschecks und Bankschecks)
6. 6.Ziffer 6
Garantien und Zusagen
7. 7.Ziffer 7
Handel für eigene Rechnung oder im Auftrag der Kundschaft:
 - a) Geldmarktinstrumente (Schecks, Wechsel, Depositenzertifikate usw.)
1. b)Litera b
Geldwechselgeschäfte
2. c)Litera c
Termin-('financial futures') und Optionsgeschäfte
3. d)Litera d
Wechselkurs- und Zinssatzinstrumente, oder
4. e)Litera e
Wertpapiergeschäfte

..."

2.2. Der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit Geldmarktinstrumenten, ausländischen Zahlungsmitteln, Optionen und Finanzterminkontrakten, Wechselkurs- und Zinssatzinstrumenten, Wertpapieren sowie von diesen abgeleiteten Instrumenten wurde durch die Stammfassung des BWG ausdrücklich in den (taxativen) Katalog der Bankgeschäfte nach § 1 BWG aufgenommen (kritisch zur generellen Einbeziehung des Handels auf eigene Rechnung Laurer, in: Fremuth et al, BWG2, § 1 Rz 14; in gleichem Sinne, nunmehr auch bezogen auf die RL 2006/48/EG, ders, in: 2.2. Der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit Geldmarktinstrumenten, ausländischen Zahlungsmitteln, Optionen und Finanzterminkontrakten, Wechselkurs- und Zinssatzinstrumenten, Wertpapieren sowie von diesen abgeleiteten Instrumenten wurde durch die Stammfassung des BWG ausdrücklich in den (taxativen) Katalog der Bankgeschäfte nach Paragraph eins, BWG aufgenommen (kritisch zur generellen Einbeziehung des Handels auf eigene Rechnung Laurer, in: Fremuth et al, BWG2, Paragraph eins, Rz 14; in gleichem Sinne, nunmehr auch bezogen auf die RL 2006/48/EG, ders, in:

Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG (in der Folge:Laurer, BWG3), § 1 Rz 2, Stand Dezember 2007; die Richtlinie erfasse nur "den Handel im Auftrag der Kundschaft und den - insb für Deckungsgeschäfte nötigen - Nostrohandel" der Kreditinstitute; vgl. auch das Beispiel des Handels durch ein Industrieunternehmen, welches nach

Laurers Auffassung nach dem Wortlaut ebenfalls einer Konzession bedürfte, "da die Bestände zum Betriebsvermögen" gehörten; vgl. auch Göth, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, *ecolex* 1993, 495). In der Stammfassung war die explizite Ausnahme zu Gunsten des Handels für das Privatvermögen noch nicht enthalten, diese wurde erst mit BGBl. Nr. 753/1996 eingefügt. Die Vorgängerbestimmung des § 1 KWG hatte eine demonstrative Aufzählung der Bankgeschäfte in Verbindung mit einer Bezugnahme auf "die Verkehrsauffassung" enthalten (Laurer, in: Fremuth et al, BWG2, § 1 Rz 2, Göth, a.a.O., 495, Waldhäusl, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften im Entwurf eines neuen Bankwesengesetzes, *ZfV* 1992, 395 (400)). Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG (in der Folge: Laurer, BWG3), Paragraph eins, Rz 2, Stand Dezember 2007; die Richtlinie erfasse nur "den Handel im Auftrag der Kundschaft und den - insb für Deckungsgeschäfte nötigen - Nostrohandel" der Kreditinstitute; vergleiche auch das Beispiel des Handels durch ein Industrieunternehmen, welches nach Laurers Auffassung nach dem Wortlaut ebenfalls einer Konzession bedürfte, "da die Bestände zum Betriebsvermögen" gehörten; vergleiche auch Göth, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, *ecolex* 1993, 495). In der Stammfassung war die explizite Ausnahme zu Gunsten des Handels für das Privatvermögen noch nicht enthalten, diese wurde erst mit Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, eingefügt. Die Vorgängerbestimmung des Paragraph eins, KWG hatte eine demonstrative Aufzählung der Bankgeschäfte in Verbindung mit einer Bezugnahme auf "die Verkehrsauffassung" enthalten (Laurer, in: Fremuth et al, BWG2, Paragraph eins, Rz 2, Göth, a.a.O., 495, Waldhäusl, Die Berechtigung zum Betrieb von Bankgeschäften im Entwurf eines neuen Bankwesengesetzes, *ZfV* 1992, 395 (400)).

Nach § 1 BWG liegt nunmehr bei Vorliegen der Gewerblichkeit einer der in Abs. 1 aufgezählten Tätigkeiten (jedenfalls) ein Bankgeschäft vor, ohne dass es noch einer Prüfung der Verkehrsauffassung bedürfte (Waldhäusl, a.a.O., 400). Schon in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Stammfassung des BWG wurde aber die Frage der Abgrenzung der Bankgeschäfte von einer privaten Anlagetätigkeit angesprochen und die Auffassung vertreten, dass durch das Abstellen auf den Begriff der Gewerblichkeit die Einbeziehung der privaten Anlagetätigkeit vermieden werde (RV 1130 BlgNR 18. GP, 113). Beispielhaft ist an der zitierten Stelle der Erläuterungen von der "gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr" vorkomme, genannt. Die Ergänzung in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG durch die Novelle BGBl. Nr. 753/1996 (ausdrückliche Ausnahme des Handels für das Privatvermögen) diene nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (369 BlgNR, 20. GP, 68) "zur Klarstellung bzw. zur Herstellung einer größeren Rechtssicherheit". Der Ausdruck "Privatvermögen" sei im Sinne des Einkommensteuerrechts zu verstehen. Nach Paragraph eins, BWG liegt nunmehr bei Vorliegen der Gewerblichkeit einer der in Absatz eins, aufgezählten Tätigkeiten (jedenfalls) ein Bankgeschäft vor, ohne dass es noch einer Prüfung der Verkehrsauffassung bedürfte (Waldhäusl, a.a.O., 400). Schon in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Stammfassung des BWG wurde aber die Frage der Abgrenzung der Bankgeschäfte von einer privaten Anlagetätigkeit angesprochen und die Auffassung vertreten, dass durch das Abstellen auf den Begriff der Gewerblichkeit die Einbeziehung der privaten Anlagetätigkeit vermieden werde Regierungsvorlage 1130, BlgNR 18. GP, 113). Beispielhaft ist an der zitierten Stelle der Erläuterungen von der "gelegentlichen Kredit- oder Darlehensgewährung, wie sie im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr" vorkomme, genannt. Die Ergänzung in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG durch die Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, (ausdrückliche Ausnahme des Handels für das Privatvermögen) diene nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (369 BlgNR, 20. GP, 68) "zur Klarstellung bzw. zur Herstellung einer größeren Rechtssicherheit". Der Ausdruck "Privatvermögen" sei im Sinne des Einkommensteuerrechts zu verstehen.

Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Novelle BGBl. Nr. 753/1996 eine maßgebliche Veränderung des Inhalts des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG mit sich brachte. Sie ist darüber hinaus jedenfalls insofern missverständlich formuliert, als der Handel durch ein Kreditinstitut (oder aber der allenfalls konzessionslose Handel durch eine natürliche oder juristische Person) auf Rechnung eines Dritten (eines Bankkunden), auch wenn dieser für dessen Privatvermögen erfolgt, nicht ausgenommen werden sollte. Als ausgenommen kann im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation lediglich die Vermögensverwaltung angesehen werden (vgl. Ekkenga/Bernau in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 49 Rz 6). Wie die Erläuterungen belegen, sollte die Klarstellung nur hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Konzessionspflicht für den Kunden erfolgen; die Ausnahme wird auch im Falle einer Vermögensverwaltung greifen (nicht aber darüber hinaus; insofern ist von der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Interpretation auszugehen, da die Richtlinie 2006/48/EG eine weiter gehende Ausnahme nicht vorsieht). Hinzuweisen ist überdies darauf, dass der Gesetzgeber bei Einfügung des § 1 Abs. 1 Z 7a BWG in der Fassung BGBl. I Nr. 60/2007 auf eine Beifügung wie in Z 7 verzichtet hat. Die von

Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 84, vorgeschlagene analoge Anwendung der Einschränkung erschiene im Lichte der hier angestellten Überlegungen umso plausibler bzw. könnte insofern das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Ausnahme in Z 7a bei zu unterstellendem gleich intendiertem Inhalt (die Erläuterungen zur RV 143 BlgNR, Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, eine maßgebliche Veränderung des Inhalts des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG mit sich brachte. Sie ist darüber hinaus jedenfalls insofern missverständlich formuliert, als der Handel durch ein Kreditinstitut (oder aber der allenfalls konzessionslose Handel durch eine natürliche oder juristische Person) auf Rechnung eines Dritten (eines Bankkunden), auch wenn dieser für dessen Privatvermögen erfolgt, nicht ausgenommen werden sollte. Als ausgenommen kann im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation lediglich die Vermögensverwaltung angesehen werden vergleiche Ekkenga/Bernau in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, Paragraph 49, Rz 6). Wie die Erläuterungen belegen, sollte die Klarstellung nur hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Konzessionspflicht für den Kunden erfolgen; die Ausnahme wird auch im Falle einer Vermögensverwaltung greifen (nicht aber darüber hinaus; insofern ist von der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Interpretation auszugehen, da die Richtlinie 2006/48/EG eine weiter gehende Ausnahme nicht vorsieht). Hinzuweisen ist überdies darauf, dass der Gesetzgeber bei Einfügung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7 a, BWG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, auf eine Beifügung wie in Ziffer 7, verzichtet hat. Die von Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 84, vorgeschlagene analoge Anwendung der Einschränkung erschiene im Lichte der hier angestellten Überlegungen umso plausibler bzw. könnte insofern das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Ausnahme in Ziffer 7 a, bei zu unterstellendem gleich intendiertem Inhalt (die Erläuterungen zur Regierungsvorlage 143, BlgNR,

23. GP, 32, führen aus, dass für die aufgezählten Finanzinstrumente ein neuer Konzessionstatbestand eingeführt werde und dass der Zweck die Vereinheitlichung des Derivathandels sei, sprechen also nicht dafür, dass eine grundsätzliche Abweichung vom Tatbestand der Z 7 beabsichtigt gewesen wäre) wie in Z 7 der verdünnte normative Charakter der Beifügung in Z 7 als erhärtet angesehen werden. Es wäre nicht plausibel, wollte man die Erforderlichkeit einer Konzession im Falle der in Z 7a genannten Finanzinstrumente in einem weiteren bzw. anderen Maße annehmen, als dies nach Z 7 der Fall ist. 23. GP, 32, führen aus, dass für die aufgezählten Finanzinstrumente ein neuer Konzessionstatbestand eingeführt werde und dass der Zweck die Vereinheitlichung des Derivathandels sei, sprechen also nicht dafür, dass eine grundsätzliche Abweichung vom Tatbestand der Ziffer 7, beabsichtigt gewesen wäre) wie in Ziffer 7, der verdünnte normative Charakter der Beifügung in Ziffer 7, als erhärtet angesehen werden. Es wäre nicht plausibel, wollte man die Erforderlichkeit einer Konzession im Falle der in Ziffer 7 a, genannten Finanzinstrumente in einem weiteren bzw. anderen Maße annehmen, als dies nach Ziffer 7, der Fall ist.

2.3. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, die in den festgestellten An- und Verkäufen von Wertpapieren gelegene Tätigkeit der AI AG erfülle den Tatbestand des Handels im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG. 2.3. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, die in den festgestellten An- und Verkäufen von Wertpapieren gelegene Tätigkeit der AI AG erfülle den Tatbestand des Handels im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG.

Im Einzelnen bestreitet der Beschwerdeführer das Vorliegen der nach § 1 BWG für das Vorliegen eines Bankgeschäftes erforderlichen Gewerblichkeit der Tätigkeit (in diesem Zusammenhang wird neben der hg. Rechtsprechung zur Einkommensteuer auch auf die Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung zwischen "bloßer Ausübung des Eigentums" und "wirtschaftlicher Tätigkeit" verwiesen), dass die getätigten Geschäfte dem Begriff des "Handels" unterstellt werden könnten und dass die Ausnahme in § 1 Abs. 1 Z 7 BWG für den Handel für das Privatvermögen bei der AI AG nicht zum Tragen kommen könne. In diesem Zusammenhang wird die Verfassungsmäßigkeit des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG in Zweifel gezogen. Im Einzelnen bestreitet der Beschwerdeführer das Vorliegen der nach Paragraph eins, BWG für das Vorliegen eines Bankgeschäftes erforderlichen Gewerblichkeit der Tätigkeit (in diesem Zusammenhang wird neben der hg. Rechtsprechung zur Einkommensteuer auch auf die Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung zwischen "bloßer Ausübung des Eigentums" und "wirtschaftlicher Tätigkeit" verwiesen), dass die getätigten Geschäfte dem Begriff des "Handels" unterstellt werden könnten und dass die Ausnahme in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG für den Handel für das Privatvermögen bei der AI AG nicht zum Tragen kommen könne. In diesem Zusammenhang wird die Verfassungsmäßigkeit des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG in Zweifel gezogen.

2.4. Das Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids aufzuzeigen.

Schon der Gesetzgeber der Stammfassung des BWG ging im Hinblick auf die damals geltende sog. 2. Bankrechtskoordinierungs-Richtlinie, RL 77/780/EG, davon aus, dass die in den Katalog der Bankgeschäfte aufgenommenen Tätigkeiten gegebenenfalls über die nach Gemeinschaftsrecht jedenfalls den Banken (Kreditinstituten) vorzubehaltenden Geschäfte hinaus ginge (vgl. Göth, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, ecolex 1993, 495). Schon der Gesetzgeber der Stammfassung des BWG ging im Hinblick auf die damals geltende sog. 2. Bankrechtskoordinierungs-Richtlinie, RL 77/780/EG, davon aus, dass die in den Katalog der Bankgeschäfte aufgenommenen Tätigkeiten gegebenenfalls über die nach Gemeinschaftsrecht jedenfalls den Banken (Kreditinstituten) vorzubehaltenden Geschäfte hinaus ginge (vergleiche Göth, Gewerbliches Betreiben von Bankgeschäften, ecolex 1993, 495).

Wie Laurer, in: Fremuth/Laurer et al, BWG2, § 1 Rz 14, festhielt bzw. in BWG3, § 1 Rz 14, (entgegen Diwok/Göth) hervorhebt (und in rechtspolitischer Hinsicht kritisiert), erfasst § 1 Abs. 1 Z 7 lit. e BWG auch den Handel für eigene Rechnung (hierin liegt ein Unterschied zur deutschen Rechtslage nach § 1 Abs. 1 Z 4 dKWG in der Fassung BGBl 1997, I 2518, der das Bankgeschäft "Finanzkommissionsgeschäft" ausdrücklich auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung einschränkt). Der Umstand, dass dies gemeinschaftsrechtlich allenfalls nicht erforderlich (gewesen) wäre (in diesem Sinne Laurer, BWG3, § 1 Rz 14) ändert nichts daran, dass der Gesetzgeber die entsprechende Anordnung getroffen hat (zum Verhältnis des BWG zum Unionsrecht im allgemeinen und zum Verhältnis des weiteren Kreditinstitutsbegriffs des BWG zum engen Kreditinstitutsbegriff der RL 2006/48/EG Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 4). Wenngleich der beschwerdeführenden Partei zuzugestehen ist (worauf insbesondere in dem vom Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren vorgelegten Gutachten von Univ.- Prof. Dr. K hingewiesen wird), dass die Einbeziehung des Unionsrechts zu einem restriktiven Verständnis führen könnte (wenn man nämlich die gesetzgeberische Absicht unterstellt, eine möglichst deckungsgleiche Regelung zu treffen), sprechen im konkreten Fall gute Gründe dafür, dass die von der belangten Behörde vertretene Auslegung zutreffend ist. Vor allem trifft es nicht zu (wie in dem genannten Gutachten vertreten wird), dass eine gemeinschaftsrechtskonforme (nunmehr: unionsrechtskonforme) Interpretation erforderlich sei (vgl. Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, § 1 Rz 4, sowie zu Z 7 im Speziellen Laurer, BWG3, § 1 Rz 14, der davon spricht, dass die Richtlinie 2006/48/EG "wohl" nur den Nostrohandel der Kreditinstitute erfasse; so wohl auch die deutsche Lehre, die die erwähnte explizite Einschränkung im deutschen Kreditwesengesetz nicht unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen Richtlinienwidrigkeit problematisiert; vgl. etwa Ekkenga/Bernau in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, § 49 Rz 6: Wie Laurer, in: Fremuth/Laurer et al, BWG2, Paragraph eins, Rz 14, festhielt bzw. in BWG3, Paragraph eins, Rz 14, (entgegen Diwok/Göth) hervorhebt (und in rechtspolitischer Hinsicht kritisiert), erfasst Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG auch den Handel für eigene Rechnung (hierin liegt ein Unterschied zur deutschen Rechtslage nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 4, dKWG in der Fassung BGBl 1997, I 2518, der das Bankgeschäft "Finanzkommissionsgeschäft" ausdrücklich auf die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung einschränkt). Der Umstand, dass dies gemeinschaftsrechtlich allenfalls nicht erforderlich (gewesen) wäre (in diesem Sinne Laurer, BWG3, Paragraph eins, Rz 14) ändert nichts daran, dass der Gesetzgeber die entsprechende Anordnung getroffen hat (zum Verhältnis des BWG zum Unionsrecht im allgemeinen und zum Verhältnis des weiteren Kreditinstitutsbegriffs des BWG zum engen Kreditinstitutsbegriff der RL 2006/48/EG Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, Paragraph eins, BWG Rz 4). Wenngleich der beschwerdeführenden Partei zuzugestehen ist (worauf insbesondere in dem vom Beschwerdeführer im Verwaltungsstrafverfahren vorgelegten Gutachten von Univ.- Prof. Dr. K hingewiesen wird), dass die Einbeziehung des Unionsrechts zu einem restriktiven Verständnis führen könnte (wenn man nämlich die gesetzgeberische Absicht unterstellt, eine möglichst deckungsgleiche Regelung zu treffen), sprechen im konkreten Fall gute Gründe dafür, dass die von der belangten Behörde vertretene Auslegung zutreffend ist. Vor allem trifft es nicht zu (wie in dem genannten Gutachten vertreten wird), dass eine gemeinschaftsrechtskonforme (nunmehr: unionsrechtskonforme) Interpretation erforderlich sei (vergleiche Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 4, sowie zu Ziffer 7, im Speziellen Laurer, BWG3, Paragraph eins, Rz 14, der davon spricht, dass die Richtlinie 2006/48/EG "wohl" nur den Nostrohandel der Kreditinstitute erfasse; so wohl auch die deutsche Lehre, die die erwähnte explizite Einschränkung im deutschen Kreditwesengesetz nicht unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen Richtlinienwidrigkeit problematisiert; vergleiche etwa Ekkenga/Bernau in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004,

Paragraph 49, Rz 6:

"Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für fremde Rechnung" bzw. "Eigenhandel für andere", wobei letzterer nicht als Bankgeschäft, sondern als Finanzdienstleistung normiert ist). Nach der Richtlinie 2006/48/EG ist es den Mitgliedstaaten nicht untersagt, den Kreis der Bankgeschäfte auch weiter zu ziehen, als dies (nach Anlage 1 zur Richtlinie) unbedingt geboten ist. Darüber hinaus belegt die Ergänzung des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG durch die Novelle BGBl. I Nr. 753/1996, dass der Gesetzgeber (der den Handel durch Private für das Privatvermögen von der Konzessionspflicht ausgenommen wissen wollte) davon ausgegangen ist, dass man die Auffassung vertreten hätte können, die Geschäfte seien ansonst durch die Bestimmung erfasst."Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für fremde Rechnung" bzw. "Eigenhandel für andere", wobei letzterer nicht als Bankgeschäft, sondern als Finanzdienstleistung normiert ist). Nach der Richtlinie 2006/48/EG ist es den Mitgliedstaaten nicht untersagt, den Kreis der Bankgeschäfte auch weiter zu ziehen, als dies (nach Anlage 1 zur Richtlinie) unbedingt geboten ist. Darüber hinaus belegt die Ergänzung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG durch die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 753 aus 1996,, dass der Gesetzgeber (der den Handel durch Private für das Privatvermögen von der Konzessionspflicht ausgenommen wissen wollte) davon ausgegangen ist, dass man die Auffassung vertreten hätte können, die Geschäfte seien ansonst durch die Bestimmung erfasst.

In diesem Zusammenhang erübrigt es sich daher auch, näher auf die in der Beschwerde enthaltenen Hinweise auf die Begriffsbildung in der Schweizer Lehre und auf die deutsche Rechtslage einzugehen. Angemerkt sei jedoch, dass der in der Beschwerde hervorgehobene Umstand, dass das Effektingeschäft nach deutscher Rechtslage die "Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für die Effektenkunden" sei, sich aus dem expliziten diesbezüglichen Wortlaut der entsprechenden deutschen Normen erklärt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Z 4 KWG in der Fassung vor 1997 und in der Fassung dBGBI 1997 I S 2518, nunmehr "Finanzkommissionsgeschäft": "4. die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung (Finanzkommissionsgeschäft)").In diesem Zusammenhang erübrigt es sich daher auch, näher auf die in der Beschwerde enthaltenen Hinweise auf die Begriffsbildung in der Schweizer Lehre und auf die deutsche Rechtslage einzugehen. Angemerkt sei jedoch, dass der in der Beschwerde hervorgehobene Umstand, dass das Effektingeschäft nach deutscher Rechtslage die "Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für die Effektenkunden" sei, sich aus dem expliziten diesbezüglichen Wortlaut der entsprechenden deutschen Normen erklärt (Paragraph eins, Absatz eins, Satz 2 Ziffer 4, KWG in der Fassung vor 1997 und in der Fassung dBGBI 1997 I S 2518, nunmehr "Finanzkommissionsgeschäft": "4. die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung (Finanzkommissionsgeschäft)").

Es trifft aber aus diesen Gründen nicht zu, dass - wie in dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten von Univ.-Prof. Dr. K geschlossen wird - die "europarechtlichen Vorgaben" belegten, dass allein der Handel, der für Dritte vorgenommen werde, unter den Begriff des Handels auf eigene Rechnung falle "und somit als Bankdienstleistung anzusehen" sei. Unionsrechtlich ist vielmehr zwischen der durch das Sekundärrecht den Mitgliedstaaten überbundenen Verpflichtung, bestimmte Geschäfte zu Bankdienstleistungen zu erklären, und der - im Rahmen des übrigen Unionsrechts auszuübenden - Freiheit der Mitgliedstaaten, gegebenenfalls über diese unionsrechtlichen Mindestanforderungen hinaus zu gehen, zu unterscheiden (Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, § 1 Rz 4). Aus diesem Grund besteht auch nicht, wie in dem Gutachten vertreten wird, eine Notwendigkeit zu richtlinienkonformer Interpretation (im Sinne einer einschränkenden Interpretation des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG; so auch Laurer, BWG3, § 1 Rz 14). Die sich aus der innerstaatlichen Regelung von der belangten Behörde abgeleitete Lösung ist insofern nicht als unionsrechtswidrig zu erkennen. Es trifft aber aus diesen Gründen nicht zu, dass - wie in dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten von Univ.-Prof. Dr. K geschlossen wird - die "europarechtlichen Vorgaben" belegten, dass allein der Handel, der für Dritte vorgenommen werde, unter den Begriff des Handels auf eigene Rechnung falle "und somit als Bankdienstleistung anzusehen" sei. Unionsrechtlich ist vielmehr zwischen der durch das Sekundärrecht den Mitgliedstaaten überbundenen Verpflichtung, bestimmte Geschäfte zu Bankdienstleistungen zu erklären, und der - im Rahmen des übrigen Unionsrechts auszuübenden - Freiheit der Mitgliedstaaten, gegebenenfalls über diese unionsrechtlichen Mindestanforderungen hinaus zu gehen, zu unterscheiden (Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, BWG, Paragraph eins, Rz 4). Aus diesem Grund besteht auch nicht, wie in dem Gutachten vertreten wird, eine Notwendigkeit zu richtlinienkonformer Interpretation (im Sinne einer einschränkenden Interpretation des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG; so auch Laurer, BWG3, Paragraph eins, Rz 14). Die sich aus der innerstaatlichen Regelung von der belangten Behörde abgeleitete Lösung ist insofern nicht als unionsrechtswidrig zu erkennen.

Bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG ist vor allem auch die oben skizzierte Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden ausdrücklichen Ausnahme des Handels für das Privatvermögen zu berücksichtigen. Diese sollte nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers (lediglich) eine Klarstellung bringen und war somit nicht als eine Änderung der Rechtslage nach dem BWG in seiner Stammfassung intendiert. Die Notwendigkeit zur Abgrenzung der (konzessionspflichtigen) gewerblichen Durchführung des Handels mit Wertpapieren von einer (ohne Konzession zulässigen) privaten Anlagentätigkeit bestand auch schon vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. Nr. 753/1996. Die Problematik, ob bzw. wann der An- und Verkauf von Wertpapieren durch juristische Personen als (gewerbsmäßiger) "Handel" mit Wertpapieren im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG zu qualifizieren wäre, war auch vor dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. Nr. 753/1996 gegeben; auch nach der Stammfassung des BWG wäre weder ein Erwerb durch natürliche Personen für ihr Privatvermögen, noch zwingend jeder Erwerb von Wertpapieren durch juristische Personen als konzessionspflichtige Tätigkeit zu werten gewesen. Darüber hinaus wäre in diesem Zusammenhang auch nach der Stammfassung zu klären gewesen, ob der Hinweis in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage auf Geschäfte, wie sie "im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr" vorkämen, allenfalls über den Kreis der konkret genannten "Kredit- oder Darlehensgewährung" hinaus Bedeutung haben könnte. Bei der Auslegung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG ist vor allem auch die oben skizzierte Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden ausdrücklichen Ausnahme des Handels für das Privatvermögen zu berücksichtigen. Diese sollte nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers (lediglich) eine Klarstellung bringen und war somit nicht als eine Änderung der Rechtslage nach dem BWG in seiner Stammfassung intendiert. Die Notwendigkeit zur Abgrenzung der (konzessionspflichtigen) gewerblichen Durchführung des Handels mit Wertpapieren von einer (ohne Konzession zulässigen) privaten Anlagentätigkeit bestand auch schon vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996. Die Problematik, ob bzw. wann der An- und Verkauf von Wertpapieren durch juristische Personen als (gewerbsmäßiger) "Handel" mit Wertpapieren im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG zu qualifizieren wäre, war auch vor dem Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, gegeben; auch nach der Stammfassung des BWG wäre weder ein Erwerb durch natürliche Personen für ihr Privatvermögen, noch zwingend jeder Erwerb von Wertpapieren durch juristische Personen als konzessionspflichtige Tätigkeit zu werten gewesen. Darüber hinaus wäre in diesem Zusammenhang auch nach der Stammfassung zu klären gewesen, ob der Hinweis in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage auf Geschäfte, wie sie "im privaten bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr" vorkämen, allenfalls über den Kreis der konkret genannten "Kredit- oder Darlehensgewährung" hinaus Bedeutung haben könnte.

Es ergibt sich somit, dass es bei der Prüfung, ob die hier in Rede stehenden Rechtsgeschäfte eine konzessionspflichtige Tätigkeit begründen, nicht auf das Kriterium, ob der Erwerb für ein "Privatvermögen" erfolgte, allein ankommen kann. Insofern genügt somit die Feststellung allein, dass eine juristische Person die Geschäfte getätigt hat, noch nicht, um vom Vorliegen einer konzessionspflichtigen Tätigkeit ausgehen zu können. Im Falle des Erwerbs und der Veräußerung von Wertpapieren durch juristische Personen kommt es vielmehr - wie die belangte Behörde zutreffend zu Grunde gelegt hat - insbesondere auf das Kriterium der Gewerblichkeit bzw. das Vorliegen einer Beteiligungsabsicht (hinsichtlich der Unternehmen, an denen Anteile erworben werden) an.

Wenn nun bei Gesellschaften, bei denen nach der Rechtsform ein Erwerb für das Privatvermögen nicht in Betracht kommt (die in der hg. Rechtsprechung angenommenen Ausnahmen, in denen auch bei juristischen Personen im Einkommensteuerrecht eine Zuordnung zum Privatvermögen in Betracht kommt, wie bei der Liebhaberei oder bei der verdeckten Ausschüttung an der Wurzel, greifen hier nicht ein; vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2010, Zl. 2007/15/0003, mit Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2007, Zl. 2005/14/0083), zwar die vom Gesetzgeber explizit genannte Ausnahme gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 BWG für den "Handel für das Privatvermögen" nicht anwendbar ist, dies allein aber noch nicht zwingend den Umkehrschluss auf das Vorliegen einer konzessionspflichtigen Tätigkeit erlaubt, erweist sich das sowohl von der Behörde erster Instanz als auch der belangten Behörde herangezogene Kriterium, ob die festgestellten An- und Verkäufe als "Handel", oder aber als der Erwerb von Beteiligungen zu qualifizieren sind, tatsächlich als relevant. Es trifft zu, dass jedenfalls dann, wenn die Anschaffung von Wertpapieren dem Aufbau von Beteiligungen dienen soll, (gleichgültig, ob man in diesem Fall die Gewerblichkeit der Tätigkeit verneinen wollte oder in der Veranlagung ein eigenständiges Kriterium erblicken möchte, welches dazu führt, dass die Tätigkeit von der Konzessionspflicht ausgenommen wäre; in diesem Sinne offenbar Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, § 1 Rz 66), kein "Handel" im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG vorläge. Wenn nun bei Gesellschaften, bei denen nach der Rechtsform ein Erwerb für das Privatvermögen nicht in Betracht kommt (die in der hg. Rechtsprechung angenommenen Ausnahmen, in denen auch bei juristischen Personen im Einkommensteuerrecht

eine Zuordnung zum Privatvermögen in Betracht kommt, wie bei der Liebhaberei oder bei der verdeckten Ausschüttung an der Wurzel, greifen hier nicht ein; vergleiche zuletzt das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2010, ZI. 2007/15/0003, mit Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2007, ZI.2005/14/0083), zwar die vom Gesetzgeber explizit genannte Ausnahme gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG für den "Handel für das Privatvermögen" nicht anwendbar ist, dies allein aber noch nicht zwingend den Umkehrschluss auf das Vorliegen einer konzessionspflichtigen Tätigkeit erlaubt, erweist sich das sowohl von der Behörde erster Instanz als auch der belangten Behörde herangezogene Kriterium, ob die festgestellten An- und Verkäufe als "Handel", oder aber als der Erwerb von Beteiligungen zu qualifizieren sind, tatsächlich als relevant. Es trifft zu, dass jedenfalls dann, wenn die Anschaffung von Wertpapieren dem Aufbau von Beteiligungen dienen soll, (gleichgültig, ob man in diesem Fall die Gewerblichkeit der Tätigkeit verneinen wollte oder in der Veranlagung ein eigenständiges Kriterium erblicken möchte, welches dazu führt, dass die Tätigkeit von der Konzessionspflicht ausgenommen wäre; in diesem Sinne offenbar Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, Paragraph eins, Rz 66), kein "Handel" im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG vorläge.

2.5. Zur Abgrenzung zwischen "Handel" und "Erwerb von Beteiligungen" bzw. "Veranlagung":

Streitentscheidend ist in diesem Sinne, ob die belangte Behörde zutreffend davon ausgegangen ist, dass die zum Anlass für die Annahme eines konzessionspflichtigen Handels im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG genommenen An- und Verkäufe nicht als längerfristige Veranlagung zu qualifizieren waren. Streitentscheidend ist in diesem Sinne, ob die belangte Behörde zutreffend davon ausgegangen ist, dass die zum Anlass für die Annahme eines konzessionspflichtigen Handels im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG genommenen An- und Verkäufe nicht als längerfristige Veranlagung zu qualifizieren waren.

Die belangte Behörde hat dabei unter Hinweis auf § 2 Z 2 BWG darauf abgestellt, ob eine Beteiligung von mehr als 20 % oder aber, wenn die Beteiligung nicht 20 % erreicht, dem Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu dienen bestimmt ist. Da bei keinem der von den Geschäften betroffenen Unternehmen eine Beteiligung von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals vorlag, kam es entscheidend auf das Kriterium des "Dem-Geschäftsbetrieb-Dienens" (die Beteiligungsabsicht) an. Die belangte Behörde hat dabei unter Hinweis auf Paragraph 2, Ziffer 2, BWG darauf abgestellt, ob eine Beteiligung von mehr als 20 % oder aber, wenn die Beteiligung nicht 20 % erreicht, dem Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu dienen bestimmt ist. Da bei keinem der von den Geschäften betroffenen Unternehmen eine Beteiligung von mindestens 20 % der Stimmrechte oder des Kapitals vorlag, kam es entscheidend auf das Kriterium des "Dem-Geschäftsbetrieb-Dienens" (die Beteiligungsabsicht) an.

Sowohl die Behörde erster Instanz als auch die belangte Behörde haben u.a. aus der Zuordnung der hier in Rede stehenden Wertpapiere zum Umlaufvermögen auf das Fehlen einer Beteiligungsabsicht geschlossen. Diese Argumentation kann angesichts der Sachverhaltsfeststellungen, die die belangte Behörde ihrem Bescheid zu Grunde gelegt hat, nicht als unschlüssig erkannt werden. Diese Zuordnung bildete darüber hinaus auch nur einen der Gesichtspunkte, der im Rahmen der von der belangten Behörde angestellten Betrachtung letztlich für die Qualifizierung der Tätigkeit als Handel im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG sprach. Auch das im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegte Gutachten von Moore Stephens Austria vom 7. Februar 2007 legt keine andere Beurteilung nahe, bestätigt dieses doch lediglich die Einhaltung der Zuordnungsregelungen nach HGB und geht ebenfalls davon aus, dass "ursprünglich mit kurzfristiger Widmungsabsicht erworbene Wertpapiere bereits im 2. Jahr einen ausgeprägten langfristigen Beteiligungscharakter" aufgewiesen hätten und daher nach objektiven Kriterien in die Wertpapiere des Anlagevermögens umzugliedern gewesen seien. Da die von den Behörden der Qualifikation als Bankgeschäft zu Grunde gelegten Transaktionen Wertpapiere betrafen, die nur kurzfristig gehalten wurden (teilweise nur wenige Wochen, längstens einige Monate), und bei diesen somit die im Gutachten konstatierte "Notwendigkeit der Umgliederung" nicht eingetreten ist, beziehen sich die zitierten Ausführungen in dem Gutachten nicht auf diese Papiere. Die Äußerung ist daher nicht geeignet, die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde hinsichtlich der (auch nach dem Gutachten zutreffend dem Umlaufvermögen zugeordneter) Wertpapiere zu erschüttern. Sowohl die Behörde erster Instanz als auch die belangte Behörde haben u.a. aus der Zuordnung der hier in Rede stehenden Wertpapiere zum Umlaufvermögen auf das Fehlen einer Beteiligungsabsicht geschlossen. Diese Argumentation kann angesichts der Sachverhaltsfeststellungen, die die belangte Behörde ihrem Bescheid zu Grunde gelegt hat, nicht als unschlüssig erkannt werden. Diese Zuordnung bildete darüber hinaus auch nur einen der Gesichtspunkte, der im Rahmen der von der belangten Behörde angestellten Betrachtung letztlich für die Qualifizierung der Tätigkeit als

Handel im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG sprach. Auch das im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegte Gutachten von Moore Stephens Austria vom 7. Februar 2007 legt keine andere Beurteilung nahe, bestätigt dieses doch lediglich die Einhaltung der Zuordnungsregelungen nach HGB und geht ebenfalls davon aus, dass "ursprünglich mit kurzfristiger Widmungsabsicht erworbene Wertpapiere bereits im 2. Jahr einen ausgeprägten langfristigen Beteiligungscharakter" aufgewiesen hätten und daher nach objektiven Kriterien in die Wertpapiere des Anlagevermögens umzugliedern gewesen seien. Da die von den Behörden der Qualifikation als Bankgeschäft zu Grunde gelegten Transaktionen Wertpapiere betrafen, die nur kurzfristig gehalten wurden (teilweise nur wenige Wochen, längstens einige Monate), und bei diesen somit die im Gutachten konstatierte "Notwendigkeit der Umgliederung" nicht eingetreten ist, beziehen sich die zitierten Ausführungen in dem Gutachten nicht auf diese Papiere. Die Äußerung ist daher nicht geeignet, die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde hinsichtlich der (auch nach dem Gutachten zutreffend dem Umlaufvermögen zugeordneter) Wertpapiere zu erschüttern.

Auch der Hinweis in der Beschwerde auf eine Reihe von Unternehmen, in denen der Beschwerdeführer oder eine von der AI AG beauftragte Person Aufsichtsratsstätigkeiten ausübt, vermag daran nichts zu ändern. Die von der belangten Behörde ihrer Beurteilung zu Grunde gelegten An- und Verkäufe betrafen (mit einer Ausnahme, bei der ein Aufsichtsratsmandat in den Jahren 2006 und 2007 ausgeübt wurde) keine dieser Unternehmen (insofern sind auch die entsprechenden Ausführungen im Gutachten von Univ.-Prof. Dr. K nicht geeignet, die Beurteilung der hier interessierenden Transaktionen zu ändern; auch sie betreffen sachverhältnismäßig andere Unternehmen).

Auch der Beschwerdeeinwand, die raschen Verkäufe der Aktien seien durch Kursschwankungen (steigende Kurse) hervorgerufen worden, die die Strategie der AI AG durchkreuzt hätten und daher das Abstoßen der ursprünglich in Beteiligungsabsicht erworbenen Aktien erfordert hätten, ist nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit der Beurteilung der belangten Behörde darzutun. Dieser Hinweis vermag insbesondere nicht zu erklären, weshalb die Wertpapiere ungeachtet der angeblichen Beteiligungsabsicht nicht dem Anlagevermögen zugeschrieben wurden.

Die Argumentation der beschwerdeführenden Partei bedeutet auch nichts anderes, als dass sie eine Strategie verfolgt hat, bei der zwangsläufig (und nach eigener Aussage bereits eingeplant) bei steigenden Aktienkursen ein Verkauf von zuvor zu günstigeren Konditionen erworbenen Aktienpaketen erfolgen sollte (und dauerhafte Beteiligungen offenbar nur bei Unternehmen beabsichtigt waren, bei denen die Kursentwicklung nicht nach oben ging). Folge einer solchen Strategie sind einerseits regelmäßig anfallende Kursgewinne, andererseits aber eine Delegation der Entscheidung, bei welchen Unternehmen eine längerfristige Beteiligung eingegangen wird, an die Marktentwicklung. Damit war die Auswirkung, Kursgewinne mitnehmen zu müssen, Bestandteil der Strategie und somit die Beteiligungsabsicht hinsichtlich der Vielzahl von Unternehmen, deren Aktien erworben wurden, insofern jeweils nur eine bedingte. Die Verantwortung des Beschwerdeführers belegt auch zusammen mit der Vielzahl von erfolgten Verkäufen, dass für die AI AG zum Zeitpunkt des Erwerbs der Aktien in der Mehrzahl der Fälle offenbar nicht klar war, wie sich der Kurs entwickeln werde, denn sonst wären die nachfolgenden, "wegen Durchkreuzung der Strategie" erforderlichen Verkäufe nicht in so großer Zahl erforderlich gewesen. Nicht kalkulierte, langfristige strategische Beteiligungsinteressen (wie in der Beschwerde neuerlich darzutun versucht wird), sondern die aktuell für einen Ausbau der Beteiligung erforderlichen Kosten für die AI AG waren somit maßgeblich dafür, welche Aktien länger gehalten (und damit das Engagement zu tatsächlichen Beteiligungen ausgebaut wurde) und welche Aktien praktisch umgehend wieder abgestoßen wurden.

Der Beschwerdeführer hat auch nicht plausibel dargelegt, inwiefern im Falle einer tatsächlichen längerfristigen Beteiligungsabsicht bei kurzfristigen Kursschwankungen bereits die Gefahr einer längerfristigen Kostenerhöhung gegeben gewesen wäre. Auch insofern sprechen die Indizien für eine bestenfalls bedingte Beteiligungsabsicht, wobei im Vordergrund aber die Lukrierung kurzfristiger Kursschwankungen stand.

Es kann auch - entgegen den Beschwerdeausführungen - weiters nicht darauf ankommen, ob die Tätigkeit exakt jener von Banken ("typischen Geschäftstätigkeit von Banken") entsprach; dies sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht, soweit der Beschwerdeführer unter Handel nur den "taggleichen Umsatz" mit Wertpapieren verstehen will (vgl. auch unten zum Kriterium der "Gewerblichkeit", Punkt 2.6.). Auch der Umstand, dass die Transaktionsentscheidungen unabhängig von Aufträgen Dritter getroffen wurden, spricht nicht gegen das Vorliegen eines konzessionspflichtigen Handels (siehe oben Punkt 2.4.; soweit in diesem Zusammenhang auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, verwiesen wird, siehe unter Punkt 2.6. im Zusammenhang mit dem Kriterium der Gewerblichkeit). Der Gesetzgeber hat gerade nicht darauf abgestellt, dass die Tätigkeit ausschließlich dann "Handel"

darstelle, wenn sie auf Rechnung Dritter erfolgt (Laurer, BWG3, § 1 Rz 14). Insofern sind auch einzelne der im vorgelegten Gutachten von Univ.-Prof. K genannten Kriterien, aus denen auf das Fehlen eines konzessionspflichtigen Bankgeschäftes geschlossen wird, nicht ausschlaggebend (z.B. das Fehlen "banküblicher Einrichtungen"). Andererseits betraf die "regelmäßige Teilnahme an allen Hauptversammlungen, an denen AI AG beteiligt ist", wie dies im Gutachten ausgedrückt wird, nicht jene Unternehmen, um deren Aktien es bei den von der belangten Behörde herangezogenen An- und Verkäufen ging, und belegt somit noch nicht die ernsthafte Beteiligungsabsicht in diesen Fällen. Es kann auch - entgegen den Beschwerdeausführungen - weiters nicht darauf ankommen, ob die Tätigkeit exakt jener von Banken ("typischen Geschäftstätigkeit von Banken") entsprach; dies sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht, soweit der Beschwerdeführer unter Handel nur den "taggleichen Umsatz" mit Wertpapieren verstehen will (vergleiche auch unten zum Kriterium der "Gewerblichkeit", Punkt 2.6.). Auch der Umstand, dass die Transaktionsentscheidungen unabhängig von Aufträgen Dritter getroffen wurden, spricht nicht gegen das Vorliegen eines konzessionspflichtigen Handels (siehe oben Punkt 2.4.; soweit in diesem Zusammenhang auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096, verwiesen wird, siehe unter Punkt 2.6. im Zusammenhang mit dem Kriterium der Gewerblichkeit). Der Gesetzgeber hat gerade nicht darauf abgestellt, dass die Tätigkeit ausschließlich dann "Handel" darstelle, wenn sie auf Rechnung Dritter erfolgt (Laurer, BWG3, Paragraph eins, Rz 14). Insofern sind auch einzelne der im vorgelegten Gutachten von Univ.-Prof. K genannten Kriterien, aus denen auf das Fehlen eines konzessionspflichtigen Bankgeschäftes geschlossen wird, nicht ausschlaggebend (z.B. das Fehlen "banküblicher Einrichtungen"). Andererseits betraf die "regelmäßige Teilnahme an allen Hauptversammlungen, an denen AI AG beteiligt ist", wie dies im Gutachten ausgedrückt wird, nicht jene Unternehmen, um deren Aktien es bei den von der belangten Behörde herangezogenen An- und Verkäufen ging, und belegt somit noch nicht die ernsthafte Beteiligungsabsicht in diesen Fällen.

2.6. Zum Einwand des Fehlens der Gewerblichkeit:

Gemäß § 1 Abs. 1 BWG sind die in diesem Absatz aufgezählten Tätigkeiten Bankgeschäfte, "soweit sie gewerblich durchgeführt werden". Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, BWG sind die in diesem Absatz aufgezählten Tätigkeiten Bankgeschäfte, "soweit sie gewerblich durchgeführt werden".

Die belangte Behörde hat zum Begriff der "gewerblichen Durchführung" zutreffend auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 1130 BlgNR, 18. GP, 113, hingewiesen. Aus diesen ergibt sich, dass der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 BWG an den Gewerblichkeitsbegriff des UStG 1972 angeknüpft hat (vgl. auch Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, § 1 Rn 64). Soweit die hier zu beurteilende Tätigkeit in diesem Sinne als gewerblich einzustufen ist, trifft die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde zu, auch wenn der Beschwerde zu folgen ist, dass die von der belangten Behörde vorgenommene Ableitung aus dem Körperschaftsteuergesetz für die Beurteilung des Vorliegens der Gewerblichkeit im Sinne des BWG nicht maßgeblich ist. Die belangte Behörde hat zum Begriff der "gewerblichen Durchführung" zutreffend auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage, 1130 BlgNR, 18. GP, 113, hingewiesen. Aus diesen ergibt sich, dass der Gesetzgeber in Paragraph eins, Absatz eins, BWG an den Gewerblichkeitsbegriff des UStG 1972 angeknüpft hat (vergleiche auch Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, Paragraph eins, Rn 64). Soweit die hier zu beurteilende Tätigkeit in diesem Sinne als gewerblich einzustufen ist, trifft die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde zu, auch wenn der Beschwerde zu folgen ist, dass die von der belangten Behörde vorgenommene Ableitung aus dem Körperschaftsteuergesetz für die Beurteilung des Vorliegens der Gewerblichkeit im Sinne des BWG nicht maßgeblich ist.

Gewerblich ist demnach "jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird".

Wenn die belangte Behörde aus den von ihr getroffenen Feststellungen (ebenso wie die Behörde erster Instanz) auf das Vorliegen der Absicht, Einnahmen zu erzielen, geschlossen hat und insoweit die Gewerblichkeit bejaht hat, kann ihr nicht entgegen getreten werden. Dass es sich bei den An- und Verkäufen nicht um eine nachhaltige Tätigkeit gehandelt habe, trifft nicht zu. Wenn in der Beschwerde hiezu auf das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 2001, Zl. 2000/17/0134, verwiesen wird, so wird dabei übersehen, dass der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis sich lediglich gegen die Annahme der belangten Behörde, verschiedene Garantieerklärungen, die vom Beschwerdeführer im damaligen Verfahren abgegeben worden waren, seien als ein fortgesetztes Delikt zu bestrafen, gewendet hat. Nach dem genannten Erkenntnis wären vielmehr die einzelnen Garantieerklärungen je für sich als ein eigenes Delikt zu behandeln gewesen, woraus umgekehrt erhellt, dass uU Gewerbsmäßigkeit auch bereits bei einem einzelnen Rechtsgeschäft vorliegen könnte. Der Hinweis auf das genannte Erkenntnis ist daher nicht geeignet, die Annahme des

Vorliegens einer nachhaltigen und sohin gewerblichen Tätigkeit zu widerlegen. Das genannte Erkenntnis ist im vorliegenden Zusammenhang aber insbesondere im Hinblick auf die weitere, in der Beschwerde zitierte Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht von Bedeutung, geht doch aus ihm hervor, dass im Zusammenhang mit der Auslegung des BWG der Aspekt der Anzahl der getätigten Rechtsgeschäfte bei der Beurteilung, ob Gewerblichkeit vorliegt, eine andere Gewichtung erfährt als in der einkommensteuerrechtlichen Rechtsprechung (vgl. im Übrigen zur Auslegung des Begriffs "gewerblich" im Zusammenhang mit der Kreditinstitutsdefinition im deutschen KWG Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, § 1 Rz 21 ff, insbesondere in Abgrenzung von dem alternativen - schon länger im deutschen Recht verankerten - Kriterium des "kaufmännischen Umfangs"). Wenn die belangte Behörde aus den von ihr getroffenen Feststellungen (ebenso wie die Behörde erster Instanz) auf das Vorliegen der Absicht, Einnahmen zu erzielen, geschlossen hat und insoweit die Gewerblichkeit bejaht hat, kann ihr nicht entgegen getreten werden. Dass es sich bei den An- und Verkäufen nicht um eine nachhaltige Tätigkeit gehandelt habe, trifft nicht zu. Wenn in der Beschwerde hiezu auf das hg. Erkenntnis vom 21. Mai 2001, Zl. 2000/17/0134, verwiesen wird, so wird dabei übersehen, dass der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis sich lediglich gegen die Annahme der belangten Behörde, verschiedene Garantieerklärungen, die vom Beschwerdeführer im damaligen Verfahren abgegeben worden waren, seien als ein fortgesetztes Delikt zu bestrafen, gewendet hat. Nach dem genannten Erkenntnis wären vielmehr die einzelnen Garantieerklärungen je für sich als ein eigenes Delikt zu behandeln gewesen, woraus umgekehrt erhellt, dass uU Gewerbsmäßigkeit auch bereits bei einem einzelnen Rechtsgeschäft vorliegen könnte. Der Hinweis auf das genannte Erkenntnis ist daher nicht geeignet, die Annahme des Vorliegens einer nachhaltigen und sohin gewerblichen Tätigkeit zu widerlegen. Das genannte Erkenntnis ist im vorliegenden Zusammenhang aber insbesondere im Hinblick auf die weitere, in der Beschwerde zitierte Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht von Bedeutung, geht doch aus ihm hervor, dass im Zusammenhang mit der Auslegung des BWG der Aspekt der Anzahl der getätigten Rechtsgeschäfte bei der Beurteilung, ob Gewerblichkeit vorliegt, eine andere Gewichtung erfährt als in der einkommensteuerrechtlichen Rechtsprechung vergleiche im Übrigen zur Auslegung des Begriffs "gewerblich" im Zusammenhang mit der Kreditinstitutsdefinition im deutschen KWG Reischauer/Kleinhans, KWG-Kommentar, Paragraph eins, Rz 21 ff, insbesondere in Abgrenzung von dem alternativen - schon länger im deutschen Recht verankerten - Kriterium des "kaufmännischen Umfangs").

Auch mit den Hinweisen auf die hg. Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht (insbesondere auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096) wird keine Rechtswidrigkeit der Beurteilung der belangten Behörde aufgezeigt. In dem zuletzt genannten Erkenntnis war die Abgrenzung zwischen "gewerblichem Wertpapierhandel" und privater Vermögensverwaltung aus einkommensteuerrechtlicher Sicht vorzunehmen. Nach der dort referierten Rechtsprechung kommt es u.a. auf das Erscheinungsbild der Tätigkeit, aber dabei auch auf weitere Gesichtspunkte wie die Einflussnahme auf die Preisgestaltung oder einen "auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf" des Abgabepflichtigen an. Dabei kann jedoch das letztere Kriterium lediglich als ein Indiz gewertet werden und verbietet sich insbesondere im Zusammenhang mit der hier allein entscheidenden Frage, ob eine Tätigkeit ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft darstellt, die Auslegung, dass Verstöße gegen das Bankwesengesetz nur von natürlichen oder juristischen Personen begangen werden könnten, die einen "auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen" Beruf oder eine solche Tätigkeit ausübten (insoweit erscheint die bei Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, § 1 Rn 65, geäußerte Forderung, dass die Abgrenzung des Handels für das Privatvermögen von der gewerblichen Tätigkeit an Hand der Rechtsprechung zu § 23 EStG erfolgen solle, nicht ausreichend begründet). Im Übrigen ist im Beschwerdefall bei der Al AG zudem gerade dieses Kriterium ohnehin erfüllt. Auch die in dem dem Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall von der belangten Behörde angestellten Überlegungen, dass die dortigen Beschwerdeführer nicht für Rechnung Dritter aufgetreten seien, verfangen im vorliegenden Zusammenhang nicht, weil der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 1 Z 7 BWG eben gerade auch den Eigenhandel erfasst hat (vgl. oben die Hinweise auf die kritische Haltung in rechtspolitischer Hinsicht von Laurer, sowie die Skepsis bezüglich der Rückwirkung der Liebhaberei-Vorschriften des Einkommensteuerrechts auf das BWG Laurer, in: BWG3, § 1 Rz 2, Stand Dezember 2007). Auch mit den Hinweisen auf die hg. Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht (insbesondere auf das hg. Erkenntnis vom 24. März 2004, Zl. 2003/14/0096) wird keine Rechtswidrigkeit der Beurteilung der belangten Behörde aufgezeigt. In dem zuletzt genannten Erkenntnis war die Abgrenzung zwischen "gewerblichem Wertpapierhandel" und privater Vermögensverwaltung aus einkommensteuerrechtlicher Sicht vorzunehmen. Nach der dort referierten Rechtsprechung kommt es u.a. auf das Erscheinungsbild der Tätigkeit, aber dabei auch auf weitere Gesichtspunkte wie die Einflussnahme auf die Preisgestaltung oder einen "auf den Umsatz von Wertpapieren

bezogenen Beruf" des Abgabepflichtigen an. Dabei kann jedoch das letztere Kriterium lediglich als ein Indiz gewertet werden und verbietet sich insbesondere im Zusammenhang mit der hier allein entscheidenden Frage, ob eine Tätigkeit ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft darstellt, die Auslegung, dass Verstöße gegen das Bankwesengesetz nur von natürlichen oder juristischen Personen begangen werden könnten, die einen "auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen" Beruf oder eine solche Tätigkeit ausübten (insoweit erscheint die bei Karas/Träxler/Waldherr in: Dellinger, Bankwesengesetz, Paragraph eins, Rn 65, geäußerte Forderung, dass die Abgrenzung des Handels für das Privatvermögen von der gewerblichen Tätigkeit an Hand der Rechtsprechung zu Paragraph 23, EStG erfolgen solle, nicht ausreichend begründet). Im Übrigen ist im Beschwerdefall bei der AI AG zudem gerade dieses Kriterium ohnehin erfüllt. Auch die in dem dem Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall von der belangten Behörde angestellten Überlegungen, dass die dortigen Beschwerdeführer nicht für Rechnung Dritter aufgetreten seien, verfangen im vorliegenden Zusammenhang nicht, weil der Gesetzgeber mit Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG eben gerade auch den Eigenhandel erfasst hat vergleiche oben die Hinweise auf die kritische Haltung in rechtspolitischer Hinsicht von Laurer, sowie die Skepsis bezüglich der Rückwirkung der Liebhaberei-Vorschriften des Einkommensteuerrechts auf das BWG Laurer, in: BWG3, Paragraph eins, Rz 2, Stand Dezember 2007).

Der Beschwerdeführer verweist in diesem Zusammenhang schließlich für seinen Standpunkt unterstützend auf die Rechtsprechung des EuGH, der zu Folge die "bloße Ausübung des Eigentums" keine wirtschaftliche Tätigkeit sei. Der Erwerb und die Veräußerung von Aktien und anderen Wertpapieren zur Erzielung möglichst hoher Dividenden sei daher keine der Umsatzsteuer unterfallende Tätigkeit.

Auch in der Beschwerde wird jedoch eingeräumt, dass Umsätze, die sich auf Aktien oder sonstige Wertpapiere beziehen, dann, wenn sie im Rahmen des gewerbsmäßigen Wertpapierhandels erfolgen, umsatzsteuerpflichtig sein können.

Die vom Beschwerdeführer genannten Urteile des EuGH betrafen die Börseneinführung neuer Aktien (Rechtssache C-465/03, Kretztechnik AG), den Erwerb und Besitz von Schuldverschreibungen (Rechtssache C-80/95) und die Veräußerung von Teilen eines Aktienpakets durch eine britische Stiftung (die Wellcome Foundation Limited; Rs C-155/94).

Der EuGH verwies in seinem Urteil in der Rechtssache C-465/03 auf seine ständige Rechtsprechung, dass der bloße Erwerb von Beteiligungen keinen Umsatz im Sinn der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Umsatzsteuer darstelle (Rn 19). Gleichwohl hat der EuGH in diesem Urteil aber auch - was in der Beschwerde auch nicht in Abrede gestellt wird - klar gestellt, dass "Umsätze, bei denen es um die nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Tätigkeiten geht, die über den bloßen Erwerb und den bloßen Verkauf von Wertpapieren hinausgehen, wie etwa Umsätze bei einem Wertpapiergeschäft im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit, in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie" fielen (Rn 20).

Im Urteil in der Rechtssache C-465/03 erachtete es der EuGH als entscheidende Frage, "ob die Ausgabe von Aktien durch ein Unternehmen als eine wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann", und verneinte diese Frage.

Auch Generalanwalt Colomer spricht an der in der Beschwerde zitierten Stelle ausdrücklich (nur) davon, dass in dem "bloßen Erwerb und dem bloßen Halten von Gesellschaftsanteilen" keine wirtschaftliche Tätigkeit zu erblicken sei. Gleiches gilt für das Urteil des EuGH vom 6. Februar 1997, Rs C-80/95, in dem es um den "bloßen Erwerb und Besitz" von Schuldverschreibungen ging. Auch in diesem Urteil verneinte der EuGH das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Mehrwertsteuerregelung ausdrücklich nur insofern, als der Erwerb und Besitz "nicht einer anderen Unternehmenstätigkeit" diene.

In der Rs C-155/94 schließlich ging es um die Veräußerung eines Teils des von einer Stiftung gehaltenen Aktienpakets zur Erlangung von finanziellen Mitteln "für stärker diversifizierte Neuanlagen". Die Stiftung hatte argumentiert, dass die Investitionen gewöhnlicher Anleger nicht in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer fielen, es sich jedoch anders verhalte, wenn ein Anleger auf Grund seiner Rechtsstellung oder der von ihm wahrgenommenen Funktionen regelmäßig zur Erzielung von Einkünften oder zur Mehrung seines Kapitals investiere (was bei der Stiftung der Fall sei). Der EuGH folgte dieser Argumentation nicht, wobei er aber ausdrücklich ausführte, dass nicht ausgeschlossen sei, dass eine Tätigkeit, die im Kauf und Verkauf von Aktien und anderen Wertpapieren bestehe, unter Umständen als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 4 der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie angesehen werden könne (Rn 31 und Rn 35, wo auf Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nr. 5 der Richtlinie hingewiesen wird). Unter der in der Beschwerde zitierten

"bloßen Ausübung des Eigentums" war im Zusammenhang mit dem genannten Urteil der einmalige Verkauf eines großen Teils der Aktien, die die Stiftung hielt, zu verstehen und nicht der regelmäßige An- und Verkauf verschiedener Aktientitel, wie er im Beschwerdefall von der belangten Behörde festgestellt wurde. Der EuGH räumte ausdrücklich ein, dass der Ankauf und Verkauf von Wertpapieren dann in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer falle, wenn solche Umsätze im Rahmen des gewerbsmäßigen Wertpapierhandels (oder auch zum Zweck des unmittelbaren oder mittelbaren Eingreifens in die Verwaltung der Gesellschaften) erfolgen.

Die Hinweise in der Beschwerde auf das Steuerrecht der Union sind somit nicht geeignet, die von der belangten Behörde getroffene Annahme, dass die Tätigkeit der AI AG den Begriff der Gewerblichkeit nach dem BWG erfüllt habe, als unionsrechtlich unzulässig erscheinen zu lassen. Es folgt aus dem unionsrechtlichen Mehrwertsteuer-Regime nicht, dass der An- und Verkauf von Wertpapieren in keinem Fall als "gewerbsmäßig" im Sinn des Umsatzsteuergesetzes qualifiziert werden dürfte. Auch das Gemeinschaftsrecht (nunmehr das Unionsrecht) steht somit der Bejahung der Gewerbsmäßigkeit der von der AI AG entfalteten Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuerrechts und damit des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG nicht entgegen. Die Hinweise in der Beschwerde auf das Steuerrecht der Union sind somit nicht geeignet, die von der belangten Behörde getroffene Annahme, dass die Tätigkeit der AI AG den Begriff der Gewerblichkeit nach dem BWG erfüllt habe, als unionsrechtlich unzulässig erscheinen zu lassen. Es folgt aus dem unionsrechtlichen Mehrwertsteuer-Regime nicht, dass der An- und Verkauf von Wertpapieren in keinem Fall als "gewerbsmäßig" im Sinn des Umsatzsteuergesetzes qualifiziert werden dürfte. Auch das Gemeinschaftsrecht (nunmehr das Unionsrecht) steht somit der Bejahung der Gewerbsmäßigkeit der von der AI AG entfalteten Tätigkeit im Sinne des Umsatzsteuerrechts und damit des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG nicht entgegen.

2.7. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 1 Abs. 1 Z 7 BWG: 2.7. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG:

In der Beschwerde werden im Hinblick auf die Argumentation der belangten Behörde, die Ausnahme zu Gunsten des Handels für das Privatvermögen könne bei der AI AG nicht eingreifen, verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Grundrecht auf die Unverletzlichkeit des Eigentums geltend gemacht. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf das Gutachten von Univ.-Prof. Dr. K.

Hiezu ist auf die obige Darstellung der Rechtslage nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG zu verweisen. Da es nicht in dem in der Beschwerde zu Grunde gelegten Sinne letztentscheidend auf die Erfüllung der explizit aufgenommenen Ausnahme zu Gunsten des "Erwerbs für das Privatvermögen" ankommt und somit der Norm nicht jene strikte Trennung zwischen natürlichen und juristischen Personen unterstellt werden kann, von der auch das vorgelegte Gutachten ausgeht, treffen die Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes nicht zu. Dass die Bestimmung (zur Klarstellung) beispielhaft einen Fall, in dem kein Bankgeschäft vorliegt, nennt, der nur bei natürlichen Personen gegeben sein kann, macht die Regelung noch nicht verfassungswidrig. Hiezu ist auf die obige Darstellung der Rechtslage nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG zu verweisen. Da es nicht in dem in der Beschwerde zu Grunde gelegten Sinne letztentscheidend auf die Erfüllung der explizit aufgenommenen Ausnahme zu Gunsten des "Erwerbs für das Privatvermögen" ankommt und somit der Norm nicht jene strikte Trennung zwischen natürlichen und juristischen Personen unterstellt werden kann, von der auch das vorgelegte Gutachten ausgeht, treffen die Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes nicht zu. Dass die Bestimmung (zur Klarstellung) beispielhaft einen Fall, in dem kein Bankgeschäft vorliegt, nennt, der nur bei natürlichen Personen gegeben sein kann, macht die Regelung noch nicht verfassungswidrig.

2.8. Auch die Argumentation im Gutachten von Univ.- Prof. Dr. K betreffend die Auslegung des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG im Hinblick auf die Bezugnahme auf den Wertpapierhandel in § 65 Abs. 1 Z 7 und 8 AktG überzeugt nicht. 2.8. Auch die Argumentation im Gutachten von Univ.- Prof. Dr. K betreffend die Auslegung des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG im Hinblick auf die Bezugnahme auf den Wertpapierhandel in Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 7, und 8 AktG überzeugt nicht.

Dass Kreditinstitute oder börsennotierte Unternehmen unter den in § 65 AktG genannten Voraussetzungen eigene Aktien "zum Zweck des Wertpapierhandels" erwerben dürfen (Z 7) bzw. der Erwerb eigener Aktien (durch Nichtkreditinstitute) nicht zum Zweck des "Handels in eigenen Aktien" erfolgen dürfe (Z 8), lässt keine Rückschlüsse auf den Umfang des Begriffs des Handels mit Wertpapieren nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG zu. Der Umstand, dass einzelne Erwerbsvorgänge eigener Aktien nach § 65 Abs. 1 Z 8 Aktiengesetz für zulässig erklärt sind, besagt nichts für die Frage,

wann der Ankauf und Verkauf von Aktien generell als Handel im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG zu qualifizieren ist. Dass Kreditinstitute oder börsennotierte Unternehmen unter den in Paragraph 65, AktG genannten Voraussetzungen eigene Aktien "zum Zweck des Wertpapierhandels" erwerben dürfen (Ziffer 7,) bzw. der Erwerb eigener Aktien (durch Nichtkreditinstitute) nicht zum Zweck des "Handels in eigenen Aktien" erfolgen dürfe (Ziffer 8,)), lässt keine Rückschlüsse auf den Umfang des Begriffs des Handels mit Wertpapieren nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG zu. Der Umstand, dass einzelne Erwerbsvorgänge eigener Aktien nach Paragraph 65, Absatz eins, Ziffer 8, Aktiengesetz für zulässig erklärt sind, besagt nichts für die Frage, wann der Ankauf und Verkauf von Aktien generell als Handel im Sinn des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, BWG zu qualifizieren ist.

Im Übrigen bedeutete ein derartiger Ansatz letztlich, dass sich der Inhalt von verwiesenen Gesetzesstellen je nach Regelungszusammenhang anderer Gesetze, die - aus verschiedenen, insbesondere aber nicht zuletzt rechtstechnischen Gründen - auf die Bestimmung verweisen, änderte. Dieser Überlegung kann daher nicht gefolgt werden.

2.9. Zum Einwand, die Tätigkeit sei nicht von der Finanzdienstleistungsrichtlinie, RL 2004/39/EG, erfasst:

Den Ausführungen in der Beschwerde, es sei eine richtlinienkonforme Interpretation im Hinblick auf die Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente erforderlich, ist zunächst entgegen zu halten, dass die Frage, welche Wertpapierfirmen durch die genannte Richtlinie erfasst werden sollten, nichts zur Lösung der Frage beiträgt, welche Geschäfte ein Mitgliedstaat zu Bankgeschäften erklären darf. Im Beschwerdefall geht es um die Frage, ob die AI AG für die in Rede stehenden Geschäfte einer Konzession nach dem BWG bedurft hätte; ob und inwieweit nach der österreichischen Rechtslage allenfalls Vorschriften, die in Umsetzung der Finanzdienstleistungsrichtlinie ergangen sind, auf die AI AG anwendbar sind oder angewendet wurden und ob dies unionsrechtskonform ist, ist daher im Beschwerdefall nicht zu entscheiden. Im Übrigen werden in diesem Zusammenhang in der Beschwerde bereits oben behandelte Argumente wiederholt, auf die daher hier nicht mehr näher einzugehen ist.

2.10. Soweit schließlich in der Beschwerde die Determiniertheit des angewendeten Straftatbestandes des § 98 Abs. 1 BWG unter Hinweis auf Auffassungen in der Lehre zur Unbestimmtheit des Begriffes "gewerblich" geltend gemacht werden, bestehen im Hinblick auf die grundsätzliche Anerkennung der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe auch in Verwaltungsstraftatbeständen durch den Verfassungsgerichtshof (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 29. Juni 2002, G 275/01, Slg. 16.588, zum Begriff "angemessen", oder auch zur ausreichenden Bestimmtheit einer gewerberechtlichen Norm, die an Vorschriften in anderen Gesetzen anknüpft, das Erkenntnis vom 16. Juni 1990, Slg. 12.384) keine Bedenken, die eine Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof erforderlich machen würden. 2.10. Soweit schließlich in der Beschwerde die Determiniertheit des angewendeten Straftatbestandes des Paragraph 98, Absatz eins, BWG unter Hinweis auf Auffassungen in der Lehre zur Unbestimmtheit des Begriffes "gewerblich" geltend gemacht werden, bestehen im Hinblick auf die grundsätzliche Anerkennung der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe auch in Verwaltungsstraftatbeständen durch den Verfassungsgerichtshof vergleiche z.B. das Erkenntnis vom 29. Juni 2002, G 275/01, Slg. 16.588, zum Begriff "angemessen", oder auch zur ausreichenden Bestimmtheit einer gewerberechtlichen Norm, die an Vorschriften in anderen Gesetzen anknüpft, das Erkenntnis vom 16. Juni 1990, Slg. 12.384) keine Bedenken, die eine Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof erforderlich machen würden.

2.11. Soweit in der Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird, die belangte Behörde habe die fehlende Beteiligungsabsicht aktenwidrig festgestellt, habe sie doch auch ausgeführt, dass der Beschwerdeführer zur hg. Zl. 2007/17/0208 in der Berufungsverhandlung die Unternehmensstrategie beim Aufbau von Beteiligungen überzeugend schildern habe können, so wird damit insofern keine Aktenwidrigkeit aufgezeigt, als die Frage, wie die vom Beschwerdeführer dargestellte Strategie rechtlich zu bewerten sei, eine Rechtsfrage darstellt. Dass die belangte Behörde diese Rechtsfrage ausgehend von ihren Sachverhaltsfeststellungen zutreffend gelöst hat, wurde im Vorstehenden dargetan. Mit dem Hinweis auf die Strategie "beim Aufbau von Beteiligungen" wird nicht anerkannt, dass diese Strategie rechtlich tatsächlich so zu würdigen ist, dass die in Rede stehenden Aktienkäufe und -verkäufe als Erwerb zum Zwecke der Beteiligung an diesen Unternehmen zu qualifizieren gewesen wäre.

2.12. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

Die Beschwerde war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war infolgedessen gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.13. 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. 2.13. 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 15. April 2010

Gerichtsentscheidung

EuGH 61994J0155 Wellcome Trust VORAB

EuGH 61995J0080 Harnas und Helm VORAB

EuGH 62003J0465 Kretztechnik VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts EURallg4/3

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2007170208.X00

Im RIS seit

29.04.2010

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at