

TE Vwgh Erkenntnis 2008/9/4 2008/17/0034

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.09.2008

Index

E3L E06202020;
E6J;
37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

31989L0646 Bankrechtskoordinierungs-RL 02te Art3;
32006L0048 Banken-RL;
61997CJ0366 Romanelli VORAB;
AVG §56;
BWG 1993 §1 Abs1 Z1;
BWG 1993 §1;
BWG 1993 §4;
VStG §5;

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. Eisner, über die Beschwerde des J in W, vertreten durch Hausmaninger Kletter Rechtsanwälte Gesellschaft mbH in 1010 Wien, Franz-Josefs-Kai 3, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 27. November 2007, Zl. UVS-06/FM/31/5080/2007, betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 51,50 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 15. Mai 2007 wurde der Beschwerdeführer als Vorstand der E Beteiligungs AG für schuldig erkannt, es in dieser Funktion gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten zu haben, dass die E Beteiligungs AG gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe. Die Entgegennahme zur Verwaltung habe durch Zeichnung der

"Anleihe" E AI-1 mit einer näher genannten Wertpapierkennnummer zwischen 30. Jänner 2004 und 29. Juli 2005 durch in einer als Bestandteil des Bescheides erklärten Beilage angeführte Personen mit der aus der Beilage ersichtlichen Stückzahl und Überweisung des Anlagekapitals auf ein näher genanntes Konto bei einer Bank, lautend auf die E Beteiligungs AG, stattgefunden.

Das "Anleihekапital" bilde nach den Anleihebedingungen einen eigenen Rechnungskreis und diene dem Handel bzw. dem Erwerb von Wertpapieren, Optionen und Terminkontrakten jeder Art, der Veranlagung in Devisenkassa- und Termingeschäfte auf internationalen Märkten und in sonstige Vermögensanlagen und andere Finanzinstrumente, wobei vor allem in derivative Finanzinstrumente veranlagt werden solle. Unter dem Rechnungskreis sei das gesamte an die E Beteiligungs AG bezahlte Anleihekапital aus der E AI-1 zu verstehen.

Teile der Verwaltungstätigkeit würden direkt von der E Beteiligungs AG durchgeführt. Dies betreffe die allgemeine Administration. Die Handelstätigkeit und die Veranlagungsstrategie solle nach den "Anleihebedingungen" über eine dritte Gesellschaft erfolgen, und zwar die E Consulting Ltd. mit Sitz auf Gibraltar, wobei an Stelle dieser Gesellschaft auch andere Gesellschaften von der E Beteiligungs AG beauftragt werden könnten.

Der Abfindungsanspruch bzw. der Verkaufswert bei Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen E Beteiligungs AG und Zeichner bestehe nur aus dem Kurswert des aliquoten Anteils des Rechnungskreisvermögens zum Stichtag der Beendigung, auch ein Totalverlust solle möglich sein.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 98 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 Z 1 Bankwesengesetz verletzt und es wurde über ihn eine Geldstrafe von EUR 8.000--, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen, verhängt.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung.

1.2. Nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Oktober und am 19. November 2007 wies die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid die Berufung als unbegründet ab.

Begründend führt die belangte Behörde nach Wiedergabe der wesentlichen Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung und Darstellung des von ihr festgestellten Sachverhalts aus, dass nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage als Bankgeschäft zu qualifizieren sei. Mit dieser Bestimmung würden grundsätzlich zwei unterschiedliche Tatbilder festgelegt, nämlich zum einen die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung und zum anderen die Entgegennahme fremder Gelder als Einlage. Der Begriff sei nach den Erläuterungen (1130 BlgNR 18. GP, 113) aus dem Kreditwesengesetz übernommen worden und es ergebe sich daraus, dass Bankgeschäfte nur betreibe, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung oder die Einlage der fremden Gelder werde (Hinweis auf Lauer in: Fremuth/Lauer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, § 1 BWG, Rz 5).

In der Regel werde bei der Hereinnahme von Geldern zur Verwaltung im Unterschied zur Hereinnahme als bloße Einlage ein aktives Tun Vertragsgegenstand sein. Somit fielen jene Rechtsgeschäfte unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG, bei denen der Kunde einen Verwaltungsauftrag bzw. die Ermächtigung zur Vornahme von Dispositionen über die Einlage erteile, wie dies etwa in Portfoliomanagementverträgen vorgesehen sei. Danach bestehe eine Ermächtigung, Umschichtungen im Rahmen der Verfolgung eines bestimmten Anlageziels vorzunehmen, wobei nur derjenige Bankgeschäfte betreibe, der Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder sei (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2005/17/0195).

Die Verwaltung dieses Geldes nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG unterscheide sich von der Vermögensverwaltung nach § 1 Abs. 1 Z 19 lit. b BWG dadurch, dass ein Finanzdienstleister bei letzterer zu keiner Zeit Schuldner des Kunden bezüglich der gehaltenen Vermögenswerte werden dürfe. Im vorliegenden Fall seien hingegen die Kundengelder von der E Bank AG auf ein firmeneigenes Konto der Gesellschaft bei der E-Bank AG und H-Bank AG im eigenen Namen entgegengenommen und verwahrt worden.

Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bedeute, dass die vereinbarungsgemäß übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen seien, wobei ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen müsse. Mit der Verwaltungstätigkeit sei zwar durchaus vereinbar, dass der Geldgeber das Recht behalte, über eine Veranlagung seiner Gelder im Einzelfall zu entscheiden oder sonst mit Weisung einzutreten, es müsse aber eine Befugnis zu begrenztem selbstständigen Handeln vorliegen. Dürfe dagegen nur so veranlagt werden, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorschreibe, fehle also jeglicher Entscheidungsspielraum, dann sei das Geld nicht zur Verwaltung entgegengenommen (Hinweis auf Avancini in: Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 455 f). Der nicht näher begründeten

Behauptung von Kalss, wonach durch den Verwaltungsbegriff des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG nur die Verwaltung von Geldern erfasst sei, bei welcher eine völlig freie Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung gegeben sei, könne nicht gefolgt werden (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195).

Unbeschadet des § 4 Abs. 1 der Anleihebedingungen, wonach die operativ tätigen Gesellschaften die Veranlagungsstrategie unter Berücksichtigung des Prinzips der Risikostreuung und Erzielung von maximalen Wertzuwächsen festlegten und die Handelstätigkeiten durchführten, stehe die letzte Entscheidung über die Vermögensverwaltung im Ermessen der E Beteiligungs AG, zumal diese Gesellschaft auch andere Trading Advisors bzw. zusätzliche Trading Agents an Stelle der von ihr grundsätzlich beauftragten EIC beauftragen könne. Ebenso würden Teile der Verwaltungstätigkeit direkt von der E Beteiligungs AG durchgeführt, so die allgemeine Administration, für welche die E Beteiligungs AG eine monatliche Verwaltungsgebühr in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreis-Vermögens lukriere. Bemerkenswert sei auch die Bestimmung des § 10 der Anleihebedingungen, wonach der Erfolg der Veranlagung von den jeweiligen Marktbedingungen sowie von den Fähigkeiten der für die Gesellschaft zuständigen Manager oder Trading Advisors abhänge und allein diese Bestimmung erkennen lasse, dass die Gesellschaft bzw. deren Handlungsbevollmächtigte auch im operativen Bereich bezüglich der Veranlagung tätig sein könnten. Die E Beteiligungs AG habe somit einen Ermessensspielraum, wobei sie nur durch die vertraglich vereinbarten Anleihebedingungen gebunden sei. Weiters seien sämtliche Auszahlungen an die einzelnen Anleger ausschließlich über das angeführte firmeneigene Konto abgewickelt worden. Die E Beteiligungs AG habe somit bei der gegenständlichen rechtlichen Konstruktion in Bezug auf das gehaltene Geld Schuldner ihrer Kunden werden können. Es sei somit davon auszugehen, dass diese Gesellschaft im Hinblick auf die entgegengenommenen fremden Gelder eine Verwaltungstätigkeit entwickelt habe, die unter die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG zu subsumieren sei. Diese Tätigkeit der E Beteiligungs AG sei im Tatzeitraum auf die Erzielung von Einnahmen (Verwaltungsgebühren) gerichtet gewesen, nachhaltig und somit gewerblich im Sinne des § 1 Abs. 1 BWG.

Den vorgelegten typisierten und vorformulierten Verträgen der Zeichner der verfahrensgegenständlichen Anleihe sei zweifelsfrei jenes Modell zu entnehmen, welches der Beschwerdeführer im weiteren auch über den in der Tatlastung vorgeworfenen Zeitraum hinaus ausgeübt habe, nämlich die Überweisung der vereinbarten Geldbeträge für die Anleihe direkt auf ein Firmenkonto der E Beteiligungs AG sowie die Bildung eines eigenen Rechnungskreises für das gegenständliche Kapital zwecks Handel bzw. Erwerb von Wertpapieren, Optionen und anderen Finanzinstrumenten. Es könne kein Zweifel bestehen, dass der Wille und die Absicht der Anleger auf Durchführung des Geschäfts in der beschriebenen Art gerichtet gewesen sei. Auf die zivilrechtliche Qualifikation des Geschäfts und wie der Anleger dieses Geschäft zivilrechtlich beurteile, komme es nicht an. Entscheidend sei im Lichte der höchstgerichtlichen Judikatur, ob die E Beteiligungs AG in Bezug auf das gehaltene Geld Schuldner ihrer Kunden werden konnte. Das sei im Lichte der beschriebenen Konstruktion und der ihr zu Grunde liegenden Anleihebedingungen zu befürworten. Es sei ohne Belang, ob es sich um einen bedingten oder unbedingten Rückzahlungsanspruch handle, zumal auch die höchstgerichtliche Judikatur nicht auf solche Differenzierung abstelle. Wie bei einem Vermögensverwaltungsauftrag werde zwischen einem Anbieter und einer Vielzahl von Anlegern eine dauernde Rechtsbeziehung geschaffen. Der Inhalt der Rechtsbeziehungen bestehe darin, dass die Anleger einen bestimmten Betrag an den Anbieter leisteten. Das Kapital gehe in das Eigentum des Anbieters über. Dieser verpflichte sich gegenüber den Anlegern, das von den einzelnen Anlegern aufgebrachte Gesamtkapital zu verwalten und nach Maßgabe des Vertragsinhaltes einzusetzen. Jeder einzelne Anleger erwerbe im Gegenzug einen Anspruch auf die anteilige, seinem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen der Veranlagungstätigkeit sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrages bei Beendigung der Rechtsbeziehung. Die Tätigkeit der Emittentin sei somit nicht auf die Begebung oder Begründung dieser Rechtsbeziehungen beschränkt. Vielmehr werde ein Dauerrechtsverhältnis begründet, das im Kern einen Vermögensverwaltungsauftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) darstelle (Avancini in: Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 9/6).

In der Folge wird näher auf die Qualifikation als "auftragsrechtliches Schuldverhältnis" eingegangen. Die E Beteiligungs AG habe sich gegenüber den Anlegern verpflichtet, das entgegengenommene Kapital zu administrieren und unter Anwendung ihres Know-hows selbstständig, das heiße nach Ermessen und ohne Rücksprache im Detail, Entscheidungen zu treffen, wem und wie viel von dem Kapital einem Dritten übertragen werden solle, damit dieser kapitalvermehrend operative Geschäfte betreibe und Vermögenswerte erwerbe. Der einzelne Geldgeber erwarte im Gegenzug einen Anspruch auf die anteilige, seinem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus der

Veranlagungstätigkeit des Dritten sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrages bei Beendigung der Rechtsbeziehung. Wenngleich zweifelsohne eine Vermehrung des Geldes angestrebt werde, könne es trotz entsprechender Sorgfalt und Bemühung auch zu einer Verringerung kommen und in der äußersten Konsequenz ein Totalverlust entstehen. Dieser Umstand könne der beschriebenen rechtlichen Konstruktion ihre Qualifikation als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG nicht nehmen. Es werde auch darauf verwiesen, dass sich das Erfordernis eines "unbedingten Rückzahlungsanspruches" nach der vom Beschwerdeführer zitierten Aussage in der Fachliteratur (Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 10/99, 783) offensichtlich auf das Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG beziehe und in der weiteren Erörterung für den ersten Fall dieser Bestimmung die Entgegennahme von fremden Geldern zur Verwaltung als entscheidender Punkt die freie Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung herangezogen werde, nicht jedoch das Erfordernis eines unbedingten Rückzahlungsanspruches.

Im Zusammenhang mit einem europarechtlichen Vorbringen des Beschwerdeführers wird darauf hingewiesen, dass auch in 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 unter Z 1 die Entgegennahme von Einnahmen und anderen rückzahlbaren Geldern genannt sei. Dem klaren Wortlaut nach, dass es sich um "andere rückzahlbare Gelder" handle, sei eine Einschränkung auf lediglich stets rückzahlbare Gelder nicht erkennbar. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sei mangels Relevanz für den österreichischen Rechtsraum auf die Gesetzeslage in Deutschland (wie in der Beschwerde unter Hinweis auf Oppitz, Das Einlagengeschäft - Auffangtatbestand im Bankgeschäftskatalog?, ÖBA 10/07, 798 ff, vertreten werde) nicht abzustellen.

Es sei entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers auch keine Verletzung des Transparenzgebotes, wie es im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 21. November 2002, Rs C-356/00, Testa und Lazzeri, festgestellt worden sei, gegeben. Im Beschwerdefall sei eine Konstellation wie in dem genannten Urteil, in dem es um die Abweichung der nationalen Rechtslage von der Begriffsbildung einer EG-Richtlinie ging, nicht gegeben. Das BWG weiche nicht von den in der Richtlinie 2006/48/EG vorgegebenen Kriterien ab, sondern bewege sich im Anwendungsbereich der Richtlinie und spezifiziere diese näher. Die verfahrensgegenständliche Bestimmung des BWG sei somit europarechtskonform. Das vom EuGH postulierte Transparenzgebot könne nicht verletzt sein, zumal dieses sich auf Regelungen des nationalen Gesetzgebers, die nicht in der Richtlinie erfasste Geschäfte erfasse, erstrecke. Für diesen Fall verlange das Gemeinschaftsrecht, dass aus der nationalen Bestimmung klar hervorgehe, dass es sich um keine Umsetzung der Richtlinie handle. Im Beschwerdefall liege jedoch nicht eine gewollte Abweichung von Vorgaben der Richtlinie vor, sodass auch eine Verletzung des Transparenzgebotes nicht in Betracht komme.

Die belangte Behörde sehe entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers in der "Anleihe" auch keine Finanzierung der E Beteiligungs AG zur Verfolgung ihres Unternehmensgegenstandes bis hin zu einer gesellschaftsrechtlichen oder allenfalls gesellschafterähnlichen Unternehmensbeteiligung. Für die beschriebene Tätigkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung stehe der E Beteiligungs AG ein gesonderter Entgeltanspruch zu, wobei der wirtschaftliche Erfolg der Veranlagung selbst nicht unmittelbar von der Unternehmertätigkeit der E Beteiligungs AG abhänge. Das Risiko eines Totalverlustes liege ausschließlich beim Geldgeber und nicht bei der kapitalentgegennehmenden und kapitalverwaltenden E Beteiligungs AG. Die Anleger partizipierten somit nicht an der Unternehmenstätigkeit der E Beteiligungs AG, sondern am Gewinn oder Verlust im Rahmen eines eigenen Rechnungskreises. Die Anleger seien somit mit der operativen Gesellschaft bzw. den operativen Gesellschaften und nicht mit der E Beteiligungs AG wirtschaftlich verknüpft. Dass das gesamte auf Grund der Anleihebedingungen geleistete Kapital dem Rechnungskreis, welcher gegenüber den anderen Vermögenswerten abgegrenzt sei, zu Gute komme, spreche gegen die Behauptung, die entgegengenommenen Gelder dienten der Finanzierung der E Beteiligungs AG. Das Gleiche gelte für den Umstand, dass die Anleihebedingungen dem Anleger die Möglichkeit böten, mit dem auf seinen Anteil begrenzten Risiko von der Portfoliodiversifikation der anbietenden bzw. operativen Gesellschaften zu profitieren. Weiters für die Verrechnung der Verwaltungsgebühren in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreisvermögens sowie den Umstand, dass die Passiva des Rechnungskreises sämtliche dem Rechnungskreis direkt zuweisbaren Verbindlichkeiten einschließlich Aufwendungen und Gebühren umfassten. Das Rechnungskreisvermögen werde mit allen mit ihm verbundenen Kosten, Steuern und Abgaben belastet und reduziere sich um diese Beträge. Der Gesamtwert dieses Rechnungskreisvermögens werde als Grundlage für den Index herangezogen, welcher maßgeblich für die Festlegung des Kaufpreises bzw. Rücklösungsbeitrages zum jeweiligen Stichtag gemäß § 4 Abs. 8 der Anleihebedingungen sein solle.

In der Folge wird auf eine Argumentation in der Berufung im Hinblick auf § 93 BWG betreffend die Einlagensicherung eingegangen. Da im vorliegenden Fall nicht auf die Bezeichnung einer Kapitalanlage als Anleihe, Genussschein oder ähnlichem für eine Qualifikation als Einlage im Sinne des BWG abzustellen sei, gingen die verfassungsrechtlichen Einwände des Beschwerdeführers gegen § 93 BWG ins Leere. Mangels Relevanz der Bezeichnung als Anlageform im Hinblick auf die tatsächliche Natur des Geschäfts als Einlagegeschäft im Sinne des Bankenrechts sei auf andere Anlageformen, welche seitens der FMA und andere ausländische Behörden als Anleihe qualifiziert worden seien, nicht näher einzugehen. Dem Einwand einer Verfolgungsverjährung wird durch Hinweis auf die hg. Rechtsprechung betreffend die Anforderungen an die Tatumschreibung bei der Setzung einer ersten Verfolgungshandlung entgegnet. Was die ins Treffen geführte Änderung der Anleihebedingungen anlange, so wird auf eine weitgehende wortwörtliche Übereinstimmung der Textierung der verschiedenen Fassungen verwiesen. Es mache somit keinen Unterschied, dass die Zeichnungen mit den Nummern 1 bis 24 unter Zugrundelegung der Anleihebedingungen vom März 2003, und jene mit den Nummern 25 bis 44 unter Zugrundelegung der geänderten Fassung vom November 2004 erfolgt seien.

Abschließend wird eingehend auf die subjektive Tatseite eingegangen und unter Verwertung der Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung im Ergebnis die Auffassung vertreten, dass der Beschwerdeführer aus dem festgestellten Sachverhalt nicht darauf schließen hätte können bzw. darauf vertrauen durfte, dass die Behörde (die Finanzmarktaufsichtsbehörde) die der Bestrafung zu Grunde gelegte Tätigkeit als dem Gesetz entsprechend werte. Sein Vorbringen zur subjektiven Tatseite sei somit nicht geeignet, ihn zu exkulpieren.

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

1.4. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 1 Z 1 des Bundesgesetzes über das Bankwesen, BGBl. Nr. 532/1993, lautet:

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

..."

2.2. Unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Rechtswidrigkeit wendet sich der Beschwerdeführer insoferne gegen den angefochtenen Bescheid, als die Qualifikation der Ausgabe der Anleihen nach den Anleihebedingungen der E Beteiligungs AG kein Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG darstelle.

Die belangte Behörde habe nicht nachvollziehbar begründet, weshalb die schuldrechtliche Beziehung zwischen Anleger und E Beteiligungs AG nicht als Anlehegeschäft qualifiziert werden könne. Gelder aus der Emission von Schuldverschreibungen (Anleihen) seien keine Einlage, wenn die dafür ausgegebenen Wertpapiere der bloßen Kapitalaufbringung dienten. Dieser Umstand treffe auf die verfahrensgegenständlichen Transaktionen auf Basis der angewendeten Anleihebedingungen zu.

Diesem Vorbringen ist zu entgegnen, dass bereits die belangte Behörde zutreffend darauf hingewiesen hat, dass der vom Beschwerdeführer auch nicht bestrittene Sachverhalt nicht als Aufbringung von Beteiligungskapital an der E Beteiligungs AG qualifiziert werden kann. Da das aus der Anleihezeichnung aufgebrachte Kapital einen eigenen Rechnungskreis bildet und sich der Anspruch der Zeichner der sogenannten Anleihe lediglich nach dem Erfolg oder Misserfolg der Veranlagung dieses als eigener Rechnungskreis geführten Kapitals errechnet, liegt keine Beteiligung an der E Beteiligungs AG vor. Wenn in der Beschwerde darauf hingewiesen wird, dass die E Beteiligungs AG von Anlegern Kapital mit der Verpflichtung übernehme, dieses gemäß ihrem Unternehmensgegenstand zu verwenden, und diesbezüglich "völlige Übereinstimmung mit marktüblichen Unternehmensanleihen" bestehe, so wird dabei einerseits übergegangen, dass die Anleihebedingungen nicht die Verwendung "gemäß dem Unternehmensgegenstand" der

E Beteiligungs AG vorsahen, sondern nach der auch in der Beschwerde (an anderer Stelle) zu Grunde gelegten Auffassung die Verwendung in engeren Grenzen vereinbart war (vgl. weiters die ausbedungene monatliche Verwaltungsgebühr in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreisvermögens, die sich nur als Entgelt für die von der

E Beteiligungs AG für das Sondervermögen, das aus den Kundengeldern gebildet wurde, geleistete Verwaltungstätigkeit erklären lässt und sich bei einer Beteiligung an einem Unternehmen erübrigत bzw. nicht in dieser Form vereinbart würde). Zudem wird bei jeglichem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1

2. Fall BWG, bei dem das Geld zur Einlage gegeben wird, nach der auch in der Beschwerde zitierten herrschenden Meinung das Geld durch das die Einlage entgegennehmende Kreditinstitut im Rahmen seines Unternehmenszweckes verwendet (das entgegengenommene Geld in den "Kapitalkreislauf der unternehmerischen Geschäftstätigkeit", wie in der Beschwerde formuliert wird, eingebunden).

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf das Vorliegen eines "bedingten Rückzahlungsanspruches" abstellt, wie er für Anleihen typisch sei, ist dem - wie die belangte Behörde schon zutreffend festgehalten hat - entgegen zu halten, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, das dort zu beurteilende Fondssparprogramm, bei dem Kundengelder von einem konzessionierten Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf firmeneigenen Treuhandkonten der Gesellschaft im eigenen Namen entgegengenommen und verwahrt und nach ihrem Ermessen für den Kauf von Wertpapieren verwendet wurden, wobei das Unternehmen nur durch die vertraglich vereinbarten Anlagebedingungen des jeweiligen Fondssparprogramms gebunden war, als konzessionspflichtige Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG qualifiziert hat. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem genannten Erkenntnis ausführte, konnte das Wertpapierdienstleistungsunternehmen hinsichtlich der gehaltenen Vermögenswerte Schuldner seiner Kunden werden, sodass die Qualifikation der Tätigkeit als Finanzdienstleistungsgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 BWG ausschied. Der Verwaltungsgerichtshof kam zu einer Aufhebung der durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde bekämpften Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, weil auf dem Boden der Feststellungen der belangten Behörde nicht auszuschließen war, dass die Tätigkeit des Wertpapierdienstleistungsunternehmens als Einlagengeschäft im Sinn des § 1 Abs. 1 Z 1 und als Depotgeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 5 zu qualifizieren gewesen wäre. Fremdes Geld werde entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entstehe. Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bedeute, dass die vereinbarungsgemäß übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen seien, wobei ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen müsse. Der Verwaltungsgerichtshof ist in diesem Zusammenhang der auch vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Auffassung von Kalss, wonach durch den Verwaltungsbegriff des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG nur die Verwaltung von Geldern erfasst sei, bei welcher eine völlig freie Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung gegeben sei, nicht gefolgt. Der Verwaltungsgerichtshof ging davon aus, dass bei der im genannten Erkenntnis zu beurteilenden Konstruktion das Wertpapierdienstleistungsunternehmen in Bezug auf die entgegengenommenen fremden Gelder eine Verwaltungstätigkeit entwickelt habe.

In ähnlicher Weise kommen Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 24, zum Schluss, dass dann, wenn der "Erwerb eines Genusssrechts, einer Anleihe oder auch eines Gesellschaftsanteils (etwa im Rahmen einer stillen Beteiligung) nach der konkreten Ausgestaltung im Kern lediglich einen Vermögensverwaltungsauftrag (in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages)" (hiezu wird auf Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I, Rz 9/6, verwiesen) darstelle, "ungeachtet des rechtlichen Gewands grundsätzlich eine Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung" vorliege.

Es ist für den Beschwerdeführer somit nichts gewonnen, wenn die E Beteiligungs AG bei der Kapitalverwendung "an den Unternehmensgegenstand sowie an die in den Anleihebedingungen festgelegten Verwendungsrichtlinien gebunden" gewesen sei. Die Beschwerdeaufführungen gehen auch an der Sache vorbei, wenn ausgeführt wird, dass "ein Entscheidungsspielraum, das Kapital grundsätzlich zu jedweder Tätigkeit in eigenem Ermessen zu verwenden", ausdrücklich ausgeschlossen sei. Wie im genannten Erkenntnis dargelegt, ist es nicht erforderlich, dass ein derartiges Ermessen vom Zeichner der Anleihe eingeräumt würde, damit ein Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG vorliege. Auch der Hinweis auf Avancini in:

Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 455 f, dass Kapital nicht zur Verwaltung entgegengenommen werde, wenn das Kapital nur so veranlagt werden dürfe, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorschreibe, ist für den Beschwerdefall nicht von Bedeutung. Der genannte Fall, dass das Kapital nur so veranlagt werden hätte dürfen, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorgeschrieben hätte, liegt im Beschwerdefall unbestritten nicht vor. Die Verwendung war vielmehr im Rahmen der Anleihebedingungen auf Grund der Entscheidungen der E Beteiligungs AG bzw. der von ihr beauftragten Wertpapierhändler vorzunehmen.

Aus diesem Grund geht auch der Vorwurf ins Leere, die belangte Behörde habe konträr zu ihren Feststellungen "plötzlich von einem Entscheidungsspielraum bzw. Ermessensspielraum" der E Beteiligungs AG gesprochen. Es zeigt sich vielmehr in diesem Zusammenhang eine nicht nachvollziehbare Flexibilität in der Argumentation der Beschwerde insofern, als im hier vorliegenden Zusammenhang die Beschwerde die Auffassung zu Grunde legt, die E Beteiligungs AG sei bei der Verwendung der Gelder so gebunden gewesen, dass im Sinne Avancinis das Vorliegen eines Einlagengeschäfts zu verneinen sei, während an anderen Stellen der Beschwerde der Eindruck erweckt werden soll, die Gelder hätten von der E Beteiligungs AG "für ihren Unternehmenszweck" (also frei von Bindungen) verwendet werden können.

Der Umstand, dass die Anlageentscheidungen innerhalb des durch die Anleihebedingungen gezogenen Rahmens zu bleiben hatten, ändert nichts an dem Umstand, dass die Anlageentscheidungen durch die E Beteiligungs AG bzw. die von ihr beauftragten Händler zu treffen waren (vgl. neuerlich das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195). Die nach den Vertragsbedingungen gegebene Möglichkeit der Verwendung der Gelder stand daher der Annahme eines Vorliegens der "Entgegennahme zur Verwaltung" nicht entgegen (vgl. neuerlich Karas/Träßler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 24, sowie für die deutsche Rechtslage Balzer in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 45 Rz 8, der die Vermögensverwaltung nach dem Treuhandmodell als Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG qualifiziert, "da der Verwalter mit der Annahme fremder Gelder das Einlagengeschäft betreibt" und hiezu auf Miebach, DB 1991, 2069 (2071) verweist; der Vermögensverwalter sei an die vertraglichen Abreden mit dem Verwalter gebunden).

Daran ändert auch nichts, dass die Anleihebedingungen "einen noch engeren Rahmen als der Unternehmensgegenstand" vorsahen. Der Beschwerdeführer ist in diesem Zusammenhang auch darauf hinzuweisen, dass gerade dieser Umstand (der Eingrenzung der Verwendung des aufgebrachten Kapitals) die Annahme der von ihm behaupteten Aufnahme von Risikokapital durch die E Beteiligungs AG ausschließt; die Begebung der Anleihen diente nicht (wie Karas/Träßler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 17, formulieren) "der bloßen Kapitalaufbringung". Andererseits war die Beschränkung der E Beteiligungs AG durch die Anleihebedingungen nicht derart, dass die E Beteiligungs AG nur auf Weisung der Kunden handeln hätte können.

2.3. Es geht aber auch das Argument ins Leere, dass (allein) der Umstand, dass die E Beteiligungs AG Schuldner der Zeichner der "Anleihe" geworden sei, nicht zum Vorliegen eines Bankgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG führen habe können. In der Beschwerde wird übergegangen, dass die belangte Behörde nicht aus dem Umstand der Schuldnerstellung allein auf das Vorliegen eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG geschlossen hat. Die belangte Behörde hat vielmehr in Übereinstimmung mit dem bereits genannten hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006 aus den näheren vertraglichen Bedingungen über die Verwendung des aufgebrachten Kapitals, das in einem eigenen Rechnungskreis zusammengefasst wurde und somit gerade nicht von der E Beteiligungs AG für ihre allgemeine Geschäftstätigkeit verwendet werden konnte, geschlossen, dass die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung im Sinne des "§ 1 Abs. 1 Z 1 zweiter Fall BWG" vorliege (die belangte Behörde bezeichnet den in § 1 Abs. 1 Z 1 als erstes genannten Tatbestand als "zweiten Fall"). Der Umstand, dass das österreichische Schuldrecht "viele Verträge (kenne), bei welchen eine Partei Schuldner des anderen" werde, ist dem gegenüber nicht geeignet, das Vorliegen eines Einlagengeschäfts bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen auszuschließen.

2.4. Zu dem Vorbringen, es habe sich um den Kauf bzw. Verkauf eines fungiblen Wertpapiers gehandelt, ist darauf hinzuweisen, dass die Anleihezeichner nicht lediglich einen Kaufpreis für ein Wertpapier bezahlten (der von der E Beteiligungs AG ohne jegliche Bindung verwendet hätte werden können), sondern dass nach den sogenannten Anleihebedingungen jenes Geld, das durch die Zeichnung der Papiere aufgebracht wurde, einen bestimmten Rechnungskreis bildete und in einem ganz bestimmten Sinn (entsprechend den Anleihebedingungen) zu verwenden war. Gegenstand der Rechtsgeschäfte mit den Kunden war somit nicht bloß ein Kauf, sondern auch die Verpflichtung der E Beteiligungs AG zu einem anleihebedingungsgemäßen Handeln.

2.5. Zu dem Einwand, dass eine Qualifikation als Einlagengeschäft im Hinblick auf den mangelnden Willen der Parteien, ein Einlagengeschäft durchzuführen, ausscheide, ist Folgendes auszuführen:

Wenn in der Lehre, auf welche sich auch die belangte Behörde berufen hat, zum Begriff der Entgegennahme fremder Gelder in § 1 Abs. 1 Z 1 BWG die Auffassung vertreten wird, dass es dabei um die dem Willen der Kreditunternehmung entsprechende Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht des Kreditinstituts über das Geld gehe, so ergibt sich

daraus nicht, dass es der Disposition der Parteien obliege, durch einen entsprechenden "negativen" Willen das Vorliegen eines Einlagengeschäfts auszuschließen. Der Wille, von dem in diesem Zusammenhang die Rede ist, bezieht sich nicht darauf, ob ein "Einlagengeschäft" vorliegt, sondern ob die Bank das Geld mit dem Willen, darüber die Verfügungsgewalt auszuüben, entgegennimmt bzw. eine Einzahlung auf ein Konto, über welches dem Kreditinstitut die Verfügungsgewalt zukommt, veranlasst. In diesem Sinne mangelte es im Beschwerdefall nicht an dem Willen zur Durchführung eines Einlagengeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG: das Geld wurde auf ein Konto überwiesen, über welches die E Beteiligungs AG verfügberechtigt war.

2.6. Wenn in der Beschwerde ausgeführt wird, dass Verwaltung und daher ein konzessionspflichtiges Einlagengeschäft dann vorliege, wenn der Anleger Geld hingabe, damit es vom Vertragspartner für den Kunden und dessen Interessen während möglichst gewinnbringend angelegt werde, so wird damit zutreffend der Gehalt der im Beschwerdefall gegebenen Konstruktion charakterisiert. Es ist daher unerfindlich, inwieweit diese Auffassung eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzeigen sollte. Es trifft nicht zu, wenn in diesem Zusammenhang die im Beschwerdefall gegebene Konstruktion damit umschrieben wird, dass die Emittentin das Geld "zur eigenen Interessensförderung" einsetze. Es wird in der Beschwerde an anderer Stelle ausdrücklich betont, dass die Anleihebedingungen einen engeren Spielraum beinhalteten als dies nach dem Unternehmensgegenstand möglich gewesen wäre (vgl. weiters Seite 14 der Beschwerde, wo ausgeführt wird, dass die Emittenten in der Verwendung des Vermögens keineswegs frei gewesen sei). Somit trifft es nicht zu, dass die E Beteiligungs AG berechtigt gewesen wäre, ohne weitere Bindungen das aus der "Anleihe" aufgebrachte Kapital für ihre Unternehmenszwecke zu verwenden. Das Kapital war vielmehr nach den Anleihebedingungen im Interesse der Kunden zu verwalten. Mit der in der Beschwerde verwendeten Argumentation wäre überdies nachgewiesen, dass niemals ein Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG vorliegen könnte, wenn man auch die Verwendung von Spareinlagen durch das entgegennehmende Kreditinstitut im Hinblick darauf, dass dieses die Gelder zur eigenen Interessensförderung einsetzen kann, als Grund für den Ausschluss des Vorliegens eines Bankgeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG heranziehen könnte. Es kann dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden, eine Norm geschaffen zu haben, der keinerlei Anwendungsbereich zukäme.

Dass die E Beteiligungs AG einen eigenen Unternehmensgegenstand habe, welcher ebenfalls in der Veranlagung von Geldern besteht, bewirkt nicht, dass die Entgegennahme von Geldern, die in einem eigenen Rechnungskreis zusammengefasst sind und als solche für die Anschaffung von Wertpapieren verwendet werden, wobei den Zeichnern ein anteiliger Anspruch am Ertrag des aus dem Kapital angeschafften Wertpapiere erwirtschafteten Erfolgs zusteht, eine Förderung des Unternehmensgegenstandes der Beteiligungs AG bedeute.

Die diesbezüglichen Beschwerdeaufführungen sind daher nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde darzutun.

2.7. Verfehlt ist es in diesem Zusammenhang auch, wenn in der Beschwerde (im Anschluss an einen diesbezüglichen Hinweis im angefochtenen Bescheid auf Avancini, nach dem auf den Vertrag betreffend die Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung die Regeln der §§ 1002 ABGB anwendbar seien, weil ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliege) der Frage maßgebliche Bedeutung beigemessen wird, ob eine Geschäftsbesorgung im Rechtssinn vorgelegen sei. Der zivilrechtlichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses mit den Kunden kommt für die Einordnung als Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

2.8. Die vorstehenden Ausführungen zeigen auch, dass den unter Punkt 5.1.6. der Beschwerde enthaltenen Ausführungen betreffend die Utauglichkeit des Merkmals der Verwendung der Mittel zur Qualifikation des Geschäfts nichts mehr weiter entgegenzuhalten ist. Die E Beteiligungs AG war aus den Verträgen mit den Anleihezeichnern nicht ermächtigt, "das Kapital zur Verfolgung ihres Unternehmensgegenstandes" zu nutzen, wie an dieser Stelle der Beschwerde formuliert wird. Die Beschwerdeaufführungen übersehen weiters, dass zwischen der beispielsweise genannten Aufnahme von Zeichnungskapital durch ein im Rohölsektor tätiges Unternehmen zur Verwendung als Absicherung gegenüber Rohölpreisschwankungen durch An- und Verkauf von Finanzinstrumenten und den im Beschwerdefall vorliegenden Anleihebedingungen, denen zufolge die Zeichner einen Anspruch auf den Erlös aus dem mit dem aufgebrachten Kapital erwirtschaftet haben, ein Unterschied besteht.

2.9. Soweit in der Beschwerde die Auffassung vertreten wird, dass nur im Falle eines unbedingten Anspruches auf Rückzahlbarkeit des geleisteten Kapitals der Einlagenbegriff erfüllt ist, ist darauf hinzuweisen, dass der erste

Tatbestand des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG nicht das Vorliegen einer "Einlage" in dem in der Beschwerde unter Hinweis auf Literatur dargestellten Sinn voraussetzt. Der Hinweis auf Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 10/99, 778 (783), geht somit ebenfalls ins Leere. Kalss erörtert an der zitierten Stelle den Begriff "Einlage"; bei der hier maßgeblichen Entgegennahme zur Verwaltung (§ 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG) kommt es aber nicht auf das Vorliegen einer "Einlage" im Sinne des von Kalss untersuchten Tatbestands an.

Wenn in der Beschwerde in diesem Zusammenhang auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 22, verwiesen wird, so ergibt sich aus diesem Hinweis keine Stütze für die Auffassung, dass in richtlinienkonformer Interpretation nur im Falle eines "unbedingten" Rückzahlungsanspruches ein Einlagengeschäft vorliege. Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 22, gehen davon aus, dass auch nach dem BWG die Rückzahlbarkeit eine Voraussetzung für das Vorliegen eines Einlagengeschäfts sei, ohne jedoch dies in der Weise wie dies die Beschwerde versucht einzuschränken (vgl. im Gegenteil neuerlich Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 BWG Rz 24).

2.10. In der Beschwerde wird schließlich auf eine "herrschende Rechtsmeinung" hingewiesen, dass § 1 Abs. 1 Z 1 BWG "natürlich richtlinienkonform auszulegen" sei, und in diesem Zusammenhang die Lehre zur deutschen Rechtslage als ausschlaggebend angesehen.

Dazu ist auf Folgendes hinzuweisen:

2.10.1. Abgesehen davon, dass zunächst erwiesen werden müsste, dass die deutsche Rechtslage nicht nur wie in der Beschwerde vertreten zu verstehen ist, sondern darüber hinaus eine genaue Umsetzung des Gemeinschaftsrechts beinhaltet, trifft die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der Beschwerde nicht zu (vgl. im Übrigen zur deutschen Rechtslage auch Balzer in:

Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 45 Rz 8, der die Vermögensverwaltung nach dem Treuhandmodell als Bankgeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG qualifiziert, "da der Verwalter mit der Annahme fremder Gelder das Einlagengeschäft betreibt" und hiezu auf Miebach, DB 1991, 2069 (2071) verweist; Balzer versteht unter "Treuhandverwaltung" ein Modell, bei dem der Anleger sein Vermögen auf den Verwalter überträgt, der treuhänderischer Eigentümer wird. Der Anleger habe lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung der Vermögenswerte, die bei Beendigung des Vertrages vorhanden seien (a.a.O., § 45 Rn 5); es besteht somit jedenfalls keine einheitliche deutsche Lehre dahin gehend, dass der "unbedingte Rückzahlungsanspruch" zwingend mit dem Einlagengeschäft verbunden sei).

2.10.2. Die "Rückzahlbarkeit" im Sinne des Anhangs I Z 4 der Richtlinie ist - worauf die belangte Behörde zu Recht hingewiesen hat - nicht in dem engen Sinn, wie er in der Beschwerde zu Grunde gelegt wird, zu verstehen.

Der Schutzzweck der Richtlinie 2006/48/EG spricht gegen eine restriktive Auslegung, wie sie in der Beschwerde vertreten wird (vgl. zu der hinsichtlich des Begriffs des "Kreditinstitut" mit der Richtlinie 2006/48/EG übereinstimmenden Vorgängerbestimmung der RL 2000/12/EG Ohler, in: Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, § 63 Rz 16, zum Begriff der "Einlagen").

Der EuGH hat bereits zu der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute aus dem Schutzzweck der Bestimmung, nämlich dem Schutz der Anleger, in Verbindung mit den Begründungserwägungen abgeleitet, dass es das Ziel gewesen sei, den Anwendungsbereich der Richtlinie "möglichst weit auszudehnen" (EuGH 11. Februar 1999, Rs C-366/97, Romanelli Rn 13). Zu der auch in dieser Richtlinie gleich wie in der Richtlinie 2006/48/EG lautenden Definition des Kreditinstituts kam der EuGH daher zum Schluss, dass "das in Artikel 3 der Richtlinie 89/646 für Personen oder Gesellschaften, die keine Kreditinstitute sind, aufgestellte Verbot, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums gewerbsmäßig entgegenzunehmen, so auszulegen", sei, "dass es für Finanzierungsinstrumente gilt, deren Rückzahlbarkeit auf einer vertraglichen Bestimmung beruht" (Rn 15). Eine engere Auslegung würde dazu führen, dass der Zweck des Schutzes der Verbraucher gegen den Schaden, den sie durch Geldgeschäfte erleiden könnten, vereitelt werde.

Im Hinblick auf den unveränderten Wortlaut der Begriffsbestimmungen in der Richtlinie 2006/48/EG sind die zitierten Ausführungen des EuGH nach wie vor für die geltende Gemeinschaftsrechtslage maßgebend.

Hiezu ist auch auf Erwägungsgrund 6 der Richtlinie zu verweisen. Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/48/EG lautet:

"(6) Daher ist es notwendig, den Anwendungsbereich der Koordinierungsmaßnahmen möglichst weit auszudehnen und alle Institute zu erfassen, die rückzahlbare Gelder des Publikums sowohl in Form von Einlagen als auch in anderen Formen, zum Beispiel die laufende Ausgabe von Schuldverschreibungen und ähnlichen Wertpapieren, entgegennehmen und Kredite für eigene Rechnung gewähren. Allerdings sollten Ausnahmen für gewisse Kreditinstitute vorgesehen werden, auf die diese Richtlinie keine Anwendung finden kann. Diese Richtlinie sollte die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften nicht beeinträchtigen, welche besondere zusätzliche Genehmigungen vorsehen, durch die es den Kreditinstituten ermöglicht wird, spezifische Tätigkeiten auszuüben oder bestimmte Arten von Geschäften zu tätigen."

Dieser Erwägungsgrund zeigt, dass die Auslegung des Anhangs I der Richtlinie - entgegen der in der Beschwerde geäußerten Auffassung - keineswegs restriktiv in dem Sinne zu erfolgen hätte, dass der Kreis der "anderen rückzahlbaren Gelder" eng zu verstehen wäre. Der Hinweis auf die Ausgabe von Schuldverschreibungen und ähnliche Wertpapiere dokumentiert, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht an bestimmte Formen der Entgegennahme von Geldern, insbesondere nicht an solche, bei denen es einen unbedingten Rückzahlungsanspruch geben müsste, gedacht hat und insbesondere mit der Richtlinie 2006/48/EG keine Änderung der Rechtslage gegenüber den früheren Richtlinien herbeiführen wollte.

Es ist somit unzutreffend, dass der Begriff der "anderen rückzahlbaren Gelder" im Sinne der Richtlinie 2006/48/EG eng auszulegen sei.

2.10.3. Es erübrigt sich daher, näher auf die Frage einzugehen, inwieweit durch die Richtlinie 2006/48/EG eine vollständige Harmonisierung des öffentlichen Bankenrechts vorgenommen wurde, die einen Typenzwang für den nationalen Gesetzgeber in der in der Beschwerde vertretenen Weise bewirken würde. Darüber hinaus ist es nicht erforderlich, zu den in der Beschwerde enthaltenen Zitaten zur Auslegung der deutschen Rechtslage Stellung zu nehmen (wobei anzumerken ist, dass aus den oben wieder gegebenen Hinweisen auf deutsche Literatur bereits ersichtlich wird, dass die in der Beschwerde selektiv gebrachten Zitate keineswegs eine einhellige deutsche Lehre repräsentieren).

2.10.4. Auch der Hinweis auf das Gemeinschaftsrecht vermag daher keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

2.11. Wenn in der Beschwerde auf eine angebliche Beurteilung "vergleichbarer Produkte als Anleihe" durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde (bzw. auch der Aufsichtsbehörden anderer Länder) verwiesen wird, so vermag dies - selbst wenn es zutreffen sollte, dass die rechtsgeschäftlichen Beziehungen in diesen Fällen tatsächlich im Hinblick auf die nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG maßgeblichen Umstände gleich den im Beschwerdefall vorliegenden seien - schon im Hinblick darauf nichts an der Beurteilung der Erfüllung des objektiven Tatbestands zu ändern, als einer allfälligen anderen Beurteilung (so diese nicht etwa lediglich unter prospektrechtlichen Gesichtspunkten erfolgt sein sollte) durch die Behörden in anderen Fällen keine rechtliche Bindung für den Beschwerdefall zukommt.

2.12.1. Der Beschwerdeführer bestreitet schließlich das Vorliegen eines Verschuldens seinerseits, weil er über den erforderlichen Sorgfaltssgrad eines Geschäftsführers hinaus jeden möglichen Behördenkontakt gesucht habe, um Sicherheit zu erzielen, dass die Tätigkeit als Anleihegeschäft zu qualifizieren sei. Ein entsprechendes Schreiben an den Leiter der zuständigen Abteilung der Finanzmarktaufsichtsbehörde sei jedoch unbeantwortet geblieben, im Zuge einer Prüfung durch Organe der OeNB unter Teilnahme von Prüfern der Finanzmarktaufsichtsbehörde sei die Tätigkeit (unter Hinweis auf eine entsprechende Meinung der OeKB) als Anleihe eingestuft worden.

Hiezu ist zunächst darauf zu verweisen, dass der Umstand, dass eine entsprechende Anfrage an die Behörde unbeantwortet blieb, für sich allein noch keinen Entschuldigungsgrund darstellt. Aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde zu einer Anfrage betreffend die rechtliche Qualifikation einer Tätigkeit kann noch nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit (ohne Konzession nach dem BWG) geschlossen werden. Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zwar davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden führt, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen wurde oder gesetzt wurde (vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2004/10/0044), und dass eine (Rechts)Auskunft der zuständigen Behörde gegebenenfalls einen Schuldausschließungsgrund darstelle (vgl. die Nachweise bei Hauer/Leukau, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, § 5 VStG E 246b, 251 und 252), solange jedoch weder eine solche

Auskunft einer zuständigen Stelle noch ein Feststellungsbescheid vorliegt, kann der Rechtsunterworfene sich nicht auf einen Schuldausschließungsgrund im Hinblick auf eine komplizierte Rechtslage und (wie im Beschwerdefall) das Fehlen einer Antwort durch die Behörde auf eine entsprechende Anfrage berufen.

Die belangte Behörde hat zu den behaupteten Aussagen der Prüfer im angefochtenen Bescheid in Würdigung der Aussagen der Prüfer der Finanzmarktaufsichtsbehörde die Feststellung getroffen, dass im Zuge der erwähnten Prüfung der E Bank AG (also nicht der E Beteiligungs AG) nicht über die Qualifikation der Tätigkeit als Bankgeschäft nach BWG zu befinden war. Es sei lediglich über die Abgrenzung zwischen einem Fonds und der Begebung einer Anleihe gesprochen worden. Das Beschwerdevorbringen, das demgegenüber insbesondere auf von der belangten Behörde bei ihren Feststellungen nicht herangezogene Aussage des Zeugen G, der zu Folge sehr wohl dezidiert das Vorliegen eines Einlagengeschäfts verneint worden sei, hinweist, zeigt nichts auf, was Bedenken gegen diese Beweiswürdigung der belangten Behörde zu wecken geeignet wäre.

Auch der Umstand, dass nach den Feststellungen der belangten Behörde die Prüfer der Finanzmarktaufsichtsbehörde (bei der Prüfung der E Bank AG) keinerlei Hinweis darauf gaben, dass über die erörterte Abgrenzungsfrage, ob ein Fonds oder die Begebung einer Anleihe vorliege, hinaus auch die Problematik des Vorliegens eines Bankgeschäftes gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG bestehen könnte, vermag noch nicht einen Entschuldigungsgrund für die Ausübung einer Tätigkeit durch die E Beteiligungs AG ohne die erforderliche Konzession abzugeben.

Wenn in der Beschwerde in diesem Zusammenhang moniert wird, dass ein im angefochtenen Bescheid von der belangten Behörde zitiert Bericht, aus dem sich ebenfalls kein Hinweis darauf ergab, dass über die Qualifikation als Einlagengeschäft gesprochen worden sei, zu Tätigkeiten der E Bank AG (also nicht der E Beteiligungs AG) erstellt worden sei, so vermag dies an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Die belangte Behörde hätte offensichtlich ein allfälliges Beweisergebnis im Sinne des Vorbringens des Beschwerdeführers selbst dann verwertet, wenn die entsprechenden Äußerungen der Prüfinstanz formal im Zusammenhang mit der E Bank AG, deren Geschäftsleiter der Beschwerdeführer ebenfalls war, gefallen wären (auch der Beschwerdeführer beruft sich zu seinen Gunsten auf die angeblichen Aussagen der Prüfer bei dieser, nicht die E Beteiligungs AG betreffenden Prüfung). Die Feststellung, dass sich aus dem Bericht im Zusammenhang mit einer Prüfung der E Bank AG (auf die sich auch der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde zu seinen Gunsten stützen möchte) nichts ergäbe, was einen Entschuldigungsgrund darstellen könnte, begründet daher keine Rechtswidrigkeit.

2.12.2. Auch der Vorwurf, die belangte Behörde habe aktenwidrig das Vorliegen des Vorsatzes angenommen, ist unberechtigt.

Wie oben dargelegt, scheidet die Qualifikation als Einlagegeschäft nicht schon deshalb aus, weil die Parteien des Vertragsverhältnisses das Rechtsgeschäft nicht als Bankgeschäft, im Besonderen nicht als Einlagengeschäft qualifizieren wollten. Dass der Wille der Vertragsparteien auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichtet war, das die Voraussetzungen eines Einlagengeschäfts nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG erfüllt, hat die belangte Behörde in einem ordnungsgemäßen Verfahren festgestellt. Die abweichende rechtliche Qualifikation durch die Beteiligten ändert nichts am Vorliegen des Vorsatzes zum Abschluss des Geschäftes in der Form wie sie von der belangten Behörde festgestellt wurde (vgl. Thienel 4, 393f, sowie die Nachweise bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren II 2, § 5 VStG E 23).

2.12.3. Wenn in der Beschwerde im Zusammenhang mit der Strafbemessung, in deren Rahmen die belangte Behörde von einer erheblichen Beeinträchtigung "des öffentlichen Interesses an der Funktionsweise des Bankenwesens und der Stabilität des Finanzmarktes" ausgegangen sei, Feststellungsmängel gerügt werden, so ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde der Strafbemessung eine erhebliche Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses "an der Stärkung des Vertrauens in einen funktionierenden Finanzmarkt und dessen Stabilität, an der Hintanhaltung von Beeinträchtigungen der Aufsichtstätigkeit der Finanzmarktaufsicht und am Schutz von Anlegern, selbst wenn sie ihr Geld im Bewusstsein eines möglichen Totalverlustes hingeben" zu Grunde gelegt hat. Feststellungen, wie sie in der Beschwerde vermisst werden, waren hiefür nicht erforderlich. Inwiefern der belangten Behörde bei der Gewichtung der in die Beurteilung einbezogenen Gefährdung der öffentlichen Interessen in Verbindung mit den übrigen, bei der Strafbemessung zu beachtenden Faktoren, angesichts des Strafrahmens gemäß § 98 Abs. 1 VStG bis zu EUR 50.000,-- eine Rechtswidrigkeit unterlaufen sein sollte, ist nicht ersichtlich.

2.13. In der Beschwerde wird schließlich die teilweise Verjährung der Tathandlungen (Verfolgungsverjährung) geltend gemacht. Die Zeichnungen der "ersten Tranche" seien bis Oktober 2004 erfolgt, die ersten Verfolgungshandlungen der Behörde seien mehr als 18 Monate (vgl. § 99b BWG) danach erfolgt.

Die belangte Behörde hat dem Einwand der Verfolgungsverjährung im angefochtenen Bescheid (zur Entkräftung des Arguments, dass zwei verschiedene Tranchen zur Zeichnung aufgelegt worden seien) die hg. Rechtsprechung zum Vorliegen einer tauglichen Verfolgungshandlung und die weitgehende Übereinstimmung der verschiedenen Fassungen der Anleihebedingungen entgegen gehalten. In der Beschwerde wird gegen diese Annahme der belangten Behörde nichts vorgebracht. Da dem Beschwerdeführer die Übertretung des BWG durch die Entgegennahme zur Verwaltung von fremden Geldern zwischen Jänner 2004 und dem 29. Juli 2005 vorgeworfen wurde und sich die Anleihebedingungen nach den Feststellungen der belangten Behörde nicht wesentlich unterschieden, trifft es auch zu, dass sämtliche Zeichnungen zu den hier gegenständlichen "Anleihebedingungen" als einheitliches Delikt gewertet werden konnten und der Lauf der Verjährungsfrist daher nicht (auch nicht für einzelne Zeichnungen der "Anleihe") vor dem 29. Juli 2005 begonnen hat. Selbst wenn es für die Verfolgungsverjährung somit auf den Zeitpunkt der Zeichnung durch die einzelnen Anleger ankäme, läge keine Rechtswidrigkeit im Hinblick auf eine eingetretene (allenfalls teilweise) Verjährung vor.

2.14. 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.

2.15. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

2.16. Mit der Entscheidung über die Beschwerde erübrigts sich eine Entscheidung über den am 28. Juli 2008 gestellten Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Wien, am 4. September 2008

Gerichtsentscheidung

EuGH 61997J0366 Romanelli VORAB

Schlagworte

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung
Feststellungsbescheide

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2008170034.X00

Im RIS seit

08.10.2008

Zuletzt aktualisiert am

02.01.2015

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