

# TE UVS Wien 2007/11/27 06/FM/31/5080/2007

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.11.2007

## Beachte

Beschwerde beim VwGH anhängig **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Schimek als Berichter und Dr. Martschin als Beisitzer über die Berufung des Herrn Mag. Johann W., vertreten durch Rechtsanwälte-Gesellschaft mbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 15. Mai 2007, GZ: FMA-UL0001.100/0001-LAW/2006, wegen Übertretung des Bankwesengesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Oktober und am 19. November 2007, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG wird der Berufung insoweit Folge gegeben, als die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe auf sieben Tage herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das Straferkenntnis bestätigt.

Der Berufungswerber hat gemäß § 65 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## Text

1. Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet:

?Sie sind seit 28.02.2002 Vorstand der E-AG. Sie haben es in dieser Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBI. Nr. 52/1991 idgF, zu verantworten, dass die E-AG gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat. Die Entgegennahme zur Verwaltung fand durch Zeichnung der ?Anleihe? E.AI-1 mit der Wertpapierkennnummer ISIN AT0000341441 zwischen 30.01.2004 und 29.07.2005 durch die in der Beilage 1, die einen integrierten Bestandteil dieses Bescheides bildet, angeführten Personen mit der in der Beilage 1 angeführten Stückzahl und Überweisung des Anlagekapitals direkt auf das Konto Nr. 900 168 301/00, BLZ 51000, EB und Hypo-Bank Burgenland AG, lautend auf die E-AG statt.

Das ?Anleihekапital? bildet nach den Anleihebedingungen, die als Beilage 2 einen integrierten Teil dieses Bescheides bilden, einen eigenen Rechnungskreis und dient 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 soll (§ 4 Abs 1 der ?Anleihebedingungen?). Unter dem Rechnungskreis ist das gesamte an die E-AG bezahlte ?Anleihekапital? aus der E.AI-1 zu verstehen.

Teile der Verwaltungstätigkeit werden direkt von der E-AG durchgeführt. Dies betrifft die allgemeine Administration (§ 4 Abs 7 der ?Anleihebedingungen?). Die Handelstätigkeit und die Veranlagungsstrategie soll nach den ?Anleihebedingungen? über eine dritte Gesellschaft erfolgen (§ 4 Abs 1 der ?Anleihebedingungen?), und zwar die E-Consulting Ltd. mit Sitz auf Gibraltar, wobei anstelle dieser Gesellschaft auch andere Gesellschaften von der E-AG beauftragt werden können (§ 4 Abs 5 der ?Anleihebedingungen?).

Der Abfindungsanspruch bzw. der Verkaufswert bei Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen E-AG und Zeichner besteht nur aus dem Kurswert des aliquoten Anteiles des Rechnungskreisvermögens zum Stichtag der Beendigung, auch ein Totalverlust soll möglich sein (§ 4 Abs 8 iVm § 6 der ?Anleihebedingungen?).

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 98 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 Z 1 BWG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende

Strafe verhängt:

Geldstrafe von 8.000 Euro, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tage gemäß §§ 16, 19 und 44a VStG iVm § 98 Abs 1 BWG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

800 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich Euro 15,-- angerechnet)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 8.800 Euro.?

In der gegen das Straferkenntnis fristgerecht erhobenen Berufung vom 4. Juni 2007 führt Herr Mag. Johann W. (im Folgenden Berufungswerber genannt) zunächst aus, dass ihm vorgeworfen werde, durch die Entgegennahme von Geldern zwischen dem 30. Jänner 2004 und 29. Juli 2005 auf Basis der Anleihebedingungen, welche als Beilage 2 im Straferkenntnis als integrierter Bestandteil angeschlossen sind, den Tatbestand des Einlagengeschäfts ohne Bankkonzession erfüllt zu haben, wobei übersehen worden sei, dass die als Beilage 2 dem Straferkenntnis angeschlossenen Anleihebedingungen jene von März 2003 seien, welche nur für Zeichnungen bis Ende Oktober 2004 eingesetzt wurden. Ab Anfang November 2004 habe die Gesellschaft andere Anleihebedingungen verwendet, sodass sich der Bescheid folglich nicht auf alle im genannten Zeitraum getätigten Zeichnungen beziehe, sondern nur auf einen Teil. Aus diesem Grund seien die aus Beilage 1 des Straferkenntnisses ersichtlichen Zeichnungen in zwei Gruppen zu teilen, welche jede für sich ein mögliches gesondertes fortgesetztes Delikt darstelle. Die erste Gruppe würden die Zeichnungen mit den Nummern 1 bis 24 bilden, welche auf Grund der ersten Anleihebedingungen erfolgten. Die zweite Gruppe würden die Zeichnungen mit den Nummern 25 bis 44 umfassen, welche auf Grund der neuen Anleihebedingungen erfolgt seien. Seit den letzten Zeichnungen der Gruppe 1 auf Basis der gegenständlichen Anleihebedingungen am 29.10.2004 seien bis zum ersten konkreten Untersuchungsschritt der Behörde mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 mehr als zwei Jahre verstrichen, sodass die gegenständlichen Zeichnungen der Verfolgungsverjährung unterliegen würden. Die Bezeichnungen mit den Nummern 25 bis 44 hätten im Zeitraum von 30. November 2004 bis 29. Juli 2005 stattgefunden. Sie seien nicht auf Basis der als Beilage 2 dem Straferkenntnis angeschlossenen Anleihebedingungen getätigt worden und könnten folglich nicht vom Straferkenntnis selbst betroffen seien. Die neuen ab November 2004 in Kraft getretenen Anleihebedingungen seien bislang nicht mit den Zeichnungen Nr. 25 bis 44 in Verbindung gebracht worden und bislang auch nicht konkret Gegenstand der Vorwürfe bzw. Erhebungen der Behörde im gegenständlichen Verfahren, welche mit 27. Dezember 2006 einsetzen, gewesen. Weil seit der letzten Zeichnung vom 29. Juli 2005 mehr als achtzehn Monate verstrichen seien und konkrete Verfolgungshandlungen zu diesen Zeichnungen im Zusammenhang mit den zutreffenden Anleihebedingungen von der Behörde bislang nicht gesetzt worden seien, würden auch diese Zeichnungen bereits der Verfolgungsverjährung unterliegen. Selbst wenn letztgenannte Zeichnungen nicht der Verfolgungsverjährung unterliegen sollten, wäre das Straferkenntnis diesbezüglich in seinem Spruch unzutreffend, da die Zeichner mit den Nummern 25 bis 44 gemäß Beilage 2 zum Bescheid nicht auf Basis der Bedingungen gemäß Beilage 1 Anleihe erworben worden seien.

Weiters habe die FMA zu Unrecht nicht die erforderlichen Erhebungen zur Absicht des Berufungswerbers oder der Zeichner durchgeführt, sonst hätte sie jedenfalls zum Schluss kommen müssen, dass der Berufungswerber und die Zeichner stets einen Kaufvertrag über eine Anleihe abschließen hätten wollen und niemals die Absicht einer Einlage gehegt hätten. Im gegenständlichen Fall hätten die Zeichner der Anleihe jederzeit mit dem Eintreten von Verlusten rechnen müssen, und würde daher kein unbedingter Herausgabeanspruch auf das genannte Kapital bestehen. Die belangte Behörde hätte somit zu dem Schluss kommen müssen, dass kein Einlagengeschäft vorliege. Der Berufungswerber sei in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied der E-Bank AG bereits einmal zu der gegenständlichen Anleihe befragt worden, wobei die behördlichen Untersuchungen gegen die juristische Person, welchen er als

Vorstandsmitglied vorgestanden sei, gerichtet gewesen wären. Im nun vorliegenden Verfahren werde er als Vorstand der E-AG, somit einer anderen juristischen Person, beschuldigt, verbotene Handlungen gesetzt zu haben. Teile der Informationslage der erstinstanzlichen Behörde würden aus der Befragung des Beschuldigten in seiner Funktion als Vorstandsmitglied der E-Bank AG, folglich einer dritten Gesellschaft, stammen. In dieser Konstellation sei jedenfalls eine Parallel zum Entschlagungsrecht eines Zeugen zu ziehen. Der Behörde sei es folglich untersagt, die zum Verfahren GZ FMA-MP00692/001- LAW/2005 erhaltenen Informationen über die Anleihe im gegenständlichen Verfahren gegen den Beschuldigten zu verwenden. Es sei der Behörde verwehrt, Informationen von Beschuldigten in einer anderen Funktion anzufordern, um diese nachträglich gegen ihn verwaltungsstrafrechtlich zu verwenden, ohne die gesetzlich geforderten Aufklärungen über Aussageverweigerungsrechte vorzunehmen. Die in seiner Eigenschaft als Vorstandsmitglied der E-Bank AG der Behörde zur Verfügung gestellten Informationen dürften somit im gegenständlichen Verfahren von der belangten Behörde nicht gegen ihn verwendet werden.

Die erstinstanzliche Behörde habe übersehen, dass der Berufungswerber mit Schreiben vom 20. April 2004 über seinen Rechtsvertreter eine Anfrage an die belangte Behörde zu Handen des Leiters der Bankenaufsicht, Herrn Dr. Michael H., gerichtet habe, in welcher die gegenständliche Struktur ausführlich dargelegt worden sei und die belangte Behörde bis zum heutigen Tag auf die Anfrage nicht reagiert habe. Die belangte Behörde habe daher den diesbezüglichen Entschuldigungsgrund des Berufungswerbers nicht beachtet.

Dem Berufungswerber werde vorgeworfen, dass er das Einlagengeschäft in der ersten Variante des § 1 Abs 1 Z 1 BWG, nämlich die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung, betrieben habe. Bei der Hereinnahme von Geldern zur Verwaltung werde ein aktives Tun des Entgegennehmenden anzunehmen sein. Hierbei sei auf die Rückzahlbarkeit der Gelder abzuzielen. Werde ein Verlustrisiko nicht ausgeschlossen, liege keine Einlage im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG vor. Im gegenständlichen Fall erwerbe der Zeichner eine Anleihe, somit ein Wertpapier, welches frei fungibel sei und daher an Dritte weiterverkauft werden könne. Der Zeichner der Anleihe erhalte diese auf das Wertpapierdepot seiner Hausbank eingebucht und könne das Wertpapier weiter veräußern bzw. übertragen, ohne dass die Emittentin E-AG davon Kenntnis erlange. Dies mache deutlich, dass die Kapitalhingabe der Zeichner an die E-AG nicht als Einlage gesehen werden könne, weil bei den Einlagegeschäften regelmäßig die Höchstpersönlichkeit der Verwaltungsdienstleistung gegeben sei. Weil daher der Zeichner fungible Wertpapiere kaufen habe wollen und diese Wertpapiere auch übertragbar seien, liege ein Kauf eines Wertpapiers vor. Hinsichtlich des Vorhalts einer Verwaltungstätigkeit durch die E-AG sei zu erkennen, dass die Gesellschaft gemäß § 4 Abs 8 und § 4 Abs 9 der Anleihebedingungen lediglich nachrangige Berechnungs- und Unterstützungstätigkeiten ausübe. Die Gesellschaft werde als Administrator tätig und habe für jeden Stichtag einen Index zu errechnen. Dieser sei dann einmal wöchentlich von der Gesellschaft zu veröffentlichen. Hier könne jedenfalls nicht eine bankrechtlich qualifizierte Tätigkeit erblickt werden.

Ein Unternehmen sei in der Regel auf die Erzielung eines Gewinns gerichtet. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Unternehmensaktivität der E-AG die Annahme eines Einlagengeschäfts begründen solle, nicht jedoch die Nutzung des durch eine Anleihebegebung erlangten Kapitals durch Emittenten anderer Branchen, welche damit zum Beispiel den Rückkauf eigener Aktien finanzieren. Es sei wohl ausgeschlossen, dass die Behörde die Verwendung von Zeichnungskapital durch die OMV als Einlagengeschäft qualifiziert, wenn die OMV mit diesem Kapital Rohölpreisschwankungen durch den An- und Verkauf von Finanzinstrumenten absichert oder gar eigene Aktien börslich ankauf. Auch in diesem Fall würde ihr Unternehmen Wertpapiere kaufen, damit diese einen Beitrag zum positiven Betriebsergebnis liefern. Dieses Beispiel würde belegen, dass das Abstellen auf eine Erhöhung eines Vermögenswertes durch ?entsprechende Veranlagungshandlungen?, obwohl diese im Rahmen des Unternehmensgegenstandes der Emittentin erfolgen, nicht zur Begründung eines Einlagengeschäfts herangezogen werden könne. In weiterer Folge führt der Berufungswerber die Daueremission ?Erste Bank Performance Bond 2006-2051?, die Anleihe ?Russland Bonus Performer 2007-2012 / Serie 117? der Österreichischen Volksbank Aktiengesellschaft sowie die Emissionen der First Life International Anstalt als auch von der FMA als Anleihe qualifiziert an. Die FMA würde daher irren, wenn sie im gegenständlichen Fall die Emission durch die Emittentin E-AG entgegen der üblichen Verwaltungspraxis als Einlagengeschäft qualifiziere und nicht ? wie sonst zutreffend ? als konzessionslos gestattete Begebung einer Anleihe.

Ein Einlagengeschäft sei nur dann erfüllt, wenn der Kunde gegenüber einem Kreditinstitut einen unbedingten Anspruch auf Rückzahlbarkeit des geleisteten Kapitals erlange. Alleine wenn der Geldgeber sicher gehen könne, dass

er den wesentlichen Teil des von ihm eingesetzten Geldbetrages zurückfordern könne, werde der Einlagenbegriff erfüllt. Der Rückzahlungsanspruch müsse somit ein unbedingter sein. Die Anleihebedingungen würden einen ausdrücklichen Risikohinweis enthalten, dass Zeichner der Anleihe das Risiko eines Totalverlustes des eingesetzten Kapitals eingehen würden. Dadurch werde dem Zeichner verdeutlicht, dass eben kein unbedingter Rückzahlungsanspruch gegen die Emittentin bestehe. Folglich sei ein weiteres entscheidendes Kriterium zur Annahme des Einlagengeschäfts nicht gegeben. Weiters sei mit Kalss die herrschende Meinung mit den Worten zusammen zu fassen, dass ?von einer Verwaltung im Sinne der Z 1 nur bei einer freien Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung ausgegangen werden kann, während jede vertragliche Bindung der Verwendung der eingesetzten Mittel den Verwaltungsbegriff im Sinne der Z 1 ausschließe?. Hiezu verweist der Beschuldigte auf § 4 Abs 1 der Anleihebedingungen, womit sich die Emittentin den Zeichner gegenüber zu einer vorgegebenen Mittelverwendung verpflichtet. Insofern sei die Emittentin in der Verwendung des Vermögens keineswegs frei, sodass ein Einlagengeschäft nicht vorliege. Weiters verweist der Berufungswerber auf die Rechtslage in Deutschland, welche vollkommene Geltung auch für Österreich habe, wonach ein Einlagengeschäft dann vorliege, wenn die angenommenen Gelder nicht endgültig bei dem Annahmerinstitut verbleiben sollen, sondern dieses vielmehr verpflichtet sei, Geld gleicher Menge nach Maßgabe der hierbei getroffenen Vereinbarungen den Berechtigten zurückzuerstatten. Ein weiteres prägendes Merkmal sei ein Mindestgewinn unter Ausschluss einer Verlustbeteiligung und werde hiedurch bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ein banküblicher Festzins vereinbart. Der Blick in Anhang I der Richtlinie 2006/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute würde eine Abgrenzung des Einlagenbegriffs erleichtern. In Punkt 1 des Anhangs I sei hierzu die ?Entgegennahme von Einnahmen und anderen rückzahlbaren Geldern? vermerkt. Folglich sehe auch der EU-Gesetzgeber als Voraussetzung für die Annahme einer Einlage den Umstand, dass das jeweils hereingenommene Kapital stets zurückzahlbar sein müsse. Genau dies sei aus den zuvor erwähnten Gründen hier nicht der Fall.

Weiters würde die belangte Behörde die Ansicht des Berufungswerbers insofern bestätigen, als sie ausführe, dass rückzahlbare Gelder sowohl in Form von Einlagen als auch in anderen Formen wie z.B. der laufenden Ausgabe von Schuldverschreibungen und ähnlichen Wertpapieren im Sinne der oben zitierten Richtlinie erfolgen könnten. Es würde bestätigen, dass ein Unternehmer einerseits Einlagen entgegen nehmen könne, andererseits auch in anderer Weise Einnahmen erzielen könne, wie zum Beispiel durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen.

Abschließend finden sich Ausführungen des Berufungswerbers zu seiner bisherigen Unbescholtenheit sowie zur unterbliebenen Beantwortung des Auskunftsersuchens an die erstinstanzliche Behörde. Spezialpräventive Erfordernisse einer Bestrafung würden nicht bestehen, da die letzte Zeichnung bereits am 29. Juli 2005 stattgefunden habe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb mehr als eineinhalb Jahre nach Entgegennahme der letzten Zeichnung eine Geldstrafe erforderlich sei, um den Beschuldigten von der weiteren Entgegennahme von Geldern abzuhalten. Es werde daher der Antrag gestellt, das Straferkenntnis mangels Vorliegen einer Verwaltungsübertretung aufzuheben.

Dem Berufungsschriftsatz beiliegend sind die Anleihebedingungen der E.A I ? 1 vom März 2003 in der geänderten Fassung vom November 2004, ein Schriftsatz der Rechtsanwälte ? GesmbH vom 20. April 2004 an die FMA ? Bankenaufsicht ? zu Handen Herrn Dr. Michael H. betreffend Anfrage zum Vorliegen eines konzessionspflichtigen Tatbestands, die Bedingungen vom 27. Dezember 2006 der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG betreffend die Treuemission

?Erste Bank Performance Bond 2006 ? 20051?, die endgültigen Bedingungen der Österreichischen Volksbank Aktiengesellschaft betreffend Emission von 100.000 Stück des ?Russland Bonus Performer 2007-2012 aus Serie 11? sowie das Angebot zum Notierungsprospekt der First Live International Anstalt für das Produkt ?Primeno Life Note 2006?.

2. Dem von der FMA vorgelegten Verwaltungsakt sind Zeichnungsformulare der E.A I ? 1 Indexanleihe E-AG, unterfertigt von Frau Gudrun S., Herrn Peter B., Frau Ludmilla

M. sowie der D-GmbH mit beschränkter Haftung, vertreten durch den Berufungswerber, zu entnehmen. Sämtliche dieser Formulare wurde von den Zeichnern unter Hinzufügung des Datums eigenhändig unterfertigt. Die Formulare beinhalten einen ausdrücklichen Hinweis auf die den Zeichnern bekannten und übergebenen Anleihebedingungen der

E-AG (kurz: EIB) betreffend die Zeichnung der E.A I ? 1 Indexanleihe unter Anführung der Kontonummer, lautend auf die EIB.

Dem vorgelegten Akt ist weiters eine Liste der Zeichnungen von 2004 bis Juli 2005, die graphische Darstellung der Indexentwicklung der E.A I ? 1 sowie die Anleihebedingungen für die E.A I ? 1 Indexanleihe vom März 2003 zu entnehmen. Mit Schreiben der erstinstanzlichen Behörde vom 27. Dezember 2006 erging an den Berufungswerber unter Zugrundelegung des ihm im Spruch angelasteten Verhaltens eine Aufforderung zur Rechtfertigung.

In seiner Rechtfertigung vom 24. Jänner 2007 bestritt der Berufungswerber die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung und beantragte die Einstellung des Verfahrens.

In weiterer Folge erging das angefochtene Straferkenntnis vom 15. Mai 2007.

3. In der am 9. Oktober 2007 durchgeführten Berufungsverhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien wurde vom Berufungswerber ergänzend vorgebracht, dass der Punkt 1 der Anlage 1 zur Richtlinie 2006/48/EG von einer Entgegennahme rückzahlbarer Gelder spreche und sei davon auszugehen, dass Einlagengeschäfte hierunter fallen, wenn ein unbedingter Rückzahlungsanspruch bestehe. Dies sei im vorliegenden Fall nicht so gewesen, da sich in den Anleihebedingungen ein Risikohinweis befindet. Es wäre nach dem durch die Judikatur des EuGH in der Sache Testa und Lazzeri formulierten Transparenzgebotes notwendig gewesen, allfällige Ausnahmen seitens des nationalen Gesetzgebers klar und eindeutig zu formulieren. Dies sei im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Die Subsumtion der gegenständlichen Geschäfte unter§ 1 Z 1 BWG erweise sich zu dem als systemwidrig. Das Erfordernis einer Bankenkonzession für das Einlagengeschäft sei nur vor dem Hintergrund der Einlagensicherung zu sehen. Diese diene dem Zweck des Schutzes von Bankkunden vor dem Verlust ihrer mit Rückzahlungsanspruch versehenen Einlage in Folge des Konkurses oder bei sonstiger Insolvenz einer Bank. Im gegenständlichen Fall hätten die Kunden bewusst Risikokapital veranlagt und damit rechnen müssen, dass sie im schlechtesten Fall auch den völligen Verlust der Einlage erleiden. In diesem Fall würde eine Einlagensicherung im Sinne des BWG keinen Sinn machen, zumal das Instrumentarium der Einlagensicherung auf die Sicherung von möglichst risikofrei eingelegtem Kapital abziele. Dementsprechend würde der Einlagensicherungskatalog des § 93 BWG nicht alle Bankgeschäfte umfassen.

Zur subjektiven Tatseite wurde ergänzend vorgebracht, dass der Berufungswerber sehr wohl über behördliche Feststellungen den Wertpapiercharakter seiner Anleihe betreffend verfügt habe. Dies sei einem Bericht der Österreichischen Nationalbank (OENB) aus dem Jahr 2004 zu entnehmen, der ihm auch seit Eingang bei der E. am 10. September 2004 bekannt gewesen sei. Er präzisiere sein Vorbringen dahingehend, dass der Bericht mündlich schon vor dem Zeitraum vom 23. Juni bis 6. Juli 2004 in den oben angesprochenen Feststellungen bekannt gewesen sei. Auch die Finanzmarktaufsicht habe im Zuge einer Prüfung im Jahr 2004 die Qualifikation der gegenständlichen Finanzinstrumente als Anleihe bestätigt. Weder die OENB noch die FMA hätten in ihren Berichten erkennen lassen, dass es sich bei diesen Finanzinstrumenten um ein Einlagengeschäft handeln würde. Auch in den mündlichen Besprechungen sei nichts diesbezüglich erwähnt worden.

Der Berufungswerber legte dem erkennenden Senat einen Auszug aus dem Prüfbericht der OENB aus dem Jahr 2004 vor, welcher verlesen und als Beilage A zu Protokoll genommen wurde. Ergänzend führte der Berufungswerber aus, dass er im Zuge der Prüfung der E. durch die OENB die Prüfer P., H. und O. gezielt gefragt habe, ob es rechtens sei, wie sie im Rahmen der E-AG vorgehen würden. Mit derselben Fragestellung habe er auch Mag. L. von der FMA konfrontiert und sei ihm auch von diesem die Rechtmäßigkeit bestätigt worden.

Der Vertreter der FMA verwies auf die Ausführungen im Straferkenntnis und führte zur Argumentation des Berufungswerbers in Hinblick auf§ 93 BWG aus, dass in den Schutzbereich dieser Bestimmung eben gerade auch Einlagen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG fallen, weswegen diese Vorschrift kein Argument gegen die Einbeziehung der gegenständlichen Finanzinstrumente unter zitierte Rechtsvorschrift liefern würde. Das Schreiben des Berufungswerbers betreffend die Anfrage zum Vorliegen eines konzessionspflichtigen Tatbestandes sei der Behörde bekannt gewesen, jedoch hierzu keine Stellungnahme erstattet worden. Es würde auch zutreffen, dass gegenständliches Verwaltungsstrafverfahren auf Grund eines Tatverdachtes, der in einem anderen Strafverfahren gegen den Berufungswerber entstanden sei, eingeleitet worden sei. Der Berufungswerber replizierte das Vorbringen der FMA dahingehend, dass bei einer Einbeziehung des Anlagengeschäftes in § 93 BWG eine verfassungswidrige Bevorzugung von Anleihen, die von Banken aufgelegt werden, im Vergleich zu Anleihen und Genussrechten von

sonstigen Unternehmen, die Folge wäre. Es wäre somit systemwidrig, Anleihen unter den Einlagenbegriff des BWG zu subsumieren.

Auf näheres Befragen gab der Berufungswerber zu Protokoll, dass er seit 28. Februar 2002 Vorstand der E-AG sei und bis dato diese Funktion ausübe. Die Gesellschaft würde keinerlei Bankenkonzession besitzen. Ob auf den im Straferkenntnis angeführten Konten nur er oder auch sein Bruder Franz W. zeichnungsberechtigt gewesen sei, müsse er erst verifizieren. Auf ergänzendes Befragen führte der Berufungswerber aus, dass seine Ansprechpartner betreffend die Prüfung Mag. L. von der FMA und mit Sicherheit Mag. O. von der OENB gewesen seien. Diese müssten über die von ihm gestellten Fragen hinreichend Bescheid wissen.

Dem seitens des Berufungswerbers vorgelegten Bericht der OENB über die bei der E-Bank AG Wien im Zeitraum 23. Juni bis 6. Juli 2004 gemäß § 70 Abs 1 BWG vorgenommenen Erhebungen sind unter Abschnitt 5.1.1.1. E.Index Anleihe A I ? 1 nachstehende Feststellungen zu entnehmen:

?81 Bis zum 30.6.2004 wies das Wertpapierhandelsbuch eine Position (Wert rund EUR 1 Mio) in der E.Indexanleihe A I-1 auf. Es handelt sich hierbei um eine Emission der E-AG. 82 Das erhaltene Anleihekapital bildet gemäß den Anleihebedingungen einen eigenen Rechnungskreis innerhalb der E-AG und dient dem Handel bzw. dem Erwerb von Wertpapieren, Optionen und Terminkontrakten jeder Art, der Veranlagung in Devisenkassa- und Termingeschäften auf internationalen Märkten und in sonstigen Vermögensanlagen und anderen Finanzinstrumenten, wobei vor allem in derivative Finanzinstrumente veranlagt wird.

83 Die Anleihe ist eine Daueremission, zahlt keine laufenden Zinsen, und die Veranlagungsgewinne werden reinvestiert. Die Anleihe ist ab 31.12.2004 vom Anleiheinhaber monatlich kündbar. Die Tilgungshöhe der Anleihe richtet sich nach der jeweiligen Entwicklung des zugrunde liegenden Rechnungskreisvermögens.<sup>7</sup> Damit weist die Anleihe alle Merkmale eines thesaurierenden Fonds auf. Da jedoch seitens der Kontrollbank das Wertpapier als Anleihe bezeichnet wird und auch dementsprechend mit einer Wertpapierkennnummer versehen wurde, gelten die Prospektionspflichten einer Anleihe, nicht aber die umfassenderen Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes. 84 Wie bereits erwähnt, wurde die Position in der Indexanleihe per 30.06.2004 vom Wertpapierhandelsbuch ins Bankbuch umgebucht.?

In der fortgesetzten Verhandlung vom 19. November 2007 führte Herr Mag. Johannes L. zeugenschaftlich einvernommen aus, dass es im Zeitraum 23. Juni bis 6. Juli 2004 mehrere Besprechungen bezüglich der E.Index Anleihe A I ? 1 gegeben habe. Seine Aufgabe habe im Rahmen der vorliegenden Prüfung darin bestanden, festzustellen, ob es relevante Anhaltspunkte für die Erteilung einer Konzession gebe. Er sei Mitglied einer gemischten Untersuchungskommission bestehend aus Vertretern der OENB und der FMA gewesen.

Auf Vorhalt des Berichtes der OENB über die E-Bank AG führte der Zeuge aus, dass sich die Punkte 81 bis 83 aus den Unterlagen, die ihnen im Rahmen der Prüfung vorgelegt worden seien, ergeben hätten, Punkt 84, die Umbuchung von Wertpapierhandelsbuch ins Bankbuch, sei konkret auch mit dem Berufungswerber besprochen worden. Mit der Frage, ob es sich um eine Anleihe handle, habe er sich wenig auseinandergesetzt. Seiner Erinnerung nach sei es bei der Untersuchung und den Gesprächen nicht um die Frage gegangen, ob es sich um Einlagengeschäft handle. Vielmehr sei im Rahmen von Punkt 84 interessant gewesen, ob ein Wertpapierhandel vorliege. Er könne sich nicht erinnern, dass im Vorfeld dieses Berichtes mit dem Berufungswerber über die Qualifikation der Anleihe als Einlagengeschäft gesprochen worden sei. Ebenso wenig sei die Möglichkeit einer Verwaltungstätigkeit der EIB im Rahmen dieser Anleihe noch die Möglichkeit eines Totalverlustes erörtert worden. Die Anleihebedingungen für die gegenständliche Anleihe, welche Bestandteil des Straferkenntnisses sind, seien ihm nicht bekannt gewesen, er habe ein Gespräch mit dem Berufungswerber alleine geführt, hierbei sei er zurückhaltend gewesen, da er kein Experte für Anleihenrecht sei. Es hätte auch noch ein weiteres Gespräch mit dem Berufungswerber in Anwesenheit von Mag. O. gegeben, bei welchem über die Zusammensetzung der Anleihe gesprochen und auch etwas der Hintergrund beleuchtet worden sei. Mit Hintergrund meine er, dass es sich um die Darstellung des Anlegerkreises gehandelt habe, welcher von einem der Teilnehmer als ?Family & Friends? bezeichnet worden sei. Es sei auch über die Indexberechnung gesprochen worden. An ein Gespräch über die Kündigungsmodalitäten könne er sich nicht erinnern. Ausschließen könne er nicht, dass auch über ein Einlagengeschäft gesprochen worden sei. Der Bericht sei auf Grund von Gesprächen und vorgelegten Dokumenten erstellt worden, es handle sich hierbei um einen gemeinsamen Bericht, der auch von allen durchdiskutiert worden sei. Ob die Behörde im Jahr 2004 eine andere Rechtsansicht zum Einlagengeschäft vertreten

habe als diese, die nunmehr im vorliegenden Straferkenntnis zum Ausdruck komme, führte der Zeuge aus, dass er hierüber nichts sagen könne, da es nicht zu ihren Aufgaben gehört habe, eine rechtliche Qualifikation vorzunehmen. Mag. Mario O. gab nach Wahrheitserinnerung zeugenschaftlich einvernommen zu Protokoll, dass er bei der Besprechung der verfahrensgegenständlichen Anleihe anwesend gewesen sei und auch den vorliegenden Bericht miterstellt habe. Der Bericht sei ihm bekannt, die Punkte 81 bis 84 seien erörtert worden. Er hätte vorliegende Anleihe, wie im Bericht dargestellt, eher als Fonds qualifiziert, die Kontrollbank sei jedoch davon ausgegangen, dass es sich um eine Anleihe handle. Damit sei dieses Thema für ihn abgeschlossen gewesen. Er könne es zwar nicht dezidiert ausschließen, er glaube aber nicht, dass mit dem Berufungswerber über die rechtliche Qualifikation als Einlagengeschäft gesprochen worden sei. Er könne sich auch an keine anderen Gespräche außerhalb dieser Kontrolle mit dem Berufungswerber erinnern, wo sie über die Frage eines Einlagengeschäftes gesprochen hätten. Ebenso seien Abfindungsmodalitäten bzw. das Ausmaß der Verwaltungstätigkeit der EIB nicht erörtert worden, Diskussionsgegenstand sei vielmehr die Frage gewesen, ob ein Fonds oder eine Anleihe vorliege. Besprochen worden seien auch noch die Managementabläufe beim Portfolio, seiner Erinnerung nach sollten diese computerunterstützt erfolgen. Über den Verlust hätten sie zwar nicht geredet, aber auf Grund der Zusammensetzung des Portfolios würde er sich nicht wundern, wenn es auch zu Verlusten kommen könne. Unterlagen zur Anleihe habe er bekommen, ob er auch die Beilage 2 des Straferkenntnisses erhalten habe, könne er nicht mehr sagen, möglich wäre es aber. Bezuglich der eingesehenen Anleihebedingungen könne er sich an konkrete Inhalte wie den Rechnungskreis oder die Messung der Performance erinnern. An die Besprechung der Indexberechnung könne er sich nicht mehr erinnern, aber ausschließen könne er dies auch nicht. Ein Konzessionstatbestand sei ihm nicht aufgefallen, zumal der Schwerpunkt der Prüfung die Aktivität der Bank gewesen sei. Es sei um die Frage der Verbuchung der Anleihe im Tradingbook gegangen. Es sei jedoch nicht Aufgabe gewesen, zu überprüfen, ob die EIB ein konzessionspflichtiges Geschäft betreibe. Ob bei der Qualifikation eines Fonds ein konzessionspflichtiger Tatbestand für die EIB vorliege, könne er nicht beurteilen. Konzessionsfonds seien nicht der Schwerpunkt seiner Tätigkeit. Wäre ein eindeutiges Einlagengeschäft hervorgekommen, hätte er das im Prüfteam besprochen. Bei der Prüfung hätten vor allem sie die Fragen gestellt. Es hätte auch ein Gespräch mit dem Berufungswerber gegeben, er könne sich erinnern, dass er ihn gefragt habe, warum denn das als Fonds angesehen werden könne und nicht als Anleihe.

Herr Leopold G. gab nach Wahrheitserinnerung zeugenschaftlich einvernommen zu Protokoll, sich zu erinnern, bei den Besprechungen, die zur Abfassung des Berichtes der OENB über die E-Bank geführt haben, anwesend gewesen zu sein. Er kenne die Punkte 81 bis 84 des Berichtes, für ihn sei es wesentlich gewesen, dass es sich hierbei um eine Qualifikation als Anleihe handle. Er habe mit den Prüfern O. und L. auch ein Gespräch über die Qualifikation dieser Anleihe geführt. Sie hätten bereits ein Schreiben mit 8. April 2004 der FMA vorgelegt, in welchen sie angefragt hätten, ob es sich bei der von ihnen dargestellten Konstruktion dieser Anleihe um ein konzessionspflichtiges Geschäft handle. Sie hätten im Detail die Berechnung des Index besprochen, die Anlegerrichtlinie und die Blackbox, dass heißt die Trends bei der Anlegertätigkeit bzw. was passiere, wenn ein derartiger Trend wegfallen. Wichtig sei es für sie gewesen, dass es sich bei der Anlegertätigkeit um eine österreichische Firma handle und das übergebene Kapital auch in Österreich eingelegt gewesen sei. Im damaligen Zeitpunkt sei gerade ein Strafverfahren gegen die Quadriga gelaufen und sei es ihr Ziel gewesen, darzulegen, dass sie bei der Investitionstätigkeit keine Geheimnisse hätten. Auf Vorhalt, dass das Schreiben, welches der erkennenden Behörde mit der Berufung übermittelt wurde, das Datum 20. April 2004 aufweise, führte der Zeuge aus, dass es sich bei dem von ihm angesprochenen Schreiben um einen Vorentwurf handeln könne. Das Schreiben wurde als Beilage B zu Protokoll genommen. Weiters führte der Zeuge aus, dass mit den Prüfern dieses Schreiben Punkt für Punkt durchgegangen worden sei, im letzten Absatz lasse sich auch ein Passus finden, in dem sie darauf hinweisen, dass ihrer Ansicht nach kein Einlagengeschäft vorliege.

Auf Vorhalt der Aussagen der beiden zuvor einvernommenen Zeugen führte der Zeuge G. aus, dass er wisse, dass darüber gesprochen worden sei, es habe sich um eine Besprechung gehandelt, die nur die Indexanleihe betroffen habe. Die beiden Prüfer hätten ihm gegenüber gesagt, dass es sich um kein Einlagengeschäft handle. Der Vertreter des Berufungswerbers legte ergänzend ein Schreiben vor, aus welchem hervorgehe, dass bei einer vergleichbaren Anleihe, die von der E. an der Börse betreut werde, die Schweizer FMA davon ausgehe, dass es sich nicht um ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft, im konkreten um kein Einlagengeschäft handle, und diese Anleihe von der FMA in Österreich gebilligt worden sei.

Das dieser Billigung zu Grunde liegende E-Mail, wurde verlesen und als Beilage C zum Akt genommen.

Ergänzend führte der Vertreter aus, dass der Berufungswerber auf Grund dieser Billigung durch die FMA davon ausgehen habe können, dass auch im gegenständlichen Fall kein konzessionspflichtiges Einlagengeschäft vorliege.

Der Vertreter der Finanzmarktaufsicht führte abschließend aus, dass sowohl die Prüfung durch die OENB und die FMA im Juni/Juli 2004 als auch der angesprochene E-Mail-Verkehr vom Sommer 2006 deutlich nach Beginn des Tatzeitraumes (30. Jänner 2004) liegen würde.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Nach Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt, dem Vorbringen in der Berufung, den vorgelegten Stellungnahmen, Korrespondenzen, Anleihebedingungen, Zeichnungsformularen sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung und der in dieser getätigten Zeugenaussagen steht nachfolgender Sachverhalt fest:

Der Berufungswerber ist seit 28. Februar 2002 Vorstand der E-AG (EIB), Firmenbuchnummer 218924 y. Die EIB verfügt über keine Bankenkonzession und begab eine Anleihe mit der Bezeichnung ?E.A I ? 1 Indexanleihe? im Gesamtnennbetrag von bis zu Euro 50 Mio. Sie wurde als Daueremission begeben und unter der Wertpapierkennnummer ISIN AT0000341441 zwischen 30. Jänner 2004 und 29. Juli 2005 von 44 in der Beilage 1 des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten natürlichen und juristischen Personen gezeichnet. Das Entgelt für diese Anleihe wurde direkt auf das Konto mit der Nr. 900168301/00, BLZ 51000, EB und Hypo-Bank Burgenland AG, lautend auf die EIB, eingezahlt. Zeichnungsberechtigt für diese Konten ist der Berufungswerber, allenfalls auch dessen Bruder, Franz W.. Den Anleihebedingungen für die E.A I ? 1 Indexanleihe, welche den Zeichnern zur Kenntnis gebracht und dies von ihnen auch in den vorgelegten Antragsformularen eigenhändig durch Unterschrift bestätigt wurde, ist in den für gegenständliches Verfahren relevanten Punkten zu entnehmen, dass das erhaltene Anleihekапital einen eigenen Rechnungskreis bildet und 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, vor allem derivative Finanzinstrumente dient. Als operativ tätige Gesellschaften legen die Trading Advisors die Veranlagungsstrategie unter Berücksichtigung des Prinzips der Risikostreuung und der Erzielung von maximalen Wertzuwächsen fest. Die Trading Advisors führen alle Handelstätigkeiten durch. Hierzu bedienen sie sich vorrangig computergestützter Handelssysteme. Das gesamte an die Gesellschaft bezahlte Anleihekапital kommt einem damit gebildeten Rechnungskreis zugute. Der Anleiheinhaber partizipiert mit seiner Indexanleihe an der Wertentwicklung dieses Rechnungskreises (inklusive den dort erzielten Vermögenszuwächsen und stillen Reserven). Die im Rechnungskreis erwirtschafteten Ergebnisse werden wieder veranlagt (§ 4 Abs 1 der Anleihebedingungen) und wird das Gesamtvermögen des Rechnungskreises durch direkt oder indirekt zurechenbare Aufwendungen, Gebühren und sonstige Kosten belastet (§ 4 Abs 4).

Abs 5 regelt das Management und das Erfolgshonorar für den jeweiligen Trading Advisor und Abs 7 sieht vor, dass die E-AG für die Durchführung der allgemeinen Administration eine monatliche Verwaltungsgebühr in Höhe von 0,1 % des Rechnungskreis ? Vermögens erhält. Die Gesellschaft ist berechtigt, ihre Administrationstätigkeit oder Vermittlungstätigkeit teilweise oder vollständig an Dritte zu übertragen.

§ 4 Abs 8 beinhaltet eine nähere Beschreibung der Indexberechnung und hält fest, dass der errechnete Index maßgeblich für die Festlegung des Kaufpreises bzw. Rücklösungsbeitrages (kurz ?Rücklösungsbeitrag?) zum jeweiligen Stichtag ist.

Gemäß § 5 erfolgt keine Zinszahlung oder sonstiger Ausschüttung, sondern werden die Erträge aus dem Rechnungskreis-Vermögen wiederveranlagt.

Gemäß § 6 wird dem Anleiheinhaber kein Mindestrücklösungsbeitrag garantiert.

§ 7 regelt die Kündigung näher und führt insbesondere aus, dass der Anleiheinhaber im Fall der Kündigung Anspruch auf Auszahlung des Rücklösungsbeitrages gemäß § 4 Abs 8 habe. Etwaige von der EIB zu tragende Gebühren, Kosten, Abgaben und Steuern, die auf Grund der Kündigung zusätzlich anfallen, werden vom Rücklösungsbeitrages in Abzug gebracht, so dass ausschließlich die Differenz an den kündigenden Anleiheinhaber ausbezahlt wird. Der vorgenannte Betrag ist binnen vierzehn Tagen nach dem Kündigungsstichtag auf ein vom Anleiheinhaber bekannt gegebenes Konto zu überweisen.

§ 10 enthält einen Risikohinweis, demgemäß der Erfolg der Veranlagung von den jeweiligen Marktbedingungen sowie von den Fähigkeiten der für die Gesellschaft zuständigen Manager oder Trading Advisors abhängig ist. Mit der

Veranlagung können attraktive Erträge aber auch substantielle Verluste erzielt werden. Insbesondere kann auch ein Totalverlust des eingesetzten Kapitals nicht ausgeschlossen werden. Die EIB übernimmt weder eine Kapitalgarantie noch eine Haftung für den Erfolg dieser Veranlagung.

Herausgegeben wurden die Anleihebedingungen im März 2003 und mit November 2004 geändert.

Die Änderungen beschränken sich auf die Hinzufügung eines neuen Abs 6 im § 4 betreffend Maklergebühren und Handelsspesen, eine textliche Kürzung des § 11 zur Börseneinführung sowie die Ergänzung eines weiteren Paragraphen (in der Neufassung § 14 ?Änderung der Anleihebedingungen?), demnach die Gesellschaft berechtigt ist, die Anleihebedingungen jederzeit abzuändern oder zu ergänzen. Die Anleihebedingungen in der geänderten Fassung (November 2004) wurden den Antragsformularen der Zeichner Nr. 25 bis 44 zu Grunde gelegt.

Im Zeitraum vom 23. Juni bis 6. Juli 2004 fanden Erhebungen der OENB im Beisein eines Prüfers der FMA bei der E-Bank AG statt und wurde ein Bericht über die Herausgabe der E.Indexanleihe A I ? 1 der EIB verfasst. Hierin wird näher dargelegt, dass das erhaltene Anleihekapital gemäß den Anleihebedingungen einen eigenen Rechnungskreis bildet und dem Handel bzw. dem Erwerb von Wertpapieren, Optionen und Terminkontrakten jeder Art, der Veranlagung in Devisenkassa ? und Termingeschäften auf internationalen Märkten und in sonstigen Vermögensanlagen und anderen, insbesonders derivativen Finanzinstrumenten dient. Der Anleihe wird als Daueremission bezeichnet, es werden keine laufenden Zinsen ausbezahlt und die Veranlagungsgewinne reinvestiert. Im Rahmen der Untersuchungen zur Erstellung dieses Berichtes fanden mehrere Besprechungen der Prüfer Mag. Johannes L. sowie Mag. Mario O. mit dem Berufungswerber bzw. seinen Angestellten statt, wobei über die Zusammensetzung der Anleihe, die Indexberechnung sowie mit letztgenanntem Prüfer mit Bezug auf die Einsichtnahme in nicht näher bezeichnete Anleihebedingungen auch über Rechnungskreis und Messung der Performance gesprochen wurde. Ein Gespräch über die rechtliche Qualifikation der vom Berufungswerber vorgenommenen Tätigkeit als Einlagengeschäft fand nicht statt. Insbesondere wurde auch nicht über die Verwaltungstätigkeit der EIB im Rahmen verfahrensgegenständlicher Anleihe noch über die Möglichkeit eines Totalverlustes gesprochen.

Ein Schreiben des Berufungswerbers vom 20. April 2004, in welchem eine Anfrage zum Vorliegen eines konzessionspflichtigen Tatbestandes unter Beschreibung eines Modells, welches dem im gegenständlichen Verfahren erörterten ähnlich ist, an die FMA gerichtet worden war, blieb seitens der erstinstanzlichen Behörde unbeantwortet.

Aus rechtlicher Sicht ist festzuhalten:

Gemäß § 1 Abs 1 des Bundesgesetzes über das Bankwesen (Bankwesengesetz ? BWG), BGBI. Nr. 532/1993 idF BGBI. I Nr. 131/2004 ist ein Kreditinstitut, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft), soweit sie gewerbl. durchgeführt werden (Z 1).

Gemäß § 98 Abs 1 leg.cit. begeht, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu Euro 20.000,-- zu bestrafen. Nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG ist die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage als Bankgeschäft zu qualifizieren. Mit dieser Bestimmung werden 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 wurde nach den Erläuterungen (1130 BlgNR 18.GP, 113) aus dem KWG übernommen und ergibt sich hieraus im Weiteren, dass Bankgeschäfte nur betreibt, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung oder Einlage der fremden Gelder ist (vgl. Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzlberger/Strobl, BWG<sup>2</sup> § 1 BWG, Rz 5).

In der Regel wird bei der Hereinnahme von Geldern zur Verwaltung im Unterschied zur Hereinnahme als bloße Einlage ein aktives Tun Vertragsgegenstand sein. Somit fallen 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 erteilt, wie dies etwa im Portfoliomanagementverträgen vorgesehen ist. Danach besteht eine Ermächtigung, Umschichtungen im Rahmen der Verfolgung eines bestimmten Anlageziels vorzunehmen, wobei nur derjenige Bankgeschäfte betreibt, der Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder ist (vgl. VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195).

Die Verwaltung dieses Geldes nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG unterscheidet sich von der Vermögensverwaltung nach § 1 Abs 1 Z 19 lit. b BWG somit dadurch, dass ein Finanzdienstleister bei letzterer zu keiner Zeit Schuldner des Kunden bezüglich

der gehaltenen Vermögenswerte werden darf. Im vorliegenden Fall wurden hingegen die Kundengelder von der EIB auf ein firmeneigenes Konto der Gesellschaft bei der EIB und Hypo-Bank Burgenland AG im eigenen Namen entgegen genommen und verwahrt. Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bedeutet, dass die vereinbarungsgemäß übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen sind, wobei ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen muss. Mit der Verwaltungstätigkeit ist zwar durchaus vereinbar, dass der Geldgeber das Recht behält, über eine Veranlagung seiner Gelder im Einzelfall zu entscheiden oder sonst mit Weisung einzugreifen, es muss aber eine Befugnis zu begrenztem selbständigen Handeln vorliegen. Darf dagegen nur so veranlagt werden, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorschreibt, fehlt also jeglicher Entscheidungsspielraum, dann ist das Geld nicht zur Verwaltung entgegen genommen (vgl. Avancini in Avancini/Iro/Kozol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 455f). Der nicht näher begründeten Behauptung von Kalss, wonach durch den Verwaltungsbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 BWG nur die Verwaltung von Geldern erfasst ist, bei welcher eine völlig freie Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung gegeben ist, kann nicht gefolgt werden (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195).

Unbeschadet der Bestimmung des § 4 Abs 1 der Anleihebedingungen, wonach die operativ tätigen Gesellschaften die Veranlagungsstrategie unter Berücksichtigung des Prinzips der Risikostreuung und Erzielung von maximalen Wertzuwächsen festlegen und die Handelstätigkeiten durchführen, steht die letzte Entscheidung über die Vermögensverwaltung im Ermessen der EIB, zumal diese Gesellschaft auch andere Trading Advisors bzw. zusätzliche Trading Agents anstelle der von ihr grundsätzlich beauftragten E-Consulting Limited (gemäß § 4 Abs 5 der Anleihebedingungen) beauftragen kann, ebenso werden Teile der Verwaltungstätigkeit direkt von der EIB durchgeführt, so die allgemeine Administration nach § 4 Abs 7, für welche die EIB eine monatliche Verwaltungsgebühr in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreis- Vermögens lukriert. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung des § 10 der Anleihebedingungen, wonach der Erfolg der Veranlagung von den jeweiligen Markbedingungen sowie von den Fähigkeiten der für die Gesellschaft (also der EIB) zuständigen Manager oder Trading Advisors abhängt und alleine diese Bestimmung erkennen lässt, dass die Gesellschaft bzw. deren Handlungsbevollmächtigte auch im operativen Bereich bezüglich der Veranlagung tätig sein können bzw. sind. Die EIB hat somit einen Ermessungsspielraum, wobei sie nur durch die vertraglich vereinbarten Anleihebedingungen gebunden ist. Weiters wurden sämtliche Auszahlungen an die einzelnen Anleger ausschließlich über das angeführte firmeneigene Konto abgewickelt, für welches der Berufungswerber zeichnungsberechtigt ist. Die EIB konnte somit bei der gegenständlichen rechtlichen Konstruktion im Bezug auf das gehaltene Geld Schuldner ihrer Kunden werden. Es ist somit davon auszugehen, dass diese Gesellschaft in Hinblick auf die entgegengenommenen fremden Gelder eine Verwaltungstätigkeit entwickelte, die unter die Bestimmung des § 1 Abs 1 Z 1 BWG zu subsumieren ist.

Ebenso war diese Tätigkeit der EIB im Tatzeitraum auf die Erzielung von Einnahmen (Verwaltungsgebühren) gerichtet, nachhaltig und somit gewerblich im Sinne des § 1 Abs 1 BWG. Ob die Hereinnahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage erfolgt, ist grundsätzlich vom Willen der Vertragsparteien abhängig, im Übrigen aber jedenfalls wirtschaftlich auszulegen (Fröhlichsthal in Chini/Fröhlichsthal, Praxiskommentar zum BWG<sup>2</sup>, FN 11 zu § 1 BWG). Auf die zivilrechtliche Einordnung der Begründung der Einlage kommt es nicht an, solange nur die Absicht der Parteien auf die Begründung einer Einlage gerichtet ist und Mittelzu- und Abflüsse in Bargeld oder Buchgeld ablaufen (vgl. hierzu Diwok in Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, 1. Band, Rz 18 zu § 1 BWG). Den vorgelegten typisierten und vorformulierten Verträgen der Zeichner verfahrensgegenständlicher Anleihe ist zweifelsfrei jenes Modell zu entnehmen, welches der Berufungswerber im weiteren auch über den in der Tatlastung vorgeworfenen Zeitraum ausübt, nämlich die Überweisung der vereinbarten Geldbeträge für die Anleihe direkt auf ein Firmenkonto der EIB sowie die Bildung eines eigenen Rechnungskreises für gegenständliches Kapital zwecks Handel bzw. Erwerb von Wertpapieren, Optionen und anderen Finanzinstrumenten. Die Anleihebedingungen wurden den Zeichnern nachweislich zur Kenntnis gebracht und dieser Umstand von ihnen auch durch Unterschrift bestätigt. Auch bestreitet der Berufungswerber nicht, dass diese Anleihebedingungen den Zeichnern bekannt waren und seine Tätigkeit auf Grundlage derselben ablief. Ebenso lassen sich in den diesen Verträgen zu Grunde liegenden Anleihebedingungen die bereits angeführten Hinweise auf die Verwaltungstätigkeit der EIB, auf die Regelung des Abfindungsanspruches und die Möglichkeit eines Totalverlustes entnehmen. Es kann somit kein Zweifel bestehen, dass der Wille und die Absicht der Anleger auf Durchführung des Geschäfts in der beschriebenen Art gerichtet war. Inwieweit der Anleger nun dieses Geschäft zivilrechtlich beurteilt, ist ebenso wie die rechtliche Qualifikation als Einlagengeschäft im Sinne des BWG ohne weitere Relevanz. Entscheidend für die Absicht des Anlegers ist vielmehr die Entgegennahme seines Geldes zur Verwaltung mit der Vereinbarung, das übergebene Geld in seinem Interesse einzusetzen, wobei der EIB ein

Entscheidungsspielraum zusteht. Eine völlig freie Verwendungsmöglichkeit des Kapitals ist entgegen der Behauptung des Berufungswerbers nicht erforderlich. Unter Zugrundelegung dieser Vertragsbedingungen kann es somit keinesfalls in der alleinigen Intention des Anlegers gelegen sein, lediglich einen Kauf von Anleihen vorzunehmen, zumal sich die Tätigkeit der Emittentin (wie dargelegt) auf die beschriebenen weiteren Aktivitäten erstreckt und im Übrigen auch nicht zu erkennen ist, inwieweit diese einer allfälligen Fungibilität der ausgegebenen Wertpapier entgegen stehen soll.

Entscheidend ist im Lichte der höchstgerichtlichen Judikatur ? wie bereits erwähnt ? beim Vorliegen eines Einlagengeschäftes, ob die EIB im Bezug auf das gehaltene Geld Schuldner ihrer Kunden werden konnte. Das ist im Lichte der beschriebenen Konstruktion und der dieser zu Grunde liegenden Anleihebedingungen zu bejahen, wobei es ohne Belang ist, ob es sich um einen bedingten oder unbedingten Rückzahlungsanspruch handelt, zumal auch die höchstgerichtliche Judikatur nicht auf eine solche Differenzierung abstellt. Wie bei einem Vermögensverwaltungsauftrag wird zwischen einem Anbieter und einer Vielzahl von Anlegern eine dauernde Rechtsbeziehung geschaffen. Der Inhalt der Rechtsbeziehungen besteht jeweils darin, dass die Anleger einen bestimmten Betrag (Kapital) an den Anbieter leisten. Das Kapital geht in das Eigentum des Anbieters über. Dieser verpflichtet sich gegenüber den Anlegern, das von den einzelnen Anlegern aufgebrachte Gesamtkapital zu verwalten und nach Maßgabe des Vertragsinhaltes einzusetzen. Jeder einzelne Anleger erwirbt 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 (vgl. hiezu UVS-06/V/22/5974/04 sowie UVS- 06/V/22/5975/04). Die Tätigkeit der Emittentin ist somit nicht auf die Begebung oder Begründung dieser Rechtsbeziehungen beschränkt. Vielmehr wird damit ein Dauerrechtsverhältnis (Dauerschuldverhältnis) begründet, das im Kern einen Vermögensverwaltungsauftrag (Geschäftsbesorgungsvertrag) darstellt (Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Rz 9/6).

Im Lichte des dargelegten Sachverhaltes hat die EIB zwischen ihr als Anbieterin und einer Vielzahl von Anlegern dauernde Rechtsbeziehungen geschaffen. Diese Rechtsbeziehungen werden von der EIB als Anleihe bezeichnet, beinhalten nach Ansicht des Senates jedoch bei genauerer Betrachtung ein einfaches auftragsrechtliches Schuldverhältnis im Sinne einer Geschäftsbesorgung. Der Inhalt dieser Rechtsbeziehungen besteht darin, dass der Anleger einen bestimmten Betrag von Geld an die EIB leistet und dieses Geld sachenrechtlich in das Eigentum der Anbieterin übergeht. Die Rechtsbeziehungen werden jeweils zwischen der EIB und dem einzelnen Anleger begründet. Die EIB ihrerseits verpflichtet sich gegenüber den Anlegern, dass entgegengenommene Kapital zu administrieren und unter Anwendung bzw. Zur-Fügung-Stellen ihres Know-hows selbständig, dass heißt nach Ermessen und ohne Rücksprache im Detail, unter anderem Entscheidungen zu treffen, wem und wie viel von dem Kapital einem Dritten übertragen werden soll, damit dieser Kapital vermehrend operative Geschäfte betreibt und Vermögenswerte erwirbt. Jeder einzelne Geldgeber erwartet im Gegenzug einen Anspruch auf die anteilige, seinem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus der Veranlagungstätigkeit des Dritten, sowie auf die erfolgsabhängige Rückzahlung seines eingesetzten Betrags bei Beendigung der Rechtsbeziehung. Im Lichte dieser Geschäftsbesorgung, welche auf die Vornahme von Rechtsgeschäften gerichtet ist, wird daher seitens der EIB eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit gegenüber den Anlegern geschuldet (Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, Randziffer 9/7). Konsequenz dieser rechtlichen Konstruktion ist, dass sowohl die Kosten als auch die Vorteile des Geschäfts dem Auftraggeber zufallen (vgl. hierzu Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I10, Seite 363). Der Natur dieses Rechtsgeschäftes entspricht es somit, dass der Rückzahlungsanspruch nicht unbedingt sein kann, zumal es im Rahmen dieses Vermögensverwaltungsverhältnisses auch zu einem Verlust kommen kann. Zu Recht verweist die erstinstanzliche Behörde darauf, dass in dem Maß, wie der Vermögensverwalter nicht einen bestimmten Erfolg, sondern nur die sorgfältige Geschäftsbesorgung schuldet, sich auch der Rückzahlungsanspruch abhängig vom Resultat der Verwaltung verändert. Wenngleich zweifelsohne eine Vermehrung des Geldes angestrebt wird, kann es trotz entsprechender Sorgfalt und Bemühung auch zu einer Verringerung kommen und in der äußersten Konsequenz, wie auch in den Anleihebedingungen beschrieben, ein Totalverlust entstehen. Dieser Umstand kann somit der beschriebenen rechtlichen Konstruktion ihre Qualifikation als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG nicht nehmen. Im Übrigen darf darauf verwiesen werden, dass sich das Erfordernis eines unbedingten Rückzahlungsanspruches nach der vom Berufungswerber zitierten Aussage in der Fachliteratur (Susanne Kalss, Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 10/99, Seite 783) offensichtlich auf das Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 zweiter Fall bezieht 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 wird, nicht jedoch das Erfordernis eines unbedingten Rückzahlungsanspruches.

Nicht zu folgen vermag der erkennende Senat dem europarechtlichen Vorbringen des Berufungswerbers dahingehend, der EU-Gesetzgeber setze als Bedingung für die Annahme einer Einlage den Umstand, dass das jeweils hereingenommene Kapital stets zurückzahlbar sein müsse, voraus. So ist dem Anhang I der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute zu entnehmen, dass die Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt, unter Ziffer 1 die Entgegennahme von Einnahmen und anderen rückzahlbaren Geldern enthält. Dem klaren Wortlaut nach, dass es sich hier um ?andere rückzahlbare Gelder? handelt, ist eine Einschränkung auf lediglich stets rückzahlbare Gelder jedoch nicht erkennbar. Es würde auch den Intentionen der angeführten Richtlinie widersprechen, da der Begriff, wie in der Ziffer 1 des Anhanges normiert, weit gefasst und dem Erwägungsgrund 6 der Richtlinie im Weiteren zu entnehmen ist, dass die Koordinierungsmaßnahmen alle Institute erfassen, die rückzahlbare Gelder des Publikums sowohl in Form von Einlagen als auch in anderen Formen (unter beispielweiser Aufzählung) entgegen nehmen. Im Lichte dieser Bestimmung kann es nicht zweifelhaft sein, dass Einlagengeschäfte des BWG wie das hier in Erörterung stehende davon umfasst sind, wobei mangels Relevanz für den österreichischen Rechtsraum auf die bundesdeutsche Gesetzeslage, wie durch den Berufungswerber unter Bezugnahme auf die Fachliteratur (Martin Opitz, Das Einlagengeschäft ? Auffangtatbestand im Bankgeschäftskatalog2, ÖBA 10/07, Seite 798ff), nicht abzustellen ist.

Entgegen dem Vorbringen des Berufungswerbers in der Verhandlung vom 9. Oktober 2007 kann keine Verletzung des Transparenzgebotes wie es im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 21. November 2002 in der Rechtssache C-356/00 Testa und Lazzeri gegen die Commissione Nazionale per le Societa e la Borsa (Consob) postuliert wird, nämlich allfällige Ausnahmen seitens des nationalen Gesetzgebers klar und eindeutig zu formulieren, erkannt werden, zumal im gegenständlichen Urteil des EUGH ausgesprochen wurde, dass der nationale Gesetzgeber von der Definition des Begriffs der Verwaltung einzelner Portefeuilles, wie er in der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen festgelegt ist, abweicht, als die nationale Regelung zur Durchführung dieser Richtlinie bestimmte in letzterer angeführte Kriterien nicht verlangt. Diese Konstellation kommt im vorliegenden Fall überhaupt nicht zur Anwendung, da das BWG nicht von den in der Richtlinie 2006/48/E/EG vorgegebenen Kriterien abweicht, sondern sich gerade im Anwendungsbereich derselben bewegt und diese näher spezifiziert. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung des BWG somit mit der europarechtlichen Regelung konform geht, kann auch das im zitierte EuGH-Urteil zum Ausdruck gebrachte Transparenzgebot nicht verletzt sein, zumal dieses nationale Regelungen des Gesetzgebers hinsichtlich nicht in der Richtlinie erfasster Geschäfte umfasst, und von der nationalen Regelung verlangt, dass aus ihr klar hervorgeht, dass es sich um keine Umsetzung dieser Richtlinie handelt, sondern sie vielmehr auf dem autonomen Willen des Gesetzgebers beruht. Da diese Konstellation im Sinne einer gewollten Abweichung von Vorgaben der Richtlinie im gegenständlichen Fall nicht vorliegt, kann somit auch kein Transparenzgebot verletzt sein und gehen die europarechtlichen Bedenken des Berufungswerbers ins Leere.

In Hinblick auf die oben beschriebene rechtliche Gestaltung der Geschäftstätigkeit des Berufungswerbers ist daher von einer Vermögensverwaltung auszugehen, sodass der erkennende Senat entgegen dem Vorbringen des Berufungswerbers in der als Anleihe umschriebenen Einlage des Kapitals durch die Zeichner auch keine Finanzierung der EIB zur Verfolgung ihres Unternehmensgegenstandes bis hin zu einer gesellschaftsrechtlichen oder allenfalls gesellschafterähnlichen Unternehmensbeteiligung sehen kann. Für die beschriebene Tätigkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung steht der EIB ein gesonderter Entgeltanspruch zu, wobei der wirtschaftliche Erfolg der Veranlagung selbst nicht unmittelbar von der Unternehmertätigkeit der EIB abhängt. Die Erträge erhält der Anleger aus Gewinnbeteiligungen aus der Unternehmertätigkeit des Dritten, das Risiko eines Totalverlustes ? die entgegengenommenen Gelder stellen daher aus dieser Sicht ein Risikokapital dar ? liegt ausschließlich nur beim Geldgeber und nicht bei der kapitalentgegennehmenden und kapitalverwaltenden EIB. Die Anleger partizipieren somit nicht an der Unternehmertätigkeit der EIB, sondern am Gewinn (oder Verlust) im Rahmen eines eigenen Rechnungskreises, der eigentlich wertsteigernden Anlegetätigkeit. Die Anleger sind somit mit der (den) operativen Gesellschaft(en) und nicht mit der EIB wirtschaftlich verknüpft. Vielmehr stellt sich die Tätigkeit der EIB klar als Sammler und Verwalter von Kapital dar (vgl. hiezu auch UVS-06/V/22/5974/2004 sowie UVS- 06/V/22/5975/2004).

Folgende Punkte der dem erkennenden Senat vorliegenden rechtlichen Konstruktion sprechen gegen die Behauptung des Berufungswerbers, entgegengenommene Gelder dienten der Finanzierung der EIB selbst:

- das gesamte auf Grund der Anleihebedingungen geleistete Kapital kommt dem Rechnungskreis, welcher gegenüber den anderen Vermögenswerten abgegrenzt ist, zu Gute;
- die Anleihebedingungen bieten dem Anleger die Möglichkeit, mit dem auf seinen Anteil begrenzten Risiko von der Portfoliodiversifikation der anbietenden bzw. operativen Gesellschaften zu profitieren;
- die EIB verrechnet Verwaltungsgebühren in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreisvermögens;
- die Passiva des Rechnungskreises umfassen sämtliche dem Rechnungskreis direkt zuweisbaren Verbindlichkeiten einschließlich Aufwendungen und Gebühren; das Rechnungskreisvermögen wird mit allen mit ihm verbundenen Kosten, Steuern und Abgaben belastet und reduziert sich um diese Beträge.

Der Gesamtwert dieses Rechnungskreisvermögens wird als Grundlage für den Index herangezogen, welcher maßgeblich für die Festlegung des Kaufpreise bzw. Rücklösungs betrages zum jeweiligen Stichtag gemäß § 4 Abs 8 der Anlagebedingungen sein soll. Gemäß § 7 derselben hat der Anleiher im Fall der Kündigung Anspruch auf Auszahlung dieses Rücklösungs betrages. Bezüglich des hingegebenen Kapitals besteht somit für den Anleger gegenüber der EIB kein Aussonderungsanspruch, sondern ist er allein schuldrechtlich berechtigt, den aus der Beendigung der Vertragsbeziehung resultierenden Rücklösungs betrag zu verlangen. Diesbezüglich ist somit die Stellung des Anlegers im Vergleich sowohl zu einem aussonderungsberechtigten Treugeber, der im Übrigen auch einer von Gläubigern des Treuhänders auf das Treugut geführten Exekution gemäß § 37 Exekutionsordnung ? EO widersprechen kann, als auch zu besonders aufsichtsrechtlich vertretenen Anlegern schwächer, da er lediglich schuldrechtlich mit der EIB als Emittentin verbunden ist. Im Hinblick auf die beschriebene rechtliche Position des Anlegers gegenüber der Emittentin und der unabhängig davon bestehenden Zweckbindung bzw. Verpflichtung zur sorgfaltsgemäßer Verwaltung kann somit dem Vorbringen des Berufungswerbers zur Anleihebegebung zwecks Kapitalerhöhung zur Verfolgung des Unternehmensgegenstandes keine Folge gegeben werden.

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)