

# TE UVS Wien 2004/05/05 06/42/9144/2003

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.05.2004

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Mag. Burda als Vorsitzende, Mag. Mag. Dr. Tessar als Berichter und Dr. Zeller als Beisitzerin über die Berufung der Frau Mag. Raisa K, vertreten durch RA gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 4. November 2003, Zl. W00363/2002-1244/2, wegen Übertretung des § 98 Abs 1 BWG i.V.m. § 1 Abs 1 Z 1 BWG (Einlagengeschäft) i. V.m. § 9 Abs 1 VStG, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Die Berufungswerberin hat daher gemäß § 65 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## Text

Der Schuld- und Strafausspruch des erstinstanzlichen Straferkenntnis lautet wie folgt:

"Sie haben es als Vorstandsmitglied der CI-CE AG (vormals CE-AG; in weiterer Folge CI) gem. § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG, BGBl. 1991/52 idgF) zu verantworten, dass die CI an ihrem (damaligen) Sitz in G, Gl-gürtel, jedenfalls vom 30.5.2001 bis zum 10.10.2001 ohne die hiefür erforderliche Konzession gem. § 4 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG, BGBl. 1993/532 idgF) fremde Gelder zur Verwaltung oder als Einlage entgegengenommen hat. Dabei hat die CI im Zuge einer Kapitalerhöhung ihrer Muttergesellschaft, der CE?AG (seit einer Umfirmierung am 10.9.2002 C-AG und seit einer weiteren Umfirmierung am 1.11.2002 KS-AG, in weiterer Folge CE) Zeichnungsgelder von Anlegern, auf dem firmeneigenen Konto bei der Capital Bank Gr-AG mit der Konto Nr. 15 entgegengenommen und den gesamten Zeichnungsbetrag in der Höhe von EUR 648.500,-- am 10.10.2002 auf das Kapitalerhöhungskonto der CE mit der Konto Nr. 669 bei der Bank A-AG überwiesen. Als Vorstandsmitglied der CI und somit handelsrechtlich vertretungsbefugtes Organ haben Sie diesen Verstoß, nämlich dass die CI ohne die hiefür erforderliche Konzession das Einlagengeschäft nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG betrieben hat, gem. § 9 Abs 1 VStG zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 98 Abs 1 BWG iVm § 1 Abs 1 Z 1 BWG (Einlagengeschäft) unter Heranziehung von § 9 Abs 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EUR 4.000,--, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 144 Stunden, gemäß § 98 Abs 1 BWG unter Heranziehung von § 16 VStG sowie § 19 Abs 1 VStG"

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Berufung, in der die Berufungswerberin im Wesentlichen vorbringt, keine strafbare Handlung begangen zu haben. Erläuternd wird ausgeführt:

?Richtig ist, dass die CI-CE AG (kurz ?CI) seit dem 10.11.2000 im Firmenbuch des Landes- und Handelsgerichtes G, nunmehr das Handelsgerichtes Wien zu FN 200681w eingetragen ist. Richtig ist weiters, dass ich seit dem 10.11.2000 Mitglied des Vorstandes dieser Gesellschaft und bevollmächtigt bin, diese Gesellschaft gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokurranten zu vertreten.

Richtig ist, dass die CI über die Konzession nach§ 19 Abs 1 WAG zur Erbringung der Dienstleistungen gemäß § 1 Abs 1 Z 19 lit a (Beratung und Veranlagung von Kundenvermögen), lit b (Verwaltung von Kundenportfeuilles mit Verfügungsvollmacht im Auftrag des Kunden) sowie lit c (Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung von einem oder mehreren der in § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG genannten Instrumenten) verfügt.

Die CI hat fremde Gelder weder zur Verwaltung noch als Einlage entgegengenommen. Die Käufer der gegenständlichen Aktien an der CE?AG (nunmehr KS-AG; in weiterer Folge ?CE) haben die jeweiligen Aktien schriftlich geordert und sodann den jeweiligen Aktienkaufpreis mit der Widmung Aktien CE unter Angabe der Anzahl der zu erwerbenden Aktien und dem Stückpreis auf das auf unseren Namen lautende Treuhandkonto mit der KontoNr. 15 bei der Capital Bank Gr-AG als Zeichnungsgelder eingezahlt. Die Käufer wurden darüber hinaus sowohl mündlich als auch schriftlich auf dem Auftragsschein zum Erwerb gegenständlicher Aktien über die Gefahren des Aktienkaufes aufgeklärt.

Die Spesenminimierung erfolgte ausschließlich zugunsten der Kunden der CI, Hätte die CE jedes Mal nach einer Kauforder eine Kapitalerhöhung durchgeführt, so wären die Kosten jeder Kapitalerhöhung unabhängig vom Erhöhungsbetrag jedes Mal gleich hoch gewesen (Notarkosten, Hauptversammlung), wie sie auch bei der tatsächlich durchgeführten einmaligen Kapitalerhöhung am 10.10.2001 waren. Zudem wäre auf Grund der anlässlich einer Kapitalerhöhung stets durchzuführenden Hauptversammlung der normale Geschäftsbetrieb des Unternehmens der CE zum Erliegen gekommen, was keinesfalls im Sinne der Anleger sein kann. Unstreitig ist, dass die jeweiligen Kaufpreise auf dem Treuhandkonto in der Höhe von EUR 648.500,-

- vorhanden waren und auf das Kapitalerhöhungskonto der CE mit der Konto-Nr. 669 bei der Bank A-AG in derselben Höhe von EUR 648.500,-- und somit ohne Abzug am 10.10.2001 weitergeleitet wurden. Die Kapitalerhöhung wurde schließlich im Firmenbuch am 13.10.2001 eingetragen. Der Treuhandauftrag der CI war damit erfüllt. Aus diesem Umstand kann somit kein Aktivgeschäft der CI abgeleitet werden. Die CI ist nie Schuldner der Anleger geworden. Die CI hat niemals in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht die Verfügungsgewalt hinsichtlich der jeweiligen Kaufpreisvaluta (Treugelder) ihrer Kunden besessen. Die treuhändische Verwahrung oder Verwaltung dieser Kaufpreisvaluta bewirkt nicht, dass diese Valuta dem Vermögen des Treuhänders CI

zugerechnet wird. Damit stellt diese Kaufpreisvaluta auch keine Einnahme der CI dar. Die auf dieses Konto überwiesenen Beträge sind, solange sie auf dem Konto verbleiben, Treuhändiger, die nicht zum Betriebsvermögen der CI gehören. Im Falle einer Insolvenz der CI steht den Kunden hinsichtlich der auf dem Konto befindlichen Gelder ein Aussonderungsrecht zu.

Die Konstruktion mit den Kundentreuhandkonten ist deshalb gewählt worden, da die CI die Meinung vertreten hat, dass diese Vorgangsweise von den obgenannten Konzessionen (insb. § 1 Abs 1 Z 19 lit b BWG) gedeckt ist.

Die CI hat nie fremde Kundengelder zur Einlage oder Verwaltung übernommen. Darüber hinaus habe ich unmittelbar nach der ersten Aufforderung seitens der Finanzmarktaufsichtsbehörde veranlasst, dass die CI in Zukunft die Entgegennahme von Treugeldern unterlassen hat."

Aus dem der Berufung beigeschlossenen erstinstanzlichen Akt ist ersichtlich, dass mit Schriftsatz vom 30. Juni 2002 durch die An WirtschaftsprüfungsgesmbH das Ergebnis der Prüfung der CI-CE AG zusammengefasst wurde. In diesem Bericht wird u.a. ausgeführt, dass diese Gesellschaft in der zweiten Jahreshälfte 2002 an die Muttergesellschaft CE?AG (in Zukunft: CE) Anleger für die Zeichnung neuer Aktien der Muttergesellschaft vermittelt habe. Dabei seien von Kunden Zeichnungsgelder und Vermittlungsprovisionen auf einem Bankkonto der CI AG einzuzahlt worden, die in weiterer Folge die Zeichnungsbeträge zur Durchführung der Kapitalerhöhungen an die Muttergesellschaft weitergeleitet habe. Aus dieser Vorgangsweise resultiere jedoch, dass sich zwischen den Durchführungen der einzelnen Kapitalerhöhungen in relativ geringem Umfang Kundengelder aus Aktienzeichnungen auf Konten der CI befunden hätten. Vor dem Bilanzstichtag seien Beträge für die Zeichnung von Aktien der Muttergesellschaft in der Höhe von EUR 35.200,-- an diese überwiesen worden, obwohl die Zeichnungsbeträge von den Kunden noch nicht eingegangen gewesen seien und die CI somit eine Zwischenfinanzierungsfunktion übernommen habe. Mit der direkten Einzahlung der Zeichnungsbeträge auf ein entsprechendes Konto der Muttergesellschaft könne dieses Problem jedoch

in Zukunft nicht mehr auftreten.

Weiters erliegen im erstinstanzlichen Akt von der Capital Gr Bank AG vorgelegte Listen, in welchen die Transaktionen der CI-CE AG betreffend den Kauf von Aktien der CE auf deren Konto Nr. 15 aufgelistet sind. Demnach sind (im krassen Gegensatz zu den Ausführungen der An WirtschaftsprüfungsgesmbH!) auf diesem Konto im Zeitraum zwischen dem 28. Mai 2001 und dem 10. Oktober 2001 insgesamt ATS 14.552.129,49 für Aktienkäufe von CE-Aktien eingelangt und wurde am 10. Oktober 2001 der Betrag von ATS 8.923.554,55 auf das Kapitaleinzahlungskonto der CE überwiesen.

Nach dem 10. Oktober 2001 sind ATS 3.755.876,49 für Aktienkäufe von CE Aktien auf das gegenständliche Konto der CI eingelangt. Eine weitere Überweisung auf das Kapitaleinzahlungskonto der CE ist unter Zugrundelegung der Angaben der Capital Gr Bank AG nicht erfolgt.

Aus dem im erstinstanzlichen Akt erliegenden Firmenbuchauszug vom 4. März 2003 ist ersichtlich, dass Herr Dr. Friedrich K und Frau Raisa K seit dem 10. November 2000 Vorstandsmitglieder der CI-CE AG, welche ihren Sitz jedenfalls seit dem 9. Juli 2002 in Wien, R-straße, hat, sind. Diese Gesellschaft hatte bis zum 21. April 2001 den Namen CE-AG und wurde mit Hauptversammlungsbeschluss vom 5. März 2004 in die CI-CE Ges.m.b.H. umgewandelt. Diese Gesellschaft befindet sich nunmehr im Stadium der Liquidation.

Aus dem von der erkennenden Behörde beigeschafften Firmenbuchauszug der KS-AG vom 24. März 2004 ist ersichtlich, dass der Firmenwortlaut dieser Gesellschaft davor C-AG, wieder davor, CE Vermögensverwaltung - AG, wieder davor, CE ? Wertpapiervermittlung AG, wieder davor CE?AG gelautet hatte. Mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2003 wurde der Berufungswerberinvertreter von der erkennenden Behörde aufgefordert, Nachweise über die Art der geschäftlichen Tätigkeit der CI-CE AG und der CE?AG (seit der Umfirmierung am 10. September 2002 C-AG und seit einer weiteren Umfirmierung am 1. November 2002 KS-AG, in weiterer Folge CE), die Bilanzen und allfällige Prüfberichte betreffend die Jahre 2001 und 2002 die Geschäftstätigkeit der CI-CE AG und der CE?AG (seit der Umfirmierung am 10. September 2002 C-AG und seit einer weiteren Umfirmierung am 1. November 2002 KS-AG) (in weiterer Folge: CE), sämtliche Kontoauszüge betreffend die Konten bei der Capital Bank Gr-AG mit der Konto Nr. 15 und bei der Bank A AG mit der Konto Nr. 669 vorzulegen. Außerdem wurde der Berufungswerberinvertreter, sowie um Bekanntgabe, wie die Zinseinkünfte aus diesen Konten verwendet worden sind, und zur Vorlage eines Nachweises über die im Jahre 2001

aufgenommenen bzw. zurückgezahlten Kredite der CI-CE AG und der CE?AG (seit der Umfirmierung am 10. September 2002 C-AG und seit einer weiteren Umfirmierung am 1. November 2002 KS-AG, in weiterer Folge CE) aufgefordert.

Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2003 legte der Berufungswerberinvertreter Berichte von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften über die Prüfungen der Jahresabschlüsse der CE?AG (Stichtag 31. Dezember 2001), der C-AG (Stichtag 31. Dezember 2002), der CI?CE AG (Stichtag 31. Dezember 2001) und der CI ? CE AG (Stichtag 31. Dezember 2002) vor. Weiters wurde die Satzung der CI ? CE AG und der KS-AG übermittelt. Weiters führte er ergänzend aus, dass aus der Satzung der CI ? CE AG hervorgehe, dass es dieser nicht gestattet sei, Dienstleistungen im Bezug auf Finanzinstrumente zu erbringen, die das Halten von Geld, Wertpapieren und sonstigen Instrumenten umfassen würden. Auch hätten die Prüfungen die einwandfreien Verwaltungsweisen der geprüften Gesellschaften bestätigt. In den Jahren 2001 und 2002 seien weder durch die CI ? CE noch durch die KS-AG Kredite aufgenommen worden.

In ihrer Stellungnahme vom 19. Jänner 2004 führte die Finanzmarktaufsicht aus, dass durch den Anhang 1 Z 1 der Richtlinie 89/646/EWG das Einlagengeschäft als "die Entgegennahme von Einlagen oder anderen rückzahlbaren Gelder" definiert werde. Diese Richtlinie und somit deren Regelungsinhalt seien vom Bundesgesetzgeber mit § 1 Abs 1 Z 1 BWG umgesetzt worden. Außerdem habe mit der Einführung des BWG das Einlagengeschäft gegenüber dem bis dahin in Österreich üblichen Begriff eine Erweiterung erfahren. Es sei ein Auffangtatbestand geschaffen worden, mit dem die bis dahin oft bestehenden Auslegungsschwierigkeiten betreffend bestimmter Sachverhalte verhindert werden sollten. Seit dem In-Kraft-Treten des BWG sei daher eine subjektive Zwecksetzung der Geldanlage nicht mehr nötig. Damit sei auch das Ziel eines unternehmerischen Gewinnes mittels der Einlage nicht mehr von entscheidungswesentlicher Bedeutung. Das Einlagengeschäft nach dem BWG umfasse somit nicht nur Einlagen im klassischen Sinne des früher in Österreich geltenden KWG, vielmehr müsse in europarechtskonformer Interpretation und in Umsetzung des Anhangs 1 Z 1 der Richtlinie 89/646/EWG jede gewerbliche Entgegennahme anderer

rückzahlbarer Gelder des Publikums unter das Einlagengeschäft subsumiert werden. Das Einlagengeschäft sei daher neben der notwendigen Gewerblichkeit durch die Wesensmerkmale der Entgegennahme fremder Gelder (Gelder des Publikums) und dem unbedingten Rückzahlungsanspruch des Geldgebers charakterisiert. Im Übrigen liege gemäß der Rechtsauffassung des deutschen Bundesamtes für Finanzaufsicht ein Einlagengeschäft im Sinne der obigen Ausführungen immer dann vor, wenn von einer Vielzahl von Geldgebern auf Grundlage typisierter Verträge laufend Gelder entgegengenommen werden, die ihrer Art nach nicht banküblich besichert sind. Bei der Interpretation des unbestimmten Gesetzesbegriffs des Einlagengeschäfts sei neben der obangeführten europarechtlichen Erwägungen insbesondere auf den Schutz des Publikums abzustellen, zumal eine andere Betrachtungsweise zu erheblichen Rechtsschutzdefiziten der Anleger führen würde. Auch sei das Ziel der Schutzbestimmungen des BWG in erster Linie die präventive Vermeidung eines allfälligen Schadensfalles. Es würde also im gegenständlichen Fall von einer Tatbildverwirklichung auszugehen sein.

Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2004 führte der Berufungswerberinvertreter aus, dass durch den Gemeinschaftsgesetzgeber der Europäischen Union keine Definition der ?Einlage? oder des ?Einlagengeschäftes? erfolgt sei. Auch sei das Ziel der europarechtlichen Regelungen die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes und des freien Wettbewerbs zwischen den Banken, sodass durch die gegenständlichen Richtlinien keine Konsumentenschutzintentionen verfolgt worden seien. Es sei daher weiterhin für die Beurteilung, ob ein Einlagengeschäft vorliege, die bankwirtschaftliche Verkehrsauffassung maßgeblich. Daher sei die bloße Weiterleitung von Geldern durch die Ci an die CE für den Verkauf von Aktien der CE nicht als Einlagengeschäft zu qualifizieren. Im Übrigen fehle es auch an dem wesentlichen Merkmal eines unmittelbaren Rückzahlungsanspruches. Der Umstand, dass durch die CE ohne Zwischenschaltung einer Bank eigene Aktien unter Zuhilfenahme der Vermittlungstätigkeit der Ci verkauft worden seien, sei rechtlich

zulässig.

Zu der am 19. Februar 2004 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung erschienen für den Berufungswerberinvertreter Herr Rechtsanwalt Dr. Andreas Sch, der Vertreter der Finanzmarktaufsicht, Herr Dr. Oliver Schü, und der vom Berufungswerberinvertreter namhaft und stellig gemachte Zeuge, Herr Dipl. Ing. Michael V.

Der Berufungswerberinvertreter bestritt im Zuge der Verhandlung ausdrücklich nicht den im Straferkenntnis festgestellten Sachverhalt. Es stimme, dass auf einem Konto der Ci-Ce AG Gelder von Personen, welche Aktien der Ce-AG gekauft gehabt hatten (diese Aktien seien von der Ci vermittelt worden und zwar in ihrer Eigenschaft als Wertpapierdienstleisterin), aufbewahrt worden seien. Es könne zwar nicht ohne Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt gesagt werden, wie lange diese Gelder jeweils auf den Konto der Ci erlegen seien, doch würden die diesbezüglichen Erhebungen der FMA nicht bestritten. Der Vertreter der FMA brachte vor, dass von einem Ce-Aktien kaufenden Kunden erstmals am 30. Mai 2001 auf dieses Konto eine Einzahlung getätigten worden sei und dass danach bis zum 10. Oktober 2001 von anderen Kunden Einzahlungen getätigten worden seien. All diese Gelder seien dann am 10. Oktober 2001 auf ein Konto (Kapitalerhöhungskonto) der Ce überwiesen worden. Dazu führte der Berufungswerberinvertreter aus, dass im gegenständlichen Fall die gegenständlichen Inhaberaktien von den jeweiligen Kunden vor der Geldüberweisung auf das Konto der Ci gezeichnet worden seien. Damit hätten diese Personen ein unbedingtes Anwartschaftsrecht auf die Teilhaberschaft als Aktionär erworben. Mit Unterzeichnung sei man bereits Aktionär. Diesem Vorgang liege eine bewilligte Kapitalerhöhung zu Grunde, sodass die Zeichnung der Aktien bereits vor der Firmenbucheintragung rechtlich möglich und zulässig gewesen sei. Man erwerbe bereits durch die Zeichnung einer solchen Aktie auch das Recht auf Ausschüttung einer Dividende. Die Muttergesellschaft stelle einen Zeichnungsschein aus. Wenn genügend Leute gezeichnet haben, dann finde die Kapitalerhöhung statt. Wenn nicht genügend Leute gezeichnet haben, müsse ein Beschluss auf Kapitalherabsetzung erfolgen. Ein Widerruf der Kapitalerhöhung sei nicht möglich. Einer förmlichen Annahmeerklärung bedürfe es nicht, da die Ci als Geschäftsbesorgungskaufmann im Sinne des § 1313 ABGB auftrete und sohin im Namen der Ce berechtigt sei, das Inhaberaktienkaufanbot anzunehmen. Dieses Anbot sei faktisch stillschweigend angenommen worden, indem die Einzahlungen, welche auf das Ci-Konto geleistet worden waren, nicht rücküberwiesen worden seien, und folglich dem Einlangen der Gelder nicht widersprochen worden sei.

Auf den Hinweis des Vertreters der FMA, wonach durch das gegenständliche Anbot die Ci nur beauftragt worden sei, Aktien in Österreich anzukaufen, und sohin dieses Schreiben noch nicht als Kaufanbot zu werten sei, brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass die Ci eine zweigliedrige Treuhandschaft wahrgenommen habe. Die Ci sei von

beiden Kaufpartnern (vom jeweiligen Käufer und von der Ce) zum Kaufabschluss im jeweiligen Namen bevollmächtigt gewesen. Diese Bevollmächtigung sei hinsichtlich des Käufers aus dem dem Berufungsschriftsatz beigelegten Auftragsschein eines Käufers ersichtlich. Die Bevollmächtigung hinsichtlich des Abschlusses für die Ce könne nicht schriftlich vorgelegt werden. Es werde aber ziemlich sicher eine derartige Bevollmächtigung geben.

Der Zeuge Dipl.-Ing. Michael V brachte im Zuge der Verhandlung zeugenschaftlich einvernommen zu Protokoll, dass er Geschäftsführer der An Wirtschaftsprüfungsges.m.b.H. sei. Diese Gesellschaft habe die Jahresabschlüsse der Ci geprüft und dabei festgestellt, dass auf das gegenständliche Konto der Ci jedenfalls Einzahlungen von natürlichen Personen, welche Aktien der Ce im Zuge der bewilligten Kapitalerhöhung gezeichnet gehabt hatten, erfolgt seien. Er könne nicht angeben, ob auf dieses Konto ausschließlich Zahlungen von Personen, welche derartige Aktien gezeichnet gehabt hatten, sich befunden hatten.

Diesbezüglich brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass alle Kontoauszüge von diesem Konto im Akt erliegen würden und dass dieses Konto ausdrücklich für diese Kapitalerhöhung eingerichtet worden sei.

Weiters führte der Zeuge aus, dass ihm im Zuge der Prüfung mitgeteilt worden sei, dass dieses Konto ausschließlich zum Zweck der Durchführung der gegenständlichen Kapitalerhöhung eingerichtet worden sei. Es hätte auch festgestellt werden können, dass die eingezahlten Beträge auftragsgemäß an die Ce zum Zweck der Kapitalerhöhung weitergeleitet worden seien. Es sei nur eine strichprobenartige Überprüfung dahingehend erfolgt, ob Personen, welche auf dieses Konto Zahlungen geleistet hatten, auch Aktien gezeichnet gehabt hatten. Den Prüfern sei kein Fall aufgefallen, in welchem dies nicht der Fall gewesen wäre. Unter Verweis auf den Schriftsatz der Ci vom 9. Juli 2002, welchem ein Kontoauszug der Capital Bank Gr-AG vom 10. Oktober 2001 zu Grunde zugrunde liege, brachte der Vertreter der FMA vor, dass nach der gegenständlichen Überweisung auf diesem Konto noch ein Guthaben von etwa 2.850.000,-- ATS erlegen sei. Dies stelle einen Hinweis dar, dass auf diesem Konto nicht bloß Kundengelder aufgrund dieser Kapitalerhöhung erlegen seien.

Der Zeuge gab weiters an, dass nicht die gesamten auf die Konten eingezahlten Beträge an die Ce weitergeleitet worden seien, zumal die für die jeweiligen Käufe von der Ci beanspruchten Vermittlungsprovisionen nicht weitergeleitet, sondern einbehalten worden seien. Ihm sei nicht in Erinnerung, dass es zwischen der Capital Bank Gr-AG und der Ci hinsichtlich dieses Kontos irgendwelche besonderen Abreden gegeben hatte. Er erinnere sich nicht mehr an die Bezeichnung des Kontos und könne nicht mehr angeben, ob sich dieses Konto irgendwie von den übrigen Konten der Ci rechtlich unterschieden habe. Sachlich habe es sich de facto insofern unterschieden, als auf dieses Konto Zahlungen von Kunden aufgrund der gegenständlichen Kapitalerhöhung einbezahlt worden seien. Der primäre Geschäftszweck der Ci im Jahre 2001 sei die Vermittlung von Vermögensanlagen für Kunden gewesen. Daneben sei durch diese Gesellschaft auch eine Beratungstätigkeit wahrgenommen worden. Nach Einsicht in den von ihnen erstellten Prüfbericht könne angegeben werden, dass die Provisionsbeträge sowohl für die Vermittlungs- als auch für die Beratungstätigkeit 429.000,-- Euro betragen hätten. Die Vermittlungserträge aus der Zeichnung der Ce Aktien hätten ca. 175.000,-- Euro betragen. Ein Teil dieser Beträge sei an externe Vertriebspartner weitergeleitet worden. An laufenden Ausgaben in diesem Jahr seien die Bezahlung von Vermittlungsprovisionen, die Miet- und Personalkosten, etc. in der Höhe von etwas EUR 390.000,-- angefallen. Die finanzielle Situation dieser Gesellschaft sei ausgezeichnet gewesen, so sei der Betrag von EUR 860.000,-- am Ende des Jahres 2001 in Bundesanleihen angelegt worden. Am 22. März 2001 sei eine Kapitalerhöhung um EUR 910.000,-- beschlossen worden. Dieser Betrag sei ausschließlich von der Muttergesellschaft gezeichnet worden. Im Herbst 2000 sei die Ci gegründet worden. Der Kontostand zu Beginn des Jahres 2001 habe 96.000,-- EUR betragen. Er könne nicht sagen, wann die Kapitalerhöhung ins Firmenbuch eingetragen worden ist, d.h. ab wann die Ci über diesen Betrag verfügen habe können. Die Eintragung sei jedenfalls vor dem 23. Mai 2001 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 18. März 2004 brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass die bisherigen Angaben dahingehend zu korrigieren seien, als die CI einen Franchise ? Vertrag hinsichtlich des Verkaufs von durch sie vermittelte Produkte mit der R Finance S.A. abgeschlossen habe. Diese habe die von der CI vermittelten Produkte wieder über andere Sub-Franchisenehmer und Broker verkauft. Der Vertriebsdirektor der R Finance S.A. für Zentral- und Osteuropa sei Herr Uros B gewesen, welcher zusätzlich zu seiner Anstellung bei dieser Gesellschaft auch einen eigenen Dienstvertrag zur CI erhalten habe. Er habe die Funktion eines Vertriebsdirektors der CI eingenommen und sei für die CI auch als Erfüllungsgehilfe tätig geworden. Er habe seine Sub-Franchisenehmer zur CI mitgenommen, welche als Sub-Franchisenehmer für die CI unter dem Franchisenehmer B tätig gewesen seien. Aufgrund des erhöhten Verwaltungsaufwandes sei mit Herrn Ing. Gerhard Ba ein weiterer Master-Franchisevertrag abgeschlossen worden.

Dieser sei zwischen der CI und dem Franchiseunternehmen R bzw. B eingeschoben worden. Er habe die Funktion eines Koordinationsvertriebsdirektors für die CI inne gehabt. Es habe sohin mehrere Franchisenehmerebenen gegeben, wobei jeder Franchisenehmer für seine Vertriebstätigkeit ein Entgelt erhalten habe. Außerdem seien zwölf selbstständige Vermögensbetrater für die CI tätig gewesen. Aktien seien nicht Gegenstand dieser Franchiseverträge gewesen. Herr B habe am 23. Mai 2001 im Zuge der von der CE am 8. März 2000 beschlossenen Kapitalerhöhung 2.585 Stück auf Inhaber und 3.900 Stück auf Namen lautende Aktien der CE zum Preis von ? 100,- pro Stück gezeichnet. Der Gesamtkaufpreis habe daher ?

648.500,- betragen. Zwar habe Herr B im Frühjahr 2003 beim Handelsgericht Wien zur GZ: 42 Cg 47/03g eine Klage zur Feststellung der Nichtigkeit dieses Aktienerwerbs eingebracht, doch sei in weiterer Folge ewiges Ruhen vereinbart worden. Herr B habe nicht zugleich mit der Übergabe der Zeichnungsscheine das Kaufgeld erlegt. Er habe seine Aktien an dritte Personen zum von ihm festgesetzten Verkaufspreis von ? 250,- pro Stück über seine Sub-Franchisepartner verkauft. Die CI habe im Auftrag der CE und mit Einverständnis von Herrn B das Kaufgeld für die Aktien von Herrn B im Aufrechnungswege gegen seinen Anspruch auf Herausgabe des gesamten Kaufgeldes auf Grundlage seines Kaufvertrages mit den einzelnen Drittpersonen eingehalten. Das einbehaltene Geld sei direkt auf das Kapitalertragskonto der CE überwiesen worden. Die restlichen ? 150,- pro Aktie seien für die Bezahlung der Provisionen der verschiedenen Betriebsebenen (Ing. Ba, Herr B, die einzelnen Sub-Franchisenehmer) und für die Vergütung der Tätigkeit der CI verwendet worden.

In der fortgesetzten öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 2004 legte der Berufungswerberinvertreter einen Auszug aus dem Firmenbuch, FN 200681w, bezüglich der Ci-Ce GmbH in Liqu. vor. Erläuternd führte er aus, dass diese Gesellschaft auch derzeit nicht überschuldet sei, doch sei in Folge eines Geschäftseinbruches die Generalversammlung zum Entschluss gekommen, diese Gesellschaft aufzulösen. Weiters wurde zu Protokoll gegeben, dass -wie bereits aus dem Firmenbuchauszug ersichtlich- die Konzession gemäß § 19 Wertpapieraufsichtsgesetz zurückgelegt worden sei und darüber ein mit 4. März 2004 datierter Bescheid der FMA ergangen sei.

Der Vertreter der FMA brachte vor, dass mit dem Schriftsatz vom 18. März 2004 von der Berufungswerberin nunmehr im Gegensatz zur bisherigen Verantwortung vorgebracht werde, dass es sich beim gegenständlichen Konto um kein Treuhandkonto gehandelt hätte, sondern um eine normale Firmenkonto. Nunmehr werde auch behauptet, dass die Zeichner der Ce Aktien diese nicht über Vermittlung der Ci gekauft hätten, sondern von jemandem, welcher zuvor die Aktien der Ce erworben hätte. Der Verwaltungsapparat der Ci sei demnach folglich nur verwendet worden, um das Franchiseunternehmen dieser Person zu unterstützen. Diese Interpretation des Vorganges wurde vom Berufungswerberinvertreter ausdrücklich bestätigt.

Auf Vorhalt, dass der Berufungswerber bzw. die Berufungswerberin im Zuge des Verfahrens mehrfach ihren Standpunkt geändert hatten und des Öfteren in einem Verfahrensstadium ein Sachverhalt behauptet und zum Beweis gestellt worden ist, welcher in einem späteren Stadium anders dargestellt und in seiner geänderten Form erneut wieder zum Beweis gestellt worden ist, brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass er nicht diese Sicht vertrete. Vielmehr sei von Anfang an in Übereinstimmung mit dem Schriftsatz vom 18. März 2004 stets dasselbe Sachverhalt vorgebracht worden.

Auf entsprechenden Vorhalt einiger der offensichtlichsten Widersprüche brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass die Informationsdichte im Zuge des Verfahrens zugenommen hätte und daher das Sachverhaltsvorbringen entsprechend verändert und präzisiert worden sei.

Auf Vorhalt, warum dem Berufungswerber bzw. der Berufungswerberin bzw. der Ci auch nicht aufgefallen sei, dass der Prüfungsbericht der An Wirtschaftsprüfungsges.m.b.H. einen anderen Sachverhalt ermittelt hatte, als nunmehr behauptet werde, brachte der Berufungswerberinvertreter vor, dass diesbezüglich keine Angabe gemacht werden könnten.

#### DER UNABHÄNGIGE VERWALTUNGSSENAT WIEN HAT

##### ERWOGEN:

Aufgrund des Vorbringens der Berufungswerberin im Berufungsschriftsatz und dem im Akt erliegenden Firmenbuchauszug wird festgestellt, dass die Berufungswerberin im Zeitraum zwischen dem 1. Mai 2001 und dem 1. November 2001 Mitglied des Vorstandes der CI-CE AG (nunmehr CI-CE Ges.m.b.H. in Liqu.) gewesen war und diese

Funktion bis zur Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung inne gehabt hatte.

Weiters wird aufgrund der im erstinstanzlichen Akt erliegenden Kontoauszüge und des Vorbringens der Berufungswerberin in den mündlichen Verhandlungen vor dem erkennenden Senat festgestellt, dass die CI-CE AG (vormals CE AG) an ihrem (damaligen) Sitz in G, Gl-gürtel, jedenfalls im Zeitraum zwischen dem 30. Mai 2001 und dem 10. Oktober 2001 1) im Zuge einer Kapitalerhöhung ihrer Muttergesellschaft, der CE?AG (seit einer Umfirmierung am 10. September 2002 C-AG und seit einer weiteren Umfirmierung am 1. November 2002 KS-AG) als Bevollmächtigte für eine nicht näher feststellbare Person (die Muttergesellschaft oder Herr B oder eine andere bislang verheimlichte Person) seit dem 28. Mai 2001 den jeweiligen Kaufpreis für diverse Aktienkäufe (Zeichnungsgelder der Anleger) auf dem firmeneigenen Konto bei der Capital Bank Gr-AG mit der Konto Nr. 15 in der Höhe von ATS 18.308.005,98

entgegengenommen und auf diesem Konto belassen hatte, wobei in weiterer Folge ein Teilbetrag dieser entgegengenommenen Zahlungen in der Höhe von ATS 8.923.554,55 am 10. Oktober 2001 auf das Kapitalerhöhungskonto der CE mit der Konto Nr. 669 bei der Bank A-AG überwiesen worden ist.

Aufgrund der unbestrittenen Angaben der Finanzmarktaufsicht wird im Übrigen festgestellt, dass die Ci im gegenständlichen Zeitraum über eine Wertpapierdienstleistungskonzession i.S.d. § 19 WAG verfügt hatte.

Unter Zugrundelegung der unbestrittenen und diesbezüglich wohl substantiiert getätigten Angaben des Zeugen Dipl.-Ing. Michael V ist davon auszugehen, dass der primäre Geschäftszweck der Ci im Jahre 2001 die Vermittlung bzw. der Kauf von Vermögensanlagen für Kunden gewesen war, wobei daneben durch diese Gesellschaft auch Beratungstätigkeiten wahrgenommen worden waren. Aufgrund der Angaben des Zeugen Dipl.-Ing. Michael V kann zudem als gesichert angenommen werden, dass im Rahmen der laufenden Ausgaben der Ci im Jahr 2001 aus der Bezahlung von Vermittlungsprovisionen und der Miet- und den Personalkosten Ausgaben in der Höhe von mindestens EUR 390.000,-- erfolgt waren und dass der Kontostand der im Jahre 2000 gegründeten Ci zu Beginn des Jahres 2001 EUR 96.000,-- betragen hatte. Außerdem sind demnach aufgrund einer am 23. Mai 2001 ins Firmenbuch eingetragenen Kapitalerhöhung der Ci dieser vor diesem Zeitpunkt EUR 910.000,-- zugeflossen.

Nicht festgestellt werden kann, ob die Aktienverkäufe, deren Zeichnungsgelder auf das Konto der Ci überwiesen worden sind, von der Ci oder einer anderen Person, etwa Herrn B, vorgenommen worden sind. Unermittelbar ist auch, welche Person zum Zeitpunkt der gegenständlichen Aktienverkäufe der Verkäufer dieser Aktien gewesen war, daher in wessen Namen die Aktienkäufe durch Franchisenehmer erfolgt sind. Auch kann nicht angegeben werden, in welcher Weise die Zeichnungsgelder, welche nicht an die Ce überwiesen worden sind, verwendet worden sind, zumal die diesbezüglichen Ergebnisse der Prüfung durch die An Wirtschaftsprüfungsges.m.b.H. (demnach wäre die Summe der Provisionsbeträge, welche die Ci für die Vermittlungs- als auch für die Beratungstätigkeit im Jahre 2001 erhalten hätte, 429.000,-- Euro gewesen, wobei die Cl aus der Zeichnung der Ce Aktien Vermittlungserträge in der Höhe von ca. 175.000,-- Euro lukriert hätte und wobei entsprechend des Prüfberichtes lediglich EUR 35.200,-- auf das Konto der Ce überwiesen worden seien) im Lichte der nunmehrigen Erhebungen und der Angaben der Berufungswerberin nicht als gesichert angesehen werden müssen (vgl. die aufgrund der Angaben der Capital Bank Gr-AG durch den erkennenden Senat erfolgte Aufstellung der auf ein einziges Konto der Ci eingegangen Geldüberweisungen aus dem Kauf von Ce-Aktien, und den Umstand, dass am 10. Oktober 2001 ATS 8.923.554,55 von diesem Konto auf ein Konto der Ce überwiesen worden sind).

Es ist dem erkennenden Senat deshalb nicht möglich, diese obangeführten Feststellungen zu treffen, da die Ci bzw. die Berufungswerberin offenkundig während des ganzen gegenständlichen Verfahrens und wohl auch während der erfolgten Prüfung dieses Unternehmens durch die An Wirtschaftsprüfungsges.m.b.H. bestrebt war, den wahren Sachverhalt durch wiederholt geändertes Sachverhaltsvorbringen zu verschleiern.

Im Übrigen ist nicht hervorgekommen, dass die Ci im Jahre 2001 ein Kreditfinanzierungsgeschäft getätigten hatte und daher mit den auf ihrem Konto mitunter monatelang gelagerten Geldern eigene Darlehen oder Kredite gewährt hatte. Auch kann insbesondere bei Würdigung der Angaben des Zeugen Dipl. Ing. V nicht festgestellt werden, dass die Ci mit den gegenständlichen Geldern allfällige eigene Kredite oder das eigene Aktivgeschäft (vgl. die Ausführungen zur Finanzlage dieser Gesellschaft) finanziert hatte.

Rechtlich ist auszuführen:

Gemäß § 1 Abs 1 BWG in der anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/1998 sind zu Bankgeschäften i.S.d. § 1 Abs 1

BWG nur Kreditinstitute i.S.d. § 1 BWG befugt. Der Betrieb der in § 1 Abs 1 BWG genannten Geschäfte bedarf (unbeschadet besonderer bundesgesetzlicher Regelungen, wie z.B. § 103 Z 5 BWG oder § 19 WAG) gemäß § 4 Abs 1 BWG der Konzession des Bundesministers für Finanzen.

§ 1 Abs 1 Z 1 Bankwesengesetz (BWG) in der anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 126/1998 normiert, dass die gewerblich durchgeführte Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft), soweit sie gewerblich durchgeführt wird, ein Bankgeschäft ist.

Gemäß § 98 Abs 1 BWG in der anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 97/2001 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu EUR 20.000,-- zu bestrafen, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt.

In gegenständlichen Fall ist zu prüfen, ob die zwischen dem 28. Mai 2001 und dem 18. Dezember 2001 erfolgten Entgegennahmen von Geldern aus dem Verkauf von Ce-Aktien in der Höhe von ATS 18.308.005,98 (bzw. betreffend der im Zeitraum zwischen dem 30. Mai 2001 und dem 10. Oktober 2001 eingelangten diesbezüglichen Geldbeträge) auf das Konto der Ci bei der Capital Bank Gr-AG mit der Kontonummer 65, von denen am 10. Oktober 2001 648.500,-- Euro auf das Kapitalerhöhungskonto der Ce (Kontonummer 669 bei der Bank Austria) überwiesen worden sind, als Einlagengeschäfte i. S.d. § 1 Abs 1 Z 1 BWG zu qualifizieren sind.

Zur Klärung der Frage, ob die gegenständliche Kundengelderannahme als Einlagengeschäft zu qualifizieren ist, ist zunächst zu ermitteln, welcher Einlagenbegriff dem § 1 Abs 1 Z 1 BWG zugrunde liegt:

§ 1 Abs 1 Z 1 BWG in der im angelasteten Zeitraum gültigen Fassung BGBl. I Nr. 126/1998 lautet wie folgt:

(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);"

Der Wortlaut der Begriffsbestimmung des Einlagengeschäfts in der Fassung BGBl. I Nr. 126/1998 unterscheidet sich daher nicht von dem der Stammfassung.

Dem Einlagengeschäft i.S.d. § 1 Abs 1 Z 1 BWG unterliegen daher nur Geschäfte, in welchen fremde Gelder zur Verwaltung oder als Einlage entgegen genommen werden.

Der österreichische Einlagengeschäftsbumfasst daher einerseits das Geschäft der Verwaltung entgegengenommener Gelder und andererseits das Geschäft der Entgegennahme fremder Gelder als Einlage.

Das Geschäft der Verwaltung fremder Gelder im Sinne der Stammfassung des BWG ist nach Ansicht der erkennenden Behörde nur dahingehend auszulegen, dass darunter all jene Verträge zu subsumieren sind, in welchen jemand gewerbsmäßig fremde Gelder mit der Abrede annimmt, deren Vermögenswert durch entsprechende Veranlagungshandlungen zu erhöhen, ohne dass dadurch ein Depotgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 5 leg cit, ein Bankgeschäft i.S.d. § 1 Abs 1 Z 6 leg cit, ein Investmentgeschäft i.S.d. § 1 Abs 1 Z 13 leg cit oder ein Beteiligungsfondsgeschäft i.S.d. § 1 Abs 1 Z 15 leg cit begründet wird. Eine derartige Vorgangsweise der Ci liegt im gegenständlichen Fall offenkundig nicht vor, zumal im gegenständlichen Fall jedenfalls von keiner Verwaltung von Geldern gesprochen werden. Die einbezahlten Beträge wurden ja nicht zum Zwecke der Wertsteigerung dieser Vermögenswerte auf das Konto einbezahlt bzw. verwahrt. Es kann daher bloß von einer Verwahrung von angenommenen Kundengeldern, welche unter Umständen zum mindestens auch im Interesse der Ci erfolgt ist, gesprochen werden.

Hinsichtlich der zweiten Art der Durchführung eines Einlagengeschäfts i.S.d. § 1 Abs 1 Z 1 BWG, nämlich dem Geschäft der Entgegennahme fremder Gelder als Einlage, findet sich in den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Stammfassung (vgl. RV zur Stammfassung, 1130 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des NR, XVIII. GP, S. 113f) der Hinweis, dass diese Bestimmung dem § 1 Abs 1 Z 1 deutsches KWG nachgebildet ist. Es ist daher davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber diesem Geschäft (der Entgegennahme fremder Gelder als Einlage) den deutschen Einlagengeschäftsbumfasst zugrundelegen wollte. Es muss folglich davon ausgegangen werden, dass bei der Auslegung des Einlagenbegriffes die bis zum Zeitpunkt der Erlassung der Stammfassung des BWG ergangene höchstgerichtliche deutsche Judikatur heranzuziehen ist.

Zum Begriff der ?Einlage" i.S.d. deutschen Kreditwesengesetzes wird im Kommentar von Reischauer/Kleinhans (vgl.

Reischauer F; Kleinhans J.; Kreditwesengesetz. lose Blattkommentar für die Praxis; Berlin 1963 -Loseblatt der Ergänzungslieferung 5/86, zu § 1 Randziffer 13) die Ansicht vertreten, dass dieser Begriff nicht juristisch abschließend definiert werden könne, da es sich um einen rein wirtschaftlichen Begriff handle, der dem bankwirtschaftlichen Verkehr entnommen ist. Diesem Begriff wohne notwendigerweise ein veränderliches Element inne. Die Auslegung dieses Begriffes müsse sich nach dem Gesetzeszweck der jeweiligen Gesetzesbestimmung und der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der Praxis des Bankgeschäfts orientieren. Von einer ?Einlage" sei dann auszugehen, wenn auf Grund einer Wertung aller Umstände des einzelnen Falles der konkrete wirtschaftliche Vorgang nach der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung die Annahme fremder Gelder als ?Einlagen" darstelle. Gemäß der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung diene das Einlagengeschäft der Kreditinstitute bankwirtschaftlich der kontinuierlichen Ansammlung liquiden Kapitals für die laufende Finanzierung des Aktivgeschäfts. So seien die Einlagen Finanzierungsmittel und die für die Einlagen zu zahlenden Zinsen Finanzierungskosten des auf die Erzielung von Gewinn gerichteten Aktivgeschäfts der Kreditinstitute. Einlagen im Sinne der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung werden daher mit der Absicht entgegengenommen, durch eine ?positive" Differenz zwischen den Bedingungen der Annahme dieser Gelder und der unternehmerischen Tätigkeit der Kreditinstitute Gewinn zu erzielen. Das Einlagengeschäft i.S.d. BWG sei daher das klassische passivseitige Geschäft der Kreditinstitute und finde dieses auf der aktiven Seite seine Entsprechung im Kreditgeschäft. Sohin unterscheidet sich der Begriff des Einlagengeschäfts des § 1 Abs 1 Z 1 BWG faktisch nicht wesentlich vom Einlagengeschäfts begriff der österreichischen Vorgängerbestimmung des § 1 Abs 2 Z 1 österreichisches KWG (vgl. diesbezüglich die Umschreibung des Einlagengeschäfts in Avancini P., Iro. G., Koziol H., Österreichisches Bankvertragsrecht. Band I, Wien 1987, S. 455-460).

Für die Auslegung des erkennenden Senates, dass der Einlagengeschäfts begriff des BWG im Sinne der Judikatur und Lehre zum Einlagengeschäfts begriff des deutschen KWG zum Stichtag 1. Jänner 1994 und daher de facto nicht wesentlich anders als der Einlagengeschäfts begriff des am 31. Dezember 1993 gültigen österreichischen KWG auszulegen ist, spricht im Übrigen auch die zum Einlagengeschäft des BWG ergangene Literatur. Leo Chini und Georg Fröhlichsthal qualifizieren als die wesentlichen Merkmale des Einlagengeschäfts die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage. Unter Entgegennahme verstehen in diesem Zusammenhang Leo Chini und Georg Fröhlichsthal in ihrem Praxiskommentar zum Bankwesengesetz (vgl. Chini L., Fröhlichsthal, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz; Wien<sup>2</sup> 1997; § 1 Randziffer 11) in Übereinstimmung mit der deutschen Judikatur und Literatur die laufende Entgegennahme fremder Gelder von mehreren

Geldgebern auf Grund typisierter Verträge als Darlehen oder zur unregelmäßigen Verwahrung ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten und ohne schriftliche Vereinbarung im Einzelfall. Der Begriff ?fremde Gelder" dieser Bestimmung ist nach Leo Chini und Georg Fröhlichsthal in Übereinstimmung mit Laurer (vgl. auch Laurer R, Fremuth W., Handbuch zum Kreditwesengesetz, Wien 1984, Rz 20 zu § 1) dahingehend auszulegen, dass von solchen nur dann gesprochen werden könne, wenn primär ein Rückzahlungsanspruch bestehe, sodass im Falle des Anspruches einer synallagmatischen Gegenleistung (wie z.B. bei 1) Nostrogeldern, 2) Anzahlungen auf einen Kauf-, Dienstleistungs- oder ähnlichen Vertrag, sofern kein Zwecksparvertrag vorliegt, 3) Verpflichtungen aus Kaufverträgen, 4) aktive Kontokorrentsalden (die aber nachträglich zu Einlagen werden können), 5) Habensalden auf Verrechnungskonten und 6) aufgenommenen Geldern aus der Emission von Schuldverschreibungen) das Vorliegen eines ?fremden Geldes" zu verneinen sei (vgl. Chini L., Fröhlichsthal, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz; Wien<sup>2</sup> 1997; § 1 Randziffer 11).

Dass durch die gegenständlichen Geldentgegennahmen ein Einlagengeschäft ausgeübt worden ist, ist nach Ansicht des erkennenden Senates bei Zugrundelegung der obigen

Ausführungen schon deshalb zu verneinen, da im Falle der Bezahlung aufgrund eines geschlossenen Kaufvertrages geschuldeten Kaufpreises abgesehen vom Fall der Auflösung dieses Kaufvertrages kein Anspruch auf Rückzahlung dieses Geldbetrages begründet wird. In solch einem Fall entsteht nämlich grundsätzlich lediglich ein Anspruch auf Aushängung des gekauften Guts.

Im Zuge des durchgeföhrten Beweisverfahrens ist für die erkennende Behörde kein Hinweis hervorgekommen, dass 1) die Kunden der Ci, welche Gelder auf das gegenständliche Firmenkonto überwiesen hatten, diese Geldbeträge nicht (ausschließlich) zum Zwecke der Bezahlung einer Kaufpreisforderung (aus jeweils einem Aktienkaufvertrag) auf das gegenständliche Konto überwiesen hatten, und 2) dass seitens der Ci diese Gelder (zumindest auch) deshalb angenommen und auf ihrem Konto verwahrt worden waren, um dadurch deren unternehmerische Tätigkeit zu

finanzieren. Es fehlt daher 1) infolge des Vorliegens von Einzahlungen zum Zwecke der Erlangung einer in einem Kaufvertrag begründeten synallagmatischen Gegenleistung der Ce an der Voraussetzung, dass durch die Geldeinzahlung primär ein (unbedingter) Rückzahlungsanspruch der Ci begründet werden hätte sollen (bzw. begründet wurde) und

2) an der gebotenen subjektiven Komponente der Absicht, durch die Geldannahme das Aktivgeschäft der Ci laufend zu finanzieren. Außerdem konnte im Zuge des durchgeföhrten Verwaltungsstrafverfahrens nicht erwiesen werden, dass durch die gegenständlichen Gelder das Aktivgeschäft der Ci zumindest teilweise finanziert worden war. An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass auf dem gegenständlichen Bankkonto mehr oder weniger durchgehend zumeist erhebliche Geldbeträge erlagen, welche seitens der Capital Bank Gr-AG verzinst wurden. In Anbetracht des Umstandes, dass nicht festgestellt werden konnte, dass die Ci im Zeitraum vom 30. Mai 2001 bis zum 10. Oktober 2001 einen Kredit aufgenommen hatte und auch kein Anlass zur Annahme gegeben ist, dass auf den Konten der Ci sich in diesem Zeitraum nicht stets Aktiva befunden hatten, welche über der jeweiligen Summe der in diesem Zeitraum eingezahlten Zeichnungsgeldern gelegen waren (vgl. die Ausführungen des Zeugen Dipl.-Ing. Michael V), kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Ci durch das durch die Zeichnungsgelder verursachte erhöhte Kontoguthaben sich Kreditzinsen erspart hätte. Die entsprechend der üblichen Bankpraxis relativ geringen Zinseinkünfte, welche für die Deponierung der Zeichnungsgelder auf dem gegenständlichen Konto der Ci zugeflossen sind, stellen aber keine relevante Finanzierung des Aktivgeschäfts der Ci dar.

Es liegen daher nach Rechtsansicht des erkennenden Senates keine Indizien für das Vorliegen eines Einlagengeschäfts vor. Es mag im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben, ob die gegenständliche Gesamtaktivität der Ci als Effektengeschäft i.S.d.

§ 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG oder als ein anderes Bankgeschäft zu qualifizieren gewesen wäre, zumal die Klärung dieser Frage dem erkennenden Senat schon gemäß § 66 Abs 4 AVG verwehrt ist. Jedenfalls aber sind die gegenständlichen Zeichnungsgelderannahmen und die zum Teil monatelange Belassung dieser Gelder auf einem firmeneigenen Konto nicht als Einlagen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG und daher auch nicht als Einlagengeschäfte im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren, weshalb das erstinstanzliche Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen war.

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)