

TE UVS Wien 2011/01/28 06/FM/47/9138/2010

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.01.2011

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Schmid als Vorsitzenden, Dr. Martschin als Berichtler und Dr. Koprivnikar als Beisitzerin über die Berufung des Herrn Mag. Reinhard W., vertreten durch Rechtsanwälte, vom 7.9.2010 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 25.8.2010, Zl. FMA-UB0209.100/0001- BUG/2009, wegen Übertretung des § 98 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 Z 1 und § 4 Abs 1 Bankwesengesetz, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Euro 1.000,-, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis richtet sich gegen den Berufungswerber als Bschuldigten und enthält folgenden Spruch:

?I. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 31.12.2005 geschäftsführender Direktor der SE T. Finanzinvest (bis 30.12.2005 T. Finanzinvest AG, im Folgenden: T.) mit Sitz in We., B.-gasse. Sie haben es in dieser Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, zu verantworten, dass die T. gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 31.12.2005 bis 30.04.2010 entgegengenommene fremde Gelder mit der Abrede verwaltet hat, deren Vermögenswert durch entsprechende Veranlagungshandlungen zu erhöhen, wobei für die T. ein diesbezüglicher Ermessensspielraum vorhanden war.

Dies dadurch, dass die T. Genussscheine mit der Bezeichnung ?F.? (ISIN: AT0000687215), ?C. XXL? (ISIN: AT 000076), ?C.? (ISIN: AT000068) ?D.? (ISIN: AT000065) begeben hat und die Genussscheininhaber bei der Zeichnung der Genussscheine die Gelder direkt auf

das auf die T. lautende Konto Nr. 281... bei der O.-bank, eingezahlt haben und in

weiterer Folge die eingezahlten Gelder von der T. verwaltet wurden. Für jeden dieser Genussscheine wurde innerhalb der Gesellschaft je ein eigener selbständiger Rechnungskreis errichtet (siehe Punkt 4.4 der jeweiligen Genussscheinbedingungen). Das an die Gesellschaft bezahlte Genussscheinkapital jedes Rechnungskreises diente der Finanzierung der Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften, welche zu 100% im Eigentum der T. standen und in welcher die Handels- und Veranlagungstätigkeit durchgeführt wurde (Punkt 2 der Genussscheinbedingungen).

Für jeden dieser Genussschein-Rechnungskreise gab es eine eigene Veranlagungs-Strategie (Punkt 2. der Genussscheinbedingungen). Das Genussscheinkapital wurde grundsätzlich größtenteils in Aktien, Futures, Futuresfonds, Obligationen und Optionen investiert.

Teile der Verwaltungstätigkeit wurden gemäß Punkt 4.4 (?Berechnung des Genussscheinvermögens (eigener Rechnungskreis)?) der Genussscheinbedingungen auch direkt von der T. erbracht, weshalb 1/6 Prozent pro Monat, berechnet vom Vermögenswert am Bewertungsstichtag, seitens der SE T. als ?Verwaltungskostenbeitrag? einbehalten wurden.

Gemäß Punkt 4.1 der Genussscheinbedingungen verbrieft ein Genussschein lediglich einen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der Gesellschaft, jedoch keine Beteiligung am laufenden Gewinn. Gemäß Punkt 4.4 der Genussscheinbedingungen erfolgt die Berechnung des Genussscheinvermögens jeweils an einem eigenen Rechnungskreis. Der Anspruch auf Genussrechtsinhaber errechnet sich somit lediglich nach dem Erfolg der Veranlagungen des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals. Die T. verfügte zu keinem Zeitpunkt über eine Konzession der FMA gemäß § 4 BWG. II. Die T. haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 98 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 Z 1 und § 4 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 66/2009

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 5.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tage

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§ 98 Abs 1 BWG iVm 16, 19, 44a VStG

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

* 500 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe werden gleich 15 Euro angerechnet); * - Euro als Ersatz der Barauslagen für -.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 5.500,-- Euro.?

In der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung bringt der Rechtsmittelwerber im Wesentlichen vor, es sei richtig, dass die T. Finanzinvest AG ab dem 1.9.2005 kein Genussscheinkapital entgegen genommen habe und das bis September 2005 entgegengenommene Genussscheinkapital ausschließlich an ausländische Gesellschaften im Wege eines Zuschusses zur Verfügung gestellt worden sei. Ausschließlich diese ausländischen Gesellschaften seien daraufhin entsprechend den Genussscheinbedingungen veranlagungsexekutiv tätig geworden. Entgegen der Rechtsansicht der FMA habe die T. mit der Investition des gesamten Genussscheinkapitals in die ausländischen Gesellschaften kein konzessionspflichtiges Gewerbe ausgeübt, weshalb der Tatbestand des § 1 BWG nicht erfüllt sei. Dies deshalb, da die T. keinen Handel mit Finanzinstrumenten in Österreich durchgeführt habe, sondern der Handel und die Verwaltung mit Genussscheinkapital ausschließlich durch ausländische Gesellschaften erfolgt sei, weshalb auch das investitionskausale Handelsergebnis nicht der T. zugerechnet worden sei. Damit habe die T. kein tatbestandsmäßiges Verhalten gesetzt. Weiters würde die Erstbehörde den Tatbestand in zwei Tatbestandselemente gliedern, nämlich in die ?Entgegennahme fremder Gelder? und die ?Verwaltung fremder Gelder? und leite sie daraus das Vorliegen eines Dauerdeliktes ab. Diese Rechtsansicht sei insofern verfehlt, als das pönalisierte Verhalten ausschließlich auf die Entgegennahme von Geldern abstelle, dies mit der Maßgabe, dass die Gelder zur weiteren Verwaltung entgegen genommen würden. Pönalisiert sei damit die Entgegennahme fremder Gelder, weshalb ausschließlich auf die Entgegennahme abzustellen sei. Die Erstbehörde habe damit in rechtsirriger Ansicht verkannt, dass die Bestrafung auch wegen eingetretener Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung ausgeschlossen sei, da die erste Verfolgungshandlung am 20.11.2008 erfolgt sei, sohin 37 Monate nach der festgestellten letzten Entgegennahme von Genussscheinkapital am 1.9.2005. Weiters verkenne die Erstbehörde, dass gegenständlich wesentliche Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe im Sinne des § 5 VStG vorliegen würden, welche keine Berücksichtigung gefunden hätten. Der VwGH habe ausgeführt, dass eine verbindliche Rechtsauskunft oder ein Feststellungsbescheid einer zuständigen Behörde einen Schuldausschließungsgrund darstelle. Tatsächlich seien zum hier inkriminierten Sachverhalt nicht bloß Auskünfte zuständiger Behörden oder Feststellungsbescheide ergangen, sondern liege sogar ein rechtskräftiges Erkenntnis der zuständigen Behörde und ein rechtskräftiges Gerichtsurteil vor. Die Bundeswertpapieraufsicht als Rechtsvorgängerin der FMA habe mit Schreiben vom 2.5.2001 an das BM für

Finanzen die Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen den Vorstand der T., Herrn Wolfgang H., angeregt. Daraufhin habe das BM für Finanzen am 25.5.2001 Anzeige an den Magistrat der Stadt We. als zuständige Verwaltungsstrafbehörde erster Instanz erstattet. Gegenstand dieser Anzeige sei ebenso wie im gegenständlichen Verfahren der Verdacht der unerlaubten bankgeschäftlichen Tätigkeit gemäß § 1 Abs 1 BWG, konkret die Entgegennahme von Genussscheinkapital zur Verwaltung, gewesen. Der Magistrat der Stadt We. habe aufgrund dieser Anzeige ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet, welches nach Abführung eines umfangreichen Ermittlungsverfahrens mit Verständigung der Verfolgungsbehörde vom 14.4.2003 gemäß § 45 Abs 1 Z. 1 VStG eingestellt worden sei. Damit sei festzuhalten, dass mit der rechtskräftigen Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens vor dem Magistrat der Stadt We. bereits eine bindende und zu dem angefochtenen Straferkenntnis diametral entgegen gesetzte Entscheidung zu ein und demselben Sachverhalt vorliege. Ferner sei festzuhalten, dass gegen den Berufungswerber als Aufsichtsrat der T. ein Strafverfahren vor dem LG We. abgeführt worden sei, in welchem ihm ein Vergehen nach § 255 Aktiengesetz im Zusammenhang mit einem Aktionärsbrief vorgeworfen worden sei, der die Zeichnung von Genussscheinen angekündigt habe, obwohl laut Anklagevorwurf der Berufungswerber gewusst habe, dass die T. über keine Konzession der Bundeswertpapieraufsicht verfüge. Im Zuge der Hauptverhandlung sei der zuständige Referent der FMA, Mag. Ha., zum Beweisthema der Konzessionspflicht für die Entgegennahme von Genussscheinkapital zeugenschaftlich einvernommen worden. Das Strafgericht habe den Berufungswerber in allen Anklagepunkten freigesprochen, wobei dieser Freispruch selbstredend nur unter der Prämisse erfolgen habe können, dass die genannte Vorfrage dahingehend gelöst worden sei, dass die Annahme von Genussscheinkapital nicht konzessionspflichtig sei. Damit sei festzuhalten, dass mit diesem erfolgten Freispruch auch ein bindendes und zum angefochtenen Erkenntnis diametral entgegen gesetztes Urteil zu ein und demselben Sachverhalt vorliege. Die FMA sei über den Ausgang beider Verfahren vollinhaltlich informiert gewesen. So habe die FMA im Strafverfahren vor dem LG We. über Aufforderung des Gerichtes mit Schreiben vom 14.5.2002 zur Frage der Konzessionspflicht Stellung genommen. Der Berufungswerber habe unter Bezugnahme auf diese Stellungnahme am 24.9.2002 ein Schreiben an die FMA gerichtet, mit der er auch unter Hinweis auf das anhängige Verwaltungsstrafverfahren um eine klärende Stellungnahme ersucht habe. Am 25.9.2002 habe sein ausgewiesener Verteidiger ein weiteres Schreiben an die FMA gerichtet, mit welchem um aufsichtsbehördliche Stellungnahme zu den beiden genannten Verfahren ersucht worden sei. Mit Schreiben der FMA vom 30.9.2002 sei auf die ausschließliche Zuständigkeit des Magistrates der Stadt We. als Strafbehörde erster Instanz einerseits sowie auf die Zuständigkeit des LG We. im Strafverfahren andererseits verwiesen und eine sachbezogene Rechtsauskunft verweigert worden. Aus dem dargestellten Geschehensablauf ergebe sich, dass zwei einschlägige Entscheidungen zuständiger Behörden und Gerichte vorliegen, die das vorgeworfene Verhalten als nicht tatbestandsmäßig erkennen würden. Damit liege aber ein Schuldausschluss- bzw. Entschuldigungsgrund im Sinne des § 5 VStG vor, zumal sich der Berufungswerber unzweifelhaft auf die Richtigkeit und die Bindungswirkung dieser rechtskräftigen Entscheidungen verlassen habe dürfen. Ergänzend sei anzumerken, dass die Strafbehörde erstmals mit der Aufforderung zur Stellungnahme vom 20.11.2008 in dieser Sache an die T. herantreten sei, der Berufungswerber stets bemüht gewesen sei, den für ihn völlig überraschenden Tatvorwurf aufzuklären und habe dieser in der Folge den Anordnungen der FMA umgehend Folge geleistet. Die Strafbehörde trage seinem objektiviert verantwortungsvollen Verhalten lediglich im Rahmen der Strafbemessung Rechnung. Mit den weiteren Berufungsausführungen wird ins Treffen geführt, dass gegenständlich eine Anwendung des § 21 Abs 1 VStG geboten gewesen wäre. Der erkennende Senat führte in dieser Rechtssache am 13.1.2011 eine mündliche Berufungsverhandlung durch, anlässlich welcher die Verfahrensparteien gehört wurden.

Der Berufungswerber sagte dabei wie Folgt aus:

?Ergänzend möchte ich darauf hinweisen, dass sich die Frage einer Konzessionspflicht gemäß BWG für die in Rede stehenden Genussscheine nicht nur anlässlich der in der Berufung angeführten Verfahren (Verwaltungsstrafverfahren der Stadt We. sowie gerichtliche Strafverfahren des LG We.) gestellt hat, sondern diese Frage auch unternehmensintern mehrmals erörtert wurde, insbesondere schon vor Gründung der T. Finanzinvest AG. Ich verweise diesbezüglich beispielhaft auf eine von mir unterzeichnete Anfrage an das BMF vom 9.11.1998, in welcher es ebenfalls um Genussscheine ging. Zum Beweis dieses Vorbringens lege ich ein Urkundenkonvolut vor (Beilage A).

Weiters war es so, dass im Zuge der Unternehmensgründung auch sachverständiger Rat hinsichtlich der Frage eingeholt wurde, ob das Geschäftsmodell der T. eine Konzessionspflicht gemäß dem BWG auslösen würde. Diesbezüglich wurde Rat eingeholt bei De., E., des Prospektprüfers Dr. Be. sowie des Wirtschaftsprüfers Mag. A. Von

sämtlichen dieser Experten wurde festgestellt, dass die Konzessionspflicht gemäß BWG dadurch vermieden werden könnte, wenn die eigentliche Tradingtätigkeit im Ausland durchgeführt wird. Dies war auch der Grund dafür, dass in den USA für jeden Genussschein jeweils eine eigene Gesellschaft gegründet wurde, die mit dem Trading beauftragt war.

Weiters möchte ich darauf verweisen, dass im Februar 2005 eine Prüfung durch die FMA bei der Gesellschaft Wi. stattgefunden hat, wo ich damals Geschäftsführer war und war ich zu diesem Zeitpunkt auch Aufsichtsrat der T.. Auf Grund des immer größer werdenden Volumens der Genussscheine wurde die Geschäftstätigkeit von der T. an die Gesellschaft Wi. übertragen.

Im Zuge dieser Prüfung wurde auch das gegenständliche Genussscheinmodell seitens der FMA untersucht und wurde mir im Zuge des Resümeegespräches am 25.2.2005 von Vertretern der FMA mitgeteilt, dass ich mich mit der Bankenaufsicht der FMA in Verbindung setzen solle, da die gegenständliche Genussscheinkonstruktion nunmehr seitens der FMA als konzessionspflichtiges Bankgeschäft angesehen wird. Daraufhin richtete ich ein Schreiben an Mag. Hö., welcher mir zunächst als diesbezüglicher Ansprechpartner bei der FMA genannt wurde. In weiterer Folge wurde ich an Frau Dr. P. verwiesen, weshalb ich diese anschrieb. Das von mir gewünschte Gespräch kam jedoch nicht zustande und wurde mir sodann seitens des Prüfungsleiters Mag. S. mitgeteilt, dass er für mich zuständig sei.

Wenn ich gefragt werde, warum ich auf Grund der Mitteilung anlässlich des Resümeegespräches, wonach eine Konzessionspflicht hinsichtlich der Genussscheinkonstruktion als erforderlich angesehen wird, nicht umgehend einen Antrag auf Erlangung einer solchen gestellt habe, gebe ich an, dass dies so dezidiert nicht gesagt wurde, es wurde auf anhängige höchstgerichtliche Verfahren verwiesen. Im Übrigen verweise ich auf meine Aussage vor der FMA am 6.8.2009 und halte diese Angaben weiter aufrecht.

Wenn ich gefragt werde, ob mir seitens eines Behördenvertreters jemals die Auskunft erteilt wurde, dass für die gegenständliche Genussscheinkonstruktion keine Bankkonzession erforderlich wäre, verweise ich auf die im Urkundenkonvolut befindliche Aktennotiz vom 24.9.2002. Ich habe darin den Inhalt eines Telefongespräches mit Mag. Ha. festgehalten, welcher mir damals mitteilte, dass es Konzessionspflicht dann bestehe, wenn im Inland das Trading erfolgt, allerdings keine Konzessionspflicht dann besteht, wenn das Trading über ausländische Tochtergesellschaften stattfindet.

Wenn ich gefragt werde, ob ich nicht anlässlich des genannten Resümeegespräches vom Februar 2005 Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit der von Mag. Ha. erteilten Auskunft gehabt habe gebe ich an, dass ich mich darauf weiter verlassen habe, da keine wirklich konkrete gegenteilige Auskunft erteilt wurde und auf die anhängigen Verfahren vor dem VwGH verwiesen wurde.

Es ist richtig, dass die Einzahlung der Gelder für die Genussscheine auf ein Konto bei der O.-bank erfolgte, welches auf die T. lautete.

Auf die Einvernahme des Mag. Ha. vor dem Landesgericht We. angesprochen, gebe ich an, dass dieser anlässlich seiner Aussage zur Konzessionspflicht gemäß BWG hinsichtlich der gegenständlichen Genussscheinkonstruktion keine bestimmte Auffassung vertreten hat, sondern auf das anhängige Verfahren vor dem Magistrat der Stadt We. verwiesen hat. Den vorgelegten Prüfbericht der FMA vom 23. September 2005 habe ich im Herbst des selben Jahres erhalten.

Soweit ich mich erinnern kann, wollte sich Mag. Ha. anlässlich seiner Einvernahme vor dem LG We. nicht festlegen, ob eine Konzessionspflicht gemäß BWG besteht. Auch wurde mir seitens der FMA nicht schriftlich bestätigt, dass keine Konzessionspflicht für die in Rede stehende Genussscheinkonstruktion bestehe.

Mag. Ha. war nicht an der genannten Vorortprüfung beteiligt, sondern wurde mir dieser seitens der FMA als Ansprechpartner genannt.

Seitens des Magistrates der Stadt We. wurde mir nicht mitgeteilt, warum das dort geführte Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wurde. Wenn ich gefragt werde, ob ich nicht auf Grund der dezidierten Aussage im Prüfbericht, wonach eine Konzession gemäß BWG erforderlich sei, Grund zum Handeln gesehen habe, gebe ich an, dass ich immer um eine Lösung bemüht war, ich aber auch bei der FMA kein zuständiges Gegenüber gefunden habe und den Ausgang der höchstgerichtlichen Verfahren abwarten wollte. Dazu kommt, dass ab September 2005 keine Einzahlungen hinsichtlich dieser Genussscheine mehr erfolgte. Die genannten Sachverständigengutachten wurden in den Jahren 2000 bis 2002 eingeholt.

Im April 2010 ist letztlich die gesamte Tradingtätigkeit eingestellt worden und wurden die Genussscheine gekündigt, wobei wir schon im Herbst 2009 damit begonnen haben, dieses Modell aufzulösen.

Die Konzessionspflicht gemäß BWG, insbesondere auch § 1 Abs 1 Z. 7, war laufend Thema im Unternehmen und haben wir diesbezüglich mehrmals sachverständigen Rat eingeholt, auf den wir uns auch verlassen haben. Dabei wurde die Aktivseite abgehandelt und wurde auf der Passivseite durch die Sachverständigen keine Problematik gesehen. Nochmals gefragt, welche Mitteilung mir seitens der Vertreter der FMA hinsichtlich einer Konzessionspflicht gegeben wurde, gebe ich an, dass diese meinten, dass die gegenständliche Genussscheinkonstruktion vor dem Hintergrund einer erforderlichen Bankenkonzession rechtswidrig sein könnte, allerdings wurde nicht dezidiert gesagt, dass diese Konstruktion rechtswidrig ist, zumal ja Verfahren vor dem VwGH anhängig waren. Mir war schon aus den Medien von diesen VwGH-Verfahren bekannt und wurde dies auch im Gespräch mit den Behördenvertretern thematisiert. Seitens des LG We. wurde die Konzessionspflicht selbstverständlich geprüft und konnte ich auf Grund des Freispruches davon ausgehen, dass keine Konzessionspflicht besteht. Den selben Schluss habe ich aus der Verfahrenseinstellung vor dem Magistrat der Stadt We. gezogen.

Die Vertreterin der FMA bringt vor:

Das Schreiben der Bundeswertpapieraufsicht vom 17.9.2001 laut Beilage A bezieht sich auf eine Konzessionspflicht nach dem WAG und nicht auf eine solche nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG.?

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die im gegenständlichen Tatzeitraum maßgebliche Rechtslage des BWG stellt sich wie folgt dar:

§ 1. (1) Ein Kreditinstitut ist, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Bankgeschäfte sind die folgenden Tätigkeiten, soweit sie gewerblich durchgeführt werden:

1.

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

2.

.....

§ 4. (1) Der Betrieb der in § 1 Abs 1 genannten Geschäfte bedarf der Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA).

§ 98. (1) Wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, begeht, 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 50 000 Euro zu bestrafen.?

Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Aufgrund der Ergebnisse der Berufungsverhandlung wird als erwiesen festgestellt, dass der Berufungswerber seit 31.12.2005 geschäftsführender Direktor der SE T. Finanzinvest (im Folgenden: T.; bis 30.12.2005 T. Finanzinvest AG) mit Sitz in 4600 We. ist. Die T., die über keine Bankenkonzession gemäß § 1 Abs 1 BWG verfügte, hat im Zeitraum vom 29.2.2000 bis 1.9.2005 fremde Gelder zur Verwaltung mit der Abrede entgegen genommen, deren Vermögenswert durch entsprechende Veranlagungshandlungen zu erhöhen, wobei für die T. dafür ein großer Ermessensspielraum vorhanden war. Dies dadurch, dass die T. die Genussscheine mit der Bezeichnung ?F.? (ISIN: AT000068), ?C. XXL? (ISIN: AT 000076), ?C.? (ISIN: AT000068) und ?D.? (ISIN: AT000065) begeben hat und die Genussscheininhaber bei der Zeichnung dieser Genussscheine die Gelder

direkt auf das auf die T. lautende Konto Nr. 281-... bei der O.-bank AG, BLZ ...,

eingezahlt haben und in weiterer Folge diese eingezahlten Gelder von der T. verwaltet wurden, indem diese die Gelder an US-Gesellschaften (sogenannte L.L.C.) weitergeleitet hat, welche jeweils zu 100% im Eigentum der T. standen und welche die Tradingtätigkeit für die T. durchzuführen hatten. Die Entgegennahme von Genussscheinkapital endete mit

1.9.2005, allerdings erfolgte die Verwaltung der bereits zu diesem Zeitpunkt entgegengenommenen fremder Gelder auch im Zeitraum vom 31.12.2005 bis 30.4.2010. Mit 30.4.2010 hatte die T. sämtliche Genussscheinvereinbarungen gekündigt. Zum Stichtag 31.12.2008 hatten 38 Anleger ein Gesamtanlagevolumen von ca. 2,5 Millionen Euro in die genannten vier Genussscheine investiert. Für jeden der genannten Genussscheine wurde in den USA eine eigene 100%ige Tochtergesellschaft (L.L.C.) der T. gegründet, welche ausschließlich die Handels- und Veranlagungstätigkeit (Trading) durchzuführen hatten. Die Beauftragung zur Verwaltung bzw. die Letztentscheidung über die konkrete Vermögensverwaltung oblag der T., die als österreichische Muttergesellschaft auf ihre in den USA etablierten 100%igen Tochtergesellschaften beherrschenden Einfluss ausübte. Für jeden der genannten Genussscheine wurde innerhalb der Gesellschaft je ein eigener selbständiger Rechnungskreis gebildet (vgl. Punkt 4. der Genussrechtsbedingungen). Das Genussscheinkapital wurde je nach Genussschein in Aktien, Futures, Futuresfonds, Obligationen und Optionen investiert, wobei es für jeden der genannten Genussschein-Rechnungskreise eine eigene Veranlagungsstrategie gegeben hat (vgl. Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen). Der Anspruch der Genussrechtsinhaber errechnete sich nach dem Erfolg der Veranlagung des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals. Weiters steht fest, dass die in der Beilage 2 (des erstinstanzlichen Verwaltungaktes) angeführten Personen einen Anspruch auf die anteilige, ihrem Kapitaleinsatz entsprechende Beteiligung an den Erträgen aus dieser Veranlagungstätigkeit der T. erworben haben. Das an die Gesellschaft bezahlte Genussrechtskapital kam insgesamt somit vier gebildeten Rechnungskreisen zugute, wobei die Genussrechtsinhaber an der Wertentwicklung des jeweiligen Rechnungskreises partizipierten. Weiters wurden Teile der Verwaltungstätigkeit (gemäß Punkt 4.4. der Genussrechtsbedingungen) auch direkt von der T. erbracht, weshalb 1/6 Prozent pro Monat, berechnet vom Vermögenswert am Bewertungsstichtag, seitens der T. als ? Verwaltungskostenbeitrag? einbehalten wurde.

Die T. verfügte zu keinem Zeitpunkt über eine Konzession der FMA gemäß § 4 BWG. Diese Feststellungen gründen sich auf die vorliegende unbedenkliche Aktenlage und blieben auch vom Berufungswerber im gesamten Verfahren unbestritten. Insbesondere hat der Berufungswerber im Verfahren selbst vorgebracht, dass die vier ausländischen 100%igen Tochtergesellschaften der T. deshalb gegründet wurden, um die aufsichtsrechtliche Problematik in Österreich zu vermeiden. Weiters ergibt sich aus der ? in der Berufungsverhandlung aufrecht erhaltenen ? erstinstanzlichen Aussage des Berufungswerbers, dass hinsichtlich der Verwaltung der entgegengenommenen Gelder in Form der Veranlagung in Finanzinstrumente ?ein sehr großer Ermessensspielraum vorhanden war? und diese ? eigentlich keinen Beschränkungen unterliegen ist?. Der Berufungswerber hat auch eingeräumt, dass der Ermessensspielraum hinsichtlich der Veranlagung der Gelder bei der T. selbst gelegen ist, die bei der Veranlagung ?das letzte Wort? gehabt hat. Auch die Feststellungen, dass die Gelder auf ein auf die T. lautendes Konto bei der O.-bank AG einbezahlt wurden, von wo sie an die im Eigentum der T. stehenden US-Gesellschaften weitergeleitet wurden, wobei je Genussschein eine eigene US-Gesellschaft für die Verwaltung der Gelder gegründet wurde, ergibt sich aus der Verantwortung des Berufungswerbers.

Rechtliche Beurteilung:

Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 22.2.2006, Zl.2005/17/0195, zur Definition des Einlagengeschäftes nach § 1 Abs 1 Z. 1 BWG

Folgendes aus:

?Dem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG unterliegen Geschäfte, in welchen fremde Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (gewerblich) übernommen werden. Die "Entgegennahme" im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG bedeutet die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld, wobei es dabei nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen muss. Schlussendlich müssen fremde Gelder bei der entgegennehmenden Einrichtung einlangen (vgl. dazu Tessar, Der Einlagengeschäftsbegriff des Bankwesengesetzes, ÖZW 2004, 118). Dies kann auch in der Form geschehen, dass diese Gelder einem auf die genannte Einrichtung lautenden Konto, mag es auch als Anderkonto bezeichnet sein, eingezahlt werden. "Fremdes Geld" wird entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entsteht. 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 Weisungen einzugreifen, es muss aber eine Befugnis zu begrenzten selbstständigen 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 entgegengenommen (vgl. Avancini in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 455 f). Der nicht näher begründeten Behauptung von Kalss, wonach durch den Verwaltungsbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 BWG nur die Verwaltung von Geldern erfasst ist, bei welcher eine völlig freie Verwendungsmöglichkeit der entgegennehmenden Einrichtung gegeben ist, kann nicht gefolgt werden (vgl. dazu auch Tessar, Der Einlagengeschäftsbegriff des Bankwesengesetzes, ÖZW 2005, 9). 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 die Z 1, bei denen der Kunde einen Verwaltungsauftrag bzw. die Ermächtigung zur Vornahme von Dispositionen über die Einlage erteilt, wie dies etwa in Portfoliomanagementverträgen vorgesehen ist. Danach besteht eine Ermächtigung, Umschichtungen im Rahmen der Verfolgung eines bestimmten Anlagezieles vorzunehmen (vgl. Diwok in Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, 1. Band, Rz 20 zu § 1). Im Übrigen betreibt Bankgeschäfte nur, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder ist (vgl. Laurer in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, Rz 5 zu § 1 BWG). Die Verwaltung des fremden 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 das WPDLU beim Finanzdienstleistungsgeschäft zu keiner Zeit Schuldner des Kunden bezüglich der gehaltenen Vermögenswerte werden darf.

Nach Auffassung des Berufungswerbers sei der inkriminierte Tatbestand schon deshalb nicht verwirklicht, da die Verwaltung des Genussscheinkapitals ausschließlich durch ausländische Tochtergesellschaften erfolgt sei und könne das Handeln dieser Tochtergesellschaften nicht der T. zugerechnet werden. Mit diesem Vorbringen übersieht der Rechtsmittelwerber zunächst, dass die T. die entsprechenden Aufträge zur Veranlagung in Finanzinstrumente an ihre Tochtergesellschaften erteilt hat (vgl. Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen) und überdies jeweils 1/6 Prozent pro Monat als Verwaltungskostenbeitrag dafür einbehalten hat, dass sie Teile der Verwaltungstätigkeit offenbar selbst durchführte (vgl. Punkt 4.4. der Genussrechtsbedingungen). Überdies hat der Berufungswerber im Verfahren selbst vorgebracht, dass es sich bei den für die Zwecke der Verwaltung (in Form der Veranlagung in Finanzinstrumente) gegründeten US-Gesellschaften um 100%ige Tochtergesellschaften der T. handelte. Vor allem aber liegt ? ebenfalls nach der Aussage des Berufungswerbers vom 6.8.2009 ? der Ermessensspielraum hinsichtlich der Veranlagung der Gelder bei der SE T.? und würde die T. diesbezüglich ?das letzte Wort? haben. Damit steht aber fest, dass die T. hinsichtlich der konkreten Veranlagungstätigkeit beherrschenden Einfluss auf die Tradingtätigkeit der ausländischen, in ihrem Eigentum stehenden Tochtergesellschaften nehmen konnte und diese Tochtergesellschaften nach den Vorgaben der T. diesbezüglich handeln musste (vgl. Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen). Nach Auffassung des erkennenden Senates ist bei einer solchen Konstellation die Verwaltungstätigkeit jedenfalls der T. zuzurechnen, auch wenn die genannten Tochtergesellschaften ihrerseits jeweils ?externe Verwalter? zur Veranlagung des Kapital beauftragt haben (vgl. dazu auch VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034).

Entgegen der Auffassung des Berufungswerbers ist in Ansehung der ihm angelasteten Tat weder Verfolgungs- noch Strafbarkeitsverjährung eingetreten, da im gegenständlich inkriminierten Tatzeitraum (31.12.2005 bis 30.4.2010) jedenfalls die Verwaltung (im Sinne des § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG) der zuvor (bis 1.9.2005) entgegengenommenen Gelder erfolgt ist. Der Berufungswerber verkennt die Rechtslage, wenn er vermeint, mit der Entgegennahme von Genussscheinkapital sei die Tathandlung abgeschlossen, weshalb ab diesem Zeitpunkt die Verjährungsfristen zu laufen beginnen würden; vielmehr wird die Tat auch durch die Verwaltung im Sinne des § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG ? die gegenständlich durch die laufende Veranlagung in Finanzinstrumente erfolgte ? der schon vor dem Tatzeitpunkt entgegengenommenen Gelder verwirklicht, wobei die Verwaltung des von den einzelnen Genussscheininhabern einbezahlten Genussscheinkapitals in verschiedenen Rechnungskreisen der Tochtergesellschaften der

T. gegenständlich als einheitliches Delikt anzusehen ist. Insofern der Berufungswerber somit ins Treffen führt, dass im gegenständlich inkriminierten Tatzeitraum keine weitere Entgegennahme von Geldern erfolgt sei, sondern lediglich die bereits vor dem 1.9.2005 entgegen genommenen Gelder weiterverwaltet worden seien, weshalb der Tatbestand des § 1 Abs 1 Z. 1 BWG nicht verwirklicht sei, ist darauf zu verweisen, dass die Entgegennahme der fremden Gelder lediglich den ersten Teil der Tathandlung darstellt und von einem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG auch dann auszugehen ist, wenn im inkriminierten Tatzeitraum die zu verwaltenden Gelder bereits entgegen genommen waren, diese jedoch im Sinne einer Veranlagung in Finanzinstrumente (weiter)verwaltet wurden. Im Einzelnen ist zu den wesentlichen Tatbestandsmerkmalen einer Übertretung des § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG Folgendes auszuführen:

1. Entgegennahme fremder Gelder:

Nur die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage stellt ein Bankgeschäft dar. Ausgenommen vom Einlagenbegriff sind grundsätzlich Einlagen auf Gesellschaftsanteile sowie Genossenschaftsanteile und Aktien (Karas/Traxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 17).

Aus der vorliegenden Aktenlage geht nicht hervor, dass die einbezahlten Gelder ausschließlich gesellschaftsrechtliche Anteile an der T. oder ihren Tochtergesellschaften wären. Im gegenständlichen Fall haben die Genussscheininhaber das vereinbarte Kapital direkt auf das österreichische Konto des T. einbezahlt, wodurch diese die Verfügungsmacht in Bezug auf diese einbezahlten Gelder erhalten hat. Diese Gelder wurden sodann seitens der T. an ihre US-Tochtergesellschaften weitergeleitet, die wiederum über Auftrag der T. mit diesen Geldern Veranlagungen in verschiedenen Finanzinstrumenten durchführten (vgl. Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen).

2. Rückzahlungsanspruch:

Nach der Judikatur bedeutet die Entgegennahme im Sinne des § 1 Abs 1 Z. 1 BWG die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld?. Dabei muss es nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen, allerdings betreibt Bankgeschäfte nur, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder ist. Auch das Risiko eines Totalverlustes der Anleger ändert nichts an der Erfüllung des Tatbestandes des § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG. Von einer derartigen Entgegennahme ist aufgrund der im Akt einliegenden Vereinbarungen und Zeichnungsscheine (Beilage 3.) zwischen der T. und den Genussscheininhabern auszugehen, weil dabei von Dritten nach dem Investmentvertrag zunächst Zahlungen auf ein Konto der T. geleistet wurden.

Im vorliegenden Fall hatten die Genussscheininhaber auch einen obligatorischen Anspruch auf jenen Teil der von ihnen einbezahlten Gelder, der sich nach Berechnung des Genussscheinvermögens für sie ergab (vgl. Punkt 4.1. und 4.4. der Genussrechtsbedingungen).

3. Verwaltung fremder Gelder:

Entscheidend für das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit ist, dass vereinbarungsgemäß entgegengenommene Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen sind, wobei dem Entgegennehmenden ein gewisser Entscheidungsspielraum? zusteht. Der Geldgeber kann dabei auch im Einzelfall selbst entscheiden oder mit Weisungen eingreifen (Karas/Traxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 23). Stellt der Erwerb eines Genussrechtes, einer Anleihe oder auch eines Gesellschaftsanteils (etwa im Rahmen einer stillen Beteiligung) nach der konkreten Ausgestaltung im Kern lediglich einen Vermögensverwaltungsauftrag (in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages) dar, liegt ungeachtet des rechtlichen Gewands grundsätzlich eine Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung vor (Karas/Traxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 24). Im gegenständlichen Fall handelt es sich aufgrund der Ausgestaltung dieser Veranlagungen im Kern um einen Vermögensverwaltungsauftrag? mit der Abrede, den Vermögenswert der an die T. geleisteten Gelder zu erhöhen. Eine Beteiligung der Kunden an den Gewinnen der Gesellschaft ist ebenso wenig vorgesehen, wie ein Anspruch auf Liquidationserlös (vgl. Punkt 1. der Genussrechtsbedingungen). Es hat sich somit nicht ergeben, dass die Geldgeber gegenständlich durch Zahlung des Genussrechtskapitals am unternehmerischen Risiko teilnehmen (und deshalb keine "Einlage" im Sinne des BWG vorliegen würde). Im vorliegenden Fall beteiligten sich die Geldgeber nicht am Risiko eines Unternehmens, dem sie Kapital hingaben, sondern schlossen mit ihrem Vertragspartner einen Vertrag betreffend die Verwaltung der hingegebenen Gelder nach bestimmten Grundsätzen (vgl. Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen). Wie der VwGH ausgeführt hat, liegt in einem solchen Fall nicht ein Genussrecht im Sinn der Hingabe von Kapital für den unternehmerischen Zweck des Unternehmens, dem das Kapital überlassen wird, vor. Daher stellen solche Genussscheine nicht eine Beteiligung an einem Unternehmen dar, sondern es wird aus den aus der Begebung der Genussscheine lukrierten Mitteln ein getrennt verwaltetes Vermögen gebildet (VwGH 26.11.2010, Zl. 2006/17/0006).

Dass gegenständlich ein großer Ermessensspielraum für die Veranlagung in Finanzinstrumente bei der T. selbst gelegen ist, hat der Berufungswerber anlässlich seiner Einvernahme vom 6.8.2009 eingehend dargelegt und dies im Berufungsverfahren bestätigt. Wie oben dargelegt, vermochte die Weiterleitung der entgegengenommenen Gelder? welche als Zuschüsse an die US-Tochtergesellschaften tituliert wurden? an die im Eigentum der T. stehenden Tochtergesellschaften in den USA nichts daran zu ändern, dass der Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Verwaltung der entgegengenommenen Gelder bei der T. verblieben ist.

4. Gewerblichkeit:

Gewerblich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird? (Karas/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 6). Mangels des Erfordernisses einer Gewinnerzielungsabsicht kommt es somit nicht darauf an, zu welchem Zweck - etwa auch im Rahmen einer ideellen, karitativen oder gemeinnützigen Tätigkeit - eine wirtschaftliche Leistung erbracht wird (Karas/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 10). Es ist gleichgültig, ob damit auch eine Gewinnerzielung bzw. überhaupt eine Deckung der Selbstkosten angestrebt wird (Laurer in FLPR, KWG, § 1 Rz. 6).

Laut den Genussrechtsbedingungen (Punkt 4.4.) wurde den Genussscheininhabern ein Verwaltungskostenbeitrag seitens der T. verrechnet, wodurch jedenfalls Einnahmen erzielt wurden. Weiters wurden standardisierte Formulare für die Vereinbarungen zwischen der T. und den Genussscheininhabern verwendet, wodurch jedenfalls Gewerblichkeit indiziert wird.

Nachhaltigkeit liegt nach der Judikatur des VwGH grundsätzlich bei wiederholter Tätigkeit unter Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses vor, was im vorliegenden Fall durch die wiederholte und in zeitlichen Abständen erfolgte Entgegennahme von Geldern seitens der T. jedenfalls gegeben ist. Aus diesen Gründen liegt eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen vor. Die T., deren gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Berufungswerber im gegenständlichen Tatzeitraum war, hat somit, ohne über die erforderliche Konzession für das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG zu verfügen, von 31.12.2005 bis 30.4.2010 Bankgeschäfte gewerblich betrieben, indem sie fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat.

Zur subjektiven Tatseite:

Bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil weder der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, noch über das Verschulden etwas bestimmt wird. Bei solchen Delikten obliegt es gemäß § 5 Abs 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, z.B. durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung entsprechender Beweisanträge.

Hinsichtlich der Verwirklichung der subjektiven Tatseite führt der Berufungswerber zunächst aus, dass das gegen den Vorstand der T. Finanzinvest AG, Herrn Wolfgang H., wegen eines ebensolchen Tatvorwurfes geführte Verwaltungsstrafverfahren vor dem Magistrat der Stadt We. eingestellt worden sei. Dazu ist zunächst auszuführen, dass dieses Verfahren nicht den Berufungswerber, sondern den ehemaligen Vorstand, Herrn Wolfgang H., betroffen hat und die Verfahrenseinstellung bereits am 10.4.2003, somit deutlich vor Beginn des gegenständlichen Tatzeitraumes, erfolgte. Davon abgesehen lässt sich aber der gemäß § 45 Abs 1 Z. 1 VStG verfügten Einstellung dieses Verfahrens durch den Magistrat der Stadt We. in keiner Weise entnehmen, dass die Einstellung dieses Verfahrens deshalb erfolgt sei, da eine Konzessionspflicht in Ansehung des damals angezeigten Sachverhaltes zu verneinen gewesen wäre. Aufgrund dieses gegen eine andere Person geführten Verwaltungsstrafverfahrens konnte der Berufungswerber somit nicht davon ausgehen, dass der damals vorliegende Sachverhalt kein konzessionspflichtiges Bankgeschäft darstellen würde, zumal sich der Verfahrenseinstellung keine Begründung entnehmen lässt und auch dem Berufungswerber laut seiner Aussage in der Berufungsverhandlung seitens des Magistrates der Stadt We. kein Grund für die Einstellung dieses Verwaltungsstrafverfahrens mitgeteilt wurde. Somit durfte der Berufungswerber insgesamt nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass dieses Verfahren mangels Tatbestandsmäßigkeit (im Sinne des Nichtvorliegens einer Konzessionspflicht) eingestellt worden sei.

Aber auch das vom Berufungswerber ins Treffen geführte Urteil des LG We. zeigt nicht auf, dass den Berufungswerber kein Verschulden treffen würde. Insbesondere lässt sich diesem Urteil nicht entnehmen, dass der gemäß § 259 Z. 3 StPO, BGBl. Nr. 631/1975 idF. BGBl. Nr. 605/1987, ausgesprochene Freispruch deshalb erfolgt sei, da die gegenständlich inkriminierte Tätigkeit keiner Konzession der Bundeswertpapieraufsicht bedürfen würde; vielmehr wurde nach der Begründung der gekürzten Urteilsausfertigung deshalb ein Freispruch gefällt, da kein Schuldbeweis gegeben ist. Damit erfolgte dieser Freispruch mangels Erweisbarkeit der subjektiven Tatseite, weshalb der Berufungswerber nicht davon ausgehen durfte, die in Rede stehende Genussscheinkonstruktion würde jedenfalls kein Bankgeschäft darstellen. Insoweit der Berufungswerber in seinem Rechtsmittelschriftsatz auf die Einvernahme des Mag. Ha. vor dem Landesgericht We. verweist, ist auszuführen, dass der Berufungswerber anlässlich seiner

Einvernahme im Berufungsverfahren selbst ausgeführt hat, dass Mag. Ha. anlässlich dieser Einvernahme zur ? Konzessionspflicht gemäß BWG hinsichtlich der gegenständlichen Genusscheinonstruktion keine bestimmte Auffassung vertreten, sondern auf das anhängige Verfahren vor dem Magistrat der Stadt We. verwiesen hat?. Insgesamt durfte der Berufungswerber somit nicht davon ausgehen, dass der Freispruch darin begründet sei, dass keine Konzessionspflicht für die in Rede stehende Genusscheinonstruktion bestehe.

Wenn der Berufungswerber weiters ausführt, dass er anlässlich eines Telefonates vom 22.9.2002 vom Mitarbeiter der FMA, Mag. Ha., die Auskunft erhalten habe, dass dann keine Bankkonzessionspflicht bestehe, wenn die Tradingtätigkeit über ausländische Tochtergesellschaften erfolgte, so ist der Berufungswerber darauf zu verweisen, dass die FMA ? wie sich aus der eigenen Aussage des Berufungswerbers ergibt ? die in Rede stehende Genusscheinonstruktion anlässlich einer Vorort-Prüfung bei der Gesellschaft für Wirtschaftvergleich GmbH, deren Geschäftsführer der Berufungswerber damals war, näher untersucht hat. Dabei wurde dem Berufungswerber von einem Mitarbeiter der FMA anlässlich des Resümeegespräches vom 25.2.2005 ? somit zeitlich deutlich nach dem genannten Telefonat mit Mag. Ha. ? mitgeteilt, dass die gegenständliche Genusscheinonstruktion seitens der FMA als konzessionspflichtiges Bankgeschäft angesehen werde.

Vor allem aber findet sich im Prüfbericht der FMA über die Prüfung gemäß § 24 Abs 2 WAG bei dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen ?Gesellschaft für Wirtschaftvergleich GmbH? vom 23.9.2005 ? anlässlich welcher nach der Aussage des Berufungswerbers die gegenständliche Genusscheinonstruktion geprüft wurde ? unter Punkt 26/3 folgende Feststellung:

? Die FMA hält fest, dass in der Vergangenheit mit der von der GfW-Gruppe angebotenen, vergleichbare Genusscheinonstruktionen als konzessionspflichtige Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs 1 Z. 1 BWG eingestuft wurden und fordert die GfW daher dringend auf, sich diesbezüglich mit der Bankenaufsicht der FMA in Verbindung zu setzen, um ein etwaiges unerlaubtes Erbringen von Bankgeschäften gemäß § 98 BWG auszuschließen.?

Mit diesem Prüfbericht wurde somit die Gesellschaft Wi. GmbH, deren Geschäftsführer der Berufungswerber war, seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde explizit darauf hingewiesen, dass derartige Genusscheinonstruktionen als konzessionspflichtige Bankgeschäfte anzusehen sind. Der Berufungswerber hat jedoch nach Erhalt dieser Informationen spätestens ab Herbst 2005 keine Handlungen gesetzt, um den Betrieb von konzessionslosen Bankgeschäften durch die gegenständliche Genusscheinonstruktion zu vermeiden. Insbesondere hat es der Berufungswerber ab dem genannten Zeitpunkt unterlassen, bei der zuständigen Behörde eine Rechtsauskunft bzw. eine Bankkonzession zu erlangen.

Somit vermochte das vom Berufungswerber ins Treffen geführte Telefonat vom 24.9.2002 mit Mag. Ha. als Mitarbeiter der FMA, schon deshalb keine, den Berufungswerber entschuldigende Rechtsauskunft darzustellen, da dem Berufungswerber jedenfalls ab dem Jahr 2005 (Resümeegespräch am 25.2.2005, Prüfbericht vom 23.9.2005) bekannt sein musste, dass die FMA die in Rede stehende Genusscheinonstruktion (nunmehr) als Bankgeschäft gemäß § 1 Abs 1 BWG qualifiziert.

Dass dem Berufungswerber von verschiedenen Wirtschaftsprüfern mitgeteilt worden sei, dass für das in Rede stehende Geschäftsmodell eine Konzessionspflicht gemäß BWG dadurch vermieden werden könne, wenn die eigentliche Tradingtätigkeit im Ausland durchgeführt werde, vermag vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des VwGH ebenso keinen entschuldigen Rechtsirrtum darzustellen. Dazu kommt, dass diese Informationen in den Jahren 2000 bis 2002 erteilt wurden (Beilage 1. zum Vh-Protokoll), somit vor Prüfung der Gesellschaft Wi. GmbH im Jahr 2005. Das vom Berufungswerber weiters ins Treffen geführte Schreiben der Bundeswertpapieraufsicht vom 17.9.2001 bezieht sich auf eine allfällige Konzessionspflicht gemäß WAG und wird darin zur Frage einer Konzessionspflicht für Tätigkeiten gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BWG überhaupt nicht Stellung genommen. Dass der Berufungswerber sonst von einem Behördenvertreter der zuständigen Behörde ab Kenntnis des genannten Prüfberichtes der FMA im Herbst 2005, in welchem von einer Konzessionspflicht für die in Rede stehende Genusscheinonstruktion ausgegangen wurde, die Rechtsauskunft erhalten habe, dass die inkriminierte Tätigkeit nicht konzessionspflichtig sei, hat der Berufungswerber selbst nicht behauptet.

Letztlich vermag auch der Umstand, dass im Jahr 2005 noch keine einschlägige Judikatur des VwGH zu der Frage bestanden habe, ob Genusscheinonstruktionen der gegenständlichen Art als konzessionspflichtige Bankgeschäfte anzusehen seien, den Berufungswerber nicht zu entschuldigen. Davon abgesehen legte der Verwaltungsgerichtshof

bereits in seinem oben zitierten Erkenntnis vom 22.2.2006, Zl. 2005/17/0195, die wesentlichen Kriterien des Einlagengeschäftes nach § 1 Abs 1 Z. 1 erster Fall BWG näher dar (ebenso VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034), sodass der Berufungswerber als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der T. bei Aufwendung der gebotenen und ihm auch zumutbaren Sorgfalt aufgrund der im Tatzeitraum bereits bestehenden höchstgerichtlichen Judikatur ohne weiteres erkennen hätte können, dass es sich bei der in Rede stehenden Genussscheinkonstruktion um konzessionspflichtige Bankgeschäfte handelt.

Auch der Umstand, dass eine entsprechende Anfrage an die Behörde unbeantwortet geblieben sei ? wie der Rechtsmittelwerber im Berufungsverfahren in den Raum stellt ? stellt für sich allein noch keinen Entschuldigungsgrund dar. Aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde zu einer Anfrage betreffend die rechtliche Qualifikation einer Tätigkeit kann noch nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit (ohne Konzession nach dem BWG) geschlossen werden (VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034). Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zwar davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden führt, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen wurde oder gesetzt wurde (vgl. VwGH 28.1.2008, Zl. 2004/10/0044), und dass eine (Rechts)Auskunft der zuständigen Behörde gegebenenfalls einen Schuldausschließungsgrund darstelle, solange jedoch weder eine solche Auskunft einer zuständigen Stelle noch ein Feststellungsbescheid vorliegt, kann der Rechtsunterworfenen sich nicht auf einen Schuldausschließungsgrund im Hinblick auf eine komplizierte Rechtslage und das Fehlen einer Antwort durch die Behörde auf eine entsprechende Anfrage berufen (VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034). Dazu kommt, dass die schriftlichen Anfragen der Gesellschaft für Wirtschaftsvergleich GmbH vom 10.3.2005 und 11.3.2005 stammen, somit zeitlich vor dem Prüfbericht der FMA vom 23.9.2005, in welchem in Ansehung der gegenständlichen Genussscheinkonstruktion von einem konzessionspflichtigen Bankgeschäft ausgegangen wurde, gestellt wurden (Beilage A. zum Vh-Protokoll). Insgesamt ist es dem Berufungswerber daher nicht gelungen, mangelndes Verschulden glaubhaft darzutun.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das BWG dient dem Schutz der Anleger (Kunden von Kreditinstituten) und soll die Funktionsfähigkeit des Bankwesens sichern. Dazu sieht das BWG ein Konzessionssystem vor und unterstellt die konzessionierten Firmen der Aufsicht durch die FMA. Die konzessionslose Ausübung eines Bankgeschäftes stellt daher einen besonders schweren Eingriff in das Rechtsschutzsystem des BWG dar und ist der Unrechtsgehalt der vorliegenden Verwaltungsübertretung, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, als hoch einzustufen.

Das Verschulden des Berufungswerbers konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervor gekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Dem Berufungswerber kommt der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit nicht mehr zugute. Entgegen der Auffassung der Erstbehörde stellen weder die (nach Auffassung der Erstbehörde relativ geringe) Anzahl der Genussscheininhaber, noch der Umstand, dass der Berufungswerber der Verfahrensanordnung der FMA vom 26.8.2009 ? mit welcher die T. zur Unterlassung der Verwaltung von fremden Geldern aufgefordert wurde ? nachgekommen sei, Milderungsgründe dar. Als erschwerend war hingegen der lange Tatzeitraum zu werten. Entgegen der Auffassung der Erstbehörde stellt die rechtskräftige Bestrafung des Berufungswerbers wegen Verletzung der Anzeigepflicht keinen Erschwerungsgrund dar, da es sich dabei im Sinne der Rechtsprechung des VwGH um keine

einschlägige Verwaltungsstraftat handelt. Mangels Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen war auf Grund der beruflichen Stellung des Berufungswerbers von überdurchschnittlichen Verhältnissen auszugehen, Sorgepflichten wurden keine ins Treffen geführt.

Vor dem Hintergrund dieser Strafbemessungskriterien und des zitierten gesetzlichen Strafsatzes ist die von der Erstbehörde verhängte Strafe jedenfalls tat- und schuldangemessen und ist auch unter Berücksichtigung der spezial- und generalpräventiven Komponente der Strafe die Strafbemessung der FMA nicht zu beanstanden.

Eine Anwendung des § 21 Abs 1 VStG kam nicht in Betracht, da in Ansehung des Unrechts- und Schuldgehaltes der Tat nicht davon die Rede sein kann, dass das tatbildliche Verhalten deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben wäre.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2011

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