

# TE UVS Wien 2013/03/20 06/FM/47/13851/2012

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.03.2013

## Beachte

Beschwerde beim VwGH anhängig Zl. 2013/17/0330 **Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Schmid als Vorsitzenden, Dr. Martschin als Berichter und Mag. Winter als Beisitzerin über die Berufung des Herrn Dr. Kurt C., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 24.9.2012 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 6.9.2012, Zl. FMA-UB0001.100/0001- BUG/2012, wegen Übertretung des BWG, entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt. In der Straffrage wird der Berufung insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von 10.000,00 Euro auf 7.000,00 Euro herabgesetzt wird. Die Strafsanktionsnorm lautet: ?§ 98 Abs. 1 BWG, BGBI. Nr. 532/1993 idF BGBI. I Nr. 48/2006?.

Dementsprechend wird gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 700,00 Euro, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe, reduziert.

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

## Text

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

?!. Sie waren zwischen 01.07.2008 und 25.08.2011 Vorstand der M. V. AG, mit aktuellem Sitz in Wien, A.-gasse.

Sie haben in Ihrer Funktion als Vorstand der M. V. AG als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBI Nr. 52/1991 idgF, zu verantworten, dass die M. V. AG jedenfalls im oben genannten Zeitraum ohne die gemäß § 4 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG) erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) gewerblich fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat.

Dies dadurch, dass die M. V. AG Genusscheine folgender Serien begeben hat:

Serie A (2001-2012/15) AT0000.....3 01.03.2002-31.03.2012

Serie B (2002-2013/16) AT0000.....5 01.01.2003-31.12.2012

Serie C (2002-2022/25) AT0000.....7 01.01.2003-31.12.2022\*

Serie D (2003-2023/26) AT0000.....2 01.01.2004-31.12.2023\*

Serie E (2003-2013/15) AT00006....5 01.07.2004-30.06.2013

\*Die Serien C und D basieren auf einem Ansparkkonzept, aufgrund dessen noch bis 2013 bzw. 2014 monatliche Raten auf die Genussscheine geleistet werden. Die Gelder der Genussscheinhaber wurden auf einem Konto, lautend auf die M. V. AG entgegengenommen und werden aktuell noch gehalten.

Die Genussscheinzeichner erwarben einen obligatorischen Anspruch auf einen Anteil am Teilergebnis (Gewinn und Verlust) des mit dem gesamten Genussscheinkapital gebildeten Rechnungskreises, noch am Liquidationserlös beteiligt. Die Stellung als Genussrechtsgläubiger berechtigt weiters zu keinen aktionärsähnlichen Vermögensrechten an der Emittentin, insb. sind keine Stimmrechte damit verbunden. Ein Totalverlust des eingesetzten Genussscheinkapitals ist möglich. Die Genussrechtsbedingungen regelten, dass das Genussrechtskapital von der Emittentin überwiegend für den (direkten oder indirekten) Erwerb von Private Equity und Venture Capital Beteiligungen zu verwenden ist. In welcher Art und in welcher Höhe die M. V. AG Beteiligungen erwirbt, war ihr überlassen, die Veranlagung erfolge nach pflichtgemäßem Ermessen. Auch die vorrübergehende Anlage in Termingeld oder termingeldähnliche Instrumente war möglich. Ein Mitspracherecht der Genussscheinhaber in der Auswahl der Beteiligungen war explizit ausgeschlossen. Die Genussrechtsbedingungen berechtigten die M. V. AG zum Erwerb insbesondere von Kommanditbeteiligungen an Schwestergesellschaften mit Sitz in Deutschland, die die Gelder sodann weiterveranlagen sollten. Zweck dieser geschlossenen Fonds? war der Aufbau eines Beteiligungsportfolios.

Die Emittentin erhielt einen jährlich steigenden Betrag zur Abgeltung ihres Administrativaufwands.

Der Nominalwert der gezeichneten Genussscheine beträgt rund ? 9,6 Mio, es haben 591 österreichische Genussscheinhaber gezeichnet.

II. Die M. V. AG haftet gemäß § 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz (VstG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 98 Abs. 1 BWG, BGBl. I 532/1993 idF BGBl. I 48/2006, iVm 4 Abs. 1, 1 Abs. 1Z 1 BWG, idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 10.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tage

Freiheitsstrafe von ---

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

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

1.000 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 11.000 Euro.?

Auf Grund der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung führte der erkennende Senat in dieser Rechtssache ? gemäß § 51e Abs. 7 VStG verbunden mit der Rechtssache GZ. 06/FM/47/13852/2012 (Peter Kurt Ha.) ? am 28.2.2013 eine gemeinsame Berufungsverhandlung durch, anlässlich welcher die Berufungswerber und ihr Rechtsvertreter sowie Vertreter der Erstbehörde gehört wurden. Ein Vertreter der haftungspflichtigen Gesellschaft ist der Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung fern geblieben, sodass diese gemäß § 51f Abs. 2 VStG in Abwesenheit der haftungspflichtigen Gesellschaft durchgeführt werden durfte. Die Berufungswerber sowie ihr Rechtsvertreter erstatteten in der Verhandlung folgendes Vorbringen:

Der Berufungswerber Dr. C. gibt über Befragen des Berichters an:

Es ist richtig, dass ich am 2.3.2010 bei der FMA einvernommen wurde und habe ich damals selbstverständlich wahrheitsgemäß ausgesagt. Weiters möchte ich ausführen, dass ich im gegenständlichen Tatzeitraum Vorstand der M. C. AG war, welche eine Tochter der deutschen M. mit Sitz in H. war. Geschäftsfeld dieser Gesellschaft war der Vertrieb der Beteiligungsprodukte der deutschen Muttergesellschaft. Die M. V. AG hatte als einzigen Zweck die Genussscheine zu begeben, um eine Veranlagung in die sieben geschlossenen Fonds zu ermöglichen. Ich selbst wurde im Jahr 2008 Vorstand der M. V. AG und habe zu diesem Zeitpunkt sowohl das Gutachten der Kanzlei F. sowie jenes von Prof. K. vorgefunden und habe mich darauf verlassen. Weiters habe ich damals den Kapitalmarktprospekt eingesehen und

wurde auch darin davon gesprochen, dass die Begebung der in Rede stehenden Genussscheine kein Bankgeschäft darstellt. Dieser Prospekt wurde von E. geprüft. Erst im Jahr 2009, als ich die FMA kontaktierte, habe ich davon Kenntnis erlangt, dass die Begebung der Genussscheine vor dem Hintergrund der Bestimmungen des BWG deshalb nicht rechtskonform sein könnte, da es sich dabei um ein Bankgeschäft handelt. Ich verweise diesbezüglich auf meine E-Mail vom 24.9.2009 an Herrn Stefan Kl. von der FMA.

Die Genussscheinbedingungen in der ursprünglichen Fassung laut Beilage 1 bis 5 zu OM 8 waren bis zum 16.4.2012 in Geltung. Ab diesem Zeitpunkt standen die von unserem Rechtsberater adaptierten neuen Genussscheinbedingungen in Geltung. Nach Kontaktierung der FMA wurde von uns auch angedacht, eine Bankenkonzession zu beantragen. Letztlich wurde deshalb davon abgesehen, weil dies zu kostspielig gewesen wäre und wir diese vermutlich auch, mangels Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen, nicht bekommen hätten. Außerdem war keine weitere Geschäftstätigkeit, abgesehen die in Rede stehenden Genussscheinbedingungen, bei der M. V. geplant.

Der BwV gibt an:

Die Niederschrift des Herrn Dr. C. vor der FMA ist uns inhaltlich bekannt. Mein Mandant hat heute schon die Richtigkeit seiner damaligen Aussagen bestätigt. Auf die neuerliche Befragung meines Mandanten zu jenen Fragen, die bereits von der FMA gestellt wurde, wird verzichtet und der Verwertung der Niederschrift vor der FMA durch den UVS zugestimmt.

Über Befragen durch den Vorsitzenden gibt der Berufungswerber Dr. C. an:

Gefragt, weshalb der Antrag auf Feststellung, dass bei Änderung der Genussrechtsbedingungen dahingehend, dass diese keine Dispositionsmöglichkeiten mehr zuließen, ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft nicht vorliegt, erst am 4.7.2011 an die FMA gestellt wurde, erkläre ich dies wie Folgt:

Wie schon ausgeführt, standen wir schon seit 2009 in regelmäßigem Kontakt mit der FMA und haben uns bemüht eine gesetzeskonforme Regelung herzustellen, die keine Nachteile für unsere Anleger mit sich bringen würde. Nachdem diverse Vorschläge unsererseits entweder nicht die Zustimmung der FMA erhalten hatten oder Nachteile für unsere Anleger mit sich gebracht hätten, sind wir 2011 auf den Gedanken gekommen, diesen Feststellungsantrag zu stellen. Inhaltlich lag dem zugrunde, dass wir unser Geschäftsmodell unverändert beibehalten konnten und lediglich die Genussrechtsbedingungen an unsere Praxis angepasst haben. Nach Erhalt des Feststellungsbescheides Ende Februar 2012 haben wir unsere Genussscheinbedingungen im Sinne dieses Feststellungsbescheides adaptiert.

Befragt vom Berichter gibt Dr. C. an:

Danach gefragt, welche Informationen die Kunden beim Erwerb der Genussscheine gehabt haben, gebe ich an, dass ich davon ausgehe, dass diese zumindest die Informationen nach dem Kapitalmarktprospekt hatten.

Meine Aussage vor der Erstbehörde dahingehend, dass sich die Mischverhältnisse der geschlossenen Fonds dann aufgrund des Einkaufsverhaltens ergeben haben und nicht von vornherein definitiv fix war (Seite 5 vorletzter Absatz), entspricht den Tatsachen.

Befragt von der Beisitzerin gibt Herr Ha. an:

Für die Abgeltung des Administrationsaufwandes laut Punkt 3.5 der Genussscheinbedingungen ist aufzuführen, dass dieser Betrag nicht regelmäßig eingehoben wurde, sondern gläublich erstmals im Jahr 2011, möglicherweise auch im Jahr 2010. Dieser diente als Kostenersatz für die Leistungen der Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung. Zu den in Punkt 3.5 erster Absatz angesprochenen Termingeschäften ist es in der Praxis nicht gekommen.

Befragt vom Berichter gibt Dr. C. an:

Eine außerordentliche Kündigung wurde zwar auch angedacht, jedoch vertrat unsere Muttergesellschaft in Deutschland die Auffassung, dass die von der FMA diesbezüglich geäußerte Kritik dafür nicht hinreichend sei. Ein Verkauf kam gleichfalls nicht in Betracht, da kein Markt dafür vorhanden war. Selbst wenn es zu einem Verkauf gekommen wäre, wäre dies nach meiner Einschätzung nur unter einem Verlust von 70 bis 80% möglich gewesen.?

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die im Tatzeitraum maßgebliche Rechtslage nach dem BWG stellt sich wie Folgt dar:

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

1. die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft);

Nach § 4 Abs. 1 leg. cit. bedarf der Betrieb der in § 1 Abs. 1 genannten Geschäfte der Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA). Gemäß § 98 Abs. 1 leg. cit. 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, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt.

Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Der Berufungswerber war von 01.07.2008 bis 25.08.2011 Vorstand der M. V. AG, mit Sitz in Wien (im Folgenden: M. V.).

Die M. V. ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der deutschen M. P. AG. Die M. V. verfügte im Zeitraum vom 27.7.2001 bis 8.1.2010 über eine Gewerbeberechtigung für die gewerbliche Vermögensberatung, eingeschränkt auf die Vermittlung von Veranlagungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 3 KMG, ohne Berechtigung zur Vermittlung von Lebens- und Unfallversicherungen. Die Gesellschaft verfügte über keine Konzession der FMA zur Ausübung von Bankgeschäften. Die M. V. begab im Zeitraum 2001 bis 2005 Genussscheine der Serien A bis E, die von Vertriebspartnern an österreichische Kunden vermittelt wurden. Die letzte Emission wurde am 28.5.2005 geschlossen. Das Genussschaftskapital wurde von den Anlegern auf ein österreichisches Konto der M. V. einbezahlt. Die Genussscheinzeichner hatten zum Ausgabepreis der Genussscheine ein Agio von 5 % zu leisten.

Die M. V. hat Genussscheine folgender Serien begeben:

Serie A (2001-2012/15) AT0000.....3 01.03.2002-31.03.2012

Serie B (2002-2013/16) AT0000.....5 01.01.2003-31.12.2012

Serie C (2002-2022/25) AT0000.....7 01.01.2003-31.12.2022\*

Serie D (2003-2023/26) AT0000.....2 01.01.2004-31.12.2023\*

Serie E (2003-2013/15) AT00006....5 01.07.2004-30.06.2013

\*Die Serien C und D basieren auf einem Ansparkkonzept, aufgrund dessen noch bis 2013 bzw. 2014 monatliche Raten auf die Genussscheine geleistet werden.

Die Gelder der fünf Genussscheinserien wurden wie Folgt veranlagt:

Rechnungskreis A investierte zu 100% in Kommanditbeteiligungen an der Vierte M. G. GmbH & Co KG (H.).

Rechnungskreis B investierte zu 64% in Kommanditbeteiligungen an der Vierte M. G. GmbH & Co KG (H.) und zu 36% in Kommanditbeteiligungen an der Fünfte M. G. GmbH & Co KG (H.).

Rechnungskreis C investierte zu 100% in Kommanditbeteiligungen an der M. G. S. GmbH & Co KG (H.).

Rechnungskreis D investierte zu 44,44% in Kommanditbeteiligungen an der M. G. S. II GmbH & Co KG (H.) und zu 55,56% in Kommanditbeteiligungen an der M. G. S. III GmbH & Co KG (H.).

Rechnungskreis E investierte zu 81,41% in Kommanditbeteiligungen an der Fünfte M. G.

GmbH & Co KG (H.), zu 12,18% in Kommanditbeteiligungen an der Sechste M. G. S.

GmbH & Co KG (H.) und zu 6,41% in Kommanditbeteiligungen an der Neunte M. G. GmbH & Co KG (H.).

Die Genussscheine verbrieften eine Beteiligung an bestimmten Rechnungskreisen des Unternehmens, wobei diese Rechnungskreise den Genussscheinserien A bis E entsprechen. Verbrieft ist dabei lediglich ein Recht auf Teilhabe am Gewinn und Verlust des jeweiligen Rechnungskreises, es bestehen keinerlei Rechte als Gesellschafter oder eine Beteiligung am Liquidationserlös sowie keine Nachschusspflichten. Eine Verlustteilnahme am jeweiligen Rechnungskreis findet statt, wobei auch ein Totalverlust möglich ist.

Das Genussschaftskapital wird von der M. V. dahingehend veranlagt, dass sich diese als Kommanditistin an geschlossenen Fonds beteiligt, wobei die Beteiligungen an den Kommanditgesellschaften (geschlossenen Fonds) in verschiedenen Rechnungskreisen des Unternehmens gehalten werden. Je nach Rechnungskreis bestehen

Beteiligungen an nur einer oder mehreren Kommanditgesellschaften.

Die Genussrechtsbedingungen berechtigten die M. V. zum Erwerb insbesondere von Kommanditbeteiligungen an Schwestergesellschaften mit Sitz in Deutschland, die die Gelder sodann weiterveranlagen sollten. Zweck dieser geschlossenen Fonds? war der Aufbau eines Beteiligungsportfolios.

Die Genussrechtsbedingungen regelten hierzu, dass das Genussscheinkapital vorwiegend zur indirekten oder direkten Eingehung von Private Equity und Venture Capital Beteiligungen verwendet werde. Die Emittentin war insbesondere berechtigt, Kommanditbeteiligungen an einer oder mehreren jeweils namentlich genannten Gesellschaften der M. Gruppe (mit Sitz in Deutschland) zu erwerben. Der M. V. kam Ermessen hinsichtlich der Anzahl, dem Verhältnis und weiteren Aufnahme geschlossener Fonds in einem Rechnungskreis zu. Auch bestand Ermessen dahingehend, ob und in welchem Ausmaß sonstige Investments getätigt werden. Verzögerte sich die Leistung der Kommanditeinlagen im geschlossenen Fonds, würde das Kapital zwischenzeitig auch als Termingeld oder in termingeldähnliche Instrumente angelegt. Den Genussscheininhabern kam kein Mitspracherecht hinsichtlich der Veranlagung zu. Ein Mitspracherecht der Genussscheininhaber bei der Auswahl der Beteiligungen war explizit ausgeschlossen. Die Genussrechtsbedingungen regelten weiters, dass der Unternehmenszweck der Kommanditgesellschaften der indirekte oder direkte Erwerb, das Halten, die Verwaltung und die Veräußerung von Aktien, Geschäftsanteilen an einer GmbH, Gesellschaftsanteilen an Personengesellschaften, Beteiligungen als stiller Gesellschafter und Genussrechten sei. Die Tätigkeit der Kommanditgesellschaften sei auf den Erwerb, das Halten und Verwaltungen der Portfoliobeteiligungen zum sukzessiven Aufbau eines Beteiligungsportfolios sowie auf die anschließende Veräußerung der Portfoliobeteiligung beschränkt. Die Kommanditgesellschaften dienten daher der Weiterbeteiligung.

Die Gesellschaften, an denen sich die Kommanditgesellschaften im Zuge des Aufbaus ihres Beteiligungsportfolios beteiligten, sollten ihrerseits ebenfalls wiederum in Zielgesellschaften investieren. Mittelbar wurde so von den geschlossenen Fonds in einige 100 Zielunternehmen investiert.

Die M. V. war für ihre Tätigkeit zum Erhalt einer jährlichen Gebühr von Euro 10.000,00 berechtigt, die direkt dem Rechnungskreis zu entnehmen und in einen die Genussrechtsinhaber nicht betreffenden Rechnungskreis der Gesellschaft umzubuchen war.

Seit 2005 wurden keine neuen Genussscheinserien emittiert und keine Gelder mehr entgegen genommen. Eine Ausnahme hiervon bilden die Rechnungskreise C und D, die auf einem Ansparkkonzept basieren, weshalb die Zeichner bis zum 31.03.2013 (Rechnungskreis C) bzw. bis zum 31.08.2014 (Rechnungskreis D) monatliche Raten auf die bereits gezeichneten Genussscheine leisten.

Es haben 591 österreichische Anleger mit einem Anlagevolumen von ca. Euro 9,6 Millionen gezeichnet.

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die vorliegende, unbedenkliche Aktenlage sowie die Ergebnisse der mündlichen Berufungsverhandlung und blieben auch vom Berufungswerber unbestritten. Die Feststellung, dass die genannten Genussscheine im Zeitraum von 2001 bis 2005 begeben wurden und der Inhalt der Genussscheinbedingungen ergeben sich aus dem eigenen Vorbringen des Berufungswerbers sowie den aktenkundigen Genussscheinbedingungen der M. V.. Auch hat der Berufungswerber anlässlich seiner Einvernahme vom 2.3.2010, deren Richtigkeit er in der Berufungsverhandlung ausdrücklich bestätigte, das Geschäftsmodell der M. V. hinsichtlich der Veranlagung des Genussscheinkapitals eingehend dargestellt.

Rechtliche Beurteilung:

Der Verwaltungsgerichtshof führte in seinem Erkenntnis vom 22.2.2006, ZI.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 Einlagengeschäfts begriff 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 Einlagengeschäftsbeginn 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.?

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/Träßler/ Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz 17). 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 (VwGH 22.2.2006, Zl. 2005/17/0195).

Aus der vorliegenden Aktenlage geht nicht ansatzweise hervor, dass die einbezahlten Gelder ausschließlich gesellschaftsrechtliche Anteile an der M. V. wären. Ganz im Gegenteil wird in den Genusscheinbedingungen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Genussrechtsinhaber keinerlei Gesellschaftsanteile erwerben. Im gegenständlichen Fall haben die Investoren das vereinbarte Kapital auf ein österreichisches Konto der M. V. überwiesen, wodurch diese die Verfügungsmacht in Bezug auf diese einbezahlten Gelder erhalten hat. Damit hat die M. V. fremde Gelder entgegengenommen.

#### 2. Rückzahlungsanspruch:

Nach der Judikatur wird "Fremdes Geld" entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entsteht. Bankgeschäfte betreibt somit 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.

Aus der vorliegenden Aktenlage ist ersichtlich, dass die M. V. Schuldnerin aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder wurde. Nach der Intention der Vertragspartner entstand ein obligatorischer Anspruch der Anleger auf Rückzahlung, wie dies in Punkt 4. (Serie A) der Genussrechtsbedingungen festgehalten wurde. Da das Genussrechtskapital gegenständlich bestimmten Rechnungskreisen zugeordnet wurde, nahmen die Anleger allein am Gewinn und Verlust des jeweiligen Rechnungskreises teil, in dem das Kapital verwaltet wurde. Es handelte sich daher um keine Beteiligung an der Substanz des Unternehmens, sondern um einen Verwaltungsauftrag (vgl. auch VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034).

#### 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/Träxler/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/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz. 24). Im gegenständlichen Fall handelt es sich aufgrund der dargestellten Ausgestaltung dieser Veranlagungen ?im Kern um einen Vermögensverwaltungsauftrag? mit der Abrede, den Vermögenswert des einbezahlten Genussscheinkapitals im Wege von Veranlagungen nach dem alleinigen Ermessen der M. V. zu erhöhen. Die Genussscheinhaber hatten keinerlei Dispositions- oder Weisungsrechte hinsichtlich der Erwerbes oder der Verwaltung der Beteiligungen (vgl. etwa Punkt 3.6. der Bedingungen zu Serie A).

#### 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).

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 (von einer Vielzahl von Kunden) seitens der M. V. jedenfalls gegeben ist. Aus diesen Gründen liegt eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen vor.

Rechtsichtig ist die Erstbehörde auch davon ausgegangen, dass die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 1 erster Fall BWG ein Dauerdelikt darstellt, welches zum einen aus der Entgegennahme der Gelder, zum anderen aus der (weiteren) Verwaltung dieser Gelder im Sinne einer Veranlagungstätigkeit zwecks Vermehrung dieser Gelder besteht und deshalb das strafbare Verhalten so lange andauert, als die betreffenden Gelder durch die Gesellschaft am Markt verwaltet bzw. veranlagt werden (vgl. schon UVS Wien, 28.1.2011, GZ. UVS-06/FM/47/9138/2010; UVS Wien 11.1.2012, GZ. UVS- 06/FMV/47/3362/2011). Vor diesem Hintergrund begann die Verjährungsfrist erst mit Abschluss des strafbaren Verhaltens ? zu welchem auch die Veranlagung der einbezahnten Gelder am Markt zu zählen ist ? zu laufen. Somit ist entgegen dem Berufungsvorbringen gegenständlich weder Verfolgungsverjährung, noch Strafbarkeitsverjährung eingetreten.

Der Berufungswerber hat daher in seiner Funktion als Vorstand der M. V. als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass die M. V. jedenfalls im oben genannten Zeitraum ohne die gemäß§ 4 Abs. 1 BWG erforderliche Konzession der FMA gewerblich 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 wird vom Berufungswerber eingewendet, die vorzeitige Abwicklung der Genussrechtskreise hätte die Anleger empfindlich geschädigt. Im Falle der vorzeitigen Beendigung der Genussrechtskreise hätte die M. V. die Beteiligungsverträge vorzeitig beenden müssen, was nur mit erheblichen wirtschaftlichen Abschlägen möglich gewesen sei. Bei einer vorzeitigen Auflösung hätten die Anleger zum Teil mehr als 80 % des eingesetzten Kapitals verloren. Es habe somit eine Notstandssituation bestanden, weil bei einer Abwicklung der M. V. ein bedeutender Nachteil für das Individualrechtsgut Eigentum der Genussscheinnehmer unmittelbar gedroht hätte. Zur Abwehr dieser Notstandssituation habe nur die Möglichkeit bestanden, die Konstruktion aufrecht

zu erhalten und gemeinsam mit der FMA nach einer Lösung zu suchen.

Hinsichtlich dieses schon im erstinstanzlichen Verfahren erstatteten Vorbringens ist der Rechtsmittelwerber auf die zutreffenden Ausführungen der Erstbehörde zu verweisen, welche seitens des erkennenden Senates vollinhaltlich geteilt werden und zum Inhalt der Berufungsentscheidung erhoben werden (vgl. Seite 21 bis 23 des Straferkenntnisses). In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf zu verweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH in der Möglichkeit einer wirtschaftlichen Schädigung, durch die die Lebensmöglichkeiten selbst nicht unmittelbar bedroht sind, eine unmittelbar drohende Gefahr und ein Notstand nicht gesehen werden kann (vgl. etwa VwGH 24.7.2001, Zl. 97/21/0622, 11.7.2001, Zl. u. v.a.). Dass dies im vorliegenden Fall gegeben gewesen wäre, hat der Berufungswerber nicht glaubhaft gemacht und lassen sich dafür der gesamten Aktenlage auch keinerlei Anhaltspunkte entnehmen. Da somit eine unmittelbare Bedrohung der Lebensmöglichkeit nicht festgestellt werden konnte, geht dieses Vorbringen ins Leere.

Der Berufungswerber wendet weiters ein, er habe sich auf das von der Rechtsanwaltskanzlei F. im Jahr 2001 eingeholte Gutachten sowie jenes von Dr. Sabine Ki. aus dem Jahr 2001 verlassen, aus welchen sich ergeben hätte, dass die Tätigkeit der M. V. kein Bankgeschäft darstelle.

Diesem Vorbringen ist zunächst entgegenzuhalten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur eine unrichtige Rechtauskunft der für diese Rechtauskunft zuständigen Behörde den Beschuldigten entschuldigen kann. Dass der Berufungswerber eine Rechtauskunft der zuständigen Aufsichtsbehörde eingeholt hätte, hat er selbst nicht behauptet.

Davon abgesehen hat jedoch der VwGH bereits mit Erkenntnis vom 22.2.2006, Zl. 2005/17/0195, somit schon vor Beginn des gegenständlichen Tatzeitraumes, die wesentlichen Elemente des Bankgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Z. 1 (erster Fall) BWG eingehend dargestellt, sodass der Berufungswerber jedenfalls ab diesem Zeitpunkt Kenntnis darüber hätte haben müssen, dass die gegenständlich inkriminierte Veranlagung von Genusscheinkapital durch die M. V. ein Bankgeschäft darstellt (vgl. auch VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034). Es wäre somit am Berufungswerber gelegen, eine derartige Organisation im Unternehmen zu installieren, die die höchstgerichtliche Judikatur zur Anwendung bringt. Dass der Berufungswerber ein solches System installiert hätte, hat er selbst nicht glaubhaft vorgebracht. Vor diesem Hintergrund war dem Antrag auf zeugenschaftliche Einvernahme von Frau Dr. Sabine Ki. nicht nachzukommen, zumal die von ihr erteilte Auskunft ? abgesehen davon, dass sie nicht von der zuständigen Behörde erteilt wurde ? im gegenständlichen Tatzeitraum infolge der höchstgerichtlichen Judikatur jedenfalls als überholt angesehen werden musste.

Letztlich ist der Berufungswerber mit seinem Vorbringen auch darauf zu verweisen, dass angesichts einer jedenfalls erkennbaren Rechtswidrigkeit der von der M. V. betriebenen Geschäftstätigkeit jedenfalls eine Kündigung der Verträge aus wichtigem Grund (vgl. etwa auch Punkt 5.4. der Genusscheinbedingungen Serie A) in Betracht gekommen wäre.

Somit ist es dem Berufungswerber mit seinem gesamten Vorbringen nicht gelungen, mangelndes Verschulden glaubhaft darzutun, sodass von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen war.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist 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 Bankgeschäfts 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 geringfügig angesehen 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.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Berufungswerbers werden auf Grund deren Bekanntgabe als überdurchschnittlich angesehen, die ins Treffen geführte Sorgepflicht wurde berücksichtigt.

Dem Berufungswerber kommt der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zu Gute und hat die Erstbehörde weiters als mildernd berücksichtigt, dass der Berufungswerber bei Übernahme seiner Vorstandstätigkeit ein schon bestehendes Modell übernommen hat, die Emissionen selbst aber weder geplant noch veranlasst hat. Weiters war der vom Berufungswerber geleistete Beitrag zur Wahrheitsfindung sowie sein Bemühen um Herstellung (wenngleich verspätet) des rechtmäßigen Zustands als mildernd zu berücksichtigen. Erschwerende Umstände sind im Verfahren keine hervor gekommen.

Vor dem Hintergrund dieser Strafbemessungskriterien, vor allem angesichts der vorliegenden Milderungsgründe, war die verhängte Geldstrafe angemessen herab zu setzen. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde ohnehin im unteren Bereich des Strafrahmens festgelegt und steht diese auch zu der nunmehr herab gesetzten Geldstrafe in einem angemessenen Verhältnis.

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**

14.06.2013

**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)