

TE UVS Wien 2013/06/24 06/FM/9/5380/2012

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.06.2013

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch seine Mitglieder Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Wartecker als Berichterstatter und Dr. Schweiger als Beisitzer über die Berufung 1) des Herrn Rudolf R. sowie 2) der G. Activity GmbH, beide vertreten durch Dr. Michael V., gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht, vom 2.4.2012, Zl: FMA-UB001.100/ 0057-BUG/2011, betreffend eine Übertretung des Bankwesengesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass auf Seite 1 des Straferkenntnisses im ersten Absatz des Spruches anstelle der Wortfolge "seit 2002" die Wortfolge "von 01.08.2002 (erstmalige Genussschein-Emission) bis 02.05.2011 (Zustellung der zu GZ FMA-UB0001. 200/0020-BUG/2011 ergangenen Verfahrensordnung der FMA vom 28.4.2011 betreffend die Aufforderung zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes)" tritt und auf Seite 2 die Genussscheinbegebung "G. Aktien II, Erstemission 01.07.2005, ISIN AT0...18" gestrichen wird.

Hingegen wird der Berufung in der Straffrage gemäß § 66 Abs. 4 AVG insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe (bei gleichbleibender Ersatzfreiheitsstrafe für den Nichteinbringungsfall von 3 Tagen) auf 7.500,- € herabgesetzt wird. Als Strafsanktionsnorm ist § 98 Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 72/2010 zu zitieren.

Der erstinstanzliche Verfahrenskostenbeitrag wird gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG nunmehr mit 750,- € festgesetzt, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis weist folgenden Spruch auf:

1. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 03.05.2002 Geschäftsführer der G. Activity GmbH (vorm. G. BeteiligungsGmbH, in der Folge "G."), FN ..., mit Sitz in Wien, P.-Straße. In dieser Funktion als Vertretungsbefugter gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF haben Sie zu verantworten, dass die G. ohne die gemäß § 4 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG) erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) seit 2002 gewerblich fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat.

Dies dadurch, dass die G. Genussscheine folgender Serien begeben hat:

* G. Derivat, Erstemission 01.08.2002, Genussscheinbedingungen vom 15.07.2002, ISIN AT0...28;

* G. Aktien, Erstemission 01.12.2002, Genussscheinbedingungen vom 15.11.2002, ISIN AT0...36;

- * G. Devisen, Erstemission 01.05.2003, Genussscheinbedingungen vom 15.04.2003, ISIN AT0...44;
- * G. All in One, Erstemission 15.10.2003, Genussscheinbedingungen vom 15.10.2003, ISIN AT0...81;
- * G. RDF, Erstemission 01.11.2003, Genussscheinbedingungen vom 01.11.2003, ISIN AT0...34;
- * G. Gold, Erstemission 01.12.2003, Genussscheinbedingungen vom 15.11.2003, ISIN AT0...35;
- * G. Forex, Erstemission 01.12.2003, Genussscheinbedingungen vom 15.11.2003, ISIN AT...70;
- * Fr., Erstemission 15.02.2004, Genussscheinbedingungen vom 15.02.2004, ISIN * G. Aktien II, Erstemission 01.07.2005, Genussscheinbedingungen vom 01.07.2005, ISIN AT0...18;

Die Gelder der Genussscheininhaber wurden auf Konten der G. mit der Nr. ..., BLZ ..., bei der D. Sparkasse Bank AG und Nr. 21..., BLZ ... bei der P.-Bank AG entgegengenommen.

Die Genussscheine räumen einen obligatorischen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der mit dem gesamten Genussrechtskapital gebildeten Rechnungsreihe (inkl. den dort erzielten Vermögenszuwächsen und stillen Reserven) ein. Die dort laufend erwirtschafteten Ergebnisse werden weiterveranlagt: Das Genussrechtskapital ist laut Genussscheinbedingungen von der Gesellschaft in den Erwerb von Beteiligungen, ?überwiegend insbesondere? an der 100%igen Tochter G. Management (J.) Ltd. (95/97 Ha., He., JE., J.), an die das Genussrechtskapital ?vor allem? in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen übertragen werden soll, und in den Erwerb von anderen Vermögensanlagen zu investieren. Daneben soll die Gesellschaft verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel halten. Die (operativ verwaltende) Tochter G. Management (J.) Ltd. hat jeweils eine Veranlagungsstrategie festzulegen, die dem Schwerpunkt der Genussscheinserie (Aktien, Devisen, etc.) entspricht.

Das Mindestinvestment liegt bei ? 40.000. Ein Totalverlust der Genussrechtseinlage ist möglich.

Den Genussrechtsgläubigern kommen keine Gesellschafterrechte (insb. Stimmrechte) und kein Anteil am Liquidationserlös zu. Es bestehen keine Nachschusspflichten. Der G. steht ein Agio zu, die Vergütungsansprüche der Tochter G. Management (J.) Ltd. setzen sich wie folgt zusammen:

- * Ein monatliches Managementhonorar in Höhe von 0,25% des Gesellschaftsvermögens * ? 4,20 Verwaltungshonorar pro gehandeltem Kontrakt. Für Anleihen und Aktien werden 0,40 % zuzüglich fremder Spesen für Kauf und Verkauf berechnet. * Erfolgshonorar in Höhe von 20% des Gesellschaftsgewinns. In den Jahren 2009 bis 2011 bestanden zumindest noch 16 Genussscheininhaber.

GRAFIK (nicht darstellbar)

Abgesehen von den angeführten vorzeitigen Kündigungen endeten die Genussscheine Ende 2011 im Zuge des Untersuchungsverfahrens der FMA. II. Die G. 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 iVm 4 Abs. 1, 1 Abs. 1 Z 1 BWG, BGBl. 532/1993 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 10.000 Euro, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tage, 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 (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 11.000 Euro.?

Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung des Berufungswerbers eingebrachte Berufung, worin Mangelhaftigkeit des Verfahrens sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht und im Einzelnen wie folgt ausgeführt wird:

?1. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Mit dem angefochtenen ha Bescheid GZ FMA-UB0001,100/0057-BUG/2011 verhängt die Erstbehörde über den Beschuldigten eine Geldstrafe von ? 10.000,00, da er nach - unrichtiger- Ansicht der Erstbehörde in seiner Funktion als Vertretungsbefugter der

seinerzeitigen, zu FN im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien eingetragenen

G. Beteiligungs GmbH in der Folge ?G.? (nunmehr G. Activity GmbH) gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) idgF zu verantworten hätte, dass die G. ohne die gemäß § 4 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG) idgF erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsicht (FMA) seit 2002 gewerblich entgegen den Vorschriften der § 98 Abs 1 iVm § 4 Abs 1,1. Absatz 1 Zi 1 BWG, idgF fremde Gelder zur Verwaltung entgegen genommen hätte.

Die Ansicht der Erstbehörde ist unrichtig.

Dazu hält der Berufungswerber zunächst fest, dass die FMA bei Ausübung ihrer behördlichen Tätigkeit nach Artikel II Abs 2 Zi 28a des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG) BGBl Nr. 50/1991 idgF das Verwaltungsstrafgesetz - VStG, BGBl Nr, 52/1991 idgF und daher (unter anderem) das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl Nr. 50/1991, anzuwenden hat. Das bedeutet, dass die Erstbehörde jedenfalls ein Ermittlungsverfahren durchzuführen hat, wobei der Zweck des Ermittlungsverfahrens im Sinne des § 37 AVG 1991 idgF im Feststellen des für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhaltes liegt. Dabei ist den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtliche Interessen zu geben.

Dazu kommt, dass nach dem Wortlaut des § 39 Abs 1 iVm Abs 2 AVG 1991 idgF, insbesondere, wenn das Verfahren einmal eingeleitet ist, bei der Durchführung des Ermittlungsverfahrens von Amtswegen vorzugehen ist, was sich schon aus dem im § 39 Abs 2 AVG 1991 idgF ausgesprochenen Grundsatz der Amtswegigkeit als beherrschende Maxime des Ermittlungsverfahrens ergibt.

§ 39 Abs 2 iVm§ 37 AVG 1991 idgF normiert, dass die Behörde von sich aus den vollständigen und entscheidungsrelevanten Sachverhalt durch Aufnahme aller nötigen Beweise festzustellen hat, ohne in tatsächlicher Hinsicht an das Parteinenvorbringen gebunden zu sein, was sich aus dem oben erwähnten Untersuchungsgrundsatz ergibt. Mit diesen zitierten Bestimmungen stehen insbesondere §§ 58 ff AVG 1991 idgF in engem Zusammenhang, wonach jeder Bescheid, welcher dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung trägt oder über Einwendungen oder Anträge von Beteiligten abgesprochen wird, zu begründen ist. Dabei sind gemäß § 60 AVG 1991 idgF in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Sohin sind in der Begründung - voneinander getrennt ? die ermittelten Tatsachen festzuhalten, die Gründe, die zu ihrer Annahme geführt haben, anzugeben (Beweiswürdigung) und die festgestellten Tatsachen in rechtlicher Hinsicht zu würdigen (rechtliche Beurteilung).

Dabei genügt es nicht, wie im angefochtenen Bescheid bloß eine formale Gliederung vorzunehmen, sondern hätte sich die Erstbehörde im Sinne des § 60 AVG 1991 idgF in gesetzeskonformer Weise mit den einzelnen Begründungserfordernissen auseinander zu setzen gehabt.

Der Beschuldigte hält fest, dass die G. Beteiligungs GmbH aufgrund der Erklärung

über die Errichtung der Gesellschaft vom 18. April 2002 zu FN ... im Firmenbuch des

Handelsgerichtes Wien protokolliert ist, wobei der Beschuldigte Rudolf R., geboren 1953 seit 03. Mai 2002 selbstständig vertritt. Zutreffend führt die FMA aus, dass als Gesellschafter Michael Ho. sowie Mag. Gerald Pe. fungieren. Der Geschäftszweig hat seinerzeit die Beteiligung an anderen Unternehmen betragen. Zutreffend stellt die FMA fest, dass die G. über keine Konzession nach dem Bankwesengesetz verfügt hat, wobei jedoch die FMA als Erstbehörde Feststellungen unterlassen hat, aus welchen sich überhaupt eine Konzessionspflicht der G. ergeben würde.

Die Erstbehörde führt im angefochtenen Bescheid - offensichtlich aus dem Untersagungsverfahren zur GZ FMA-UB0001.200/0160-BUG/2010 übernommen ? lediglich an, dass die G. 2002 begonnen hat, Genussscheine zu emittieren, wobei sich aus der Aufstellung Seite 5/S Seite 6 des angefochtenen Bescheides zutreffend ergibt, dass die

letzte Emission im Juli 2005 erfolgt ist. In seiner Einvernahme am 18. Februar 2011 hat der Beschuldigte auch angegeben, dass sich das Modell der Genussscheine bereits im Auslaufen befunden hat, da es seit 2005 keinen einzigen Zeichner von Genussscheinen mehr gegeben hat.

In der Folge führt die Erstbehörde jedoch lediglich partiell Auszüge aus den Genussscheinbedingungen an, obwohl die Erstbehörde im Lichte der öffentlichen Beschränkungen nach den BWG die einzelnen abgeschlossenen Verträge überprüfen gehabt hätte.

Gegenstand der Bedingungen war die Emission von Genussrechten im Sinne des § 174 Abs 3 Aktiengesetz, sodass auf den Begriff der Genussrechte im Sinne des Aktiengesetzes abzustellen gewesen wäre.

Unter Zugrundelegung des Begriffes der Genussrechte im Sinne des § 174 Abs 3 Aktiengesetz (im Lichte der Rechtslage 2002) ergibt sich jedoch, dass die Ausgabe von Genussscheinen auf der Grundlage der vorliegenden Genussscheinbedingungen kein Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Zi 1 BWG darstellt. Im Übrigen war dem Berufungswerber die seinerzeit vertretene Rechtsfassung, welche auch publiziert wurde (zum Beispiel Kals, ÖBA 1999), bekannt, dass im gegenständlichen Fall keine Konzessionspflicht vorliegt. Soweit ersichtlich gab es auch bis zur Beendigung der Emissionen durch die G. keine Literatur hinsichtlich der gegenständlichen Vertragsgestaltung, welche auf eine Notwendigkeit einer Konzession nach § 4 Abs 1 BWG idGF hingewiesen hätte. Gerade der Berufungswerber verfügt über eine berufliche Erfahrung aus seiner seinerzeitigen Tätigkeit als Börsenmakler, sodass er davon ausgehen konnte, dass die vertragliche Gestaltung der Genussscheinbedingungen im Zusammenhang mit der seinerzeit publizierten Rechtsauffassung jener der seinerzeitigen Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen hat. Der Berufungswerber hält sohin zusammenfassend fest, dass sich die Mangelhaftigkeit des angefochtenen Bescheides in der Unterlassung der Feststellung des tatsächlich relevanten Sachverhaltes, insbesondere der konkreten Vertragsgestaltung mit den einzelnen Erwerbern der Genussscheine ergibt.

Dazu stellt der Berufungswerber den Antrag auf Einvernahme nachstehender Zeugen:

Christian Ko., Gerhard Ko., Ingrid Ko., Hildegard R., Anna Re., Clara Re., Margit Rei., Mag. Gerald Pe., Martin Gö., Wolfgang Kü., Darko L., Martin T., Manfred W., Leopold M.

Aus der ergänzenden Einvernahme der beantragten Zeugen sowie der konkreten Überprüfung der Genussscheinbedingungen wird sich ergeben, dass der Berufungswerber keinen Sachverhalt verwirklicht hat, aus welchem sich eine Konzessionspflicht nach dem Bankwesengesetz idGF ergibt.

Darüber hinaus hat der Berufungswerber, insbesondere vor dem Hintergrund der publizierten Rechtsauffassung nicht jene ordentliche Sorgfalt außer Acht gelassen, zu welcher er als Geschäftsführer der G. anlässlich der Emission der Genussscheine verpflichtet gewesen wäre. Der Berufungswerber der - wie dargestellt über einschlägige berufliche Erfahrung verfügt -, hat insbesondere auch Anfragen an eine Steuerberatungskanzlei/ Wirtschaftstreuhänder gerichtet. Insbesondere mit Hinblick auf die 1999 publizierte Rechtsauffassung ist jedoch von einem Verschulden des Berufungswerbers nicht auszugehen, da der seinerzeit publizierte Beitrag von einer vergleichbaren Fallgestaltung ausgeht.

Beweis: Beitrag Kals, ÖBA 1999

Da sohin die Erstbehörde unterlassen hat, die für den Sachverhalt relevanten Feststellungen zu treffen, muss der angefochtene Bescheid mangelhaft bleiben.

2. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Um Wiederholungen zu vermeiden, verweist der Berufungswerber zunächst auf sein Vorbringen zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Der Berufungswerber hält dazu fest, dass sich aus dem von der Erstbehörde festgestellten Sachverhalt nicht ergibt, dass für die in den Jahren 2002 bis 2005 emittierten Genussscheinen eine Konzessionspflicht bestanden hätte. Auch kann dem festgestellten Sachverhalt hinsichtlich der subjektiven Tatseite kein Verschulden des Berufungswerbers entnommen werden. In diesem Zusammenhang hält der Berufungswerber fest, dass er die Emission der Wertpapiere auch der Österreichischen Kontrollbank gemeldet hat, welcher ihrerseits eine Wertpapierkennnummer für die Sammelurkunden ausgestellt hat. Darüber hinaus entsprach die Vorgangsweise insbesondere in den Jahren 2002 bis 2005 der Allgemeinen Rechtsauffassung, welche auch publiziert wurde, wobei bis zum Jahr 2005 - soweit ersichtlich in der Literatur hinsichtlich der gegenständigen Vertragsgestaltung niemals auf die Notwendigkeit einer Konzession nach § 4 Abs 1 BWG in der seinerzeit geltenden Fassung hingewiesen wurde. Der

Berufungswerber konnte daher seinerzeit zu Recht davon ausgehen, dass er zulässigerweise Genussscheine im Sinne des Aktiengesetzes ausgegeben hat und die Genussscheinbedingungen im Sinne des § 174 Abs 3 Aktiengesetz ausgestaltet waren. Dies stellt jedoch eine Ausnahme von den Regelungen des § 1 Abs 1 BWG idgF dar, wobei lediglich der Vollständigkeit halber darauf verwiesen wird, dass seitens des Berufungswerbers bzw. der Haftungsbeteiligten keinerlei sonstige Bankgeschäfte (Veranlagungen, etc.) durchgeführt wurden.

Der Berufungswerber stellt sohin den ANTRAG,

den angefochtenen Bescheid der FMA, Österreichische Finanzmarktaufsicht, GZ FMA UB0001.100/0057-BUG/2011 ersatzlos aufzuheben in eventu dahin abzuändern, dass die Höhe der über den Berufungswerber verhängte Geldstrafe herabgesetzt wurde.?

Anlässlich der am 22.5.2013 vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien im Beisein des Berufungswerbers (der angab, Angestellter zu sein, monatlich ca. 1.350,-- ?

netto ins Verdienen zu bringen, ohne Vermögen aber sorgepflichtig für zwei studierende Kinder zu sein) und seines rechtsfreundlichen Vertreters, der auch die G. Activity GmbH vertrat, sowie in Anwesenheit von zwei Vertretern der Finanzmarktaufsicht durchgeführten Berufungsverhandlung wurde im Wesentlichen wie folgt zu Protokoll genommen:

Der BwV erklärt, dass die Einvernahme der beantragten Zeugen beweisen soll, dass nach 2005 keine Genussscheine mehr gezeichnet wurden. Außerdem sollten die Zeugen klarstellen, dass die Verwaltung der bei der G. eingezahlten Gelder nicht von der G. selbst, sondern von einer Tochtergesellschaft mit Sitz in J. besorgt wurde. Zur rechtlichen Beurteilung bringt der BwV vor, dass das angelastete Delikt sich auf die Entgegennahme von Geldern zur Verwaltung beschränkt und eine Entgegennahme von Geldern nur bis 2005 erfolgt ist. Danach könne überhaupt kein deliktisches Verhalten der G. vorliegen.

Die FMA hält dieser Argumentation entgegen, dass die Ausübung des Bankgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG sich nicht in der Entgegennahme von Geldern erschöpfe, sondern so lange andauere, als die Gelder gehalten und verwaltet werden. Der BwV verweist im Übrigen auf sein gesamtes übriges Vorbringen im Verfahren und betont, dass der Bw bei Aufnahme der inkriminierten Geschäftstätigkeit im Jahr 2002 sich rundum sorgfältig verhalten hat und sich insbesondere von einer Rechtsanwaltskanzlei, von einer Steuerberatungskanzlei und von den Banken, sowie einem Betriebsberater beraten ließ. Von keiner dieser Stellen wurde er darauf hingewiesen, dass er für die beabsichtigte Geschäftstätigkeit eine Konzession nach dem BWG benötigen würde. Auch die Kontrollbank hat im Zuge der Emission der Genussscheine nichts dergleichen beanstandet. Eine Anfrage an die FMA wurde vom Bw nicht gerichtet.

Der Bw führt aus, dass er sich bei Aufnahme der inkriminierten Geschäftstätigkeit an damals durchaus üblichen Geschäftsmodellen, wie sie etwa auch von der Quadriga erfolgreich praktiziert wurden, orientiert hat. Daher habe er keine Veranlassung gesehen, bei der FMA gezielt die Zulässigkeit dieses Geschäftsmodells zu hinterfragen.

Die Vertreter der FMA erklären über Befragen durch den Vorsitzenden, dass aus der Sicht der FMA der Beginn des Tatzeitraums mit 1.8.2002 (erstmalige Genussschein-Emission) und das Ende des Tatzeitraums mit 2.5.2011 (Zustellung der Verfahrensordnung) anzusetzen ist.

Der BwV entgegnet dem, dass aus der Sicht seines Mandanten der Tatzeitraum mit der letztmaligen Emission von Genussscheinen am 15.2.2004 endet. Der im Straferkenntnis genannte Genussschein ?G. Aktien II? sei nie tatsächlich emittiert worden, weil Genussscheine damals bereits der KEST unterworfen wurden und die Emission der bereits bei ÖKB gemeldeten Genussscheine nie stattgefunden hat. Bezüglich dieser Genussscheine wurden daher nie Kunden akquiriert und auch nie Gelder eingenommen.

Die Vertreterin der FMA gibt in ihren Schlüsselausführungen an:

Die FMA verweist in ihren Schlüsselausführungen auf ihr bisheriges Vorbringen und betont, dass der Bw in seiner Eigenschaft als alleiniger Geschäftsführer der G. verpflichtet gewesen wäre und es ihm auch zuzumuten gewesen wäre, die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Zulässigkeit des in Rede stehenden Geschäftsmodells zu verfolgen. Es hätte ihm daher auffallen müssen, dass dieses Geschäftsmodell nach der seit dem Jahr 2006 bekannten Judikatur des VWGH konzessionspflichtig nach dem BWG ist.

In seinen Schlüsselausführungen gibt der BwV an:

Der BwV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und betont, dass der Bw bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit

sorgfältig gehandelt hat und sich umfassend beraten ließ. Das Judikat des VwGH im Jahr 2006 musste bei ihm als juristischen Laien noch keine Zweifel an der Zulässigkeit seines Geschäftsmodells wecken. Die FMA hat erstmals im Jahr 2010 reagiert und schließlich im Jahr 2011 eine Verfahrensordnung erlassen, die vom Bw letztendlich befolgt wurde. Außerdem wird nochmals betont, dass die G. die Gelder nicht selbst verwaltet hat, sondern zur Tochterfirma mit Sitz in J. weitergeleitet hat, wo die Gelder entsprechend dem Geschehen am Weltmarkt im Sinne der Genussscheinbildungen veranlagt wurden. Die letzte Weiterleitung von Geldern erfolgte zuletzt im Jahr 2004.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender, sich mit den Feststellungen der FMA weitgehend deckender und deshalb im Wesentlichen an dieser Stelle zusammenfassend wiedergegebene Sachverhalt als erwiesen fest:

Bei der G. Activity GmbH (vormals G. Beteiligungs GmbH, in der Folge: G.) handelt es sich um eine seit 3.5.2002 mit Sitz in Wien im Firmenbuch eingetragene Kapitalgesellschaft mit dem Geschäftszweig "Beteiligungen an anderen Unternehmen", welche zu keiner Zeit im Besitz einer Konzession für die Durchführung von Bankgeschäften gewesen ist. Als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer fungierte im gesamten Tatzeitraum (1.8.2002 ? 2.5.2011) der Berufungswerber; er selbst war ursprünglich auch Alleingesellschafter, ab Mitte 2004 scheinen als solche Herr Michael Ho. und Mag. Gerald Pe. auf.

Ab dem 1.8.2002 begann die G. mit der (ausschließlichen) Emission von Genussscheinen und wurden in Verbindung mit den korrespondierenden Genussscheinbedingungen mehrere Serien aufgelegt und u.a. über die Homepage des Unternehmens www.gotoG.com dem Publikum angeboten, nämlich

- * G. Derivat, Erstemission 1.8.02, GS-Bedingungen 15.7.02, ISIN AT0...28
- * G. Aktien, Erstemission 1.12.02, GS-Bedingungen 15.11.02, ISIN AT0...36
- * G. Devisen, Erstemission 1.5.03, GS-Bedingungen 15.4.03, ISIN AT0...44
- * G. All in One, Erstemission 1.10.03, GS-Bedingungen 15.10.03, ISIN AT0...81
- * G. RDF, Erstemission 15.10.03, GS-Bedingungen 1.11.03, ISIN AT0...34
- * G. Gold, Erstemission 1.12.03, GS-Bedingungen 15.11.03, ISIN AT0...35
- * G. Forex, Erstemission 1.12.03, GS-Bedingungen 15.11.03, ISIN AT0...70
- * Fr., Erstemission 15.2.04, GS-Bedingungen 15.2.04, ISIN AT0...58

Das Kapital der Genussscheinzeichner wurde in der Folge auf Konten der G. entgegengenommen, und zwar bei der D. Sparkasse Bank AG und bei der P.-Bank AG. Die G. überwies das Geld in der Folge auf ein Konto bei der D. Sparkasse Bank AG, lautend auf die "G. Management (J.) Ltd." (in der Folge: Ltd.), eine 100 %ige Tochtergesellschaft der G. (worin der Berufungswerber ebenfalls eine Geschäftsführerfunktion inne hat), welche operativ tätig und die Verwaltung des Genussscheinkapitals über hat.

Sämtliche Genussscheine räumten dem einzelnen Genussrechtsinhaber einen obligatorischen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen des mit dem gesamten Genussrechtskapital gebildeten Rechnungskreises im Unternehmen ein. Die dort erwirtschafteten Ergebnisse wurden weiter veranlagt. Gesellschafterrechte (insbesondere Stimmrechte) waren ausgeschlossen, es bestand kein Recht am Liquidationserlös, auch Nachschusspflichten gab es nicht, ein Verlust der gesamten Genussrechtseinlage war nicht ausgeschlossen.

Die von der G. entgegengenommenen Gelder waren entsprechend den diesbezüglich im Wesentlichen gleichlautenden Genussscheinbedingungen weiter zu veranlagen, nämlich insbesondere in eine Beteiligung an der Ltd. mit Sitz in J., und zwar in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen. Daneben hielt die G. verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel. Darüber hinausgehende Einschränkungen im Veranlagungsermessen gab es für die G. nicht. Die Ltd. hatte entsprechend der Genussscheinbedingungen die Gelder weiter zu veranlagen und war verpflichtet, das Kapital je nach Veranlagungsschwerpunkt der einzelnen Genussscheinserie (Aktien, Devisen, Gold etc.) zu investieren und hatte im Übrigen (ebenfalls) weitgehende

Ermessensfreiheit in Ansehung der Anlagestrategie. Die Ltd. hatte Anspruch auf ein monatliches Managementhonorar in Höhe von 0,25 % des Gesellschaftsvermögens, auf ein Verwaltungshonorar in Höhe von 4,20 % pro gehandeltem Kontrakt sowie auf ein Erfolgshonorar in Höhe von 20 % des Gesellschaftsgewinns.

In den Jahren 2009 bis 11 gab es noch mehrere oben zitierte und benannte Genussscheininhaber (davor eine nicht bekannte weitere Anzahl). Zumindest bis zum Ende des gegenständlichen Tatzeitraumes, als die am 2.5.2011 zugestellte Verfahrensordnung der FMA vom 28.4.2011 an die G. mit der Aufforderung erging, die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage iSd BWG, die weitere Verwaltung sämtlicher bereits entgegengenommener Gelder sowie das Anbieten von Neuemissionen der gegenständlichen Genussscheine insbesondere auf der Homepage zu unterlassen, bestanden noch immer Genussscheine - die letzten Genussscheinkunden wurden erst Ende 2011 / Anfang 2012 abgewickelt. Der Höchststand an Kapitalaufbringung über die Genussscheine belief sich während des Tatzeitraumes auf 1-2 Mio. €.

Die Feststellungen in Ansehung der G. und der Ltd. bzw. der Geschäftsführerfunktion (und damit festgestellten Außenvertretungsfunktion iSd § 9 Abs. 1 VStG) des Berufungswerbers sind unbestritten und ergeben sich aus dem Firmenbuch sowie aus der Verantwortung des Berufungswerbers. Außer Streit steht zudem die Tatsache, dass die G. ohne (Bank)Konzession der FMA agierte. Im Einklang mit der Verantwortung des Berufungswerbers und den Genussscheinbedingungen steht auch die Tatsache der zu den oben angegebenen Zeiten festgestellten Genussschein(erst)emissionen. Dass die Gelder auf Konten der G. entgegengenommen wurden, wurde ebenfalls nicht bestritten und ist auch den unbedenklichen aktenkundigen Zeichnungsformularen sowie aus den Genussscheinbedingungen zu entnehmen.

Auch die bereits von der FMA herangezogenen Beweismittel für die festgestellte rechtliche Ausgestaltung der Genussscheine, nämlich die Genussscheinbedingungen, belegen klar das Bestehen von Rechnungskreisen, den obligatorischen Anspruch der Genussscheinnehmer, den Ausschluss von Gesellschafterrechten, die Möglichkeit eines Totalverlustes, den weitgehenden Ermessensspielraum der G. und der Ltd., aber auch den von den Genussrechtsberechtigten an die G. zu zahlenden Agio wie auch das der G. Ltd. u.a. zustehende Verwaltungshonorar.

Dass im gesamten Tatzeitraum die in Rede stehenden Genussscheine an eine unbestimmte Anzahl von Genussscheinnehmern ausgegeben wurden bzw. eine Reihe von Genussscheinen der G. auch noch im Jahr 2011 bestanden, ergibt sich aufgrund der Verantwortung des Berufungswerbers vor der Erstbehörde und von im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegten Urkunden wie Zeichnungsformularen, Verkaufsaufträgen.

Rechtlich ist der festgestellte Sachverhalt wie folgt zu würdigen:

Maßgebliche rechtliche Bestimmungen des BWG:

§ 1 Abs. 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);

???.?

§ 4 Abs. 1 :

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

§ 98 Abs. 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.?

In Ansehung der Beurteilung des Vorliegens eines Einlagengeschäftes iSd § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG hat bereits die Erstbehörde rechtsrichtig darauf hingewiesen, dass wesentlich die Entgegennahme fremder Gelder, ein (nicht unbedingter) Rückzahlungsanspruch, eine Verwaltungstätigkeit mit (auch eingeschränktem) Ermessensspielraum sowie die Gewerblichkeit der Tätigkeit ist. Vorliegendenfalls wurden fremde Gelder, nämlich Genussrechtskapital, im

Tatzeitraum von der G. im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entgegen genommen, die Genussrechtsgläubiger hatten bloß einen obligatorischen Anspruch auf einen Vermögensanteil. Als (von der G.) entgegengenommen galten die fremden Gelder, sobald sie auf den obgenannten Konten der G. eingelangt waren. Auf diesen Konten, worüber (nur) der G. die Verfügungsgewalt zukam, veranlasste sie die Einzahlung der Gelder der Genussrechtseinhaber. 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. "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. Der Berufungswerber wendet (in objektiver Hinsicht) ein, dass die letzte Emission bzw. Zeichnung von Genussscheinen im Jahr 2005 erfolgt sei. Der Vorwurf der Entgegennahme von fremden Geldern zur Verwaltung könne danach nicht mehr aufrechterhalten werden, weil kein deliktisches Verhalten der G. mehr vorgelegen sei (also läge, so lässt sich schließen, im Ergebnis Verfolgungsverjährung vor). Dazu ist auszuführen, dass sich das deliktische Verhalten nicht in dem Zeitpunkt erschöpft, in welchem das fremde Geld auf dem Konto der G. eingelangt ist, sondern gerade bei dem verfahrensgegenständlichen Tatvorwurf die daran anschließende und auch bis zum Ende des Tatzeitraumes andauernde Verwaltung (das Halten) solcher Gelder Teil des deliktischen Verhaltens nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG ist. Die ?Konstruktion? der Verwaltung der Gelder mithilfe der 100%igen Tochtergesellschaft der G. (der ausschließlich operativ tätigen Ltd.) entsprechend den jeweiligen Genussscheinbedingungen war nun ?zweigigliedrig? und bestand zunächst in einer gewissen, nicht eng abgesteckten Veranlagungspflicht der G. (arg. ?überwiegend insbesondere in einer Beteiligung an der Ltd.? vor allem in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen sowie im Halten von nicht verzinslichen Einlagen in verschiedenen Währungen und anderen flüssigen Mitteln. Die Ltd. wiederum war genusscheinbedingungsgemäß bloß verpflichtet das Genussscheinkapital je nach Veranlagungsschwerpunkt der einzelnen Genussscheinserie zu investieren. Mutter- und Tochtergesellschaft hatten in Ansehung der von der G. entgegengenommenen Gelder somit weitgehend Ermessensfreiheit bzw. -spielraum. Tatsächlich war somit die G. als Genussschein - Emittentin mit der Verwaltung der entgegengenommenen fremden Gelder unter maßgeblichem eigenen Ermessen beauftragt wie dies die FMA treffend festgestellt hat.

Die Einvernahme der beantragten Zeugen erwies sich als unerheblich, zumal einerseits ohnedies davon ausgegangen wird, dass nach dem Jahr 2005 keine Genussscheine mehr emittiert wurden und andererseits die Frage der Verwaltung der Gelder durch die oben wieder gegebene rechtliche Beurteilung abschließend beurteilbar war. Zudem hat sich der Berufungswerber zwar auf die ?konkrete Vertragsgestaltung? berufen, ohne aber einen Sachverhalt zu behaupten, der sich nicht bloß in der Negation des (von der FMA) vor allem auf Basis seiner eigenen Verantwortung und der aktenkundigen Genussscheinbedingungen festgestellten Sachverhaltes beschränkt. Inhaltlich hat der Berufungswerber nicht einmal behauptet, dass die konkreten Verträge entgegen den von ihm vorgelegten Genussscheinbedingungen ausgestaltet gewesen wären. Obwohl der Berufungswerber darauf hinaus möchte, dass die G. die fremden Gelder nicht verwaltet habe und das Genussscheinmodell (mit der Ltd.) so konzipiert haben will, um gerade nicht unter die Konzessionspflicht zu fallen ? was wie dargestellt nicht gelungen ist ? ist der Vollständigkeit unter Hinweis auf die ständige Judikatur des VWGH auch festzuhalten, dass jedenfalls aufgrund des Vorliegens von Rechnungskreisen (so auch die Diktion in den Genussscheinbedingungen), wenn also das Genussscheinkapital in eigenen Rechnungskreisen zusammengefasst ist und der Anspruch der Genussrechtszeichner sich nach dem Ergebnis der Veranlagungsstrategie des Rechnungskreises richtet, nicht von einem Aufbringen von Beteiligungskapital für ein Unternehmen auszugehen ist.

Dass die inkriminierte Tätigkeit gewerblich (§ 2 Abs. 1 UStG) durchgeführt wurde, ergibt sich ohne weiteres, hat die G. doch selbständig wiederholt mit der Absicht, Einkünfte für sich (agio) aber auch für die Ltd. (wie bereits an anderer Stelle dargelegt) zu lukrieren, gehandelt.

Zum Einwand des Berufungswerbers, wonach unter Zugrundelegung des Begriffes Genussrechte iSd§ 174 Abs. 3 AktG die Ausgabe von Genussscheinen auf der Grundlage der vorliegenden Genussscheinbedingungen der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG nicht verwirklicht worden sei, ist anzumerken, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall die G. die Emission von Genussscheinen durchführte, dafür Geld entgegengenommen hat, um dieses durch geeignete Verwaltung mit Ermessensspielraum zu vermehren. Der Rückzahlungsanspruch der Genussrechtseinhaber hing vom Erfolg der Veranlagung ab. Die G. beanspruchte auch einen agio. Wie schon oben erläutert kann daher keine Rede

davon sein, dass lediglich eine Unternehmensfinanzierung der G. durch die Ausgabe von ?Genussrechten nach § 174 Abs. 3 AktG? vorgelegen sei. Die vorliegende Konstruktion unterscheidet sich vielmehr entscheidend von den üblicherweise unter Genussrechten nach § 174 Abs. 3 AktG verstandenen Rechtsbeziehungen zu Unternehmen. Für die bankenrechtliche Beurteilung ist nicht ausschlaggebend, ob die Konstruktion auch unter § 174 Abs. 3 AktG fällt. Die Aussage, dass § 174 Abs. 3 AktG eingreife, ist daher insoweit für die rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des BWG nicht entscheidend (vgl. VwGH 7.10.2010, 2006/17/0006). Im Lichte dieser Ausführungen war die dem Berufungswerber zur Last gelegte Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht als erwiesen zu erachten. Der Berufungswerber wendet gegenständlich aber auch ein, er habe die ihm angelastete Übertretung in subjektiver Hinsicht nicht begangen. Er führt dabei schriftlich und mündlich ins Treffen, er habe sich auf die ?seinerzeit vertretene Rechtsauffassung? unter Hinweis auf die Publikation von Kalss (ÖBA 1999) verlassen und im Übrigen bei Aufnahme der inkriminierten Geschäftstätigkeit im Jahr 2002 sich rundum sorgfältig verhalten. Bis zum Jahr 2005 sei die gewählte Vorgangsweise im Einklang mit der allgemeinen publizierten Rechtsauffassung gestanden. Weder ? nicht näher konkretisierte ? Beratungen durch eine Rechtsanwalts- und Steuerberatungskanzlei noch solche durch Banken und Betriebsberater hätten Zweifel an der Zulässigkeit des Geschäftsmodells erbracht, auch die Kontrollbank habe im Zuge der Genussscheinemission keine Beanstandungen getätigt. Ausdrücklich bezog er sich auch auf das von der ? Quadriga? praktizierte ähnliche Geschäftsmodell. Betont wurde in diesem Kontext auch ausdrücklich die berufliche Erfahrung des Berufungswerbers als früherer Börsenmakler. Dem ist die Feststellung des VwGH entgegen zu halten, wonach bei Kalss in ?Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 10/99, 778 (783)? der Begriff ?Einlage? erörtert worden sei; bei der ?hier maßgeblichen Entgegennahme zur Verwaltung (§ 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG)? komme es aber nicht auf das Vorliegen einer ?Einlage? idS von Kalss untersuchten Tatbestandes an. 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) (VwGH v. 22.2.2006, 2005/17/0195).

Der VwGH hat bereits in seinen Erkenntnissen vom 22.2.2006, Zl. 2005/17/ 0195, und nachfolgend auch vom 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034, zu § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG dargelegt, dass dieser Tatbestand nicht das Vorliegen einer ?Einlage? idS zweiten Tatbestandes des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG voraussetze. Wenn in der (vom Berufungswerber angesprochenen Literatur), so insbesondere auch von Kalss, ?Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtsrechtlichen Aspekten, ÖBA 10/99, 778 (783)?, zum Begriff der ?Einlage? idS zweiten Tatbestandes ein unbedingter Rückzahlungsanspruch als Voraussetzung für das Vorliegen einer Einlage vertreten werde, sei dies für den ersten Tatbestand nicht maßgeblich, weil dieser keine ?Einlage? idS voraussetze. Die Bedenken in der Literatur veranlassten den VwGH auch nicht zum Abgehen von der in den (ob)genannten Erkenntnissen geäußerten Auffassung (VwGH v. 7.10.2010, 2006/17/0006).

Zumal es sich bei der Verwaltungsübertretung des konzessionslosen Betriebs von Bankgeschäften nach den angezogenen Bestimmungen des BWG um ein Ungehorsamsdelikt idS § 5 Abs. 1 VStG handelt, wäre es Sache des Berufungswerbers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Denn wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zu Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass er an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dies ist ihm mit seiner Verantwortung allerdings nicht gelungen. Gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen (vgl. VwGH v. 20.7.2004, 2002/03/0251). Die entsprechenden Erkundigungen können (zwar) nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (vgl. VwGH v. 30.11.1981, 81/17/0126). Hat die Partei (von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft

erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (vgl. VwGH v. 19.11.1998, 96/15/0153). Dabei gilt für die Sorgfaltspflicht der Partei (aber) gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie hier - gerade eine Konstruktion entwickelt wurde, mit der die Grenzen eines Geschäftsmodells in Ansehung des BWG und in concreto des Konzessionsregimes ausgelotet werden sollten.

Letzteres war aber gegenständlich zweifellos der Fall. Im Übrigen hat der Berufungswerber die seine Rechtsauffassung stützenden Erkundigungen nicht näher präzisiert, weshalb sie auch einer inhaltlichen Überprüfung (Inhalt der rechtlichen Erkundung) nicht zugänglich waren. Die zusätzliche Verantwortung, aufgrund seiner früheren beruflichen Tätigkeit als Börsenmakler davon ausgehen zu können, dass die vertragliche Gestaltung der Genussscheinbedingungen im Zusammenhang mit der seinerzeit publizierten Rechtsauffassung jener der seinerzeitigen Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen habe, erweist sich schon in der Formulierung (im Berufungsschriftsatz) als unbegründete Spekulation des Berufungswerbers. Dass der Berufungswerber bei der (ab 1.4.2002, und somit nach Beginn der inkriminierten Handlungen) zuständigen Behörde (FMA) Erkundigungen über die Rechtmäßigkeit des ?Geschäftsmodells? eingeholt hätte, wurde von ihm nicht einmal behauptet. Er hat somit durchaus verschuldet eine Rechtsansicht vertreten, die zumindest seit der oberwähnten Judikatur des VwGH vom 22.2.2006 auch höchstgerichtlich als unhaltbar qualifiziert wurde. Damit ist aber der Berufungswerber seiner Sorgfaltspflicht nicht hinreichend nachgekommen und hat er somit die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht. Der Vorwurf des Betriebes des spruchgegenständlichen inkriminierten Bankgeschäftes während des Tatzeitraumes durch die G., für welche der Berufungswerber als außenvertretungsbefugtes Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) verwaltungsstrafrechtlich einzustehen hat, wurde somit zu Recht ausgesprochen und war die Berufung daher in der Schuldfrage mit der angeführten Maßgabe abzuweisen. Zumal nach den Angaben des Berufungswerbers für glaubwürdig erachtet wurde, dass der ?G. Aktien II Genussschein? de facto nicht zur Emission gelangte, wurde der diesbezügliche Spruchteil ersatzlos eliminiert. Der Tatzeitbeginn wurde (konkretisierend) ab der Erstemission der ersten von der G. begebenen Genussscheine (?G. Derivat?) festgelegt, das Tatzeitende (einschränkend) mit der Zustellung der Verfahrensordnung betreffend die an die G. ergangene Aufforderung der FMA zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes (? Unterlassungsaufforderung? vom 28.4.2011) - auch wenn aus der Aktenlage auch ein noch späteres Tatzeitende ableitbar wäre, dauerte doch die Abwicklung von Genussscheinen der G. noch bis Ende 2011 / Anfang 2012 an.

Zur Strafbemessung ist wie folgt auszuführen:

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist gemäß des gegenständlich anzuwendenden § 98 Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 72/2010, mit Geldstrafe bis zu 50.000,- € zu bestrafen. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Nichteinbringungsfall bemisst sich nach § 16 Abs. 2 VStG und beträgt bis zu zwei Wochen.

Gemäß § 19 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. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) sind 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 sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die der Bestrafung zu Grunde liegende, als inkriminiert erachtete Handlungsweise, die noch dazu über einen recht langen Zeitraum währte, schädigte in nicht unerheblichem Maße das öffentlich geschützte Interesse an der Hintanhaltung von konzessionslos durchgeführten Bankgeschäften und damit auch an der Hintanhaltung von Beeinträchtigungen des Anlegerschutzes sowie der Aufsichtstätigkeit der Finanzmarktaufsicht. Durch die Tat wurde aber auch grundsätzlich das Vertrauen in einen funktionierenden Finanzmarkt geschädigt. Der Unrechtsgehalt der Übertretung war daher - selbst wenn man keine sonstigen nachteiligen Folgen berücksichtigte - keinesfalls gering.

Das Verschulden des Berufungswerbers war nicht bloß geringfügig, zumal weder hervorgekommen ist, dass die Einhaltung der verletzten Bestimmungen eine überdurchschnittliche Aufmerksamkeit abverlangt hätte noch anzunehmen war, dass die Tatbestandsverwirklichung aus besonderen Gründen nur schwer abzuwenden gewesen

wäre. Dass der Berufungswerber bei der (ab 1.4.2002, und somit nach Beginn der inkriminierten Handlungen) zuständigen Behörde (FMA) Erkundigungen über die Rechtmäßigkeit des Geschäftsmodells eingeholt hätte, wurde - wie bereits erwähnt - von ihm nicht einmal behauptet. Er hat somit durchaus verschuldet eine Rechtsansicht vertreten, die zumindest seit der oberwähnten Judikatur des VwGH vom 22.2.2006 auch höchstgerichtlich als unhaltbar qualifiziert wurde. Gerade dann, wenn mit die Grenzen auslotenden rechtlichen Konstrukten ein Geschäftsmodell aufgezoogen werden soll, ist es unumgänglich, vorab bei der zuständigen Behörde deren Rechtsansicht einzuholen und reichen dann lediglich Anfragen etwa bei Rechtsanwälten zur Schuldbefreiung nicht aus. Die FMA hat seit Bestehen durchgehend für (vergleichbare) Konstrukte die rechtliche Notwendigkeit des Vorliegens einer entsprechenden Konzession betont.

Bei der Strafbemessung war mildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers, erschwerend hingegen kein Umstand zu werten. Unter Bedachtnahme auf die erwähnten Strafzumessungskriterien sowie aufgrund der nachstehend angeführten Umstände erweist sich die auf das spruchgegenständliche Ausmaß reduzierte Geldstrafe nunmehr als angemessen. Berücksichtigt wurde die als unterdurchschnittlich zu erachtende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Berufungswerbers (vgl. seine getätigten Angaben zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen). Zudem wurde der Tatvorwurf insbesondere in zeitlicher Hinsicht nicht nur konkretisiert, sondern de facto auch - wie im Spruch ersichtlich - eingeschränkt. Nicht zuletzt floss bei der Strafbemessung auch ein, dass (ab dem Tatzeitbeginn) während rund 2/5 des Tatzeitraumes (bis Ende März 2006) noch eine mildere Strafdrohung als die nun anzuwendende in Geltung stand. Einer noch weiter gehenden Strafmilderung standen aber schließlich neben spezial- auch noch generalpräventive Erwägungen entgegen. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde bereits im untersten Bereich des gesetzlichen Strafsatzes ausgemessen, sodass eine Herabsetzung derselben im Lichte der obigen Strafbemessungsgründe nicht in Betracht kam.

Die Spruchkorrektur diene der Konkretisierung des Tatzeitraumes sowie der vollständigen Zitierung der anzuwendenden Strafsanktionsnorm. Die Kostenentscheidung und der Haftungsauspruch basieren auf den im Spruch angeführten zwingenden gesetzlichen Bestimmungen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

22.08.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at