

TE Vwgh Erkenntnis 2014/1/27 2011/17/0073

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.01.2014

Index

37/01 Geldrecht Währungsrecht;
37/02 Kreditwesen;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

BWG 1993 §1 Abs1 Z1;
BWG 1993 §4 Abs1;
BWG 1993 §98 Abs1;
VStG §5 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, Hofrat Dr. Köhler sowie die Hofrätinnen Mag. Dr. Zehetner, Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Dr. Leonhartsberger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde des Mag. RW in W, vertreten durch Rechtsanwälte Weixelbaum Humer & Partner OG in 4020 Linz, Lastenstraße 36, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 28. Jänner 2011, Zl. UVS- 06/FM/47/9138/2010-9, betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) vom 25. August 2010 wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe es als geschäftsführender Direktor der SE T (bis 30. Dezember 2005 "T AG"; im Folgenden: SE T (T AG)) gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in W gewerblich ohne die erforderliche Konzession der FMA vom 31. Dezember 2005 bis 30. April 2010 entgegengenommene fremde Gelder mit der Abrede verwaltet habe, deren Vermögenswert durch entsprechende Veranlagungshandlungen zu erhöhen, wobei für die SE T (T AG) ein diesbezüglicher Ermessensspielraum vorhanden gewesen sei. Dies dadurch, dass die SE T (T AG) näher bezeichnete Genusscheine begeben habe und die Genusscheinhaber bei der Zeichnung dieser Genusscheine direkt auf ein näher bezeichnetes, auf die SE T (T AG) lautendes Konto bei der O-Bank eingezahlt hätten und in weiterer Folge die eingezahlten Gelder von der SE T (T AG) verwaltet worden seien. Für jeden der

Genussscheine sei innerhalb der Gesellschaft je ein eigener, selbstständiger Rechnungskreis errichtet worden. Das an die Gesellschaft bezahlte Genussscheinkapital jedes Rechnungskreises habe der Finanzierung der Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften gedient, welche zu 100 % im Eigentum der SE T (T AG) gestanden seien und in welcher die Handels- und Veranlagungstätigkeit durchgeführt worden sei. Für jeden dieser Genussschein-Rechnungskreise habe es eine eigene Veranlagungsstrategie gegeben. Das Genussscheinkapital sei grundsätzlich größtenteils in Aktien, Futures, Futurefonds, Obligationen und Optionen investiert worden. Teile der Verwaltungstätigkeit seien gemäß Punkt 4.4. ("Berechnung des Genussscheinvermögens (eigener Rechnungskreis)") der Genussscheinbedingungen der SE T (T AG) direkt von der SE T (T AG) erbracht worden, weshalb 1/6 Prozent pro Monat, berechnet vom Vermögenswert am Bewertungstichtag, seitens der SE T (T AG) als "Verwaltungskostenbeitrag" einbehalten worden sei. Gemäß Punkt 4.1. der Genussscheinbedingungen verbriefe ein Genussschein lediglich einen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der Gesellschaft, jedoch keine Beteiligung am Gewinn. Gemäß Punkt 4.4. der Genussscheinbedingungen erfolge die Berechnung des Genussscheinvermögens jeweils in einem eigenen Rechnungskreis. Der Anspruch der Genussrechtsinhaber errechne sich somit lediglich nach dem Erfolg der Veranlagung des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals. Die SE T (T AG) habe zu keinem Zeitpunkt über eine Konzession der FMA gemäß § 4 BWG verfügt.

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG verletzt. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 5.000,--, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen verhängt.

Begründend führte die FMA im Wesentlichen aus, nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG sei die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage als Bankgeschäft zu qualifizieren. Mit dieser Bestimmung würden zwei unterschiedliche Tatbilder angesprochen; zum einen die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung und zum anderen die Entgegennahme fremder Gelder als Einlage. Entgegennahme zur Verwaltung bedeute, dass der Verwalter (hier die SE T (T AG)) vereinbarungsgemäß die ihm übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen habe, wobei ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen müsse (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2005/17/0195). Fremdes Geld werde entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entstehe, was hier der Fall sei (Hinweis auf Punkt 6. der Genussrechtsbedingungen - Kündigung). Dabei sei die Bezeichnung des fremden Geldes nicht von Bedeutung, sondern es komme auf den wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts an. Dass es sich im gegenständlichen Fall bei den Geldern der "Zeichner" der "Genussscheine" um fremde Gelder gehandelt habe, die auf ein Konto lautend auf die SE T (T AG) eingezahlt worden seien, sei nie bestritten worden. Das an die SE T (T AG) bezahlte Genussrechtskapital jedes Rechnungskreises habe der Finanzierung der Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften gedient, welche zu 100 % im Eigentum der SE T (T AG) gestanden seien und in welcher die Handels- und Veranlagungstätigkeit durchgeführt worden sei.

Im konkreten Fall sei zwischen der SE T (T AG) und den jeweiligen Anlegern eine dauerhafte Rechtsbeziehung geschaffen worden. Der Inhalt der Rechtsbeziehung habe darin bestanden, dass die Anleger einen bestimmten Geldbetrag an die SE T (T AG) geleistet hätten und dieses Geld vereinbarungsgemäß auf Konten der SE T (T AG) eingezahlt worden sei. Danach habe auf Basis dieser Gelder (über 100%ige Tochtergesellschaften der SE T (T AG)) ohne Rücksprache mit den Geldgebern Handel mit Futures, Optionen und anderen Finanzinstrumenten erfolgen können. Daher sei ein Entscheidungsspielraum der entgegennehmenden Einrichtung vorhanden gewesen. Sie habe sich zwischen einer Vielzahl von Verwendungen entscheiden können und sei in der Verwendung der Mittel zu einem bestimmten Geschäft nicht determiniert gewesen.

Für das Vorliegen des Einlagengeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG schade es keinesfalls, dass die Handels- und Veranlagungstätigkeit nach den Genussrechtsbedingungen nicht unmittelbar durch die SE T (T AG), sondern über jeweilige 100%ige Tochtergesellschaften der SE T (T AG) erfolgt sei. Auch wenn die Handels- und Veranlagungstätigkeit im Ausland erfolgt sei, sei jedenfalls die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung vorgelegen, wenn aus Österreich Einfluss auf die Verwaltungstätigkeit genommen worden sei. Die letzte Entscheidung über die Vermögensverwaltung sei jedenfalls im Ermessen der SE T (T AG) gestanden, da diese als Muttergesellschaft naturgemäß beherrschenden Einfluss auf ihre 100%ige Tochtergesellschaften ausgeübt habe. Dies sei auch seitens des Beschwerdeführers in seiner Einvernahme bestätigt worden.

Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Erkenntnis vom 4. September 2008, ZI. 2008/17/0034, ausgeführt, dass - im dortigen Fall - die Anleihezeichner nicht lediglich einen Kaufpreis für ein Wertpapier bezahlt hätten (der von der

die Gelder entgegennehmenden Gesellschaft ohne jegliche Bindung hätte verwendet werden können), sondern dass nach den sogenannten Anleihebedingungen jenes Geld, das durch die Zeichnung der Papiere aufgebracht worden sei, einen bestimmten Rechnungskreis gebildet habe und in einem ganz bestimmten Sinn (entsprechend den Anleihebedingungen) zu verwenden gewesen sei. Gegenstand der Rechtsgeschäfte mit den Kunden sei somit nicht bloß ein Kauf, sondern auch die Verpflichtung zu einem anleihebedingungsgemäßen Handeln gewesen.

Auch im gegenständlichen Fall hätten die Käufer der Genussscheine der SE T (T AG) nicht nur einen Kaufpreis für ein Wertpapier bezahlt, welcher von der SE T (T AG) ohne jegliche Bindung hätte verwendet werden können, sondern es habe nach den Genussrechtsbedingungen jenes Geld, das durch die Zeichnung der Genussrechte aufgebracht worden sei, jeweils einen eigenen Rechnungskreis gebildet und sei in einem ganz bestimmten Sinn (entsprechend den Genussrechtsbedingungen) zu verwenden gewesen. Gegenstand der Rechtsgeschäfte mit den Kunden sei somit nicht bloß ein Kauf gewesen, sondern auch die Verpflichtung zu einem genussrechtsbedingungsgemäßen Handeln.

Der Verwaltungsgerichtshof habe im bereits zitierten Erkenntnis vom 4. September 2008 zur Frage der Abgrenzung zwischen einer Beteiligung und dem Einlagengeschäft ausgeführt, dass dann keine Beteiligung vorliege, wenn das - im dortigen Fall aus der Anleihezeichnung - aufgebrachte Kapital einen eigenen Rechnungskreis bilde und sich der Anspruch der Zeichner der sogenannten Anleihe lediglich nach dem Erfolg oder Misserfolg der Veranlagung dieses als eigener Rechnungskreis geführten Kapitals errechne. Da im konkreten Fall das an die SE T (T AG) gezahlte Genussrechtskapital je einen eigenen Rechnungskreis gebildet habe und sich der Anspruch der Genussrechtsinhaber lediglich nach dem Erfolg oder Misserfolg der Veranlagung des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals errechnet habe, liege somit keine Beteiligung der Genussrechtsinhaber an der SE T (T AG) vor. Vielmehr seien von der SE T (T AG) fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen worden.

Der Verwaltungsgerichtshof habe weiters im bereits zitierten Erkenntnis vom 4. September 2008 zur Frage der Abgrenzung zwischen einer Beteiligung und dem Einlagengeschäft ausgeführt, dass sich eine Verwaltungsgebühr, die sich nur als Entgelt für die geleistete Verwaltungstätigkeit des aus den Kundengeldern gebildeten Sondervermögens erklären lasse, bei einer Beteiligung an einem Unternehmen erübrige bzw. nicht in dieser Form vereinbart würde.

Auch die SE T (T AG) habe im konkreten Fall eine sogenannte "Management-Fee" in der Höhe von 1/6 Prozent pro Monat berechnet und anteilsweise vom Vermögenswert abgezogen (Hinweis auf Punkt 4.4. der Genussrechtsbedingungen). Aufgrund der Tatsache, dass die SE T (T AG) ihren Kunden Verwaltungsgebühren verrechnet habe, sei außerdem eindeutig bewiesen, dass die Tätigkeit der SE T (T AG) auf die nachhaltige Erzielung von Einnahmen gerichtet und somit gewerblich gewesen sei.

Dem Einwand des Beschwerdeführers, er sei erst ab 31. Dezember 2005 geschäftsführender Verwaltungsrat der SE T (T AG) gewesen, weshalb ihm die Entgegennahme von Kundengeldern davor keinesfalls vorgeworfen werden könne, hielt die belangte Behörde entgegen, dass es sich bei der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG um ein Dauerdelikt handle. Das Einlagengeschäft zur Verwaltung bestehe aus zwei Tatbestandselementen, nämlich zum einen aus der Entgegennahme fremder Gelder, zum anderen aus der weiteren Verwaltung dieser Gelder. Daraus folge, dass das strafbare Verhalten solange andauere, als die betreffenden Gelder verwaltet bzw. veranlagt und dementsprechend vermehrt würden. Die Verwaltungstätigkeit habe im gegenständlichen Fall jedoch bis 30. April 2010 angedauert. Denn erst ab diesem Zeitpunkt sei der Verfahrensanordnung der FMA vollends nachgekommen und die letzte noch bestehende Genussscheinvereinbarung aufgekündigt worden. Der Beschwerdeführer habe somit von 31. Dezember 2005 bis 30. April 2010 zu verantworten gehabt, dass die SE T (T AG) entgegengenommene fremde Gelder verwaltet habe.

Das objektive Tatbild der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verwaltungsübertretung der unerlaubten Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung sei unzweifelhaft als erfüllt zu beurteilen.

1.2. Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer Berufung in der er im Wesentlichen vorbrachte, dass die SE T (T AG) keinen Handel mit Finanzinstrumenten in Österreich durchgeführt habe, sondern der Handel und die Verwaltung mit Genussscheinkapital ausschließlich durch ausländische Gesellschaften erfolgt sei. Des Weiteren wandte sich der Beschwerdeführer gegen die Einordnung der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung als Dauerdelikt mit dem Argument, das durch § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG pönalierte Verhalten stelle ausschließlich auf die Entgegennahme von Geldern, mit der Maßgabe, dass diese zur weiteren Verwaltung entgegengenommen würden, ab. Unter dem Gesichtspunkt "Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe im Sinne des § 5 VStG"

wurde in der Berufung ausgeführt, der Magistrat der Stadt Wels habe zum Sachverhalt "Entgegennahme von Genusscheinkapital zur Verwaltung ohne Vorliegen einer Bankkonzession" ein gegen den (vormaligen) Vorstand der SE T (T AG), W H, wegen "Verdacht(s) der unerlaubten bankgeschäftlichen Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 1 BWG" eingeleitetes Verwaltungsstrafverfahren mit Verständigung vom 14. April 2003 eingestellt. Ferner sei der Beschwerdeführer (als Aufsichtsrat der SE T (T AG)) in einem gegen ihn wegen eines Vergehens nach § 255 AktG geführten Strafverfahren unter anderem vom Anklagevorwurf, er habe gewusst, dass die SE T (T AG) über keine Konzession verfüge, freigesprochen worden.

1.3. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung als unbegründet ab und bestätigte das Straferkenntnis der erstinstanzlichen Behörde. Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens, der als maßgeblich erachteten Rechtsvorschriften und der nach ihrer Ansicht einschlägigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs im Wesentlichen begründend aus, mit dem Vorbringen, der inkriminierte Tatbestand sei schon deshalb nicht verwirklicht, weil die Verwaltung des Genusscheinkapitals ausschließlich durch ausländische Tochtergesellschaften erfolgt sei, übersehe der Beschwerdeführer zunächst, dass die SE T (T AG) die entsprechenden Aufträge zur Veranlagung in Finanzinstrumente an ihre Tochtergesellschaften erteilt habe (Hinweis auf Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen) und überdies jeweils 1/6 Prozent pro Monat als Verwaltungskostenbeitrag dafür einbehalten habe, dass sie Teile der Verwaltungstätigkeit offenbar selbst durchgeführt habe (Hinweis auf Punkt 4.4. der Genussrechtsbedingungen). Überdies habe der Beschwerdeführer 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 SE T (T AG) gehandelt habe. Vor allem aber sei ebenfalls nach der Aussage des Beschwerdeführers vom 6. August 2009 "der Ermessensspielraum hinsichtlich der Veranlagung der Gelder bei der SE T (T AG)" gelegen gewesen und hätte die SE T (T AG) diesbezüglich "das letzte Wort" gehabt. Damit stehe aber fest, dass die SE T (T AG) hinsichtlich der konkreten Veranlagungstätigkeit beherrschenden Einfluss auf die Tradingtätigkeit der ausländischen, in ihrem Eigentum stehenden Tochtergesellschaften habe nehmen können und diese Tochtergesellschaften nach den Vorgaben der SE T (T AG) hätte handeln müssen (Hinweis auf Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen). Bei einer solchen Konstellation sei die Verwaltungstätigkeit jedenfalls der SE T (T AG) zuzurechnen, auch wenn die genannten Tochtergesellschaften ihrerseits jeweils "externe Verwalter" zur Veranlagung des Kapitals beauftragt hätten (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, ZI. 2008/17/0034).

Es sei hinsichtlich der dem Beschwerdeführer angelasteten Tat weder Verfolgungs- noch Strafbarkeitsverjährung eingetreten, da im gegenständlich inkriminierten Tatzeitraum (31. Dezember 2005 bis 30. April 2010) jedenfalls die Verwaltung (im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG) der zuvor (bis 1. September 2005) entgegengenommenen Gelder erfolgt sei. Der Beschwerdeführer verkenne die Rechtslage, wenn er vermeine, mit der Entgegennahme von Genusscheinkapital sei die Tathandlung abgeschlossen. Vielmehr werde die Tat auch durch die Verwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG der schon zuvor entgegengenommenen Gelder verwirklicht.

Die Entgegennahme der fremden Gelder sei lediglich der erste Teil der Tathandlung, von einem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG sei auch dann auszugehen, wenn im inkriminierten Tatzeitraum die zu verwaltenden Gelder bereits entgegengenommen gewesen seien.

Zum Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG "Entgegennahme fremder Gelder" führte die belangte Behörde aus, nur die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage stelle ein Bankgeschäft dar. Ausgenommen vom Einlagenbegriff seien grundsätzlich Einlagen auf Gesellschaftsanteile sowie Genossenschaftsanteile und Aktien (Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger (Hrsg.), BWG, § 1 Rz 17). Aus der vorliegenden Aktenlage gehe nicht hervor, dass die einbezahlten Gelder ausschließlich gesellschaftsrechtliche Anteile an der SE T (T AG) oder ihren Tochtergesellschaften gewesen wären. Im gegenständlichen Fall hätten die Genusscheininhaber das vereinbarte Kapital direkt auf das österreichische Konto der SE T (T AG) einzahlt, wodurch diese die Verfügungsmacht über diese einbezahlten Gelder erhalten habe. Diese Gelder seien sodann seitens der SE T (T AG) an ihre US-Tochtergesellschaften weitergeleitet worden, die wiederum über Auftrag der SE T (T AG) mit diesen Geldern Veranlagungen in verschiedenen Finanzinstrumenten durchgeführt hätten (Hinweis auf Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen).

Zum Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG "Rückzahlungsanspruch" führte die belangte Behörde aus, nach der Judikatur bedeute die "Entgegennahme im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld". Dabei müsse es nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen, allerdings betreibe Bankgeschäfte nur, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden

Gelder sei. Auch das Risiko eines Totalverlustes der Anleger ändere nichts an der Erfüllung des Tatbestandes des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG. Von einer derartigen Entgegennahme sei aufgrund der im Akt einliegenden Vereinbarungen und Zeichnungsscheine zwischen der SE T (T AG) und den Genussscheininhabern auszugehen, weil dabei von Dritten nach dem Investmentvertrag zunächst Zahlungen auf ein Konto der SE T (T AG) geleistet worden seien.

Zum Tatbestandsmerkmal "Verwaltung fremder Gelder" führte die belangte Behörde aus, entscheidend für das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit sei, dass vereinbarungsgemäß entgegengenommene Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen seien, wobei dem Entgegennehmenden ein "gewisser Entscheidungsspielraum" zustehen müsse. Der Geldgeber könne dabei auch im Einzelfall selbst entscheiden oder mit Weisungen eingreifen (Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 23). Stelle 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, liege ungeachtet des rechtlichen Gewands grundsätzlich eine Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung vor (Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 24). Im gegenständlichen Fall handle es sich aufgrund der Ausgestaltung dieser Veranlagungen "im Kern um einen Vermögensverwaltungsauftrag" mit der Abrede, den Vermögenswert der an die SE T (T AG) geleisteten Gelder zu erhöhen. Eine Beteiligung der Kunden an den Gewinnen der Gesellschaft sei ebenso wenig vorgesehen, wie ein Anspruch auf Liquidationserlös (Hinweis auf Punkt 1. der Genussrechtsbedingungen). Es habe sich somit nicht ergeben, dass die Geldgeber gegenständlich durch Zahlung des Genussrechtskapitals am unternehmerischen Risiko teilgenommen hätten. Im vorliegenden Fall hätten sich die Geldgeber nicht am Risiko eines Unternehmens beteiligt, dem sie Kapital hingegeben hätten, sondern hätten mit ihrem Vertragspartner einen Vertrag betreffend die Verwaltung der hingeggebenen Gelder nach bestimmten Grundsätzen geschlossen (Hinweis auf Punkt 2. der Genussrechtsbedingungen). Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt habe, liege in einem solchen Fall nicht ein Genussrecht im Sinn der Hingabe von Kapital für den unternehmerischen Zweck des Unternehmens, dem das Kapital überlassen werde, vor. Daher würden solche Genussscheine nicht eine Beteiligung an einem Unternehmen darstellen, sondern es werde aus den aus der Begebung der Genussscheine lukrierten Mitteln ein getrennt verwaltetes Vermögen gebildet (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, Zi. 2006/17/0006).

Dass gegenständlich ein großer Ermessensspielraum für die Veranlagung in Finanzinstrumente bei der SE T (T AG) selbst gelegen sei, habe der Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme vom 6. August 2009 eingehend dargelegt und dies im Berufungsverfahren bestätigt. Wie bereits dargelegt, habe die Weiterleitung der entgegengenommenen Gelder - welche als Zuschüsse an die US-Tochtergesellschaften tituliert worden seien - an die im Eigentum der SE T (T AG) stehenden Tochtergesellschaften in den USA nichts daran zu ändern vermocht, dass der Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Verwaltung der entgegengenommenen Gelder bei der SE T (T AG) verblieben sei.

Unter dem Gesichtspunkt des Tatbestandsmerkmals des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG "Gewerblichkeit" führte die belangte Behörde aus, gewerblich sei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehle oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig werde (Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 6). Mangels des Erfordernisses einer Gewinnerzielungsabsicht komme es somit nicht darauf an, zu welchem Zweck - etwa auch im Rahmen einer ideellen, karitativen oder gemeinnützigen Tätigkeit - eine wirtschaftliche Leistung erbracht werde (Hinweis auf Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG, § 1 Rz 10). Es sei gleichgültig, ob damit auch eine Gewinnerzielung bzw. überhaupt eine Deckung der Selbstkosten angestrebt werde (Hinweis auf Laurer in FLPR, KWG, § 1 Rz 6). Laut den Genussrechtsbedingungen (Hinweis auf Punkt 4.4.) sei den Genussscheininhabern ein Verwaltungskostenbeitrag seitens der SE T (T AG) verrechnet worden, wodurch jedenfalls Einnahmen erzielt worden seien. Weiters seien standardisierte Formulare für die Vereinbarungen zwischen der SE T (T AG) und den Genussscheininhabern verwendet worden, wodurch jedenfalls Gewerblichkeit indiziert werde. Nachhaltigkeit liege nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs grundsätzlich bei wiederholter Tätigkeit unter Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses vor, was im vorliegenden Fall durch die wiederholte und in zeitlichen Abständen erfolgte Entgegennahme von Geldern seitens der SE T (T AG) jedenfalls gegeben sei. Aus diesen Gründen liege eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen vor.

Die SE T (T AG), deren gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Beschwerdeführer im gegenständlichen Tatzeitraum gewesen sei, habe somit, ohne über die erforderliche Konzession für das

Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG zu verfügen, von 31. Dezember 2005 bis 30. April 2010 Bankgeschäfte gewerblich betrieben, indem sie fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite führte die belangte Behörde im Wesentlichen begründend aus, bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil das Gesetz weder den Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr voraussetze, noch über das Verschulden etwas bestimme. Bei solchen Delikten obliege es gemäß § 5 Abs. 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei. Das bedeute, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen habe, was für seine Entlastung spreche, zB durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung entsprechender Beweisanträge. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, das gegen den Vorstand der SE T (T AG), W H, wegen eines ebensolchen Tatvorwurfes geführte Verwaltungsstrafverfahren vor dem Magistrat der Stadt Wels sei eingestellt worden, sei zunächst auszuführen, dass dieses Verfahren nicht den Beschwerdeführer, sondern den ehemaligen Vorstand, W H, betroffen habe und die Verfahrenseinstellung bereits am 10. April 2003, somit deutlich vor Beginn des gegenständlichen Tatzeitraumes, erfolgt sei. Davon abgesehen lasse sich aber der gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG verfügten Einstellung dieses Verfahrens durch den Magistrat der Stadt Wels in keiner Weise entnehmen, dass die Einstellung dieses Verfahrens deshalb erfolgt sei, weil eine Konzessionspflicht in Ansehung des damals angezeigten Sachverhaltes zu verneinen gewesen wäre. Aufgrund dieses gegen eine andere Person geführten Verwaltungsstrafverfahrens habe der Beschwerdeführer somit nicht davon ausgehen können, dass der damals vorliegende Sachverhalt kein konzessionspflichtiges Bankgeschäft darstelle, zumal sich der Verfahrenseinstellung keine Begründung entnehmen lasse und auch dem Beschwerdeführer - laut seiner Aussage in der Berufungsverhandlung - seitens des Magistrates der Stadt Wels kein Grund für die Einstellung dieses Verwaltungsstrafverfahrens mitgeteilt worden sei. Somit habe der Beschwerdeführer insgesamt nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass dieses Verfahren mangels Tatbestandsmäßigkeit (im Sinne des Nichtvorliegens einer Konzessionspflicht) eingestellt worden sei.

Auch das vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Urteil des LG Wels zeige nicht auf, dass den Beschwerdeführer kein Verschulden treffe. Insbesondere lasse sich diesem Urteil nicht entnehmen, dass der gemäß § 259 Z 3 StPO ausgesprochene Freispruch deshalb erfolgt sei, weil die gegenständlich inkriminierte Tätigkeit keiner Konzession der Bundeswertpapieraufsicht bedurft hätte. Vielmehr sei nach der Begründung der gekürzten Urteilsausfertigung deshalb ein Freispruch gefällt worden, da "kein Schuldbeweis" gegeben gewesen sei. Damit sei dieser Freispruch mangels Erweisbarkeit der subjektiven Tatseite erfolgt, weshalb der Beschwerdeführer nicht davon habe ausgehen dürfen, die in Rede stehende Genuss scheinkonstruktion stelle jedenfalls kein Bankgeschäft dar. Insoweit der Beschwerdeführer in seinem Rechtsmittelschriftsatz auf die Einvernahme des Mag. H vor dem Landesgericht Wels verweise, sei auszuführen, dass der Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme im Berufungsverfahren selbst ausgeführt habe, dass Mag. H anlässlich dieser Einvernahme zur Konzessionspflicht gemäß BWG hinsichtlich der gegenständlichen Genuss scheinkonstruktion keine bestimmte Auffassung vertreten habe, sondern auf das anhängige Verfahren vor dem Magistrat der Stadt Wels verwiesen habe. Insgesamt habe der Beschwerdeführer somit nicht davon ausgehen dürfen, dass der Freispruch darin begründet sei, dass keine Konzessionspflicht für die in Rede stehende Genuss scheinkonstruktion bestehe.

Dem Argument des Beschwerdeführers, er habe anlässlich eines Telefonates vom 22. September 2002 vom Mitarbeiter der FMA, Mag. H, die Auskunft erhalten, dass dann keine Bankenkonzessionspflicht bestehe, wenn die Tradingtätigkeit über ausländische Tochtergesellschaften erfolge, hielt die belangte Behörde entgegen, dass die FMA - wie sich aus der Aussage des Beschwerdeführers ergebe - die in Rede stehende Genuss scheinkonstruktion anlässlich einer Vorort-Prüfung bei der G-GmbH, deren Geschäftsführer der Beschwerdeführer damals gewesen sei, näher untersucht habe. Dabei sei dem Beschwerdeführer von einem Mitarbeiter der FMA anlässlich des Resümee gesprächs vom 25. Februar 2005 - somit zeitlich deutlich nach dem genannten Telefonat mit Mag. H - mitgeteilt worden, dass die gegenständliche Genuss scheinkonstruktion seitens der FMA als konzessionspflichtiges Bankgeschäft angesehen werde.

Vor allem aber finde sich im Prüfbericht der FMA über die Prüfung gemäß § 24 Abs. 2 WAG bei dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen "G-GmbH" vom 23. September 2005 - der nach der Aussage des Beschwerdeführers zur Prüfung der gegenständlichen Genuss scheinkonstruktion geführt habe - unter Punkt 26/3 folgende Feststellung:

"Die FMA hält fest, dass in der Vergangenheit mit der von der (G)-Gruppe angebotenen, vergleichbare Genussscheinkonstruktionen als konzessionspflichtige Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 1 BWG eingestuft wurden und fordert die (G-GmbH) 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 sei somit die G-GmbH, deren Geschäftsführer der Beschwerdeführer gewesen sei, seitens der zuständigen Aufsichtsbehörde explizit darauf hingewiesen worden, dass derartige Genussscheinkonstruktionen als konzessionspflichtige Bankgeschäfte anzusehen seien. Der Beschwerdeführer habe jedoch nach Erhalt dieser Informationen spätestens ab Herbst 2005 keine Handlungen gesetzt, um den Betrieb von konzessionslosen Bankgeschäften durch die gegenständliche Genussscheinkonstruktion zu vermeiden. Insbesondere habe es der Beschwerdeführer ab dem genannten Zeitpunkt unterlassen, bei der zuständigen Behörde eine Rechtsauskunft bzw. eine Bankenkonzession zu erlangen.

Dass dem Beschwerdeführer von verschiedenen Wirtschaftsprüfern mitgeteilt worden sei, dass für das in Rede stehende Geschäftsmodell eine Konzessionspflicht gemäß BWG vermieden werden könne, wenn die eigentliche Tradingtätigkeit im Ausland durchgeführt werde, vermöge vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ebenso keinen entschuldbaren Rechtsirrtum darzustellen. Dazu komme, dass diese Informationen in den Jahren 2000 bis 2002 erteilt worden seien, somit vor Prüfung der G-GmbH im Jahr 2005. Das vom Beschwerdeführer weiters ins Treffen geführte Schreiben der Bundes-Wertpapieraufsicht vom 17. September 2001 beziehe sich auf eine allfällige Konzessionspflicht gemäß WAG und es werde darin zur Frage einer Konzessionspflicht für Tätigkeiten gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG überhaupt nicht Stellung genommen. Dass der Beschwerdeführer 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 Genussscheinkonstruktion ausgegangen worden sei, die Rechtsauskunft erhalten habe, dass die inkriminierte Tätigkeit nicht konzessionspflichtig sei, habe der Beschwerdeführer selbst nicht behauptet.

Letztlich vermöge auch der Umstand, dass im Jahr 2005 noch keine einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage bestanden habe, ob Genussscheinkonstruktionen der gegenständlichen Art als konzessionspflichtige Bankgeschäfte anzusehen seien, den Beschwerdeführer nicht zu entschuldigen. Davon abgesehen habe der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, ZI. 2005/17/0195, die wesentlichen Kriterien des Einlagengeschäftes nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG näher dargelegt, sodass der Beschwerdeführer als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der SE T (T AG) bei Aufwendung der gebotenen und ihm auch zumutbaren Sorgfalt aufgrund der im Tatzeitraum bereits bestehenden höchstgerichtlichen Judikatur ohne weiteres hätte erkennen können, dass es sich bei der in Rede stehenden Genussscheinkonstruktion um konzessionspflichtige Bankgeschäfte handle. Auch der Umstand, dass eine entsprechende Anfrage an die Behörde unbeantwortet geblieben sei - wie der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren in den Raum gestellt habe - stelle für sich allein noch keinen Entschuldigungsgrund dar. Aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde zu einer Anfrage betreffend die rechtliche Qualifikation einer Tätigkeit könne noch nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit (ohne Konzession nach dem BWG) geschlossen werden (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, ZI. 2008/17/0034). Der Verwaltungsgerichtshof gehe 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 führe, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen oder gesetzt worden sei (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, ZI. 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 vorliege, könne der Rechtsunterworfene sich nicht auf einen Schuldausschließungsgrund im Hinblick auf eine komplizierte Rechtslage und das Fehlen einer Antwort durch die Behörde auf eine entsprechende Anfrage berufen (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, ZI. 2008/17/0034). Dazu komme, dass die schriftlichen Anfragen der G-GmbH vom 10. April 2005 und 11. März 2005 stammten, somit zeitlich vor dem Prüfbericht der FMA vom 23. September 2005 erfolgt seien, in welchem in Ansehung der gegenständlichen Genussscheinkonstruktion von einem konzessionspflichtigen Bankgeschäft ausgegangen worden sei. Insgesamt sei es dem Beschwerdeführer daher nicht gelungen, mangelndes Verschulden glaubhaft darzutun.

1.4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

1.5. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und verzichtete auf die Erstattung einer Gegenschrift.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

2.1. § 1 Abs. 1 Z 1 und § 98 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993, in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2009, lauten:

"Kredit- und Finanzinstitute

§ 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);

...

§ 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."

2.2. Zur objektiven Tatseite:

2.2.1. Zur Frage der Konzessionspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG in Verbindung mit § 4 BWG brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Vornahme der vorgeworfenen Verwaltungstätigkeit sei nicht durch die SE T (T AG) sondern durch ausländische Tochtergesellschaften erfolgt, und es fehlten Feststellungen zu einer tatsächlichen Verwaltungstätigkeit in Österreich. § 1 Abs. 1 Z 1 BWG stelle auch nicht auf die Verwaltung ab, sondern auf die "Entgegennahme zur Verwaltung".

2.2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, Zl. 2006/17/0006, bei einem vergleichbaren Sachverhalt zu der Frage, wann die Begebung von Genusscheinen zu einer Konzessionspflicht nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG in Verbindung mit § 4 BWG führe, Stellung genommen. Er hat dabei (vgl. Punkt 2.4. des zitierten Erkenntnisses) insbesondere wie folgt ausgeführt:

"Das Rechtsgeschäft, das zwischen dem Geldgeber und den Unternehmern geschlossen wird, besteht typischerweise ausschließlich in der Hingabe von Geld mit der Abrede, dass die vereinnahmten Mittel vom das Genussrecht einräumenden Unternehmen entsprechend seines Unternehmenszweckes verwendet würden und dem Geldgeber jedenfalls ein näher umschriebener Anspruch auf den Gewinn zustehe.

Im Beschwerdefall wurde der Vertrag zwischen dem Kunden und der Q. AG, deren Geschäftsgegenstand insbesondere in der 'Beteiligung am und de(m) Erwerb von Unternehmen im In- und Ausland, gleichgültig in welcher Gesellschaftsform, bei Ausschluss von Bankgeschäften' bestand, derart geschlossen, dass von vornherein eine (wenn auch nicht ausschließliche) Weitergabe der Gelder an die Q.H. Inc. zur Vornahme von Anlagegeschäften vereinbart wurde. Die Genussrechtsbedingungen sahen darüber hinaus aber auch die (sonstige) Veranlagung der nicht an die Q.H. Inc. weitergeleiteten Gelder vor. Ein Weisungszusammenhang zwischen der Q. AG und der Q.H. Inc. bestand nach den Feststellungen der belangten Behörde auf Grund der Aussagen des Beschwerdeführers

nicht. ... Aus der Sicht des Beschwerdeführers lag 'das operative

Geschäft' in den Händen der unabhängig agierenden Q.H. Inc. Da jedoch nicht die gesamte Veranlagung der dem jeweiligen Rechnungskreis zuzurechnenden Gelder durch die Q.H. Inc. erfolgte, erübrigte es sich, der Frage nachzugehen, ob die Rechtslage anders zu beurteilen wäre, wenn der Q. AG auf Grund der Weitergabe der eingenommenen Gelder zur Gänze an einen Dritten zur Veranlagung keinerlei Verwaltungstätigkeiten zugekommen wäre.

Bei der Ausgabe der Q. AG-Genussscheine bzw. der Q. Ansparplangenusscheine wurden - ähnlich wie in dem dem hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, Zl. 2008/17/0034, zugrunde liegenden Fall - nach den Genusscheinbedingungen eigene Rechnungskreise aus den eingenommenen Geldern gebildet und der

Rückzahlungsanspruch in Abhängigkeit von der Entwicklung der für die einzelnen Rechnungskreise vorgenommenen Veranlagungen ermittelt.

(...) Gleichgültig, ob die Verwaltungstätigkeit von der Q. AG oder der Q.H. Inc. ausgeübt wurde, bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Kapital wurde insofern weder zur Finanzierung der Q. AG noch jener der Q.H. Inc. verwendet und von diesen Gesellschaften nicht nach ihrem uneingeschränkten Ermessen für ihren Geschäftszweck verwendet, sondern es war von vornherein vereinbart, dass das aufgebrachte Kapital gesondert im Rahmen der generell gehaltenen Anlagerichtlinien nach den näher festgelegten Bedingungen (v.a. der Zulässigkeit der Übertragung der Mittel auf Dritte zur Veranlagung durch diese) veranlagt werden sollte und der Rückzahlungsanspruch vom Erfolg dieser konkreten und nachvollziehbar bleibenden Veranlagung abhängen sollte. Hierin liegt aber ein wesentlicher Unterschied zur Einräumung eines Genussrechtes nach § 174 AktG. Im Beschwerdefall wurden die Kundengelder mit einer spezifischen Abrede bezüglich ihrer Veranlagung hingegeben und der Rückzahlungsanspruch hing vom Erfolg dieser Veranlagung ab. Die Q. AG ließ sich auch ein

'Verwaltungshonorar' bezahlen. Es kann daher ... keine Rede davon

sein, dass lediglich eine Unternehmensfinanzierung der Q. AG 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. Unter Beachtung der aufgezeigten terminologischen Problematik ist festzuhalten, dass für die bankenrechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend ist, 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.

Der Umstand, dass nach den abgeschlossenen Verträgen die Q. AG nicht verpflichtet war, selbst die Verwaltung vorzunehmen, ändert an der Qualifikation der Rechtsgeschäfte ebenfalls nichts. Die Q. AG schuldete eine Geschäftsbesorgung in dem Sinne, dass die vereinnahmten Gelder zur veranlagen waren, wobei die Zulässigkeit der Weitergabe zur selbständigen Disposition durch Dritte (insbesondere die Q.H. Inc.) zusätzlich vereinbart war. Die Entscheidung, ob und welchen Anteil der Gelder die Q. AG welchem Dritten überließ, lag aber allein bei ihr. Es erfolgte keine generelle Weiterleitung der von den Anlegern der Q. AG überwiesenen Mittel an die Q.H. Inc.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung der belangten Behörde teilt, dass der Abschluss der Verträge zwischen der Q. AG und ihren Kunden und die auf Grund dieser Verträge entfaltete Tätigkeit der Q. AG die Konzessionspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Z. 1 erster Fall BWG auslöste."

2.2.3. Im hier zu beurteilenden Beschwerdefall hat die SE T (T AG) unbestritten Genussrechte gegen Entgelt entsprechend den jeweiligen Genussrechtsbedingungen (für den jeweiligen Rechnungskreis) begeben. Sie hat je Genussschein sowohl einen Rechnungskreis gebildet als auch ein ausländisches Tochterunternehmen errichtet und das ihr übergebene Geld an die entsprechend den Genussrechtsbedingungen vorgesehenen ausländischen Tochterunternehmen (an denen die SE T (T AG) zu 100 % beteiligt war) zur Veranlagung weitergeleitet. Der Rückzahlungsanspruch der Vertragspartner der SE T (T AG) bestand nicht in einem Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der SE T (T AG) insgesamt, aber auch nicht etwa in einem Anteil am Vermögen des jeweiligen Tochterunternehmens, sondern errechnete sich gemäß dem jeweiligen Punkt 4.4. der Genussrechtsbedingungen aus dem Veranlagungserfolg als Ergebnis der Verwaltung der dem Rechnungskreis zuzuordnenden Vermögenswerte durch das jeweilige Tochterunternehmen.

Es bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung im jeweiligen Rechnungskreis erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Kapital wurde insofern weder zur Finanzierung der SE T (T AG) noch der ausländischen Tochterunternehmen verwendet und von diesen Gesellschaften nicht nach ihrem uneingeschränkten Ermessen für ihren Geschäftszweck verwendet, sondern es war von vornherein vereinbart, dass das aufgebrachte Kapital gesondert im Rahmen der generell gehaltenen Anlagerichtlinien (die hier die Vorgabe der Art der Finanzinstrumente, in denen veranlagt werden sollte, enthielten) veranlagt werden sollte.

Insoweit lagen keine bloßen "Zuschüsse", wie dies in den Genussscheinbedingungen genannt wurde, an die Tochterunternehmen vor, die diese für eine von den Genussrechtsbedingungen unabhängige Geschäftsgebarung hätten verwenden können. Zwischen der SE T und ihren Tochterunternehmen bestand nach den Genussscheinbedingungen ein Auftragsverhältnis, in dessen Rahmen die Veranlagung vorzunehmen war. Die

Genussscheinbedingungen waren - wie sich den im Akt erliegenden Bedingungen entnehmen lässt - insofern unterschiedlich gestaltet, als in einem Fall das ausländische Tochterunternehmen selbst die Veranlagung vornahm, in anderen Fällen dieses Tochterunternehmen als "Commodity Pool Operator" auf Grundlage eines Managementvertrages die Veranlagungsentscheidungen traf, die von einem anderen Unternehmen umzusetzen waren. In diesen Fällen hatte die von der SE T errichtete Tochtergesellschaft, der die in Österreich lukrierten Mittel eines Rechnungskreises weiter geleitet wurden, diese Mittel ihrerseits in verschiedene Commodity Trading Advisors zu investieren, die diese (auf der Basis der Entscheidung des Commodity Pool Operators) zu veranlagen hatten.

Der Beschwerdeführer hat in seiner Aussage vor der FMA vom 6. August 2009, welche er in der von der belangten Behörde durchgeführten mündlichen Verhandlung aufrechterhielt, zugestanden, dass die SE T (T AG) bei der Veranlagung der weitergeleiteten Gelder das "letzte Wort" hatte. Die Feststellung der belangten Behörde, dass die Entscheidung, wie die an die ausländischen Tochterunternehmen weitergeleiteten Gelder konkret veranlagt werden, bei der SE T (T AG) lag, erscheint insofern unbedenklich. Die Kunden der SE T standen mit dieser in einer Vertragsbeziehung und hatten ihr gegenüber einen vermögensrechtlichen Anspruch, der sich nach dem Erfolg der Veranlagung bemäß. Dass die Veranlagung selbst im Ausland erfolgte, kann die Anwendung des österreichischen BWG nicht hindern. Es lag keine bloße Weiterüberweisung der auf ein Konto der SE T (T AG) im Inland eingezahlten Gelder vor (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 2011, Zl. 2010/17/0202, bzw. zu den Anknüpfungspunkten für die Anwendung des BWG allgemein Stöger, Anmerkung zum hg. Erkenntnis vom 20. Juni 2012, Zl. 2008/17/0226, ÖBA 2013, 216 (219, Punkt 1.2.)).

Der Verwaltungsgerichtshof teilt daher die Auffassung der belangten Behörde, dass der Abschluss der Verträge zwischen der SE T (T AG) und ihren Kunden und die auf Grund dieser Verträge entfaltete Tätigkeit der SE T (T AG) die Konzessionspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG auslöste.

Dafür spricht - entgegen dem Hinweis in der Beschwerde - der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG ("Entgegennahmezur Verwaltung").

2.2.4. Der Beschwerdeführer bringt wie schon im Verwaltungsverfahren vor, die letzte Entgegennahme fremder Gelder sei im September 2005 erfolgt, sodass bei seinem die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit auslösenden Eintritt in die SE T (T AG) als geschäftsführender Direktor mit 31. Dezember 2005 die ihm vorgeworfene Verwaltungsübertretung des § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG bereits beendet gewesen sei. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass es sich bei § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG um ein Dauerdelikt handelt, da nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung pönalisiert ist. Der Tatbestand besteht in der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung, die vom Tatbestand erfasste Tätigkeit besteht somit nicht allein in der Entgegennahme der Gelder. Die rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Unternehmen, das die Tätigkeit ausübt, und seinen Kunden erschöpft sich nicht in einem einmaligen Abschluss eines Vertrages und dessen (unmittelbar bzw. zeitnah erfolgender) Erfüllung. Fremdes Geld bleibt solange als "zur Verwaltung entgegengenommen", bis es nicht mehr verwaltet wird.

Der belangten Behörde kann daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie dem Beschwerdeführer die verfahrensgegenständliche Übertretung für den Zeitraum 31. Dezember 2005 bis 30. April 2010 zur Last gelegt hat.

2.3. Zur subjektiven Tatseite:

2.3.1. Der Beschwerdeführer bringt unter dem Gesichtspunkt eines entschuldbaren Rechtsirrtums im Sinne des § 5 Abs. 2 VStG wie schon im Verwaltungsverfahren vor, die SE T (T AG) habe zur Frage der Konzessionspflicht in der Zeit von 2000 bis 2002 Expertisen von berufsmäßigen Parteienvertretern eingeholt, die alle eine Konzessionspflicht des Geschäftsmodells der SE T (T AG) verneint hätten. Zudem habe der Bundesminister für Finanzen am 25. Mai 2001 gegen den damaligen Außenvertretungsbefugten der SE T (T AG) eine Anzeige wegen des "Verdachts konzessionspflichtiger Handelstätigkeit" nach § 1 Abs. 1 Z 7 BWG an den Magistrat der Stadt Wels gerichtet, jedoch keinen Zusammenhang mit § 1 Abs. 1 Z 1 BWG hergestellt. Der Magistrat der Stadt Wels habe dieses Verfahren mit Verständigung vom 14. April 2003 eingestellt. Darüber hinaus sei gegen den Beschwerdeführer als damaligen Aufsichtsrat der SE T (T AG) ein Strafverfahren vor dem LG Wels angestrengt worden, in welchem ihm ein Vergehen nach § 255 AktG vorgeworfen worden sei, weil in einem Aktionärsbrief die Zeichnung von Genussscheinen angekündigt

worden sei, wofür jedoch angeblich eine Konzession nach dem BWG erforderlich gewesen wäre. Das Strafgericht habe den Beschwerdeführer in allen Punkten freigesprochen. Der angefochtene Bescheid sei daher, indem er dem Beschwerdeführer ein Verschulden an der Rechtsunkenntnis unterstelle, inhaltlich rechtswidrig.

2.3.2. Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

Nach der hg. Rechtsprechung entschuldigt gemäß § 5 Abs. 2 VStG 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 irrite Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, dargelegt hat, ist gerade dann, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten bis zum Äußersten ausgereizt werden sollen, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Die entsprechenden Erkundigungen können zwar nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. November 1981, Zl. 81/17/0126). Hat die Partei (z.B. 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. das hg. Erkenntnis vom 19. November 1998, Zl. 96/15/0153). Dabei gilt nach dem zitierten Erkenntnis für die Sorgfaltspflicht der Partei gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie im damaligen Beschwerdefall - gerade eine Konstruktion entwickelt wurde, mit der die Grenzen der innegehabten Konzession ausgelotet werden sollten. Analoges gilt für die hier vorliegende Konstellation, in der eine Gestaltung gewählt wurde, bei der eine Konzessionspflicht nach dem BWG gerade noch vermieden werden sollte. Diese Erkundigungspflicht darf aber andererseits nicht überspannt werden (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 99/13/0035, und zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, Zl. 2006/17/0006).

Die belangte Behörde verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf den Prüfbericht der FMA vom 23. September 2005, in welchem sich die Feststellung findet, dass konzessionspflichtige Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Z. 1 BWG vorgelegen seien und sich der Beschwerdeführer diesbezüglich mit der FMA in Verbindung setzen solle.

Der Prüfbericht der FMA vom 23. September 2005 ist dem Beschwerdeführer jedenfalls zeitlich nach den von ihm vorgebrachten Umständen (siehe oben, Punkt 2.3.1.) zugegangen. Der Beschwerdeführer musste daher im Zeitraum 31. Dezember 2005 bis 30. April 2010 davon ausgehen, dass die FMA die Auffassung vertrat, für die in Rede stehende Genussscheinkonstruktion bestehe eine Konzessionspflicht nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG in Verbindung mit § 4 BWG, was der Annahme eines entschuldigenden Rechtsirrtums im Beschwerdefall entgegensteht. Damit erübrigts sich auch die Beantwortung der Frage, ob die unter 2.3.2 angeführten Umstände geeignet gewesen wären, ein Verschulden des Beschwerdeführers auszuschließen.

2.4. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in seinen Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

Die Beschwerde war infolge dessen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen (§ 79 Abs. 11 VwGG).

2.5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG aF in Verbindung mit § 3 Z 1 VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014.

Wien, am 27. Jänner 2014

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2011170073.X00

Im RIS seit

21.02.2014

Zuletzt aktualisiert am

05.06.2014

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at