jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2015/1/30 2011/17/0081

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.01.2015

Index

24/01 Strafgesetzbuch;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §45 Abs2;
AVG §58 Abs2;
StGB §34 Abs1 Z17;
VStG §19 Abs2;
VStG §25 Abs2;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky, sowie Hofrätin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer, und Hofrat Mag. Brandl als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.a Schubert-Zsilavecz, über die Beschwerde des Mag. J S in L, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Heinrichsgasse 4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 2. Februar 2011, Zl. UVS- 06/FM/46/835/2010, betreffend Übertretung des Bankwesengesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

Mit erstinstanzlichem Strafbescheid der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 22. Dezember 2009 wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe es zu verantworten an den Standorten K sowie W im Zeitraum von 11. April 2007 bis 30. April 2009 ohne die erforderliche Berechtigung gemäß § 4 Bankwesengesetz (BWG) gewerblich Bankgeschäfte betrieben zu haben, indem er laufend fremde Gelder auf seinem Konto Nr. 83, Sparkasse K, als Einlage entgegengenommen habe (Einlagengeschäft), sowie indem er in diesem Zeitraum den bargeldlosen Zahlungsverkehr und Abrechnungsverkehr in laufender Rechnung für andere durchgeführt habe (Girogeschäft). Der Beschwerdeführer habe dadurch § 98 Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 523/1993 idF BGBl. I Nr. 22/2009 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 und Z 2 BWG idF BGBl. I Nr. 108/2007 in Verbindung mit § 4 BWG idF BGBl. I Nr. 141/2006 verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 40.000,--, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von elf Tagen, verhängt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

In der von der belangten Behörde durchgeführten mündlichen Verhandlung am 17. September 2010 schränkte der Beschwerdeführer die Berufung auf die Höhe der Strafe ein. Hinsichtlich dieser Einschränkung der Berufung wurde das Protokoll dieser Verhandlung auf Antrag des Beschwerdeführers (in der fortgesetzten Verhandlung am 1. Dezember 2010) um folgende Passage ergänzt: "Der Vorsitzende sowie der Berichterstatter weisen in diesem Zusammenhang auf Folgendes hin: Im vorliegenden Fall wurde die Berufung sowohl dem Grunde nach als auch der Höhe der Strafe nach erhoben. Ein inhaltlicher Widerspruch ergibt sich daraus insofern, als relevierte Strafmilderungsgründe nur dann effektiv herangezogen werden können, wenn eine entsprechende Tat- und Schuldeinsicht, dokumentiert durch eine Einschränkung der Berufung auf die Strafhöhe, gegeben ist."

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung insofern Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von EUR 40.000,-- auf EUR 32.000,-- und die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von elf Tagen auf neun Tage herabgesetzt wurden.

Begründend führte die belangte Behörde aus, in der Berufung seien sowohl der Schuld- als auch der Strafausspruch bekämpft worden. Der Beschwerdeführer habe unter anderem vorgebracht, es sei ihm im Zuge seiner Einvernahme als Beschuldigter, die dem (ersten) Straferkenntnis der FMA vom 13. April 2007 vorangegangen sei, vom Leiter der Amtshandlung zugesichert worden, für die Schließung des Kontos Nr. 83 bei der Sparkasse K ab Rechtskraft des Straferkenntnisses zwei Jahre Zeit zu haben. Diese Frist sei deshalb nötig gewesen, weil aufgrund bestehender Verträge, aber auch der teilweisen schweren Erreichbarkeit von Darlehensgebern und Darlehensnehmern eine Schließung des betreffenden Kontos von einem Tag auf den anderen nicht möglich gewesen sei, ohne dabei die Darlehensgeber und Darlehensnehmer in ihren finanziellen Interessen zu schädigen. Den Beschwerdeführer treffe daher zumindest kein subjektiv vorwerfbares Verschulden.

Hinsichtlich der Einschränkung der Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe führte die belangte Behörde aus, vom Vertreter des Beschwerdeführers sei dazu ausgeführt worden, der Beschwerdeführer beabsichtige nicht, künftig wieder fremde Gelder auf ein von ihm geführtes Konto zu übernehmen, weil es sich auch betriebswirtschaftlich als sinnvoll erwiesen habe, die Kredite über fremde Konten abzuwickeln. Zudem sei ausschlaggebend gewesen, dass es sich technisch als machbar erwiesen habe, das Konto Nr. 83 nur für Einzahlungen zu sperren und die auf diesem Konto liegenden Gelder den Kreditnehmern und Kreditgebern Stück für Stück zurückzuerstatten. Die Durchführbarkeit dieser Möglichkeit habe sich erst im April 2009 herausgestellt, als bereits ein Untersagungsauftrag der FMA vorgelegen sei.

Weiters führte die belangte Behörde aus, zum Beweisthema des Grades des den Beschwerdeführer treffenden Verschuldens seien der frühere Mitarbeiter der FMA Dr. W, der vormalige Rechtsanwalt des Beschwerdeführers Dr. P, der Steuerberater des Beschwerdeführers Dr. B, ein weiterer ehemaliger Mitarbeiter der FMA MMag. T sowie der nach wie vor für die FMA tätige Mag. H zeugenschaftlich befragt worden.

Die von der belangten Behörde in der Folge wiedergegebenen Zeugenaussagen der soeben genannten Personen lauten auszugsweise:

Dr. W (früherer Mitarbeiter der FMA):

"Ich kenne den BW und kann mich an ihn noch erinnern. Ich

habe damals als Mitarbeiter der FMA beruflich mit ihm zu tun

gehabt. Es ging meiner Erinnerung nach um die Führung von

Bankgeschäften ohne Konzession im Zusammenhang mit

Kreditvermittlungen. Es hat meiner Erinnerung nach 2 Einvernahmen

gegeben. ... Ich bin mir sicher, dass ich dem BW nicht gesagt

habe, er dürfe die von uns damals als verboten qualifizierten

Geschäfte noch eine bestimmte Zeit weiterhin durchführen, weil

sonst das Strafverfahren absurd gewesen wäre. Zur zweiten

Einvernahme ist es meiner Erinnerung nach überhaupt erst deshalb

gekommen, weil die FMA aufgrund eines Hinweises einer anderen

öffentlichen Stelle ... erfahren hat, dass die Tätigkeit weiterhin

durchgeführt wird. Bei der zweiten Einvernahme hat der BW dazu

gesagt, er könne sein Geschäftssystem nicht so schnell umstellen.

Ich habe ganz sicher nicht daraufhin Verständnis dafür gezeigt. So

etwas Wichtiges hätte ich außerdem sicher protokolliert. ... Ob

der BW etwas über den Zeithorizont gesagt hat, den er für die Umstellung seines Geschäftssystems benötigen würde, kann ich nicht sagen. Davon, dass es Kredite auf 5 Jahre und Kredite auf 2 Jahre gab, weiß ich nichts mehr. Meiner Erinnerung nach, hat der BW bei der ersten Einvernahme davon gesprochen, dass er sein Geschäftssystem kurzfristig umstellen wird, zur zweiten Einvernahme ist es deshalb gekommen, weil dies nicht geschehen ist, sondern der BW weitergemacht hat. Unter kurzfristig verstehe ich von Montag bis Freitag. Betonen möchte ich aber, dass ich überhaupt keine Übergangsfrist eingeräumt habe."

Dr. P (vormaliger Rechtsanwalt des Beschwerdeführers):

"... Bei den ersten beiden Terminen am 13.6.2006 und am 10.11.2006 ist es auch um die Frage gegangen, wie künftig der Geschäftsbetrieb weitergeführt werden kann und wie künftig mit den

Geldern auf dem Konto 83 umgegangen werden soll. ... Zum

Einvernehmungstermin am 10.11.2006 hat der BW dieses Model vorgestellt und gefragt, ob es dagegen Einwände gebe. Dies wurde verneint. Dann hat der BW gefragt, wie es mit dem alten System weitergehen solle und ob es Einwände dagegen gebe, dieses Auslaufen zu lassen. Damit war gemeint, in diesem alten System keine neuen Verträge mehr abzuschließen, alte Verträge aber in diesem alten System zu Ende zu führen. Daraufhin fragt Dr. W den BW, wie lange das dauern würde. Dieser sagt, ca. 2 Jahre. Daraufhin kam von Dr. W kein 'ja' aber auch kein 'nein'. Ich habe aus diesem Verhalten, insbesondere aus der Frage, wie lange das dauere, geschlossen, dass eine Übergangsfrist akzeptiert werde bzw. dass dagegen kein Einwand erhoben werde. ..."

Dr. B (Steuerberater des Beschwerdeführers):

"... Der BW hat aber auch darauf hingewiesen, dass für

diejenigen Kunden, für die er bisher die besagten Dienstleistungen

besorgt hat, große Umstellungen erforderlich sind und er dazu eine

bestimmte Zeit benötigen wird. Der Vertreter der FMA Dr. W hat

dann gefragt, wie lange das dauern wird. Der BW hat dazu näher

erklärt, er könne zwar bei den Krediten mit einer Laufzeit von 5

Jahren für eine Umstellung der Kontoführung innerhalb der nächsten

2 Jahre sorgen, bei den Krediten mit einer Laufzeit von 2 Jahren

sei eine Umstellung allerdings nicht administrierbar. Die

Vertreter der FMA haben sich dazu nicht geäußert. Ein Protokoll

über diese Besprechungen hat nur der Anwalt des BW bekommen. Ich

habe erst im Jahr 2009, als bereits ein zweites Strafverfahren

anhängig war, erfahren, dass wesentliche Teile des Gesprächs nicht

im Protokoll standen. ... Ich selbst bin nicht davon ausgegangen,

dass in den 2 Jahren, von denen der BW gesagt hat, dass er sie für

die Kontoumstellungen benötige, er mit einer weiteren Strafe

rechnen müsse. ... Es war so wie vom BWV gesagt, dass in meinen

Gesprächen mit dem Beschwerdeführer wir immer davon ausgegangen sind, 2 Jahre Zeit zu haben, um die Kontoführung umzustellen. ... Eine Aussage der Vertreter der FMA, dass der BW, sollte er nicht sofort, dass heißt binnen Wochenfrist, die von ihm durchgeführten Bankgeschäfte aufgeben, er mit einer neuen Bestrafung rechnen müsse, gab es nicht. ..."

MMag. T (ehemaliger Mitarbeiter der FMA):

"... Betreffend ein Ausstiegsszenario aus der von uns beanstandeten Treuhandbuchhaltung und Kontoführung kann ich mir nur vorstellen, dass von Seiten der FMA an den BW die Aufforderung gerichtet wurde, damit sofort Schluss zu machen. Ob es eine solche Aussage tatsächlich gegeben hat, und von welchem Mitarbeiter der FMA sie ausgegangen ist, kann ich allerdings nach aktiver Erinnerung nicht mehr sagen. Was dazu seitens des BW gekommen ist, kann ich nicht mehr genau sagen, ich glaube aber, er war grundsätzlich nicht abgeneigt, die beanstandeten Geschäfte nicht mehr durchzuführen."

Mag. H (Mitarbeiter der FMA):

"... Meiner Erinnerung nach, hat der BW bezüglich eines Ausstiegs aus seinem Geschäftsmodell gesagt, dass es bestimmte Altkredite gebe, bei denen ein Ausstieg nicht möglich sei, dass aber neue Geschäfte künftig auf andere Weise abgeschlossen werden sollten. Dass von Seiten der FMA irgendwelche Ausstiegsfristen eingeräumt werden wären, kann ich mir nicht vorstellen. Derartiges wäre auch absurd, da schließlich das Geschäftsmodell des BW als strafbarer Tatbestand gewertet wurde. Genaueres kann ich aus meiner Erinnerung nicht sagen."

Der Beschwerdeführer habe sich zu dem gegen ihn erhobenen Tatvorwurf nach den Zeugenaussagen dahin geäußert, er habe 41 Jahre lang als Unternehmer nie Probleme mit Behörden gehabt. Er habe sich immer korrekt verhalten. Er wisse, man verlange von Unternehmern, alle Gesetze zu kennen. Dies sei in der Praxis nicht machbar. Die Arbeiterkammer habe ihn aus ihm nicht verständlichen Gründen ständig belangt. Auch die Banken hätten ihm beim Versuch, nach der letzten Bestrafung sein Geschäftsmodell umzustellen, ständig Prügel vor die Beine geworfen. Er habe zwei Grundprinzipien, er führe keine Kundenbesuche durch und alle Kunden müssten einen seiner Vorträge besucht haben, bevor sie von ihm eine detaillierte Beratung erhielten. Er fühle sich daher absolut nicht schuldig und er sei sich sicher, alles getan zu haben, um nach seinen bescheidenen Möglichkeiten dem Gesetz zu entsprechen. Hätte er sofort damit aufgehört, für seine Kunden auf dem Konto Nr. 83 die Treuhandbuchhaltung weiter zu führen, hätte er sofort die Gelder der FMA überweisen oder bei Gericht hinterlegen müssen, was für das Gericht und die Kunden nahezu unlösbare Probleme mit sich gebracht hätte.

Die belangte Behörde legte dar, infolge der Einschränkung der Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe sei der erstinstanzlich gefällte Schuldspruch bereits in Rechtskraft erwachsen, sodass seitens des erkennenden Senates nur noch der Strafausspruch zu überprüfen gewesen sei. Dass die gegenständlich im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses näher umschriebenen Geschäfte (Abwicklung von vom Beschwerdeführer vermittelten Darlehen auf dem Konto Nr. 83 bei der Sparkasse K, lautend auf den Beschwerdeführer) konzessionspflichtige Bankgeschäfte gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 (Einlagengeschäft und Girogeschäft) darstellten, sei somit als gegeben anzunehmen gewesen.

Der objektive Unrechtsgehalt der Tat sei insbesondere im Hinblick auf den langen Tatzeitraum von knapp mehr als zwei Jahren sowie in Ansehung des Ausmaßes der vom Beschwerdeführer ohne die erforderliche Konzession durchgeführten Bankgeschäfte als gravierend einzustufen. Wie bereits die erstinstanzliche Behörde eingehend dargelegt habe, seien allein im Jahr 2008

3.547 Überweisungen über das auf den Beschwerdeführer lautende Konto Nr. 83 bei der Sparkasse K vorgenommen worden. Das Geldvolumen, das über dieses Konto bewegt wurde, habe allein im Jänner 2009 ca. EUR 338.000,-- betragen. Hinsichtlich der Zahl der Kunden sei die erstinstanzliche Behörde von zumindest 450 Kunden ausgegangen. Dem sei der Beschwerdeführer nicht entgegengetreten, sondern habe er in seinem im Berufungsverfahren eingebrachten Schriftsatz vom 10. September 2010 sogar von "tausenden Kunden" gesprochen.

Vor diesem Hintergrund sei unbeschadet des Umstandes, dass konkrete nachteilige Folgen der Tat - etwa in der Form von Malversationen mit Kundengeldern - nicht hätten festgestellt werden können, durch die dem Beschwerdeführer zur Last liegende Tat das öffentliche Interesse an der ausschließlichen Besorgung von Bankgeschäften durch dafür

konzessionierte und der Aufsicht durch die FMA unterworfene Banken in erheblichem Maß geschädigt worden, sodass der objektive Unrechtsgehalt der Tat als gravierend einzustufen gewesen sei.

Was den Grad des den Beschwerdeführer treffenden Verschuldens betreffe, sei zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer wegen ganz ähnlicher Geschäfte im Zeitraum vom 25. November 2004 bis 31. Mai 2006 bereits mit Berufungsbescheid der belangten Behörde wegen einer Übertretung des § 98 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z 1 und § 4 Abs. 1 BWG rechtskräftig verurteilt worden sei. Damals sei die über den Beschwerdeführer erstinstanzlich verhängte Geldstrafe von EUR 15.000,-- auf EUR 7.000,--, die Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen auf 5 Tage, herabgesetzt worden.

Entgegen den damaligen - auf entsprechenden Äußerungen des Beschwerdeführers in der Verhandlung basierenden - Annahmen der belangten Behörde, sei der Beschwerdeführer nicht in Pension gegangen und habe auch die damals inkriminierten Tätigkeiten nicht eingestellt, sondern betreffend seinen bisherigen Kundenstock (Altkunden) fortgeführt. Nur bei neu angeworbenen Kunden habe der Beschwerdeführer sein Geschäftsmodell modifiziert und den gesetzlichen Anforderungen angepasst. Für Altkunden (Kreditnehmer und Kreditgeber) seien dagegen nach wie vor Überweisungen über das auf den Beschwerdeführer lautende Konto Nr. 83 in der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses beschriebenen Art und Weise durchgeführt worden. Dies, obwohl dem Beschwerdeführer aufgrund des mit dem zitierten Berufungsbescheid dem Grunde nach bestätigten Straferkenntnisses der FMA vom 23. April 2007, dem Beschwerdeführer zugestellt am 10. April 2007, bekannt gewesen sei, dass die vom Beschwerdeführer für seine Kunden auf dem Konto Nr. 83 getätigten Transaktionen als verwaltungsstrafrechtlich zu sanktionierende, konsenslose Durchführung von Bankgeschäften qualifiziert worden seien. Wie den Sachverhaltsfeststellungen des bekämpften Straferkenntnisses zu entnehmen sei, habe der Beschwerdeführer in der Folge trotz Kenntnis über die Strafbarkeit eines solchen Verhaltens nicht nur Rückzahlungen von Kreditnehmern auf dem Konto Nr. 83 entgegengenommen und den Kreditgebern im Rahmen seiner "Treuhandbuchhaltung" gutgeschrieben, sondern Kreditgebern auch weiterhin Kreditnehmer vermittelt und den Zahlungsverkehr über das Konto Nr. 83 abgewickelt.

Der Rechtfertigung des Beschwerdeführers, wonach er in Ansehung der Vielzahl an Altkunden (im Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 10. September 2010 sei von "tausenden Kunden" die Rede), deren Kreditgeschäfte über das Konto Nr. 83 abgewickelt worden seien, keine andere Ausstiegsmöglichkeit gesehen habe, als für diese Kunden die bestehende (rechtswidrige) Praxis - zumindest für eine Übergangsfrist - beizubehalten, sei entgegenzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer schon unmittelbar nach der erstmaligen Beanstandung durch die FMA zumutbar gewesen wäre, das Konto Nr. 83 für sämtliche Einzahlungen sperren zu lassen und die auf diesem Konto liegenden Gelder den Kreditnehmern und Kreditgebern Stück für Stück zurückzuerstatten. Für weitere von ihm vermittelte Kredite habe der Beschwerdeführer das Konto Nr. 83 nicht mehr zur Verfügung stellen dürfen. Er hätte ausnahmslos alle Kunden diesbezüglich an konzessionierte Banken verweisen müssen.

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringe, er und sein anwaltlicher Vertreter hätten erst im April 2009, als es bereits einen Untersagungsauftrag der FMA gegeben habe, von der Möglichkeit und technischen Durchführbarkeit einer Sperre des Kontos nur für Einzahlungen Kenntnis erlangt, so könne dem Beschwerdeführer der Vorwurf nicht erspart werden, dass er nicht erst nach dem behördlichen Untersagungsauftrag, sondern schon unmittelbar nach Kenntnis von der Gesetzwidrigkeit seines Geschäftsmodells verpflichtet gewesen wäre, diese Möglichkeit zu prüfen.

Es werde keineswegs übersehen, dass der Beschwerdeführer, nachdem er von dem ersten gegen ihn laufenden Verwaltungsstrafverfahren Kenntnis erlangt habe (also noch vor Beginn des gegenständlichen Tatzeitraums), ein in der mündlichen Verhandlung vorgelegtes Schreiben an seine Kunden gerichtet habe. Darin habe er diese "ersucht", im Fall des Wunsches nach einem neuen (vom Beschwerdeführer vermittelten) Kredit das bestehende Privatkonto zur Verfügung zu stellen oder mit einem Berater der Firma des Beschwerdeführers Kontakt aufzunehmen, um die Einrichtung eines separaten Bankkontos zu ermöglichen. Mit diesem Schreiben seien die Kunden allerdings nicht über die Gesetzwidrigkeit der bisherigen Abwicklungspraxis und der zwingenden Erforderlichkeit eines neuen Abwicklungsmodus in Kenntnis gesetzt worden. Insofern könne diese Kundeninformation keineswegs als ausreichende Maßnahme qualifiziert werden, um eine Beendigung der von den zuständigen Behörden als gesetzwidrig festgestellten Geschäftspraxis des Beschwerdeführers sicherzustellen.

Der Beschwerdeführer habe weiters vorgebracht, sich schon im Frühjahr 2007, noch vor Erlassung des ersten Straferkenntnisses der FMA, bemüht zu haben, seinen Kunden die Möglichkeit zu bieten, bei der V Bank Konten zu eröffnen. Über diese hätten in der Folge die vom Beschwerdeführer vermittelten Kredite abgewickelt werden sollen. Dies sei aber an der fehlenden Kooperationsbereitschaft der V Bank letztendlich im Sommer 2008 gescheitert. Das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers erweise sich zwar im Zusammenhalt mit dem dazu vorgelegten Schriftverkehr als glaubwürdig, vermöge aber das vorschriftswidrige Verhalten des Beschwerdeführers nicht zu entschuldigen. Der Beschwerdeführer wäre unter allen Umständen verpflichtet gewesen, keine weiteren Bankgeschäfte über das Konto Nr. 83 mehr durchzuführen. Gegebenenfalls hätte er seinen Kunden gegenüber offen legen müssen, zur Weiterführung seines früheren Geschäftsmodells nicht befugt zu sein und einen Kredit daher nur unter der Voraussetzung der Besorgung der dabei anfallenden Einlagen- und Girogeschäfte durch Banken vermitteln beziehungsweise abwickeln zu können (richtig: dürfen). Hätte sich dafür keine konzessionierte Bank gefunden, dann hätten die betreffenden Geschäfte beziehungsweise Transaktionen unterbleiben müssen.

Soweit der Beschwerdeführer vorgebracht habe, ihm sei im Verlauf des ersten Strafverfahrens von der FMA zugesichert worden, für die Schließung des Kontos Nr. 83 und die Umstellung für Kreditvermittlungen aus der Vergangenheit zwei Jahre Zeit zu haben, habe dieses Vorbringen im Beweisverfahren nicht erhärtet werden können. Alle in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen aus dem Bereich der FMA hätten unmissverständlich und glaubhaft dargelegt, eine solche Zusicherung sei nicht erfolgt. Auch der bei den damaligen Terminen bei der FMA anwesende Rechtsanwalt des Beschwerdeführers sowie sein gleichfalls anwesender Steuerberater hätten eine solche "Zusicherung" nicht bestätigen können. Sie hätten lediglich davon berichtet, der Beschwerdeführer habe von sich aus gesagt, etwa zwei Jahre zu benötigen, um das alte System auslaufen zu lassen. Von Seiten der FMA-Mitarbeiter sei dazu aber keine Äußerung erfolgt. In diesem Zusammenhang sei auch zu betonen, der Beschwerdeführer habe das alte System keineswegs bloß "auslaufen lassen", sondern habe - wie in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses anschaulich anhand von Beispielen dargelegt worden sei - im Tatzeitraum auch neue Kreditverträge zwischen Altkunden vermittelt und über das Konto Nr. 83 abgewickelt. Der Beschwerdeführer habe somit keineswegs von einer "Duldung" des ihm gegenständlich vorgeworfenen Verhaltens durch die Aufsichtsbehörde ausgehen dürfen.

Vor diesem Hintergrund sei das den Beschwerdeführer treffende Verschulden als schwerwiegend einzustufen. Er habe nach bereits erfolgter Bestrafung und somit in voller Kenntnis der Gesetzwidrigkeit seines Verhaltens bei einer Vielzahl von (Alt-)kunden noch weitere zwei Jahre an seinem Geschäftsmodell festgehalten. Den Ausstieg aus diesem Geschäftsmodell habe er erst nach neuerlichem Einschreiten der FMA vollzogen.

Da die über den Beschwerdeführer mit Straferkenntnis der FMA vom 3. April 2007 verhängte einschlägige Verwaltungsstrafe im Tatzeitraum rechtskräftig geworden sei, den Beschwerdeführer aber nicht von der Fortsetzung seines rechtswidrigen Verhaltens habe abbringen können, sei diese Vormerkung im Rahmen der Strafbemessung als erschwerend zu werten gewesen.

Der Beschwerdeführer habe sein Rechtsmittel auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt und den Schuldspruch dadurch in Rechtskraft erwachsen lassen. Er habe sich jedoch nicht reumütig gezeigt. In seiner abschließenden persönlichen Äußerung habe sich der Beschwerdeführer darüber beklagt, von Unternehmern werde verlangt, sich an die Gesetze zu halten. Dies sei jedoch nicht möglich. Er habe betont, sich immer korrekt verhalten zu haben, sich absolut nicht schuldig zu fühlen und sicher alles getan zu haben, um nach seinen bescheidenen Möglichkeiten dem Gesetz zu entsprechen. Der Milderungsgrund eines reumütigen Geständnisses liege somit gegenständlich nicht vor. Auch sonst seien im Verfahren keine besonderen Milderungsgründe hervorgekommen.

Die Strafe sei herabgesetzt worden, weil der Beschwerdeführer nunmehr das Konto Nr. 83 tatsächlich für Eingänge gesperrt und den Kontostand bis 16. Juni 2009 auf ca. EUR 74.000,-- reduziert habe. Im Zusammenhang mit dem fortgeschrittenen Lebensalter des Beschwerdeführers sei vor diesem Hintergrund davon auszugehen, die Strafe werde auch im nunmehr herabgesetzten Ausmaß ausreichen, um ihn von weiteren vergleichbaren Delikten wirksam abzuhalten. Außerdem sei zu berücksichtigen gewesen, dass der Beschwerdeführer aus den von ihm ohne die erforderliche Konzession durchgeführten Bankgeschäften keinen unmittelbaren Gewinn erzielt habe und den Kunden aus diesen Bankgeschäften kein Schaden entstanden sei. Bei der Strafherabsetzung sei auch dem Umstand Rechnung getragen worden, dass der Beschwerdeführer bloß ein Einzelunternehmen mit nur einer Angestellten betreibe und seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse (der Beschwerdeführer habe angegeben ca. EUR 2.000,-- zu verdienen, ein Einfamilienhaus zu besitzen und für zwei minderjährige Kinder sorgepflichtig zu sein) als bloß

durchschnittlich zu qualifizieren seien.

Einer noch weiterreichenden Strafherabsetzung seien der ausführlich dargelegte hohe Grad des den Beschwerdeführer treffenden Verschuldens, der keineswegs bloß unbedeutende objektive Unrechtsgehalt der Tat, der erörterte Erschwerungsgrund einer im Tatzeitraum rechtskräftig gewordenen einschlägigen Vormerkung sowie generalpräventive Überlegungen entgegengestanden.

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

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

§ 19 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) in seiner

Stammfassung BGBl. Nr. 52/1991 lautet:

"Strafbemessung

§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist 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.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen."

§ 34 Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974, in der Fassung BGBl. Nr. 762/1996, lautet (auszugsweise):

"Besondere Milderungsgründe

§ 34. (1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

...

11. die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen;

...

17. ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;

..."

Die Beschwerde bringt im Wesentlichen vor, die Beurteilung des Verschuldens des Beschwerdeführers als schwerwiegend durch die belangte Behörde sei unzutreffend.

Hinsichtlich des Grades des Verschuldens wird Aktenwidrigkeit geltend gemacht, weil die belangte Behörde festgestellt habe, die in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen aus dem Bereich der FMA hätten unmissverständlich und glaubhaft dargelegt, eine Zusicherung (Anmerkung: einer Übergangsfrist) sei nicht erfolgt. Dies sei aktenwidrig, weil diese Feststellung klar im Widerspruch zu den Aussagen der Zeugen stehe. Diese Aussagen von MMag. T und Mag. H stellten in keiner Weise die "unmissverständliche" Darlegung dar, eine Zusicherung sei nicht erfolgt. Es sei auch nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund Zeugen, die sich nicht erinnern könnten, geeignet seien, besonders glaubwürdig zu sein. Die belangte Behörde gehe somit entgegen dem Grundsatz "in dubio pro reo" von einem "sicheren Tatbestand" ("unzweifelhaft") aus, ohne jedoch dazu über die Ermittlungsergebnisse im Akt zu

verfügen. Hätte die belangte Behörde aktenkonforme Feststellungen getroffen, wäre sie zu einer anderen Entscheidung gelangt. Sie hätte nämlich feststellen müssen, dass der Sachverhalt im Punkt Übergangsfrist keineswegs "unzweifelhaft" gewesen sei und der Beschwerdeführer sehr wohl in gewisser Weise davon habe ausgehen können, einen Zeitrahmen für die Umstellung zur Verfügung zu haben. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte hätte die belangte Behörde sodann feststellen müssen, dass den Beschwerdeführer in Summe betrachtet nur ein geringer Grad des Verschuldens treffe und dass die Tat unter Umständen begangen worden sei, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahe kommen. In der Folge hätte die belangte Behörde eine wesentlich geringere Strafe als EUR 32.000,--

verhängen müssen.

Mit diesem Vorbringen wird eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt. Aktenwidrigkeit liegt vor, wenn sich die Behörde bei der Darstellung ihrer Entscheidungsgrundlagen mit dem Akteninhalt in Widerspruch gesetzt hat, nicht jedoch, wenn die Behörde aus dem Inhalt der Akten vermeintlich unrichtige Schlüsse gezogen hat (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 27. Februar 2014, 2009/15/0212). Das dargestellte Beschwerdevorbringen bekämpft die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung und die auf deren Grundlage gezogenen Schlüsse. Im Ergebnis richtet es sich gegen die von der belangten Behörde aufgrund ihrer Beweiswürdigung getroffene Feststellungen, eine Frist zur Umstellung des Systems sei dem Beschwerdeführer nicht zugesichert worden und der Beschwerdeführer habe keineswegs von einer "Duldung" des ihm gegenständlich vorgeworfenen Verhaltens durch die Aufsichtsbehörde ausgehen dürfen.

Dr. W stellte in der mündlichen Verhandlung die Zusicherung einer Übergangsfrist ausdrücklich in Abrede, MMag. T und Mag. H legten dar, es sei nur vorstellbar, dass von Seiten der FMA die Aufforderung an den Beschwerdeführer gerichtet worden sei "damit sofort Schluss zu machen" beziehungsweise die Einräumung irgendwelcher Ausstiegsfristen sei nicht vorstellbar. Keiner dieser Zeugen hat somit eine Aussage getätigt, die dahin zu verstehen gewesen wäre, die Zusicherung einer Übergangsfrist sei erfolgt. Die Glaubwürdigkeit Dris. W wird auch nicht - wie in der Beschwerde vertreten - dadurch beeinträchtigt, dass sich dieser im Gegensatz zu seiner Aussage am 10. November 2006 bei seiner Vernehmung am 17. September 2010 nicht mehr an die konkreten Laufzeiten der Verträge erinnern konnte. Auch die Glaubwürdigkeit der Zeugen MMag. T und Mag. H wird nicht dadurch gemindert, dass sie nach dem Ablauf mehrerer Jahre keine detaillierten Erinnerungen an ein bestimmtes Gespräch hatten und dies auch zugaben.

Es kann daher nicht als den Denkgesetzen widersprechend angesehen werden, wenn die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangte, alle aus dem Bereich der FMA einvernommenen Zeugen hätten in der mündlichen Verhandlung unmissverständlich und glaubhaft dargelegt, die Zusicherung einer Übergangsfrist sei nicht erfolgt.

Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" geltend macht, ist darauf hinzuweisen, dass dieser Grundsatz keine Beweiswürdigungsregel enthält. Er kommt nur zur Anwendung, wenn auch nach dem Ergebnis der Beweiswürdigung noch Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bleiben (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. November 2009, 2008/09/0331).

Die belangte Behörde setzte sich entgegen den weiteren Beschwerdeausführungen auch mit den Aussagen Dris. B und Dris. P auseinander. Sie führte aus, diese hätten die Zusicherung einer Übergangsfrist nicht bestätigen können. Die Richtigkeit ihrer Aussagen stellte die belangte Behörde nicht in Frage. Jedwede Glaubwürdigkeit wird den Aussagen dieser Zeugen daher nicht abgesprochen. Auch aus ihren Aussagen ging nicht hervor, eine Übergangsfrist wäre tatsächlich eingeräumt worden. Die Zeugen legten lediglich dar, welche - im Ergebnis allerdings nicht berechtigten - Schlüsse sie aus dem Verhalten der Mitarbeiter der FMA gezogen haben.

Vor dem Hintergrund aller in der mündlichen Verhandlung erstatteten Aussagen ist es daher nicht als unschlüssig anzusehen, wenn die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangte, das Vorbringen des Beschwerdeführers, ihm sei im Verlauf des ersten Strafverfahrens von der FMA zugesichert worden, für die Schließung des Kontos Nr. 83 und die Umstellung für Kreditvermittlungen aus der Vergangenheit zwei Jahre Zeit zu haben, habe nicht erhärtet werden können.

Nach den Ausführungen in der Beschwerde habe der Beschwerdeführer auf Grund des Verhaltens der Mitarbeiter der FMA sehr wohl in gewisser Weise davon ausgehen dürfen, einen Zeitrahmen für die Umstellung zur Verfügung zu haben. Dies leitet der Beschwerdeführer aus dem Umstand ab, dass die Mitarbeiter der FMA, nachdem er gefragt

worden sei, wie lange es dauere, das System zu Ende zu führen, auf seine Antwort, er bedürfe für die Umstellung seines Geschäftsmodells in etwa zwei Jahre, keine Reaktion gezeigt hätten.

In einer derartigen Situation wäre der Beschwerdeführer allerdings dazu verpflichtet gewesen, nachzufragen, ob ihm eine Übergangsfrist eingeräumt werde. Dies war ihm auch zumutbar. Aus dem Schweigen der Mitarbeiter der FMA durfte der Beschwerdeführer keinesfalls ableiten, diese sagten ihm betreffend ein bereits als rechtswidrig erkanntes Verhalten für einen bestimmten Zeitraum Straffreiheit zu. Das Schweigen der Behörde konnte nämlich vielfältige Gründe haben. Auch auf Grund des Verhaltens der Mitarbeiter der FMA durfte der Beschwerdeführer daher nicht davon ausgehen, ihm werde eine Frist für die Umstellung seines Geschäftsmodells gewährt, während der eine Bestrafung nicht erfolgen werde.

Die belangte Behörde stellte daher zu Recht fest, der Beschwerdeführer habe nicht von der straffreien Duldung des ihm gegenständlich vorgeworfenen Verhaltens durch die Aufsichtsbehörde ausgehen dürfen.

Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer nach seinen Angaben an die Gewährung einer Übergangsfrist glaubte, könnte ein geringes Verschulden des Beschwerdeführers daher nicht begründen. Insbesondere unter Berücksichtigung des schon im angefochtenen Bescheid dargelegten Umstandes, dass der Beschwerdeführer schon früher verpflichtet gewesen wäre, das Konto Nr. 83 für sämtliche Einzahlungen sperren zu lassen, weiters dass der Beschwerdeführer das "alte System" auch nicht nur habe auslaufen lassen, sondern auch neue Kreditverträge zwischen Altkunden vermittelt und über das Konto Nr. 83 abgewickelt habe sowie, dass die Kundeninformation keineswegs als ausreichende Maßnahme qualifiziert werden könne, um eine Beendigung der von den zuständigen Behörden als gesetzwidrig festgestellten Geschäftspraxis sicherzustellen, kann es nicht als rechtswidrig erkannt werden, wenn die belangte Behörde das Verschulden des Beschwerdeführers als schwerwiegend einstufte.

Der Beschwerdeführer vertritt weiters die Auffassung, die belangte Behörde hätte sich mit dem Vorliegen des Milderungsgrundes des § 34 Abs. 1 Z 11 StGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 VStG auseinandersetzen müssen, weil im Beschwerdefall Umstände vorgelegen seien, die einem Rechtfertigungsbeziehungsweise Schuldausschließungsgrund nahe gekommen seien. Der Beschwerdeführer habe ausführlich dargelegt, sich keines Verschuldens bewusst gewesen zu sein, weil er zweifelsfrei davon ausgegangen sei, ihm sei die faktisch notwendige Zeit für die Umstellung und Schließung des Kontos eingeräumt worden.

Wie bereits dargelegt, wäre der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen, nähere Erkundigungen einzuholen, ob ihm eine Übergangsfrist gewährt werde oder nicht. Auch der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z 11 StGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 VStG lag daher im Beschwerdefall nicht vor.

Weiters rügt die Beschwerde, die belangte Behörde habe das Vorliegen des Milderungsgrundes eines reumütigen Geständnisses verneint, weil der Beschwerdeführer in seinem Schlusswort angegeben habe, sich seiner Ansicht nach korrekt verhalten zu haben. Diese Aussage ("sich nicht schuldig zu fühlen") sei lediglich darauf zu beziehen gewesen, dass der Beschwerdeführer der Meinung gewesen sei, ihm stünde eine Frist für die Umstellung des Geschäftsbetriebes zur Verfügung. Über den Grundtatbestand sei der Beschwerdeführer bereits seit dem Vorerkenntnis einsichtig gewesen. Er sei aber von einer Übergangsfrist ausgegangen. Nur aus diesem auch für die Schuldfrage wesentlichen Grund sei das Berufungsverfahren überhaupt noch betrieben worden. Die Aussage, sich nicht schuldig zu fühlen, habe sich, weil das Verfahren aufgrund der vollen Tateinsicht des Beschwerdeführers bereits auf die Höhe der Strafe eingeschränkt war, nur auf die Schuldfrage und das Schuldmaß beziehen können.

Gemäß § 34 Abs. 1 Z 17 StGB ist es insbesondere ein Milderungsgrund, wenn der Täter ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zu Wahrheitsfindung beigetragen hat.

Der Beschwerdeführer hat noch im Berufungsschriftsatz die Qualifikation der von ihm durchgeführten Geschäfte als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 BWG bestritten. Das Vorbringen, der Beschwerdeführer habe sich bereits seit dem Vorerkenntnis einsichtig gezeigt und das Berufungsverfahren sei nur aus dem Grund der nach Ansicht des Beschwerdeführers ihm eingeräumten Übergangsfrist geführt worden, ist daher unzutreffend.

Eine erst im Rechtsmittelverfahren bekundete Schuldeinsicht kann dem Beschwerdeführer nach der hg. Rechtsprechung nicht (mehr) als Milderungsgrund nach der sinngemäß heranzuziehenden Bestimmung des § 34 Abs. 1 Z 17 StGB zugute gehalten werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. April 2011, 2008/09/0246 mwN). Ein

allfälliges Geständnis des Beschwerdeführers stellte daher bereits aufgrund der bis ins Rechtsmittelverfahren andauernden Uneinsichtigkeit des Beschwerdeführers keinen Milderungsgrund gemäß § 34 Abs. 1 Z 17 StGB in Verbindung mit § 19 Abs. 2 VStG dar.

Darüber hinaus ist weder der Einschränkung der Berufung noch der hierzu vorgenommenen Protokollergänzung eindeutig entnehmbar, dass die Einschränkung der Berufung im Hinblick auf eine uneingeschränkte Geständigkeit des Beschwerdeführers in Ansehung der objektiven und der subjektiven Tatseite erfolgte (vgl. zu den Anforderungen an ein reumütiges Geständnis das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2012, 2010/11/0156 mwN). Die bloße Einschränkung der Berufung auf die Strafhöhe ist nicht als ein einem reumütigen Geständnis gleichkommender Milderungsgrund zu werten (vgl. das soeben zitierte Erkenntnis vom 23. Mai 2012, wonach eine nur gegen den Strafausspruch gerichtete Berufung nicht als ein einem Geständnis gleichkommender Milderungsgrund zu werten ist). Aus der in seiner Schlussbemerkung getätigten Aussage "sich absolut nicht schuldig zu fühlen" ist außerdem eindeutig erkennbar, dass beim Beschwerdeführer von einer "gesinnungsmäßigen Missbilligung der Tat", welche für ein reumütiges Geständnis notwendig ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2014, 2013/09/0046 mwN), nicht ausgegangen werden konnte. Der Beschwerdeführer hatte offensichtlich nicht die Einsicht, ein Unrecht begangen zu haben. Auch aus diesem Grund lag - wie von der belangten Behörde richtig erkannt - kein reumütiges Geständnis vor.

Hinsichtlich der weiteren Beschwerdeausführungen, die belangte Behörde habe bei der Strafbemessung verkannt beziehungsweise nicht gesetzeskonform gewürdigt, dass durch die Handlungen des Beschwerdeführers niemandem ein Schaden entstanden sei, ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde die Herabsetzung des Strafausmaßes unter anderem damit begründete, dass den Kunden aus den Bankgeschäften kein Schaden entstanden sei.

Unter Berücksichtigung dieser und der von der belangten Behörde hinsichtlich der Strafbemessung dargelegten Erwägungen erkennt der Verwaltungsgerichtshof nicht, dass die belangte Behörde von dem ihr bei der Strafbemessung eingeräumten Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat. Die verhängte Strafe erscheint unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Mai 2014, Ra 2014/09/0003).

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet auf den §§ 47 ff. VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 30. Jänner 2015

Schlagworte

Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel Allgemeinfreie Beweiswürdigung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2015:2011170081.X00

Im RIS seit

04.03.2015

Zuletzt aktualisiert am

04.05.2015

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at