

# TE Bwvg Erkenntnis 2020/3/16 W158 2213789-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.03.2020

## Entscheidungsdatum

16.03.2020

## Norm

B-VG Art133 Abs4  
BWG §1 Abs1 Z1  
BWG §4 Abs1  
BWG §98 Abs1a  
FMABG §22 Abs2a  
VStG 1950 §1 Abs2  
VStG 1950 §19  
VStG 1950 §5 Abs1  
VStG 1950 §5 Abs1a  
VStG 1950 §5 Abs2  
VStG 1950 §64  
VStG 1950 §9 Abs1  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §50 Abs1  
VwGVG §52 Abs1  
VwGVG §52 Abs2

## Spruch

W158 2213789-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die vorsitzende Richterin Dr. Yoko KUROKI-HASENÖHRL, den Richter Dr. Martin MORITZ und den Richter Mag. Volker NOWAK als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH in 1070 Wien, vom 16.01.2019 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 13.12.2018, GZ. XXXX zu Recht erkannt:

A)

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Strafnorm lautet § 98 Abs. 1a Bankwesengesetz (BWG),BGBl. Nr. 532/1993 idgF.

Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 hat die Beschwerdeführerin einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von

EUR 3.000,- zu leisten.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

### **Text**

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

##### **I. Verfahrensgang und Sachverhalt:**

I.1. Das hier angefochtene Straferkenntnis vom 13.12.2018 der Finanzmarktaufsicht (in Folge: FMA), der Beschwerdeführerin (in Folge: BF) zugestellt am 19.12.2018, richtet sich gegen die BF als Beschuldigte und enthält folgenden Spruch:

"I. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 11.08.2016 als Geschäftsführerin der ins Handelsregister von Luxemburg zu XXXX registrierten XXXX mit Sitz in 2453 Luxemburg, XXXX , eingetragen.

Sie haben in Ihrer Funktion als Geschäftsführerin der XXXX gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl Nr. 52/1991 idgF zu verantworten, dass die XXXX jedenfalls im Zeitraum 06.12.2016 bis 15.05.2018 ohne die erforderliche Konzession der FMA gemäß § 4 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG), gewerblich das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 1 erster Fall BWG betrieben hat.

Dies dadurch, dass die Gesellschaft auf dem österreichischen Markt die Anleihe XXXX (im Folgenden: XXXX ) angeboten hat. Der einzige Kunde, der direkt bei der XXXX die XXXX zeichnete war die XXXX (in der Folge: XXXX ), eine in Österreich konzessionierte Bank. Diese gab ein Commitment iHv insgesamt EUR 30.125.000,00 ab. Davon wurde von der XXXX EUR 9.338.750,00 abgerufen.

Laut Anleihebedingungen werden bei der XXXX mittels "Capital Call Notice" von den Anlegern Zahlungen eingefordert und XXXX kann das Anleihekapital nach eigenem Ermessen veranlagern. Das Anleihekapital bildet einen eigenen Rechnungskreis "Compartment" und die Anleger haben einen Anspruch auf Rückzahlung. Die Mindesteinlage beträgt EUR 375.000,00.

Die XXXX verfügte über keine Konzession der FMA.

Die Vertragsbedingungen der XXXX wurden im Zuge des Untersagungsverfahrens per 15.05.2018 auf ein nicht konzessionspflichtiges Geschäftsmodell umgestellt.

II. Die XXXX haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 98 Abs 1a iVm § 1 Abs 1 Z 1 erster Fall Bankwesengesetz (BWG),BGBl. Nr. 532/1993 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§

15.000 Euro

1 Tag

---

98 Abs 1a BWG iVm §§ 16, 19, 44a VStG

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

---

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

? 1.500 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

? 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

16.500 Euro."

I.2. Dagegen richtet sich die am 16.01.2019 per Mail bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde der BF wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und der Verletzung von Verfahrensvorschriften. Sie beantragte, der Beschwerde stattzugeben und das Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben, falls nicht schon aufgrund der Aktenlage das Straferkenntnis aufgehoben werde, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, in eventu lediglich eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die Strafe herabzusetzen.

Begründend brachte die BF im Wesentlichen vor, es handle sich um kein Einlagengeschäft im weiteren Sinn, da es sich um eine langfristige Veranlagung handle und die Investoren keine Dispositionsmöglichkeiten über den Rückzahlungsanspruch gehabt hätten. Die BF hätte überdies nicht schuldhaft gehandelt, da sie Erkundigungen bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter und bei der FMA eingeholt habe, die trotz mehrerer Treffen keine Konzessionspflicht angenommen habe. Im Übrigen sei die Strafe überhöht.

I.3. Die FMA legte die Beschwerde und die dazugehörigen Verwaltungsakten mit Schreiben vom 28.01.2019 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

I.4. Am 15.01.2020 hielt der entscheidende Senat eine zur gemeinsamen Behandlung der Verfahren W158 2213789-1, W158 2213790-1, W158 2213791-1 anberaumte öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der der gemeinsame Rechtsvertreter der drei Beschwerdeführer, die belangte Behörde und ein von der BF in der Beschwerde beantragter Zeuge gehört wurden. Die BF erschien unentschuldig nicht zur Verhandlung.

I.5. Am 31.01.2020 langte eine im Zuge der Verhandlung aufgetragene Urkundenvorlage der FMA ein.

I.6. Am 12.02.2020 langte eine ergänzende Stellungnahme der BF ein, in der sie unter Vorlage mehrerer Dokumente im Wesentlichen vorbrachte, die FMA sei im Zuge des Prospektbilligungsverfahrens trotz des ihr bekannten Sachverhalts von keiner Konzessionspflicht ausgegangen. Es treffe sie daher an einer allfälligen Übertretung keine Schuld.

I.7. Am 20.02.2020 nahm die FMA dazu Stellung und führte aus, von den Parallelverfahren, die sich im Übrigen noch im Anfangsstadium befunden hätten und eine Erforderlichkeit einer Bankkonzession damals daher noch nicht erörtert worden sei, könne nicht darauf geschlossen werden, dass für das verfahrensgegenständliche Projekt keine Bankkonzession notwendig sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einschau in den vorgelegten Verwaltungs- und Gerichtsakt sowie durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.01.2020 und Befragung des Zeugen.

II.1. Feststellungen:

Die XXXX (in Folge: die Emittentin oder XXXX) ist im Handelsregister von Luxemburg zu XXXX mit Sitz in 2453 Luxemburg, XXXX eingetragen. Die BF ist seit 11.08.2016 Geschäftsführerin dieser Gesellschaft und damit zur Vertretung der XXXX nach außen berufen.

Die Emittentin hat in Österreich das Produkt XXXX (in Folge: A) gemäß den Anleihebedingungen " XXXX " (in Folge: Anleihebedingungen) in der ursprünglichen Fassung in der Zeit von 06.12.2016 bis 15.05.2018 angeboten. Diese Anleihebedingungen lauten auszugsweise:

"1. DEFINITIONS [...]

Calculation Day means the last day of a calendar month. [...]

Compartment means the compartment called "Compartment 2" created by the Issuer in in connection with the issue of the Notes and to which the Notes and, among other things, the Hedge Assets have been, or will be (as the case may be), allocated (where vompartment hast he meaning givent to this term in articles 62 et seq of the Securisation Act

2004).

Compartment Assets means the following assets allocated at any given time to the Compartment: (i) the Hedge Assets, (ii) any assets (other than cash) received by the Issuer in connection with the Hedge Assets, (iii) the Compartment Cash and (iv) the rights of the Issuer under any agreement entered into in connection with the Notes.

Compartment Assets Value means the amount calculated by the Calculation and Paying Agent on each Calculation Day in accordance with the formula set out in Condition 8.7.

Compartment Cash means any cash of the Issuer allocated to the Compartment, but excluding the Provisions (if any), the Set-up Fee and the Structuring Reserve Ledger. [...]

Final Redemption Amount means the product of (i) the Principal Amount Outstanding and (ii) the Note Net Asset Value as of the Calculation Day immediately preceding the Maturity Date. [...]

Hedge Assets has the meaning given to such term in Condition 5.2. [...]

Maturity Date means the date falling no later than five (5) Business Days after the Calculation Day immediately following the last and final distribution of Fund Capital Proceeds or Fund Income Proceeds (whichever comes last) made in connection with, and for the purpose of, the dissolution of the Reference Fund. [...]

Note Net Asset Value means, in respect of each Note, the value calculated on the relevant Calculation Day in accordance with the formula set out in Condition 8.9. [...]

Principal Amount Outstanding means, in respect of each Note, on any date (i) the aggregate amount of the Called Amounts paid by the Noteholder in connection with the issue of the Note on the Issue Date and upon each subsequent Capital Call, minus (ii) the aggregate amount of all Partial Redemption Amounts paid in respect of that Note by the Issuer prior to such date in accordance with Condition 10.2. [...]

Set-up Fees means fees and expenses of the Issuer in the amount of up to 0.25 % of the aggregate nominal value of the issued Notes payable in connection with the issue of the Notes. [...]

## 5. COMPARTMENT ASSETS

### 5.1. Cost Reserve Ledger

Each Noteholder expressly acknowledges and accepts that up to 20 % of the Called Amounts received by the Issuer in respect of each Note will be set aside and recorded by the Issuer in a separate ledger created for the Compartment (the Costs Reserve Ledger) to be used for the payment of the Payable Costs to the extent that such costs cannot be paid out of the available Compartment Cash (other than booked in the Costs Reserve Ledger) or the Structuring Reserve Ledger. The Issuer may determine the exact amount of the Costs Reserve Ledger at its sole discretion, subject to the limit above.

### 5.2. Risk hedging

In order to hedge its payment obligations in respect of the Notes, the Issuer will apply the net Issue Proceeds of the Notes to subscribe for securities of one or more issuers of its choice (the Hedge Assets). The Hedge Assets held by the Issuer will endeavour to hold at any time the Hedge Assets that are, in its reasonable opinion, suitable to ensure full and punctual payment of the amounts due to the Noteholders under the Notes. The Issuer shall not be obliged to invest, directly, indirectly, or synthetically, in the Reference Fund. [...]

## 8. DESCRIPTION OF THE XXXX STRATEGY AND OTHER RELEVANT FORMULAS [...]

### 8.6. Disclaimer

The Strategy exists exclusively in the form of data records and by no means represents any legal or economic ownership in respect of the Strategy Components. Neither the Issuer nor the Calculation and Paying Agent nor the Strategy Sponsor shall be obliged to invest into the Strategy Components or to hold them

The calculation and composition of the Strategy has and will be performed by the Calculation and Paying Agent and the Strategy Sponsor with all due care. However, neither the Strategy Sponsor nor the Calculation and Paying Agent shall give any representation or guarantee for the correct correctness of the calculation of the relevant market parameters.

Neither the Strategy Sponsor nor the Calculation and Paying Agent shall accept any liability for any direct or indirect damage which may result from an incorrect calculation of the relevant market parameters. [...]

## 10. REDEMPTION

### 10.1. Final redemption of the Notes

(a) The Issuer will redeem all of the outstanding Notes on the Maturity Date by giving to the Noteholders, in accordance with Condition 19, not less than five (5) days' notice (a Final Redemption Notice) (which notice shall be irrevocable) expiring on the Maturity Date specified in such Final Redemption Notice.

(b) If the Final Redemption Notice has been given to the Noteholders pursuant to Condition 10.1(a) above, the Issuer shall redeem each Note by paying the Final Redemption Amount to the holder of such Note on the Maturity Date.

(c) If no distribution has been made by the Reference Fund in respect of the Reference Participation in connection with, or for the purpose of, the dissolution of the Reference Fund (excluding, for the avoidance of doubt, the Fund Capital Proceeds and/or Fund Income Proceeds that have already resulted in payments being made by the Issuer under these Conditions) and no such distribution is expected to be made in the future, it cannot be excluded that the Final Redemption Amount in respect of the outstanding Notes will be equal to zero. In such a case, a Full Repayment shall be deemed to have occurred in respect of the Notes and the Principal Amount Outstanding of each Note shall be reduced to zero on the Maturity Date.

(d) Following the occurrence of the Full Repayment, the obligations of the Issuer under these Conditions shall be fully discharged and the Noteholders shall have no further claim or recourse against the Issuer.

### 10.2 Partial redemption of the Notes

(a) If the Reference Fund pays any Fund Capital Proceeds to the Company in respect of the Reference Participation other than in connection with, or for the purpose of the final dissolution of the Reference Fund (as reported by the Company to the Calculation and Paying Agent), the Issuer will (i) pay a Partial Redemption Amount on each Note to the relevant Noteholder on the Partial Redemption Date and (ii) (subject to the provisions of Condition 10.2(b) below) reduce the Principal Amount Outstanding of each Note by an amount equal to such Partial Redemption Amount.

(b) The Partial Redemption Amount payable in respect of each Note will be rounded down to the multiple EUR1,250 with the cash representing the difference to be retained in the Compartment as Compartment Cash.

(c) In the case that the payment of a Partial Redemption Amount would have the effect of reducing the Principal Amount Outstanding of a Note to zero, the Principal Amount Outstanding of each Note shall not be reduced to zero but only to EUR1,250 as long as there has been no Full Repayment. All further payments of Partial Redemption Amounts to be made by the Issuer to the Noteholders in accordance with Condition 10.2 will not reduce the Principal Amount Outstanding of the Notes unless and until a Full Repayment has occurred but will be considered as supplemental redemption amounts. The Principal Amount Outstanding of each Note shall be reduced to zero on the Maturity Date.

(d) The Issuer shall promptly notify the Noteholders in accordance with Condition 19 of the reduced Principal Amount Outstanding resulting from the payment of a Partial Redemption Amount.

### 10.3 No redemption at the option of the Noteholder

The Notes cannot be redeemed early, whether in whole or in part, at the option of the Noteholders.

### 10.4 Cancellation

Upon the Full Repayment, the Notes will be cancelled forthwith by the Issuer and may not be reissued or resold and the obligations of the Issuer in respect of the Notes shall be discharged."

Laut Anleihebedingungen wurden bei A mittels "Capital Call Notice" von den Anlegern die vereinbarten Zahlungen ("Commitment") eingefordert und XXXX konnte das Anleihekaptal nach eigenem Ermessen veranlagern. Das Anleihekaptal hat einen eigenen Rechnungskreis ("Compartment") gebildet und die Anleger hatten einen Anspruch auf Ruckzahlung. Die Mindesteinlage pro Anleger betrug EUR 375.000,00.

Beim Vertrieb des Produktes A hat sich die XXXX der XXXX bedient. Diese hat das Produkt in Osterreich offentlich beworben.

Der einzige Kunde, der A zeichnete beziehungsweise gegenüber der XXXX ein Commitment abgab, war die XXXX. Diese zeichnete ein Gesamtvolumen von EUR 30.125.000,00, davon wurden EUR 9.338.750,00 abgerufen.

Die XXXX hat die A an 43 Privatkunden weitervertrieben. Die eigentlichen Anleger waren der XXXX nicht bekannt.

Die XXXX verfügte im Tatzeitraum über keine Konzession der FMA für den gewerblichen Betrieb von Einlagengeschäften.

Die Anleihebedingungen von A wurden im Zuge des Untersagungsverfahrens per 15.05.2018 auf ein nicht konzessionspflichtiges Geschäftsmodell umgestellt.

Die FMA vertrat im Jahr 2014 in öffentlich zugänglichen Schreiben an die Wirtschaftskammer Österreich die Ansicht, dass "vermögensverwaltende Zertifikate (mit Anlagestrategie) und Zertifikate, deren Rückzahlungswert direkt an einen Basket (Index) gebunden ist, unter die Definition eines AIF" fallen beziehungsweise sei ein Zertifikat nach Ansicht der FMA "kein AIF, wenn der Emissionserlös zur freien Verwendung des Emittenten des Zertifikats steht. Es dürfen keinerlei Verpflichtungen gegenüber dem Anleger im Hinblick auf die Veranlagung des Emissionserlöses bestehen."

Das A zugrundeliegende Modell - insbesondere die fehlende Verpflichtung hinsichtlich einer Veranlagung in den Referenzfonds - wurde von XXXX gewählt, um basierend auf dieser veröffentlichten Ansicht der FMA keine Konzessionspflicht nach dem AIFMG auszulösen und eine notwendige Prospektbilligung durch die FMA zu vermeiden.

Die XXXX beauftragte zur Ausarbeitung ihrer Anleihemodelle eine luxemburgische Anwaltskanzlei, die in Österreich nicht in die Liste der Rechtsanwälte eingetragen ist, und einen selbstständigen österreichischen Unternehmensberater. Dieser ist seit 2000 in der Finanzbranche und war vier Jahre bei der FMA tätig. Im Rahmen seiner Tätigkeit wurden vom Unternehmensberater am 13.09.2016 zwei Prospekte der XXXX zur Billigung bei der FMA eingereicht. Dabei handelt es sich um einen Basisprospekt und einen Prospekt " XXXX ". Die General Terms and Conditions of the Linked Notes (Annex 3 zum Basisprojekt) lauteten auszugsweise wie folgt:

#### "3.1 Risk hedging

In order to hedge its payment obligations in respect of the Linked Notes, the Issuer will apply the net Issue Proceeds of the Linked Notes and will use the Leverage Amount to subscribe for securities of one or more issuers of its choice (the Hedge Assets). The Hedge Assets held by the Issuer from time to time will be allocated to the Compartment. The Issuer will endeavour to hold at any time the Hedge Assets that are, in its reasonable opinion, suitable to ensure full and punctual payment of the amounts due to the Noteholders under the Linked Notes. The Issuer shall not be obliged to invest, directly, indirectly, or synthetically, in the Reference Entity."

Der Prospekt " XXXX " hat folgenden auszugsweisen Wortlaut:

#### "Risk hedging

In order to hedge its payment obligations in respect of the Notes, the Issuer will apply the net Issue Proceeds of the Notes and will use the Leverage to subscribe for securities of one or more issuers of its choice (the Hedge Assets). The Hedge Assets held by the Issuer from time to time will be allocated to the Compartment. The Issuer will endeavour to hold at any time the Hedge Assets that are, in its reasonable opinion, suitable to ensure full and punctual payment of the amounts due to the Noteholders under the Notes. The Issuer shall not be obliged to invest, directly, indirectly, or synthetically, in the Reference Shares."

Infolge der Einreichung dieser Prospekte erteilte die FMA am 03.10.2016 beziehungsweise am 11.10.2016 Verbesserungsaufträge, wonach die Prospekte im Sinne der Verständlichkeit, Vollständigkeit und Kohärenz einer grundlegenden Überarbeitung zu unterziehen seien. In weiterer Folge fand am 13.10.2016 ein Termin bei der FMA statt, an dem der Unternehmensberater, sein Mitarbeiter und Mitarbeiter der FMA aus dem AIF Bereich und den Prospektabteilungen teilnahmen. Inhalt dieses Gesprächs waren die Verbesserungsaufträge, die Rechtsansicht der FMA in ihrem Schreiben an die Wirtschaftskammer Österreich und mögliche Rahmenbedingungen für prospektfreie Angebote. Am 02.12.2016 beziehungsweise am 21.12.2016 wurde jeweils eine zweite überarbeitete Fassung der beiden Prospekte eingereicht. In weiterer Folge erteilte die FMA weitere Verbesserungsaufträge. Die Prospekte waren nicht billigungsreif. Das Produkt A wurde ohne abgeschlossenes Basisprospektbilligungsverfahren auf den Markt gebracht, um die Billigungspflicht zu umgehen.

Eine Konzessionspflicht nach dem BWG wurde weder von der FMA noch vom Unternehmensberater in den Verbesserungsaufträgen noch in der Besprechung am 13.10.2016 thematisiert. Im April 2017 wurde dem Unternehmensberater erstmals mündlich mitgeteilt, dass von einer Bankkonzessionspflicht ausgegangen werde. Im Verbesserungsauftrag vom 08.05.2017 zum Basisprojekt wurde erstmals schriftlich auf die Notwendigkeit einer Bankkonzession hingewiesen.

Das Produkt A wurde der FMA weder seitens der BF noch durch den Unternehmensberater vorgelegt. Die FMA hat keine Auskunft zum Projekt A gegeben.

## II.2. Beweiswürdigung:

Der bereits von der FMA festgestellte Sachverhalt wurde in der Beschwerde nicht bestritten. Da dieser auf unbedenklichen Beweismitteln beruht, auf die im Sachverhalt konkret Bezug genommen wurde und die sich aus den Akten selbst ergeben, konnte der bereits durch die FMA festgestellte Sachverhalt auch vom Bundesverwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden.

Die vom Bundesverwaltungsgericht ergänzend getroffenen Feststellungen ergeben sich hinsichtlich des Wortlauts der den Projekten zugrundeliegenden Prospekte aus den von der BF selbst vorgelegten Unterlagen (Beilagen ./B, ./C, ./H), an denen kein Grund zu zweifeln besteht, zumal die ursprünglichen Anleihebedingungen von A mit den im Akt der FMA einliegenden Version (dort Beilage ./2) übereinstimmen.

Die Rechtsansicht der FMA hinsichtlich einer (möglichen) Qualifizierung als AIF ergibt sich gleichfalls aus den im Rahmen des Verfahrens sowohl von der FMA als auch von der BF vorgelegten Unterlagen (Beilagen ./E-./F; Beilagen zu OZ 4).

Die Feststellung, dass das A zugrundeliegende Modell gewählt wurde, um eine Konzessionspflicht beziehungsweise eine Prospektbilligung zu vermeiden, beruht auf den unstrittigen Ausführungen der BF während des gesamten Verfahrens.

Die Feststellungen zu den Tätigkeiten der Rechtsanwaltskanzlei und des Unternehmensberaters sowie zu den erfolgten Verbesserungsaufträgen konnten aufgrund des im Wesentlichen übereinstimmenden Vorbringens der FMA und der BF und den von ihr vorgelegten Unterlagen getroffen werden. Diese wurden vom Zeugen im Rahmen der mündlichen Verhandlung auch weitestgehend bestätigt. Insbesondere bestätigte der Zeuge, dass bei der Besprechung vom 13.10.2016 weder von ihm noch von der FMA die Frage einer möglichen Bankkonzession aufgeworfen wurde (S. 4, 7, 9). Gleichfalls beruhen auch die Feststellungen zur erstmaligen Erwähnung einer möglichen Konzessionspflicht durch die FMA auf den glaubhaften Angaben des Zeugen (S. 8 VP) beziehungsweise wurde von der BF der entsprechende Verbesserungsauftrag der FMA vorgelegt (Beilage ./G).

Der Zeuge bestätigte auch, dass das Projekt A der FMA nie vorgelegt wurde und von ihm diesbezüglich auch nie Gespräche mit der FMA geführt wurden. Auch die BF führte in ihrer Stellungnahme vom 12.02.2020 übereinstimmend mit den Angaben des Zeugen aus, dass das Projekt A der FMA nicht vorgelegt wurde (S. 4 in OZ 5). Es besteht daher für das Bundesverwaltungsgericht kein Zweifel daran, dass das konkrete verfahrensgegenständliche Projekt der FMA nicht vorgelegt wurde. Ebenso bestätigte der Zeuge selbst, dass die FMA zum verfahrensgegenständlichen Produkt keine Aussage gab (S. 7 VP), sodass eine entsprechende Feststellung erfolgen konnte.

## II.3. Rechtliche Beurteilung:

### II.3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, zum anwendbaren Recht und zur Zulässigkeit der Beschwerde

Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 22 Abs. 2a Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG) entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden bei denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Gegenständlich wurde eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt, sodass hier die Zuständigkeit eines Senates vorliegt.

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über

Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 50 VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß § 48 VwGVG ist bei Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist.

Das gegenständliche Straferkenntnis wurde der BF am 19.12.2018 zugestellt und die gegenständliche Beschwerde am 16.01.2019 an die belangte Behörde versandt. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig und auch sonst zulässig.

II.3.2. Zu Spruchpunkt A):

II.3.2.1. Anzuwendende Rechtslage:

§ 1 Abs. 1 Z 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 37/2018, lautet:

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

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

§ 4 Abs. 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idGF lautet:

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

§ 98 Abs. 1a BWG, BGBl. Nr. 532/1993 in der zum Tatzeitende geltenden Fassung (, die bis heute unverändert in Kraft ist) lautete:

"Wer andere als die in Abs. 1 angeführten Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 100.000 Euro zu bestrafen."

II.3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG bedeutet, dass die vereinbarungsgemäß übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen sind, wobei ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen muss. Mit der Verwaltungstätigkeit ist zwar durchaus vereinbar, dass der Geldgeber das Recht behält, über eine Veranlagung seiner Gelder im Einzelfall zu entscheiden oder sonst mit Weisungen einzugreifen, es muss aber eine Befugnis zu begrenztem selbständigem Handeln vorliegen. Darf dagegen nur so veranlagt werden, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorschreibt, fehlt also jeglicher Entscheidungsspielraum, dann ist das Geld nicht zur Verwaltung entgegen genommen. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung kommt es auf die objektive Ausgestaltung des Vertrages an (VwGH 24.04.2014, 2014/02/0014).

Die BF bestreitet in ihrer Beschwerde unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 20.06.2012, 2008/17/0226, das Vorliegen eines Einlagengeschäfts, da nach dieser Entscheidung ein Einlagengeschäft nicht vorliege, wenn der Rückzahlungsanspruch von der wirtschaftlichen Gestion des Unternehmens abhängt, an dem sich der Investor durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen beteiligt habe. Im gegenständlichen Fall hätten sich die Investoren zwar nicht direkt am Referenzfonds beteiligt, es bestehe aber materiell kein Unterschied, da die XXXX als "limited partner" daran beteiligt sei und für sie nach schottischem Recht keine Dispositionsmöglichkeit bestünde. Auch für die Investoren bestünde nach den ursprünglichen Anleihebedingungen kein Rückzahlungsanspruch, über den sie disponieren könnten. Zudem bestünde keine bestimmte Bindungsfrist noch seien Termine festgesetzt, an denen eine Rückzahlung nach Gestion der Investoren erfolgen könne, vielmehr bestehe im kürzesten Fall eine Laufzeit bis zum 31.12.2030. Auch diese Langfristigkeit der Investition spreche gegen das Vorliegen eines Einlagengeschäfts.

Diese Argumentation geht bereits insoweit fehl, als der dem genannten Erkenntnis zugrundeliegende Sachverhalt nicht mit dem gegenständlichen vergleichbar ist. Im dort entschiedenen Fall ging es nämlich um eine direkte gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einem Unternehmen durch Kommanditaktien, während hier die Investoren sich



nicht direkt, sondern über den Umweg der A am Referenzfonds beteiligen. Die grundsätzliche Ausnahme von Einlagen auf Gesellschaftsanteile sowie Genossenschaftsanteile und Aktien vom Einlagengeschäft des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG liegt im Übrigen darin begründet, dass die Einlagen auf Gesellschaftsanteile, Genossenschaftsanteile oder Aktien Eigenkapital der Gesellschaft werden. Es handelt sich somit aus Sicht der Gesellschaft nicht mehr um fremde Gelder. Anders ist das dagegen bei einer Einlage im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG, bei dem die Einlage dem Einlagegeber als der Rückzahlungspflicht unterliegende Forderung bleibt (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 17). Hier beteiligt sich der Investor nicht direkt an der Gesellschaft, das investierte Geld wird daher kein Eigenkapital der XXXX oder der A, sondern bleibt auch für diese nach wie vor fremd. Es handelt sich daher um keine Substanzbeteiligung im Sinne der von der BF zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.

Nur in einem solchen Fall, also einer Substanzbeteiligung, liegt kein Einlagengeschäft vor, wenn der Rückzahlungsanspruch von der wirtschaftlichen Gestion des Unternehmens abhängt, an welchem sich der Investor durch Erwerb von Gesellschaftsanteilen beteiligt. Stellt dagegen der Erwerb eines Genussrechts, einer Anleihe oder auch eines Gesellschaftsanteils (worauf die BF in ihrer Beschwerde abzielt, wenn sie ausführt, dass es keinen materiellen Unterschied mache, ob sich die Investoren an A oder dem Referenzfonds direkt beteiligen) nach der konkreten Ausgestaltung im Kern lediglich einen Vermögensverwaltungsauftrag dar, liegt ungeachtet des rechtlichen Gewands grundsätzlich eine Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung vor. Dies dann, wenn das aufgebrachte Kapital nicht für die allgemeine Geschäftstätigkeit des Unternehmens verwendet werden kann, sondern es in einem eigenen Rechnungskreis zusammengefasst und mit Ermessensspielraum und unter Verrechnung von Verwaltungsgebühren veranlagt wird, wobei der Rückzahlungsanspruch von der Entwicklung der Veranlagungen im Rechnungskreis abhängt (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 24).

Ein derartiger Fall lag auch dem mit dem gegenständlichen Sachverhalt vergleichbaren Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 04.09.2008, 2008/17/0034, zugrunde, in der der Verwaltungsgerichtshof die Erfüllung des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG bejahte. Auch dort konnte der Sachverhalt nicht als Aufbringung von Beteiligungskapital qualifiziert werden, da das aus der Anleihezeichnung aufgebrachte Kapital einen eigenen Rechnungskreis bildete und sich der Anspruch der Zeichner der sogenannten Anleihe lediglich nach dem Erfolg oder Misserfolg der Veranlagung dieses als eigener Rechnungskreis geführten Kapitals errechnete. Der Verwaltungsgerichtshof verwies weiters auf die dort ausbedungene monatliche Verwaltungsgebühr in der Höhe von 0,1 % des Rechnungskreisvermögens, die sich nur als Entgelt für die für das Sondervermögen, das aus den Kundengeldern gebildet wurde, geleistete Verwaltungstätigkeit erklären lasse und sich bei einer Beteiligung an einem Unternehmen erübrige beziehungsweise nicht in dieser Form vereinbart werden würde.

Auch im gegenständlichen Fall wurde aus dem Beteiligungskapital laut den Vertragsbedingungen ein Rechnungskreis "Compartment" gebildet, zu dem das Anleihekaptal zugeordnet wurde. Gemäß Punkt 5.2. der Anleihebedingungen konnte die XXXX den Nettowert der abgerufenen Beträge ("Called Amounts") zur Zeichnung von Wertpapieren eines oder mehrerer Emittenten ihrer Wahl verwenden ("Hedge Assets"). Die Hedge Assets wurden dem "Compartment" zugeordnet. Die XXXX war nicht verpflichtet in den in den Anleihebedingungen genannten Referenzfonds zu investieren (vgl. dazu Punkte 5.2. und 8.6 der Anleihebedingungen). Gemäß Punkt 5.1 der Anleihebedingungen wurden von der XXXX bis zu 20% der abgerufenen Beträge in einem separaten Ledger ("Cost Reserve Ledger") für die Zahlung der zu zahlenden Kosten aufgehoben. Die XXXX konnte den genauen Betrag vorbehaltlich dieser Grenze nach eigenem Ermessen bestimmen. Für die Gebühren und Aufwendungen stand der XXXX ein Betrag in Höhe von bis zu 0,25% des Gesamtnennbetrags der Notes zu ("Set-up Fees" laut Punkt 1 der ursprünglichen Anleihebedingungen). Diese "Set-up Fee" kann - wie die in dem genannten Erkenntnis beschriebene Verwaltungsgebühr - nur als Entgelt für die für das Sondervermögen, das aus den Kundengeldern gebildet wurde, geleistete Verwaltungstätigkeit gesehen werden. Bei einer Beteiligung an einem Unternehmen würde eine derartige Gebühr nicht oder nicht in dieser Weise vereinbart werden.

Der Rückzahlungsanspruch der Vertragspartner der A bestand nicht in einem Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der A insgesamt, aber auch nicht etwa in einem Anteil am Vermögen des Referenzfonds, sondern errechnete sich gemäß den Anleihebedingungen aus dem Veranlagungserfolg als Ergebnis der Verwaltung der dem Compartment zuzuordnenden Vermögenswerte durch die Referenzfonds. Es bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung im jeweiligen Compartment erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Kapital wurde insofern weder zur Finanzierung der A noch der Referenzfonds verwendet und von diesen auch 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 Anleihebedingungen (die hier der A die freie Wahl ließen, in welche Fonds sie investierte) veranlagt werden sollte. Auch insoweit lag daher keine Substanzbeteiligung vor (VwGH 27.01.2014, 2011/17/0073; 28.02.20011, 2010/17/0202).

Die Argumentation der BF ignoriert zudem die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach es nicht auf den Eindruck der Investoren, sondern auf die objektive Vertragsausgestaltung ankommt (nochmals VwGH 24.04.2014, 2014/02/0014; sowie etwa auch das von der BF zitierte Erkenntnis 20.06.2012, 2008/17/0226). Nach dieser war A aber nicht verpflichtet, in den Referenzfonds zu investieren, sondern war auch berechtigt, das Anleihekapital nach eigenem Ermessen zu veranlagen, wobei dieses einem eigenen Rechnungskreis (Compartment) zugeordnet wurde.

Der Rückzahlungsanspruch richtete sich nach der objektiven Vertragsausgestaltung auch nicht ausschließlich nach dem Referenzfonds. Gemäß Punkt 10. der ursprünglichen Anleihebedingungen hatten die Anleger am Fälligkeitstag ("Maturity Date") Anspruch auf den "Final Redemption Amount". Aus den Begriffs- und Vertragsbestimmungen (vgl. insbesondere die Begriffsbestimmungen zu "Final Redemption Amount", "Principal Amount Outstanding", "Note Net Asset Value", "Compartment", "Compartment Cash" und "Compartment Assets") ergibt sich, dass bei der Berechnung des "Final Redemption Amount" auch die Vermögenswerte des "Compartments" (eigener Rechnungskreis des Anleihekapitals) heranzuziehen sind. Wenn die XXXX nicht in den Referenzfonds investiert, sondern das Anleihekapital nach eigenem Ermessen veranlagt, hat sie bei Fälligkeit die Vermögenswerte des Compartments aufzulösen und den Erlös an die Anleger zurückzuzahlen. Zu den Vermögenswerten des "Compartments" zählten nicht nur die Anteile am Referenzfonds, sondern auch sämtliche andere Vermögenswerte wie beispielsweise die "Hedge Assets", in die die XXXX das Anleihekapital im eigenen Ermessen veranlagen konnte.

Auch die von der BF angesprochene langfristige Veranlagung spricht nicht gegen die Qualifikation als Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG. So steht eine langfristige Veranlagung nach der Judikatur der Annahme eines Einlagengeschäfts nicht per se entgegen. Es können durchaus bestimmte Bindungsfristen oder Termine, zu denen eine Rückzahlung erfolgen kann, festgesetzt werden (VwGH 20.06.2012, 2008/17/0226). Mit dieser Judikatur brachte der Verwaltungsgerichtshof entgegen der Ansicht der BF jedoch nicht zum Ausdruck, dass kein Rückzahlungsanspruch im Sinne einer Hereinnahme fremder Gelder zur Verwaltung vorliege, wenn dieser Rückzahlungsanspruch nicht der Disposition unterliege, sondern stellte damit nur klar, dass der Begriff der fremden Gelder nur Gelder erfasst, die nicht endgültig beim Unternehmen bleiben, deren Hingabe also nicht auf die Dauer der Existenz des Unternehmens erfolgt (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 17a).

Diese Aussagen wurden vom Verwaltungsgerichtshof zudem ebenfalls zur Abgrenzung des Einlagengeschäfts von einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung getroffen. Wie oben bereits ausgeführt, beteiligten sich im konkreten Fall die Investoren nicht am Unternehmen der XXXX oder am Referenzfonds, und das Anleihekapital sollte auch nicht endgültig bei diesen verbleiben. Vielmehr bildete es einen eigenen Rechnungskreis, dessen Vermögenswerte bei Fälligkeit zu realisieren sind, wobei die Erlöse an die Investoren zurückzuzahlen sind. Auch die langfristige Anlage steht daher der Annahme eines Einlagengeschäfts nicht entgegen.

Die FMA hat das Vorliegen eines Einlagegeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG zu Recht bejaht, da die XXXX fremde Gelder der Investoren mit der Intention entgegennahm, dass den Zeichnern der Anleihe eine Forderung auf Rückzahlung entsteht. Dabei stand ihr auch ein gewisser Entscheidungsspielraum zu, da sie nach Punkt 5.2. der Anleihebedingungen den Nettowert der abgerufenen Beträge zur Zeichnung von Wertpapieren eines oder mehrerer Emittenten ihrer Wahl verwenden konnte. Sie war auch nicht verpflichtet in den in den Anleihebedingungen genannten Referenzfonds zu investieren (Punkte 5.2. und 8.6. der Anleihebedingungen). Die Tätigkeit wurde auch nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen und somit - wie im Übrigen von der BF auch nicht bestritten wurde - auch gewerblich ausgeübt, zumal sich die Anleihebedingungen an die Öffentlichkeit richteten und eine Verwaltungsgebühr verrechnet wurde. Der objektive Tatbestand ist daher erfüllt.

#### II.3.2.3. Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Die BF war im Tatzeitraum nach außen vertretungsbefugtes Organ und daher strafrechtlich verantwortlich.

Übertretungen des § 1 Abs. 1 Z 1 BWG sind Ungehorsamsdelikte im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Das verantwortliche Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG ist strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall einer zur Last gelegten Unterlassung besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des nach außen vertretungsbefugten Organs, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf, und initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004).

Nach § 5 Abs. 1a VStG, der mit 01.01.2019 in Kraft getreten ist, gilt diese Vermutung jedoch nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50.000 Euro bedroht ist. Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung geltende Recht günstiger wäre. Das Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG bezieht sich damit auf die die Strafe betreffenden Bestimmungen, es kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Strafbarkeit eines Verwaltungsstraftatbestands nach dem Zeitpunkt der Begehung zur Gänze weggefallen ist. Rechtsänderungen nach abgeschlossener Tat berühren demnach - (wie vorliegend) bei Fehlen besonderer gegenteiliger Übergangsbestimmungen - eine bereits eingetretene Strafbarkeit nicht und haben, wenn Taten der gleichen Art auch weiterhin strafbar bleiben, nach § 1 Abs. 2 VStG nur hinsichtlich der Strafe zur Folge, dass bis zur Fällung der verwaltungsbehördlichen Entscheidung im Sinne des § 1 Abs. 2 VStG ein für den Täter günstigeres Recht zur Anwendung zu kommen hat. Im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eingetretene Änderungen der Rechtslage sind im Bereich des Verwaltungsstrafrechts aber nicht erheblich. Da die Rechtsänderung in § 5 VStG keine Änderung hinsichtlich der Strafe bewirkt, unterliegt sie auch nicht dem Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG (VwGH 21.05.2019, Ra 2019/03/0009).

Nach § 5 Abs. 2 VStG entschuldigt die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Zur Vorschrift des § 5 Abs. 2 VStG vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass auch eine irriige Gesetzesauslegung einen Beschuldigten nicht zu entschuldigen vermag, der es unterlassen hat, Erkundigungen einzuholen, ob die von ihm zum vorliegenden Fragenkreis vertretene Rechtsansicht zutrifft. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist (VwGH 18.09.2019, Ra 2019/02/0142). Die Erkundigungen können nicht nur bei der Behörde, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle eingeholt werden (VwGH 20.06.2018, Ra 2017/08/0012).

Hat die Partei eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen. Diese Erkundigungspflicht darf aber andererseits nicht überspannt werden (VwGH 27.01.2014, 2011/17/0073). Gerade in Fällen, in denen die Möglichkeiten der Rechtsordnung im Wirtschaftsleben bis aufs Äußerste ausgenützt werden sollen, ist besondere Sorgfalt bei der Einholung von Auskünften über die Zulässigkeit einer beabsichtigten Tätigkeit an den Tag zu legen. Diese besondere Sorgfaltspflicht gilt insbesondere in Fällen, in denen eine Konstruktion entwickelt wurde, mit der die Grenzen einer innehabenden Konzession ausgelotet werden sollen oder eine Gestaltung gewählt wird, bei der eine Konzessionspflicht gerade noch vermieden werden sollte (VwGH 21.09.2018, Ra 2017/17/0933; 27.01.2014, 2011/17/0073 07.10.2013, 2013/17/0592).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung somit Erkundigungen bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person grundsätzlich als ausreichend zur Erfüllung der an den Teilnehmer im Wirtschaftsleben zu stellenden Sorgfaltsanforderungen erachtet, soweit nicht begründete Zweifel an der erteilten Auskunft bestehen mussten beziehungsweise die Auskunft die Annahme der Gesetzeskonformität für den konkreten Sachverhalt nicht begründen konnte (VwGH 19.12.2017, Ro 2015/17/0031; 29.05.2015, 2012/17/0524). Erst im Falle einer, auf einer vollständigen Sachverhaltsgrundlage erteilten, unrichtigen Rechtsauskunft durch die zuständige Behörde und im Vertrauen auf diese Auskunft erfolgte Gesetzesverstöße sind nicht als Verschulden anzurechnen (VwGH 30.10.2018, Ra 2018/16/0155).

Die BF bringt in ihrer Beschwerde und ihrer Stellungnahme in diesem Zusammenhang vor, ihr könne der Verstoß nicht angelastet werden, da sie eine (luxemburgische) Anwaltskanzlei und einen österreichischen Kapitalmarktexperten beauftragt habe und dieser auch mit der FMA in Gesprächen gewesen sei. Dabei sei eine Konzessionspflicht nach dem BWG nicht angesprochen worden. Dabei übersieht sie jedoch, dass das konkrete verfahrensgegenständliche Produkt von dem von ihr beauftragten Unternehmensberater nicht mit der FMA im Konkreten besprochen wurde. Die Auskunft des Unternehmensberaters konnte daher die Annahme der Gesetzeskonformität für den konkreten Sachverhalt nicht begründen. Zudem sollte gerade eine Konzessionspflicht nach dem AIFMG und eine Prospektbilligung durch die FMA vermieden werden, sodass die BF eine erhöhte Sorgfaltspflicht getroffen hat. Sie hätte daher vor Begebung des verfahrensgegenständlichen Produkts hinsichtlich dieses eine Auskunft der FMA einholen müssen und ihr dazu den gesamten Sachverhalt schildern müssen, was jedoch unterlassen wurde.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der von der BF beauftragte Unternehmensberater hinsichtlich anderer ähnlicher Produkte in Kontakt mit der FMA stand. Zum Zeitpunkt der erstmaligen Begebung des verfahrensgegenständlichen Produkts befand sich das Verfahren hinsichtlich dieser beiden Produkte nämlich erst im Anfangsstadium und eine mögliche Konzessionspflicht nach dem BWG war zu diesem Zeitpunkt noch kein Thema. Daraus kann jedoch nicht der Rückschluss gezogen werden, dass keine Bankkonzession erforderlich sei. Darüber hinaus wusste der Unternehmensberater seit April 2017 von der gegenteiligen Rechtsansicht der FMA, während die Anleihebedingungen erst im Mai 2018 geändert wurden.

Die BF bringt dann weiters vor, ihr wäre aufgrund ihrer geringen Schuld nur eine Ermahnung zu erteilen. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann die Behörde, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten, unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen. Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (VwGH 25.04.2019, Ra 2018/09/0209).

Von geringem Verschulden im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes generell nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (VwGH 27.02.2019, Ra 2018/04/0134; 07.04.2017, Ra 2016/02/0245).

Bei der Bedeutung des strafrechtlich geschütztes Gutes kommt es auf die abstrakte Bedeutung dieses an. Wenn das geschützte Rechtsgut (besonders) bedeutsam ist, scheidet daher eine Einstellung oder eine Ermahnung aus, mag es auch im konkreten Fall kaum beeinträchtigt sein. Selbst wenn also der schädigende Erfolg im Wesentlichen ausgeblieben ist, kann - selbst bei geringem Verschulden - die Z 4 nicht angewendet werden, wenn das geschützte Rechtsgut abstrakt (besonders) bedeutsam ist (VwGH 18.12.2018, Ra 2016/04/0148; Kneihls in Raschauer/Wessely, VStG<sup>2</sup>, § 45 Rz 8). Das BWG und insbesondere die Konzessionspflicht dient dem Anleger- und Funktionsschutz des Kapitalmarkts beziehungsweise des Bankwesens. Es besteht daher abstrakt ein hohes Interesse, dass nur konzessionierte Unternehmen Bankgeschäfte ausüben, woran die Erteilung einer Ermahnung scheitern muss, zumal die BF eine Konzessionspflicht und eine Prospektbilligung und Beaufsichtigung durch die FMA durch die gewählte Konstruktion zu umgehen versuchte.

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschwerdeführers sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen (§ 19 Abs. 2 VStG).

Anders als im gerichtlichen Strafrecht ist Grundlage jeder Strafbemessung nicht primär das Verschulden, sondern der (objektive) Unrechtsgehalt der Tat (Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 § 19 Rz 7).

Das BWG dient dem Schutz der Anleger (Kunden von Kreditinstituten) und soll die Funktionsfähigkeit des Bankwesens sichern. Dazu sieht das BWG ein Konzessionssystem vor und unterstellt die konzessionierten Firmen der Aufsicht durch die FMA. Die konzessionslose Ausübung eines Bankgeschäftes stellt daher einen besonders schweren Eingriff in das Rechtsschutzsystem des BWG dar. Im konkreten Fall ist daher bei der Festsetzung der Strafe zu berücksichtigen, dass durch den Betrieb von Bankgeschäften ohne die erforderliche Konzession die im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziele der FMA (Funktionsfähigkeit des Bankwesens und Finanzmarktstabilität) nicht nur geringfügig beeinträchtigt wurden.

Mildernd wurde von der FMA die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der BF, deren kooperatives Verhalten und der Umstand, dass kein Schaden entstand gewertet, während sie keinen Umstand als erschwerend wertete.

Die BF bringt dazu in ihrer Beschwerde vor, eine Bestrafung sei aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht geboten, da nun Klarheit bestehe, unter welchen Voraussetzungen die FMA das Verbriefen von AIF als zulässig erachte, ohne dass eine Konzessionspflicht ausgelöst werde, sodass die Verbriefungen künftig in dieser Weise ausgestaltet werden würden und die Emissionsbedingungen bereits geändert worden seien und keine Wiederholungsgefahr bestehe.

Die Änderung der Emissionsbedingungen wurde von der FMA bereits durch die Berücksichtigung des kooperativen Verhaltens berücksichtigt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Hinblick auf das Emissionsvolumen und der Höhe der bereits verwalteten Kundengelder die Verhängung einer Strafe notwendig ist, um die BF und andere von der Begehung gleicher oder ähnlicher Taten abzuhalten.

Die Strafbemessungsgründe der FMA sind zudem insofern zu ändern, als der Umstand, dass keine Schäden entstanden sind, zu entfallen hat. Dabei übersieht die FMA nämlich, dass es sich bei der der BF zur Last gelegten Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG handelt, bei dem der Nichteintritt eines Schadens schon nach dem Zweck der Strafdrohung (§ 19 Abs. 2 dritter Satz VStG) nicht als Milderungsgrund in Betracht kommt (VwGH 24.04.2014, 2014/02/0014).

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erweist sich die von der FMA verhängte Strafe daher jedenfalls nicht als zu hoch. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

### II.3.3. Zu Spruchpunkt B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde bei den Erwägungen zu den einzelnen Spruchpunkten des angefochtenen Bescheides wiedergegeben. Bei der Frage des Anspruchs auf Rückzahlung handelt es sich zudem um eine Rechtsfrage, die sachverhaltsbezogen jeweils nur anhand der konkreten vertraglichen Situation beurteilt werden kann, somit grundsätzlich um keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG (VwGH 07.09.2018, Ro 2017/02/0020).

### **Schlagworte**

Anlegerschutz Bankenaufsicht Bankgeschäft Bankkonzession Einlagengeschäft Erkundigungspflicht  
Finanzmarktaufsicht Geldstrafe Günstigkeitsprinzip Konzession Kostenbeitrag mündliche Verhandlung Rechtsirrtum  
Solidarhaftung Strafbemessung Straferkenntnis Verfahrenskosten Verschulden Verwaltungsstrafe  
Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W158.2213789.1.00

**Im RIS seit**

04.08.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

04.08.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)