jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/8/25 W158 2219599-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.08.2020

**Entscheidungsdatum**

25.08.2020

**Norm**

B-VG Art133 Abs4
BWG §1 Abs1 Z7
BWG §4 Abs1
BWG §98 Abs1a
FMABG §22 Abs2a
FMABG §22 Abs6 Z1
UStG 1994 §2 Abs1
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19
VStG 1950 §44a Z1
VStG 1950 §44a Z2
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VwGVG §44 Abs3
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs8

**Spruch**

W158 2219599-1/6E

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 des XXXX , vormals XXXX , vom 08.05.2019 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 10.04.2019, GZ. FMA- XXXX zu Recht erkannt:

A)

Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage keine Folge gegeben.

Gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde in der Straffrage Folge gegeben und gemäß§ 22 Abs. 6 Z 1 FMABG von der Verhängung einer Geldstrafe abgesehen.

Die Strafnorm lautet § 98 Abs. 1a BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 107/2017.

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen.

B)

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

**Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

I.1. Das hier angefochtene Straferkenntnis vom 10.04.2019 der Finanzmarktaufsicht (in Folge: FMA), dem Beschwerdeführer (in Folge: BF) zugestellt am 11.04.2019, richtet sich gegen den BF als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

„Sehr geehrter Herr XXXX !

Sie waren von 06.03.2018 bis 06.09.2018 Geschäftsführer der inzwischen gelöschten XXXX GmbH, eingetragen im Firmenbuch zu FN XXXX mit Sitz in XXXX (zuvor in XXXX ).

Sie haben als ehemaliger Geschäftsführer der XXXX GmbH gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, für den Zeitraum 21.05.2018 bis 06.09.2018 zu verantworten, dass die XXXX GmbH gewerblich ohne die erforderliche Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) Handel mit Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und Verkaufsoptionen auf die in § 1 Abs 1 Z 7 lit. a und d bis f BWG genannten Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung (im Folgenden als finanzielle Differenzgeschäfte oder Contracts for Difference (CfD) bezeichnet) (Termin und Optionsgeschäft) auf eigene Rechnung betrieben hat.

Dies durch die in der Beilage ./1 zum Straferkenntnis (Liste der Echtgeldkonten betreffend den Handel der XXXX GmbH mit den finanziellen Differenzgeschäften), die einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses darstellt, aufgelisteten Käufe und Verkäufe.

Die Käufe und Verkäufe erfolgten dabei in kurzen Abständen zur Ausnützung von Kursschwankungen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 98 Abs. 1a iVm § 1 Abs. 1 Z 7 lit. c BWG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§

3000 Euro

1 Tag

§§ 98 Abs 1 a iVm§ 1 Abs 1 Z 7c BWG iVm § 16, 19, 44a VStG

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

---

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

- 300 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

3.300.-- Euro."

I.2. Dagegen richtet sich die am 09.05.2019 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde des BF wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde, Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Er beantragte, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen, in eventu es bei einer Ermahnung bewenden zu lassen, in eventu die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

Nach Darstellung des Verfahrensganges und des Geschäftsmodells des BF begründet dieser seine Beschwerde im Wesentlichen damit, dass kein Inlandsbezug vorliege und die FMA daher nicht zuständig sein könne. Darüber hinaus habe der BF die Geschäfte nicht gewerblich erbracht, weshalb von einer Bestrafung des BF abgesehen werde müsse. Selbst bei Bejahung der dem BF vorgeworfenen Tatbestände, hätte es die FMA aufgrund der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der geringen Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie aufgrund des geringen Verschuldens des BF bei einer Ermahnung belassen müssen. Außerdem sei die Strafe überhöht. Verfahrensvorschriften seien insofern verletzt worden, als dem Spruch kein genauer Tatort zu entnehmen sei und die Zuständigkeit der FMA mangelhaft begründet sei.

I.3. Die FMA legte die Beschwerde und den dazugehörigen Verwaltungsakt mit Schreiben vom 27.05.2019 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

I.4. Am 20.09.2019 wurde die Rechtssache der erkennenden Gerichtsabteilung neu zugewiesen.

I.5. Am 19.06.2020 gab der bisherige Vertreter die Zurücklegung seiner Vollmacht bekannt.

I.6. Mit Schreiben vom 20.07.2020 verzichtete die FMA auf eine Beschwerdeverhandlung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einschau in den vorgelegten Verwaltungsakt.

II.1. Feststellungen:

Der BF war von 06.03.2018 bis 06.09.2018 selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der inzwischen gelöschten XXXX GmbH (im Folgenden: GmbH), eingetragen im Firmenbuch zu FN XXXX mit Sitz in XXXX (zuvor in XXXX ).

Von 21.05.2018 bis 25.09.2018, wobei für den BF das Datum bis zu seinem Ausscheiden aus der GmbH am 06.09.2018 relevant ist, bot diese auf ihrer Website www. XXXX .at beziehungsweise über die Website der XXXX (Europe) Ltd (im Folgenden: Ltd) mehrere sogenannte Expert Advisor an. Bei der Ltd handelt es sich um eine in Zypern konzessionierte und in Österreich notifizierte Wertpapierfirma, die als Broker unter anderem Handel mit „Contracts for Difference on FX pairs" anbietet. Dabei handelt es sich um ein gehebeltes Produkt, bei dem der Investor in Hinblick auf ein Währungspaar die Möglichkeit hat, auf steigende beziehungsweise fallende Preise einer Währung zu spekulieren. Die beiden Vertragsparteien (Ltd einerseits und der Kunde andererseits) verpflichten sich zu einem Barausgleich, welcher sich aus der Differenz von Kauf- und Verkaufspreis des zugrunde liegenden Basiswerts ergibt.

Bei den oben genannten Expert Advisors der GmbH handelt es sich um Computerprogramme, die anhand historischer Kursdaten Vorhersagen über die künftige Entwicklung von Basiswerten (hier Währungspaare) treffen. Die Expert Advisors bestimmen, ob der Abschluss bestimmter Termin- und Optionsgeschäfte sinnvoll erscheint. Diese Entscheidungen werden auch als „Signale" bezeichnet (An- und Verkaufs-Signale, die als An- und Verkäufe ausgeführt werden). Die Expert Advisors wurden von der GmbH ausgeführt.

Die GmbH stand im Tatzeitraum in einem Vertragsverhältnis mit der Ltd als Broker, wonach die GmbH als Strategy Provider berechtigt war, sogenannte „Strategy Provider Accounts" anzulegen. Hierbei handelt es sich um Konten, auf denen Transaktionen hinsichtlich der vom Broker angebotenen „Contracts for Difference on FX pairs" ausgeführt

werden können. Die Expert Advisors können die An- oder Verkaufs-Signale auf den Strategy Provider Accounts ausführen. Seitens des Brokers war Voraussetzung für „Strategy Provider Accounts“, dass zumindest EUR 1.000 auf diesem hinterlegt werden und echte An- und Verkäufe stattfinden.

Andere Kunden des Brokers (sogenannte „Follower“) konnten einen sogenannten „Follower Account“ beim Broker anlegen. Hierbei handelt es sich um Konten, auf denen vom Broker auf Wunsch des Followers die auf dem „Strategy Provider Account“ ausgeführten Transaktionen „kopiert“ werden können. Auf Basis der Beziehung zwischen dem Follower und dem Broker konnten die Follower die Expert Advisors der GmbH nachahmen, wenn diese auf dem „Strategy Provider Account“ getätigt wurden. Als Vergütung erhielt die GmbH als Strategy Provider eine sogenannte „Performance Fee“. Hierbei handelte es sich um eine erfolgsabhängige Gewinnbeteiligung am Handelsergebnis des Followers, die die GmbH mit 35% bestimmte. Diese Gewinnbeteiligung schuldete der Follower dem Broker und der Broker der GmbH. Die GmbH stand zu den Followern in keinem Vertragsverhältnis. Diese standen ausschließlich in einem Vertragsverhältnis zur Ltd.

Als Voraussetzung für die Bereitstellung der Expert Advisors beziehungsweise die Tätigkeit als Strategy Provider verfügte die GmbH im Tatzeitraum über Accounts/Echtgeldkonten, auf denen selbst entsprechend den Expert Advisors die von dem Unternehmen Ltd angebotenen „Contracts for Difference on FX pairs“ gehandelt wurden. Die Transaktionen auf den „Strategy Provider Accounts“ erfolgten auf eigene Rechnung. Die GmbH arbeitete auf den „Strategy Provider Accounts“ nicht mit Fremdfinanzierungen, sondern mit Eigenmitteln.

Dabei handelte es sich um folgende Accounts:

Account Nr XXXX

Account Nr XXXX

Account Nr XXXX

Account Nr XXXX

Account Nr XXXX

Account Nr XXXX

Jedenfalls im Zeitraum von 21.05.2018 bis zumindest 06.09.2018 wurden über diese Strategy Provider Accounts mit Wissen und Willen des BF als Geschäftsführer der GmbH zahlreiche An- und Verkäufe von Contracts for Difference on FX pairs laut der Liste Beilage 09 abgewickelt. Die GmbH hat Handel auf eigene Rechnung mit diesen Finanzinstrumenten betrieben, indem sie diese laufend gekauft und nur über kurze Zeitspannen behalten und dann verkauft hat. In zahlreichen Fällen erfolgten Kauf und Verkauf der Finanzinstrumente am gleichen Tag. Täglich wurde zahlreiche Male mit diesen Finanzinstrumenten gehandelt. Das Eingehen dieser Geschäfte erfolgte zumindest auch in der Absicht, Kursschwankungen auszunützen und Erträge zu erzielen.

Die GmbH verfügte über keine Konzession der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) gemäß § 4 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG).

II.2. Beweiswürdigung:

Der bereits von der FMA festgestellte Sachverhalt wurde in der Beschwerde nicht bestritten. Die Beschwerde beschränkt sich im Wesentlichen auf rechtliche Ausführungen, auf die daher auch im Rahmen der rechtlichen Beurteilung einzugehen ist. Soweit in der Beschwerde betont wird, dass die GmbH nicht mit Fremdfinanzierungen gearbeitet habe, wird auch damit der entscheidungswesentliche Sachverhalt nicht bestritten, da dem BF das nicht zum Vorwurf gemacht wird.

Da der von der FMA festgestellte Sachverhalt auf unbedenklichen Beweismitteln beruht, auf die im Sachverhalt konkret Bezug genommen wurde und die sich aus den Akten selbst ergeben, und weil insbesondere die Feststellungen seitens des BF unbestritten blieben, konnte der bereits durch die FMA festgestellte Sachverhalt auch vom Bundesverwaltungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden.

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.

Das gegenständliche Straferkenntnis wurde dem BF am 11.04.2019 zugestellt und die gegenständliche Beschwerde am 08.05.2019 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 7 lit. c 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:

7. der Handel auf eigene oder fremde Rechnung mit

c. Finanzterminkontrakten (Futures) einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung und Kauf- und Verkaufsoptionen auf die in lit. a und d bis f genannten Instrumente einschließlich gleichwertigen Instrumenten mit Barzahlung (Termin- und Optionsgeschäft);

sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt“

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

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

§ 98 Abs. 1a BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 107/2017, 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.“

§ 22 (6) Z 1 FMABG, BGBl. I Nr. 23/2020 lautet:

„Die FMA kann

1. von der Verhängung einer Geldstrafe gegen eine natürliche oder juristische Person oder von beidem absehen, wenn es sich um keinen bedeutenden Verstoß handelt,“

II.3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Der BF bringt in seiner Beschwerde vor, die FMA sei nicht zuständig, da kein (ausreichender) Inlandsbezug vorliege. Auch wenn die Initiative für den Vertrag vom BF ausgegangen sei, er – wenn auch mit seinem Angebot des Copy Trading – den österreichischen Markt ansprechen wollte, und die Produkte speziell für den österreichischen Markt angelegt gewesen wären, so sei der Vertrag nicht in Österreich abgeschlossen worden, die Auszahlung in Zypern erfolgt und die charakteristische Leistung nicht im Inland ausgeübt worden. In einer Gesamtbetrachtung zeige sich

daher, dass der An- und Verkauf von Finanzterminkontrakten nicht im Inland stattgefunden habe. Der Umstand alleine, dass das Unternehmen des BF seinen Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Österreich gehabt habe, reiche für sich alleine genommen jedenfalls nicht aus.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass der BF bei dieser Argumentation die Unterscheidung zwischen „inländischen internationalen Bankgeschäften", bei dem der Bankdienstleister physisch im Inland tätig wird, und dem „grenzüberschreitenden Bankgeschäft", bei dem der Bankdienstleister ausschließlich vom Ausland aus tätig wird, sodass das Bankgeschäft genuin grenzüberschreitend erbracht wird, außer Betracht lässt. Ein inländisches internationales Bankgeschäft liegt demnach bei ausländischen Banken dann vor, wenn eine Bank im Zusammenhang mit der Erbringung von Bankgeschäften physisch im Inland tätig wird (inländisches internationales Bankgeschäft), etwa durch eine Zweigniederlassung, eine Repräsentanz oder einen entsandten Vertreter. In diesem Fall liegt ungeachtet des ausländischen Sitzes der Bank unzweifelhaft ein Bankgeschäft im Inland vor. Im Einklang mit fundamentalen einzelstaatlichen und völkerrechtlichen Prinzipien, insbesondere dem Territorialitätsprinzip, ist ein Staat (von expliziten Ausnahmen abgesehen) zur Regelung (zumindest) all jenen Verhaltens berechtigt und verhalten, das physisch auf seinem Staatsgebiet stattfindet, und zwar insbesondere auch unabhängig davon, ob auch ein anderer Staat solches – aus seiner Perspektive – extraterritoriales Verhalten, zu Recht oder zu Unrecht, zweckmäßig oder unzweckmäßig, seiner Regelungsgewalt unterstellt (Schobel, RdW 2008, 28). Im gegenständlichen Fall hat das Unternehmen des BF seinen Sitz im Bundesgebiet und der BF beziehungsweise sein Geschäftspartner wurden im Inland physisch aktiv, sodass bereits deswegen das BWG anwendbar ist.

Auch die vom BF unter Hinweis auf Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 12a-12d geforderte Gesamtbetrachtung führt jedoch entgegen der Ansicht des BF zu einer Anwendbarkeit des BWG. Der BF übersieht dabei nämlich, dass nicht nur das Vertragsanbot jeweils in Österreich abgegeben wurde, sondern der Vertrag durch die Überweisung des Gewinns beziehungsweise der „performance fee" auch in Österreich erfüllt wurde (§ 907a ABGB). Der BF beziehungsweise sein Unternehmen standen damit mit dem Broker in einer Vertragsbeziehung und hatte ihm gegenüber einen vermögensrechtlichen Anspruch, der sich nach dem Erfolg der Veranlagung bemaß. Dass die Veranlagung selbst im Ausland erfolgte, kann die Anwendung des österreichischen BWG nicht hindern (so schon VwGH 27.01.2014, 2011/17/0073). Da wie auch vom BF zugestanden, die Initiative zum Vertrag von ihm ausging, der österreichische Markt – wenn auch hauptsächlich im Bereich des Copy Trading – angesprochen werden sollte und die Produkte auch speziell für den österreichischen Markt ausgelegt waren, und der Broker zudem in Österreich als Wertpapierfirma notifiziert war1, ist die FMA zu Recht von einer Konzessionspflicht in Österreich ausgegangen. Bei diesem Ergebnis liegt auch kein unzulässiger Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV vor, da entgegen der Ansicht des BF wie gezeigt ein ausreichender Inlandsbezug vorliegt.

Die Subsumierung der Differenzkontrakte unter § 1 Abs. 1 Z 7 lit. c BWG wird vom BF nicht bekämpft, er kann daher insoweit auf die zutreffenden Ausführungen der FMA verwiesen werden:

Ein Differenzkontrakt (contract for difference; CFD) ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein derivatives Finanzinstrument, bei dem sich zwei Vertragsparteien zur Zahlung eines Barausgleichs verpflichten, welcher sich aus der Differenz von Kauf- und Verkaufspreis des zugrunde liegenden Basiswerts ergibt. Als Basiswerte können Aktien, Anleihen, Devisen, Rohstoffe oder Indizes herangezogen werden. Mittels Differenzkontrakt erwirbt der Käufer nicht den Basiswert, sondern partizipiert lediglich an dessen Kursentwicklung (VwGH 19.10.2016, Ro 2014/15/0014). § 74 Abs. 1 lit. c (Termin- und Optionsgeschäft) erfasst neben den ausdrücklich genannten (standardisierten) Finanzterminkontrakten (Futures) auch nicht standardisierte (Over the counter-) Festgeschäfte sowie standardisierte und Over the counter-Optionen auf ausländische Zahlungsmittel, Wertpapiere und die in lit. d und f genannten Instrumente. CFD in Bezug auf Währungen sind als gleichwertige Instrumente im Sinne dieser Bestimmung anzusehen (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 74). Entsprechend den Feststellungen hat das Unternehmen des BF im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Finanzinstrumenten gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. c BWG, nämlich spekulativen CFDs zur Ausnutzung von Kursdifferenzen, gehandelt. Der Hinweis in der Beschwerde, die GmbH habe nicht mit Fremdfinanzierungen gearbeitet, ist daher nicht entscheidungswesentlich. Da es sich um eine juristische Person handelte, ist die Ausnahme des § 1 Abs. 1 Z 7 BWG („sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt") im Beschwerdefall nicht anwendbar (VwGH 15.04.2010, 2007/17/0208).

Der BF bestreitet weiter, dass Gewerblichkeit im Sinne des§ 1 Abs. 1 BWG vorliege, da die nach der Judikatur notwendige Gesamtbetrachtung zeige, dass es sich bei den dem BF vorgeworfenen Handlungen nicht um ein

bankentypisches Geschäft handle und die von der Judikatur geforderte Gesamtbetrachtung daher zur Verneinung der Gewerblichkeit führe.

§ 1 Abs. 1 BWG umfasst nur gewerblich durchgeführte Bankgeschäfte. Dem BWG liegt dabei der Gewerblichkeitsbegriff des § 2 Abs. 1 UStG zugrunde (VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242; Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 6). Nach § 2 Abs. 1 zweiter Satz UStG ist gewerblich, „jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird."

Zur Erfüllung des Gewerblichkeitsbegriffs bedarf es zunächst einer Tätigkeit. Als Tätigkeit ist dabei nicht eine Leistung im Rechtssinn, sondern vielmehr eine Leistung im wirtschaftlichen, das heißt unternehmerischen Sinn zu verstehen (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 7).

Tätigkeiten werden nachhaltig ausgeführt, wenn sie wiederholt unter Ausnützung derselben Gelegenheit und desselben dauernden Verhältnisses ausgeübt werden. Den Gegensatz zur nachhaltigen bildet die einmalige oder gelegentliche Tätigkeit. Eine solche liegt vor, wenn sie nur fallweise (sobald sich von außen die Gelegenheit bietet) ausgeführt wird, nicht jedoch, wenn jemand selbst darauf hinwirkt, die Voraussetzungen für sein Tätigwerden herbeizuführen. Aber auch eine (zunächst) einmalige Tätigkeit kann nachhaltig sein, wenn an Hand objektiver Umstände auf die Absicht, sie zu wiederholen, geschlossen werden kann (VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242). Für das Vorliegen der Nachhaltigkeit kommt es nicht auf die einzelne Tätigkeit für sich betrachtet an, sondern vielmehr darauf, ob ein Gesamtkonzept verfolgt wird oder ein innerer Zusammenhang gleichartiger Tätigkeiten besteht (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 8).

Einnahmen sind Vermögensvermehrungen durch Zugang von Geld oder geldwerten Sachgütern. Die Einnahmenerzielung muss nicht die primäre Motivation der Tätigkeit sein. Auch ideelle, karitative und gemeinnützige Tätigkeiten können zur Unternehmereigenschaft führen. An der Einnahmenerzielungsabsicht fehlt es jedoch, wo Tätigkeiten ohne wirtschaftliches Kalkül, ohne eigenwirtschaftliches Interesse entfaltet werden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn das Verhalten des Leistenden von der Absicht der Unentgeltlichkeit, der Gefälligkeit, des familiären Zusammenwirkens und dergleichen bestimmt ist (VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242). Unbeachtlich ist, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 10).

Gegenständlich wurden im Tatzeitraum zahlreiche Transaktionen getätigt, die nach den Feststellungen einem vom BF verfolgten Gesamtkonzept folgten. Die Tätigkeit ist daher jedenfalls nachhaltig. Zudem war der BF beziehungsweise die von ihm vertretene GmbH zu 35% am Gewinn beteiligt und es sollten durch den Handel auf den Echtgeldkonten Einnahmen direkt aus der Tätigkeit des Handelns erzielt werden, sodass auch die Voraussetzung der Einnahmenerzielungsabsicht jedenfalls vorliegt.

Soweit in der Beschwerde die Gewerblichkeit mit dem Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 24.03.2004, 2003/14/0096 insofern bestritten wird, als danach in Zweifelsfällen darauf abzustellen sei, ob die Tätigkeit dem Bild entspreche, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbetrieb ausmache und das beim BF nach den vom Verwaltungsgerichtshof im genannten Erkenntnis aufgezeigten Umständen nicht der Fall sei, ist ihm Folgendes zu entgegnen. Diese Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs kommt erst dann zu tragen, wenn fraglich ist, ob die selbstständige, nachhaltige mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Tätigkeit den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet. Dies ist dann gegeben, wenn durch die Marktteilnahme (welche für den Begriff der Gewerblichkeit im umsatzsteuerrechtlichen Sinn, der allgemein für die Beurteilung als Bankgeschäft heranzuziehen ist, nicht von Bedeutung ist) nach Art und Umfang ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. Nur dann ist in Zweifelsfällen auf die Verkehrsauffassung von einem Gewerbebetrieb abzustellen (Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, BWG, zu § 1 Rz 65). Die Aussagen des Verwaltungsgerichtshofs wurden vor dem Hintergrund der Verwaltung von Wertpapierbesitz und der Unterscheidung zur privaten Vermögensverwaltung (VwGH 24.03.2004, 2003/14/0096) getroffen und sind daher im vorliegenden Fall nicht einschlägig, geht es hier doch nicht um die Abgrenzung privater Vermögensverwaltung und auch nicht um die Verwaltung von Wertpapierbesitz.

Soweit dann noch weiter ausgeführt wird, der eigentliche Zweck der An- und Verkäufe von Finanzterminkontrakten sei es gewesen, das eigentliche Geschäftsmodell des Copy-Trading zu ermöglichen, während der gegenständliche Handel mit Terminkontrakten eine untergeordnete Nebenleistung gewesen sei, weswegen der bloßen Hilfstätigkeit zum

Grundgeschäft keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zugekommen sei und keine Absicht bestanden habe, damit (selbstständig) Einnahmen zu generieren, zeigt auch dieses Vorbringen keine inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Straferkenntnisses der belangten Behörde auf:

Nach dem Gewerblichkeitsbegriff des UStG, der dem BWG wie bereits ausgeführt zugrunde liegt, sind nämlich auch Hilfsgeschäfte vom Gewerblichkeitsbegriff erfasst, solange nur die Nachhaltigkeit an sich bejaht werden kann (Ruppe/Achatz, UStG, zu § 2, Rz 48; Bürgler in Berger/Bürgler/Kanduth-Kristen/Wakounig, UStG-ON3.00 § 2, Rz 65). Dass das Geschäftsmodell aber nachhaltig angelegt war, bezweifelt nicht einmal der BF und ergibt sich diese insbesondere auch aus dem Auftreten der GmbH. Darauf, ob der BF - wie von ihm behauptet -ursprünglich vorgehabt habe, keine Echtgeldkonten zu betreiben und aus diesen keine Einnahmen zu erzielen, kommt es nicht an, da die Echtgeldkonten unbestritten bestanden haben, und der BF auf diesen handelte und Gewinne erzielte. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Echtgeldkonten auf einer Vorgabe des Brokers beruhen, bestanden diese doch unstrittig. Der objektive Tatbestand ist daher erfüllt.

II.3.2.3. Zur subjektiven Tatseite und zum Absehen von der Strafe:

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

Die vorsätzliche Verwirklichung der subjektiven Tatseite wurde vom BF nicht bestritten. Er will mit seiner Beschwerde lediglich ein Absehen von der Bestrafung beziehungsweise eine Ermahnung statt der Geldstrafe oder eine Reduzierung dieser erreichen.

Der BF brachte im Verfahren vor der FMA auch vor, er habe das Geschäftsmodell per „legal opinion“ eines auf diesem Gebiet spezialisierten Anwalt prüfen lassen. Zudem habe ein Termin bei der FMA stattgefunden, wobei gegen das Geschäftsmodell keine Einwände erhoben worden seien. Er macht damit – auch wenn dazu in der Beschwerde keine Ausführungen mehr getätigt wurden – einen Verbotsirrtum geltend. Dementsprechend entschuldigt nach § 5 Abs. 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Zur Vorschrift des § 5 Abs. 2 VStG vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass auch eine irrige 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 zwar 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), auf die Auskunft von Rechtsanwälten und Wirtschaftstreuhändern allein darf sich der Beschuldigte jedenfalls nicht verlassen. Werden geeignete Maßnahmen zur Kontrolle des Rechtsanwaltes weder behauptet noch angegeben, bleibt es in Anbetracht der ständigen Rechtsprechung bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (vgl. VwGH 29.05.2015, Ra 2015/07/0085, mwN). Eine Einholung einer derartigen Auskunft bei der FMA als zuständige Behörde wurde im Verfahren nicht vorgebracht. Der Verbotsirrtum ist dem BF daher auch vorwerfbar, ganz abgesehen davon, dass er die „legal opinion“ des Anwalts während des Verfahrens auch nicht vorgelegt hat.

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).

Bei der Bedeutung des strafrechtlich geschütztes Gutes kommt es auf die abstrakte Bedeutung desselben 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; Kneihs in Raschauer/Wessely, VStG$^2$, § 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 – unabhängig davon, ob von einem geringen Verschulden auszugehen ist – bereits scheitern muss. An der abstrakt hohen Bedeutung des geschützten Rechtsguts hätte im Übrigen auch die Erteilung einer Ermahnung an seinen Geschäftspartner scheitern müssen.

Anders ist das hinsichtlich § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG. Demnach kann die FMA von der Verhängung einer Geldstrafe absehen, wenn es sich um keinen bedeutenden Verstoß handelt. Die Materialien (ErläutRV 1661 BlgNR, 25. GP, 54) zur Einführung dieser Verfahrensbestimmung halten dazu fest: „Die unionsrechtlich vorgegebenen, im Vergleich zum sonstigen Verwaltungsstrafrecht besonders hohen Strafrahmen im Finanzmarktaufsichtsrecht rechtfertigen die Einräumung eines – im Vergleich zu § 45 Abs. 1 Z 4 VStG – erweiterten Ermessensspielraumes, bei nicht bedeutenden Verstößen von der Bestrafung abzusehen. Abs. 6 Z 1 schafft die Voraussetzungen für die Konzentration der Ressourcen auf die Verfolgung bedeutender Verstöße, um die unionsrechtlich geforderte Verhängung von wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen rasch und konsequent umzusetzen. Die Regelung dient somit auch der Verwaltungsökonomie und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst zweckmäßigen, raschen, einfachen und kostensparenden Vollziehung durch die FMA; ein individueller Rechtsanspruch auf ein Absehen von der Bestrafung besteht daher nicht. Der sachliche Anwendungsbereich des Abs. 6 Z 1 wurde so gewählt, dass neben den Verantwortlichen gemäß § 9 VStG alle natürlichen und juristischen Personen, die Adressaten des Aufsichtsrechts sind, erfasst werden."

Während § 45 Abs. 1 Z 4 VStG von der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, der Intensität seiner Beeinträchtigung und dem geringen Verschulden spricht, ist demgegenüber nach § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG alleine maßgeblich, ob es sich um einen bedeutenden Verstoß handelt. Sowohl aus dem unterschiedlichen Wortlaut als auch aus den Erläuterungen ergibt sich daher, dass im Fall des § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG nicht die abstrakte Bedeutung des Rechtsguts maßgeblich ist, sondern die konkrete Beeinträchtigung des Rechtsguts und das Verschulden des BF, während die abstrakte Bedeutung des Rechtsguts für die Anwendung der Vorschrift nicht maßgeblich ist. Dass im FMABG nicht die abstrakte Bedeutung des Rechtsguts von Bedeutung sein kann, ergibt sich auch daraus, dass diese Bestimmung nicht anwendbar wäre, wenn man auf die abstrakte Bedeutung abstellte, da diese bei allen von der FMA vollzogenen Gesetze (§ 2 FMABG) hoch ist und diese Vorschrift somit unanwendbar wäre, was dem Gesetzgeber jedoch nicht zugesonnen werden kann.

Im konkreten Fall ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die vom BWG geschützten Rechtsgüter nur gering beeinträchtigt wurden. Das von der GmbH verwirklichte Delikt wäre gemäß § 1 Abs 1 Z 7 letzter Satz BWG auch nicht strafbar, wenn es für das Privatvermögen des BF erfolgt wäre. Da es sich bei der GmbH jedoch um eine juristische Person handelt, konnte diese Ausnahme nicht angewandt werden (VwGH 15.04.2010, 2007/17/0208). Zudem wurden aber auch keine Anleger geschädigt, zumal die GmbH im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelte. Die durch das BWG geschützten Rechtsgüter wurden in concreto nicht geschädigt und auch nicht wesentlich gefährdet. Davon ging offensichtlich auch die FMA ausging, zumal sie dem Geschäftspartner des BF – der in seiner Rechtfertigung ähnlich argumentierte – lediglich eine Ermahnung erteilte.

Die gegenteilige – floskelhaft begründete – Ansicht der FMA, wonach die Interessen im Falle des BF nicht nur geringfügig beeinträchtigt worden seien, wird in ihrem Straferkenntnis nicht näher begründet und ist nicht nur vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen nicht zutreffend, sondern insbesondere vor dem Hintergrund, dass seinem Geschäftspartner, dem dieselbe Tat vorgeworfen wird, wobei diesem ein längerer Tatzeitraum angelastet wird, lediglich – wenn auch rechtlich verfehlt – eine Ermahnung erteilt wurde, woraus folgt, dass die FMA im Fall des Geschäftspartners – auch wenn sie dazu in ihrer Begründung keine Stellung nimmt – von einer geringen Intensität der

Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts im Sinn des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ausgeht, nicht nachvollziehbar. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum das beim BF, dem dieselbe Tat zum Vorwurf gemacht wird, nicht auch der Fall sein sollte.

Auch ist der Tatzeitraum mit dreieinhalb Monaten als relativ kurz zu bezeichnen. Besonders ins Gewicht fällt zudem, dass das Geschäftsmodell sofort nach Aufforderung durch die FMA eingestellt wurde. Soweit die FMA in ihrer Begründung dazu ausführt, dies könne dem BF nicht zugerechnet werden, da die Einstellung durch seinen Geschäftspartner erfolgt sei, kann dem seitens des Bundesverwaltungsgerichts nicht gefolgt werden. Die FMA übersieht dabei nämlich, dass der BF bereits vor der Aufforderung den Geschäftsbetrieb einzustellen, die GmbH verlassen hat, worin ebenso eine Verantwortungsübernahme erblickt werden kann.

Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem vorgeworfenen Verhalten lediglich um eine Hilfstätigkeit handelt, die aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit dem Broker vorgesehen werden musste. Auch wenn das zwar weder die Erfüllung des objektiven Tatbestands (insbesondere mit Blick auf die Gewerblichkeit) noch die vorsätzliche Verwirklichung durch den BF ausschließt, ist dies doch im Hinblick auf das Verschulden des BF beachtlich.

Zu bedenken ist auch der wesentliche Beitrag des BF zur Wahrheitsfindung (§ 34 Abs. 1 Z 17 StGB) zu beachten ist, hat der BF doch stets umfassend mit der FMA kooperiert, indem er alle geforderten Auskünfte erteilte und Dokumente vorlegte.

Die FMA wertete in ihrer Strafbemessung auch keinen Umstand als erschwerend, während sie die Unbescholtenheit des BF als mildernd wertete. In Anbetracht der konkreten oben bereits ausführlich dargelegten Umstände ist davon auszugehen, dass es sich um keinen bedeutenden Verstoß im Sinne des § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG handelt. Es war daher von der Verhängung einer Geldstrafe abzusehen.

II.3.2.4. Zu den weiteren Beschwerdebehauptungen:

II.3.2.4.1. Der BF bringt weiters vor, der Spruch verletze § 44a VStG, da keine Angaben zum Tatort enthalten seien. Wie der BF richtig vorbringt, ist § 44a Z 1 VStG nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann entsprochen, wenn dem Beschuldigten im Spruch des Straferkenntnisses die Tat in so konkretisierter Umschreibung vorgeworfen wird, dass er in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um den Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet ist, den Beschuldigten davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden, und gleichzeitig der Verwaltungsgerichtshof in die Lage versetzt wird, eine rechtliche Prüfung vorzunehmen. Nach diesen, aber auch nur nach diesen Gesichtspunkten ist in jedem einzelnen Fall insbesondere auch zu beurteilen, ob die im Spruch eines Straferkenntnisses enthaltene Identifizierung der Tat § 44a Z 1 VStG genügt oder nicht, mithin ob die erfolgte Umschreibung der Tat im konkreten Fall im Straferkenntnis als rechtmäßig oder als unrechtmäßig zu qualifizieren ist. Das an die Umschreibung der Tat zu stellende Genauigkeitserfordernis wird daher nicht nur von Delikt zu Delikt, sondern auch nach den jeweils gegebenen Begleitumständen in jedem einzelnen Fall ein verschiedenes, weil an den oben wieder gegebenen Rechtsschutzüberlegungen zu messendes Erfordernis sein (VwGH 20.03.2019, Ra 2018/09/0163). Der Tatvorwurf hat sich unter anderem auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften im Sinne des § 44a Z 2 VStG zu beziehen (VwGH 14.10.2019, Ra 2019/08/0144).

Tatort eines – wie hier vorliegend – Begehungsdeliktes ist der Ort, an dem die verpönte Handlung gesetzt wurde. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass für die Verwaltungsübertretung ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 VStG einzustehen hat (VwGH 28.01.2016, Ra 2015/07/0140).

Nach § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wie bereits ausgeführt, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten; dazu ist zu beurteilen, ob die im Spruch eines Straferkenntnisses enthaltene Identifizierung der Tat nach Ort und Zeit dieser Bestimmung genügt oder nicht genügt, wobei eine Ungenauigkeit bei der Konkretisierung der Tat in Ansehung von Tatzeit und Tatort dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides hat, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt wird (VwGH 21.11.2019, Ra 2018/10/0050). Wird ein zur Vertretung nach außen befugtes Organ zur Verantwortung gezogen, ist als Tatort im Regelfall der Sitz der Unternehmensleitung anzusehen, es ist jedoch hierbei stets auf das betreffende Tatbild Bedacht zu nehmen (VwGH 03.10.2019, Ra 2019/02/0125). Am Sitz der Unternehmensleitung wären nämlich die entsprechenden Dispositionen zur Vermeidung der Verstöße gegen die Verwaltungsvorschriften zu setzen gewesen

(Schopper/Zahradnik, ÖBA 2003, 21).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nicht erkennbar, dass der Spruch des Straferkenntnisses rechtswidrig wäre. Aus dem Spruch des Straferkenntnisses geht klar hervor, dass die vom BF getätigten Käufe und Verkäufe, die auch einzeln aufgelistet sind, innerhalb des Unternehmens erfolgten. Im Straferkenntnis ist der Tatort durch die Angabe des Unternehmenssitzes mit Blick auf das Tatbild ausreichend konkretisiert. Es ist dann aber nicht ersichtlich, inwiefern der BF nicht in die Lage versetzt worden sein soll, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um den Tatvorwurf zu widerlegen, oder er der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt sein sollte.

II.3.2.4.2. Soweit der BF dann noch eine Verletzung der Begründungspflicht rügt, ist diese allenfalls vorliegende Mangelhaftigkeit durch das gegenständliche Erkenntnis geheilt.

II.3.2.5. Zum Unterbleiben der mündlichen Verhandlung:

Nach § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG kann von einer Verhandlung abgesehen werden, wenn in der Beschwerde nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird. Zu § 51e Abs. 3 Z 1 VStG hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass ein Beschuldigter, der in der Berufung die Begehung der Tat bestreitet, nicht nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet. Diese Rechtsprechung ist auch auf den inhaltsgleichen § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG anwendbar (VwGH 20.04.2016, Ra 2015/04/0016). Gegenständlich hat der BF die Begehung der Tat nicht bestritten, sondern lediglich eine unrichtige rechtliche Beurteilung der FMA in Bezug auf die Zuständigkeit der FMA, der Frage der Gewerblichkeit der dem BF angelasteten Taten und der Angabe des Tatorts im Spruch geltend gemacht. Schon allein aus diesem Grund konnte von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Soweit in der Beschwerde auch die Parteieneinvernahme beantragt wurde, wird bereits aus dem Antrag nicht klar, zu welchem (strittigen) Beweisthema diese Einvernahme beantragt wurde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Beachtlichkeit eines Beweisantrages jedoch die ordnungsgemäße Angabe des Beweisthemas, das mit dem Beweismittel unter Beweis gestellt werden soll, somit jene Punkte und Tatsachen voraus, die durch das angegebene Beweismittel geklärt werden sollen. Erheblich ist ein Beweisantrag dann, wenn das Beweisthema eine für die Rechtsanwendung mittelbar oder unmittelbar erhebliche Tatsache ist. Beweisanträge, die nur pauschal zum Beweis für das gesamte Vorbringen gestellt werden, entsprechen nicht dem Erfordernis der konkreten Bezeichnung des Beweisthemas, das durch das Beweismittel erwiesen werden soll (VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0004). In der Beschwerde wird die Parteieneinvernahme unter dem Vorbringen zum Gang des Verwaltungsverfahrens beantragt. Abgesehen davon, dass es sich dabei nicht um eine entscheidungserhebliche Tatsachen handelt, ist der Antrag daher auch zu pauschal, weswegen ihm nicht nachzukommen war. Auch aus der Beantragung der Parteieneinvernahme kann daher nicht die (zumindest implizite) Beantragung einer Verhandlung oder die Bestreitung der Begehung der Tat abgeleitet werden.

Die Voraussetzungen des § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG sind daher gegeben. Auch hat der in der Beschwerde noch anwaltlich vertretene BF keinen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung gestellt hat. Die FMA verzichtete auf eine mündliche Verhandlung. Einem Entfall der Verhandlung stehen auch weder Art. 6 Abs. 1 EMRK noch Art. 47 GRC entgegen, weil der Sachverhalt nicht bestritten wurde.

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. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stützen. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde bei den Erwägungen zu den einzelnen Spruchpunkten des angefochtenen Bescheides wiedergegeben. Zur Bestimmung des § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG existiert zwar soweit ersichtlich noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, allerdings ist die Rechtslage insbesondere unter Berücksichtigung der Erläuterungen klar und eindeutig, sodass trotz fehlender Rechtsprechung die Revision nicht zuzulassen war.

**Schlagworte**

Anlegerschutz Bankgeschäft Doppelbestrafung Finanzmarktaufsicht Geldstrafe geringfügiges Verschulden Gesamtbetrachtung gewerbliche Tätigkeit Konzession Kostentragung Strafbemessung Verfahrenskosten Verschulden

Verwaltungsstrafe Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W158.2219599.1.00

**Im RIS seit**

07.12.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

07.12.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at