

# TE Bvwg Erkenntnis 2014/7/29 W148 2000409-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.07.2014

## Entscheidungsdatum

29.07.2014

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

FMABG §22 Abs2a

KMG §1 Abs1 Z1

KMG §1 Abs1 Z3

KMG §1 Abs1 Z4

KMG §13 Abs1

KMG §15 Abs1 Z1

KMG §16 Z5

KMG §2

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §3

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §38

VwGVG §50

VwGVG §52 Abs8

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. FMABG § 22 heute
2. FMABG § 22 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2020
3. FMABG § 22 gültig von 05.04.2020 bis 31.12.2020 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 23/2020
4. FMABG § 22 gültig von 01.09.2019 bis 04.04.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 11/2018
5. FMABG § 22 gültig von 03.01.2018 bis 31.08.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 149/2017
6. FMABG § 22 gültig von 03.01.2018 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
7. FMABG § 22 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
8. FMABG § 22 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
9. FMABG § 22 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2013
10. FMABG § 22 gültig von 02.08.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2011
11. FMABG § 22 gültig von 01.04.2002 bis 01.08.2011

1. KMG § 1 gültig von 21.07.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 1 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. KMG § 1 gültig von 26.11.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
4. KMG § 1 gültig von 01.01.2014 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
5. KMG § 1 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
6. KMG § 1 gültig von 01.11.2007 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
7. KMG § 1 gültig von 01.08.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
8. KMG § 1 gültig von 10.08.2005 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
9. KMG § 1 gültig von 06.01.2001 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
10. KMG § 1 gültig von 01.01.1992 bis 05.01.2001

1. KMG § 1 gültig von 21.07.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 1 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. KMG § 1 gültig von 26.11.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
4. KMG § 1 gültig von 01.01.2014 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
5. KMG § 1 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
6. KMG § 1 gültig von 01.11.2007 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
7. KMG § 1 gültig von 01.08.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
8. KMG § 1 gültig von 10.08.2005 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
9. KMG § 1 gültig von 06.01.2001 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
10. KMG § 1 gültig von 01.01.1992 bis 05.01.2001

1. KMG § 1 gültig von 21.07.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 1 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
3. KMG § 1 gültig von 26.11.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
4. KMG § 1 gültig von 01.01.2014 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
5. KMG § 1 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
6. KMG § 1 gültig von 01.11.2007 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
7. KMG § 1 gültig von 01.08.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
8. KMG § 1 gültig von 10.08.2005 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
9. KMG § 1 gültig von 06.01.2001 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
10. KMG § 1 gültig von 01.01.1992 bis 05.01.2001

1. KMG § 13 gültig von 26.11.2015 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 13 gültig von 10.08.2005 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
3. KMG § 13 gültig von 01.05.1999 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1999
4. KMG § 13 gültig von 01.01.1992 bis 30.04.1999

1. KMG § 15 gültig von 10.08.2005 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 15 gültig von 01.01.1992 bis 09.08.2005

1. KMG § 16 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019

2. KMG § 16 gültig von 29.12.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2015
3. KMG § 16 gültig von 26.11.2015 bis 28.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
4. KMG § 16 gültig von 15.08.2012 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
5. KMG § 16 gültig von 31.03.2006 bis 14.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2006
6. KMG § 16 gültig von 10.08.2005 bis 30.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
7. KMG § 16 gültig von 01.01.2002 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
8. KMG § 16 gültig von 01.03.1994 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 210/1994
9. KMG § 16 gültig von 01.01.1992 bis 28.02.1994

1. KMG § 2 gültig von 21.07.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 2 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 149/2017
3. KMG § 2 gültig von 01.09.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2015
4. KMG § 2 gültig von 10.08.2005 bis 31.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
5. KMG § 2 gültig von 01.01.1992 bis 09.08.2005

1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 3 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987

3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VwGVG § 38 heute

2. VwGVG § 38 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 50 heute

2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 52 heute

2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

## Spruch

W148 2000409-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Stefan KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterinnen Dr. Doris KOHL, MCJ, und Mag. Dr. Esther SCHNEIDER als Beisitzerinnen über die Berufung, nunmehr Beschwerde, des XXXX; geb. am XXXX, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, vom 13.05.2013 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 24.04.2013, zu GZ. FMA-UL0001.100/0056-LAW/2011, wegen des Verstoßes gegen §§ 13 Absatz 1 iVm 16 Z 5 Kapitalmarktgesetz (KMG), BGBl. 625/1991 idF BGBl. I 83/2012, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Stefan KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterinnen Dr. Doris KOHL, MCJ, und Mag. Dr. Esther SCHNEIDER als Beisitzerinnen über die Berufung, nunmehr Beschwerde, des römisch 40; geb. am römisch 40, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, vom 13.05.2013 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 24.04.2013, zu GZ. FMA-UL0001.100/0056-LAW/2011, wegen des Verstoßes gegen

Paragraphen 13, Absatz 1 in Verbindung mit 16 Ziffer 5, Kapitalmarktgesetz (KMG), Bundesgesetzblatt 625 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 83 aus 2012,, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Gemäß § 50 VwGVG, BGBl I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 122/2013, wird der Beschwerde Folge gegeben und das Straferkenntnis der Finanzmarktbehörde ersatzlos aufgehoben. Das Verfahren wird eingestellt.römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013,, wird der Beschwerde Folge gegeben und das Straferkenntnis der Finanzmarktbehörde ersatzlos aufgehoben. Das Verfahren wird eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG, BGBl I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 122/2013, werden keine Kosten auferlegt.römisch zwei. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013,, werden keine Kosten auferlegt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG),BGBl Nr. 1/1930 idF BGBl I Nr. 51/2012, zulässig.Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), Bundesgesetzblatt Nr. 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 2012,, zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang**

I.1 Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA), Integrierte Aufsicht, vom 24.04.2013, zugestellt am 29.04.2013, lautet:römisch eins.1 Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA), Integrierte Aufsicht, vom 24.04.2013, zugestellt am 29.04.2013, lautet:

"Sehr geehrter Herr XXXX!

Sie sind seit 10.01.2008 Director/Geschäftsführer der XXXX Limited mit Sitz in Birmingham mit der österreichischen Zweigniederlassung an der Geschäftsanschrift XXXX. In dieser Funktion als gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) nach außen vertretungsbefugtes Organ haben Sie nachstehenden Sachverhalt verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:Sie sind seit 10.01.2008 Director/Geschäftsführer der römisch 40 Limited mit Sitz in Birmingham mit der österreichischen Zweigniederlassung an der Geschäftsanschrift römisch 40 . In dieser Funktion als gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG) nach außen vertretungsbefugtes Organ haben Sie nachstehenden Sachverhalt verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:

Die XXXX Limited bietet jedenfalls seit 01.07.2010 durch ihre inländische Zweigniederlassung und über eine Reihe von Vertriebspartnern den sogenannten "XXXXplan" in Österreich an. Das Produkt wird auf der Website www.XXXX.info beworben, außerdem steht auf dieser Website nach Eingabe von Benutzername und Passwort ein XXXX Login und Downloadcenter für Berater zur Verfügung.Die römisch 40 Limited bietet jedenfalls seit 01.07.2010 durch ihre inländische Zweigniederlassung und über eine Reihe von Vertriebspartnern den sogenannten "XXXXplan" in Österreich an. Das Produkt wird auf der Website www.XXXX.info beworben, außerdem steht auf dieser Website nach Eingabe von Benutzername und Passwort ein römisch 40 Login und Downloadcenter für Berater zur Verfügung.

Nach Ansicht der FMA handelt es sich dabei um eine Veranlagung iSd§ 1 Abs. 1 Z 3 KMG, da gemäß den Angaben in §§ 5 und 6 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der mit den Einzahlungen mehrerer Anleger erworbene Sammelbestand an physischem Edelmetall im Miteigentum der Anleger steht und damit ein Sondervermögen darstellt.Nach Ansicht der FMA handelt es sich dabei um eine Veranlagung iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG, da gemäß den Angaben in Paragraphen 5 und 6 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der mit den Einzahlungen mehrerer Anleger erworbene Sammelbestand an physischem Edelmetall im Miteigentum der Anleger steht und damit ein Sondervermögen darstellt.

Das beim Landesgericht Salzburg zur GZ 31 Hv 87/12w eingeleitete Strafverfahren wegen des Vergehens nach§ 15 Abs. 1 Z 1 KMG (öffentliches Anbieten von Veranlagungen in Österreich ohne Prospekt) wurde mit Beschluss vom

15.01.2013 infolge Diversion nach Zahlung eines Geldbetrages gem. §§198 Abs. 1 iVm 199 StPO eingestellt. Das beim Landesgericht Salzburg zur GZ 31 Hv 87/12w eingeleitete Strafverfahren wegen des Vergehens nach Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, KMG (öffentliches Anbieten von Veranlagungen in Österreich ohne Prospekt) wurde mit Beschluss vom 15.01.2013 infolge Diversion nach Zahlung eines Geldbetrages gem. §§198 Absatz eins, in Verbindung mit 199 StPO eingestellt.

Die XXXX Limited hat es jedenfalls seit 01.07.2010 unterlassen, die Meldestelle der Oesterreichischen Kontrollbank AG (OeKB), die den Emissionskalender führt, ehestmöglich über die Eckdaten der gegenständlichen Emission wie den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das voraussichtliche Gesamtvolumen in Österreich, die Stückelung, die Laufzeit (zumindest Angebots- und Zeichnungsbeginn) und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gem. § 3 Kapitalmarktgesetz (KMG) eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen. Die römisch 40 Limited hat es jedenfalls seit 01.07.2010 unterlassen, die Meldestelle der Oesterreichischen Kontrollbank AG (OeKB), die den Emissionskalender führt, ehestmöglich über die Eckdaten der gegenständlichen Emission wie den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das voraussichtliche Gesamtvolumen in Österreich, die Stückelung, die Laufzeit (zumindest Angebots- und Zeichnungsbeginn) und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gem. Paragraph 3, Kapitalmarktgesetz (KMG) eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen.

2. Die XXXX Limited haftet gem. § 9 Abs. 7 VStG für die über Sie verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. 2. Die römisch 40 Limited haftet gem. Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die über Sie verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 13 Abs. 1 iVm § 16 Z 5 KMG, BGBl. Nr. 625/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012 Paragraph 13, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 16, Ziffer 5, KMG, Bundesgesetzblatt Nr. 625 aus 1991, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 83 aus 2012,

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von falls, diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Gemäß §§Geldstrafe von falls, diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Gemäß Paragraphen

Ersatzfreiheitsstrafe von 1000 Euro ----- 6 Stunden 16 Z 5 KMG BGLErsatzfreiheitsstrafe von 1000 Euro ----- 6 Stunden 16 Ziffer 5, KMG BGBl.

Nr. 625/1991 zuletztNr. 625 aus 1991, zuletzt

geändert durch

BGBl. I Nr. 83/2012Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 83 aus 2012,

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

-----

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

100 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet);

-- Euro als Ersatz der Barauslagen für --.

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

1.100 Euro. "

Die Begründung des Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Die XXXX Ltd. mit Sitz in Birmingham wurde am 09.01.2008 gegründet und ist im Handelsregister für England & Wales

unter der Nr. XXXX registriert (ON 2a). Am 14.02.2008 wurde die XXXX Ltd. als ausländische Firma mit einer inländischen Zweigniederlassung im Firmenbuch zu FN XXXXm eingetragen (ON 2b). Der Beschuldigte ist Geschäftsführer der XXXX Ltd. und vertritt die Gesellschaft seit 10.01.2008 (ON 2b). Die römisch 40 Ltd. mit Sitz in Birmingham wurde am 09.01.2008 gegründet und ist im Handelsregister für England & Wales unter der Nr. römisch 40 registriert (ON 2a). Am 14.02.2008 wurde die römisch 40 Ltd. als ausländische Firma mit einer inländischen Zweigniederlassung im Firmenbuch zu FN römisch 40 m eingetragen (ON 2b). Der Beschuldigte ist Geschäftsführer der römisch 40 Ltd. und vertritt die Gesellschaft seit 10.01.2008 (ON 2b).

Im Jänner 2011 kontaktierte die XXXX Ltd. die FMA bezüglich ihres Edelmetallsparrplans. In diesem Zusammenhang wurde ein Dokument mit der Bezeichnung "Unterlagen zur freiwilligen Dienstleistungsbegutachtung" (Beilage 1) übergeben, in dem u.a. der "XXXXplan" näher beschrieben wird. Die Abt. III/1 "Markt- und Börseaufsicht" informierte das Unternehmen, dass keine Konzessionspflicht nach dem WAG 2007 besteht und mögliche weitere rechtliche Aspekte gesondert zu klären wären. Im Jänner 2011 kontaktierte die römisch 40 Ltd. die FMA bezüglich ihres Edelmetallsparrplans. In diesem Zusammenhang wurde ein Dokument mit der Bezeichnung "Unterlagen zur freiwilligen Dienstleistungsbegutachtung" (Beilage 1) übergeben, in dem u.a. der "XXXXplan" näher beschrieben wird. Die Abt. III/1 "Markt- und Börseaufsicht" informierte das Unternehmen, dass keine Konzessionspflicht nach dem WAG 2007 besteht und mögliche weitere rechtliche Aspekte gesondert zu klären wären.

Näheres zum "XXXXplan":

Die Anleger zahlen Geld ein und XXXX Ltd. kauft damit Edelmetalle, an denen die Anleger Miteigentum halten. Am Ende der vereinbarten Laufzeit (6 Jahre) kann der Anleger entweder physische Auslieferung oder aber den Geldwert verlangen. Der Vertrieb erfolgt seit Juni 2010 in Österreich über diverse Vertriebspartner wie beispielsweise XXXX GmbH und XXXX (Beilage 1). Die Anleger zahlen Geld ein und römisch 40 Ltd. kauft damit Edelmetalle, an denen die Anleger Miteigentum halten. Am Ende der vereinbarten Laufzeit (6 Jahre) kann der Anleger entweder physische Auslieferung oder aber den Geldwert verlangen. Der Vertrieb erfolgt seit Juni 2010 in Österreich über diverse Vertriebspartner wie beispielsweise römisch 40 GmbH und römisch 40 (Beilage 1).

Aufgrund der vorgelegten Unterlagen, insbesondere der Allgemeinen Vertragsbedingungen des XXXX "XXXXplan" der XXXX Ltd. ergab sich für die FMA der Verdacht, es handle sich dabei um eine Veranlagung gem. § 1 Abs. 1 Z 3 KMG. Aufgrund der vorgelegten Unterlagen, insbesondere der Allgemeinen Vertragsbedingungen des römisch 40 "XXXXplan" der römisch 40 Ltd. ergab sich für die FMA der Verdacht, es handle sich dabei um eine Veranlagung gem. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG.

Die FMA erstattete am 30.08.2011 betreffend die XXXX Ltd. gem. § 78 StPO eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft Wien (Beilage 3) wegen des Verdachts einer Übertretung des § 15 Abs. 1 Z 1 KMG. Angezeigt wurde, dass die XXXX Ltd. seit Mitte 2010 den "XXXXplan", ein von der FMA als Veranlagung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 KMG eingestuftes Produkt, über Vertriebspartner in Österreich öffentlich anbietet, obwohl zuvor kein Prospekt nach § 2 KMG erstellt und veröffentlicht wurde. Die Anzeige wurde in der Folge zuständigkeitshalber an die Staatsanwaltschaft Salzburg abgetreten und das zu GZ 31 Hv 87/12w eingeleitete Strafverfahren letztendlich mit Beschluss des Landesgerichts Salzburg am 15.01.2013 diversionell erledigt. Nach Bezahlung eines Geldbetrages von 5000 Euro wurde das Strafverfahren gem. §§ 199 iVm 200 Abs. 5 StPO eingestellt (Beilage 4). Die FMA erstattete am 30.08.2011 betreffend die römisch 40 Ltd. gem. Paragraph 78, StPO eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft Wien (Beilage 3) wegen des Verdachts einer Übertretung des Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, KMG. Angezeigt wurde, dass die römisch 40 Ltd. seit Mitte 2010 den "XXXXplan", ein von der FMA als Veranlagung im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG eingestuftes Produkt, über Vertriebspartner in Österreich öffentlich anbietet, obwohl zuvor kein Prospekt nach Paragraph 2, KMG erstellt und veröffentlicht wurde. Die Anzeige wurde in der Folge zuständigkeitshalber an die Staatsanwaltschaft Salzburg abgetreten und das zu GZ 31 Hv 87/12w eingeleitete Strafverfahren letztendlich mit Beschluss des Landesgerichts Salzburg am 15.01.2013 diversionell erledigt. Nach Bezahlung eines Geldbetrages von 5000 Euro wurde das Strafverfahren gem. Paragraphen 199, in Verbindung mit 200 Absatz 5, StPO eingestellt (Beilage 4).

Am 03.07.2012 wurde das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten mittels Aufforderung zur Rechtfertigung eingeleitet (ON 3). In der Rechtfertigung vom 23.07.2012 (ON 4) bestätigte die XXXX Ltd., dass sie den XXXXplan seit 01.07.2010 über Vertriebspartner auf dem österreichischen Markt anbietet. Am 03.07.2012 wurde das

gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten mittels Aufforderung zur Rechtfertigung eingeleitet (ON 3). In der Rechtfertigung vom 23.07.2012 (ON 4) bestätigte die römisch 40 Ltd, dass sie den XXXXplan seit 01.07.2010 über Vertriebspartner auf dem österreichischen Markt anbietet.

Am 21.12.2012 wurde der Beschuldigte seitens der Prospektaufsicht, Abt. III/1 der FMA, kontaktiert und aktiv sowohl auf die Verpflichtung zur Erstellung eines Veranlagungsprospektes als auch auf die Meldung an den Emissionskalender aufmerksam gemacht. Beides wurde vom Beschuldigten für Jänner 2013 zugesagt. Mit Schreiben vom 28.12.2012 (ON 5) ersuchte der Beschuldigte um Fristerstreckung für die Meldung der Emission des XXXXplan bis 18.01.2013.

Eine Meldung über die Emission der gegenständlichen Veranlagung zum Emissionskalender ist bis dato nicht erfolgt (Beilage 5).

Beweis wurde erhoben durch:

Beilage 1: Unterlagenkonvolut betreffend die freiwillige Dienstleistungsbegutachtung der XXXX Ltd. durch die FMA (Exposé und Allgemeine Vertragsbedingungen des XXXX "XXXXplan")  
Beilage 1: Unterlagenkonvolut betreffend die freiwillige Dienstleistungsbegutachtung der römisch 40 Ltd. durch die FMA (Exposé und Allgemeine Vertragsbedingungen des römisch 40 "XXXXplan")

Beilage 2: Screenshots der Website [www.XXXX.info](http://www.XXXX.info) vom 19.06.2012

Beilage 3: Sachverhaltsdarstellung der FMA an die Staatsanwaltschaft

Wien vom 30.08.2011 zu GZ: FMA-UL0001.600/0011-LAW/2011 betreffend § 15 KMG  
Wien vom 30.08.2011 zu GZ: FMA-UL0001.600/0011-LAW/2011 betreffend Paragraph 15, KMG

Beilage 4: Diversions-Beschluss des Landesgerichts Salzburg zu GZ: 31 Hv 87/12w vom 15.01.2013

Beilage 5: Email-Auskunft der Meldestelle bei der OeKB, dass zum 21.03.2013 weder ein Prospekt hinterlegt noch eine Meldung an den Emissionskalender erfolgt ist

ON 1 Votum der Fachabteilung III/1 "Markt- und Börsenaufsicht" vom 12.07.2011

ON 2a Abfrage betreffend XXXX Ltd.  
ON 2a Abfrage betreffend römisch 40 Ltd.

ON 2b Firmenbuchauszug der XXXX Ltd., Niederlassung Österreich  
ON 2b Firmenbuchauszug der römisch 40 Ltd., Niederlassung Österreich,

FN XXXXm  
FN römisch 40 m

ON 2c Firmenbuchauszug der XXXX Austria GmbH, FN XXXXp  
ON 2c Firmenbuchauszug der römisch 40 Austria GmbH, FN römisch 40 p

ON 3 Aufforderung zur Rechtfertigung vom 03.07.2012

ON 4 Rechtfertigung des Beschuldigten vom 23.07.2012

ON 5 Schreiben des Beschuldigten vom 28.12.2012 betreffend Fristverlängerung für Meldung zum Emissionskalender bis 18.01.2013

Die Feststellungen wurden aufgrund folgender Beweiswürdigung getroffen:

Die Feststellungen ergeben sich widerspruchs- und zweifelsfrei aus den im Akt befindlichen Beweismitteln sowie aufgrund der amtlichen Wahrnehmung der FMA etwa durch mehrmalige behördliche Abfrage des Emissionskalenders über die Datenbank der Meldestelle. Bei der Darstellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde auf die entsprechenden Beweismittel Bezug genommen. Der Sachverhalt wird vom Beschuldigten nicht bestritten.

Rechtlich folgt daraus:

§ 16 Z 5 KMG lautet: Paragraph 16, Ziffer 5, KMG lautet:

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist,

(...)

1. als Anbieter nicht gemäß § 12 oder als Meldepflichtiger nicht gemäß § 13 und zwar auch dann, wenn kein öffentliches Angebot gegeben ist oder sonst, ohne dass die Prospektpflicht gegeben ist die Meldestelle in Kenntnis setzt oder (...)

1. als Anbieter nicht gemäß Paragraph 12, oder als Meldepflichtiger nicht gemäß Paragraph 13 und zwar auch dann, wenn kein öffentliches Angebot gegeben ist oder sonst, ohne dass die Prospektpflicht gegeben ist die Meldestelle in Kenntnis setzt oder (...)

§ 13 Abs. 1 und 2 KMG lautet: Paragraph 13, Absatz eins und 2 KMG lautet:

Emissionskalender

(1) Wer Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, hat die Meldestelle ehestmöglich über den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das Gesamtvolumen, die Stückelung, die Laufzeit und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gemäß § 3 eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen; einzelne Angaben, die erst kurz vor der Zeichnungsfrist festgelegt werden können, dürfen nachgereicht werden. Bei den Angaben über die für die Ausnahme von der Prospektpflicht maßgeblichen Umstände ist der entsprechende Ausnahmetatbestand nach § 3 oder anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich anzugeben. Der Anbieter hat weiters zum Zwecke der eindeutigen Identifikation der zu meldenden Emission im Falle von Wertpapieren oder verbrieften Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 die von der Österreichischen Kontrollbank Aktiengesellschaft (inländische ISIN Vergabestelle) oder einer ausländischen ISIN Vergabestelle vergebene ISIN oder eine gleichwertige Identifikation bekannt zu geben.

(1) Wer Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, hat die Meldestelle ehestmöglich über den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das Gesamtvolumen, die Stückelung, die Laufzeit und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gemäß Paragraph 3, eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen; einzelne Angaben, die erst kurz vor der Zeichnungsfrist festgelegt werden können, dürfen nachgereicht werden. Bei den Angaben über die für die Ausnahme von der Prospektpflicht maßgeblichen Umstände ist der entsprechende Ausnahmetatbestand nach Paragraph 3, oder anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich anzugeben. Der Anbieter hat weiters zum Zwecke der eindeutigen Identifikation der zu meldenden Emission im Falle von Wertpapieren oder verbrieften Veranlagungen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, die von der Österreichischen Kontrollbank Aktiengesellschaft (inländische ISIN Vergabestelle) oder einer ausländischen ISIN Vergabestelle vergebene ISIN oder eine gleichwertige Identifikation bekannt zu geben.

(2) Die Meldepflicht nach Abs. 1 gilt nicht für Wertpapiere oder Veranlagungen nach § 3 Abs. 1 Z 4 bis 6, 10, 12 und 13.

(2) Die Meldepflicht nach Absatz eins, gilt nicht für Wertpapiere oder Veranlagungen nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 4 bis 6, 10, 12 und 13,

§ 1 Abs. 1 Z 3 KMG lautet:

§ 1. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

(...)

3. Veranlagungen: Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt; unter Veranlagungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind auch alle vertretbaren, verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht in Z 4 genannt sind;

3. Veranlagungen: Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt; unter Veranlagungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind auch alle vertretbaren, verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht in Ziffer 4, genannt sind;

Geldmarktinstrumente mit einer Laufzeit von weniger als zwölf Monaten unterliegen nicht der Prospektpflicht gemäß § 2;

Geldmarktinstrumente mit einer Laufzeit von weniger als zwölf Monaten unterliegen nicht der Prospektpflicht gemäß Paragraph 2,;



§ 9 Abs. 1 VStG lautet: Paragraph 9, Absatz eins, VStG lautet:

Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

§ 9 Abs. 7 VStG lautet: Paragraph 9, Absatz 7, VStG lautet:

Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Absatz 3, genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Zu Spruchpunkt 1.:

Die Verpflichtung zur Meldung an den bei der Meldestelle der OeKB geführten Emissionskalender setzt zunächst die Einordnung der emittierten Instrumente als Wertpapiere im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 4 KMG oder Veranlagung im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 KMG voraus. Die Verpflichtung zur Meldung an den bei der Meldestelle der OeKB geführten Emissionskalender setzt zunächst die Einordnung der emittierten Instrumente als Wertpapiere im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 4, KMG oder Veranlagung im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG voraus.

Veranlagungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 KMG sind Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt. Veranlagungen im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, KMG sind Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt.

Zu den einzelnen Tatbestandselementen bezogen auf den XXXXplan:

a) Vermögensrecht (d.h. Forderungsrecht/Mitgliedschaftsrecht oder dingliche Rechte):

Gemäß § 5 Z 4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des XXXX "XXXXplan" verschafft die XXXX Limited dem Anleger das Eigentum an den gekauften Edelmetallen durch Einräumung des Miteigentums nach Bruchteilen an einem im Besitz der XXXX Limited befindlichen Sammelbestand an physischem Edelmetall, dieser ist somit Sondervermögen. Das Forderungsrecht aus der Miteigentumsgemeinschaft ist ein Vermögensrecht im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 KMG. Gemäß Paragraph 5, Ziffer 4, der Allgemeinen Vertragsbedingungen des römisch 40 "XXXXplan" verschafft die römisch 40 Limited dem Anleger das Eigentum an den gekauften Edelmetallen durch Einräumung des Miteigentums nach Bruchteilen an einem im Besitz der römisch 40 Limited befindlichen Sammelbestand an physischem Edelmetall, dieser ist somit Sondervermögen. Das Forderungsrecht aus der Miteigentumsgemeinschaft ist ein Vermögensrecht im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG.

b) über das Vermögensrecht darf kein Wertpapier iSd § 1 Abs. 1 Z 4 KMG ausgestellt sein. b) über das Vermögensrecht darf kein Wertpapier iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 4, KMG ausgestellt sein.

Dies ist gegenständlich nicht der Fall.

c) die gemeinsame direkte oder indirekte Investition des Kapitals mehrere Anleger.

Diese liegt vor, da die Anlagegelder dem Aufbau eines Sondervermögens (Sammelbestand von physischen Edelmetallen) dienen.

d) gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko ("Vergemeinschaftung der beteiligten Personen")

Das laut § 5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des XXXX "XXXXplan" (Beilage 1) eingeräumte Miteigentum der Anleger an Edelmetallbeständen bewirkt eine Vergemeinschaftung der Anleger. Diese bilden insofern eine Schicksalsgemeinschaft, als sich das gemeinsame Risiko des Untergangs und von Wertveränderungen auf alle Anleger auswirkt. Die gegenständliche Veranlagung ist insofern standardisiert, als die Anleger nur die Anlageentscheidung treffen können, ob und in welchem Ausmaß sie in den Edelmetallsparplan investieren wollen. Dies ist mit einem Fondssparplan zu vergleichen, wo die Art des Investments selbst ebenfalls standardisiert ist und nur die Einzahlungshöhe variiert werden kann. Das laut Paragraph 5, der Allgemeinen Vertragsbedingungen des römisch 40 "XXXXplan" (Beilage 1) eingeräumte Miteigentum der Anleger an Edelmetallbeständen bewirkt eine Vergemeinschaftung der Anleger. Diese bilden insofern eine Schicksalsgemeinschaft, als sich das gemeinsame Risiko des Untergangs und von Wertveränderungen auf alle Anleger auswirkt. Die gegenständliche Veranlagung ist insofern standardisiert, als die Anleger nur die Anlageentscheidung treffen können, ob und in welchem Ausmaß sie in den Edelmetallsparplan investieren wollen. Dies ist mit einem Fondssparplan zu vergleichen, wo die Art des Investments selbst ebenfalls standardisiert ist und nur die Einzahlungshöhe variiert werden kann.

e) die Verwaltung des investierten Kapitals darf nicht durch die Anleger selbst erfolgen. Im vorliegenden Fall erfolgt die Verwaltung durch die XXXX Limited. e) die Verwaltung des investierten Kapitals darf nicht durch die Anleger selbst erfolgen. Im vorliegenden Fall erfolgt die Verwaltung durch die römisch 40 Limited.

Die Verpflichtung zur Meldung einer Emission von Wertpapieren oder wie hier von Veranlagungen an den Emissionskalender bei der Meldestelle besteht ungeachtet des Umstandes, ob der Anbieter das Angebot im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 KMG öffentlich oder nicht öffentlich zu stellen beabsichtigt, da der Kapitalmarkt in beiden Fällen, unabhängig von der Aufklärungsbedürftigkeit der Angebotsadressaten durch einen Prospekt, in Anspruch genommen wird. Des weiteren befreit grundsätzlich ein Prospektausnahmetatbestand nicht auch von der Meldepflicht gem. § 13 KMG (Russ in Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz § 13, Rz 3 und Rz 16). Jene Umstände, die gegebenenfalls gemäß § 3 KMG eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, müssen in der Meldung zum Emissionskalender angeführt werden. Die Verpflichtung zur Meldung einer Emission von Wertpapieren oder wie hier von Veranlagungen an den Emissionskalender bei der Meldestelle besteht ungeachtet des Umstandes, ob der Anbieter das Angebot im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, KMG öffentlich oder nicht öffentlich zu stellen beabsichtigt, da der Kapitalmarkt in beiden Fällen, unabhängig von der Aufklärungsbedürftigkeit der Angebotsadressaten durch einen Prospekt, in Anspruch genommen wird. Des weiteren befreit grundsätzlich ein Prospektausnahmetatbestand nicht auch von der Meldepflicht gem. Paragraph 13, KMG (Russ in Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz Paragraph 13,, Rz 3 und Rz 16). Jene Umstände, die gegebenenfalls gemäß Paragraph 3, KMG eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, müssen in der Meldung zum Emissionskalender angeführt werden.

Eine Meldung an den Emissionskalender ist bis dato nicht erfolgt. Damit ist der objektive Tatbestand der Sanktionsnorm erfüllt.

Zum Verjährungseinwand des Beschuldigten in der Rechtfertigung:

Die Nichtmeldung zum Emissionskalender ist ein Unterlassungsdelikt.

Der UVS hat in einer Berufungsentscheidung vom 18.09.2012 zu GZ: UVS-06/FM/40/2098/2012 betreffend unterlassene Meldungen an den Emissionskalender Nachstehendes ausgesprochen: Der UVS hat in einer Berufungsentscheidung vom 18.09.2012 zu GZ: UVS-06/FM/40/2098 aus 2012, betreffend unterlassene Meldungen an den Emissionskalender Nachstehendes ausgesprochen:

"Die jüngere Rechtsprechung differenziert bei Unterlassungsdelikten zwischen solchen, bei denen die versäumte Handlung noch nachgeholt werden kann und solchen, bei denen dies nicht mehr möglich oder dem Gesetzeszweck nicht mehr entsprechen würde. So hat der VwGH beispielsweise wie folgt entschieden (vgl Erkenntnis vom 20.5.20120, 2008/07/0083):"Die jüngere Rechtsprechung differenziert bei Unterlassungsdelikten zwischen solchen, bei denen die versäumte Handlung noch nachgeholt werden kann und solchen, bei denen dies nicht mehr möglich oder dem Gesetzeszweck nicht mehr entsprechen würde. So hat der VwGH beispielsweise wie folgt entschieden vergleiche Erkenntnis vom 20.5.20120, 2008/07/0083):

Bei dieser Übertretung handelt es sich um ein Unterlassungsdelikt, der Beschwerdeführer hat jeweils ein ihm von der

Rechtsordnung aufgetragenes Verhalten unterlassen. Demnach beginnt die Verjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 2 VStG erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem die Unterlassung beendet ist. Die Verjährung beginnt daher solange nicht, als die Verpflichtung zum Handeln besteht und die Handlung noch nachgeholt werden kann." (Hervorhebung durch den UVS). Bei dieser Übertretung handelt es sich um ein Unterlassungsdelikt, der Beschwerdeführer hat jeweils ein ihm von der Rechtsordnung aufgetragenes Verhalten unterlassen. Demnach beginnt die Verjährungsfrist gemäß Paragraph 31, Absatz 2, VStG erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem die Unterlassung beendet ist. Die Verjährung beginnt daher solange nicht, als die Verpflichtung zum Handeln besteht und die Handlung noch nachgeholt werden kann." (Hervorhebung durch den UVS).

Nach dem Tatbild des § 13 Absatz 1 KMG hat ein Emittent, der Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, der Meldestelle, d.h. der OeKB, eine Meldung mit bestimmten Informationen zu übermitteln. Diese Verpflichtung entsteht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die beabsichtigte Emission, also zeitlich deutlich vor dem Angebot. Der Kapitalmarkt soll frühzeitig über künftige Emissionen informiert werden. Mit tatsächlicher Angebotseröffnung wird die Emission auch ohne Emissionskalender bekannt. Die festgestellte Praxis der OeKB, auch Meldung nach Angebotseröffnung anzunehmen erscheint sinnvoll. (...) Mit Beendigung des Angebots hat die Verpflichtung zum Handeln aufgehört, weil die Handlung (die Meldung) nicht mehr sinnvoll nachgeholt werden konnte. Das strafbare Verhalten (die Unterlassung) hat mit diesem Zeitpunkt geendet." Nach dem Tatbild des Paragraph 13, Absatz 1 KMG hat ein Emittent, der Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, der Meldestelle, d.h. der OeKB, eine Meldung mit bestimmten Informationen zu übermitteln. Diese Verpflichtung entsteht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die beabsichtigte Emission, also zeitlich deutlich vor dem Angebot. Der Kapitalmarkt soll frühzeitig über künftige Emissionen informiert werden. Mit tatsächlicher Angebotseröffnung wird die Emission auch ohne Emissionskalender bekannt. Die festgestellte Praxis der OeKB, auch Meldung nach Angebotseröffnung anzunehmen erscheint sinnvoll. (...) Mit Beendigung des Angebots hat die Verpflichtung zum Handeln aufgehört, weil die Handlung (die Meldung) nicht mehr sinnvoll nachgeholt werden konnte. Das strafbare Verhalten (die Unterlassung) hat mit diesem Zeitpunkt geendet."

Damit ist ausreichend klargestellt, dass die Nichtmeldung zum Emissionskalender ein Unterlassungsdelikt ist, bei dem die Verpflichtung zur Meldung mit Beendigung des Angebotes einer Emission endet, weil die Meldung nicht mehr sinnvoll nachgeholt werden kann. Da die Emission des XXXXplan nach wie vor aufrecht ist, geht der Verjährungseinwand ins Leere.

Der objektive Tatbestand des § 16 Z 5 iVm § 13 KMG ist damit erfüllt. Der objektive Tatbestand des Paragraph 16, Ziffer 5, in Verbindung mit Paragraph 13, KMG ist damit erfüllt.

Die Verwirklichung des aufgezeigten objektiven Tatbestandes allein genügt nicht, um dem Beschuldigten die Verwaltungsübertretung zurechnen zu können. Im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG muss er diese Verwaltungsübertretung zumindest durch fahrlässiges Verhalten verwirklicht haben. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren. Bei Verwaltungsübertretungen, deren Tatbild in einem bloßen Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder in einer Nichtbefolgung eines Gebotes (Ungehorsamsdelikt) besteht, wird Strafbarkeit angenommen, wenn der Täter im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (z.B. VwGH 30.10.1991, Zl. 91/09/0132). Es besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens des Täters in Form fahrlässigen Verhaltens, die von ihm widerlegt werden kann (z.B. VwGH 18.6.1990, Zl. 89/10/0221). Es obliegt dabei dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens bedarf es der Darlegung, dass der Beschuldigte Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten ließen (siehe u.a. VwGH 2.7.1990, Zl. 90/19/0054 u.a. Zlen; 22.10.1992, 92/18/0362). Ob eine Tatsache als glaubhaft gemacht zu betrachten ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung der Behörde (siehe VwGH 24.5.1989, 89/02/0017). Die Verwirklichung des aufgezeigten objektiven Tatbestandes allein genügt nicht, um dem Beschuldigten die Verwaltungsübertretung zurechnen zu können. Im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG muss er diese Verwaltungsübertretung zumindest durch fahrlässiges Verhalten verwirklicht haben. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren. Bei Verwaltungsübertretungen, deren Tatbild in einem bloßen Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder in einer Nichtbefolgung eines Gebotes (Ungehorsamsdelikt) besteht, wird Strafbarkeit angenommen, wenn der Täter im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG nicht glaubhaft macht, dass ihn an der

Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (z.B. VwGH 30.10.1991, ZI. 91/09/0132). Es besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens des Täters in Form fahrlässigen Verhaltens, die von ihm widerlegt werden kann (z.B. VwGH 18.6.1990, ZI. 89/10/0221). Es obliegt dabei dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war. Zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens bedarf es der Darlegung, dass der Beschuldigte Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten ließen (siehe u.a. VwGH 2.7.1990, ZI. 90/19/0054 u.a. ZIen; 22.10.1992, 92/18/0362). Ob eine Tatsache als glaubhaft gemacht zu betrachten ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung der Behörde (siehe VwGH 24.5.1989, 89/02/0017).

Der Beschuldigte rechtfertigte sich dahingehend, er sei bis zur Aufforderung der FMA vom 03.07.2012 von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgegangen, insofern hätte er keinen Vorsatz auf Verletzung der Meldepflicht gehabt.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Beschuldigte - wie bereits oben ausgeführt - die gegenständliche Verwaltungsübertretung im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG zumindest durch fahrlässiges Verhalten verwirklicht haben muss. Dem Beschuldigten musste zumindest im Verlauf des Strafverfahrens vor dem Landesgericht Salzburg klar geworden sein, dass das Gericht die rechtliche Einschätzung der FMA in Bezug auf den Veranlagungsstatus der XXXXplans teilt. Folglich musste ihm auch klar sein, dass daraus sowohl die Verpflichtung zur Erstellung eines Prospektes gem. KMG resultiert als auch die Verpflichtung zu der hier gegenständlichen Meldung an den Emissionskalender. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Beschuldigte - wie bereits oben ausgeführt - die gegenständliche Verwaltungsübertretung im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG zumindest durch fahrlässiges Verhalten verwirklicht haben muss. Dem Beschuldigten musste zumindest im Verlauf des Strafverfahrens vor dem Landesgericht Salzburg klar geworden sein, dass das Gericht die rechtliche Einschätzung der FMA in Bezug auf den Veranlagungsstatus der XXXXplans teilt. Folglich musste ihm auch klar sein, dass daraus sowohl die Verpflichtung zur Erstellung eines Prospektes gem. KMG resultiert als auch die Verpflichtung zu der hier gegenständlichen Meldung an den Emissionskalender.

Entgegen diesem Wissen wurde die Meldung an den Emissionskalender trotz Ankündigung nicht nachgeholt (und ein Prospekt nicht erstellt).

Soweit der Beschuldigte sich durch sein Vorbringen auf einen Rechtsirrtum beruft, kann ihn die Unkenntnis der einschlägigen Verwaltungsnormen nur entschuldigen, wenn er das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Ein Rechtsirrtum ist aber insofern vorzuwerfen, da sich der Beschuldigte aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit und seiner Position aktiv mit den einschlägigen kapitalmarktrechtlichen Vorschriften bekannt machen hätte müssen.

Damit ist es dem Beschuldigten mit seinem Vorbringen nicht gelungen, sein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist ihm daher auch in subjektiver Hinsicht zuzurechnen.

Zu Spruchpunkt 2.:

Gemäß 9 Abs. 7 VStG haftet eine juristische Person für die über einen zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. Gemäß 9 Absatz 7, VStG haftet eine juristische Person für die über einen zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Strafzumessung ist festzuhalten:

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat (§ 19 Abs. 1 VStG). Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der durch die Tat verwirklichte, aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert. Grundlage für die Bemessung der Strafe ist jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat (Paragraph 19, Absatz eins, VStG). Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der durch die Tat verwirklichte, aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert.

Darüber hinaus sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und

Milderungsgründe (in sinngemäßer Anwendung der §§ 32 bis 35 StGB), soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen; auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Schließlich haben die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse in der Strafbemessung Berücksichtigung zu finden (§ 19 Abs. 2 VStG). Darüber hinaus sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe (in sinngemäßer Anwendung der Paragraphen 32 bis 35 StGB), soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen; auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Schließlich haben die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse in der Strafbemessung Berücksichtigung zu finden (Paragraph 19, Absatz 2, VStG).

Im konkreten Fall sind bei der Festsetzung der Strafe generalpräventive Argumente zu berücksichtigen. Die Meldungen an die Meldestelle/den Emissionskalender sollen sicherstellen, dass Informationen über alle (auch prospektbefreite) Emissionen am österreichischen Kapitalmarkt an einer zentralen Stelle zusammengeführt werden, damit das Geschehen am heimischen Kapitalmarkt möglichst vollständig sichtbar wird. Dies ist sowohl für die Finanzmarktaufsichtsbehörde als auch für Emittenten von Bedeutung. Durch eine Unterlassung der Meldung von Emissionen wird die Funktion des Emissionskalenders untergraben.

Im konkreten Fall kommen aber auch spezialpräventiv bedingte Überlegungen zum Tragen. Der Beschuldigte ist weiterhin Director der XXXX Limited mit Sitz in Birmingham und sowohl Geschäftsführer der österreichischen Zweigniederlassung als auch Geschäftsführer der XXXX Austria GmbH; die Strafe ist daher zur Abhaltung von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen erforderlich. Im konkreten Fall kommen aber auch spezialpräventiv bedingte Überlegungen zum Tragen. Der Beschuldigte ist weiterhin Director der römisch 40 Limited mit Sitz in Birmingham und sowohl Geschäftsführer der österreichischen Zweigniederlassung als auch Geschäftsführer der römisch 40 Austria GmbH; die Strafe ist daher zur Abhaltung von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen erforderlich.

Die Meldung zum Emissionskalender wurde trotz telefonischer und nachfolgender schriftlicher Ankündigung am 28.12.2012 bis dato nicht nachgeholt.

Die konkret verhängte Strafe erscheint daher zusammengefasst im Hinblick auf den verwirklichten Tatunwert gemessen am zur Verfügung stehenden Strafraum von bis zu 50.000 Euro tat- und schuldangemessen und ihre Verhängung erforderlich, um den Beschuldigten und Dritten von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen abzuhalten."

I.2 Dagegen hat der Beschwerdeführer (BF) mit Schriftsatz vom 13.05.2013 Berufung (nunmehr "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien erhoben, mit der das Straferkenntnis der belangten Behörde infolge unrichtiger Anwendung von § 13 Abs. 1 iVm § 16 Z 5 KMG als rechtswidrig bekämpft wird. Die ihm vorgeworfene Tathandlung der unterlassenen Meldung an den von der OeKB als Meldestelle geführten Emissionskalender sei nicht rechtswidrig unterlassen worden, weil keine den kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen (sohin auch nicht der Verpflichtung zur Meldung an den Emissionskalender) unterliegende Veranlagung vorliege. Es sei ihm somit weder eine objektive noch eine subjektive Tathandlung anzulasten.

römisch eins.2 Dagegen hat der Beschwerdeführer (BF) mit Schriftsatz vom 13.05.2013 Berufung (nunmehr "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien erhoben, mit der das Straferkenntnis der belangten Behörde infolge unrichtiger Anwendung von Paragraph 13, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 16, Ziffer 5, KMG als rechtswidrig bekämpft wird. Die ihm vorgeworfene Tathandlung der unterlassenen Meldung an den von der OeKB als Meldestelle geführten Emissionskalender sei nicht rechtswidrig unterlassen worden, weil keine den kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen (sohin auch nicht der Verpflichtung zur Meldung an den Emissionskalender) unterliegende Veranlagung vorliege. Es sei ihm somit weder eine objektive noch eine subjektive Tathandlung anzulasten.

Diese Berufung wurde mit Stellungnahme vom 12.06.2013 dahingehend ergänzt, dass zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass die Verpflichtung zur Meldung an den Emissionskalender die Absicht voraussetze, Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten. Die von der belangten Behörde vertretene Auffassung, der von XXXX angebotene XXXXplan sei eine Veranlagung iSd KMG sei aus mehreren Gründen unzutreffend. Zunächst liege im gegenständlichen Fall kein "Sondervermögen" vor, da es sich schlicht um Miteigentum an physischen Barren handle. Ein insolvenzrechtlicher Aussonderungsanspruch oÄ sei - ebenso wie ein allfälliges Forderungsrecht aus der Miteigentumsgemeinschaft - nicht gegeben, noch sei er aus Kundensicht rechtlich

erforderlich. Weiters liege - entgegen den Ausführungen der belangten Behörde im Straferkenntnis - auch kein Tatbestandsmerkmal der "gemeinsamen direkten oder indirekten Investition des Kapitals mehrerer Anleger" vor, da es beim in Rede stehenden Geschäftsmodell nicht um die gemeinsame Investition des Kapitals mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung gehe. Abgesehen davon, dass die FMA in diesem Zusammenhang die Definition einer Veranlagung iSd § 1 Z 3 KMG nicht korrekt wiedergebe, würde dies die Existenz eines Dritten, der diese Investition auf gemeinsame Rechnung vornehme, implizieren. XXXX stehe aber zu keinem Zeitpunkt "zwischen" dem Kunden und der Goldanlage, nehme keine Gelder entgegen und veranlage nicht auf Rechnung des Kunden in Gold und werde zu keinem Zeitpunkt Schuldner von Kundengeldern. Vielmehr erwerbe der jeweilige Kunde selbst in eigenem Namen und auf eigene (allenfalls auch fremde) Rechnung Gold- oder Silberbarren gegen Zahlung des Kaufpreises. Nicht nachvollziehbar erwiesen sich schließlich auch die Ausführungen der belangten Behörde in Bezug auf eine "Vergemeinschaftung" der Anleger bzw. deren "Schicksalsgemeinschaft" oder eine "Standardisierung" der Veranlagung, da sämtliche Begriffe keine Deckung im Wortlaut der Definition von Veranlagungen im Sinne des § 1 Z 3 KMG fänden. Zudem bleibe auch offen, inwiefern sich die - im Übrigen unzutreffende - Behauptung, das Geschäftsmodell sei mit einem Fondssparplan vergleichbar, im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Investition von Kapital auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko auswirke. Schließlich leisteten die Kunden von XXXX keine Einzahlungen, sondern schlichtweg den geschuldeten Kaufpreis an den Verkäufer. Letztlich verlange die Definition der Veranlagung auch, dass die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolge. Wenn die belangte Behörde in diesem Zusammenhang ausführe, dass die Verwaltung des investierten Kapitals durch XXXX erfolge, sei dies unbegründet, unbelegt und unrichtig. Vielmehr würden die Kunden mit dem Kauf Eigentümer an physischen Gold- oder Silberbarren; es liege weder eine fondsartige noch eine schuldrechtliche Konstruktion vor, bei der der Rückzahlungswert einer passivseitigen Verbindlichkeit vom Erfolg abhängt noch handle es sich um eine gebündelte Kapitalinvestition mehrerer Anleger zur Erzielung hoher Erträge oder Wertsteigerungen bei gleichzeitiger Senkung des Risikos für den Einzelnen. XXXX sei somit bloßer Edelmetallhändler. Diese Berufung wurde mit Stellungnahme vom 12.06.2013 dahingehend ergänzt, dass zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass die Verpflichtung zur Meldung an den Emissionskalender die Absicht voraussetze, Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten. Die von der belangten Behörde vertretene Auffassung, der von römisch 40 angebotene XXXXplan sei eine Veranlagung iSd KMG sei aus mehreren Gründen unzutreffend. Zunächst liege im gegenständlichen Fall kein "Sondervermögen" vor, da es sich schlicht um Miteigentum an physischen Barren handle. Ein insolvenzrechtlicher Aussonderungsanspruch oÄ sei - ebenso wie ein allfälliges Forderungsrecht aus der Miteigentumsgemeinschaft - nicht gegeben, noch sei er aus Kundensicht rechtlich erforderlich. Weiters liege - entgegen den Ausführungen der belangten Behörde im Straferkenntnis - auch kein Tatbestandsmerkmal der "gemeinsamen direkten oder indirekten Investition des Kapitals mehrerer Anleger" vor, da es beim in Rede stehenden Geschäftsmodell nicht um die gemeinsame Investition des Kapitals mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung gehe. Abgesehen davon, dass die FMA in diesem Zusammenhang die Definition einer Veranlagung iSd Paragraph eins, Ziffer 3, KMG nicht korrekt wiedergebe, würde dies die Existenz eines Dritten, der diese Investition auf gemeinsame Rechnung vornehme, implizieren. römisch 40 stehe aber zu keinem Zeitpunkt "zwischen" dem Kunden und der Goldanlage, nehme keine Gelder entgegen und veranlage nicht auf Rechnung des Kunden in Gold und werde zu keinem Zeitpunkt Schuldner von Kundengeldern. Vielmehr erwerbe der jeweilige Kunde selbst in eigenem Namen und auf eigene (allenfalls auch fremde) Rechnung Gold- oder Silberbarren gegen Zahlung des Kaufpreises. Nicht nachvollziehbar erwiesen sich schließlich auch die Ausführungen der belangten Behörde in Bezug auf eine "Vergemeinschaftung" der Anleger bzw. deren "Schicksalsgemeinschaft" oder eine "Standardisierung" der Veranlagung, da sämtliche Begriffe keine Deckung im Wortlaut der Definition von Veranlagungen im Sinne des Paragraph eins, Ziffer 3, KMG fänden. Zudem bleibe auch offen, inwiefern sich die - im Übrigen unzutreffende - Behauptung, das Geschäftsmodell sei mit einem Fondssparplan vergleichbar, im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Investition von Kapital auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko auswirke. Schließlich leisteten die Kunden von römisch 40 keine Einzahlungen, sondern schlichtweg den geschuldeten Kaufpreis an den Verkäufer. Letztlich verlange die Definition der Veranlagung auch, dass die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolge. Wenn die belangte Behörde in diesem Zusammenhang ausführe, dass die Verwaltung des investierten Kapitals durch römisch 40 erfolge, sei dies unbegründet, unbelegt und unrichtig. Vielmehr würden die Kunden mit dem Kauf Eigentümer an physischen Gold- oder Silberbarren; es liege weder eine fondsartige noch eine schuldrechtliche

Konstruktion vor, bei der der Rückzahlungswert einer passivseitigen Verbindlichkeit vom Erfolg abhängen noch handle es sich um eine gebündelte Kapitalinvestition mehrerer Anleger zur Erzielung hoher Erträge oder Wertsteigerungen bei gleichzeitiger Senkung des Risikos für den Einzelnen. römisch 40 sei somit bloßer Edelmetallhändler.

Wenn die FMA im angefochtenen Straferkenntnis weiters davon spreche, dass die XXXX Ltd. mit Sitz in Birmingham über ihre inländische Zweigniederlassung und diverse Vertriebspartner den XXXXplan seit 01.07.2010 in Österreich anbiete, sei zu bemerken, dass dieser seit Oktober 2011 nicht mehr in Österreich vertrieben werde. Die angelasteten Tätigkeiten könnten deshalb aber seit diesem Zeitpunkt auch nicht die XXXX Ltd. mit Sitz im Vereinigten Königreich, sondern allenfalls die XXXX Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz betreffen. Vor diesem Hintergrund sei die der XXXX Ltd. vorgeworfene Tathandlung aber jedenfalls auch verjährt, da eine nach Beginn des Angebots erstattete Emissionskalendermeldung - gemäß Verwaltungspraxis der OeKB als Meldestelle iSd KMG - rechtlich verspätet wäre und nicht zu sehen sei, weshalb die Meldung bis zum Ende des Angebots sinnvoll nachgeholt werden hätte können. Letztlich könne auch dem BF persönlich kein strafbegründendes Verschulden angelastet werden, da ihm bis zur Strafanzeige der FMA am 30.08.2011 nicht bekannt sein hätte können, dass die FMA davon ausgehe, dass Edelmetallsparrpläne wie der XXXXplan eine Veranlagung darstellten. Wenn die FMA im angefochtenen Straferkenntnis weiters davon spreche, dass die römisch 40 Ltd. mit Sitz in Birmingham über ihre inländische Zweigniederlassung und diverse Vertriebspartner den XXXXplan seit 01.07.2010 in Österreich anbiete, sei zu bemerken, dass dieser seit Oktober 2011 nicht mehr in Österreich vertrieben werde. Die angelasteten Tätigkeiten könnten deshalb aber seit diesem Zeitpunkt auch nicht die römisch 40 Ltd. mit Sitz im Vereinigten Königreich, sondern allenfalls die römisch 40 Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz betreffen. Vor diesem Hintergrund sei die der römisch 40 Ltd. vorgeworfene Tathandlung aber jedenfalls auch verjährt, da eine nach Beginn des Angebots erstattete Emissionskalendermeldung - gemäß Verwaltungspraxis der OeKB als Meldestelle iSd KMG - rechtlich verspätet wäre und nicht zu sehen sei, weshalb die Meldung bis zum Ende des Angebots sinnvoll nachgeholt werden hätte können. Letztlich könne auch dem BF persönlich kein strafbegründendes Verschulden angelastet werden, da ihm bis zur Strafanzeige der FMA am 30.08.2011 nicht bekannt sein hätte können, dass die FMA davon ausgehe, dass Edelmetallsparrpläne wie der XXXXplan eine Veranlagung darstellten.

I.3. Am 27.05.2014 wurde im gegenständlichen Verfahren, eine mündliche Verhandlung abgehalten, an der neben dem BF und dessen Vertreter, auch die haftende Gesellschaft und die belangte Behörde teilnahmen. römisch eins.3. Am 27.05.2014 wurde im gegenständlichen Verfahren, eine mündliche Verhandlung abgehalten, an der neben dem BF und dessen Vertreter, auch die haftende Gesellschaft und die belangte Behörde teilnahmen.

Der BF gab in der mündlichen Verhandlung, vom vorsitzenden Richter nach den wesentlichen Eigenschaften des von ihm angebotenen Produktes befragt, an, dass die XXXX Ltd. in Österreich seit Juli 2010 als Edelmetallhändler den XXXXplan anbiete. Dabei bestehe die Möglichkeit mit kleinen monatlichen Geldbeträgen Edelmetalle, etwa in Form von Goldbarren, zu erwerben, die dann in der Folge bei der XXXX eingelagert werden könnten und bei Bedarf ausgefolgt würden. Eigentum an den Barren gehe bereits mit dem Kauf über, allenfalls entstünden somit auch Fälle von Miteigentum an anderen Barren, wobei die Eigentumsanteile bis auf drei Stellen hinter dem Komma ausgewiesen würden. Der XXXXplan habe eine Laufzeit von sechs Jahren, könne aber - nach heute geltenden Vertragsbedingungen - jederzeit kündigen und sich das Edelmetall ausfolgen lassen. Bis Mitte 2013 habe es eine Mindestlaufzeit von drei Jahren gegeben. Während der Laufzeit könne der Kunde jederzeit mittels Online-Auszugs Einsicht in seine Lagerbestände nehmen. Während der Laufzeit des Vertrages sei die Einlagerung kostenlos, danach könnte diese gegen Gebühr aber allenfalls fortgesetzt werden. Da der Kunde bereits mit dem Kauf zivilrechtlicher Eigentümer der Goldbarren werde, lägen während der Haltedauer Chancen und Risiken (Goldpreisschwankungen und Währungsschwankungen) beim Kunden. Auf Nachfrage der belangten Behörde, wie und wo die Goldbarren gelagert würden, gab der BF an, dass die von den Kunden über den XXXXplan erworbenen Barren getrennt vom Handelsbestand der XXXX in einem Zollfreilager in Zürich lagerten. Die Bestände würden überdies jährlich von einem Wirtschaftsprüfer aus der Schweiz kontrolliert. Insgesamt gäbe es etwa 2500 Kunden, wobei der Großteil Privatanleger seien, mit ca. 3500 Verträgen. Auf weitere Nachfrage der belangten Behörde, ob im Onlineauszug für den Kunden auch der aktuelle Kurs ersichtlich sei, gab der BF an, dass dies bewusst nicht dargestellt werde, da man nicht davon ausgehen könne und wolle, dass der Kunde das Edelmetall wieder verkaufen wolle. Auf die Frage des Beschwerdeführervertreters (BFV), ob das Goldpreissisiko höher sei, als wenn der Kunde etwa bei einer Bank oder der ÖGUS (Anm.: Österreichische Gold- und Silber-Scheideanstalt) direkt kaufe, gab der BF an, dass das Risiko gleich

hoch sei, bei der XXXX aber noch eine Art Risikopuffer in Form eines Bonus von 9,5 % habe. Die Frage der beisitzenden Richterin, ob das Produkt prospektpflichtig sei, verneinte der BF. In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht führte der BFV noch aus, dass von 01.07.2010 bis Oktober 2011 Verträge mit der XXXX Ltd. (UK) und ab Oktober 2011 mit der XXXX AG (Schweiz) abgeschlossen worden seien. Die XXXX Austria GmbH habe nur die Verwaltung abgewickelt. Zum Schluss der Verhandlung gab die belangte Behörde noch an, im Hinblick auf die im gegenständlichen Verfahren aufgetretene Meldepflichtverletzung auf eine Auslegung des Begriffs der "Veranlagung" im Sinne des Kapitalmarktgesetzes durch das BVwG zu hoffen. Es habe sich gezeigt, dass es sich hier um ein komplexes Produkt handle, das viele Fragen aufwerfe. Der BFV bemerkte abschließend, dass hervorgekommen sei, dass der Kunde beim in Rede stehenden Geschäftsmodell physisches Gold erwerbe und XXXX als bloßer Warenhändler auftrete, wobei die Ware aus Gold bestehe. Letztlich handle es sich somit nicht um komplexes, sondern sehr einfaches Produkt, da der Kunde unmittelbar vom Verkäufer physisches Eigentum erwerbe und es an der veranlagungstypischen, gebündelten Investition auf Rechnung mehrerer Anleger fehle. Der BF gab in der mündlichen Verhandlung, vom vorsitzenden Richter nach den wesentlichen Eigenschaften des von ihm angebotenen Produktes befragt, an, dass die römisch 40 Ltd. in Österreich seit Juli 2010 als Edelmetallhändler den XXXXplan anbiete. Dabei bestehe die Möglichkeit mit kleinen monatlichen Geldbeträgen Edelmetalle, etwa in Form von Goldbarren, zu erwerben, die dann in der Folge bei der römisch 40 eingelagert werden könnten und bei Bedarf ausgefolgt würden. Eigentum an den Barren gehe bereits mit dem Kauf über, allenfalls entstünden somit auch Fälle von Miteigentum an anderen Barren, wobei die Eigentumsanteile bis auf drei Stellen hinter dem Komma ausgewiesen würden. Der XXXXplan habe eine Laufzeit von sechs Jahren, könne aber - nach heute geltenden Vertragsbedingungen - jederzeit kündigen und sich das Edelmetall ausfolgen lassen. Bis Mitte 2013 habe es eine Mindestlaufzeit von drei Jahren gegeben. Während der Laufzeit könne der Kunde jederzeit mittels Online-Auszugs Einsicht in seine Lagerbestände nehmen. Während der Laufzeit des Vertrages sei die Einlagerung kostenlos, danach könnte diese gegen Gebühr aber allenfalls fortgesetzt werden. Da der Kunde bereits mit dem Kauf zivilrechtlicher Eigentümer der Goldbarren werde, lägen während der Haltedauer Chancen und Risiken (Goldpreisschwankungen und Währungsschwankungen) beim Kunden. Auf Nachfrage der belangten Behörde, wie und wo die Goldbarren gelagert würden, gab der BF an, dass die von den Kunden über den XXXXplan erworbenen Barren getrennt vom Handelsbestand der römisch 40 in einem Zollfreilager in Zürich lagerten. Die Bestände würden überdies jährlich von einem Wirtschaftsprüfer aus der Schweiz kontrolliert. Insgesamt gäbe es etwa 2500 Kunden, wobei der Großteil Privatanleger seien, mit ca. 3500 Verträgen. Auf weitere Nachfrage der belangten Behörde, ob im Onlineauszug für den Kunden auch der aktuelle Kurs ersichtlich sei, gab der BF an, dass dies bewusst nicht dargestellt werde, da man nicht davon ausgehen könne und wolle, dass der Kunde das Edelmetall wieder verkaufen wolle. Auf die Frage des Beschwerdeführervertreters (BFV), ob das Goldpreisrisiko höher sei, als wenn der Kunde etwa bei einer Bank oder der ÖGUSSA Anmerkung, Österreichische Gold- und Silber-Scheideanstalt) direkt kaufe, gab der BF an, dass das Risiko gleich hoch sei, bei der römisch 40 aber noch eine Art Risikopuffer in Form eines Bonus von 9,5 % habe. Die Frage der beisitzenden Richterin, ob das Produkt prospektpflichtig sei, verneinte der BF. In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht führte der BFV noch aus, dass von 01.07.2010 bis Oktober 2011 Verträge mit der römisch 40 Ltd. (UK) und ab Oktober 2011 mit der römisch 40 AG (Schweiz) abgeschlossen worden seien. Die römisch 40 Austria GmbH habe nur die Verwaltung abgewickelt. Zum Schluss der Verhandlung gab die belangte Behörde noch an, im Hinblick auf die im gegenständlichen Verfahren aufgetretene Meldepflichtverletzung auf eine Auslegung des Begriffs der "Veranlagung" im Sinne des Kapitalmarktgesetzes durch das BVwG zu hoffen. Es habe sich gezeigt, dass es sich hier um ein komplexes Produkt handle, das viele Fragen aufwerfe. Der BFV bemerkte abschließend, dass hervorgekommen sei, dass der Kunde beim in Rede stehenden Geschäftsmodell physisches Gold erwerbe und römisch 40 als bloßer Warenhändler auftrete, wobei die Ware aus Gold bestehe. Letztlich handle es sich somit nicht um komplexes, sondern sehr einfaches Produkt, da der Kunde unmittelbar vom Verkäufer physisches Eigentum erwerbe und es an der veranlagungstypischen, gebündelten Investition auf Rechnung mehrerer Anleger fehle.

I.4. Mit Schriftsatz vom 05.06.2014 erstattete die belangte Behörde eine Stellungnahme zum ergänzenden Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 12.06.2014 (gemeint wohl: 2013). Zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Gesellschaft des BF existieren nach Ansicht der belangten Behörde mehrere Versionen (nämlich vom 01.01.2011, vom 03.05.2012, vom 30.07.2013 und vom 07.01.2014). Lediglich die erste Version habe in das Verfahren Eingang gefunden, die übrigen seien durch Internet-Recherchen hervorgekommen und würden der Stellungnahme in Kopie angeschlossen. Weiters werden von der belangten Behörde allgemeine Vertragsbestimmungen beschrieben und Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Verhandlung wiederholt bzw. kommentiert. römisch eins.4. Mit Schriftsatz vom



05.06.2014 erstattete die belangte Behörde eine Stellungnahme zum ergänzenden Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 12.06.2014 (gemeint wohl: 2013). Zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Gesellschaft des BF existieren nach Ansicht der belangten Behörde mehrere Versionen (nämlich vom 01.01.2011, vom 03.05.2012, vom 30.07.2013 und vom 07.01.2014). Lediglich die erste Version habe in das Verfahren Eingang gefunden, die übrigen seien durch Internet-Recherchen hervorgekommen und würden der Stellungnahme in Kopie angeschlossen. Weiters werden von der belangten Behörde allgemeine Vertragsbestimmungen beschrieben und Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Verhandlung wiederholt bzw. kommentiert.

Sodann wird (rechtlich) ausgeführt, dass sämtliche Tatbestandselemente des § 1 Abs. 1 Z 3 KMG erfüllt seien. Zum ersten Tatbestandselement ("Vermögensrecht") werde ausgeführt, dass sowohl obligatorische als auch dingliche Rechte umfasst seien. Im Straferkenntnis sei das Vermögensrecht im Sinne eines dinglichen Forderungsrechtes der Anleger aus der Miteigentümerschaft angesehen worden. Diese Ansicht beruhe auf den Angaben in den AVB im Strafverfahren und sei nicht durch weitere Erhebungen hinterfragt worden. Letztlich sei jedoch die Einordnung entweder als dingliches oder obligatorisches Forderungsrecht nicht von Relevanz. Der Sammelbestand an Edelmetall sei als Sondervermögen bezeichnet worden, um so die Vergemeinschaftung der Anleger auszudrücken. Der BF stelle dies jedoch in Zweifel. Es müsse auch dem BF bekannt sein, dass das wichtigste Aussonderungsrecht bei Insolvenz eines Schuldners gem. Insolvenzordnung das Eigentum (auch das Miteigentum) sei, wenn sich das Eigentum bei Konkurseröffnung in der Verfügungsmacht des Schuldners befinde. Das Aussonderungsrecht verschaffe einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache. Die Aussagen des BF, dass Anleger keinen Aussonderungsanspruch hätten, stünden im Widerspruch zu seiner Behauptung, die Anleger hätten an den Edelmetallbarren Eigentum. Sodann wird (rechtlich) ausgeführt, dass sämtliche Tatbestandselemente des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG erfüllt seien. Zum ersten Tatbestandselement ("Vermögensrecht") werde ausgeführt, dass sowohl obligatorische als auch dingliche Rechte umfasst seien. Im Straferkenntnis sei das Vermögensrecht im Sinne eines dinglichen Forderungsrechtes der Anleger aus der Miteigentümerschaft angesehen worden. Diese Ansicht beruhe auf den Angaben in den AVB im Strafverfahren und sei nicht durch weitere Erhebungen hinterfragt worden. Letztlich sei jedoch die Einordnung entweder als dingliches oder obligatorisches Forderungsrecht nicht von Relevanz. Der Sammelbestand an Edelmetall sei als Sondervermögen bezeichnet worden, um so die Vergemeinschaftung der Anleger auszudrücken. Der BF stelle dies jedoch in Zweifel. Es müsse auch dem BF bekannt sein, dass das wichtigste Aussonderungsrecht bei Insolvenz eines Schuldners gem. Insolvenzordnung das Eigentum (auch das Miteigentum) sei, wenn sich das Eigentum bei Konkurseröffnung in der Verfügungsmacht des Schuldners befinde. Das Aussonderungsrecht verschaffe einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache. Die Aussagen des BF, dass Anleger keinen Aussonderungsanspruch hätten, stünden im Widerspruch zu seiner Behauptung, die Anleger hätten an den Edelmetallbarren Eigentum.

Auch erfolge eine direkte (oder indirekte) Investition des Kapitals mehrerer Anleger (zweites Tatbestandselement), weil die Gesellschaft die Kundengelder in Edelmetall investiere. Es könne dahingestellt bleiben, ob sie dies treuhändig für den Kunden tue oder das Edelmetall erwerbe und anschließend an den Kunden verkaufe. Entscheidend sei, dass die Edelmetallbarren nicht im ausschließlichen Eigentum der Kunden stünden und diese nicht jederzeit und uneingeschränkt darüber verfügen könnten. Der Kunde halte laut Aussagen des BF nach den AVB (§ 6) Miteigentumsanteile. Auch erfolge eine direkte (oder indirekte) Investition des Kapitals mehrerer Anleger (zweites Tatbestandselement), weil die Gesellschaft die Kundengelder in Edelmetall investiere. Es könne dahingestellt bleiben, ob sie dies treuhändig für den Kunden tue oder das Edelmetall erwerbe und anschließend an den Kunden verkaufe. Entscheidend sei, dass die Edelmetallbarren nicht im ausschließlichen Eigentum der Kunden stünden und diese nicht jederzeit und uneingeschränkt darüber verfügen könnten. Der Kunde halte laut Aussagen des BF nach den AVB (Paragraph 6,) Miteigentumsanteile.

Für die belangte Behörde sei das Geschäftsmodell der Gesellschaft mit Fondssparen zu vergleichen (drittes Tatbestandselement "Investition erfolge auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko"). In beiden Fällen (gemeint: im vorliegende Fall und beim Fondssparen) werde monatlich Geld von Anlegern eingezogen, um diesen im Gegenzug Anteil an einem gemeinsamen Vermögen einzuräumen. Fondsanteilsscheine lägen nicht per se außerhalb des Anwendungsbereiches des KMG, sondern nur in dem in § 3 Abs. 1 Z 4 KMG genannten Umfang. Andere "offene" Fonds unterlägen als Veranlagungen (iSd § 1 Abs. 1 Z 3) dem KMG bzw. der Prospektpflicht. Die Gemeinschaft der Anleger bilde eine Risikogemeinschaft, die gesellschaftsrechtlich oder schuldrechtlich organisiert sein könne. Einzelne Forderungsrechte von Anlegern gegenüber einem Schuldner begründen noch kein "gemeinsames" Risiko und das

gemeinsame Risiko der Insolvenz des Schuldner ebenso wenig. Als Merkmal der Vergemeinschaftung gelte der durch die Anleger oder den Anbieter gemeinsam verfolgte Zweck der Investition. Im vorliegenden Fall sei dies, durch Erreichung einer Vielzahl von Kunden Kapital zur Verfügung zu stellen, damit die Gesellschaft Edelmetall in Großmengen ankaufen könne. Auch sei eine Standardisierung des angebotenen Produktes gegeben. Die Anleger trügen in einem Zeitraum von 20 Tagen das gemeinsame Risiko eines Kursverfalles des zu erwerbenden Edelmetalls. Für die belangte Behörde sei das Geschäftsmodell der Gesellschaft mit Fondssparen zu vergleichen (drittes Tatbestandselement "Investition erfolge auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko"). In beiden Fällen (gemeint: im vorliegende Fall und beim Fondssparen) werde monatlich Geld von Anlegern eingezogen, um diesen im Gegenzug Anteil an einem gemeinsamen Vermögen einzuräumen. Fondsanteilscheine lägen nicht per se außerhalb des Anwendungsbereiches des KMG, sondern nur in dem in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 4, KMG genannten Umfang. Andere "offene" Fonds unterlägen als Veranlagungen (isd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3,) dem KMG bzw. der Prospektpflicht. Die Gemeinschaft der Anleger bilde eine Risikogemeinschaft, die gesellschaftsrechtlich oder schuldrechtlich organisiert sein könne. Einzelne Forderungsrechte von Anlegern gegenüber einem Schuldner begründen noch kein "gemeinsames" Risiko und das gemeinsame Risiko der Insolvenz des Schuldner ebenso wenig. Als Merkmal der Vergemeinschaftung gelte der durch die Anleger oder den Anbieter gemeinsam verfolgte Zweck der Investition. Im vorliegenden Fall sei dies, durch Erreichung einer Vielzahl von Kunden Kapital zur Verfügung zu stellen, damit die Gesellschaft Edelmetall in Großmengen ankaufen könne. Auch sei eine Standardisierung des angebotenen Produktes gegeben. Die Anleger trügen in einem Zeitraum von 20 Tagen das gemeinsame Risiko eines Kursverfalles des zu erwerbenden Edelmetalls.

Aus den Gesetzesmaterialien gehe klar hervor, dass das KMG primär den Anlegerschutz als Auslegungsmaxime im Auge habe. Unter diesem Gesichtspunkt sei der Anlegerbegriff weit auszulegen. Je riskanter und je unverständlicher ein Finanzprodukt sei, desto mehr sei dem Anlegerschutz Rechnung zu tragen. Nach Ansicht der belangten Behörde bestünden viele Gründe für das Vorliegen einer Risikogemeinschaft zwischen den Anlegern.

Zunächst bestünde eine unklare Rechtslage hinsichtlich des Eigentums an dem gekauften Edelmetall. Es bestünde jedenfalls kein individuelles Eigentum, weil ein antizipiertes Besitzkonstitut nicht möglich sei. Auch sei ein Miteigentum kritisch zu beurteilen; es könne zwar eine Sonderform des Miteigentums (Quantitätseigentum) bestehen, doch auch dafür sei Einräumung des Besitzes mittels Besitzkonstitut nicht zulässig (Rechtsprechung des österreichischen OGH). Weiters lege die belangte Behörde eine Pressemitteilung (vom 25.02.2010) vor, in der auf "bestimmte Gold-Veranlagungen aus Sicht des Anlegerschutzes" hingewiesen werde. Darin werde auf die Probleme bei der Einräumung des Eigentumes aufmerksam gemacht und insbesondere, dass "Anleger in der Regel nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übergabe des Goldes" erwerben. Weiteres habe das Beweisverfahren vor dem BVwG ergeben, dass Kunden kein Eigentum eingeräumt werde. Es bestünde im Vergleich zum üblichen Kauf von Edelmetallen ein verstärktes Risiko. Wenn man davon ausginge, dass Miteigentum bestehe, begründe das eine Vergemeinschaftung und Bündelung des Risikos. Weitere Bedenken habe die belangte Behörde wie eine Rückabwicklung im Fall einer vorzeitigen Kündigung von Statuten gehen soll. Auch sei nicht verständlich, wie eine Beschränkung der physischen Auslieferung mit dem Miteigentum im Einklang zu bringen sei.

Die lange Laufzeit des Vertrages, die eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit und die unsichere Rendite seien weitere Elemente des Risikos. Vor allem eine lange Laufzeit (6 Jahre) erhöhe das Risiko eines Totalausfalles. Schließlich führe die Bewerbung des Produktes mit 9,5% Bonus dazu, dass sich die Anleger über das Risiko nicht klar seien. Ebenso sei auch die Anwendbarkeit Schweizerischen Rechts ein Risikofaktor. Gleiches gelte für die Unsicherheit bezüglich der Versicherung der Lagerbestände. Der BF habe dazu in der mündlichen Verhandlung keine weiteren Angaben gemacht. Die Anlegerschaft trage das Risiko. Die Anleger trügen auch das Risiko für Kurs- und Währungsschwankungen für einen Zeitraum von 20 Tagen (zwischen Einzug und Ankauf). Es bestünden keine Besicherungen für die Anleger. Kritisch sei zu bewerten, dass neben den zum Akt genommenen Unterlagen keine Verkaufsunterlagen vorlägen. Auch sei es unzulässig, das vorliegende Geschäftsmodell mit dem Bausparen zu vergleichen. Der Anlegerschutz gebiete die Einordnung des Geschäftes als Veranlagung.

Die Verträge seien standardisiert, was ein Element der Vergemeinschaftung sei. Für die Standardisierung sei notwendig, dass der wesentliche Vertragsinhalt gleich ausgestaltet sei. Es werde diesbezüglich auf das Straferkenntnis verwiesen.

Die alleinige Verwaltung der Lagerbestände liege bei der Gesellschaft, es bestehe keine Selbstverwaltung der Anleger.

Die Verwaltungstätigkeit liege etwa darin, dass das Edelmetall in speziellen Zollfreilagern der Gesellschaft gelagert werde und damit in ihrer faktischen Verfügungsgewalt liege. Der Vergleich des BF mit der Verwaltung von Wohnungseigentumsgemeinschaften sei nicht zutreffend.

Zum Einwand der Verjährung wurde vorgebracht, dass das gegenständliche Produkt in Österreich vom 01.07.2010 bis Oktober 2011 von der XXXX Limited mit Sitz in Birmingham angeboten worden sei und seit Oktober 2011 von der XXXX AG (Schweiz). Der BF sei in beiden Fällen der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche. Zur eingewendeten Verjährung verweist die belangte Behörde auf das Straferkenntnis und die dort behandelte Judikatur des UVS Wien. Weiters führt die FMA einen Auszug aus der Website der OeKB (Oesterreichische Kontrollbank) an, der die Meldungen zum Emissionskalender gem. § 13 KMG betrifft. Im Auszug werden genaue Angaben zu den zu erstattenden Meldungen wiedergegeben (Meldepflichtiger, Meldezeitpunkt etc.). Weiters gibt die belangte Behörde wieder, dass nach Praxis der OeKB, auch Meldungen nach Angebotseröffnung anzunehmen seien. Dies ergebe sich aus einer telefonischen Aussage mit dem Rechtsanwalt der OeKB. Das Argument des BF, dass es nicht sinnvoll sei, nach Angebotsöffnung zu melden, könne nicht überzeugen. Habe doch der UVS Wien ausdrücklich ausgesprochen, dass Verjährung erst mit Beendigung des Angebots zu laufen beginne. Zum Einwand der Verjährung wurde vorgebracht, dass das gegenständliche Produkt in Österreich vom 01.07.2010 bis Oktober 2011 von der römisch 40 Limited mit Sitz in Birmingham angeboten worden sei und seit Oktober 2011 von der römisch 40 AG (Schweiz). Der BF sei in beiden Fällen der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche. Zur eingewendeten Verjährung verweist die belangte Behörde auf das Straferkenntnis und die dort behandelte Judikatur des UVS Wien. Weiters führt die FMA einen Auszug aus der Website der OeKB (Oesterreichische Kontrollbank) an, der die Meldungen zum Emissionskalender gem. Paragraph 13, KMG betrifft. Im Auszug werden genaue Angaben zu den zu erstattenden Meldungen wiedergegeben (Meldepflichtiger, Meldezeitpunkt etc.). Weiters gibt die belangte Behörde wieder, dass nach Praxis der OeKB, auch Meldungen nach Angebotseröffnung anzunehmen seien. Dies ergebe sich aus einer telefonischen Aussage mit dem Rechtsanwalt der OeKB. Das Argument des BF, dass es nicht sinnvoll sei, nach Angebotsöffnung zu melden, könne nicht überzeugen. Habe doch der UVS Wien ausdrücklich ausgesprochen, dass Verjährung erst mit Beendigung des Angebots zu laufen beginne.

Zum Verschulden des BF wird vorgebracht, dass der BF zwar bis zur Anzeige der FMA vom 30.08.2011 (bei der Staatsanwaltschaft) nicht wissen habe können, dass eine Veranlagung gem. § 1 Abs. 1 Z 3 KMG vorliege. Es könne dem BF nicht zugestanden werden, dass er bloß leicht fahrlässig gehandelt habe. Verschulden liege jedoch nicht erst seit dem Diversionsbeschluss des Landesgerichtes Salzburg vor (15.01.2013), sondern seit Beginn der Emission. Der BF musste davon ausgehen, dass es sich um eine Veranlagung handle und er der Meldepflicht unterliege. Zum Verschulden des BF wird vorgebracht, dass der BF zwar bis zur Anzeige der FMA vom 30.08.2011 (bei der Staatsanwaltschaft) nicht wissen habe können, dass eine Veranlagung gem. Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG vorliege. Es könne dem BF nicht zugestanden werden, dass er bloß leicht fahrlässig gehandelt habe. Verschulden liege jedoch nicht erst seit dem Diversionsbeschluss des Landesgerichtes Salzburg vor (15.01.2013), sondern seit Beginn der Emission. Der BF musste davon ausgehen, dass es sich um eine Veranlagung handle und er der Meldepflicht unterliege.

1.5 Der BF bringt in der Replik (vom 30.06.2014) vor, dass die belangte Behörde über den gerichtlichen Auftrag hinaus in einer langen Stellungnahme unter anderem auch zu Ergebnissen des Beweisverfahrens vom 27.05.2014 Stellung genommen habe. Dieses Vorgehen sei rechtsstaatlich bedenklich und befremdlich, überdies unterlaufe dies auch das Unmittelbarkeitsgebot der Beweisaufnahme im Rahmen einer mündlichen Verhandlung.

In der Sache selbst liege im Anlassfall kein Vermögensrecht vor. Folge man der Behörde, dann führe jeder dingliche Herausgabeanspruch zu einer Veranlagung. Auch liege kein Sondervermögen vor, welches zu einer Vergemeinschaftung führe. Auch liege keine direkte (oder indirekte) Investition eines Kapitals mehrerer Anleger vor. Bei vertretbaren Sachen sei eine zuordenbare Kennzeichnung nicht geboten. Selbst bei Warenbörsen würden vertretbare Waren bestimmter Menge gehandelt. Es liege keine Investition auf gemeinsame Rechnung und kein gemeinsames Risiko vor, wie schon im Schriftsatz vom 12.06.2013 ausführlich begründet worden sei. Es werde überdies kein Kapital zugeführt, sondern ein Kaufpreis bezahlt. Die Einstufung des Vertrags als Standardisierung des angebotenen Produktes taue nicht, weil die meisten im täglichen Warenhandel angebotenen Produkte standardisiert seien. Das tendenziöse Bestreben der Behörde, ein "Anlegerbild" zu zeichnen, spiegle sich in dem von ihr als "Risiko des Kursverfalles" beschriebenen Umstand der zivilrechtlichen Vorleistung des Käufers wider. Die Vorleistung könne jedoch nichts über eine Veranlagungsgemeinschaft aussagen; es könne jeder vorab bezahlte Fixpreis 20 Tage später

vom dann gültigen Preis abweichen. Das Produkt sei nicht riskant und unverständlich. Es sei nicht erkennbar, woraus die belangte Behörde dies schließe. Der Einwand, dass zivilrechtlich kein Eigentum eingeräumt werde, greife der richterlichen Beweiswürdigung vor und sei deshalb unzulässig und sei überdies nach den Schlussausführungen der Verteidigung getätigt worden. In der mündlichen Verhandlung sei dieser Punkt jedoch unwidersprochen geblieben. Auch sei der Hinweis, der BF vergleiche sein Produkt mit dem Bausparen, nicht zulässig; auch er sei nach Schluss der Verhandlung erfolgt. Der Vergleich mit dem Bausparen habe sich nur aus marketingtechnischen Gründen ergeben.

Dass der Händler einer Ware eine Spanne zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis abschöpfen könne, so die belangte Behörde, sei Prinzip eines jeden Handelsunternehmens und kein anlegertypisches Risiko. Damit werde auch kein Produkt des "grauen Kapitalmarktes" begründet. Die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen könne nicht tatbestandsbegründend sein, weil diese auch außerhalb des aufsichtsrechtlich relevanten Bereichs verwendet werden. Erneut gehe die belangte Behörde auf das in der mündlichen Verhandlung Gesagte ein, wenn sie auf die Einlagerung in Zollfreilager referenziere. Einlagerung von Waren für andere könne keine Veranlagung begründen, weil sonst jegliche physische Lagertätigkeit für eine Mehrzahl von Personen einer Veranlagung nach dem KMG gleichkäme.

Zur Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung verwies der BF auf das Sachvorbringen der belangten Behörde mit dem Hinweis, dass dies nicht nachvollziehbar sei und außerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgt sei. Überdies sei nicht Frage, ob eine Meldung nach Angebotseröffnung anzunehmen sei oder sinnvoll sei, sondern ob eine solche nach wie vor unter Strafe zu erstatten sei, auch wenn die nicht rechtzeitige Meldung verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert sei und durch spätere Meldung nicht saniert werden könne. Die von der belangten Behörde zitierte Entscheidung des UVS Wien sei singulär und könne nicht herangezogen werden. Unbestritten sei, dass seit 01.07.2010 das in Rede stehende Produkt angeboten werde und eine Verpflichtung zur Nachmeldung nicht bestehe. Deshalb sei Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung eingetreten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II. 1. Feststellungen (Sachverhalt):römisch zwei. 1. Feststellungen (Sachverhalt):

Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens fest:

Die XXXX Ltd, FN XXXX m, mit Sitz in Birmingham, eine nach britischem Recht errichtete und im Handelsregister für England & Wales unter der Nr. XXXX eingetragene Gesellschaft ("private limited company") wurde am 09.01.2008 gegründet. Am 14.02.2008 wurde die Gesellschaft im (österreichischen) Firmenbuch zu oben angeführter Nummer als ausländische Firma eingetragen. Der BF ist Geschäftsführer und vertritt sie seit 10.01.2008 (selbständig). Die Gesellschaft betreibt ein Geschäft mit Edelmetallhandel (Gold- und Silberbarren) unter der Bezeichnung "XXXXplan" und bietet seit 01.07.2010 österreichischen Kunden an. Außer in Österreich ist sie auch in Deutschland, in der Schweiz und in Ungarn tätig. 80% des Kundengeschäftes werden im Inland erzielt. Die Geschäftsbedingungen (Vertragsdauer, AVB etc.) sind in allen Ländern gleich. 2014 bestanden 3500 Verträge mit ungefähr 2500 Kunden, die überwiegend Privatpersonen sind. Seit Oktober 2011 werden die Neuverträge nicht mehr mit der Niederlassung der englischen Gesellschaft, sondern mit der in der Schweiz (in Herisau) ansässigen XXXX Aktiengesellschaft, abgeschlossen. Die römisch 40 Ltd, FN römisch 40 m, mit Sitz in Birmingham, eine nach britischem Recht errichtete und im Handelsregister für England & Wales unter der Nr. römisch 40 eingetragene Gesellschaft ("private limited company") wurde am 09.01.2008 gegründet. Am 14.02.2008 wurde die Gesellschaft im (österreichischen) Firmenbuch zu oben angeführter Nummer als ausländische Firma eingetragen. Der BF ist Geschäftsführer und vertritt sie seit 10.01.2008 (selbständig). Die Gesellschaft betreibt ein Geschäft mit Edelmetallhandel (Gold- und Silberbarren) unter der Bezeichnung "XXXXplan" und bietet seit 01.07.2010 österreichischen Kunden an. Außer in Österreich ist sie auch in Deutschland, in der Schweiz und in Ungarn tätig. 80% des Kundengeschäftes werden im Inland erzielt. Die Geschäftsbedingungen (Vertragsdauer, AVB etc.) sind in allen Ländern gleich. 2014 bestanden 3500 Verträge mit ungefähr 2500 Kunden, die überwiegend Privatpersonen sind. Seit Oktober 2011 werden die Neuverträge nicht mehr mit der Niederlassung der englischen Gesellschaft, sondern mit der in der Schweiz (in Herisau) ansässigen römisch 40 Aktiengesellschaft, abgeschlossen.

Der oben genannte Geschäftsplan sieht vor, dass der Kunde Edelmetall (Gold- bzw. Silberbarren) über eine vertraglich geregelte Laufzeit (6 Jahre) periodisch (monatlich) um einen selbst wählbaren Betrag (bis maximal 100 Euro p.m.) erwirbt. Der Vertrieb des Geschäftes wird über Vertriebspartner abgewickelt. Der Kunde erwirbt an dem (periodisch) gekauften Edelmetallbarren Eigentum, das bei der Gesellschaft über die Vertragsdauer eingelagert wird (in einem

Zollfreilager in Zürich); dabei werden die Kundenbarren getrennt von den Barren der Gesellschaft (Handelsware für ein Geschäftslokal) aufbewahrt. Die Vertragslaufzeit beträgt sechs Jahre. Auf Kundenwunsch und gegen Entgelt kann das Lager auch über die Vertragszeit hinaus in Anspruch genommen werden.

Im Einzelnen sieht das Geschäft so aus, dass der Kunde mittels monatlicher Überweisung eines fixen Betrages (Einzugsverfahren) jeden Monat direkt von der Gesellschaft Gold- bzw. Silberbarren kauft und zwar zu einem nach § 12 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) vereinbarten Kaufkurs. Der Kunde erwirbt das Gold wenige Tage nach der Überweisung. Die Gesellschaft bezieht das Edelmetall, mit dem sie handelt, von Lieferanten (Prägeanstalten). Sie kauft selbst immer nur so viel an Bestand ein, wie sie monatlich für den Weiterverkauf an ihre Kunden benötigt. Im Einzelnen sieht das Geschäft so aus, dass der Kunde mittels monatlicher Überweisung eines fixen Betrages (Einzugsverfahren) jeden Monat direkt von der Gesellschaft Gold- bzw. Silberbarren kauft und zwar zu einem nach Paragraph 12, der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) vereinbarten Kaufkurs. Der Kunde erwirbt das Gold wenige Tage nach der Überweisung. Die Gesellschaft bezieht das Edelmetall, mit dem sie handelt, von Lieferanten (Prägeanstalten). Sie kauft selbst immer nur so viel an Bestand ein, wie sie monatlich für den Weiterverkauf an ihre Kunden benötigt.

Der Käufer erwirbt nach § 5 der AVB (zivilrechtlich) Eigentum an den Barren. Die Gold- und Silberbarren existieren in einer Stückelung zu ein Gramm (und größer). Es kommt durch die Stückelung dazu, dass mehrere Käufer einen Eingramm-Barren gemeinsam besitzen können. Jeder Barren hat eine eigene unverwechselbare Kennzeichnung (eingeprägte Nummer); es werden jedoch den Kunden nicht einzelne Barren nummernmäßig zugeteilt. Der Kunde wird nach jedem monatlichen Kauf sofort online (mit fünfstündiger Verzögerung) mittels eines Lagerauszuges informiert. Auf dem Lagerauszug sieht der Kunde das genaue Eintrittsdatum seines letzten Kaufes. Der Käufer erwirbt nach Paragraph 5, der AVB (zivilrechtlich) Eigentum an den Barren. Die Gold- und Silberbarren existieren in einer Stückelung zu ein Gramm (und größer). Es kommt durch die Stückelung dazu, dass mehrere Käufer einen Eingramm-Barren gemeinsam besitzen können. Jeder Barren hat eine eigene unverwechselbare Kennzeichnung (eingeprägte Nummer); es werden jedoch den Kunden nicht einzelne Barren nummernmäßig zugeteilt. Der Kunde wird nach jedem monatlichen Kauf sofort online (mit fünfstündiger Verzögerung) mittels eines Lagerauszuges informiert. Auf dem Lagerauszug sieht der Kunde das genaue Eintrittsdatum seines letzten Kaufes.

Die Kunden können am Ende des Vertrages das Gold physisch beziehen oder sich in Geld ausbezahlen lassen. Folgeverträge sind möglich. Nach den alten Vertragsbedingungen (vor Mitte 2013) konnte der Kunde nach drei Jahren kündigen und das Gold/Silber (bzw. die Ausbezahlung in Geld) beziehen, nach den neuen Vertragsbestimmungen täglich jederzeit. Mit dem monatlichen Kaufpreis sind auch sämtliche Nebenkosten (Lagerung etc.) abgegolten. Gemäß § 6 der AVB wurden bezüglich der Lagerung die (österreichischen und deutschen) Zivilrechtsbestimmungen über gemeinschaftliche Verwaltung ausdrücklich ausgeschlossen. Die Kunden können am Ende des Vertrages das Gold physisch beziehen oder sich in Geld ausbezahlen lassen. Folgeverträge sind möglich. Nach den alten Vertragsbedingungen (vor Mitte 2013) konnte der Kunde nach drei Jahren kündigen und das Gold/Silber (bzw. die Ausbezahlung in Geld) beziehen, nach den neuen Vertragsbestimmungen täglich jederzeit. Mit dem monatlichen Kaufpreis sind auch sämtliche Nebenkosten (Lagerung etc.) abgegolten. Gemäß Paragraph 6, der AVB wurden bezüglich der Lagerung die (österreichischen und deutschen) Zivilrechtsbestimmungen über gemeinschaftliche Verwaltung ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Umrechnung des monatlichen Kaufpreises, mit dem Gold erworben wird, erfolgt auf Basis des Preises für einen Eingramm-Barren. Die Marge der Gesellschaft ergibt sich aus der Differenz des (teureren) Eingramm-Barrens zu den (günstigeren) größeren Barren und der Abnahme von Großmengen (von den Lieferanten). Teilweise kauft die Gesellschaft Altgold und lässt es in Prägeanstalten prägen. Kursschwankungen bzw. -risiko (des Gold- bzw. Silberpreises bzw. des Dollarkurses) trägt der Kunde.

## II.2. Beweiswürdigung:römisch zwei.2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf den Akteninhalt des Verwaltungsaktes der belangten Behörde und des Bundesverwaltungsgerichtes, der Berufungsschrift sowie insbesondere auf dem Ergebnis der mündlichen Beschwerdeverhandlung (einschließlich der dort vorgelegten Urkunden) und den glaubhaften Angaben des Beschwerdeführers und der Vertreter der belangten Behörde. Die Aussagen des BF stimmen mit den Feststellungen des Straferkenntnisses überein. Zum Vorbringen der belangten Behörde nach der mündlichen Verhandlung

hinsichtlich des Eigentumserwerbs der Käufer der Goldbarren war der belangten Behörde nicht zu folgen, weil es im Gegensatz zu allen anderen Vorbringen stand und nicht auf Tatsachen beruhte, sondern reine Behauptungen - entgegen den Feststellungen des Straferkenntnisses - darstellten.

Weiters wurde Beweis aufgenommen durch Einsicht in das Firmenbuch (aktuell und historisch) zu Zahl FN XXXX m und FN XXXX p (OZ 5). Das Tatsachenvorbringen der belangten Behörde im Schriftsatz vom 05.06.2014 (OZ 6) war nicht mehr zu würdigen, da es nach Schluss der Beweisaufnahme im Anschluss an die mündliche Verhandlung erfolgte und für den BF keine Möglichkeit bestand, dass Tatsachenvorbringen zu entkräften (§ 48 VwGVG). Im Ergebnis hätte es für den Ausgang des Verfahrens jedoch keine Rolle mehr gespielt. Das rechtliche Gehör des BF wurde durch den Schriftsatz der belangten Behörde vom 05.06.2014 (OZ 6) nicht verletzt, weil er sich dazu äußern konnte und dieses hinsichtlich des (neuen) Tatsachenvorbringens nicht gewürdigt wurde. Weiters wurde Beweis aufgenommen durch Einsicht in das Firmenbuch (aktuell und historisch) zu Zahl FN römisch 40 m und FN römisch 40 p (OZ 5). Das Tatsachenvorbringen der belangten Behörde im Schriftsatz vom 05.06.2014 (OZ 6) war nicht mehr zu würdigen, da es nach Schluss der Beweisaufnahme im Anschluss an die mündliche Verhandlung erfolgte und für den BF keine Möglichkeit bestand, dass Tatsachenvorbringen zu entkräften (Paragraph 48, VwGVG). Im Ergebnis hätte es für den Ausgang des Verfahrens jedoch keine Rolle mehr gespielt. Das rechtliche Gehör des BF wurde durch den Schriftsatz der belangten Behörde vom 05.06.2014 (OZ 6) nicht verletzt, weil er sich dazu äußern konnte und dieses hinsichtlich des (neuen) Tatsachenvorbringens nicht gewürdigt wurde.

II.3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Recht und der Zulässigkeit der Beschwerde.römisch zwei.3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Recht und der Zulässigkeit der Beschwerde.

Die Zuständigkeit über die Berufung (ab 1.1.2014 "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien ist infolge der Übergangsbestimmung des Art. 151 Abs. 51 Z. 8 B-VG, BGBl I/1930 idF BGBl I 164/2013, iVm § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl I 184/2013, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen. Die Zuständigkeit über die Berufung (ab 1.1.2014 "Beschwerde") an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien ist infolge der Übergangsbestimmung des Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 8, B-VG, Bundesgesetzblatt 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 164 aus 2013,, in Verbindung mit Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 184 aus 2013,, mit 1. Jänner 2014 auf das Bundesverwaltungsgericht übergegangen.

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl 184/2013, 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. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt 184 aus 2013,, 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.

Es liegt daher Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. 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 Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß Paragraph 38, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden

gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des römisch zwei. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, Bundesgesetzblatt Nr. 129 aus 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.

Die gegenständliche Beschwerde, vormals Berufung, war fristgerecht bei der belangten Behörde, der Österreichischen Finanzmarktaufsicht, eingebracht. Sie ist somit zulässig.

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 hat nur all das in ein Erkenntnis Einzug zu finden, was ua. in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 50, VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß Paragraph 48, VwGVG hat nur all das in ein Erkenntnis Einzug zu finden, was ua. in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist.

II.3.2. Zu Spruchpunkt A) I.: römisch zwei. 3.2. Zu Spruchpunkt A) römisch eins.:

II.3.2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes römisch zwei. 3.2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes:

Die relevanten Gesetzesbestimmungen lauten wie folgt.

§ 1 Absatz 1 Ziffer 3 Kapitalmarktgesetz (KMG), BGBl. 625/1991 idF BGBl. I 83/2012, lautet Paragraph eins, Absatz 1 Ziffer 3 Kapitalmarktgesetz (KMG), Bundesgesetzblatt 625 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 83 aus 2012,, lautet

"Begriffsbestimmungen

§ 1. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Paragraph eins, (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

3. Veranlagungen: Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt; unter Veranlagungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind auch alle vertretbaren, verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht in Z 4 genannt sind; Geldmarktinstrumente mit einer Laufzeit von weniger als zwölf Monaten unterliegen nicht der Prospektpflicht gemäß § 2;" 3. Veranlagungen: Vermögensrechte, über die keine Wertpapiere ausgegeben werden, aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger auf deren gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko oder auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko mit dem Emittenten, sofern die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt; unter Veranlagungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind auch alle vertretbaren, verbrieften Rechte zu verstehen, die nicht in Ziffer 4, genannt sind; Geldmarktinstrumente mit einer Laufzeit von weniger als zwölf Monaten unterliegen nicht der Prospektpflicht gemäß Paragraph 2,;"

§ 13 Absatz 1 Kapitalmarktgesetz (KMG), BGBl. 625/1991 idF BGBl. I 83/2012, lautet: Paragraph 13, Absatz 1 Kapitalmarktgesetz (KMG), Bundesgesetzblatt 625 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 83 aus 2012,, lautet:

"Emissionskalender

§ 13. (1) Wer Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, hat die Meldestelle ehestmöglich über den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das Gesamtvolumen, die Stückelung, die Laufzeit und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gemäß § 3 eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen; einzelne Angaben, die erst kurz vor der Zeichnungsfrist festgelegt werden können, dürfen nachgereicht werden. Bei den Angaben über die für die Ausnahme von der Prospektpflicht maßgeblichen Umstände ist der entsprechende Ausnahmetatbestand nach § 3 oder anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich anzugeben. Der Anbieter hat weiters zum Zwecke der eindeutigen Identifikation der zu meldenden Emission im Falle von Wertpapieren oder verbrieften Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 die von der Österreichischen Kontrollbank Aktiengesellschaft (inländische ISIN Vergabestelle) oder einer

ausländischen ISIN Vergabestelle vergebene ISIN oder eine gleichwertige Identifikation bekannt zu geben."Paragraph 13, (1) Wer Wertpapiere oder Veranlagungen erstmals anzubieten beabsichtigt, hat die Meldestelle ehestmöglich über den Emittenten, den voraussichtlichen Zeitpunkt der Emission, das Gesamtvolumen, die Stückelung, die Laufzeit und, im Falle öffentlicher Angebote, die sonstigen Konditionen, sowie gegebenenfalls über jene Umstände, die gemäß Paragraph 3, eine Ausnahme von der Prospektpflicht begründen, in Kenntnis zu setzen; einzelne Angaben, die erst kurz vor der Zeichnungsfrist festgelegt werden können, dürfen nachgereicht werden. Bei den Angaben über die für die Ausnahme von der Prospektpflicht maßgeblichen Umstände ist der entsprechende Ausnahmetatbestand nach Paragraph 3, oder anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich anzugeben. Der Anbieter hat weiters zum Zwecke der eindeutigen Identifikation der zu meldenden Emission im Falle von Wertpapieren oder verbrieften Veranlagungen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, die von der Oesterreichischen Kontrollbank Aktiengesellschaft (inländische ISIN Vergabestelle) oder einer ausländischen ISIN Vergabestelle vergebene ISIN oder eine gleichwertige Identifikation bekannt zu geben."

Die Strafnorm lautet:

§ 16 Ziffer 5 Kapitalmarktgesetz (KMG), BGBl. 625/1991 idFBGBl. I 83/2012, lautet: Paragraph 16, Ziffer 5 Kapitalmarktgesetz (KMG), Bundesgesetzblatt 625 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 83 aus 2012,, lautet:

"§ 16. Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist,

...

5. als Anbieter nicht gemäß § 12 oder als Meldepflichtiger nicht gemäß § 13 und zwar auch dann, wenn kein öffentliches Angebot gegeben ist oder sonst, ohne dass die Prospektpflicht gegeben ist die Meldestelle in Kenntnis setzt oder" 5. als Anbieter nicht gemäß Paragraph 12, oder als Meldepflichtiger nicht gemäß Paragraph 13 und zwar auch dann, wenn kein öffentliches Angebot gegeben ist oder sonst, ohne dass die Prospektpflicht gegeben ist die Meldestelle in Kenntnis setzt oder"

Damit die Meldepflicht nach § 13 Abs. 1 leg. cit. (Meldung einer Kapitalveranlagung an die Meldestelle, die Oesterreichische Kontrollbank Aktiengesellschaft) ausgelöst wird, muss eine Veranlagung im Sinne des § 1 Abs. 1 Ziffer 3 leg. cit. vorliegen. Damit die Meldepflicht nach Paragraph 13, Absatz eins, leg. cit. (Meldung einer Kapitalveranlagung an die Meldestelle, die Oesterreichische Kontrollbank Aktiengesellschaft) ausgelöst wird, muss eine Veranlagung im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3 leg. cit. vorliegen.

Der Begriff der "Veranlagung" nach § 1 Abs. 1 Z 3 umfasst nach seinem Wortlaut fünf Tatbestandselemente, die kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 1 Rz 29 ff und Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 125 ff). Wird nur einer nicht erfüllt, liegt kein tatbildmäßiges Handeln vor. Der Begriff der "Veranlagung" nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, umfasst nach seinem Wortlaut fünf Tatbestandselemente, die kumulativ erfüllt sein müssen vergleiche Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) Paragraph eins, Rz 29 ff und Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 125 ff). Wird nur einer nicht erfüllt, liegt kein tatbildmäßiges Handeln vor.

Die fünf Tatbestandselemente sind:

Es muss ein "Vermögensrecht" vorliegen; in Frage kommen dingliche und obligatorische Rechte, also etwa Forderungen und Mitgliedschaftsrechte. Der Begriff ist weit auszulegen.

Weiters darf über das Vermögensrecht kein Wertpapier im Sinne des § 1 Abs Z 4 (KMG) ausgestellt sein (negatives Tatbestandsmerkmal). Weiters darf über das Vermögensrecht kein Wertpapier im Sinne des Paragraph eins, Abs Ziffer 4, (KMG) ausgestellt sein (negatives Tatbestandsmerkmal).

Weiters muss das "Vermögensrecht" "aus der direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger" investiert werden. Es handelt sich also um die gemeinsame Kapitalzufuhr mehrerer Anleger. Mit dem Begriff "indirekte Investition" sollen auch Treuhandkonstruktionen umfasst werden.



Die Investition muss auf "gemeinsame Rechnung und auf gemeinsames Risiko der Anleger" (oder "der Anleger und des Emittenten") erfolgen. Die Lehre (vgl etwa Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 1 Rz 30) setzt zur Erfüllung dieses Tatbestandselementes eine "Vergemeinschaftung der beteiligten Personen" voraus ("Gemeinsamer Kapitalanlagezweck"). Dabei wird darauf verwiesen, dass dem Veranlagungsbegriff des KMG der "Fondsgedanke" zugrunde liegt (vgl auch Kalss/Oppitz, ÖBA 1994, 350 und 359). Danach schwebte dem Gesetzgeber als Zweck der Veranlagung ein von einer Gemeinschaft zu erwartender Gewinn und kein Entgelt für die Hingabe von Veranlagungskapital vor. Typische Risikogemeinschaften von Anlegern (und Emittenten) sind Gesellschaften (Publikums-Kommanditgesellschaften, Stille Gesellschaft). Ausdrücklich nicht umfasst sind laut EB zur Stammfassung des KMG (BGBl 625/1991) Lebensversicherungen mit Gewinnbeteiligung sowie Optionen und Finanzterminkontrakte. Der Grund liegt darin, dass kein Kapital auf gemeinsame Rechnung und Risiko investiert werde, sondern gegen einen Kaufpreis (Versicherungsprämie, Optionsprämie) eine Leistung versprochen wird (vgl Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) § 1 Rz 30 und Kalss/Oppitz, ÖBA 1994, 350 und 358). Die Investition muss auf "gemeinsame Rechnung und auf gemeinsames Risiko der Anleger" (oder "der Anleger und des Emittenten") erfolgen. Die Lehre vergleiche etwa Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) Paragraph eins, Rz 30) setzt zur Erfüllung dieses Tatbestandselementes eine "Vergemeinschaftung der beteiligten Personen" voraus ("Gemeinsamer Kapitalanlagezweck"). Dabei wird darauf verwiesen, dass dem Veranlagungsbegriff des KMG der "Fondsgedanke" zugrunde liegt vergleiche auch Kalss/Oppitz, ÖBA 1994, 350 und 359). Danach schwebte dem Gesetzgeber als Zweck der Veranlagung ein von einer Gemeinschaft zu erwartender Gewinn und kein Entgelt für die Hingabe von Veranlagungskapital vor. Typische Risikogemeinschaften von Anlegern (und Emittenten) sind Gesellschaften (Publikums-Kommanditgesellschaften, Stille Gesellschaft). Ausdrücklich nicht umfasst sind laut EB zur Stammfassung des KMG Bundesgesetzblatt 625 aus 1991,) Lebensversicherungen mit Gewinnbeteiligung sowie Optionen und Finanzterminkontrakte. Der Grund liegt darin, dass kein Kapital auf gemeinsame Rechnung und Risiko investiert werde, sondern gegen einen Kaufpreis (Versicherungsprämie, Optionsprämie) eine Leistung versprochen wird vergleiche Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008) Paragraph eins, Rz 30 und Kalss/Oppitz, ÖBA 1994, 350 und 358).

Als letztes der fünf Tatbestandselemente ist es erforderlich, dass "die Verwaltung des investierten Kapitals nicht durch die Anleger selbst erfolgt". Reine Miteigentumsgemeinschaften (z.B. Wohnungseigentumsgemeinschaften) sollten nicht unter den Veranlagungsbegriff des KMG fallen, sofern den Anlegern nicht die Verwaltung durch besondere Vereinbarung entzogen ist.

Grundsätzlich ist nach der Lehre beim Veranlagungsbegriff des KMG von einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung auszugehen, vor allem was das vierte Tatbestandselement, die "Vergemeinschaftung" betrifft (vgl etwa Oberndorfer, Die Prospektspflicht nach dem KMG (2014), 138 und OGH 27.03.2012, 4 Ob 184/11d). In der Folge wird begründet, warum unter dieser Betrachtungsweise insgesamt keine "Veranlagung" im Sinne des § 1 Abs 1 Z 3 KMG vorliegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass alle fünf Tatbestandselemente kumulativ zu erfüllen sind, fehlt die Erfüllung auch nur eines Elementes, liegt kein tatbestandsmäßiges Handeln vor. Grundsätzlich ist nach der Lehre beim Veranlagungsbegriff des KMG von einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung auszugehen, vor allem was das vierte Tatbestandselement, die "Vergemeinschaftung" betrifft vergleiche etwa Oberndorfer, Die Prospektspflicht nach dem KMG (2014), 138 und OGH 27.03.2012, 4 Ob 184/11d). In der Folge wird begründet, warum unter dieser Betrachtungsweise insgesamt keine "Veranlagung" im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG vorliegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass alle fünf Tatbestandselemente kumulativ zu erfüllen sind, fehlt die Erfüllung auch nur eines Elementes, liegt kein tatbestandsmäßiges Handeln vor.

Zunächst ist das erste Tatbestandselement zu prüfen: "Veranlagung". Nach dem festgestellten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Kunden der XXXX (Gesellschaft) Eigentümer an den physischen Edelmetallbarren werden. Sie schließen mit der Gesellschaft einen Kaufvertrag ab, bei dem sie für bares Geld (monatliche Überweisungen für einen bestimmten Zeitraum) Barren (in unterschiedlichen Stückelungen) kaufen und gemäß Kaufvertrag beim Verkäufer (Händler) für bestimmte Zeit einlagern. Es liegt ein Kaufvertrag vor, bei dem der Händler, der das Edelmetall zuvor gekauft hat, Verkäufer ist und der Kunde der Gesellschaft Käufer. Ob Alleineigentum entsteht oder "bloßes" Miteigentum kann dahingestellt bleiben; allenfalls entsteht (Mit)Eigentum in der Sonderform Quantitätseigentum. Der Käufer der Barren wird - mit einer kleinen zeitlichen Verzögerung (von ein paar Tagen) - zivilrechtlicher Eigentümer des Edelmetalls. Ob er immer und zu jeder Zeit sofort darauf zugreifen kann, ändert nichts daran, sondern ist eine vertragliche Ausgestaltung, der er bei Kaufabschluss zugestimmt hat. Zunächst ist das erste Tatbestandselement zu

prüfen: "Veranlagung". Nach dem festgestellten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Kunden der römisch 40 (Gesellschaft) Eigentümer an den physischen Edelmetallbarren werden. Sie schließen mit der Gesellschaft einen Kaufvertrag ab, bei dem sie für bares Geld (monatliche Überweisungen für einen bestimmten Zeitraum) Barren (in unterschiedlichen Stückelungen) kaufen und gemäß Kaufvertrag beim Verkäufer (Händler) für bestimmte Zeit einlagern. Es liegt ein Kaufvertrag vor, bei dem der Händler, der das Edelmetall zuvor gekauft hat, Verkäufer ist und der Kunde der Gesellschaft Käufer. Ob Alleineigentum entsteht oder "bloßes" Miteigentum kann dahingestellt bleiben; allenfalls entsteht (Mit)Eigentum in der Sonderform Quantitätseigentum. Der Käufer der Barren wird - mit einer kleinen zeitlichen Verzögerung (von ein paar Tagen) - zivilrechtlicher Eigentümer des Edelmetalls. Ob er immer und zu jeder Zeit sofort darauf zugreifen kann, ändert nichts daran, sondern ist eine vertragliche Ausgestaltung, der er bei Kaufabschluss zugestimmt hat.

Der Einwand der belangten Behörde, die behauptet hat, dass ein "Sondervermögen" entstehe, trifft nicht zu. Es entsteht bei der Gesellschaft mit zunehmenden Kundenstock ein wachsender Lagerbestand an physischem Edelmetall, auf den der Kunde, entsprechend den Vertragsbestimmungen, sofort (oder erst zu bestimmten vertraglich vereinbarten Zeitpunkten) zugreifen kann. Jedoch entsteht kein Sondervermögen, das einem Dritten (z.B. Emittenten) gehört und über das nicht einmal mittelbar zugegriffen werden könnte.

Zum zweiten Tatbestandselement (gemeinsame Kapitalzuführung der Anleger): Zunächst ist (mit dem BF) festzuhalten, dass das

Tatbestandsmerkmal in richtiger Lesart "Vermögensrechte ... aus der

direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger" lautet (vgl. ergänzende Stellungnahme des BF vom 12.06.2013, Seite 4). Der Unterschied, so der BF zutreffend, ist wesentlich, weil daraus klar wird, dass es bei Veranlagungen nach dem KMG um Vermögensrechte geht, die über einen Emittenten (oder einen sonstigen Dritten) mediatisiert ausgegeben werden. Zutreffend wurde daher vom BF darauf hingewiesen, dass das KMG auf emittentenbasierten Sachverhalten aufbaut, dh ein Emittent begibt Wertpapiere oder (nicht verbriefte) Vermögensrechte, die von Anlegern erworben werden. Im vorliegenden Fall aber verkauft die Gesellschaft ein Produkt (eine wertvolle Sache), sie tritt als Händler auf. Es gibt keine Anleger, die "Kapital zuführen", sondern nur Käufer, die regelmäßig, monatlich für die Dauer von sechs Jahren, (mehr oder weniger wertvolle) Produkte erwerben. Dass diese Sache während der Verwahrung einem Wertverlust (Risiko) oder einer Wertsteigerung unterliegt, ist keine Besonderheit des hier vorliegenden Produktes. direkten oder indirekten Investition von Kapital mehrerer Anleger" lautet vergleiche ergänzende Stellungnahme des BF vom 12.06.2013, Seite 4). Der Unterschied, so der BF zutreffend, ist wesentlich, weil daraus klar wird, dass es bei Veranlagungen nach dem KMG um Vermögensrechte geht, die über einen Emittenten (oder einen sonstigen Dritten) mediatisiert ausgegeben werden. Zutreffend wurde daher vom BF darauf hingewiesen, dass das KMG auf emittentenbasierten Sachverhalten aufbaut, dh ein Emittent begibt Wertpapiere oder (nicht verbriefte) Vermögensrechte, die von Anlegern erworben werden. Im vorliegenden Fall aber verkauft die Gesellschaft ein Produkt (eine wertvolle Sache), sie tritt als Händler auf. Es gibt keine Anleger, die "Kapital zuführen", sondern nur Käufer, die regelmäßig, monatlich für die Dauer von sechs Jahren, (mehr oder weniger wertvolle) Produkte erwerben. Dass diese Sache während der Verwahrung einem Wertverlust (Risiko) oder einer Wertsteigerung unterliegt, ist keine Besonderheit des hier vorliegenden Produktes.

Das KMG hat mit den Worten "Veranlagung" von "Kapital" durch "Anleger" etwas anderes vor Augen. Von Anlage spricht man, wenn durch Investitionen neues Kapital gebildet werden soll, an dem die Investoren partizipieren (vgl. Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 142). Diese Partizipation kann in Form von Gewinnen oder Gewinnbeteiligungen (z.B. an einem Projekt oder an einer Gesellschaft) bestehen oder in Zinsen, Renditen oder Wertsteigerungen, das ein Kapital abwirft. Davon zu unterscheiden sind (nach Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014)), Das KMG hat mit den Worten "Veranlagung" von "Kapital" durch "Anleger" etwas anderes vor Augen. Von Anlage spricht man, wenn durch Investitionen neues Kapital gebildet werden soll, an dem die Investoren partizipieren vergleiche Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 142). Diese Partizipation kann in Form von Gewinnen oder Gewinnbeteiligungen (z.B. an einem Projekt oder an einer Gesellschaft) bestehen oder in Zinsen, Renditen oder Wertsteigerungen, das ein Kapital abwirft. Davon zu unterscheiden sind (nach Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014),

142) bloße Einkaufsgemeinschaften, deren Zweck nicht die Kapitalanlage oder -investition ist, sondern vielmehr die

Erzielung von besonders günstigen Konditionen (Einkaufspreisen), Rabatten oder Ähnlichem. Ein solcher Fall liegt genau hier vor, wobei die Käufer der Edelmetallbarren nicht einmal in einer "Gemeinschaft" oder gar in Form einer Gesellschaft organisiert sind. Die Käufer der Goldbarren kaufen schlicht Gold und behalten es dann (in der Hoffnung auf dessen Werterhaltung oder Wertsteigerung) oder verkaufen es bald wieder gegen Bargeld zu den vereinbarten Konditionen. Nur wenn eine Einkaufsgemeinschaft für ihre Anleger primär das Ziel der Kapitalanlage und nicht jenes des gemeinsamen Erwerbes von Produkten/Dienstleistungen verfolgen, könnte allenfalls eine Veranlagung im Sinne des zweiten Tatbestandselementes des § 1 Abs. 3 Z 3 KMG vorliegen.<sup>142)</sup> bloße Einkaufsgemeinschaften, deren Zweck nicht die Kapitalanlage oder -investition ist, sondern vielmehr die Erzielung von besonders günstigen Konditionen (Einkaufspreisen), Rabatten oder Ähnlichem. Ein solcher Fall liegt genau hier vor, wobei die Käufer der Edelmetallbarren nicht einmal in einer "Gemeinschaft" oder gar in Form einer Gesellschaft organisiert sind. Die Käufer der Goldbarren kaufen schlicht Gold und behalten es dann (in der Hoffnung auf dessen Werterhaltung oder Wertsteigerung) oder verkaufen es bald wieder gegen Bargeld zu den vereinbarten Konditionen. Nur wenn eine Einkaufsgemeinschaft für ihre Anleger primär das Ziel der Kapitalanlage und nicht jenes des gemeinsamen Erwerbes von Produkten/Dienstleistungen verfolgen, könnte allenfalls eine Veranlagung im Sinne des zweiten Tatbestandselementes des Paragraph eins, Abs. Ziffer 3, KMG vorliegen.

Bei den zuletzt genannten Ausnahmen vom Veranlagungsbegriff (Einkaufsgemeinschaften) wird besonders klar, dass im gegenständlichen Fall keine Veranlagung im Sinne des KMG vorliegt; selbst bei Annahme der (neuen, geänderten) Ansicht der belangten Behörde, dass es im vorliegenden Fall zu keinem oder erst ganz späten (sachenrechtlichen) Eigentumserwerb der Kunden komme. Ist es doch z.B. für viele Einkaufsgemeinschaften ganz typisch, dass jemand (der unmittelbare Einkäufer) Produkte für andere erwirbt und dann an diese weiterveräußert oder das Produkt gar direkt deren Kunden liefert.

Auch das vierte Tatbestandselement der Veranlagung, die Investition muss auf "gemeinsame Rechnung und auf gemeinsames Risiko der Anleger" (Gemeinsamer Kapitalanlagezweck) erfolgen, ist nicht erfüllt. Dabei wird in der Lehre (Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 126ff und 137ff) mit dem Begriff "Risikogemeinschaft" operiert. Das setzt eine bestimmte Vergemeinschaftung der Anleger bzw. der beteiligten Personen voraus; diese kann gesellschaftsrechtlich oder schuldrechtlich organisiert sein (OGH 27.03.2012, 4 Ob 184/11d). Damit entfallen alle Geschäfte, die reine Entgeltlichkeit ohne Risikogemeinschaft/Vergemeinschaftung beinhalten. In der Literatur wird dafür ein Kredit als Beispiel genannt, bei dem zwar alle Kreditnehmer das Risiko der Insolvenz der Bank tragen, dieses jedoch nicht typisch für einen gemeinsamen Kapitalanlagezweck ist.

Ebenso wenig fällt der Erwerb von Lebensversicherungsverträgen (sog. "Secondhand-Polizzen") unter den Tatbestand, weil bei ihnen nur gegen Entgelt ein konkretes Forderungsrecht gegen das Versicherungsunternehmen erworben wird. Dazu wird von Oberndorfer,

Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 127, angemerkt, dass grundsätzlich alle Formen der Kapitalinvestition, auch solche, die nicht unter das KMG fallen, einem gewissen gemeinsamen Risiko (Ausfallrisiko) unterliegen, so z.B. der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Dieses allgemeine Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners kann aber noch nicht ausreichen, um bereits ein gemeinsames Risiko der Kapitalgeber herzustellen, sonst müsste z.B. auch bei Risiko des Zahlungsausfalles jedes Schuldners dem Tatbestand unterliegen. Ein so weites Verständnis des gemeinsamen Risikos war aber nicht die Intention des Gesetzgebers.

Optionen und Finanzterminkontrakte werden vom Veranlagungsbegriff ebenfalls nicht umfasst (sie werden in den Gesetzesmaterialien als Ausnahmebeispiele genannt). Es handelt sich dabei - wie auch im hier vorliegenden Fall - um jeweils einzelne reine zivilrechtliche Forderungsrechte, die ohne gemeinsamen Bezug ent- oder bestehen (vgl. Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 137). Eine Vergemeinschaftung findet dort wie hier im vorliegenden Fall nicht statt. Optionen und Finanzterminkontrakte werden vom Veranlagungsbegriff ebenfalls nicht umfasst (sie werden in den Gesetzesmaterialien als Ausnahmebeispiele genannt). Es handelt sich dabei - wie auch im hier vorliegenden Fall - um jeweils einzelne reine zivilrechtliche Forderungsrechte, die ohne gemeinsamen Bezug ent- oder bestehen vergleiche Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014), 137). Eine Vergemeinschaftung findet dort wie hier im vorliegenden Fall nicht statt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dort, wo kein Kapital auf gemeinsame Rechnung und Risiko investiert wird, sondern gegen einen Preis eine Sache (Kaufpreis) oder eine Dienstleistung (Versicherungsprämie) versprochen wird,

keine Risikogemeinschaft entsteht (vgl. Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008), § 1 Rz 34). Der hier vorliegende Fall trifft auf diese Konstellation genau zu. Es wird ein Preis (monatliche Rate) für den (sachen- oder schuldrechtlichen) Bezug eines Edelmetallbarrens gezahlt. Dass die gekauften Sachen noch für eine bestimmte Dauer (Restlaufzeit des Vertrages) in einem Lagerbestand ruhen, ändert nichts. Dadurch wird der Vertrag bzw. die Vertragsbeziehung zw. den Käufern (Kunden) und dem Verkäufer (Gesellschaft) noch keine Veranlagung. Es fehlt wie oben bereits gesagt der gemeinsame Bezug und die Mediatisierung (im Sinne des zweiten Tatbestandselementes) durch eine (schuldrechtliche oder gesellschaftsrechtliche) Organisation, etwa ein gemeinsames Projekt (in das investiert wird). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dort, wo kein Kapital auf gemeinsame Rechnung und Risiko investiert wird, sondern gegen einen Preis eine Sache (Kaufpreis) oder eine Dienstleistung (Versicherungsprämie) versprochen wird, keine Risikogemeinschaft entsteht (vergleiche Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, KMG (2008), Paragraph eins, Rz 34). Der hier vorliegende Fall trifft auf diese Konstellation genau zu. Es wird ein Preis (monatliche Rate) für den (sachen- oder schuldrechtlichen) Bezug eines Edelmetallbarrens gezahlt. Dass die gekauften Sachen noch für eine bestimmte Dauer (Restlaufzeit des Vertrages) in einem Lagerbestand ruhen, ändert nichts. Dadurch wird der Vertrag bzw. die Vertragsbeziehung zw. den Käufern (Kunden) und dem Verkäufer (Gesellschaft) noch keine Veranlagung. Es fehlt wie oben bereits gesagt der gemeinsame Bezug und die Mediatisierung (im Sinne des zweiten Tatbestandselementes) durch eine (schuldrechtliche oder gesellschaftsrechtliche) Organisation, etwa ein gemeinsames Projekt (in das investiert wird).

Weiters muss es - will man Vergemeinschaftung annehmen - eine gemeinsame Beziehung der Anleger einerseits untereinander geben. Wie bereits zuvor angemerkt kann diese gesellschaftsrechtlich oder bloß schuldrechtlich bestehen. Andererseits muss eine Beziehung gemeinsam zum Anbieter (Emittenten) bestehen. Beides liegt hier nicht vor. Wie schon zuvor angemerkt, treten die einzelnen Käufer der Goldbarren zueinander gar nicht in Beziehung, sie schließen einzeln und unabhängig voneinander Kaufverträge ab. Dass der Kaufvertrag im Übrigen Nebenbestimmungen hinsichtlich Lagerung (Depothaltung der Goldbarren etc.) beinhaltet, ist sehr üblich und hat auf den Veranlagungstatbestand keinen Einfluss.

Zusammenfassend kann rechtlich ausgeführt werden, dass einzelne, in keiner Weise zusammenhängende Forderungsrechte von "Anlegern" (hier: Käufer von Goldbarren) gegenüber ein und demselben Schuldner (hier: der Verkäufer von Goldbarren) keine Risikogemeinschaft begründen. Ein gemeinsames "Risiko" der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) eines Schuldners, dem viele oder alle Gläubiger ausgesetzt sind, ist jedenfalls noch nicht ausreichend, um eine Risikogemeinschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 leg.cit. zu begründen. Vielmehr muss es zu einer darüber hinausgehenden Vergemeinschaftung von Chancen und Risiken der Anleger kommen. Das ist z.B. bei den im Gesetz (bzw. in den Materialien) genannten Ausnahmen und Beispielen der Fall. Dabei ist die rechtliche Form (das Gesetz nennt die Publikums-KG oder die Stille Gesellschaft) nicht allein ausschlaggebend, sondern vielmehr auf das tatsächlich beabsichtigte Handeln des Emittenten/Anbieters. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall eine solche "hinausgehende Vergemeinschaftung" nicht erblickt werden kann. Weder vom Blickwinkel des BF noch aus Sicht der Käufer. Zusammenfassend kann rechtlich ausgeführt werden, dass einzelne, in keiner Weise zusammenhängende Forderungsrechte von "Anlegern" (hier: Käufer von Goldbarren) gegenüber ein und demselben Schuldner (hier: der Verkäufer von Goldbarren) keine Risikogemeinschaft begründen. Ein gemeinsames "Risiko" der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) eines Schuldners, dem viele oder alle Gläubiger ausgesetzt sind, ist jedenfalls noch nicht ausreichend, um eine Risikogemeinschaft im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit. zu begründen. Vielmehr muss es zu einer darüber hinausgehenden Vergemeinschaftung von Chancen und Risiken der Anleger kommen. Das ist z.B. bei den im Gesetz (bzw. in den Materialien) genannten Ausnahmen und Beispielen der Fall. Dabei ist die rechtliche Form (das Gesetz nennt die Publikums-KG oder die Stille Gesellschaft) nicht allein ausschlaggebend, sondern vielmehr auf das tatsächlich beabsichtigte Handeln des Emittenten/Anbieters. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall eine solche "hinausgehende Vergemeinschaftung" nicht erblickt werden kann. Weder vom Blickwinkel des BF noch aus Sicht der Käufer.

An dieser Stelle ist kurz auch auf das (neue) Argument der belangten Behörde einzugehen (Seiten 8f des Schriftsatzes OZ 6 v. 05.06.2014), dass die Käufer des Edelmetalls (Edelmetallbarren) gar nicht sofort zivilrechtlich (genauer: sachenrechtlich) Eigentum erwerben. Selbst wenn diese rechtliche Behauptung stimmen würde, hat dies auf die Erfüllung des vierten Tatbestandselementes (Vergemeinschaftung des Risikos) keine Auswirkungen. Denn die Käufer der Goldbarren treten auch in diesem Fall in keine Vergemeinschaftung ein. Sie sind schlichtweg gar nicht organisiert,

gleich ob sie (Mit)Eigentümer sind oder nicht. Es bestehen einzelne Forderungsrechte (gleich ob dinglicher oder obligatorischer Natur), die zu keiner Vergemeinschaftung eines Risikos führen. Auch trägt jeder Kunde (nach Kauf) einzeln und unabhängig voneinander das Risiko der Preisschwankungen von Gold / Silber bzw. des Dollars.

Das Argument der belangten Behörde, dass kein sachenrechtlicher Eigentumsübergang stattfinde (Seiten 8f des Schriftsatzes OZ 6), ist auch für die (Nicht)Erfüllung des zweiten Tatbestandselementes (gemeinsame Kapitalzufuhr) unerheblich. Es ist nämlich nicht entscheidend, ob der Käufer sofort sachenrechtlicher Eigentümer wird oder erst zu einem späteren Zeitpunkt (z.B. am Ende der Vertragslaufzeit) oder, im äußersten Fall, niemals. Es findet, wie oben bereits dargelegt, keine gemeinsame Kapitalzufuhr statt.

Abschließend ist anzumerken, dass sich die belangte Behörde selbst nicht ganz so sicher ist, ob nicht doch - irgendeine - Form von Eigentum beim Kauf der Edelmetallbarren entstehe; schreibt sie doch selbst, abgesehen vom Straferkenntnis, wo sie noch ohne jeden Zweifel vom sofortigen Eigentumsübergang ausging, in ihrem letzten Schriftsatz, OZ 6, auf Seite 6 oben, dass "der Anleger die einzelnen Barren nicht in seinem ausschließlichen Eigentum" halte. Das heißt aber e contrario, dass der "Anleger" zumindest Miteigentum an den Sachen erwirbt.

Auch die von der belangten Behörde aufgezählten Risiken (Seite 8ff des Schriftsatzes OZ 6) sind kein Argument für das Vorliegen einer Risikogemeinschaft im Sinne des vierten Tatbestandsmerkmals des § 1 Abs. 1 Z. 3 KMG: eine lange Laufzeit, die eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit und unsichere Renditen sind ganz allgemeine Risiken in einem Dauerschuldverhältnis und bis zur Grenze der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit (ABGB, KSchG) zulässig. Selbst die Anwendbarkeit ausländischen Rechtes (Schweiz) macht aus einem Dauerschuldverhältnis noch keine Veranlagungsgemeinschaft; im Übrigen kann in all diesen Umständen kein allzu großes Risiko erkannt werden. Ebenso wenig die - behauptete - Unklarheit in Bezug auf die Versicherung der Lagerbestände. Auch das Risiko von Preisschwankungen (hier Goldpreisschwankungen bzw. Dollarwechselkurs) trifft jeden Käufer eines derartigen Produktes (oder etwa Rohstoffe wie Erdöl, seltene Erden oder Diamanten) mit gleicher Vertragskonstruktion. Auch die von der belangten Behörde aufgezählten Risiken (Seite 8ff des Schriftsatzes OZ 6) sind kein Argument für das Vorliegen einer Risikogemeinschaft im Sinne des vierten Tatbestandsmerkmals des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, KMG: eine lange Laufzeit, die eingeschränkte Kündigungsmöglichkeit und unsichere Renditen sind ganz allgemeine Risiken in einem Dauerschuldverhältnis und bis zur Grenze der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit (ABGB, KSchG) zulässig. Selbst die Anwendbarkeit ausländischen Rechtes (Schweiz) macht aus einem Dauerschuldverhältnis noch keine Veranlagungsgemeinschaft; im Übrigen kann in all diesen Umständen kein allzu großes Risiko erkannt werden. Ebenso wenig die - behauptete - Unklarheit in Bezug auf die Versicherung der Lagerbestände. Auch das Risiko von Preisschwankungen (hier Goldpreisschwankungen bzw. Dollarwechselkurs) trifft jeden Käufer eines derartigen Produktes (oder etwa Rohstoffe wie Erdöl, seltene Erden oder Diamanten) mit gleicher Vertragskonstruktion.

Da es zumindest an drei Tatbestandsmerkmalen des Tatbestandes "Veranlagung" fehlte, war auf die anderen beiden nicht mehr einzugehen. Bezüglich der "gemeinsamen Verwaltung" (fünftes Tatbestandsmerkmal) ist jedoch festzuhalten, dass gemäß § 6 der AVB die gesetzlichen Regelungen nach österreichischem und deutschem Zivilrecht (§ 833 ABGB und §§ 744 - 746 BGB) ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Dass diese Bestimmungen vereinbart wurden und gelten, wurde von keiner Seite während des Verfahrens in Zweifel gezogen. Da es zumindest an drei Tatbestandsmerkmalen des Tatbestandes "Veranlagung" fehlte, war auf die anderen beiden nicht mehr einzugehen. Bezüglich der "gemeinsamen Verwaltung" (fünftes Tatbestandsmerkmal) ist jedoch festzuhalten, dass gemäß Paragraph 6, der AVB die gesetzlichen Regelungen nach österreichischem und deutschem Zivilrecht (Paragraph 833, ABGB und Paragraphen 744, - 746 BGB) ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Dass diese Bestimmungen vereinbart wurden und gelten, wurde von keiner Seite während des Verfahrens in Zweifel gezogen.

Abschließend kann rechtlich gewürdigt werden, dass es an der Erfüllung von mindestens drei der fünf Tatbestände fehlt. Es liegt kein objektives, tatbildmäßiges Handeln vor. Der objektive Tatbestand der "Veranlagung" im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 3 Kapitalmarktgesetzes ist nicht erfüllt. Damit bestehen aber auch keine verletzte Meldepflicht (nach § 13) und keine Strafbarkeit. Abschließend kann rechtlich gewürdigt werden, dass es an der Erfüllung von mindestens drei der fünf Tatbestände fehlt. Es liegt kein objektives, tatbildmäßiges Handeln vor. Der objektive Tatbestand der "Veranlagung" im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, Kapitalmarktgesetzes ist nicht erfüllt. Damit bestehen aber auch keine verletzte Meldepflicht (nach Paragraph 13,) und keine Strafbarkeit.

II.3.2.2 Zur subjektiven Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers  
römisch zwei.3.2.2 Zur subjektiven Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers

Die Prüfung bzw. rechtliche Begründung kann entfallen, da bereits auf objektiver Seite ein tatbestandsmäßiges Handeln verneint wurde. Es konnte daher ein Eingehen auf das Vorbringen der belangten Behörde (im Schriftsatz OZ 6) unterbleiben.

Das Gleiche gilt für die Strafbemessung.

Zu Spruchpunkt A) II. (Kosten) Zu Spruchpunkt A) römisch zwei. (Kosten)

Die Kostenvorschreibung gründet sich auf § 52 Abs. 8 VwGVG. Die Kostenvorschreibung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG.

II.3.3. Zu Spruchpunkt B) Zulässigkeit der ordentlich Revision  
römisch zwei.3.3. Zu Spruchpunkt B) Zulässigkeit der ordentlich 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es fehlt nach Ansicht des erkennenden Senates nicht nur an einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den §§ 1 Absatz Ziffer 3 und 13 Absatz 1 Kapitalmarktgesetz. Als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sieht es das Bundesverwaltungsgericht insbesondere an, dass derartige Geschäfte im Wirtschaftsleben öfter vorkommen und eine Klärung der Frage, ob diese Geschäfte eine Meldepflicht nach dem KMG auslösen, wirtschaftlich bedeutend ist. Diese Bedeutung gilt nicht nur unter dem Blickwinkel des Anlegerschutzes, sondern auch für den Kapitalmarkt. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es fehlt nach Ansicht des erkennenden Senates nicht nur an einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den Paragraphen eins, Absatz Ziffer 3 und 13 Absatz 1 Kapitalmarktgesetz. Als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sieht es das Bundesverwaltungsgericht insbesondere an, dass derartige Geschäfte im Wirtschaftsleben öfter vorkommen und eine Klärung der Frage, ob diese Geschäfte eine Meldepflicht nach dem KMG auslösen, wirtschaftlich bedeutend ist. Diese Bedeutung gilt nicht nur unter dem Blickwinkel des Anlegerschutzes, sondern auch für den Kapitalmarkt.

Deshalb war die ordentliche Revision zuzulassen.

Aus all diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

Anlegerschutz, Einstellung, ersatzlose Behebung, Fahrlässigkeit, Finanzmarktaufsicht, Gesamtbetrachtung, Glaubhaftmachung, Irrtum, Meldepflicht, Rechtsirrtum, Risikogruppe, Risikotragung, Strafbemessung, Ungehorsamsdelikt, Unterlassungsdelikt, Verschulden

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

ECLI:AT:BVWG:2014:W148.2000409.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

10.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

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