

# TE UVS Wien 2011/08/05 06/FM/45/9432/2009

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 05.08.2011

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Martschin als Vorsitzenden, Mag. Doninger als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über die Berufung des Herrn Bernhard W., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht vom 27.08.2009, GZ: FMA-UB0052.100/0001-BUG/2009, wegen Übertretung des § 98 Abs 1 iVm § 1Abs 1 Z 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 108/2007, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.07.2010 (Datum der Bescheidverkündung) entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Der Berufungswerber hat gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von ? 3000,- zu bezahlen, das sind 20% der verhängten Geldstrafe.

## Text

Das angefochtene Straferkenntnis ist gegen den Berufungswerber als Beschuldigten gerichtet und enthält folgenden Spruch:

Sehr geehrter Herr W.!

?Die Finanzmarktaufsicht (FMA) hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 27.03.2003 Vorstand der G. INVEST AG (Vormals G. Invest- und Vermögensberatung AG), FN 23..., mit Sitz in Wien, H.-gasse. Sie haben es in der Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die G. INVEST AG von 27.03.2003 bis 06.03.2009 gewerblich ohne die erforderliche Konzession der FMA gemäß § 4 BWG fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat. Dies dadurch, dass die G. INVEST AG

\* von 27.03.2003 bis 31.07.2005 Genussrechte mit der Bezeichnung G. O., ISIN AT00006...;

\* von 27.03.2003 bis 31.07.2005 Genussrechte mit der Bezeichnung G. CO., ISIN AT00006...;

\* von 27.03.2003 bis 31.07.2005 Genussrechte mit der Bezeichnung G. GER., ISIN AT00006...;

\* von 01.08.2005 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. O. 2005, ISIN AT00004...;

\* von 01.08.2005 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. CO. 2005, ISIN AT00004...;

\* von 01.08.2005 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. GER. 2005, ISIN AT00004...;

\* von 08.10.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. Q., ISIN AT0000A...;

\* von 08.10.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. Oz., ISIN AT0000A...;

\* von 13.10.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. P., ISIN AT0000A...;

\* von 01.12.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. N., ISIN AT0000A...;

\* von 01.12.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. GO., ISIN AT0000A..., sowie

\* von 19.01.2007 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. MA., ISIN AT0000A..., begeben und in weiterer Folge die von den Genussrechtsinhabern direkt an die G. INVEST AG eingezahlten Gelder bis 06.03.2009 verwaltet aht. Die Genussrechtsinhaber haben bei der Zeichnung der Genussrechte die Gelder direkt auf

das auf die G. INVEST AG lautende Konto Nr. 1060... bei der S. eingezahlt bzw. davor

auf ein Konto der G. Invest- und Vermögensberatung AG bzw. der G. INVEST AG. Für jedes dieser Genussrechte wurde innerhalb der Gesellschaft je ein eigener selbständiger Rechnungskreis errichtet. Das an die Gesellschaft bezahlte Genussrechtskapital jedes Rechnungskreises diente der Finanzierung der Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften, welche zu 100% im Eigentum der G. INVEST AG standen und in welcher die Handels-. Und Veranlagungstätigkeit durchgeführt wurde. Die Veranlagung in oder über andere in- oder ausländische Gesellschaften war jedoch zulässig.

Für jeden dieser Genussrechtskreise gab es eine eigene Veranlagungs-Strategie. Das Genussrechtskapital wurde grundsätzlich großteils in Aktien, Zertifikate, Futures, Fonds, Genussrechte und Optionen sowie sonstige Finanz- und Börseinstrumente investiert. Eine Erweiterung um zusätzliche Strategien oder Veranlagungsprodukte war in jedem Genussrechtskreis jederzeit ohne weiteres möglich. Eine Änderung der konkreten Verwendung bzw. Veranlagungsform des Genussrechtskapitals sowie der Veranlagungsgesellschaften und Vertragspartner sowie Verwalter war ebenfalls in jedem Genussrechtskreis jederzeit ohne weitere Zustimmung der Genussrechtsinhaber möglich. Die Vermögensbeteiligung der Genussrechtsinhaber errechnete sich nach dem jeweils zu Marktpreisen bewerteten Rechnungskreis. Der Anspruch der Genussrechtsinhaber errechnete sich somit lediglich nach dem Erfolg der Veranlagung des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 98 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 Z 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 108/2007

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 15.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tage gemäß §§ 98 Abs 1 BWG iVm 16, 19, 44a VStG

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

1500 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je einem Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 16.500 Euro.?

In der gegen dieses Straferkenntnis gerichteten Berufung bestreitet der Beschuldigte den gegen ihn gerichteten Vorwurf und führt aus, dass die G. INVEST AG zwar tatsächlich fremde Gelder entgegen genommen habe, jedoch nicht zur Verwaltung. Die von den Kunden einbezahnten Gelder seien bis 2005 an die Gl. Aktive Trade Limited mit Sitz in Irland, sowie danach an deren Nachfolgeunternehmen, die Gl. Active Trade mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten, weitergeleitet worden. Diese Unternehmen hätten befugtermaßen die Handels- und Veranlagungstätigkeit ausgeübt. Zu einer Verwaltung von Kundengeldern durch die G. INVEST AG sei es also nicht gekommen. Bei der Beantwortung einer Anfrage des ehemaligen Rechtsvertreters der G. INVEST AG habe die FMA zum Ausdruck gebracht, dass kein Bankgeschäft vorliege, wenn das durch die Ausgabe von Genussscheinen erworbene Genusskapital ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft in Österreich zur Gänze an eine ausländische Körperschaft übertragen werde. Diese Ansicht sei in einem weiteren Schreiben an den ehemaligen Rechtsvertreter vom 10.02.2008 bekräftigt worden. Im konkreten Fall sei aber genau dies geschehen, nämlich sei das von den Kunden der G. INVEST AG akquirierte Kapital an die Gl. Aktive Trade Limited bzw. deren Nahfolgeunternehmen weiter übertragen worden. Es sei somit zu keinerlei Verwaltung des Kapitals durch die G. INVEST AG gekommen.

Zur Frage des Vorliegens eines Verschuldens führt der Berufungswerber aus, dass aufgrund der oa. Umstände, insbesondere der Anfragebeantwortungen der FMA sowie aufgrund des Umstandes, dass das Schreiben seines ehemaligen Rechtsvertreters, in dem dieser darauf aufmerksam gemacht habe, dass nach eben der zitierten

Anfragebeantwortung keine Konzessionspflicht vorliege, erst am 10.02.2008 beantwortet worden sei und in dieser Antwort erneut zum Ausdruck gebracht worden sei, dass kein Bankgeschäft vorliege, wenn das durch die Ausgabe von Genussscheinen erworbene Genusskapital zur Gänze an eine ausländische Körperschaft übertragen werde, sei ihm weder vorsätzliches noch fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Als juristischer Laie sei er sowohl in ständigem Kontakt mit der FMA gewesen und habe er auch rechtlichen Rat bei seinem rechtsfreundlichen Vertreter gesucht. Aufgrund der im Verfahren bereits vorgelegten Korrespondenz sei er der Meinung, dass keine Konzessionspflicht für die Ausgabe von Genussscheinen bestehe. Eine über den ständigen Kontakt mit der FMA sowie die Einholung fachlichen Rates hinausgehende Sorgfaltspflicht habe nicht bestanden. Der ihm zur Last gelegte Verstoß gegen das Bankwesengesetz sei somit keinesfalls verschuldet.

Für den Fall, dass entgegen den bisherigen Ausführungen sowohl Rechtswidrigkeit als auch Verschulden angenommen werden sollte, sei die Strafe unangemessen hoch ausgefallen. Im Straferkenntnis seien der lange Tatzeitraum sowie die Höhe der entgegengenommenen verwalteten Gelder als Erschwerungsgründe berücksichtigt worden. Dazu führe er aus, dass er sich während des gesamten Tatzeitraumes stets nach bestem Wissen und Gewissen verhalten habe und jedenfalls nicht der Meinung gewesen sei, gegen irgendwelche Gesetze zu verstößen. Somit könnten weder der lange Tatzeitraum noch die damit zusammenhängende Höhe der gesammelten Gelder strafverschärfend berücksichtigt werden. Weiters werde ihm strafverschärfend angelastet, dass er bereits am 13.03.2007 mit einer Übertretung nach § 1 Abs 1 Z. 1 BWG konfrontiert worden sei. Dazu führe er aus, dass im Zuge dieser Einvernahme sein damaliger Rechtsvertreter selbst angemerkt habe, dass die Rechtslage betreffend die Konzessionspflicht ungeklärt sei. Er sei daher damals keineswegs mit einer festgestellten Übertretung konfrontiert worden, sondern sei ihm lediglich eine vermutete Übertretung vorgeworfen worden, wobei dieser Vorwurf von seinem Rechtsvertreter negiert worden sei. Beantragt wurde letztlich das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu die verhängte Strafe in eine mildere umzuwandeln oder ganz nachzusehen.

In der Rechtssache fand am 19. Juli 2010 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien statt, an welcher der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers, sowie zwei Vertreter der FMA teilnahmen. Der anwaltlichen Vertreter des Berufungswerbers verwies eingangs auf das bisherige Vorbringen und stellte den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt außer Streit. Auch die Vertreter der FMA verwiesen auf die bisherigen Verfahrensergebnisse. Inhaltlich hielt der anwaltlichen Vertreter des Berufungswerbers die in der Berufung aufgeworfenen Fragen, ob eine Veranlagung (Verwaltung) iSd § 1 BWG stattgefunden habe und ob der Berufungswerber schuldhaft gehandelt habe, aufrecht, ungeachtet der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes in ähnlichen Causen. Die Vertreter der FMA verwiesen diesbezüglich ihrerseits auf die Begründung des Straferkenntnisses, worin exakt ausgeführt werde, warum im gegenständlichen Fall sehr wohl eine Verwaltungstätigkeit der G. INVEST AG stattgefunden habe und den Berufungswerber ein verwaltungsstrafrechtlich relevantes Verschulden treffe. In seinen Schlussausführungen ersuchte der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers den langen Tatzeitraum nicht als strafverschärfend heranzuziehen, da der Berufungswerber laufend in Kontakt mit der FMA gewesen sei und zudem Kontakt zu seinem anwaltlichen Vertreter gehalten habe. Insoweit habe er jedenfalls davon ausgehen dürfen, dass er keinem gesetzlichen Verbot zuwider handle. Im Übrigen möge berücksichtigt werden, dass infolge der prekären Einkommens- und Vermögenssituation des Berufungswerbers die erstinstanzlich verhängte Strafe jedenfalls zu hoch bemessen sei.

Im Anschluss an die Verhandlung wurde die Berufungsentscheidung mündlich verkündet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Unbestritten steht fest, dass der Berufungswerber im Tatzeitraum als Vorstandsmitglied der G. INVEST AG (bis 18.12.2003: G. Invest- und Vermögensberatung AG) fungierte und daher gemäß § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese Gesellschaften verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich war. Ebenso steht fest, dass die G. INVEST AG im Tatzeitraum über keine Konzession gemäß § 4 BWG der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) verfügte und daher nicht berechtigt war, Bankgeschäfte zu betreiben.

Die FMA hat, gestützt auf das von ihr geführte Ermittlungsverfahren und auf Basis der im erstinstanzlichen Akt einliegenden Urkunden, insbesondere der Satzung samt Genusstrechtsbedingungen der G. INVEST AG und der niederschriftlichen Angaben des Berufungswerbers selbst, absolut schlüssige, nachvollziehbare und detaillierte

Feststellungen zum vorliegenden Sachverhalt getroffen. Aufgrund dieser Feststellungen, auf die im Übrigen ausdrücklich verwiesen wird, ist ? zusammengefasst ? folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt als erwiesen zu erachten:

Die G. INVEST AG (bzw. G. Invest- und Vermögensberatung AG) hat von 27.03.2003 bis 31.07.2005 Genussrechte mit der Bezeichnung G. O., ISIN AT 00006...; G. CO., ISIN AT00006...; G. GER., ISIN AT 00006...; weiters von 01.08.2005 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. O. 2005, ISIN AT00004...; G. CO. 2005, ISIN AT00004...; G. GER. 2005, ISIN AT00004...;

weiters von 08.10.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. Q., ISIN AT0000A...; G. Oz., ISIN AT0000A...; weiters von 13.10.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. P., ISIN AT0000A...; weiters von 01.12.2006 bis 18.02.2008 Genussrechte

mit der Bezeichnung G. N., ISIN AT0000A...; G. GO., ISIN AT0000A... und schließlich

von 19.01.2007 bis 18.02.2008 Genussrechte mit der Bezeichnung G. MA., ISIN AT0000A..., begeben.

Die Genussrechtsinhaber hatten bei der Zeichnung der Genussrechte G. O. 2005, G. CO. 2005, G. GER. 2005, G. Q., G. Oz., G. P., G. N., G. GO. sowie G. MA. das

Genussrechtskapital auf das auf die G. INVEST AG lautende Konto Nr. 1060... bei der

S., bei Zeichnung der Genussrechte G. O., G. CO. sowie G. GER., welche lediglich bis 31.07.2005 begeben wurden, direkt an die G. Invest- und Vermögensberatung AG bzw. an die G. INVEST AG zu bezahlen.

Für jedes dieser Genussrechte wurde innerhalb der Gesellschaft je ein eigener selbständiger Rechnungskreis errichtet. Jedes Stückgenussrecht war am jeweiligen Rechnungskreis im gleichen Umfang beteiligt und gewährte im Falle der Kündigung einen Anspruch auf einen aliquoten Anteil am Rechnungskreis. Die G. INVEST AG war zu jedem Stichtag zum Rückkauf der Genussrechte verpflichtet, wobei sich der Ausgabepreis bzw. Rückkaufswert des Stückgenussrechts aus dem Gesamtvermögen des jeweiligen zu Marktpreisen bewerteten Rechnungskreises im Verhältnis zu den am Stichtag insgesamt ausgegebenen und einbezahlten Stückgenussrechten errechnete. Die Vermögensbeteiligung der Genussrechtsinhaber errechnete sich nach dem jeweils zu Marktpreisen bewerteten Rechnungskreis und ihr Anspruch daher nach dem Erfolg der Veranlagung des als jeweils eigener Rechnungskreis geführten Kapitals.

Das an die G. INVEST AG bezahlte Genussrechtskapital jedes Rechnungskreises wurde bis 2005 an die G. Active Trade Ltd. mit Sitz in Irland sowie ab 2005 an deren Nachfolgeunternehmen, nämlich die G. Active Trade (GAT FZE) mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten weitergeleitet. Beide Unternehmen waren 100%ige Tochtergesellschaften der G. INVEST AG und führten die Handels- und Veranlagungstätigkeiten durch. Die Muttergesellschaft behielt sich aber die Veranlagung in oder über andere in- oder ausländische Gesellschaften ausdrücklich vor. Eine Änderung der Veranlagungsgesellschaft und Vertragspartner sowie Verwalter war daher in jedem Genussrechtskreis jederzeit und zwar ohne weitere Zustimmung der Genussrechtsinhaber möglich.

Für jeden dieser Genussrechtskreise legten die Genussrechtsbedingungen eine eigene Veranlagungsstrategie fest. Das Genussrechtskapital wurde grundsätzlich größtenteils in Aktien, Zertifikate, Futures, Fonds, Genussrechte und Optionen sowie sonstige Finanz- und Börseinstrumente investiert. Eine Erweiterung um zusätzliche Strategien oder Veranlagungsprodukte war in jedem Genussrechtskreis ebenso jederzeit ohne weiteres möglich, wie eine Änderung der konkreten Verwendung bzw. Veranlagungsform des Genussrechtskapitals sowie der Veranlagungsgesellschaften, Vertragspartner und Verwalter. In keinem war Fall die Zustimmung der Genussrechtsinhaber erforderlich. Die G. INVEST AG hat eine sogenannte ?Management-Fee? bzw. eine ?Verwaltungs- und eine Management-Fee? ? abhängig vom jeweiligen Genussrecht ? in der Höhe von 2% bzw. 3% pro Jahr berechnet und anteilsweise vom Vermögenswert abgezogen. Darüber hinaus wurde auch eine Erfolgsbeteiligung der operativen 100% Tochtergesellschaft von der positiven Performance des jeweiligen Rechnungskreises in Form einer sog. ?Performance-Fee? im Ausmaß zwischen 20% und 30% berechnet und eingehoben. Insgesamt haben etwa 3000 Kunden Genussrechte der G. INVEST AG gekauft. Die Mindesteinlage betrug bei den ab 2005 ausgegebenen Genussrechten 50.000 Euro. Insgesamt wurden ca. 18 Millionen Euro von den Käufern der Genussrechte an die G. INVEST AG eingezahlt.

Die Genussrechte wurden bis 18.02.2008 verkauft; ab diesem Zeitpunkt wurden keine Genussrechte mehr ausgegeben. Die Handels- und Veranlagungstätigkeit, mithin also die Verwaltung der eingezahlten Gelder, wurde

durch die 100%ige Tochter der GL. INVEST AG, nämlich der G. Active Trade (GAT FZE), auch noch nach diesem Zeitpunkt und zwar bis zur Eröffnung des Konkurses über die G. INVEST AG am 06.03.2009, weitergeführt. Der Berufswerber hat den solcherart festgestellten Sachverhalt ausdrücklich außer Streit gestellt.

Gemäß § 1 Abs 1 Z. 1 BWG ist ein Kreditinstitut, wer auf Grund der §§ 4 oder 103 Z 5 dieses Bundesgesetzes oder besonderer bundesgesetzlicher Regelungen berechtigt ist, Bankgeschäfte zu betreiben. Die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft) ist, soweit sie gewerblich und nicht für das Privatvermögen erfolgt, ein Bankgeschäft.

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

Gemäß § 98 Abs 1 BWG begeht, wer Bankgeschäfte ohne die erforderliche Berechtigung betreibt, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 22.02.2006, GZ:2005/17/0195) unterliegen dem Einlagengeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG Geschäfte, in welchen fremde Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (gewerblich) übernommen werden. Die "Entgegennahme" im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 BWG bedeutet die Einräumung der tatsächlichen Verfügungsmacht in Bezug auf das fremde Geld, wobei es dabei nicht unbedingt zu einer Eigentumsverschaffung kommen muss. Schlussendlich müssen fremde Gelder bei der entgegennehmenden Einrichtung einlangen (vgl. dazu Tessar, Der Einlagengeschäftsbeispiel des Bankwesengesetzes, ÖZW 2004, 118). Dies kann auch in der Form geschehen, dass diese Gelder einem auf die genannte Einrichtung lautenden Konto, mag es auch als Anderkonto bezeichnet sein, eingezahlt werden. "Fremdes Geld" wird entgegengenommen, wenn nach der Intention des Vertragspartners eine Forderung des Geldgebers entsteht. Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung bedeutet, dass die vereinbarungsgemäß übergebenen Gelder im Interesse des Geldgebers einzusetzen sind, wobei ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehen muss. Mit der Verwaltungstätigkeit ist zwar durchaus vereinbar, dass der Geldgeber das Recht behält, über eine Veranlagung seiner Gelder im Einzelfall zu entscheiden oder sonst mit Weisungen einzutreten, es muss aber eine Befugnis zu begrenztem selbstständigem Handeln vorliegen. Darf dagegen nur so veranlagt werden, wie es der Geldgeber jeweils konkret vorschreibt, fehlt also jeglicher Entscheidungsspielraum, dann ist das Geld nicht zur Verwaltung entgegengenommen (vgl. Avancini in Avancini/Iro/Kozioł, Österreichisches Bankvertragsrecht I, 455 f). In der Regel wird bei der Hereinnahme von Geldern zur Verwaltung im Unterschied zur Hereinnahme als bloße Einlage ein aktives Tun Vertragsgegenstand sein. Somit fallen jene Rechtsgeschäfte unter § 1 Abs 1 Z 1 BWG, bei denen der Kunde einen Verwaltungsauftrag bzw. die Ermächtigung zur Vornahme von Dispositionen über die Einlage erteilt, wie dies etwa in Portfoliomanagementverträgen vorgesehen ist. Danach besteht eine Ermächtigung, Umschichtungen im Rahmen der Verfolgung eines bestimmten Anlagezieles vorzunehmen (vgl. Diwok in Diwok/Göth, Kommentar zum Bankwesengesetz, 1. Band, Rz 20 zu § 1). Im Übrigen betreibt Bankgeschäfte nur, wer Schuldner aus dem Vertrag über die Verwaltung der fremden Gelder ist (vgl. Lauer in Fremuth/Lauer/Linc/Pötzelberger/Strobl, BWG2, Rz 5 zu § 1 BWG). Die Verwaltung des fremden Geldes nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG unterscheidet sich von der Vermögensverwaltung nach § 1 Abs 1 Z 19 lit. b BWG somit dadurch, dass das konzessionierte Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WPDLU) beim Finanzdienstleistungsgeschäft zu keiner Zeit Schuldner des Kunden bezüglich der gehaltenen Vermögenswerte werden darf.

Stellt der Erwerb eines Genussrechtes, einer Anleihe oder auch eines Gesellschaftsanteils (etwa im Rahmen einer stillen Beteiligung) nach der konkreten Ausgestaltung im Kern lediglich einen Vermögensverwaltungsauftrag (in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages) dar, liegt ungeachtet des rechtlichen Gewands grundsätzlich eine Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung vor (Karas/Träxler/Waldherr, in Dellinger, BWG, § 1 Rz 24). Im gegenständlichen Fall wurde nach dem festgestellten Sachverhalt zwischen der G. INVEST AG (vormals G. Invest- und Vermögensberatung AG) und deren Kunden ein Vertrag geschlossen, wonach das an die Gesellschaft bezahlte Genussrechtskapital von vornherein zur Weitergabe an eine zu 100% im Eigentum der G. INVEST AG stehende ausländische Tochtergesellschaft (bis 2005 an die G. Active Trade Ltd. (GAT Ltd.) mit Sitz in Irland, danach an deren Nachfolgeunternehmen G. Active Trade (GAT FZE) mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten bestimmt war, die die Handels- und Veranlagungstätigkeit vorzunehmen hatte. Ausdrücklich vorbehalten hat sich die G. INVEST AG allerdings auch die Veranlagung über andere in- oder ausländische Gesellschaften.

Ähnlich wie in vergleichbaren Fällen (vgl: VwGH vom 04.09.2008, ZI.2008/17/0034 und insbesondere vom 26.11.2010, ZI. 2006/17/0006) wurden bei der Ausgabe der Genussscheine nach den Genusscheinbedingungen eigene Rechnungskreise aus den eingenommenen Geldern gebildet und der Rückzahlungsanspruch in Abhängigkeit von der Entwicklung der für die einzelnen Rechnungskreise vorgenommenen Veranlagungen ermittelt. Der Rückzahlungsanspruch der Genusscheinzeichner der G. INVEST AG bestand daher nicht in einem Anspruch auf einen Anteil am Gewinn dieser Gesellschaft und auch nicht einem Anteil des Gewinns, den die G. INVEST AG aus ihren zu 100% in ihrem Eigentum stehenden ausländischen Töchtern lukrierte. Nach den vorliegenden Genussrechtsbedingungen beinhalteten die Genusssrechte vielmehr ausschließlich einen ?obligatorischen anteiligen Anspruch auf einen näher definierten Teil des Vermögenszuwachses eines bestimmten Rechnungskreises?; Stimm- oder Bezugsrechte sowie eine Beteiligung am laufenden Gewinn einer Gesellschaft oder an einem Liquidationserlös waren demgegenüber dezidiert ausgeschlossen. Durch die Bildung eigener Rechnungskreise war das Schicksal und die Wertentwicklung der einzelnen einbezahnten Beträge gesondert nachvollziehbar. Es bestand lediglich ein Anspruch auf den quotenmäßigen Anteil an dem durch die Verwaltung erwirtschafteten Vermögen. Das aufgebrachte Genusscheinkapital wurde demnach nicht von den Gesellschaften nach ihrem uneingeschränkten Ermessen für ihren Geschäftszweck verwendet. Vereinbart war von vornherein lediglich, dass das aufgebrachte Kapital gesondert im Rahmen der Anlagerichtlinien nach den näher festgelegten Bedingungen durch die ausländischen Töchter veranlagt werden sollte und der Rückzahlungsanspruch vom Erfolg dieser konkreten und nachvollziehbar bleibenden Veranlagung abhängen sollte. Die Kundengelder wurden also mit einer spezifischen Abrede bezüglich ihrer Veranlagung hingegeben und der Rückzahlungsanspruch hing vom Erfolg dieser Veranlagung ab. Die G. INVEST AG schuldete demnach eine Geschäftsbesorgung in dem Sinne, dass die vereinnahmten Gelder zu veranlagen waren, wobei die Weitergabe zur Disposition durch Dritte, nämlich der G. Active Trade Ltd. und ab 2005 der G. Active Trade FZE, zusätzlich vereinbart war. Da die GL. INVEST AG zudem ein sogenanntes ?Management-Fee? bzw. eine ?Verwaltungs- und eine Management-Fee? abhängig vom jeweiligen Genussrecht ? in der Höhe von 2% bzw. 3% pro Jahr verrechnet und darüber hinaus eine Erfolgsbeteiligung der operativen Tochtergesellschaft von der positiven Performance des jeweiligen Rechnungskreises ? eine sog. ?Performance-Fee? ? in einer bestimmten Höhe eingehoben und damit jedenfalls eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen entfaltet hat, kann der FMA nicht wirksam entgegengetreten werden, wenn sie ? ungeachtet der Qualifizierung der Genusssrechte in den Genussrechtsbedingungen als Wertpapiere iSd § 174 Abs 3 AktG ? eine Unternehmensfinanzierung verneint und vielmehr davon ausgeht, dass die GL. INVEST AG im Tatzeitraum, ohne über eine entsprechende Konzession zu verfügen, Kundengelder zur Verwaltung entgegengenommen und damit ein Bankgeschäft gewerblich betrieben habe. Der Berufungswerber bestreitet diese Einschätzung lediglich insofern, als die G. INVEST AG zwar tatsächlich fremde Gelder entgegen genommen habe, nicht jedoch zur Verwaltung. Die von den Kunden einbezahlten Gelder seien bis 2005 an die Gl. Aktive Trade Limited mit Sitz in Irland, sowie danach an deren Nachfolgeunternehmen, die Gl. Active Trade mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten weitergeleitet worden. Diese Unternehmen hätten befugtermaßen die Handels- und Veranlagungstätigkeit ausgeübt. Zu einer Verwaltung von Kundengeldern durch die G. INVEST AG sei es also nicht gekommen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass in den Genussrechtsbedingungen zwar die Weitergabe des an die G. INVEST AG bezahlten Genussrechtskapitals an eine zu 100% in deren Eigentum stehende ausländische Tochtergesellschaft, die die Handels- und Veranlagungstätigkeit vorzunehmen hatte, festgeschrieben war, die G. INVEST AG sich dessen ungeachtet aber auch die Veranlagung über andere in- oder ausländische Gesellschaften, sowie die Änderung der Veranlagungsgesellschaften, Vertragspartner und Verwalter ausdrücklich vorbehalten hat. Da sich die G. INVEST AG darüber hinaus auch die jederzeitige einseitige Änderung der konkreten Veranlagung bzw. Veranlagungsform vorbehalten hat, weist die FMA in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass es damit letztlich ausschließlich im Ermessen der G. INVEST AG lag, wie und durch wen das an sie einbezahlte Genussrechtskapital verwaltet wurde. Dazu kommt, dass die Kundengelder mit einer spezifischen Abrede bezüglich ihrer Veranlagung hingegeben und der Rückzahlungsanspruch vom Erfolg dieser Veranlagung abhing. Die G. INVEST AG schuldete demnach eine Geschäftsbesorgung dahingehend, die vereinnahmten Gelder zu den in den Genussrechtsbedingungen dargelegten Bedingungen zu veranlagen, wobei die Weitergabe zur Disposition durch Dritte, nämlich der G. Active Trade Ltd. und ab 2005 der G. Active Trade FZE, zusätzlich vereinbart war. Naturgemäß muss daher ein Weisungszusammenhang zwischen Mutter und Tochtergesellschaft existiert haben, da mit einer völlig frei im Ausland operativ tätigen Veranlagungsgesellschaft die Einhaltung der Genussrechtsbedingungen nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres zu

bewerkstelligen gewesen wäre. Dieser Weisungszusammenhang und damit der gestaltende Einfluss auf die Veranlagung der Gelder im Ausland war durch die 100% Beherrschung der Tochtergesellschaften GAT LTD. und GAT.FZE jedenfalls sichergestellt, sodass davon auszugehen ist, dass diese Tochtergesellschaften letztlich als verlängerter Arm der G. INVEST AG bei der Veranlagung des Genussrechtskapitals im Ausland agiert haben. Die Berufungsbehörde vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, dass durch eine vergleichsweise einfache Konstruktion, nämlich der operativen Einbeziehung einer zu 100% beherrschten ausländischen Tochter bei der Verwaltung von Kundengeldern, die Regeln des BWG umgangen und damit wie gegenständlich - etwa 18 Millionen Euro an in Österreich eingezahlten Kundengeldern der österreichischen Bankenaufsicht entzogen werden können. Die Berufungsbehörde geht daher ebenso wie die FMA davon aus, dass der Abschluss der Verträge zwischen der G. INVEST AG (vormals G. Invest- und Vermögensberatung AG) und ihren Kunden und die auf Grund dieser Verträge entfaltete Tätigkeit der G. INVEST AG die Konzessionspflicht gemäß § 1 Abs 1 Z 1 erster Fall BWG auslöste. Der objektive Tatbestand der dem Berufungswerber zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist daher als erwiesen anzusehen. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zu widerhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da zum Tatbestand der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und auch über das Verschulden keine Bestimmung enthalten ist, handelt es sich bei dieser Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 VStG. Bei diesem besteht von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche von diesem jedoch widerlegt werden kann. Ihm obliegt es, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Der Beschuldigte hat hiezu initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht; dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachen vorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln bzw die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der im Wirtschaftsleben Tätige verpflichtet, sich über die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu informieren (vgl. VwGH vom 21.3.1991, Zl. 90/09/0097 u.a.) und darf sich im Zweifelsfalle nicht auf für ihn günstige Rechtsauskünfte Privater, und seien dies auch Rechtsberater oder andere Experten des Rechtsgebiets, verlassen. Zur Geltendmachung seines mangelnden Verschuldens verweist der Berufungswerber auf die Beantwortung einer Anfrage seines ehemaligen Rechtsvertreters durch die FMA, worin diese zum Ausdruck gebracht habe, dass kein Bankgeschäft vorliege, wenn das durch die Ausgabe von Genuss scheinen erworbene Genusskapital ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaft in Österreich zur Gänze an eine ausländische Körperschaft übertragen werde. Diese Ansicht sei in einem weiteren Schreiben an den ehemaligen Rechtsvertreter vom 10.02.2008 bekräftigt worden. Darüber hinaus führt der Berufungswerber aus, dass er als juristischer Laie in ständigem Kontakt mit der FMA gewesen sei und zudem rechtlichen Rat bei seinem rechtsfreundlichen Vertreter gesucht habe. Aufgrund der im Verfahren seinerseits vorgelegten Korrespondenz sei er der Meinung gewesen, dass keine Konzessionspflicht für die Ausgabe von Genuss scheinen bestehe. Eine über den ständigen Kontakt mit der FMA sowie die Einholung fachlichen Rates hinausgehende Sorgfaltspflicht habe nicht bestanden. Abgesehen von dem Umstand, dass das wiederholt angesprochene weitere Schreiben der FMA an den ehemaligen Rechtsvertreter vom 10.02.2008 offensichtlich nicht existiert bzw. im Verfahren jedenfalls nicht vorgelegt wurde, moniert der Berufungswerber mit seinem Vorbringen erkennbar das Vorliegen eines Rechtsirrtums. Gemäß § 5 Abs 2 VStG entschuldigt Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zu widergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

Demnach müssen die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrite Gesetzesauslegung, unverschuldet sein. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen - Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen (vgl. etwa VwGH vom VwGH v. 23.12.1991, Zl. 88/17/0010). Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, dargelegt hat, ist gerade dann, wenn bewusst eine Konstruktion gewählt wird, mit der die rechtlichen Möglichkeiten bis zum Äußersten ausgereizt werden sollen, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen. Die entsprechenden Erkundigungen können zwar nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (vgl. VwGH vom 30. November 1981, Zl. 81/17/0126). Hat die

Partei (z.B. von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. November 1998, Zl. 96/15/0153). Dabei gilt für die Sorgfaltspflicht der Partei gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine Gestaltung gewählt wurde, bei der eine Konzessionspflicht nach dem BWG gerade noch vermieden werden sollte (VwGH vom 26.11.2010, Zl. 2006/17/0006).

Grundlage der Argumentation des Berufungswerbers ist eine durch seinen damaligen anwaltlichen Vertreter an die FMA gerichtete Anfrage vom 30.04.2002. Dieses Schreiben wurde im Verfahren nicht vorgelegt. Wohl aber vorhanden ist das Antwortschreiben der FMA vom 08.05.2002 (Beilage/12), aus welchem ersichtlich ist, dass Gegenstand der Anfrage eine ?Gl. Options Fund Beteiligungs GmbH? war, welche beabsichtigte, Genusscheine auszugeben und das vereinnahmte Kapital in den Erwerb von Beteiligungen an einer Gesellschaft in Liechtenstein in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen zu übertragen. Bezogen auf genau diesen Sachverhalt teilte die FMA dem anfragenden Rechtsanwalt mit, dass für den Fall, dass ?das durch die ausgegebenen Genusscheine erhaltene Genusscheinkapital ohne irgendeine konkrete eigene Geschäftstätigkeit bloß an die ausländische Körperschaft (z.B. in Form eines Gesellschafterzuschusses) übertragen würde, weder die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des österreichischen Bankwesengesetzes noch des Investmentfondsgesetzes anzuwenden wären. Das Gleiche gelte auch für die Geschäftstätigkeit der ausländischen Körperschaft, die im Ausland über das Genusscheinkapital im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verfügt, solange sie in Österreich nicht bankgeschäftlich tätig werde.? Dem Berufungswerber war der Inhalt dieses Schreibens jedenfalls bekannt (vgl. die im Akt in Kopie einliegende und durch den Berufungswerber als ?Sachbearbeiter? selbst erstellte Beantwortung einer Anfrage der FMA vom 12.09.2003). Auch hinsichtlich einer an die G. INVEST AG gerichteten Anfrage der FMA vom 23.08.2004, worin der Gesellschaft mitgeteilt wurde, dass die Genussrechtsbedingungen die Annahme rechtfertigen würden, dass sie u.a. Bankgeschäfte gemäß § 1 Abs 1 Z. 1 BWG betreibe und ihr in diesem Zusammenhang die Beantwortung einer Reihe von Fragen abverlangt wurde, verwies der damalige anwaltliche Vertreter der GL. INVEST AG mit (nur im Umfang der ersten Seite vorgelegten) Schreiben vom 07.10.2004 die anfragende Behörde auf deren o.a. Anfragebeantwortung vom 08.05.2002 (Beilage/12), worin ?die Finanzmarktaufsicht ihre Rechtsmeinung zum Ausdruck gebracht habe, dass die aufgezeigte Konstruktion kein Bankgeschäft sei?.

Warum der Berufungswerber durch diese Korrespondenz die oben dargelegte konkrete Geschäftstätigkeit der G. INVEST AG als durch die Aufsichtsbehörde quasi ?sanktioniert? und sich selbst darob frei von jeglichem Verschulden erachtet, ist nicht nachvollziehbar, liegt der angefragten Konstruktion jedenfalls kein der als erwiesenen festgestellten Geschäftstätigkeit der G. INVEST AG vergleichbarer Sachverhalt, sondern allenfalls tatsächlich die Übertragung von Rechten iSd § 174 Abs 3 AktG zugrunde, wohingegen die verfahrensgegenständlichen ?Genussrechte? jedenfalls keine Beteiligung an einem Vertragspartner vermitteln, sondern ausschließlich einen schuldrechtlichen Anspruch auf einen näher definierten Anteil am Veranlagungserlös. Der Berufungswerber ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. letztmals VwGH vom 26.11.2010, Zl. 2006/17/0006) eine Auskunft der zuständigen Behörde (hier der FMA) dann nicht entschuldigen kann, wenn ihr nicht der exakte Sachverhalt, wie er im Wirtschaftsleben sodann verwirklicht wird, zu Grunde liegt.

Der Berufungswerber wurde sodann am 13.03.2007 im Beisein seines damaligen anwaltlichen Vertreters hinsichtlich der durch die G. INVEST AG ausgegebenen Genussrechte unmittelbar mit einer Übertretung nach § 1 Abs 1 Z 1 BWG konfrontiert und hat diesen Vorwurf zur Kenntnis genommen. Gleichzeitig wurden der G. INVEST AG ?sämtliche Abwicklungsmodalitäten zugunsten der Kunden und die Setzung entsprechender Veranlassungen? auferlegt. Ungeachtet dessen wurde die Ausgabe von Genussrechten der gegenständlichen Art erst am 18.02.2008 eingestellt und statt dessen nur mehr Zertifikate öffentlich angeboten, als deren Emittent offenbar die Ca.-Bank fungierte. Die bis zu diesem Zeitpunkt ausgegebenen ?Genussrechte? wurden nicht in Zertifikate umgewandelt, sondern verblieben bei den Zeichnern. Die Veranlagung der Gelder im Ausland wurde überhaupt erst auf Grund der Eröffnung des Konkurses über die GL. INVEST AG am 06.03.2009 eingestellt.

Vor diesem Hintergrund vermag der Berufungswerber aber kein mangelndes Verschulden darzutun. Selbst unter der Annahme, dass er von seinem damaligen Rechtsanwalt allenfalls im Unklaren über die konkrete Ausgestaltung der an die FMA gerichteten Anfrage vom 30.04.2002 gelassen worden wäre (wobei für eine derartige Annahme aber kein hinreichender Grund besteht), wäre es an ihm gelegen, deren Inhalt zu hinterfragen und mit der Rechtsauskunft der FMA zu vergleichen und allenfalls selbst bei der FMA entsprechende rechtliche Auskünfte einzuholen, da ? wie bereits

ausgeführt - gerade dann, wenn bewusst eine Gestaltung gewählt wurde, bei der eine Konzessionspflicht nach dem BWG gerade noch vermieden werden sollte, eine besondere Sorgfalt hinsichtlich der dem Vorstand einer AG auferlegten Erkundigung über die Rechtslage an den Tag zu legen ist.

Dass die FMA zwischen ihren Anfragen an die G. Invest- und Vermögensberatung AG vom 12.09.2003 bzw. die G. INVEST AG vom 23.08.2004 ? zumindest laut Akteninhalt ? keine weiteren Schritte im Hinblick auf die weitere Verfolgen der von ihr darin dargelegten Annahme einer konzessionspflichtigen Tätigkeit der Gesellschaften zumindest bis 2007 verfolgt hat, vermag den Berufungswerber ebenfalls nicht zu entschuldigen, da aus dem bloßen Schweigen oder Untätigbleiben einer Behörde jedenfalls nicht auf die Zulässigkeit einer Tätigkeit (ohne Konzession nach dem BWG) geschlossen werden darf. Dass ? nach den Berufungsausführungen ? der ihm im Zuge der Besprechung vom 13.03.2007 durch die FMA gemachte Vorwurf einer Übertretung des § 1 Abs 1 Z. 1 BWG angeblich durch seinen Rechtsvertreter negiert worden sei, weil die Rechtslage betreffend die Konzessionspflicht ungeklärt gewesen sei, vermag an einem Verschulden des Berufungswerbers nach dem oben Gesagten ebenfalls nicht zu ändern. Unrichtig ist in diesem Zusammenhang zudem, dass die Rechtslage ungeklärt gewesen sei, da der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 22.02.2006, GZ. 2005/17/0196 (siehe oben Seite 10) grundlegende rechtliche Ausführungen zu § 1 Abs 1 Z. 1 BWG getätigt hat, die zumindest dem Rechtsberater des Berufungswerbers bei gehöriger Aufmerksamkeit bekannt hätten sein müssen.

Da der Berufungswerber zusammenfassend nicht glaubhaft gemacht hat, dass ihn an der vorliegenden Verwaltungsübertretung kein Verschulden trifft, war auch vom Vorliegen der subjektiven Tatseite in Form zumindest fahrlässigen Verhaltens auszugehen. Gemäß § 31 Abs 2 VStG beträgt die Verjährungsfrist bei den Verwaltungsübertretungen der Gefährdung, Verkürzung oder Hinterziehung von Landes- und Gemeindeabgaben ein Jahr, bei allen anderen Verwaltungsübertretungen sechs Monate. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt. Gemäß § 99b BWG gilt bei Verwaltungsübertretungen gemäß den §§ 98 und 99 anstelle der Verjährungsfrist des § 31 Abs 2 VStG von sechs Monaten eine Verjährungsfrist von 18 Monaten.

Die G. INVEST AG hat bis 18.02.2008 Genussrechte der gegenständlichen Art ausgegeben und die eingezahlten Gelder über ihre 100%ige Tochter G. Active Trade (GAT FZE) bis zur Eröffnung des Konkurses über die G. INVEST AG am 06.03.2009 veranlagt. Ungeachtet des Umstandes, dass fremde Gelder somit nur bis zum 18.02.2008 entgegengenommen wurden, ist infolge der bis zum 06.03.2009 fortgesetzten Verwaltung der fremden Gelder davon auszugehen, dass das strafbare Verhalten insgesamt erst ab diesem Zeitpunkt aufgehört hat. Zu Recht ist die FMA vom Vorliegen eines Dauerdeliktes ausgegangen. Verjährung ist nicht eingetreten.

Gemäß § 10 VStG richten sich Strafart und Strafsatz nach den Verwaltungsvorschriften, so weit in diesem Gesetz nicht anderes bestimmt ist. Unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 98 Abs 1 BWG war gegenständlich von einem bis zu ? 50.000 reichenden gesetzlichen Strafrahmen auszugehen. Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, so weit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen besonders zu berücksichtigen. Gegenständlich hat die G. INVEST AG unter der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung des Berufungswerbers über einen Zeitraum von etwa sechs Jahren hinweg Bankgeschäfte ohne die erforderliche Konzession betrieben. In diesem Zeitraum haben insgesamt ca. 3000 Kunden Genussrechte der genannten Gesellschaft erworben und ein Volumen von etwa 18 Millionen Euro investiert. Die von der G. INVEST AG ohne Vorliegen einer Bankenkonzession zur Verwaltung entgegengenommenen Kundengelder stellen somit ein beträchtliches Finanzvolumen dar, welches in Ermangelung einer Bankenkonzession dem aufsichtsrechtlichen Instrumentarium entzogen war. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat erweist sich vor diesem Hintergrund als schwerwiegend. Auch das den Berufungswerber treffende Verschulden kann nicht als bloß geringfügig eingestuft

werden, zumal weder im Verfahren hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der vom Berufungswerber übertrretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderer Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Die im Zuge des Verfahrens ins Treffen geführten Umstände, wonach er aufgrund des ständigen Kontakts mit der FMA und der in diesem Zusammenhang vorgelegten Korrespondenz davon ausgehen habe dürfen, dass keine Konzessionspflicht für die Ausgabe von Genussscheinen bestehe, vermögen das den Berufungswerber treffende Verschulden nicht zu mindern, wäre es doch an ihm gelegen, einen Konzessionsantrag für die von der G. INVEST AG durchgeführten Bankgeschäfte zu stellen oder zumindest bei der FMA unter vollständiger und lückenloser Offenlegung deren Geschäftstätigkeit anzufragen, ob eine Konzessionspflicht vorliegt. Dass der Berufungswerber dies getan oder veranlasst hätte, ist im gesamten Verfahren nicht hervorgekommen. Zu Recht hat die FMA den langen Tatzeitraum sowie den Umstand, dass die G. INVEST AG trotz einer gegenteiligen Aufforderung der Aufsichtsbehörde vom März 2007 die Ausgabe von Genussrechten bis 18.02.2008 fortgesetzt und die Verwaltung der Gelder überhaupt erst infolge der Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen eingestellt hat, als erschwerend gewertet.

Der Berufungswerber hat sich bis zuletzt uneinsichtig gezeigt, sodass keine Prognose für ein künftiges Wohlverhalten erstellt werden konnte. Laut Akteninhalt ist der Berufungswerber verwaltungsstrafrechtlich unbescholtener. Dieser Milderungsgrund wurde bereits bei der erstinstanzlichen Strafbemessung ausreichend berücksichtigt.

Andere Milderungsgründe sind auch im Berufungsverfahren nicht hervorgekommen. Laut den Angaben des anwaltlichen Vertreters in der öffentlichen mündlichen Verhandlung war der Berufungswerber im Zeitpunkt der mündlichen Verkündung der Berufungsentscheidung arbeitslos und verfügte weder über ein Einkommen, noch über Vermögen. Da zudem über das Vermögen der G. INVEST AG mit Beschluss des HG Wien 06.03.2009 das Konkursverfahren eröffnet wurde, sind seine wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse als ungünstig zu werten. Sorgepflichten waren nicht zu berücksichtigen.

Unter Bedachtnahme auf die dargelegten Strafzumessungsgründe, den bis ? 50.000 reichenden gesetzlichen Strafrahmen, sowie unter Berücksichtigung spezial- und generalpräventiver Erfordernisse blieb für eine Herabsetzung der Geldstrafe - trotz der ungünstigen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse des Berufungswerbers - kein Raum.

Die Ersatzfreiheitsstrafe erweist sich im Verhältnis zur Höhe der Geldstrafe und ihrer gemäß § 16 Abs 2 VStG maximal zulässigen Dauer von zwei Wochen als angemessen. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.

**Zuletzt aktualisiert am**

05.09.2011

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

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