

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

07.10.2013

Geschäftszahl

2013/17/0592

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschovsky und die Hofrätin Mag. Dr. Zehetner sowie den Hofrat Mag. Straßegger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fries, über die Beschwerde 1. des RR und 2. der G GmbH, beide in Wien, beide vertreten durch Dr. Michael Vallender, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Paulanergasse 14/1/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 24. Juni 2013, Zlen. UVS- 06/FM/9/5380/2012-4, UVS-06/FMV/9/5421/2012, betreffend Übertretung des BWG, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde über den Erstbeschwerdeführer als gemäß § 9 Abs. 1 VStG Vertretungsbefugtem der Zweitbeschwerdeführerin eine Geldstrafe von EUR 7.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 3 Tage) verhängt, weil er zu verantworten habe, dass die Zweitbeschwerdeführerin ohne die gemäß § 4 Abs. 1 BWG erforderliche Konzession vom 1. August 2002 bis 2. Mai 2011 gewerblich fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen habe, indem die Zweitbeschwerdeführerin Genussscheine näher bestimmter Serien begeben habe. Damit habe der Erstbeschwerdeführer § 98 Abs. 1 BWG verletzt.

Weiters wurde ausgesprochen, dass die Zweitbeschwerdeführerin für die verhängte Geldstrafe (Verfahrenskosten) zur ungeteilten Hand hafte.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges aus, bei der Zweitbeschwerdeführerin handle es sich um eine seit 3. Mai 2002 im Firmenbuch eingetragene Kapitalgesellschaft mit dem Geschäftszweig "Beteiligungen an anderen Unternehmen", welche zu keiner Zeit im Besitz einer Konzession für die Durchführung von Bankgeschäften gewesen sei. Der Erstbeschwerdeführer habe im gesamten Tatzeitraum als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer fungiert; er sei bis Mitte 2004 auch Alleingesellschafter gewesen.

Am 1. August 2002 habe die Zweitbeschwerdeführerin mit der Emission von Genussscheinen unter bestimmten "Genussscheinbedingungen" begonnen, mehrere (näher genannte) Serien aufgelegt und u.a. über die Homepage des Unternehmens dem Publikum angeboten.

Das Kapital der Genussscheinzeichner sei in der Folge auf Konten der Zweitbeschwerdeführerin entgegengenommen worden. Die Zweitbeschwerdeführerin habe das Geld in der Folge auf ein Konto bei derselben Bank, lautend auf die "G Ltd.", eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Zweitbeschwerdeführerin (worin der Erstbeschwerdeführer ebenfalls eine Geschäftsführerfunktion innehabt), überwiesen. Letztere sei operativ tätig und habe die Verwaltung des Genussscheinkapitals über gehabt.

Sämtliche Genussscheine räumten dem einzelnen Genussrechtsinhaber einen obligatorischen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen des mit dem gesamten Genussrechtskapital gebildeten Rechnungskreises im Unternehmen ein. Die dort erwirtschafteten Ergebnisse seien weiter veranlagt worden. Gesellschafterrechte (insbesondere Stimmrechte) seien ausgeschlossen gewesen. Es habe kein Recht am Liquidationserlös bestanden. Auch Nachschusspflichten habe es nicht gegeben. Ein Verlust der gesamten Genussrechtseinlage sei nicht ausgeschlossen gewesen.

Die von der Zweitbeschwerdeführerin entgegengenommenen Gelder seien entsprechend den diesbezüglich im Wesentlichen gleichlautenden Genussscheinbedingungen weiter zu veranlagten gewesen, nämlich insbesondere in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen an die G Ltd. mit Sitz in Jersey.

Daneben habe die Zweitbeschwerdeführerin verzinsliche Einlagen in verschiedenen Währungen und andere flüssige Mittel gehalten. Darüber hinausgehende Einschränkungen im Veranlagungsermessen habe es für die Zweitbeschwerdeführerin nicht gegeben.

Die G Ltd. habe entsprechend den Genussscheinbedingungen die Gelder weiter zu veranlagen gehabt und sei verpflichtet gewesen, das Kapital je nach Veranlagungsschwerpunkt der einzelnen Genussscheinserie (Aktien, Devisen, Gold etc.) zu investieren. Sie habe im Übrigen (ebenfalls) weitgehende Ermessensfreiheit in Ansehung der Anlagestrategie gehabt. Die G Ltd. habe Anspruch auf ein monatliches Managementhonorar in Höhe von 0,25 % des Gesellschaftsvermögens, auf ein Verwaltungshonorar in Höhe von 4,20 EUR pro gehandelten Kontrakt sowie auf ein Erfolgshonorar in Höhe von 20 % des Gesellschaftsgewinns gehabt.

Zumindest bis zum Ende des gegenständlichen Tatzeitraumes 2. Mai 2011 (Zustellung der Verfahrensordnung der FMA vom 28. April 2011 an die Zweitbeschwerdeführerin mit der Aufforderung, die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage iSd BWG, die weitere Verwaltung sämtlicher bereits entgegengenommener Gelder sowie das Anbieten von Neuemissionen der gegenständlichen Genussscheine insbesondere auf der Homepage zu unterlassen) habe es noch Genussscheine gegeben - die letzten diesbezüglichen Geschäfte seien erst Ende 2011/Anfang 2012 abgewickelt worden. Die Kapitalaufbringung über die Genussscheine habe während des Tatzeitraumes bis zu 1 bis 2 Mio EUR erreicht.

Die Genussscheinbedingungen belegten das Bestehen von Rechnungskreisen, den obligatorischen Anspruch der Genussscheinerwerber, den Ausschluss von Gesellschafterrechten, die Möglichkeit eines Totalverlustes, den weitgehenden Ermessensspielraum der Zweitbeschwerdeführerin und der G Ltd., aber auch das von den Genussrechtsberechtigten an die Zweitbeschwerdeführerin zu zahlenden agio wie auch das der G Ltd. u. a. zustehende Verwaltungshonorar.

In Ansehung der Beurteilung des Vorliegens eines Einlagengeschäftes iSd § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG habe bereits die FMA darauf hingewiesen, dass wesentlich die Entgegennahme fremder Gelder, ein (nicht unbedingter) Rückzahlungsanspruch, eine Verwaltungstätigkeit mit (auch eingeschränktem) Ermessensspielraum sowie die Gewerblichkeit der Tätigkeit gewesen sei.

Im Beschwerdefall seien fremde Gelder, nämlich Genussrechtskapital, im Tatzeitraum von der Zweitbeschwerdeführerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung entgegen genommen worden. Den Genussrechtsgläubigern sei bloß ein obligatorischer Anspruch auf einen Vermögensanteil zugestanden. Die Gelder der Genussrechtsinhaber seien auf die Konten der Zweitbeschwerdeführerin, worüber (nur) dieser die Verfügungsgewalt zugekommen sei, zur Einzahlung gelangt.

Der Erstbeschwerdeführer habe (in objektiver Hinsicht) eingewendet, dass die letzte Emission bzw. Zeichnung von Genussscheinen im Jahr 2005 erfolgt sei. Danach sei kein deliktisches Verhalten der Zweitbeschwerdeführerin mehr vorgelegen. Dazu sei auszuführen, dass sich das deliktische Verhalten nicht in dem Zeitpunkt erschöpfe, in welchem das fremde Geld auf dem Konto der Zweitbeschwerdeführerin eingelangt sei. Vielmehr sei die daran anschließende und bis zum Ende des Tatzeitraumes andauernde Verwaltung (das Halten) solcher Gelder Teil des deliktischen Verhaltens nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG.

Die "zweigliedrige" Verwaltung der Gelder mit Hilfe der 100%igen Tochtergesellschaft der Zweitbeschwerdeführerin (der ausschließlich operativ tätigen G Ltd.) entsprechend den jeweiligen Genussscheinbedingungen habe zunächst in einer gewissen, nicht eng abgesteckten Veranlagungspflicht der Zweitbeschwerdeführerin bestanden (arg. "überwiegend insbesondere in einer Beteiligung an der Ltd.", vor allem in Form von nicht rückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen sowie im Halten von nicht verzinslichen Einlagen in verschiedenen Währungen und anderen flüssigen Mitteln). Die G Ltd. sei genusscheinbedingungsgemäß bloß verpflichtet gewesen, das Genussscheinkapital je nach Veranlagungsschwerpunkt der einzelnen Genussscheinserie zu investieren. Mutter- und Tochtergesellschaft hätten in Ansehung der von der Zweitbeschwerdeführerin entgegengenommenen Gelder somit weitgehend Ermessensfreiheit bzw. -spielraum gehabt. Tatsächlich sei die Zweitbeschwerdeführerin als Genussschein-Emittentin mit der Verwaltung der entgegengenommenen fremden Gelder unter maßgeblichem eigenen Ermessen beauftragt gewesen. Dass die konkreten Verträge entgegen den vorgelegten Genussscheinbedingungen ausgestaltet gewesen wären, sei nicht behauptet worden.

Da das Genussscheinkapital in eigenen Rechnungskreisen (so auch die Diktion in den Genussscheinbedingungen) zusammengefasst gewesen sei und der Anspruch der Genussrechtszeichner sich nach dem Ergebnis der Veranlagungsstrategie des Rechnungskreises gerichtet habe, sei nicht von einem Aufbringen von Beteiligungskapital für ein Unternehmen durch die Ausgabe von "Genussrechten nach § 174 Abs. 3 AktG" auszugehen. Für die bankenrechtliche Beurteilung sei im Übrigen nicht ausschlaggebend, ob die Konstruktion auch unter § 174 Abs. 3 AktG falle.

Dass die inkriminierte Tätigkeit gewerblich (§ 2 Abs. 1 UStG) durchgeführt worden sei, ergebe sich daraus, dass die Zweitbeschwerdeführerin selbständig wiederholt mit der Absicht, Einkünfte für sich (agio) aber auch für die G Ltd zu lukrieren, gehandelt habe.

Der Erstbeschwerdeführer habe ins Treffen geführt, bis 2005 sei die gewählte Vorgangsweise im Einklang mit der allgemeinen publizierten Rechtsauffassung gestanden. Weder - nicht näher konkretisierte - Beratungen durch eine Rechtsanwalts- und Steuerberatungskanzlei noch solche durch Banken und Betriebsberater hätten

Zweifel an der Zulässigkeit des Geschäftsmodells erbracht, es habe auch keine Beanstandungen durch die zuständige Behörde (FMA) gegeben.

Da es sich bei der Verwaltungsübertretung des konzessionslosen Betriebs von Bankgeschäften um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG handle, wäre es Sache des Erstbeschwerdeführers gewesen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe.

Für die Sorgfaltspflicht der Partei gelte (aber) gerade dann ein besonders strenger Maßstab, wenn - wie im Beschwerdefall - gerade eine Konstruktion entwickelt worden sei, mit der die Grenzen eines Geschäftsmodells in Ansehung des BWG und in concreto des Konzessionsregimes ausgelotet werden sollten.

Im Übrigen habe der Erstbeschwerdeführer die seine Rechtsauffassung stützenden Erkundigungen nicht näher präzisiert, weshalb sie auch einer inhaltlichen Überprüfung (Inhalt der rechtlichen Erkundung) nicht zugänglich gewesen seien. Dass er aufgrund seiner früheren beruflichen Tätigkeit als Börsenmakler davon hätte ausgehen können, dass die vertragliche Gestaltung der Genussscheinbedingungen im Zusammenhang mit der damals publizierten Literatur der Rechtsauffassung der seinerzeitigen Bundes-Wertpapieraufsicht entsprochen habe, sei eine unbegründete Spekulation des Erstbeschwerdeführers. Dass dieser bei der zuständigen Behörde (FMA) Erkundigungen über die Rechtmäßigkeit des "Geschäftsmodells" eingeholt hätte, sei von ihm nicht behauptet worden. Damit sei aber der Erstbeschwerdeführer seiner Sorgfaltspflicht nicht hinreichend nachgekommen. Er habe die ihm angelastete Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht.

Das Verschulden des Erstbeschwerdeführers sei nicht bloß geringfügig gewesen, zumal weder hervorgekommen sei, dass die Einhaltung der verletzten Bestimmungen eine überdurchschnittliche Aufmerksamkeit abverlangt hätte noch anzunehmen sei, dass die Tatbestandsverwirklichung aus besonderen Gründen nur schwer abzuwenden gewesen wäre. Es wäre unumgänglich gewesen, vorab bei der FMA deren Rechtsansicht einzuholen. Andere Anfragen, etwa bei Rechtsanwälten, reichten zur Schuldbefreiung nicht aus. Die FMA habe stets für (vergleichbare) Konstrukte die rechtliche Notwendigkeit des Vorliegens einer entsprechenden Konzession betont.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Strittig ist im Beschwerdefall, ob die belangte Behörde den Erstbeschwerdeführer als strafrechtlich Verantwortlichen zu Recht dafür bestraft hat, dass die Zweitbeschwerdeführerin fremde Gelder zur Verwaltung entgegengenommen hat (§ 1 Abs. 1 erster Fall BWG), ohne die erforderliche Konzession zu besitzen.

Unstrittig ist, dass die Zweitbeschwerdeführerin von 2002 bis 2004 Genussscheine ausgegeben und damit fremde Gelder im eigenen Namen und auf fremde Rechnung zur Verwaltung entgegengenommen hat.

§ 98 des Bankwesengesetzes (BWG), BGBl. Nr. 532/1993, erklärt in seinem Abs. 1 das Betreiben von Bankgeschäften ohne die erforderliche Berechtigung zu einer Verwaltungsübertretung. Nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG ist die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage (Einlagengeschäft) ein Bankgeschäft, soweit es gewerblich durchgeführt wird.

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. Dies kann auch in der Form geschehen, dass diese Gelder auf 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 einzugreifen, es muss aber eine Befugnis zu begrenztem selbstständigen 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. das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, mwN).

Die beschwerdeführenden Parteien bestreiten die Erfüllung des Tatbestandes insoweit nicht, sie wenden sich gegen die Bestrafung mit dem Vorbringen, der Tatzeitraum vom 1. August 2002 bis 2. Mai 2011 sei willkürlich gewählt, weil die letztmalige Emission von Genussscheinen am 15. Februar 2004 erfolgt sei.

Der belangten Behörde ist aber darin zuzustimmen, dass das deliktische Verhalten nicht in dem Zeitpunkt beendet worden ist, in dem die fremden Gelder auf dem Konto der Zweitbeschwerdeführerin eingelangt sind, sondern dass auch das sich daran anschließende und (unstrittig) jedenfalls bis zum 2. Mai 2011 andauernde Halten dieser Gelder (als Genussrechtskapital) einen Teil des deliktischen Verhaltens nach § 1 Abs. 1 Z 1 erster Fall BWG darstellt. An dieser Beurteilung vermag auch das Vorbringen nichts zu ändern, wonach die Zweitbeschwerdeführerin die entgegengenommenen Gelder an die G Ltd weitergeleitet habe, "welche ihrerseits in Erfüllung der nach den Genussscheinbedingungen gegebenen Veranlagungsschwerpunkte diese Gelder investiert" habe. Zum einen befindet sich nach den unbestrittenen Feststellungen die G Ltd mit Sitz in Jersey zur Gänze im Eigentum der Zweitbeschwerdeführerin und ist der Geschäftsführer der Erstbeschwerdeführerin auch jener der G Ltd. Dass der Zweitbeschwerdeführerin dennoch kein Einfluss an der weiteren Verwendung der an

die G Ltd weitergeleiteten Gelder zugekommen wäre, behauptet die Beschwerde nicht. Zum anderen ist nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid den Genussscheinbedingungen auch zu entnehmen, dass die Zweitbeschwerdeführerin das vereinnahmte Kapital "vor allem" in Form von nichtrückzahlbaren Gesellschafterzuschüssen an die G Ltd übertragen, aber auch in den Erwerb anderer Vermögensanlagen investieren soll. Die Entscheidung, ob und welchen Anteil der Gelder tatsächlich der G Ltd überlassen werden sollten, lag somit bei der Zweitbeschwerdeführerin (vgl. diesbezüglich auch das hg. Erkenntnis vom 7. Oktober 2010, 2006/17/0006, dem der Sachverhalt zugrunde lag, dass im Zusammenhang mit der Emission von Genussscheinen eine Geschäftsbesorgung geschuldet war, wonach die vereinnahmten Gelder zu veranlagen waren, wobei die Zulässigkeit der Weitergabe zur selbstständigen Disposition durch Dritte zusätzlich vereinbart war). Aus den Umständen des vorliegenden Beschwerdefalls konnte die belangte Behörde somit unbedenklich schließen, dass der Zweitbeschwerdeführerin hinreichender Entscheidungsspielraum in Bezug auf die Verwendung der vereinnahmten Gelder zugekommen ist.

Auch der in der Beschwerde behauptete Umstand, dass die Genussscheine "zum Großteil" von Familienmitgliedern des Erstbeschwerdeführers und dessen Lebensgefährtin gezeichnet worden sind, vermag an der Beurteilung, dass es sich dabei um die Entgegennahme von fremden Geldern gehandelt hat, nichts zu ändern.

Die Beschwerde wendet sich gegen die subjektive Vorwerfbarkeit des zur Last gelegten Verhaltens mit dem Vorbringen, dass bis zur letztmaligen Emission der Genussscheine im Jahr 2004 noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bestanden habe, nach der diese Tätigkeit das Vorliegen einer Konzession vorausgesetzt hätte. Solches habe der Verwaltungsgerichtshof erstmals in seinem Erkenntnis vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/17/0195, ausgesprochen. Und auch dieses Erkenntnis habe noch keine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dargestellt.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass auch eine irrige Gesetzesauslegung einen Beschuldigten, der es unterlassen hat, Erkundigungen einzuholen, ob die von ihm vertretene Rechtsansicht zutrifft, nicht zu entschuldigen vermag. Solche Erkundigungen haben an der geeigneten Stelle zu erfolgen, worunter im Zweifelsfall die zur Entscheidung der Rechtsfrage zuständige Behörde zu verstehen ist. Die Argumentation mit einer auch plausiblen Rechtsauffassung kann ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht ausschließen, vielmehr trägt das Risiko des Rechtsirrtums der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle zu erkundigen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 2001/13/0064 u. a.).

Allein der Umstand, dass es zu einem bestimmten Geschäftsmodell noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den dabei auftretenden bankrechtlichen Fragen gab, rechtfertigte somit noch nicht die Annahme, dass für das gegenständliche Geschäftsmodell keine Konzessionspflicht bestand. Die beschwerdeführenden Parteien bestreiten auch nicht die Ausführungen im angefochtenen Bescheid, gerade mit ihrem Geschäftsmodell eine Konstruktion entwickelt zu haben, mit der die Grenzen in Ansehung des Konzessionssystems nach dem BWG hätten ausgelotet werden sollen. Der belangten Behörde ist dahingehend zuzustimmen, dass in einem solchen Fall ein besonders strenger Maßstab an die Sorgfaltspflicht der Verantwortlichen gelegt werden muss. Die Beschwerdeführer behaupten aber in ihrer Beschwerde nicht, dieser Sorgfaltspflicht in irgendeiner Weise, insbesondere durch Erkundigungen bei der zuständigen Behörde, entsprochen zu haben. Solange jedoch weder eine Auskunft der zuständigen Stelle noch ein Feststellungsbescheid vorliegt, kann der Rechtsunterworfenen sich nicht auf einen Schuldausschließungsgrund im Hinblick auf fehlende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes berufen (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 4. September 2008, Zl. 2008/17/0034).

Der Beschwerde ist es somit auch im Hinblick auf die subjektive Tatseite nicht gelungen, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

Da sich bereits aus dem Beschwerdeinhalt ergibt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde ohne weiteres Verfahren gemäß § 35 Abs. 1 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. Wien, am 7. Oktober 2013