

TE Uvs Bescheid 2011/1/11 06/FM/40/8211/2010

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.01.2011

Index

21/06 Wertpapierrecht

Norm

WAG 2007 §56 Abs1 Z1

WAG 2007 §95 Abs2 Z1

1. WAG 2007 § 56 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
1. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
3. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
4. WAG 2007 § 95 gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
5. WAG 2007 § 95 gültig von 01.09.2012 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
6. WAG 2007 § 95 gültig von 01.05.2012 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
7. WAG 2007 § 95 gültig von 01.07.2010 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2010
8. WAG 2007 § 95 gültig von 11.06.2010 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2010
9. WAG 2007 § 95 gültig von 01.05.2009 bis 10.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2009
10. WAG 2007 § 95 gültig von 15.12.2007 bis 30.04.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2007
11. WAG 2007 § 95 gültig von 01.11.2007 bis 14.12.2007

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Koprivnikar als Vorsitzende, Dr. Schmid als Berichter und Dr. Martschin als Beisitzer über die Berufung des Herrn Christian J., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 11.8.2010, Zl. FMA-KL29 2062.100/0001-LAW/2009, betreffend Übertretung des § 56 Absatz 1 Ziffer 1 iVm § 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG nach Durchführung einer Verhandlung am 2.12.2010 entschieden und verkündet: Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Koprivnikar als Vorsitzende, Dr. Schmid als Berichter und Dr. Martschin als Beisitzer über die Berufung des Herrn Christian J., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 11.8.2010, Zl. FMA-KL29 2062.100/0001-LAW/2009, betreffend Übertretung des Paragraph 56, Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2 Ziffer 1 WAG nach Durchführung einer Verhandlung am 2.12.2010 entschieden und verkündet:

SPRUCH

Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Absatz 1 Ziffer 2 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß § 66 Absatz 1 VStG keinen Beitrag zu

den Kosten des Verfahrens zu leisten. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz 1 Ziffer 2 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß Paragraph 66, Absatz 1 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu leisten.

Text

Im Straferkenntnis vom 11.8.2010 wird dem nunmehrigen Berufungswerber Folgendes zur Last gelegt:

„Sie sind seit 03.07.2000 Vorstand der C.-Bank – AG, eines Kreditinstitutes mit dem Sitz in G., B.-ring.

In dieser Funktion haben Sie es gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idgF, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die C.-Bank – AG (im Folgenden kurz „C.-Bank“) am Unternehmenssitz sowie in der Filiale Wien, W.-straße im Zeitraum vom 25.03.2008 bis 23.09.2008 fortgesetzt In dieser Funktion haben Sie es gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG), Bundesgesetzblatt 52 aus 1991, idgF, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die C.-Bank – AG (im Folgenden kurz „C.-Bank“) am Unternehmenssitz sowie in der Filiale Wien, W.-straße im Zeitraum vom 25.03.2008 bis 23.09.2008 fortgesetzt

1. Kundenaufträge im Rahmen des von ihr über den Geschäftsbereich „die Plattform“ angebotenen „Entnahmeplanes“ zusammen bearbeitet hat. Dies dadurch, dass alle Kundenaufträge im Rahmen des „Entnahmeplanes“ zusammen mittels Platzierung einer „bestens“ Großorder in der Schlussauktion an den jeweils in Beilage 1, die einen integrierten Bestandteil dieser Aufforderung zur Rechtfertigung darstellt, aufgelisteten Handelstagen, ausgeführt wurden, obwohl zu erwarten war, dass dies einen rapiden Kursverfall der Aktie der E. AG (kurz: E.-Aktie) zur Folge haben und somit die Zusammenlegung der Aufträge für jeden Kunden insgesamt nachteilig sein würde.

2. Gemäß § 9 Abs 7 VStG haftet die C.-Bank – AG für die gegen den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. 2. Gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG haftet die C.-Bank – AG für die gegen den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad 1. § 56 Abs 1 Z 1 iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG Ad 1. Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins, WAG

unter Heranziehung von § 9 Abs 1 VStG unter Heranziehung von Paragraph 9, Absatz eins, VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Ad 1. 3.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19 und 44a VStG iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: Gemäß Paragraphen 16, 19 und 44 a VStG in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins, WAG Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

* 300 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe werden gleich 15 Euro angerechnet); * 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für --.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3.300 Euro.“

In der frist- und formgerecht eingebrachten Berufung vom 26.8.2010 wird gegen dieses Straferkenntnis vorgebracht:

„Wir haben die Br. Rechtsanwälte GmbH bevollmächtigt, uns im Strafverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien zu vertreten. Gegen die (wortgleichen) Straferkenntnisse der FMA, jeweils vom 11.8.2010, GZ FMA-KL29 2062.100/0001-LAW/2009, jeweils zugestellt am 12.8.2010, betreffend unsere Bestrafung als verantwortliche Beauftragte der C.-Bank – AG (im Folgenden: "C.-Bank") gemäß § 9 Abs 1 VStG wegen Verstoßes gegen § 56 Abs 1 Z 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 – WAG erheben wir nachstehende „Wir haben die Br. Rechtsanwälte GmbH bevollmächtigt, uns im Strafverfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien zu vertreten. Gegen die (wortgleichen) Straferkenntnisse der FMA, jeweils vom 11.8.2010, GZ FMA-KL29 2062.100/0001-LAW/2009, jeweils zugestellt am 12.8.2010, betreffend unsere Bestrafung als verantwortliche Beauftragte der C.-Bank – AG (im Folgenden: "C.-Bank") gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG wegen Verstoßes gegen Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 – WAG erheben wir nachstehende

Berufung

an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Wien. Wir fechten das Straferkenntnis der FMA in seinem gesamten Umfang wegen unrichtiger und unvollständiger Tatsachenfeststellung sowie wegen rechtswidrigen Inhalts an. Ferner war das dem Straferkenntnis zugrunde liegende Verfahren mangelhaft.

1. Sachverhalt

a) Die FMA wirft uns vor, wir hätten Kundenaufträge im Rahmen des von uns über den Geschäftsbereich "Die Plattform" angebotenen "Entnahmeplans" zum Abbau des Bestands des Kunden an Aktien der E. Business-Immobilien AG (im Folgenden: E.-Aktie) unzulässigerweise zusammen bearbeitet. Wir hätten sämtliche Kundenaufträge im Rahmen des "Entnahmeplans" gesammelt mittels einer Großorder mit dem Zusatz "bestens" in der Schlussauktion an bestimmten Handelstagen ausgeführt, obwohl zu erwarten gewesen wäre, dass dies einen rapiden Kursverfall der Aktie E.-Aktie zur Folge haben würde. Das Zusammenlegen der Aufträge wäre daher für jeden Kunden insgesamt nachteilig gewesen. Konkret hält uns die FMA vor, das beschriebene Verhalten jeweils am 25.3., 22.4., 21.5., 23.6., 22.7., 21.8. und am 23.9.2008 gesetzt zu haben (siehe Straferkenntnisse der FMA).

b) Richtig ist, dass die C.-Bank über den Geschäftsbereich "Die Plattform" den gegenständlichen "Entnahmeplan" angeboten hat. Bei der "Plattform" handelt es lediglich um eine Abwicklungsplattform für Wertpapiergeschäfte. Im Wesentlichen bietet die C.-Bank über "Die Plattform" das Führen von Depots und die Weiterleitung von Kauf-/Verkaufsaufträgen über Wertpapiere an. Kundenberatungen werden über diesen Geschäftsbereich weder angeboten noch durchgeführt.

c) Beim verfahrensgegenständlichen Entnahmeplan wurden die Kunden von unserem Kooperationspartner, der A. Gesellschaft für Wirtschaftsberatung mbH, beraten. Dieses Unternehmen beriet die Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. "Die Plattform" diente lediglich als Ausführungsstelle, welche die Wertpapierdepots führte, auf denen die E.-Aktien eingebucht waren, und welche die Verkaufsaufträge im Rahmen des "Entnahmeplans" weiterleitete.

d) Bei einem "Entnahmeplan" handelt es sich um ein übliches Bankprodukt, das auch von anderen Instituten (für andere Finanzinstrumente) angeboten wird. Den verfahrensgegenständlichen "Entnahmeplan" für E.-Aktien hat die C.-Bank auf Initiative des A. ins Leben gerufen.

e) Der "Entnahmeplan" sah vor, dass die C.-Bank jeweils zum 20. jedes Monats E.- Aktien des Kunden zu einem bestimmten Gegenwert verkauft und das Geld dem Kunden überweist. Das bedeutet, dass nicht eine bestimmte Stückzahl an Aktien veräußert, sondern jeweils ein bestimmter "Erlös" erzielt werden sollte. Zu diesem Zweck unterfertigte jeder Kunde einen entsprechenden (globalen) Verkaufsauftrag. Durch den Entnahmeplan wurde der Bestand des Kunden an E.-Aktien sukzessive abgebaut. Diese Vorgehensweise beruhte auf gesonderter Vereinbarung mit dem Kunden sowie auf den AGB der Bank, die dem Kunden – vom Kooperationspartner – übergeben wurden (Beilage .1); in unseren AGB wird ausdrücklich auf die Möglichkeit der Orderzusammenlegung hingewiesen.

f) Zum Zeitpunkt des Abschlüssens der "Entnahmepläne", dh des Erteilens der Verkaufsaufträge durch die Kunden, handelte es sich bei der E.-Aktie um ein Papier mit ausreichender Liquidität. Damals wurde die E.-Aktie ausschließlich während der "Auktion" gehandelt. Bei der "Auktion" wird – vereinfacht gesagt - der Handel eines Wertpapiers auf einen bestimmten Zeitraum konzentriert. Im Gegensatz dazu werden beim "Fließhandel" (fortlaufender Handel) die Aufträge laufend ausgeführt, dh Kauf- und Verkaufsgeschäfte können jederzeit stattfinden, ohne den Auktionszeitraum abwarten zu müssen.

Erst während der Laufzeit der "Entnahmepläne" wurde aus den E.-Aktien ein "Fließhandeltitel".

g) Im Zuge der Ereignisse auf dem Kapitalmarkt, insbesondere im Zusammenhang mit Immobilientiteln, hat sich die Liquidität bei E.-Aktien – also die Möglichkeit zum Handel des Produkts – geändert.

h) Wie bereits erwähnt, beriet die C.-Bank den Kunden nicht über den "Entnahmeplan" bzw die Art der Orderweiterleitung; sämtliche Beratungsleistungen wurden von unserem Kooperationspartner, einer konzessionierten Wertpapierfirma erbracht.

i) Aufgrund von mehreren Anfragen der FMA zum verfahrensgegenständlichen Thema führten wir ab September 2008 vorsichtshalber keine Sammelorders für E.-Aktien mehr durch (siehe unten).

2. Zum behaupteten Kursverfall

a) Durchwegs nicht richtig sind die von der FMA genannten Daten zum jeweiligen Kursverfall der E.-Aktie. So behauptet die Aufsichtsbehörde, dass durch unsere Verkaufsaufträge vom 25.3.2008 der Kursverfall an diesem Tag -8,5% betragen hätte. Richtig ist jedoch, dass der Kurs an diesem Tag lediglich um etwa 2,2% gesunken ist (von EUR 6,96 auf EUR 6,81).

b) Ferner führt die FMA aus, dass der Kurs der E.-Aktie am 22.4.2008 von EUR 7,01 auf EUR 6,96 gesunken sei, was einen Kursverfall um -2,01% bedeute. Der korrekt berechnete Kursverfall betrug aber nur 0,7% (gerechnet von EUR 7,01 auf EUR 6,96).

c) Weiters ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass auch die übrigen von der FMA angeführten Prozentangaben zum Kursfall nicht richtig angegeben wurden. Unseren Berechnungen zufolge betrug der prozentuelle Verlust - auf Basis der von der FMA genannten Beträge - beispielsweise am 23.6.2008 lediglich 2,44%, am 22.7.2008 4,68% bzw am 21.8.2008 3,59%. Die Kursverluste waren also durchwegs geringer als von der Aufsichtsbehörde angegeben.

d) Hätte die FMA das Strafverfahren ordnungsmäßig vorgenommen, wäre sie in ihren Straferkenntnissen von richtigem Zahlenmaterial ausgegangen.

3. Zur Bestellung als verantwortliche Beauftragte iSd § 9 VStG. Zur Bestellung als verantwortliche Beauftragte iSd Paragraph 9, VStG

a) Im Zuge der Erhebungen der FMA zum gegenständlichen Entnahmeplan (Chronologie siehe unten) teilten wir der Aufsichtsbehörde mit, dass im relevanten Zeitraum Frau Sigrid R. als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG für den betreffenden Geschäftsbereich bestellt war. Frau R. – eine leitende Mitarbeiterin des Geschäftsbereichs "Die Plattform" – nahm diese Bestellung am 24.4.2006 an (siehe Beilage ./2) und verfügte über die notwendigen Anordnungsbefugnisse, um die mit der Bestellung gemäß § 9 Abs 2 VStG verbundenen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen zu können. a) Im Zuge der Erhebungen der FMA zum gegenständlichen Entnahmeplan (Chronologie siehe unten) teilten wir der Aufsichtsbehörde mit, dass im relevanten Zeitraum Frau Sigrid R. als verantwortliche Beauftragte gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG für den betreffenden Geschäftsbereich bestellt war. Frau R. – eine leitende Mitarbeiterin des Geschäftsbereichs "Die Plattform" – nahm diese Bestellung am 24.4.2006 an (siehe Beilage ./2) und verfügte über die notwendigen Anordnungsbefugnisse, um die mit der Bestellung gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG verbundenen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen zu können.

b) Nach Ansicht der FMA wäre die Bestellung von Frau R. nicht wirksam und daher in den gegenständlichen Strafverfahren unbeachtlich. Die Aufsichtsbehörde begründet dies wie folgt:

i) Eine Bestellung gemäß § 9 Abs 2 VStG hätte für einen "klar abgegrenzten Bereich" zu erfolgen, insbesondere weil die betroffenen Behörden keine Ermittlungen "über den jeweiligen Betrieb und seine Gliederung in räumlicher und sachlicher Hinsicht anstellen" müssten (siehe Straferkenntnisse, jeweils Seite 7). Ferner sollte die Behörde nicht unter Zuhilfenahme weiterer Beweise herausfinden müssen, welcher Inhalt einer nicht eindeutigen Erklärung beizumessen wäre. Frau R. wurde für den Bereich "Investment Services" als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG für die Einhaltung der Vorschriften des WAG, des BWG, des DSG, des TKG und des FinStrG bestellt. Allerdings wäre der Bereich "Investment Services" – nach sinngemäßer Meinung der FMA – nicht eindeutig und auch in der Bestellsurkunde nicht näher definiert. i) Eine Bestellung gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG hätte für einen "klar abgegrenzten Bereich" zu erfolgen, insbesondere weil die betroffenen Behörden keine Ermittlungen "über den jeweiligen Betrieb und seine Gliederung in räumlicher und sachlicher Hinsicht anstellen" müssten (siehe Straferkenntnisse, jeweils Seite 7). Ferner sollte die Behörde nicht unter Zuhilfenahme weiterer Beweise herausfinden müssen, welcher Inhalt einer nicht eindeutigen Erklärung beizumessen wäre. Frau R. wurde für den Bereich "Investment Services" als verantwortliche Beauftragte gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG für die Einhaltung der Vorschriften des WAG, des BWG, des DSG, des TKG und des FinStrG bestellt. Allerdings wäre der Bereich "Investment Services" – nach sinngemäßer Meinung der FMA – nicht eindeutig und auch in der Bestellsurkunde nicht näher definiert.

ii) Da die C.-Bank insgesamt 27 verantwortliche Beauftragte – jeweils für unterschiedliche Bereiche – bestellt hat, würden "Fragen zur Abgrenzung der Verantwortlichkeitsbereiche" (siehe Straferkenntnisse, jeweils Seite 8) aufgeworfen.

iii) Schließlich führt die FMA noch ins Treffen, dass die Bestellung von Frau R. bereits im Jahr 2006 erfolgt sei und sich diese daher noch auf das WAG 1996 bezog. Da sich die Gesetzeslage durch das WAG 2007 aber "nicht bloß geringfügig" geändert hätte, wäre eine Neubestellung von Frau R. als verantwortliche Beauftragte notwendig gewesen. Da eine solche nicht erfolgt ist, läge keine wirksame Bestellung gemäß § 9 Abs 2 VStG vor.iii) Schließlich führt die FMA noch ins Treffen, dass die Bestellung von Frau R. bereits im Jahr 2006 erfolgt sei und sich diese daher noch auf das WAG 1996 bezog. Da sich die Gesetzeslage durch das WAG 2007 aber "nicht bloß geringfügig" geändert hätte, wäre eine Neubestellung von Frau R. als verantwortliche Beauftragte notwendig gewesen. Da eine solche nicht erfolgt ist, läge keine wirksame Bestellung gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG vor.

c) Die von der FMA vorgebrachten Argumente gehen unseres Erachtens jedoch ins Leere. Das gegenständliche Verfahren ist bereits das dritte, in dem uns die Aufsichtsbehörde vorhält, die jeweilige Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten wäre unwirksam, siehe etwa das Verfahren vor dem UVS zu GZ: FMA KL29 2062.100/0002- LAW/2008. Wie bereits damals (Berufung gegen das FMA-Straferkenntnis, 15.12.2009) vorgebracht, sind die Bereiche, für welche die C.-Bank verantwortliche Beauftragte bestellt hat, sehr wohl voneinander getrennt. So wird unter der Verantwortlichkeit "Investment Services" ausschließlich der Geschäftsbereich "Die Plattform" verstanden. Der Zuständigkeitsbereich von Frau R. war somit klar definiert und abgegrenzt.

d) Aufgrund der bereits seit vielen Jahren bestehenden Kommunikation der C.-Bank mit der FMA, insbesondere aufgrund der Compliance-Prüfung durch die FMA vom Mai 2007 kannte die Aufsichtsbehörde die interne Organisation, Strukturen und Geschäftsbereiche – einschließlich des Bereichs "Die Plattform" – sowie das unternehmensinterne Organigramm und (ausgewählte) Stellenbeschreibungen. Ferner haben wir der FMA – auch unabhängig von konkreten Anfragen – sämtliche Bestellungen gemäß § 9 Abs 2 VStG, einschließlich der korrespondierenden Annahmeerklärungen freiwillig zur Kenntnisnahme übermittelt, zuletzt im Zuge des oben genannten Strafverfahrens aus dem Jahr 2009. Die FMA war daher schon vor dem verfahrensrelevanten Zeitraum sowohl mit Bestellungen gemäß § 9 VStG als auch mit der Bezeichnung "Investment Services" für den Bereich "Die Plattform" vertraut. Außerdem lässt sich der Verantwortlichkeitsbereich bereits anhand des Ausdrucks "Investment Services" zuordnen: Der Tätigkeitsbereich der "Plattform-Dienstleistungen" beschränken sich auf Depotführung und Ausführung von Kauf- und Verkaufsaufträgen von Wertpapieren. Die Bezeichnung "Investment Services" trifft daher genau den Geschäftsbereich der "Plattform" – also jenen Bereich, für den Frau R. als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG bestellt war.d) Aufgrund der bereits seit vielen Jahren bestehenden Kommunikation der C.-Bank mit der FMA, insbesondere aufgrund der Compliance-Prüfung durch die FMA vom Mai 2007 kannte die Aufsichtsbehörde die interne Organisation, Strukturen und Geschäftsbereiche – einschließlich des Bereichs "Die Plattform" – sowie das unternehmensinterne Organigramm und (ausgewählte) Stellenbeschreibungen. Ferner haben wir der FMA – auch unabhängig von konkreten Anfragen – sämtliche Bestellungen gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG, einschließlich der korrespondierenden Annahmeerklärungen freiwillig zur Kenntnisnahme übermittelt, zuletzt im Zuge des oben genannten Strafverfahrens aus dem Jahr 2009. Die FMA war daher schon vor dem verfahrensrelevanten Zeitraum sowohl mit Bestellungen gemäß Paragraph 9, VStG als auch mit der Bezeichnung "Investment Services" für den Bereich "Die Plattform" vertraut. Außerdem lässt sich der Verantwortlichkeitsbereich bereits anhand des Ausdrucks "Investment Services" zuordnen: Der Tätigkeitsbereich der "Plattform-Dienstleistungen" beschränken sich auf Depotführung und Ausführung von Kauf- und Verkaufsaufträgen von Wertpapieren. Die Bezeichnung "Investment Services" trifft daher genau den Geschäftsbereich der "Plattform" – also jenen Bereich, für den Frau R. als verantwortliche Beauftragte gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG bestellt war.

e) In diesem Zusammenhang ist es verwunderlich, dass uns die FMA immer wieder vorhält, die Bestellungs- und Annahmeakte gemäß § 9 Abs 2 VStG wären nicht wirksam. Wir bereits angeführt, waren der FMA diese Urkunden bereits seit längerer Zeit bekannt. Außerdem hat die FMA diese Dokumente zwar entgegengenommen, aber nie zu erkennen gegeben, dass sie die jeweiligen Bestellungen gemäß § 9 Abs 2 VStG als unwirksam qualifiziert. Hätte uns die Aufsichtsbehörde darüber informiert, hätten wir umgehend Maßnahmen ergriffen, um die Anforderungen der Aufsichtsbehörde an wirksame Bestellungen gemäß § 9 Abs 2 VStG zu erfüllen.e) In diesem Zusammenhang ist es verwunderlich, dass uns die FMA immer wieder vorhält, die Bestellungs- und Annahmeakte gemäß Paragraph 9,

Absatz 2, VStG wären nicht wirksam. Wir bereits angeführt, waren der FMA diese Urkunden bereits seit längerer Zeit bekannt. Außerdem hat die FMA diese Dokumente zwar entgegengenommen, aber nie zu erkennen gegeben, dass sie die jeweiligen Bestellungen gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG als unwirksam qualifiziert. Hätte uns die Aufsichtsbehörde darüber informiert, hätten wir umgehend Maßnahmen ergriffen, um die Anforderungen der Aufsichtsbehörde an wirksame Bestellungen gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG zu erfüllen.

f) Die FMA hat festgehalten, dass das WAG grundlegend geändert wurde und sich das WAG 2007 in vielen Bereichen wesentlich vom WAG 1996 unterscheidet. Die angesprochene Novelle trat mit 1.11.2007 in Kraft, die Bestellung von Frau R. als verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs 2 VStG erfolgte bereits im Jahr 2006. Daraus schloss die FMA, dass eine Neubestellung von Frau R. hätte erfolgen müssen, weil das WAG 2007 eine "Fülle neuer gesetzlicher Vorschriften für Kreditinstitute" (siehe Straferkenntnisse, jeweils Seite 8) normiert; die Zustimmung von Frau R. zur Übertragung dieser Verantwortlichkeit könne nicht vorausgesetzt werden. f) Die FMA hat festgehalten, dass das WAG grundlegend geändert wurde und sich das WAG 2007 in vielen Bereichen wesentlich vom WAG 1996 unterscheidet. Die angesprochene Novelle trat mit 1.11.2007 in Kraft, die Bestellung von Frau R. als verantwortliche Beauftragte gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG erfolgte bereits im Jahr 2006. Daraus schloss die FMA, dass eine Neubestellung von Frau R. hätte erfolgen müssen, weil das WAG 2007 eine "Fülle neuer gesetzlicher Vorschriften für Kreditinstitute" (siehe Straferkenntnisse, jeweils Seite 8) normiert; die Zustimmung von Frau R. zur Übertragung dieser Verantwortlichkeit könne nicht vorausgesetzt werden.

g) Diese Rechtsansicht mag zwar für viele Bereiche des WAG richtig sein, insbesondere für jene Gebiete, die vom WAG 1996 nicht geregelt waren. Dies trifft aber nicht für § 56 Abs 1 Z 1 WAG 2007 zu. Bereits aus den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 (§§ 11 bis 18 WAG aF) war abzuleiten, dass die Interessen des Kunden bestmöglich zu wahren sind. § 56 Abs 1 Z 1 WAG 2007 formuliert (einen Teilaspekt) dieses Grundsatzes lediglich aus und sagt, dass Kundenaufträge nur dann zusammen bearbeitet werden dürfen, wenn nicht zu erwarten ist, "dass die Zusammenlegung der Aufträge und Geschäfte für jeden Kunden, dessen Auftrag mit anderen zusammengelegt wird, insgesamt nachteilig ist". Auch aus der Pflicht zur Interessenwahrung iSd WAG 1996 geht hervor, dass Kundenaufträge nicht zusammengelegt werden dürfen, wenn dies nachteilig für die Kunden wäre. Insofern ist davon auszugehen, dass die Pflicht des § 56 Abs 1 Z 1 WAG 2007 bereits aufgrund der Bestellung und Annahme aus dem Jahr 2006 von Frau R. einzuhalten war und es für diesen Bereich keiner Neubestellung bedurfte. g) Diese Rechtsansicht mag zwar für viele Bereiche des WAG richtig sein, insbesondere für jene Gebiete, die vom WAG 1996 nicht geregelt waren. Dies trifft aber nicht für Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, WAG 2007 zu. Bereits aus den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 (Paragraphen 11 bis 18 WAG aF) war abzuleiten, dass die Interessen des Kunden bestmöglich zu wahren sind. Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, WAG 2007 formuliert (einen Teilaspekt) dieses Grundsatzes lediglich aus und sagt, dass Kundenaufträge nur dann zusammen bearbeitet werden dürfen, wenn nicht zu erwarten ist, "dass die Zusammenlegung der Aufträge und Geschäfte für jeden Kunden, dessen Auftrag mit anderen zusammengelegt wird, insgesamt nachteilig ist". Auch aus der Pflicht zur Interessenwahrung iSd WAG 1996 geht hervor, dass Kundenaufträge nicht zusammengelegt werden dürfen, wenn dies nachteilig für die Kunden wäre. Insofern ist davon auszugehen, dass die Pflicht des Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, WAG 2007 bereits aufgrund der Bestellung und Annahme aus dem Jahr 2006 von Frau R. einzuhalten war und es für diesen Bereich keiner Neubestellung bedurfte.

h) Die FMA hätte daher das gegenständliche Strafverfahren gegen Frau R. und nicht gegen uns führen müssen.

4. Ressortaufteilung

a) Sollte der UVS Wien – wider Erwarten – zum Ergebnis kommen, dass die Bestellung (und Annahme) von Frau R. gemäß § 9 Abs 2 WAG unwirksam ist, so hat sich das gegenständliche Strafverfahren lediglich auf Herrn Mag. V. zu erstrecken. Aufgrund der Ressortaufteilung des Vorstands der C.-Bank ist ausschließlich Herr Mag. V. für den Geschäftsbereich "Die Plattform" zuständig (siehe Beilage ./3). a) Sollte der UVS Wien – wider Erwarten – zum Ergebnis kommen, dass die Bestellung (und Annahme) von Frau R. gemäß Paragraph 9, Absatz 2, WAG unwirksam ist, so hat sich das gegenständliche Strafverfahren lediglich auf Herrn Mag. römisch fünf. zu erstrecken. Aufgrund der Ressortaufteilung des Vorstands der C.-Bank ist ausschließlich Herr Mag. römisch fünf. für den Geschäftsbereich "Die Plattform" zuständig (siehe Beilage ./3).

b) Aufgrund der in unserem Haus im Jahr 2007 (siehe unten) vorgenommenen Compliance-Prüfung durch die FMA hätte der Behörde die Ressortaufteilung bekannt sein müssen.

5. Kommunikation mit der FMA

a) Aufgrund einer bei der C.-Bank im Jahr 2007 vorgenommenen Compliance-Prüfung wusste die Aufsichtsbehörde von der Vorgehensweise der C.-Bank im Zusammenhang mit der Orderzusammenlegung bei Verkäufen der E.-Aktien im Rahmen des "Entnahmeplans". Im Zuge dieser Prüfungshandlungen übergaben wir der Behörde bankinterne Unterlagen über unsere Orderwege; diese enthielten auch Angaben zur Orderzusammenlegung. Dieses Thema wurde im Jahr 2008, also im verfahrensrelevanten Zeitraum nochmals aufgegriffen. (siehe Schreiben der FMA vom 15.6.2009, in dem auf den vorangehenden Schriftverkehr Bezug genommen wird).

b) Aufgrund der Kommunikation mit der Aufsichtsbehörde im Jahr 2008 – unsere letzte Stellungnahme übermittelten wir der Aufsichtsbehörde am 29.9.2008 – stoppten wir den "Entnahmeplan" für E.-Aktien. Dies ist als reine Vorsichtsmaßnahme zu verstehen und nicht als Eingestehen von Fehlverhalten.

c) Mit dem bereits erwähnten Schreiben vom 15.6.2009 forderte uns die FMA auf, ihr einige Unterlagen und Informationen zum gegenständlichen "Entnahmeplan" zu übermitteln. Dieser Aufforderung kamen wir – nach Gewähren einer Fristerstreckung – am 26.6.2009 nach und legten der Behörde die gewünschten Unterlagen vor (Beilage ./4). Anlass für die Anfrage der FMA war die zuvor von der Abteilung III/1 vorgenommene Untersuchung auf allfällige Marktmanipulation, die aber eingestellt wurde. Daraufhin befasste sich die Abteilung Compliance und Wohlverhaltensregeln mit dem gegenständlichen "Entnahmeplan" und übermittelte uns das genannten Schreiben vom 15.6.2009.

d) Am 10.7.2009 bat uns die zuständige Mitarbeiterin der FMA telefonisch, ihr weitere Unterlagen, darunter auch die Dienstanweisung "Orderentgegennahme und Erfassung", zuzusenden; dieser Aufforderung sind wir ebenfalls fristgerecht nachgekommen (Beilage ./5).

e) Am 29.9.2009 fand eine mündliche Besprechung in den Büroräumlichkeiten der FMA zum "Entnahmeplan" statt. Teilnehmer dieser Besprechung waren Frau Mag. O., Herr Mag. D. und Frau Mag. P. (alle: FMA) sowie Herr MMag. S. und Herr Mag. En. (für die C.-Bank; Herr Mag. En. ist Compliance-Officer der C.-Bank gemäß § 18 WAG). Bei diesem Gespräch verlangte die Behörde weitere Unterlagen, die wir bereits am 4.10.2009 beibrachten (Beilage ./6). Die FMA stellte uns für Oktober ein Folgegespräch in Aussicht, das aber nie stattfand. Vielmehr übermittelte uns die Behörde am 15.11.2009 eine "Aufforderung zur Rechtfertigung", mit der das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gegen uns eingeleitet wurde. e) Am 29.9.2009 fand eine mündliche Besprechung in den Büroräumlichkeiten der FMA zum "Entnahmeplan" statt. Teilnehmer dieser Besprechung waren Frau Mag. O., Herr Mag. D. und Frau Mag. P. (alle: FMA) sowie Herr MMag. S. und Herr Mag. En. (für die C.-Bank; Herr Mag. En. ist Compliance-Officer der C.-Bank gemäß Paragraph 18, WAG). Bei diesem Gespräch verlangte die Behörde weitere Unterlagen, die wir bereits am 4.10.2009 beibrachten (Beilage ./6). Die FMA stellte uns für Oktober ein Folgegespräch in Aussicht, das aber nie stattfand. Vielmehr übermittelte uns die Behörde am 15.11.2009 eine "Aufforderung zur Rechtfertigung", mit der das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gegen uns eingeleitet wurde.

f) Wie aus dieser kurz zusammengefassten Chronologie hervorgeht, wusste die FMA schon längere Zeit über die Praxis der Sammelorders beim "Entnahmeplan" für E.-Aktien Bescheid. Während des gesamten Zeitraums, in welchem wir mit der Aufsichtsbehörde bezüglich der E.-Aktien Kontakt hatten, gab die FMA uns gegenüber nie zu erkennen, dass unsere Vorgehensweise rechtswidrig wäre.

g) Hätte sich die Aufsichtsbehörde früher zu diesem Thema geäußert, hätten wir rechtzeitig Maßnahmen gesetzt (zB früheres Stoppen der Sammelorders), sodass das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren hätte vermieden werden können.

6. Rechtmäßiges Alternativverhalten

a) Es war kein anderes Alternativverhalten denkbar, durch welches die von den Kunden angestrebten Ziele hätten erreicht werden können, außer durch Großorders mit dem Zusatz "bestens": Bei der E.-Aktien handelte es sich um ein illiquides Papier; außerdem wollten die Kunden jeweils zum 20. jedes Monats einen bestimmten Gegenwert, dh einen bestimmten Geldbetrag, aus der Veräußerung der Aktien lukrieren. Da der Anteil aus dem Entnahmeplan am gehandelten Gesamtvolumen des Papiers sehr hoch war, hätten auch über den Handelstag verteilte Transaktionen letztlich zu erkennbaren Kursbewegungen geführt.

b) Außerdem konnten wir aufgrund der Sammelorders den Grundsatz der Gleichbehandlung der Kunden einhalten: Da

mit jedem "Entnahmeplan-Kunden" vereinbart war, den Verkaufsauftrag jeweils am 20. jedes Monats zu platzieren, hätten über den Handelstag verteilte Orders bewirken können, dass nicht für jeden Kunden derselbe Wertpapierkurs zum Tragen kommt; für einige Kunden hätten wir daher einen besseren Kurs erzielen können als für andere.

c) Zwar haben wir an manchen Tagen Teilorders erteilt; doch dies geschah nur dann, wenn das Risiko bestand, nicht die gesamte Order am jeweiligen Tag ausführen zu können. Durch diese Vorgehensweise wollten wir verhindern, dass wir für manche Kunden den "Entnahmeplan" nicht vereinbarungsgemäß – jeweils zum 20. zu einem bestimmten Gegenwert – hätten erfüllen können.

d) Da es keine Anhaltspunkte für ein rechtmäßiges Alternativverhalten gab – weder in der Literatur noch aufgrund von Äußerungen der Aufsichtsbehörde – sind wir davon ausgegangen, rechtskonform im besten Interesse der Kunden zu handeln.

e) Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass wir mit unserer Vorgehensweise dem Grundsatz der Best Execution iSd WAG 2007 entsprachen. "Best Execution" (bestmögliche Durchführung, §§ 52 ff WAG) bedeutet, dass bei der Weiterleitung und Ausführung von Kundenaufträgen das gleichbleibend bestmögliche Ergebnis für den Kunden im Sinn einer längerfristigen Durchschnittsbetrachtung erzielt werden muss. Bei Privatkunden iSd WAG ist das Gesamtentgelt das Hauptkriterium für das "bestmögliche Ergebnis". Die C.-Bank verrechnete im verfahrensgegenständlichen Zeitraum – im Gegensatz zu anderen Banken – keine Spesen. Hätte die C.-Bank jede Order gesondert weitergeleitet, hätten wir aufgrund des erhöhten Aufwands Spesen verlangen müssen. Insgesamt waren die Kunden daher wohl nicht schlechter gestellt als bei gesonderten Orders. e) Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass wir mit unserer Vorgehensweise dem Grundsatz der Best Execution iSd WAG 2007 entsprachen. "Best Execution" (bestmögliche Durchführung, Paragraphen 52, ff WAG) bedeutet, dass bei der Weiterleitung und Ausführung von Kundenaufträgen das gleichbleibend bestmögliche Ergebnis für den Kunden im Sinn einer längerfristigen Durchschnittsbetrachtung erzielt werden muss. Bei Privatkunden iSd WAG ist das Gesamtentgelt das Hauptkriterium für das "bestmögliche Ergebnis". Die C.-Bank verrechnete im verfahrensgegenständlichen Zeitraum – im Gegensatz zu anderen Banken – keine Spesen. Hätte die C.-Bank jede Order gesondert weitergeleitet, hätten wir aufgrund des erhöhten Aufwands Spesen verlangen müssen. Insgesamt waren die Kunden daher wohl nicht schlechter gestellt als bei gesonderten Orders.

7. Zur subjektiven Tatseite

a) An dieser Stelle ist nochmals die – wirksame – Bestellung einer verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 VStG zu erwähnen. a) An dieser Stelle ist nochmals die – wirksame – Bestellung einer verantwortlichen Beauftragten gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG zu erwähnen.

b) Sollte der UVS Wien wider Erwarten zu dem Ergebnis kommen, die Bestellung und Annahme gemäß § 9 Abs 2 VStG sei nicht wirksam, ist zur subjektiven Tatseite Folgendes zu sagen: Die FMA hat nicht berücksichtigt, dass uns – sollte eine Verwaltungsübertretung bejaht werden – kein Verschulden trifft. Wie oben ausgeführt, wusste die FMA seit einiger Zeit von den Sammelorders, beanstandete diese aber nicht. Weiters war für uns aus damaliger Sicht kein rechtmäßiges Alternativverhalten erkennbar; auch die Aufsichtsbehörde äußerte sich während des gesamten bisherigen Verfahrens nicht zum Thema "rechtmäßiges Alternativverhalten". b) Sollte der UVS Wien wider Erwarten zu dem Ergebnis kommen, die Bestellung und Annahme gemäß Paragraph 9, Absatz 2, VStG sei nicht wirksam, ist zur subjektiven Tatseite Folgendes zu sagen: Die FMA hat nicht berücksichtigt, dass uns – sollte eine Verwaltungsübertretung bejaht werden – kein Verschulden trifft. Wie oben ausgeführt, wusste die FMA seit einiger Zeit von den Sammelorders, beanstandete diese aber nicht. Weiters war für uns aus damaliger Sicht kein rechtmäßiges Alternativverhalten erkennbar; auch die Aufsichtsbehörde äußerte sich während des gesamten bisherigen Verfahrens nicht zum Thema "rechtmäßiges Alternativverhalten".

c) Wir klärten die Kunden darüber auf, dass Orders mehrerer Kunden zusammengelegt werden können (siehe oben). Ferner richteten wir bankinterne Arbeitsrichtlinien/Arbeitsanweisungen ein, die sich mit dem Thema "Orderzusammenlegung" befassten. Diese Unterlagen waren der FMA bereits vor Einleiten des Strafverfahrens bekannt (siehe oben).

d) Wie bereits erwähnt, veränderte sich durch verschiedene Ereignisse in den letzten Jahren der Finanzsektor, insbesondere im Hinblick auf Immobilienaktien. Diese Entwicklungen waren für uns nicht vorhersehbar und von uns nicht steuerbar. Ferner hatten wir keinen Einfluss darauf, dass die E.-Akte auf den "Fließhandel" umgestellt wurde. Als

reine Ausführungsstelle können wir nicht in bestehende Kundenaufträge eingreifen, vor allem, weil die Kunden von einem anderen konzessionierten Unternehmen beraten wurden.

Hätte die FMA das Verfahren ordnungsgemäß geführt, wäre sie zum Schluss gekommen, dass uns auch aus diesem Grund kein zurechenbares Verschulden zur Last gelegt werden kann.

e) Unverzüglich nachdem die FMA weiterführende Nachforschungen über die Orderzusammenlegung angestellt hat, haben wir – als reine Vorsichtsmaßnahme – den Entnahmeplan mitsamt den Sammelorders gestoppt. Sollte der UVS Wien zum Ergebnis kommen, dass wir § 56 Abs 1 Z 1 WAG verletzt haben, so unterlagen wir einem nicht vorwerfbaren Rechtirrtum, der jedenfalls zu einem Schuldausschluss führen muss.e) Unverzüglich nachdem die FMA weiterführende Nachforschungen über die Orderzusammenlegung angestellt hat, haben wir – als reine Vorsichtsmaßnahme – den Entnahmeplan mitsamt den Sammelorders gestoppt. Sollte der UVS Wien zum Ergebnis kommen, dass wir Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, WAG verletzt haben, so unterlagen wir einem nicht vorwerfbaren Rechtirrtum, der jedenfalls zu einem Schuldausschluss führen muss.

f) Es liegt daher im Ergebnis kein uns zurechenbares Verschulden im Sinne des§ 5 Abs 1 VStG vor. Mangels Verschuldens war daher eine Bestrafung unzulässig und die Straferkenntnisse sind auch aus diesem Grunde rechtswidrig.f) Es liegt daher im Ergebnis kein uns zurechenbares Verschulden im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG vor. Mangels Verschuldens war daher eine Bestrafung unzulässig und die Straferkenntnisse sind auch aus diesem Grunde rechtswidrig.

g) Insbesondere kann Herrn J. kein Verschulden vorgeworfen werden, weil aufgrund der Ressortaufteilung im Vorstand ausschließliche Herr Mag. V. für "Die Plattform" zuständig ist.g) Insbesondere kann Herrn J. kein Verschulden vorgeworfen werden, weil aufgrund der Ressortaufteilung im Vorstand ausschließliche Herr Mag. römisch fünf. für "Die Plattform" zuständig ist.

3. Zur Anwendbarkeit des§ 21 Abs 1 VStG3. Zur Anwendbarkeit des Paragraph 21, Absatz eins, VStG

a) Die FMA hat zu Unrecht die Bestimmung des§ 21 Abs 1 VStG nicht angewendet.a) Die FMA hat zu Unrecht die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG nicht angewendet.

§ 21 Abs 1 VStG ist nach der Judikatur dann anzuwenden, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der Strafandrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt.Paragraph 21, Absatz eins, VStG ist nach der Judikatur dann anzuwenden, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der Strafandrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt.

b) Wenn die Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, dass wir uns tatbildmäßig im Sinne des Vorwurfes verhalten haben, so hätte sie dennoch gemäß § 21 Abs 1 VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Das Verschulden kann angesichts der Tatsache, dass es bis dato zu keiner einzigen Beschwerde von Kunden gekommen ist, höchstens als geringfügig angesehen werden. Außerdem standen wir – wie aus unseren bisherigen Ausführungen hervorgeht – oftmals in dieser Angelegenheit mit der FMA in Kontakt und lieferten der Behörde fristgerecht alle von ihr verlangten Unterlagen und Informationen. Ferner besprachen unsere Mitarbeiter die Causa auch persönlich mit der FMA. Hätte die Behörde zu erkennen gegeben, dass wir ihrer Ansicht nach rechtswidrig handelten, hätten wir sofort Maßnahmen ergriffen, den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen.b) Wenn die Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, dass wir uns tatbildmäßig im Sinne des Vorwurfes verhalten haben, so hätte sie dennoch gemäß Paragraph 21, Absatz eins, VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Das Verschulden kann angesichts der Tatsache, dass es bis dato zu keiner einzigen Beschwerde von Kunden gekommen ist, höchstens als geringfügig angesehen werden. Außerdem standen wir – wie aus unseren bisherigen Ausführungen hervorgeht – oftmals in dieser Angelegenheit mit der FMA in Kontakt und lieferten der Behörde fristgerecht alle von ihr verlangten Unterlagen und Informationen. Ferner besprachen unsere Mitarbeiter die Causa auch persönlich mit der FMA. Hätte die Behörde zu erkennen gegeben, dass wir ihrer Ansicht nach rechtswidrig handelten, hätten wir sofort Maßnahmen ergriffen, den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen.

c) Weiters sind die Folgen der Tat insofern als unbedeutend zu werten, da die Tat hat daher keine negativen Folgen hatte. Da somit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 VStG vorliegen, hätte die FMA die Bestimmung des § 21 Abs 1 VStG anwenden müssen, weil in solchen Fällen ein entsprechender Rechtsanspruch des Beschuldigten besteht. Da die FMA dies zu Unrecht nicht getan hat, sind die von uns bekämpften Straferkenntnisse

auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet.c) Weiters sind die Folgen der Tat insofern als unbedeutend zu werten, da die Tat hat daher keine negativen Folgen hatte. Da somit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Paragraph 21, Absatz eins, VStG vorliegen, hätte die FMA die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG anwenden müssen, weil in solchen Fällen ein entsprechender Rechtsanspruch des Beschuldigten besteht. Da die FMA dies zu Unrecht nicht getan hat, sind die von uns bekämpften Straferkenntnisse auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet.

4. Zur Strafhöhe

a) In ihrer Begründung zur Strafzumessung führt die FMA aus, dass Grundlage für die Bemessung der Strafe jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen sei, deren Schutz die Strafnorm diene, und der Umstand sei, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen habe. Die FMA übersieht, dass die Aufsichtsziele keineswegs verletzt wurden. Vielmehr sorgten wir für die Gleichbehandlung der Kunden. Ferner haben wir sichergestellt, dass wir unsere vertragliche Verpflichtungen gegenüber den Kunden – Verkauf zum 20. jedes Monats, Erreichen eines bestimmten Gegenwerts - erfüllen konnten. Auch haben wir dafür gesorgt, dass die FMA jederzeit ihre Aufsichtspflicht erfüllen konnte: Wir haben der Behörde sämtliche geforderten Informationen zeitgerecht übermittelt. Eine Gefahr, dass die Aufsichtsziele der FMA gefährdet gewesen wären, bestand nicht. Da wir die Orderzusammenlegung beim "E.-Entnahmeplan" gestoppt haben und derartige Produkte nicht mehr über uns abgewickelt werden

können, ist eine Bestrafung aus spezialpräventiver Sicht nicht erforderlich. Diese Vorgehensweise – Stoppen des "Entnahmeplans" - ist weiters ein hinreichendes Signal an den Markt, sodass eine Bestrafung auch aus generalpräventiven Gründen nicht geboten ist.

b) Die FMA hat bei der Strafzumessung zwar unsere bisherige Unbescholtenheit als mildernd berücksichtigt und keinen Umstand als erschwerend gewertet. Dennoch verhängte sie über jeden von uns eine Strafe von EUR 3.000,--, insgesamt also EUR 6.000,--.

c) Hätte sich die FMA korrekt mit dem Thema Strafzumessung auseinander gesetzt, hätte sie zu dem Ergebnis kommen müssen, dass angesichts des jedenfalls äußerst geringen Tatumwerts die Strafe deutlich niedriger hätte ausfallen müssen. Insbesondere hätte die Aufsichtsbehörde Herrn J. nicht in das Strafverfahren miteinbeziehen dürfen.

d) Im Ergebnis ist die verhängte Strafe zu hoch bemessen und jedenfalls der Höhe nach herabzusetzen.

Aus all diesen Gründen stellen wir die

A n t r ä g e,

der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Wien möge

1. die angefochtenen Straferkenntnisse der FMA vom 1.8.2010 GZ FMA-KL29 2062.100/0001-LAW/2009, ersatzlos aufheben und das Strafverfahren einstellen;

2. in eventu im Hinblick auf unsere Unbescholtenheit, das geringfügige Verschulden und die unbedeutenden Folgen von einer Bestrafung unter Anwendung des § 21 Abs 1 VStG absehen und lediglich eine Ermahnung aussprechen;2. in eventu im Hinblick auf unsere Unbescholtenheit, das geringfügige Verschulden und die unbedeutenden Folgen von einer Bestrafung unter Anwendung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG absehen und lediglich eine Ermahnung aussprechen;

3. in eventu die Strafhöhe herabsetzen.“

Am 2.12.2010 hielt der Verwaltungssenat eine Berufungsverhandlung ab, in der die Parteienvertreter gehört, der Beschuldigte Mag. V. befragt und die Zeugen Mag. P. und Mag. K. einvernommen wurden. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:Am 2.12.2010 hielt der Verwaltungssenat eine Berufungsverhandlung ab, in der die Parteienvertreter gehört, der Beschuldigte Mag. römisch fünf. befragt und die Zeugen Mag. P. und Mag. K. einvernommen wurden. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

Der Berufungswerber Herr Mag. Constantin V. erstattete hiezu folgende AussageDer Berufungswerber Herr Mag. Constantin römisch fünf. erstattete hiezu folgende Aussage:

„Die neu vorgelegten Unterlagen zeigen, dass bei der Co. Immobilien AG, welche durchaus mit der

verfahrensgegenständlichen E. Business Immobilien AG vergleichbar ist, bei Verkauf über den Tag verteilt und zwar in einem Zeitraum von Dezember 2008 bis Oktober 2010 betrachtet, kein Unterschied erkennbar ist, ob dieser am Tag verteilt oder in der Schlussauktion vorgenommen wird. Es ist damit aus unserer Sicht erwiesen, dass auch das von der FMA geforderte Alternativverhalten, nämlich der Verkauf der Wertpapiere über den Tag verteilt, zu keinen anderen Ergebnissen geführt hätte bzw., dass der Verkauf in der Schlussauktion nicht notwendigerweise schlechter war, als über den Tag verteilt. Im konkreten Fall war die C.-Bank reiner Dienstleister. Das Produkt wurde nicht von uns sondern unseren Vertragspartner angeboten, die auch für die Beratung zuständig waren. Sämtliche Aufträge erfolgten über Anweisung dieser Vertragspartner und beruhten auf Kundenaufträgen. Es gab daher für uns keine alternative Möglichkeit, als den Kundenaufträgen entsprechend die Orders an dem vorgegebenen Tag vorzunehmen. Als das gegenständliche Produkt am Markt eingeführt wurde, gab es für die E. Aktie immer nur einen Tageskurs und stellte sich daher die gegenständliche Problematik gar nicht. Als dieses Wertpapier in den Fließhandel übergeführt wurde, gab es den Kundenauftrag, zum jeweiligen Stichtag mit dem Tagesschlusskurs abzurechnen. Für die C.-Bank bestand daher aufgrund dieses Kundenauftrages keine alternative Möglichkeit. Erst als für uns ex post am 23.9.2008 ein deutlicher Kursabfall ersichtlich wurde, haben wir mit unseren Vertragspartnern dies besprochen und diese Vorgangsweise eingestellt. Unsere Vertragspartner haben uns, nachdem die E. Aktie in den Fließhandel übernommen wurde, auf unsere Rückfrage hin mitgeteilt, dass deren Kunden jeweils zum Tagesschlusskurs abgerechnet werden wollen. Schriftliche Unterlagen dazu gibt es nicht, belegen könnte das wohl der jeweilige Produktleiter unserer Vertragspartner. Vorrangige Vertragspartner war bei diesem Produkt die Firma A.. Unsere Vertragspartner hatten wohl einige hundert Kunden, die als Gegenwert monatlich kleinere Beträge, wie beispielsweise 50 oder 100 Euro ausbezahlt bekommen wollten.“

Der BwV brachte dazu weiters Folgendes vor:

„Die Vertragspartner der C.-Bank (beispielsweise A.), waren berechtigt für ihre Kunden gegenüber der C.-Bank aufzutreten und dieser Aufträge für die Umsetzung zu erteilen. Bei Bedarf kann als Beweismittel vor das Vorgebrachte der jeweilige Produktleiter ausgeforscht und bekannt gegeben werden.“

Die Vertreterin der FMA, Frau Mag. Gr., gab Nachstehendes zu Protokoll:

„Ich lege eine Berichtigung der Prozentsätze in Vorlage. Aufgrund eines Rechenfehlers, kam es im Straferkenntnis zu falschen Angaben. Die Prozentsätze in der Berufung stimmen. Dazu möchte ich allerdings festhalten, dass immer noch ein markanter Kursverfall, z.B. am 23.9.2008 in der Höhe von 7,83%, zu verzeichnen ist.“

Der Vertreter der FMA, Herr Ku., brachte Folgendes vor:

„Zu den vorgelegten Vergleichspapieren möchte ich festhalten, dass daraus nicht das gehandelte Volumen ersichtlich ist, welches aber für die Beurteilung von wesentlicher Bedeutung ist. Zudem gab es offenbar pro Monat drei Handelstage, während es bei der E. Aktie jeweils nur einen Handelstag pro Monat gab. Zudem handelt es sich bei der Co. Aktie um ein deutlich liquideres Wertpapier als bei der E. Aktie.“

Die Zeugin Mag. Cornelia P. gab in der Verhandlung vom 2.12.2010 Folgendes zu Protokoll:

„Ich bin seit 2 Jahren in der Abteilung Compliance und Wohlverhaltensregeln. Ich habe den Akt von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht bekommen, die sich das Geschehen hinsichtlich des Verdachts einer Marktmanipulation angesehen haben, und sollte den Sachverhalt bezüglich des WAG überprüfen. Die Abbildungen über den Kursverlauf stammen von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht. Die Ermittlungen wurden in diesem Verfahren von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht aufgenommen. Ich habe aufgrund dieser Ermittlungen geprüft. Die Feststellung in meinem Bericht, wonach bei den Entnahmeplänen keine Spesen verrechnet wurden, beruht auf einer Auskunft der C.-Bank. Wenn ich zu meiner Einschätzung gefragt werde, wonach sich die Nachteiligkeit iS des § 56 Abs 1 Z 1 WAG ergibt, gebe ich an: Ich bin Juristin und habe das aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes damals so formuliert, die endgültige Beurteilung obliegt immer der Rechts- und Verfahrensabteilung. Die Kursentwicklung wurde von der Abteilung III/1 vorgenommen. Ich habe nur eine juristische Bewertung vorgenommen.“ „Ich bin seit 2 Jahren in der Abteilung Compliance und Wohlverhaltensregeln. Ich habe den Akt von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht bekommen, die sich das Geschehen hinsichtlich des Verdachts einer Marktmanipulation angesehen haben, und sollte den Sachverhalt bezüglich des WAG überprüfen. Die Abbildungen über den Kursverlauf stammen von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht. Die Ermittlungen wurden in diesem Verfahren von der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht aufgenommen. Ich habe aufgrund dieser Ermittlungen geprüft. Die Feststellung in meinem Bericht, wonach bei den

Entnahmeplänen keine Spesen verrechnet wurden, beruht auf einer Auskunft der C.-Bank. Wenn ich zu meiner Einschätzung gefragt werde, wonach sich die Nachteiligkeit iS des Paragraph 56, Absatz eins, Ziffer eins, WAG ergibt, gebe ich an: Ich bin Juristin und habe das aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes damals so formuliert, die endgültige Beurteilung obliegt immer der Rechts- und Verfahrensabteilung. Die Kursentwicklung wurde von der Abteilung III/1 vorgenommen. Ich habe nur eine juristische Bewertung vorgenommen.“

Die Zeugin gibt über Befragen der Vertreterin der FMA, Frau Mag. Gr., an:

„Ich war bei den Gesprächen mit Vertretern der C.-Bank zum Thema Entnahmeplan anwesend. Bezüglich expliziter Kundenwünsche zur konkreten Durchführung der Orders kann ich mich nicht an nähere Ausführungen der C.-Bank erinnern, es wurde uns damals ein Formular vorgelegt, welches von den Kunden ausgefüllt werden musste. Das Gespräch fand am 29.9.2009 statt. Davor gab es keine persönlichen Gespräche zu den Entnahmeplänen.“

Die Zeugin gibt über Befragen des BWV an:

„Bei diesem Gespräch ging es um die Zusammenlegung der Kundenaufträge. Die Marktmanipulation war nicht Gegenstand dieses Gespräches.“

Herr Mag. Gottfried K. gab zeugenschaftlich einvernommen an:

„Ich habe an der WU studiert und gehöre der Abteilung Markt- und Börsenaufsicht an. Ich war zuvor sechs Jahre bei einer Bank beschäftigt und habe eine Zulassung zum Börsehandel erworben. Wenn ich gefragt werde, wieso sich mein Augenmerk auf die E.

Aktie gerichtet hat, gebe ich an: Ich gehöre dem Untersuchungsteam an und gehört es zu meinen Aufgaben Systemalarme zu bearbeiten. Bezüglich der E. Aktie gab es mehrere Alarme, sowohl hinsichtlich des Umsatzes, des Kurses als auch der hohen Volatilität. Erstmalig markant aufgefallen ist mir im November 2007, dass die C.-Bank in der Schlussauktion zu 100% beteiligt war, wobei sämtliche Orders der C.-Bank in diesem Zusammenhang als Kundenorders gekennzeichnet waren. Hinsichtlich der Prüfung des Verdachts der Marktmanipulation ist besonders die Schlussauktion bzw. der Schlusskurs von Bedeutung und war es daher auffällig, dass es jedes Monat um den 20. ein markantes hohes Volumen in der Schlussauktion der E. Aktie gab, vor allem auffällig war der hohe Anteil der C.-Bank, der zumeist 100% betrug. Aufgrund dieser Beobachtung wurde die C.- Bank im September 2008 zu einer Stellungnahme aufgefordert. Die C.-Bank konnte der Verdacht der Marktmanipulation dadurch entkräften, dass sie uns glaubhaft machen konnte, dass die Transaktionen im Kundenauftrag erfolgt sind und war auch nicht ersichtlich, worin ein Vorteil des Kursverlustes für die C.-Bank bzw. deren Kunden bestehen sollte. Ich habe daher den Akt an die Abteilung Wohlverhalten weitergereicht, damit diese prüft, ob die Art der Umsetzung der Entnahmepläne den Kundeninteressen entspricht. Aus meiner Sicht ist die gewählte Vorgangsweise, nämlich in der Schlussauktion mit einem sehr großen Volumen einzusteigen, die denkbar Schlechteste, weil durch die Eingabe eines großen Ordervolumens kurz vor der Schlussauktion mit Gültigkeit nur für diese und zwar mit der Vorgabe „bestens“ zu verkaufen, ein großer Abgabedruck signalisiert wird und daher für Käufer die Möglichkeit eröffnet wird die angebotene Order nur mit entsprechenden Abschlägen anzunehmen. Aufgrund der regelmäßigen Durchführung zu jeden 20. ist es für einen interessierten Marktbeobachter leicht, dieses regelmäßige Angebot entsprechend auszunutzen. Wenn ich gefragt werde, ob bei gleichen Volumen, allerdings am Tag verteilt auf mehrere Orders, es zu einem anderen Kursverlauf gekommen wäre, gebe ich an: Wenn mehrere kleinere Orders am Tag verteilt eingestellt werden, signalisiert das nicht einen gleichgroßen Abgabedruck wie bei einer Großorder in der Schlussauktion. Für die Käufer ist es auch nicht ersichtlich, ob es sich bei mehreren Orders um einen oder mehrere Verkäufer handelt und muss daher auch vom Verkäufer nicht jeder Abschlag akzeptiert werden. Durch die Vorgabe „bestens“ wird die Akzeptanz jedes Preises signalisiert.“

Der Zeuge gibt über Befragen des BWV an:

„Ich kann nicht beantworten, ob es errechenbar ist, ob eine Verteilung der Orders über den Tag in den konkreten Fällen zu einer anderen Kursentwicklung geführt hätte.“

Der Zeuge gibt über Befragen des Vertreters der FMA, Herr Ku., an:

„Meine diesbezüglichen Ausführungen gründen auf meiner persönlichen mehrjährigen Erfahrung aus meiner Tätigkeit der Transaktionsanalyse und kann ich daraus die Auswirkungen von Trades beurteilen. Meine Überprüfung basiert zumeist auf der Grundlage einer Alarmierung des Systems und erfolgt immer ex post. Eine ex ante Prüfung über einen

Kursverlauf ist nicht meine Aufgabe.“

Anschließend brachte der Berufungswerber vor:

„Zu Beilage 6 der Berufung gefragt gebe ich an, dass diese Konditionen erst ab 1.4.2009 gegolten haben. Nachdem wir auch bei den Plattformpapieren zu Einzelorders übergegangen sind, haben wir Kosten verrechnet. Im Jahr 2008 wurden für die Kundenorders über die Plattform keine Kosten verrechnet.“

Der BwV gab Folgendes zu Protokoll:

„Ich verweise auf Beilage 6, Seite 4, letzter Absatz, wonach beispielsweise bei Papieren der Co. zum Tagesschlusskurs abgerechnet wird. Diese Vereinbarung gab es mit allen Vertragspartnern.“

Im Anschluss an diese Verhandlung wurde die Entscheidung verkündet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Feststellungen:

Der Berufungswerber ist Vorstand der C.-Bank – AG (kurz: C.-Bank) und war dies auch im angelasteten Tatzeitraum. Die C.-Bank wurde im gegenständlichen Fall durch die Bereitstellung einer Plattform zur Abwicklung von Wertpapiergeschäften als Dienstleister für andere Unternehmen tätig. Über diese Plattform bot die C.-Bank das Führen von Depots und die Weiterleitung von Kauf- bzw Verkaufaufträgen über Wertpapiere an. Die inkriminierten Handlungen (Trades) waren Teil eines „Entnahmeplans“ des Kooperationspartners der C.-Bank, der A. Gesellschaft für Wirtschaftsberatung mit beschränkter Haftung (kurz: A.), zum Abbau des Bestands an Aktien der E. AG. Sämtliche inkriminierte Orders erfolgten seitens der C.-Bank über Auftrag der Kunden (via A.). Die Entnahmepläne sind standardisierte Produkte der Firma A., die für ihre Kunden an einem bestimmten Tag im Monat (hier jeweils am 20.) die Auszahlung eines im Vorhinein festgelegten Betrages (zB 50 oder 100 Euro pro Monat) vorsahen. Den Verträgen („Entnahmepläne“) entsprechend erfolgte der Verkauf über Auftrag der Kunden jeweils am 20. eines Monats in der Schlussauktion als „bestens-Großorder“. Die Geschäftsbedingungen der C.-Bank („Besondere Bedingungen zur Eröffnung von Konten und Depots“; Beilage 1 der Berufung, Seite 3/3, Punkt 7.) lauten: „Die Bank ist berechtigt, über den ganzen Tag Aufträge ihrer Kunden zu sammeln und gesammelt weiterzuleiten“. Durch die Größe des Ordervolumens und die gewählte Variante („bestens“ in der Schlussauktion) kam es jeweils zu einem Kursverfall der E.-Business-Immobilien AG-Aktie. Die Kursverluste bewegten sich zwischen 0,7% und 7,8%. Durch die Vorgabe, jeweils am 20. eines Monats einen bestimmten Geldwert durch den Verkauf von Aktien zu lukrieren, war nicht absehbar, wie viele Aktien pro Kunden verkauft werden mussten, um den angestrebten fixen Geldbetrag zu erzielen. Die Anzahl an zu verkaufenden Aktien war von jeweiligen Kurs (bzw den jeweiligen Angeboten) in der Schlussauktion abhängig. Die E.-Aktie gilt – nach übereinstimmender Wertung der Verfahrensparteien – als illiquides Wertpapier und trat die C.-Bank jeweils am 20. eines Monats als größter Marktteilnehmer auf (zumeist mit einer 100%igen Beteiligung an der Schlussauktion). Im Rahmen der Entnahmepläne wurden den Kunden keine Spesen für die Abwicklung der Wertpapieraufträge verrechnet. Aus dem erstinstanzlichen Akt ergibt sich nicht, wie viele Kunden im angelasteten Tatzeitraum von dieser Vorgehensweise betroffen waren. Aufgrund der gehandelten Stückzahlen pro Monat (zwischen circa 38.000 und 60.000), des Aktienkurses von rund 4 bis 7 Euro und die Auszahlungssummen pro Kunden von rund 100,- kann auf hunderte betroffene Kunden geschlossen werden. Da nicht bekannt ist, wie viele Kundenorders tatsächlich jeden 20. eines Monats im Tatzeitraum ausgeführt wurden, lässt sich auch nicht errechnen, welche Kursauswirkung bei Einzelorders entstanden wäre bzw wie sich eine Spesenverrechnung (aufgrund der Einzelordners) für den jeweiligen Kunden ausgewirkt hätte.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen basieren auf dem im erstinstanzlichen Akt einliegenden Votum der Fachabteilung III/3 der FMA zu GZ FMA-MP00908/003-WAC/2009, auf den Stellungnahmen und Unterlagen der C.-Bank, der Berufung samt Beilagen, sowie auf den Ausführungen des Berufungswerbers Mag. V. und des Zeugen Mag. K. in der Berufungsverhandlung. Am Wahrheitsgehalt dieser Ausführungen besteht kein Zweifel. Die Feststellungen basieren auf dem im erstinstanzlichen Akt einliegenden Votum der Fachabteilung III/3 der FMA zu GZ FMA-MP00908/003-WAC/2009, auf den Stellungnahmen und Unterlagen der C.-Bank, der Berufung samt Beilagen, sowie auf den Ausführungen des Berufungswerbers Mag. römisch fünf. und des Zeugen Mag. K. in der Berufungsverhandlung. Am Wahrheitsgehalt dieser Ausführungen besteht kein Zweifel.

Rechtliche Beurteilung:

Dem Beschuldigten wird im Spruch des Straferkenntnisses eine Übertretung des § 56 Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit § 95 Absatz 2 Ziffer 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG) angelastet. Diese Normen lauten in der zur angelasteten Tatzeit geltenden Fassung BGBl I 2007/107: Dem Beschuldigten wird im Spruch des Straferkenntnisses eine Übertretung des Paragraph 56, Absatz 1 Ziffer 1 in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2 Ziffer 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG) angelastet. Diese Normen lauten in der zur angelasteten Tatzeit geltenden Fassung BGBl römisch eins 2007/107:

„§ 56. (1) Ein Rechtsträger darf einen Kundenauftrag oder ein Geschäft für eigene Rechnung mit einem anderen Kundenauftrag nur zusammen bearbeiten, wenn

1. es nicht zu erwarten ist, dass die Zusammenlegung der Aufträge und Geschäfte für jeden Kunden, dessen Auftrag mit anderen zusammengelegt wird, insgesamt nachteilig ist;
2. jedem Kunden, dessen Auftrag mit anderen Aufträgen und Geschäften zusammengelegt werden soll, mitgeteilt wird, dass eine derartige Zusammenlegung in Bezug auf einen bestimmten Auftrag nachteilig sein kann und
3. Leitlinien für die Zuordnung von Aufträgen festgelegt und wirksam umgesetzt werden, die die redliche Zuordnung zusammengelegter Aufträge und Geschäfte auch im Hinblick darauf regeln, wie das Volumen und der Preis von Aufträgen die Zuordnung und Teilbearbeitung von Aufträgen bestimmen.

§ 95. (...) (2) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers Paragraph 95, (...) (2) Wer als Verantwortlicher (Paragraph 9, VStG) eines Rechtsträgers

1. gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 29 Abs 4, 35 Abs 4, 41 Abs 3 oder 55 Abs 2 erlassenen Verordnung der FMA verstößt; (...) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Z 1 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der Z 2 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen.“ 1. gegen eine Verpflichtung gemäß Paragraphen 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von Paragraphen 29, Absatz 4, 35, Absatz 4, 41, Absatz 3, oder 55 Absatz 2, erlassenen Verordnung der FMA verstößt; (...) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Ziffer eins, mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der Ziffer 2, mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen.“

Vorweg wird zur Frage, ob – wie in der Berufung ausgeführt – für die angelastete Verwaltungsübertretung eine verantwortliche Beauftragte verfolgt hätte werden müssen, klargestellt, dass diesbezüglich den Ausführungen der FMA im Straferkenntnis gefolgt und die dort getätigte Begründung für den vorliegenden Berufungsbescheid übernommen wird. Die gewählte Beschreibung des Verantwortungsbereiches verhält die Behörde zur entsprechenden Recherche im Unternehmen und liegt dadurch nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl zB VwGH vom 28.11.2008, 2008/02/300) keine wirksame Bestellung im Sinne des § 9 Absatz 2 VStG vor. Vorweg wird zur Frage, ob – wie in der Berufung ausgeführt – für die angelastete Verwaltungsübertretung eine verantwortliche Beauftragte verfolgt hätte werden müssen, klargestellt, dass diesbezüglich den Ausführungen der FMA im Straferkenntnis gefolgt und die dort getätigte Begründung für den vorliegenden Berufungsbescheid übernommen wird. Die gewählte Beschreibung des Verantwortungsbereiches verhält die Behörde zur entsprechenden Recherche im Unternehmen und liegt dadurch nach der Rechtsprechung des VwGH vergleiche zB VwGH vom 28.11.2008, 2008/02/300) keine wirksame Bestellung im Sinne des Paragraph 9, Absatz 2 VStG vor.

Ohne auf die Berufungsausführungen näher eingehen zu müssen, kommt der Berufung aus folgenden Erwägungen Berechtigung zu:

Nach § 56 Absatz 1 WAG dürfen Kundenaufträge grundsätzlich nur getrennt voneinander abgewickelt werden. In Abweichung von diesem Grundsatz ist jedoch eine Zusammenlegung von Kundenorders bei kumulativen Vorliegen der in Ziffer 1 bis 3 leg cit genannten Voraussetzungen möglich. Als erste Voraussetzung sieht Absatz 1 Ziffer 1 leg cit vor, dass Aufträge nicht zusammengelegt werden dürfen, wenn bereits vor ihrer Abwicklung (ex ante) zu erwarten ist dass dies „unterm Strich“ für sämtliche betroffenen Kunden nachteilig sein wird (vgl Kreisl, in Brandl/Saria (Hrsg), WAG, 2. Auflage, § 56, Rz 1 und 2; siehe auch Rabl, in Gruber/N. Raschauer, WAG, Band I, §§ 56, 57, Rz 1 und 2). Im vorliegenden Fall war den Kunden bekannt, dass die Aufträge gesammelt und gemeinsam durchgeführt werden. Die Kundenaufträge lauteten, jeweils am 20. eines Monats einen bestimmten Geldbetrag dem Kundenkonto gut zu

schreiben, wobei dieser Geldwert durch den Verkauf von Aktien des Kunden erzielt werden sollte. Mit anderen Worten: Die Kunden haben zuerst Aktien erworben und sah der Entnahmeplan den sukzessiven Verkauf dieser Aktien und die monatliche Ausbezahlung des Verkaufserlöses an die Kunden vor. Der einzelne Kunde konnte daher mit einer im Vorhinein bestimmten Geldsumme pro Monat rechnen. Wie viele Aktien zur Erzielung dieser Summe notwendig waren, hing vom aktuellen Kurs bzw von den Angeboten in der Schlussauktion ab. Lag der Tagesschlusskurs zB bei 10,- Euro, mussten für einen Auszahlungsbetrag von 100,- Euro 10 Stück Aktien verkauft werden. Lag der Tagesschlusskurs am 20. des betreffenden Monats aber beispielsweise bei 5,- Euro, mussten 20 Aktien für einen Kunden verkauft werden. Dieses Modell eines „Entnahmeplanes“ trug somit aleatorische Elemente in sich. Aufgrund der großen Menge an derartigen „Entnahmeplänen“ (für hunderte Kunden) lag es zudem bei den „Börsespielregeln“ auf der Hand, dass bei längerer und gleichförmiger Vorgehensweise (hohes Verkaufsangebot am 20. jeden Monats) ein Kursverfall im Zusammenhang mit diesen Verkäufen verursacht wird. Für professionelle Börsebeobachter war nämlich leicht erkennbar, dass jeweils am 20. eines Monats mit einem großen Verkaufsangebot in der Schlussauktion zu rechnen war. Durch die „Bestensorder“ und dem Verkaufsdruck der C.-Bank (die Aktien mussten an diesem Tag verkauft werden, um die Entnahmepläne bedienen zu können) war es den Käufern möglich, durch entsprechende Abschlüsse einen für sie günstigen Preis zu erzielen. Der jeweilige Kursverlust war daher für die C.-Bank auch ex ante betrachtet ohne weiteres erkennbar und zu erwarten. Die Entnahmepläne erweisen sich daher im Ergebnis und unter Außerachtlassung einer etwaigen Spesenverrechnung für sämtliche Kunden nachteilig. Nach Ansicht des Verwaltungssenates liegt die Ursache für diese Nachteiligkeit aber nicht primär in der Sammelorder, sondern im Grundkonzept der Entnahmepläne, wonach – unabhängig vom Tageskurs – jeweils am 20. eines Monats zu einem bestimmten Geldwertäquivalent Aktien verkauft werden mussten. Nicht die Zusammenlegung der Kundenorders an sich, sondern die Verpflichtung zum Verkauf an einem bestimmten Tag, unabhängig davon, ob der Aktienkurs für einen Verkauf günstig steht, ergab finanzielle Nachteile für die betroffenen Kunden. Bei einer Abwicklung der Entnahmepläne durch hunderte Einzelorders, die ebenfalls vertragsbedingt am 20. eines Monats erteilt hätten werden müssen, wäre es wohl ebenfalls zu einem Kursverlust gekommen, da auch in diesem Fall auf der Verkaufsseite ein deutlicher Überhang bestanden hätte. Zudem wäre es seitens der C.-Bank zu einer Spesenvorschreibung gekommen, die bei einer „Gegenrechnung“ zur Variante der Zusammenlegung mitberücksichtigt werden müsste. Diese Ansicht dürfte auch die Fachabteilung der FMA (Abteilung III/3) vertreten, die in ihrem Votum (siehe Seite 13 des Dokuments) festhält, dass „sich die insgesamt Nachteiligkeit aufgrund der Orderzusammenlegung im Sinne des § 56 Absatz 1 Ziffer 1 WAG 2007 aufgrund der derzeitigen Information nicht gänzlich erhärtet hat“. Der Verwaltungssenat gelangt daher im Ergebnis zur Ansicht, dass die objektive Tatseite des § 56 Absatz 1 Ziffer 1 WAG nicht verwirklicht wurde. Die von der C.-Bank mit ihrem Geschäftspartner A. durchgeführten Entnahmepläne könnten aber § 52 Absatz 2 WAG 2007 verletzt haben. Da eine Subsumtion unter diese Bestimmung eine Auswechslung der Tat bedeuten würde und die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten ist, bedarf es keiner näheren Ausführungen dazu. Das Straferkenntnis war daher gemäß § 45 Absatz 1 Ziffer 2 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Nach Paragraph 56, Absatz 1 WAG dürfen Kundenaufträge grundsätzlich nur getrennt voneinander abgewickelt werden. In Abweichung von diesem Grundsatz ist jedoch eine Zusammenlegung von Kundenorders bei kumulativen Vorliegen der in Ziffer 1 bis 3 leg cit genannten Voraussetzungen möglich. Als erste Voraussetzung sieht Absatz 1 Ziffer 1 leg cit vor, dass Aufträge nicht zusammengelegt werden dürfen, wenn bereits vor ihrer Abwicklung (ex ante) zu erwarten ist dass dies „unterm Strich“ für sämtliche betroffenen Kunden nachteilig sein wird vergleiche Kreisl, in Brandl/Saria (Hrsg), WAG, 2. Auflage, Paragraph 56,, Rz 1 und 2; siehe auch Rabl, in Gruber/N. Raschauer, WAG, Band römisch eins, Paragraphen 56, 57,, Rz 1 und 2). Im vorliegenden Fall war den Kunden bekannt, dass die Aufträge gesammelt und gemeinsam durchgeführt werden. Die Kundenaufträge lauteten, jeweils am 20. eines Monats einen bestimmten Geldbetrag dem Kundenkonto gut zu schreiben, wobei dieser Geldwert durch den Verkauf von Aktien des Kunden erzielt werden sollte. Mit anderen Worten: Die Kunden haben zuerst Aktien erworben und sah der Entnahmeplan den sukzessiven Verkauf dieser Aktien und die monatliche Ausbezahlung des Verkaufserlöses an die Kunden vor. Der einzelne Kunde konnte daher mit einer im Vorhinein bestimmten Geldsumme pro Monat rechnen. Wie viele Aktien zur Erzielung dieser Summe notwendig waren, hing vom aktuellen Kurs bzw von den Angeboten in der Schlussauktion ab. Lag der Tagesschlusskurs zB bei 10,- Euro, mussten für einen Auszahlungsbetrag von 100,- Euro 10 Stück Aktien verkauft werden. Lag der Tagesschlusskurs am 20. des betreffenden Monats aber beispielsweise bei 5,- Euro, mussten 20 Aktien für einen Kunden verkauft werden. Dieses Modell eines „Entnahmeplanes“ trug somit aleatorische Elemente in sich. Aufgrund der großen Menge an derartigen „Entnahmeplänen“ (für hunderte Kunden) lag es zudem bei den

„Börsenspielregeln“ auf der Hand, dass bei längerer und gleichförmiger Vorgehensweise (hohes Verkaufsangebot am 20. jeden Monates) ein Kursverfall im Zusammenhang mit diesen Verkäufen verursacht wird. Für professionelle Börsebeobachter war nämlich leicht erkennbar, dass jeweils am 20. eines Monates mit einem großen Verkaufsangebot in der Schlussauktion zu rechnen war. Durch die „Bestensorder“ und dem Verkaufsdruck der C.-Bank (die Aktien mussten an diesem Tag verkauft werden, um die Entnahmepläne bedienen zu können) war es den Käufern möglich, durch entsprechende Abschlüsse einen für sie günstigen Preis zu erzielen. Der jeweilige Kursverlust war daher für die C.-Bank auch ex ante betrachtet ohne weiteres erkennbar und zu erwarten. Die Entnahmepläne erweisen sich daher im Ergebnis und unter Außerachtlassung einer etwaigen Spesenverrechnung für sämtliche Kunden nachteilig. Nach Ansicht des Verwaltungssenates liegt die Ursache für diese Nachteiligkeit aber nicht primär in der Sammelorder, sondern im Grundkonzept der Entnahmepläne, wonach – unabhängig vom Tageskurs – jeweils am 20. eines Monates zu einem bestimmten Geldwertäquivalent Aktien verkauft werden mussten. Nicht die Zusammenlegung der Kundenorders an sich, sondern die Verpflichtung zum Verkauf an einem bestimmten Tag, unabhängig davon, ob der Aktienkurs für einen Verkauf günstig steht, ergab finanzielle Nachteile für die betroffenen Kunden. Bei einer Abwicklung der Entnahmepläne durch hunderte Einzelorders, die ebenfalls vertragsbedingt am 20. eines Monats erteilt hätten werden müssen, wäre es wohl ebenfalls zu einem Kursverlust gekommen, da auch in diesem Fall auf der Verkaufsseite ein deutlicher Überhang bestanden hätte. Zudem wäre es seitens der C.-Bank zu einer Spesenvorschreibung gekommen, die bei einer „Gegenrechnung“ zur Variante der Zusammenlegung mitberücksichtigt werden müsste. Diese Ansicht dürfte auch die Fachabteilung der FMA (Abteilung III/3) vertreten, die in ihrem Votum (siehe Seite 13 des Dokuments) festhält, dass „sich die insgesamt Nachteiligkeit aufgrund der Orderzusammenlegung im Sinne des Paragraph 56, Absatz 1 Ziffer 1 WAG 2007 aufgrund der derzeitigen Information nicht gänzlich erhärtet hat“. Der Verwaltungssenat gelangt daher im Ergebnis zur Ansicht, dass die objektive Tatseite des Paragraph 56, Absatz 1 Ziffer 1 WAG nicht verwirklicht wurde. Die von der C.-Bank mit ihrem Geschäftspartner A. durchgeführten Entnahmepläne könnten aber Paragraph 52, Absatz 2 WAG 2007 verletzt haben. Da eine Subsumtion unter diese Bestimmung eine Auswechslung der Tat bedeuten würde und die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten ist, bedarf es keiner näheren Ausführungen dazu. Das Straferkenntnis war daher gemäß Paragraph 45, Absatz 1 Ziffer 2 VStG aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zu den Kosten:

Da der Berufung unfänglich stattgegeben wurde, trägt die Behörde gemäß § 66 Absatz 1 VStG die Kosten des Verfahrens. Da der Berufung unfänglich stattgegeben wurde, trägt die Behörde gemäß Paragraph 66, Absatz 1 VStG die Kosten des Verfahrens.

Zuletzt aktualisiert am

15.06.2011

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