

TE Uvs Bescheid 2010/4/27 06/FM/40/2133/2009

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.04.2010

Index

21/06 Wertpapierrecht

Norm

WAG 2007 §13 Abs1

WAG 2007 §27 Abs2 1.Strafsatz

1. WAG 2007 § 13 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017

1. WAG 2007 § 27 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Martschin als Vorsitzenden, Dr. Schmid als Berichter und Mag. Doninger als Beisitzer über die Berufung des Herrn Ingo L., vertreten durch Rechtsanwälte-Partnerschaft, vom 4.3.2009 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 17.2.2009, Zahl FMA-WL00538.100/ 0003-LAW/2008, wegen Übertretung des § 13 WAG nach Durchführung einer Verhandlung am 16.2.2010 entschieden Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Martschin als Vorsitzenden, Dr. Schmid als Berichter und Mag. Doninger als Beisitzer über die Berufung des Herrn Ingo L., vertreten durch Rechtsanwälte-Partnerschaft, vom 4.3.2009 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 17.2.2009, Zahl FMA-WL00538.100/ 0003-LAW/2008, wegen Übertretung des Paragraph 13, WAG nach Durchführung einer Verhandlung am 16.2.2010 entschieden:

SPRUCH

Gemäß § 66 Absatz 4 AVG in Verbindung mit § 24 VStG wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch wie folgt lautet: Gemäß Paragraph 66, Absatz 4 AVG in Verbindung mit Paragraph 24, VStG wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch wie folgt lautet:

„Sie haben als Vorstand der E. AG, einem konzessionierten Wertpapierunternehmen mit Sitz in Z., S.-gasse, und somit als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Absatz 1 VStG zu verantworten, dass dieses Unternehmen als Vertriebspartner der M. Success Finanz AG am 1.7.2007 mit dem Kunden Christopher B., wohnhaft in Wien 8, Florianigasse 68/1, einen Kaufauftrag über den Ankauf von Zertifikaten der M. vermittelt hat, obwohl der Kunde im Anlegerprofil vom 1.7.2007 seine Risikobereitschaft bei einer Auswahl zwischen den Stufen gering, mittel, hoch und extrem hoch mit der Stufe „mittel“ angegeben hat und die Zertifikate der M. in die Risikostufe „hoch“ einzustufen gewesen wären. Die Vermittlung der Zertifikate der M. zum Kauf durch Herrn B. erfolgte seitens der E. AG somit nicht mit der von § 13 Ziffer 1 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), BGBl Nr. 1996/753 in der Fassung BGBl I Nr. 2007/60, geforderten Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Kunden, da das mit den Wertpapieren der M. verbundene Risiko nicht mit der Angabe des Kunden B. zu seiner Risikobereitschaft übereinstimmte. „Sie haben als

Vorstand der E. AG, einem konzessionierten Wertpapierunternehmen mit Sitz in Z., S.-gasse, und somit als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, Absatz 1 VStG zu verantworten, dass dieses Unternehmen als Vertriebspartner der M. Success Finanz AG am 1.7.2007 mit dem Kunden Christopher B., wohnhaft in Wien 8, Florianigasse 68/1, einen Kaufauftrag über den Ankauf von Zertifikaten der M. vermittelt hat, obwohl der Kunde im Anlegerprofil vom 1.7.2007 seine Risikobereitschaft bei einer Auswahl zwischen den Stufen gering, mittel, hoch und extrem hoch mit der Stufe „mittel“ angegeben hat und die Zertifikate der M. in die Risikostufe „hoch“ einzustufen gewesen wären. Die Vermittlung der Zertifikate der M. zum Kauf durch Herrn B. erfolgte seitens der E. AG somit nicht mit der von Paragraph 13, Ziffer 1 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), BGBl Nr. 1996/753 in der Fassung BGBl römisch eins Nr. 2007/60, geforderten Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Kunden, da das mit den Wertpapieren der M. verbundene Risiko nicht mit der Angabe des Kunden B. zu seiner Risikobereitschaft übereinstimmte.

Sie haben dadurch § 13 Ziffer 1 WAG verletzt und wird über Sie gemäß § 27 Absatz 2 erster Strafsatz WAG eine Geldstrafe in der Höhe von 6000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Tagen verhängt. Sie haben dadurch Paragraph 13, Ziffer 1 WAG verletzt und wird über Sie gemäß Paragraph 27, Absatz 2 erster Strafsatz WAG eine Geldstrafe in der Höhe von 6000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Tagen verhängt.

Sie haben gemäß § 64 Absatz 1 und 2 VStG einen Anteil an den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von 600 Euro, das entspricht 10% der verhängten Geldstrafe, zu tragen.“ Sie haben gemäß Paragraph 64, Absatz 1 und 2 VStG einen Anteil an den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von 600 Euro, das entspricht 10% der verhängten Geldstrafe, zu tragen.“

Gemäß § 65 VStG hat der Berufungswerber keinen Betrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten. Gemäß Paragraph 65, VStG hat der Berufungswerber keinen Betrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Im Straferkenntnis vom 17.2.2009 wird dem nunmehrigen Berufungswerber Folgendes zur Last gelegt:

„Die FMA hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 9.4.2002 Vorstand der E. AG, einer konzessionierten Wertpapierfirma mit der Geschäftsanschrift S.-gasse, Z. Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 VStG als zur Vertretung nach außen Berufener folgendes zu verantworten: Sie sind seit 9.4.2002 Vorstand der E. AG, einer konzessionierten Wertpapierfirma mit der Geschäftsanschrift S.-gasse, Z. Sie haben in dieser Funktion gemäß Paragraph 9, VStG als zur Vertretung nach außen Berufener folgendes zu verantworten:

Die E. hat als Vertriebspartner der M. Success Finanz AG am 01.07.2007 mit dem Kunden Christopher B., Florianigasse 68/1, 1080 Wien, einen Kaufauftrag über den Ankauf von Wertpapieren der M. abgeschlossen. Der Kunde hat am Anlegerprofil die Risikobereitschaft „mittel“ von den Stufen „gering“, „mittel“, „hoch“ und „extrem hoch“) angegeben. Der Kunde wurde nicht darüber aufgeklärt, um welche Art von Wertpapieren es sich dabei handelte.

Der dem Antrag beiliegende Risikohinweis enthält den Hinweis, dass bei Wertpapieren der M. das Risiko eines Teilverlusts bis hin zum Gesamtverlust des investierten Kapitals besteht.

Die Vermittlung von Wertpapieren der M. zum Kauf durch die E. an den genannten Kunden erfolgte nicht mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Kunden, da das mit diesen Wertpapieren verbundene Risiko nicht mit der Angabe des Kunden zu seiner Risikobereitschaft übereinstimmte. Der Kunde wurde auch nicht darüber beraten, worin der Unterschied zwischen den einzelnen Risikostufen besteht. Der Kunde wurde auch nicht ausreichend über die Art des verkauften Produktes (dass es sich dabei um Aktien vertretende Zertifikate handelt) sowie das damit verbundene Risiko aufgeklärt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 27 Abs 2, 13 WAG unter Heranziehung von § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetze, Paragraphen 27, Absatz 2, 13, WAG unter Heranziehung von Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetzes

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 10.000 Euro

Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tage Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19, 22 Abs 1 und 44a VStG iVm §§ 27 Abs 2, 13 WAG Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft): Gemäß Paragraphen 16, 19, 22, Absatz eins und 44 a VStG in Verbindung mit Paragraphen 27, Absatz 2, 13, WAG Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

--

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

* 1000 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); * -- Euro als Ersatz der Baurauslage für --.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 11.000 Euro.“

Gegen dieses Straferkenntnis wurde frist- und formgerecht Berufung erhoben, in der einerseits der Vorwurf bestritten wird, den Kunden nicht ordnungsgemäß beraten zu haben und andererseits die Risikoeinstufung verteidigt bzw die Vorhersehbarkeit der Kursverluste in Abrede gestellt wird. Andererseits wird vorgebracht, dass aufgrund einer Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten der Beschuldigte verwaltungsstrafrechtlich nicht verantwortlich wäre. Gleichzeitig mit dieser Berufungsschrift und nachfolgend wurden zahlreiche Dokumente vorgelegt, die vor allem auf die Kursverluste und deren auslösende Umstände eingehen. Zudem wurden mehrere Gutachten aus Zivilprozessen und einige Urteile von Zivilgerichten in Vorlage gebracht, die sich in erster Linie mit Irrtumsanfechtungen bzw Schadenersatzansprüchen im Zusammenhang mit dem Erwerb von M.-Zertifikaten befassen.

In der Verhandlung am 16.2.2010 wurden die Verfahrensparteien gehört, der Berufungswerber persönlich befragt und mit dem Amt sachverständigen sein Gutachten erörtert. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„Der BWV gibt an:

Ich habe soeben erst erfahren, dass Hr. Mag. P. Amt sachverständiger der FMA ist, die ihrerseits Partei des gegenständlichen Strafverfahren ist und lehne daher den Sachverständigen mit der Begründung ab, dass es sich um einen Amt sachverständigen um eine Verfahrenspartei handelt. Inhaltlich wird dem Gutachten von Hrn. Mag. P., sofern er vermeint, dass bei heutigem Kenntnisstand (Kenntnis der Aktienrückkäufe) eine Einstufung der M.-Zertifikate im Juli 2007 in der 2.höchsten Risikokategorie zu Erfolgen gehabt hätte, wird nicht entgegen getreten. Unberücksichtigt blieb jedoch die Frage, der Erkennbarkeit, der Entwicklung zu den fraglichen Zeitpunkt und die Unwissenheit über die Aktienrückkäufe. Zu diesem Thema wird das Sachverständigengutachten des Hrn. Dkfm W. aus dem Jahr 2007 betreffend der Eignung von Aktien der I. AG zur Mündelgeldveranlagung gemäß § 230e ABGB vorgelegt. Daraus ergibt sich, dass Immobilienaktien vergleichbar sicher wie Staatsanleihen sind und deckt sich dies mit dem Gutachten von Hrn. Dr. G.. Inhaltlich sind beide Gutachten weitgehend ident. Als weiteres Beweismittel zu diesem Thema wird ein Gutachten des Hrn. Dr. Sa. vom 23.1.2010 vorgelegt. Dieses Gutachten wurde von meiner Kanzlei in Auftrag gegeben. Ich habe soeben erst erfahren, dass Hr. Mag. P. Amt sachverständiger der FMA ist, die ihrerseits Partei des gegenständlichen Strafverfahren ist und lehne daher den Sachverständigen mit der Begründung ab, dass es sich um einen Amt sachverständigen um eine Verfahrenspartei handelt. Inhaltlich wird dem Gutachten von Hrn. Mag. P., sofern er vermeint, dass bei heutigem Kenntnisstand (Kenntnis der Aktienrückkäufe) eine Einstufung der M.-Zertifikate im Juli 2007 in der 2.höchsten Risikokategorie zu Erfolgen gehabt hätte, wird nicht entgegen getreten. Unberücksichtigt blieb jedoch die Frage, der Erkennbarkeit, der Entwicklung zu den fraglichen Zeitpunkt und die Unwissenheit über die Aktienrückkäufe. Zu diesem Thema wird das Sachverständigengutachten des Hrn. Dkfm W. aus dem Jahr 2007 betreffend der Eignung von Aktien der römisch eins. AG zur Mündelgeldveranlagung gemäß Paragraph 230 e, ABGB vorgelegt. Daraus ergibt sich, dass Immobilienaktien vergleichbar sicher wie Staatsanleihen sind und deckt sich dies mit dem Gutachten von Hrn. Dr. G.. Inhaltlich sind beide Gutachten weitgehend ident. Als weiteres Beweismittel zu diesem Thema wird ein Gutachten des Hrn. Dr. Sa. vom 23.1.2010 vorgelegt. Dieses Gutachten wurde von meiner Kanzlei in Auftrag gegeben.

Anmerkung:

Das Gutachten von Hrn. Dr. Sa. wird der FMA in Kopie ausgehändigt. Das Gutachten von Hrn. Dkfm W. zur Einsicht vorgelegt. Zu dem möchte ich bekannt geben, dass in sämtlichen zivilgerichtlichen Verfahren die Urteile dahingehend

lauteten, dass eine Einstufung der M.-Zertifikate mit mittlerem Risiko nicht als schuldhaft und rechtswidrig erkannt wurde. Zum Beweis dafür lege ich ein Urteil des Handelgerichts Wien vom 8.1.2010 vor. Als weiteres Beweismittel zum selben Thema werden Urteile des Landesgerichts Linz vom 11.2.2010, des BG Salzburg vom 27.11.2009, sowie des Landesgerichts Salzburg vom 30.12.2009, wonach der Finanzdienstleister E. auf die Risikoeinschätzung und die Materialien der M. Bank vertrauen durfte. Zudem wird das Factsheet der M. Bank AG zur M. mit Stand 31.5.2007, der Homepage der M. Bank AG entnommen, vorgelegt. Dies unter Verweis auf § 27 Abs 1 u. 2 WAG 2007. Zur Frage der internen Geschäftsverteilung führe ich aus, dass ich damals das entsprechende Schriftstück aufgesetzt habe und diese Vereinbarung in meiner Gegenwart getroffen wurde. Die nicht unterschriebene Version wurde von mir an die damalige BWA übermittelt. Das Gutachten von Hrn. Dr. Sa. wird der FMA in Kopie ausgehändigt. Das Gutachten von Hrn. Dkfm W. zur Einsicht vorgelegt. Zu dem möchte ich bekannt geben, dass in sämtlichen zivilgerichtlichen Verfahren die Urteile dahingehend lauteten, dass eine Einstufung der M.-Zertifikate mit mittlerem Risiko nicht als schuldhaft und rechtswidrig erkannt wurde. Zum Beweis dafür lege ich ein Urteil des Handelgerichts Wien vom 8.1.2010 vor. Als weiteres Beweismittel zum selben Thema werden Urteile des Landesgerichts Linz vom 11.2.2010, des BG Salzburg vom 27.11.2009, sowie des Landesgerichts Salzburg vom 30.12.2009, wonach der Finanzdienstleister E. auf die Risikoeinschätzung und die Materialien der M. Bank vertrauen durfte. Zudem wird das Factsheet der M. Bank AG zur M. mit Stand 31.5.2007, der Homepage der M. Bank AG entnommen, vorgelegt. Dies unter Verweis auf Paragraph 27, Absatz eins, u. 2 WAG 2007. Zur Frage der internen Geschäftsverteilung führe ich aus, dass ich damals das entsprechende Schriftstück aufgesetzt habe und diese Vereinbarung in meiner Gegenwart getroffen wurde. Die nicht unterschriebene Version wurde von mir an die damalige BWA übermittelt.

Zwischen der E. und M. Success bestand seit 2005 eine Vereinbarung, wonach die Vertriebsmitarbeiter der E. bzgl. Des Produkts M.-Zertifikate direkt durch die M. Success ausgebildet und geschult werden und M. Success sämtliche, benötigte Materialien zur Verfügung stellt. Dies wurde im Rahmen eines Zivilprozesses vom Handelsgericht Wien anerkannt, wobei festgestellt wurde, dass die Schulung durch M. Success unzureichend war. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Das Aktenzeichen lautet 19CG167/09p. Die Vereinbarung ist als Auslagerung nach dem WAG 2007 zu Verstehen und wirkt schuldbefreiend.

Der Vertreter der FMA gibt an:

Zum Urteil des Handelsgerichts Wiens vom 8.1.2010 möchte ich festhalten, dass darin zu lesen steht, dass die gegenständlichen Wertpapiere bereits im Jahr 2006 mit einem hohen Risiko einzustufen war. Eine neuerliche Einstufung im Juni/Juli 2007 kam zum selben Ergebnis. Zudem handelt es sich um einen Kunden der nach dem Urteil sachgerecht beraten wurde, was im verfahrensgegenständlichen Fall gerade nicht passiert ist.

Der Berufungswerber gibt über Befragen des Verhandlungsleiters an:

Ich bin im deutschen Vorstand seit 1997, im österreichischen Vorstand der E.-AG seit 2003. Im Jahr 2007 hatte die E.-AG in Österreich schätzungsweise 700 Vertriebsmitarbeiter. Im Jahr 2007 hat die E.-AG neben den M.-Zertifikaten auch andere Produkte, zumeist Investmentfonds angeboten. Üblicherweise haben wir keine Einzelaktien angeboten. Bezüglich der M. Wertpapiere wurde aufgrund der vorliegenden Gutachten eine Ausnahme gemacht und haben wir die M. Aktien auch als Einzelprodukte angeboten. Gleichzeitig mit Abschluss des Kooperationsvertrages mit M. Success haben wir vereinbart, dass die fachspezifische Ausbildung unserer Vertriebsmitarbeiter für das Produkt M. durch M. Success statt findet. Wenn ich gefragt werde, wer die Risikoeinstufung „mittel“ für die M.- Zertifikate vorgenommen hat, gebe ich an: Diese Entscheidung wurde von damaligen Vorstandsvorsitzenden Hr. Otto Wi. getroffen. Als Grundlage dienten die damals bekannten Gutachten und erfolgte die Entscheidung, die M.- Zertifikate in die Stufe „mittleres Risiko“ einzureihen. Ich habe mich mit dieser Einstufung nicht weiter auseinander gesetzt und dies im Ergebnis als Ordnung befunden, zumals damals bereits einige Gutachten vorlagen und mir auch vom Verantwortlichen der M. Success Finanz AG, so etwa von Hrn. Ma., dies Sicherheit des Produktes dargelegt wurde. Meines Wissens hat eine vor Ort Prüfung der FMA im ersten Halbjahr 2007 auch zum Thema M.-Zertifikate bei der E. stattgefunden. Die Abschlussbesprechung fand glaublich im Jahr 2008 in Salzburg statt.

Anmerkung:

Der BWV gibt als Datum der vor Ort Prüfung den Zeitraum 27.2. bis 1.3.2007 bekannt und legt als Beweis dafür eine Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA vom 26.2.2007 vor.

Im Rahmen dieser vor Ort Prüfung erfolgte keine mir bekannte Beanstandung unserer Risikoeinstufung unserer M.-

Zertifikate.

Wenn mir mitgeteilt wird, dass das konkrete Anlegerprofil von einem Vertriebspartner namens Klaus Mar. unterschrieben wurde, gebe ich dazu an, dass mir der Name nichts sagt.

Für die Beratung bzw. Verkauf von M.-Zertifikaten hat sich die E. ausschließlich Unterlagen der M. Success bedient. Zusätzliche Unterlagen wurden von uns nicht verwendet. Das machen wir bei allen unseren Produkten. Wenn mir aus dem erstinstanzlichen Akt (Beilage 3) die letzte Seite zur Einsicht vorgelegt wird, gebe ich an, dass ich davon ausgehe, dass auch diese Information von M. Success zur Verfügung gestellt wurde und gebe dazu an, dass wir derartige Unterlagen in keinem Fall selber erstellt haben.

Mir ist nicht bekannt, ob es damals eine eigene Einstufung der M.-Zertifikate durch die M. Success Finanz AG gegeben hat.

Am 1.7.2007 war mir persönlich lediglich das Gutachten von Dr. G. bekannt. Nach meinem Wissenstand war dieses auch Grundlage für die von Hrn. Wi. vorgenommene Einstufung der M.-Zertifikate.

Der Beschuldigte gibt über Befragung des BWV an:

Meines Wissens nach war Hr. Sw., damals Prokurist der M. Success, verantwortlich für die fachspezifische Ausbildung unserer Vertriebsmitarbeiter für die M.-Zertifikate.

Ende 2007 Anfang 2008 ist mir bekannt geworden, dass ein Pflegschaftsgericht M.- Zertifikate als mündelsicher beurteilt hat. Die näheren Umstände sind mir nicht bekannt, die konkrete Veranlagung fand schon früher statt. Mir ist dies nur vom Hören sagen bekannt.

Vor Juli 2007 ist mir nicht bekannt gewesen, dass M. anderst als in Immobilien und Geldmarktpapieren investiert hätte.

Der Beschuldigte gibt nach Befragung des Vertreters der FMA an:

Zu den Schulungsabläufen befragt führe ich aus:

Die E.-AG hat in Wien drei Direktionen und wurden bzgl. der M.-Schulungen Termine seitens der M. Success für unsere Mitarbeiter vorgegeben. Ich glaube nicht, dass jemand der E.-AG in leitender Funktion bei diesen Schulungen anwesend war, um die Inhalte zu verfolgen. Wir wurden jedoch regelmäßig über die Direktoren über den Fortgang der Schulungen informiert. Eine Kontrolle, wie die Schulung bei unseren Mitarbeitern angekommen ist, fand im einzelnen nicht statt, es gab jedoch Evaluierungsgespräche. Sollten Schulungen schlecht gelaufen sein, haben wir schon Rückmeldungen der Direktoren bekommen.

Bzgl. der M.-Schulungen sind mir keine Probleme bekannt geworden. Nur entsprechend geschulte Mitarbeiter durften Kunden beraten. Die Risikoeinstufung der M.-Zertifikate war kein Thema bei der vor Ort Prüfung und auch nicht bei meinem Gespräch mit Prüfern der FMA.

Der Beschuldigte gibt über Befragung des BMV an:

Die vor Ort Prüfung hatte im hohen Ausmaß die Beratungsankäufe der M.- Zertifikate zum Inhalt, d.h. vor Ort wurden in den entsprechenden Verkaufsunterlagen Einsicht genommen. Meines Wissens wurden M.-Zertifikate all jenen Kunden angeboten die ihr Risikobereitschaft mit zumindest mittel oder höher angegeben haben.

Die Verhandlung wird um 10:55 Uhr unterbrochen und um 11:09 Uhr fortgesetzt. Der Amt sachverständige wird rechtsbelehrt und gibt an mit dem BW in keinem Angehörigkeitsverhältnis zu stehen.

Die Parteienvertreter verzichten auf einen mündlichen Vortrag des Gutachtens. Auf die Verlesung des Gutachtens wird verzichtet und gilt dieses als Verlesen. Der BWV gibt an, seinen Ablehnungsantrag aufrecht zu erhalten und weist darauf hin, dass dem Gutachten die Quellen nicht beigelegt wurden.

Der Amt sachverständige gibt über Befragung des Berichters an:

Ich bin von meiner Ausbildung her Volkswirt und habe an der Wirtschaftsuniversität studiert. Seit September 2004 bin ich bei der FMA beschäftigt und gehöre zur Abteilung integrierte Finanzmärkte. Mein Aufgabengebiet besteht dort ökonomische Analysen und Finanzmarktanalysen, Risikobewertungen, Bewertung von Produkten und Geschäftsmodellen und Analysen der Finanzmarktstabilität. Wenn ich gefragt werde, ob ich in meiner Tätigkeit speziell mit Immobilienfonds bzw. Produkten aus diesem Bereich zu tun habe, gebe ich an, dass ich im Jahr 2006/2007

gemeinsam mit Kollegen der Abteilung Marktaufsicht eine Studie über „Immobilien Investments am Finanzmarkt Österreich und dessen regulatorischen Rahmen“. Ich bin von meiner Ausbildung her Volkswirt und habe an der Wirtschaftsuniversität studiert. Seit September 2004 bin ich bei der FMA beschäftigt und gehöre zur Abteilung integrierte Finanzmärkte. Mein Aufgabengebiet besteht dort aus ökonomischen Analysen und Finanzmarktanalysen, Risikobewertungen, Bewertung von Produkten und Geschäftsmodellen und Analysen der Finanzmarktstabilität. Wenn ich gefragt werde, ob ich in meiner Tätigkeit speziell mit Immobilienfonds bzw. Produkten aus diesem Bereich zu tun habe, gebe ich an, dass ich im Jahr 2006 aus 2007, gemeinsam mit Kollegen der Abteilung Marktaufsicht eine Studie über „Immobilien Investments am Finanzmarkt Österreich und dessen regulatorischen Rahmen“.

Damals wurden von mir auch die M.-Zertifikate näher untersucht. Wenn ich gefragt werde, wie ich an die Beantwortung der mir gestellten Frage herangegangen bin, führe ich aus:

Es gab zwei Herangehensweisen. Zum Einen habe ich die Finanzmärkte im ersten Halbjahr 2007 hinsichtlich Immobilienaktien in Augenschein genommen. Im wesentlichen habe ich einen Vergleich der M.-Zertifikate mit anderen Immobilienaktien am österreichischen und europäischen Markt vorgenommen. Auf Seite 7, zweiter Absatz, meines Gutachtens hat sich in der ersten Zeile ein Tippfehler eingeschlichen, der von mir verwendete Beobachtungszeitraum bezog sich nicht auf das Jahr 2006, sondern auf das Jahr 2007. Bis Ende 2006 gab es eine Entwicklung der Immobilienwertpapiere, ähnlich wie Staatsanleihen, konkret bezogen auf das Risiko. Im ersten Halbjahr 2007 hat sich die Situation deutlich verschlechtert, wie dies am Immobilien-ATX von mir dargestellt. Aufgrund steigender Zinsen kam es zu Aktienwertverlusten in dem von mir im Gutachten aufgezeigten Umfang. Auch G. weist darauf hin, dass steigende Zinsen ein Risikofaktor für Immobilienaktien darstellen. Diese Kursverluste im ersten Halbjahr 2007 waren nicht nur am europäischen Markt sondern in Nordamerika bemerkbar. Im Branchenindex für Immobilien, die ich auf Seite 7 meines Gutachtens dargestellt habe, sind beispielsweise die M. und I. und vor allem die großen europäischen Anbieter enthalten. In dem von mir angesprochenen Immobilien ATX war M. nicht enthalten. Die zweite Herangehensweise betraf die M. selber, sowie die dazu vorgelegten Gutachten. Damit meine ich die im Akt einliegenden Gutachten von G., Man., Im. und Maf.. Aus meiner Sicht stellte sich die Frage, weshalb die M.- Zertifikate im ersten Halbjahr um 9,1 % gestiegen sind, hingegen fast alle anderen Immobilienwerte, wie schon ausgeführt stagnierten oder gefallen sind. Aus heutiger Sicht ist der Wertgewinn der M.-Zertifikate mit den vielfachen verfahrensrelevanten Marktmanipulationen in Zusammenhang zu bringen. Ich habe daher die mir vorliegenden Gutachten reflektiert. Dazu ist mir aufgefallen, dass insbesondere bei dem Gutachten G. eine vergangenheitsbezogene Risikoeinschätzung in Bezug auf die Staatsanleihen vorgenommen wurde, wobei die M.-Zertifikate erst ab dem Jahr 2002 auf dem Markt waren. Das G. Gutachten stammt aus dem Herbst 2006 und ist dieser Zeitraum zu kurz für eine statistisch signifikante Aussage über den Risikogehalt. Ich möchte nochmals darauf hinweisen, dass bei M. Risiken hinzukommen, wie sie für Staatsanleihen nicht in Frage kommen. Ich habe dies im schriftlichen Gutachten ausgeführt. Damit meine ich vor allem Markt- und operationelles Risiko. Ich teile die Einschätzung der anderen Gutachter, wonach eine Risikoeinstufung sich im Zeitablauf ändern kann. Wenn ich gefragt werde, ob zu einem Zeitpunkt zw. 2002 und Juli 2007 eine Einstufung der M.-Zertifikate bei einer vierteiligen Skala mit „mittel“ richtig gewesen sei, gebe ich an, dass eine derartige Einstufung der M.-Zertifikate mit dem Risiko mittel bis Ende 2006 rechtfertigbar war. Anfang 2007 hätten das ansteigende Zinsniveau und die fallenden Aktienkurse der Immobilienwerte dazu führen müssen, diese Risikoeinstufung von M. zu überprüfen. Wenn ich gefragt werde, ob ein Finanzberater bei Betrachtung des Finanzmarktes im ersten Halbjahr 2007, wo die M.-Zertifikate in ihrem Wert um 9,1 % gestiegen, hingegen die meisten anderen Immobilienwerte stagnierten bzw. gesunken sind, Ansatzpunkte einholen hätte können, dass die Risikoeinstufung der M.-Zertifikate als mittel zu hinterfragen ist, gebe ich an: Es gab zwei Herangehensweisen. Zum Einen habe ich die Finanzmärkte im ersten Halbjahr 2007 hinsichtlich Immobilienaktien in Augenschein genommen. Im wesentlichen habe ich einen Vergleich der M.-Zertifikate mit anderen Immobilienaktien am österreichischen und europäischen Markt vorgenommen. Auf Seite 7, zweiter Absatz, meines Gutachtens hat sich in der ersten Zeile ein Tippfehler eingeschlichen, der von mir verwendete Beobachtungszeitraum bezog sich nicht auf das Jahr 2006, sondern auf das Jahr 2007. Bis Ende 2006 gab es eine Entwicklung der Immobilienwertpapiere, ähnlich wie Staatsanleihen, konkret bezogen auf das Risiko. Im ersten Halbjahr 2007 hat sich die Situation deutlich verschlechtert, wie dies am Immobilien-ATX von mir dargestellt. Aufgrund steigender Zinsen kam es zu Aktienwertverlusten in dem von mir im Gutachten aufgezeigten Umfang. Auch G. weist darauf hin, dass steigende Zinsen ein Risikofaktor für Immobilienaktien darstellen. Diese Kursverluste im ersten Halbjahr 2007 waren nicht nur am europäischen Markt sondern in Nordamerika bemerkbar. Im Branchenindex für Immobilien, die ich auf Seite 7 meines Gutachtens dargestellt habe,

sind beispielweise die M. und römisch eins. und vor allem die großen europäische Anbieter enthalten. In dem von mir angesprochenen Immobilien ATX war M. nicht enthalten. Die zweite Herangehensweise betraf die M. selber, sowie die dazu vorgelegten Gutachten. Damit meine ich die im Akt einliegenden Gutachten von G., Man., Im. und Maf.. Aus meiner Sicht stellte sich die Frage, weshalb die M.- Zertifikate im ersten Halbjahr um 9,1 % gestiegen sind, hingegen fast alle anderen Immobilienwerte, wie schon ausgeführt stagnierten oder gefallen sind. Aus heutiger Sicht ist der Wertgewinn der M.-Zertifikate mit den vielfachen verfahrensrelevanten Marktmanipulationen in Zusammenhang zu bringen. Ich habe daher die mir vorliegenden Gutachten reflektiert. Dazu ist mir aufgefallen, dass insbesondere bei dem Gutachten G. eine vergangenheitsbezogene Risikoeinschätzung in Bezug auf die Staatsanleihen vorgenommen wurde, wobei die M.-Zertifikate erst ab dem Jahr 2002 auf dem Markt waren. Das G. Gutachten stammt aus dem Herbst 2006 und ist dieser Zeitraum zu kurz für eine statistisch signifikante Aussage über den Risikogehalt. Ich möchte nochmals darauf hinweisen, dass bei M. Risiken hinzukommen, wie sie für Staatsanleihen nicht in Frage kommen. Ich habe dies im schriftlichen Gutachten ausgeführt. Damit meine ich vor allem Markt- und operationelles Risiko. Ich teile die Einschätzung der anderen Gutachter, wonach eine Risikoeinstufung sich im Zeitablauf ändern kann. Wenn ich gefragt werde, ob zu einem Zeitpunkt zw. 2002 und Juli 2007 eine Einstufung der M.-Zertifikate bei einer vierteiligen Skala mit „mittel“ richtig gewesen sei, gebe ich an, dass eine derartige Einstufung der M.-Zertifikate mit dem Risiko mittel bis Ende 2006 rechtfertigbar war. Anfang 2007 hätten das ansteigende Zinsniveau und die fallenden Aktienkurse der Immobilienwerte dazu führen müssen, diese Risikoeinstufung von M. zu überprüfen. Wenn ich gefragt werde, ob ein Finanzberater bei Betrachtung des Finanzmarktes im ersten Halbjahr 2007, wo die M.-Zertifikate in ihrem Wert um 9,1 % gestiegen, hingegen die meisten anderen Immobilienwerte stagnierten bzw. gesunken sind, Ansatzpunkte einholen hätte können, dass die Risikoeinstufung der M.-Zertifikate als mittel zu hinterfragen ist, gebe ich an:

Ein allgemein bekannter Grundsatz in der Finanzbranche lautet, umso höher die Rendite, desto höher das Risiko.

Ein diesbzgl. Vergleich am Finanzmarkt hätte gezeigt, dass auch die im G. Gutachten erwähnten Staatsanleihen in diesem Zeitraum deutlich geringer gestiegen sind. Dass das Zinsniveau im ersten Halbjahr angestiegen ist, war für jeden Finanzberater leicht erkennbar. Diesbezüglich verweise ich auf meine Tabelle auf Seite 5 des Gutachtens. Dort ist ersichtlich, dass der Zinssatz vom Oktober 2005 von knapp über 2 % bis März 2007 auf knapp über 4 % gestiegen ist. Das bedeutet eine Verdoppelung des Zinssatzes.

Innerhalb von Aktien ist bzgl. der Risikokategorie weiter zu differenzieren. Aktien die man in die niedrigste Risikogruppe einordnen könnte, gibt es nicht. Es gibt jedoch Faktoren die dazu führen Aktien eine höhere als in eine mittlere Risikogruppe einzuordnen. Diese Faktoren habe ich im Gutachten auf Seite 6 aufgelistet.

Bei M. war für mich als Risiko erhöhende Faktoren maßgeblich, die Konzentration auf Zentral- und Osteuropa und die mangelnde Diversifizierung des Unternehmens. Wenn ich gefragt werde, ob die Einstufung mit hohem Risiko anzusetzen gewesen wäre, gebe ich an, dass ich bei meiner Beurteilung mich ausschließlich an die vierteilige Risikoskala gehalten habe, zum Ergebnis kam, dass die M.-Zertifikate per 1.7.2007 in die zweithöchste Risikostufe einzuordnen waren und ich dabei an die sematische Bezeichnung dieser Risikostufen gebunden war. Die Frage, ob im selben Zeitraum andere Immobilienaktien aufgrund des steigenden Zinsniveaus ihrer Risikobewertung angehoben wurden, kann ich nicht beantworten, dazu fehlen mir die Fakten.

Der Sachverständige gibt über Befragung des BWV an:

Dienstliche Erfahrungen mit Börsen habe ich keine. Dienstliche Wahrnehmungen bzgl. Wertpapierleisern und deren Umsetzung des WAG habe ich keine. Gleiches gilt für den Wertpapierhandel für Banken. Ich habe keine dienstliche Wahrnehmung bzgl. Emittenten von Wertpapieren und der Emittentenkontrollverordnung. Ebenso habe ich nichts mit Talkmeldungen und dgl. zu tun. Ich habe an der Wirtschaftsuniversität die spezielle Betriebswirtschaftslehre für Investmentbanking und Kapitalmarktkommunikation belegt. Eine österreichische Staatsanleihe ist in Wertpapieren mit geringen Risiko. Eine Volatilität bis 10% kann man einer solchen Staatsanleihe zugestehen und ist auch in der Praxis beobachtbar. Die Volatilität der Immobilienaktien im ersten Halbjahr 2007 betrug wohl mehr als minus 10 % in absoluten Zahlen. Für die M.- Zertifikate habe ich die konkrete Zahl nicht verfügbar. Ich habe sie jedoch bei Erstellung des Gutachtens errechnet. Meines Erachtens ist die Volatilität nicht maßgebliches Kriterium für diese Übereinschätzung. Ich halte fest, dass die Volatilität der M.-Zertifikate bis Mitte 2007 deutlich geringer als die von Staatsanleihen war.

Der Unterschied zw. Staatsanleihen und der M.-Zertifikate liegt vor allem darin, dass hinter Staatsanleihen der

jeweilige Staat steht, bei M. jedoch ein Unternehmen. Der Verlust des Immobilien-ATX betrug bis Ende 2006 lediglich im schlechtesten Monat minus 1%, die massiven Verluste dieser Branche im ersten Halbjahr 2007 waren für niemanden vorhersehbar. Laut statistischen Maßstäben war so eine Entwicklung nahezu unmöglich zu erwarten.

Die Volatilität ist als alleiniges Kriterium ungeeignet für eine Risikoeinstufung, sie ist jedoch geeignet bei dem Betrachter Hellhörigkeit hervorzurufen. Im konkreten Fall ist es der reine Kursverlust im ersten Halbjahr 2007 der auffällig war. Für die österreichischen Immobilienwertpapiere, mit Investment in Osteuropa, trifft es zu, dass es im ersten Halbjahr 2007 zu keinen markanten Kursverlusten gekommen ist. Auf Basis der Kursverläufe im ersten Halbjahr 2007 lässt sich nicht ableiten, dass Investments in Osteuropa einem erhöhten Risiko ausgesetzt gewesen wäre. Die im G. Gutachten aufgestellte Aussage, wonach Immobilienaktien (konkret die M.) so sicher wie Staatsanleihen des Bundes seien, beruhen ausschließlich auf Vergleiche der Kursbeobachtung und wird von mir nicht geteilt. Aufgrund des Weglassens des Emittentenrisikos und des operativen Risiko, sowie des Marktrisikos des G. Gutachten, teile ich diese Einschätzung von der Risikoeinschätzung nicht. G. erwähnt dies Faktoren nur am Rande. Es kann bei Betrachtung des G. Gutachtens für einen Finanzvermittler der Eindruck entstehen, dass die M.-Zertifikate bei einem sinnvoll Portfoliomix aus relativ risikoarme Veranlagung empfunden werden kann. Für den Beschuldigten wäre bei adäquater Auseinandersetzen mit dem G. Gutachten erkennbar gewesen, dass dieser Gutachter zwei Einschränkungen in seiner Beurteilung als mündelsicher vorgenommen hat, nämlich den sinnvollen Portfoliomix und den Risikofaktor steigende Zinsen. Zur Zeit sind die Zinsen deutlich niedriger als im ersten Halbjahr 2007. Für die weiterhin niedrigen Immobilienaktienkurse spricht vor allem das fehlende Vertrauen der Anleger und die Refinanzierungsmöglichkeiten. Im ersten Halbjahr 2007 ist das Finanzierungsrisiko angestiegen. Das trifft jedoch nicht für Immobiliengesellschaften zu, die weitgehend ohne Fremdkapital auskommen. Nach dem vorliegenden Factsheet dürfte M. ein Fremdkapital von max. 60% haben. Zur Ad-Hoc Meldungen im ersten Halbjahr 2007 kann ich keine Angaben machen. Ich habe nicht geprüft, welchen tatsächlichen Fremdkapitalanteil zu diesen Zeitpunkt M. hatte. Wenn der Anleger davon ausgehen kann, dass auch längerfristig keine Kredite aufgenommen werden, ist das ansteigende Zinsniveau kein Faktor für eine Risikoerhöhung.

Der Sachverständige gibt unter Befragung der FMA an:

Die Frage, ob es ein Unterschied ausmacht, ob es sich bei den Wertpapieren um Aktien oder Zertifikate handelt, habe ich bzgl. eines Risikofaktors nicht überprüft. Ich habe im Zuge meiner Gutachtenserstellung nicht auf die konkrete Gesellschaftssituation der M. abgestellt.

Der BWV stellt den Antrag auf Erstellung eines Gutachtens durch einen Gutachter aus dem Fachgebiet Finanzdienstleistung, zur Frage der Erkennbarkeit der Risiken und der Fehler der vorliegenden Gutachten. Dies deshalb, weil der beigezogene Sachverständige auf diesem Fachgebiet keine Kenntnisse hatte. Zum Thema der tatsächlichen Risikobereitschaft von Hrn. B. beantrage ich die Zeugeneinvernahme dessen. Dies deshalb weil lt. dem Akt einliegenden Aussage des Hrn. B. dieser kein extrem hohes Risiko eingehen wollte, obwohl er im Besitz eines Risikohinweises war, wonach es bei den M.-Zertifikate zu erheblichen Verlusten kommen kann und der Sachverständige nicht davon ausgeht, dass diese Wertpapiere ein sehr hohes Risiko in sich trugen.“

Aufgrund der umfangreichen Dokumente, die erst in der Verhandlung vorgelegt wurden, war eine Verkündung im Anschluss an die Verhandlung nicht möglich. Da sämtliche Verfahrensparteien auf eine mündliche Verkündung ausdrücklich verzichtet haben, ergeht die vorliegende Entscheidung ausschließlich schriftlich.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Feststellungen:

Am 1.7.2007 war der Beschuldigte (und ist immer noch) Vorstand der E. AG (künftig kurz E.), einem konzessionierten Wertpapierunternehmen mit Sitz in Z., S.-gasse. Die E. hat als Vertriebspartner der M. Success Finanz AG (künftig kurz M. Success) am 1.7.2007 zwischen dieser und dem Kunden Christopher B. einen Kaufauftrag über den Ankauf von Zertifikaten der M. vermittelt. Im Zuge dieses Vermittlungsgespräches hat der Kunde im Anlegerprofil, einem Formular der M. Success, seine Risikobereitschaft - bei einer Auswahl zwischen den Stufen gering, mittel, hoch und extrem hoch - mit der Stufe „mittel“ angegeben. Dem Anlegerprofil ist weiters zu entnehmen, dass Herr B. ein durchschnittliches Jahreseinkommen von unter 10.000 Euro bezieht und über ein Vermögen von 10.000 bis 24.999 Euro verfügt (beide Zahlen wurden nicht individuell im Formular eingesetzt, sondern vom Kunden aus einer vorgegebenen Auswahl gewählt). Zur Frage „Für welche Art von Wertpapiergeschäften besitzen Sie derzeit die für Ihre Anlagenentscheidung

notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen?“ wählte Herr B. die Rubrik „Girokonto, Sparbuch, Geldmarktfonds“ aus. Im Zuge dieses Gespräches wurde dem Kunden ein schriftlicher Risikohinweis mit der Überschrift „Spezielle Risikohinweise für Aktien der M. ausgehändigt, der folgenden Inhalt hat:

„Aktien sind Wertpapiere und verkörpern Mitglieds- und Teilhaberrechte an einer Gesellschaft. Der Anleger wird durch den Erwerb der Aktie Mitunternehmer und trägt das gesamte Bonitätsrisiko der Gesellschaft. Im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft wird die Aktie regelmäßig wertlos. Der Kurs von Aktien ist laufenden Schwankungen ausgesetzt, die von vielen Faktoren, unter anderem der allgemeinen Wirtschaftsentwicklung, der Zinsentwicklung, der Entwicklung der jeweiligen relevanten Aktien- und Kapitalmärkte sowie der wirtschaftlichen Entwicklung, der aktuellen Bonität und den wirtschaftlichen Perspektiven der Gesellschaft abhängig sind.

Die Kursentwicklung der Aktie hängt daher sowohl von „inneren Faktoren“, wie etwa der Wertentwicklung angekaufter Immobilien, als auch „äußeren Faktoren“, wie etwa der Nachfrage auf dem Aktienmarkt, die zueinander in Wechselbeziehung stehen. Die Entwicklung beider Faktoren kann, muss aber nicht korrelieren. Es wird keine Garantiezusicherung oder sonstige vergleichbare Erklärung für eine bestimmte Kurz- oder Wertentwicklung der Aktien oder von der Gesellschaft erworbener Immobilien abgegeben. Ungünstigenfalls, etwa bei Zusammentreffen mehrerer negativer Entwicklung auf dem Immobilien- und/oder Wertpapiermärkten besteht auch das Risiko eines Teilverlustes bis hin zum Gesamtverlust des investierten Kapitals. M. ist eine nach J.-Recht gegründete und geführte Kapitalgesellschaft. Die Stellung der Aktionäre kann in zahlreichen Fällen ungünstiger gestaltet sein als nach österreichischem Recht, etwa bei der Ausübung von Minderheitsrechten oder beim Ausschluss von Bezugsrechten. Auch eine allfällige Durchsetzung von Ansprüchen des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft kann erschwert sein.

Die Wertentwicklung von Immobilien ist im hohem Ausmaß von der allgemeinen nationalen und regionalen Wirtschaftslage abhängig, ferner ob die Immobilie vermietet ist und welche Restlaufzeit diese Mietverträge haben. Wesentlich sind außerdem die Standortbeurteilung sowie der Erhaltungszustand der jeweiligen Immobilien. Die Entwicklung des Standortes kann nur schwer vorgesehen werden. Betreffend Erhaltungszustand besteht insbesondere das Risiko versteckter Mängel, die bei Erwerb der Liegenschaft nicht erkannt wurden und von der Gesellschaft zu tragen sind. Ebenso unterliegen Immobilien dem Risiko des Untergangs, etwa infolge Naturkatastrophen oder Kriegshandlungen, weil derartige Risiken wirtschaftlich oft nicht sinnvoll versicherbar sind, sodass das Risiko bei der Gesellschaft verbleibt.

Immobilien sind grundsätzlich nicht liquide Investitionen, sodass bei Notwendigwerden eines raschen Verkaufs von Immobilien große Differenzen zwischen einem bezifferbaren Marktkurs und dem inneren Wert einer Immobilie (gemessen am Ertragspotential oder am Wiederbeschaffungswert) möglich sind. Die Investmentstrategie der Gesellschaft sieht nicht zwingend ein diversifiziertes Portfolio von Immobilien vor. Der Ausfall eines oder mehrerer bedeutender Mieter kann negative Auswirkungen auf die Gesamterträge der Gesellschaft haben. Weitere Risiken bewirken potentielle Änderungen der rechtlichen und/oder steuerlichen Rahmenbedingungen betreffend Immobilien. Eine ausführliche Darstellung über die angeführten sowie allfällige weitere Risiken enthält der Kapitalmarkt- bzw. Börsesprospekte in der jeweils gültigen Fassung.“

Im Anschluss an dieses Gespräch wurde ein „Konto- und Depoteröffnungsantrag/ Kaufauftrag“ ausgefüllt und damit ein Kauf von M.-Zertifikaten im Wert von 9000 Euro vermittelt.

Mit Schreiben vom 18.2.2008 wandte sich Herr B. an die FMA und erhob Beschwerde gegen die E. mit der Begründung, während der Ankaufphase (ab dem 1.7.2007 bis zur Auflösung seiner Bausparverträge zur Bezahlung der M.-Zertifikate) nicht über die Kursverluste der M. informiert worden zu sein. Dieses Beschwerdeschreiben nahm die FMA zum Anlass, den konkreten Vermittlungsvertrag zu prüfen und das gegenständliche Verfahren einzuleiten. Die E. hat für die M.-Zertifikate einen Kooperationsvertrag mit M. Success abgeschlossen, womit letztgenannte Firma für die Schulungen der E. Mitarbeiter bezüglich der M.-Zertifikate zuständig gemacht wurde. Die E. bediente sich bei der Vermittlung von M.-Zertifikaten ausschließlich Unterlagen (Formulare, etc) von M. Success. Die Einstufung der M.-Zertifikate in die Risikostufe „mittel“ erfolgte durch den Vorstandsvorsitzenden der E., Herrn Otto Wi.. Der Beschuldigte hat sich mit dieser Einstufung nicht weiter auseinander gesetzt, war aber darüber in Kenntnis und hat diese Bewertung als in Ordnung befunden. Die vier Risikokategorien auf dem Anlegerprofil waren durch M. Success vorgegeben.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen über die E. und die M. Success, die Stellung des Beschuldigten und den Ablauf des

Vermittlungsgeschäftes basieren auf dem erstinstanzlichen Akt (siehe insbesondere den darin einliegenden Firmenbuchauszug, das Anlegerprofil, den Risikohinweis, etc). Die Feststellungen über den Kooperationsvertrag und über die Vornahme der Risikoeinstufung gründen auf der glaubhaften Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung.

Rechtliche Beurteilung:

Da als Tattag der 1.7.2007 angelastet ist, kommt das Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) BGBl 1996/753 zur Anwendung (das nunmehr geltende WAG 2007 wurde erst am 6.7.2007 im Nationalrat beschlossen und trat am 1.11.2007 in Kraft). Die einschlägigen Bestimmungen des WAG lauten:

„§ 11. (1) Bei der Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder der sonstigen Veranlagung des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, sind die Interessen der Kunden bestmöglich zu wahren, und insbesondere die §§ 12 bis 18 zu beachten.“ § 11. (1) Bei der Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder der sonstigen Veranlagung des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, sind die Interessen der Kunden bestmöglich zu wahren, und insbesondere die Paragraphen 12 bis 18 zu beachten.

Als Dienstleistungen in diesem Sinne gelten:

1. 1.Ziffer eins

Die in § 1 Abs 1 Z 7 lit. b bis f und Z 11 BWG genannten Bankgeschäfte Die in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera b bis f und Ziffer 11, BWG genannten Bankgeschäfte;

2. 2.Ziffer 2

das Finanzdienstleistungsgeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 19 BWG; das Finanzdienstleistungsgeschäft gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 19, BWG;

3. 3.Ziffer 3

der Handel mit

1. a) Litera a

Finanzinstrumenten gemäß § 2 Z 34 lit. d BWG Finanzinstrumenten gemäß Paragraph 2, Ziffer 34, Litera d, BWG,

2. b) Litera b

Verträgen über Edelmetalle und Waren gemäß Z 2 lit. e, 4 und 5 der Anlage 2 zu § 22 BWG und Verträgen über Edelmetalle und Waren gemäß Ziffer 2, Litera e, 4 und 5 der Anlage 2 zu Paragraph 22, BWG und

c) Veranlagungen gemäß § 1 Abs 1 Z 3 Kapitalmarktgesetz - KMG, BGBl. Nr. 625/1991, c)

Veranlagungen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, Kapitalmarktgesetz - KMG, Bundesgesetzblatt Nr. 625 aus 1991,,

sowie die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung solcher Instrumente oder Veranlagungen.

(2) Die Verpflichtung gemäß Abs 1 gilt für alle natürlichen und juristischen Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts und Erwerbsgesellschaften, die die in Abs 1 genannten Dienstleistungen gewerblich erbringen. (2) Die Verpflichtung gemäß Absatz eins, gilt für alle natürlichen und juristischen Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts und Erwerbsgesellschaften, die die in Absatz eins, genannten Dienstleistungen gewerblich erbringen.

(3) Die Verpflichtung gemäß Abs 1 gilt auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland einschließlich der für sie im Inland tätigen natürlichen und juristischen Personen, die Dienstleistungen gegenüber Kunden im Inland erbringen, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird. (3) Die Verpflichtung gemäß Absatz eins, gilt auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland einschließlich der für sie im Inland tätigen natürlichen und juristischen Personen, die Dienstleistungen gegenüber Kunden im Inland erbringen, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich im Ausland erbracht wird.

§ 13. Die in § 11 genannten Rechtsträger haben bei der Erbringung von Dienstleistungen gemäß § 11 Abs Paragraph 13, Die in Paragraph 11, genannten Rechtsträger haben bei der Erbringung von Dienstleistungen gemäß Paragraph 11, Absatz eins

1. diese mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihrer Kunden zu erbringen;

2. sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wird;
3. von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse in Geschäften, die Gegenstand der Wertpapierdienstleistungen sein sollen, über ihre mit den Geschäften verfolgten Ziele und über ihre finanziellen Verhältnisse zu verlangen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist;
4. ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist.

§ 27. (2) Wer als Anbieter von Wertpapierdienstleistungen gemäß § 11 die Bestimmungen der §§ 12 bis 14 und 16 bis 18 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der §§ 12 bis 14 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der §§ 16 bis 18 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen.“Paragraph 27, (2) Wer als Anbieter von Wertpapierdienstleistungen gemäß Paragraph 11, die Bestimmungen der Paragraphen 12 bis 14 und 16 bis 18 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Paragraphen 12 bis 14 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der Paragraphen 16 bis 18 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen.“

Unstrittig handelt es sich bei der E. um einen Rechtsträger im Sinne des § 11 WAG und stellte das Vermitteln eines Kaufvertrages von Zertifikaten eine gewerbliche Dienstleistung nach § 11 Absatz 1 leg cit dar. Die E. war daher am 1.7.2007 verpflichtet, die Dienstleistung der Kaufvermittlung gemäß § 13 Ziffer 1 WAG mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihres Kunden (Herrn B.) zu erbringen. Unstrittig handelt es sich bei der E. um einen Rechtsträger im Sinne des Paragraph 11, WAG und stellte das Vermitteln eines Kaufvertrages von Zertifikaten eine gewerbliche Dienstleistung nach Paragraph 11, Absatz 1 leg cit dar. Die E. war daher am 1.7.2007 verpflichtet, die Dienstleistung der Kaufvermittlung gemäß Paragraph 13, Ziffer 1 WAG mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihres Kunden (Herrn B.) zu erbringen.

Nach § 13 Ziffer 1 WAG hat der Dienstleistungsanbieter mit der erforderlichen Sachkenntnis zu agieren, dh er hat die von ihm angebotenen Finanzinstrumente zu kennen. Dazu gehört auch die Kenntnis des Marktes, der allgemeinen Merkmale des Instrumentes, denen die Wertpapierdienstleistung zuzuordnen ist, deren spezielle Charakteristika sowie die des Emittenten der Wertpapiere und seine wirtschaftliche Situation (so auch Winternitz, Wertpapieraufsichtsgesetz, 116 Rz 6 unter Zitierung von Schwintowski, Bankrecht, § 11 Rz 71). Als Maßfigur für den Sorgfaltsmaßstab ist ein durchschnittlich ausgebildeter, mit entsprechendem Fachwissen und mit durchschnittlicher Erfahrung in der konkreten Beratungsbranche ausgestatteter Dienstleister (Berater) heranzuziehen. Nach Paragraph 13, Ziffer 1 WAG hat der Dienstleistungsanbieter mit der erforderlichen Sachkenntnis zu agieren, dh er hat die von ihm angebotenen Finanzinstrumente zu kennen. Dazu gehört auch die Kenntnis des Marktes, der allgemeinen Merkmale des Instrumentes, denen die Wertpapierdienstleistung zuzuordnen ist, deren spezielle Charakteristika sowie die des Emittenten der Wertpapiere und seine wirtschaftliche Situation (so auch Winternitz, Wertpapieraufsichtsgesetz, 116 Rz 6 unter Zitierung von Schwintowski, Bankrecht, Paragraph 11, Rz 71). Als Maßfigur für den Sorgfaltsmaßstab ist ein durchschnittlich ausgebildeter, mit entsprechendem Fachwissen und mit durchschnittlicher Erfahrung in der konkreten Beratungsbranche ausgestatteter Dienstleister (Berater) heranzuziehen.

§ 13 Ziffer 1 WAG zielt darauf ab, dass die Interessen des Kunden bestmöglich gewahrt werden. Um dieses Ziel zu erreichen hat der Dienstleister von seinem Kunden Angaben über seine Erfahrungen und Kenntnisse in Wertpapiergeschäften, seine mit diesem Geschäft verfolgten Ziele und seine finanziellen Verhältnisse einzuholen (vgl § 13 Ziffer 3 leg cit). Paragraph 13, Ziffer 1 WAG zielt darauf ab, dass die Interessen des Kunden bestmöglich gewahrt werden. Um dieses Ziel zu erreichen hat der Dienstleister von seinem Kunden Angaben über seine Erfahrungen und Kenntnisse in Wertpapiergeschäften, seine mit diesem Geschäft verfolgten Ziele und seine finanziellen Verhältnisse einzuholen vergleiche Paragraph 13, Ziffer 3 leg cit).

Der letztgenannten Verpflichtung ist die E. dadurch nachgekommen, dass sie Herrn B. das Formular „Anlegerprofil“ ausfüllen hat lassen. Nach Ansicht des UVS erfüllt die Bestimmung des § 13 Ziffer 3 WAG aber keinen Selbstzweck, sondern dient der Erfüllung der Verpflichtungen der Ziffer 1 leg cit. Die E. war verpflichtet, auf der Grundlage der persönlichen Angaben des Herrn B. im Anlegerprofil ein für seine Ziele passendes, seinen finanziellen Verhältnissen adäquates und mit seiner Risikobereitschaft in Einklang stehendes Finanzprodukt anzubieten. Der letztgenannten Verpflichtung ist die E. dadurch nachgekommen, dass sie Herrn B. das Formular „Anlegerprofil“ ausfüllen hat lassen.

Nach Ansicht des UVS erfüllt die Bestimmung des Paragraph 13, Ziffer 3 WAG aber keinen Selbstzweck, sondern dient der Erfüllung der Verpflichtungen der Ziffer 1 leg cit. Die E. war verpflichtet, auf der Grundlage der persönlichen Angaben des Herrn B. im Anlegerprofil ein für seine Ziele passendes, seinen finanziellen Verhältnissen adäquates und mit seiner Risikobereitschaft in Einklang stehendes Finanzprodukt anzubieten.

Herr B. war zum Zeitpunkt der Kaufvermittlung nach der Aktenlage (siehe dazu die Angaben im Anlegerprofil) 21 Jahre alt, bezog ein jährliches Einkommen von unter 10.000 Euro und verfügte über ein Vermögen von weniger als 25.000 Euro. De facto besaß Herr B. offenbar zwei Bausparverträge im Gesamtwert von rund 9000 Euro, die er erst auflösen musste, um die M.-Zertifikate erwerben zu können. Sein Wissen über Finanzprodukte beschränkte sich auf Basisprodukte wie Girokonto und Sparguthaben. Auf einer vierteiligen Risikoskala gab Herr B. an, ein mittleres Risiko eingehen zu wollen. Dieses Wissen der E. musste als Entscheidungsgrundlage für die Auswahl eines Finanzproduktes zum Angebot an Herrn B. dienen. Seitens des Anlagenberaters der E. wurden Herrn B. ausschließlich M.-Zertifikate zum Kauf angeboten und zwar beinahe in Höhe seines Gesamtvermögens (9000 Euro + Aufschlag), was der Höhe seines Jahreseinkommens entsprach. Unabhängig davon, dass diese Umstände, insbesondere wegen der fehlenden Risikosteuerung und dem für Herrn B.s Vermögensverhältnisse hohen Volumen, bereits gegen eine Dienstleistung im Interesse des Kunden sprechen, erfolgte – wie nachfolgend näher dargelegt wird – das Anbot einer Dienstleistung gemäß § 11 Absatz 1 WAG (Kauf von Zertifikaten) entgegen der vom Kunden abgegebenen Risikobereitschaft und jedenfalls aus diesem Grund entgegen den Vorgaben des § 13 Ziffer 1 WAG. Herr B. war zum Zeitpunkt der Kaufvermittlung nach der Aktenlage (siehe dazu die Angaben im Anlegerprofil) 21 Jahre alt, bezog ein jährliches Einkommen von unter 10.000 Euro und verfügte über ein Vermögen von weniger als 25.000 Euro. De facto besaß Herr B. offenbar zwei Bausparverträge im Gesamtwert von rund 9000 Euro, die er erst auflösen musste, um die M.-Zertifikate erwerben zu können. Sein Wissen über Finanzprodukte beschränkte sich auf Basisprodukte wie Girokonto und Sparguthaben. Auf einer vierteiligen Risikoskala gab Herr B. an, ein mittleres Risiko eingehen zu wollen. Dieses Wissen der E. musste als Entscheidungsgrundlage für die Auswahl eines Finanzproduktes zum Angebot an Herrn B. dienen. Seitens des Anlagenberaters der E. wurden Herrn B. ausschließlich M.-Zertifikate zum Kauf angeboten und zwar beinahe in Höhe seines Gesamtvermögens (9000 Euro + Aufschlag), was der Höhe seines Jahreseinkommens entsprach. Unabhängig davon, dass diese Umstände, insbesondere wegen der fehlenden Risikosteuerung und dem für Herrn B.s Vermögensverhältnisse hohen Volumen, bereits gegen eine Dienstleistung im Interesse des Kunden sprechen, erfolgte – wie nachfolgend näher dargelegt wird – das Anbot einer Dienstleistung gemäß Paragraph 11, Absatz 1 WAG (Kauf von Zertifikaten) entgegen der vom Kunden abgegebenen Risikobereitschaft und jedenfalls aus diesem Grund entgegen den Vorgaben des Paragraph 13, Ziffer 1 WAG.

Ohne auf das Gutachten des Amtsachverständigen oder die vom Berufungswerber vorlegten Gutachten zurückgreifen zu müssen, zeigt schon ein Blick auf den von der E. dem Kunden ausgehändigten Risikohinweis, dass von einem mittleren Risiko keine Rede sein kann. In den „Spezielle(n) Risikohinweisen für Aktien von Immobiliengesellschaften/M.“ wird nachvollziehbar und realitätsnahe auf mehrere Risiken hingewiesen. So ist dort beispielsweise zu lesen (der Gesamttext ist oben wiedergegeben; die Hervorhebungen stammen vom Verfasser des Bescheides): „Der Anleger wird durch den Erwerb der Aktie Mitunternehmer und trägt das gesamte Bonitätsrisiko der Gesellschaft. Im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft wird die Aktie regelmäßig wertlos.

.... Ungünstigenfalls, etwa bei Zusammentreffen mehrerer negativer Entwicklung

auf dem Immobilien- und/oder Wertpapiermärkten besteht auch das Risiko eines Teilverlustes bis hin zum Gesamtverlust des investierten Kapitals.“

Bei gewissenhafter Betrachtung dieser Risikohinweise, die offenbar von der M. Bank AG erstellt wurden und der E. wohl bekannt waren (das Informationsblatt wurde von einem E.-Mitarbeiter an den Kunden ausgefolgt), kann kein Zweifel bestehen, dass die mit dem Erwerb bzw Halten von M.-Zertifikate verbunden Risiken „vom Teil- bis zum Gesamtverlust des Kapitals führen“ können. Ein Wertpapier, bei dem es zu einem Totalverlust des Kapitals (nicht nur der Zinsen, der Gewinne oder dgl) führen kann, entspricht schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei einer vierteiligen Risikoskala, wie sie am Formular vorgegeben war, von „niedrig, mittel, hoch und extrem hoch“, keinesfalls den beiden unteren Kategorien.

Diese Ansicht wird nicht nur vom Gutachten des Amtsachverständigen bestätigt, sondern ist auch einem Gutachten zu entnehmen, das der Beschwerdeführer im

Verfahren vorgelegt hat. So schreibt der vom LG F. bestellte Gutachter
MMag. Dr. Reinhard Mal. (auszugsweise Wiedergabe, Volltext siehe Aktenseite
85ff) zur Frage der Vorhersehbarkeit der Kursverluste: „Daher muss die
Schlussfolgerung gezogen werden, dass ein Kursverfall der M. Aktie, wie er
zwischen Mitte Juni 2001 (21,33) und Mitte September (8,88) stattfand, zwar sehr
bedeutsam war, aber grundsätzlich nichts Außergewöhnliches ist. Man musste ihn
zwar nicht erwarten, aber auszuschließen ist so eine Abwärtsbewegung bei Aktien
niemals“ (Seite 15 des Gutachtens). Zur Frage der Risikoeinstufung führt
derselbe Sachverständige aus (siehe Gutachten ab Seite 17ff): „Wie Banken oder
Fondgesellschaften Wertpapiere ... nach ihrem Risiko klassieren, ist nicht
gesetzlich oder sonst irgendwie objektiv vorgegeben, sondern obliegt den
Finanzdienstleistern. Im Zusammenhang mit der M. Aktie muss bedacht werden,
dass es sich um ein Einzelinvestment handelt. Ein Investor hält Anteile an einer ausländischen AG mit Sitz in J.“ Der
Gutachter stellt auf den nachfolgenden Seiten seines Gutachtens Risikoskalen von acht In- und Ausländischen
Instituten dar (siehe die Seiten 20 bis 23 des Gutachtens). Aktien und Aktienfonds werden bei allen Instituten in die
zweithöchste Risikostufe eingeordnet (unabhängig davon, ob vier oder fünf Stufen vorgegeben sind). Der Gutachter
kommt auf Seite 24 zu folgender Schlussfolgerung: „M. AG war auch Länder- und Währungsrisiken ausgesetzt, sodass
vor dem Hintergrund der Einteilung der untersuchten Finanzintermediären das gesamte Portfolio einem höheren als
einem mittleren Risiko ausgesetzt war (d.h. Risikostufe 4 der fünfteiligen und Risikostufe 3 der vierteiligen Skalen).“
Klarstellend wird darauf aufmerksam gemacht, dass das Portfolio zu circa 56% aus M.-Zertifikaten, circa 22% M. Equity
Austria und circa 22% M. Quattro EU bestanden hat. Der Gutachter beantwortet die Frage nach der Risikoeinstufung
wie folgt: „In Würdigung all dieser Punkte ist der Schluss zu ziehen, dass alle Investments in eine
überdurchschnittlichen, nicht aber in die höchste Risikoklasse einzuordnen waren“ (vgl Seite 26 des Gutachtens). Somit
kommt selbst der Gutachter, dessen Gutachten der Berufungswerber vorgelegt hat, zu dem Ergebnis, dass M.-
Zertifikate (der Gutachter spricht immer von Aktien) in eine überdurchschnittliche Risikoklasse einzuordnen waren.
Nach der dem Geschäft zugrunde liegenden Risikoskala demnach in die Risikostufe „hoch“. In dem vom
Amtsachverständigen erstellten Gutachten wird nachvollziehbar dargelegt, dass die Zertifikate der M. am 1.7.2007 bei
einer vierteiligen Skala in die Risikokategorie mit dem zweithöchsten Risiko einzustufen waren. Das Gutachten ist
schlüssig und machte der Amtsachverständige in der Berufungsverhandlung einen kompetenten Eindruck. Die vom
Senat vorgenommene Einstufung gründet sich somit auch auf zwei inhaltlich übereinstimmende und plausible
Gutachten.dass es sich um ein Einzelinvestment handelt. Ein Investor hält Anteile an einer ausländischen AG mit Sitz in
J.“ Der Gutachter stellt auf den nachfolgenden Seiten seines Gutachtens Risikoskalen von acht In- und Ausländischen
Instituten dar (siehe die Seiten 20 bis 23 des Gutachtens). Aktien und Aktienfonds werden bei allen Instituten in die
zweithöchste Risikostufe eingeordnet (unabhängig davon, ob vier oder fünf Stufen vorgegeben sind). Der Gutachter
kommt auf Seite 24 zu folgender Schlussfolgerung: „M. AG war auch Länder- und Währungsrisiken ausgesetzt, sodass
vor dem Hintergrund der Einteilung der untersuchten Finanzintermediären das gesamte Portfolio einem höheren als
einem mittleren Risiko ausgesetzt war (d.h. Risikostufe 4 der fünfteiligen und Risikostufe 3 der vierteiligen Skalen).“
Klarstellend wird darauf aufmerksam gemacht, dass das Portfolio zu circa 56% aus M.-Zertifikaten, circa 22% M. Equity
Austria und circa 22% M. Quattro EU bestanden hat. Der Gutachter beantwortet die Frage nach der Risikoeinstufung
wie folgt: „In Würdigung all dieser Punkte ist der Schluss zu ziehen, dass alle Investments in eine
überdurchschnittlichen, nicht aber in die höchste Risikoklasse einzuordnen waren“ vergleiche Seite 26 des
Gutachtens). Somit kommt selbst der Gutachter, dessen Gutachten der Berufungswerber vorgelegt hat, zu dem
Ergebnis, dass M.-Zertifikate (der Gutachter spricht immer von Aktien) in eine überdurchschnittliche Risikoklasse
einzuordnen waren. Nach der dem Geschäft zugrunde liegenden Risikoskala demnach in die Risikostufe „hoch“. In dem
vom Amtsachverständigen erstellten Gutachten wird nachvollziehbar dargelegt, dass die Zertifikate der M. am 1.7.2007
bei einer vierteiligen Skala in die Risikokategorie mit dem zweithöchsten Risiko einzustufen waren. Das Gutachten ist

schlüssig und machte der Amtsachverständige in der Berufungsverhandlung einen kompetenten Eindruck. Die vom Senat vorgenommene Einstufung gründet sich somit auch auf zwei inhaltlich übereinstimmende und plausible Gutachten.

Zum Einwand, der Amtsachverständige gehöre der Mitpartei FMA an und sei daher befangen, ist auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, dass der UVS sich der ihm zur Verfügung stehenden Amtsachverständigen zu bedienen hat. Nur wenn kein solcher zur Verfügung steht, darf ein nichtamtlicher Sachverständiger verwendet werden. Im konkreten Fall war der Amtsachverständige mit der erstinstanzlichen Entscheidung nicht befasst und sind auch sonst keine Umstände hervorgekommen, die seine sachliche Befähigung und seine fachliche Unabhängigkeit als Sachverständiger in Zweifel ziehen würden.

Die Risikoeinstufung der M.-Zertifikate in die Stufe „mittel“ ist seitens der E. objektiv unrichtig erfolgt. Dass der Ankauf von Aktien (bzw hier von Aktien vertretenden Zertifikaten) in hohem Maße risikoträchtig ist, ist nach der Rechtsprechung des OGH (vgl zB OGH vom 9.4.1996, 10 Ob 528/94) „eine allgemein bekannte Tatsache“. Wenn dies schon für die Allgemeinheit zutrifft, muss dies umso mehr für einen Finanzdienstleister wie die E. gelten. Der Verwaltungssenat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die M.-Zertifikate nicht in die Risikokategorie „mittel“ einzuordnen waren. Indem diese Wertpapiere aber Herrn B. zum Ankauf vermittelt wurden, obwohl dieser nur Produkte mit mittlerem Risiko erwerben wollte, hat die E. ihre Dienstleistung (eben die Vermittlung von Wertpapieren) nicht im Interesse des Kunden B. erbracht. Dieses Manko in der Risikoeinstufung bzw am Anbieten der M.-Zertifikate an einen Kunden mit der Risikobereitschaft „mittel“ hätte auch durch eine gute Beratung über die tatsächlichen Risiken der M.-Zertifikate nicht beseitigt werden können. Die Risikoeinstufung der M.-Zertifikate in die Stufe „mittel“ ist seitens der E. objektiv unrichtig erfolgt. Dass der Ankauf von Aktien (bzw hier von Aktien vertretenden Zertifikaten) in hohem Maße risikoträchtig ist, ist nach der Rechtsprechung des OGH vergleiche zB OGH vom 9.4.1996, 10 Ob 528/94) „eine allgemein bekannte Tatsache“. Wenn dies schon für die Allgemeinheit zutrifft, muss dies umso mehr für einen Finanzdienstleister wie die E. gelten. Der Verwaltungssenat gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die M.-Zertifikate nicht in die Risikokategorie „mittel“ einzuordnen waren. Indem diese Wertpapiere aber Herrn B. zum Ankauf vermittelt wurden, obwohl dieser nur Produkte mit mittlerem Risiko erwerben wollte, hat die E. ihre Dienstleistung (eben die Vermittlung von Wertpapieren) nicht im Interesse des Kunden B. erbracht. Dieses Manko in der Risikoeinstufung bzw am Anbieten der M.-Zertifikate an einen Kunden mit der Risikobereitschaft „mittel“ hätte auch durch eine gute Beratung über die tatsächlichen Risiken der M.-Zertifikate nicht beseitigt werden können.

§ 13 Ziffer 1 WAG stellt eine Objektivierungspflicht für den Finanzdienstleister auf, die Interessen seiner Kunden bestmöglich zu wahren. Damit legt das WAG einem Wertpapierunternehmer eine Verpflichtung vergleichbar der Äquidistanz eines Maklers zu seinen beiden Auftraggebern auf. Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens (vgl insbesondere die Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung) hat sich die E. überwiegende, wenn nicht sogar ausschließlich, auf die Unterlagen der M. Success verlassen und hat auf dieser Grundlage – in diesem Punkt aber autonom, dh ohne Vorgabe der M. Success – eine Risikoeinstufung der M.-Zertifikate in die Kategorie „mittel“ vorgenommen. Im konkreten Punkt der Risikoeinstufung hat sich die E. somit nicht auf eine Vorgabe der M. Success verlassen, sondern eigenständig eine Entscheidung getroffen. Daher geht der Verweis auf § 27 Absatz 1 WAG 2007, der im übrigen zur Tatzeit noch nicht in Kraft war, fehl. Paragraph 13, Ziffer 1 WAG stellt eine Objektivierungspflicht für den Finanzdienstleister auf, die Interessen seiner Kunden bestmöglich zu wahren. Damit legt das WAG einem Wertpapierunternehmer eine Verpflichtung vergleichbar der Äquidistanz eines Maklers zu seinen beiden Auftraggebern auf. Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens vergleiche insbesondere die Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung) hat sich die E. überwiegende, wenn nicht sogar ausschließlich, auf die Unterlagen der M. Success verlassen und hat auf dieser Grundlage – in diesem Punkt aber autonom, dh ohne Vorgabe der M. Success – eine Risikoeinstufung der M.-Zertifikate in die Kategorie „mittel“ vorgenommen. Im konkreten Punkt der Risikoeinstufung hat sich die E. somit nicht auf eine Vorgabe der M. Success verlassen, sondern eigenständig eine Entscheidung getroffen. Daher geht der Verweis auf Paragraph 27, Absatz 1 WAG 2007, der im übrigen zur Tatzeit noch nicht in Kraft war, fehl.

Nach Ansicht des Verwaltungssenates ist die objektive Tatseite in dem Moment verwirklicht worden, in dem Herrn B. die M.-Zertifikate zum Kauf angeboten wurden. Auf der Grundlage des § 13 Ziffer 1 WAG durfte Herr B. darauf vertrauen, dass ihm nur Finanzprodukte angeboten werden, die der von ihm vorgenommenen Risikoeinstufung entsprechen. Im Angebot eines Wertpapiers höherer Risikostufe liegt bereits die Interessensverletzung. Bei dieser

Sichtweise kommt es nicht darauf an, ob Herr B. über die tatsächlichen Risiken aufgeklärt wurde. Ebenso ist es unerheblich, ob diese tatsächlichen Risiken nach der Vermittlung eingetreten sind oder nicht. Selbst wenn der Wert der M.-Zertifikate nachträglich gestiegen wäre, wäre der Tatbestand des § 13 Ziffer 1 WAG verwirklicht worden. Die objektive Tatseite des § 13 Ziffer 1 WAG ist als verwirklicht anzusehen und ist dieses Verhalten der E. zuzurechnen. Gemäß § 9 Absatz 1 VStG trägt der Beschuldigte als zur Vertretung der E. nach außen Berufener die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung. Nach Ansicht des Verwaltungssenates ist die objektive Tatseite in dem Moment verwirklicht worden, in dem Herrn B. die M.-Zertifikate zum Kauf angeboten wurden. Auf der Grundlage des Paragraph 13, Ziffer 1 WAG durfte Herr B. darauf vertrauen, dass ihm nur Finanzprodukte angeboten werden, die der von ihm vorgenommenen Risikoeinstufung entsprechen. Im Angebot eines Wertpapiers höherer Risikostufe liegt bereits die Interessensverletzung. Bei dieser Sichtweise kommt es nicht darauf an, ob Herr B. über die tatsächlichen Risiken aufgeklärt wurde. Ebenso ist es unerheblich, ob diese tatsächlichen Risiken nach der Vermittlung eingetreten sind oder nicht. Selbst wenn der Wert der M.-Zertifikate nachträglich gestiegen wäre, wäre der Tatbestand des Paragraph 13, Ziffer 1 WAG verwirklicht worden. Die objektive Tatseite des Paragraph 13, Ziffer 1 WAG ist als verwirklicht anzusehen und ist dieses Verhalten der E. zuzurechnen. Gemäß Paragraph 9, Absatz 1 VStG trägt der Beschuldigte als zur Vertretung der E. nach außen Berufener die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung.

In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass die im Verfahren geltend gemachte Bestellung eines anderen Vorstandsmitgliedes zum verantwortlichen Beauftragten nicht nachgewiesen werden konnte. Die vorgelegten Urkunden tragen keine Unterschriften. In den Akten liegen keine unterzeichneten Urkunden ein. Im übrigen ist aber auch die Textierung der vorlegten (nicht unterschriebenen) Urkunden nicht geeignet, eine sachliche Abgrenzung der Verantwortungsbereiche klar und ohne Hinterfragung durch die Behörde erkennen zu lassen. Zum Verschulden des Beschuldigten ist auf § 5 Absatz 1 VStG zu verweisen, wonach bereits Fahrlässigkeit für die Strafbarkeit ausreicht. Da zum Tatbestand des § 13 Ziffer 1 WAG weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, ist von Fahrlässigkeit auszugehen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Seitens des Beschuldigten wurde in umfangreichen Schriftsätzen vorgebracht, dass ihn kein Verschulden treffe, da die Kursverluste der M.-Zertifikate am 1.7.2007 nicht absehbar gewesen und die Verluste durch unlautere Methoden Dritter verursacht worden wären. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass die im Verfahren geltend gemachte Bestellung eines anderen Vorstandsmitgliedes zum verantwortlichen Beauftragten nicht nachgewiesen werden konnte. Die vorgelegten Urkunden tragen keine Unterschriften. In den Akten liegen keine unterzeichneten Urkunden ein. Im übrigen ist aber auch die Textierung der vorlegten (nicht unterschriebenen) Urkunden nicht geeignet, eine sachliche Abgrenzung der Verantwortungsbereiche klar und ohne Hinterfragung durch die Behörde erkennen zu lassen. Zum Verschulden des Beschuldigten ist auf Paragraph 5, Absatz 1 VStG zu verweisen, wonach bereits Fahrlässigkeit für die Strafbarkeit ausreicht. Da zum Tatbestand des Paragraph 13, Ziffer 1 WAG weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört, ist von Fahrlässigkeit auszugehen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Seitens des Beschuldigten wurde in umfangreichen Schriftsätzen vorgebracht, dass ihn kein Verschulden treffe, da die Kursverluste der M.-Zertifikate am 1.7.2007 nicht absehbar gewesen und die Verluste durch unlautere Methoden Dritter verursacht worden wären.

Wie bereits zur objektiven Tatseite ausgeführt, kommt es nicht darauf an, ob bestimmte Risiken eingetreten sind. Bei der Beurteilung des Verschuldens ist nicht von einer ex post Betrachtung der Kursentwicklung auszugehen. Maßgeblich ist, ob zum Zeitpunkt des Vermittlungsgesprächs Verschulden vorlag. Da der Vorwurf in der Interessensverletzung aufgrund des Angebotes eines Wertpapiers mit höherem Risiko als von Kunden gewünscht liegt, muss das Verschulden auf diesen Aspekt abstellen.

Der Beschuldigte gab dazu glaubhaft an, dass die Risikoeinstufung nicht durch ihn persönlich, sondern durch den damaligen Vorstandsvorsitzenden erfolgt sei, er jedoch von dieser Einstufung gewusst und diese mitgetragen, dh nicht beanstandet habe. Darin liegt das vorwerfbare Verhalten. Es ist schon nach allgemeinem Verständnis bei Aktien (hier Aktien vertretende Zertifikate) mit hohen Kursschwankungen zu rechnen, die letztlich – wie auch in den schriftlichen Risikohinweisen ausgeführt – bis zum Totalverlust des Kapitals führen können. Zudem ist allgemein bekannt, dass Aktienkurse durch externe Umstände, wie zB Wirtschaftskrisen, Verlustbekanntgaben führender Unternehmen, politischen Entscheidungen, etc, stark beeinflusst werden, auf die durch die Unternehmensleitung nicht vorausschauend reagieren kann und die auf den tatsächlichen Wert des Unternehmens, hier vor allem der M.-

Immobilien, keine faktische Auswirkung haben. Mögen die M.-Aktiva noch so konservativ und wertbeständig sein, könnten sie einen Kursabsturz nicht verhindern. All diese Umstände und wohl noch tiefer gehendes Wissen darf bei einem Vorstand eines Finanzdienstleistungsunternehmens wie der E. erwartet werden. Herrn L. ist Fahrlässigkeit vorzuwerfen, weil er auf die Risikoeinschätzung durch seinen Vorstandkollegen vertraut hat, ohne eine eigenständige Bewertung vorzunehmen bzw die Risikoeinstufung kritisch zu hinterfragen. Bei gehöriger Aufmerksamkeit wäre erkennbar gewesen, dass die M.-Zertifikate mit einem höherem als mittleren Risiko verbunden sind. Es hätte einer klaren Anordnung an die E. Mitarbeiter bedurft, wonach M.-Zertifikate (insbesondere als alleiniges Produkt) keinen Kunden angeboten werden dürfen, die nur mittleres Risiko einzugehen bereit sind. Schuldbefreiende Umstände konnten nicht glaubhaft gemacht werden. Die subjektive Tatseite ist damit verwirklicht.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Absatz 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach § 19 Absatz 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 leg cit) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach Paragraph 19, Absatz 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 40 bis 46 leg cit) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Wer als Anbieter von Wertpapierdienstleistungen gemäß § 11 die Bestimmungen der §§ 12 bis 14 und 16 bis 18 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der §§ 12 bis 14 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der §§ 16 bis 18 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen (§ 27 Absatz 2 WAG). Wer als Anbieter von Wertpapierdienstleistungen gemäß Paragraph 11, die Bestimmungen der Paragraphen 12 bis 14 und 16 bis 18 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Paragraphen 12 bis 14 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der Paragraphen 16 bis 18 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen (Paragraph 27, Absatz 2 WAG).

Da der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach § 13 Ziffer 1 WAG begangen hat, ist über ihn eine Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu verhängen. Die Erstbehörde hat die Geldstrafe mit 10 000 Euro festgelegt. Aufgrund der Angaben des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 6000 Euro und einem überdurchschnittlichen Vermögen auszugehen. Sorgspflicht besteht für die Ehegattin. Nach der Aktenlage besteht der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit. Weitere Milderungsgründe sowie Erschwerungsgründe sind keine ersichtlich. Der Beschuldigte ist weiterhin Vorstand der E.. Da der Beschuldigte eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 13, Ziffer 1 WAG begangen hat, ist über ihn eine Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu verhängen. Die Erstbehörde hat die Geldstrafe mit 10 000 Euro festgelegt. Aufgrund der Angaben des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von 6000 Euro und einem überdurchschnittlichen Vermögen auszugehen. Sorgspflicht besteht für die Ehegattin. Nach der Aktenlage besteht der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit. Weitere Milderungsgründe sowie Erschwerungsgründe sind keine ersichtlich. Der Beschuldigte ist weiterhin Vorstand der E..

Durch die fehlerhafte Risikoeinstufung und die Vermittlung der M.-Zertifikate an einen Kunden, der nur mittlere Risikobereitschaft angab, wurde der durch § 13 WAG gewährleistete Anlegerschutz massiv verletzt. Der Unrechtsgehalt der Tat ist daher als hoch einzustufen. Durch die fehlerhafte Risikoeinstufung und die Vermittlung der M.-Zertifikate an einen Kunden, der nur mittlere Risikobereitschaft angab, wurde der durch Paragraph 13, WAG gewährleistete

Anlegerschutz massiv verletzt. Der Unrechtsgehalt der Tat ist daher als hoch einzustufen.

Die Übertretung ist fahrlässig begangen worden und kann das Verschulden nicht als geringfügig angesehen werden, weil weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der verletzten Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, die der Berufungswerber nicht einzuhalten in der Lage gewesen wäre, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr hat Herr L. jegliche eigenverantwortliche Risikoeinschätzung bzw Kontrolle unterlassen.

Die über den Beschuldigten verhängte Strafe soll geeignet sein, diesen von der Begehung weiterer gleichartiger Verwaltungsübertretungen nachhaltig abzuhalten. Unter Berücksichtigung des festgestellten Milderungsgrundes und aufgrund der Erstbegehung war die Geldstrafe zu reduzieren. Die Minderung der Ersatzfreiheitsstrafe auf vier Tage ergibt sich aus der Reduzierung der Geldstrafe. Angesichts der weiteren Ausübung der Vorstandsfunktion bei der E. stehen spezialpräventive Überlegungen einer weitergehenden Herabsetzung entgegen.

Durch die Reduzierung der Strafe sinkt auch die Kostenbeteiligung am erstinstanzlichen Verfahren auf 600 Euro. Wegen der teilweisen Stattgebung der Berufung entfällt die Kostenbeteiligung am Berufungsverfahren.

Zuletzt aktualisiert am

01.06.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at