

TE Bvwg Erkenntnis 2017/4/11 W158 2108942-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.04.2017

Entscheidungsdatum

11.04.2017

Norm

B-VG Art.133 Abs4

BWG §1 Abs1

FMABG §22 Abs2a

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §21

VStG 1950 §22

VStG 1950 §45 Abs1

VStG 1950 §45 Abs1 Z4

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §50

VwGVG §52 Abs8

WAG 2007 §18 Abs1

WAG 2007 §44

WAG 2007 §95 Abs2 Z1

WAG 2007 §95 Abs2 Z2

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

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. BWG § 1 heute
2. BWG § 1 gültig ab 20.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2024
3. BWG § 1 gültig von 01.02.2023 bis 19.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 237/2022
4. BWG § 1 gültig von 08.07.2022 bis 31.01.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 36/2022
5. BWG § 1 gültig von 08.07.2022 bis 08.04.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 199/2021
6. BWG § 1 gültig von 09.04.2022 bis 07.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 36/2022
7. BWG § 1 gültig von 29.05.2021 bis 08.04.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2021
8. BWG § 1 gültig von 15.06.2018 bis 28.05.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2018
9. BWG § 1 gültig von 01.06.2018 bis 14.06.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/2018
10. BWG § 1 gültig von 03.01.2018 bis 31.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
11. BWG § 1 gültig von 31.12.2016 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
12. BWG § 1 gültig von 02.08.2014 bis 30.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2014
13. BWG § 1 gültig von 22.07.2013 bis 01.08.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013
14. BWG § 1 gültig von 01.09.2011 bis 21.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2011
15. BWG § 1 gültig von 30.04.2011 bis 31.08.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2010
16. BWG § 1 gültig von 01.11.2009 bis 29.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2009
17. BWG § 1 gültig von 01.01.2008 bis 31.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2007
18. BWG § 1 gültig von 01.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
19. BWG § 1 gültig von 01.08.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
20. BWG § 1 gültig von 01.01.2007 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2006
21. BWG § 1 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
22. BWG § 1 gültig von 01.01.2004 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2003
23. BWG § 1 gültig von 01.01.2004 bis 31.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2003
24. BWG § 1 gültig von 01.09.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 80/2003
25. BWG § 1 gültig von 01.07.2002 bis 31.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2002
26. BWG § 1 gültig von 02.04.2002 bis 30.06.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2002
27. BWG § 1 gültig von 01.01.1999 bis 01.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/1998
28. BWG § 1 gültig von 01.08.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/1998
29. BWG § 1 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
30. BWG § 1 gültig von 01.01.1997 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 753/1996
31. BWG § 1 gültig von 23.08.1996 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 445/1996
32. BWG § 1 gültig von 06.01.1995 bis 22.08.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 22/1995
33. BWG § 1 gültig von 01.01.1994 bis 05.01.1995
34. BWG § 1 gültig von 01.01.1994 bis 31.12.1993

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

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

1. VStG 1950 § 21 gültig von 17.08.1971 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VStG 1950 § 22 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987
3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964
1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 50 heute
2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 52 heute
2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
1. WAG 2007 § 18 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
1. WAG 2007 § 44 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
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

W158 2108942-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Vorsitzende Richterin Dr. Yoko KUROKI-HASENÖHRL, den Richter Dr. Martin MORITZ und den Richter Mag. Volker NOVAK als Beisitzer über die Beschwerde desXXXX, vertreten durch BINDER-BROINGER-MIEDL Rechtsanwälte, Khevenhüllerstraße 12, 4020 Linz, vom XXXX, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Österreich vom XXXX, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Vorsitzende Richterin Dr. Yoko KUROKI-HASENÖHRL, den Richter Dr. Martin MORITZ und den Richter Mag. Volker NOVAK als Beisitzer über die Beschwerde desXXXX, vertreten durch BINDER-BROINGER-MIEDL Rechtsanwälte, Khevenhüllerstraße 12, 4020 Linz, vom römisch 40, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Österreich vom römisch 40, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2016 zu Recht erkannt:

A)

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage keine Folge gegeben. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde in der Schuldfrage keine Folge gegeben.

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde in der Straffrage insofern Folge gegeben, als die Strafe hinsichtlich § 44 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 WAG 2007 iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG auf € 200,-- bzw. 1 Stunde Ersatzfreiheitsstrafe und die Strafe hinsichtlich § 18 Abs 1 WAG 2007 iVm § 95 Abs 2 Z 2 WAG auf € 200,-- bzw. 1 Stunde Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt wird. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde in der Straffrage insofern Folge gegeben, als die Strafe hinsichtlich Paragraph 44, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer 3, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins, WAG auf € 200,-- bzw. 1 Stunde Ersatzfreiheitsstrafe und die Strafe hinsichtlich Paragraph 18, Absatz eins, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer 2, WAG auf € 200,-- bzw. 1 Stunde Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt wird.

Die Strafnorm lautet § 95 Abs. 2 Z 1 und 2 WAG 2007, BGBl. I 60/2007 idF BGBl. I 37/2010. Die Strafnorm lautet Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins und 2 WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, 60 aus 2007, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 37 aus 2010,.

Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag von € 40,00 zum Verfahren vor der belangten Behörde zu leisten, das sind 10% der nunmehr verhängten Strafe.

Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen. Der Beschwerdeführer hat gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Das hier angefochtene Straferkenntnis vom 06.05.2015 der Finanzmarktaufsicht, dem Beschwerdeführer und dem Kreditinstitut zugestellt am 07.05.2015, richtet sich gegen den Beschwerdeführer als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

"Sehr geehrter HerrXXXX!

I. Sie waren von 01.01.2004 bis 31.03.2014 Mitglied des Vorstands der XXXX (in der Folge "XXXX" oder "das KI"), eines

konzessionierten Kreditinstituts gemäß § 1 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG) mit der Geschäftsanschrift XXXX. In Ihrer Funktion als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) haben Sie Folgendes zu verantworten: römisch eins. Sie waren von 01.01.2004 bis 31.03.2014 Mitglied des Vorstands der römisch 40 (in der Folge "XXXX" oder "das KI"), eines konzessionierten Kreditinstituts gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Bankwesengesetz (BWG) mit der Geschäftsanschrift römisch 40. In Ihrer Funktion als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG) haben Sie Folgendes zu verantworten:

Die XXXX hat entgegen § 18 Abs 1, § 44 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007) seit 19.08.2013 (Beginn der Vor-Ort-Prüfung) bis 15.11.2013 keine angemessenen Strategien und Verfahren gehabt, um dafür zu sorgen, dass aufgrund der vom Kunden angegebenen Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der Wertpapierveranlagungen nach vernünftigem Ermessen beurteilt werden kann, ob der betreffende Kunde die Risiken im Zusammenhang mit den angebotenen oder gewünschten Produkten oder Dienstleistungen versteht bzw. diese für den Kunden geeignet sind. Dies dadurch, dass die Höhe der Teileinstufung der "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" des Kunden im Anlegerprofil, die für die Gesamteinstufung relevant ist, sich aus dem höheren der beiden Werte Die römisch 40 hat entgegen Paragraph 18, Absatz eins,, Paragraph 44, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer 3, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007) seit 19.08.2013 (Beginn der Vor-Ort-Prüfung) bis 15.11.2013 keine angemessenen Strategien und Verfahren gehabt, um dafür zu sorgen, dass aufgrund der vom Kunden angegebenen Kenntnisse und Erfahrungen im Bereich der Wertpapierveranlagungen nach vernünftigem Ermessen beurteilt werden kann, ob der betreffende Kunde die Risiken im Zusammenhang mit den angebotenen oder gewünschten Produkten oder Dienstleistungen versteht bzw. diese für den Kunden geeignet sind. Dies dadurch, dass die Höhe der Teileinstufung der "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" des Kunden im Anlegerprofil, die für die Gesamteinstufung relevant ist, sich aus dem höheren der beiden Werte

"Informationen zu den Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" oder

"Informationen zu den Kenntnissen mit Wertpapierveranlagungen" ergibt. Der niedrigere der beiden Werte bleibt unberücksichtigt, sodass entweder die Kenntnisse oder die Erfahrungen – und zwar der niedrigere der beiden erhobenen Werte – nicht in die Gesamteinstufung des Kunden im Anlegerprofil mit einfließen. Demnach kann im Rahmen der Anlageberatung einem Kunden ein Produkt empfohlen bzw. im Rahmen der Portfolioverwaltung für ihn ein Geschäft getätigt werden, das entweder seinen Kenntnissen oder seinen Erfahrungen nicht entspricht, zumal lediglich der höhere der beiden erhobenen Werte für die Teilnote ausschlaggebend war.

Ab Ende November 2013 wurde in der XXXX ein neues Anlegerprofil implementiert, wonach im Anschluss an eine Prüfung der "Tragfähigkeit" (Risikobereitschaft und finanzielle Verhältnisse) in einem zweiten Prüfschritt ermittelt wird, ob der Kunde über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die Risiken im Zusammenhang mit dem angebotenen oder gewünschten Produkt zu verstehen. Ab Ende November 2013 wurde in der römisch 40 ein neues Anlegerprofil implementiert, wonach im Anschluss an eine Prüfung der "Tragfähigkeit" (Risikobereitschaft und finanzielle Verhältnisse) in einem zweiten Prüfschritt ermittelt wird, ob der Kunde über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die Risiken im Zusammenhang mit dem angebotenen oder gewünschten Produkt zu verstehen.

II. Die XXXX haftet über die verhängte Strafe gemäß § 9 Abs 7 VStG zur ungeteilten Hand. römisch zwei. Die römisch 40 haftet über die verhängte Strafe gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 18 Abs 1 WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007, § 44 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007, iVm § 95 Abs 2 Z 1 und Z 2 WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007 idF BGBl I Nr. 119/2012 Paragraph 18, Absatz eins, WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007,, Paragraph 44, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer 3, WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007,, in Verbindung mit Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 2, WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 119 aus 2012,

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§ Gemäß Paragraphen

9.000 Euro

40 Stunden

§ 95 Abs 2 Z 1 und Z 2 WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007 idF BGBl I Nr. 119/2012 Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 2, WAG 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 119 aus 2012,

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:

* 9.000 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

* 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für.

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

9.900 Euro."

Dagegen richtet sich die am 08. Juni 2015 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde des Beschwerdeführers, die eine unrichtige rechtliche Beurteilung und die Mangelhaftigkeit des Verfahren vor der belangten Behörde rügt.

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG und § 39 Abs. 2 AVG wurden die gegenständlichen Beschwerdeverfahren 2108941-1, 2108942-1 und 2108946-1 mit Ladung zur Verhandlung vom 28.04.2016 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Gemäß Paragraph 38, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 24, VStG und Paragraph 39, Absatz 2, AVG wurden die gegenständlichen Beschwerdeverfahren 2108941-1, 2108942-1 und 2108946-1 mit Ladung zur Verhandlung vom 28.04.2016 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Am 14.04.2016 teilte der Beschuldigte über seinen Vertreter Dr. Ressi der Vorsitzenden Richterin mit, auf die Teilnahme an der Verhandlung vor dem BVwG zu verzichten.

Am 03.05.2016 hielt der entscheidende Senat eine mündliche Verhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten ab, in der der Beschwerdeführervertreter sowie die belangte Behörde gehört wurden. Der Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren hielt über seinen Vertreter seine Beschwerde vollinhaltlich aufrecht und verzichtete auf eine sofortige mündliche Verkündung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.

Am 19.07.2016 (zugestellt am 03.08.2016) erging das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts, gegen welches der Beschwerdeführer am 14.09.2016 fristgerecht Revision erhob. Der Verwaltungsgerichtshof hob am 16.12.2016 das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG auf, da in Verletzung des § 22 VStG eine Gesamtstrafe verhängt worden war. Am 19.07.2016 (zugestellt am 03.08.2016) erging das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts, gegen welches der Beschwerdeführer am 14.09.2016 fristgerecht Revision erhob. Der Verwaltungsgerichtshof hob am 16.12.2016 das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG auf, da in Verletzung des Paragraph 22, VStG eine Gesamtstrafe verhängt worden war.

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

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 03.05.2016.

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer war vom 01.01.2004 bis 31.03.2014 Mitglied des Vorstands der XXXX (in der Folge "das KI"), eines konzessionierten Kreditinstituts gem. § 1 Abs. 1 Bankwesengesetz (BWG) mit der Geschäftsanschrift XXXX. Gem. §

9 Abs. 1 Verwaltungstrafgesetz (VStG) war er in dieser Funktion zur Vertretung nach außen Berufener. Der Beschwerdeführer war vom 01.01.2004 bis 31.03.2014 Mitglied des Vorstands der römisch 40 (in der Folge "das KI"), eines konzessionierten Kreditinstituts gem. Paragraph eins, Absatz eins, Bankwesengesetz (BWG) mit der Geschäftsanschrift römisch 40. Gem. Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungstrafgesetz (VStG) war er in dieser Funktion zur Vertretung nach außen Berufener.

Im Zeitraum von 19.08.2013 (Beginn der Vorort-Prüfung) bis 15.11.2013 verwendete das KI für die Informationseinholung vom Kunden gemäß §§ 43 ff WAG 2007 im Rahmen der Eignungs- und Angemessenheitsprüfung ein standardisiertes Formular "Anlegerprofil für private Anleger" (Beilage ./31). Die Mitarbeiter des KI wurden laut dem im KI verwendeten "WAG-Handbuch Anlegerprofil gemäß WAG 2007 und Auftragsprüfung" (Beilage ./30) dazu verpflichtet, zur Kundeneinstufung Informationen zu den Bereichen "Anlageziele und Risikobereitschaft", "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagung" sowie "finanzielle Verhältnisse" im Anlegerprofil einzuholen. Im Zeitraum von 19.08.2013 (Beginn der Vorort-Prüfung) bis 15.11.2013 verwendete das KI für die Informationseinholung vom Kunden gemäß Paragraphen 43, ff WAG 2007 im Rahmen der Eignungs- und Angemessenheitsprüfung ein standardisiertes Formular "Anlegerprofil für private Anleger" (Beilage ./31). Die Mitarbeiter des KI wurden laut dem im KI verwendeten "WAG-Handbuch Anlegerprofil gemäß WAG 2007 und Auftragsprüfung" (Beilage ./30) dazu verpflichtet, zur Kundeneinstufung Informationen zu den Bereichen "Anlageziele und Risikobereitschaft", "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagung" sowie "finanzielle Verhältnisse" im Anlegerprofil einzuholen.

Aufgrund der vom Kunden im Rahmen des Anlegerprofils erhobenen Informationen wurde der Kunde in jedem der drei genannten Teilbereiche mittels einer "Teileinstufung" einer Risikokategorie von 1 bis 5 zugeordnet, wobei Kategorie "1" dem geringsten und Kategorie "5" dem höchsten Risiko entspricht. Die sich jeweils ergebende niedrigste Teileinstufung der drei Teilkategorien "Anlageziele und Risikobereitschaft", "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagung" sowie "finanzielle Verhältnisse" war gemäß WAG-Handbuch (Beilage ./30, Seite 6) entscheidend für die Gesamteinstufung des Kunden.

Jedes Finanzinstrument war ebenso einer der fünf Risikokategorien zugeordnet. Gemäß dem WAG-Handbuch hatte die Gesamteinstufung des Kunden mit der Risikoeinstufung des Produkts im Hinblick auf die Anlageberatung und Portfolioverwaltung übereinzustimmen (Beilage ./30).

Zum Teilbereich "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" hatte der Mitarbeiter des KI zu jedem Kunden einerseits "Informationen zu den Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" und andererseits "Informationen zu den Kenntnissen mit Wertpapierveranlagungen" zu erheben. Sowohl für die Kenntnisse als auch für die Erfahrungen konnte im Anlegerprofil eine Einstufung zwischen 1 und 5 vergeben werden. Die Höhe der Teilnote "Kenntnisse oder Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen", die für die Gesamteinstufung relevant war, ergab sich aus dem höheren der beiden Werte: "Informationen zu den Erfahrungen mit Wertpapierveranlagungen" oder "Informationen zu den Kenntnissen mit Wertpapierveranlagungen". Der niedrige Wert blieb unberücksichtigt, sodass entweder die Kenntnisse oder die Erfahrungen – und zwar der niedrigere der beiden erhobenen Werte – nicht in die Gesamteinstufung des Kunden im Anlegerprofil mit einfließen. Demnach konnte im Rahmen der Anlageberatung einem Kunden ein Produkt empfohlen bzw. im Rahmen der Portfolioverwaltung für den Kunden ein Geschäft getätigt werden, das entweder nicht seinen Kenntnissen oder nicht seinen Erfahrungen entsprach, da lediglich der höhere der beiden erhobenen Werte für die Teilnote ausschlaggebend war.

Ab Ende November 2013 wurde durch das KI ein neues Anlegerprofil implementiert, wonach im Anschluss an eine Prüfung der "Tragfähigkeit" (Risikobereitschaft und finanzielle Verhältnisse) in einem zweiten Prüfschritt ermittelt wird, ob der Kunde über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um die Risiken im Zusammenhang mit dem angebotenen oder gewünschten Produkt zu verstehen.

Jedenfalls ab 16.02.2011 bis mindestens 03.05.2016 stand auf der Homepage der belangten Behörde unter "Schutz- und Aufklärungspflichten der Finanzberater", dass "die Erbringer von Finanzdienstleistungen von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse verlangen müssen." In dieser Veröffentlichung wurde zudem auf den "Leitfaden zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007)" der WKO (Bank-Versicherung) als Quelle verwiesen. Unter Punkt

4.1. dieses Leitfadens zu den den Eignungstest gem. § 44 WAG umfassenden Informationen fand sich die Textierung

"Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften".4.1. dieses Leitfadens zu den den Eignungstest gem. Paragraph 44, WAG umfassenden Informationen fand sich die Textierung "Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften".

2. Beweiswürdigung:

Die Vorstandsfunktion des Beschuldigten ergibt sich aus dem Firmenbuch und aus den Angaben des Beschuldigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht.

Die Feststellungen über die Strategien und Verfahren ergeben sich aus der Beilage ./31 (Anlegerprofil für private Anleger) und Beilage ./30 (WAG-Handbuch Anlegerprofil gemäß WAG 2007 und Auftragsprüfung) sowie den Angaben der Beschuldigten XXXX und XXXX und der Vertreterin der belangten Behörde.Die Feststellungen über die Strategien und Verfahren ergeben sich aus der Beilage ./31 (Anlegerprofil für private Anleger) und Beilage ./30 (WAG-Handbuch Anlegerprofil gemäß WAG 2007 und Auftragsprüfung) sowie den Angaben der Beschuldigten römisch 40 und römisch 40 und der Vertreterin der belangten Behörde.

Die Feststellung zum neuen Anlegerprofil ergibt sich aus den Angaben der belangten Behörde und den Angaben XXXX in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG.Die Feststellung zum neuen Anlegerprofil ergibt sich aus den Angaben der belangten Behörde und den Angaben römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG.

Die Feststellung über die einschlägige Veröffentlichung auf der Homepage der belangten Behörde ergibt sich aus den dazu in der Verhandlung vor dem BVwG zum Akt genommenen Beilagen und wurde von der belangten Behörde auch nicht bestritten.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Recht und zur Zulässigkeit der Beschwerde

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl 184/2013 entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn eine primäre Freiheitsstrafe oder eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Der Vorschrift des § 22 Abs. 2a FMABG nach liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.Gemäß Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt 184 aus 2013, entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn eine primäre Freiheitsstrafe oder eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Der Vorschrift des Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG nach liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß§ 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß Paragraph 38, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des römisch zwei. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, Bundesgesetzblatt Nr. 129 aus 1958,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Das gegenständliche Straferkenntnis wurde dem BF am 07.05.2015 zugestellt, die Beschwerde langte bei fristgerechter Versendung am 03.06.2015 am 08.06.2015 bei der belangten Behörde ein. Sie ist somit zulässig.

3.2. Zur behaupteten unrichtigen rechtlichen Beurteilung (Rechtswidrigkeit des Inhalts):

3.2.1. Zu §§ 18 Abs. 1, 44 und 95 Abs. 2 Z 1 und 2 WAG 2007
3.2.1. Zu Paragraphen 18, Absatz eins, 44 und 95 Absatz 2, Ziffer eins und 2 WAG 2007:

Auf den gegenständlichen Fall sind die §§ 18 Abs. 1, 44 und 95 Abs. 2 Z 1 und 2 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (BGBl. I 60/2007 (im Folgenden: WAG 2007)) anzuwenden.
Auf den gegenständlichen Fall sind die Paragraphen 18, Absatz eins, 44 und 95 Absatz 2, Ziffer eins und 2 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, Bundesgesetzblatt Teil eins, 60 aus 2007, (im Folgenden: WAG 2007) anzuwenden.

§ 18 WAG 2007 lautet in der für das vorliegende Verfahren anzuwendenden Fassung
Paragraph 18, WAG 2007 lautet in der für das vorliegende Verfahren anzuwendenden Fassung:

Einhaltung der Vorschriften ("Compliance")

§ 18. (1) Ein Rechtsträger hat durch Festlegung angemessener Strategien und Verfahren dafür zu sorgen, dass er selbst, seine Geschäftsleitung, Beschäftigten und vertraglich gebundenen Vermittler den Verpflichtungen dieses Bundesgesetzes sowie den Vorkehrungen für persönliche Geschäfte gemäß § 24 dieser Personen nachkommen.
Paragraph 18, (1) Ein Rechtsträger hat durch Festlegung angemessener Strategien und Verfahren dafür zu sorgen, dass er selbst, seine Geschäftsleitung, Beschäftigten und vertraglich gebundenen Vermittler den Verpflichtungen dieses Bundesgesetzes sowie den Vorkehrungen für persönliche Geschäfte gemäß Paragraph 24, dieser Personen nachkommen.

§ 44 WAG 2007 lautet in der für das vorliegende Verfahren anzuwendenden Fassung
Paragraph 44, WAG 2007 lautet in der für das vorliegende Verfahren anzuwendenden Fassung:

"Eignung von Anlageberatungs- und Portfolioverwaltungsdienstleistungen

§ 44. (1) Ein Rechtsträger, der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen erbringt, hat Informationen über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele einzuholen, damit er dem Kunden für ihn geeignete Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente empfehlen kann.
Paragraph 44, (1) Ein Rechtsträger, der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen erbringt, hat Informationen über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele einzuholen, damit er dem Kunden für ihn geeignete Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente empfehlen kann.

(2) Diese Informationen müssen es dem Rechtsträger ermöglichen, die wesentlichen Fakten in Bezug auf den Kunden zu erfassen. Der Rechtsträger muss unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Dienstleistung nach vernünftigem Ermessen davon ausgehen können, dass das Geschäft, das im Rahmen der Anlageberatung dem Kunden empfohlen oder das im Rahmen einer Portfolioverwaltungsdienstleistung getätigt werden soll, die folgenden Anforderungen erfüllt:

1.

Es entspricht den Anlagezielen des Kunden;

2.

etwaige mit dem Geschäft einhergehende Anlagerisiken sind für den Kunden, seinen Anlagezielen entsprechend, finanziell tragbar und

3.

der Kunde kann die mit dem Geschäft oder der Verwaltung seines Portfolios einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen.

(3) Die Informationen über die finanziellen Verhältnisse des Kunden haben – soweit relevant – Informationen über Herkunft und Höhe seines regelmäßigen Einkommens, seine Vermögenswerte einschließlich der liquiden Vermögenswerte, Anlagen und Immobilienbesitz sowie seine regelmäßigen finanziellen Verpflichtungen zu umfassen.

(4) Die Informationen über die Anlageziele des Kunden haben – soweit relevant – Informationen über den Zeitraum, in dem der Kunde die Anlage zu halten gedenkt, seine Präferenzen hinsichtlich des einzugehenden Risikos, sein Risikoprofil und den Zweck der Anlage zu umfassen.

(5) Sofern ein Rechtsträger bei der Erbringung von Dienstleistungen in Form der Anlageberatung oder Portfolioverwaltung die gemäß Abs. 1 erforderlichen Informationen nicht erhält, darf er dem Kunden keine Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente empfehlen.(5) Sofern ein Rechtsträger bei der Erbringung von Dienstleistungen in Form der Anlageberatung oder Portfolioverwaltung die gemäß Absatz eins, erforderlichen Informationen nicht erhält, darf er dem Kunden keine Wertpapierdienstleistungen oder Finanzinstrumente empfehlen.

(6) Erbringt ein Rechtsträger für einen professionellen Kunden eine Dienstleistung gemäß Abs. 1, so ist er berechtigt, davon auszugehen, dass der Kunde in Bezug auf die Produkte, Geschäfte und Dienstleistungen, für die er als professioneller Kunde eingestuft ist, über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen im Sinne von Abs. 2 Z 3 verfügt. Besteht die Dienstleistung in einer Anlageberatung für einen professionellen Kunden gemäß § 58 Abs. 2, ist der Rechtsträger für die Zwecke von Abs. 2 Z 2 berechtigt, davon auszugehen, dass etwaige mit dem Vorgang einhergehende Anlagerisiken für den Kunden, seinen Anlagezielen entsprechend, finanziell tragbar sind.(6) Erbringt ein Rechtsträger für einen professionellen Kunden eine Dienstleistung gemäß Absatz eins,, so ist er berechtigt, davon auszugehen, dass der Kunde in Bezug auf die Produkte, Geschäfte und Dienstleistungen, für die er als professioneller Kunde eingestuft ist, über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen im Sinne von Absatz 2, Ziffer 3, verfügt. Besteht die Dienstleistung in einer Anlageberatung für einen professionellen Kunden gemäß Paragraph 58, Absatz 2,, ist der Rechtsträger für die Zwecke von Absatz 2, Ziffer 2, berechtigt, davon auszugehen, dass etwaige mit dem Vorgang einhergehende Anlagerisiken für den Kunden, seinen Anlagezielen entsprechend, finanziell tragbar sind.

§ 95. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers die Melde- oder Veröffentlichungspflichten gemäß den §§ 64 bis 66 nicht rechtzeitig und vollständig erfüllt oder hierbei unwahre Angaben macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.Paragraph 95, (1) Wer als Verantwortlicher (Paragraph 9, VStG) eines Rechtsträgers die Melde- oder Veröffentlichungspflichten gemäß den Paragraphen 64 bis 66 nicht rechtzeitig und vollständig erfüllt oder hierbei unwahre Angaben macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.

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

2.

gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 9 bis 11, 13, 16 bis 22, 24 bis 26 oder 67 bis 71 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 26 Abs. 3, 68 Abs. 3 oder 68 Abs. 4 erlassenen Verordnung der FMA verstößt;gegen eine Verpflichtung gemäß Paragraphen 9 bis 11, 13, 16 bis 22, 24 bis 26 oder 67 bis 71 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von Paragraphen 26, Absatz 3, 68, Absatz 3, oder 68 Absatz 4, erlassenen Verordnung der FMA verstößt;

3.

gegen eine Verpflichtung gemäß Art. 59 Abs. 2 oder Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 1031/2010 verstößt oder nicht die notwendigen Verfahren und Kontrollen gemäß Art. 59 Abs. 5 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 1031/2010 eingeführt hat,gegen eine Verpflichtung gemäß Artikel 59, Absatz 2, oder Absatz 3, der Verordnung (EU) Nr. 1031 aus 2010, verstößt oder nicht die notwendigen Verfahren und Kontrollen gemäß Artikel 59, Absatz 5, Litera b, der Verordnung (EG) Nr. 1031 aus 2010, eingeführt hat,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Z 1 und der Z 3 mit Geldstrafe bis zu 100 000 Euro und hinsichtlich der Z 2 mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.begeht eine Verwaltungsübertretung und ist

hinsichtlich der Ziffer eins und der Ziffer 3, mit Geldstrafe bis zu 100 000 Euro und hinsichtlich der Ziffer 2, mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.

Daraus folgt für den vorliegenden Beschwerdefall:

Für die belangte Behörde steht laut gegenständlichem Straferkenntnis fest, dass Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden kumulativ zu überprüfen sind und für das Risikoverständnis einer bestimmten Produktgruppe ebenso kumulativ in der entsprechenden Einstufung vorliegen müssen. Daher hält sie es auch für unzulässig, durch Heranziehung des jeweils höheren ermittelten Wertes an Erfahrungen oder Kenntnissen, wie durch das KI geschehen, die gesetzliche Bestimmung im Grunde als Erfahrungen und/oder Kenntnisse zu lesen. Das KI könne so im Rahmen der Anlageberatung ein Produkt empfehlen, das entweder nicht den Kenntnissen oder nicht den Erfahrungen des Kunden entspreche, so die Ansicht der belangten Behörde.

Tatsächlich führte die belangte Behörde sowohl zum Tatzeitpunkt als auch im Zeitpunkt der Verhandlung vor dem BVwG auf ihrer Homepage unter dem Punkt "Schutz- und Aufklärungspflichten der Finanzberater" aus, dass "die Erbringer von Finanzdienstleistungen von ihrem Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse, die Gegenstand der Finanzdienstleistungen sein sollen", verlangen müssen. Offensichtlich herrschte daher auch bei der belangten Behörde selbst Unsicherheit darüber, wie die gesetzliche Textierung tatsächlich zu verstehen ist.

Richtig hält die belangte Behörde in ihren rechtlichen Folgerungen fest: "Wenn das Gesetz formuliert, dass der Kunde [diese] Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen zu verstehen in der Lage sein muss, ist damit gemeint, dass sich der Rechtsträger zunächst über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden informieren und sodann feststellen muss, ob diese zum Verständnis des Risikos hinreichen." (Straferkenntnis, S. 7). Dabei ist unstrittig, dass aufgrund der vom KI angewandten Strategie der Fall eintreten kann, dass ein höherer Erfahrungswert neben geringeren Kenntnissen dazu führen kann, dass dem Kunden Finanzprodukte empfohlen werden können, die dem höheren Erfahrungswert entsprechen, wobei seine Kenntnisse in jenem Fall darunter liegen, also keinen entsprechend hohen Wert erreichen.

Wie der BF in seiner Beschwerde auf S. 6 letzter Absatz vorbringt, wurden in der Teilrubrik "Informationen zu den Kenntnissen mit Wertpapierleistungen" ausschließlich theoretische Kenntnisse wie Erwerb durch berufliche Tätigkeit, Schulbildung, Beratung durch Kundenbetreuer, Eigenstudium festgehalten. Praktisch erworbene Kenntnisse wurden von der Teilrubrik "Informationen zu den Erfahrungen mit Wertpapierleistungen" erfasst. An anderer Stelle der Beschwerde führt der BF richtig aus, dass diese theoretischen Kenntnisse ("Beruf und Bildungsstand") "für die Fähigkeit des Kunden, die Risiken zu verstehen, maßgeblich sind – und zwar unabhängig davon, wie häufig er die in Frage kommenden Geschäfte geschlossen hat" (Beschwerde S. 5 letzter Absatz in Anknüpfung an Graf in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, § 44, Rz 38 ff.). Damit steht aber auch zwingend fest, dass für das Risikoverständnis einer bestimmten Stufe nicht nur die entsprechenden Erfahrungen gegeben sein müssen, sondern unbedingt auch entsprechende (theoretischen) Kenntnisse. Insofern wirken auch die Ausführungen Grafs in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, § 44, Rz 38 ff. missverständlich, wenn der Autor meint, die Abfrage der Kenntnisse im Wege der Erfahrungen sei seines Erachtens hinreichend. Es ginge ausschließlich um einen Zugriff auf die Erfahrungen des Kunden und nur indirekt – hiedurch vermittelt – auf dessen Kenntnisse. Wie der BF in seiner Beschwerde auf S. 6 letzter Absatz vorbringt, wurden in der Teilrubrik "Informationen zu den Kenntnissen mit Wertpapierleistungen" ausschließlich theoretische Kenntnisse wie Erwerb durch berufliche Tätigkeit, Schulbildung, Beratung durch Kundenbetreuer, Eigenstudium festgehalten. Praktisch erworbene Kenntnisse wurden von der Teilrubrik "Informationen zu den Erfahrungen mit Wertpapierleistungen" erfasst. An anderer Stelle der Beschwerde führt der BF richtig aus, dass diese theoretischen Kenntnisse ("Beruf und Bildungsstand") "für die Fähigkeit des Kunden, die Risiken zu verstehen, maßgeblich sind – und zwar unabhängig davon, wie häufig er die in Frage kommenden Geschäfte geschlossen hat" (Beschwerde S. 5 letzter Absatz in Anknüpfung an Graf in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, Paragraph 44,, Rz 38 ff.). Damit steht aber auch zwingend fest, dass für das Risikoverständnis einer bestimmten Stufe nicht nur die entsprechenden Erfahrungen gegeben sein müssen, sondern unbedingt auch entsprechende (theoretischen) Kenntnisse. Insofern wirken auch die Ausführungen Grafs in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, Paragraph 44,, Rz 38 ff. missverständlich, wenn der Autor meint, die Abfrage der Kenntnisse im Wege der Erfahrungen sei seines Erachtens hinreichend. Es ginge ausschließlich um einen Zugriff auf die Erfahrungen des Kunden und nur indirekt – hiedurch vermittelt – auf dessen Kenntnisse.

Offensichtlich unterscheiden Graf und auch das KI zwischen theoretischen und praktischen Kenntnissen. Letztere werden vom KI unter der Rubrik "Erfahrungen mit Wertpapierleistungen" erfasst. Die daraus ermittelte Einstufung ist daher eine Einstufung, die sich aus Erfahrungen und praktischen Kenntnissen zusammensetzt. Wenn Graf im Kommentar zum WAG 2007 ausführt, dass Beruf und Bildungsstand "für die Fähigkeit des Kunden, die Risiken zu verstehen, maßgeblich sind – und zwar unabhängig davon, wie häufig er die in Frage kommenden Geschäfte geschlossen hat", so ist daraus zu schließen, dass auch nach seinem Dafürhalten neben Erfahrungen (und hiedurch vermittelten – praktischen – Kenntnissen) auch theoretische Kenntnisse für das Risikoverständnis zwingend und damit dem Gesetzestext folgend ebenfalls abgefragt werden müssen. Folglich ist für den BF nicht viel daraus gewonnen, sich auf diese missverständlichen Ausführungen zu beziehen. Zudem gibt der BF selbst an, Teilrubriken für Erfahrungen (inklusive praktischer Kenntnisse) und theoretischer Kenntnisse geführt zu haben. Wenn nun aber Beruf und Bildungsstand (somit vom KI getrennt kategorisierte theoretische Kenntnisse) auch nach Ansicht des KI "für die Fähigkeit des Kunden, die Risiken zu verstehen, maßgeblich sind", lässt sich nicht nachvollziehen, warum zwischen Erfahrungen (inkl. praktischer Kenntnisse) und theoretischen Kenntnissen der jeweils höhere Wert herangezogen wurde und dies dem Gesetzestext entsprechen soll.

Auch im umgekehrten Fall ist einem Kunden, der aufgrund seiner Kenntnisse theoretisch in der Lage wäre, ein Risiko richtig einzuschätzen, das entsprechende Finanzprodukt nicht zu empfehlen, wenn aufgrund fehlender Erfahrungen das Risiko (noch) nicht verstanden werden kann. Nicht ganz überzeugen kann bei näherer Betrachtung das Argument in der Beschwerde (S. 5 vorletzter Absatz), dass "eine Anlageberatung über bestimmte Anlageprodukte völlig unabhängig von den tatsächlichen Kenntnissen des Kunden erst dann stattfinden könnte, wenn der Kunde bereits Erfahrungen mit diesen Anlageprodukten gemacht hat." Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 16.03.2016, Zl. 2013/17/0296, für diesen Fall bereits entschieden, dass eine Risikoüberschreitung auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden möglich sein soll.

3.2.2. Zum Verschulden des Beschwerdeführers

Die vorliegende Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamkeitsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG dar. Eine Strafbarkeit des Beschuldigten wird diesfalls angenommen, sofern der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (VwGH 30.10.1991, 89/10/0132). Die vorliegende Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamkeitsdelikt im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG dar. Eine Strafbarkeit des Beschuldigten wird diesfalls angenommen, sofern der Beschuldigte nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (VwGH 30.10.1991, 89/10/0132).

Auf der Homepage der belangten Behörde war – von beiden Parteien unbestritten – im Tatzeitraum unter "Schutz- und Aufklärungspflichten der Finanzberater" zu lesen, dass "die Erbringer von Finanzdienstleistungen von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse verlangen müssen." Der Beschuldigte hat sich sowohl in seiner Rechtfertigung vom 10.10.2013 (Beilage ./2), als auch in der Beschwerde und der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG über seinen Vertreter auf die Veröffentlichung auf der Homepage der belangten Behörde berufen. Die belangte Behörde hält dem im Straferkenntnis (S. 6, 4. Absatz) entgegen, es handle sich bei dieser Veröffentlichung um eine "stark vereinfachte, allgemeine Information für Verbraucher". Wenn die belangte Behörde der Ansicht ist, dass eindeutig kumulativ Erfahrungen und Kenntnisse geprüft werden müssen, wie sie das im Straferkenntnis unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dann hätte sie dies auf ihrer Homepage jedoch auch ganz klar so schreiben müssen. Weshalb eine vereinfachte, allgemeine Information der Grund sein soll, statt eines "Und" ein "Oder" zu verwenden, kann nicht nachvollzogen werden. Gerade eine kurze Darstellung muss im Wortlaut umso präziser sein, da kein Raum für weitere Erläuterungen besteht. Zudem verweist die Information als Quelle auf den "Leitfaden zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007)" der WKO (Bank-Versicherung). Zieht man diesen Leitfaden ergänzend zu Rate, findet man unter 4.1. zu den den Eignungstest gem. § 44 WAG umfassenden Informationen die Textierung "Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften". Auf der Homepage der belangten Behörde war – von beiden Parteien unbestritten – im Tatzeitraum unter "Schutz- und Aufklärungspflichten der Finanzberater" zu lesen, dass "die Erbringer von Finanzdienstleistungen von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse verlangen müssen." Der Beschuldigte hat sich sowohl in seiner Rechtfertigung vom 10.10.2013 (Beilage ./2), als auch in der Beschwerde und der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG über seinen Vertreter auf die Veröffentlichung auf der Homepage der belangten Behörde berufen. Die belangte Behörde hält dem im Straferkenntnis (S. 6, 4. Absatz) entgegen, es handle sich bei dieser

Veröffentlichung um eine "stark vereinfachte, allgemeine Information für Verbraucher". Wenn die belangte Behörde der Ansicht ist, dass eindeutig kumulativ Erfahrungen und Kenntnisse geprüft werden müssen, wie sie das im Straferkenntnis unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dann hätte sie dies auf ihrer Homepage jedoch auch ganz klar so schreiben müssen. Weshalb eine vereinfachte, allgemeine Information der Grund sein soll, statt eines "Und" ein "Oder" zu verwenden, kann nicht nachvollzogen werden. Gerade eine kurze Darstellung muss im Wortlaut umso präziser sein, da kein Raum für weitere Erläuterungen besteht. Zudem verweist die Information als Quelle auf den "Leitfaden zur Anwendung der Wohlverhaltensregeln nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007)" der WKO (Bank-Versicherung). Zieht man diesen Leitfaden ergänzend zu Rate, findet man unter 4.1. zu den den Eignungstest gem. Paragraph 44, WAG umfassenden Informationen die Textierung "Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften".

Im KI hat man sich sowohl mit dem Leitfaden der WKO auseinandergesetzt, als auch mit der ihm zur Verfügung stehenden einschlägigen Literatur (z.B. Graf in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, § 44), welche allesamt seinen Rechtsstandpunkt unterstützen. Der VwGH hat durch Erkenntnis vom 22.03.1994, Zl. 93/08/0176 jedoch einen strengen Maßstab an einen entschuldigenden Verbotsirrtum gesetzt und verfügt, dass "nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. unter anderem die Erkenntnisse vom 25. April 1985, Zl. 84/08/0133, vom 13. Juni 1989, Zl. 85/08/0064, vom 17. Dezember 1991, Zl. 90/08/0005, und vom 29. September 1992, Zl. 92/08/0154, mit weiteren Judikaturhinweisen) bei Beurteilung der Frage, ob ein Meldepflichtiger bei gehöriger Sorgfalt "Angaben bzw. Änderungsmeldungen" (im folgenden: Meldungen) als "notwendig" oder "unrichtig" hätte erkennen müssen, davon auszugehen [ist], daß er sich alle zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen notwendigen Kenntnisse verschaffen muß und deren Mangel im Falle einer darauf zurückzuführenden Meldepflichtverletzung als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt zu vertreten hat. Dem liegt nicht die Auffassung zugrunde, es treffe den Meldepflichtigen eine "verschuldensunabhängige Erfolgshaftung für die richtige Gesetzeskenntnis" (Mazal, Beitragsfeststellung und Verschulden, Ecolex 1994, 110); erforderlich ist vielmehr, wie dieser Autor in der Folge aus der Analyse der bezüglich Entscheidungen selbst ableitet, eine - im folgenden näher zu umschreibende - Vorwerfbarkeit der Rechtsunkenntnis. Mit der genannten Wendung soll nur zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Meldepflichtiger, der nicht über die genannten Kenntnisse verfügt, nicht schon deshalb im Sinne des § 68 Abs. 1 dritter Satz ASVG exkulpiert ist, weil er sich mit der strittigen Frage ohnedies, wenn auch nur auf Grund seiner eingeschränkten Kenntnisse, auseinandergesetzt hat und dementsprechend vorgegangen ist (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 17. September 1991, Zl. 91/08/0052-0054). Einen solchen Meldepflichtigen trifft vielmehr eine Erkundigungspflicht, sofern er seine - objektiv unrichtige - Rechtsauffassung nicht etwa auf höchstgerichtliche (und erst später geänderte) Rechtsprechung oder bei Fehlen einer solchen auf eine ständige Verwaltungsübung zu stützen vermag. Insbesondere wird ein solcher Meldepflichtiger gehalten sein, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde und/oder einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewißheit zu verschaffen. Erhält er dann allerdings von ihr trotz ausführlicher Darlegung des maßgebenden Sachverhaltes eine ausdrückliche Auskunft in einer bestimmten Richtung und geht er danach vor, so liegt trotz einer objektiven Unrichtigkeit keine Sorgfaltspflichtverletzung vor (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 25. September 1990, Zl. 90/08/0060, und vom 29. September 1992, Zl. 92/08/0154). Das gilt konsequenterweise auch für den Fall, daß der Meldepflichtige selbst über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, mit der Maßgabe, daß er selbst nach gewissenhafter Auseinandersetzung mit widersprechenden Auffassungen anhand von Rechtsprechung und Schrifttum zu einer zwar unrichtigen, aber doch vertretbaren Auffassung gelangt und danach vorgeht (so zutreffend Mazal, Ecolex 1994, 111). Der meldepflichtige Dienstgeber ist somit nur dann im Sinne des § 68 Abs. 1 dritter Satz ASVG entschuldigt, wenn er die ihm zumutbaren Schritte unternommen hat, sich in der Frage der Meldepflicht sachkundig zu machen, und die Unterlassung der Meldungen bzw. die Unrichtigkeit derselben auf das Ergebnis dieser Bemühungen ursächlich zurückzuführen ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er sich auf eine ihm mitgeteilte Verwaltungspraxis der Gebietskrankenkasse, auf ständige hg. Rechtsprechung oder auf sonstige verlässliche Auskünfte sachkundiger Personen oder Institutionen zu stützen vermag (vgl. das schon mehrfach zitierte Erkenntnis vom 29. September 1992, Zl. 92/08/0154)."

Im KI hat man sich sowohl mit dem Leitfaden der WKO auseinandergesetzt, als auch mit der ihm zur Verfügung stehenden einschlägigen Literatur (z.B. Graf in Gruber/N. Raschauer, WAG 2007, Paragraph 44.), welche allesamt seinen Rechtsstandpunkt unterstützen. Der VwGH hat durch Erkenntnis vom 22.03.1994, Zl. 93/08/0176 jedoch einen strengen Maßstab an einen entschuldigenden Verbotsirrtum gesetzt und verfügt, dass "nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche unter anderem die Erkenntnisse vom 25. April 1985, Zl.

84/08/0133, vom 13. Juni 1989, Zl.85/08/0064, vom 17. Dezember 1991, Zl.90/08/0005, und vom 29. September 1992, Zl. 92/08/0154, mit weiteren Judikaturhinweisen) bei Beurteilung der Frage, ob ein Meldepflichtiger bei gehöriger Sorgfalt "Angaben bzw. Änderungsmeldungen" (im folgenden: Meldungen) als "notwendig" oder "unrichtig" hätte erkennen müssen, davon auszugehen [ist], daß er sich alle zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen notwendigen Kenntnisse verschaffen muß und deren Mangel im Falle einer darauf zurückzuführenden Meldepflichtverletzung als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt zu vertreten hat. Dem liegt nicht die Auffassung zugrunde, es treffe den Meldepflichtigen eine "verschuldensunabhängige Erfolgshaftung für die richtige Gesetzeskenntnis" (Mazal, Beitragsfeststellung und Verschulden, Ecollex 1994, 110); erforderlich ist vielmehr, wie dieser Autor in der Folge aus der Analyse der bezüglichen Entscheidungen selbst ableitet, eine - im folgenden näher zu umschreibende - Vorwerfbarkeit der Rechtsunkenntnis. Mit der genannten Wendung soll nur zum Ausdruck gebracht werden, daß ein Meldepflichtiger, der nicht über die genannten Kenntnisse verfügt, nicht schon deshalb im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, dritter Satz ASVG exkulpiert ist, weil er sich mit der strittigen Frage ohnedies, wenn auch nur auf Grund seiner eingeschränkten Kenntnisse, auseinandergesetzt hat und dementsprechend vorgegangen ist (vergleiche z.B. das Erkenntnis vom 17. September 1991, Zlen. 91/08/0052-0054). Einen solchen Meldepflichtigen trifft vielmehr eine Erkundigungspflicht, sofern er seine - objektiv unrichtige - Rechtsauffassung nicht etwa auf höchstgerichtliche (und erst später geänderte) Rechtsprechung oder bei Fehlen einer solchen auf eine ständige Verwaltungsübung zu stützen vermag. Insbesondere wird ein solcher Meldepflichtiger gehalten sein, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde und/oder einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewißheit zu verschaffen. Erhält er dann allerdings von ihr trotz ausführlicher Darlegung des maßgebenden Sachverhaltes eine ausdrückliche Auskunft in einer bestimmten Richtung und geht er danach vor, so liegt trotz einer objektiven Unrichtigkeit keine Sorgfaltspflichtverletzung vor (vergleiche u.a. die Erkenntnisse vom 25. September 1990, Zl. 90/08/0060, und vom 29. September 1992, Zl.92/08/0154). Das gilt konsequenterweise auch für den Fall, daß der Meldepflichtige selbst über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, mit der Maßgabe, daß er selbst nach gewissenhafter Auseinandersetzung mit widersprechenden Auffassungen anhand von Rechtsprechung und Schrifttum zu einer zwar unrichtigen, aber doch vertretbaren Auffassung gelangt und danach vorgeht (so zutreffend Mazal, Ecollex 1994, 111). Der meldepflichtige Dienstgeber ist somit nur dann im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, dritter Satz ASVG entschuldigt, wenn er die ihm zumutbaren Schritte unternommen hat, sich in der Frage der Meldepflicht sachkundig zu machen, und die Unterlassung der Meldungen bzw. die Unrichtigkeit derselben auf das Ergebnis dieser Bemühungen ursächlich zurückzuführen ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er sich auf eine ihm mitgeteilte Verwaltungspraxis der Gebietskrankenkasse, auf ständige hg. Rechtsprechung oder auf sonstige verlässliche Auskünfte sachkundiger Personen oder Institutionen zu stützen vermag (vergleiche das schon mehrfach zitierte Erkenntnis vom 29. September 1992, Zl. 92/08/0154)."

Im vorliegenden Fall konnte das KI in Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung lediglich das Schrifttum konsultierend heranziehen und sich zudem bemühen, über die Homepage der belangten Behörde und dem einschlägigen Leitfaden zur Klärung seiner Frage zu gelangen. Sowohl Schrifttum als auch die praktischen Hinweise der belangten Behörde und seiner Interessensvertretung WKO erlaubten ihm zu seiner vertretbaren, aber letztlich unrichtigen Auffassung zu gelangen, dass entweder "Erfahrungen oder Kenntnisse" heranzuziehen seien. Folgt man dem Beschwerdevorbringen, dass einerseits praktische Kenntnisse unter Erfahrungen bewertet und andererseits theoretische Kenntnisse als für das Risikoverständnis unabdingbar betrachtet wurden, ist allerdings nicht nachvollziehbar, warum der jeweils höhere Wert herangezogen wurde, es sei denn, man geht davon aus, das KI habe gerade auf die Textierung der Homepage geachtet und ging davon aus, die belangte Behörde wie die Interessensvertretung als auch die einschlägige Literatur erachten sowohl das eine oder das andere für das Risikoverständnis ausreichend. Ein gesondertes Auskunftersuchen an die belangte Behörde stellte es nicht, da diese auf ihrer Homepage ergänzend auf den WKO-Leitfaden verweist, welcher wiederum in ausreichender Klarheit zu § 44 WAG textiert, dass zu den den Eignungstest gem. § 44 WAG umfassenden Informationen "Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften" gehören. Das KI konnte glaubwürdig machen, dass es – verursacht durch die entsprechenden, gerade genannten Veröffentlichungen – davon ausging, dass "die Aufsichtsbehörde offensichtlich selbst davon aus[geht], dass bei der vom Wertpapieraufsichtsgesetz geforderten Eignungsprüfung einer Wertpapierdienstleistung auf eines der beiden Kriterien abgestellt werden kann" (Beschwerde, S. 8, 2. Absatz). Im vorliegenden Fall konnte das KI in Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung lediglich das Schrifttum konsultierend heranziehen und sich zudem bemühen, über die Homepage der belangten Behörde und dem

einschlägigen Leitfaden zur Klärung seiner Frage zu gelangen. Sowohl Schrifttum als auch die praktischen Hinweise der belangten Behörde und seiner Interessensvertretung WKO erlaubten ihm zu seiner vertretbaren, aber letztlich unrichtigen Auffassung zu gelangen, dass entweder "Erfahrungen oder Kenntnisse" heranzuziehen seien. Folgt man dem Beschwerdevorbringen, dass einerseits praktische Kenntnisse unter Erfahrungen bewertet und andererseits theoretische Kenntnisse als für das Risikoverständnis unabdingbar betrachtet wurden, ist allerdings nicht nachvollziehbar, warum der jeweils höhere Wert herangezogen wurde, es sei denn, man geht davon aus, das KI habe gerade auf die Textierung der Homepage geachtet und ging davon aus, die belangte Behörde wie die Interessensvertretung als auch die einschlägige Literatur erachten sowohl das eine oder das andere für das Risikoverständnis ausreichend. Ein gesondertes Auskunftersuchen an die belangte Behörde stellte es nicht, da diese auf ihrer Homepage ergänzend auf den WKO-Leitfaden verweist, welcher wiederum in ausreichender Klarheit zu Paragraph 44, WAG textiert, dass zu den den Eignungstest gem. Paragraph 44, WAG umfassenden Informationen "Erfahrungen oder Kenntnisse in den beabsichtigten Anlagegeschäften" gehören. Das KI konnte glaubwürdig machen, dass es – verursacht durch die entsprechenden, gerade genannten Veröffentlichungen – davon ausging, dass "die Aufsichtsbehörde offensichtlich selbst davon aus[geht], dass bei der vom Wertpapieraufsichtsgesetz geforderten Eignungsprüfung einer Wertpapierdienstleistung auf eines der beiden Kriterien abgestellt werden kann" (Beschwerde, S. 8, 2. Absatz).

Die belangte Behörde setzt sich mit der Verschuldensfrage standardmäßig mit der Floskel "Dass das KI hinsichtlich der Auslegung der Wendung "Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden" in § 44 Abs. 1 WAG 2007 eine Auskunft der FMA eingeholt hätte, wurde vom Beschuldigten gar nicht erst behauptet" auseinander, hat jedoch selbst zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem BVwG die einschlägige Veröffentlichung auf ihrer Homepage nicht entfernt, obwohl sie spätestens seit der Rechtfertigung des Beschuldigten vom Oktober 2013 wusste, dass sich Normunterworfenen darauf berufen. Sie selbst wählt im gegenständlichen Straferkenntnis eine deutlich andere Sprache (siehe insbesondere S. 5 des Straferkenntnisses, wo an mehreren Stellen explizit von "Erfahrungen und Kenntnissen" die Rede ist). Erst nach der Verhandlung vor dem BVwG wurde der einschlägige Text auf der Homepage entsprechend adaptiert. Es ist richtig, dass der VwGH bei der Handhabung der entschuldigenden Kriterien sehr restriktiv vorgeht. Natürlich wäre im vorliegenden Fall eine konkrete Erkundigung möglich und auch zumutbar gewesen, weshalb im gegenständlichen Fall kein entschuldigender Verbotsirrtum vorliegt. Das Verschulden des BF, keine konkrete Erkundigung im Sinne des zitierten VwGH - Erkenntnisses Zl. 93/08/0176 eingeholt zu haben, ist jedoch als gering einzustufen, wenn man bedenkt, dass die FMA auf ihrer Homepage ausdrücklich anführt, dass Angaben über Erfahrungen oder Kenntnisse verlangt werden müssen und dabei auf einen Leitfaden verweist, der den gleichen Inhalt trägt. Mit dieser allgemeinen Auskunft hat die FMA ihre Auslegung der Wendung "Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden" in § 44 Abs. 1 WAG 2007 ausreichend kundgetan. Warum die belangte Behörde selbst nach Bekanntwerden im Oktober 2013, dass sich Normunterworfenen auf die Homepagetextierung berufen, nichts unternommen, um der Allgemeinheit ihre zu diesem Zeitpunkt schon klar gefasste anders lautende Ansicht über ihre Homepage mitzuteilen, ist nicht nachvollziehbar. Dieser Zustand währte bis mindestens Mai 2016. Eine Behörde, zu deren Aufsichtsaufgaben es u.a. gehört, Fehlinformationen auf den Homepages von Finanzdienstleistern zu ahnden, muss selbst mit gutem Beispiel vorangehen und auch über ihren Homepageauftritt als verlässliche Quelle für Normunterworfenen dienen. Die belangte Behörde setzt sich mit der Verschuldensfrage standardmäßig mit der Floskel "Dass das KI hinsichtlich der Auslegung der Wendung "Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden" in Paragraph 44, Absatz eins, WAG 2007 eine Auskunft der FMA eingeholt hätte, wurde vom Beschuldigten gar nicht erst behauptet" auseinander, hat jedoch selbst zum Zeitpunkt der Verhandlung vor dem BVwG die einschlägige Veröffentlichung auf ihrer Homepage nicht entfernt, obwohl sie spätestens seit der Rechtfertigung des Beschuldigten vom Oktober 2013 wusste, dass sich Normunterworfenen darauf berufen. Sie selbst wählt im gegenständlichen Straferkenntnis eine deutlich andere Sprache (siehe insbesondere S. 5 des Straferkenntnisses, wo an mehreren Stellen explizit von "Erfahrungen und Kenntnissen" die Rede ist). Erst nach der Verhandlung vor dem BVwG wurde der einschlägige Text auf der Homepage entsprechend adaptiert. Es ist richtig, dass der VwGH bei der Handhabung der entschuldigenden Kriterien sehr restriktiv vorgeht. Natürlich wäre im vorliegenden Fall eine konkrete Erkundigung möglich und auch zumutbar gewesen, weshalb im gegenständlichen Fall kein entschuldigender Verbotsirrtum vorliegt. Das Verschulden des BF, keine konkrete Erkundigung im Sinne des zitierten VwGH - Erkenntnisses Zl. 93/08/0176 eingeholt zu haben, ist jedoch als gering einzustufen, wenn man bedenkt, dass die FMA auf ihrer Homepage ausdrücklich anführt, dass Angaben über Erfahrungen oder Kenntnisse verlangt werden müssen und dabei auf einen Leitfaden verweist, der den gleichen Inhalt trägt. Mit dieser allgemeinen

Auskunft hat die FMA ihre Auslegung der Wendung "Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden" in Paragraph 44, Absatz eins, WAG 2007 ausreichend kundgetan. Warum die belangte Behörde selbst nach Bekanntwerden im Oktober 2013, dass sich Normunterworfene auf die Homepagetextierung berufen, nichts unternommen, um der Allgemeinheit ihre zu diesem Zeitpunkt schon klar gefasste anders lautende Ansicht über ihre Homepage mitzuteilen, ist nicht nachvollziehbar. Dieser Zustand währte bis mindestens Mai 2016. Eine Behörde, zu deren Aufsichtsaufgaben es u.a. gehört, Fehlinformationen auf den Homepages von Finanzdienstleistern zu ahnden, muss selbst mit gutem Beispiel vorangehen und auch über ihren Homepageauftritt als verlässliche Quelle für Normunterworfene dienen.

3.3. Zur behaupteten Mangelhaftigkeit des Verfahrens

3.3.1. Behauptetes mangelndes rechtliches Gehör

Der BF behauptet in der Beschwerde, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sei gegenüber dem KI verletzt worden, da letzterem das Straferkenntnis nicht zugestellt worden sei. Dem Zustellnachweis ist jedoch eindeutig zu entnehmen, dass dem KI das Straferkenntnis am 07.05.2015 zugestellt worden ist.

3.3.2. Zur Nichtanwendung des § 45 VStG

In den Gesetzesmaterialien zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013 (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 19) wird erläutert, dass mit dem neu formulierten § 45 Abs. 1 VStG insbesondere die bisher in § 21 Abs. 1 VStG enthaltenen Bestimmungen an systematisch richtiger Stelle zusammengeführt werden sollen. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprächen im Wesentlichen § 21 Abs. 1 VStG (alte Fassung). Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah, "wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind", besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf (siehe u.a. Zl. 2014/03/0052): In den Gesetzesmaterialien zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013 (ErlRV 2009 BlgNR 24. GP, 19) wird erläutert, dass mit dem neu formulierten Paragraph 45, Absatz eins, VStG insbesondere die bisher in Paragraph 21, Absatz eins, VStG enthaltenen Bestimmungen an systematisch richtiger Stelle zusammengeführt werden sollen. Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes entsprächen im Wesentlichen Paragraph 21, Absatz eins, VStG (alte Fassung). Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah, "wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind", besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf (siehe u.a. Zl. 2014/03/0052):

Voraussetzung für die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG ist das kumulative Vorliegen beider in dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien, nämlich ein geringfügiges Verschulden und lediglich unbedeutende Folgen. Von geringem Verschulden iSd § 21 VStG ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (siehe u.a. Zl. 2008/09/0087). Nach der hg. Rechtsprechung kann dann, wenn einem Beschuldigten bewusst sein musste, mit seinem Verhalten einem ihm rechtskräftig erteilten behördlichen Auftrag zuwiderzuhandeln und damit (weiterhin) die Rechtsordnung zu übertreten, von einem bloß geringfügigen Verschulden im Sinn des § 21 Abs. 1 VStG (nunmehr § 45 Abs. 1 leg. cit.) keine Rede sein. Insbesondere ist das Vorliegen eines bloß geringfügigen Verschuldens dann auszuschließen, wenn der Beschuldigte durch vorangegangene Beanstandungen von der Rechtswidrigkeit eines Zustandes oder seines Verhaltens Kenntnis erlangen konnte und dennoch keine Änderung herbeiführte. Da das KI sofort nach Kenntnis, dass die von ihm angewandte Strategie trotz entgegenstehender Veröffentlichung auf der Homepage der belangten Behörde nicht der tatsächlichen Auslegung des Gesetzestextes durch letztere entsprach, seine Strategie entsprechend anpasste, lag ein solches ein geringes Verschulden jedenfalls ausschließender Zustand gerade nicht vor. Auch ist es dem Beschuldigten jedenfalls gelungen, ein (grundsätzlich) funktionierendes Kontrollsystem, durch welches die Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sichergestellt werden kann, glaubhaft zu machen, widrigenfalls von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des § 21 VStG alt (bzw. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG) nicht gesprochen werden könnte (vgl. VwGH 27.06.2007, 2005/03/0166, mwN sowie 2012/03/0139 und 2010/03/0065). Voraussetzung für die Anwendung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG ist das

kumulative Vorliegen beider in dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien, nämlich ein geringfügiges Verschulden und lediglich unbedeutende Folgen. Von geringem Verschulden iSd Paragraph 21, VStG ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (siehe u.a. Zl. 2008/09/0087). Nach der hg. Rechtsprechung kann dann, wenn einem Beschuldigten bewusst sein musste, mit seinem Verhalten einem ihm rechtskräftig erteilten behördlichen Auftrag zuwiderzuhandeln und damit (weiterhin) die Rechtsordnung zu übertreten, von einem bloß geringfügigen Verschulden im Sinn des Paragraph 21, Absatz eins, VStG (nunmehr Paragraph 45, Absatz eins, leg. cit.) keine Rede sein. Insbesondere ist das Vorliegen eines bloß geringfügigen Verschuldens dann auszuschließen, wenn der Beschuldigte durch vorangegangene Beanstandungen von der Rechtswidrigkeit eines Zustandes oder seines Verhaltens Kenntnis erlangen konnte und dennoch keine Änderung herbeiführte. Da das KI sofort nach Kenntnis, dass die von ihm angewandte Strategie trotz entgegenstehender Veröffentlichung auf der Homepage der belangten Behörde nicht der tatsächlichen Auslegung des Gesetzestextes durch letztere entsprach, seine Strategie entsprechend anpasste, lag ein solches ein geringes Verschulden jedenfalls ausschließender Zustand gerade nicht vor. Auch ist es dem Beschuldigten jedenfalls gelungen, ein (grundsätzlich) funktionierendes Kontrollsystem, durch welches die Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sichergestellt werden kann, glaubhaft zu machen, widrigenfalls von einem geringfügigen Verschulden im Sinne des Paragraph 21, VStG alt (bzw. Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG) nicht gesprochen werden könnte (vergleiche VwGH 27.06.2007, 2005/03/0166, mwN sowie 2012/03/0139 und 2010/03/0065).

Die Einstellung eines Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG erfordert neben einem geringen Verschulden auch unbedeutende Folgen der Tat. Die belangte Behörde differenziert nicht nach theoretischen und praktischen Kenntnissen. Da das KI praktische Kenntnisse in die Teilrubrik Erfahrungen miteinfließen ließ, hat sie auch bei Heranziehung des jeweils höheren Wertes in jedem Fall einen Teil an Kenntnissen in ihre Einstufung miteinfließen lassen. In der Theorie konnte daher die Vorgangsweise des KI nur dort problematisch werden, wo die theoretischen Kenntnisse so weit hinter den praktischen zurückblieben, dass ein Risikoverständnis der entsprechenden höheren Einstufung nicht mehr gegeben war. Der BF konnte hinsichtlich der von der belangten Behörde zitierten Stichprobe sowohl in seiner Beschwerde als auch in der Verhandlung vor dem BVwG glaubhaft machen, dass eine höhere Erfahrungs- als Kenntniseinstufung einen absoluten Ausnahmefall darstellt und im konkreten Fall versehentlich gerade der Erwerb weiterer (theoretischer) Kenntnisse (durch Eigenstudium) als praktische Kenntnisse und somit den Erfahrungen zugeordnet wurde, wodurch es zu dem seltenen Ausnahmefall gekommen ist, dass im Fall der Stichprobe die Einstufung der Erfahrung höher als jene der Kenntnisse ausfiel. Tatsächlich dürfte also selbst im Fall der Stichprobe bei der betreffenden Kundin ausreichendes Risikoverständnis für die empfohlene Produktkategorie vorhanden gewesen sein, womit der von der Norm gewünschte Zustand ohnehin eingetreten sein dürfte (vgl. Sander in Raschauer/Wessely, § 21 Anm 10). Die Einstellung eines Strafverfahrens gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG erfordert neben einem geringen Verschulden auch unbedeutende Folgen der Tat. Die belangte Behörde differenziert nicht nach theoretischen und praktischen Kenntnissen. Da das KI praktische Kenntnisse in die Teilrubrik Erfahrungen miteinfließen ließ, hat sie auch bei Heranziehung des jeweils höheren Wertes in jedem Fall einen Teil an Kenntnissen in ihre Einstufung miteinfließen lassen. In der Theorie konnte daher die Vorgangsweise des KI nur dort problematisch werden, wo die theoretischen Kenntnisse so weit hinter den praktischen zurückblieben, dass ein Risikoverständnis der entsprechenden höheren Einstufung nicht mehr gegeben war. Der BF konnte hinsichtlich der von der belangten Behörde zitierten Stichprobe sowohl in seiner Beschwerde als auch in der Verhandlung vor dem BVwG glaubhaft machen, dass eine höhere Erfahrungs- als Kenntniseinstufung einen absoluten Ausnahmefall darstellt und im konkreten Fall versehentlich gerade der Erwerb weiterer (theoretischer) Kenntnisse (durch Eigenstudium) als praktische Kenntnisse und somit den Erfahrungen zugeordnet wurde, wodurch es zu dem seltenen Ausnahmefall gekommen ist, dass im Fall der Stichprobe die Einstufung der Erfahrung höher als jene der Kenntnisse ausfiel. Tatsächlich dürfte also selbst im Fall der Stichprobe bei der betreffenden Kundin ausreichendes Risikoverständnis für die empfohlene Produktkategorie vorhanden gewesen sein, womit der von der Norm gewünschte Zustand ohnehin eingetreten sein dürfte (vergleiche Sander in Raschauer/Wessely, Paragraph 21, Anmerkung 10).

Trotzdem scheidet im vorliegenden Fall ein Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG aus, da er – trotz der in der RV 2009 BlgNR 24. GP 19 ausgesprochenen Absicht, im Wesentlichen den Kriterien des früheren § 21 VStG zu entsprechen – eine wesentliche Veränderung gegenüber diesem mitbringt, nämlich das abstrakte Abstellen auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Das führt dazu, dass die Einstellung oder Ermahnung von vornherein

ausscheidet, wenn das geschützte Rechtsgut besonders bedeutsam ist, mag es im konkreten Fall auch kaum beeinträchtigt sein. Ein solches abstraktes Abstellen ist freilich problematisch, da der Gesetzgeber in der Regel nur besonders bedeutsame Rechtsgüter mit den Mitteln des Strafrechts schützen wird. Der Anwendungsbereich des § 45 Abs. 1 Z 4 wird damit deutlich kleiner als jener des früheren § 21 VStG (vgl. Raschauer/Wessely, VStG², § 45 Rz 8). Dies führt im vorliegenden Fall trotz Vorliegens der Kriterien von geringer Schuld und unbedeutenden Tatfolgen zum Ausschluss der Anwendbarkeit des § 45 Abs. 1 Z 4. Anders als von der belangten Behörde in der Verhandlung vor dem BVwG behauptet, scheidet die Anwendung der genannten Bestimmung daher nicht aus, "weil ein derartiger Verstoß eine gravierende Verletzung des Schutzzwecks des WAG bedeutet", sondern aufgrund der abstrakten Bedeutung des geschützten Rechtsguts, nämlich des Anlegerschutzes. Trotzdem scheidet im vorliegenden Fall ein Vorgehen nach Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG aus, da er – trotz der in der Regierungsvorlage 2009 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 19 ausgesprochenen Absicht, im Wesentlichen den Kriterien des früheren Paragraph 21, VStG zu entsprechen – eine wesentliche Veränderung gegenüber diesem mitbringt, nämlich das abstrakte Abstellen auf die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Das führt dazu, dass die Einstellung oder Ermahnung von vornherein ausscheidet, wenn das geschützte Rechtsgut besonders bedeutsam ist, mag es im konkreten Fall auch kaum beeinträchtigt sein. Ein solches abstraktes Abstellen ist freilich problematisch, da der Gesetzgeber in der Regel nur besonders bedeutsame Rechtsgüter mit den Mitteln des Strafrechts schützen wird. Der Anwendungsbereich des Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, wird damit deutlich kleiner als jener des früheren Paragraph 21, VStG (vergleiche Raschauer/Wessely, VStG², Paragraph 45, Rz 8). Dies führt im vorliegenden Fall trotz Vorliegens der Kriterien von geringer Schuld und unbedeutenden Tatfolgen zum Ausschluss der Anwendbarkeit des Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4. Anders als von der belangten Behörde in der Verhandlung vor dem BVwG behauptet, scheidet die Anwendung der genannten Bestimmung daher nicht aus, "weil ein derartiger Verstoß eine gravierende Verletzung des Schutzzwecks des WAG bedeutet", sondern aufgrund der abstrakten Bedeutung des geschützten Rechtsguts, nämlich des Anlegerschutzes.

Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass das Verschulden des BF jedenfalls als gering zu beurteilen ist. Bei der Strafbemessung ist auf das Verschulden besonders Bedacht zu nehmen (vgl. Lewisch, VStG, § 19 Rz 15). Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe war schon aus diesem Grund beachtlich herabzusetzen. Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass das Verschulden des BF jedenfalls als gering zu beurteilen ist. Bei der Strafbemessung ist auf das Verschulden besonders Bedacht zu nehmen (vergleiche Lewisch, VStG, Paragraph 19, Rz 15). Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe war schon aus diesem Grund beachtlich herabzusetzen.

Der BF als Revisionswerber machte jedoch in der Zulässigkeitsbegründung als wesentliche Rechtsfrage auch geltend, das BVwG habe entgegen ständiger Rechtsprechung für zwei Delikte eine Gesamtstrafe verhängt. Dieses Argument sah der Verwaltungsgerichtshof im Ergebnis als begründet an, weshalb der Revision mittels Erkenntnis vom 16.12.2016 stattgegeben wurde.

Das angefochtene Erkenntnis war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Gemäß § 44 Abs 3 VwGG tritt durch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses oder Beschlusses gemäß Abs. 2 die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses bzw. Beschlusses befunden hat. Das angefochtene Erkenntnis war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben. Gemäß Paragraph 44, Absatz 3, VwGG tritt durch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses oder Beschlusses gemäß Absatz 2, die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses bzw. Beschlusses befunden hat.

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis festhält, wollte das BVwG "sowohl das Unterlassen angemessener Strategien und Verfahren als auch die mangelnde Eignung der Informationseinholung, somit die Übertretung beider Tatbestände, bestrafen". Gemäß § 22 VStG sind im vorliegenden Fall die Strafen nebeneinander zu verhängen, eine Gesamtstrafe ist ausgeschlossen. Während dem BF im gegenständlichen Fall gemäß § 18 Abs 1 WAG also die fehlende Einhaltung von Compliance-Vorschriften zum Vorwurf gemacht wird, legt gemäß § 44 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 WAG im konkreten Fall die mangelhafte Prüfung der Eignung eines Wertpapiers für den einzelnen Kunden zur Last. Zudem hat § 18 WAG in erster Linie die Beratung und Unterstützung der für Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zuständigen relevanten Personen (also von Mitarbeitern im weiteren Sinn) im Hinblick auf die Einhaltung der in diesem Hauptstück für den Rechtsträger festgelegten Pflichten zum Thema. § 44 WAG wiederum verfolgt das Ziel der

Kundeninformation. Wie der VwGH in seinem Erkenntnis festhält, wollte das BVwG "sowohl das Unterlassen angemessener Strategien und Verfahren als auch die mangelnde Eignung der Informationseinholung, somit die Übertretung beider Tatbestände, bestrafen". Gemäß Paragraph 22, VStG sind im vorliegenden Fall die Strafen nebeneinander zu verhängen, eine Gesamtstrafe ist ausgeschlossen. Während dem BF im gegenständlichen Fall gemäß Paragraph 18, Absatz eins, WAG also die fehlende Einhaltung von Compliance-Vorschriften zum Vorwurf gemacht wird, legt gemäß Paragraph 44, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, Ziffer 3, WAG im konkreten Fall die mangelhafte Prüfung der Eignung eines Wertpapiers für den einzelnen Kunden zur Last. Zudem hat Paragraph 18, WAG in erster Linie die Beratung und Unterstützung der für Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zuständigen relevanten Personen (also von Mitarbeitern im weiteren Sinn) im Hinblick auf die Einhaltung der in diesem Hauptstück für den Rechtsträger festgelegten Pflichten zum Thema. Paragraph 44, WAG wiederum verfolgt das Ziel der Kundeninformation.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Die Revision ist unzulässig. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Die Revision ist unzulässig.

Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von dieser bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die zugrundeliegenden Normen sind klar und bestimmt, dass kein Hinweis vorliegt, der das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vermuten ließe.

Schlagworte

Angemessenheit, Anlageberatung, Anlegerschutz, Compliance, Eignung, Erfahrungswerte, Erkundigungspflicht, Ermahnung, Finanzmarktaufsicht, Folgen, Geldstrafe, geringfügiges Verschulden, Gesamtbetrachtung, Kenntnis, Kontrollsystem, Kreditinstitut, Kumulierung, Prüfung, Risikoaufdeckung, Risikobeschränkung, Risikotragung, Sorgfaltspflicht, Strafbemessung, Ungehorsamsdelikt, Veranlagung, Verschulden

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W158.2108942.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.05.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at