jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE UVS Wien 2010/10/18 06/FM/46/1033/2010

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.10.2010

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Schmied über die Berufung des Mag. Gerhard M., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht, vom 15.1.2009, Zl. FMA-WL00235.100/0001-LAW/2009, betreffend mehrere Übertretungen des Kapitalmarktgesetzes - KMG und des Wertpapieraufsichtsgesetzes - WAG, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung entschieden:

I.) Zu den Punkten 5.1. und 5.2. wird der Berufung gemäß§ 66 Abs 4 AVG Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis in diesen Punkten behoben. II.) Zu den Punkten 3.1. bis 3.5. wird der Berufung gemäß § 66 Abs 4 AVG insofern Folge gegeben, als an Stelle der fünf erstinstanzlichen Schuld- und Strafaussprüche folgender Schuld- und Strafausspruch ergeht:

?3. Sie (Herr Mag. Gerhard M.) haben in ihrer Eigenschaft als handelsrechtlicher Geschäftsführer der konzessionierten Wertpapierfirma C. Vermögensverwaltungs GmbH (C.) mit Sitz in Wien, Tu.-gasse, zu verantworten, dass die C. vom 17.3.2009 bis zum 23.11.2009 für die Wertpaiere (Zertifikate) ?T. FX Trend Finder? mit irreführenden Angaben geworben hat. Dies dadurch, dass auf der Homepage der C. unter der Internetadresse www.c.-vermoegensverwaltung.at das Zertifikat T. FX Trend Finder beworben wurde und die Werbung einen Link zur Seite www.t.-capital.com enthielt, wo unter der Rubrik ?Wesentliche Unterschiede zu einem klassischen Fremdwährungskredit? folgende Aussage aufschien: ?Keine zusätzliche Kostenbelastung ausgenommen der Depotgebühr für das Zertifikat nach dem Kauf desselben; Devisencourtage und Währungswechselgebühren gehören der Vergangenheit an, auch Honorare, beispielsweise für die Verwaltung des Kredites sind dann nicht mehr zu bezahlen. Weiters dadurch, dass auf der Homepage der C. etwa durch den in der Rubrik ?Was spricht dafür? verwendeten Satz ?Es bietet viel mehr Chance bei viel weniger Risiko als bei einem klassischen Fremdwährungskredit?, ein Bezug zu bzw. ein Vergleich mit von Banken, die dem BWG und der behördlichen Aufsicht durch die FMA unterliegen, ausgegebenen Produkten hergestellt wird, der sich insofern als irreführend erweist, als es sich bei dem beworbenen Produkt um eine komplexe Zertifikatskostruktion handelt, die nur indirekt an einer etwaigen Performance eines spekulativen, in Österreich nicht zulassungsfähigen Fonds partizipiert.

Dadurch haben sie folgende Rechtsvorschrift übertreten: ?§ 41 Abs 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007.?

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie gemäß § 95 Abs 2 erster Strafsatz Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007 eine Geldstrafe von 500,-- Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden verhängt.?

Gemäß § 64 VStG verringert sich der dem Berufungswerber zu diesen Punkten auferlegte Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 50,-- Euro, das sind 10% der nunmehr verhängten Geldstrafe.

III.) Zu Punkt 4 wird der auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkten Berufung gemäß§ 66 Abs 4 AVG insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe auf 500,-- Euro, die Ersatzarreststrafe auf 12 Stunden herabgesetzt wird. Die Strafsanktionsnorm lautet: ?§ 16 iVm § 16 Z 3 Kapitalmarktgesetz ? KMG, BGBl I Nr. 625/1991 idF BGBl I Nr. 69/2008? Gemäß § 64 VStG verringert sich der dem Berufungswerber zu diesem Punkt auferlegte Beitrag zu den erstinstanzlichen Verfahrenskosten auf 50,-- Euro. IV.) Zu Punkt 6 wird gemäß § 66 Abs 4 AVG der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich mit der Maßgabe bestätigt, dass die Übertretungsnorm lautet: ?§ 41 Abs 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007?.

In der Straffrage wird der Berufung zu Punkt 6 insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe auf 500,-- Euro, die Ersatzarreststrafe auf 12 Stunden herabgesetzt wird.

Die Strafsanktionsnorm lautet: ?§ 95 Abs 2 erster Strafsatz Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG 2007), BGBl. I Nr. 60/2007?.

Gemäß § 64 VStG verringert sich der dem Berufungswerber zu diesem Punkt auferlegte Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 50,-- Euro. V.) Gemäß § 65 VStG wird dem Berufungswerber kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens vorgeschrieben. Der vom Berufungswerber gemäß § 64 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens beläuft sich auf insgesamt 150,-- Euro.

Text

Mit dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt:

1. ?Die C. hat auf ihrer Homepage www.c..at bzw. www.c.vermoegensverwaltung.at/veranlagung/ im Zeitraum 17.03.2009 bis 23.11.2009 in mehreren Werbeanzeigen für das Wertpapier T. FX Trend Finder (ein Zertifikat, das von der A. begeben wird; im folgenden als Wertpapier oder Zertifikat bezeichnet) geworben. Auf der Homepage der C. wurde im genannten Zeitraum direkt mit Link unter der Überschrift ?Die Erneuerung der Fremdwährungsfinanzierung? bzw damit abwechselnd ?T. Capital? auf die Homepage www.t..ch bzw. www.t.-capital.ch verwiesen, auf der diese Werbeanzeigen ebenfalls abrufbar sind. Weiters wurde auf der Homepage der C. im genannten Zeitraum auch direkt für das Wertpapier geworben (Screenshot Beilage 11). Dabei handelt es sich um folgende Werbeanzeigen (diese bilden einen integrierten Bestandteil dieses Bescheids):

-

Eine Präsentation betreffend das Wertpapier (Beilage 08; diese war jedenfalls auch im genannten Zeitraum von der Homepage www.t.-capital.ch bzw www.t..ch abrufbar);

-

einen Auszug aus dem ?M.-Brief? vom Februar 2009 ? (im genannten Zeitraum auf der Homepage der C. und www.t.-capital.ch bzw www.t..ch abrufbar; Beilage 09);

-

ein auf der Homepage www.t.-capital.ch bzw. www.t..ch befindliches Fact-Sheet (Beilage 10).

Die Werbeanzeigen und die Homepage der C. beziehen sich nach ihrem Inhalt auf das ? unten dargestellte - öffentliche Angebot der Zertifikate.

2. Die Zertifikate wurden im Zeitraum 17.03.2009 bis mindestens 23.11.2009 von der

C. öffentlich angeboten. Die Rechtsgrundlage für das öffentliche Angebot stellt ein in Luxemburg gebilligter Basisprospekt vom 11. Februar 2009 sowie die den Basisprospekt ergänzenden Endgültigen Bedingungen vom 16. März 2009 dar. Der Prospekt wurde von der Luxemburgischen Aufsichtsbehörde CSSF am 12. Februar 2009 an die FMA notifiziert und bildet daher die Rechtsgrundlage für ein öffentliches Angebot in Österreich. Laut den Endgültigen Bedingungen bildet das Wertpapier die Wertentwicklung des ?Ta. Investments PCC Limited ? T. FX Trend Finder Cell? (der ?Fonds?), einem auf Guernsey registrierten Fonds ab. Es handelt sich dabei um einen ?Qualified Professional

Investors Fund? der ohne Änderung des Fondsprospekts in Österreich nach § 30 InvFG nicht zulassungsfähig wäre. Dieser Fonds spekuliert auf die Wertentwicklungen von Währungspaaren; in Verfolgung dieser Anlagestrategie können auch Darlehen aufgenommen werden (maximaler Hebel/ Leverage 50% - siehe Beilage 03, Seite 34).

3. In den genannten Werbeanzeigen sowie auf der Homepage der C. finden sich hinsichtlich der Zertifikate folgende Angaben:

3.1. Zum Vergleich des Zertifikates mit Fremdwährungskrediten:

Die Vertriebsstrategie der Zertifikate zielt darauf ab, dass bisherige Fremdwährungskreditnehmer ihre bisherigen Tilgungsträger auf die Zertifikate umschichten sollen. Dies ergibt sich vor allem aus dem starken Bezug/Vergleich zu Fremdwährungskrediten (generell in Beilagen 08, 09 und 11), sowie aus folgenden Aussagen:

?Die Fremdwährungsfinanzierung gibt es nicht mehr ... die Banken finden es nicht mehr

opportun Fremdwährungskredite zu vergeben ... In der letzten Ausgabe des M.-Briefes

beschrieben wir die Grundprinzipien, die dem neuen Zugang zum Thema Fremdwährungsarbeit zu Grunde lagen ...? (Beilage 11); ?Grundsätzlich kann in Zukunft ein Tilgungsträgerrisiko vollständig abgebaut und durch T. FX Trend Finder ersetzt werden. Statt 40% Risiko in Form von Währungsschwankungen des Kredites in Verbindung mit einer Veranlagung einzugehen, kann man das Risiko auf 7% der Kreditsumme reduzieren.? (Beilage 09, Seite 4; sowie gleichlautend Homepage der C., Beilage 11); ?T. FX Trend Finder ist seiner Zeit voraus, um die Möglichkeit zu schaffen Schulden abzubauen, bevor die Zinsen steigen, ohne dass ihr laufendes Lebenseinkommen dabei über Gebühr belastet wird.? (Beilage 09, Seite 4f; sowie gleichlautend Homepage der C., Beilage 11); ?Fremdwährung ist ein ideales Instrument zur Streuung des Risikos von

Veranlagungen; Fremdwährung ist ... ein ideales Instrument zur Vergünstigung von

Finanzierungen, diese Erfahrung führte ... zu T. FX Trend Finder; Das T. FX Trend

Finder Zertifikat bietet nun eine Alternative zu klassischen Wertpapierveranlagungen und ist jedenfalls Ergänzung in der Wertpapierveranlagung; Das T. FX Trend Finder Zertifikat versteht sich als Erneuerung der in Österreich sehr erfolgreichen Idee des Fremdwährungskredits? (Beilage 8).

Der Vergleich einer komplexen Zertifikatskonstruktion, die nur indirekt an einer etwaigen Performance eines spekulativen, in Österreich nicht zulassungsfähigen Fonds partizipiert, mit einem von Banken (die dem BWG und der behördlichen Aufsicht der FMA unterliegen) ausgegebenen Kreditprodukt ist geeignet, Anleger in die Irre zu führen:

Die Anleger können irrtümlich davon ausgehen, dass sie, wenn sie ihre bisherigen Tilgungsträger auf die Zertifikate umschichten, ein Produkt erwerben, das genauso wie ein Fremdwährungskredit von einem den Bestimmungen des BWG und der Aufsicht der FMA unterliegendem Unternehmen stammt und daher die gleiche Sicherheit bietet. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die C. machte daher im Zusammenhang mit dem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot der Zertifikate im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 irreführende Angaben. Weiters wurden durch die genannten Aussagen im genannten Zeitraum irreführende Informationen an Kunden gerichtet.

3.2. Zu den Kosten:

In den Werbeanzeigen wird auf den Kostenaspekt eingegangen (siehe Beilage 09, Seite 2:

?Keine zusätzliche Kostenbelastung, ausgenommen der Depotgebühr für das Zertifikat nach dem Kauf desselben; Devisencourtage und Währungswechselgebühren gehören der Vergangenheit an, auch Honorare, beispielsweise für die Verwaltung des Kredites sind dann nicht mehr zu bezahlen.?).

Demgegenüber wird in den Endgültigen Bedingungen (in der Sektion Risikofaktoren) darauf hingewiesen, dass zumindest auf Ebene der Zertifikate (Beilage 03, Seite 4 ?Anders als bei einer Direktanlage in den Referenzfonds nehmen die Zertifikatsinhaber an der Wertentwicklung des Referenzfonds nicht in vollem Umfang, sonder abzüglich der in den Zertifikatsbedingungen

beschriebenen Kosten, Gebühren und Auslagen teil. Des weiteren mindern alle im Zusammenhang mit dem Erwerb, dem Halten und der Veräußerung der Zertifikate anfallenden Gebühren und Kosten (insb. Ausgabeaufschläge und Rücknahmeabschläge) die mögliche Rendite einer Anlage in die Zertifikate?) sowie des Fonds (Beilage 03, Seite 6 ?

Gebühren Der Referenzfonds hat ungeachtet seiner Performance bestimmte Verwaltungs- und Depotbankkosten sowie sonstigen Kosten und Gebühren zu tragen. Diese Gebühren fallen für gewöhnlich selbst dann an, wenn der Wert des Fondsvermögen abnimmt. So erhält die Fondsgesellschaft von dem Referenzfonds zusätzlich zu dem leistungsabhängigen Erfolgshonorar eine Verwaltungsvergütung, die unabhängig von der Wertentwicklung des Referenzfonds gezahlt wird, sowie unter bestimmten Voraussetzungen zusätzliche einmalige Gebühren für den Erwerb, die Bebauung, Umbauung oder die Veräußerung von Immobilien?) Kosten anfallen, die den Ertrag der Zertifikateinhaber jedenfalls mindern.

Zusätzlich wird im Basisprospekt angeführt, dass die Gemeinkosten der Emittentin des Zertifikates ebenfalls anteilig durch das Compartment 13 getragen werden müssen, die damit indirekt durch die Zertifikatsinhaber getragen werden (siehe Beilage 02, Seite 41). Weiters gibt es jedenfalls Gebühren in Form eines bis zu 5% Ausgabeaufschlags, einen bis zu 1% Rücknahmeabschlag (Beilage 03, Seite 9 und 11). Laut Beilage 03 (Seite 4) nehmen die Zertifikatsinhaber an der Wertentwicklung des Fonds nicht in vollem Umfang, sondern abzüglich der beschriebenen Kosten, Gebühren und Auslagen teil. Des Weiteren mindern alle im Zusammenhang mit dem Erwerb, dem Halten und der Veräußerung der Zertifikate anfallenden Gebühren und Kosten die mögliche Rendite. Weiters wird ausgeführt (Beilage 03, Seite 21), dass alle im Zusammenhang mit der Zahlung von Geldbeträgen anfallenden Steuern, Gebühren oder andere Abgaben von den Zertifikatsinhabern zu tragen und zu zahlen sind. Diese Beträge können von der Emittentin einbehalten werden.

Die C. machte daher im Zusammenhang mit dem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot der Zertifikate im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 durch die oben dargestellte Aussage irreführende Angaben, da es nicht zutrifft, dass keine zusätzliche Kostenbelastung anfällt. Weiters machte die C. dadurch im gleichen Zeitraum Angaben, die im Widerspruch zum den Angaben stehen, die der Prospekt und die allfälligen ändernden oder ergänzenden Angaben enthalten. Weiters wurden durch die genannten Aussagen im genannten Zeitraum irreführende Informationen an Kunden gerichtet.

3.3. Werbeaussagen zur Sicherheit des Investments (Vergleich mit Sparbüchern, Anleihen ...):

In den oben angegebenen Werbeanzeigen wird die Sicherheit des Investments herausgestrichen. So werden etwa auf Seite 3f der Beilage 09 unter dem Titel ?Sicherheit in der Veranlagungsstruktur? und auf der Homepage der C. (Beilage 11) die Risiken von Aktien, Anleihen, Sparbücher und Staatsanleihen herausgestrichen, um dann die Sicherheit der Zertifikate zu betonen (Beilage 11 ?Es bietet viel mehr Chance bei sehr viel weniger Risiko als bei einem klassischen Fremdwährungskredit?). Demgegenüber wird in Beilage 10 ausgeführt, dass beim Zertifikat der Totalverlust des eingesetzten Kapitals möglich ist.

Der Vergleich des Risikos der Zertifikate mit den Risiken von Aktien, Anleihen, Sparbüchern und Staatsanleihen (insb. Sparbücher und Staatsanleihen sind Produkte mit geringem Risiko) ist irreführend, da dadurch suggeriert wird, dass die Zertifikate besonders sicher sind, sogar sicherer als Sparbücher (die von Kreditinstituten ausgegeben werden, die der Aufsicht der FMA unterliegen und die der Einlagensicherung unterliegen) und Staatsanleihen, was jedoch nicht zutrifft. Die C. machte daher im Zusammenhang mit dem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot der Zertifikate im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 irreführende Angaben. Weiters wurden durch die genannten Aussagen im genannten Zeitraum irreführende Informationen an Kunden gerichtet.

3.4. Angaben zu den Erträgen:

Der Umstand, dass 75% des aufgebrachten Kapitals in Anleihen investiert wird, deren Verzinsung nicht den Zertifikatsinhabern, sondern der T. Capital GmbH zukommt (dies ergibt sich aus Beilage 13), wird in den genannten Werbeanzeigen nicht erwähnt. Aufgrund der Angaben in den Werbeanzeigen (zB Beilage 10 ?Anlage im liquidesten Markt ? Währungen?; ?Möglichkeit der Realisierung von positiven Renditen sowohl in steigenden als auch fallenden Marktphasen?; und Beilage 08 ?Eine Veranlagung in Fremdwährungen?; ?Es ist konzipiert als Anlagefonds?) kann bei durchschnittlichen Anlegern jedoch der Eindruck entstehen, dass sie auch an den Erträgen aus der Veranlagung des Fonds partizipieren.

Es ist unredlich und nicht eindeutig, dass in der Werbung nicht dargestellt wird, dass die Erträge aus der Veranlagung des Fonds nicht den Zertifikatsinhabern zukommen. Die C. richtete daher im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 mit den Werbeanzeigen keine redlichen und eindeutigen Informationen an Kunden. Weiters wurden durch

die genannten Aussagen im genannten Zeitraum irreführende Informationen an Kunden gerichtet. Die C. machte daher weiters im Zusammenhang mit dem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot der Zertifikate im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 irreführende Angaben.

3.5. Risiko in Bezug auf die Konkurssicherheit:

Ein weiteres Verkaufsargument in den Werbeanzeigen ist der ?Sondervermögensstatus? des

Compartments 13 (siehe Beilage 09, Seite 4: ?T. ... ist als konkursgesichertes

Zertifikat mit Sondervermögensstatus nach luxemburgischen Recht aufgebaut. Das investierte Kapital genießt dabei Sondervermögensstatus und kann im Konkursfall des Emissionshauses nicht verloren gehen? und Beilage 10 ? Sondervermögensstatus?). Auch in Beilage 11 (Screenshots der Homepage der C.) wird ausgeführt, dass das Zertifikat als konkursgesichertes Zertifikat mit Sondervermögensstatus nach luxemburgischem Recht aufgebaut ist und das investierte Kapital im Fall des Konkurses des Emissionshauses nicht verloren gehen kann. Auch in Beilage 08 wird explizit gesagt: ?Ein allfälliger Konkurs des Emittenten ist nach luxemburgischen Recht ohne Folgen für den Investor des Zertifikates?.

In der Stellungnahme der A. (Beilage 14) wird zur Frage der Konkurssicherheit erwähnt, dass Luxemburgische Verbriefungsgesellschaften nur ?nahezu konkurssicher? seien. Die Aussage in Beilage 10, wonach es zu einem Totalverlust des eingesetzten Kapitals kommen kann, steht im Widerspruch zu den oben genannten Ausführungen. Diese sind daher irreführend, da bei den Zertifikaten keine absolute Konkurssicherheit besteht. Auf Seite 19 der Endgültigen Bedingungen (Beilage 03) ist in § 6 eine Klausel enthalten, wonach Zertifikateinhaber, die ein Insolvenzverfahren oder die Einleitung eines ähnlichen Verfahrens beantragen, oder sich einem solchen Antrag eines Dritten anschließen, ihre Zertifikaterechte verlieren.

Im Hinblick auf diese Bestimmung ist die Aussage in Beilage 09, Seite 2 (?Ein Konkurs des das Zertifikat emittierenden Unternehmens führt nicht zum Vermögensverlust der Investoren in das Zertifikat?) irreführend, da diese Aussage nicht zutrifft. Auch die Aussage in Beilage 10 ?Kein Insolvenzrisiko des Emittenten? und die Aussage in Beilage 08 ?Ein allfälliger Konkurs des Emittenten ist nach luxemburgischen Recht ohne Folgen für den Investor des Zertifikates? sind diesbezüglich irreführend. Auch in Beilage 11 (Screenshots der Homepage der C.) wird ausgeführt, dass das Zertifikat als konkursgesichertes Zertifikat mit Sondervermögensstatus nach luxemburgischem Recht aufgebaut ist und das investierte Kapital im Fall des Konkurses des Emissionshauses nicht verloren gehen kann; auch diese Aussage ist irreführend. Die C. machte daher im Zusammenhang mit dem prospektpflichtigen öffentlichen Angebot der Zertifikate im Zeitraum 17.03.2009 bis jedenfalls 06.10.2009 irreführende Angaben. Ebenso machte sie im gleichen Zeitraum Angaben, die im Widerspruch zum den Angaben stehen, die der Prospekt und die allfälligen ändernden oder ergänzenden Angaben enthalten. Weiters wurden durch die genannten Aussagen im genannten Zeitraum irreführende Informationen an Kunden gerichtet.

4. In den genannten Werbeanzeigen (Beilage 08, Beilage 09) und auf der Homepage der

C. (Beilage 11), die sich auf das öffentliche Angebot der Zertifikate bezogen, fehlten im Zeitraum 17.03.2009 bis 23.11.2009 die Hinweise gemäß § 4 Abs 2 KMG, nach dem in allen Werbeanzeigen darauf hinzuweisen ist, dass ein Prospekt samt allfälligen ändernden oder ergänzenden Angaben veröffentlicht wurde oder zur Veröffentlichung ansteht und wo die Anleger ihn erhalten können.

5. Die C. hat in der Ausgabe 3/2009 der Zeitschrift ?Facts? ? Informationen des Fachverbandes Finanzdienstleister (Beilage 16, Seiten 6 und 7), die jedenfalls im Zeitraum 19.10.2009 bis 23.11.2009 von der Homepage www.wko.at/finanzdienstleister abrufbar war, in diesem Zeitraum Informationen betreffend die Wertpapiere an Kunden gerichtet. Dabei handelt es sich um eine Marketingmitteilung, da mit dem Inhalt der Verkauf der Wertpapiere gefördert werden soll. Weiters wird darauf verwiesen, dass nähere Informationen unter www.t.-capital oder unter www.c..at erhältlich sind.

5.1. Diese Marketingmitteilung ist nicht eindeutig als solche erkennbar, da kein entsprechender Hinweis darauf angebracht ist. Vielmehr findet sich die Mitteilung unter der Rubrik ?News? zum Thema Fremdwährungskredite. Der Name und die Firma der C. sind in der Marketingmitteilung nicht enthalten.

5.2. Weiters bezieht sich diese Marketingmitteilung auf das öffentliche Angebot der Wertpapiere. Ein Hinweis gemäß§ 4 Abs 2 KMG auf den veröffentlichten Prospekt und wo die Anleger ihn erhalten können, fehlt.

6. Weiters haben Sie das Wertpapier bei einer Veranstaltung am 30.06.2009 in den Räumlichkeiten der B. AG, G.-Platz, Wien, beworben. Die Einladung zu dieser Veranstaltung war jedenfalls am 23.06.2009 von der Homepage der C. abrufbar (Beilage 12).

Bei dieser Veranstaltung wurde behauptet, dass Kunden von Fremdwährungskrediten, um die Währungsschwankungs- und Zinsunterschiedsvorteile weiterhin nutzen zu können, der Kauf der Wertpapiere empfohlen werden könne (Protokoll über die Präsentation Beilage 15).

Sie richteten bei der Veranstaltung am 30.06.2009 durch Ihre Ausführungen (Protokoll über die Präsentation Beilage 15) irreführende Informationen an Kunden, da Sie dabei durch die Behauptung, dass Fremdwährungskreditkunden der Kauf der Wertpapiere empfohlen werden könne, diese mit einem von Banken (die dem BWG und der behördlichen Aufsicht der FMA unterliegen) ausgegebenen Kreditprodukt verglichen. Der Vergleich einer komplexen Zertifikatskonstruktion, die nur indirekt an einer etwaigen Performance eines spekulativen, in Österreich nicht zulassungsfähigen Fonds partizipiert, mit einem von Banken (die dem BWG und der behördlichen Aufsicht der FMA unterliegen) ausgegebenen Kreditprodukt ist geeignet, Anleger in die Irre zu führen:

Die Anleger können irrtümlich davon ausgehen, dass sie, wenn sie ihre bisherigen Tilgungsträger auf die Zertifikate umschichten, ein Produkt erwerben, das genauso wie ein Fremdwährungskredit von einem den Bestimmungen des BWG und der Aufsicht der FMA unterliegendem Unternehmen stammt und daher die gleiche Sicherheit bietet. Dies ist jedoch nicht der Fall.

7.

Alle genannten Beilagen bilden einen integrierten Bestandteil des Spruches.

8.

Die C. haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.?

Dem Berufungswerber wurde im erstinstanzlichen Straferkenntnis die Übertretung folgender folgende Rechtsvorschriften angelastet:

Zu Punkt 3: ?§ 16 Z 3 iVm§ 4 Abs 3 KMG sowie § 95 Abs 2 Z 1 iVm§ 41 WAG?

Zu Punkt 4: ?§ 16 Z 3 iVm§ 4 Abs 2 KMG?

Zu Punkt 5.1.: ?§ 95 Abs 2 Z 1 iVm§ 41 WAG?

Zu Punkt 5.2:: ?§ 16 Z 3 iVm§ 4 Abs 2 KMG?

Zu Punkt 6: ?§ 95 Abs 2 Z 1 iVm§ 41 WAG?

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über den Berufungswerber neun Geldstrafen zu jeweils 1.000,-- Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit neun Ersatzarreststrafen von jeweils 1 Tag verhängt. Als Strafsanktionsnorm wurden pauschal die §§ 16, 19, 22 Abs 1 uns 44a VStG iVm § 16 Z 3, § 4 Abs 2 und 3 KMG , § 95 Abs 2 Z 1 und § 41 WAG 2007 zitiert.

Aufgrund der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung, mit welcher das Straferkenntnis in allen Punkten angefochten wurde, hat der Unabhängige Verwaltungssenat Wien am 13.9.2010 eine öffentliche, mündliche Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien durchgeführt. Zur Verhandlung sind der Berufungswerber, sein anwaltlicher Vertreter, Vertreter der erstinstanzlichen Behörde sowie die Zeugin MMag. R. ladungsgemäß erschienen.

Der Berufungswerber zeigte sich in der Verhandlung hinsichtlich der Aussagen in den Werbeanzeigen betreffend die Kostenbelastung der Kunden (Punkt 3.2) einsichtig. Zu Punkt 4 des Straferkenntnisses wurde von ihm die Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe eingeschränkt.

Zu Punkt 5 des Straferkenntnisses brachte der Berufungswerber vor, dass er den Artikel in der Zeitschrift FACTS in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Firma T. verfasst habe. Außerdem sei der Artikel noch von der Redaktion abgeändert und ergänzt worden. Der Beitrag auf Seite 6 bis zum Trennstrich sei zur Gänze von der WKÖ verfasst

worden, der anschließende Text gehe auf ihn zurück, sei aber noch von der Marketingabteilung der Kammer etwas umgetextet worden.

Des Weiteren führte der Berufungswerber aus:

?Ich habe den Beitrag in der Zeitschrift FACTS nicht als Marketingmitteilung verstanden und hatte auch keinen Einfluss darauf, ob er in der Zeitschrift als Marketing ausgewiesen wird. Ich bin einfach von der Zeitschrift ersucht worden, das Produkt T. FX TREND FINDER vorzustellen und zu beschreiben.?

Zu Punkt 6 ist zu sagen, dass bei der Veranstaltung in der B. nur Vermögensberater und Bankmitarbeiter anwesend waren und die Veranstaltung auch nicht öffentlich zugänglich war. Ich bin daher bei der Präsentation davon ausgegangen, dass alle Teilnehmer der Veranstaltung entsprechendes Fachwissen mitbringen. Auch die dort gestellten Fragen ließen auf entsprechende Kompetenz der Teilnehmer schließen. Ich möchte auch betonen, dass ich auf das Straferkenntnis der Behörde reagiert habe, meine Homepage in Bezug auf das T. Produkt stark reduziert und abgeändert habe und selbst keine Aktivitäten im Vertrieb mehr gesetzt habe. Ich will nämlich nicht behördliche Entscheidungen ignorieren und bin daher momentan verunsichert.?

Der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers brachte ergänzend vor, dass zum Zeitpunkt der Ausgabe der Zeitschrift FACTS im September 2009 das öffentliche Angebot für die im Artikel beschriebenen bzw. beworbenen Zertifikate bereits abgelaufen war. Die Frist für das öffentliche Angebot der T. Zertifikate sei nämlich nur von 17. März bis 3. April 2009 gelaufen. Eine Bestätigung werde per Fax nachgereicht. Zu Punkt 6 führte der anwaltliche Vertreter des Berufungswerbers noch aus, dass es eine mündliche Vereinbarung zwischen der I. und dem Bw gegeben habe, wonach bei der Veranstaltung in der B. nur Vertriebspartner anwesend sein sollten. Dass tatsächlich keine Personenkontrollen durchgeführt wurden, sei daher dem Berufungswerber nicht als Verschulden, und wenn, dann nur als Auswahlverschulden zur Last zu legen.

Die Zeugin MMag. R. erstattete zu Punkt 6 folgende Aussage:

?Mein Eindruck war, dass die Veranstaltung schwerpunktmäßig an Vertriebspartner gerichtet war, allerdings konnten ich und mein Kollege Iv. daran teilnehmen, ohne angemeldet gewesen zu sein. Wir wurden nicht nach unseren Personalien gefragt. Nach einer Begrüßung durch Repräsentanten der B. und einer Präsentation durch Vertreter der I. hielt der Mag. Gerhard M. (Bw) einen Vortrag.?

Im Wesentlichen hat der Bw das baldige Ende für Fremdwährungskredite, die von der Aufsichtsbehörde nicht gerne gesehen würden, vorhergesagt und das Produkt T. als möglichen Ersatz für Fremdwährungskredite dargestellt. Der Bw hat sich direkt an Vertriebspartner gewandt, von Chancen für Neugeschäft und Bestandgeschäft gesprochen, weiters davon gesprochen, dass anwesende Vertriebspartner auf das Produkt eingeschworen werden sollten und dass der Lebensunterhalt der Kreditberater auf dem Spiel stehe. Er hat auch Provisionen angesprochen.

Der Bw hat das Produkt T. wörtlich als ?Fremdwährungsfinanzierung 2.0? Ende bezeichnet. Er hat auch ausgeführt, dass dieses Produkt im Vergleich zu Fremdwährungskrediten eher besser und sicherer wäre. Es gebe zwar ein Risiko, dieses sei aber geringer als bei Aktien. Das Konkursrisiko der Emittentin sei dadurch ausgeschaltet, dass der Fonds ein Sondervermögen nach luxemburgischem Recht darstelle. Mein Eindruck war, dass die Veranstaltung primär an Vertriebspartner gerichtet war, ich kann allerdings nicht ausschließen, dass nicht auch Letztverbraucher im Publikum anwesend waren. Soweit der Bw von maximal 7% Risiko gesprochen hat, bin ich mir nicht sicher, ob das Publikum das auch so verstanden hat, dass es sich dabei um die 7% von der Kreditsumme handelte.?

Abschließend verzichteten beide Verfahrensparteien (Berufungswerber und FMA) auf die Fortsetzung der Verhandlung und erklärten sich mit der schriftlichen Erledigung des Verfahrens einverstanden.

Kurz nach Ende der Verhandlung langte per Fax ein vom Berufungswerber gesendetes Schriftstück ein, aus welchem hervorgeht, dass die in Rede stehenden Zertifikate T. FX Trend Finder im Zeitraum 17. März 2009 bis 3. April 2009 im Rahmen eines öffentlichen Angebots in Luxemburg, Österreich und Deutschland zum anfänglichen Ausgabepreis von 1.000,-- Euro angeboten wurden.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 4 Abs 2 KMG ist in allen Werbeanzeigen darauf hinzuweisen, dass ein Prospekt samt allfälligen ändernden oder ergänzenden Angaben veröffentlicht wurde oder zur Veröffentlichung ansteht und wo die Anleger ihn erhalten

können. Gemäß § 4 Abs 3 KMG müssen Werbeanzeigen als solche klar erkennbar sein. Die darin enthaltenen Angaben dürfen nicht unrichtig oder irreführend sein. Diese Angaben dürfen darüber hinaus nicht im Widerspruch zu den Angaben stehen, die der Prospekt und die allfälligen ändernden oder ergänzenden Angaben enthalten, falls die Genannten bereits veröffentlicht sind, oder zu den Angaben, die im Prospekt enthalten sein müssen, falls dieser erst zu einem späteren Zeitpunkt veröffentlicht wird. Gemäß § 16 Z 3 KMG begeht, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist, entgegen der Vorschrift des § 4 wirbt, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50.000,-- Euro zu bestrafen.

Gemäß § 41 Abs 1 WAG 2007 müssen alle Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger an Kunden richtet, redlich und eindeutig sein und dürfen nicht irreführend sein. Zu diesen Informationen zählen auch der Name und die Firma des Rechtsträgers. Marketingmitteilungen müssen eindeutig als solche erkennbar sein. Alle Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger an Privatkunden richtet oder so verbreitet, dass diese Personen wahrscheinlich von ihnen Kenntnis erlangen, haben zusätzlich die in Abs 2, 4 und 5 sowie in der aufgrund von Abs 3 erlassenen Verordnung der FMA festgelegten Bedingungen zu erfüllen.

Gemäß § 15 WAG 2007 sind Rechtsträger im Sinne des 2. Hauptstückes, zu welchem auch

§ 41 zählt, Kreditinstitute, Wertpapierfirmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Versicherungsunternehmen nach Maßgabe von § 2 Abs 2 sowie Zweigstellen von Wertpapierfirmen nach Maßgabe von § 12 Abs 4 und Kreditinstituten nach Maßgabe von

§ 9 Abs 7 BWG aus Mitgliedstaaten.

Gemäß § 95 Abs 2 Z 1 WAG 2007 begeht, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers 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 eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 50.000,-- Euro und zu bestrafen.

Sachverhaltsfeststellungen:

Aufgrund der weitgehend unbestritten gebliebenen Aktenlage und der in der mündlichen Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise, insbesondere der Aussagen des Berufungswerbers sowie jener der Zeugin MMag. R. wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Berufungswerber war im Zeitraum 17.3.2009 bis 23.11.2009 handelsrechtlicher Geschäftsführer der konzessionierten Wertpapierfirma C. Vermögensverwaltung GmbH (C.) mit Sitz in Wien.

In diesem Zeitraum hat die Firma C. auf ihrer Homepage das Wertpapier ?T. FX Trend Finder? beworben und einen Link zur Seite www.t.-capital.com zur Verfügung gestellt. Dort fand sich unter der Rubrik ?Wesentliche Unterschiede zu einem klassischen Fremdwährungskredit? folgende Aussage: ?Keine zusätzliche Kostenbelastung ausgenommen der Depotgebühr für das Zertifikat nach dem Kauf desselben; Devisencourtage und Währungswechselgebühren gehören der Vergangenheit an, auch Honorare, beispielsweise für die Verwaltung des Kredites sind dann nicht mehr zu bezahlen.? Direkt auf der Homepage der C. fand sich unter der Rubrik ?Was spricht dafür?? der Satz ?Es bietet viel mehr Chance bei viel weniger Risiko als bei einem klassischen Fremdwährungskredit?.

Aus dem Basisprospekt des Wertpapiers ?T. FX Trend Finder? ergibt sich, dass die Gemeinkosten der Emittentin des Zertifikats anteilig durch das Compartement 13 (selbständiges Fondsvermögen nach luxemburgischen Recht) und somit indirekt von den Zertifikatsinhabern getragen werden müssen.

Weder auf der Homepage der C. noch auf den mittels Link zu www.t.-capital.com abrufbaren Werbeaussagen fand sich im Zeitraum 17.3.2009 bis 3.4.2009 ein Hinweis darauf, dass ein Prospekt veröffentlicht wurde oder zur Veröffentlichung ansteht und wo die Anleger den Prospekt erhalten könnten.

Das öffentliche Angebot für die T. FX Trend Finder Zertifikate lief vom 17.3.2009 bis zum 3.4.2009.

Im Zeitraum vom 19.10.2009 bis zum 23.11.2009 war von der Homepage des Fachverbandes der Finanzdienstleister ?www.wko.at/finanzdienstleister? die Ausgabe 3/2009 der Zeitschrift Facts für jedermann abrufbar. In dieser Zeitschrift hat der Berufungswerber einen Beitrag über das Zertifikat T. FX Trend Finder verfasst, der ausschließlich die positiven

Aspekte dieses Wertpapiers betont, offenkundig den Verkauf der Papiere fördern soll und somit seinem Inhalt nach eine Marketingmitteilung darstellt. Allerdings ist der Artikel nur mit dem Namen des Berufungswerbers gezeichnet, als Funktionsbezeichnung findet sich ?Geschäftsführer der T. Capital GmbH?. Ein Bezug zur Firma C. besteht nur insofern, als der Artikel unter der Rubrik ?nähere Informationen unter? u.a. auf die Homepage der Firma C. hinweist. Am 30.6.2009 fand in den Räumlichkeiten der B. AG in Wien, G.-Platz, eine Veranstaltung der Firma I. Credit Broker GmbH, einer Abwicklungsplattform zwischen Maklern, Banken und potentiellen Kreditkunden, mit dem Titel ?Einführungs-Seminar Finanzierungsservice T. ? Die Neudefinition des Fremdwährungskreditgedankens? statt. Auf der Homepage der C. fand sich eine Einladung zu dieser Veranstaltung, der Link ?Online Anmeldung? führte auf die Homepage der I., wo eine Anmeldemaske zur Verfügung stand. Zielpublikum der Veranstaltung waren Vermögensberater, Bankmitarbeiter und Wertpapierdienstleister. Dem Berufungswerber wurde seitens der I. mitgeteilt, dass es sich um eine geschlossene Veranstaltung mit zuvor angemeldeten Teilnehmern handle. Tatsächlich gab es jedoch beim Einlass keine Personenkontrollen, sodass auch zwei nicht für diese Veranstaltung angemeldete Mitarbeiter der FMA, darunter die Zeugin MMag. R., teilnehmen konnten. Im Zuge dieser Veranstaltung hielt der Berufungswerber einen Vortrag (Präsentation) und wurde von ihm das Zertifikat T. FX Trend Finder unter Betonung seiner Vorzüge als ?Fremdwährungsfinanzierung 2.0? vorgestellt. Das Produkt sei im Vergleich zu herkömmlichen Fremdwährungskrediten besser und sicherer. Kunden mit Fremdwährungskrediten könne es daher empfohlen werden, um weiterhin Währungsschwankungen und Zinsunterschiedsvorteile nützen zu können. Im Publikum waren in erster Linie Vertriebspartner, hauptsächlich selbständige Kreditvermittler anwesend.

Von der Konzeption her sollen die gegenständlichen T. FX Trend Finder Zertifikate dem Zertifikatsinhaber ermöglichen, spekulativ aus Währungsschwankungen und Zinsdifferenzen zu profitieren. Das Zertifikat bildet die Performance des Fonds ?T. FX Trend Finder? ab. Dieser Fonds spekuliert auf die Entwicklung von Währungspaaren und die damit zusammenhängenden Zinsdifferenzen. Der Fonds selbst ist in Guernsey zum Vertrieb an professionelle Marktteilnehmer zugelassen. In Österreich ist er nicht zum öffentlichen Vertrieb zugelassen und wird daher hier nicht öffentlich angeboten. Emittentin des Zertifikats ist die luxemburgische A. (A.). Diese ist nach luxemburgischen Recht verpflichtet, die auf den Fonds T. FX Trend Finder fallenden Vermögensanteile abgesondert in einem ?Compartement? zu halten, das selbst im Fall des Konkurses der A. als eigenständiges Vermögen erhalten bleibt und nicht der Konkursmasse zugeschlagen werden darf.

Mit Fremdwährungskrediten hat das Zertifikat nur das Ziel gemeinsam, spekulative Vorteile aus Zinsdifferenzen und Währungsschwankungen zu gerieren. Es handelt sich bei dem Zertifikat allerdings, wie im Berufungsschriftsatz wörtlich ausgeführt wird, ?nicht um einen Kredit, sondern um eine Investition, die einen allfälligen Tilgungsträger (der üblicherweise zu einer Finanzierung abgeschlossen wurde) ersetzt.?

Rechtliche Beurteilung:

Zu I.):

Der Berufungswerber wurde zu Punkt 5.1. des angefochtenen Straferkenntnisses wegen einer Übertretung des§ 41 Abs 1 WAG 2007, zu Punkt 5.2. wegen einer Übertretung des§ 4 Abs 2 KMG bestraft. Beiden Übertretungen liegt derselbe Sachverhalt, nämlich die Veröffentlichung eines als Artikels in der via Internet abrufbaren Zeitschrift Facts zu Grunde. Die FMA hat diesen Artikel als Marketingmitteilung im Sinne des § 40 Abs 7 WAG 2007 eingestuft.

Diese Einstufung ist zu Recht erfolgt. Zwar enthält das WAG 2007 keine Legaldefinition, was unter einer Marketingmitteilung zu verstehen ist, der Sache nach fällt darunter aber jegliche Kommunikation, mit der ein Rechtsträger versucht, direkt oder indirekt Kunden zu gewinnen (vgl Gruber/N. Raschauer (Hrsg) WAG, Band I Kommentar, Rz 48 zu § 40). Es werden daher die meisten Informationen, die von einem Rechtsträger ausgehen, als Marketingmitteilung zu qualifizieren sein, es sei denn die Mitteilung dient nicht einmal mittelbar dazu, einen Kaufanreiz zu schaffen (Brandl/Saria (Hrsg), WAG, 2. Auflage RZ 63 zu § 40). Der Artikel in der Ausgabe 3/2009 der Zeitschrift Facts ist seinem Inhalt nach vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zum Begriff der Marketingmitteilung jedenfalls als eine solche zu qualifizieren, hebt er doch einseitig und mit typischen Marketingaussagen (bspw.: ?Mit diesem Produkt bieten wir eine echte Finanzmarktinnovation mit zwar sehr hohem, aber klar mit dem investierten Kapital begrenzten Risiko an?) nur Vorzüge des vorgestellten Zertifikates ?T. FX Trend Finder? hervor und liefert somit eine klare Empfehlung zur Investition in dieses Produkt. Eine dezitierte Bezeichnung dieser Marketingmitteilung als solche ist gegenständlich nicht erfolgt. Dies, obwohl sich der Werbecharakter für den

potentiellen Kunden keineswegs bereits aus den Umständen der Veröffentlichung, etwa im Rahmen eines Werbeblocks oder auf einer Werbeseite ergibt. Ganz im Gegenteil ist die in Rede stehende Marketingmitteilung als Publikation bzw. Präsentation in einer Fachzeitschrift erschienen und liegt somit nachgerade ein Musterbeispiel für getarnte Werbung vor, deren Kenntlichmachung für die Kunden der vorrangige Schutzzweck des § 41 Abs 1 zweiter Satz WAG 2007 ist (siehe dazu Brandl/Saria (Hrsg), WAG, 2. Auflage RZ 22 zu § 41) .

Dass das angefochtene Straferkenntnis in Punkt 5 dennoch zu beheben war, liegt daran, dass die Marketingmitteilung vom Berufungswerber in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der T. capital GmbH, eines Schweizer Unternehmens, das der Aktenlage zufolge als Fondsmanager tätig ist, veröffentlicht wurde und daher dieser Gesellschaft, und nicht der Firma C. als Rechtsträger im Sinne des § 15 WAG 2007 zugerechnet werden kann. Dies ergibt sich daraus, dass als Autor der Marketingmitteilung zwar der Berufungswerber, allerdings nicht im Zusammenhang mit der C. Vermögensverwaltung GmbH, sondern als ?Geschäftsführer der T. capital GmbH? ausgewiesen wird und auch in der mündlichen Verhandlung glaubhaft darlegen konnte, bei der Erstellung und Verbreitung der Marketingmitteilung für die T. capital GmbH gehandelt zu haben. Der bloße Umstand, dass im Artikel unter der Rubrik ?nähere Informationen unter? nicht nur auf die Homepage der Firma T. Capital GmbH, als deren Geschäftsführer der Autor der Marketingmitteilung auftritt, sondern auch auf jene der C. Vermögensverwaltung GmbH verwiesen wird, erlaubt noch keine Zurechnung der Marketingmitteilung zu letztgenanntem Unternehmen. Dass der Berufungswerber, der die inkriminierte Marketingmitteilung in der Zeitschrift Facts verfasst hat, nicht nur Geschäftsführer der T. Capital GmbH, sondern auch Geschäftsführer der C. Vermögensverwaltung GmbH ist, geht aus dem Artikel nicht hervor, sodass eine Zurechnung der Marketingmitteilung zu letztgenanntem Unternehmen nicht ermöglicht wird.

In Ermangelung der Zurechenbarkeit der Tathandlung zu dem im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Rechtsträger (der C. Vermögensverwaltung GmbH) war somit das angefochtene Straferkenntnis in seinem Spruchpunkt 5.1. zu beheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen.

Was die Bestrafung des Berufungswerbers wegen Übertretung des§ 4 Abs 2 KMG betrifft, ist festzuhalten, dass das öffentliche Angebot für das Zertifikat T. FX Trend Finder vom 17.3.2009 bis zum 3.4.2009 aufrecht war.

Wie der Unabhängige Verwaltungssenat Wien bereits mit Berufungsbescheid vom 24. April 2008, GZ UVS-06/FM/27/10559/2007, ausgesprochen hat, führt eine Auslegung der Bestimmungen des österreichischen Kapitalmarktgesetzes im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Prospektrichtlinie 2003/71/EG zu dem zwingenden Schluss, dass die Wortfolge in § 4 Abs 1 KMG ?...Werbung, die sich auf ein öffentliches Angebot von Wertpapieren

... bezieht...? bzw. die Wortfolge in § 16 Z.3 KMG ?wer im Zusammenhang mit einem

öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist..? , dahingehend zu interpretieren ist, dass damit nur jene Werbung umfasst wird, welche im Zeitraum der Emission prospektpflichtiger Wertpapiere vom Emittenten, dem Anbieter oder jener Person, welche die Zulassung zum Handel auf einem geregelten Markt beantragt, vorgenommen wird. Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut der Regelungen des § 4 Abs 2 und 3 sowie § 8a Abs 2 Z. 5 KMG, da in diesen Bestimmungen der Begriff ?Werbung? immer nur im Zusammenhang mit den Angaben in einem Prospekt Verwendung findet. Eine weiteres Argument für diese Auslegung liefert die Bestimmung des § 4 Abs 6 KMG, welche die Kontrollen durch die FMA auf die ?Werbung für eine öffentliches Angebot? einschränkt. Eine Werbung für Wertpapiere, die nach dem zeitlichen Ablauf des öffentlichen Angebots erfolgt, ist daher nicht nach den Bestimmungen des österreichischen Kapitalmarktgesetzes zu beurteilen.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof mit dem jüngst ergangenen Erkenntnis vom 10.9.2010, Zl. 2009/17/0143, ausdrücklich hervorgehoben, ?dass sich § 4 KMG nur auf ein aktuelles Angebot, nicht jedoch auf ein bereits beendetes beziehen kann?. Da gegenständlich das öffentliche Angebot für das in der inkriminierten Marketingmitteilung angepriesene Zertifikat bereits am 3.4.2009 abgelaufen (beendet) war, die Marketingmitteilung jedoch erst ab 19.10.2009 im Internet abrufbar und somit für Kunden verfügbar war, kam schon aus diesem Grund eine Bestrafung des Berufungswerbers wegen Übertretung des § 4 Abs 2 KMG nicht in Betracht.

Zu II.):

Unter den Spruchpunkten 3.1. bis 3.5. des angefochtenen Straferkenntnisses wurde der Berufungswerber wegen verschiedener irreführender Werbeaussagen auf der Homepage der C. sowie auf der mit Link von dort abrufbaren Homepage der T. Capital GmbH bestraft. Für die auf diesen Internetseiten enthaltenen Angaben zum Vergleich des

Zertifikates mit Fremdwährungskrediten, zu den Kosten, zur Sicherheit des Investments, zu den Erträgen und zur Konkurssicherheit wurden kumulativ 5 Verwaltungsstrafen verhängt. Als Übertretungsnorm wurden jeweils sowohl § 4 Abs 3 KMG als auch § 41 WAG 2007 angeführt. Dabei hat die erstinstanzliche Behörde zum einen verkannt, dass es sich bei den dem Berufungswerber angelasteten Übertretungen des § 4 Abs 3 KMG und des § 41 WAG 2007 um zwei verschiedene Verwaltungsübertretungen handelt, die schon hinsichtlich der Tatzeit unterschieden werden müssen, ist doch das KMG nach den obigen Ausführungen zu Punkt I) nur für den Zeitraum des öffentlichen Angebots (gegenständlich also nur vom 17.3. bis zum 3.4.2009, das WAG dagegen für den gesamten Tatzeitraum (17.3.2009 bis 23.11.2009)) anwendbar und ist auch der jeweilige gesetzliche Schutzzweck (Schutz der Kunden, die Wertpapiere direkt vom Emittenten während eines öffentlichen Angebots erwerben können einerseits und Schutz von Kunden im Sekundärmarkt andererseits) ein unterschiedlicher. Zum anderen ist nicht jede einzelne irreführende Aussage in einer ?Werbeanzeige? im Sinne des § 4 Abs 3 KMG bzw. in einer an die Kunden gerichteten ?Information eines Rechtsträgers? im Sinne des § 41 Abs 1 WAG 2007 für sich mit eigenen Verwaltungsstrafen zu ahnden, sondern ist vielmehr pro Werbeanzeige bzw. Kundeninformation nur eine Strafe zu verhängen, unabhängig davon ob die jeweilige Werbeanzeige bzw. Kundeninformation nur eine oder gleich mehrere irreführende Aussagen enthält (siehe dazu auch den Berufungsbescheid des UVS Wien vom 1.3.2010, Zl. UVS- 06/FM/40/4789/2009, veröffentlicht in der Zeitschrift für Finanzmarktrecht (ZFR), 5/2010, 227 ff).

Vor diesem Hintergrund war seitens der Berufungsinstanz der Schuldspruch in Anwendung des§ 66 Abs 4 AVG neu zu fassen, wobei allerdings nur auf Tatbestandselemente zurückgegriffen werden durfte, die dem Berufungswerber auch erstinstanzlich schon zur Last gelegt worden waren. Zumal in der gegenständlich inkriminierten Werbung kein Bezug zum öffentlichen Angebot der beworbenen Zertifikate hergestellt wird, die höchstgerichtliche Judikatur (siehe dazu das jüngst ergangene Erkenntnis des VwGH vom 10.9.2010, Zl. 2009/17/0143 bis 0145-6) eine solche Bezugnahme aber als erforderlich ansieht, um den Tatbestand des § 4 Abs 3 KMG verwirklichen zu können, wurde dabei lediglich der Tatvorwurf einer Übertretung des § 41 Abs 1 WAG 2007 aufrechterhalten, jener nach § 4 Abs 3 KMG dagegen fallen gelassen.

Dass die nunmehr im Spruch des Berufungsbescheides inkriminierten Aussagen im gesamten Tatzeitraum auf der Homepage der C. bzw. über einen auf dieser Homepage gesetzten Link zur Homepage der Firma T. abrufbar waren, blieb im Verfahren unbestritten. Dass es sich dabei um Informationen handelt, die ein Rechtsträger ? die C. ist als konzessionierte Wertpapierfirma ein Rechtsträger im Sinne des § 15 WAG 2007 ? an Kunden richtet, wurde niemals in Abrede gestellt. Aus der Aufmachung sowie aus dem einseitig und plakativ die Vorzüge des vorgestellten Produkts betonenden Inhalt ergibt sich eindeutig der Marketing- bzw. Werbecharakter der in Rede stehenden Kundeninformation.

Zur Frage, inwiefern die im nunmehr neu formulierten Schuldspruch inkriminierten Werbeaussagen als irreführend einzustufen sind, ist zunächst festzuhalten, dass nach der herrschenden Lehre eine Information dann irreführend ist, wenn sie von einem durchschnittlichen Kunden nach ihrem Gesamteindruck in einer Weise verstanden werden kann, die nicht den Tatsachen entspricht (siehe Brandl/Saria (Hrsg), WAG, 2. Auflage RZ 19 zu § 41 und die dort verwiesene Literatur). Eine subjektive Irreführungsabsicht ist nicht erforderlich; die Unzulässigkeit ist vielmehr bereits dann gegeben, wenn die Information objektiv irreführend ist (vgl. Gruber/N. Raschauer (Hrsg) WAG, Band I Kommentar, Rz 6 zu § 41).

Was die im Internet während des Tatzeitraums abrufbaren Aussagen der C. zu den Kosten betrifft, hat der Berufungswerber in der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten, dass selbige irreführend gewesen sein könnten. In concreto ist festzustellen, dass die Aussage ?Keine zusätzliche Kostenbelastung, ausgenommen der Depotgebühr? vom durchschnittlichen Kunden dahingehend verstanden werden konnte, dass außer den Depotkosten keine weiteren Kosten anfallen. Dies ist aber gerade nicht der Fall, da die Verwaltungskosten sehr wohl das Fondsvermögen belasten und diese (indirekten) Kosten daher die Erträge der Zertifikatsinhaber mindern, wie dies auch aus dem Basisprospekt hervorgeht. Die die Kostenfrage betreffenden Werbeaussagen sind somit irreführend, zumal sie von einem durchschnittlichen Kunden in einer tatsachenwidrigen Weise verstanden werden konnten.

Was die Irreführung durch den Vergleich einer Investition in das Zertifikat T. FX Trend Finder mit klassischen Fremdwährungskrediten betrifft, ist festzuhalten, dass durch die Werbeaussage ?Es bietet viel mehr Chance bei viel weniger Risiko als bei einem klassischen Fremdwährungskredit? beim durchschnittlichen Kunden der Eindruck entstehen konnte (und wohl auch entstehen sollte), die in Rede stehenden Zertifikate seien sicherer als die von Banken

angebotenen Fremdwährungskredite. Wie die erstinstanzliche Behörde diesbezüglich treffend festgestellt hat, entspricht dies aber insofern nicht den Tatsachen, als es sich beim T. FX Trend Finder Zertifikat um eine komplexe Zertifikatskonstruktion handelt, die nur indirekt an einer etwaigen Performance eines spekulativen, in Österreich nicht zulassungsfähigen Fonds partizipiert, und daher nicht als sicherer qualifiziert werden kann als klassische, von konzessionierten und der Aufsicht durch die FMA unterliegenden Banken vergebene Fremdwährungskredite. Der direkte Sicherheitsvergleich mit einem Fremdwährungskredit erweist sich im Übrigen allein schon deshalb als irreführend, weil es sich - wie der Berufungswerber im Berufungsschriftsatz selbst eingeräumt hat ? nicht um einen Fremdwährungskredit, also nicht um ein von Banken angebotenes Paket aus Kredit in fremder Währung und Investition in einen Tilgungsträger, sondern um ein reines Investitionsprodukt handelt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass an anderer Stelle der gegenständlich inkriminierten Kundeninformation (Werbung) empfohlen wird, das Zertifikat lediglich als Beimischung zu verwenden und höchstens 10% eines aufgenommenen Kreditbetrages in dieses Produkt zu investieren. Was die übrigen erstinstanzlich inkriminierten Aussagen in den Werbeanzeigen bzw. Informationen über das T. FX Trend Finder Zertifikat im Internet betrifft, so kommt diesen entweder kein zusätzlicher Unrechtsgehalt zu oder konnte, etwa bei den Aussagen zum Konkursrisiko eine Irreführung nicht erwiesen werden. Durch die Internetwerbung mit den irreführenden Aussagen ?Keine zusätzliche Kostenbelastung, ausgenommen der Depotgebühr? und ?Es bietet viel mehr Chance bei sehr viel weniger Risiko als bei einem klassischen Fremdwährungskredit? hat daher der Berufungswerber den Tatbestand des § 41 Abs 1 WAG 2007 verwirklicht. Dass ihn daran kein Verschulden trifft, hat der Berufungswerber nicht glaubhaft dargelegt, weswegen aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 5 Abs 1 VStG von fahrlässigem und somit schuldhaftem Verhalten auszugehen war.

Die Strafe wurde unter Berücksichtigung der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Berufungswerbers und des Umstandes, dass er nicht - wie erstinstanzliche angenommen ? fünf Delikte, sondern nur eines verwirklicht hat und dabei nicht gegen das KMG und das WAG 2007, sondern nur gegen das WAG 2007 verstoßen hat sowie in Anerkennung des im Rahmen der mündlichen Verhandlung abgegebenen Tatsachengeständnisses hinsichtlich der Irreführungseignung der die Kosten betreffenden Aussagen deutlich herabgesetzt. Eine noch weiterreichende Herabsetzung der nunmehr ohnedies am untersten Rand des immerhin bis zu 50.000,-- Euro reichenden Strafrahmens festgesetzten Strafe oder gar ein gänzliches Absehen von denselben nach § 21 Abs 1 VStG kam nicht in Betracht, zumal keine weiteren Milderungsgründe hervorgekommen sind und das tatbildliche Verhalten auch nicht deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist. Dass den Berufungswerber bloß ein atypisch geringes Verschulden treffe, ist im Verfahren nicht hervorgekommen. Die vom Berufungswerber im Zuge der mündlichen Verhandlung bekannt gegebenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse sind keineswegs als ungünstig einzustufen und konnten daher zu keiner weiteren Strafherabsetzung führen.

Zu III.):

Aufgrund der zu Spruchpunkt 4 erfolgten Einschränkung der Berufung auf die Bekämpfung der Strafhöhe ist der hiezu ergangene Schuldspruch bereits in Rechtskraft erwachsen. Die Strafhöhe wurde in Anerkennung des Umstandes, dass ein deliktisches Verhalten nach dem KMG nur für den Zeitraum 17.3.2009 bis 3.4.2009 (Zeitraum des öffentlichen Angebots) in Betracht kommt, spruchgemäß herabgesetzt. Außerdem wurde berücksichtigt, dass der Berufungswerber laut Aktenlage verwaltungsstrafrechtlich unbescholten ist und seine in Form der Einschränkung des Berufungsantrages zum Ausdruck gebrachte Schuldeinsicht nahelegt, dass die Strafe auch in reduziertem Ausmaß ihren spezialpräventiven Zweck erfüllen sollte.

Eine noch weiterreichende Herabsetzung der nunmehr ohnedies am untersten Rand des immerhin bis zu 50.000,-- Euro reichenden Strafrahmens festgesetzten Strafe oder gar ein gänzliches Absehen von derselben nach § 21 Abs 1 VStG kam nicht in Betracht, zumal keine weiteren Milderungsgründe hervorgekommen sind und das tatbildliche Verhalten nicht deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist. Die vom Berufungswerber im Zuge der mündlichen Verhandlung bekannt gegebenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse sind keineswegs als ungünstig einzustufen und konnten daher zu keiner weiteren Strafherabsetzung führen.

Zu IV.):

Unter Punkt 6 des angefochtenen Straferkenntnisses wurde der Berufungswerber dafür belangt, dass er im Zuge einer in den Räumlichkeiten der B. AG abgehaltenen, von der I. durchgeführten Veranstaltung am 30.6.2006 das T. FX Trend Finder Zertifikat präsentiert und dabei entgegen § 41 WAG 2007 irreführende Informationen an Kunden gerichtet habe.

Einladungen zu dieser Veranstaltung waren über die Homepage der C. abrufbar. Die Präsentation im Zuge dieser Veranstaltung wurde vom Berufungswerber persönlich und damit vom handelsrechtlichen Geschäftsführer der C. durchgeführt. Vor diesem Hintergrund sind die im Zuge dieser Präsentation an die Kunden gerichteten Informationen unbeschadet des Umstandes, dass als Veranstalter die I. aufgtreten ist, der C. zuzurechnen.

§ 41 Abs 1 WAG 2007 legt allgemeine Anforderungen fest, denen sämtliche Informationen, die ein Rechtsträger an Kunden richtet, entsprechen müssen. Die ersten beiden Sätze stellen in diesem Zusammenhang Kriterien auf, denen die Informationen entsprechen müssen, unabhängig davon, ob sie an professionelle Kunden oder an Privatkunden gerichtet sind (siehe dazu Gruber/N. Raschauer (Hrsg) WAG, Band I Kommentar, Rz 1 zu § 41). Zu diesen, auch bei der Information professioneller Kunden zu beachtenden Kriterien zählt u.a. das gegenständlich inkriminierte Irreführungsverbot. Es vermag somit nichts an der Strafbarkeit der Verbreitung irreführender Informationen bei der in Rede stehenden Veranstaltung zu ändern, wenn der Berufungswerber betont, dass es sich um eine geschlossene Veranstaltung gehandelt habe und im Publikum vornehmlich Vertriebspartner anwesend gewesen wären.

Dass der Berufungswerber bei dieser Veranstaltung das Zertifikat T. FX Trend Finder unter Betonung seiner Vorzüge als ?Fremdwährungsfinanzierung 2.0? vorgestellt und im Vergleich zu herkömmlichen Fremdwährungskrediten als besser und sicherer gepriesen hat, und weiteres in Richtung der im Publikum anwesenden Vertriebspartner ausgesprochen hat, dass das Zertifikat Kunden mit Fremdwährungskrediten empfohlen werden könne, um weiterhin Währungsschwankungen und Zinsunterschiedsvorteile zu nützen zu können, blieb unbestritten und ergibt sich zudem aus der Zeugenaussage von MMag. R.. Wie bereits oben unter Punkt II.) ausgeführt wurde, entsprechen diese vom Berufungswerber an das Publikum gerichteten Informationen aber insofern nicht den Tatsachen, als es sich beim T. FX Trend Finder Zertifikat um eine komplexe Zertifikatskonstruktion handelt, die nur indirekt an einer etwaigen Performance eines spekulativen, in Österreich nicht zulassungsfähigen Fonds partizipiert, und daher nicht als sicherer qualifiziert werden kann als klassische, von konzessionierten und der Aufsicht durch die FMA unterlie

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at