jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Wien 2011/10/28 06/FM/29/7367/2010

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.10.2011

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch seine Mitglieder Dr. Wartecker als Vorsitzenden, Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über die Berufung der Frau Mag. Michaela K., vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht, Zl: FMA-KL29 0320.100/0006-LAW/2010, vom 16.7.2010, betreffend Übertretung des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 (WAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich mit der Maßgabe bestätigt, dass der vierte, fünfte und sechste Absatz der Tatumschreibung (ab: ?Entgegen der Vorgaben ...? bis ?...Trennung.?) lautet:

?Entgegen den Vorgaben der Leitlinie Interessenskonflikte wurde im Zeitraum 16.06.2009 bis 28.09.2009 am Unternehmenssitz in L. in der Organisationseinheit Capital Market Trading durch die dieser Einhalt zugeteilten Mitarbeiter (es handelt sich dabei um die Personen Pa., Re., Kr., Po., S., E., I., P. und H., die über eine Berechtigung sowohl zum Eigenhandel als auch zum Kundenhandel verfügten) neben dem Eigenhandel der R. OÖ auch Kundenhandel vorgenommen. Die Organisationseinheit CMS leitete in diesem Zeitraum Kundenaufträge, die bei ihr eingingen, zur Durchführung an die Einheit CMT weiter. In der Einheit CMT wurden die Aufträge sodann ausgeführt; die Mitarbeiter dieser Abteilung wussten dabei auch, dass es sich um Kundenaufträge handelte.

Es gab daher betreffend dieser weitergeleiteten Kundenaufträge zwischen Kunden- und Eigenhandel keine personelle Trennung.?

Die übertretenen Rechtsvorschriften sind: ?§ 35 Abs 1 zweiter Fall iVm § 95 Abs 2 Z 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, WAG 2007, in der Stammfassung BGBl. I Nr. 60/2007?. Hingegen wird die Geldstrafe auf 9.000,-- Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe im Fall der Uneinbringlichkeit auf drei Tage und 18 Stunden, herabgesetzt.

Dem Strafausspruch liegt zugrunde: § 95 Abs 2 Z 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, WAG 2007, in der Stammfassung BGBl. I Nr. 60/2007?.

Der gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wird mit 900,-- Euro festgesetzt, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe.

Die Berufungswerberin hat gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Berufungswerberin zur Last gelegt:

?Sie sind seit 30.04.2008 Vorstand der R. Oberösterreich AG, eines Kreditinstitutes mit der Geschäftsanschrift E.-platz, L. (im folgenden R. OÖ genannt). Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 VStG als zur Vertretung nach außen Berufener

folgendes zu verantworten:

Die ?Leitlinie für den Umgang mit Interessenskonflikten und Anreizen (Conflict of Interest Policy), Stand Juni 2009? der R. OÖ (im folgenden Leitlinie Interessenskonflikte genannt) enthält unter Punkt 2 folgenden Passus: ?Der Eigenhandel der R. OÖ erfolgt in strikter organisatorischer und personeller Trennung zum Kundenhandel. Die Organisationseinheit Capital Markets Sales (CMS), die Kundengeschäfte tätigt, ist von der Organisationseinheit Capital Markets Trading (CMT), die Eigenhandelsgeschäfte tätigt, personell und organisatorisch getrennt. Die Leitung der Organisationseinheiten Sales und Trading wird von unterschiedlichen Personen wahrgenommen. ??.

Entgegen der Vorgaben der Leitlinie Interessenskonflikte wurde jedenfalls im Zeitraum 16.06.2009 bis 28.09.2009 am Unternehmenssitz der gesamte Kunden- wie auch der gesamte Eigenhandel der R. OÖ ausschließlich in der Organisationseinheit Capital Markets Trading durch die dieser Einheit zugeteilten Mitarbeiter vorgenommen (es handelt sich dabei um die Personen Pa., Re., Kr., Po., S., E., I., P. und H., die über eine Berechtigung sowohl zum Eigenhandel als auch zum Kundenhandel verfügten). In der Organisationseinheit CMS wurden in diesem Zeitraum Handelstätigkeiten nicht vorgenommen (die Mitarbeiter dieser Einheit verfügten in diesem Zeitraum auch nicht über eine Handelsberechtigung). Diese Einheit leitete Kundenaufträge, die bei ihr eingingen, zur Durchführung an die Einheit CMT weiter. In der Einheit CMT wurden die Aufträge sodann ausgeführt; die Mitarbeiter dieser Abteilung wussten dabei auch, dass es sich um Kundenaufträge handelte.

Es gab daher zwischen Kunden- und Eigenhandel keine personelle und räumliche Trennung.

Durch die Durchführung des Kunden- und Eigenhandels durch dieselben Personen in derselben Einheit hat die R. OÖ als Rechtsträger gemäß § 15 WAG 2007 im genannten Zeitraum am Unternehmenssitz nicht die in schriftlicher Form festgelegten wirksamen, ihrer Größe und Organisation sowie der Art, des Umfangs und der Komplexität ihrer Geschäfte angemessenen Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten laufend angewendet, um zu verhindern, dass Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden. Die Durchführung des Kunden- und Eigenhandels durch dieselben Personen in derselben Einheit führt nämlich zu einem Interessenkonflikt im Sinne des § 34 WAG 2007.?

Sie habe dadurch §§ 95 Abs 2 Z 1, 35 Abs 1 WAG 2007 iVm§ 9 Abs 1 VStG übertreten und wurde deswegen über sie gemäß §§ 15, 19, 47ff VStG iVm §§ 95 Abs 2. Z 1 und 35 Abs 1 WAG eine Geldstrafe von 12.000,-- Euro, Ersatzfreiheitsstrafe im Fall der Uneinbringlichkeit von 5 Tagen, verhängt. Weiters wurde ein entsprechender Kostenbeitrag gemäß § 64 VStG vorgeschrieben und die Haftung der R. OÖ gemäß§ 9 Abs 7 VStG ausgesprochen.

In der gegen das Straferkenntnis erhobenen, verfahrensgegenständlichen Berufung wird von der Beschuldigten zunächst vorgebracht, sie sei für die Tat nicht verwaltungsstrafrechtlich gemäß § 9 Abs 1 VStG verantwortlich, weil in Person der Geldwäsche- und Compliance-Beauftragten gemäß § 18 Abs 4 Z 2 WAG, Frau Mag. Sigrid B., eine verantwortliche Beauftragte im Sinne des § 9 Abs 2 VStG bestellt worden sei. Weiters wird moniert, der Tatvorwurf betreffe die behauptete Nichteinhaltung einer von der R. OÖ AG (R. OÖ) selbst auferlegten Richtlinie und wird darin ein Verstoß gegen das im Artikel 18 Abs 1 B-VG festgelegte Legalitätsprinzip bzw. willkürliches behördliches Handeln erblickt. In diesem Zusammenhang wird ein Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof iSd Artikel 140 B?VG angeregt. Ebenso wird dem Tatvorwurf entgegengehalten, dass eine personelle und organisatorische Trennung im gegenständlichen Tatzeitraum sehr wohl bestanden habe, nämlich indem jeweils namentlich angeführte Mitarbeiter entweder der Abteilung Capital Markets Sales (CMS) oder der Abteilung Capital Markets Trading (CMT) zugeordnet gewesen seien. Eine räumliche Trennung sei in der bankinternen ?Leitlinie Interessenskonflikte? nicht vorgesehen. Die Leitlinie verwende im Übrigen nicht den Begriff ?Kundenhandel?, sondern den Begriff ?Kundengeschäft?, wobei letzterer die Tätigkeit zum Abschluss von Vereinbarungen sowie den Kauf und den Verkauf von Finanzinstrumenten auf Rechnung vom Kunden umfasse. Die Vorbereitung und der Abschluss sowie Entscheidungen über Kauf/Verkauf von Finanzinstrumenten seien ausschließlich durch Mitarbeiter der Abteilung CMS erfolgt. Auch sei die Leitung der Organisationseinheiten CMS und CMT von unterschiedlichen Personen wahrgenommen worden und habe es aufgabenspezifische EDV-Zugriffsberechtigungen für die Mitarbeiter von CMS und CMT gegeben.

Bestritten wird in der Berufung aber auch, dass überhaupt eine gesetzliche Verpflichtung zur personellen und organisatorischen Trennung von Kunden- und Eigenhandel in der R. OÖ bestanden habe. Das Volumen des Eigenhandels der R. OÖ sei im Verhältnis zum Kundenhandel traditionell von untergeordneter Bedeutung und habe im beanstandetem Zeitraum der Eigenhandels nicht einmal ein Drittel des Kundenhandels ausgemacht. Angesichts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei aufgrund der geringen Bedeutung des Eigenhandels die Erstbehörde

rechtsirrig davon ausgegangen, dass die Verpflichtung zur vollständigen Trennung zwischen Eigen- und Kundenhandel bestehe. Lediglich anhand der Bilanzsumme, nach der die R. OÖ zu einem der größten Kreditinstitute zähle, könne dies nicht beurteilt werden. Das Kreditinstitut habe lediglich Maßnahmen zur Sicherstellung der Vertraulichkeit zu treffen, in dem Sinne, dass die Mitarbeiter der Vertraulichkeitsbereiche einer Kontrolle unterliegen, sich schriftlich verpflichten, die Weitergabe von compliancerelevanten Informationen zu unterlassen. Diese Maßnahmen könnten, anhängig von der Größe des Kreditinstitutes, von der Sicherstellung kontrollierter Abläufe bis zur räumlichen, persönlichen oder organisatorischen Trennung von Einheiten gehen, wobei dar Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft keine Anordnung für eine verpflichtende räumliche, personelle und organisatorische Trennung von Kunden und Eigenhandel vorsehe.

Schließlich wendet die Berufungswerberin ein, dass sie an der Tat kein Verschulden treffe, zumal die gegenständliche Leitlinie von der R. OÖ in dem bei der Verfassung der Leitlinie verstandenen Sinn ausgelegt und angewendet worden sei. Es könne ihr nicht als Verschulden vorgeworfen werden, dass die Leitlinie nicht in der von der Behörde verstandenen ? aus der Sicht der R. OÖ falschen ? Art und Weise ausgelegt worden sei.

Überdies behauptet die Berufungswerberin einen Verstoß des Tatvorwurfes gegen§ 44a VStG und erblickt sie eine weitere Gesetzwidrigkeit in der Nichtanwendung des § 21 VStG, da die Übertretung keine Folgen gehabt habe.

Am 13.04.2011 wurde wegen des sachlichen Zusammenhanges der Verfahren vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien gemäß § 51e Abs 7 VStG eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung in gegenständlicher Berufungssache sowie in den Berufungssachen GZ: UVS-06/FM/29/7368/2010 (Dr. Ludwig Scha.), GZ: UVS-06/FM/29/7369/2010 (Dr. Hans Schi.), GZ: UVS-06/FM/29/7370/2010 (Dr. Helmut Schü.), GZ: UVS 06/FM/29/7371/2010 (Dr. Georg St.) und GZ: UVS-06/FM/29/7372/2010 (Mag. Markus V.) durchgeführt. Auch die weiteren, angeführten Verfahren betreffen Berufungen gegen gleichartige Straferkenntnisse der FMA gegen weitere Organe der R. OÖ wegen desselben Sachverhalts.

Die Beschuldigten sind zur Verhandlung nicht erschienen. Für diese nahmen an der Verhandlung deren ausgewiesener Rechtsvertreter sowie (unter Vorlage einer schriftlichen Vollmacht in der Verhandlung) Frau Mag. Sigrid B. teil. Ebenso war die Finanzmarktaufsicht in der Verhandlung vertreten.

In der Berufungsverhandlung wurden die Zeugen Mag. Roland D. (FMA) und Mag. Waltraud Pe. (R. OÖ) einvernommen. Auf die Befragung des entschuldigt nicht erschienen Zeugen Dr. Roland Sta. (R. OÖ) wurde verzichtet, da dieser ? nach Angaben des Rechtsvertreters der Berufungswerber ?nur erneut bezeugen hätte können, was in der Verhandlung bereits von Frau Mag. B. und der Zeugin Mag. Pe. geschildert worden ist, nämlich den Organisationsaufbau, und dass der Vorstand davon ausgegangen ist, dass die gehandhabte Praxis den Leitlinien entspräche.

Für sämtliche Beschuldigten wurden keine Angabe zu Einkommen, Vermögen bzw. Sorgepflichten gemacht.

Zunächst beantragte der Berufungswerbervertreter in der Berufungsverhandlung zur Prüfung der Relevanz der in den Geschäftsräumen der R. OÖ nach der Vorortprüfung angebrachten Glasscheibe zwischen den Arbeitsplätzen der Mitarbeiter der Abteilung Capital Markets Trade (CMT) und Capital Markets Sales (CMS) die Durchführung eines Lokalaugenscheins. Diesem Beweisantrag war schon deshalb nicht zu entsprechen, weil die Frage des Bestehens oder Fehlens einer Glasscheibe zwischen den beschriebenen Arbeitsplätzen nicht den wesentlichen Inhalt des Tatvorwurfs bildet. (Ganz abgesehen davon liefe das Ermitteln der durch die Errichtung der Glassscheibe herbeigeführten oder nicht herbeigeführten Auswirkungen (arg.: ?Relevanz?) auf die Aufnahme eines ? unzulässigen Erkundungsbeweises hinaus.) Der Berufungswerbervertreter brachte auch selbst vor, eine räumliche Trennung sei in den bankinternen Richtlinien, deren Nichtbeachtung den Berufungswerbern vorgeworfen werde, gar nicht vorgesehen gewesen. Die Anwendung der Richtlinien durch die Bank ? so der Berufungswerbervertreter zusammenfassend - sei im Tatzeitraum korrekt gewesen. Der Vertreter der FMA verwies unter Hinweis auf VwGH E 2003/17/0212. darauf, dass bei einem Kreditinstitut in der Größenordnung der R. OÖ eine strikte personelle und organisatorische Trennung zwischen Eigen- und Kundenhandel unabdingbar sei. Frau Mag. B. gab - nach Vorhalt der Seite 19, zweiter, dritter Absatz, des Prüfberichts (Beilage ./4, entsprechend AS 39 des erstinstanzlichen Aktes) ? an, der Abteilung Capital Market Sales (CMS) seien 500 Kundendepots zugeordnet gewesen, was jedoch nur ein kleiner Teil der insgesamt 30.000 Kundendepots sei. Richtig sei, dass diese Kundenaufträge in der Organisationseinheit Capital Market Trading (CMT) durchgeführt worden seien, und zwar nach genauen Anweisungen der Mitarbeiter der Abteilung CMS. Im XETRA-System seien so wie im Prüfbericht dargestellt, nur die dort angeführten Mitarbeiter der Abteilung CMT berechtigt und

mit der Durchführung der Aufträge betraut gewesen. Von den Mitarbeitern der Abteilung CMS seien Kundenaufträge teilweise auch unter Verwendung eines anderen Systems ausgeführt worden. Eine strikte personelle Trennung zwischen Eigen- und Kundengeschäft habe es insofern gegeben, als jeder Kunde als Kundenbetreuer einen Mitarbeiter der Abteilung CMS gehabt habe. Niemals hätten Mitarbeiter der Abteilung CMT Kundenkontakte gepflogen. Aus Sich der Bank sei daher die unternehmensinternen Leitlinie Interessenskonflikte auch tatsächlich umgesetzt worden.

Es seien sowohl in der Abteilung Compliance als auch in der Abteilung CMT Kontrolllisten geführt und täglich geprüft worden, in denen erfasst worden sei, ob Aufträge Eigen- oder Kundenhandel betreffen. Abhängig davon, inwieweit durch Eigenhandel in einem Titel der Kurs beeinflusst worden sei und damit allenfalls das Kundeninteresse geschädigt hätte werden können, hätten Eigenhändler, die Kundenaufträge ausgeführt hätten, zeitnahe im selben Titel nicht auch Eigenhandel betreiben dürfen.

Die dargestellte Praxis sei anlässlich der Präsentation des Compliance-Berichts wiederholt im Vorstand erörtert worden und sei der Vorstand stets der Meinung gewesen, dass diese Praxis den Leitlinien entspricht. Die Zeugin Mag. Pe., Leiterin der Abteilung CMS der R. OÖ gab ? bezogen auf den im Tatvorwurf angeführten fraglichen Zeitraum im Sommer 2009 - an, ihre Abteilung habe mit 10 Mitarbeitern am Unternehmenssitz in L. nur institutionelle Kunden und Firmenkunden betreut, es seien dies die im Prüfbericht der FMA erwähnten 500 Kundendepots gewesen. Kauf- oder Verkaufsaufträge habe einer ihrer Mitarbeiter entgegengenommen. Um diese Aufträge an der Börse zu platzieren habe es zwei unterschiedliche Vorgangsweisen gegeben. Kleinere Aufträgen bis etwa 100.000,-- Euro hätten ihre Mitarbeiter selbst im sog. GEOS-System eingegeben, über diesen Grenzwert liegende, größere Aufträge seien über das XETRA-System abgewickelt worden. In ihrer Abteilung CMS habe es keine Händler mit XETRA-Berechtigungen gegeben, sodass sie oder ihre Mitarbeiter mit Aufträgen, die im XETRA-System platziert werden sollten, zu den Händlern mit der entsprechenden Berechtigung, sämtliche in der Abteilung CMT angesiedelt, gegangen sei(en), diese Händler die Aufträge im XETRA-System durchgeführt hätten und in der Folge sie bzw. ihre Abteilung sich mit der Auftragsbestätigung wieder an den Kunden gewandt hätte. Grund für die unterschiedliche Behandlung sei gewesen, dass die Bearbeitung über das XETRA-System insofern kundenfreundlicher gewesen sei, als bei dieser ? im Gegensatz zum GEOS-System - der Kunde über die Abarbeitung der Order an der Börse einen zusammengefassten Gesamtbeleg erhalten habe. Es habe keine fixe Zuordnung zwischen Börsehändlern und Kundenbetreuern gegeben. Konkrete Kundenorders seinen an den Händler, der gerade Zeit gehabt habe, herangetragen worden, ohne den konkreten Kunden zu nennen.

Die von ihr beschriebene Vorgangsweise sei während ihrer Tätigkeit in der Abteilung CMS, seit etwa 10 ? 15 Jahren, immer so gehandhabt worden, wobei es keine Beanstandungen gegeben habe und der Vorstand davon informiert gewesen sei. Nunmehr gäbe es auch in der Abteilung CMS Händler mit XETRA-Berechtigungen. In ihrer Abteilung und in der Abteilung CMT seien Listen geführt worden, in denen alle ausgeführten Aufträge auch unter Angabe, welcher Händler welchen Auftrag ausgeführt habe, geführt worden, ebenso Listen über durchgeführte Mitarbeitergeschäfte. Sie habe ? in ihrer Abteilung ? diese Listen kontrolliert. Der Zeuge Mag. D., FMA, wies darauf hin, dass die ihm vorgehaltenen Angaben der Zeugin Mag. Pe. den Wahrnehmungen im Rahmen der Vorortprüfung, die im gegenständlichen Prüfbericht wiedergegeben werden, entsprechen. Gegenstand der Prüfung sei u. a. der Umgang mit Interessenskonflikten in der Bank gewesen, in welchen Zusammenhang besonders der Schnittschnelle zwischen Eigenhandel und Kundenhandel Beachtung geschenkt worden sei. Der ?Knackpunkt? für die gegenständliche Beanstandung sei gewesen, dass - obgleich für Kunden- und Eigenhandel jeweils eigene Abteilungen bestanden hätten, CMS und CMT - die Handelstätigkeit im Sinne der Eingabe der Kundenorders ins XETRA-System für beide Bereiche durch die sämtlich in der Abteilung CMT angesiedelten Händler mit XETRA-Berechtigungen erfolgt sei. Dadurch seien allfällige vorgelagerte persönliche Trennungen ad absurdum geführt worden, weil die letztlich den möglichen Interessenskonflikt begründende Information aus beiden Bereichen in ein und der selben Person zusammen gelaufen sei. Die Leitlinie Interessenskonflikte, wohl auch deren Punkt 3.3., sei ihm im Zuge der Prüfung zur Kenntnis gelangt.

Der Berufungswerbervertreter erklärte in seinen Schlussausführungen die Bank habe die von ihr selbst erlassenen Leitlinien nach eigenem Verständnis sehr wohl richtig angewandt. Abgesehen davon träfe die Vorstandsmitglieder an einer allenfalls tatbestandsmäßigen Handlungsweise kein bzw. ein nur geringes Verschulden, weil die in der Bank

gehandhabte Praxis über Jahre nicht beanstandet worden sei. Dem aktenkundigen Bericht der FMA über die Prüfung gemäß § 91 Abs 3 Z 3 WAG 2007 und § 48q BörseG bei dem Kreditinstitut R. Oberösterreich Aktiengesellschaft, Aktenzahl:

FMA-MP00509/0001-WAC/2009, Prüfungsberichtsnummer: 7/2009) Prüfungsberichtsdatum:

05.11.2009, (Prüfer: Mag. Roland D., Mag. Natalie Rö., Mag. Gerhard M., LL.M.) ist ? in seinen den vorliegenden Verfahrensgegenstand betreffenden Passagen ? im Wesentlichen zu entnehmen:

?Die R. Oberösterreich wird von sechs Vorständen geleitet. Vorstandsvorsitzender ist Herr Mag. Dr. Ludwig Scha. und Vorstandsvorsitzenderstellvertreter ist Herr Mag. Dr. Hans Schi.. Der Bereich MarktProdukt wird von Herrn Mag. Dr. Ludwig Scha., Herrn Mag. Dr. Hans Schi., Frau Mag. Michaela K., Herrn Dr. Helmut Schü. und Herrn Dr. Georg St. geleitet. Für den Bereich Marktfolge sind Herr Mag. Dr. Hans Schi. und Herr Mag. Markus V. zuständig. Hinsichtlich der Servicebereiche werden die Geschäftsbereiche Betreuung R.-banken und Personalmanagement, Sicherheit und Objektverwaltung sowie Controlling, Organisation und Rechnungswesen (dieser Geschäftsbereich beinhaltet die Organisationseinheit Corporate Governance & Compliance"; siehe im Detail Tz 13ft) und die Organisationseinheiten Innenrevision, Beteiligungsmanagement, Public Relations und Medienservice, Eventmanagement, Vorstandsbüro, Strategisches Marketing sowie Economic and Market Research von Herrn Mag. Dr. Ludwig Scha., die Tochterunternehmen T. Gesellschaft m.b.H., Ra. GmbH L., G. GmbH sowie Lo. GmbH von Herrn Dr. Mag. Hans Schi., die Organisationseinheit Marketing und Verkauf von Frau Mag. Michaela K. und die Organisationseinheit Rechtsbüro von Herrn Mag. Markus V. geleitet. Das Unternehmen hat derzeit ca. 860 Mitarbeiter.

Per 30.06.2009 gab es im Unternehmen 14.198 Wertpapierdepots im Kundenbesitz und 48 Wertpapierdepots im Nostro (Schwebedepots), gesamt daher 14.246. Das Gesamtvolumen hinsichtlich Wertpapieren im Kundenbesitz beträgt rund ? 9.700.000.000 und im Nostro rund ? 6.600.000.000 gesamt daher rund ? 16.300.000.000. Das Gesamtvolumen hinsichtlich Derivaten im Kundenbesitz beträgt rund ? 66.000 und im Nostro rund ? 36.172.000 gesamt daher rund ? 36.238.000.? (Bericht S. 5, AS 53) ?Prüfungsgegenstand war die Einhaltung der Organisationsvorschriften gemäß dem 1. Abschnitt des 2. Hauptstückes des WAG 2007 hinsichtlich Compliance gemäß § 18 WAG 2007 und der Bestimmungen über persönliche Geschäfte gemäß § 23 f WAG 2007 sowie die Einhaltung der Vorschriften im Hinblick auf Interessenkonflikte gemäß § 34 f W AG 2007 sowie die Einhaltung der Bestimmungen der Wohlverhaltensregeln des W AG 2007 hinsichtlich der Eignung und Angemessenheit von Wertpapierdienstleistungen gemäß §§ 43 ff WAG 2007 und der Bearbeitung von Kundenaufträgen gemäß §§ 55 ff WAG 2007. Eine allenfalls erforderliche Erweiterung des Prüfgegenstandes war vom Prüfauftrag ebenfalls umfasst.

Die Durchführung der Prüfung, die mit Schreiben vom 29.06.2009 angekündigt wurde, erfolgte im Zeitraum vom 16.06.2009 bis 05.11.2009 (inklusive Vorbereitungshandlungen und Berichterstellung); die Prüfung in den Räumlichkeiten des Unternehmens fand von 15.07.2009 bis 17.07.2009 und von 20.07.2009 bis 21.07.2009 sowie am 09.10.2009 statt.

Als Prüfungsleiter fungierte Mag. Roland D..

Als Unterlagen für die Prüfung dienten die Bücher, Schriftstücke und sonstigen Aufzeichnungen des Unternehmens. Die benötigten zusätzlichen Aufklärungen und Nachweise wurden vom Vorstand und den uns genannten Sachbearbeitern bereitwillig gegeben. Die Prüfung erfolgte in Übereinstimmung mit § 92 Abs 9 WAG 2007. Die in § 71 Abs 1 bis 6 Bankwesengesetz (BWG) aufgestellten Grundsätze wurden bei der Prüfung beachtet. Der Vorstand bestätigte die Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen schriftlich.?

(Bericht S. 3, AS 55)

?Die "Leitlinie für den Umgang mit Interessenskonflikten und Anreizen (Conflict of Interest Policy)" (siehe zu dieser Richtlinie im Detail unter Tz 35) enthält unter Punkt 2 folgenden Passus: "Der Eigenhandel der R. OÖ erfolgt in strikter organisatorischer und personeller Trennung zum Kundenhandel. Die Organisationseinheit Capital Markets Sales (Sales), die Kundengeschäfte tätigt, ist von der Organisationseinheit Capital Markets Trading (Trading), die Eigenhandelsgeschäfte tätigt, personell und organisatorisch getrennt.

Aus den im Rahmen der Vorortprüfung geführten Gesprächen mit Mitarbeitern der genannten Organisationseinheiten ergab sich jedoch, dass sowohl der gesamte Kundenwie auch der gesamte Eigenhandel ausschließlich in der Organisationseinheit Capital Markets Trading vorgenommen wird.? (Bericht S. 18, AS 40) ?Laut Auskunft des

Unternehmens ist die Disposition der Handelsbücher der R. Oberösterreich der Organisationseinheit Capital Markets Trading zugeordnet. In der Organisationseinheit Capital Markets Sales wurden zum Prüfungszeitpunkt Handelstätigkeiten nach Wahrnehmung der FMA nicht vorgenommen: Diese Organisationseinheit betreut institutionelle Kunden und Firmenkunden bei Wertpapiergeschäften, wobei ca. 500 Kundendepots dieser Organisationseinheit zugeordnet sind.

Anstehende Kundenaufträge werden von Assistenten in dieser Organisationseinheit erfasst bzw. der Organisationseinheit Capital Markets Trading (Trading) zur Durchführung übermittelt (siehe in diesem Zusammenhang auch im Schreiben des Unternehmens vom 04.08.2009, eingelangt am 10.08.2009, Eingangsstücknummer 20154/2009).

Seitens des Unternehmens wurde der FMA eine Aufstellung sämtlicher Personen des Unternehmens, welche über eine Händlerberechtigung beim Handelssystem XETRA Wien verfügen, übermittelt (siehe E-Mail vom 21.07.2009). Es handelt sich um die Mitarbeiter Pa., Re., Kr., Po., S., E., Ilk, P. und H., welche allesamt in der Organisationseinheit Capital Markets Trading angesiedelt sind. Sämtliche Personen verfügten zum Zeitpunkt der Vorortprüfung über eine Berechtigung sowohl zum Eigenhandel als auch zum Kundenhandel (Agent, Proprietary). Sämtliche Mitarbeiter, welche als Kundenhändler tätig sind, verfügen gemäß Dienstanweisung "Entscheidungskompetenzen im Wertpapier-Handelsbuch" vom 05.10.2006 über Berechtigungen für Einzelabschlusskompetenzen diverser Finanzinstrumente. Außerhalb von Mitarbeitern der Organisationseinheit Capital Markets Trading bestanden zum Prüfungszeitpunkt im Unternehmen keine Händlerberechtigungen für das XETRA Wien.? (Bericht S. 19, AS 39) ?Im Zuge der Nachschau am 09.10.2009 trat zu Tage, dass seit 28.09.2009 eine personelle Trennung zwischen Eigen- und Kundenhandel nunmehr gegeben ist, da die als Händler tätigen Personen nunmehr ausdrücklich zum Eigen- oder Kundenhändler nominiert wurden. Eine räumliche Trennung zwischen Kunden- und Eigenhandel ist durch eine im Boden verankerte MilchglasWand gegeben und ein Sicht- und Schallschutz dadurch gewährleistet. Der Kundenhandel ist nunmehr der Organisationseinheit Capital Markets Sales zugeordnet. Der Eigenhandel ist der Organisationseinheit Capital Markets Trading zugeordnet (siehe dazu im Detail Tz 38). Gemäß dem Compliance-Handbuch befinden sich sowohl die Organisationseinheit Capital Markets Sales als auch die Organisationseinheit Capital Markets Trading in einem Vertraulichkeitsbereich (Geschäftsbereich Treasury 1 Financial Markets).? (Bericht S. 10, AS 48)

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Unbestritten und aufgrund des aktenkundigen Firmenbuchauszuges steht fest, dass die Berufungswerberin im angelasteten Tatzetraum Mitglied des Vorstandes der R. Oberösterreich AG (R. OÖ) war. Die R. OÖ ist unstrittig ein Kreditinstitut iSd § 1

BWG.

Auf Basis des Prüfberichts der FMA ergibt sich, dass es im Unternehmen per 30.06.2009

14.198 Wertpapierdepots im Kundenbesitz und 48 Wertpapierdepots im Nostro (Schwebedepots) gab, gesamt daher 14.246. Das Gesamtvolumen hinsichtlich Wertpapieren im Kundenbesitz betrug rund ? 9.700.000.000 und im Nostro rund ? 6.600.000.000 gesamt daher rund ? 16.300.000.000. Das Gesamtvolumen hinsichtlich Derivaten im Kundenbesitz betrug rund ? 66.000 und im Nostro rund ? 36.172.000 gesamt daher rund ? 36.238.000.?

(Bericht S. 5, AS 53)

Dem Vorbringen der Berufungswerberin entsprechend steht fest, dass in der R. OÖ im Tatzeitraum Frau Mag. Sigrid B. die Funktion der Geldwäsche- und Compliance Beauftragten inne hatte. Nach den Angaben von Berufungswerberseite (in erster Instanz) besteht eine auf § 9 VStG bezogene, ausdrückliche Bestellung samt Zustimmungserklärung der Compliance-Beauftragten als verantwortliche Beauftrage nicht.

Aufgrund des unbedenklichen aktenkundigen Prüfberichtes der FMA, erläutert auch durch die Angaben des an der Vorortprüfung beteiligten Zeugen D. in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung, steht fest, dass im Tatzeitraum im Hinblick auf die Vermeidung von Interessenkonflikten iSd § 34 WAG 2007 Leitlinien iSd § 35 WAG 2007 in Kraft waren. Die bankinterne ?Leitlinie? für den Umgang mit Interessenskonflikten und Anreizen (Conflict of Interest Policy) enthält unter Punkt 2 folgende Bestimmung:

?Der Eigenhandel der R. Oberösterreich erfolgt in strikter organisatorischer und personeller Trennung zum Kundenhandel. Die Organisationseinheit Capital Markets Sales (Sales), die Kundengeschäfte tätigt, ist von der Organisationseinheit Capital Markets Trading (Trading), die Eigenhandelsgeschäfte tätigt, personell und

organisatorisch getrennt.?

Unter Punkt 3 der genannten bankinternen Leitlinien sind angemessene Maßnahmen im Bezug auf die Schaffung und die Kontrolle von Vertraulichkeitsbereichen vorgesehen, sofern sie nicht bereits unter den einzelnen, in Punkt 2 genannten Geschäftsfeldern aufgezeigt wurden, u. a., dass eine Person in verschiedenen Wertpapier- oder Nebendienstleistungen oder Anlagetätigkeiten nicht so eingesetzt wird, dass dadurch das ordnungsgemäße Management von Interessenskonflikten beeinträchtigt sein könnte. Der aktenkundige Text der bankinternen Leitlinie sowie deren Geltung in der Bank im Tatzeitraum ergibt sich unbedenklich aus dem aktenkundigen Prüfbericht sowie übereinstimmend damit aus der Darstellung der einvernommenen Zeugen und wurde dieser Sachverhalt auch von der Berufungswerberin nicht bestritten. Weiters ergibt sich ebenso übereinstimmend sowohl aus dem aktenkundigen Prüfbericht als auch aus den Aussagen von Frau Mag. B., der Zeugin Pe., als Leiterin der Abteilung CMS in der R. OÖ, dass im angeführten Zeitraum vom 16.6.2009 bis 29.9.2009 in der für den Eigenhandel zuständigen Organisationseinheit Capital Markets Trading (CMT) durch die dieser Organisationseinheit zugeteilten Mitarbeiter, welche über eine XETRA-Berechtigung zum Eigen- und Kundenhandel verfügten, neben dem gesamten Eigenhandel auch Kundenhandel betrieben wurde. Die Mitarbeiter der Organisationseinheit Capital Markets Sales (CMS) verfügten demnach in dem genannten Zeitraum über keine Handelsberechtigung über das XETRA-System und leiteten Kundenaufträge zur Durchführung im XETRA-System an die Mitarbeiter der Abteilung CMT weiter, von welchen die Aufträge schließlich ausgeführt wurden. In diesem Zusammenhang haben Frau Mag. B., sowie die Zeugin Pe. übereinstimmend und schlüssig dargelegt, dass der Abteilung CMS etwa 500 Kundendepots von institutionellen Kunden bzw. Firmenkunden zugeordnet gewesen waren. Kontakte zu den Kunden wurden von den Mitarbeitern der Abteilung CMS gepflogen, Kauf- oder Verkaufsaufträge von Kunden wurden, wenn es Aufträge bis 100.000,-- Euro waren, von den Mitarbeitern der Abteilung CMS über das sogenannte GEOS-System eingegeben. Über dem genannten Grenzwert von 100.000,-- Euro liegende Aufträge wurden hingegen zur Abwicklung über das XETRA-System an die Abteilung CMT weitergeleitet, insofern, als ein Mitarbeiter der Abteilung CMS zu einem der Händler mit XETRA-Berechtigung in der Abteilung CMT (namentlich angeführt entsprechend den auf den Angaben der Bank beruhenden Feststellungen im aktenkundigen Prüfbericht) gegangen ist, und der Händler der Abteilung CMT den Kundenauftrag im XETRA-System durchgeführt hat. Die Auftragsbestätigung wurde in der Folge wieder vom Kundenbetreuer von der Abteilung CMS an den Kunden weitergeleitet. Grund für die unterschiedliche Behandlung von Aufträgen über 100.000.,-- Euro war, dass bei einer Durchführung im Wege des XETRA-Systems für den Kunden ein einheitlicher Gesamtbeleg erstellt werden konnte. Eine fixe Zuordnung zwischen Kundenbetreuern in der Abteilung CMS und Händler mit XETRA-Berechtigung in der Abteilung CMT bestand nicht.

Die von der Zeugin Pe. glaubhaft und lebensnah geschilderte Vorgangsweise war bereits seit Jahren vor dem angelasteten Tatzeitraum und in Kenntnis des Vorstandes so gehandhabt worden.

In den Abteilungen CMS und CMT sowie in der Abteilung Compliance wurden Aufträge betreffend Kundenhandel sowie betreffend Eigenhandellisten erfasst und kontrolliert, darunter auch, welcher Händler welchen Auftrag ausgeführt hat.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich:

Die R. OÖ ist als Kreditinstitut iSd§ 1 BWG ein Rechtsträger iSd § 15 Abs 1 WAG 2007.

Gemäß § 34 Abs 1 WAG 2007 hat ein solcher angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Interessenkonflikte zwischen ihm selbst, relevanten Personen, vertraglich gebundenen Vermittlern oder anderen Personen, die mit ihm direkt oder indirekt durch Kontrolle verbunden sind, einerseits und seinen Kunden andererseits oder zwischen seinen Kunden untereinander zu erkennen, die bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, Anlagetätigkeiten und Nebendienstleistungen oder einer Kombination derselben entstehen.

Gemäß § 34 Abs 2 WAG 2007 hat ein Rechtsträger zur Feststellung von Interessenskonflikten im Sinne des Abs 1, die den Interessen eines Kunden abträglich sein können, zumindest zu prüfen, ob 1. die Gefahr besteht dass der Rechtsträger oder eine der in Abs 1 genannten Personen zu Lasten des Kunden einen finanziellen Vorteil erzielt oder finanziellen Verlust vermeidet; 2. der Rechtsträger oder eine der in Abs 1 genannten Personen am Ergebnis einer für den Kunden erbrachten Dienstleistung oder eines für den Kunden getätigten Geschäfts ein Interesse hat, das nicht mit dem Interesse des Kunden an diesem Ergebnis übereinstimmt; 3. ob es für den Rechtsträger oder eine der in Abs 1 genannten Personen einen finanziellen oder sonstigen Anreiz gibt, die Interessen eines anderen Kunden oder einer anderen Gruppe von Kunden über die Interessen des Kunden zu stellen; 4. der Rechtsträger oder eine der in Abs 1

genannten Personen die gleiche geschäftliche Tätigkeit wie der Kunde ausübt; 5. der Rechtsträger oder eine der in Abs 1 genannten Personen gegenwärtig oder künftig von einer vom Kunden verschiedenen Person in Bezug auf eine für den Kunden erbrachte Dienstleistung zusätzlich zu der für diese Dienstleistung üblichen Provision oder Gebühr einen Vorteil gemäß § 39 erhält.

Gemäß § 35 Abs 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, WAG 2007, in der Stammfassung BGBl. I Nr. 60/2007, hat ein Rechtsträger in schriftlicher Form wirksame, seiner Größe und Organisation sowie der Art, des Umfangs und der Komplexität seiner Geschäfte angemessene Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten festzulegen und laufend anzuwenden, um zu verhindern, dass Interessenkonflikte den Kundeninteressen schaden. Ist der Rechtsträger Teil einer Gruppe, müssen diese Leitlinien darüber hinaus allen Umständen Rechnung tragen, von denen der Rechtsträger weiß oder wissen müsste und die aufgrund der Struktur und der Geschäftstätigkeiten anderer Gruppenmitglieder einen Interessenkonflikt nach sich ziehen könnten. Gemäß § 95 Abs 2 Z 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, WAG 2007, in der Stammfassung BGBl. I Nr. 60/2007 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 ? mithin u. a. gegen die Verpflichtungen gemäß § 35 Abs 1 WAG 2007 - 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, und ist (hinsichtlich dieser Übertretungen iSd Z 1) mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Zu der von der Berufungswerberin nun aufgeworfenen Frage der Angemessenheit der in den ?Leitlinien (...)? zur Verhinderung von Interessenskonflikten vorgesehenen Maßnahmen ist - auf die zutreffenden diesbezüglichen Ausführungen in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses zurückkommend ? festzuhalten, dass angesichts der Größe des Rechtsträgers bzw. des Umfanges der Geschäfte, wie sie sich aus dem oben wiedergegebenen Zahlmaterial bezüglich Anzahl und Volumen der Wertpapierdepots im Kundenbesitz sowie im Nostro ergibt, jedenfalls eine persönliche und organisatorische Trennung zwischen Eigen- und Kundenhandel geboten. Insbesondere auch aufgrund der Tatsache, dass in der R. OÖ, einem arbeitsteilig organisierten bedeutenden österreichischen Kreditinstitut, eigene Organisationseinheiten in Gestalt der Abteilung CMS mit Zuständigkeit für Kundenhandel sowie der Abteilung CMT mit Zuständigkeit für Eigenhandel bestehen, wobei in jeder der Abteilungen etliche Mitarbeiter beschäftigt waren, erscheint es angemessenen und zur Vermeidung von Interessenkonflikten adäquat, dass in jeder der beiden Abteilungen Wertpapiergeschäfte abteilungsintern abgewickelt werden können, einschließlich auch der Durchführung im XETRA-System, wenn Aufträge über dieses System abgewickelt werden sollen. Dies hat die R. OÖ zweifellos auch selbst erkannt und dementsprechend in den ?Leitlinien Interessenskonflikte (...)? die ?strikte? (siehe auf S. 4 oben unter Punkt 2.) personelle und organisatorische Trennung der Organisationseinheiten Capital Markets Sales von der Organisationseinheit Capital Markets Trading vorgesehen. Wenn nun von Berufungswerberseite vorgebracht wird, die ?Leitlinien (...)? der R. OÖ sprächen nicht von ?Kundenhandel?, sondern von ?Kundengeschäft?, worunter Tätigkeiten zum Abschluss von Vereinbarungen und der Kauf und der Verkauf von Finanzinstrumenten auf Rechnung des Kunden verstanden werde, die Vorbereitung und die Vereinbarungen zum Abschluss sowie die Entscheidung über Kauf- und Verkaufsaufträge aber ohnehin ausschließlich durch die Mitarbeiter der Abteilung CMS erfolgten, so ist dazu auszuführen, dass der Begriff ?Kundengeschäft?, wenn dem überhaupt ein vom Begriff ?Kundenhandel? verschiedener Begriffsinhalt inne wohnt, wohl der umfassendere Begriff ist, der neben sämtlichen Tätigkeiten iZm der Vorbereitung auch die Durchführung der vom Kunden beauftragten Käufe bzw. Verkäufe von Finanzinstrumenten in sich schließt. Keineswegs kann der ?Leitlinie (...)? entnommen werden, dass nur der Kontakt mit Kunden bzw. das Ausfolgen von Auftragsbestätigungen in strikter personeller und organisatorischer Trennung vom Eigenhandel erfolgen soll, nicht aber auch die Durchführung der Kundenaufträge durch Verkauf oder Erwerb der entsprechenden Finanzinstrumente an der Börse, also die operative Abwicklung der Aufträge an der Börse u. a. durch Eingabe im XETRA-System. Die ?Leitlinien Interessenskonflikte (...)? bestimmen nämlich unter Punkt 2. (Seite 4 oben) klar: ?Der Eigenhandel der R. Oberösterreich (...) erfolgt in strikter organisatorischer und personeller Trennung zum Kunden?handel? (!)?, um in der Folge (auch) eine organisatorische und personelle Trennung der Abteilungen CMT und CMS zu regeln, wobei im Zusammenhang mit der Beschreibung der Tätigkeiten letzterer dann der Begriff ? Kundengeschäft? verwendet wird.

Dass von ein und denselben Personen, nämlich den Mitarbeitern der Abteilung CMT neben dem Eigenhandel auch Aufträge im Kundenhandel im Wege des XETRA-Systems an der Börse platziert wurden, somit die Mitarbeiter der Abteilung CMT sowohl im Eigenhandel als auch im Kundenhandel tätig waren, entspricht nicht den ?Leitlinien Interessenskonflikte (...)? der R. OÖ, wie sie im Tatzeitraum in Kraft waren. Sowohl nach dem Wortlaut der ?Leitlinien

(...)? als auch nach dem den Regeln bei verständiger Anwendung zu unterstellenden Zweck der Verhinderung von Interessenskonflikten liegt eine personelle Trennung nämlich nur dann vor, wenn Mitarbeiter, die Tätigkeiten im Bereich des Eigenhandels ausführen, nicht auch im Bereich des Kundenhandels tätig werden und umgekehrt. Nur so kann das Zusammenlaufen von Informationen aus jedem der beiden Bereiche in ein und derselben Person, was das Entstehen von Interessenskonflikten auslösen kann, ausgeschlossen werden. Dabei erscheint es nicht wesentlich, ob bzw. dass der Kontakt mit dem Kunden nicht vom Börsehändler selbst gepflogen wird, zumal auch in dem Fall (wie er hier vorliegt) dass ein Mitarbeiter der Abteilung CMS die Kauf- bzw. Verkaufsaufträge eines Kunden entgegennimmt und bankintern an einen Mitarbeiter der Abteilung CMT zur Durchführung im XETRA-System weiterleitet, letztlich doch in Person des in der Abteilung CMT organisatorisch eingebundenen Mitarbeiters jedenfalls die Informationen aus beiden Bereichen kulminieren. Wenn auch der die Verkaufs- bzw. Kaufaufträge im XETRA-System durchführende Börsehändler in der Abteilung CMT keinen Einfluss auf die Kauf- bzw. Verkaufsentscheidungen des Kunden hat, so hat er sehr wohl Informationen über abgewickelte Verkaufs- und Kaufaufträge im Auftrag von Kunden (mögen diese auch nicht namentlich identifiziert sein), die seine Dispositionen im Bereich Eigenhandel beeinflussen können. Dass die Abteilung CMS und CMT organisatorisch getrennt sowie von verschiedenen Personen geleitet wurden und Aufträge in Listen dokumentiert wurden, ändert daran nichts.

Eine räumliche Trennung wurde, worauf die Berufung zutreffend hinweist, in den bankinternen ?Leitlinien (...)? tatsächlich nicht vorgesehen und könnte diese unter den gegebenen Umständen, der Durchführung von Eigen- und Kundenhandel durch ein und die selbe Person in der Abteilung CMT ohnehin nur in Verbindung mit einer ? wie dargelegt, aber nicht vorhandenen ? personellen und organisatorischen Trennung einen Beitrag zur Verhinderung von Interessenskonflikten leisten. Zum Vorbringen der Berufungswerberin, wegen Zuwiderhandelns gegen eine vom Rechtsträger sich selbst gegebenen Leitlinie bestraft worden sein, bzw. zu den daraus von ihr abgeleiteten verfassungsrechtlichen Bedenken, ist auf den normativen Gehalt des § 35 Abs 1 WAG 2007 hinzuweisen. Danach werden dem Rechtsträger mehrere Verpflichtungen auferlegt, nämlich einerseits Leitlinien für den Ungang mit Interessenskonflikten festzulegen, andererseits jedoch ? und dies ist im gegenständlichen Fall relevant ? die festgelegten Leitlinien für den Umgang mit Interessenskonflikten auch laufend anzuwenden. Keineswegs wird daher der Berufungswerberin ein Verstoß gegen die bankintern erlassenen Leitlinien zur Last gelegt, sondern ein solcher gegen die im § 35 Abs 1 WAG 2007 festgelegte Verpflichtung des Rechtsträgers, die festgelegten Leitlinien auch anzuwenden. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien teilt die verfassungsrechtlichen Bedenken der Berufungswerberin daher nicht.

Dadurch, dass Eigenhändler in der Abteilung CMT der R. OÖ, und zwar in der operativen Abwicklung im XETRA-System an der Wiener Börse, im Kundenhandel der R. OÖ tätig waren, wurden die ?Leitlinien Interessenkonflikte (...)?, welche eine strikte personelle Trennung zwischen Eigen- und Kundenhandel vorsehen ? im Tatzeitraum nicht angewendet, wodurch der objektive Tatbestand der der Berufungswerberin zur Last gelegten Übertretung des WAG 2007 erfüllt ist. Die Verpflichtung, die jeweiligen Vertrauensbereiche so zu trennen, dass Interessenkonflikte möglichst gering sind, was im gegenständlichen Fall von der R. OÖ nach deren ?Leitlinien Interessenkonflikte ...? durch personelle Trennung erreicht werden sollte, umfasst nämlich auch die Trennung dieser Vertraulichkeitsbereiche in Ansehung der operativen Abwicklung des Handels (siehe VwGH E 05.11.2003, 2003/17/0212).

Mit der Änderung der Tatumschreibung wird darauf Bedacht genommen, dass offenbar nur ein Teil und nicht der gesamte Kundenhandel unter Heranziehung der ? nur in der Abteilung CMT angesiedelten ? Börsehändler mit XETRA-Berechtigung abgewickelt wurde, und wurde angesichts der ?Leitlinien?, deren Nichtanwendung den Tatvorwurf bildet, die fehlende räumliche Trennung aus dem Tatvorwurf eliminiert. Die Übertretungsnorm und die Strafsanktionsnorm wurden richtig zitiert.

Zur subjektiven Tatseite ergibt sich:

Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte iSd § 9 Abs 2 VStG bestellt sind, für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen - wie etwa einer Aktiengesellschaft wie im gegenständlichen Fall - strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist, d. s. im gegenständlichen Fall die Mitglieder des Vorstandes.

Gemäß § 9 Abs 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis

eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden. Entsprechend dem auf § 18 Abs 4 WAG Bezug nehmenden Vorbringen der Berufungswerberin war bereits vor Beginn des Tatzeitraums in der R. OÖ eine Compliance-Beauftragte bestellt worden. Korrespondierend damit wurde das aktenkundigen Schreiben der R. OÖ an die FMA vom 30.3.2006 vorgelegt, mit folgendem Inhalt:

?Fr. Mag. Sigrid B. übernimmt mit 1.4.2006 die Funktion der Geldwäscherei- und Compliance-Beauftragten der R. OÖ und der R.-gruppe OÖ.?

§ 18 WAG bestimmt:

?(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.

(2) Der Rechtsträger hat angemessene Grundsätze und Verfahren festzulegen und laufend einzuhalten, die darauf ausgelegt sind, jedes Risiko einer etwaigen Missachtung der in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten sowie die damit verbundenen Risiken aufzudecken. Durch angemessene Maßnahmen und Verfahren sind diese Risiken auf ein Mindestmaß zu beschränken. Hierbei ist zu gewährleisten, dass der FMA alle erforderlichen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, sodass sie ihre Befugnisse wirksam ausüben kann. Der Art, dem Umfang und der Komplexität der Geschäftstätigkeit des Rechtsträgers sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten ist Rechnung tragen.

(3) Ein Rechtsträger hat eine unabhängige Compliance-Funktion dauerhaft einzurichten, die folgende Aufgaben hat:

1. Die Überwachung und regelmäßige Bewertung der Angemessenheit und Wirksamkeit der Verfahren gemäß Abs 1, sowie der Maßnahmen, die zur Behebung etwaiger Mängel unternommen wurden;

2. die Beratung und Unterstützung der für Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten zuständigen relevanten Personen im Hinblick auf die Einhaltung der in diesem Hauptstück für den Rechtsträger festgelegten Pflichten.

(4) Damit die Compliance-Funktion ihre Aufgaben ordnungsgemäß und unabhängig wahrnehmen kann, hat der Rechtsträger Folgendes zu gewährleisten:

1. Die mit der Funktion betrauten Personen müssen über die notwendigen Befugnisse, Ressourcen und Fachkenntnisse verfügen und zu allen für sie relevanten Informationen Zugang haben;

2. es ist ein Compliance-Beauftragter zu benennen, der für die Compliance-Funktion und die Erstellung eines Tätigkeitsberichts verantwortlich ist;

3. relevante Personen, die in diese Funktion eingebunden sind, dürfen nicht in die Dienstleistungen oder Tätigkeiten eingebunden werden, die sie überwachen;

4. das Verfahren, nach dem die Vergütung der in diese Funktion eingebundenen relevanten Personen bestimmt wird, darf weder deren Objektivität beeinträchtigen noch dazu geeignet sein.

Die unter Z 3 und 4 genannten Anforderungen müssen nicht erfüllt werden, wenn der Rechtsträger nachweist, dass diese aufgrund der Art, dem Umfang und der Komplexität seiner Geschäftstätigkeit sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten unverhältnismäßig sind und die Compliance-Funktion auch ohne Erfüllung dieser Anforderungen einwandfrei ihre Aufgabe erfüllt.?

Gemäß § 95 Abs 2 WAG 2007 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer als Verantwortlicher iSd§ 9 VStG gegen Verpflichtungen, welche sich aus den im § 95 Abs 2 Z 1 und 2 angeführten Bestimmungen des WAG 2007 ergeben, verstößt. Nach dieser Rechtsvorschrift, die auf den gesamten § 9 VStG und nicht nur auf einzelne Absätze dieser Bestimmung verweist, ist somit zu prüfen, ob ein verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher gemäß § 9 Abs 2 VStG bestellt wurde, oder ob die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung alle zur Außenvertretung des Rechtsträgers (im vorigen Fall die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft) trifft.

§ 18 Abs 3 und 4 WG 2007 regeln Funktion und Aufgabenbereich des nach diesen Bestimmungen vom Rechtsträger zu bestellenden Compliance?Beauftragten, womit der ?Compliance?-Beauftragten, im vorliegen Fall Frau Mag. B., eine Reihe von Aufgaben zukommen, wie sie sich aus § 18 WAG 2007 ergeben.

Aus der Übertragung der Funktion des Compliance-Beauftragten iSd § 18 WAG folgt jedoch nicht eo ipso die Stellung eines verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 Abs 2 VStG. Wäre dem so, würde der Verweis in § 95 WAG 2007 auf § 9 VStG ins Leere gehen. Um den Vorstand aus seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung zu entlassen, hätte es daher der formellen Bestellung einer dafür in Frage kommenden Person - es hätte sich dabei durchaus auch um die Compliance-Beauftragte handeln können - gemäß § 9 Abs 2 VStG zum verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen mit klarer Abgrenzung des Verantwortlichkeitsbereiches und Darlegung der internen Anordnungsbefugnisse zur Durchsetzung der ihr übertragenen Verpflichtungen sowie Zustimmung des/der Bestellten bedurft.

Im vorliegenden Fall ist die Bestellung von Frau Mag. B. als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche im Sinne des § 9 Abs 2 VStG nach dem Vorbringen der Berufungswerberin nicht vorgenommen worden und ergibt sich dies auch nicht aus der von der Berufungswerberin vorgelegten Urkunde betreffend die Ernennung der Compliance-Beauftragten.

Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für die gegenständliche Tat verbleibt daher bei der Berufungswerberin als einer der zur Vertretung der R. OÖ nach außen Berufenen.

Zum Tatbestand der gegenständlichen Übertretung gehört der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht und ist auch über das Verschulden nichts bestimmt, sodass gemäß § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wobei Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Die Berufungswerberin hat im Verfahren nicht glaubhaft gemacht, dass sie an der Übertretung kein Verschulden trifft. Mangelndes Verschulden ergibt sich weder aus dem Umstand dass die vorliegend inkriminierte Handlungsweise bereits seit Jahren (ohne Beanstandungen) so gehandhabt worden ist, noch aus dem (in der Berufung vorgebrachten) Umstand, dass die Berufungswerberin als Mitglied des Vorstandes des R. OÖ nicht damit rechnen habe können, dass die bankinternen Leitlinien von der Aufsichtsbehörde so ausgelegt werden, wie dies im gegenständlichen Strafverfahren der Fall ist.

Wie im Verfahren mehrfach betont wurde, wurde die gegenständlich inkriminierte Praxis in der R. OÖ mit ausdrücklicher Kenntnis des Vorstandes gehandhabt und hat sich dieser offenkundig auf die Rechtsrichtigkeit der ihm bekannten und gehandhabten Anwendung der Leitlinien verlassen, ohne dazu die Rechtsauskunft einer zuständigen Behörde einzuholen. Dies verwundert um so mehr, als die Annahme, dass eine personelle Trennung (eine solche hat die Bank in ihren Leitlinien selbst als eine erforderliche Maßnahme erachtet) die Durchführung von Handelstätigkeiten einerseits im Eigen- und andererseits im Kundenhandel durch verschiedene Personen erfordert, durchaus nahe liegt.

Zur Strafbemessung ergibt sich:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Durch die gegenständlichen Tat wurde das gesetzlich geschützte Interesse an der Vermeidung von Interessenkonflikten innerhalb eines Rechtsträgers iSd Schutzes von Kundeninteressen in nicht bloß unerheblichem Ausmaß geschädigt. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat erweist sich daher, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, als nicht unbeträchtlich.

Das Verschulden der Berufungswerberin konnte ebenfalls nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervor gekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der verletzten Verwaltungsvorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder diese aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Insgesamt konnte somit nicht festgestellt werden, dass das tatbildliche Verhalten deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben wäre, sodass ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 Abs 1 VStG nicht in Betracht kam.

Der Berufungswerberin kommt der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zu Gute, erschwerende Umstände sind im Verfahren keine hervor gekommen.

Die Strafe wurde in Ansehung des Einschränkung des Tatvorwurfes und angesichts dessen herabgesetzt, dass die Bank aufgrund der vorliegenden Beanstandung nun verschiedene Personen im Eigen- und Kundenhandel einsetzt, wie sich aus dem Prüfbericht über die stattgefundene Nachuntersuchung ergibt.

Die Geldstrafe erscheint angesichts der - mangels Angaben - im Schätzungsweg anzunehmenden überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Berufungswerberin (als Mitglied des Vorstandes einer großen österreichischen Bank) nicht überhöht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am
09.11.2011

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