

# TE UVS Wien 2011/09/06 06/FM/47/5670/2011

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.2011

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Martschin über die Berufung des Herrn Armin W., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 10.5.2011 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 11.4.2011, Zl. FMA-WL00565.100/0002- LAW/2010, wegen Übertretungen des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG 2007), entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch das Wort "Verwaltungsstrafverfahrensgesetz" durch das Wort "Verwaltungsstrafgesetz" zu ersetzen ist.

Die verletzte Rechtsvorschrift zu Spruchpunkt 1. lautet richtig "§ 44 Abs 1 iVm § 44 Abs 4 iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG 2007".

Die verletzte Rechtsvorschrift zu Spruchpunkt 2. lautet richtig "§ 40 Abs 1 Z 1 iVm.

§ 42 Abs 1 Z 1 lit. b iVm. § 95 Abs 2 Z 1 WAG 2007". Die verletzte Rechtsvorschrift zu Spruchpunkt 3. lautet richtig "§ 50 Abs 1 iVm. § 50 Abs 2 Z 3 iVm. § 95 Abs 2 Z 1 WAG 2007".

Die Strafsanktionsnorm lautet jeweils richtig "§ 95 Abs 2 erster Strafsatz WAG 2007". Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Euro 800,-, das sind 20 % der verhängten Geldstrafen, zu bezahlen.

Gemäß § 9 Abs 7 VStG haftet die D. GmbH für die über den Berufungswerber verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

## Text

Das angefochtene Straferkenntnis richtet sich gegen den Berufungswerber als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

"1. Sie waren von 23.04.2007 bis zumindest 26.01.2010 (Eröffnung des Konkurses über die D. GmbH) Geschäftsführer der D. GmbH (vorm. A.-GmbH), im Folgenden kurz : "D.", einer bis 21.12.2009 konzessionierten Wertpapierfirma mit der Geschäftsanschrift G. in Wien.

In dieser Funktion haben Sie es gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafverfahrensgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idGF, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die D.

1. von 01.11.2007 bis zumindest 21.01.2009 (Ende der Vor-Ort-Prüfung der FMA) unterlassen hat, Informationen über die Anlageziele ihrer Kunden im Zusammenhang mit dem Abschluss von Devisenmanagementverträgen einzuholen. Dies dadurch, dass in dem zumindest bis zum Zeitpunkt der Vor-Ort-Prüfung in Verwendung stehenden Kundenprofil-

Formular (Stand: Oktober 2007) keine Risikoeinstufungsmöglichkeit des Kunden vorgesehen war, obwohl das Risiko der im Rahmen des Devisenmanagementvertrages geplanten Finanztransaktionen als "sehr hoch" einzustufen war.

Erst das im März 2009 neu gestaltete Kundenprofil-Formular enthielt entsprechende Möglichkeiten zur Risikoeinstufung des Kunden.

2. unterlassen hat, jedenfalls im Zeitpunkt der Vor-Ort-Prüfung (20. bis 21.01.2009) auf der Grundlage der Anlageziele des Kunden und der Art der im Kundenportfolio enthaltenen Finanzinstrumente eine angemessene Bewertungs- und Vergleichsmethode in Form einer aussagekräftigen Vergleichsgröße festzulegen, damit der Kunde, für den die Dienstleistung erbracht wird, die Leistung der D. bewerten kann. Dies dadurch, dass weder in dem im Rahmen des Devisenmanagementvertrages übergebenen Factsheet 09/2008 noch im der Geschäftsbeziehung der Kunden und der D. zugrundeliegenden Devisenmanagementvertrag eine aussagekräftige Vergleichsgröße für die im Kundenportfolio verwendeten Finanzinstrumente enthalten war.

3. von 01.11.2007 bis zumindest 21.01.2009 (Ende der Vor-Ort-Prüfung der FMA) unterlassen hat, ihren Kunden die periodische Aufstellung der in ihrem Namen erbrachten Portfolioverwaltungsdienstleistungen mindestens einmal monatlich zu übermitteln.

Dies dadurch, dass bis zum Zeitpunkt der Vor-Ort-Prüfung lediglich eine quartalsweise Berichterstattung stattfand.

II. Gemäß § 9 Abs 7 VStG haftet die D. GmbH für die gegen den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad 1. § 44 Abs 1 iVm § 95 Abs 2 Z 1 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 (WAG), BGBl I 2007/60 idGF;

Ad 2. § 40 Abs 1 Z 1 iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG;

Ad 3. § 50 Abs 1 und 2 iVm § 95 Abs 2 Z 1 WAG,

unter Heranziehung von § 9 Abs 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Ad I. 1. 1000 Euro Ad I. 2. 1.500 Euro Ad I. 3. 1.500 Euro falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19 und 44a VStG iVm §§ 9 Abs 1 iVm 95 Abs 2 Z 1 WAG Gesamt 4.000 Euro

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

400 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet). Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 4.400 Euro.?

Dagegen richtet sich die fristgerecht erhobene Berufung des Rechtsmittelwerbers, in welcher die gegen ihn erhobenen Tatvorwürfe bestritten werden. Der erkennende Senat führte in dieser Rechtssache am 25.8.2011 ? gemäß § 51e Abs 7 VStG gemeinsam mit der Rechtssache GZ. UVS-06/FM/47/5669/2011 (Christian F.) ? durch, anlässlich welcher die Beschuldigten sowie deren Rechtsvertreter und ein Vertreter der FMA gehört wurden.

Der Mitbeschuldigte Herr F. gab dabei folgende Angaben zu Protokoll:

?Ergänzend möchte ich vorbringen, dass die Firma D. laufend Expertenrat auch von anwaltlicher Seite eingeholt hat, zumal es sich bei dem in Rede stehenden Devisenmanagement um eine etwas A-typische Form handelt und die FMA damit auch nicht konfrontiert war. Weiters haben wir die FMA laufend über die Art der Geschäftstätigkeit informiert und hat die FMA Anfangs sogar die Meinung vertreten, dass für das Devisenmanagement keine Konzession erforderlich sei. In der Folge wurde uns eine Konzession dafür erteilt. Es ist für mich nicht ersichtlich, welche weiteren Schritte ich setzen hätte müssen. Betonen möchte ich, dass wir zu keinem Zeitpunkt von der FMA eine abschlägige Information dahingehend erhalten hätten, dass bestimmte Bereiche unserer Geschäftstätigkeit gegen geltendes Recht verstoßen. Eine konkrete Information von Mitarbeitern der FMA dahingehend, dass es sich bei dem in Rede stehenden Devisenmanagement um keine kreditfinanzierte Portfolioverwaltung handeln würde, haben wir nicht erhalten. Allerdings haben wir die FMA in Geschäftsberichten udgl. Laufend über die Art der Geschäftstätigkeit informiert.

Besonders darauf hinweisen möchte ich auch, dass wir laufend anwaltlichen Rat eingeholt haben. Anlässlich der vor Ortprüfung der FMA im Jänner 2009 wurden als Mängel lediglich beanstandet, dass die Risikohinweise zu klein geschrieben seien und die Schulungsunterlagen verbesserungswürdig seien.

Ergänzend möchte ich darauf hinweisen, dass wir ? wie schon im Verfahren ausgeführt ? nur auf gedeckter Basis agiert haben. Das Wechselkursrisiko konnte damit naturgemäß nicht ausgeschlossen werden. Wir haben das Devisenmanagement bis Ende des Jahres 2009 ausgeübt, dann würde die Konzession zurückgelegt, da die Kapitalerfordernisse nicht mehr erfüllt werden konnten. Auf die Bestimmung des § 6 Punkt 3 des Vertrages angesprochen, gebe ich an, dass es zum Ende unserer Geschäftstätigkeit häufig dazu gekommen ist, dass der Vertrag wegen Überschreitung der darin angesprochenen 10% Grenze außer Kraft getreten ist. Die 10% Grenze wurde auf jenen Stichtag abgestellt, an welchem wir die Verwaltung übernommen haben.

Auch wurde niemals ? wie bei einer kreditfinanzierten Portfolioverwaltung üblich ? Kapital aufgenommen, um damit Spekulationsgeschäfte durchzuführen. Der Beschuldigte Herr W. schloss sich diesen Ausführungen vollinhaltlich an.

Die Vertreterin der FMA brachte Folgendes vor:

?Besonders verweisen möchte ich auf die Ausführungen im Straferkenntnis hinsichtlich des Nichtvorliegens eines Rechtsirrtums. Im Übrigen hat die FMA bei der Strafbemessung die Insolvenz des Unternehmens angemessen berücksichtigt und bewegen sich die verhängten Strafen im unteren Bereich des Strafrahmens.?

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die im gegenständlichen Tatzeitraum maßgebliche Rechtslage stellt sich wie Folgt dar:

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten folgende Begriffsbestimmungen:

1. Wertpapierfirma: eine Wertpapierfirma gemäß § 3 sowie natürliche und juristische Personen, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zur Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Anlagetätigkeiten als Wertpapierfirma im Sinne von Art. 4 Abs 1 Z 1 der Richtlinie 2004/39/EG zugelassen sind.

2. Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten:

a) Annahme und Übermittlung von Aufträgen, sofern diese Tätigkeiten ein oder mehrere Finanzinstrumente zum Gegenstand haben;

b) Ausführung von Aufträgen für Rechnung von Kunden: die Tätigkeit zum Abschluss von Vereinbarungen, Finanzinstrumente auf Rechnung von Kunden zu kaufen oder verkaufen;

hinsichtlich der Abschnitte 5 bis 11 des 2. Hauptstücks erfasst dies sowohl die Ausführung von Aufträgen gemäß § 1 Abs 1 Z 7 Bankwesengesetz ? BWG, BGBl. Nr. 532/1993, als auch die Dienstleistung nach lit. a;

c) Handel für eigene Rechnung: Handel unter Einsatz des eigenen Kapitals zum Abschluss von Geschäften mit Finanzinstrumenten, sofern der Handel nicht für das Privatvermögen erfolgt;

d) Portfolioverwaltung: die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält;

e) Anlageberatung: die Abgabe persönlicher Empfehlungen gemäß Z 27 über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden, sei es auf dessen Aufforderung oder auf Initiative des Erbringers der Dienstleistung;

f) Übernahme der Emission von Finanzinstrumenten oder Platzierung von Finanzinstrumenten mit fester Übernahmeverpflichtung;

g)

Platzierung von Finanzinstrumenten ohne feste Übernahmeverpflichtung;

h)

Betrieb eines multilateralen Handelssystems (MTF). Werden diese Tätigkeiten für Dritte erbracht, so sind es Dienstleistungen, ansonsten Anlagetätigkeiten.

§ 40. (1) Ein Rechtsträger hat seinen Kunden in verständlicher Form angemessene Informationen zur Verfügung zu stellen. Dadurch müssen seine Kunden nach vernünftigen Ermessen in die Lage versetzt werden, die genaue Art und

die Risiken der Wertpapierdienstleistungen und des speziellen Typs von Finanzinstrument, der ihnen angeboten wird, zu verstehen, um so auf informierter Grundlage Anlageentscheidungen treffen zu können. Diese Verpflichtung umfasst zumindest Informationen über

1. den Rechtsträger und seine Dienstleistungen; bei der Portfolioverwaltung haben Rechtsträger auf der Grundlage der Anlageziele des Kunden und der Art der im Kundenportfolio enthaltenen Finanzinstrumente eine angemessene Bewertungs- und Vergleichsmethode, etwa eine aussagekräftige Vergleichsgröße, festzulegen, damit der Kunde, für den die Dienstleistung erbracht wird, die Leistung des Rechtsträgers bewerten kann;

einem Privatkunden sind die Informationen mit den in Anlage 1 und 2 zu § 40 genannten Angaben zu übermitteln;

2.

Finanzinstrumente gemäß Abs 2;

3.

den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und Kundengeldern gemäß Abs 3;

4.

Kosten und Nebenkosten; einem Privatkunden sind die Informationen mit den in Anlage 4 zu § 40 genannten Angaben zu übermitteln;

5. vorgeschlagene Anlagestrategien; dies umfasst auch eine geeignete Beschreibung und Warnhinweise zu den mit diesen Anlagestrategien verbundenen Risiken; und

6. Ausführungsplätze.

Diese Informationen können auch in standardisierter Form zur Verfügung gestellt werden.

§ 42. (1) Privatkunden hat ein Rechtsträger rechtzeitig, somit

1. bevor der Privatkunde durch Abschluss eines Vertrags über die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen gebunden ist oder bevor die Dienstleistungen erbracht werden ? je nachdem, welcher Zeitpunkt früher liegt ?,

a)

die Bedingungen des Vertrags und

b)

die gemäß § 40 Abs 1 Z 1 über den Vertrag oder die Wertpapierdienstleistung oder Nebendienstleistung zu übermittelnden Informationen sowie

2. vor der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen die gemäß § 40 Abs 1 Z 1 bis 6 erforderlichen Informationen zu übermitteln.

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

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

§ 50. (1) Ein Rechtsträger, der Portfolioverwaltungsdienstleistungen für einen Kunden erbringt, hat dem Kunden auf einem dauerhaften Datenträger periodisch eine Aufstellung der in seinem Namen erbrachten Portfolioverwaltungsdienstleistungen zu übermitteln, sofern derartige Aufstellungen nicht von anderen Personen übermittelt werden. Eine periodische Aufstellung, die an Privatkunden übermittelt wird, hat ? soweit relevant ? die Angaben gemäß Anlage 1 zu § 50 zu enthalten.

(2) Privatkunden hat der Rechtsträger die in Abs 1 genannte periodische Aufstellung alle sechs Monate zu übermitteln. Dies gilt nicht, sofern einer der folgenden Fälle vorliegt:

1. Auf Verlangen ist einem Privatkunden die periodische Aufstellung alle drei Monate zu übermitteln; ein Rechtsträger hat einen Privatkunden auf dieses Recht hinzuweisen;
2. die periodische Aufstellung ist dem Privatkunden einmal alle zwölf Monate vorzulegen, wenn diesem gemäß Abs 3 Z 2 über jedes ausgeführte Geschäft einzeln berichtet wird;
3. die periodische Aufstellung ist mindestens einmal monatlich zu übermitteln, sofern der Vertrag über die Portfolioverwaltung zwischen dem Rechtsträger und dem Privatkunden ein kreditfinanziertes Portfolio zulässt. Die Ausnahme gemäß Z 2 gilt nicht für Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die unter § 1 Z 4 lit. c oder Z 6 lit. d bis j fallen.

§ 95. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers die Melde- oder Veröffentlichungspflichten gemäß den §§ 64 bis 66 nicht rechtzeitig und vollständig erfüllt oder hierbei unwahre Angaben macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen.

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

1. gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 29 Abs 4, 35 Abs 4, 41 Abs 3 oder 55 Abs 2 erlassenen Verordnung der FMA verstößt;
2. gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 9 bis 11, 13, 16 bis 22, 24 bis 26 oder 67 bis 71 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 26 Abs 3, 68 Abs 3 oder 68 Abs 4 erlassenen Verordnung der FMA verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Z 1 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro und hinsichtlich der Z 2 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen. Auf Grund der Ergebnisse des durchgeführten Berufungsverfahrens wird der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Sachverhalt als erwiesen festgestellt.

Diese Feststellungen gründen sich auf die vorliegende, unbedenkliche Aktenlage und blieben auch vom Berufungswerber im gesamten Verfahren unbestritten. Auch den von der Erstbehörde getroffenen Sachverhaltsfeststellungen (S. 3 bis 5 des Straferkenntnisses) ist der Berufungswerber nicht entgegen getreten. Die vorliegende Berufung wendet sich hinsichtlich sämtlicher Spruchpunkte ausschließlich gegen die rechtliche Beurteilung durch die Erstbehörde. Hinsichtlich Spruchpunkt 1.) wird im Wesentlichen eingewendet, bei der D. GmbH (im Folgenden: D.) würde es sich nicht um einen Wertpapierdienstleister handeln, der als Generalist tätig gewesen sei. Das Unternehmen habe nur eine einzige Dienstleistung und nur ein eng begrenztes Spektrum an Finanzprodukten angeboten. Sie habe ausschließlich das Managen von Fremdwährungskrediten angeboten und habe dafür ausschließlich Devisentermin- und optionsgeschäfte, Devisenswaps, Interest Rate Swaps, Forward Rate Agreements, Zins-Futures, Zinsoptionen und Cross Currency Swaps verwendet. Die Produktpalette der D. habe somit nur solche Finanzinstrumente enthalten, die von Natur aus mit einem sehr hohen Risiko verbunden seien. Hingegen habe die D. nie sichere, mittelriskante oder nur hochriskante Produkte angeboten, sondern ausschließlich sehr hochriskante. Sie sei auch dazu berechtigt gewesen, ihre Produktpalette auf bestimmte Finanzinstrumente einzuschränken und ihre Vertragsunterlagen entsprechend individuell zu gestalten. Auch hätte es keinen Sinn ergeben, wenn auf den Anlegerprofilen auch Kästchen für weniger risikoorientierte Anleger abgedruckt gewesen wären, zumal solche Anleger die D. ohnehin nicht aufgesucht hätten und hätte ein risikoaverser Investor seitens der D. gar nicht betreut werden können. Davon abgesehen sei schon die Aufnahme eines Fremdwährungskredites mit einem sehr hohen Risiko verbunden und seien folgerichtig daher bloß solche Kunden an die D. herangetreten, die schon von ihrer kreditgebenden Bank entsprechend aufgeklärt worden seien und in den dortigen Anlegerprofilen die Bereitschaft eines sehr hohen Risikos angegeben hätten. Die Risikobereitschaft der Kunden sei somit bereits von der Bank vorgegeben worden. Wenn ein Kunde bereit sei, ein sehr hohes Risiko für einen Fremdwährungskredit einzugehen, dann dürfe sich der Manager dieses Fremdwährungskredites auf die ordnungsgemäße Beratertätigkeit der Bank verlassen und deren Risikoeinstufung übernehmen. Im Übrigen müsse der Kunde wissen, welche spezifischen Risiken er mit dem Geschäft eingehe. Im gegenständlichen Fall habe die D. bloß solche Geschäfte angeboten, deren spezifischen Risiken sich allesamt mit „sehr hoch“ umschreiben ließen. Andere Angaben auf den Kundenprofilen hätten daher eher zur Verwirrung des Anlegers beigetragen, als dem Zweck des § 44 WAG 2007 gerecht zu werden.

Mit diesem Vorbringen übersieht der Berufungswerber, dass nach dem unmissverständlichen Wortlaut des § 44 Abs 4 WAG 2007 die vom Rechtsträger einzuholenden Informationen insbesondere die Präferenzen des Anlegers hinsichtlich des einzugehenden Risikos und sein Risikoprofil zu enthalten haben. Da die D. von sich aus diese Informationen einzuholen hatte (vgl. § 44 Abs 1 WAG 2007), durfte sie sich keineswegs darauf verlassen, dass der Anleger bereits mit

dem Abschluss eines Fremdwährungskredites ein sehr hohes Risiko eingegangen sei bzw. eingehen wollte, vielmehr hätte die D. überdies Informationen darüber einholen müssen, welches konkrete Risiko der Anleger hinsichtlich des Managen dieses Fremdwährungskredites durch die D. eingehen wollte. Dies hat die D. jedoch unbestritten nicht getan. Auch der Umstand, dass die D. nur eine einzige Dienstleistung, nämlich das Managen von Fremdwährungskrediten mit sehr hohem Risiko angeboten habe, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, zumal einem durchschnittlichen, verständigen Anleger nicht von vorne herein klar sein muss, mit welchem konkreten Risiko die vom Berufungswerber angeführten Finanzgeschäfte (Devisentermingeschäfte bis zu Cross Currency Swaps) verbunden sein müssen, sodass seitens der D. entsprechende Informationen vom Kunden hinsichtlich des von ihm einzugehenden Risikos und seines Risikoprofils einzuholen gewesen wären. Das Vorbringen, wonach weniger risikoorientierte Anleger die D. ohnehin nicht aufgesucht hätten, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Nicht nachvollziehbar erscheint auch das Vorbringen, wonach andere Angaben auf den Kundenprofilen zur Verwirrung des Anlegers beigetragen hätten.

Da die von der D. durchgeführten Finanztransaktionen über Vollmacht, im Namen und auf Rechnung und mit dem Vermögen des jeweiligen Kunden durchgeführt wurden (vgl. § 1 Punkt 3 des Devisenmanagementvertrages) sowie die D. bei der Auswahl der Finanztransaktionen nicht an Weisungen der Auftraggebers gebunden war (vgl. § 1 Punkt 4 des Devisenmanagementvertrages sowie Anlage 2 zum Vertrag "Vollmacht?"), somit die D. diesbezüglich einen Entscheidungsspielraum hatte, ist vom Vorliegen einer Portfolioverwaltung nach § 1 Z 2 lit. d WAG 2007 auszugehen. Hinsichtlich Spruchpunkt 2.) wird vom Berufungswerber vorgebracht, die D. sei das einzige Unternehmen gewesen, dass sich auf das Management von Fremdwährungskrediten spezialisiert habe. Es habe also keine marktüblichen Standards gegeben, die als Vergleichsgröße hätte herangezogen werden können. Überdies würde § 40 Abs 1 Z 1 WAG 2007 lediglich das Festlegen einer angemessenen Bewertungs- und Vergleichsmethode verlangen, die "aussagekräftige Vergleichsgröße" sei nur beispielhaft angeführt. Durch die Bewertungs- und Vergleichsmethode solle der Kunde in die Lage versetzt werden, die Leistung des Wertpapierdienstleisters beurteilen zu können. Als Basis für diese Beurteilung habe der zu Beginn der Tätigkeit der D. jeweils noch aushaftende Kreditbetrag (umgerechnet in Euro) gedient. Unter Berücksichtigung der Veränderungen des Wechselkurses sowie der für den Kunden erwirtschafteten Optionsprämien habe sich für den Kunden ein positiver oder negativer Verlauf ergeben. Da es für diese Art von Fremdwährungsverwaltung auch keinen Index gebe, sei der beschriebene Ansatz der einzig mögliche und zielführende für den Kunden gewesen. Mit diesem Vorbringen ist der Berufungswerber insofern im Recht, als die in § 40 Abs 1 Z 1 WAG 2007 geforderte angemessene Bewertungs- und Vergleichsmethode nicht unbedingt eine Vergleichsgröße sein muss, sondern auch in einer absoluten Vorgabe, wie etwa eines jährlichen Wertzuwachses, bestehen kann (vgl. auch Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, 2. Auflage, § 40, Rz. 52). Nach Ansicht des erkennenden Senates ist im vorliegenden Zusammenhang die positive oder negative Veränderung des Kreditsaldos des Fremdwährungskredites auf Grund der Tätigkeit der D. grundsätzlich als eine angemessene Bewertungs- und Vergleichsmethode im Sinne des § 40 Abs 1 Z 1 WAG 2007 anzusehen. Aus diesem Grund war auch dem vom Berufungswerber gestellten Beweisantrag auf Beiziehung eines Sachverständigen zu der Frage, ob hinsichtlich der in Rede stehenden Tätigkeit des Devisenmanagements eine Benchmark, welche als Vergleichsgröße herangezogen werden könnte, existiere, nicht nachzukommen.

Allerdings übersieht der Berufungswerber mit seinem Vorbringen, dass ihm hinsichtlich Spruchpunkt 2.) des angefochtenen Straferkenntnisses zur Last gelegt wurde, dass weder der Devisenmanagementvertrag, noch das betreffende Factsheet eine solche Bewertungs- und Vergleichsmethode enthalten haben. Dies wäre jedoch angesichts des § 42 Abs 1 Z 1 lit. b WAG 2007 vor Abschluss des Vertrages oder vor Erbringung der jeweiligen Dienstleistung durch die D. erforderlich gewesen. Zwar ist in dem betreffenden Devisenmanagementvertrag unter § 3 Punkt 3 davon die Rede, dass "Benchmark der niedrigste Saldo aus aushaftendem Kreditbetrag und Erträgen aus Finanztransaktionen zu den Abrechnungsstichtagen seit Abschluss dieses Vertrages" sei, allerdings bezieht sich diese Festlegung ausschließlich auf die Berechnung der Performance-Fee, welche der D. zugute kommen soll. Es lässt sich der gesamten Aktenlage jedoch nicht entnehmen, dass den Privatkunden der D. vor Abschluss des Vertrages oder vor Erbringung der Dienstleistung die Festlegung einer angemessenen Bewertungs- und Vergleichsmethode "etwa durch Festlegung des aushaftenden Kreditbetrages unter Berücksichtigung der Veränderungen des Wechselkurses sowie der für den Kunden erwirtschafteten Optionsprämien" zur Kenntnis gebracht wurde. Hinsichtlich Spruchpunkt 3.) des angefochtenen Straferkenntnisses wendet der Berufungswerber ein, dass ein kreditfinanziertes Portfolio nur dann vorliege, wenn die Verwaltung nicht auf das vorhandene Vermögen beschränkt sei, sondern Wertpapiergeschäfte auch auf Kredit vorgenommen werden könnten. Der Wertpapierdienstleister sei also berechtigt, für das Konto des Kunden

Anschaffungen zu tätigen, ohne dass der Kunde über eine hinreichende Deckung verfügen würde. Der Kaufpreis müsse also mit Hilfe eines Kredites bezahlt werden. Im gegenständlichen Fall hätten die Kunden ihren Kredit jedoch nicht aufgenommen, um mit der Kreditvaluta Wertpapiere zu kaufen. Vielmehr seien diese bereits Kreditnehmer gewesen und hätten sie sich an die D. gewandt, damit diese mittels eines Devisenmanagements des Fremdwährungskredites mögliche Währungsverluste minimieren und mögliche Kursgewinne optimieren würde. Somit sei der Kredit nicht der Zweck, sondern der Grund des Devisenmanagements gewesen. Die Kunden hätten den Kredit nicht aufgenommen, um zu spekulieren, sondern sie hätten spekuliert, weil sie einen Kredit aufgenommen hätten. Somit könne von einem kreditfinanzierten Portfolio im Sinne des § 50 WAG 2007 nicht die Rede sein. Weiters sei zu erwähnen, dass der Nominalbetrag der für den Kunden geschlossenen Währungsoption stets nur den Kreditbetrag umfasst habe, niemals aber ein Vielfaches davon (?Tätigkeit auf gedeckter Basis?). Bei Fehlschlagen einer Option sei es daher nicht zu einem neuen Kreditgeschäft gekommen. Mit diesem Vorbringen übersieht der Berufungswerber, dass das von ihm ins Treffen geführte Devisenmanagement mit dem Kreditbetrag des Fremdwährungskredites, somit fremdfinanziert, durchgeführt wurde. Davon abgesehen hat der Berufungswerber in seinem Rechtsmittelschriftsatz selbst vorgebracht, dass der Nominalbetrag der für den Kunden abgeschlossenen Währungsoptionen den Kreditbetrag umfasste. Schon deshalb ist gegenständlich von einer kreditfinanzierten Portfolioverwaltung im Sinne des § 50 Abs 2 Z 3 WAG 2007 auszugehen.

Auf den vom Berufungswerber angesprochenen Zweck der Kreditaufnahme kommt es im vorliegenden Zusammenhang hingegen nicht an. Überdies ist in diesem Zusammenhang auf den Devisenmanagementvertrag hinzuweisen (vgl. § 6 Punkt 3), wonach bei Vorliegen eines infolge ?der durchgeführten Finanztransaktionen kumulierten Verlustes von insgesamt mehr als 10 % (Saldo aus aushaftendem Kreditobligo zum Stichtag und Ertrag der Finanztransaktionen) dieser Vertrag automatisch außer Kraft tritt? und ?die absolute Höhe allfälliger Verluste dadurch nicht begrenzt ist und in Extremfällen auch weit über 10 % liegen kann?. Dadurch wird deutlich, dass sich auf Grund der von der D. durchgeführten Finanztransaktionen der Kreditsaldo jedenfalls bis zu dem angegebenen Wert erhöhen konnte. Überdies konnte das Wechselkursrisiko ? wie der Beschuldigte Herr F. in der Verhandlung ausführte ? naturgemäß nicht ausgeschlossen werden, wodurch sich der Kreditsaldo, jedenfalls bis zum Erreichen der angesprochenen 10% Grenze, erhöhen konnte. Insgesamt ist somit vom Vorliegen einer kreditfinanzierten Portfolioverwaltung auszugehen.

Der Berufungswerber hat somit die objektive Tatseite der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen verwirklicht.

Bei diesen Verwaltungsübertretungen handelt es sich um sogenannte Ungehorsamsdelikte, weil weder der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, noch über das Verschulden etwas bestimmt wird. Bei solchen Delikten obliegt es gemäß § 5 Abs 1 VStG dem Beschuldigten, glaubhaft zu machen, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschrift ohne sein Verschulden unmöglich war. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, z.B. durch die Beibringung von Beweismitteln bzw. die Stellung entsprechender Beweisanträge.

Insofern vom Berufungswerber hinsichtlich der Verwirklichung der subjektiven Tatseite ins Treffen geführt wurde, die Vertragsunterlagen seien Mithilfe von externen Beratern, wie Rechtsanwälten und Wirtschaftstreuhandern, erstellt worden, weiters sei die FMA schon vor Beginn der Verwaltungstätigkeit intensiv in die Entwicklung eingebunden gewesen und laufend über die Art der Geschäftstätigkeit informiert worden und habe überdies ein Privatgutachten der D. die Unbedenklichkeit ihrer Tätigkeit bescheinigt, so ist dem entgegen zu halten, dass damit kein fehlendes Verschulden dargetan wird, da es am Berufungswerber gelegen wäre, bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eine konkrete Rechtsauskunft hinsichtlich der Zulässigkeit der inkriminierten Handlungen einzuholen. Der Mitbeschuldigte F. hat in der Verhandlung selbst ausgeführt, dass seitens der FMA zu keinem Zeitpunkt die konkrete Information erteilt wurde, dass es sich bei dem in Rede stehenden Devisenmanagement der D. um keine kreditfinanzierte Portfolioverwaltung handeln würde. Auch sonst wurde nicht behauptet, dass seitens der FMA eine konkrete Rechtsauskunft erteilt wurde. Durch den Umstand, dass seitens der D. der zuständigen Aufsichtsbehörde die relevanten Informationen zur Kenntnis gebracht wurden, wird jedenfalls kein mangelndes Verschulden dargelegt (vgl. dazu etwa VwGH 4.9.2008, Zl. 2008/17/0034). Somit war auch von der Verwirklichung der subjektiven Tatseite in Form fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

Zur Strafbemessung:

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 Taten wurde das gesetzlich geschützte Interesse an der vollständigen Information der Anleger durch einen Rechtsträger, die dem Schutz der Anleger dienen soll, in nicht unerheblichem Ausmaß geschädigt. Der objektive Unrechtsgehalt der Taten erweist sich daher, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, als nicht unbedeutend.

Das Verschulden des Berufungswerbers 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.

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

Vor dem Hintergrund dieser Strafbemessungskriterien und des zitierten gesetzlichen Strafsatzes erscheinen die ? selbst unter Berücksichtigung der bekannt gegebenen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Berufungswerbers ? von der Erstbehörde ohnehin im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens verhängten Strafen jedenfalls tat- und schuldangemessen, sodass keine Strafherabsetzung in Betracht kam. Auch die Eröffnung des Konkurses über die D. vermochte angesichts der ohnehin niedrig bemessenen Geldstrafen keine Strafherabsetzung zu bewirken. Anzumerken ist, dass es die Erstbehörde unterlassen hat, zu den Spruchpunkten 2.) und

3.) jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen. Dem erkennenden Senat war es angesichts des Verschlechterungsverbot es jedoch verwehrt, im Berufungsverfahren diesbezüglich erstmals Ersatzfreiheitsstrafen auszusprechen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Zuletzt aktualisiert am**

28.09.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)