jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Wien 2011/08/23 06/FM/9/6220/2010

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.08.2011

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch seine Mitglieder Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Wartecker als Berichter und Dr. Schweiger als Beisitzer über die Berufung 1.) des Herrn Rudolf B. und 2.) der V. Pension AG, beide vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht, Bereich Integrierte Aufsicht, Zl. FMA-PL012.100/0001-LAW/2009, vom 8.6.2010, betreffend eine Übertretung des Pensionskassengesetzes, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher 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 die verletzte Rechtsvorschrift ?§ 20 Abs 4 Pensionskassengesetz, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 107/2007 iVm § 46a Abs 1 Z 16 Pensionskassengesetz, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 48/2006? lautet. Zudem sind die Absätze 4 sowie 6 - 8 im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses zu streichen.

Hingegen wird die Geldstrafe von 10.000,-- Euro auf 7.000,-- Euro sowie die im Falle der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen auf 70 Stunden herabgesetzt.

Die Strafsanktionsnorm lautet: ?§ 46a Abs 1 dritter Strafsatz Pensionskassengesetz, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 48/2006?

Gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG wird der erstinstanzliche Verfahrenskostenbeitrag nunmehr mit 700,-- Euro, das sind 10 % der verhängten Geldstrafe, festgesetzt.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis weist folgenden Spruch auf:

?Sehr geehrter Herr Dir. B.!

1. Sie sind seit 01.01.1994 Vorstandsmitglied der Ö. AG, nach der im Firmenbuch am 10.03.2010 eingetragenen Änderung der Firma nunmehr V. Pension AG (in der Folge kurz ?V.?), FN 73..., mit Sitz in Wien, E.-Gasse. Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, folgendes zu verantworten:

V. hat per 30.06.2008 die Veranlagungs- und Risikogemeinschaft X3 (Veranlagungs- und Risikogemeinschaft U. ? in der Folge kurz ?VRG X3?) gebildet. Ab dem 30.06.2008 hat V. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge der U. Versicherungen AG in die VRG X3 hereingenommen. Die VRG X3 wies daher bereits am 30.06.2008 ein Vermögen in Höhe von EUR 19.095.454,00 auf. Diese Hereinnahme von Pensionskassenbeiträgen stellt ein Pensionskassengeschäft iSd § 1 Abs 2 PKG dar.

Der bewilligte Geschäftsplan der V. (§ 20 PKG) hat folgende Struktur: Es gibt einen allgemeinen Teil, der auf sämtliche VRG anzuwenden ist, und jeweils spezielle Teile als besondere Geschäftsplanabschnitte für jede einzelne VRG. Der

allgemeine Teil verweist auf die speziellen Teile; die speziellen Teile verweisen wiederum zurück auf den allgemeinen Teil (z.B. hinsichtlich ?Arten der angebotenen Leistungen?). Die V. regelt beispielsweise in Punkt 7.1. des allgemeinen Teils des Geschäftsplans, dass ?eine der folgenden Wahrscheinlichkeitstafeln im jeweiligen speziellen Kapitel einer VRG festgelegt werden kann? (Beilage./14), sodass hier für jede VRG die Wahl im Einzelfall getroffen wird. Ohne bewilligten Geschäftsplanabschnitt gab es aber für die VRG X3 keine Festlegung der Wahrscheinlichkeitstafel. Gleiches gilt für die Regelungen in Punkt 7.2. ?Sicherheitszuschläge?, Punkt 7.3. ?Risikoprüfung?, 7.4. ?Risikozuschläge?, Punkt 8. ?Rechnungszins?, Punkt 9. ?Rechnungsmäßiger Überschuss? jeweils des allgemeinen Teils, die ebenfalls auf die in den speziellen Teilen zu treffenden Regelungen verweisen (Beilage./14).

Der Geschäftsplan einer VRG ist somit nur in der Zusammenschau von allgemeinem Teil und speziellem Teil ersichtlich. Die einzelnen Geschäftsplanabschnitte bilden integrierende Bestandteile des Geschäftsplans iSd § 20 PKG. Für eine neu gebildete VRG gibt es bei diesem Aufbau zunächst noch keinen anwendbaren Geschäftsplan. V. hat für die VRG X3 bis zum 31.12.2008 keinen eigenen Geschäftsplanabschnitt gebildet. Vom 30.06.2008 bis zu diesem Zeitpunkt wurde ohne entsprechende Regelung im Geschäftsplan der Geschäftsplanabschnitt der VRG X2 angewendet.

Die Bewilligung eines eigenen Geschäftsplanabschnittes der VRG X3 wurde erst am 30.12.2008 bei der FMA beantragt. In weiterer Folge brachte V. (infolge Bemängelungen des Antrags vom 30.12.2008 durch die FMA) den Antrag am 03.03.2009 neuerlich ein. Mit Bescheid der FMA vom 15.06.2009 wurden die durch den neuen Geschäftsplanabschnitt bewirkten Änderungen des Geschäftsplans bewilligt. Bereits ab 31.12.2008 ist jedoch der neue Geschäftsplanabschnitt VRG X3 zur Anwendung gekommen. Wenn für die Pensionskassengeschäfte der VRG X3 der Geschäftsplanabschnitt einer anderen VRG verwendet wird, so ist auch dies im Geschäftsplan festzuhalten und diese Änderung des Geschäftsplans von der FMA bewilligen zu lassen. Gemäß § 20 Abs 4 PKG ist jede Änderung des Geschäftsplans der FMA zur Bewilligung vorzulegen. Die Bewilligung ist jedenfalls abzuwarten, bevor weitere Schritte gesetzt werden.

Für die VRG X3 gab es im Zeitraum vom 30.06.2008 bis zum 15.06.2009 keinen bewilligten Geschäftsplan. Die festgestellten Pensionskassengeschäfte finden somit im bewilligten Geschäftsplan der V. keine Grundlage.

Die von V. an ihrem Unternehmenssitz im Zeitraum vom 30.06.2008 bis zum 15.06.2009 durchgeführten Pensionskassengeschäfte der VRG X3 entsprachen daher nicht dem bewilligten Geschäftsplan, sodass diese gemäß § 46a Abs 1 Z 16 PKG eine Verwaltungsübertretung begangen hat.

2. Die V. Pension AG haftet für die gegen den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 46a Abs 1 Z 16 PKG unter Heranziehung des § 9 Abs 1 VStG Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt Geldstrafe von 10.000,00 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tage Freiheitsstrafe von

Gemäß §§ 9, 16, 40ff VStG iVm §§ 46a Abs 1 Z 16 PKG'

In der dagegen im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung der Berufungswerber form- und fristgerecht eingebrachten Berufung wird wie folgt ausgeführt:

?In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsachen erheben sämtliche Beschuldigte wie auch die Haftende gegen die ihnen bzw ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreterin am 9.6.2010 zugestellten Straferkenntnisses der Österreichischen Finanzmarktaufsicht vom 8.6.2010 GZ FMA-PL012. 100/0001-LAW/2009 (im Folgenden kurz ?Straferkenntnisse?), innerhalb offener Frist nachstehende

Berufung

und führen diese wie folgt aus:

Die Straferkenntnisse werden zur Gänze sowohl dem Grunde nach als auch hinsichtlich der Höhe der verhängten Strafen angefochten.

I. Mangelndes Parteiengehör:

1. Mit den angefochtenen Straferkenntnissen hat die Österreichische Finanzmarktaufsicht (im Folgenden kurz ?FMA?) jeweils unter Punkt 2 des Spruches die Haftung der Haftenden für die über die Beschuldigten verhängten Strafen ausgesprochen.

2. Die Haftende war bis zur Zustellung der Straferkenntnisse in das gegen die Beschuldigten geführte Verwaltungsstrafverfahren nicht eingebunden, insbesondere wurde ihr seitens der FMA zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit gegeben, zu den erhobenen Vorwürfen, für die sie haftet, Stellung zu nehmen.

3. Seit dem Erkenntnis des verstärkten Senats vom 21.11.2000 (99/09/0002, VwSlg 15527 A/2000; vgl auch VwGH 7.8.2001, 98/02/0235) vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass der nach § 9 Abs 7 VStG Haftende Partei jenes Verfahrens ist, in welchem die Grundlage und der Umfang seiner Haftung festgesetzt wird und daher in dieses Verfahren voll einzubinden ist. Die früher in der Rechtsprechung vertretene gegenteilige Auffassung wurde unter anderem unter Hinweis darauf, dass diese Art 6 MRK widerspricht, ausdrücklich aufgegeben.

4. Gegen diese Rechtsprechung hat die FMA im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren verstoßen, weil die Haftende zu keinem Zeitpunkt in das Verfahren vor der FMA einbezogen wurde, weshalb die Straferkenntnisse rechtswidrig sind.

II. Verfolgungsverjährung:

1. Nach 31 Abs 2 VStG iVm § 47a PKG verjähren Verwaltungsübertretungen nach § 46a PKG nach 18 Monaten. Innerhalb dieser Frist muss die Behörde eine Verfolgungshandlung nach § 31 Abs 2 VStG gesetzt haben, anderenfalls die Verfolgung einer Peron unzulässig ist (§ 31 Abs 1 VStG).

2. Nach § 32 Abs 3 VStG gelten Verfolgungshandlungen gegen ein zur Vertretung nach außen berufenes Organ auch als Verfolgungshandlung gegen die anderen zur Vertretung nach außen Berufenen und die verantwortlichen Beauftragten. Gleiches gilt auch für Verfolgungshandlungen gegenüber Unternehmern hinsichtlich deren verantwortlichen Beauftragten. Jedoch gilt eine Verfolgungshandlung gegen ein zur Vertretung nach außen berufenes Organ nicht auch als Verfolgungshandlung gegenüber der juristischen Person, zu deren Organ es bestellt worden ist.

3. Wenn nun aber nach dem im Punkt I.3 zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 21.11.2000 (99/09/0002, VwSlg 15527 A/2000) die Haftende Parteistellung im Strafverfahren gegen den nach § 9 Abs 1 VStG Verantwortlichen genießt, muss auch gegen sie innerhalb der in 31 Abs 2 VStG iVm § 47 a PKG normierten Frist eine taugliche Verfolgungshandlung gesetzt worden sein. Den auch für die Haftende handelt es sich um nichts anderes als die Verhängung einer Strafe, wenn sie für die über ihre ehemaligen und aktuellen zur Vertretung nach außen berufenen Organe verhängten Strafen haftet. Daher ist es unter teleologischen Gesichtspunkten, insbesondere dem Schutz des Vertrauens darauf, nach Ablauf einer gesetzlich normierten Frist nicht mehr für eine in der Vergangenheit liegende Verwaltungsübertretung belangt zu werden, notwendig, dass auch gegen die Haftende eine taugliche Verfolgungshandlung gesetzt wird, insbesondere für aufgrund der gemäß § 24 VStG Anwendung findender Regeln des § 8 AVG (VwGH 21.11.2000, 99/09/0002, VwSlg 15527 A/2000).

4. Wie bereits in sämtlichen Rechtfertigungen der Beschuldigten ausgeführt, hat die Haftende mit Schreiben vom 29.7.2008 der FMA die Bildung der Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahren bildenden VRG X3 angezeigt. Damit hatte die FMA Kenntnis davon, dass die Haftende aus ihrer Sicht seit dem 30.6.2008 Pensionskassengeschäfte betreibt, die nicht dem bewilligten Geschäftsplan entsprechen.

5. Da es sich bei dem Bilden der VRG X3 ? nach der, wenn auch bestrittenen Ansicht der FMA ? ohne bewilligten Geschäftsplan der Haftenden um ein Zustandsdelikt handelt, wurde dies mit Abschluss der ?verpönten? Handlung verwirklicht. Somit hätte die FMA gegen die Haftende bis spätestens 31.12. 2009 eine taugliche Verfolgungshandlung setzen müssen. Da als erste, als taugliche Verfolgungshandlung zu wertende Maßnahme gegen die Haftende die Zustellung der Straferkenntnisse gegen die Beschuldigten zu werten ist ? alle anderen zuvor gesetzten Maßnahmen gelten gemäß § 32 Abs 3 VStG nicht als ihr gegenüber gesetzt -, sind die angefochtenen Straferkenntnisse schon aus diesem Grund ersatzlos zu beheben.

6. Selbst wenn davon ausgegangen werden sollte, dass es sich bei der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung um ein Dauerdelikt handeln sollte, hätte dies der Beschuldigte Mag. Dr. Johannes Z. ab seinem Ausscheiden aus dem Vorstand der Haftenden mit 15.10.2008 nicht mehr zu verantworten. Für ihn ist der Beginn der Verjährung selbst unter diesem

Gesichtspunkt spätestens mit diesem Zeitpunkt anzusetzen. Selbst in diesem Fall hätte eine taugliche Verfolgungshandlung bis spätesten 15.4.2010 auch gegenüber der Haftenden gesetzt werden müssen, was ? wie bereits unter Punkt ll. 5 ausgeführt ? ebenfalls nicht der Fall war.

7. Da infolge Verletzung des Parteiengehörs gegenüber der Haftenden innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist des 31 Abs 2 VStG iVm § 47a PKG keine taugliche Verfolgungshandlung gemäß § 32 Abs 2 VStG gesetzt worden ist, sind sämtliche Straferkenntnisse, insbesondere aber das gegen den Beschuldigten Mag. Dr. Johannes Z. ergangene, rechtswidrig.

III. Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit:

1. In den Straferkenntnissen führt die FMA aus, dass Herr Dr. Hartwig S. nicht zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 VStG bestellt worden sei, weshalb ihn keine Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die Haftende treffen würde. Dies ist jedoch aus den nachstehenden Gründen unrichtig:

2. Nach § 46a Abs 1 PKG ist zu bestrafen, wer als Verantwortlicher einer Pensionskasse die näher bezeichneten Straftatbestände erfüllt hat. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit verweist § 46a Abs 1 PKG auf § 9 VStG. Nach § 9 Abs 1 VStG haften die zur Vertretung einer juristischen Person nach außen Berufenen aber nur dann für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen. Somit bedarf es eines gesonderten Bestellungsaktes nach § 9 Abs 2 VStG nur dann, wenn nicht bereits die entsprechenden Verwaltungsvorschriften selbst eine Sonderregelung hinsichtlich der Person des Haftenden treffen. Derartige Sondervorschriften enthalten zB die GewO 1994 hinsichtlich des gewerberechtlichen Geschäftsführers, das AWG 2002 hinsichtlich des abfallrechtlichen Geschäftsführers, das MinroG hinsichtlich des Betriebsleiters, etc. Eine solche Sondernorm enthält auch § 20a PKG hinsichtlich des Aktuars. Denn dieser ist nach§ 20a Abs 1 PKG für die Erstellung des Geschäftsplanes der Pensionskasse und die Überwachung von dessen Einhaltung verantwortlich. Damit trifft den Aktuar nach § 9 Abs 1 VStG auch die strafrechtliche Haftung für die Einhaltung der ihm gemäß§ 20a Abs 1 PKG übertragenen Aufgaben, weshalb es für diesen Aufgabenbereich keines gesonderten, über § 20a Abs 4 PKG hinausgehenden Bestellungsaktes nach § 9 Abs 2 VStG bedarf, welcher in solchen Fällen nicht anwendbar ist (vgl ua VwgH 1.7.1997, 97/04/0063).

4. Dass für die Einhaltung des Geschäftsplans der Aktuar auch verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit ähnlichen Vorschriften, die eine Sonderhaftung vorsehen. Denn gleich einem gewerberechtlichen Geschäftsführer darf der Aktuar nicht gerichtlich vorbestraft sein und dürfen keine Gewerbeausschlussgründe nach § 13 Abs 1 bis 6 GewO 1994 vorliegen. Ebenso hat die FMA für den Fall, dass der bestellte Aktuar nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, Aufsichtsmaßnahmen nach § 33 Abs 6 PKG zu setzen (§ 20a Abs 4 PKG). Es wäre nun aber völlig unverständlich, wenn der Gesetzgeber an die Person des Aktuar zumindest gleich strenge Anforderungen wie die eines gewerberechtlichen Geschäftsführers stellt und dessen Bestellung der Kontrolle durch die Pensionskassenaufsicht unterstellt, ohne daran auch die gleichen Konsequenzen zu knüpfen, eben die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit. Auch ein Vergleich mit den Anforderungen an die Vorstandsmitglieder von Pensionskassen (§ 9 Z 9 ff PKG) macht die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Person des Aktuar beigemessen hat, deutlich, weil das Anforderungsprofil an diesen, wenn auch mit anderen fachlichen Voraussetzungen, dem der Vorstandsmitglieder einer Pensionskasse entspricht. Gerade wegen seiner besonderen fachlichen Voraussetzungen ist es aber notwendig, dass er auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für die Erstellung und Einhaltung des weitgehend mathematischen Geschäftsplan der Pensionskasse (§ 20 Abs 2 PKG) trägt.

5. Die im konkreten Fall erhobenen, wenn auch unzutreffenden Vorwürfe der verspäteten Geschäftsplaneinrichtung bzw. der Durchführung von Pensionskassengeschäften, die nicht dem bewilligten Geschäftsplan entsprechen, sind daher nicht den Beschuldigten als ehemaligen bzw aktuellen Vorstandsmitgliedern zur Last zu legen, sondern allenfalls Herrn Dr. Hartwig S. als nach § 20a Abs 1 PKG bestellten Aktuar und damit für die Einhaltung der dort geregelten Bestimmungen nach § 46a Abs 1 PKG iVm § 9 Abs 1 VStG Verantwortlichen.

6. Die FMA geht dagegen zu Unrecht davon aus, dass es für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Herrn Dr. Hartwig S. eines gesonderten Bestellungsaktes bedurft hätte. Dies wäre aber nur dann notwendig gewesen, wenn diesen nicht bereits Kraft des § 20a Abs 1 PKG als verwaltungsstrafrechtlicher Sondervorschrift die Verantwortung für den Geschäftsplan der Haftenden treffen würde. Die angefochtenen Straferkenntnisse sind daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

IV. Aufgabenverteilung im Vorstand:

1. Die Beschuldigten haben in ihren Rechtfertigungen vorgebracht und auch belegt, dass zwischen den Mitgliedern des Vorstandes der Haftenden eine Ressortaufteilung besteht, nach der die Abteilung Kundenservice, die für das Erstellen, die Änderung und die Überwachung des Geschäftsplans verantwortlich ist, in den Zuständigkeitsbereich des Erstbeschuldigten, Herrn Dir. Rudolf B., fällt. Leiter dieser Abteilung Kundenservice ist Herr Dr. Hartwig S., der Arbeitnehmer der Haftenden und als gemäß § 20a PKG bestellter Aktuar der Haftenden auch gesetzlich für die Erstellung des Geschäftsplans der Haftenden sowie dessen Einreichung bei der FMA zuständig ist. Herr Dr. Hartwig S. ist seit 4.7.1990 Arbeitnehmer der Haftenden und als kompetenter und zuverlässiger Aktuar und auch Prüfaktuar der FMA bekannt. Herr Dr. S. ist auch Aktuar und Prüfaktuar bei anderen Pensionskassen sowie Vorstandsmitglied der Ba. Pensionskassen AG. Die Beschuldigten, insbesondere der Zweit- und der Drittbeschuldigte als ressortunzuständige - ehemalige und aktuelle - Vorstandsmitglieder, konnten davon ausgehen und tun dies auch weiterhin, dass Herr Dr. S. die ihm übertragenen Aufgaben zeitgerecht und kompetent erledigt. Nach der genannten Ressortaufteilung zwischen den Mitgliedern des Vorstands der Haftenden liegt die Verantwortung für das Erstellen, die Änderung und die Überwachung des Geschäftsplans bei der Abteilung Kundenservice, die in den Verantwortungsbereich des Erstbeschuldigten fällt. Diese seit jeher praktizierte Ressortaufteilung im Vorstand der Haftenden wurde dann am 18.11.2008 vom Aufsichtsrat der Haftenden als Ressortverteilung des Vorstandes beschlossen.

Zum Beweis hierfür haben die Beschuldigten die Interne Zuständigkeitsliste, einen Ausschnitt der Stellenbeschreibung von Herrn Dr. Hartwig S. und einen Ausschnitt aus dem Protokoll der Aufsichtsratssitzung vom 18.11.2008 vorgelegt, alles Beilagen der Rechtfertigungen der Beschuldigten, sowie die Einvernahme der Beschuldigten als Parteien und von Herrn Dr. Hartwig S. als Zeugen beantragt.

Weiters haben der Zweit- und der Drittbeschuldigte in ihren Rechtfertigungen vorgebracht, dass sie im konkreten Fall keinen Anlass hatten, an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung des Erstbeschuldigten zu zweifeln, insbesondere gab es für sie keinerlei Hinweise auf ein allfälliges tatsächliches oder drohendes Fehlverhalten seinerseits nach dem PKG.

2. Auf das in Punkt IV.1 dargestellte Vorbringen und die dafür vorgelegten und angebotenen Beweise ist die FMA nicht weiter eingegangen, weil nach ihrer Rechtsansicht nur eine satzungsgemäße Aufgabenteilung innerhalb des Vorstands einer Aktiengesellschaft die Verantwortung der ressortunzuständigen Vorstandsmitglieder auszuschließen vermag.

3. Diese Rechtsansicht der FMA ist nicht nur praxisfern, weil kaum eine Satzung einer Aktiengesellschaft eine Aufgabenverteilung enthält, sondern widerspricht auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

Denn entgegen der FMA vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass jegliche auch formfreie Geschäftsverteilung zwischen den Mitgliedern eines mehrgliedrigen Kollegialorgans beachtlich und wirksam ist (VwGH 18.11.1991, 90/15/0123). Insbesondere sind die Organe selbst berechtigt, die Aufgaben unter sich aufzuteilen, solange eine Kompetenzaufteilung durch ein anderes Gesellschaftsorgan fehlt. Diese zunächst zu Geschäftsführern einer GmbH entwickelten Grundsätze gelten auch bei Aktiengesellschaften, so dass auch deren Vorstandsmitglieder jederzeit eine eigene formfreie Geschäftsverteilung beschließen können, solange keine durch die Satzung selbst oder durch den Aufsichtsrat angeordnet wird (VwGH 25.9.1992, 91/17/0134 unter Verweis auf OGH 10.1.1978,3 Ob 536/77).

4. Besteht nun aber, wie in Punkt IV.3 dargestellt, eine wirksame und beachtliche Geschäftsverteilung zwischen Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, dann haftet nur mehr jenes Vorstandsmitglied, in dessen Aufgabenbereich die Verwaltungsübertretung begangen wurde (VwGH 28.5.1986, 84/13/0246). In diesem Fall haften die anderen, ressortunzuständigen Vorstandsmitglieder jedenfalls nicht mehr, wenn für sie kein Anlass vorgelegen hat, an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung des nach der Ressortverteilung zuständigen Vorstandsmitglieds zu zweifeln (VwGH 25.9.1992, 91/17/0134).

5. Mit dem diesbezüglichen Vorbringen und angebotenen Beweisen der Beschuldigten hat sich die FMA in keiner Weise auseinandergesetzt, weshalb die gegen den Zweit- und den Drittbeschuldigten ergangenen Straferkenntnisse mit einem schwerwiegenden Verfahrensmangel behaftet sind. Darüber hinaus sind diese Straferkenntnisse auch rechtswidrig, weil sie von einer tatsächlich nicht bestehenden Verantwortlichkeit des Zweit- und des Drittbeschuldigten für die vorgeworfene Verwaltungsübertretung ausgehen.

V. Fehlen eines strafbaren Tatbestandes:

1. Die FMA wirft den Beschuldigten vor, Pensionskassengeschäfte durchgeführt zu haben, die nicht dem bewilligten Geschäftsplan entsprechen. Dieser Vorwurf ist aber schon nach dem Spruch der Straferkenntnisse unzutreffend.

2. Wie die FMA selbst festgestellt hat, wurde die VRG X3 unter Anwendung des Geschäftsplanabschnitts der VRG X2 verwaltet. Der Geschäftsplanabschnitt wie auch der allgemeine Teil des Geschäftsplans der Haftenden sind nun aber Teil des gesamten genehmigten Geschäftsplans der Haftenden. Wenn die Pensionskassengeschäfte für die VRG X3, wie die FMA selbst festgestellt hat, unter Anwendung des genehmigten Geschäftsplans bzw Geschäftsplanabschnitts der VRG X2 durchgeführt worden sind, dann "entsprechen" diese gerade dem bewilligten Geschäftsplan, womit der Verwaltungsstraftatbestand des § 46 Abs 1 Z 16 PKG nicht erfüllt ist.

3. Schon unter teleologischen Gesichtspunkten ist klar, dass § 46 Abs 1 Z 16 PKG nur das Verwalten von Pensionskassenzusagen ohne genehmigten Geschäftsplan sanktionieren soll. Damit soll vermieden werden, dass Pensionskassen ohne genehmigten Geschäftsplan Pensionskassenzusagen abschließen und diese somit ohne jegliche Grundlage verwalten. Liegt nun aber ein genehmigter Geschäftsplan vor und wendet die Pensionskasse diesen auf bestehende oder auch neu gegründete VRGen an, betreibt sie Pensionskassengeschäfte, die dem bewilligten Geschäftplan entsprechen.

4. Grund für die rechtsirrige Auffassung der FMA ist, dass diese davon ausgeht, dass eine Pensionskasse für jede gebildete VRG einen eigenen Geschäftsplan oder zumindest einen eigenen Geschäftsplanabschnitt haben muss. Dies widerspricht jedoch § 20 Abs 1 PKG, wonach eine Pensionskasse einen Geschäftsplan zu erstellen hat und zwar unabhängig davon, ob sie eine oder mehrere VRGen gebildet hat. Auch § 46 Abs 1 Z 16 PKG geht von einem Geschäftsplan der Pensionskasse aus und nicht mehreren. Denn dort ist die Rede davon, dass Pensionskassengeschäfte nicht dem - somit einem - bewilligten Geschäftsplan entsprechen und nicht davon, dass Pensionskassengeschäfte nicht einem von mehreren bewilligten Geschäftsplänen entsprechen.

Es hat sich zwar die Praxis gebildet, den einheitlichen Geschäftsplan in einen allgemeinen Teil und spezielle Teile aufzuteilen, jedoch vermag diese Praxis nichts daran zu ändern, dass dies kein gesetzliches Erfordernis ist.

5. Dass das Bilden einer eigenen VRG nicht zwingend eine Änderung des Geschäftsplans bedeutet, ergibt sich bereits aus § 12 Abs 2 PKG, der das Bilden von VRGen an keine gesonderte Bewilligung knüpft, und insbesondere § 36 Abs 1 Z 8 PKG, wonach jede Bildung einer gesonderten VRG der FMA schriftlich anzuzeigen ist. Wenn nun die Bildung einer neuen VRG zwingend eine Änderung des Geschäftsplans zur Folge hätte, somit vor Genehmigung der diesbezüglichen Geschäftsplanänderung nicht errichtet werden dürfte, hätte diese Bestimmung keinen Regelungsgegenstand. Denn wenn die Bildung einer neuen VRG die Bewilligung einer Geschäftsplanänderung zur Voraussetzung hätte, wäre die Anzeigepflicht nach § 36 Abs 1 Z 8 PKG sinnlos, weil die FMA dann von einem Vorgang zu verständigen wäre, von dem sie aufgrund der eingereichten Geschäftsplanänderung ohnehin bereits Kenntnis hätte.

Damit im Einklang steht auch die Praxis der Vergangenheit, damals noch des Bundesministeriums für Finanzen als Aufsichtsbehörde. Wie der Zeuge Dr. Hartwig S. bei seiner Einvernahme (ON 13) ausgeführt hat, wurden bereits die VRG 10 auf der Grundlage des Geschäftsplans der VRG 7 und die VRG 8 auf der Grundlage des Geschäftsplans der VRG 6 geführt. Diese Vorgänge wurden von der Haftenden dem Bundesministerium für Finanzen angezeigt, von diesem jedoch nicht zum Anlass genommen, ein Verfahren zur Bewilligung einer Geschäftsplanänderung einzuleiten. Somit ist auch die Pensionskassenaufsicht nicht davon ausgegangen, dass das Bilden einer VRG bzw das Verwalten derselben nach dem Geschäftsplan(abschnitt) einer anderen VRG eine Änderung des Geschäftsplans der Pensionskasse bedeutet (vgl hierzu auch die Punkte VIA und VI1.1). Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Erst- und Drittbeschuldigte mit Bescheid der FMA vom 27.10.2008 zur GZ FMA-PL012.100/ 0001-LAW/2008 wegen eines vergleichbaren Sachverhalts ermahnt worden sind. Denn bereits in diesem Verfahren haben der Erst- und der Drittbeschuldigte in ihrer Rechtfertigung vom 24.9.2008 klar ihre, im gegenständlichen Verfahren aufrecht erhaltene Rechtsmeinung zum Ausdruck gebracht, dass das Bilden einer VRG keine Änderung des Geschäftsplans bedeutet. Lediglich aus ökonomischen Gründen und weil die ausgesprochenen Ermahnungen keine Strafe sind (vgl dazu unten Punkt VI1.1), haben sie damals davon Abstand genommen, Berufung gegen die Ermahnungen zu erheben.

6. Es obliegt der jeweiligen Pensionskasse, ob sie alle ihre Anwartschafts- und Leistungsberechtigten in einer VRG - einer "Super-VRG" - oder ob sie diese in verschiedenen VRGen verwaltet. Materiell ist dies ohne Bedeutung, weshalb das Bilden einer neuen VRG an eine bloße Anzeige nach § 36 Abs 1 Z 8 PKG geknüpft ist und keine Bewilligung. Relevant im Hinblick auf § 46 Abs 1 Z 16 PKG ist bloß, ob die Verwaltung einem bewilligten Geschäftsplan entspricht.

Gerade das war bei der VRG X3 der Fall, die nach dem bewilligten Geschäftsplan der VRG X2 verwaltet worden ist. Denn ob die Haftende die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten der U. (VRG X3) zunächst in die VRG X2 aufgenommen sowie nach deren Geschäftsplanabschnitt verwaltet und erst nach Bewilligung des Geschäftsplanabschnitts der VRG X3 mit den betroffenen Anwartschafts- und Leistungsberechtigten die VRG X3 gebildet hat oder ob sie gleich die VRG X3 gebildet und diese bis zur Bewilligung des entsprechenden Geschäftsplanabschnitts nach dem Geschäftsplanabschnitt der VRG X2 verwaltet hat, macht materiell keinen Unterschied, abgesehen davon, dass die unterjährige Ausgliederung der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten der U. von der VRG X2 in die VRG X3 nach § 12 Abs 5 PKG nicht zulässig gewesen wäre. Auch vermag die FMA nicht anzugeben, warum diese Sachverhalte unterschiedlich zu werten seien, sondern argumentiert diesbezüglich ausschließlich unter formalen, nicht nachvollziehbaren Gesichtspunkten.

7. Soweit die FMA davon ausgeht, dass die Haftende die VRG X3 ab dem 1.1. 2009 bereits nach dem eingereichten, aber nicht bewilligten Geschäftsplanabschnitt bzw dem neuen Geschäftsplan aufgrund der geänderten Rechnungsgrundlagen verwaltet hätte, ist diese Feststellung unrichtig. Denn aus der Aussage des Zeugen Dr. Hartwig S. (ON 13) lässt sich entnehmen, dass die VRGen der Haftenden ab 1.1.2009 lediglich bilanziell so dargestellt worden sind, als würden der neue Geschäftsplan bzw Geschäftsplanabschnitt bereits gelten, die Verwaltung erfolgte aber weiterhin aufgrund des bestehenden, bewilligten Geschäftsplans und damit hinsichtlich der VRG X3 nach dem bewilligten Geschäftsplanabschnitt der VRG X2 und dem bewilligten allgemeinen Teil des Geschäftsplans.

8. Somit haben die Beschuldigten kein strafbares Verhalten gesetzt, indem sie die VRG X3 nach dem Geschäftsplan der VRG X2 verwaltet haben.

VI. Mangelndes Verschulden:

1. Wie bereits unter Punkt V.5 ausgeführt, hat die Haftende bereits in der Vergangenheit VRGen nach den Geschäftsplänen bzw Geschäftsplanabschnitten anderer VRGen verwaltet, ohne dass dies die Aufsichtsbehörde zum Anlass genommen hat, ein Bewilligungsverfahren über die Änderung des Geschäftsplans einzuleiten. Daher konnten die Haftende und die Beschuldigten als ihre ehemaligen und aktuellen Organe davon ausgehen, dass ihre Rechtsansicht auch von der Aufsichtsbehörde geteilt wird. Wenn nun aber die Aufsichtsbehörde in der Vergangenheit die Rechtsmeinung der Haftenden bzw der Beschuldigten akzeptiert hat, mag diese auch tatsächlich falsch sein, und sie erst jetzt eine andere Rechtsansicht vertritt, so befanden sich die Beschuldigten diesbezüglich in einem schuldausschließenden Irrtum, weswegen eine allfällige Verwaltungsübertretung nicht strafbar ist (VwGH 19.11. 2002, 2002/21/0096, ua).

2. Wie bereits in den Rechtfertigungen ausgeführt, wurde die Bildung der VRG X3 mit Schreiben der Haftenden vom 29.7.2008 der FMA angezeigt. Ab diesem Zeitpunkt bis zur Bewilligung des geänderten Geschäftsplans mit Bescheid der FMA vom 15.6.2009 standen die zuständigen Mitarbeiter der Haftenden, insbesondere auch Herr Dr. S., im laufenden Kontakt und Abstimmungsprozess mit der zuständigen Abteilung der FMA. Mit E-Mail vom 11.9.2008 kündigte Herr Dr. S. der FMA unter anderem die Einreichung des Geschäftsplanabschnitts für die VRG X3 bis 30.9.2008 an. In dieser E-Mail wurde noch davon ausgegangen, dass die - wie bereits mehrfach ausgeführt: nicht zwingende - Geschäftsplanänderung betreffend die VRG X3 gesondert von der Änderung des Geschäftsplans wegen der Umstellung der Rechnungsgrundlagen erfolgt. Um zu vermeiden, dass zunächst für die Neugründung der VRG X3 eine - aus Sicht der Haftenden und der Beschuldigten nicht zwingend notwendige - Geschäftsplanänderung eingereicht wird und dann kurz darauf aufgrund der geänderten Rechnungsgrundlagen eine weitere Einreichung wegen der neuerlichen Geschäftsplanänderung erfolgen muss, wodurch zwei Genehmigungsverfahren durchzuführen gewesen wären, wurde mit der FMA abgestimmt, beide Änderungen, wiewohl die eine nicht zwingend ist, in einem zur Bewilligung einzureichen, um den Aufwand für alle Beteiligten in Grenzen zu halten. Dem entsprechend wurde seitens der Haftenden der FMA am 29.9.2008 ein Entwurf der bevorstehenden Geschäftsplanänderung übermittelt (S 2 der ON 1). Dieser Entwurf wurde im Oktober 2008 von der FMA mit Herrn Dr. S. besprochen. Nach Abstimmung erfolgte dann am 30.12.2008 der "offizielle" Antrag auf Änderung des Geschäftsplans, der in weiterer Folge geändert werden musste, bis am 15.6.2009 die Bewilligung durch die FMA erteilt worden ist (zum weiteren Verlauf vgl auch die Historie auf S 2 der ON 1).

Beweis: E-Mail von Herrn Dr. Hartwig S. vom 11.9.2008. Dies zeigt, dass alle Schritte in Bezug auf die VRG X3 wie auch die Änderung des Geschäftsplans wegen der neuen Rechnungsgrundlagen immer in laufender Kommunikation mit der zuständigen Abteilung der FMA gesetzt wurden. Auch war der FMA der 2. Quartalsbericht der Haftenden zum

30.6.2008 (Beilage ./17) bekannt, der hinsichtlich der VRG X3 ein Vermögen von EUR 19,095.454,00 auswies. Daher konnten die Beschuldigten, insbesondere der ressortzuständige Erstbeschuldigte, auch nicht davon ausgehen, dass dies zu einer Strafbarkeit führen könnte (so auch die Aussage des Erstbeschuldigten bei seiner Einvernahme am 9.4.2010; ON 12). Vielmehr wäre zu erwarten gewesen, dass die FMA Maßnahmen setzt. Wären derartige Maßnahmen erfolgt bzw hätten die Beschuldigten Kenntnis davon erlangt, dass die FMA diese Vorgehensweise, nämlich Gründung der VRG X3 und Verwalten dieser unter dem für die VRG X2 geltenden Geschäftsplanabschnitt nicht billigt, hätten noch allenfalls Maßnahmen gesetzt werden können. So hätten die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten rückwirkend in die VRG X2 aufgenommen werden können, um die Verwaltung der Pensionskassenzusage nicht nur auf Basis des für diese geltenden Geschäftsplanabschnittes, sondern auch formell innerhalb dieser VRG durchzuführen. Es ist zwar nicht ersichtlich, welchen materiellen Unterschied dies gemacht hätte, jedoch hätte dieses Vorgehen den formalistischen Anforderungen der FMA offenbar Genüge getan. Dies sollte auch unter dem Gesichtspunkt des § 12 Abs 5 PKG zulässig sein, weil für die VRG X3 noch kein bilanzmäßiger Abschluss vorgelegen hat, somit kein Grund bestanden hat, die Hineinnahme der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten dieser VRG X3 nur zum Bilanzstichtag zuzulassen (Erl zu Novelle BGBl Nr 755/1996). Der Fall wäre gleich dem der Aufnahme von Anwartschafts- und Leistungsberechtigten aufgrund einer neuen Pensionskassenzusage in eine bestehende VRG mit dem einzigen Unterschied der rückwirkenden Eingliederung.

Da die FMA jedoch keinerlei Maßnahmen gesetzt hat und auch nicht einmal informell mitgeteilt hat, dass das Bilden der VRG X3 unzulässig sei, konnten die Beschuldigten, wiederum insbesondere der Erstbeschuldigte, davon ausgehen, dass dieses Vorgehen mit der FMA akkordiert ist. Dies schließt ein Verschulden ebenfalls aus.

3. Der Zweitbeschuldigte wurde erst am 15.10.2008 zum Vorstandsmitglied der Haftenden bestellt. Zu diesem Zeitpunkt war die aus Sicht der FMA begangene Verwaltungsübertretung bereits verwirklicht. Abgesehen vom Zugestehen einer "Einarbeitungsphase", welche Handlungsmöglichkeiten hätte der Zweitbeschuldigte bei Kenntnis der Rechtsansicht der FMA gehabt? Nachdem das Vermögen der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten der U. bereits zum Stichtag 30.6.2008 in die VRG X3 übertragen war, wäre - nach Rechtsansicht der FMA - mangels bewilligten Geschäftsplans wohl nur die Rückübertragung dieses Vermögens an die

U. in Betracht gekommen, allenfalls die in Punkt VI.2 beschriebenen Maßnahmen. Ersteres hätte einerseits dem geschlossenen Pensionskassenvertrag widersprochen und wäre gleichzeitig die U. gegenüber den einbezogenen Anwartschafts- und Leistungsberechtigten vertragsbrüchig geworden. Weiters hätte dies wohl komplizierte bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsansprüche zur Folge gehabt, die jedenfalls nicht im Interesse der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten gelegen wären. Ob Maßnahmen, wie in Punkt VI.2 beschrieben, insbesondere unter zeitlichen Aspekten noch möglich gewesen wären, kann dahingestellt bleiben, weil auch bei diesen Maßnahmen fraglich ist, ob sie dem Interesse der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten gedient hätten. Da nun aber gerade die Interessen der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten ein Aufsichtsziel des § 33 Abs 1 PGK sind und dieses Ziel wohl höher zu werten ist, als der FMA ihre Prüfungstätigkeit zu erleichtern (vgl den zweiten Absatz auf S 9 der jeweiligen Straferkenntnisse), musste der Zweitbeschuldigte die Weiterführung der VRG X3 aufgrund eines nach Ansicht der FMA nicht genehmigten Geschäftsplans hinnehmen, insbesondere wo zu diesem Zeitpunkt bereits sämtliche Schritte zur Einleitung des Bewilligungsverfahrens in die Wege geleitet waren (vgl hierzu oben Punkt VI.2). Das Handeln des Zweitbeschuldigten war somit nicht rechtswidrig (VwGH 19.11.1964 Slg 6496 A; 8.11.1973 Slg 8491 A), was seine Bestrafung ausschließt.

4. In einem früheren Verfahren wurden der Erst- und der Drittbeschuldigte bei einem ähnlichen Sachverhalt von der FMA zur GZ FMA-PL012.100/0001-LAW/2008 mit Schreiben der FMA vom 28.8.2008 aufgefordert, sich zu den darin genannten Vorwürfen zu rechtfertigen. Die Rechtfertigung des Erst- und des Drittbeschuldigten erfolgte mit Schreiben vom 24.9.2008 und haben sie ihren Rechtsstandpunkt, insbesondere dass es sich bei der Gründung einer neuen VRG um keine Maßnahme handelt, die zwingend eine Geschäftsplanänderung zur Folge hat, ausführlich dargelegt und begründet. Dass die FMA dieser Rechtsansicht nicht folgt, war dann erst aufgrund der Ermahnung vom 27.10. 2008 bekannt (s hierzu auch Punkt VI1.1). Sowohl im Zeitpunkt der Aufforderung zur Rechtfertigung (28.8.2008) wie auch im Zeitpunkt des Ausspruches der Ermahnung (27.10.2008) war aber die VRG X3 bereits gegründet, so dass sich für den Erst- und Drittbeschuldigten, wiewohl der Drittbeschuldigte nicht zuständig war, die Frage stellte, welche Handlungsmöglichkeiten sie gehabt hätten. Diesbezüglich kann auf obiges Vorbringen zu Punkt VI.3 verwiesen werden. Beim Drittbeschuldigten kommt hinzu, dass er bei Ausspruch der Ermahnung am 28.10.2008 nicht mehr

Vorstandsmitglied der Haftenden war, weshalb er weder rechtlich noch faktisch die Möglichkeit hatte, auf diese Ermahnung, insbesondere im Sinne eines "Wohlverhaltens" zu reagieren. Somit war auch das Handeln des Erst- und des Drittbeschuldigten nicht rechtswidrig. Darüber hinaus hatte der Drittbeschuldigte schon aus rechtlichen Gründen keine Handlungsmöglichkeiten mehr, weil er als Organ der Haftenden ausgeschieden war, weshalb ihm auch kein Verschulden angelastet werden kann.

Schließlich kann dem Erst- und dem Drittbeschuldigten, obwohl Letzterer - wie bereits mehrfach ausgeführt wurde - unzuständig war, auch nicht vorgeworfen werden, auf die aus ihrer Sicht unzutreffende Rechtsansicht der FMA nicht rechtzeitig reagiert zu haben. Denn die im zuvor genannten Verfahren ergangenen Aufforderungen zur Rechtfertigung stammen vom 28.8.2008 und am 29.9. 2008 wurde der FMA von der Haftenden ein Entwurf der Geschäftsplanänderung übermittelt (vgl oben Punkt VI.2 sowie S 2 der ON 1), womit jedenfalls keine vorwerfbare Untätigkeit bzw kein nicht rechtzeitiges Reagieren auf eine für die Beschuldigten überraschende Rechtsansicht der FMA (vgl Punkt V1.1) vorliegt. Dies gilt im Übrigen gleichermaßen für den Zweitbeschuldigten.

VII. Fehlerhafte Strafbemessung:

1. Bei der Strafbemessung hat die FMA in den gegen den Erst- und den Drittbeschuldigten ergangenen Straferkenntnissen als erschwerend berücksichtigt, dass diese von der FMA mit Bescheiden vom 27.10.2008 zur GZ FMA-PL012.100/0001LAW/2008 ermahnt worden sind. Als erschwerend dürfen aber nur rechtskräftig verhängte Strafen berücksichtigt werden (VwGH 1.7.1981, 81/03/0061, uva). Eine Ermahnung iSd § 21 VStG ist nun aber gerade keine Strafe (VwGH 19.5.1993, 92/09/0381), weshalb die Ermahnungen beim Erst- und beim Drittbeschuldigten nicht als Erschwerungsgrund hätten berücksichtigt werden dürfen.

2. Gerade weil die oben in Punkt VI1.1 genannten Ermahnungen nicht als Strafen gelten, sind auch der Erst- und der Drittbeschuldigte verwaltungsstrafrechtlich unbescholten, was als Milderungsgrund zu werten gewesen wäre.

3. Wie bereits in den Rechtfertigungen der Beschuldigten ausgeführt wurde, bestand zu keinem Zeitpunkt auch nur die geringste Gefährdung der Rechte der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten der U. (VRG X3), eben weil diese nach dem Geschäftsplan der VRG X2 verwaltet worden sind, und ist auch tatsächlich keinerlei Schaden eingetreten. Somit hätte berücksichtigt werden müssen, dass die Folgen einer allfälligen Übertretung des PKG als nicht gegeben, jedenfalls aber als bloß geringfügig anzusehen sind. Dies hat die FMA bei der Strafbemessung außer acht gelassen.

4. Die Aufsichtsziele des PKG (vgl § 33 Abs 1 PKG) sind vornehmlich die Interessen der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten. Dass diese nicht gefährdet waren, hat die FMA in den Straferkenntnissen selbst festgestellt (zweiter Absatz auf S 9). Demgegenüber ist dem PKG nicht zu entnehmen, dass es Aufgabe der Pensionskassen wäre, der FMA ihre Aufsichtstätigkeit zu erleichtern. Gerade diesen Grund, nämlich die vermeintliche Beeinträchtigung ihrer Prüfungstätigkeit, hat die FMA wohl als Erschwerungsgrund gewertet, weshalb sie auch in diesem Punkt die Strafzumessung unrichtig ausgeübt hat.

5. Aus den in den vorangehenden Punkten ausgeführten Gründen hat die FMA über alle Beschuldigten zu hohe Strafen verhängt.

VIII. Sonstige Verfahrensmängel:

1. Der Drittbeschuldigte hat am 14.8.2009 eine eigenständige Rechtfertigung bei der FMA eingebracht, welche die FMA offenbar unberücksichtigt gelassen hat, weil diese bei den erhobenen Beweisen, insbesondere im gegen den Drittbeschuldigten ergangenen Straferkenntnis keine Erwähnung findet. Dies wird ausdrücklich als Verfahrensmangel gerügt.

2. Sowohl in den Rechtfertigungen des Erst- und des Zweitbeschuldigten wie auch in der Rechtfertigung des Drittbeschuldigten wurde die Einvernahme der Beschuldigten als Parteien beantragt. Einvernommen wurde aber bloß der Erstbeschuldigte, so dass der Zweit- und der Drittbeschuldigte keine Möglichkeit hatten, persönlich zu den erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen und insbesondere die Aufgabenverteilung im Vorstand der Haftenden darzulegen. Damit wurde das Parteiengehör verletzt, zumindest aber liegt ein schwerwiegender Verfahrensmangel vor.

IX. Anträge:

Somit stellen die Beschuldigten und die Haftende den

A N T R A G 1. die Berufungsbehörde möge der Berufung Folge geben, die angefochtenen Straferkenntnisse ersatzlos beheben und das Strafverfahren gegen sämtliche Beschuldigten einstellen in eventu

2. die Berufungsbehörde möge die angefochtenen Straferkenntnisse dahingehend abändern, dass von der Verhängung einer Strafe abgesehen und es allenfalls bei einer Ermahnung belassen wird

in eventu

3. die Berufungsbehörde möge die angefochtenen Straferkenntnisse dahingehend abändern, dass die Strafen schuld- und tatangemessen unter Berücksichtigung der Einkommensverhältnisse der Beschuldigten herabgesetzt werden.?

Anlässlich der am 19.1.2011 vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien durchgeführten Berufungsverhandlung (welche aufgrund des sachlichen Zusammenhanges gemeinsam zu den GZ: UVS-06/FM/9/6221/2010 und GZ: UVS-06/FM/9/6223/2010 bzw. UVS-06/FMV/9/303/2011 und UVS-06/FMV/9/304/2011 ? Berufungswerber Mag. Br. und Mag.Dr. Z. bzw. V. Pension AG durchgeführt wurde) wurde wie folgt zu Protokoll genommen:

Auf die Verlesung des gesamten Akteninhaltes (erstinstanzlicher und UVS-Akt) wird verzichtet. Dieser gilt somit als verlesen.

Der BWV erklärt, nicht nur die Beschuldigten sondern auch die Haftungspflichtige Gesellschaft V. Pension AG, im folgenden V. genannt, zu vertreten und erklärt, dass er genügend Zeit zur Vorbereitung zur Verhandlung hatte und keinen Einwand dagegen hat, dass in der heutigen Verhandlung die Berufungen der Beschuldigten und der V. behandelt werden. Der BWV verweist auf das bisherige gesamte Vorbringen im Verfahren. Er betont, dass der Strafbestand gegenständlich nicht das Unterlassen der Einholung einer Bewilligung für eine allfällige Änderung oder Ergänzung des Geschäftsplanes, sondern vielmehr die Durchführung von Pensionskassengeschäften ohne bewilligtem Geschäftsplan ist. Da die gegenständlichen Pensionskassengeschäfte im Hinblick auf die VRG X3 auf der Basis des bewilligten Geschäftsplanes ? in concreto wurde der Geschäftsplanabschnitt für die VRG X2 angewendet ? erfolgten, ist der Tatbestand, der den BW zur Last gelegt wird, schon aus diesem Grund nicht erfüllt.

Außerdem wir betont, dass innerhalb des Vorstandes der V. eine Zuständigkeitsverteilung bestand und für die in Rede stehenden Geschäfte ausschließlich der BW Rudolf B. zuständiges Vorstandsmitglied war. Da die anderen beiden beschuldigten Vorstandsmitglieder keine Veranlassung hatten, die gesetzmäßige Ressortführung ihres Kollegen Direktor B. in Zweifel zu ziehen, trifft sie jedenfalls kein Verschulden. Der Vertreter der FMA betont, dass aus der Sicht der FMA der wesentliche Punkt der ist, dass die V. einen Geschäftsplan hat, der so strukturiert ist, dass für verschiedene VRG´s jeweils verschiedene Regelungen zur Anwendung kommen und daher die Hereinnahme einer neuen VRG für die Behörde nicht erkennen lässt, in welcher Form der Geschäftsplan zur Anwendung kommt, sodass in diesem Fall aus der Sicht der Aufsichtsbehörde vor Hereinnahme einer neuen VRG eine Änderung des Geschäftsplanes in der Weise erforderlich ist, dass feststeht, in welcher Form der bewilligte Geschäftsplan auf die neue VRG zur Anwendung kommt.

Dem hält der BWV entgegen, dass es auf die Erkennbarkeit, in welcher Form der bewilligte Geschäftsplan auf die neue VRG angewendet wird, gegenständlich nicht ankommt, sondern lediglich darauf dass ein bewilligter Geschäftsplan vorlag und auf die neu hereingekommene VRG auch angewendet wurde.

Außerdem wird nochmals betont, dass weder für die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten noch für sonstige Personen ein Schaden entstanden ist. Befragt, ob eine Änderung des speziellen Teiles des Geschäftsplanes dahingehend, dass auf die VRG X3 die Vorgaben, die für die VRG X2 gelten zur Anwendung kommen, bewilligungsfähig gewesen wäre, antwortet der Vertreter der FMA, dass dies zutrifft.

Der Bw B. führt aus:

In der V. gab es im Tatzeitraum 32 VRG´s. Davon gab es 3 VRG´s mit weniger als 1000 Anwartschafts- und Leistungsberechtigten (AWB). Mehr solcher VRG´s sind gesetzlich nicht zugelassen und waren auch nicht beantragt. Daher wäre es hinsichtlich der AWB´s der U., bei denen nicht feststand, ob die gesetzliche Grenze der 1000 AWB´s erreicht werden würde, nicht sicher, dass überhaupt eine eigene VRG gegründet werden könnte. Daher wurde für diese zunächst die VRG X2, bei der es sich um eine Allgemeine VRG handelt, in Aussicht genommen. Erst als sich abzeichnete, dass die Grenze von 1000 AWB´s überschritten werden kann, wurde eine eigene VRG X3 gebildet. Dass die notwendige Größe erreicht wird, war erst kurz vor dem Stichtag am 30.6.2008 bekannt.

Über Befragen des Beisitzenden:

Natürlich wäre es sowohl rechtlich als auch fachlich möglich gewesen, für die AWB´s der U. keine eigene VRG zu bilden, sondern sie zunächst der allgemeinen VRG X2 zuzuweisen. Auch eine spätere Trennung wäre rechtlich möglich wenn auch wirtschaftlich aufwendig gewesen. Allerdings ist festzuhalten, dass gerade in diesem Jahr 2008 Seitens der U. der Wunsch bestand, nach Möglichkeit eine eigene VRG mit eigenem Veranlagungsschema zu erhalten. Dieser Wunsch war für uns nachvollziehbar, weshalb wir, sobald absehbar war, dass mehr als 1000 AWB´s zusammen kommen, die VRG X3 für die U. gegründet haben. Der Vertreter der FMA bekräftigt, dass es rechtlich sehr wohl zulässig gewesen wäre, die AWB´s der U. zunächst der VRG X2 zuzuordnen und später zum Bilanzstichtag (Jahresende) für diese AWB´s eine eigene VRG zu gründen. Dies geschähe in der Praxis durchaus. Dir. B. gibt dazu an, dass sich im Nachhinein für die AWB´s der U. diese Vorgangsweise als vorteilhaft erwiesen hat, weil ein besseres Veranlagungsergebnis erzielt wurde. Es ist zwar die Veranlagungsstrategie nicht im Geschäftsplan vorgegeben, doch gibt es je VRG nur 1 gemeinsames Veranlagungsergebnis.

Der FMA-Vertreter führt aus, dass die Veranlagungsstrategie von der FMA zwar nicht zu genehmigen ist, der FMA jedoch gemäß § 25a PKG bekannt zu geben ist für die jeweilige VRG. Vom BW Z. wird diesbezüglich festgehalten, dass die gemäß § 25a PKG angezeigten Grundsätze für die Veranlagung bei den VRG´s 12 u. 32 ident waren. Vom BW Br. wird ergänzt, dass unbeschadet der gleichen Veranlagungsgrundsätze im Sinne des § 25a PKG die Veranlagungen im einzelnen Abweichungen aufweisen können und unterschiedlich zusammengesetzt sein können und daher auch unterschiedliche Ergebnisse herauskommen können.

Der BW Z. bringt noch vor, dass durch die im Detail unterschiedlich zusammengesetzte Veranlagung der VRG X2 und der VRG X3 in keiner Weise präjudiziert war, dass nicht zum Bilanzstichtag noch rückwirkend (ex tunc) die AWB´s der VRG X3 jener der VRG X2 zugeordnet werden hätte können. In diesem Zusammenhang betont der BW, dass er am 15.10.2008 aus dem Vorstand ausgeschieden ist und daher keinen Einfluss mehr darauf hatte, ob am Bilanzstichtag, wo erstmals die Relevanz gegeben war, rückwirkend ab 30.06.2008 auf die AWB´s der U. die VRG X2 angewendet wird. Eine solche Vorgangsweise mit rückwirkender Zuordnung einer Gruppe von AWB´s zu einer bestimmten VRG entsprach der Praxis und wird auch von der FMA in der Begründung des Straferkenntnisses im zweiten Abs auf Seite 7 so vermerkt.

Der Vertreter der FMA bringt dazu vor, dass aus den Quartalsberichten der V. über das 2. Quartal 2008 hervorgeht, dass bereits Pensionskassengeschäfte für eine neugegründete VRG X3 ab 30.06.2008 vorgenommen wurden.

Der BW Z. bringt vor, dass der Quartalsbericht nachträglich berichtigt hätte werden können.

Außerdem sei die im Straferkenntnis zum Ausdruck kommende Rechtsansicht nicht vorhersehbar gewesen. Dazu ist zu betonen, dass zu Zeiten der Zuständigkeit des BMF es gängige Praxis war, dass eine VRG gegründet wird und später rückwirkend zum Bilanzstichtag eine andere Zuordnung vorgenommen wird. Es stimmt zwar, dass ich eine Ermahnung in einem anderen Verfahren betreffend die P. AG erhalten habe, dies war allerdings erst nach meinem Ausscheiden aus dem Vorstand. Der Vertreter der FMA legt den die Ermahnung der BW B. und Z. betreffenden Akt vor, der vom Vorsitzenden verlesen wird. Daraus ergibt sich, dass beide Ermahnungen vom 27.10.2008 datieren.

Der BW Br. betont, dass er überhaupt nicht ermahnt wurde und auch nicht von Beginn an in den gegenständlichen Sachverhalt eingebunden war. Er sei lediglich vom BW B. informiert worden, dass es bezüglich der VRG X3 Gespräche zwischen dem Aktuar Dr. S. und der FMA gäbe. Er selbst habe keine Veranlassung gehabt, die Rechtmäßigkeit der diesbezüglichen Vorgänge und das korrekte Verhalten des Aktuars und seines Vorstandskollegen in Zweifel zu ziehen.

Er habe sich daher nicht veranlasst gesehen, weitere Nachforschungen zu stellen, um seiner Verantwortung als Vorstand gerecht zu werden. Der BW Z. betont, dass auch er keinerlei Veranlassung hatte, die Korrektheit und Rechtmäßigkeit des Vorgehens des Aktuars und seines Vorstandskollegen bezüglich der VRG X3 in Zweifel zu ziehen und diesbezüglich spezielle Nachforschungen anzustellen. Dass es hier Probleme geben könnte, sei ihm erst aufgefallen, als er durch die Aufforderung zur Rechtfertigung bzw. die Ermahnung im Zusammenhang mit einem anderen Verfahren von der Rechtsansicht der FMA Kenntnis erlangt hatte.

Schon in Reaktion auf die AZR im Ermahnungsverfahren habe er den Aktuar auf die Problematik aufmerksam gemacht und sich versichert, dass dieser mit der FMA eine Lösung erarbeitet. Dies, obwohl der BW Z. damals nicht zuständiges Vorstandsmitglied war. Der BWV bringt vor, dass vor der Zuständigkeit der FMA das BMF durchaus die Praxis akzeptiert

hat, dass Abschnitte des Geschäftsplanes auf neugegründete VRG´s angewendet werden, ohne dass der Geschäftsplan geändert und die Änderung bewilligt werden musste. Der BW B. bringt vor, dass er von Beginn an, dass heißt seit Anfang Juli 2008 mit dem Aktuar Dr. S. in Kontakt getreten ist und diesem die Wichtigkeit einer Änderung des Geschäftsplanes durch Aufnahme eines speziellen Geschäftsplanabschnittes für die VRG X3 vor Augen geführt hat. Daraufhin sei der Aktuar auch unverzüglich mit der FMA in Kontakt getreten und habe entsprechende Eingaben vorbereitet. Dass die Änderung des Geschäftsplanes sowie vor allem deren Bewilligung sich dann bis Juni 2009 hinausgezogen hat, liege vor allem daran, dass am 15.6.2008 die Aktuarsvereinigung neue Rechnungsgrundlagen, nämlich neue Sterbetafeln für die Pensionskassen veröffentlicht hat und es notwendig war, auf dieser Basis den Geschäftsplan für alle VRG´s anzupassen. Der Vertreter der FMA bestätigt, dass die Bewilligung deutlich schneller hätte erteilt werden können, wenn es nur um die Aufnahme eines neuen speziellen Abschnittes für die VRG X3 gegangen wäre. Er bestätigt auch die vom BW B. dargelegte Kontaktaufnahme mit der FMA durch den Aktuar betreffend die VRG X3.

Der Vertreter der FMA beantwortet die Frage des BWV, von wem es ausging, dass die Beantragung einer Änderung des Geschäftsplanes für die VRG X3 mit der Änderung des Geschäftsplanes für andere VRG´s zusammengelegt werden hätte sollen, dass dies nicht von der FMA ausgegangen sei. Ganz im Gegenteil wäre es von der FMA vorgezogen worden, noch vor der Gesamtänderung des Geschäftsplanes einen Teiländerungsantrag hinsichtlich der VRG X3 bearbeiten zu können, da so eine Änderung nach Ansicht der FMA bereits am 30.6.2008 erforderlich gewesen wäre.

Der Beschuldigte B. betont noch, dass die FMA über den Aktuar ohnedies schon frühzeitig in Kenntnis über die Vorgangsweise bei der VRG X3 gesetzt war, und daher der Eintritt eines Schadens bzw. die Beeinträchtigung von Interessen des AWB´s nicht zu befürchten war. Es wurde auch der Aufsichtsbehörde nicht ihre Tätigkeit erschwert. Die Frage des BWV, ob eine Bestimmung im Geschäftsplan der Art, dass für eine neue VRG, solange für diese noch kein spezieller Abschnitt im Geschäftsplan vorgesehen ist, der Abschnitt für die VRG X2 anzuwenden ist, genehmigt würde, wird vom Vertreter der FMA dahingehend beantwortet, dass ein solcher Vorschlag grundsätzlich genehmigungsfähig erscheint.

Seitens der FMA-Vertreter wird betont, dass die Pensionskassen eine besondere Bedeutung im Hinblick auf die Altersversorgung von Arbeitnehmern haben und vor diesem Hintergrund die Aufsichtsbehörden in die Lage versetzt werden müssen, über alle Informationen zu verfügen, die notwendig sind, um das Funktionieren der Pensionskassen aufsichtsbehördlich sicher zu stellen.

In seiner Schlussausführungen gibt der Berufungswerbervertreter an:

Der BWV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und betont, dass zunächst der objektive Tatbestand der den BW´s zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nicht verwirklicht wurde. Sollte doch von einer Verwirklichung des Tatbestandes ausgegangen werden, trifft die strafrechtliche Verantwortung nicht die Beschuldigten, sondern den Aktuar. Sollte auch dieser Auffassung nicht gefolgt werden, trifft jedenfalls die Beschuldigten Br. und Z. kein Verschulden, da sie ihrer Aufsichts- und Kontrollpflicht in vollem Umfang nachgekommen sind und sie für den Bereich der Straftat ressortmäßig nicht zuständig waren. Außerdem konnten alle Beschuldigten vor dem Hintergrund der bisherigen Behördenpraxis darauf vertrauen, nicht rechtswidrig zu handeln.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 1 Abs 2 erster Satz Pensionskassengesetz (PKG), BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 8/2005 bestehen Pensionskassengeschäfte in der rechtsverbindlichen Zusage von Pensionen an Anwartschaftsberechtigte und in der Erbringung von Pensionen an Leistungsberechtigte und Hinterbliebene sowie in der damit verbundenen Hereinnahme und Veranlagung von Pensionskassenbeiträgen (§ 16).

Unter der Überschrift ?Geschäftsplan? heißt es im PKG, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 107/2007 (auszugsweise) wie folgt:

?§ 20. (1) Die Pensionskasse hat einen Geschäftsplan zu erstellen. Versicherungstechnische Risiken, die die Pensionskasse auf Grund des Geschäftsplanes nicht selbst tragen kann, sind über Versicherungsunternehmen abzudecken.

(2) Der Geschäftsplan hat sämtliche zum Betrieb des Pensionskassengeschäftes erforderlichen Angaben und Parameter zu enthalten, insbesondere:

1.

Die Arten der angebotenen Leistungen;

2.

die Darlegung der Verhältnisse, die für die Wahrung der Belange der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten und für die Beurteilung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen der Pensionskasse erheblich sind;

3. die Rechnungsgrundlagen (Wahrscheinlichkeitstafeln, Rechnungszins, vorgesehener rechnungsmäßiger Überschuß);

4.

die Art und Führung der Schwankungsrückstellung;

5.

die Berechnung des durchschnittlichen Vermögens der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft sowie die Aufteilung des zugeordneten Vermögens und des zugeordneten durchschnittlichen Vermögens auf die Gruppen von Anwartschafts- und/oder Leistungsberechtigten;

6. die Grundsätze und Formeln für die Berechnung der Pensionskassenbeiträge und der Leistungen; diese sind durch Zahlenbeispiele zu erläutern;

7. die Formeln für die Berechnung des Mindestertrages gemäß § 2 Abs 2 und 3 oder gegebenenfalls einen Verweis auf die Verordnung der FMA gemäß § 2 Abs 4;

8.

die Formeln für die Berechnung der zugeordneten Vermögensteile gemäß § 17 Abs 4;

9.

die grundsätzliche Zulässigkeit einer Bewertung gemäß § 23 Abs 1 Z 3a und jener Modus, der für die Berechnung eines Auszahlungsbetrages erforderlich ist.

.....

(4) Der Geschäftsplan sowie jede Änderung des Geschäftsplanes bedürfen der Bewilligung der FMA; diese kann mit entsprechenden Auflagen und Fristen versehen werden. Der Geschäftsplan sowie jede Änderung des Geschäftsplanes sind vom Prüfaktuar zu prüfen; dem Antrag auf Bewilligung ist der Bericht des Prüfaktuars über das Prüfungsergebnis anzuschließen. Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn der Geschäftsplan den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik entspricht, wenn die Belange der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten ausreichend gewahrt werden und insbesondere die Verpflichtungen aus den Pensionskassenverträgen als dauernd erfüllbar anzusehen sind. Die Pensionskasse hat der FMA das Vorliegen dieser Umstände nachzuweisen.

.....?

Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) einer Pensionskasse Pensionskassengeschäfte durchführt, die nicht dem bewilligten Geschäftsplan entsprechen, begeht, 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 30 000 Euro zu bestrafen (§ 46a Abs 1 Z 16 PKG, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 107/2007).

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Berufungswerber war zur verfahrensrelevanten Zeit (30.6.2008 bis 25.9.2009) und darüber hinaus bereits ab 1.1.1994 Vorstandsmitglied der Ö. AG (in der Folge: Ö.), einer überbetrieblichen Pensionskasse iSd § 4 PKG, mit Sitz in Wien, E.-Gasse, und

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

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at