

TE UVS Wien 2012/09/03 06/FM/29/538/2012

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.09.2012

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 des Herrn Claus-Dieter F., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht, Bereich Integrierte Aufsicht, vom 16.12.2011, Zl. FMA-WL00722.100/0002-LAW/2011, betreffend zwei Übertretungen des WAG 2007, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.04.2012 entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das Straferkenntnis mit folgender Maßgabe bestätigt, dass im Tatvorwurf zu Punkt I.1.) die Wendung ?bis jedenfalls zum Zeitpunkt der Vorortprüfung des Unternehmens durch die FMA zwischen 07. und 09.09.2009? ersetzt wird durch die Wendung ?bis zum 09.09.2009? und der zweite Absatz (?Sie waren ? zu verfassen?) entfällt. Im Zitat der Übertretungsnorm zu Punkt I.1.) wird der Ausdruck ?BGBI. I Nr. 37/2010? ersetzt durch den Ausdruck ?BGBI. I Nr. 39/2009?.

Hingegen werden die Geldstrafen zu Punkt I.1.) auf 1.000,-- Euro und zu Punkt I.2.) auf 2.500,-- Euro, die Ersatzfreiheitsstrafen im Fall der Uneinbringlichkeit zu Punkt I.1.) auf 12 Stunden und zu Punkt I.2.) auf 24 Stunden, herabgesetzt. Die Strafsanktionsnorm zu Punkt I.1.) lautet: ?§ 95 Abs. 2 zweiter Strafsatz WAG 2007 BGBI. I Nr. 60/2007 idF BGBI. I Nr. 39/2009?. Die Strafsanktionsnorm zu Punkt I.2.) lautet: ?§ 95 Abs. 2 erster Strafsatz WAG 2007 BGBI. I Nr. 60/2007 idF BGBI. I Nr. 37/2010?.

Der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wird gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit insgesamt 350,-- Euro festgesetzt, d. s. 10 % der Geldstrafen. Gemäß § 65 VStG ist kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zur Last gelegt:

?I. Sie sind seit 01.02.2006 Geschäftsführer der G. GmbH, einer Wertpapierfirma gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 und 3 WAG und damit eines Rechtsträgers gemäß § 15 Abs. 1 WAG, mit der im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsanschrift La.-gasse, Wien und den Büroräumlichkeiten in der Kr.-straße, Wien.

In dieser Funktion haben Sie gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBI 1991/52 idGf, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die

G. GmbH,

1. vom 01.01.2008 bis jedenfalls zum Zeitpunkt der Vor-Ort-Prüfung des Unternehmens durch die FMA zwischen 07. und 09.09.2009 unterlassen hat gemäß § 19 Abs. 2 Z 2 iVm § 21 Abs. 2 WAG schriftlich und regelmäßig, zumindest einmal jährlich einen Risikomanagementbericht an die Geschäftsleitung zu erstellen. Sie waren bis zum 31.05.2009

Risikomanager und wären in dieser Funktion verpflichtet gewesen, für das Jahr 2008 zumindest einen schriftlichen Bericht an den damaligen zweiten Geschäftsführer Herrn Thomas L. zu verfassen.

2. seit Einführung des GewinnSparplans im März 2009 bis dato unterlassen hat, bei der Vermittlung des GewinnSparplans (nunmehr GewinnPlan), sohin bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, gemäß § 38 WAG ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den §§ 36 bis 51 zu entsprechen.

Gemäß § 39 WAG handelt ein Rechtsträger unter anderem nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen einen Vorteil annimmt (Abs. 1). Vorteile sind insbesondere Gebühren, Provisionen und sonstige Geldleistungen (Abs. 2). Gemäß Abs. 3 ist die Annahme von Vorteilen jedoch zulässig, wenn diese von einem Kunden (Z 1) oder von einem Dritten (Z 2) gewährt wird und

a) die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteiles dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Dienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden und

b) der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln. Die Vermittlungsprovision, die der G. GmbH seitens der Konzernmutter G. Bank AG, sohin gemäß § 39 Abs. 3 Z 2 WAG von einem ?Dritten?, für die Vermittlung des GewinnSparplans gewährt wird, bemisst sich an dem bei diesem Produkt seitens des Kunden an die G. Bank AG zu bezahlenden Ausgabeaufschlag (für den Erwerb von Investmentfonds). Die G. Bank AG verrechnet als Ausgabeaufschlag (AGA) einen gegenüber dem vorgegebenen AGA-Prozentsatz ermäßigten Prozentsatz, der abweichend von der üblichen Vorgangsweise (AGA wird von jeder Ansparrate abgezogen) von der Summe der monatlichen Ansparrabteäge des Kunden über eine Laufzeit von mindestens 7 Jahren berechnet und in gleichen Raten von den ersten 24 Einzahlungsraten abgezogen wird. Nur der Restbetrag wird investiert. Kündigt der Kunde vor Ablauf der 24 Monate, so ist für ihn der gesamte AGA verloren. Der Kunde gelangt damit erst dann in den Genuss des ermäßigten AGA, wenn er die Laufzeit voll einhält. Die Vermittlungsprovision der G. GmbH wird innerhalb der ersten 24 Monate voll ausbezahlt und bei Kündigung des GewinnSparplans innerhalb der ersten 24 Monate anteilmäßig gekürzt.

Die Vermittlung des GewinnSparplans ist wegen der im Vergleich zur herkömmlichen AGA-Berechnung höheren Vermittlungsprovision lukrativer. Daher beeinträchtigte die Art der Berechnung des AGA und damit auch die Art der Berechnung der Provision die G. GmbH dabei, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln. Die Provision ist nicht darauf ausgelegt, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern.

Wegen Übertretung zu I.1.) der §§ 19 Abs. 2 Z 2, 21 Abs. 2 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG, und I.2.) der §§ 38, 39 Abs. 3 Z 2 lit. b iVm 95 Abs. 2 Z 1 WAG wurden über den Beschuldigten zu I.1.) gemäß §§ 95 Abs. 2 Z 2 WAG und 95 Abs. 2 Z 1 eine Geldstrafe von 2.500,- Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag, und zu I.2.) gemäß §§ 95 Abs. 2 Z 2 und 95 Abs. 2 Z 1 WAG eine Geldstrafe von 5.000,- Euro, Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen, verhängt und wurde ein erstinstanzlicher Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 VStG in der Höhe von insgesamt 750,- Euro vorgeschrieben. Zu Punkt II) des Straferkenntnisses wurde verfügt, dass die G. GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Strafe und die Verfahrenskosten haftet. In der gegen das Straferkenntnis erhobenen Berufung wurde (betreffend den Vorwurf zu Punkt I.1.) vorgebracht, es sei richtig, dass der Risikomanagement-Bericht des Jahres 2008 nicht schriftlich, sondern mündlich erfolgt sei. Eine Besonderheit des gegenständlichen Falles liege aber darin, dass Herr F., einer der Beschuldigten, selbst Risikomanagement-Beauftragter und gleichzeitig Geschäftsleiter gewesen sei. Bevor das Risikomanagement auf Mag. Gl. übertragen worden sei, sei Herr F. als Geschäftsleiter mit den Aufgaben gemäß § 19 WAG betraut und u. a. für die Einhaltung des WAG zuständig gewesen. Es sei Aufgabe von Herrn F. gewesen, Themen zur Einhaltung des WAG vorzubereiten und mit Herrn L. vor Ergreifen einer Maßnahme abzuklären. Dadurch sei dem Zweck des § 21 Abs. 2 WAG entsprochen worden, beide Geschäftsleiter seien (mündlich) über allfällige Risiken bzw. über Maßnahmen gegen diese Risiken informiert gewesen.

Betreffend Punkt I.2. des Tatvorwurfs wurde in der Berufung ausgeführt, das Produkt ?Gewinnsparplan? sei auf eine Laufzeit von 7 bis 15 Jahren ausgelegt. Während dieser 7 bis 15 Jahre falle bei vergleichbaren Produkten während der gesamten Behaltedauer ein Ausgabeaufschlag an, wohingegen ein solcher beim Gewinnsparplan schon nach 24 Ansparraten vollständig bezahlt sei. Das Agio sei vergleichsweise geringer, wenn man den empfohlenen

Veranlagungszeitraum einhalte. Da die Vermittlung auf längere Sicht für die G. weniger lukrativ sei als bei herkömmlicher Berechnung des Ausgabeaufschlages fehle es an jedem Anreiz zu pflichtwidrigem Verhalten und es liege eine ?notwendige Zuwendung? iSd § 39 Abs. 3 Z 3 WAG vor. Der Ausgabeaufschlag sei auch darauf ausgelegt, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Dieser sei Entgelt für die erfolgreiche Vermittlung und entstehe der Beratungs- und Vertriebsaufwand unabhängig davon, wie lange der Kunde in das Produkt investiere. Der Berater erbringe seine Leistungen bereits vor Zeichnung durch den Kunden. In der Regel seien mehrere Beratungstermine notwendig, um die Wünsche und Bedürfnisse sowie die persönliche Situation des Kunden zu erheben und das passende Produkt zu finden und zu erklären. Damit die Berater diese Aufgaben ordnungsgemäß erbringen könnten, bedürfe es einer Schulung, die unter anderem durch das Agio finanziert würde. Aus dem Ausgabeaufschlag würden auch die notwendigen Aufwendungen iZm der Erfassung und Bearbeitung der eingehenden Kundenanträge gedeckt. Letztere Tätigkeiten seien auch zu erfüllen, wenn der Kunde nicht die gesamte empfohlene Laufzeit einhalte. Alle Kunden seien vor Vertragsabschluss im Detail über die Höhe und Verrechnung der Provision informiert worden.

Vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien wurde in gegenständlicher Berufungssache am 11.04.2012 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, und zwar wegen des sachlichen Zusammenhangs gemäß § 51e Abs. 7 VStG gemeinsam mit jener in der Berufungssache Thomas L. gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 16.12.2011, Zl.: FMA-WL00722.100/0001-LAW/2011, betreffend den Vorwurf zweier gleichlautender Übertretungen des WAG aufgrund desselben Sachverhalts. Die Beschuldigten Claus-Dieter F. und Thomas L. sind persönlich zur Verhandlung erschienen und haben sich mündlich zu den Tatvorwürfen gerechtfertigt. Ebenso hat an der Verhandlung der gemeinsame Rechtsvertreter der beiden Beschuldigten, RA Dr. B. für die Rechtsanwälte GmbH, teilgenommen. Die haftungsverpflichtete G. GmbH war in der Verhandlung gleichfalls vertreten durch Dr. B. für die Rechtsanwälte GmbH. In Vertretung der Finanzmarktaufsicht hat Mag. M. an der Verhandlung teilgenommen. Es wurde in der Verhandlung der Zeuge Mag. (FH) Livio K., Angestellter der FMA, einvernommen. Von Beschuldigtenseite wurde angegeben, die G. GmbH sei eine 100%-Tochter der G. Bank AG und habe im Jahr 2009 neben den beiden Geschäftsführern zwei Innendienstmitarbeiterinnen und fünf Regionalmanager beschäftigt, wobei letztere mit Akquisition und der Kontaktpflege für die Finanzdienstleistungsassistenten befasst gewesen seien. Die G. sei im Finanzierungs- und Kreditgeschäft sowie im Wertpapiergeschäft in der Vermittlung von Investmentfonds ausschließlich für die G. Bank AG tätig gewesen. Es sei ein Fondsportfolio verschiedener Emittenten vermittelt worden, auf welches je nach den Kundenwünschen in allen beiden von der G. vertriebenen Ansparsparvarianten zugegriffen worden sei. Es habe einen Ansparsparplan mit monatlichem Agio von bis zu 5% (je nach Fonds) gegeben, von dieser Variante des Ansparsparplanes seien bislang 400 Stück verkauft worden. Daneben habe es den hier gegenständlichen Gewinnsparplan mit reduziertem Agio gegeben, allerdings nur bei Einhaltung der Laufzeit und mit den im Tatvorwurf beschriebenen Modalitäten der Berechnung. Von dieser Variante seien bislang 80 Stück verkauft worden. Die G. Bank sei eine Internetbank und wäre es für Kunden auch möglich gewesen, dort in das Fondsportfolio direkt zu investieren, allerdings ohne Beratung. Ob ein Kunde den Ansparsparplan mit monatlich zu zahlendem Agio oder den Gewinnsparplan wählte, sei ausschließlich dessen Entscheidung gewesen.

Mit den Kunden sei zunächst ein Anlegerprofil erstellt und ihre Bedürfnisse und finanziellen Möglichkeiten erörtert worden und seien einem Kunden beide von der G. angebotenen Ansparmöglichkeiten, so auch der Gewinnsparplan, bei dem bei längerfristiger Bindung von der G. Bank ein Rabatt auf den Agio gewährt worden sei, erläutert worden. Eine Vergleichsberechnung sei mit dem Kunden vor Abschluss eines Ansparsparplanes angestellt und dem Kunden die Unterschiede erklärt worden. Eine Tabelle, in der die Werte gegenübergestellt sind, finde sich auch in den dem Antrag zum Gewinnsparplan beigeschlossenen Bedingungen. (Dazu wurde auf Beil./10 im Akt der FMA verwiesen.)

Fondsinvestments der Kunden hätten in einer nicht näher erörterten Anzahl von Fällen als Tilgungsträger für Finanzierungen gedient, die von der G. ebenfalls angeboten worden seien. Dabei sei von einer langfristigen Bindung des Investments auszugehen gewesen, sodass der Kunde vom reduzierten Agio profitieren habe können. Bei vorzeitigem Ausstieg komme es beim Gewinnsparplan tatsächlich zu höheren Kostenbelastungen für den Kunden im Vergleich zum Ansparsparplan mit monatlichem Agio. Die diesbezüglichen Berechnungen der FMA für den Fall des Ausstieges eines Kunden nach zwei Jahren seien richtig. Von den insgesamt 80 vermittelten Gewinnsparplänen sei es in zwei bis drei Fällen zum vorzeitigen Ausstieg des Kunden gekommen. Es habe aber von keinem der Kunden Beschwerden wegen der Berechnung des Agio gegeben. Über Befragen durch die Vertreterin der FMA wurde von

Beschuldigtenseite ergänzt, im Jahr 2009 habe es für den hier gegenständlichen Gewinnsparplan und für das Wertpapierinvestment mit monatlichem Agio separate Antragsformulare gegeben. Der aktenkundige Antrag sei jener des Gewinnsparplanes. Je nach Entscheidung des Kunden sei das eine oder das andere Antragsformular ausgefüllt worden. Beide Beschuldigten gaben weiters an, die für die G. GmbH im Außendienst und der Kundenbetreuung tätigen Finanzdienstleistungsassistenten seien in Form eines Anteiles am Agio entlohnt worden, d. h. in der hier verfahrensgegenständlichen Berechnungsvariante des Gewinnsparplanes hätten diese ihren Anteil am Agio sozusagen früher erhalten.

Der Zeuge K., Angestellter der FMA, gab an, er habe an der gegenständlichen Vorortprüfung teilgenommen und habe in Erinnerung, die Funktion des Risikomanagers sei bis Ende Mai 2009 von einem der Geschäftsleiter ausgeübt worden und sei bis Juni 2009 kein unabhängiges Risikomanagement in der G. GmbH etabliert gewesen. Bezuglich der Einschätzung der FMA hinsichtlich des Erfordernisses einer unabhängigen Risikomanagementfunktion verwies der Zeuge auf den AV vom 6.12.2010, ONr. 1 im Akt der FMA.

Das Modell der Agio Berechnung wie beim gegenständlichen Gewinnsparplan der G. GmbH sei ihm im Rahmen seiner Tätigkeit als Mitarbeiter der FMA bei der Vorortprüfung im September 2009 das erste Mal untergekommen. Bei den ihm bekannten Ansparmödellen von drei namentlich genannten Großbanken sei keine Bindung wie im gegenständlichen Gewinnsparplan vorgesehen.

Die Vertreterin der FMA betonte resümierend, die gegenständliche Berechnungsvariante des Agio beim Gewinnsparplan berge die Gefahr von Interessenskonflikten und sei auch für Kunden nicht zu erkennen, dass bzw. wie dadurch der Verlauf des Beratungsgespräches beeinflusst werde.

Der Rechtsvertreter der Beschuldigten und der Haftungsverpflichteten erklärte demgegenüber, von den Beratern seien die Kunden über die Existenz, die Art und die Höhe des Betrages des Vorteiles vor Erbringung der betreffenden Wertpapierdienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise informiert worden und sei der Vorteil darauf ausgelegt, die Qualität der Dienstleistung zu verbessern.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Der Berufungswerber ist seit 01.02.2006 Geschäftsführer der G. GmbH, einer Wertpapierfirma und somit gemäß 15 Abs. 1 WAG 2007 eines Rechtsträgers iSd 2. Hauptstückes des WAG 2007. Ein verantwortlicher Beauftragter für die Einhaltung des WAG 2007 wurde nicht bestellt.

Zu I.1.):

Gemäß § 19 Abs. 2 WAG 2007, BGBI. I Nr. 60/2007 hat ein Rechtsträger eine unabhängige Risikomanagement-Funktion dauerhaft einzurichten, soweit dies angesichts der Art, dem Umfang und der Komplexität seiner Geschäftstätigkeit sowie der Art und dem Umfang der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten angemessen und verhältnismäßig ist. Diese hat gemäß Z 2 leg. cit. als Aufgabe die Berichterstattung an die Geschäftsleitung gemäß § 21 Abs. 2 leg. cit. und deren Beratung.

Soweit in den §§ 18 bis 20 WAG 2007 die Erstellung von Berichten vorgesehen ist, sind diese gemäß 21 Abs. 2 WAG BGBI. I Nr. 60/2007, schriftlich und regelmäßig, zumindest einmal jährlich zu erstatten. Diese haben eine Zusammenfassung der Tätigkeit der jeweiligen Funktion zu enthalten und es ist insbesondere anzugeben, ob zur Behebung etwaiger Mängel geeignete Maßnahmen getroffen wurden. Sofern ein Rechtsträger über ein Aufsichtsorgan verfügt, sind diese Berichte auch an dieses weiterzuleiten.

Gemäß § 95 Abs. 2 Z 2 WAG BGBI. I Nr. 60/2007 idF BGBI. I Nr. 39/2009 (d. i. die zum Ende der Tatzeit zu I.1.) geltende Fassung) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro zu bestrafen, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 9 bis 11, 13, 16 bis 22, 24 bis 26 oder 67 bis 71 oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 26 Abs. 3, 68 Abs. 3 oder 68 Abs. 4 erlassenen Verordnung der FMA verstößt. Aus dem im Akt der Erstbehörde als ON 1 inliegenden Aktenvermerk vom 6.12.2009 über die vom 7.9.2009 bis 9.9.2009 in den Räumlichkeiten der G. GmbH stattgefundene Vor-Ort-Prüfung wird (auf S 1/10) festgehalten: ?Erst am 15.5.2009 wurde Herr Mag. Markus Gl. als Risikomanager für die G. GmbH bestellt (?). Zum Zeitpunkt der VOP fehlten der G. GmbH eine Risikoevaluierung, Richtlinien in Bezug auf das Risikomanagement und Risikomanagementberichte (?).? Herr Mag. Gl. hat einen Risikomanagementbericht für Oktober 2009 in Aussicht gestellt. Verwiesen wird im Aktenvermerk über die Vorortprüfung weiters auf den Bericht der internen

Revision für das Geschäftsjahr 2008/2009, beinhaltend die dringende Empfehlung, so rasch als möglich einen Risikomanagement-Bericht der G. GmbH zu verfassen. Dieser Empfehlung sei die G. GmbH bis 9.9.2009 nicht nachgekommen. In dem als Blg. 8 im Akt Zl. FMA-WL00722.100/0002-LAW/2011 aktenkundigen Revisionsbericht der Rechtsanwälte GmbH für die G. GmbH für der Geschäftsjahr 2008/2009 findet sich (im Punkt VI.3., S. 10) nach der Feststellung, dass die Geschäftsführer aufgrund der dringenden Empfehlung am 15.5.2009 Herr Mag. Gl. als Risikomanagement-Beauftragten bestellt hätten, die Empfehlung, der neue Risikomanagement-Beauftragte müsse so rasch wie möglich einen Bericht zum Risikomanagement an die Geschäftsführer verfassen und der Geschäftsleitung übermitteln. Schließlich wird auf die im Zuge der Vorortprüfung vorgelegte Blg. 7 im Akt Zl. FMA-WL00722.100/0002-LAW/2011 hingewiesen (?Auszug aus dem Bericht von Price Waterhouse Cooper? für 2008), aus der hervorgeht, dass obwohl im Jahr 2008 kein Risikomanager ernannt gewesen sei, der Aufbau eines Risikomanagements der Größe des Unternehmens und dem Umfang seiner Tätigkeit angemessen wäre.

Fest steht aufgrund dieser Aktenlage sowie des Vorbringens der Beschuldigten, dass im Jahr 2008 und danach bis zum 9.9.2009 in der G. GmbH kein schriftlicher Risikomanagement-Bericht an die Geschäftsleitung erstattet wurde. Dass die Errichtung eines dauerhaften unabhängigen Risikomanagements angesichts der Art, des Umfanges und der Komplexität der Geschäftstätigkeit sowie der Art und des Umfanges der erbrachten Wertpapierdienstleistungen und Anlagetätigkeiten angemessen und verhältnismäßig gewesen wäre, ergibt sich aus den in den oben zitierten Urkunden zum Ausdruck kommenden unternehmensinternen Empfehlungen. Diese sind von den Beschuldigten nicht in Zweifel gezogen worden.

Im Hinblick auf die ausdrückliche Vorschrift des§ 21 Abs. 2 WAG 2007 reicht eine bloß mündliche Information nicht aus, dient doch die Berichtspflicht nicht bloß der laufenden Information der aktuellen Geschäftsleitung, sondern auch der unternehmensinternen Dokumentation in Bezug auf das Risikomanagement. Der objektive Tatbestand der dem Berufungswerber zu Punkt I.1.) angelasteten Tat ist damit erfüllt. In der Tatumschreibung wurde die Tatzeit präzisiert und der für den Tatvorwurf nicht relevante zweite Absatz gestrichen.

Zu I.2.):

Ein Rechtsträger hat gemäß § 38 WAG, BGBI. I Nr. 60/2007, bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den §§ 36 bis 51 zu entsprechen; beim Handel sowie der Annahme und Übermittlung von Aufträgen im Zusammenhang mit Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 Kapitalmarktgesetz ? KMG, BGBI. Nr. 625/1991, ist insbesondere den §§ 39, 40, 41, 42, 47 und 48 zu entsprechen. Gemäß § 39 Abs. 1 WAG, BGBI. I Nr. 60/2007, handelt ein Rechtsträger nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden gemäß § 38, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder annimmt. Vorteile sind gemäß Abs. 2 leg. cit. Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen. Die Gewährung oder Annahme von Vorteilen ist gemäß Abs. 3 leg. cit. jedoch zulässig, wenn diese 1. dem Kunden oder einer in seinem Auftrag handelnden Person oder von einer dieser Personen gewährt werden oder 2. einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person oder von einer dieser Personen gewährt werden und a) die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteiles dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden; ist die Höhe des Betrages nicht feststellbar, so ist die Art und Weise der Berechnung dem Kunden offen zu legen; und b) der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln, oder 3. die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und die ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des Rechtsträgers hervorrufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln.

Gemäß § 95 Abs. 2 Z 1 WAG BGBI. I Nr. 60/2007 idF BGBI. I Nr. 37/2010 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 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.

Die G. GmbH (G.) ist ? wie dies die Beschuldigten in der Berufungsverhandlung erläutert haben - eine 100%-Tochter der

G. Bank AG. Sie beschäftigte im Jahr 2009 neben den beiden Geschäftsführern zwei Innendienstmitarbeiterinnen und fünf Regionalmanager, wobei letztere mit Akquisition und der Kontaktpflege für die Finanzdienstleistungsassistenten befasst gewesen sind. Die Geschäftstätigkeit der G. betraf neben dem Finanzierungs- und Kreditgeschäft die Vermittlung von Investmentfonds, und zwar ausschließlich für die G. Bank AG. Vermittelt wurde im Tatzeitraum ein Fondspotfolio verschiedener Emittenten. Es gab einen Ansparplan mit monatlichem Agio von (je nach Fonds) bis zu 5%, von dem bislang ca. 400 Stück verkauft wurden, sowie den gegenständlichen Gewinnsparplan mit einem - bei Einhaltung der Laufzeit - reduziertem Agio, von dem etwa 80 Stück verkauft wurden. Das Agio ist das Entgelt, welches die G. GmbH von der G. Bank AG für die Vermittlung erhalten hat und wurden von der G. GmbH die für sie im Außendienst und der Kundenbetreuung tätigen Finanzdienstleistungsassistenten in Form eines Anteiles am Agio entlohnt. Die Vermittlungsprovision, die die G. GmbH von der G. Bank AG erhält, bemisst sich an dem von den Kunden eingehobenen Ausgabeaufschlag. Nach den von den Beschuldigten als zutreffend anerkannten Feststellungen der Erstbehörde handelt es sich bei dem seit März 2009 und auch noch bei Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses von der G. GmbH vertriebenen GewinnSparplan (später ?GewinnPlan?) der G. Bank AG um einen Fondssparplan, mit einer Bindung für den Kunden für eine Dauer zwischen 7 und 15 Jahren. Es wird dabei ein - im Vergleich zum Ansparplan mit monatlich zu leistendem Agio - ermäßiger Ausgabeaufschlag (AGA) verrechnet, allerdings auf Basis der fiktiven Ansparzielsumme für die gesamte Laufzeit und ist dieser Betrag zu gleichen Teilen in den ersten 24 Monaten zu leisten bzw. wird der Ausgabeaufschlag von den ersten 24 Einzahlungsraten abgezogen. Nur der Restbetrag der monatlichen Ansparbeträge wird in Investmentfonds investiert. Eine auch nur anteilige Refundierung dieses Kundenentgelts bei vorzeitiger Beendigung oder Reduktion der Einzahlungsrate ist ausgeschlossen. Beispielhaft ergibt sich bei einer Sparleistung von 100,- Euro monatlich und einer Laufzeit von 7 Jahren als Berechnungsgrundlage für den Ausgabeaufschlag (AGA), also der Provision der G. GmbH, ein Betrag von 8.400,- Euro, (d. s. 1.200,- Euro Ansparzielsumme p. a. mal 7 Jahre). Entsprechend dem (laut Antragstabelle reduzierten) AGA von 4,32% ergibt sich für den Kunden ein AGA in Höhe von insgesamt 362,88 Euro. Bei der Ansparvariante mit monatlichem Agio, von 5 %, wären dies über eine Laufzeit von 7 Jahren 420,- Euro, wovon allerdings im Zeitraum der ersten 24 Monate (siehe Mindestbindung beim GewinnSparplan) für einen Kunden aus dem monatlich zu zahlenden Agio von 5 % eine Provisionsbelastung von in Summe 120,- resultiert. Bei einer beispielhaft angenommen Sparleistung von 100,- monatlich ergäbe sich bei Auflösung des Vertrages schon nach einem Jahr etwa bei der Ansparvariante mit monatlichem Agio eine Gesamtprovision der G. Bank AG an die G. GmbH von 60,- Euro, beim gegenständlichen Gewinnsparplan hingegen von 181,44 Euro. Erst gegen Ende der Laufzeit von 7 - 15 Jahren ergibt sich beim Gewinnsparplan aufgrund des ermäßigten AGA eine geringere Provisionsbelastung des Kunden als bei monatlich zu zahlendem Agio.

Die Tathandlung des Verbots in § 39 Abs. 1 WAG 2007 besteht darin, dass der Rechtsträger -im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder (hier relevant) annimmt. Ein solcher Zusammenhang besteht bei allen finanziellen Anreizen, die potenziell geeignet sind, einen Interessenskonflikt des Wertpapierdienstleisters bei Ausführung dieser Dienstleistungen auszulösen (siehe Gruber/N. Raschauer, WAG, Band 1 ? Kommentar, 2009, LexisNexis, Rz 5 zu § 39). Die Annahme von Vorteilen von Dritten ist nach § 39 Abs. 3 Z 2 WAG nur unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig, nämlich dass der Vorteil zu einer Qualitätsverbesserung der Dienstleistung führt, der Vorteil kein Interessenskonfliktpotenzial entfaltet und dem Kunden gegenüber offengelegt wird. Dritter iSd § 39 Abs. 3 Z 2 WAG ist jede natürliche und juristische Person außerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen dem Rechtsträger und dem Kunden (a.a.O., Rz 10 und 11 zu § 39). Die Gewährung bzw. Annahme von Vorteilen an/von Unternehmen innerhalb eines Konzerns fallen auch nicht unter die Ausnahme des § 39 Abs. 3 Z 1 WAG. Der Leistende/Annehmende solcher ?intergroupinducements? ist für die Anwendung des § 39 als Dritter anzusehen, die Zulässigkeit der Gewährung bzw. Annahme von konzerninternen Vorteilen ist daher nach § 39 Abs. 3 Z 2 WAG zu beurteilen (a.a.O., Rz 9 zu § 39).

Die Vermittlungsprovision ist im Allgemeinen Informationspaket der G. GmbH und G. Bank AG - wie die Erstbehörde im Straferkenntnis festgestellt hat - ausreichend offengelegt worden.

§ 39 Abs. 3 Z 2 lit. b WAG verlangt, dass der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern, der Vorteil muss objektiv dazu geeignet sein, die Qualität der Dienstleistung des Annehmenden zu verbessern.

Nicht plausibel erscheint, dass die im Fall des gegenständlichen GewinnSparplans zur Anwendung kommende

Verrechnung eines Agios für eine fiktive (zumindest siebenjährige) Mindestlaufzeit schon in den ersten 24 Monaten abstrakt geeignet und daraufhin konzipiert wäre, die Qualität der Wertpapierdienstleistungen der G. GmbH zu verbessern. Wenn seitens der Berufungswerber darauf hingewiesen wurde, die Vermittlungsprovision diene der Finanzierung der Schulung der Finanzdienstleistungsassistenten, die die Beratung der Kunden durchführten, ebenso wie der administrativen Erfassung und Bearbeitung der Kundenanträge, so trifft dies wohl zu.

Es ist auch evident, dass die Ermittlung der Kundenwünsche sowie die Erfassung von Neukunden ? unabhängig von der späteren Laufzeit ? am Beginn der Vertragsbeziehung der G. GmbH mit ihren Kunden steht.

In welcher Weise aber die Schulung der und die Beratung durch die Finanzdienstleistungsassistenten sowie die administrative Bearbeitung der Kundenanträge nach Vertragsabschluss beim Gewinnsparplan einen höheren Qualitätsstandard als bei der von der G. GmbH gleichfalls angebotenen Ansparvariante mit monatlich zu zahlendem Agio aufwies, wurde von den Berufungswerbern nicht einmal behauptungsmäßig konkret dargetan.

Ausgabeaufschläge tragen wohl im Allgemeinen zur Deckung der laufend anfallenden Beratungs- und Vertriebskosten bei. Der Schulungsbedarf sowie Beratungs- und Administrativaufwand ist für den Vertrieb des GewinnSparplans gegenüber anderen Fondssparplänen (mit monatlichem Agio) kein anderer. Dass bzw. inwiefern die beim Gewinnsparplan im Fall kurzer Laufzeiten im Vergleich zur Variante mit monatlichem Agio z. T. deutlich erhöhte Vertriebsprovision zu einer Qualitätsverbesserung der Vermittlungsleistung in Bezug auf den Gewinnsparplan zu führen geeignet gewesen wäre, ist nicht hervorgekommen.

Die Vertriebsprovision in der beim GewinnSparplan zur Anwendung gelangten, oben dargestellten Form entfaltet aber sehr wohl ein Interessenskonfliktpotential und erscheint geeignet, den Rechtsträger ? im gegenständlichen Fall die G. GmbH ? dabei zu beeinträchtigen, im besten Interesse der Kunden zu handeln. Dies ergibt sich daraus, dass für den Kunden in den ersten 24 Monaten eine überproportional hohe Provisionsbelastung entsteht, was dazu führt, dass aus den von ihm geleisteten Ansparbeträgen nur ein im Vergleich zur Ansparvariante mit monatlichem Agio geringerer Betrag tatsächlich investiert wird, wohingegen der Rechtsträger eine in Relation zur zurückgelegten Vertragsdauer überproportional hohe Provision erhält. Letztgenannter Umstand birgt sehr wohl die Gefahr, dass angesichts der Aussicht, die für eine langjährige Vertragsdauer zu erwartende Provision bereits (vorab) innerhalb der ersten 24 Monate zu lukrieren, Kundeninteressen ? etwa von Beginn der Laufzeit an nicht durch von branchenunüblich hohen Provisionsbelastungen geschmälerte Ansparbeträge tatsächlich zu investieren - hintangestellt werden. Nicht zuletzt erscheint der Umstand, dass durch die im Ergebnis vorweg genommenen Einhebung des Agios der Rechtsträger danach ? auch bei fortwährender Vertragsdauer ? keine Provisionseinnahmen mehr erhält und den Rechtsträger dabei beeinträchtigen mag, im besten Interesse des Kunden zu handeln (etwa, indem diesem, bevor er nach Ausschöpfung der Gesamtaufzeit vom reduzierten Agio zu profitieren vermöchte, ein anderes Investment empfohlen würde).

Der objektive Tatbestand der dem Berufungswerber zu Punkt I.2.) angelasteten Tat ist damit erfüllt.

Zur subjektiven Tatseite zu I.1.) und I.2.):

Wenn eine Verwaltungsvorschrift ? wie die gegenständlich übertretenen - über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt gemäß § 5 Abs.1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Bezüglich I.1.) ist darauf hinzuweisen, dass sich aus dem Umstand, dass anstelle eines - im Unternehmen als erforderlich erachteten - unabhängigen Risikomanagers die Funktion des Riskomanagement-Beauftragten von einem der Geschäftsführer (dem Berufungswerber) ausgeübt wurde, nicht mit schuldbefreiender Wirkung der Schluss gezogen werden konnte, es wäre ? entgegen dem klaren Gesetzestext ? eine bloß mündliche Information im Kreis der beiden Geschäftsführer ausreichend. Bezüglich I.2.) wurde kein spezifisches Vorbringen hinsichtlich mangelnden Verschuldens erstattet.

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 Abs. 2 leg.cit. der angeführten Bestimmung 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 sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Verschulden des Berufungswerbers erweist sich in beiden Fällen als nicht geringfügig, ist doch nicht hervorgekommen, dass die Einhaltung der vom Berufungswerber übertretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte, oder, dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Als mildernd war die laut Aktenlage gegebene bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenseit des Berufungswerbers zu werten. Weiters fällt zu I.1.) die lange Verfahrensdauer mildernd ins Gewicht.

Angesichts der erwähnten Milderungsgründe, insbesondere aber aufgrund des doch vergleichsweise unterdurchschnittlichen Unrechtsgehalts der Taten wurden die Strafen spruchgemäß herabgesetzt. Bezuglich Pkt. I.1.) ist festzuhalten, dass in der G. GmbH am Aufbau eines unabhängigen Risikomanagements zumindest gearbeitet und in den letzten Monaten des Tatzeitraums ein unabhängiger Risikomanagement-Beauftragter bestellt wurde. Bezuglich Pkt. I.2.) ergibt sich, dass die G. GmbH ausschließlich für die G. Bank AG tätig war und offenkundig kein konkreter Schaden für einen Kunden evident ist.

Allerdings schädigte die Tat zu I.1.) das gesetzlich geschützte Interesse an der schriftlichen Berichtslegung und Dokumentation des Risikomanagements in Wertpapierfirmen sowie die Tat zu I.2.) das gesetzlich geschützte Interesse an der bestmöglichen, pflichtgemäß Wahrung von Kundeninteressen durch Wertpapierdienstleister in nicht nur unerheblichem Maß, sodass der Unrechtsgehalt der Taten nicht als völlig unbedeutend zu erachten war. Eine Ermahnung iSd § 21 Abs. 1 VStG kam daher nicht in Betracht.

Bei der Bemessung der Geldstrafen wurden die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Berufungswerbers (nach seinen Angaben in der Berufung: Monatsnettoeinkommen von 3.016,92 Euro, monatliche Unterhaltsverpflichtung für eine Tochter von 600,- Euro) berücksichtigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die im Spruch angeführten zwingenden Gesetzesbestimmungen.

Das Zitate der Strafsanktionsnormen wurden richtig gestellt. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

28.09.2012

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