jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Wien 2013/03/06 06/FM/40/5478/2012

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.03.2013

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Martschin als Vorsitzenden, Dr. Schmid als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über die Berufung des Herrn Dr. Günther Re., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 18.4.2012 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 3.4.2012, Zl. FMA-KL29 0360.100/0003- LAW/2011, wegen Übertretung

1) der §§ 24 Absatz 1 und 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr 37/2010,

2) der §§ 24 Absatz 1 WAG 2007, BGBl. I. Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

3) der §§ 20 Ziffer 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

4) der §§ 41 Absatz 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 22/2009 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

5) der §§ 17 Absatz 1 Ziffer 1 und 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

6) der §§ 17 Absatz 1 Ziffer 3 WAG 2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

7) der §§ 44 Absatz 1 und 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 und 38 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010,

8) der §§ 22 Absatz 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010 und 9) der §§ 52 Absatz 3 Ziffer 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 und 53 Absatz 1 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 54 Absatz 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG 2007m BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010, nach durchgeführter Verhandlung am 22.11.2012 entschieden und verkündet:

SPRUCH

I. Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird der auf die Bekämpfung des Strafmaßes eingeschränkten Berufung hinsichtlich der Spruchpunkte I.1., I.2. und I.9. des Straferkenntnisses insoweit Folge gegeben, als die verhängten Geldstrafen zu den Spruchpunkten I.1., I.2. und I.9. des Straferkenntnisses von je 3.000,00 Euro auf je 1.500,00 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen von je 35 Stunden auf je 17 Stunden herabgesetzt werden.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 450,00 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafen, reduziert. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

II. Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird die Berufung zu Spruchpunkt I.4. mit der Maßgabe abgewiesen, dass die Tatanlastung wie Folgt lautet:

?4. die im Zeitraum vom 11.10.2010 (Beginn der Vor-Ort-Prüfung) bis 04.10.2011 (Einstellung der Möglichkeit zur Beimischung) von R. an Kunden gerichteten Informationen nicht eindeutig waren. Dies dadurch, dass die dem Kunden im Rahmen des Erstgespräches übergebene Informationsmappe keine Informationen darüber enthielt, in welchem Ausmaß und auf welcher Berechnungsbasis Beimischungen unter Wahrung der im Anlegerprofil angegebenen Risikobereitschaft möglich sind;?

Die verhängte Geldstrafe zu Spruchpunkt I.4. wird von 2.500,00 Euro auf 1.500,00 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Stunden auf 15 Stunden herabgesetzt. Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 150,00 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafe, reduziert. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

III. Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird der Berufung gegen die Spruchpunkte I.3., I.5., I.6., I.7. und I.8. insoweit Folge gegeben, als die Geldstrafen jeweils um 500,00 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen um je 5 Stunden herabgesetzt werden. Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf 1.210,00 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafen, reduziert. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

IV. Die Strafnorm zu den Spruchpunkten I.1., I.2., I.3., I.5., I.6. und I.8. des Straferkenntnisses lautet § 95 Absatz 2 zweiter Strafsatz WAG 2007 und zu den Spruchpunkten I.4., I.7 und I.9. des Straferkenntnisses lautet § 95 Absatz 2 erster Strafsatz WAG 2007.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Martschin als Vorsitzenden, Dr. Schmid als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer entschieden:

V. Gemäß § 62 Absatz 4 AVG wird in Spruchpunkt II. (betreffend den Spruchpunkt I.4. des Straferkenntnisses) die Zahlenfolge 04.10.2011 auf 04.01.2011 berichtigt.

Text

Im Straferkenntnis vom 3.4.2012 wird dem Berufungswerber als Beschuldigten Folgendes zur Last gelegt:

?Sehr geehrter Herr Dr. Re.!

I. Sie sind seit 30.08.2001 Geschäftsleiter des R., eines Kreditinstitutes mit der Geschäftsanschrift Sch.-straße in S..

Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl.52/1991, als zur Vertretung nach außen Berufener zu verantworten, dass

1. im R. von 22.04.2010 bis zumindest 17.12.2010 für Mitarbeiter bei Fremdbankdepots keine Meldeverpflichtung gemäß § 24 Abs. 2 Z 2 WAG 2007 hinsichtlich durchgeführter persönlicher Geschäfte, die unter der Bagatellgrenze von EUR 3.000 lagen oder die Staats- und Kontrollbankanleihen des OECD-Bereiches betrafen, existierte. Auch waren im Unternehmen keine anderen Verfahren gemäß § 24 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, welche dem R. die unverzügliche Feststellung solcher persönlicher Geschäfte ermöglicht hätten, eingerichtet.

Für Derivativgeschäfte sowie Wertpapiere mit Derivativcharakter bzw. Mitarbeitergeschäfte in RA.- BANK INTERNATIONAL AG -Aktien galt laut Compliance Handbuch Abschnitt D ? Mitarbeitergeschäfte keine Bagatellgrenze. Da für das Unternehmen sohin betreffend Fremdbankdepots keine Möglichkeit bestand, unverzüglich über jedes persönliche Geschäft relevanter Personen unter EUR 3.000 bzw. über solche, die Staats- und Kontrollbankanleihen des OECD-Bereiches betrafen, unterrichtet zu werden, wurde gegen § 24 Abs. 1 und 2 Z 2 WAG 2007 verstoßen.

2. der R. von 11.10.2010 bis 15.10.2010 und am 18.10.2010 im Unternehmen keine angemessenen Vorkehrungen gemäß § 24 Abs. 1 WAG 2007 getroffen hat. Dies dadurch, dass hinsichtlich der im Zeitpunkt der Vor-Ort-Prüfung (11.10.2010 bis 15.10.2010 und am 18.10.2010) im R. geführten 74 Fremdbankdepots zwar Kontrollen in Form eines Abgleichs mit Beobachtungs- und Sperrlisten und taggleicher Geschäfte durchgeführt wurden, jedoch

darüber hinausgehende generelle systemische Kontrollen im Hinblick auf die Verhinderung der in § 24 WAG 2007 angeführten persönlichen Geschäfte nicht vorgesehen waren. Insbesondere erfolgte kein Abgleich der Mitarbeiterorders mit dem Kunden- und Eigenhandelsgeschäft des R.;

3. der R. im Zeitraum von 01.01.2009 bis zumindest 14.10.2010 die Erstellung und dauerhafte Umsetzung eines Revisionsprogrammes mit dem Ziel, die Angemessenheit und Wirksamkeit der Systeme, internen Kontrollmechanismen und Vorkehrungen des R. zu prüfen und zu bewerten, unterlassen hat.

Dies dadurch, dass vom 01.01.2009 bis 31.12.2009 und vom 01.01.2010 bis zumindest 14.10.2010 im R. keine Prüfung der für persönliche Geschäfte von relevanten Personen vorzusehenden Richtlinien bzw. der internen Kontrollverfahren zur Hintanhaltung von Insidergeschäften stattgefunden hat. Prüfungen der Internen Revision wurden im angegebenen Zeitraum lediglich hinsichtlich folgender Agenden durchgeführt:

* 2009-0001 ? Systemprüfung Umsetzung WAG 2007

Zeitraum: 11/2008 bis 01/2009 ? Prüfer: Martin G. * 2009-0066 ? Eignung von Anlageberatungs- und Portfoliodienstleistungen

Datum: 08.07.2009 ? Prüfer: Martin G.

* 2009-0094 ? Geschäftsabwicklung mit Wertpapierfirmen und WPDLU

Datum: 25.09.2009 ? Prüfer: Martin G.

* 2009-0107 ? Annahme von Wertpapieraufträgen

Datum: 20.11.2009 ? Prüfer: Martin G.

* 2009-0147 - § 64 WAG 2007 Meldeverpflichtung

Datum: 02.12.2009 ? Prüfer: Hannes H.

* 2009-0150 - §§ 62, 63 WAG 2007 unerbetene Nachrichten, Haustürgeschäft

Datum: 30.12.2009 ? Prüfer: Hannes H.

* Durchführungspolitik § 53 WAG 2007

Zeitraum: Jänner 2010 für 2009

* 2010-0012 ? Fallprüfung Portfolioverwaltung mittels Zeichnungsberechtigung

Datum: 12.02.2010 ? Prüfer: Martin G.

* 2010-0017 - § 44 WAG 2007 ? Eignung von Anlageberatungs- und Portfoliodienstleistungen

Datum: 02.03.2010 ? Prüfer: Martin G.

* 2010-0054 - §§ 40 ff WAG 2007 ? Information an Kunden

Datum: 08.03.2010 ? Prüfer: Martin G.

* 2010-0073 - §§ 29 ff WAG 2007 ? Schutz des Kundenvermögens ? Prüfung Drittverwahrung

Datum: 31.03.2010 ? Prüfer: Martin G.

* 2010-0080 - §§ 58 ff WAG 2007 ? Professionelle Kunden und geeignete Gegenparteien

Datum: 28.04.2010 ? Prüfer: Martin G.

* 2010-0112 ? Konto- und Depotunterlagen, internes Kontrollsystem ? Mängelliste

Zeitraum: 03.05.2010 bis 24.05.2010 ? Prüfer: Hannes H. und Martin G. * 2010-0157 ? Geschäftsabwicklung mit Wertpapierfirmen und WPDLU

Datum: 26.08.2010 ? Prüfer: Martin G.;

4. die im Zeitraum vom 11.10.2010 (Beginn der Vor-Ort-Prüfung) bis 04.01.2011 (Einstellung der Möglichkeit zur Beimischung) vom R. an Kunden gerichteten Informationen nicht eindeutig waren.

Das im R. verwendete standardisierte Formular ?Anlegerprofil für private Kunden? sowie die dem Kunden im Rahmen

des Erstgesprächs übergebene Informationsmappe enthielten für den im Anlegerprofil verwendeten Begriff der ?Beimischung? keine Definition und auch keine Information darüber, in welchem Ausmaß und auf welcher Berechnungsbasis Beimischungen unter Wahrung der im Anlegerprofil angegebenen Risikobereitschaft möglich sind;

5. der R. im Zeitraum vom 08.07.2009 bis zumindest 18.10.2010 unterlassen hat, Entscheidungsprozesse und eine Organisationsstruktur, durch die Berichtspflichten und zugewiesene Funktionen und Aufgaben klar dokumentiert sind, einzurichten und laufend anzuwenden sowie unterlassen hat, dafür zu sorgen, dass alle relevanten Personen die Verfahren, die für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben einzuhalten sind, kennen.

Dies dadurch, dass der R. im Zeitraum vom 08.07.2009 (Erster Revisionsbericht) bis zumindest 18.10.2010 (Ende der VOP) unterlassen hat, im Zusammenhang mit der Praxis der Beimischung im Unternehmen eindeutige und klare Dienstanweisungen im Hinblick auf den konkreten Prozentanteil der Beimischung, deren genauen Zusammensetzung sowie die Berechnungsgrundlage zu implementieren und intern sicherzustellen, dass die internen Regelungen hinsichtlich der Beimischungsgrenzen den relevanten Personen zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung zur Kenntnis gebracht werden;

6. der R. im Zeitraum vom 08.07.2009 (Erster Revisionsbericht) bis zumindest 09.12.2010 unterlassen hat, angemessene interne Kontrollmechanismen, die die Einhaltung von Beschlüssen und Verfahren auf allen Ebenen sicherstellen, einzurichten und laufend aufrecht zu erhalten.

Dies dadurch, dass die von der internen Revision bereits 2009 festgestellte mangelhafte bzw. fehlende Einhaltung des Beraterleitfadens ? der keine klare Determinierung des Begriffes ?Beimischung?, wie in den Punkten 4. und 5. dargelegt, enthielt - seitens des Unternehmens auch in der Folge nicht auf angemessene Weise unter Einsatz geeigneter Kontrollen unterbunden wurde. Mit Schreiben vom 09.12.2010 wurde seitens des R. mitgeteilt, dass bis zur vollständigen Umsetzung der Abschaffung der Beimischungsmöglichkeit eine tägliche Kontroll-Liste (...) mit Anführung aller Beimischungsaufträge generiert wird, die vom Wertpapierservicecenter auf die Einhaltung der Dienstanweisung kontrolliert wird;

7. der R. vom 15.06.2010 bis 08.10.2010 unterlassen hat, unter Berücksichtigung der in§ 44 Abs. 2 WAG 2007 normierten Anforderungen dem Kunden für ihn geeignete Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente zu empfehlen und bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln.

Dies dadurch, dass in den in der Beilage 1 dieses Straferkenntnisses, die einen integrierten Bestandteil des Straferkenntnisses bildet, aufgelisteten gelb markierten Wertpapierkäufen zu den dort genannten Auftragsdaten eine Überschreitung der Grenzen von 25% hinsichtlich der Beimischung von Wertpapieren erfolgte und die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen somit nicht den Kundeninformationen gemäß § 44 WAG 2007 und nicht den Kriterien des § 38 WAG entsprachen.

8. der R. vom 30.06.2010 bis 05.10.2010 unterlassen hat, Aufzeichnungen über alle seine Dienstleistungen und Geschäfte zu führen, aufgrund der die FMA die Einhaltung der Anforderungen des WAG 2007 überprüfen und sich vor allem vergewissern kann, ob der Rechtsträger sämtliche Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden eingehalten hat.

Dies dadurch, dass die in der Beilage 2 dieses Straferkenntnisses, die einen integrierten Bestandteil des Straferkenntnisses bildet, aufgelisteten blau markierten Wertpapiertransaktionen an den dort genannten Auftragsdaten ?versehentlich? als Beimischung gekennzeichnet wurden, obwohl diese auf ausdrücklichen Kundenwunsch erfolgten. In den verfahrensgegenständlichen Fällen wurde jedoch auf die diesbezügliche Dokumentation vergessen und somit nicht sichergestellt, dass die Aufzeichnung der vorgenommenen Geschäftsart mit der tatsächlich stattgefundenen Wertpapierdienstleistung korrespondiert;

9. der R. im Zeitraum 01.11.2007 bis zumindest 09.12.2010 unterlassen hat, in seiner Durchführungspolitik gemäß § 52 Abs. 1 WAG 2007 die Einrichtungen, an die das Unternehmen Aufträge zur Ausführung übermittelte oder bei denen er Aufträge platzierte, zu nennen. Welche Einrichtungen seitens des R. zur Ausführung von Kundenaufträgen herangezogen werden, ging auch aus dem Informationspaket für Kunden nicht hervor. Es wurden weder Einrichtungen im EWR noch in Drittländern bei Privatkunden oder bei professionellen Kunden genannt. Mit Schreiben vom 09.12.2010 wurde seitens des R. mitgeteilt, dass die Durchführungspolitik im Zuge der Überarbeitung des Compliance-Handbuches um die Einrichtungen, an die der R. Aufträge des Kunden zur Durchführung weiterleitet, ergänzt wird.

II. Der R. haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Verwaltungsstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad I.1. §§ 24 Abs. 1 und 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.2. §§ 24 Abs. 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.3. §§ 20 Z 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.4. §§ 41 Abs. 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 22/2009 iVm 95 Abs. 2 Z 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.5. §§ 17 Abs. 1 Z 1 und 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.6. §§ 17 Abs. 1 Z 3 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.7. §§ 44 Abs. 1 und 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 und 38 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.8. §§ 22 Abs. 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010;

Ad I.9. §§ 52 Abs. 3 Z 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 und 53 Abs. 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 54 Abs. 2 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 iVm 95 Abs. 2 Z 1 WAG 2007, BGBl.I Nr. 60/2007 idF BGBl.I Nr. 37/2010

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

Ad I.1.: 3.000 Euro

Ad I.2.: 3.000 Euro

Ad I.3.: 3.000 Euro

Ad I.4.: 2.500 Euro

Ad I.5.: 3.000 Euro

Ad I.6.: 3.500 Euro

Ad I.7.: 3.000 Euro

Ad I.8.: 2.100 Euro

Ad I.9.: 3.000 Euro

Gesamt 26.100 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Ad I.1.: 35 Stunden

Ad I.2.: 35 Stunden

Ad I.3.: 35 Stunden

Ad I.4.: 30 Stunden

Ad I.5.: 35 Stunden

Ad I.6.: 40 Stunden

Ad I.7.: 35 Stunden

Ad I.8.: 25 Stunden

Ad I.9.: 35 Stunden

Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19, 22 Abs. 1 und 44a VStG iVm 95 Abs. 2 Z 1 und 2 WAG

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

* 2.610 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); * -- Euro als Ersatz der Barauslagen für --.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 28.710 Euro.?

Gegen dieses Straferkenntnis haben der Beschuldigte sowie die drei weiteren Geschäftsleiter frist- und formgerecht Berufung erhoben. Am 22.11.2012 fand vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine - mit den Berufungsverfahren gegen die weiteren Geschäftsleiter des R. verbundene - mündliche Verhandlung statt, anlässlich welcher der Berufungswerber Mag. Si., der Rechtsvertreter der Berufungswerber sowie die Vertreter der Finanzmarktaufsicht gehört wurden. Die weiteren Berufungswerber nahmen an der Verhandlung nicht persönlich teil. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

?Herr Mag. Si. bringt vor:

Ich bin seit etwa 20 Jahren als Geschäftsleiter des R. tätig. Im Rahmen meiner Unternehmensinternen Verantwortung für die Vermögensberatung und das Privatkundengeschäft war es mir stets ein Anliegen gesetzmäßig vorzugehen und für unsere Kunden eine bestmögliche und sinnvolle Beratung zu gewährleisten. Es ist klar, dass ich auch bemüht bin, dies künftig so zu handhaben. Die von der FMA vorgenommene Prüfung war sehr umfassend und wurden dabei nur wenige Mängel festgestellt, welche aus meiner Sicht auch nicht sehr gravierend waren. Von den Parteienvertretern werden keine Fragen an den Berufungswerber gerichtet. Der Berichter erörtert, dass nach Ansicht des Senates der Sachverhalt aufgrund der eingebrachten Schriftsätze, insbesondere den Berufungsaktbeilagen und des Vor-Ort-Berichtes umfassend dargelegt ist. Diese Ansicht wird von den Parteienvertretern geteilt.

Von den Parteienvertretern werden keine Beweisanträge gestellt. Der BwV bringt vor, dass die Berufung im vorliegenden Umfang aufrechterhalten wird. Die Berufung wendet sich zu den Spruchpunkten I.1., I.2. und I.9. gegen die Höhe der Strafe. Im Übrigen handelt es sich um eine Schuld- und Strafberufung.?

Im Anschluss an die Verhandlung wurde die Berufungsentscheidung verkündet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Ad Spruchpunkt I.:

Die Berufung wendet sich hinsichtlich der Spruchpunkte I.1., I.2. und I.9. des Straferkenntnisses ausschließlich gegen die Höhe der verhängten Strafen und sind damit die Schuldsprüche (wie sie oben wiedergegeben werden) in Rechtskraft erwachsen. Dem UVS obliegt in diesen Spruchpunkten lediglich die Überprüfung der Angemessenheit der verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen. Die Strafbemessung bestimmt sich nach den Kriterien des § 19 VStG. Der Berufungswerber ist seit dem Jahr 2001 Geschäftsleiter des R. und wird ? mangels Angaben hierzu ? von überdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ausgegangen. Sorgepflichten wurden keine ins Treffen geführt. Nach der Aktenlage ist der Rechtsmittelwerber verwaltungsstrafrechtlich unbescholten.

Dem Berufungswerber wurde in Spruchpunkt I.1. des Straferkenntnisses eine Übertretung des § 24 Absatz 1 und Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007 zur Last gelegt, weil für einen mehrmonatigen Zeitraum keine dem Gesetz angemessene Meldeverpflichtung für Mitarbeiter über ihre bei Fremdbanken geführten Wertpapierdepos bestand. In Spruchpunkt I.2. wurde der Berufungswerber wegen einer Übertretung des § 24 Absatz 1 WAG 2007 bestraft, weil für einige Tage keine gesetzeskonformen Vorkehrungen (Kontrollmechanismen) für persönliche Geschäfte getroffen waren. Diese Tatbestände stellt § 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007 unter Strafe und sieht § 95 Absatz 2 zweiter Strafsatz leg cit hierfür jeweils eine Geldstrafe bis zu 30 000 Euro vor. Nach § 16 Absatz 2 VStG ist für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine zwei Wochen nicht übersteigende Ersatzfreiheitstrafe vorgesehen. Von der FMA wurden jeweils eine Geldstrafe von 3000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 35 Stunden verhängt.

Die Erstbehörde hat dem Berufungswerber in Spruchpunkt I.9. wegen fehlender Nennung der Einrichtungen, die für den R. Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten ausführen, in der Durchführungspolitik nach § 52 Absatz 3 Ziffer 2 WAG 2007 bestraft.

Dieser Tatbestand ist gemäß § 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG 2007 strafbar und sieht der zweite Strafsatz leg cit eine Geldstrafe von bis zu 50 000 Euro vor. Nach § 16 Absatz 2 VStG ist für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine zwei Wochen nicht übersteigende Ersatzfreiheitstrafe vorgesehen. Die Erstbehörde hat gegen den Berufungswerber eine Geldstrafe von 3000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 35 Stunden vorgesehen.

Schuldausschließende oder schuldmindernde Gründe konnten nicht festgestellt werden. Nach der Aktenlage ist mangels entsprechender Kontrolle durch den Berufungswerber in seiner Funktion als Geschäftsleiter des R. von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Der Unrechtsgehalt der verwirklichten Tatbestände ist mangels konkreter Verletzung der Schutzinteressen (es blieb jeweils bei der abstrakten Gefährdung der Selbigen) als durchschnittlich zu bewerten.

Die von der Erstbehörde bereits in ihrem Straferkenntnis angeführten Bemühungen des Berufungswerbers, die bei der Vor-Ort-Prüfung durch die FMA aufgezeigten Mängel rasch zu beseitigen, bewegten den UVS gemeinsam mit der durch die eingeschränkte Berufung gezeigte Schuldeinsicht zu einer Herabsetzung der Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen im spruchgemäßen Umfang. Da der Bestrafte weiterhin als Geschäftsleiter tätig ist, sprechen spezialpräventive Gründe gegen eine weitere Herabsetzung. Die nunmehr verhängten Geldstrafen sind tat- und schuldangemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafen wurden adäquat herabgesetzt. Mangels geringen Verschuldens kam die Anwendung von § 21 Absatz 1 VStG nicht in Betracht.

Aufgrund der Strafherabsetzung waren die Verfahrenskosten erster Instanz neu zu bestimmen und entfällt die Kostenbeteiligung am Berufungsverfahren (vgl §§ 64, 65 VStG).

Ad Spruchpunkte II. und V.:

Aus der unstrittigen Aktenlage ergibt sich, dass der R. für die Informationseinholung bei Privatkunden ein standardisiertes Formular, das sogenannte ?Anlegerprofil für private Kunden gemäß §§ 43 ff Wertpapieraufsichtsgesetz?, verwendet. Einzelne Informationen des Kunden (über seine Risikobereitschaft, seine finanziellen Verhältnisse und seine Kenntnisse und Erfahrungen mit Wertpapierleistungen) werden elektronisch erfasst und dienen diese Daten bei Auftragserteilung durch den Kunden dem Abgleich der Risikoeinstufung des vom Kunden gewünschten Wertpapiers mit dem Anlegerprofil des Kunden (Risikostufe, finanziellen Verhältnisse, ?). Der R. nimmt eine Kategorisierung des Risikos in 6 Stufen vor. In den Kategorien 1 (?risikolos?), 2 (?risikobereit?) und 3 (?hohe Risikobereitschaft?) ist eine sogenannte ?Beimischung? vorgesehen. Diese ist für den Kunden in seinem Anlegerprofil, konkret in der Rubrik ?Meine Risikobereitschaft?, ersichtlich, weil bei den Kategorien 1 bis 3 jeweils die Finanzprodukte (zB ?Aktien, Aktienfonds?, ?) abstrakt angeführt werden, die einem Kundenportfolio ?beigemischt? werden dürfen. Weder dem Anlegerprofil, noch der dem Kunden im Rahmen des Erstgespräches übergebenen Informationsmappe ist zu entnehmen, in welchem Ausmaß derartige Beimischungen seitens des R. zulässig sind. Lediglich im Beraterleitfaden des R., der nicht an die Kunden ausgefolgt wird, ist von einer ?Beimischung von ca. 25%? bzw. ?Beimischungen in der Höhe bis zu 25%? die Rede. Der Kunde erhält diese Information nicht ausgehändigt. Aufgrund eines Beschlusses der Geschäftsleitung des R. wurde die geübte Praxis der Beimischung mit 4.1.2011 eingestellt. Die FMA sah in dieser Vorgehensweise eine Übertretung der §§ 40, 41 WAG 2007, weil der Begriff der Beimischung nicht definiert und das Ausmaß der Beimischung für den Kunden nicht erkennbar gewesen sei.

Der Berufungswerber bringt dagegen vor, dass der Begriff Beimischung durch die Beispiele im Anlegerprofil definiert gewesen sei und das Anlegerprofil gar keine Kundeninformation darstelle. Zudem hätte jeweils eine persönliche Kundenberatung stattgefunden.

Die einschlägigen Normen des WAG 2007 lauten auszugsweise:

?§ 40. (1) Ein Rechtsträger hat seinen Kunden in verständlicher Form angemessene Informationen zur Verfügung zu stellen. Dadurch müssen seine Kunden nach vernünftigem Ermessen in die Lage versetzt werden, die genaue Art und die Risiken der Wertpapierdienstleistungen und des speziellen Typs von Finanzinstrument, der ihnen angeboten wird, zu verstehen, um so auf informierter Grundlage Anlageentscheidungen treffen zu können. Diese Verpflichtung umfasst zumindest Informationen über

1. den Rechtsträger und seine Dienstleistungen; bei der Portfolioverwaltung haben Rechtsträger auf der Grundlage der Anlageziele des Kunden und der Art der im Kundenportfolio enthaltenen Finanzinstrumente eine angemessene Bewertungs- und Vergleichsmethode, etwa eine aussagekräftige Vergleichsgröße, festzulegen, damit der Kunde, für den die Dienstleistung erbracht wird, die Leistung des Rechtsträgers bewerten kann; einem Privatkunden sind die Informationen mit den in Anlage 1 und 2 zu § 40 genannten Angaben zu übermitteln;

2.

Finanzinstrumente gemäß Abs. 2;

3.

den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und Kundengeldern gemäß Abs. 3;

4.

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

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

6. Ausführungsplätze.

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

(2) Für die Zwecke von Abs. 1 Z 2 gelten folgende Informationspflichten:

1. Ein Rechtsträger hat seinen Kunden eine allgemeine Beschreibung der Art und der Risiken der Finanzinstrumente gemäß Anlage 3 zu § 40 zu übermitteln; diese Beschreibung hat insbesondere der Einstufung des Kunden als Privatkunde oder professioneller Kunde Rechnung zu tragen; weiters sind in dieser Beschreibung die Wesensmerkmale der betreffenden Art von Instrument sowie die damit verbundenen spezifischen Risiken ausreichend detailliert zu erläutern, damit der Kunde seine Anlageentscheidungen auf fundierter Grundlage treffen kann.

2. Übermittelt ein Rechtsträger einem Privatkunden Informationen über ein Finanzinstrument, das zu diesem Zeitpunkt öffentlich angeboten wird und zu dem in Zusammenhang mit diesem Angebot ein Prospekt gemäß den §§ 2 ff KMG oder den auf Grund der Richtlinie 2003/71/EG erlassenen Vorschriften eines anderen Mitgliedstaates veröffentlicht worden ist, hat der Rechtsträger dem Kunden mitzuteilen, wo dieser Prospekt erhältlich ist.

3. Besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Risiken bei einem aus mindestens zwei verschiedenen Finanzinstrumenten oder Finanzdienstleistungen zusammengesetzten Finanzinstrument größer sind als die mit jedem der Bestandteile verbundenen Risiken, hat der Rechtsträger eine angemessene Beschreibung der Bestandteile des betreffenden Instruments und der Art und Weise, in der sich das Risiko durch die gegenseitige Beeinflussung dieser Bestandteile erhöht, zu übermitteln.

4. Im Falle von Finanzinstrumenten, die eine Garantie durch einen Dritten beinhalten, haben die Informationen über die Garantie ausreichende Details über den Garantiegeber und die Garantie zu umfassen, damit der Privatkunde die Garantie angemessen bewerten kann.

(3) Für die Zwecke von Abs. 1 Z 3 hat ein Rechtsträger den Kunden

1. entsprechend zu informieren, wenn Konten mit Finanzinstrumenten oder Geldern des betreffenden Kunden unter die Rechtsvorschriften eines Drittlands fallen, und ihn darauf hinzuweisen, dass dies seine Rechte in Bezug auf die betreffenden Finanzinstrumente oder Gelder beeinflussen kann;

2. über die Existenz und die Bedingungen eines etwaigen Sicherungs- oder Pfandrechts oder eines Rechts auf Aufrechnung zu informieren, das er in Bezug auf die Finanzinstrumente oder Gelder des Kunden hat oder haben könnte; gegebenenfalls hat er den Kunden auch darüber zu informieren, dass eine Verwahrstelle ein Sicherungsrecht oder ein Pfandrecht oder ein Recht auf Aufrechnung in Bezug auf die betreffenden Instrumente oder Gelder haben könnte.

(4) Ein Rechtsträger hat seinen Kunden alle wesentlichen Änderungen in Bezug auf die gemäß Abs. 1 Z 1 bis 6 übermittelten Informationen rechtzeitig mitzuteilen, die für eine Dienstleistung relevant sind, die er für den

betreffenden Kunden erbringt. Diese Mitteilung ist auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln, wenn die Informationen, auf die sie sich bezieht, ebenfalls auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt wurden. (?)

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

(2) Die Informationen müssen zutreffend sein und dürfen insbesondere keine möglichen Vorteile einer Wertpapierdienstleistung oder eines Finanzinstruments hervorheben, ohne redlich und deutlich auf etwaige damit einhergehende Risiken hinzuweisen. Sie müssen ausreichend und in einer Art und Weise dargestellt sein, dass sie für einen durchschnittlichen Angehörigen des Personenkreises, an den sie gerichtet sind oder zu dem sie wahrscheinlich gelangen, verständlich sind. Wichtige Aussagen oder Warnungen dürfen nicht verschleiert, abgeschwächt oder missverständlich dargestellt werden

(3) Die FMA hat mittels Verordnung festzulegen, welche Anforderungen Informationen erfüllen müssen, die die nachfolgenden Angaben enthalten

1. Einen Vergleich von Wertpapierdienstleistungen, Nebendienstleistungen, Finanzinstrumenten oder Personen, die Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen erbringen,

2. einen Hinweis auf die frühere Wertentwicklung eines Finanzinstruments, eines Finanzindexes oder einer Wertpapierdienstleistung,

3. eine Simulation einer früheren Wertentwicklung oder einen Verweis auf eine solche Simulation oder

4. eine künftige Wertentwicklung.

Diese Anforderungen haben Art. 27 Abs. 3 bis 6 der Richtlinie 2006/73/EG zu entsprechen und müssen gewährleisten, dass diese Angaben redlich, eindeutig und nicht irreführend sind. (?)?

Soweit sich die Berufung auf die Definition der Beimischung bezieht, folgt ihr der UVS. Wie bereits exemplarisch festgestellt, wird im Anlegerprofil nicht nur isoliert von einer Beimischung gesprochen, sondern ist dieses Wort jeweils mit bestimmten Finanzprodukten verbunden. Beispielsweise lautet die Formulierung zur Kategorie 2 wie Folgt: ? Beimischung von Aktien, Aktienfonds, Indexzertifikaten, spekulativen Anleihen?. Durch diese taxative Auflistung der Finanzprodukte ist für einen durchschnittlichen Anleger erkennbar, um welche Beimischungen es sich handeln kann. Der Begriff der Beimischung ist damit hinreichend bestimmt. Anders verhält es sich bei der Menge der Beimischung. Auch die in der Berufung angeführten Kundeninformationen ?Allgemeine Informationen gem. WAG 2007? und ? Chancen und Risken in der Geldanlage? (als Bestandteile der Kundeninformationsmappe) enthalten keine Angaben darüber, in welchem Ausmaß Beimischungen erfolgen dürfen. Dass es sich bei einer Information darüber, ob beispielsweise 5% oder 25% des Portfolios Aktien oder spekulative Anleihen sind, um eine kundenrelevante Information handelt, liegt auf der Hand. Ebenso transparent ist es, dass die Beimischungsmenge ausschlaggebend für die Wahrung der im Anlegeprofil angegebenen Risikobereitschaft ist.

Die an die Kunden des R. gerichteten Informationen waren in diesem Umfang nicht eindeutig und wurde dadurch die objektive Tatseite ? wie sie im vom UVS neu formulierten Spruch beschrieben ist ? verwirklicht. Der Berufungswerber ist als Geschäftsleiter des R. gemäß § 9 Absatz 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch den R. verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Die dem Berufungswerber zur Last gelegte Verwaltungsübertretung gehört, da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Absatz 1 VStG der Täter zu beweisen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Der Berufungswerber hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und nachzuweisen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des WAG 2007 soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Umsetzung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen gewährleistet ist.

Danach ist bei Ungehorsamsdelikten das Verschulden des Täters nicht von der Behörde zu beweisen, sondern ?ohne weiteres anzunehmen?. Dem Täter steht es jedoch frei, diese Vermutung durch Glaubhaftmachung seiner Schuldlosigkeit zu widerlegen. Der ?Entlastungsbeweis? ist aber nicht notwendig, wenn die Behörde schon bei Ermittlung des äußeren Tatbestandes schuldausschließende Umstände feststellt (Walter-Thienel, Verwaltungsverfahren, 16. Aufl., Anmerkung 5 zu § 5 VStG). Schuldausschließende Gründe konnten nicht festgestellt werden; der ?Entlastungsbeweis? gelang nicht. Nach der Aktenlage ist mangels entsprechender Kontrolle durch den Berufungswerber in seiner Funktion als Geschäftsleiter des R. von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

Der Unrechtsgehalt des verwirklichten Tatbestandes ist mangels konkreter Verletzung der Schutzinteressen (es blieb jeweils bei der abstrakten Gefährdung der Selbigen) als durchschnittlich zu bewerten.

Der UVS sah sich zur Herabsetzung der Geldstrafe veranlasst, weil der Tatvorwurf in der Berufungsentscheidung eingeschränkt wurde (der Vorwurf der fehlenden Definition der Beimischung wurde fallen gelassen). Da der Bestrafte weiterhin als Geschäftsleiter tätig ist, sprechen spezialpräventive Gründe gegen eine weitere Herabsetzung. Die nunmehr verhängte Geldstrafe ist tat- und schuldangemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde adäquat herabgesetzt.

Mangels geringen Verschuldens kam die Anwendung von § 21 Absatz 1 VStG nicht in Betracht.

Aufgrund der Strafherabsetzung waren die Verfahrenskosten erster Instanz neu zu bestimmen und entfällt die Kostenbeteiligung am Berufungsverfahren (vgl §§ 64, 65 VStG).

Bei der Neuformulierung des Spruchpunktes I.4. des Straferkennntisses in Spruchpunkt II. des Berufungsbescheides kam es versehentlich zu einem Zahlensturz in der Tatzeit (statt 04.01.2011 wurde 01.10.2011 geschrieben). Wie im Straferkenntnis zu Recht angeführt, endete die Beimischung mit 4.1.2011. Der Schreibfehler beruht offenbar auf einem Versehen und konnte dieser gemäß § 62 Absatz 4 AVG vom UVS von Amts wegen berichtigt werden.

Ad Spruchpunkt III.:

Im Spruchpunkt III. hat der UVS der Berufung in der Tat- und Schuldfrage keine Folge gegeben, lediglich in teilweiser Stattgebung die Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen reduziert. Die Strafzumessung wird unten stehend gemeinsam begründet, die Tat- und Schuldfrage wird zu den einzelnen Spruchpunkten des Straferkenntnisses erörtert.

Zu Spruchpunkt I.3. des Straferkenntnisses:

Die FMA wirft den Geschäftsleitern mangelhafte Revision von persönlichen Geschäften relevanter Personen zur Hintanhaltung von Insidergeschäften vor und sieht darin eine Übertretung des § 20 Ziffer 1 WAG 2007. Als Tatzeit wird der Zeitraum vom 1.1.2009 bis 14.10.2010 angenommen.

§ 20 WAG 2007 lautet: ?Ein Rechtsträger hat eine von seinen übrigen Funktionen und Tätigkeiten getrennte und unabhängige interne Revision 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 folgende Aufgaben:

1. Die Erstellung und dauerhafte Umsetzung eines Revisionsprogramms mit dem Ziel, die Angemessenheit und Wirksamkeit der Systeme, internen Kontrollmechanismen und Vorkehrungen des Rechtsträgers zu prüfen und zu bewerten;

2. die Ausgabe von Empfehlungen auf der Grundlage der Ergebnisse der gemäß Z 1 ausgeführten Aufgaben;

3.

die Überprüfung der Einhaltung dieser Empfehlungen,

4.

die Erstellung von Tätigkeitsberichten gemäß § 21 Abs. 2 und

5.

die Einhaltung der §§ 40, 40a, 40b, 40c, 40d und 41 BWG;

Bei einem Kreditinstitut können diese Aufgaben von der gemäß § 42 BWG eingerichteten internen Revision wahrgenommen werden.?

Der R. verfügt über eine Abteilung/Stabstelle ?Innenrevision?, deren Tätigkeit auf einem jährlich zu erstellenden Prüfungsplan beruht, der von der Geschäftsleitung genehmigt wird. Bei der Vor-Ort-Prüfung wurden den Kontrollorganen dieser Prüfungsplan sowie eine Aufstellung aller Prüfungen im Zeitraum 1.1.2009 bis 14.10. 2010 vorgelegt. Die vorgenommenen Revisionen wurden im Spruch des Straferkenntnisses aufgelistet. Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass im Zeitraum 1.1.2009 bis 14.10.2010 keine Überprüfung der für persönliche Transaktionen der Angestellten vorzusehenden Regeln bzw die internen Kontrollverfahren zur Hintanhaltung von Insidergeschäften seitens der internen Revision stattgefunden hat. Diese Feststellungen gründen auf dem unbestrittenen Prüfbericht der Vor-Ort-Prüfung. In der Berufung wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Innenrevision regelmäßig die Compliance-Berichte der Compliance-Stelle zur Verfügung gestanden haben und dadurch in Kenntnis darüber gewesen wäre, welche Mitarbeiter zu den relevanten Personen zählen und dass die Innenrevision in der Lage war festzustellen, dass die Vorgaben des § 20 Ziffer 1 WAG 2007 in einem genügenden Ausmaß gegeben waren. Der UVS kann sich dieser Ansicht nicht anschließen. Die Hintanhaltung von Insidergeschäften kann besonders wirksam durch die Kontrolle der Geschäfte der relevanten Mitarbeiter bewirkt werden. Der Focus der Compliance-Stelle hat daher besonders in diesem Bereich zu liegen. Eine Verpflichtung des Unternehmens ist es nach § 20 Ziffer 1 WAG 2007 die Wirksamkeit solche Kontrollsysteme dauerhaft zu gewährleisten bzw zu überprüfen. Dazu reicht es nicht aus, dass die Prüfberichte der Compliance-Stelle gelesen werden. Vielmehr ist die Compliance an sich einer dauerhaften Revision zu unterziehen. Da dies unterlassen wurde, ist der Tatbestand verwirklicht.

Die Geschäftsleiter haben einen Revisionsplan genehmigt, der für den Tatzeitraum keine Überprüfung der Wirksamkeit der Compliance vorsah und haben damit fahrlässig gehandelt, weil ihnen bei gehöriger Aufmerksamkeit bewusst gewesen sein musste, dass die Compliance einer regelmäßigen Revision bedarf.

Zu Spruchpunkt I.5. des Straferkenntnisses:

In diesem Spruchpunkt wird den Beschuldigten vorgeworfen, im Unternehmen keine eindeutige und klare Dienstanweisung im Zusammenhang mit der Beimischung (siehe dazu auch unter Spruchpunkt II.) erlassen zu haben. Insbesondere fehlt eine klare Vorgabe über die Höhe des Prozentanteils der Beimischung sowie deren Berechnungsgrundlage). Während in Spruchpunkt I.4. angelastet wird, dass für den Kunden die Beimischung nicht transparent gewesen wäre (der UVS gelangt zur Ansicht, dass die Höhe der Beimischung für den Kunden nicht erkennbar war), geht der Vorwurf in Spruchpunkt I.5. dahin, dass mangels Anleitung durch die Geschäftsleitung den eigenen Mitarbeitern und hier insbesondere den Beratern keine konkreten Vorgaben über den zulässigen Umfang der Beimischung bekannt waren.

Dem Prüfbericht über die Vor-Ort-Prüfung lässt sich ? vom Berufungswerber unbestritten ? entnehmen, dass im Beraterleitfaden des R., auf welchen ein Verweis in der Dienstanweisung ?Privat- und Geschäftskunden? vom 13.4.2010 vorgenommen wurde und der als Schulungsunterlage im R. diente, bei den Risikokategorien 1-3 eine Beimischung ?bis zu ca. 25%? möglich ist. Diesem Leitfaden ist weder eine Berechnungsgrundlage (25% auf das aktuelle Portfolio aufgeschlagen oder 25% des Portfolios inklusive Beimischung?) noch eine Vorgabe zu entnehmen, wie sich die einzelnen Beimischungsprodukte zueinander und zum bisherigen Portfolio prozentuell zu verhalten haben. Auch bleibt offen, ob es einer Streuung bedarf oder die Beimischung aus einem Produkt bestehen kann.

In der Berufung wird dem damit entgegen getreten, dass die Beimischungspraxis dargestellt und betont wird, dass die Kunden jeweils über die einzelnen Finanzprodukte informiert wurden.

Die angelastete Übertretungsnorm des WAG 2007 lautet:

?§ 17. (1) Ein Rechtsträger hat

1. Entscheidungsprozesse und eine Organisationsstruktur, durch die Berichtspflichten und zugewiesene Funktionen und Aufgaben klar dokumentiert sind, einzurichten und laufend anzuwenden;

2. dafür zu sorgen, dass alle relevanten Personen die Verfahren, die für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben einzuhalten sind, kennen;? Den Argumenten der Berufung kann nicht gefolgt werden. Die angemessene Information des Kunden ist eine eigenständige Verpflichtung des Unternehmens und ersetzt keinesfalls die Verpflichtung nach § 17 Absatz 1 Ziffer 1 und 2 WAG 2007 die relevanten Personen (hier die Kundenberater) so zu

schulen bzw zu informieren, dass diese in Kenntnis darüber sind, wie sich die Beimischung einerseits berechnet und anderseits wie sie inhaltlich aufgebaut sein soll. Nicht hinreichend informierte Kundenberater können ihrerseits die Kunden des R. nicht ausreichend beraten. Die objektive Tatseite ist daher verwirklicht.

Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass bereits die Revisionsberichte der Jahre 2009 und 2010 dokumentieren, dass Unklarheiten im Hinblick auf die Beimischung bestehen und davon auszugehen ist, dass den Geschäftsleitern diese Berichte bekannt waren und trotzdem keine Abhilfe vorgenommen wurde. Die Tat ist somit zumindest fahrlässig begangen worden.

Der erste Revisionsbericht stammt vom 8.7.2009 und wurde mit diesem Tag der Beginn der Tatzeit angenommen (tatsächlich beginnt er natürlich vor der Erstellung des Berichts). Das Ende der Tatzeit wurde mit dem Ende der Vor-Ort-Prüfung angesetzt. Dem wird vom UVS gefolgt.

Zu Spruchpunkt I.6. des Straferkenntnisses:

Die FMA hat die Beschuldigten mit diesem Spruchpunkt deshalb bestraft, weil es der R. verabsäumt hat, die praktische Vorgangsweise der Kundenberater bei der Beimischung kontrolliert bzw es unterlassen zu haben, laufend zu überprüfen, ob die Vorgaben aus dem Beraterleitfaden (mögen diese auch mangelhaft gewesen sein) eingehalten werden.

Der Revisionsbericht vom 8.7.2009 stellt fest, dass es in mehreren Fällen zu einer Überschreitung der nach dem Beraterleitfaden zulässigen Grenze von ca. 25% gekommen ist.

Nach § 17 Absatz 1 Ziffer 3 WAG 2007 hat ein Rechtsträger angemessene interne Kontrollmechanismen, die die Einhaltung von Beschlüssen und Verfahren auf allen Ebenen sicherstellen, einzurichten und laufend aufrecht zu erhalten. Die eigene Innenrevision zeigte auf, dass es wiederholt und über einen längeren Zeitraum zu Überschreitungen der 25%-Beimischungsgrenze gekommen ist und belegt damit, dass es die Geschäftsleitung unterlassen hat, auf die Einhaltung der Dienstanweisung (Beraterleitfaden) zu dringen bzw Maßnahmen zu Einhaltung zu setzen. Die Berufung weist neuerlich auf die Beratungspraxis hin. Die Beratung des jeweiligen Kunden befreit die Berater nicht von der Einhaltung ihrer Dienstanweisungen und entbindet die Geschäftsleitung nicht von der Kontrolle der Einhaltung ihrer Vorgaben. Hier wird nicht der Vorwurf der mangelhaften Beratung erhoben, sondern jener der fehlenden Kontrolle der Unternehmensvorgaben (Dienstanweisung/Beraterleitfaden). Die objektive Tatseite ist daher erfüllt. Da die wiederholten ?Grenzüberschreitungen? durch zwei Revisionsberichte der Geschäftsleitung bekannt waren und diese trotzdem untätig blieb, liegt zumindest Fahrlässigkeit vor.

Zu Spruchpunkt I.7. des Straferkenntnisses:

Der Tatvorwurf in diesem Spruchpunkt lautet, dass Wertpapierkäufe im Rahmen der Portfolioverwaltung zu Überschreitungen der Grenze von 25% hinsichtlich der Beimischung von Wertpapieren führten und dadurch die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen nicht den Kundeninformationen gemäß § 44 WAG 2007 und nicht den Kriterien des § 38 leg cit entsprachen.

Gemäß § 38 WAG 2007 ?hat ein Rechtsträger 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, BGBl. Nr. 625/1991, ist insbesondere den §§ 39, 40, 41, 42, 47 und 48 zu entsprechen.?

§ 44 WAG 2007 lautet auszugsweise:

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

(2) Diese Informationen müssen es dem Rechtsträger ermöglichen, die wesentlichen Fakten in Bezug auf den Kunden zu erfassen. Der Rechtsträger muss unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der Dienstleistung nach vernünftigem Ermessen davon ausgehen können, dass das Geschäft, das im Rahmen der Anlageberatung dem Kunden

empfohlen oder das im Rahmen einer Portfolioverwaltungsdienstleistung getätigt werden soll, die folgenden Anforderungen erfüllt:

1.

Es entspricht den Anlagezielen des Kunden;

2.

etwaige mit dem Geschäft einhergehende Anlagerisiken sind für den Kunden, seinen Anlagezielen entsprechend, finanziell tragbar und

3. der Kunde kann die mit dem Geschäft oder der Verwaltung seines Portfolios einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen.?

Aus einer vom R. der FMA vorgelegten Depotliste ergeben sich für den Zeitraum vom 15.6.2010 bis zum 8.10.2010 jeweils Beimischungen von über 25%. Aus dem Vor-Ort-Bericht der FMA ergibt sich (siehe Seite 31f), dass Wertpapierkäufe vorgenommen wurden, obwohl die Beimischung bereits 25% erreicht hat oder durch den Ankauf überschritten wird. Diese Ankäufe wurden nach Angaben des R. als Beratungsgeschäfte getätigt, also über Empfehlung eines Kundenberaters des R.. In der Berufung werden diese Überschreitungen grundsätzlich eingestanden, lediglich die Anzahl der Überschreitungen wird ? abhängig vom Zeitpunkt der Erhebung bzw der Auftragserteilung ? divergent gesehen. Zudem wird vorgebracht, dass es jedem Anleger frei stehe, von seiner bisherigen Risikobereitschaft abzuweichen. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass die Beimischung nach den eigenen Vorgaben des R. ?ca. 25%? nicht überschreiten darf. Dies gilt für jeglichen Zeitpunkt der Portfolioverwaltung. Dass es zu Überschreitungen gekommen ist, steht außer Streit. Da die inkriminierten Wertpapierankäufe über Beratung des R. erfolgt sind, geht die Berufung hinsichtlich ihrer Ausführungen über Kundenwünsche bzw Änderung der Risikobereitschaft fehl. In Zusammenschau mit der ?Definition? der Beimischung durch Aufzählung einzelner Finanzprodukte und der fehlenden Transparenz über den Umfang der Beimischung stellt die Beratung und der anschließende Wertpapierankauf, der zur Überschreitung der 25% Grenze führt, eine Abweichung von der Kundeninformation bzw des Anlegerprofils dar, die nicht im Interesse des Kunden gelegen ist. Der objektive Tatbestand ist verwirklicht.

Da die wiederholten ?Grenzüberschreitungen? durch zwei Revisionsberichte der Geschäftsleitung bekannt waren und diese trotzdem untätig blieb, liegt zumindest Fahrlässigkeit vor.

Zu Spruchpunkt I.8. des Straferkenntnisses:

Tatbildlich ist die fehlerhafte Dokumentation, die sicherstellen sollte, dass die vorgenommenen Geschäfte mit den Aufzeichnungen darüber korrespondieren. Gemäß § 22 Absatz 1 WAG 2007 hat? ein Rechtsträger Aufzeichnungen über alle seine Dienstleistungen und Geschäfte zu führen, aufgrund der die FMA die Einhaltung der Anforderungen dieses Bundesgesetzes überprüfen und sich vor allem vergewissern kann, ob der Rechtsträger sämtliche Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden eingehalten hat. Der Rechtsträger hat hierbei Art. 7 und 8 der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 zu beachten.?

Die in der Beilage 2 zum Straferkenntnis blau markierten Transaktionen erfolgten im Auftrag des jeweiligen Kunden. Die Dokumentation des R. gibt dies aber nicht wieder. Dass dies nicht zuträfe, konnte vom Berufungswerber nicht widerlegt werden. Der objektive Tatbestand ist daher verwirklicht.

Mangels Anhaltspunkte für eine vorsätzliche Falschdokumentation, ist von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen. Jedenfalls wurde nicht glaubhaft gemacht, dass die verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen kein Verschulden trifft. Ein funktionsfähiges Kontrollsystem wurde nicht glaubhaft dargelegt.

Strafbemessung zu Spruchpunkt III:

Die Tatbestände der §§ 17, 20, und 22 WAG 2007 stellt § 95 Absatz 2 Ziffer 2 WAG 2007 unter Strafe und sieht § 95 Absatz 2 zweiter Strafsatz leg cit hierfür jeweils eine Geldstrafe bis zu 30 000 Euro vor. Nach § 16 Absatz 2 VStG ist für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine zwei Wochen nicht übersteigende Ersatzfreiheitstrafe vorgesehen.

Der Tatbestand des § 44 WAG 2007 ist gemäß § 95 Absatz 2 Ziffer 1 WAG 2007 strafbar und sieht der zweite Strafsatz leg cit eine Geldstrafe von bis zu 50 000 Euro vor. Nach § 16 Absatz 2 VStG ist für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine zwei Wochen nicht übersteigende Ersatzfreiheitstrafe vorgesehen. Die Strafbemessung bestimmt sich nach den Kriterien des § 19 VStG. Die dem Berufungswerber in den Spruchpunkten I.3., I.5., I.6., I.7. und I.8. zur Last

gelegten Verwaltungsübertretungen gehören, da zu ihrer Strafbarkeit weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr erforderlich ist, zu den so genannten "Ungehorsamsdelikten", bei denen im Sinne des zweiten Satzes des § 5 Absatz 1 VStG der Täter zu beweisen hat, dass ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich gewesen ist. Der Berufungswerber hätte daher zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und nachzuweisen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, sich mit den Normen des WAG 2007 soweit vertraut zu machen, dass eine dem Gesetz entsprechende Umsetzung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen gewährleistet ist. Danach ist bei Ungehorsamsdelikten das Verschulden des Täters nicht von der Behörde zu beweisen, sondern ?ohne weiteres anzunehmen?. Dem Täter steht es jedoch frei, diese Vermutung durch Glaubhaftmachung seiner Schuldlosigkeit zu widerlegen. Der ?Entlastungsbeweis? ist aber nicht notwendig, wenn die B

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

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