

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/11/27 W158 2206847-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.11.2019

## Entscheidungsdatum

27.11.2019

## Norm

B-VG Art133 Abs4  
BWG §1 Abs1  
FMABG §22 Abs10  
FMABG §22 Abs2a  
FMABG §22 Abs8  
InvFG 2011 §190 Abs5 Z1  
VStG 1950 §19 Abs2  
VStG 1950 §64  
VStG 1950 §9 Abs2  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §44 Abs3  
VwGVG §50  
VwGVG §52 Abs1  
VwGVG §52 Abs2

## Spruch

W158 2206847-1/16E

W158 2223818-1/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die vorsitzende Richterin Dr. Yoko KUROKI-HASENÖHRL, den Richter Dr. Martin MORITZ und den Richter Mag. Volker NOWAK als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX und die XXXX (nunmehr: XXXX ), beide vertreten durch Hausmaninger Kletter RAe GmbH, Franz-Josefs-Kai 3, 1010 Wien, vom 18.09.2018 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 16.08.2018, GZ. FMA-KL XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30.10.2019 zu Recht erkannt:

A)

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Die Strafnorm lautet § 190 Abs 5 Z 1 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 73/2016.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 iVm Abs. 2 VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, hat die Beschwerdeführerin 460? als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten, das sind 20 % der diesbezüglich verhängten Geldstrafe.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

### **Text**

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

##### **I. Verfahrensgang:**

I.1 Das hier angefochtene Straferkenntnis vom 16.08.2018 der Finanzmarktaufsicht (in Folge: FMA), der Beschwerdeführerin (in Folge: BF) zugestellt am 21.08.2018, richtet sich gegen die BF als Beschuldigte und enthält folgenden Spruch:

"Sehr geehrte Frau XXXX !

I. Sie sind seit 02.11.2016 verantwortliche Beauftragte der XXXX Aktiengesellschaft (im Folgenden kurz: " XXXX "), eines konzessionierten Kreditinstitutes mit Sitz in XXXX .

Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs. 2 2. Satz Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idF BGBl, als zur Vertretung nach außen Berufene zu verantworten, dass

1. die XXXX als Depotbank im Zeitraum von jedenfalls 08.11.2016 bis 11.01.2017 unterlassen hat, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und ausschließlich im Interesse der Anteilhaber zu handeln.

Dies dadurch, dass in der XXXX keine operative Trennung in der Aufgabenausführung zwischen den von der XXXX an sie delegierten Tätigkeiten und den der XXXX in ihrer Eigenschaft als Depotbank zukommenden Aufgaben (Kontrolltätigkeiten) vorlag.

Konkret führte die Leiterin der Abteilung Fondsbuchhaltung, Fr. XXXX , im Zeitraum von jedenfalls 08.11.2016 bis 11.01.2017 vor Verbuchung einer Transaktion (delegierte Tätigkeit) eine Produktprüfung (Tätigkeit der Depotbank) sowie die tägliche Kontrolle auf Grenzverletzungen, der Cashbestände und der Derivatepositionen der OGAW (Tätigkeiten der Depotbank) durch. Eine im ausschließlichen Interesse der Anteilhaber unabhängige Wahrnehmung dieser der XXXX als Depotbank zukommenden Kontrollaufgaben war somit nicht sichergestellt;

2. die XXXX als Depotbank im Zeitraum von jedenfalls 08.11.2016 bis 31.05.2017 unterlassen hat, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und ausschließlich im Interesse der Anteilhaber zu handeln.

Dies dadurch, dass die für ihre Kontrollen genutzten Daten von der XXXX Aktiengesellschaft im Zeitraum von jedenfalls 08.11.2016 bis 31.05.2017 nicht unabhängig erstellt wurden und somit eine unabhängige Kontrolltätigkeit gemäß § 44 Abs. 2 InvFG 2011 nicht sichergestellt war.

Konkret wurde die tägliche Kontrolle der Cashbestände der OGAW mittels einer Excel-Liste durchgeführt, die von der XXXX aus dem Fondsbuchhaltungssystem " XXXX " in Excel exportiert und per Email vom Risikomanagement der XXXX an die XXXX Aktiengesellschaft übermittelt wurde. Auch die Derivatepositionen wurden anhand einer vom Risikomanagement der XXXX erstellten Excel-Liste überprüft, welche auf vom System " XXXX " exportierten Daten beruht.

Eine unabhängige Datengenerierung durch die XXXX wurde erst mit 31.05.2017 dadurch sichergestellt, dass die Mitarbeiter der Kontrollfunktion Depotbank über einen funktionierenden Zugang zum Primärsystem " XXXX " verfügten, der auch zum eigenständigen Ziehen der für die Kontrollhandlungen erforderlichen Daten genutzt wurde.

II. Die XXXX Aktiengesellschaft haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über die Beschuldigte verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad I. 1.) und 2.) § 44 Abs. 2 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 115/2015 iVm § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 73/2016

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 2.300,- Euro

Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Stunden

Gemäß § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 idF BGBl. I Nr. 73/2016 iVm § 22 Abs. 8 FMABG idF BGBl. I Nr. 149/2017

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

--

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

? 230,- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

? 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für---

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

2.530,- Euro."

I.2 Dagegen richtet sich die am 18.09.2018 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde der BF.

I.3 Mit Schriftsatz vom 01.10.2018, ho. protokolliert am 02.10.2018, übermittelte die FMA dem Bundesverwaltungsgericht (in Folge: BVwG) den verfahrensgegenständlichen Akt.

I.4 Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG und § 39 Abs. 2 AVG wurden die gegenständlichen Beschwerdeverfahren W158 2206845-1, W158 2206846-1, W158 2206953-1, W158 2206847-1, W158 2223817-1 und W158 2223818-1 mit Ladung vom 27.09.2019 zur gemeinsamen Verhandlung am 30.10.2019 verbunden.

I.5. Mit Vertagungsbitte vom 30.09.2019 teilte der Rechtsvertreter (in Folge: RV) der BF mit, zum Verhandlungstermin gemeinsam mit einem weiteren Beschwerdeführer (W158 2206953-1) verhindert zu sein. Der RV wurde auf Nachfrage (zuletzt auf seinen nicht den Formvorschriften entsprechenden Verhandlungsverzicht per Email vom 29.10.2019) mehrfach davon in Kenntnis gesetzt, dass der Verhandlungstermin der 30.10.2019 bestehen bliebe (siehe dazu auch die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung).

I.6. Am 30.10.2019 hielt der entscheidende Senat eine mündliche Verhandlung ab, an der die Beschwerdeführerin (in Folge: BF) unentschuldig nicht teilnahm sowie die belangte Behörde gehört wurden.

I.7. Die Niederschrift der mündlichen Verhandlung wurde der BF im Wege des schriftlichen Pateiengehörs am 31.10.2019 übermittelt. Eine Stellungnahme langte bis zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Erkenntnisses nicht ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und den gegenständlichen Akt des BVwG sowie Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30.10.2019.

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die XXXX (in Folge: XXXX ) wurde mittels "Depotbankvertrag" vom 10.05.2012 (Beilage 13 des Verwaltungsakts) von der XXXX (in Folge: XXXX ) für die von ihr verwalteten Kapitalanlagefonds (OGAW) als Depotbank bestellt, gleichzeitig wurden gemäß § 5 Abs. 5 InvFG 2011 eine Reihe von Tätigkeiten der XXXX an die XXXX delegiert.

Nach Aufhebung des § 5 Abs. 5 InvFG 2011 mit 17.03.2016 wurde zwischen der XXXX als "Dienstleister" und der XXXX am 06.04.2016 ein "Delegationsvertrag" (Beilage 14) abgeschlossen. Die dadurch an die XXXX delegierten Tätigkeiten umfassten charakteristischerweise auch die Verbuchung von Transaktionen.

Die XXXX wurde jedenfalls im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von der XXXX als Depotbank bzw. Verwahrstelle für 19 OGAW eingesetzt. Eine Konzession der XXXX für die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft) gemäß § 1 Abs. 1 Z 5 BWG war in diesem Zeitraum vorhanden.

Die BF wurde am 02.11.2016 wirksam zur verantwortlichen Beauftragten der XXXX gemäß § 9 Abs. 2 VStG für den Bereich Depotgeschäft inklusive der Einhaltung der Pflichten gemäß Depotgesetz, §§ 39 bis 45 InvFG, § 40 WAG sowie aller in diesem Zusammenhang ergangenen Rundschreiben und anderer Mitteilungen bestellt (Beilage 24).

Hinsichtlich des ihr hiermit übertragenen Verantwortungsbereichs verfügte die BF über die erforderliche faktische Anordnungsbefugnis (ON 04).

#### Zu Spruchpunkt I.1.

Weder im "Depotbankvertrag" vom 10.05.2012 noch im "Delegationsvertrag" vom 06.04.2016 wird die Handhabung von Interessenskonflikten bzw. die funktionale und hierarchische Trennung der delegierten Tätigkeiten von den Aufgaben als Depotbank behandelt. Eine unabhängige Stelle zur Erledigung dieser Tätigkeiten wurde entgegen der "Richtlinie zur Wahrung der Anlegerinteressen im Rahmen der XXXX " (Stand 13.10.2016, Punkt 2.6.) nicht eingerichtet.

Die BF führte als Leiterin der Fondsbuchhaltung seit Anfang November 2016 vor Verbuchung einer Transaktion (Aufgabe der Fondsbuchhaltung - delegierte Tätigkeit) eine Überprüfung durch, ob das Produkt in den Fonds passte (Produktprüfung - Aufgabe der Depotbank). Der BF lagen alle am Vortag vom Risikomanagement der XXXX im Fondsbuchprogramm " XXXX " eingestellten Transaktionen vor. Die BF prüfte zunächst anhand der Fondsbestimmungen, ob der jeweilige Fonds dieses Wertpapier kaufen darf und verbuchte in der Folge die Transaktion. Kein weiterer Mitarbeiter der XXXX hat eine Produktprüfung vorgenommen. Die BF führte auch die tägliche Kontrolle der Grenzverletzungen, der Cashbestände und der Derivatepositionen der OGAW (sämtlich Aufgaben der Depotbank) durch.

Der gesetzmäßige Zustand wurde durch ein neues Depothandbuch mit 13.01.2017 hergestellt.

#### Zu Spruchpunkt I.2.

Die von der XXXX in ihrer Depotbankfunktion für ihre Kontrollen genutzten Daten wurden nicht unabhängig erstellt.

Die tägliche Kontrolle der Cashbestände der OGAW und Überprüfung der Derivatepositionen wurde im verfahrensgegenständlichen Zeitraum mittels einer Excel-Liste durchgeführt, die von der XXXX aus dem Fondsbuchhaltungssystem " XXXX " in Excel exportiert und per Email vom Risikomanagement der XXXX an die XXXX übermittelt wurde. Diese Excel-Liste wurde in der Folge in eine andere Excel-Liste eingefügt. Etwaige in der Liste aufgezeigte Grenzüberschreitungen wurden von der XXXX per Email mit der XXXX abgeklärt.

Die von der XXXX auf diesem Wege übermittelten Daten wurden von der BF jedenfalls seit 08.11.2016 bis Februar 2017 stichprobenartig auf Richtigkeit überprüft. Ab Februar 2017 wurde diese Kontrollfunktion von Hr. XXXX übernommen, wobei die BF daneben noch bis Ende April 2017 ihre Prüftätigkeit fortsetzte. Die eigenständige und unabhängige Generierung der von der Kontrollfunktion Depotbank genutzten Daten war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in der XXXX noch nicht vorgesehen.

Eine unabhängige Datengenerierung durch die XXXX wurde erst mit 31.05.2017 sichergestellt.

#### 2. Beweiswürdigung:

Die wirksame Bestellung der BF zur verantwortlichen Beauftragten für den einschlägigen Bereich sowie die damit verbundene erforderliche faktische Anordnungsbefugnis ergibt sich aus der Vernehmung der Beschuldigten (ON 04) und der Beilage 24 (Vorstandsbeschluss vom 02.11.2016).

#### Zu Spruchpunkt I.1.

Die Tatsache, dass keine unabhängige Stelle "Depotbank" eingerichtet wurde, ergibt sich aus dem Organigramm der XXXX . Gegenteiliges wurde von der BF nicht behauptet (Stand: September 2016, Beilage 16), auch wenn die "Richtlinie zur Wahrung der Anlegerinteressen im Rahmen der XXXX " (Stand 13.10.2016, Beilage 15) unter "2.6 Verhältnis zwischen XXXX und Depotbank" vorsieht: "Da die Depotbank eigenständigen Verpflichtungen nach dem InvFG unterliegt und eine wichtige Kontrollfunktion erfüllt, sind ihre Tätigkeiten von der XXXX unabhängig einzurichten. [...]. Im Rahmen der XXXX ist für die Einhaltung der Verpflichtungen der Depotbank die Stelle Depot Bank zuständig".

Dass die Aufgaben als Depotbank und jene von der XXXX delegierten Tätigkeiten teilweise von denselben Personen, vornehmlich der BF selbst, wahrgenommen wurden, wurde im Rahmen der Vor-Ort-Prüfung festgestellt (Tz 106 in ON 01) und von der BF nicht bestritten (Niederschrift über die Vernehmung der Beschuldigten, ON 04 sowie Beschwerde). Daraus ergibt sich auch, dass kein weiterer Mitarbeiter der XXXX eine Produktprüfung vorgenommen hat (ON 04). Dass die BF auch die tägliche Kontrolle der Grenzverletzungen, der Cashbestände und der Derivatepositionen der OGAW (sämtlich Aufgaben der Depotbank) durchführte, ergibt sich ebenfalls daraus (Tz 106 in ON 01 sowie ON 04).

Weder im "Depotbankvertrag" vom 10.05.2012 (Beilage 13) noch im "Delegationsvertrag" vom 06.04.2016 (Beilage 14) wurde im verfahrensgegenständlichen Zeitraum die Handhabung von Interessenskonflikten bzw. die operative

Trennung der delegierten Tätigkeiten von den Aufgaben als Depotbank behandelt. Das "Depotbank Handbuch" befand sich zum Zeitpunkt der VOP lediglich im Entwurfstadium (Tz 32 in ON 01). Das Gleiche gilt für den "Verwahrstellenvertrag" (Beilage 23), der in § 3 Ausführungen zum Thema Interessenkonflikte enthält, welcher aber erst am 24.01.2017 unterfertigt wurde.

Dass der rechtmäßige Zustand dann mit 13.01.2017 hergestellt wurde, ergibt sich aus dem mit diesem Datum per Email der XXXX übermittelten, nunmehr fertiggestellten "Depotbankhandbuch" (Stand: 13.01.2017, Beilage 02). Dort wird im Kapitel "5. Kontrollfunktion der Depotbank" näher auf die Einrichtung und Aufgaben der Kontrollfunktion Depotbank eingegangen:

"Zur Sicherstellung der Einhaltung der Verpflichtungen der Depotbank gemäß Investmentfondsgesetz als auch der gesetzlich normierten Kontrollen in Bezug auf die XXXX hat die Depotbank eine eigene interne Kontrollfunktion eingerichtet. [...]. Die Depotbank hat sichergestellt, dass die Kontrollfunktion Depotbank von all jenen Tätigkeiten und Funktionen, die von der XXXX an die XXXX ausgelagert wurden, funktional und hierarchisch getrennt ist. Die von der Kontrollfunktion Depotbank durchgeführten Überprüfungshandlungen sind innerhalb der "Checkliste Fondsbuchhaltung/Kontrollfunktion Depotbank" ersichtlich. [...]"

In der Folge wurde von der XXXX die "Checkliste Fondsbuchhaltung/Kontrollfunktion Depotbank" (Beilage 17) übersandt, welche die von der Fondsbuchhaltung und jene von der Kontrollfunktion Depotbank durchzuführenden Kontrollschritte beschreibt und voneinander abgrenzt.

Auch die Tätigkeiten der Kontrollfunktion Depotbank wurden seither in dem aktualisierten Dokument "Prozessabwicklung für die Abteilung Fondsbuchhaltung" (Stand: 11.01.2017, Beilage 18) beschrieben. So sieht diese im Punkt "Tägliche Grenzkontrollen durch Kontrollfunktion Depotbank" die Durchführung der Produktprüfung, der Kontrolle der Grenzen, Cashbestände und Derivatepositionen durch die Kontrollfunktion Depotbank vor.

Im genannten Dokument wird weiters unter "6. Anlassbezogene Kontrollen" festgelegt, dass die "Leitung Rechnungswesen" ("Kontrollfunktion Depotbank") die Position der übergeordneten Kontrolle einnimmt und für die Wahrnehmung der Kontrollpflichten der Depotbank verantwortlich ist.

Zu Spruchpunkt 1.2.

Der Umstand, dass von der XXXX für ihre Kontrollen genutzte Daten nicht unabhängig erstellt wurden, wurde während der Vor-Ort-Prüfung festgestellt (Tz 108 in ON 01). Ebenso der Umstand, dass Grenzüberschreitungen von der XXXX per Email mit der XXXX abgeklärt wurden, was auch die BF bestätigte (Tz 108 in ON 01 sowie ON 04).

Auch im Dokument "Prozessabwicklung für die Abteilung Fondsbuchhaltung" (Stand 11.01.2017, Beilage 18) findet sich bezüglich der Überprüfung der Cashbestände der OGAW unter "Tägliche Grenzkontrollen durch Kontrollfunktion Depotbank" folgender Passus: "Eventuelle Grenzüberschreitungen des Cashbestandes, sind anhand der Excel-Sheets "Überprüfung Cashbestand", welches von dem Risikomanagement der XXXX an die Fondsbuchhaltung per E-Mail geschickt wird, von der Kontrollfunktion Depotbank zu prüfen [...]".

Bezüglich der Kontrolle der Derivatepositionen wird unter "Tägliche Grenzkontrollen durch Kontrollfunktion Depotbank" geregelt: "Die Liste "Derivatkontrolle", welche von der XXXX per E-Mail an die Fondsbuchhaltung geschickt wird, wird von der Kontrollfunktion Depotbank kontrolliert."

Daraus ergibt sich, dass eine unabhängige Datengenerierung durch die XXXX erst mit 31.05.2017 sichergestellt wurde, und die eigenständige und unabhängige Generierung der von der Kontrollfunktion Depotbank genutzten Daten zuvor in der XXXX noch nicht vorgesehen war.

Das System, dass die für die Kontrollhandlungen erforderlichen Daten via Excel-Liste von der XXXX übermittelt wurden, wurde mit Ende Mai 2017 umgestellt und verfügte ab dann die Kontrollfunktion Depotbank über einen funktionierenden Zugang zum Primärsystem XXXX, der auch zum eigenständigen Ziehen der erforderlichen Daten genutzt wird. Daneben bestand weiterhin die Praxis der Übermittlung der Excel-Liste durch die XXXX (Niederschrift über die Vernehmung der Beschuldigten ON 04 sowie Seite 6 in Beilage 04).

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Verfahrensrecht und zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl. I 97/2001 idF BGBl 184/2013 entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn entweder eine primäre Freiheitsstrafe oder eine 600? übersteigende Geldstrafe verhängt wurde.

Im vorliegenden Fall wurde mit dem angefochtenen Straferkenntnis eine Strafe von 2.300 ? verhängt. Der Vorschrift des § 22 Abs. 2a FMABG nach liegt somit gegenständlich Senatzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 50 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Das angefochtene Straferkenntnis wurde der BF zuhanden ihres Rechtsvertreters am 21.08.2018 zugestellt, die gegenständliche Beschwerde langte am 18.09.2018 bei der belangten Behörde ein.

Die Beschwerde ist somit rechtzeitig und auch zulässig.

3.2. Zu Spruchpunkt A):

Die Beschwerde ist abzuweisen:

3.2.1. Anzuwendendes Recht

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren kommen die folgenden Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes 2011 zur Anwendung:

§ 44 Abs. 2 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 115/2015 lautet:

"Die Depotbank hat bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ehrlich, redlich, professionell, unabhängig und ausschließlich im Interesse der Anteilhaber zu handeln."

Gemäß § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hiefür von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) einer Depotbank gegen die §§ 39 Abs. 2, 40 Abs. 2 bis 4, 41 Abs. 3, 42, 42a, 44 oder 45 dieses Bundesgesetzes, Art. 3 bis 8, Art. 10, Art. 12 bis 17 oder Art. 21 bis 24 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/438 verstößt.

3.2.2. Zum Beschwerdevorbringen der fehlenden Verantwortlichkeit der BF

In ihrer Beschwerde bestreitet die BF den Sachverhalt zu Spruchpunkt 1.1. nicht, sondern bringt vor, in der Übernahme von Aufgaben der Produktprüfung und gleichzeitigen Fondsbuchhaltung durch die BF keine Verletzung von Anlegerinteressen sehen zu können. Die BF habe als Angestellte der XXXX Verbuchungen von Transaktionen für die XXXX durchgeführt, diese Aufgaben habe die XXXX aber nicht in der Eigenschaft als Depotbank übernommen. Zusätzlich habe die XXXX als Depotbank Prüfhandlungen durchgeführt.

Dabei verkennt die BF, dass sie sich durch die Führung der Fondsbuchhaltung und gleichzeitige Wahrnehmung von Kontrollaufgaben in der Depotbankfunktion der XXXX in gesetzwidriger Weise selbst kontrolliert hat. Dies daher, dass zum einen die Verbuchung von Transaktionen eine von der XXXX an die XXXX delegierte Tätigkeit darstellt, zum anderen Produktprüfung und Grenzverletzungskontrollen zu den Depotbankfunktionen der XXXX gehören.

Grundsätzlich ist die Verwaltung der Vermögenswerte eines Investmentfonds der Verwaltungsgesellschaft zugewiesen, während die Depotbank die Anlagewerte des Fondsvermögens zu verwahren hat und Veranlagungsgeschäfte technisch abwickelt. Der investmentrechtliche Trennungsgrundsatz dient insbesondere dem Anlegerschutz (vgl. Kreisl in Macher/Buchberger/Kalss/Opitz, InvFG, §§ 39-45, Rz 1). Die Kontrollrechte der Depotbank müssen in eben diesem Interesse für eine sinnhafte Wahrnehmung ihrer Aufgaben jedenfalls unabhängig von statten gehen. Durch die

Übernahme sowohl von delegierten Aufgaben der XXXX als auch von Aufgaben als Depotbank hat sich die XXXX vor besondere Herausforderungen gestellt, um den Anlegerinteressen gerecht zu werden. Die Übernahme beider Tätigkeitsfelder durch dieselbe Person, nämlich der BF, hat das vom Gesetzgeber intendierte System der gegenseitigen Kontrolle im Sinne der Bestimmungen des §§ 39 iVm 40 Abs 1 InvFG 2011 vereitelt.

Soweit die BF zu Spruchpunkt I.2. vermeint, Mitarbeiter der XXXX als Depotbank hätten schon früher als festgestellt Zugang zu den einschlägigen Excel-Dateien gehabt und dergestalt bei Grenzwertverletzungen eigenständig Datenerhebungen vornehmen können, und habe die Depotbank dazu auch unabhängig Daten erhoben und weitere Überprüfungen durch Stichproben vorgenommen, ist dazu Folgendes auszuführen: Grundlage jeder Prüfungshandlung einer Depotbank muss die unabhängige Erstellung jener Daten sein, die zur Ausübung der Kontrollfunktion dienen. Die bloße Ziehung von Stichproben zur Datenüberprüfung (ON 04, Beilage 25) bzw. nur anlassbezogene unabhängige Datenerhebungen bei Grenzwertverletzungen reicht dazu nicht. Wie auch in der Beschwerde zugestanden, nutzte die Depotbank grundsätzlich Excel-Dateien, die von der XXXX übermittelt wurden. Die Nutzung nicht unabhängig erstellter Daten birgt jedoch das Risiko, dass unvollständige oder fehlerhafte Daten an die Depotbank übermittelt werden, was eine sinnvolle Kontrolle der Cashbestände und Derivatepositionen verhindert.

Die belangte Behörde führt dazu zu Recht aus, dass sich die Depotbank dieses Risikos letztendlich bewusst gewesen sein muss, da laut Aussage der BF das System in Folge umgestellt wurde, "damit keine Fehler bei der Datenübertragung passieren" (ON 04, S. 7).

Die in der Beschwerde angesprochenen Mitarbeiter gehörten zudem derselben Funktionseinheit wie die BF an und waren dieser weisungsunterworfen. Erst durch die auch personelle Trennung der Depotbankfunktion und Fondsbuchhaltung wurde der gesetzmäßige Zustand hergestellt.

#### 3.4. Zur Strafbemessung und dem Vorbringen fehlender spezialpräventiver Funktion der Strafe

§ 22 Abs. 8 FMABG sieht vor, dass wenn durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen gemäß einem oder mehreren der in § 2 FMABG genannten Bundesgesetze begangen wurden oder eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen fällt, eine einzige Verwaltungsstrafe zu verhängen ist. Diese Verwaltungsstrafe ist jeweils nach der Strafdrohung zu bestimmen, die die höchste Strafe androht.

Nach Abs. 10 leg. cit. ist es ein Erschwerungsgrund für die Zumessung der Strafe, wenn mehrere Verwaltungsübertretungen derselben oder verschiedener Art begangen worden sind. Im konkreten Fall lagen zwei selbständige Taten vor, die unter dieselbe Strafdrohung fallen. Da eine einzige Strafe zu verhängen ist, ist auch auf das Strafausmaß gesamthaft einzugehen.

Der Strafraumen beträgt bei Verstößen gegen Art. 12 bis 17 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/438 bis zu 60.000 Euro.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind 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 (§ 19 Abs. 2 VStG).

Gemäß § 190b InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 115/2015 hat die FMA - ungeachtet des § 19 Abs. 1 VStG - bei der Bemessung der Höhe einer Geldstrafe, soweit angemessen, insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:

? die Schwere und Dauer des Verstoßes;

? den Grad der Verantwortung der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person;

? die Finanzkraft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, wie sie sich beispielweise aus dem Gesamtumsatz der verantwortlichen juristischen Person oder den Jahreseinkünften der verantwortlichen natürlichen Person ablesen lässt;

? die Höhe der von der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste, sofern diese sich beziffern lassen;

? den Schaden, der Dritten durch den Verstoß zugefügt wurde, sofern sich dieser beziffern lässt;

? den Schaden, der dem Funktionieren der Märkte oder der Wirtschaft allgemein zugefügt wurde, sofern sich dieser beziffern lässt;

? die Bereitschaft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zu Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde;

? frühere Verstöße der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person sowie

? nach dem Verstoß getroffene Maßnahmen der für den Verstoß verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zur Verhinderung einer Wiederholung dieses Verstoßes.

Die Regelungen des 2. Hauptstücks des InvFG 2011, die die Aufgaben und Pflichten der Depotbank zum Inhalt haben, sind vom Postulat des Anlegerschutzes geprägt und sehen infolgedessen die Einhaltung eines hohen Sorgfaltsmaßstabs durch die Depotbank im Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeit vor. Dies umso mehr, als gerade aufgrund der Tatsache, dass ein OGAW ein Anlagemodell für Kleinanleger ist, ein hohes Maß an Sicherheit geboten ist (vgl. ErlRV 671 BlgNR XXV. GP, 1.).

In diesem Sinne ist die Wahrung der Unabhängigkeit im Rahmen der Tätigkeitsausführung durch die Depotbank gemäß § 44 Abs. 2 InvFG 2011 unerlässlich, um ein Handeln im ausschließlichen Interesse der Anteilinhaber sicherzustellen. Dies betrifft sowohl die unabhängige Erstellung von für Kontrollhandlungen erforderlicher Daten durch die Depotbank als auch die Sicherstellung einer operativen Trennung von Aufgaben im Zusammenhang mit delegierten Tätigkeiten und solchen der Depotbank.

Im konkreten Fall war bei der Festsetzung der Strafe somit zu berücksichtigen, dass die im öffentlichen Interesse gelegenen Ziele der FMA (Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts sowie Schutz der Interessen der Anleger) nicht unerheblich beeinträchtigt wurden. Der objektive Unrechtsgehalt der Taten war daher nicht als geringfügig anzusehen.

Abgesehen von den generalpräventiven Argumenten kommen im konkreten Fall auch spezialpräventiv bedingte Überlegungen zum Tragen. Die BF ist weiterhin verantwortliche Beauftragte des Unternehmens; die Strafe ist daher zur Abhaltung weiterer kapitalmarktrechtlicher Verstöße erforderlich.

Auch das Verschulden der BF kann nicht als geringfügig gewertet werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der übertretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr räumte die BF selbst gegenüber der FMA ein, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die in der XXXX etablierte Arbeitsweise in Bezug auf ihre in Spruchpunkt I.1. angeführten operativen Tätigkeiten sowie die für Kontrollhandlungen erforderlichen Datenziehung gemäß Spruchpunkt I.2., zu ändern und einen geeigneten Vorschlag an die Geschäftsleitung der XXXX heranzutragen.

Mildernd wurde neben der Unbescholtenheit der BF auch deren Kooperationsbereitschaft berücksichtigt, erschwerend war gemäß § 22 Abs. 10 FMABG das Vorliegen zweier selbständiger Taten zu werten.

Zu den wirtschaftlichen Verhältnissen ist festzuhalten, dass das monatliche Einkommen der BF nach eigenen Angaben EUR 3.609,73 brutto beträgt, Sorgepflichten bestehen nicht (Angaben zur Person in ON 04).

Die konkret verhängte Strafe erscheint daher zusammengefasst im Hinblick auf den verwirklichten Tatunwert gemessen am zur Verfügung stehenden Strafraum von bis zu 60.000 Euro tat- und schuldangemessen.

3.4. Zur Haftung gemäß § 9 Abs 7 VStG:

Da die Beschwerde abzuweisen war, besteht auch weiterhin die Haftung der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 7 VStG.

3.5. Zur Vertagungsbitte und der Zurückziehung des Antrags auf mündliche Verhandlung durch den RV der BF:

Da der Rechtsvertreter einer Rechtsanwaltskanzlei angehört, bei der mindestens sechs Rechtsanwälte tätig sind, aber auch die Möglichkeit zu einer externen Substituierung bestanden hätte, wurde der Vertagungsbitte vom 30.09.2019



nicht stattgegeben (vgl. Lewisch/Fister/Weilguni (Hrsg.), § 45 VwGVG, VStG, 2. Aufl. [2017], Rz 6, wonach der Judikatur gemäß grundsätzlich eine Vertretung durch einen anderen Rechtsanwalt möglich ist). Dabei ist auch zu beachten, dass durch die Senatszuständigkeit von drei Richtern die Möglichkeiten einer etwaigen Terminverschiebung sehr eingeschränkt sind (vgl. Lewisch/Fister/Weilguni (Hrsg.), § 45 VwGVG, VStG, 2. Aufl. [2017], Rz 5). Die Befragung des BF zu W158 2206953-1 (verbundenes Verfahren) hat zuvor nicht einmal der RV für erforderlich gehalten, wie man aus der Beschwerde ersieht, der zufolge ausdrücklich nur die Einvernahme der BFs zu W158 2206845-1 und W158 2206846-1 als Beweisanbot zum gesamten Beschwerdevorbringen gestellt wurde (Beschwerde, S. 9 letzter Absatz). Entgegenstehendes wurde auch in der Vertagungsbitte nicht behauptet.

Der RV hat in Folge mittels Äußerung vom 24.10.2019 den in der Beschwerde getätigten Antrag auf mündliche Verhandlung zurückgezogen, des Weiteren per Email - und somit den Formvorschriften nicht entsprechend - am 29.10.2019 einen Verzicht auf den Verhandlungstermin ausgesprochen. Basierend auf der Verordnungsmächtigung des § 21 Abs 3 BVwGG wird die Einbringung von Schriftsätzen durch die Verordnung des Bundeskanzlers über den elektronischen Verkehr zwischen Bundesverwaltungsgericht und Beteiligten (BVwG-elektronischer-Verkehr-Verordnung - BVwG-EVV), BGBl. II Nr. 515/2013, idFBGBl. II Nr. 222/2016 geregelt. Gemäß § 1 Abs. 1 letzter Satz BVwG-EVV ist E-Mail keine zulässige Form der elektronischen Einbringung von Schriftsätzen. In seinem Beschluss vom 15.12.2015, Ra 2015/01/0061 hat der VwGH dazu ausgesprochen, dass ein mittels E-Mail eingebrachter Schriftsatz keine Rechtswirkungen zu entfalten vermag.

Abgesehen von dem Umstand, dass keine Abberaumung des Verhandlungstermins stattfand, wurde dem RV zudem auf sein Email vom 29.10.2019 ausdrücklich mitgeteilt, dass die Verhandlung stattfindet und mit dem Erscheinen der BF gerechnet werden würde. Der RV verkannte in diesem Zusammenhang offensichtlich neben der Form, in der ein Verzicht einzubringen ist, dass ein solcher von beiden Parteien, also auch von der belangten Behörde ausdrücklich erfolgen muss. Auch bei Vorliegen eines beidseitigen Verzichts wäre es dem BVwG jedoch möglich gewesen, eine mündliche Verhandlung durchzuführen (vgl. Eder/Martschin/Schmid, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, § 44 VwGVG K 17). Der Zurückziehung des Antrags auf mündliche Verhandlung, und damit dem Wunsch auf Abberaumung des Verhandlungstermins nachzukommen, stand schon der Umstand entgegen, dass der RV in der gleichen Äußerung sowie zuvor in der Beschwerde nicht nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptete, somit das BVwG schon laut den Bestimmungen des § 44 Abs 3 Z 1 VwGVG nicht von einer Verhandlung absehen konnte. Darüber hinaus wäre auch hier die Zustimmung der anderen Partei erforderlich gewesen (§ 44 Abs 3 Z 4 letzter Satz VwGVG). Der belangten Behörde wurde die Äußerung der BF zur Kenntnis gebracht, ebenso wie der nicht formgerechte Verzicht. Die belangte Behörde erklärte ausdrücklich nicht auf eine Verhandlung zu verzichten (siehe VP S. 3).

### 3.6. Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Auslegung der angewendeten Strafnormen kann als eindeutig bezeichnet werden. In allen übrigen Fragen bewegt sich die Entscheidung auf dem Boden vorhandener und nicht uneinheitlicher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, die in der rechtlichen Würdigung jeweils an passender Stelle zitiert wurde. Im Übrigen hängt die Entscheidung nur vom Ergebnis der Beweiswürdigung ab, die schlüssig erfolgte und daher nicht revisibel ist.

### **Schlagworte**

Anlegerschutz Finanzmarktaufsicht Geldstrafe Kontrolle Kostenbeitrag Kostentragung mündliche Verhandlung Prüfung Solidarhaftung Strafbemessung verantwortlicher Beauftragter Verschulden Verwaltungsstrafe  
Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2019:W158.2206847.1.00

### **Im RIS seit**

28.07.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

28.07.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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