

# TE Bwvg Erkenntnis 2019/11/20 W158 2206846-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2019

## Entscheidungsdatum

20.11.2019

## 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 Abs1  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §44 Abs3  
VwGVG §50  
VwGVG §52 Abs1  
VwGVG §52 Abs2

## Spruch

W158 2206846-1/15E

W158 2223817-1/13E

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 der 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-K 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 1400 ? 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 11.12.2015 Vorstand der XXXX (im Folgenden kurz: " XXXX "), eines konzessionierten Kreditinstitutes mit Sitz in XXXX .

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

1. die XXXX im Zeitraum von 13.10.2016 bis 01.08.2017 an ihrem Sitz unterlassen hat, Notfallpläne für jeden Markt, konkret für die Märkte

- Inländische Aktien
- Ausländische Aktien
- Inländische Anleihen
- Ausländische Anleihen
- Inländische Investmentfonds
- Ausländische Investmentfonds
- Derivate und Futures,

in dem sie Dritte, denen die Verwahrungsfunktionen gemäß Artikel 22a der Richtlinie 2009/65/EG übertragen werden, bestellt, zu entwickeln.

Das Dokument "Notfallplan Subverwahrstellen", das eine Notfallplanung in Bezug auf die genannten Märkte im Falle des Ausfalls eines hierfür bestellten Subverwahrers enthält, wurde erst im August 2017 erstellt;

2. die XXXX im Rahmen der Übertragung der Verwahrstellenfunktion

a) auf die XXXX (im Folgenden kurz: " XXXX ") jedenfalls vom 08.11.2016 bis 23.11.2016 nicht sichergestellt hat, dass die XXXX alle erforderlichen Aufzeichnungen und Konten zur jederzeitigen und unverzüglichen Unterscheidbarkeit der Vermögenswerte der OGAW-Kunden der XXXX von ihren eigenen Vermögenswerten, den von der XXXX auf eigene Rechnung gehaltenen Vermögenswerten und den für Nicht-OGAW-Kunden der XXXX gehaltenen Vermögenswerten, führt.

Dies dadurch, dass die XXXX jedenfalls vom 08.11.2016 bis 23.11.2016 sowohl die Vermögenswerte der Nicht-OGAW-Kunden der XXXX als auch jene der OGAW-Kunden der XXXX auf nur einem Verwahrungskonto mit der XXXX lautend auf XXXX , hielt und somit nicht gewährleistet war, dass diese Vermögenswerte jederzeit unverzüglich voneinander unterschieden werden konnten;

b) auf die XXXX (im Folgenden kurz: " XXXX ") vom 30.09.2016 bis 02.01.2017 nicht sichergestellt hat, dass die XXXX erforderlichen Aufzeichnungen und Konten zur jederzeitigen und unverzüglichen Unterscheidbarkeit der Vermögenswerte der OGAW-Kunden der XXXX von ihren eigenen Vermögenswerten, den von der XXXX auf eigene Rechnung gehaltenen Vermögenswerten und den für Nicht-OGAW-Kunden der XXXX gehaltenen Vermögenswerten, führt.

Dies dadurch, dass die XXXX vom 30.09.2016 bis 02.01.2017 sowohl die Vermögenswerte der Nicht-OGAW-Kunden der XXXX als auch jene der OGAW-Kunden der XXXX auf nur einem Verwahrungskonto mit der Nr. XXXX, lautend auf XXXX, hielt und somit nicht gewährleistet war, dass diese Vermögenswerte jederzeit unverzüglich voneinander unterschieden werden konnten.

II. Die XXXX 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.) § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 73/2016 iVm Art 15 Abs. 5 Delegierte Verordnung (EU) 2016/438;

Ad I. 2.) § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 idFBGBl. I Nr. 73/2016 iVm Art 16 Abs. 1 lit. a Delegierte Verordnung (EU) 2016/438;

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

Geldstrafe von 7.000,- Euro

Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Stunden

Gemäß § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 idFBGBl. 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:

? 700,- 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

7.700,- Euro."

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

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 zur Verhandlung vom 27.09.2019 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

I.5. Mit Vertagungsbitte vom 30.09.2019 teilte der Rechtsvertreter (in Folge: RV) der Beschwerdeführerin mit, zum Verhandlungstermin gemeinsam mit einem weiteren Beschwerdeführer (W158 2206953-1) verhindert zu sein. Die BF hat zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, 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 am 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 BF unentschuldigt nicht teilnahm, sowie die belangte Behörde gehört wurde.

I.7. Die Niederschrift der mündlichen Verhandlung wurde der BF im Wege des schriftlichen Pateiengehört 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 durch Durchführung der mündlichen Verhandlung am 30.10.2019.

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Im Zeitraum vom 08.11.2016 bis 09.11.2016 sowie am 22.11.2016 wurde von der FMA (Abt. III/3 "Asset Management - On- und Off-Site Analyse") eine Vor-Ort-Prüfung in den Räumlichkeiten der XXXX (in Folge: XXXX, nunmehr XXXX) als

Depotbank der XXXX (in Folge: XXXX ) durchgeführt. Die BF gehörte im Tatzeitraum dem Vorstand als nach § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Verantwortliche an, die BF ist nach wie vor Vorstandsmitglied. Für den verfahrensgegenständlichen Aufgabenbereich gab es neben dem BF zu W158 2206953-1 keine wirksame Bestellung einer anderen Person als nach § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Verantwortliche.

Die XXXX wurde zum Zeitpunkt der Prüfung von der XXXX als Depotbank bzw. Verwahrstelle für 19 OGAW eingesetzt und verfügte im Tatzeitraum unter anderem über eine Konzession zur Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft) gemäß § 1 Abs 1 Z 5 BWG.

Die XXXX wurde mittels "Depotbankvertrag" vom 10.05.2012 von der XXXX für die von ihr verwalteten Kapitalanlagefonds (OGAW) als Depotbank bestellt. Es bestanden keine weiteren Depotbankmandate. Mit 23.05.2019 legte die XXXX ihre Konzession zurück, womit auch die Depotbankfunktion der XXXX für die XXXX endete.

Gemäß Punkt "1.1 Allgemeine Tätigkeiten der Depotbank" des Depotbankvertrags wurde der XXXX unter anderem die Verwahrung und Verwaltung der Wertpapiere und die Führung der Konten übertragen (Verwahrstellenfunktion). Gemäß Punkt "11. Delegation" des Depotbankvertrags konnte die Depotbank ihre Aufgaben an Dritte (in Folge: Subverwahrer) übertragen.

Im gegenständlichen Tatzeitraum lag kein für den etwaigen Ausfall dieser Subverwahrer entwickelter Notfallplan für die Märkte, in denen die XXXX diese einsetzte, vor.

Auch war weder ein konkretes Prozedere vorgesehen, wie bei Ausfall eines Subverwahrers vorzugehen ist, noch waren alternative Anbieter für jeden Markt ausgewählt.

Ein entsprechender Notfallplan wurde der FMA erst im Rahmen der Stellungnahme vom 31.08.2017 vorgelegt. Er wurde im August 2017 in Kraft gesetzt und enthält neben einer festgelegten Vorgehensweise im Falle des Ausfalls eines Subverwahrers eine Notfallplanung in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Märkte.

Im Prüfungszeitraum unterhielt die XXXX bei folgenden Subverwahrern Konten:

? XXXX - Konto XXXX , lautend auf XXXX

? XXXX , lautend auf XXXX

? XXXX - Konto XXXX , lautend auf XXXX

? XXXX - Konto XXXX mit fünf Subkonten für fünf unterschiedliche Fonds, jeweils lautend auf XXXX

? XXXX , lautend auf XXXX .

Bei den Subverwahrern XXXX und XXXX wurde jeweils nur ein Verwahrungskonto im Namen der XXXX eröffnet. Dort wurden alle zu verwahrenden Bestände hinterlegt, unabhängig davon, ob es sich um OGAW-Bestände, Bestände von Nicht-OGAW-Kunden oder Eigenbestände der XXXX handelte.

Auf den XXXX und XXXX Konten waren sowohl Bestände von OGAW-Kunden als auch von Nicht-OGAW-Kunden vorhanden, jedoch keine Eigenbestände der XXXX . Bei der XXXX wurden alle drei Arten von Beständen verwahrt.

Die Subverwahrer wurden nicht darüber informiert, dass verschiedene Arten von Beständen auf den Konten vorhanden sind. Genaue Aufzeichnungen darüber, welche Arten von Beständen auf den Konten lagen, wurden nur intern von der XXXX geführt und nicht nach außen kommuniziert. Eine jederzeitige und unverzügliche Unterscheidbarkeit der unterschiedlichen Bestände auf den Konten der Subverwahrer war nicht gegeben.

Seitens der XXXX wurden nach der Vor-Ort-Prüfung entsprechende Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes gesetzt.

Der Subverwahrer XXXX , bei dem OGAW-Bestände, Bestände von Nicht-OGAW-Kunden sowie Eigenbestände der XXXX auf einem Konto verwahrt wurden, wurde ausschließlich für die Erbringung von Dienstleistungen als Wertpapierliefer- und Abrechnungssystem eingesetzt. Da derartige Dienstleistungen von der Anwendung der Auslagerungsbestimmungen gemäß § 42a Abs 6 InvFG 2011 ausgenommen sind, sind nur die in Zusammenhang mit den Subverwahrern XXXX und XXXX getroffenen Feststellungen verfahrensgegenständlich.

## 2. Beweiswürdigung:

Das Bestehen der Konzession der XXXX im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ergibt sich aus ON 01, Tz 10. Nach

Auskunft der Geschäftsleitung hatte die XXXX keine weiteren Depotbankmandate (ON 01, Tz 14, Äußerung vom 24.10.2019). Dass die XXXX nunmehr unter dem Namen XXXX tätig wird, ergibt sich aus der Äußerung der BF vom 24.10.2019.

Dass die Depotbank ihre Aufgaben an Dritte (in Folge: Subverwahrer) übertragen konnte, ergibt sich aus Punkt "11. Delegation" des Depotbankvertrags (ON 01, Tz 15); dass und an wen dies geschehen ist, aus Tz 17 der gleichen ON.

Der Umstand, dass kein konkretes Prozedere vorgesehen war, falls es zum Ausfall eines Subverwahrers kommt und wie dabei vorzugehen ist, noch welche alternativen Anbieter für jeden Markt auszuwählen wären, war ebenfalls durch Einsicht in den Depotvertrag und Prüfbericht ersichtlich (ON 01, Tz 89), des weiteren aus den im Verwaltungsstrafakt befindlichen Dokumenten der "Dienstanweisung für die Aufnahme und den Review von Subverwahrstellen" vom 04.01.2017 (Beilage 01) sowie dem "Depotbankhandbuch" vom 13.01.2017 (Beilage 02). Zum anderen gründet sich diese Feststellung auf die Verantwortung der Geschäftsleitung der XXXX im Prüfungszeitpunkt, da auch auf Nachfrage der FMA-Prüfer das Vorliegen von Notfallplänen für jeden Markt im Falle des Ausfalls der Subverwahrer von dieser verneint wurde (Tz 90 in ON 01).

Auch wenn die XXXX im per Email vom 13.01.2017 übersandten, neuen "Depotbankhandbuch" (Stand: 13.01.2017, Beilage 02) festgelegt: "Die Depotbank hat Notfallpläne für jeden Markt, in dem sie Dritte, denen die Verwahrungsfunktionen gemäß § 42a InvFG übertragen werden, bestellt, entwickelt. Diese enthalten Angaben zu einem alternativen Anbieter, sofern vorhanden.", wurde ein entsprechender Notfallplan (Beilage 12) der FMA erst im Rahmen der Stellungnahme vom 31.08.2017 vorgelegt. Im per Email vom 13.01.2017 übersandten, neuen "Depotbankhandbuch" (Stand: 13.01.2017) wird lediglich die Pflicht zur Entwicklung von Notfallplänen festgehalten, ein konkretes Prozedere oder bestimmte Maßnahmen für den Fall eines Ausfalls von Subverwahrern sind hierin aber nicht dargestellt.

Auch in der "Dienstanweisung für die Aufnahme und den Review von Subverwahrstellen" vom 04.01.2017 (im Folgenden kurz "Dienstanweisung") findet sich in Punkt 6. nur eine Regelung in Bezug auf den Wechsel, jedoch nicht den Ausfall einer Subverwahrstelle.

Die Tatsache, dass bei den Subverwahrern XXXX und XXXX jeweils nur ein Verwahrungskonto im Namen der XXXX eröffnet war, auf dem sämtliche zu verwahrenden Bestände hinterlegt sind, unabhängig davon, ob es sich um OGAW-Bestände oder Bestände von Nicht-OGAW-Kunden der XXXX handelte, ergibt sich aus den Feststellungen im Prüfungsbericht der FMA (Tz 59, 63 ff in ON 01) sowie der Beilage 09 (Kontoauszug XXXX ). Die bei den Subverwahrern unterhaltenen Konten sind unter Angabe der jeweils betroffenen Fonds in Beilage 08 (Kontenübersicht pro Lagerstelle) aufgelistet. Dass die Subverwahrer nicht darüber informiert wurden, dass verschiedene Arten von Beständen auf den Konten vorhanden sind und genaue Aufzeichnungen, welche Arten von Beständen auf den Konten lagen, nur intern von der XXXX geführt und nicht nach außen kommuniziert, ergibt sich ON 01, Tz 66. All diese Umstände legen offen, dass eine jederzeitige und unverzügliche Unterscheidbarkeit der unterschiedlichen Bestände auf den Konten der Subverwahrer nicht gegeben war.

Auf den XXXX und XXXX Konten waren sowohl Bestände von OGAW-Kunden als auch von Nicht-OGAW-Kunden vorhanden, jedoch keine Eigenbestände der XXXX . Bei der XXXX wurden alle drei Arten von Beständen verwahrt (ON 01, Tz 63f) und wurde dieser Umstand auch in der Beschwerde vom 18.09.2018 nicht bestritten (Beschwerdevorbringen 1. c)); siehe dazu auch folgende Kontoauszüge:

? XXXX : Kontoauszug per 05.10.2016 (Beilage 09, page 4), auf welchem unter anderem Aktien der XXXX aufscheinen. Aus einer von der XXXX erstellten Detailübersicht aus dem Depotbanksystem XXXX per 30.09.2016 (Beilage 09) geht hervor, dass diese Aktien von mehreren Fonds der XXXX sowie von mehreren Privatkunden der XXXX gehalten wurden.

? XXXX : Kontoauszug per 01.10.2016, auf welchem unter anderem Aktien der XXXX aufscheinen. Aus einer von der XXXX erstellten Detailübersicht aus XXXX per 30.09.2016 geht hervor, dass diese Aktien von mehreren Fonds der XXXX sowie von mehreren Privatkunden der XXXX gehalten wurden.

? XXXX : Kontoauszug per 01.10.2016, auf welchem unter anderem Aktien der XXXX sowie der XXXX aufscheinen. Aus von der XXXX erstellten Detailübersichten aus XXXX per 30.09.2016 geht hervor, dass diese Aktien teilweise als Eigenbestand der XXXX sowie von mehreren Privatkunden der XXXX gehalten wurden.

Mit Email vom 13.01.2017 (Beilage 03) teilte die XXXX der FMA mit, dass nunmehr bei allen Subverwahrern die Einrichtung von getrennten Konten zur eindeutigen Identifizierung der jeweiligen Bestände umgesetzt worden ist.

Im Einzelnen wurde übermittelt:

? die Bestätigung der XXXX , datiert vom 23. November 2016 samt System-Auszug, aus dem die Trennung ersichtlich ist (Beilage 11);

? die Bestätigung der XXXX vom 2. Jänner 2017 (Beilage 10), ebenfalls samt System-Auszug, sowie

? die Bestätigung der XXXX vom 21. Dezember 2016 des bereits bestehenden, und nach erfolgreicher XXXX Umstellung der beiden neuen Depots.

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 7.000 ? verhängt. Der Vorschrift des § 22 Abs. 2a FMABG nach liegt somit gegenständlich Senatszuständigkeit 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:

Art 15 Abs. 5 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/438, in Kraft seit 13.10.2016, lautet:

"Eine Verwahrstelle entwickelt Notfallpläne für jeden Markt, in dem sie Dritte, denen die Verwahrungsfunktionen gemäß Artikel 22a der Richtlinie 2009/65/EG übertragen werden, bestellt. Ein Notfallplan sollte Angaben zu einem alternativen Anbieter enthalten, sofern vorhanden."

Art 16 Abs. 1 lit. a der Delegierten Verordnung (EU) 2016/438 lautet:

"1. Wenn die Verwahrungsfunktionen ganz oder teilweise an Dritte übertragen wurden, stellt eine Verwahrstelle sicher, dass die Dritten, denen die Verwahrungsfunktionen gemäß Artikel 22a der Richtlinie 2009/65/EG übertragen wurden, im Einklang mit der in Artikel 22a Absatz 3 der Richtlinie 2009/65/EG festgelegten Sonderverwahrungspflicht handelt, indem sie sich vergewissert, dass die Dritten:

a) alle erforderlichen Aufzeichnungen und Konten führen, damit die Verwahrstelle jederzeit und unverzüglich die Vermögenswerte der OGAW-Kunden der Verwahrstelle von ihren eigenen Vermögenswerten, von der Verwahrstelle auf eigene Rechnung gehaltenen Vermögenswerten und von für Nicht-OGAW-Kunden der Verwahrstelle gehaltenen Vermögenswerten unterscheiden kann."

Gemäß § 190 Abs. 5 Z 1 InvFG 2011 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür 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

Sofern in der Beschwerde die Verantwortlichkeit der BF ausgeschlossen wird, da es eine verantwortliche Beauftragte gegeben habe, in deren Verantwortungsbereich die gegen die BF erhobenen Vorwürfe fallen würden, ist dem Folgendes zu entgegnen:

Laut Bestellungsurkunde ist XXXX als verantwortliche Beauftragte für den Bereich Depotgeschäft, inkl. der Einhaltung der Pflichten gem. Depotgesetz der §§ 39 bis 45 InvFG, § 40 WAG sowie aller in diesem Zusammenhang ergangenen Rundschreiben und anderer Mitteilungen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die zum Zeitpunkt ihrer Bestellung bereits in Kraft getretene DelVO (EU) 2016/438 wird in ihrer Bestellungsurkunde nicht erwähnt. In dieser Del VO werden die Pflichten der Verwahrstellen geregelt. Somit ist die FMA zu Recht davon ausgegangen, dass XXXX für diese Pflichten nicht die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung übernehmen wollte. Aus der Bestellung ergibt sich kein klar abgegrenzter Bereich bzw. keine eindeutige und zu keinen Zweifeln Anlass gebende Umschreibung (VwGH 19.03.2013, 2011/02/0238). Die Verwaltungsstrafbehörde wäre im vorliegenden Fall unzulässiger Weise in die Lage versetzt gewesen, die Bestellung möglichen Interpretationen zu unterziehen, um zu klären, welcher Inhalt der nicht eindeutigen Erklärung "Depotgeschäfte inkl. Einhaltung der Pflichten gem. Depotgesetz der §§ 39 bis 45 InvFG, § 40 WAG sowie aller in diesem Zusammenhang ergangenen Rundschreiben und anderer Mitteilungen" ohne die hier verfahrensrelevante DelVO (EU) 2016/438 beizumessen wäre (vgl. Raschauer/Wessely, VStG, § 9 Rz 12).

Der gesetzwidrige Zustand lag zudem teilweise (siehe Strafzeiträume in den Spruchpunkten I. und II.) schon bei der mit 02.11.2016 erfolgten Bestellung der verantwortlichen Beauftragten XXXX vor: Die Bestellung muss aus der Zeit vor Begehung der Verwaltungsübertretung stammen (vgl. Raschauer/Wessely, VStG, § 9 Rz 9), und der Nachweis darüber durch ein Beweismittel geführt werden, das schon vor der Tatbegehung vorhanden war (stRspr seit VwSlg. 12.375A/1987).

Soweit die BF behauptet, bei der Frage der Angaben zu alternativen Anbietern handle es sich nicht um eine Verpflichtung, sondern sei dies in der Bestimmung des Art 15 Abs 5 DelVO (EU) 2016/438 lediglich als eine Empfehlung formuliert, ist sie daran zu erinnern, dass ihre Bank schon der Verpflichtung zur Entwicklung von Notfallplänen nicht nachgekommen ist. Ohne Vorliegen von Notfallplänen ist auch das Vorhandensein alternativer Anbieter nicht nachvollziehbar. Die Formulierung des Art 15 Abs 5 DelVO (EU) 2016/438 letzter Satz "Ein Notfallplan sollte Angaben zu einem alternativen Anbieter enthalten, sofern vorhanden." ist dahingehend zu verstehen, dass - sofern alternative Anbieter vorhanden sind - diese in den Notfallplan aufzunehmen sind. Zieht man nämlich vergleichsweise die englische Fassung heran: "A depositary shall devise contingency plans for each market in which it appoints a third party to whom safekeeping functions are delegated in accordance with Article 22a of Directive 2009/65/EC. A contingency plan shall include the identification of an alternative provider, if any.", ließe sich auf Basis der beschwerdeführenden Argumentation sogar behaupten, schon die Entwicklung von Notfallplänen selbst sei eine Empfehlung, (was nicht einmal die BF versucht), während die französische Fassung darüber Aufschluss gibt, dass - sofern dies möglich ist, alternative Anbieter in den Notfallplan aufzunehmen sind: "Le dépositaire élabore un plan d'urgence pour chaque marché sur lequel il désigne un tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 bis de la directive 2009/65/CE. Le plan d'urgence désigne, si possible, un prestataire de remplacement." Da dies nicht geschehen ist, ist die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass solche nicht vorhanden sind.

Diese Überlegungen können aber letztlich dahingestellt bleiben, da die XXXX tatsächlich schon an der Entwicklung eines Notfallplans gescheitert ist: Während im sog. neuen Depothandbuch vom 13.01.2017 lediglich die Pflicht zur Entwicklung derselben festgehalten wird, ohne dieser in Folge nachzukommen, behandelt die "Dienstanweisung für

die Aufnahme und den Review von Subverwahrstellen" vom 04.01.2017 lediglich den Wechsel und nicht den Ausfall von Subverwahrstellen, der im Unterschied zu einem Wechsel als Notfallszenario auch keine langen Kündigungsfristen als Maßnahme wirksam anwendbar macht. Zudem fehlt auch hier ein Bezug auf einzelne Märkte wie durch Art 15 Abs 5 DelVO (EU) 2016/438 geboten.

Wenn die BF zu Spruchpunkt I.2. vermeint, Art 16 Abs 1 lita DelVO beziehe sich nur auf die Verpflichtung zu unterschiedlichen Kontoführung bei der (Haupt-) Verwahrstelle, missachtet sie eindeutig den Verordnungstext, demzufolge es jedenfalls die Dritten, also die Subverwahrer sind, welche alle erforderlichen Aufzeichnungen und Konten zu führen haben, damit die Verwahrstelle die gehaltenen Vermögenswerte unterscheiden kann. Darüber hinaus ergibt sich schon aus dem Zweck der einschlägigen Bestimmung, dass eine unterschiedliche Kontenführung bei den Subverwahrstellen selbst gegeben sein muss, widrigenfalls im Insolvenzfall einer Verwahrstelle Gläubiger sowohl auf Vermögenswerte von OGAW-Kunden als auch Nicht-OGAW-Kunden zugreifen könnten und damit der primäre Zweck des Anlegerschutzes gescheitert wäre.

### 3.3. 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 Strafraum 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 von allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare Delegierte Verordnung (EU) 2016/438 bezweckt einen kohärenten Rahmen für alle Marktteilnehmer und ist die bestmögliche Garantie für gleiche Rahmenbedingungen sowie einheitliche Wettbewerbsbedingungen. Die darin enthaltenen Bestimmungen zielen darauf ab, für die Anleger unter besonderer Berücksichtigung der Tatsache, dass ein OGAW ein Anlagemodell für Kleinanleger ist, einen hohen Schutzstandard zu gewährleisten (vgl. die Erwägungsgründe zur Delegierten Verordnung (EU) 2016/438 der Kommission vom 17. Dezember 2015).

Auf Grundlage dieser Erwägungen geht die belangte Behörde in ihrem Straferkenntnis folgerichtig davon aus, dass sowohl die Entwicklung entsprechender Notfallpläne gemäß Art 15 Abs. 5 DelVO (EU) 2016/438 als auch die entsprechende Trennung von Vermögenswerten im Rahmen einer Übertragung der Verwahrstellenfunktion gemäß Art 16 Abs. 1 lit. a leg. cit. unerlässliche Maßnahmen zur bestmöglichen Sicherstellung der Anlegerinteressen darstellen.

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 im Vorstand des Unternehmens, auch besteht die Möglichkeit, dass die BF zukünftig in einer anderen Bank bzw. im Finanzbereich einschlägige Aufgaben übernimmt; die Strafe ist daher zur Abhaltung weiterer einschlägiger 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.

Mildernd wurde von der belangten Behörde neben der Unbescholtenheit der Beschuldigten deren Kooperationsbereitschaft berücksichtigt, erschwerend war gemäß § 22 Abs. 10 FMABG das Vorliegen zweier selbständiger Taten zu werten. Verurteilungen wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat sind nur dann als Erschwerungsgrund zu werten, wenn die rechtskräftige Bestrafung zum Zeitpunkt der durch sie erschwerten Tat bereits vorgelegen hat (VwGH 25.06.2014, 2011/07/0004). Aus diesem Grund war das Straferkenntnis der FMA vom 16.12.2016, FMA-K XXXX, das erst mit BVwG-Erkenntnis vom 19.12.2018, W107 2145125-1/12E rechtskräftig wurde richtigerweise nicht einzubeziehen.

Für spezialpräventive Erwägungen gilt jedoch auch, dass zur Beurteilung, ob sich der Täter von der Begehung weiterer Verwaltungsübertretungen abhalten lassen könnte, auf bereits verhängte Vorstrafen abzustellen ist (vgl. (vgl. Lewisch/Fister/Weilguni (Hrsg.), VStG, 2. Aufl. [2017], § 11 VStG, Rz 3, worin auch ausgeführt wird, dass derartigen Abwägungen das Doppelbestrafungsverbot nicht entgegensteht, siehe auch VwGH 27.20.1997, 97/10/0074). Sofern die BF zudem vorbringt, das Depotgeschäft ihrer Bank sei mittlerweile eingestellt und daher aus spezialpräventiven Gründen eine Bestrafung nicht mehr erforderlich, ist dem entgegenzuhalten, dass die BF unter Umständen auch eine einschlägige Tätigkeit in einer anderen Bank bzw. im Finanzbereich aufnehmen könnte. Die Bestrafung der BF bleibt daher auch im Lichte spezialpräventiver Überlegungen aufrecht.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse der BF werden mangels Bekanntgabe aufgrund ihrer beruflichen Stellung als Vorstand eines Kreditinstitutes als überdurchschnittlich angenommen, Sorgepflichten wurden keine ins Treffen geführt.

Die konkret verhängte Strafe erscheint daher im Hinblick auf den verwirklichten Tatumwert gemessen am zur Verfügung stehenden Strafraum von bis zu 60.000 Euro jedenfalls 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. 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 stattfinden 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 Kostenbeitrag Kostentragung mündliche Verhandlung Prüfung Risikominimierung Solidarhaftung Strafbemessung verantwortlicher Beauftragter vermögenswerter Anspruch Verschulden Verwaltungsstrafe Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W158.2206846.1.00

### **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)