

TE Bvwg Erkenntnis 2016/9/6 W204 2004985-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.2016

Entscheidungsdatum

06.09.2016

Norm

B-VG Art.133 Abs4

EMRK Art.6

FMABG §22 Abs2a

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §31 Abs2 Z4

VStG 1950 §45 Abs1 Z2

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §64 Abs1

VStG 1950 §64 Abs2

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGG §63 Abs1

VwGVG §48

VwGVG §50

WAG 2007 §1 Z2 lite

WAG 2007 §1 Z27

WAG 2007 §15

WAG 2007 §21 Abs1

WAG 2007 §38

WAG 2007 §44

WAG 2007 §91

WAG 2007 §95 Abs2 Z1

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. EMRK Art. 6 heute
2. EMRK Art. 6 gültig ab 01.05.2004

1. FMABG § 22 heute
2. FMABG § 22 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2020
3. FMABG § 22 gültig von 05.04.2020 bis 31.12.2020 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 23/2020
4. FMABG § 22 gültig von 01.09.2019 bis 04.04.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 11/2018
5. FMABG § 22 gültig von 03.01.2018 bis 31.08.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 149/2017
6. FMABG § 22 gültig von 03.01.2018 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017
7. FMABG § 22 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
8. FMABG § 22 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
9. FMABG § 22 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2013
10. FMABG § 22 gültig von 02.08.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2011
11. FMABG § 22 gültig von 01.04.2002 bis 01.08.2011

1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 31 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 31 gültig von 01.08.1984 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 299/1984

1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987
3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964

1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987
3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VwGG § 63 heute
2. VwGG § 63 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 63 gültig von 22.07.1995 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 470/1995
4. VwGG § 63 gültig von 05.01.1985 bis 21.07.1995

1. VwGVG § 48 heute
2. VwGVG § 48 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 48 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

1. VwGVG § 50 heute
2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. WAG 2007 § 1 gültig von 20.07.2015 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. WAG 2007 § 1 gültig von 01.01.2014 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
3. WAG 2007 § 1 gültig von 22.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013

4. WAG 2007 § 1 gültig von 01.01.2013 bis 21.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
 5. WAG 2007 § 1 gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009
 6. WAG 2007 § 1 gültig von 01.11.2007 bis 31.03.2009
-
1. WAG 2007 § 1 gültig von 20.07.2015 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
 2. WAG 2007 § 1 gültig von 01.01.2014 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
 3. WAG 2007 § 1 gültig von 22.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2013
 4. WAG 2007 § 1 gültig von 01.01.2013 bis 21.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
 5. WAG 2007 § 1 gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009
 6. WAG 2007 § 1 gültig von 01.11.2007 bis 31.03.2009
-
1. WAG 2007 § 15 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
-
1. WAG 2007 § 21 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
-
1. WAG 2007 § 38 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
-
1. WAG 2007 § 44 gültig von 01.11.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
-
1. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
 2. WAG 2007 § 91 gültig von 02.08.2016 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 76/2016
 3. WAG 2007 § 91 gültig von 15.08.2015 bis 01.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 117/2015
 4. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
 5. WAG 2007 § 91 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
 6. WAG 2007 § 91 gültig von 31.12.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2011
 7. WAG 2007 § 91 gültig von 01.09.2011 bis 30.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 77/2011
 8. WAG 2007 § 91 gültig von 11.06.2010 bis 31.08.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2010
 9. WAG 2007 § 91 gültig von 01.05.2009 bis 10.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2009
 10. WAG 2007 § 91 gültig von 01.04.2009 bis 30.04.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009
 11. WAG 2007 § 91 gültig von 15.12.2007 bis 31.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2007
 12. WAG 2007 § 91 gültig von 01.11.2007 bis 14.12.2007
-
1. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
 2. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
 3. WAG 2007 § 95 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
 4. WAG 2007 § 95 gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
 5. WAG 2007 § 95 gültig von 01.09.2012 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
 6. WAG 2007 § 95 gültig von 01.05.2012 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
 7. WAG 2007 § 95 gültig von 01.07.2010 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2010
 8. WAG 2007 § 95 gültig von 11.06.2010 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2010
 9. WAG 2007 § 95 gültig von 01.05.2009 bis 10.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2009
 10. WAG 2007 § 95 gültig von 15.12.2007 bis 30.04.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2007
 11. WAG 2007 § 95 gültig von 01.11.2007 bis 14.12.2007

Spruch

W204 2004985-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Dr. Esther Schneider als Vorsitzende sowie die Richter Dr. Stefan Keznickl und Mag. Philipp Cede, LL.M., als Beisitzer über die Beschwerde (vormals Berufung) vom 18.04.2012 des XXXX, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, Mariahilfer Straße 116, 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 03.04.2012, Zl. FMA-KL29 0360.100/0004-LAW/2011, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Dr. Esther Schneider als Vorsitzende sowie die Richter Dr. Stefan Keznickl und Mag. Philipp Cede, LL.M., als Beisitzer über die Beschwerde (vormals Berufung) vom 18.04.2012 des römisch 40, vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, Mariahilfer Straße 116, 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 03.04.2012, Zl. FMA-KL29 0360.100/0004-LAW/2011, zu Recht erkannt:

A) I. Hinsichtlich Spruchpunkt I.7. des angefochtenenA) römisch eins. Hinsichtlich Spruchpunkt römisch eins.7. des angefochtenen

Straferkenntnisses wird der Beschwerde zur Schuldfrage mit der Maßgabe keine Folge gegeben, dass von den 186 von der FMA festgestellten Auftragsfällen 30 Kaufaufträge (Beilage zum Erkenntnis) nicht tatbildlich sind und im Übrigen der angefochtene Bescheid bestätigt wird. Der Beschwerde wird in der Straffrage insofern Folge gegeben, als die Strafe auf EUR 2.500,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 30 Stunden herabgesetzt werden.

Die Strafnorm lautet § 95 Abs. 2 Z 1 erster Strafsatz WAG 2007 iVm§ 38 WAG 2007 iVm § 44 Abs. 1 und 2 WAG 2007Die Strafnorm lautet Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins, erster Strafsatz WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 38, WAG 2007 in Verbindung mit Paragraph 44, Absatz eins und 2 WAG 2007.

Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag von EUR 250,-- zum Verfahren vor der belangten Behörde zu leisten, das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

II. Der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hinsichtlich der Spruchpunkte I.3., I.5., I.6. und I.8. des angefochtenen Straferkenntnisses wird mit EUR 960,-- festgesetzt, das sind 10 % der zu diesen Spruchpunkten mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien vom 06.03.2013, UVS-06/FM/40/5477/2012-9, verhängten Geldstrafen.römisch zwei. Der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hinsichtlich der Spruchpunkte römisch eins.3., römisch eins.5., römisch eins.6. und römisch eins.8. des angefochtenen Straferkenntnisses wird mit EUR 960,-- festgesetzt, das sind 10 % der zu diesen Spruchpunkten mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien vom 06.03.2013, UVS-06/FM/40/5477/2012-9, verhängten Geldstrafen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigB) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

I.1. Das hier angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) vom 03.04.2012 richtet sich gegen den Beschwerdeführer (im Folgenden: BF) als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:römisch eins.1. Das hier angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA) vom 03.04.2012 richtet sich gegen den Beschwerdeführer (im Folgenden: BF) als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

"Sehr geehrter Herr XXXX!

I. Sie sind seit XXXX2003 Geschäftsleiter des XXXX, (im Folgenden kurz "XXXX") eines Kreditinstitutes mit der Geschäftsanschrift XXXX in XXXX.römisch eins. Sie sind seit XXXX2003 Geschäftsleiter des römisch 40 , (im Folgenden kurz "XXXX") eines Kreditinstitutes mit der Geschäftsanschrift römisch 40 in römisch 40 .

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

1. [...]

2. [...]

3. der XXXX 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 XXXX 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 XXXX 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: [...].3. der römisch 40 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 römisch 40 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 römisch 40 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: [...]

4. [...]

5. der XXXX 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. 5. der römisch 40 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 XXXX 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; Dies dadurch, dass der römisch 40 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 XXXX 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 XXXX 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; 6. der römisch 40 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 römisch 40 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 XXXX 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. 7. der römisch 40 vom

15.06.2010 bis 08.10.2010 unterlassen hat, unter Berücksichtigung der in Paragraph 44, Absatz 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 Paragraph 44, WAG 2007 und nicht den Kriterien des Paragraph 38, WAG entsprachen.

8. der XXXX 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. 8. der römisch 40 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. [...]

II. Der XXXX haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Verwaltungsstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. römisch zwei. Der römisch 40 haftet gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die über den Beschuldigten verhängte Verwaltungsstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

[...]

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 römisch eins. 3. Paragraphen 20, Ziffer eins, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 2010, in Verbindung mit 95 Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 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 römisch eins. 5. Paragraphen 17, Absatz eins, Ziffer eins und 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in Verbindung mit 95 Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 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 römisch eins. 6. Paragraphen 17, Absatz eins, Ziffer 3, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in Verbindung mit 95 Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 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 römisch eins. 7. Paragraphen 44, Absatz eins und 2 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, und 38 WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in Verbindung mit 95 Absatz 2, Ziffer eins, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 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 römisch eins. 8. Paragraphen 22, Absatz eins, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in Verbindung mit 95 Absatz 2, Ziffer 2, WAG 2007, BGBl. I Nr. 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. I Nr. 37 aus 2010,;

[...]

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Ad I.1.: [...] Ad I.2.: [...] Ad I.3.: 3.000 Euro Ad I.4.: [...] 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.: [...] Gesamt 26.100 Euro Geldstrafe von Ad römisch eins.1.: [...] Ad römisch eins.2.: [...] Ad römisch eins.3.: 3.000 Euro Ad römisch eins.4.: [...] Ad römisch eins.5.: 3.000 Euro Ad römisch eins.6.: 3.500 Euro Ad römisch eins.7.: 3.000 Euro Ad römisch eins.8.: 2.100 Euro Ad römisch eins.9.: [...] Gesamt 26.100 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von [...] [...] 35 Stunden [...] 35 Stunden 40 Stunden 35 Stunden 25 Stunden [...]

Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19, 22 Abs. 1 und 44a VStG iVm 95 Abs. 2 Z1 und 2 WAG Gemäß Paragraphen 16, 19, 22, Absatz eins und 44 a VStG in Verbindung mit 95 Absatz 2, Z1 und 2 WAG

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

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der BF mit Schriftsatz vom 18.04.2012, eingelangt bei der belangten Behörde am 19.04.2012, Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien (im Folgenden: UVS Wien) erhoben. römisch eins.2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der BF mit Schriftsatz vom 18.04.2012, eingelangt bei der belangten Behörde am 19.04.2012, Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien (im Folgenden: UVS Wien) erhoben.

I.3. Der UVS Wien hat am 22.11.2012 in der gegenständlichen Rechtssache eine mündliche Verhandlung durchgeführt. römisch eins.3. Der UVS Wien hat am 22.11.2012 in der gegenständlichen Rechtssache eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Der Spruch des Berufungsbescheids des UVS Wien vom 06.03.2013,

Zl. 06/FM/40/5477/2012, zugestellt am 15.03.2013, lautete wie folgt:

"I. [...]

II. [...] römisch zwei. [...]

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. römisch drei. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4 AVG wird der Berufung gegen die Spruchpunkte römisch eins.3., römisch eins.5., römisch eins.6., römisch eins.7. und römisch eins.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 Paragraph 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. römisch vier. Die Strafnorm zu den Spruchpunkten römisch eins.1., römisch eins.2., römisch eins.3., römisch eins.5., römisch eins.6. und römisch eins.8. des Straferkenntnisses lautet Paragraph 95, Absatz 2 zweiter Strafsatz WAG 2007 und zu den Spruchpunkten römisch eins.4., römisch eins.7 und römisch eins.9. des Straferkenntnisses lautet Paragraph 95, Absatz 2 erster Strafsatz WAG 2007."

I.4. Gegen diesen Berufungsbescheid des UVS Wien hat der BF mit Schreiben vom 23.04.2013, eingelangt beim Verwaltungsgerichtshof am 25.04.2013, eine Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 1 Z 1 B-VG erhoben und den Berufungsbescheid, soweit er die Spruchpunkte I.4. bis I.8. der erstinstanzlichen Entscheidung betroffen hat, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten. römisch eins.4.

Gegen diesen Berufungsbescheid des UVS Wien hat der BF mit Schreiben vom 23.04.2013, eingelangt beim Verwaltungsgerichtshof am 25.04.2013, eine Beschwerde gemäß Artikel 131, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG erhoben und den Berufungsbescheid, soweit er die Spruchpunkte römisch eins.4. bis römisch eins.8. der erstinstanzlichen Entscheidung betroffen hat, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts sowie wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten.

Der Berufungsbescheid des UVS Wien vom 06.03.2013 erwuchs damit hinsichtlich der Spruchpunkte I.1. bis I.3. und I.9. des angefochtenen Straferkenntnisses der FMA in Rechtskraft. Der Berufungsbescheid des UVS Wien vom 06.03.2013 erwuchs damit hinsichtlich der Spruchpunkte römisch eins.1. bis römisch eins.3. und römisch eins.9. des angefochtenen Straferkenntnisses der FMA in Rechtskraft.

I.5. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299-5, ist am 19.04.2016 dem Verwaltungsgericht Wien eingelangt. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.04.2016, 013/17/0296 bis 0299-6, erfolgte eine Berichtigung des Erkenntnisses. Das berichtigte Erkenntnis wurde durch den Verwaltungsgerichtshof nunmehr dem zuständigen Bundesverwaltungsgericht, ho. einlangend am 07.06.2016, zugestellt. römisch eins.5. Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299-5, ist am 19.04.2016 dem Verwaltungsgericht Wien eingelangt. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.04.2016, 013/17/0296 bis 0299-6, erfolgte eine Berichtigung des Erkenntnisses. Das berichtigte Erkenntnis wurde durch den Verwaltungsgerichtshof nunmehr dem zuständigen Bundesverwaltungsgericht, ho. einlangend am 07.06.2016, zugestellt.

Mit seinem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof die sich auf Spruchpunkt I.7. des erstinstanzlichen Bescheids beziehenden Spruchteile des Bescheids des UVS Wien wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben, und zwar: a) den ersten Satz in Spruchpunkt III. des Berufungsbescheides, soweit damit die Berufung des BF gegen Spruchpunkt I.7. des erstinstanzlichen Bescheids erledigt wurde und den zweiten Satz in Spruchpunkt III. (Kostenentscheidung) zur Gänze sowie b) Spruchpunkt IV., soweit damit die Angabe einer Strafnorm zu Spruchpunkt I.7 des erstinstanzlichen Bescheids vorgenommen wurde. Mit seinem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof die sich auf Spruchpunkt römisch eins.7. des erstinstanzlichen Bescheids beziehenden Spruchteile des Bescheids des UVS Wien wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben, und zwar: a) den ersten Satz in Spruchpunkt römisch drei. des Berufungsbescheides, soweit damit die Berufung des BF gegen Spruchpunkt römisch eins.7. des erstinstanzlichen Bescheids erledigt wurde und den zweiten Satz in Spruchpunkt römisch drei. (Kostenentscheidung) zur Gänze sowie b) Spruchpunkt römisch vier., soweit damit die Angabe einer Strafnorm zu Spruchpunkt römisch eins.7 des erstinstanzlichen Bescheids vorgenommen wurde.

Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, womit der Berufungsbescheid des UVS Wien hinsichtlich der Spruchpunkte I.4., I.5., I.6. und I.8. des angefochtenen Straferkenntnisses der FMA in Rechtskraft erwachsen ist. Dem Bund wurde aufgetragen, dem BF Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Im Übrigen wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, womit der Berufungsbescheid des UVS Wien hinsichtlich der Spruchpunkte römisch eins.4., römisch eins.5., römisch eins.6. und römisch eins.8. des angefochtenen Straferkenntnisses der FMA in Rechtskraft erwachsen ist. Dem Bund wurde aufgetragen, dem BF Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

I.6. Mit Schreiben vom 25.05.2016 brachte die FMA eine Stellungnahme beim Bundesverwaltungsgericht ein. römisch eins.6. Mit Schreiben vom 25.05.2016 brachte die FMA eine Stellungnahme beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Schreiben vom 20.06.2016 brachte der BF eine Stellungnahme ein, die in der Beilage neue Auswertungen zu den von der FMA vorgeworfenen Kaufaufträgen enthielt.

I.7. Am 21.07.2016 hielt der entscheidende Senat des Bundesverwaltungsgerichts eine zur gemeinsamen Behandlung der Verfahren W204 2004984-1, W204 2002936-1, W204 2004983-1 und W204 2004985-1 anberaumte öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der deren gemeinsamer Rechtsvertreter (im Folgenden: BFV) die Beschwerdeführer entschuldigte, auf deren persönliche Befragung verzichtete sowie der BFV, ein von den Beschwerdeführern entsandter Vertreter der haftenden Gesellschaft und die belangte Behörde gehört wurden. römisch eins.7. Am 21.07.2016 hielt der entscheidende Senat des Bundesverwaltungsgerichts eine zur gemeinsamen Behandlung der Verfahren W204 2004984-1, W204 2002936-1, W204 2004983-1 und W204 2004985-1

anberaumte öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der deren gemeinsamer Rechtsvertreter (im Folgenden: BFV) die Beschwerdeführer entschuldigte, auf deren persönliche Befragung verzichtete sowie der BFV, ein von den Beschwerdeführern entsandter Vertreter der haftenden Gesellschaft und die belangte Behörde gehört wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Im nunmehr fortgesetzten Verfahren ist nach ergangenem Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, lediglich die Beschwerde zu Spruchpunkt I.7. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA mangels ausreichender Sachverhaltsfeststellungen unerledigt sowie gemäß dem Auftrag des Verwaltungsgerichtshofes eine Neufestsetzung des Beitrags zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen Spruchpunkte des erstinstanzlichen Bescheides (Spruchpunkte I.3., I.5., I.6. und I.8.) vorzunehmen.Im nunmehr fortgesetzten Verfahren ist nach ergangenem Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, lediglich die Beschwerde zu Spruchpunkt römisch eins.7. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA mangels ausreichender Sachverhaltsfeststellungen unerledigt sowie gemäß dem Auftrag des Verwaltungsgerichtshofes eine Neufestsetzung des Beitrags zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen Spruchpunkte des erstinstanzlichen Bescheides (Spruchpunkte römisch eins.3., römisch eins.5., römisch eins.6. und römisch eins.8.) vorzunehmen.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und den Akt des Bundesverwaltungsgerichts (vormals jenen des UVS Wien) sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 21.07.2016.

II.1. Sachverhaltsfeststellungen:römisch zwei.1. Sachverhaltsfeststellungen:

Der BF ist seit XXXX2003 Geschäftsleiter des XXXX (im Folgenden: haftende Gesellschaft), einem Kreditinstitut mit der Geschäftsadresse XXXX in XXXX, das im Firmenbuch zu FN XXXX eingetragen ist.Der BF ist seit XXXX2003 Geschäftsleiter des römisch 40 (im Folgenden: haftende Gesellschaft), einem Kreditinstitut mit der Geschäftsadresse römisch 40 in römisch 40 , das im Firmenbuch zu FN römisch 40 eingetragen ist.

Im durch die FMA vorgeworfenen Tatzeitraum 15.06.2010 bis 08.10.2010 verwendete die haftende Gesellschaft für die Informationseinholung von Privatkunden in Bezug auf die Eignungs- bzw. Angemessenheitsprüfung ein standardisiertes Formular ("Anlegerprofil für private Kunden gemäß §§ 43 ff Wertpapieraufsichtsgesetz"; im Folgenden: Anlegerprofil).Im durch die FMA vorgeworfenen Tatzeitraum 15.06.2010 bis 08.10.2010 verwendete die haftende Gesellschaft für die Informationseinholung von Privatkunden in Bezug auf die Eignungs- bzw. Angemessenheitsprüfung ein standardisiertes Formular ("Anlegerprofil für private Kunden gemäß Paragraphen 43, ff Wertpapieraufsichtsgesetz"; im Folgenden: Anlegerprofil).

Einzelne Informationen eines Kunden (Risikobereitschaft, finanzielle Verhältnisse sowie Kenntnisse und Erfahrungen) wurden im System "SWIS" elektronisch erfasst, um die Kundenberater bei der Auftragserfassung zu unterstützen, damit Wertpapieraufträge im Rahmen der Angaben des Anlegerprofils erfasst werden konnten bzw. der Kunde bei Abweichung eine Warnmitteilung erhielt.

Für jedes Wertpapier erfolgte eine Risikoeinstufung von 1 bis 5. Hinsichtlich der Risikobereitschaft des Kunden wurde im Anlegerprofil zwischen sechs Risikokategorien (risikolos [0], risikoscheu [1], risikobereit [2], hohe Risikobereitschaft [3], spekulativ [4], unlimitiertes Verlustrisiko [5]) unterschieden.

Im Rahmen eines elektronischen Abgleichs wurde unter anderem die Risikobereitschaft eines Kunden mit der Risikoeinstufung eines Wertpapiers abgeglichen.

In den Kategorien 1 ("risikoscheu"), 2 ("risikobereit) und 3 ("hohe Risikobereitschaft") bestand die Möglichkeit einer sogenannten "Beimischung", im Zuge derer eine Transaktion für einen Kunden durchgeführt wurde, obwohl die Risikoeinstufung des erworbenen Wertpapiers über jener des betroffenen Kunden lag. Die Möglichkeit der Beimischung war für den Kunden in seinem Anlegerprofil, konkret in der Rubrik "Meine Risikobereitschaft", ersichtlich, indem bei den Kategorien 1 bis 3 jeweils die Art der Finanzprodukte taxativ angeführt wurden, die einem Kundenportfolio "beigemischt" werden durften. Der Begriff der Beimischung war hinreichend und für den Kunden erkennbar bestimmt.

Das zulässige Ausmaß derartiger Beimischungen war weder dem Anlegerprofil noch der dem Kunden im Rahmen des

Erstgespräches übergebenen Informationsmappe zu entnehmen. Im Beraterleitfaden (Kapitel 2.2.g), der nicht an die Kunden ausgefolgt wurde, war von einer "Beimischung von ca. 25%" bzw. "Beimischungen in der Höhe bis zu 25%" die Rede. Als interner Richtwert galt laut Dienstanweisung eine Beimischungsgrenze von 25%.

Im Rahmen der elektronischen Erfassung eines entsprechenden Wertpapierauftrages haben die Berater der haftenden Gesellschaft jeweils festgehalten, dass es sich um eine Beimischung handelt.

Für den Zeitraum vom 15.06.2010 bis 08.10.2010 hat die FMA 186 Fälle vorgeworfen, in denen es zu einer Überschreitung der Beimischungsgrenze von 25 % gekommen sei. Bei Erstellung dieser ursprünglichen Liste war die haftende Gesellschaft aufgrund ihrer technischen Systeme nicht in der Lage, die Beimischungsgrenze beim Kauf von Wertpapieren festzustellen. Die neue mit der Stellungnahme vom

In 114 der durch die FMA vorgeworfenen 186 Fälle wurden Wertpapierkäufe durch Berater der haftenden Gesellschaft als Beimischung erfasst und in weiterer Folge auch durchgeführt, obwohl im Zeitpunkt des Kaufes entweder bereits eine Beimischung im Ausmaß der intern festgelegten Grenzen von 25 % erfolgt war oder durch die jeweilige Transaktion eine Überschreitung dieser Grenze erfolgt ist. In 4 von diesen 114 Fällen kam es zu einer geringfügigen Überschreitung.

In 42 der durch die FMA vorgeworfenen 186 Fälle wurden Wertpapierkäufe durch Berater der haftenden Gesellschaft als Beimischung erfasst, in weiterer Folge jedoch nicht durchgeführt, weil die Aufträge als Limitaufträge erteilt worden sind und der gewünschte Kurs im gesetzten Zeitraum nicht erreicht worden ist. Auch in diesen 42 Fällen war im Zeitpunkt der Erfassung entweder bereits eine Beimischung im Ausmaß der intern festgelegten Grenzen von 25 % erfolgt oder hätte eine solche Überschreitung durch die jeweilige Transaktion stattgefunden.

In 30 der vorgeworfenen 186 Fälle kam es (entgegen der Annahme der belangten Behörde) zu keiner Überschreitung der Beimischungsgrenze. Diese Liste (Beilage .14 zur Stellungnahme vom 20.06.2016) wird zum Inhalt des Erkenntnisses erklärt und diesem beigelegt.

In den 156 Fällen der Überschreitung der Beimischungsgrenze wurde jeweils ein Kaufauftragsformular mit dem Aufdruck "Der Erwerb dieses Produktes stellt eine Beimischung zum Zweck der Depotstrukturierung dar." (Beilage 10 der Beschwerde vom 18.04.2012) verwendet. Eine entsprechende Kundenwarnung auf dem Kaufauftrag hinsichtlich der Überschreitung der Beimischungsgrenze von 25% erfolgte nicht und wurde auch sonst nicht dokumentiert. Es wurde insbesondere nicht das in der haftenden Gesellschaft zur Verfügung stehende Formular (Beilage 11 zur Beschwerde) mit dem Aufdruck "Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, da die mit den beauftragten Geschäft verbundenen Risiken nicht in Einklang mit der angegebenen Risikobereitschaft der (des) Depotinhaber(s) stehen." verwendet.

II.2. Beweismittel: römisch zwei.2. Beweismittel:

Oben stehende Ausführungen zum Verfahrensgang ergeben sich aus dem Verwaltungsakt der belangten Behörde und dem Akt des Bundesverwaltungsgerichtes.

Der Sachverhalt gründet sich hinsichtlich der Feststellungen zum Beschwerdeführer und der haftenden Gesellschaft auf dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug vom 05.07.2016.

Das Formular "Anlegerprofil für private Kunden gemäß §§ 43 ff Wertpapieraufsichtsgesetz" liegt dem Verwaltungsakt bei (Beilagenakt zum Verwaltungsakt, Beilage 10). Auf die Verwendung des Formulars "Anlegerprofil für private Kunden gemäß §§ 43 ff Wertpapieraufsichtsgesetz" im Rahmen der Informationseinholung von Privatkunden in Bezug auf die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung wird ausführlich im "Beraterleitfaden Anlegerprofil nach dem WAG 2007" (Beilagenakt, Beilage 11) Bezug genommen. Insbesondere werden darin die zur Auswahl stehenden Kategorien der Einteilung der Risikobereitschaft eines Kunden (risikolos [0] bis unlimitedes Verlustrisiko [5]) näher beschrieben (Punkt 2.2. g) des Beraterleitfadens) und auch die vorgenommene Einteilung der Geldanlagen bzw. Wertpapiere dargestellt (Punkt 2.2. h) und i)). Das Formular "Anlegerprofil für private Kunden gemäß Paragraphen 43, ff Wertpapieraufsichtsgesetz" liegt dem Verwaltungsakt bei (Beilagenakt zum Verwaltungsakt, Beilage 10). Auf die Verwendung des Formulars "Anlegerprofil für private Kunden gemäß Paragraphen 43, ff Wertpapieraufsichtsgesetz" im Rahmen der Informationseinholung von Privatkunden in Bezug auf die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung wird ausführlich im "Beraterleitfaden Anlegerprofil nach dem WAG 2007" (Beilagenakt, Beilage 11) Bezug genommen.

Insbesondere werden darin die zur Auswahl stehenden Kategorien der Einteilung der Risikobereitschaft eines Kunden (risikolos [0] bis unlimitedes Verlustrisiko [5]) näher beschrieben (Punkt 2.2. g) des Beraterleitfadens) und auch die vorgenommene Einteilung der Geldanlagen bzw. Wertpapiere dargestellt (Punkt 2.2. h) und i)).

Die Feststellungen, dass im Rahmen der Bearbeitung von Wertpapieraufträgen zur Unterstützung der Mitarbeiter eine elektronische Erfassung einzelner Informationen eines Kunden im System "SWIS" erfolgt und im Rahmen eines elektronischen Abgleichs unter anderem die Risikobereitschaft eines Kunden mit der Risikoeinstufung eines Wertpapiers abgeglichen worden ist, beruhen auf den Ausführungen der FMA in deren Prüfbericht vom 28.01.2011 (Prüfbericht Seite 23) wie auch im bekämpften Straferkenntnis und wurden vom BF im Laufe des Ermittlungsverfahrens nicht bestritten. Dies konnte in der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung als unstrittig festgehalten werden.

Auf die Möglichkeit, Wertpapieraufträge von Kunden der Kategorien 1 bis 3 als sogenannte "Beimischung" zu erfassen, wird im Beraterleitfaden hingewiesen, wobei unter Punkt 2.2. "Risikobereitschaft und Anlageziele" im Unterpunkt g) "Risikobereitschaft (Prüfung!)" festgehalten ist, dass in bestimmten Risikokategorien Beimischungen von "ca. 25 %" möglich sind. Im selben Dokument findet sich zwei Absätze weiter im Zuge eines angeführten Beispiels der Hinweis, dass Beimischungen "in Höhe von bis zu 25 %" möglich sind. In der Dienstanweisung vom 13.04.2010 (Beilage 12) wird zudem ausgeführt, dass vom Kunden Wertpapiere einer höheren Risikostufe in gewissem Umfang "beigemischt" werden können, wobei in diesem Zusammenhang wiederum auf Punkt 2.2. Unterpunkt g) des Beraterleitfadens verwiesen wird. Dass diese Beimischungsgrenze von 25% unternehmensintern bestand, wurde durch den BF bereits in seiner Stellungnahme vom 26.01.2012 festgehalten und erwies sich in der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung ebenfalls als unstrittig.

Dass im Zeitraum von 15.06.2010 bis 08.10.2010 in 114 Fällen Wertpapierkäufe durch Berater der haftenden Gesellschaft als Beimischung erfasst wurden, obwohl zum Zeitpunkt der getätigten Käufe in den betroffenen Fällen die vorgesehenen Grenzen bereits überschritten waren bzw. durch die jeweilige Transaktion überschritten wurden, wurde vom BF selbst eingestanden (Stellungnahme vom 20.06.2016, Seite 4, Niederschrift zur mündlichen Verhandlung, Seite 8).

Dass unter Missachtung der Beimischungsgrenzen in 42 weiteren Fällen nach Erfassung eines Kaufauftrages als Beimischung der jeweilige Kaufauftrag nicht durchgeführt wurde bzw. in 30 der seitens der FMA vorgeworfenen 186 Fälle die Beimischungsgrenzen letztlich nicht überschritten wurden, gründet auf den Angaben des entsandten Vertreters der haftenden Gesellschaft im Rahmen der mündlichen Beschwerdeverhandlung und den Vorlagen mit der Stellungnahme vom 20.06.2016. Dieser führte glaubhaft aus, dass die ursprüngliche Liste durch die Abteilung Wertpapierabwicklung rückwirkend und ohne Zeitdruck mittels den nun technisch zur Verfügung stehenden Mitteln und zuverlässigen Systemen neu überprüft worden sei, weshalb man nunmehr zum vorliegenden Ergebnis gelangt sei (vgl. Niederschrift zur mündlichen Verhandlung, Seite 8). Die diesbezüglichen Angaben des Vertreters der haftenden Gesellschaft stellten sich für den erkennenden Senat des Bundesverwaltungsgerichts als glaubhaft und plausibel dar. Es ergeben sich keine Bedenken dagegen, diese neuen Listen für die gegenständliche Entscheidung heranzuziehen. Dass unter Missachtung der Beimischungsgrenzen in 42 weiteren Fällen nach Erfassung eines Kaufauftrages als Beimischung der jeweilige Kaufauftrag nicht durchgeführt wurde bzw. in 30 der seitens der FMA vorgeworfenen 186 Fälle die Beimischungsgrenzen letztlich nicht überschritten wurden, gründet auf den Angaben des entsandten Vertreters der haftenden Gesellschaft im Rahmen der mündlichen Beschwerdeverhandlung und den Vorlagen mit der Stellungnahme vom 20.06.2016. Dieser führte glaubhaft aus, dass die ursprüngliche Liste durch die Abteilung Wertpapierabwicklung rückwirkend und ohne Zeitdruck mittels den nun technisch zur Verfügung stehenden Mitteln und zuverlässigen Systemen neu überprüft worden sei, weshalb man nunmehr zum vorliegenden Ergebnis gelangt sei vergleiche Niederschrift zur mündlichen Verhandlung, Seite 8). Die diesbezüglichen Angaben des Vertreters der haftenden Gesellschaft stellten sich für den erkennenden Senat des Bundesverwaltungsgerichts als glaubhaft und plausibel dar. Es ergeben sich keine Bedenken dagegen, diese neuen Listen für die gegenständliche Entscheidung heranzuziehen.

Dass in den 156 in Rede stehenden Fällen, in denen ein Kaufauftrag als Beimischung erfasst wurde, obwohl die jeweiligen Kunden betreffend bereits eine Überschreitung der Beimischungsgrenzen vorgelegen hat bzw. mit dem jeweiligen Auftrag erfolgt ist oder bei tatsächlicher Durchführung der Limitaufträge erfolgt wäre, jeweils ein Kaufauftragsformular mit dem Aufdruck "Der Erwerb dieses Produktes stellt eine Beimischung zum Zweck der

Depotstrukturierung dar." verwendet wurde, beruht auf den Angaben des BF (Stellungnahme vom 20.06.2016, Seite 4; Beilage 10 zur Beschwerde vom 18.04.2012) und wurde ebenso seitens des entsandten Vertreters der haftenden Gesellschaft im Rahmen der mündlichen Beschwerdeverhandlung glaubhaft bestätigt. Aufgrund der glaubwürdigen Aussagen und der Vorlage einzelner Kaufaufträge zum Nachweis sowie der Zusage des BFV und des entsandten Vertreters, bei Bedarf alle Kaufaufträge dem Gericht vorlegen zu können, sieht der erkennende Senat keinen Grund daran zu zweifeln, dass der Kunde von der Beimischung - nicht jedoch von der Überschreitung der Beimischungsgrenze - informiert worden und das genannte Formular (Beilage 10 zu Beschwerde) verwendet worden ist. Ein Warnhinweis wurde auf diesem Formular nicht angebracht. Auch sonst gab es keine Dokumentation oder sonstigen Hinweis, dass der Kunde von der Grenzüberschreitung informiert worden ist. Dies wurde durch den BF auch nicht behauptet.

Das im Verwaltungsakt einliegende Formular mit dem Aufdruck "Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, da die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken nicht im Einklang mit der angegebenen Risikobereitschaft der (des) Depotinhaber(s) stehen. Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, da die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken nicht im Einklang mit den angegebenen finanziellen Verhältnissen der (des) Depotinhaber(s) stehen. Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, weil ich gemäß meinen Angaben nicht über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfüge, um die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken richtig beurteilen zu können." kam nach den glaubhaften Angaben des Vertreters der haftenden Gesellschaft (vgl. Niederschrift zur mündlichen Verhandlung, Seiten 8 und 9) sowie den Ausführungen in der Stellungnahme vom 20.06.2016 für die vom Straferkenntnis umfassten Kaufaufträge nicht zur Anwendung. Das im Verwaltungsakt einliegende Formular mit dem Aufdruck "Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, da die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken nicht im Einklang mit der angegebenen Risikobereitschaft der (des) Depotinhaber(s) stehen. Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, da die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken nicht im Einklang mit den angegebenen finanziellen Verhältnissen der (des) Depotinhaber(s) stehen. Die Bank hat mir von diesem Geschäft abgeraten, weil ich gemäß meinen Angaben nicht über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfüge, um die mit dem beauftragten Geschäft verbundenen Risiken richtig beurteilen zu können." kam nach den glaubhaften Angaben des Vertreters der haftenden Gesellschaft vergleiche Niederschrift zur mündlichen Verhandlung, Seiten 8 und 9) sowie den Ausführungen in der Stellungnahme vom 20.06.2016 für die vom Straferkenntnis umfassten Kaufaufträge nicht zur Anwendung.

II.3. Rechtliche Beurteilung:römisch zwei.3. Rechtliche Beurteilung:

II.3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Recht und der Zulässigkeit der Beschwerde.römisch zwei.3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, anzuwendendem Recht und der 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, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, wenn bei Bescheiden weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Mit Ablauf des 31.12.2013 liegt keine Zuständigkeit des vormaligen Unabhängigen Verwaltungssenates Wien, nunmehr Verwaltungsgericht Wien, vor. Die verfahrensgegenständlichen Akten wurden mit Schreiben vom 09.01.2014 und 06.05.2016 dem Bundesverwaltungsgericht durch das Verwaltungsgericht Wien zuständigkeitshalber weitergeleitet und langten in der Gerichtsabteilung W204 am 17.03.2014 bzw. 11.05.2016 ein. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG, Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2001, in der Fassung Bundesgesetzblatt 184 aus 2013,, entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, wenn bei Bescheiden weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Mit Ablauf des 31.12.2013 liegt keine Zuständigkeit des vormaligen Unabhängigen Verwaltungssenates Wien, nunmehr Verwaltungsgericht Wien, vor. Die verfahrensgegenständlichen Akten wurden mit Schreiben vom 09.01.2014 und 06.05.2016 dem Bundesverwaltungsgericht durch das Verwaltungsgericht Wien zuständigkeitshalber weitergeleitet und langten in der Gerichtsabteilung W204 am 17.03.2014 bzw. 11.05.2016 ein.

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG liegt Senatzuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2 a, FMABG liegt Senatzuständigkeit vor.

Die zulässige Beschwerde (vormals: Berufung) datiert vom 18.04.2012 und wurde am 19.04.2012 von der belangten Behörde, der Finanzmarktaufsichtsbehörde, übernommen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 50 VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß § 48 VwGVG hat nur all das in ein Erkenntnis Einzug zu finden, was ua. in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 50, VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden. Gemäß Paragraph 48, VwGVG hat nur all das in ein Erkenntnis Einzug zu finden, was ua. in einer durchgeführten Verhandlung auch tatsächlich vorgekommen ist.

II.3.2. Zu Spruchpunkt A) I. römisch zwei. 3.2. Zu Spruchpunkt A) römisch eins.:

II.3.2.1. Relevante Rechtsvorschriften: römisch zwei. 3.2.1. Relevante Rechtsvorschriften:

Folgende Bestimmungen sind für das gegenständliche

Verwaltungsstrafverfahren in deren angeführter Fassung relevant:

§ 38 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, BGBl. I 60/2007 Paragraph 38, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, BGBl. römisch eins 60/2007:

"Verpflichtung zum Handeln im besten Interesse des Kunden

Allgemeine Pflichten

§ 38. Ein Rechtsträger hat 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." Paragraph 38, Ein Rechtsträger hat bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den Paragraphen 36 bis 51 zu entsprechen; beim Handel sowie der Annahme und Übermittlung von Aufträgen im Zusammenhang mit Veranlagungen gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, Kapitalmarktgesetz - KMG, Bundesgesetzblatt Nr. 625 aus 1991,, ist insbesondere den Paragraphen 39, 40, 41, 42, 47 und 48 zu entsprechen."

§ 38 WAG 2007 setzt Art. 19 Abs. 1 der MiFID-RL (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates) um, der generalklauselartig normative Kriterien formuliert, welchen bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebenleistungen entsprochen werden muss. Die in § 38 normierten Vorgaben finden in den im WAG 2007 darauffolgenden Paragraphen ihre Konkretisierung (vgl. Graf in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, § 38 Rn 1). Paragraph 38, WAG 2007 setzt Artikel 19, Absatz eins, der MiFID-RL (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates) um, der generalklauselartig normative Kriterien formuliert, welchen bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebenleistungen entsprochen werden muss. Die in Paragraph 38, normierten Vorgaben finden in den im WAG 2007 darauffolgenden Paragraphen ihre Konkretisierung vergleiche Graf in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, Paragraph 38, Rn 1).

§ 44 Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, BGBl. I 60/2007 Paragraph 44, Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, BGBl. römisch eins 60/2007:

"Eignung von Anlageberatungs- und Portfolioverwaltungsdienstleistungen

§ 44. (1) Ein Rechtsträger, der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungs-dienstleistungen 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. Paragraph 44, (1) Ein

Rechtsträger, der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungs-dienstleistungen 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.

[...]"

§ 44 Abs. 1 WAG 2007 setzt Art. 19 Abs. 4 der MiFID-RL um. Dieser lautet: Paragraph 44, Absatz eins, WAG 2007 setzt Artikel 19, Absatz 4, der MiFID-RL um. Dieser lautet:

"Erbringt die Wertpapierfirma Anlageberatung- oder Portfolio-Management, so holt sie die notwendigen Informationen über die Kenntnisse und Erfahrung des Kunden oder potenziellen Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Produkttyp oder den speziellen Typ der Dienstleistung, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele ein, um ihr zu ermöglichen, dem Kunden oder potenziellen Kunden für ihn geeignete Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente zu empfehlen."

§ 44 Abs. 2 WAG 2007 setzt Art. 35 Abs. 1 der MiFID-DRL (Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10.08.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie) um. Dieser lautet: Paragraph 44, Absatz 2, WAG 2007 setzt Artikel 35, Absatz eins, der MiFID-DRL (Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10.08.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie) um. Dieser lautet:

"Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Wertpapierfirmen bei ihren Kunden bzw. potenziellen Kunden die Informationen einholen, die sie benötigen, um die wesentlichen Fakten in Bezug auf den Kunden zu erfassen und unter Berücksichtigung der Art und des Umfangs der betreffenden Dienstleistung nach vernünftigem Ermessen davon ausgehen zu können, dass das Geschäft, das dem Kunden empfohlen oder im Rahmen einer Portfolioverwaltungsdienstleistung getätigt werden soll, die folgenden Anforderungen erfüllt:

- a) Es entspricht den Anlagezielen des betreffenden Kunden;
- b) es ist so beschaffen, dass etwaige mit dem Geschäft einhergehende Anlagerisiken für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar sind;
- c) es ist so beschaffen, dass der Kunde mit seinen Kenntnissen und Erfahrungen die mit dem Geschäft oder der Verwaltung seines Portfolios einhergehenden Risiken verstehen kann."

§95 Abs. 2 WAG 2007, BGBl. I 60/2007 idF BGBl. I 37/2010 §95 Absatz 2, WAG 2007, BGBl. römisch eins 60 aus 2007, in der Fassung BGBl. römisch eins 37/2010:

"Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers 1. gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 verstößt oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 29 Abs. 4, 35 Abs. 4, 41 Abs. 3 oder 55 Abs. 2 erlassenen Verordnung der FMA verstößt; [...] begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Z 1 mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro [...] zu bestrafen." "Wer als Verantwortlicher (Paragraph 9, VStG) eines Rechtsträgers 1. gegen eine Verpflichtung gemäß Paragraphen 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 verstößt oder gegen eine

Verpflichtung gemäß einer auf Grund von Paragraphen 29, Absatz 4, 35, Absatz 4, 41, Absatz 3, oder 55 Absatz 2, erlassenen Verordnung der FMA verstößt; [...] begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hinsichtlich der Ziffer eins, mit Geldstrafe bis zu 50 000 Euro [...] zu bestrafen."

II.3.2.2. Objektive Tatseite

§ 38 WAG 2007 verpflichtet Rechtsträger - dies sind nach § 15 WAG 2007 ua. Kreditinstitute wie die haftende Gesellschaft - bei der Erbringung von Wertpapierleistungen und Nebenleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interessen ihrer Kunden zu handeln und den gesetzlichen Vorgaben der §§ 36 bis 51 WAG 2007 zu entsprechen. Paragraph 38, WAG 2007 verpflichtet Rechtsträger - dies sind nach Paragraph 15, WAG 2007 ua. Kreditinstitute wie die haftende Gesellschaft - bei der Erbringung von Wertpapierleistungen und Nebenleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interessen ihrer Kunden zu handeln und den gesetzlichen Vorgaben der Paragraphen 36 bis 51 WAG 2007 zu entsprechen.

Eine ehrliche und redliche Leistungserbringung setzt dabei einen Verhaltensmaßstab voraus, der den Rechtsträger dazu verpflichtet, sich einem Kunden gegenüber loyal und integer zu verhalten. Der Rechtsträger hat die Interessen eines Kunden zu wahren und eigene Interessen den Kundeninteressen hintanzustellen (Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz², § 38 Rn 20). Eine ehrliche und redliche Leistungserbringung setzt dabei einen Verhaltensmaßstab voraus, der den Rechtsträger dazu verpflichtet, sich einem Kunden gegenüber loyal und integer zu verhalten. Der Rechtsträger hat die Interessen eines Kunden zu wahren und eigene Interessen den Kundeninteressen hintanzustellen (Brandl/Klausberger in Brandl/Saria, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz², Paragraph 38, Rn 20).

Wird von § 38 WAG 2007 im Rahmen der Leistungserbringung zudem Professionalität gefordert, so versteht man darunter, die verkehrserforderliche Sorgfalt zu wahren und über jene Sachkenntnis zu verfügen, welche die Erbringung der vom Rechtsträger angebotenen Dienstleistung voraussetzt (Graf in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, § 38 Rn 13). Wird von Paragraph 38, WAG 2007 im Rahmen der Leistungserbringung zudem Professionalität gefordert, so versteht man darunter, die verkehrserforderliche Sorgfalt zu wahren und über jene Sachkenntnis zu verfügen, welche die Erbringung der vom Rechtsträger angebotenen Dienstleistung voraussetzt (Graf in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, Paragraph 38, Rn 13).

Die Verpflichtung zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Kunden beinhaltet für einen Rechtsträger, die Interessen eines Kunden in größtmöglichem Umfang und zu den bestmöglichen Bedingungen umzusetzen. Was dies konkret bedeutet, hängt davon ab, vor welchen konkreten Handlungsalternativen der Rechtsträger steht, wobei die Art der nachgefragten Dienstleistung zu berücksichtigen und danach zu differenzieren ist, um welchen Typ Anleger es sich handelt. Dabei hat sich ein Rechtsträger über die Interessen eines Kunden zu informieren, wobei die Praxis diesem Erfordernis typischerweise mit der Erhebung eines Kundenprofils nachkommt (Graf, aaO § 38 Rn 19ff), wie dies auch in der haftenden Gesellschaft durchgeführt worden ist. Die Verpflichtung zum Handeln im bestmöglichen Interesse des Kunden beinhaltet für einen Rechtsträger, die Interessen eines Kunden in größtmöglichem Umfang und zu den bestmöglichen Bedingungen umzusetzen. Was dies konkret bedeutet, hängt davon ab, vor welchen konkreten Handlungsalternativen der Rechtsträger steht, wobei die Art der nachgefragten Dienstleistung zu berücksichtigen und danach zu differenzieren ist, um welchen Typ Anleger es sich handelt. Dabei hat sich ein Rechtsträger über die Interessen eines Kunden zu informieren, wobei die Praxis diesem Erfordernis typischerweise mit der Erhebung eines Kundenprofils nachkommt (Graf, aaO Paragraph 38, Rn 19ff), wie dies auch in der haftenden Gesellschaft durchgeführt worden ist.

Die in § 38 normierten Vorgaben werden im WAG 2007 in weiterer Folge in den §§ 36 bis 51, zu deren Einhaltung Rechtsträger gemäß § 38 ebenso verpflichtet werden, näher konkretisiert. Die in Paragraph 38, normierten Vorgaben werden im WAG 2007 in weiterer Folge in den Paragraphen 36 bis 51, zu deren Einhaltung Rechtsträger gemäß Paragraph 38, ebenso verpflichtet werden, näher konkretisiert.

Die Regelung des § 44 WAG 2007, die sich auf die Anlageberatung sowie die Portfolioverwaltung bezieht, stellt als Standard für die genannten Dienstleistungen (Anlageberatung, Portfolioverwaltung) das Kriterium der Geeignetheit auf. Abs. 2 bestimmt dabei jene Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein im Rahmen der Anlageberatung bzw. der Portfolioverwaltung abgeschlossenes Geschäft als geeignet angesehen werden kann. So hat ein Geschäft den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen (Z 1), müssen mit dem Geschäft einhergehende Risiken den Anlagezielen des

Kunden entsprechend für diesen finanziell tragbar sein (Ziffer 2) und muss der Kunde die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen (Ziffer 3). Die Regelung des Paragraph 44, WAG 2007, die sich auf die Anlageberatung sowie die Portfolioverwaltung bezieht, stellt als Standard für die genannten Dienstleistungen (Anlageberatung, Portfolioverwaltung) das Kriterium der Geeignetheit auf. Absatz 2, bestimmt dabei jene Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ein im Rahmen der Anlageberatung bzw. der Portfolioverwaltung abgeschlossenes Geschäft als geeignet angesehen werden kann. So hat ein Geschäft den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen (Ziffer eins,), müssen mit dem Geschäft einhergehende Risiken den Anlagezielen des Kunden entsprechend für diesen finanziell tragbar sein (Ziffer 2,) und muss der Kunde die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen (Ziffer 3,).

Eine Anlageberatung stellt nach § 1 Z 2 lit.e WAG 2007 die Abgabe persönlicher Empfehlungen gemäß Ziffer 27 über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden dar, sei es auf dessen Aufforderung oder auf Initiative des Erbringers der Dienstleistung. Die Portfolioverwaltung definiert sich über § 1 Z 2 lit.d WAG 2007 als die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält. Eine Anlageberatung stellt nach Paragraph eins, Ziffer 2, Litera e, WAG 2007 die Abgabe persönlicher Empfehlungen gemäß Ziffer 27, über Geschäfte mit Finanzinstrumenten an einen Kunden dar, sei es auf dessen Aufforderung oder auf Initiative des Erbringers der Dienstleistung. Die Portfolioverwaltung definiert sich über Paragraph eins, Ziffer 2, Litera d, WAG 2007 als die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen einer Vollmacht des Kunden, sofern das Kundenportfolio ein oder mehrere Finanzinstrumente enthält.

Gegenstand der Geeignetheitsprüfung nach § 44 WAG 2007 ist im Rahmen der Anlageberatung das einzelne empfohlene Geschäft, im Rahmen der Portfolioverwaltung die vereinbarte Anlagestrategie. Um den Rechtsträger in die Lage zu versetzen, dem Geeignetheitskriterium zu entsprechen, verpflichtet ihn das Gesetz in Abs. 1, vom Kunden Informationen hinsichtlich der drei für dieses Kriterium wesentlichen Bereiche einzuholen; diese betreffen die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen des Rechtsträgers, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele. Um als geeignet angesehen zu werden, muss das Geschäft bzw. die vorgeschlagene Anlagestrategie in allen drei Parametern den gesetzlichen Vorgaben entsprechen (Graf, aaO § 44 Rn 20 und 22). Gegenstand der Geeignetheitsprüfung nach Paragraph 44, WAG 2007 ist im Rahmen der Anlageberatung das einzelne empfohlene Geschäft, im Rahmen der Portfolioverwaltung die vereinbarte Anlagestrategie. Um den Rechtsträger in die Lage zu versetzen, dem Geeignetheitskriterium zu entsprechen, verpflichtet ihn das Gesetz in Absatz eins,, vom Kunden Informationen hinsichtlich der drei für dieses Kriterium wesentlichen Bereiche einzuholen; diese betreffen die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen des Rechtsträgers, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele. Um als geeignet angesehen zu werden, muss das Geschäft bzw. die vorgeschlagene Anlagestrategie in allen drei Parametern den gesetzlichen Vorgaben entsprechen (Graf, aaO Paragraph 44, Rn 20 und 22).

Die im vorliegenden Fall seitens der haftenden Gesellschaft gewählte Vorgehensweise, Wertpapiere sowie Kunden in Risikokategorien einzustufen und im Rahmen von Wertpapieraufträgen einen Abgleich der Risikokategorien vorzunehmen, entspricht den Vorgaben des § 38 WAG 2007, bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln. Insbesondere gewährleistet diese Vorgehensweise auch, Wertpapierdienstleistungen den Anlagezielen eines Kunden iSd § 44 WAG 2007 entsprechend vorzunehmen, wie bereits die belangte Behörde festgestellt hat. Die belangte Behörde erachtete darüber hinaus auch in jenen Fällen die in den §§ 38 und 44 WAG 2007 normierten Vorgaben als erfüllt, wenn einem Kundendepot - unter Einhaltung der in der unternehmerischen Praxis vorgegebenen Grenzen (25 %) - Wertpapiere einer (im Vergleich zur Einstufung des jeweiligen Kunden) höheren Risikokategorie auf Empfehlung eines Kundenberaters der haftenden Gesellschaft "beigemischt" wurden. Die hierbei angenommene Grenze für derartige Beimischungen von 25% ist unstrittig und kann als gegeben angenommen werden. Die im vorliegenden Fall seitens der haftenden Gesellschaft gewählte Vorgehensweise, Wertpapiere sowie Kunden in Risikokategorien einzustufen und im Rahmen von Wertpapieraufträgen einen Abgleich der Risikokategorien vorzunehmen, entspricht den Vorgaben des Paragraph 38, WAG 2007, bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse des Kunden zu handeln. Insbesondere gewährleistet diese Vorgehensweise auch,

Wertpapierdienstleistungen den Anlagezielen eines Kunden iSd Paragraph 44, WAG 2007 entsprechend vorzunehmen, wie bereits die belangte Behörde festgestellt hat. Die belangte Behörde erachtete darüber hinaus auch in jenen Fällen die in den Paragraphen 38 und 44 WAG 2007 normierten Vorgaben als erfüllt, wenn einem Kundendepot - unter Einhaltung der in der unternehmerischen Praxis vorgegebenen Grenzen (25 %) - Wertpapiere einer (im Vergleich zur Einstufung des jeweiligen Kunden) höheren Risikokategorie auf Empfehlung eines Kundenberaters der haftenden Gesellschaft "beigemischt" wurden. Die hierbei angenommene Grenze für derartige Beimischungen von 25% ist unstrittig und kann als gegeben angenommen werden.

Die belangte Behörde sah den objektiven Tatbestand der §§ 38 und 44 Abs. 1 und 2 WAG 2007 deshalb als erfüllt an, weil Wertpapierkäufe im Rahmen der Portfolioverwaltung zu Überschreitungen der Grenze von 25% hinsichtlich der Beimischung von Wertpapieren geführt hätten, wobei die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen nicht den Kundeninformationen gemäß § 44 WAG 2007 und nicht den Kriterien des § 38 WAG 2007 entsprochen hätten. Das Bundesverwaltungsgericht folgt ihr insofern in der Subsumtion des Sachverhaltes. Während die belangte Behörde noch von 186 Fällen ausgegangen ist, waren durch das Bundesverwaltungsgericht insgesamt 156 Kaufaufträge im Zeitraum 15.06.2010 bis 08.10.2010, mit deren Durchführung nach Erfassung eine Überschreitung der intern vorgesehenen zulässigen 25%-Grenze an Beimischungen erfolgt ist (114 Fälle) oder mit deren Durchführung eine Überschreitung erfolgt wäre (42 Fälle), anzunehmen. Wie den Feststellungen unter II.1. zu entnehmen ist, ist unstrittig, dass es zu Überschreitungen der 25%-Grenze in einer beachtlichen Anzahl an Fällen kam bzw. bei tatsächlicher Durchführung gekommen wäre. Für lediglich 30 der noch von der FMA angenommenen Fälle konnte aufgrund der neu vorgelegten Depotlisten, die anhand der nunmehr zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel erstellt wurden, ausgeschlossen werden, dass eine Überschreitung eintrat. Zum Zeitpunkt des ersten Rechtsgangs des Verfahrens standen diese Hilfsmittel noch nicht zur Verfügung. Die belangte Behörde sah den objektiven Tatbestand der Paragraphen 38 und 44 Absatz eins und 2 WAG 2007 deshalb als erfüllt an, weil Wertpapierkäufe im Rahmen der Portfolioverwaltung zu Überschreitungen der Grenze von 25% hinsichtlich der Beimischung von Wertpapieren geführt hätten, wobei die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen nicht den Kundeninformationen gemäß Paragraph 44, WAG 2007 und nicht den Kriterien des Paragraph 38, WAG 2007 entsprochen hätten. Das Bundesverwaltungsgericht folgt ihr insofern in der Subsumtion des Sachverhaltes. Während die belangte Behörde noch von 186 Fällen ausgegangen ist, waren durch das Bundesverwaltungsgericht insgesamt 156 Kaufaufträge im Zeitraum 15.06.2010 bis 08.10.2010, mit deren Durchführung nach Erfassung eine Überschreitung der intern vorgesehenen zulässigen 25%-Grenze an Beimischungen erfolgt ist (114 Fälle) oder mit deren Durchführung eine Überschreitung erfolgt wäre (42 Fälle), anzunehmen. Wie den Feststellungen unter römisch zwei.1. zu entnehmen ist, ist unstrittig, dass es zu Überschreitungen der 25%-Grenze in einer beachtlichen Anzahl an Fällen kam bzw. bei tatsächlicher Durchführung gekommen wäre. Für lediglich 30 der noch von der FMA angenommenen Fälle konnte aufgrund der neu vorgelegten Depotlisten, die anhand der nunmehr zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel erstellt wurden, ausgeschlossen werden, dass eine Überschreitung eintrat. Zum Zeitpunkt des ersten Rechtsgangs des Verfahrens standen diese Hilfsmittel noch nicht zur Verfügung.

Unabhängig von der Verpflichtung, dass ein Geschäft, das im Rahmen der Anlageberatung dem Kunden empfohlen oder das im Rahmen einer Portfolioverwaltungsdienstleistung getätigt werden soll, den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen hat, darf ein Kreditinstitut jedoch im Einzelfall auch über ausdrücklichen Auftrag des Kunden von der ursprünglich erklärten Risikopräferenz abweichende Geschäfte ausführen (vgl. Graf, aaO § 44 Rn 7 und 33). Zu den Ausführungen des BF, die in Rede stehenden Überschreitungen seien gerade auf eine solche Initiative des jeweiligen Kunden erfolgt, hielt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, Folgendes fest: Unabhängig von der Verpflichtung, dass ein Geschäft, das im Rahmen der Anlageberatung dem Kunden empfohlen oder das im Rahmen einer Portfolioverwaltungsdienstleistung getätigt werden soll, den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen hat, darf ein Kreditinstitut jedoch im Einzelfall auch über ausdrücklichen Auftrag des Kunden von der ursprünglich erklärten Risikopräferenz abweichende Geschäfte ausführen vergleiche Graf, aaO Paragraph 44, Rn 7 und 33). Zu den Ausführungen des BF, die in Rede stehenden Überschreitungen seien gerade auf eine solche Initiative des jeweiligen Kunden erfolgt, hielt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, Folgendes fest:

"Wenn es zutreffend sein sollte, dass die in Rede stehenden Überschreitungen jeweils auf eine Initiative des Kunden zurückgingen und darauf nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck nochmals hingewiesen wurde, läge kein

Verstoß gegen die Verpflichtung vor, im Rahmen der Portfolioverwaltung oder der Anlageberatung dem Kunden nur Geschäfte zu empfehlen, die die Voraussetzungen des § 44 Abs 2 WAG 2007 erfüllen, also seinen Anlagezielen entsprechen, die mit dem Geschäft einhergehenden Anlagerisiken für den Kunden den Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar sind und der Kunde die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen kann.""Wenn es zutreffend sein sollte, dass die in Rede stehenden Überschreitungen jeweils auf eine Initiative des Kunden zurückgingen und darauf nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck nochmals hingewiesen wurde, läge kein Verstoß gegen die Verpflichtung vor, im Rahmen der Portfolioverwaltung oder der Anlageberatung dem Kunden nur Geschäfte zu empfehlen, die die Voraussetzungen des Paragraph 44, Absatz 2, WAG 2007 erfüllen, also seinen Anlagezielen entsprechen, die mit dem Geschäft einhergehenden Anlagerisiken für den Kunden den Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar sind und der Kunde die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen verstehen kann."

In den 156 in Rede stehenden Fällen wurde jeweils ein Kaufauftragsformular mit dem Aufdruck "Der Erwerb dieses Produktes stellt eine Beimischung zum Zweck der Depotstrukturierung dar."

verwendet. Das in der haftenden Gesellschaft verfügbare Formular (Beschwerde Beilage 11) mit den entsprechenden Warnhinweisen kam in keinem dieser Fälle zur Anwendung. Da eine "Beimischung" auch im "Normalbereich" des jeweiligen Anlagemodells für bestimmte Anlegerrisikoprofile vorgesehen war, hatte der Verweis auf eine bloße "Beimischung" ohne jeglichen Hinweis auf die Überschreitung der Grenze keinen zusätzlichen Informationscharakter, obwohl dies gleichzeitig ein Abgehen vom dem jeweiligen Anleger zugeordneten Risikoprofil bedeutet hat. Deshalb kann den Ausführungen des BF, dass mit dem bloßen Verweis auf die Beimischung bereits den gesetzlichen Anforderungen entsprochen worden sei, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist damit nicht dem Erfordernis entsprechend der vorliegenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entsprochen, wonach nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck explizit auf die Überschreitung hinzuweisen ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass für sämtliche Prüfungsfelder des WAG 2007 die schriftliche Dokumentation entscheidend ist (Hillinger in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, § 73 Rn 203). Es hätten auch im vorliegenden Fall entsprechende schriftliche Hinweise auf die Überschreitung der Beimischungsgrenzen bzw. die angeblich von den Kunden gesetzte Initiative und entsprechende Warnung der Grenzüberschreitung zu Zwecken der besseren Dokumentation und Beweisschaffung gesetzt werden müssen. verwendet. Das in der haftenden Gesellschaft verfügbare Formular (Beschwerde Beilage 11) mit den entsprechenden Warnhinweisen kam in keinem dieser Fälle zur Anwendung. Da eine "Beimischung" auch im "Normalbereich" des jeweiligen Anlagemodells für bestimmte Anlegerrisikoprofile vorgesehen war, hatte der Verweis auf eine bloße "Beimischung" ohne jeglichen Hinweis auf die Überschreitung der Grenze keinen zusätzlichen Informationscharakter, obwohl dies gleichzeitig ein Abgehen vom dem jeweiligen Anleger zugeordneten Risikoprofil bedeutet hat. Deshalb kann den Ausführungen des BF, dass mit dem bloßen Verweis auf die Beimischung bereits den gesetzlichen Anforderungen entsprochen worden sei, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist damit nicht dem Erfordernis entsprechend der vorliegenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entsprochen, wonach nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck explizit auf die Überschreitung hinzuweisen ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass für sämtliche Prüfungsfelder des WAG 2007 die schriftliche Dokumentation entscheidend ist (Hillinger in Raschauer/Gruber, WAG-Wertpapieraufsichtsgesetz, Paragraph 73, Rn 203). Es hätten auch im vorliegenden Fall entsprechende schriftliche Hinweise auf die Überschreitung der Beimischungsgrenzen bzw. die angeblich von den Kunden gesetzte Initiative und entsprechende Warnung der Grenzüberschreitung zu Zwecken der besseren Dokumentation und Beweisschaffung gesetzt werden müssen.

Der Umstand, dass es in 42 der festgestellten 156 Fälle letztlich zu keiner Durchführung des Kaufauftrages gekommen ist, ist deshalb nicht relevant, weil dies erst in einer ex-post-Betrachtungsweise zu Tage kam (während die Eignung einer Beratung bzw. Information aus der Perspektive vor Abschluss des Geschäfts zu beurteilen ist) und weil als Beratungsgegenstand der Kaufauftrag zu betrachten ist, der nur deshalb nicht zu einem abgeschlossenen Wertpapierkauf führte, weil das Kursziel im festgesetzten Zeitraum nicht erreicht worden ist (so auch die Stellungnahme vom 20.06.2016 und die Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung). Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufauftrages als dem relevanten Zeitpunkt für die Erfüllung des § 44 Abs. 2 WAG 2007 wurde der Kunde nicht auf die Überschreitung der Beimischungsgrenze hingewiesen bzw. dies nicht schriftlich auf dem Kaufauftrag festgehalten. Folglich wurde der Informationspflicht nicht entsprochen. Es wurde kein ergänzender Aufdruck auf dem Kaufauftrag festgehalten, vielmehr wurden die jeweiligen Kaufaufträge unter Missachtung der

Beimischungsgrenze von Mitarbeitern der haftenden Gesellschaft lediglich als "Beimischung" erfasst. Für die 4 Kaufaufträge, bei denen es lediglich zu einer geringfügigen Überschreitung der Kaufaufträge kam, ist überdies festzuhalten, dass auch eine geringfügige Überschreitung bereits eine Überschreitung darstellt und der Kunde entsprechend zu informieren und dies auf dem Kaufauftrag festzuhalten gewesen wäre. Der Umstand, dass es in 42 der festgestellten 156 Fälle letztlich zu keiner Durchführung des Kaufauftrages gekommen ist, ist deshalb nicht relevant, weil dies erst in einer ex-post-Betrachtungsweise zu Tage kam (während die Eignung einer Beratung bzw. Information aus der Perspektive vor Abschluss des Geschäfts zu beurteilen ist) und weil als Beratungsgegenstand der Kaufauftrag zu betrachten ist, der nur deshalb nicht zu einem abgeschlossenen Wertpapierkauf führte, weil das Kursziel im festgesetzten Zeitraum nicht erreicht worden ist (so auch die Stellungnahme vom 20.06.2016 und die Ergebnisse der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung). Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufauftrages als dem relevanten Zeitpunkt für die Erfüllung des Paragraph 44, Absatz 2, WAG 2007 wurde der Kunde nicht auf die Überschreitung der Beimischungsgrenze hingewiesen bzw. dies nicht schriftlich auf dem Kaufauftrag festgehalten. Folglich wurde der Informationspflicht nicht entsprochen. Es wurde kein ergänzender Aufdruck auf dem Kaufauftrag festgehalten, vielmehr wurden die jeweiligen Kaufaufträge unter Missachtung der Beimischungsgrenze von Mitarbeitern der haftenden Gesellschaft lediglich als "Beimischung" erfasst. Für die 4 Kaufaufträge, bei denen es lediglich zu einer geringfügigen Überschreitung der Kaufaufträge kam, ist überdies festzuhalten, dass auch eine geringfügige Überschreitung bereits eine Überschreitung darstellt und der Kunde entsprechend zu informieren und dies auf dem Kaufauftrag festzuhalten gewesen wäre.

Damit konnte aber nicht festgestellt werden, dass der Kunde selbstständig und autonom, basierend auf der Kenntnis sämtlicher Fakten und Warnhinweise, die 25 %-Grenze der Beimischung überschritten habe und dass darauf nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck nochmals hingewiesen worden sei, wie dies vom BF geltend gemacht wurde und (mangels ausreichender diesbezüglicher Feststellungen im ersten Rechtsgang) zur Aufhebung des UVS-Berufungsbescheides durch den VwGH führte. Vielmehr ist dem Beschwerdeführer lediglich beizupflichten, dass aus der gewählten Formulierung (Beilage 10 zur Beschwerde) zwar eindeutig hervorgeht, dass mit den jeweiligen Kaufaufträgen Beimischungen erfolgt sind und die Kunden hierüber informiert worden sind. Dem gewählten Aufdruck ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts jedoch weder zu entnehmen, dass dem jeweiligen Kunden ersichtlich gewesen sein konnte, dass im Zeitpunkt der Erfassung des jeweiligen Wertpapiergeschäftes die intern festgelegten Beimischungsgrenzen bereits überschritten waren bzw. mit Durchführung des Geschäftes überschritten wurden (oder worden wären, wenn die Bedingungen des Kaufauftrages eingetreten wären) und das Geschäft gemäß den in § 44 Abs. 2 WAG 2007 normierten Anforderungen von der haftenden Gesellschaft somit nicht hätte empfohlen werden dürfen. Noch geht daraus hervor, dass die eintretende bzw. weitere Überschreitung der Beimischungsgrenze durch die in Rede stehenden Aufträge für Wertpapierkäufe tatsächlich auf Initiative des jeweiligen Kunden erfolgt ist und vor allem explizit vom jeweiligen Kunden gewünscht wurde. Damit konnte aber nicht festgestellt werden, dass der Kunde selbstständig und autonom, basierend auf der Kenntnis sämtlicher Fakten und Warnhinweise, die 25 %-Grenze der Beimischung überschritten habe und dass darauf nach Beratung im Kaufauftrag durch einen Aufdruck nochmals hingewiesen worden sei, wie dies vom BF geltend gemacht wurde und (mangels ausreichender diesbezüglicher Feststellungen im ersten Rechtsgang) zur Aufhebung des UVS-Berufungsbescheides durch den VwGH führte. Vielmehr ist dem Beschwerdeführer lediglich beizupflichten, dass aus der gewählten Formulierung (Beilage 10 zur Beschwerde) zwar eindeutig hervorgeht, dass mit den jeweiligen Kaufaufträgen Beimischungen erfolgt sind und die Kunden hierüber informiert worden sind. Dem gewählten Aufdruck ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts jedoch weder zu entnehmen, dass dem jeweiligen Kunden ersichtlich gewesen sein konnte, dass im Zeitpunkt der Erfassung des jeweiligen Wertpapiergeschäftes die intern festgelegten Beimischungsgrenzen bereits überschritten waren bzw. mit Durchführung des Geschäftes überschritten wurden (oder worden wären, wenn die Bedingungen des Kaufauftrages eingetreten wären) und das Geschäft gemäß den in Paragraph 44, Absatz 2, WAG 2007 normierten Anforderungen von der haftenden Gesellschaft somit nicht hätte empfohlen werden dürfen. Noch geht daraus hervor, dass die eintretende bzw. weitere Überschreitung der Beimischungsgrenze durch die in Rede stehenden Aufträge für Wertpapierkäufe tatsächlich auf Initiative des jeweiligen Kunden erfolgt ist und vor allem explizit vom jeweiligen Kunden gewünscht wurde.

Auf die Frage, ob die jeweiligen Wertpapiergeschäfte in Missachtung der Beimischungsgrenzen auch tatsächlich auf Initiative der betroffenen Kunden erfolgt sind, ist im gegenständlichen Fall letztlich nicht näher einzugehen. Tatbestandsmäßig ist bereits der fehlende Aufdruck der Überschreitung der Beimischungsgrenze auf den

Kaufaufträgen, wodurch in den festgestellten 156 Fällen nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs, an dessen Rechtsansicht das Bundesverwaltungsgericht gebunden ist (§ 63 Abs. 1 VwGG), die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen nicht den Kundeninformationen gemäß § 44 WAG 2007 und nicht den Kriterien des § 38 WAG entsprachen. Folglich hat die belangte Behörde den objektiven Tatbestand des § 38 iVm § 44 Abs. 1 und 2 WAG 2007 zu Recht als verwirklicht angesehen. Auf die Frage, ob die jeweiligen Wertpapiergeschäfte in Missachtung der Beimischungsgrenzen auch tatsächlich auf Initiative der betroffenen Kunden erfolgt sind, ist im gegenständlichen Fall letztlich nicht näher einzugehen. Tatbestandsmäßig ist bereits der fehlende Aufdruck der Überschreitung der Beimischungsgrenze auf den Kaufaufträgen, wodurch in den festgestellten 156 Fällen nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs, an dessen Rechtsansicht das Bundesverwaltungsgericht gebunden ist (Paragraph 63, Absatz eins, VwGG), die jeweiligen empfohlenen Wertpapiertransaktionen nicht den Kundeninformationen gemäß Paragraph 44, WAG 2007 und nicht den Kriterien des Paragraph 38, WAG entsprachen. Folglich hat die belangte Behörde den objektiven Tatbestand des Paragraph 38, in Verbindung mit Paragraph 44, Absatz eins und 2 WAG 2007 zu Recht als verwirklicht angesehen.

II.3.2.3. Zur Frage der Strafbarkeitsverjährung:römisch zwei.3.2.3. Zur Frage der Strafbarkeitsverjährung:

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG iVm § 31 Abs. 2 VStG erlischt die Strafbarkeit einer Verwaltungsübertretung mit Ablauf von drei Jahren ab jenem Zeitpunkt, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat. Gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG in Verbindung mit Paragraph 31, Absatz 2, VStG erlischt die Strafbarkeit einer Verwaltungsübertretung mit Ablauf von drei Jahren ab jenem Zeitpunkt, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat.

Gemäß § 31 Abs. 2 Z 4 VStG sind Zeiten eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht in die Frist der Strafbarkeitsverjährung einzurechnen. Der Lauf der Frist wird ab Einlangen der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof gehemmt, die Hemmung endet mit der Zustellung der Entscheidung an die belangte Behörde (vgl. VwGH 23.04.1996, 95/11/0342, zur Regelung der Strafbarkeitsverjährung im damaligen § 31 Abs. 3 VStG; vgl. auch Beschluss des BVwG vom 10.07.2014, W210 2002612). Gemäß Paragraph 31, Absatz 2, Ziffer 4, VStG sind Zeiten eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht in die Frist der Strafbarkeitsverjährung einzurechnen. Der Lauf der Frist wird ab Einlangen der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof gehemmt, die Hemmung endet mit der Zustellung der Entscheidung an die belangte Behörde vergleiche VwGH 23.04.1996, 95/11/0342, zur Regelung der Strafbarkeitsverjährung im damaligen Paragraph 31, Absatz 3, VStG; vergleiche auch Beschluss des BVwG vom 10.07.2014, W210 2002612).

Die in Rede stehenden Tathandlungen iSd Spruchpunkts I.7. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA haben mit 08.10.2010 geendet, weshalb die Strafbarkeitsverjährung mit Ablauf des 08.10.2013 eingetreten wäre. Die fristgerecht erhobene Bescheidbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegen den Bescheid des UVS Wien langte am 25.04.2013 beim Verwaltungsgerichtshof ein. Das aufgrund dieser Bescheidbeschwerde gefällte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016 langte am 19.04.2016 beim Verwaltungsgericht Wien ein, die Berichtigung dieses Erkenntnisses langte am 07.06.2016 beim zuständigen Bundesverwaltungsgericht ein. Weil der Lauf der Frist der Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs. 2 Z 4 VStG in diesem Zeitraum gehemmt war, ist zum Entscheidungszeitpunkt noch keine Strafbarkeitsverjährung eingetreten. Die in Rede stehenden Tathandlungen iSd Spruchpunkts römisch eins.7. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA haben mit 08.10.2010 geendet, weshalb die Strafbarkeitsverjährung mit Ablauf des 08.10.2013 eingetreten wäre. Die fristgerecht erhobene Bescheidbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof gegen den Bescheid des UVS Wien langte am 25.04.2013 beim Verwaltungsgerichtshof ein. Das aufgrund dieser Bescheidbeschwerde gefällte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016 langte am 19.04.2016 beim Verwaltungsgericht Wien ein, die Berichtigung dieses Erkenntnisses langte am 07.06.2016 beim zuständigen Bundesverwaltungsgericht ein. Weil der Lauf der Frist der Strafbarkeitsverjährung gemäß Paragraph 31, Absatz 2, Ziffer 4, VStG in diesem Zeitraum gehemmt war, ist zum Entscheidungszeitpunkt noch keine Strafbarkeitsverjährung eingetreten.

II.3.2.4. Zur Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers:römisch zwei.3.2.4. Zur Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers:

Verstöße gegen § 95 Abs. 2 Z 1 iVm §§ 38, 44 WAG 2007 werden als Verstöße gegen Verpflichtungen - im vorliegenden Fall die unterlassene Verpflichtung, dass ein Geschäft, das im Rahmen einer Anlageberatung dem Kunden empfohlen

wird, den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen hat - und damit als Unterlassungsdelikte qualifiziert (N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band I, § 95 Rn 8). Fahrlässigkeit genügt (§ 5 Abs. 1 Satz 2 VStG; vgl. ebenso Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [(2013) § 5 Rn 5 und 6). Strafbar ist im gegenständlichen Fall nicht die Schaffung eines Zustandes, sondern die Verletzung der Verpflichtungen nach §§ 38, 44 WAG 2007. Der Lauf der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfrist wird in der Regel durch die Beendigung des strafbaren Verhaltens ausgelöst (N. Raschauer aaO § 96 WAG Rn 2). Verstöße gegen Paragraph 95, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraphen 38, 44, WAG 2007 werden als Verstöße gegen Verpflichtungen - im vorliegenden Fall die unterlassene Verpflichtung, dass ein Geschäft, das im Rahmen einer Anlageberatung dem Kunden empfohlen wird, den Anlagezielen des Kunden zu entsprechen hat - und damit als Unterlassungsdelikte qualifiziert (N. Raschauer in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz, Band römisch eins, Paragraph 95, Rn 8). Fahrlässigkeit genügt (Paragraph 5, Absatz eins, Satz 2 VStG; vergleiche ebenso Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [(2013) Paragraph 5, Rn 5 und 6). Strafbar ist im gegenständlichen Fall nicht die Schaffung eines Zustandes, sondern die Verletzung der Verpflichtungen nach Paragraphen 38, 44, WAG 2007. Der Lauf der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfrist wird in der Regel durch die Beendigung des strafbaren Verhaltens ausgelöst (N. Raschauer aaO Paragraph 96, WAG Rn 2).

Den Materialien zu § 95 WAG 2007 ist zu entnehmen, dass als Strafsubjekt immer eine verantwortliche Person im Sinne des § 9 VStG angesprochen ist (Erl RV 143 BlgNR 23. GP; vgl. auch Sedlak in Brandl/Saria, § 95 Rn 3f). Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass der BF als Geschäftsleiter der haftenden Gesellschaft im angegebenen Tatzeitraum zur Vertretung nach außen befugt gewesen ist. Der BF ist somit für die Verwaltungsübertretungen der haftenden Gesellschaft, des Rechtsträgers zu dessen Vertretung nach außen er im gesamten Tatzeitraum befugt war, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Dies entspricht auch den Vorgaben des § 21 Abs. 1 WAG 2007, wonach für die Erfüllung der in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten die Geschäftsleitung verantwortlich und insbesondere verpflichtet ist, die Wirksamkeit der zur Einhaltung der in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten, vom Rechtsträger festgelegten Leitlinien, Vorkehrungen und Verfahren zu bewerten und regelmäßig zu überprüfen und angemessene Maßnahmen zur Behebung etwaiger Mängel zu ergreifen. Den Materialien zu Paragraph 95, WAG 2007 ist zu entnehmen, dass als Strafsubjekt immer eine verantwortliche Person im Sinne des Paragraph 9, VStG angesprochen ist (Erl Regierungsvorlage 143 BlgNR 23. GP; vergleiche auch Sedlak in Brandl/Saria, Paragraph 95, Rn 3f). Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass der BF als Geschäftsleiter der haftenden Gesellschaft im angegebenen Tatzeitraum zur Vertretung nach außen befugt gewesen ist. Der BF ist somit für die Verwaltungsübertretungen der haftenden Gesellschaft, des Rechtsträgers zu dessen Vertretung nach außen er im gesamten Tatzeitraum befugt war, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Dies entspricht auch den Vorgaben des Paragraph 21, Absatz eins, WAG 2007, wonach für die Erfüllung der in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten die Geschäftsleitung verantwortlich und insbesondere verpflichtet ist, die Wirksamkeit der zur Einhaltung der in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten, vom Rechtsträger festgelegten Leitlinien, Vorkehrungen und Verfahren zu bewerten und regelmäßig zu überprüfen und angemessene Maßnahmen zur Behebung etwaiger Mängel zu ergreifen.

§ 9 Abs. 1 VStG ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend einzuschränken, dass die Strafbarkeit nur im Rahmen des eigenen Verschuldens des Beschuldigten, nunmehr des BF, liegt und dieser darzulegen hat, dass die Einhaltung der Norm ohne sein Verschulden nicht möglich war (vgl. Erkenntnisse des VwGH 19.09.1990, 90/03/0148, vom 19.09.1989, 89/08/0221). Das Vertretungsorgan hat initiativ alles darzutun, das es entlastet (vgl. ständige Rspr des VwGH, ua Erkenntnisse vom 14.10.1976, 1497/75, und vom 19.01.1994, 93/03/0220; N. Raschauer aaO § 95 Rn 4; Lewisch aaO § 5 Rn 9ff). Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1 VStG ist zu entnehmen, dass es sich dabei um eine Glaubhaftmachung und nicht um einen Vollbeweis handelt (grundsätzlich dazu VwGH 30.10.1991, 91/09/0060). Die vom BF gesetzten Maßnahmen müssen dazu begründet die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen. Sobald ein Vertretungsorgan die "vernünftigerweise geschuldeten Vorkehrungen trifft, hat es für die [...] eintretende Tatbestandsverwirklichung nicht einzustehen" (Lewisch aaO § 9 Rn 6). Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend einzuschränken, dass die Strafbarkeit nur im Rahmen des eigenen Verschuldens des Beschuldigten, nunmehr des BF, liegt und dieser darzulegen hat, dass die Einhaltung der Norm ohne sein Verschulden nicht möglich war (vergleiche Erkenntnisse des VwGH 19.09.1990, 90/03/0148, vom 19.09.1989, 89/08/0221). Das Vertretungsorgan hat initiativ alles darzutun, das es entlastet (vergleiche ständige Rspr des VwGH, ua Erkenntnisse vom 14.10.1976, 1497/75, und vom 19.01.1994, 93/03/0220; N. Raschauer aaO Paragraph 95, Rn 4; Lewisch aaO Paragraph 5, Rn 9ff). Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 5, Absatz eins, VStG ist zu entnehmen, dass es sich dabei um eine

Glaubhaftmachung und nicht um einen Vollbeweis handelt (grundsätzlich dazu VwGH 30.10.1991, 91/09/0060). Die vom BF gesetzten Maßnahmen müssen dazu begründet die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen. Sobald ein Vertretungsorgan die "vernünftigerweise geschuldeten Vorkehrungen trifft, hat es für die [...] eintretende Tatbestandsverwirklichung nicht einzustehen" (Lewisch aaO Paragraph 9, Rn 6).

Der BF hätte somit zu seiner verwaltungsstrafrechtlichen Entlastung darzutun und nachzuweisen gehabt, warum es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei, die Normen des WAG 2007 und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Hierzu hat er im Laufe des Ermittlungsverfahrens keine Ausführungen getätigt. Dieser gibt nicht an, dass und wie er tätig geworden wäre, obwohl aus den Akten hervorgeht, dass die wiederholten Grenzüberschreitungen durch zwei Revisionsberichte der Geschäftsleitung bereits bekannt waren.

Somit ist der BF der von der Rechtsprechung geforderten Obliegenheit der Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens (Lewisch aaO § 5 Rn 9 und 10) nicht nachgekommen und er konnte den Nachweis nicht erbringen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft (zB. Erkenntnis des VwGH 30.10.1991, 91/09/0132). Somit ist der BF der von der Rechtsprechung geforderten Obliegenheit der Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens (Lewisch aaO Paragraph 5, Rn 9 und 10) nicht nachgekommen und er konnte den Nachweis nicht erbringen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft (zB. Erkenntnis des VwGH 30.10.1991, 91/09/0132).

Da Gründe für ein mangelndes Verschulden nicht vorliegen, ist dem BF die Tathandlung auch subjektiv vorwerfbar.

II.3.2.5. Zur Strafbemessung römisch zwei.3.2.5. Zur Strafbemessung:

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat (§ 19 Abs. 1 VStG). Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der durch die Tat verwirklichte, aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert. Hervorzuheben ist, dass im Verwaltungsstrafrecht, anders als im gerichtlichen Strafrecht, Grundlage für die Strafbemessung nicht primär das Verschulden ist, sondern der objektive Unrechtsgehalt der Tat (vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 19 Rn 7). Grundlage für die Bemessung der Strafe ist jeweils das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung (Gefährdung) derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafnorm dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat (Paragraph 19, Absatz eins, VStG). Ausgangspunkt der Strafzumessung ist daher der durch die Tat verwirklichte, aus Handlungs- und Erfolgsunwert bestehende Tatumwert. Hervorzuheben ist, dass im Verwaltungsstrafrecht, anders als im gerichtlichen Strafrecht, Grundlage für die Strafbemessung nicht primär das Verschulden ist, sondern der objektive Unrechtsgehalt der Tat vergleiche Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] Paragraph 19, Rn 7).

Das Verschulden des BF konnte im gegenständlichen Fall nicht als geringfügig angesehen werden, weil weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der übertretenen Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Durch die vorliegende Verwaltungsübertretung wurde das öffentliche Interesse am Schutz der Anleger (vgl. § 91 WAG 2007) nicht unerheblich beeinträchtigt. Die Bestimmungen des WAG 2007 und dessen organisatorische Anforderungen zielen darauf ab, das Vertrauen der Anleger sowohl in die angebotenen Dienstleistungen als auch die Finanzinstrumente zu stärken und den Anlegern ein höheres Schutzniveau zu gewähren. Durch die Reduktion der betroffenen Kaufaufträge von 186 auf 156 wurde dieses öffentliche Interesse nicht maßgeblich weniger beeinträchtigt und hat sich dadurch der Tatumwert nicht wesentlich verringert. Das Verschulden des BF konnte im gegenständlichen Fall nicht als geringfügig angesehen werden, weil weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der übertretenen Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Durch die vorliegende Verwaltungsübertretung wurde das öffentliche Interesse am Schutz der Anleger (vgl. Paragraph 91, WAG 2007) nicht unerheblich beeinträchtigt. Die Bestimmungen des WAG 2007 und dessen organisatorische Anforderungen zielen darauf ab, das Vertrauen der Anleger sowohl in die angebotenen Dienstleistungen als auch die Finanzinstrumente zu stärken und den Anlegern ein

höheres Schutzniveau zu gewähren. Durch die Reduktion der betroffenen Kaufaufträge von 186 auf 156 wurde dieses öffentliche Interesse nicht maßgeblich weniger beeinträchtigt und hat sich dadurch der Tatunwert nicht wesentlich verringert.

Die FMA hielt fest, dass die verhängte Strafe beim vorgegebenen Strafraum tat- und schuldangemessen und die Verhängung aus spezialpräventiven - der BF sei nach wie vor Geschäftsleiter der haftenden Gesellschaft - und generalpräventiven Gründen notwendig sei.

Im angefochtenen Bescheid wurden im Rahmen der Strafbemessung keine Gründe als erschwerend gewertet.

Im vorliegenden Fall ist darüber hinaus zu überprüfen, ob die Verfahrensdauer derart lange war, dass dieser im Sinne des Art. 6 EMRK Rechnung zu tragen (vgl. dazu ua die Urteile des EGMR vom 27.07.2007, Vitzthum gg. Österreich, vom 06.05.2008, Karg gg. Österreich), und sie strafmildernd zu berücksichtigen wäre (vgl. VfSlg. 16.385/2001, 17.854/2007 und dem folgend VwSlg. 17.565 A/2008, 17.713 A/2009 sowie VwGH 14.12.2009, 2006/10/0250; vgl. auch Erkenntnis des BVwG vom 20.10.2014, W204 2003883-1/14E). Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist dabei an Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Schwierigkeit des Falles, des Verhaltens der Partei und der staatlichen Behörden im betreffenden Verfahren und der Bedeutung der Sache für die Partei zu beurteilen. Die maßgebliche Frist beginnt, sobald die Partei durch offizielle Mitteilung oder auch in sonstiger Weise in Kenntnis gesetzt wurde, dass gegen sie wegen des Verdachts, eine strafbare Handlung begangen zu haben, Ermittlungen mit dem Ziel strafrechtlicher Verfolgung durchgeführt werden. Der Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass die Verjährungsfrist nach § 31 Abs. 3 VStG nicht zu verhindern vermag, dass das Verwaltungsstrafverfahren insbesondere durch eine längere Phase der Untätigkeit eine Dauer erreicht, die mit Art. 6 EMRK nicht im Einklang steht, ohne dass der Beschuldigte über ein effektives Rechtsmittel zur Beschleunigung des Verfahrens im Sinne des Art. 13 EMRK verfügt (vgl. VfGH 06.06.2006, B3593/05, 06.11.2008, Zl. G86/08 ua., und 02.03.2010, B991/09). Im vorliegenden Fall ist darüber hinaus zu überprüfen, ob die Verfahrensdauer derart lange war, dass dieser im Sinne des Artikel 6, EMRK Rechnung zu tragen vergleiche dazu ua die Urteile des EGMR vom 27.07.2007, Vitzthum gg. Österreich, vom 06.05.2008, Karg gg. Österreich), und sie strafmildernd zu berücksichtigen wäre vergleiche VfSlg. 16.385 aus 2001,, 17.854 aus 2007, und dem folgend VwSlg. 17.565 A/2008, 17.713 A/2009 sowie VwGH 14.12.2009, 2006/10/0250; vergleiche auch Erkenntnis des BVwG vom 20.10.2014, W204 2003883-1/14E). Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist dabei an Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Schwierigkeit des Falles, des Verhaltens der Partei und der staatlichen Behörden im betreffenden Verfahren und der Bedeutung der Sache für die Partei zu beurteilen. Die maßgebliche Frist beginnt, sobald die Partei durch offizielle Mitteilung oder auch in sonstiger Weise in Kenntnis gesetzt wurde, dass gegen sie wegen des Verdachts, eine strafbare Handlung begangen zu haben, Ermittlungen mit dem Ziel strafrechtlicher Verfolgung durchgeführt werden. Der Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass die Verjährungsfrist nach Paragraph 31, Absatz 3, VStG nicht zu verhindern vermag, dass das Verwaltungsstrafverfahren insbesondere durch eine längere Phase der Untätigkeit eine Dauer erreicht, die mit Artikel 6, EMRK nicht im Einklang steht, ohne dass der Beschuldigte über ein effektives Rechtsmittel zur Beschleunigung des Verfahrens im Sinne des Artikel 13, EMRK verfügt vergleiche VfGH 06.06.2006, B3593/05, 06.11.2008, Zl. G86/08 ua., und 02.03.2010, B991/09).

Nach der Aktenlage lassen weder Art und Umfang des Sachverhalts noch die zu beurteilenden Rechtsfragen die Behandlung dieser Rechtssache als für den gegenständlichen Rechtsbereich ungewöhnlich komplex oder schwierig erscheinen. Dennoch ist zu vermerken, dass es mehrere Beschuldigte gab und die Prüfung - unter Berücksichtigung des ursprünglichen umfangreichen Straferkenntnisses (neun Spruchpunkte) - teils umfangreicher Beweismittel erforderlich war. Unter Berücksichtigung dieser im Einzelfall zu beurteilenden Parameter ist festzuhalten, dass das Verfahren sich jedenfalls als komplex im Vergleich zur oben zitierten Judikatur erwies - wenn auch nicht als ungewöhnlich komplex oder schwierig für den gegenständlichen Rechtsbereich. Das Verfahren weist dennoch eine längere Zeit der Untätigkeit der Behörden / Gerichte auf und die Gesamtverfahrensdauer ist nicht auf das Verhalten des BF zurückzuführen. Die unangemessene Gesamtverfahrensdauer ist somit den staatlichen Organen zuzuschreiben und bei der Strafbemessung mildernd zu berücksichtigen.

Erschwerungsgründe sind im Verfahren keine zutage gekommen. Zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen hat der BF keine Angaben gemacht, weshalb aufgrund seiner Funktion von einem überdurchschnittlichen Einkommen auszugehen ist. Sorgepflichten wurden keine geltend gemacht. Es sind weiters sowohl general- wie auch spezialpräventive - der BF ist nach wie vor Geschäftsleiter der haftenden Gesellschaft - Argumente festzuhalten.

Unter Berücksichtigung, dass das vorgeworfene Verhalten für eine geringere Anzahl an Kaufaufträgen festzustellen war und in Abwägung der Milderungsgründe - wie der unangemessenen Verfahrensdauer und der Unbescholtenheit des BF - gegen das nicht geringe Verschulden und die Verletzung des öffentlichen Interesses, die Gründe der Spezial- und Generalprävention und das überdurchschnittliche Einkommen hat das Bundesverwaltungsgericht die von der FMA verhängte Strafe reduziert.

Die verhängte Strafe erscheint im Hinblick auf den verwirklichten Tatumwert gemessen am zur Verfügung stehenden Strafraum von EUR 50.000,- auch tat- und schuldangemessen.

II.3.2.6. Zum Kostenausspruch:römisch zwei.3.2.6. Zum Kostenausspruch:

Aufgrund der Reduktion der Strafe war gemäß § 64 Abs. 2 VStG der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde (hinsichtlich Spruchpunkt I.7. des angefochtenen Straferkenntnisses) neu mit 10 % der nunmehr verhängten Strafe zu bemessen. Aufgrund der Reduktion der Strafe war gemäß Paragraph 64, Absatz 2, VStG der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde (hinsichtlich Spruchpunkt römisch eins.7. des angefochtenen Straferkenntnisses) neu mit 10 % der nunmehr verhängten Strafe zu bemessen.

Da der Beschwerde teilweise Folge gegeben wurde, waren dem BF gemäß § 58 Abs. 8 VwGVG die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen. Da der Beschwerde teilweise Folge gegeben wurde, waren dem BF gemäß Paragraph 58, Absatz 8, VwGVG die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht aufzuerlegen.

II.3.3. Zu Spruchpunkt A) II. römisch zwei.3.3. Zu Spruchpunkt A) römisch zwei.:

In Zusammenhang mit der festgestellten Rechtswidrigkeit und Behebung des Berufungsbescheides des UVS Wien, 06/FM/40/5477/2012, in Hinblick auf Spruchpunkt I.7. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, festgehalten: In Zusammenhang mit der festgestellten Rechtswidrigkeit und Behebung des Berufungsbescheides des UVS Wien, 06/FM/40/5477/2012, in Hinblick auf Spruchpunkt römisch eins.7. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 16.03.2016, 2013/17/0296 bis 0299, festgehalten:

"Da der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in einem Gesamtbetrag für die in Spruchpunkt III. genannten erstinstanzlichen Spruchpunkte festgesetzt wurde, war dieser Spruchteil (Spruchpunkt III. zweiter Satz) zur Gänze aufzuheben. Das nunmehr zuständige Verwaltungsgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren auch den Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen Spruchpunkte der erstinstanzlichen Bescheide neu festzusetzen haben." "Da der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens in einem Gesamtbetrag für die in Spruchpunkt römisch drei. genannten erstinstanzlichen Spruchpunkte festgesetzt wurde, war dieser Spruchteil (Spruchpunkt römisch drei. zweiter Satz) zur Gänze aufzuheben. Das nunmehr zuständige Verwaltungsgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren auch den Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen Spruchpunkte der erstinstanzlichen Bescheide neu festzusetzen haben."

In Spruchpunkt III. zweiter Satz des Berufungsbescheides vom 06.03.2013 hatte der UVS Wien die Verfahrenskosten betreffend das erstinstanzliche Verfahren zu den Spruchpunkten I.3., I.5., I.6., I.7. und I.8. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA als Gesamtsumme vorgeschrieben. In Spruchpunkt römisch drei. zweiter Satz des Berufungsbescheides vom 06.03.2013 hatte der UVS Wien die Verfahrenskosten betreffend das erstinstanzliche Verfahren zu den Spruchpunkten römisch eins.3., römisch eins.5., römisch eins.6., römisch eins.7. und römisch eins.8. des bekämpften Straferkenntnisses der FMA als Gesamtsumme vorgeschrieben.

In Entsprechung des Auftrags des Verwaltungsgerichtshofs an das zuständige Bundesverwaltungsgericht war der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen und rechtskräftig gewordenen Spruchpunkte I.3, I.5., I.6. und I.8. rechnerisch neu festzusetzen. In Entsprechung des Auftrags des Verwaltungsgerichtshofs an das zuständige Bundesverwaltungsgericht war der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens für die von der Aufhebung nicht betroffenen und rechtskräftig gewordenen Spruchpunkte römisch eins.3, römisch eins.5., römisch eins.6. und römisch eins.8. rechnerisch neu festzusetzen.

Gemäß § 64 Abs. 1 VStG ist in jedem Straferkenntnis auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz gemäß Abs. 2 mit 10 % der verhängten Strafe zu bemessen. Da die Kostenentscheidung vom Schuld- und Strafausspruch trennbar ist und daher

auch gesondert bekämpft werden kann (Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II², 1176), stehen bereits rechtskräftige Schuld- und Strafaussprüche zu den angeführten Spruchpunkten dieser aufgetragenen Neuberechnung der Kosten nicht entgegen. Gemäß Paragraph 64, Absatz eins, VStG ist in jedem Straferkenntnis auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz gemäß Absatz 2, mit 10 % der verhängten Strafe zu bemessen. Da die Kostenentscheidung vom Schuld- und Strafausspruch trennbar ist und daher auch gesondert bekämpft werden kann (Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II², 1176), stehen bereits rechtskräftige Schuld- und Strafaussprüche zu den angeführten Spruchpunkten dieser aufgetragenen Neuberechnung der Kosten nicht entgegen.

Mit Berufungsbescheid des UVS Wien vom 06.03.2013 wurden für die angeführten Spruchpunkte Strafen in Höhe von EUR 2.500,-- (jeweils für die Spruchpunkte I.3. und I.5.), EUR 3.000,-- (Spruchpunkt I.6.) und EUR 1.600,-- (Spruchpunkt I.8.) verhängt (durch Reduktion der von der FMA verhängten Strafe um jeweils EUR 500,00). Daraus ergibt sich eine Gesamtsumme von EUR 9.600,--, weshalb der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit EUR 960,00, das sind 10 % dieser verhängten Geldstrafen, neu zu berechnen und mit Spruch vorzuschreiben war. Mit Berufungsbescheid des UVS Wien vom 06.03.2013 wurden für die angeführten Spruchpunkte Strafen in Höhe von EUR 2.500,-- (jeweils für die Spruchpunkte römisch eins.3. und römisch eins.5.), EUR 3.000,-- (Spruchpunkt römisch eins.6.) und EUR 1.600,-- (Spruchpunkt römisch eins.8.) verhängt (durch Reduktion der von der FMA verhängten Strafe um jeweils EUR 500,00). Daraus ergibt sich eine Gesamtsumme von EUR 9.600,--, weshalb der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens mit EUR 960,00, das sind 10 % dieser verhängten Geldstrafen, neu zu berechnen und mit Spruch vorzuschreiben war.

II.3.4. Zur Haftung der beschwerdeführenden Gesellschaft römisch zwei.3.4. Zur Haftung der beschwerdeführenden Gesellschaft

Die Haftung der beschwerdeführenden Gesellschaft zur ungeteilten Hand für die über ihren zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten stützt sich auf § 9 Abs. 7 VStG und wurde bereits im dem Grunde nach bestätigten Straferkenntnis spruchmäßig der FMA vorgeschrieben. Die Haftung der beschwerdeführenden Gesellschaft zur ungeteilten Hand für die über ihren zur Vertretung nach außen Berufenen verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten stützt sich auf Paragraph 9, Absatz 7, VStG und wurde bereits im dem Grunde nach bestätigten Straferkenntnis spruchmäßig der FMA vorgeschrieben.

II.3.5. Zu Spruchpunkt B) Unzulässigkeit der Revision römisch zwei.3.5. Zu Spruchpunkt B) 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung (vgl. die obigen Zitate); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Vielmehr dient die gegenständliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes der Herstellung des im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016 zu 2013/17/0296 bis 0299-5 dargestellten Rechtszustandes. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung (vergleiche die obigen Zitate); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Vielmehr dient die gegenständliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes der Herstellung des im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.03.2016 zu 2013/17/0296 bis 0299-5 dargestellten Rechtszustandes.

Zahlungsinformation:

Sie haben den Gesamtbetrag von EUR 3.710,-- (Strafe und Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens) binnen 2 Wochen auf das Konto des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) mit dem IBAN AT840100000005010167 (BIC BUNDATWW) unter Angabe der Verfahrenszahl spesenfrei für den Empfänger einzuzahlen oder unter Mitnahme dieses

Erkenntnisses beim Bundesverwaltungsgericht einzuzahlen. Bei Verzug muss damit gerechnet werden, dass der Betrag nach erfolgter Mahnung zwangsweise eingetrieben und im Fall seiner Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wird.

Schlagworte

Anlageberatung, Anlegerschutz, Dienstleistungen, Eignung,
Fahrlässigkeit, Finanzmarktaufsicht, Fristenlauf, Geldstrafe,
Glaubhaftmachung, Grenzwert, Hemmungszeitraum, Informationspflicht,
Interessengefährdung, Kundenschutz, öffentliches Interesse,
Risikobeschränkung, Risikotragung, Risikovermeidung, Solidarhaftung,
Strafbarkeitsverjährung, Strafbemessung, Unterlassungsdelikt,
Verfahrenskosten, Verschulden, Warnmeldung, Wertpapierfirma

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W204.2004985.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.10.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at