

# TE UVS Wien 2013/02/13 06/FM/46/2093/2012

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.02.2013

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch seine Mitglieder Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichtser und Dr. Wartecker als Beisitzer über die Berufung des Herrn Roland G., vertreten durch Rechtsanwälte-GesmbH, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 11.01.2012, Zl.: FMA-WL00186.100/0004- LAW/2011, betreffend eine Übertretung des § 39 Abs. 3 Z 2 und 3 iVm § 41 Abs. 1 und § 95 Abs. 2 Z 1 WAG 2007, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass

1.

in Spruchpunkt I der letzte Satz (?Darüber hinaus ??) entfällt;

2.

die Übertretungsnorm lautet: ?§ 39 Abs. 1 iVm § 39 Abs. 3 und § 95 Abs. 2 Z 1 WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010?;

3. die Strafsanktionsnorm lautet: ?§ 95 Abs. 2 erster Strafsatz WAG 2007, BGBl I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010?

Gemäß § 64 Abs. 1 Und 2 VStG wird dem Berufungswerber ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 600,- Euro, das sind 20% der verhängten Geldstrafe, auferlegt.

## Text

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet:

?Sie sind seit 24.04.2008 verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs.2 VStG der S. Investment Services GmbH (in der Folge S.), einer konzessionierten Wertpapierfirma mit Sitz in Wien, R.-strasse.

Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz (VstG), BGBl. 1991/52 idgF, folgendes zu verantworten:

I. Die S. Investment Services GmbH hat es jedenfalls seit 01.09.2009 bis 02.02.2011 unterlassen, bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen, gemäß § 38 WAG 2007 (in der Folge: WAG) ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den §§ 36 bis 51 WAG zu entsprechen. Gemäß § 39 WAG handelt ein Rechtsträger unter anderem nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner

Kunden, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen einen Vorteil annimmt (Abs. 1). Vorteile sind insbesondere Gebühren, Provisionen und sonstige Geldleistungen (Abs. 2).

Gemäß Abs. 3 ist die Annahme von Vorteilen jedoch zulässig, wenn diese von einem Kunden (Z 1) oder von einem Dritten (Z 2) gewährt wird und

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

b) der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln. Die S. Investment Services GmbH (in der Folge: S.) erhält von der S. Investment Services Ltd. (in der Folge: S. Ltd.) eine monatliche fixe Provision (client maintenance and service fee) in Höhe von ? 140.000,-, ohne den Kunden der S. die Existenz, die Art und den Betrag der monatlich über S. Ltd. generierten Vorteile offen zu legen (§ 39 Abs.3 Z 2 lit.a WAG). Darüber hinaus ist auch nicht offenkundig, inwiefern dieser Vorteil darauf ausgerichtet ist, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern (§ 39 Abs. 3 Z 2 lit. b WAG).

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

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad. I: § 39 Abs. 3 Z 2 und Z 3 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007 iVm§ 41 Abs.1 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009 iVm § 95 Abs.2 Z 1 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2010;

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Ad. I 3.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag Freiheitsstrafe von --

Gemäß § 95 Abs.2 Z 1 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2010;

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

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

\* 300 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 3300 Euro.?

Aufgrund der dagegen form- und fristgerecht erhobenen Berufung wurde am 25.4.2012 eine öffentliche, mündliche Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien durchgeführt. In der Verhandlung ließ sich der Berufungswerber anwaltlich vertreten.

Sein Vertreter gab folgende Äußerung Protokoll:

?Ich vertrete sowohl den Beschuldigten G. als auch die haftungspflichtige Gesellschaft.

Die S. Investment Services GmbH erhält von der Fondsgesellschaft, der S. Ltd., die gegenständliche fixe monatliche Überweisung von 140.000,-- Euro sowie je nach vermitteltem Geschäft einen anteiligen Ausgabeaufschlag von 0,1 bis 1%. Dieser ist im Kundenprospekt entsprechend angeführt. Im Kundenprospekt ist aber zudem angeführt, dass die S. Investment Services GmbH von der S. Ltd. eine Verkaufsprovision in Höhe von bis zu 5% erhält. In dieser Provisionsangabe ist der monatliche überwiesene Betrag von 140.000,-- Euro inkludiert. Von der S. werden nicht nur Fonds der S. Ltd., sondern auch solche der U. vermittelt. Dies allerdings in verschwindend geringem Ausmaß. Die Fonds der genannten Fondsgesellschaften stehen im Übrigen nicht zueinander in Konkurrenz, sondern zielen auf ein verschiedenes Publikum. Die S. Fonds sind Hedgefondskonstruktionen, bei U. handelt es sich um herkömmliche Aktienfonds. Im Vertrieb fallen die S. Fonds mit ca. 90% ins Gewicht. Ebenfalls ist festzuhalten, dass über 90% des

Geschäfts mit institutionellen Anlegern abgewickelt wird, die in den in Österreich derzeit einzigen zugelassenen S. Fonds in der Regel gleich zwischen 3 und 10 Millionen Euro investieren. Die S. ist also nicht im Kleinanlegergeschäft präsent.

Wenn jetzt in der Information über das Unternehmen S. und die von diesem erbrachten Wertpapierdienstleistungen (Bl. 24 des Aktes) davon die Rede ist, dass die S. ?darüber hinaus? eine Servicefee von 140.000,-- Euro erhält, so geschah dies in Erfüllung eines Auftrages durch die FMA, die S. ist aber überzeugt davon, dass diese 140.000,-- Euro keine darüberhinausgehende Verkaufsprovision darstellen, sondern Teil der in den Sätzen davor genannten Gesamtbelastung ist. Hinsichtlich der Strafhöhe bzw. des Strafausspruchs überhaupt wird noch darauf hingewiesen, dass die Kritik der FMA sofort aufgenommen und ein entsprechender Passus in die Kundeninformation aufgenommen wurde. Dies noch bevor das Strafverfahren eingeleitet wurde, allein aufgrund des Managementgesprächs mit Mitarbeitern der FMA.?

Den Angaben des Berufungswerbers in dem von seinem anwaltlichen Vertreter in der Verhandlung vorgelegten Formblatt zufolge bezieht er 14 mal jährlich ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 5.500,-- Euro, verfügt über ein mit Krediten belastetes Vermögen von 231.000,-- Euro und ist frei von gesetzlichen Sorgepflichten.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Sachverhaltsfeststellungen:

Aufgrund der unbestritten gebliebenen Aktenlage wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die S. Investment Services GmbH (in der Folge: S.) ist eine konzessionierte Wertpapierfirma mit Sitz in Wien, R.-strasse, und verfügt seit 30.04.1999 über die Konzession zur Anlageberatung und Annahme sowie Übermittlung von Aufträgen. Hauptaufgabe der in Österreich ansässigen S. ist es, Serviceleistungen für bestehende Kunden der von S. Ltd. verwalteten Fonds zu erbringen. Des Weiteren beschäftigt sich die S. auch mit der Vermittlung von Investmentfonds, und zwar Hedgefonds der SMS Ltd. sowie Aktienfonds der U.. Dies ergibt sich aus der insoweit unbestrittenen Aktenlage und den Angaben des Berufungswerbers im Berufungsschriftsatz und in der mündlichen Verhandlung. Die Geschäftsleitung der S. besteht gegenwärtig aus Herrn Christian M., Herrn Mag. Michael N. sowie Herrn Mag. Gernot H.. Mit Wirkung vom 24.4.2008 wurde der Berufungswerber Roland G. im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften des BWG und des WAG zum verwaltungsstrafrechtlich Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellt. Dies ergibt sich aus dem Firmenbuchauszug (siehe ON 5 des erstinstanzlichen Aktes) sowie der aktenkundigen Bestellsurkunde (siehe ON 11 des erstinstanzlichen Aktes).

Die S. Ltd. ist eine Wertpapierfirma mit Sitz auf Bermuda, die vorwiegend Verwaltungstätigkeiten für Hedgefonds und Beratungstätigkeiten für Fondsmanager erbringt. Dies ergibt sich aus den Angaben im Berufungsschriftsatz. Mit Schreiben der FMA vom 04.02.2010 (ON 02 des erstinstanzlichen Aktes) wurde die S. dazu aufgefordert, u.a. ein aktuell im Geschäftsbetrieb verwendetes Exemplar der Vertragseröffnungsunterlagen inklusive sämtlicher Beilagen sowie sämtliche Verträge zwischen der S. und all jenen juristischen und natürlichen Personen, die in den Kundenberatungsprozess bzw. in den Veranlagungsprozess der Kundengelder involviert sind, bis spätestens 19.02.2010 bei der FMA einzubringen. Die übermittelten Unterlagen wurden am 18.2.2010 fristgerecht elektronisch bei der FMA eingebracht. Dies ergibt sich aus dem insoweit unbestritten gebliebenen Akteninhalt. Aus der solcherart der FMA übermittelten Honorarvereinbarung (Fee-Arrangement) zwischen der S. und der S. Investment Services Ltd. (in der Folge: S. Ltd.) geht hervor, dass die S. neben einer monatlichen fixen Zahlung (client maintenance and service fee) in Höhe von EUR 140.000,-- zusätzlich eine produktabhängige Provision (maintenance fee und/oder eine incentive fee) von der S. Ltd. erhält (siehe ON 2 des erstinstanzlichen Aktes). Die Höhe der Provisionen (maintenance fee = Bestandsprovision und incentive fee = Verkaufsprovision) ist vom vertriebenen Produkt abhängig und bewegt sich bei den Bestandsprovisionen zwischen 0,10% und 0,40%, bei den Verkaufsprovisionen zwischen 0,50% und 2,5 %. Dies ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Fee-Arrangement.

Die fixen monatlichen Zahlungen der S. Ltd. an die S. in der Höhe von 140.000,-- Euro dienen dazu, durch die Tätigkeit der S. eine möglichst gute Betreuung jener europäischen Kunden zu ermöglichen, die Produkte der S. Ltd. erworben haben. Die S. und die S. Ltd. sind Schwestergesellschaften, deren Anteile von denselben Gesellschaftern gehalten werden. Bei den Kunden der S. handelt es sich durchwegs um institutionelle Anleger, die in der Regel Geldbeträge von

mehreren Millionen Euro in die von S. Ltd. betriebenen Fonds investieren. Neben den Fonds der S. Ltd. werden von der S. noch U. Aktienfonds angeboten, die aber nur ca. 10% des Geschäftsvolumens ausmachen. Ca. 90% der Umsätze der S. fallen mit den Hedgefondskonstruktionen der S. Ltd. an. Diese Feststellungen gründen sich auf das Berufungsvorbringen sowie auf die Angaben des anwaltlichen Vertreters des Berufungswerbers in der mündlichen Verhandlung.

Die Kunden wurden im Tatzeitraum über die Vorteile, die der S. gewährt werden, unter Punkt 5 ?Vermittlungs- und Bestandsprovisionen? auf Seite 2 des Dokuments ?Informationen über unser Unternehmen und unsere Wertpapierdienstleistungen? (siehe ON 3 des erstinstanzlichen Aktes), wie folgt informiert:

?Wir weisen darauf hin, dass S. Investment Services GmbH im Rahmen bestehender Vereinbarungen mit Dritten (z.B. Investment Manager) Vorteile von diesen entgegen nimmt. Diese Vorteile werden verwendet, um die Qualität der für [?] Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern bzw. langfristig eine qualitativ hochwertige Kundenbetreuung gewährleisten zu können. Für die [?] angebotenen Produkte werden gemäß international üblicher Praxis geldwerte Vorteile in Form von Verkaufsprovisionen in Höhe von bis zu 5% des Anlagebetrages (einmalige Vergütung für die Vermittlung von Produkten) bzw. Bestandsprovisionen in Höhe von 0,1% bis 1% p. a. der im Kundendepot verwahrten Finanzinstrumente von Dritten an S. geleistet.?

Im Zuge eines am 1.12.2010 geführten Managementgesprächs zwischen Mitarbeitern der FMA und Vertretern der S. wurde die S. von den Vertretern der FMA darauf hingewiesen, dass die Kunden über die monatliche fixe Zahlung von 140.000,-- Euro durch die S. Ltd. an die S. gemäß § 39 WAG 2007 unterrichtet werden müssen. In der Folge wurde der FMA von der S. am 2.2.2011 ein Änderungsvorschlag bezüglich der Kundeninformation übermittelt, in welchem die monatlich Zahlung von 140.000,-- Euro durch die S. Ltd. an die S. offengelegt wird. Diese Änderung wurde von der FMA als hinreichend im Hinblick auf § 39 WAG 2007 gewertet und dies der S. kommuniziert. Die Einleitung des gegenständlichen Strafverfahrens erfolgte mit der an den Berufungswerber als Beschuldigten gerichteten Aufforderung zur Rechtfertigung vom 14.7.2011. Dies ergibt sich aus dem insoweit unbestritten gebliebenen Akteninhalt.

Rechtliche Beurteilung:

Ein Rechtsträger hat gemäß § 38 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007, bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden zu handeln und den §§ 36 bis 51 zu entsprechen; beim Handel sowie der Annahme und Übermittlung von Aufträgen im Zusammenhang mit Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 Kapitalmarktgesetz ? KMG, BGBl. Nr. 625/1991, ist insbesondere den §§ 39, 40, 41, 42, 47 und 48 zu entsprechen. Gemäß § 39 Abs. 1 WAG, BGBl. I Nr. 60/2007, handelt ein Rechtsträger nicht ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse seiner Kunden gemäß § 38, wenn er im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil gewährt oder annimmt. Gemäß § 39 Abs. 2 leg. cit. sind als Vorteile im Sinne des Abs. 1 Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen zu verstehen.

Gemäß § 39 Abs. 3 leg. cit. ist die Gewährung oder Annahme von Vorteilen jedoch zulässig, wenn diese

1. dem Kunden oder einer in seinem Auftrag handelnden Person oder von einer dieser Personen gewährt werden oder
2. einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person oder von einer dieser Personen gewährt werden und
  - a) die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteiles dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden; ist die Höhe des Betrages nicht feststellbar, so ist die Art und Weise der Berechnung dem Kunden offen zu legen; und
  - b) der Vorteil darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln, oder
3. die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen ermöglichen oder dafür erforderlich sind, wie Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzliche Gebühren und die ihrer Natur nach keine Konflikte mit der Verpflichtung des Rechtsträgers hervorrufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln.

Gemäß § 41 Abs. 1 WAG 2007 müssen alle Informationen, einschließlich Marketingmitteilungen, die ein Rechtsträger

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

Gemäß § 95 Abs. 2 Z 1 WAG BGBl. I Nr. 60/2007 idF BGBl. I Nr. 37/2010 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 50.000,-- Euro zu bestrafen, wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers gegen eine Verpflichtung gemäß §§ 14, 28 bis 59, 61 bis 63, 73 oder 74 oder gegen eine Verpflichtung gemäß einer auf Grund von §§ 29 Abs. 4, 35 Abs. 4, 41 Abs. 3 oder 55 Abs. 2 erlassenen Verordnung der FMA verstößt.

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

Die im Fee-Arrangement zwischen der S. und der S. Investment Services Ltd. (in der Folge: S. Ltd.) vertraglich vereinbarte, monatliche fixe Zahlung (client maintenance and service fee) in Höhe von EUR 140.000,-- durch die S. Ltd. an die S. ist als Annahme eines Vorteils durch die S. im Sinne des § 39 Abs. 1 WAG 2007 zu qualifizieren. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass diese Zahlung keine vom Verkaufserfolg der S. abhängige Provision darstellt und dem Zweck dienen soll, eine bestmögliche Betreuung der europäischen Kunden der S. Ltd. zu gewährleisten. Als Vorteile im Sinne des § 39 Abs. 2 WAG 2007 gelten nämlich entsprechend der Legaldefinition des § 39 Abs. 2 WAG 2007 nicht nur erfolgsabhängige Provisionszahlungen, sondern gerade auch sonstige Geldleistungen. Dazu kommt, dass die in Rede stehenden fixen Zahlungen der S. Ltd., deren Fonds von der S. im Vertrieb den Kunden angeboten werden, durchaus geeignet sind, Interessenkonflikte auszulösen, könnte sich die S. doch vor dem Hintergrund dieser Zahlungen dazu veranlasst sehen, die Produkte der S. Ltd. bevorzugt ihren Kunden anzubieten. Dies fällt umso mehr ins Gewicht als die von der S. Ltd. verwalteten Fonds nicht die einzigen Finanzprodukte sind, die von der S. vertrieben werden, sondern diese auch U.-Aktienfonds im Angebot hat. Wie bereits oben dargelegt wurde, vermag auch der Umstand, dass es sich bei der S. Ltd. und der S. um Schwestergesellschaften handelt, an denen dieselben Personen als Gesellschafter beteiligt sind, nichts an der Qualifikation der in Rede stehenden Zahlungen als Vorteil im Sinne des § 39 Abs. 1 WAG 2007 zu ändern, sieht doch diese Bestimmung kein ?Konzernprivileg? vor. Die solcherart als erwiesen festgestellte Vorteilsannahme durch die S. könnte sich in Ansehung des Regelungssystems des § 39 WAG, der in seinem Abs. 1 die Vorteilsannahme grundsätzlich verbietet und in Abs. 3 Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot vorsieht, somit nur bei Vorliegen einer der in § 39 Abs. 3 Z 1 bis 3 angeführten Ausnahmetatbestände als rechtlich zulässig erweisen. Da der Ausnahmetatbestand des § 39 Abs. 3 Z 1 WAG 2007 die Gewährung von Vorteilen an Kunden voraussetzt, gegenständlich die in Rede stehenden Vorteile aber nicht den Kunden, sondern einem Dritten, nämlich der S. gewährt wurden, kam dieser Ausnahmetatbestand, dessen Vorliegen vom Berufungswerber auch nicht behauptet wurde, gegenständlich nicht zum Tragen.

Hinsichtlich der in § 39 Abs. 3 Z 2 lit. a und b WAG 2007 genannten Voraussetzungen ist vorneweg festzuhalten, das selbige kumulativ vorliegen müssen, um die gemäß § 39 Abs. 1 WAG 2007 grundsätzlich verbotene Annahme von Vorteilen zu rechtfertigen. Im Tatzeitraum lag jedoch schon die erste dieser Voraussetzungen (§ 39 Abs. 3 Z 2 lit. a WAG 2007) nicht vor. Dies deshalb, weil weder die Existenz noch die Art noch der Betrag des Vorteils, den die S. durch die Entgegennahme einer fixen monatlichen Zahlung von 140.000,-- durch die S. Ltd. lukriert hat, dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher

Weise offen gelegt wurde. Sofern der Berufungswerber in diesem Zusammenhang in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, dadurch, dass in der Kundeninformation von Provisionen bis zu 5% die Rede gewesen sei, die erfolgsabhängigen Provisionen tatsächlich aber deutlich niedriger als 5% gewesen wären, wären die fixen, monatlichen Zahlungen seitens der S. Ltd. unter diese Information zu subsumieren gewesen, verkennt er, dass dadurch keineswegs eine umfassende, zutreffende und verständliche Offenlegung der monatlichen fixen Zahlungen durch die S. Ltd. an die S. erfolgt ist. Außerdem darf gemäß § 39 Abs. 3 Z 2 lit. a letzter Satz WAG 2007 die Nennung des Betrages der Zuwendung nur dann unterbleiben, wenn die Höhe nicht feststellbar ist. Gegenständlich ist jedoch die Höhe der monatlichen Fixzahlungen sehr wohl vertraglich festgelegt und ohne Weiteres feststellbar, sodass den gesetzlichen Anforderungen nur dann Genüge getan worden wäre, wenn die betreffende Fixzahlung der Art und der Höhe nach gegenüber den Kunden offen gelegt worden wäre, wie dies durch die ab 2.2.2011 vorgenommene Änderung der Kundeninformation nunmehr der Fall ist. In Anbetracht des Umstandes, dass eine solche Information der Kunden im Tatzeitraum unterblieben ist, liegen gegenständlich auch die Voraussetzungen des § 39 Abs. 3 Z 2 nicht vor. Zum Ausnahmetatbestand des § 39 Abs. 3 Z 3 WAG 2007 ist festzuhalten, dass die fixe monatliche Zahlung von 140.000,- Euro durch die S. Ltd. an die S. - anders als die im Ausnahmetatbestand exemplarisch angeführten Verwahrungsgebühren, Abwicklungs- und Handelsplatzgebühren, Verwaltungsgebühren oder gesetzlichen Gebühren - ihrer Natur nach sehr wohl Konflikte mit der Verpflichtung ihres Rechtsträgers hervorrufen können, im besten Interesse seiner Kunden zu handeln. Aus diesem Grund konnte sich der Berufungswerber auch dann nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 39 Abs. 3 Z 3 WAG 2007 berufen, wenn man ? wie dies im Berufungsschriftsatz ausgeführt wird ? annehmen wollte, die monatlichen Fixzahlungen der S. Ltd. an die S. seien quasi Subventionszahlungen, auf die die S. bei der Erbringung ihrer Wertpapierleistungen im Bereich einer hochqualitativen Kundenbetreuung angewiesen ist. Da somit eine nach § 39 Abs. 1 WAG 2007 verbotene Vorteilsannahme festgestellt werden konnte und keiner der in § 39 Abs. 3 Z 1 bis 3 vorgesehenen Ausnahmetatbestände zum Tragen kommt, war von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer Übertretung des § 39 Abs. 1 WAG 2007 auszugehen. Wenn eine Verwaltungsvorschrift - wie die gegenständlich übertretene - über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt gemäß § 5 Abs.1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Gegenständlich hat der Berufungswerber nicht einmal ansatzweise dargelegt, dass ihn an der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe. Es war somit von schuldhaftem Verhalten in der Schuldform der Fahrlässigkeit auszugehen.

Spruchkorrektur und Änderung der Normzitate:

Wie bereits oben dargelegt, müssen die in § 39 Abs. 3 Z 2 lit. a und b WAG 2007 genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen, um die gemäß § 39 Abs. 1 WAG 2007 grundsätzlich verbotene Annahme von Vorteilen zu rechtfertigen. Da gegenständlich bereits die erste dieser Voraussetzungen nicht gegeben ist, brauchte der Frage, ob allenfalls die zweite Voraussetzung (§ 39 Abs. 3 Z 2 lit. b WAG 2007) gegeben war, nicht näher nachgegangen werden. Der auf diese Voraussetzung Bezug nehmende Satz im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wurde deshalb seitens der Berufungsinstanz in Anwendung des § 66 Abs. 4 AVG gestrichen. Da die Rechtsvorschrift des § 39 Abs. 1 WAG 2007 gegenüber jener des § 41 Abs. 1 WAG 2007 als die speziellere Norm anzusehen ist, war die letztgenannte Vorschrift aus dem Zitat der Übertretungsnorm zu eliminieren. Im Übrigen war das Normzitat insofern richtig zu stellen, als § 39 Abs. 1 als übertretene Norm anzuführen ist, und nicht die bloß Ausnahmetatbestände regelnden Vorschriften des § 39 Abs. 3 Z 2 und 3 WAG 2007.

Die Strafsanktionsnorm war durch Zitierung des heranzuziehenden Strafsatzes zu präzisieren.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Überdies sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter

Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Durch die dem Berufungswerber zur Last gelegte Verwaltungsübertretung wurde das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Interessenkonflikten im Wertpapiergeschäft in nicht bloß geringfügigem Maße verletzt. Dass es sich bei den Kunden der S. in erster Linie um institutionelle Anleger handelte, vermag daran nichts zu ändern, gelten doch die Regelungen des WAG 2007 zur Hintanhaltung von Interessenkonflikten in gleicher Weise für institutionelle Anleger wie für Privatkunden.

Dass die Einhaltung der vom Berufungswerber übertretenen Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderer Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch war dies aufgrund der Tatumstände anzunehmen. Es konnte daher das Verschulden des Berufungswerbers nicht als geringfügig angesehen werden. Als strafmildernd hat die erstinstanzliche Behörde zu Recht die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers sowie die Tatsache, dass Vorgaben der FMA seitens des Berufungswerbers nach einem Managementgespräch noch vor Einleitung des gegenständlichen Strafverfahrens nachgeholt worden sind und damit der gesetzmäßige Zustand zügig hergestellt wurde, berücksichtigt. Weitere Milderungsgründe sind im Berufungsverfahren nicht hervorgekommen. Auch die Berücksichtigung der vom Berufungswerber im Berufungsverfahren bekannt gegebenen und als überdurchschnittlich einzustufenden wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse vermag eine Strafherabsetzung nicht zu rechtfertigen. In Ansehung des bis zu 50.000,-- Euro reichenden gesetzlichen Strafrahmens erscheint die gegenständlich verhängte Geldstrafe, mit welcher der Strafrahmen ohnedies nur zu einem ganz geringen Bruchteil ausgeschöpft wurde, als milde und bestand somit keine Veranlassung, die Strafe im Berufungsverfahren zu mildern. Der Kostenausspruch gründet sich auf die zwingenden gesetzlichen Vorschriften des § 64 VStG.

**Zuletzt aktualisiert am**

26.03.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

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