

Entscheidende Behörde

UVS Wien

Entscheidungsdatum

04.10.2012

Geschäftszahl

06/FM/46/3686/2012

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. Schmied über die Berufungen des Herrn Rudolf B. und der V. AG, beide vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht, vom 01.03.2012, Zl.:

FMA-PL012.100/0001-LAW/2011, betreffend je zwei Übertretungen I.) des § 25 Abs. 4 iVm § 46a PKG und II.) des § 25 Abs. 3 Z 2 iVm § 46a PKG, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung durch Bescheidverkündung am 24.9.2012 entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung insofern Folge gegeben, als das angefochtene Straferkenntnis in Punkt I lit. a behoben und das Verfahren diesbezüglich nach § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt wird. Zu den Punkten I lit. b und II lit. a und b wird gemäß § 21 Abs. 1 VStG von der Verhängung einer Strafe abgesehen.

Text

Der Spruch des an den Berufungswerber, Herrn Rudolf B., als Beschuldigten gerichteten Straferkenntnisses lautet:

„Sie sind seit 01.01.1994 Mitglied des Vorstands der V. AG mit Sitz in Wien, E-Gasse. Sie haben in dieser Funktion als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) folgendes zu verantworten:

I.

Die Veranlagungsgrenze des § 25 Abs. 4 PKG, wonach Veranlagungen in Vermögenswerten, die auf eine andere Währung als die der Verbindlichkeiten lauten (Fremdwährungsquote), mit höchstens 30% des der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt sind, wurde zu folgenden Stichtagen überschritten:

a. Stichtag 30.11.2010:

VRG 21 (Di.): Überschreitung der Veranlagungsgrenze gemäß § 25 Abs. 4 PKG mit einer Fremdwährungsquote von 32,38%.

b. Stichtag 31.01.2011:

VRG 18 (M.): Überschreitung der Veranlagungsgrenze gemäß § 25 Abs. 4 PKG mit einer Fremdwährungsquote von 33,24%.

II.

Die Veranlagungsgrenze des § 25 Abs. 3 Z 2 PKG, wonach Veranlagungen gemäß § 25 Abs. 2 Z 4 und 6 PKG mit Ausnahme von investmentgrade corporate bonds in einer Veranlagungs- und Risikogemeinschaft, in der Pensionskassenzusagen mit Mindestertragsgarantie und ohne Übernahme der Verpflichtung gemäß § 2 Abs. 2 und 3 durch den Arbeitgeber verwaltet werden, mit höchstens 50 vH des der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt sind, wurde zum Stichtag 30.04.2011, hinsichtlich folgender Veranlagungs- und Risikogemeinschaften überschritten:

a. VRG 15 (O.): Überschreitung der Veranlagungsgrenze gemäß § 25 Abs. 3 Z 2 PKG mit einer Quote von 51,33%.

b. VRG 19 (Br.): Überschreitung der Veranlagungsgrenze gemäß § 25 Abs. 3 Z 2 PKG mit einer Quote von 50,10%.

III.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die V. AG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad I.: § 25 Abs. 4 PKG BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 134/2006 iVm § 46a PKG, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 48/2006

Ad II.: § 25 Abs. 3 Z 2 PKG BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 134/2006 iVm § 46a PKG, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 48/2006

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

Ad I.a.: 1000 Euro Ad I.b.: 1000 Euro Ad II.a.: 1000 Euro Ad II.b.: 500 Euro

Gesamt: 3500 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von Ad I.a.: 12 Stunden

Ad I.b.: 12 Stunden Ad II.a.: 12 Stunden Ad II.b.: 6 Stunden

Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 46a PKG, BGBl. Nr. 281/1990 idF BGBl. I Nr. 48/2006

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

* 350 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet); * 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für --.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3850 Euro.“

Aufgrund der dagegen form- und fristgerecht eingebrachten Berufung führte der Unabhängige Verwaltungssenat Wien am 24.9.2012 eine öffentliche, mündliche Verhandlung durch.

In der Verhandlung führte der Vertreter der FMA zu Punkt I lit. a aus, dass es aus der Sicht der FMA im Fall einer Kooperation mehrerer Pensionskassen bezüglich einer Veranlagungs- und Risikogemeinschaft (VRG) erforderlich sei, dass alle beteiligten Pensionskassen die Veranlagungsgrenzen des § 25 PKG einhalten. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass nur dann sicher gestellt sei, dass auch insgesamt in der betreffenden VRG die Veranlagungsgrenzen eingehalten werden. Zur VRG 18 führt der Bw Mag. D. aus, dass die Veranlagung in dieser VRG ausgelagert gewesen sei, und zwar an die Firma Ma., für deren Bedienstete die betreffende VRG gedacht gewesen sei. Die Überschreitung der Veranlagungsgrenze sei dadurch zu Stande gekommen, dass es bei Ma. einen Wechsel im Fondsmanagement gegeben habe und es dadurch zu Fehlern gekommen sei. Diese Fehler seien bei den regelmäßigen Überprüfungen seitens der V. AG aufgefallen und sei entsprechend korrigierend eingegriffen worden. Vorher und nachher sei es nicht zu vergleichbaren Fehlleistungen in der betreffenden VRG gekommen.

Im April 2011 sei beim Dachfonds der Aktienanteil von ca. 85% auf ca. 94,5% gestiegen, wodurch sich die Gewichtungen im Fonds verschoben hätten und die Veranlagungsgrenze des § 25 Abs. 2 u. 3 PKG geringfügig - in einem Fall (VRG 19) um nur 0,1%, im anderen (VRG 15) um 1,33% - überschritten worden wären. Dies sei zum Anlass genommen worden, schon am 19.5.2011 durch entsprechende Veranlagungen wieder für die Einhaltung der Grenzen zu sorgen und nicht mehr (wie zuvor) monatlich, sondern nunmehr täglich die Entwicklungen innerhalb des Dachfonds zu beobachten, um schon vor einer Überschreitung der Veranlagungsgrenzwerte wirksam gegensteuern zu können. Betont werde, dass es zu den Grenzüberschreitungen nicht durch aktives Tun seitens der V. AG, etwa durch Umschichtungen in der Veranlagungspraxis auf der Ebene der Subfonds, sondern durch äußere Umstände, nämlich durch Veränderungen des Marktes gekommen sei.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 25 Abs. 2 PKG sind die zugunsten einer Veranlagungs- und Risikogemeinschaft erworbenen Vermögenswerte folgenden Veranlagungskategorien zuzuordnen:

1. Guthaben bei Kreditinstituten und Kassenbestände;
2. Darlehen und Kredite;
3. Forderungswertpapiere;
4. Aktien, aktienähnliche begebare Wertpapiere, corporate bonds und sonstige Beteiligungswertpapiere;
5. Immobilien;
6. sonstige Vermögenswerte.

Gemäß § 25 Abs. 3 Z 1 PKG sind Veranlagungen in Vermögenswerte gemäß Abs. 2 Z 4 und 6 gemeinsam mit höchstens 70 vH des der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt.

Gemäß § 25 Abs. 3 Z 2 PKG sind abweichend von Z 1 Veranlagungen gemäß Abs. 2 Z 4 und 6 mit Ausnahme von investment grade corporate bonds in einer Veranlagungs- und Risikogemeinschaft, in der Pensionskassenzusagen mit Mindestertragsgarantie und ohne Übernahme der Verpflichtung gemäß § 2 Abs. 2 und 3 durch den Arbeitgeber verwaltet werden, mit höchstens 50 vH des der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt.

Gemäß § 25 Abs. 4 PKG sind Veranlagungen in Vermögenswerten, die auf eine andere Währung als die der Verbindlichkeiten lauten, mit höchstens 30 vH des der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft zugeordneten Vermögens begrenzt. Wird das Währungsrisiko durch Kurssicherungsgeschäfte beseitigt, so können diese Veranlagungen den auf Euro lautenden Veranlagungen zugeordnet werden. Gemäß § 46a Abs. 1 Z 15 PKG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA hinsichtlich der Z 1 bis 13 mit Geldstrafe bis zu 6 000 Euro, hinsichtlich der Z 14 und 15 mit Geldstrafe bis zu 30 000 Euro und hinsichtlich der Z 16 mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen, wer den Veranlagungsvorschriften des § 25 zuwiderhandelt. Gemäß § 21 Abs. 1 VStG) kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Zu Punkt I lit. a des angefochtenen Straferkenntnisses:

In diesem Punkt war der Berufung in der Schuldfrage Folge zu geben, zumal der Berufungswerber glaubhaft und im Einklang mit der Aktenlage vorgebracht hat, dass die VRG 18 (Di.) nicht allein von der V. AG, sondern von dieser konsortial mit der VP. AG geführt wurde und die Fremdwährungsquote bei dieser VRG insgesamt zu keinem Zeitpunkt überschritten wurde.

Die Argumentation der FMA, die dem Vorbringen des Berufungswerbers auf der Sachverhaltsebene nicht entgegengetreten ist, rechtlich aber ausgeführt hat, im Fall einer Kooperation mehrerer Pensionskassen in einer VRG sei es erforderlich, dass alle beteiligten Pensionskassen für sich die Veranlagungsgrenzen des § 25 PKG einhalten, weil nur so sicher gestellt sei, dass auch insgesamt in der betreffenden VRG die Veranlagungsgrenzen eingehalten würden, findet in der geltenden Rechtslage keine hinreichende Deckung.

§ 25 Abs. 4 PKG begrenzt die Fremdwährungsquote in einer VRG mit 30%, enthält aber darüber hinaus keine Vorschriften, auf welche Art und Weise bzw. durch welche Vorkehrungen diese gesetzliche Vorgabe zu erfüllen ist. Zur Sicherstellung der Einhaltung der Veranlagungsgrenzen des § 25 Abs. 4 PKG mag es nun - im Sinne der Ausführungen des Vertreters der FMA in der mündlichen Verhandlung - durchaus zweckmäßig sein, dass jede an einer konsortial geführten VRG beteiligte Pensionskasse bereits für sich die gesetzlich vorgegebene Fremdwährungsquote einhält, zumal in diesem Fall die Einhaltung der Fremdwährungsquote gewährleistet ist, ohne dass es hierzu der Koordinierung zwischen den Partnern im Konsortium bedarf, gesetzlich zwingend ist eine solche Vorgangsweise allerdings nicht vorgesehen.

Vor diesem Hintergrund war das angefochtene Straferkenntnis in Ansehung des das Verwaltungsstrafrecht prägenden Grundsatzes „nulla poena sine lege“ in Punkt I lit. a zu beheben und das Verfahren diesbezüglich spruchgemäß einzustellen.

Zu den Punkten I lit. b und II lit. a und. b:

Aufgrund des unwidersprochen gebliebenen und glaubhaft dargelegten Berufungsvorbringens wird als erwiesen festgestellt, dass nach der Ressortaufteilung im Vorstand der V. AG der Mitbeschuldigte Mag. D., und nicht der Berufungswerber für die Einhaltung der Veranlagungsgrenzen in den verschiedenen Veranlagungs- und Risikogemeinschaften zuständig war. Nun entbindet eine solche interne Aufgabenverteilung im Vorstand den Berufungswerber in seiner Eigenschaft als außenvertretungsbefugtes Organ der Gesellschaft zwar nicht von der ihm nach § 9 Abs. 1 VStG zukommenden verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung, das ihn treffende Aufsichts- und Kontrollverschulden erweist sich aber vor diesem Hintergrund als vergleichsweise geringfügig.

Dazu kommt, dass nach der insoweit unbestritten gebliebenen Aktenlage die dem Berufungswerber zu den in Rede stehenden Punkten des angefochtenen Straferkenntnisses angelasteten Verwaltungsübertretungen keine konkreten nachteiligen Folgen nach sich gezogen haben und nicht auf aktives Tun der V. AG, etwa auf von Änderungen in der Veranlagungspolitik zurückzuführen sind. In diesem Zusammenhang ist auch festzustellen, dass die V. AG auf die Überschreitungen der gesetzlichen Veranlagungsgrenzen in den betreffenden Veranlagungs- und Risikogemeinschaften prompt reagiert, durch entsprechende Veranlagung den gesetzmäßigen Zustand wiederhergestellt und die zuvor monatliche Überprüfung der Veranlagungsgrenzen in den verschiedenen Veranlagungs- und Risikogemeinschaften auf ein tägliches Überprüfungssystem umgestellt hat. Auch wurden die gesetzlichen Veranlagungsgrenzen jeweils nur knapp (um 0,1 % bzw. um 1,33 %) und nur für kurze Zeit (Überschreitung am Stichtag 30.4.2011; Herstellung des gesetzeskonformen Zustandes am 19.5.2011) überschritten.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich sowohl der objektive Unrechtsgehalt der Taten als auch das den Berufungswerber treffende Verschulden als atypisch geringfügig und lässt sich insgesamt feststellen, dass das tatbildliche Verhalten des Berufungswerbers jeweils deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist. Somit war spruchgemäß in Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Der Ausspruch einer Ermahnung war nicht erforderlich, zumal der Berufungswerber in den Ruhestand getreten ist weder als Mitglied des Vorstandes noch in einer anderen Funktion für die V. AG oder für eine andere Pensionskasse Tätigkeiten entfaltet.