jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Uvs Bescheid 2012/2/29 06/FM/47/1319/2012

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.02.2012

Index

21/05 Börse

Norm

BörseG §48a Abs1 Z2 lita

BörseG §48c

1. BörseG § 48a gültig von 02.08.2016 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. BörseG § 48a gültig von 01.01.2014 bis 01.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
3. BörseG § 48a gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2012
4. BörseG § 48a gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2009
5. BörseG § 48a gültig von 01.11.2007 bis 31.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
6. BörseG § 48a gültig von 01.08.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
7. BörseG § 48a gültig von 01.01.2005 bis 31.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2004
8. BörseG § 48a gültig von 01.10.1993 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 529/1993

1. BörseG § 48c gültig von 02.08.2016 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. BörseG § 48c gültig von 29.12.2015 bis 01.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2015
3. BörseG § 48c gültig von 01.11.2012 bis 28.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
4. BörseG § 48c gültig von 01.05.2012 bis 31.10.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
5. BörseG § 48c gültig von 27.10.2008 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2008
6. BörseG § 48c gültig von 31.03.2006 bis 26.10.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2006
7. BörseG § 48c gültig von 01.01.2005 bis 30.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2004
8. BörseG § 48c gültig von 01.04.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
9. BörseG § 48c gültig von 01.07.2001 bis 31.03.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
10. BörseG § 48c gültig von 01.01.1998 bis 30.06.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 11/1998
11. BörseG § 48c gültig von 01.01.1994 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 529/1993

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Schmid als Vorsitzenden, Dr. Martschin als Berichter und Mag. Schmied als Beisitzer über die Berufung des Herrn Thomas P., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 27.1.2012 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 11.1.2012, Zl. FMA-UL0001.100/0053- LAW/2011, wegen Übertretungen des Börsegesetzes, entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den

Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.Gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß Paragraph 65, VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis richtet sich gegen den Berufungswerber als Beschuldigten und enthält folgenden Spruch:

„I.

Sie sind seit 03.02.1995 Mitglied des Verwaltungsrates und waren im Tatzeitraum Delegierter des Verwaltungsrats der T. (Europe) AG (in der Folge kurz: „T.“), eines Börsemitglieds (§ 14 BörseG) der Wiener Börse AG mit Sitz in der Schweizerische Eidgenossenschaft, Z., G.-straße.Sie sind seit 03.02.1995 Mitglied des Verwaltungsrates und waren im Tatzeitraum Delegierter des Verwaltungsrats der T. (Europe) AG (in der Folge kurz: „T.“), eines Börsemitglieds (Paragraph 14, BörseG) der Wiener Börse AG mit Sitz in der Schweizerische Eidgenossenschaft, Z., G.-straße.

Sie haben in dieser Funktion als zur Vertretung der Gesellschaft nach außen Berufener gemäß§ 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass T.Sie haben in dieser Funktion als zur Vertretung der Gesellschaft nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG zu verantworten, dass T.

1. am 31.03.2009 Marktmanipulation betrieben hat, dies dadurch, dass T. durch sein automatisiertes Eigen-Handelssystem aufgrund eines Fehlers in der Programmierung und aufgrund der Nichtaktivierung eines vorhandenen „Anti-Cross-Filters“ – unter der Kennung des Börsebesuchers Alexander K. im Namen und Auftrag der T. – um 12:00 Uhr (in der Mittagsauktion) zeitgleich zwei gegenläufige Orders über jeweils 568.000 Stück S. Holding AG Aktien mit Limit 0,14 in das elektronische Handelssystem der Wiener Börse eingegeben hat, sodass diese gegenläufigen Orders um 12:03:12 Uhr gegeneinander ausgeführt wurden. T. handelte dadurch 517.643 Stück S. Holding AG Aktien, ohne dass es zu einem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers kam. Diese Geschäfte, die zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers führten und etwa 90% des Tagesumsatzes dieser Aktie darstellten, gaben falsche oder irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage oder ihren Kurs und hätten solche geben können. Durch derartige Geschäfte wird auch ein „anormales oder künstliches“ Kursniveau erzielt, als sich das dadurch erzielte Kursniveau und der Umsatz nicht als Ergebnis eines gewöhnlichen Marktgeschehens darstellt, das allein von wirtschaftlichen Interessen bestimmt ist.

2. am 01.04.2009 Marktmanipulation betrieben hat, dies dadurch dass T. durch sein automatisiertes Eigen-Handelssystem aufgrund eines Fehlers in der Programmierung und aufgrund der Nichtaktivierung eines vorhandenen „Anti-Cross-Filters“ – unter der Kennung des Börsebesuchers Alexander K. im Namen und Auftrag der T. – um 12:00 Uhr (in der Mittagsauktion) zeitgleich zwei gegenläufige Orders über jeweils 568.000 Stück S. Holding AG Aktien mit Limit 0,14 in das elektronische Handelssystem der Wiener Börse eingegeben hat, sodass diese gegenläufigen Orders um 12:05:28 Uhr gegeneinander ausgeführt wurden. T. handelte dadurch 559.400 Stück S. Holding AG Aktien, ohne dass es zu einem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers kam. Diese Geschäfte, die zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers führten und etwa 80% des Tagesumsatzes dieser Aktie darstellten, gaben falsche oder irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage oder ihren Kurs und hätten solche geben können. Durch derartige Geschäfte wird auch ein „anormales oder künstliches“ Kursniveau erzielt, als sich das dadurch erzielte Kursniveau und der Umsatz nicht als Ergebnis eines gewöhnlichen Marktgeschehens darstellt, das allein von wirtschaftlichen Interessen bestimmt ist.

3. am 02.04.2009 Marktmanipulation betrieben hat, dies dadurch dass T. durch sein automatisiertes Eigen-Handelssystem aufgrund eines Fehlers in der Programmierung und aufgrund der Nichtaktivierung eines vorhandenen „Anti-Cross-Filters“ – unter der Kennung des Börsebesuchers Alexander K. im Namen und Auftrag der T. – um 12:00 Uhr (in der Mittagsauktion) zeitgleich eine Kauforder über 990.100 Stück S. Holding AG Aktien mit Limit 0,16 und eine Verkaufsorder über 9.800 Stück S. Holding AG Aktien mit Limit 0,16 in das elektronische Handelssystem der Wiener Börse eingegeben hat, sodass um 12:05:28 Uhr diese

gegenläufigen Orders gegeneinander ausgeführt wurden.

T. handelte dadurch 9.800 Stück S. Holding AG Aktien, ohne dass es zu einem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers kam. Diese Geschäfte, die zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers führten und etwa 12% des Tagesumsatzes dieser Aktie darstellten, gaben falsche oder irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage oder ihren Kurs und hätten solche geben können. Durch derartige Geschäfte wird auch ein „anormales oder künstliches“ Kursniveau erzielt, als sich das dadurch erzielte Kursniveau und der Umsatz nicht als Ergebnis eines gewöhnlichen Marktgeschehens darstellt, das allein von wirtschaftlichen Interessen bestimmt ist.

II.römisch zwei.

T. haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die wegen der Verwaltungsübertretungen gemäß Punkt I. des Straferkenntnisses über den Beschuldigten verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.T. haftet gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die wegen der Verwaltungsübertretungen gemäß Punkt römisch eins. des Straferkenntnisses über den Beschuldigten verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Ad Punkt I.Ad Punkt römisch eins.

Ad Spruchpunkt 1. § 48c Börsegesetz, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 136/2008, iVm § 48a Abs.1 Z. 2 lit. a Börsegesetz, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 60/2007 Ad Spruchpunkt 2. des § 48c Börsegesetz, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 136/2008, iVm § 48a Abs 1 Z 2 lit. a Börsegesetz, BGBl. Nr.555/1989 idF BGBl. I Nr. 22/2009Ad Spruchpunkt 1. Paragraph 48 c, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2008,, in Verbindung mit Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 60 aus 2007, Ad Spruchpunkt 2. des Paragraph 48 c, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2008,, in Verbindung mit Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr.555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 22 aus 2009,

Ad Spruchpunkt 3. § 48c Börsegesetz, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 136/2008, iVm § 48a Abs. 1 Z 2 lit. a Börsegesetz, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 22/2009 Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:Ad Spruchpunkt 3. Paragraph 48 c, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2008,, in Verbindung mit Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, Börsegesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 555 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 22 aus 2009, Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
Ad 1. 2500,00 Euro	1 Tag	Ad Spruchpunkt 1.-3.	
Ad 2. 2500,00 Euro	1 Tag		§ 48c BörseG, BGBl. Nr. 555/1989 idFAd 2. 2500,00 Euro 1 Tag Paragraph 48 c, BörseG, BGBl. Nr. 555 aus 1989, idF
Ad 3. 2500,00 Euro	1 Tag		BGBl. I Nr. 136/2008Ad 3. 2500,00 Euro 1 Tag Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2008,

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

* 750,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe werden gleich 15 Euro angerechnet); * Euro als Ersatz der Barauslagen für.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 8.250,00 Euro.“

In der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung werden vom Rechtsmittelwerber die Tatvorwürfe bestritten. Hinsichtlich der von der Erstbehörde angenommenen Verantwortlichkeit des Berufungswerbers nach § 9 Abs. 1 VStG wird im Wesentlichen ausgeführt, die belangte Behörde gehe fälschlicherweise davon aus, dass der Berufungswerber als Mitglied und Delegierter des Verwaltungsrates der T., eines Börsenmitgliedes der Wiener Börse mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nach § 9 Abs. 1 VStG verantwortlich sei. Zutreffend werde von der belangten Behörde zwar festgestellt, dass es sich bei der T. um eine Aktiengesellschaft nach dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft handle und der Berufungswerber im Tatzeitraum Mitglied des Verwaltungsrates von T. gewesen sei. Unzutreffend sei jedoch die daraus von der Erstbehörde gezogene Schlussfolgerung, er sei in dieser Funktion als zur Vertretung der Gesellschaft nach außen Berufener gemäß § 9 Abs. 1 VStG verantwortlich. Das Gesellschaftsstatut (Personalstatut der Gesellschaft) sei insbesondere für die Rechte und Pflichten der Organe und deren Vertretungsmacht maßgeblich. Vor diesem Hintergrund sei für die Rechts- und Handlungsfähigkeit von T. das für die Schweiz maßgebliche Recht ausschlaggebend. Da es sich bei dem für die Schweiz geltenden Recht um fremdes Recht handle, auf das der Grundsatz „iura novit curia“ keine Anwendung finde, sei dieses in einem amtswegigen Ermittlungsverfahren festzustellen. Zulässige Hilfsmittel im Sinne des § 4 IPRG seien für diese Ermittlung auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten. Die Erstbehörde habe daher bei Beurteilung, wer bei T. zur Vertretung der Gesellschaft nach außen gemäß § 9 Abs. 1 VStG berufen sei, Schweizer Recht anzuwenden. Dabei hätte die Erstbehörde von Amts wegen jene Personen ermitteln müssen, die unter Anwendung des Schweizer Rechts Verantwortliche im Sinne von § 9 Abs. 1 VStG seien. In diesem Zusammenhang seien von der belangten Behörde ebenso von Amts wegen Hilfsmittel beizuziehen gewesen, wobei hier explizit auch die Mitwirkung der Beteiligten sowie Sachverständigengutachten als geeignet angesehen würden. Die Nichtbefolgung der Ermittlungspflicht gelte als Verfahrensmangel eigener Art, der dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung unterstellt werde. Die entsprechenden Kenntnisse über das fremde Recht habe sich die Behörde in jeder Lage des Verfahrens zu verschaffen, auch im Rechtsmittelverfahren. Die Erstbehörde habe in mehrerlei Hinsicht massiv gegen diese Ermittlungspflicht verstoßen. Entgegen den Ausführungen und Feststellungen im Gutachten der me. ag vom 20.12.2011 komme die Erstbehörde zum Ergebnis, der Berufungswerber sei in seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates durch das Organisationsreglement nicht eingeschränkt. Sollte die Erstbehörde, was sie nicht einmal behauptet habe, das vom Berufungswerber vorgelegte Gutachten als unrichtig oder mangelhaft angesehen haben, wäre sie von Amts wegen verpflichtet gewesen, ein anderes Hilfsmittel im Sinne von § 4 IPRG heranzuziehen. Auch seien weder T. noch der Berufungswerber jemals aufgefordert worden, bekannt zu geben, wer berechtigt sei, die T. nach außen zu vertreten bzw. wer verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei. Keinesfalls könne dem Berufungswerber eine Verletzung seiner insofern bestehenden Mitwirkungspflicht vorgeworfen werden. Vielmehr sei vom Berufungswerber ohne Aufforderung als Beweis ein als Hilfsmittel im Sinne des § 4 IPRG geeignetes Gutachten vorgelegt worden. Weiters sei vom Berufungswerber eine rechtsgutachterliche Stellungnahme zu § 9 VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012 vorgelegt worden. Dieser Beweis sei von der Behörde in keiner Weise im Ermittlungsverfahren berücksichtigt worden. Zwar sei das vorgelegte Gutachten zumindest als Beweis angeführt, hingegen fehle jegliche Beweiswürdigung, weshalb die darin enthaltenen Ausführungen nicht zutreffend seien. Dabei ergebe sich aus dem erwähnten Gutachten eindeutig, dass der Berufungswerber nicht als Verantwortlicher nach § 9 Abs. 1 VStG anzusehen sei. Dieses, auf dem Gutachten von me. ag vom 20.12.2011 zum Schweizer Recht aufbauende, speziell für den Berufungswerber erstellte rechtliche Gutachten zu § 9 VStG sei auch sonst in keiner Weise im Rahmen des Ermittlungsverfahrens berücksichtigt, gewürdigt oder im Rahmen der Beweiswürdigung widerlegt worden. Ebenso wenig sei von der belangten Behörde ein anderes geeignetes Hilfsmittel, etwa ein weiteres Sachverständigengutachten, zur Klärung der Vorfrage, ob der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates vom T. nach Ansicht der Behörde verantwortlich nach § 9 Abs. 1 VStG sei, eingeholt worden. Vielmehr gehe die belangte Behörde trotz pflichtwidriger Nichteinholung geeigneter Hilfsmittel und trotz der im Rahmen der Rechtfertigung vorgelegten Gutachten zum Schweizer Recht und zu § 9 VStG im Straferkenntnis weiterhin fälschlicher Weise davon aus, dass der Berufungswerber in seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates für T. nach § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich verantwortlich sei. Hätte die belangte

Behörde die vom Berufungswerber vorgelegten Gutachten der me. ag im Rahmen ihrer Beweiswürdigung richtig berücksichtigt oder zumindest ein entsprechendes Gutachten selbst eingeholt, wäre sie bei Klärung ihrer Vorfrage zum Ergebnis gekommen, dass der Berufungswerber zu keinem Zeitpunkt nach § 9 Abs. 1 VStG nach außen vertretungsbefugt gewesen sei, da er zu keinem Zeitpunkt Mitglied der Geschäftsleitung gewesen sei. Zum Beweis dafür werde unter anderem auf das Gutachten der me. ag vom 20.12.2011 sowie die rechtsgutachterliche Stellungnahme zu § 9 VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012 verwiesen. Überdies werde die Einholung eines Gutachtens als geeignetes Hilfsmittel zur Beurteilung der Vorfrage beantragt, wer bei T. als Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht als nach außen vertretungsbefugtes Organ nach § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich verantwortlich sei. Die belangte Behörde verkenne, dass die Organfunktion bzw. die Vertretungsbefugnis nach außen bei T. für sich genommen keinesfalls zu einer Verantwortlichkeit nach § 9 VStG führe. Vielmehr sei im konkreten Fall unter Zugrundelegung des Schweizer Rechts als Vorfrage zu klären, wer überhaupt als nach außen zur Vertretung berufen sei. Aus dem Gutachten von me. ag ergebe sich, dass dabei streng zwischen formeller Organstellung und prinzipiell vorhandener Vertretungsmacht einerseits sowie persönlicher Verantwortlichkeit und Zurechnung von Fehlverhalten eines Mitarbeiters zu den obersten Leitungsorganen einer Gesellschaft andererseits zu unterscheiden sei. Auch würden die beiden österreichischen Universitätsprofessoren in ihrer rechtlichen Stellungnahme eindeutig zum Ergebnis kommen, dass der Berufungswerber trotz seiner Organfunktion und seiner „Kollektivunterschrift zu zweien“ keinesfalls als Verantwortlicher nach § 9 Abs. 1 VStG anzusehen sei. Hätte die belangte Behörde die vom Berufungswerber vorgelegten Beweise, insbesondere das Gutachten von me. ag vom 20.12.2011 bzw. die rechtsgutachterliche Stellungnahme zu § 9 VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012, überhaupt berücksichtigt, wäre sie richtiger Weise zur Feststellung gelangt, dass der Berufungswerber zu keinem Zeitpunkt zur Vertretung von T. nach außen Berufener gemäß § 9 VStG gewesen sei. Die Erstbehörde stütze die Verantwortlichkeit des Berufungswerbers gemäß § 9 Abs. 1 VStG fälschlicher Weise auf die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat von T.. Die Position des Berufungswerbers bei T. sei die eines Mitgliedes des Verwaltungsrates. Seine Zuständigkeit sei jedoch durch die rechtswirksame Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung stark eingeschränkt worden. Bei ihm verblieben nur Kompetenzen im Rahmen der strategischen Oberleitung bei T., die dem Verwaltungsrat im Einklang mit dem Schweizer Recht und der Verfassung der T. unübertragbar zugewiesen seien. Als Mitglied des Verwaltungsrates sei er für die laufende Geschäftsführung der T. und der Kontrolle der Geschäftsleitung in dieser Hinsicht weder zuständig noch verantwortlich. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass aus Sicht der FINMA einschlägige Fachkenntnisse nur für die Geschäftsleitung verlangt würden. Der Berufungswerber sei zwar unter Anwendung der entscheidenden Statuten und des Schweizer Rechts Mitglied des Verwaltungsrates, jedoch keinesfalls Mitglied der Geschäftsleitung. In dem vorgelegten Gutachten der Schweizer Anwaltskanzlei me. ag vom 20.12.2011 werde ausdrücklich bestätigt, dass der Berufungswerber gemäß Schweizer Recht als Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft mit „Kollektivunterschrift zu zweien“ in keiner Form, das heiße weder im Innen- noch im Außenverhältnis, für den tagesgeschäftlichen Handel der Gesellschaft mit S. Aktien an der Wiener Börse gemäß dem Vorhalt der Aufforderung zur Rechtfertigung zuständig gewesen sei. Somit habe der Berufungswerber niemals eine Funktion bei T. inne gehabt, die jener eines Verantwortlichen nach § 9 Abs. 1 VStG entspreche. Die Verantwortlichkeit nach § 9 Abs. 1 VStG richte sich danach, wer satzungsgemäß, also nach der Verfassung der betreffenden juristischen Person, zur Vertretung nach außen berufen sei. Bei einer in der Satzung vorgenommenen sachlichen Aufteilung der Kompetenzen der Vertretungsorgane könne sich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nur auf jene Organe beziehen, in deren Zuständigkeit die Einhaltung des gebotenen Verhaltens falle. Bei kollegialen Vertretungsorganen treffe die Verantwortlichkeit grundsätzlich alle Mitglieder, anderes gelte hingegen wenn eine bestimmte Aufgabenteilung zwischen einzelnen Mitgliedern eines Kollegialorgans bereits satzungsmäßig vorgesehen sei. Dies treffe auf T. zu, die eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht sei. Nach der Satzung (Statuten) von T. seien unter anderem der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung Organe der Gesellschaft. Das Organisationsreglement konkretisiere die bereits in der Satzung verankerte Aufgabenteilung zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat sei grundsätzlich für die Oberleitung der Gesellschaft, den Erlass der nötigen Reglements und Weisungen, die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsleitung sowie die

Entscheidungen über die ihm vorbehaltenen Geschäfte verantwortlich. Die Geschäftsleitung sei hingegen für die gesamte laufende Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zuständig und verantwortlich. Ihr seien die Mitarbeiter der Gesellschaft unterstellt. Sie entscheide und überwache die Geschäfte der Gesellschaft. Darüber hinaus überprüfe und überwache die Geschäftsleitung das Tagesgeschäft und dessen Abwicklung. Die T. habe auf Grund der entsprechenden Bestimmungen der Statuten und des Organisationsreglements ein eingeschränkt dualistisches Leitungssystem, indem sie zwei Leitungsorgane (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) eingerichtet habe. Nach österreichischem Recht könnten nur Mitglieder der Geschäftsleitung, nicht hingegen des Verwaltungsrates, für Handlungen von T. verantwortlich gemacht werden. Der Berufungswerber sei nicht Mitglied der Geschäftsleitung, sondern lediglich Mitglied des Verwaltungsrates bei T. gewesen. Folglich sei er gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der in diesem Verfahren maßgeblichen österreichischen Bestimmungen weder zuständig noch verantwortlich, weshalb seine Strafbarkeit schon aus diesem Grund ausscheide. Im Berufungsverfahren wurde von der Erstbehörde ein bei der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA eingeholtes Gutachten zu der Frage vorgelegt, welche Organe bei T. nach Schweizer Recht zur Vertretung nach außen berufen sind. Mit einem Schriftsatz vom 8.2.2012 wurde vom Berufungswerber ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Stefan Bo. und Univ.-Prof. Dr. Stefan Pi. zu den Fragen vorgelegt, ob die inkriminierten Kursvorfälle als „abnormal returns“ anzusehen seien und ob die inkriminierten Handelsaktivitäten von T. geeignet gewesen seien, die Kurse von S. manipulativ zu beeinflussen.In der dagegen fristgerecht erhobenen Berufung werden vom Rechtsmittelwerber die Tatvorwürfe bestritten. Hinsichtlich der von der Erstbehörde angenommenen Verantwortlichkeit des Berufungswerbers nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG wird im Wesentlichen ausgeführt, die belangte Behörde gehe fälschlicherweise davon aus, dass der Berufungswerber als Mitglied und Delegierter des Verwaltungsrates der T., eines Börsenmitgliedes der Wiener Börse mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG verantwortlich sei. Zutreffend werde von der belangten Behörde zwar festgestellt, dass es sich bei der T. um eine Aktiengesellschaft nach dem Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft handle und der Berufungswerber im Tatzeitraum Mitglied des Verwaltungsrates von T. gewesen sei. Unzutreffend sei jedoch die daraus von der Erstbehörde gezogene Schlussfolgerung, er sei in dieser Funktion als zur Vertretung der Gesellschaft nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verantwortlich. Das Gesellschaftsstatut (Personalstatut der Gesellschaft) sei insbesondere für die Rechte und Pflichten der Organe und deren Vertretungsmacht maßgeblich. Vor diesem Hintergrund sei für die Rechts- und Handlungsfähigkeit von T. das für die Schweiz maßgebliche Recht ausschlaggebend. Da es sich bei dem für die Schweiz geltenden Recht um fremdes Recht handle, auf das der Grundsatz „iura novit curia“ keine Anwendung finde, sei dieses in einem amtswegigen Ermittlungsverfahren festzustellen. Zulässige Hilfsmittel im Sinne des Paragraph 4, IPRG seien für diese Ermittlung auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten. Die Erstbehörde habe daher bei Beurteilung, wer bei T. zur Vertretung der Gesellschaft nach außen gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG berufen sei, Schweizer Recht anzuwenden. Dabei hätte die Erstbehörde von Amts wegen jene Personen ermitteln müssen, die unter Anwendung des Schweizer Rechts Verantwortliche im Sinne von Paragraph 9, Absatz eins, VStG seien. In diesem Zusammenhang seien von der belangten Behörde ebenso von Amts wegen Hilfsmittel beizuziehen gewesen, wobei hier explizit auch die Mitwirkung der Beteiligten sowie Sachverständigengutachten als geeignet angesehen würden. Die Nichtbefolgung der Ermittlungspflicht gelte als Verfahrensmangel eigener Art, der dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung unterstellt werde. Die entsprechenden Kenntnisse über das fremde Recht habe sich die Behörde in jeder Lage des Verfahrens zu verschaffen, auch im Rechtsmittelverfahren. Die Erstbehörde habe in mehrerlei Hinsicht massiv gegen diese Ermittlungspflicht verstoßen. Entgegen den Ausführungen und Feststellungen im Gutachten der me. ag vom 20.12.2011 komme die Erstbehörde zum Ergebnis, der Berufungswerber sei in seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates durch das Organisationsreglement nicht eingeschränkt. Sollte die Erstbehörde, was sie nicht einmal behauptet habe, das vom Berufungswerber vorgelegte Gutachten als unrichtig oder mangelhaft angesehen haben, wäre sie von Amts wegen verpflichtet gewesen, ein anderes Hilfsmittel im Sinne von Paragraph 4, IPRG heranzuziehen. Auch seien weder T. noch der Berufungswerber jemals aufgefordert worden, bekannt zu geben, wer berechtigt sei, die T. nach außen zu vertreten bzw. wer verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei. Keinesfalls könne dem Berufungswerber eine

Verletzung seiner insofern bestehenden Mitwirkungspflicht vorgeworfen werden. Vielmehr sei vom Berufungswerber ohne Aufforderung als Beweis ein als Hilfsmittel im Sinne des Paragraph 4, IPRG geeignetes Gutachten vorgelegt worden. Weiters sei vom Berufungswerber eine rechtsgutachterliche Stellungnahme zu Paragraph 9, VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012 vorgelegt worden. Dieser Beweis sei von der Behörde in keiner Weise im Ermittlungsverfahren berücksichtigt worden. Zwar sei das vorgelegte Gutachten zumindest als Beweis angeführt, hingegen fehle jegliche Beweiswürdigung, weshalb die darin enthaltenen Ausführungen nicht zutreffend seien. Dabei ergebe sich aus dem erwähnten Gutachten eindeutig, dass der Berufungswerber nicht als Verantwortlicher nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG anzusehen sei. Dieses, auf dem Gutachten von me. ag vom 20.12.2011 zum Schweizer Recht aufbauende, speziell für den Berufungswerber erstellte rechtliche Gutachten zu Paragraph 9, VStG sei auch sonst in keiner Weise im Rahmen des Ermittlungsverfahrens berücksichtigt, gewürdigt oder im Rahmen der Beweiswürdigung widerlegt worden. Ebenso wenig sei von der belangten Behörde ein anderes geeignetes Hilfsmittel, etwa ein weiteres Sachverständigengutachten, zur Klärung der Vorfrage, ob der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates vom T. nach Ansicht der Behörde verantwortlich nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG sei, eingeholt worden. Vielmehr gehe die belangte Behörde trotz pflichtwidriger Nichteinholung geeigneter Hilfsmittel und trotz der im Rahmen der Rechtfertigung vorgelegten Gutachten zum Schweizer Recht und zu Paragraph 9, VStG im Straferkenntnis weiterhin fälschlicher Weise davon aus, dass der Berufungswerber in seiner Funktion als Mitglied des Verwaltungsrates für T. nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG strafrechtlich verantwortlich sei. Hätte die belangte Behörde die vom Berufungswerber vorgelegten Gutachten der me. ag im Rahmen ihrer Beweiswürdigung richtig berücksichtigt oder zumindest ein entsprechendes Gutachten selbst eingeholt, wäre sie bei Klärung ihrer Vorfrage zum Ergebnis gekommen, dass der Berufungswerber zu keinem Zeitpunkt nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG nach außen vertretungsbefugt gewesen sei, da er zu keinem Zeitpunkt Mitglied der Geschäftsleitung gewesen sei. Zum Beweis dafür werde unter anderem auf das Gutachten der me. ag vom 20.12.2011 sowie die rechtsgutachterliche Stellungnahme zu Paragraph 9, VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012 verwiesen. Überdies werde die Einholung eines Gutachtens als geeignetes Hilfsmittel zur Beurteilung der Vorfrage beantragt, wer bei T. als Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht als nach außen vertretungsbefugtes Organ nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG strafrechtlich verantwortlich sei. Die belangte Behörde verkenne, dass die Organfunktion bzw. die Vertretungsbefugnis nach außen bei T. für sich genommen keinesfalls zu einer Verantwortlichkeit nach Paragraph 9, VStG führe. Vielmehr sei im konkreten Fall unter Zugrundelegung des Schweizer Rechts als Vorfrage zu klären, wer überhaupt als nach außen zur Vertretung berufen sei. Aus dem Gutachten von me. ag ergebe sich, dass dabei streng zwischen formeller Organstellung und prinzipiell vorhandener Vertretungsmacht einerseits sowie persönlicher Verantwortlichkeit und Zurechnung von Fehlverhalten eines Mitarbeiters zu den obersten Leitungsorganen einer Gesellschaft andererseits zu unterscheiden sei. Auch würden die beiden österreichischen Universitätsprofessoren in ihrer rechtlichen Stellungnahme eindeutig zum Ergebnis kommen, dass der Berufungswerber trotz seiner Organfunktion und seiner „Kollektivunterschrift zu zweien“ keinesfalls als Verantwortlicher nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG anzusehen sei. Hätte die belangte Behörde die vom Berufungswerber vorgelegten Beweise, insbesondere das Gutachten von me. ag vom 20.12.2011 bzw. die rechtsgutachterliche Stellungnahme zu Paragraph 9, VStG von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 2.1.2012, überhaupt berücksichtigt, wäre sie richtiger Weise zur Feststellung gelangt, dass der Berufungswerber zu keinem Zeitpunkt zur Vertretung von T. nach außen Berufener gemäß Paragraph 9, VStG gewesen sei. Die Erstbehörde stütze die Verantwortlichkeit des Berufungswerbers gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG fälschlicher Weise auf die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat von T.. Die Position des Berufungswerbers bei T. sei die eines Mitgliedes des Verwaltungsrates. Seine Zuständigkeit sei jedoch durch die rechtswirksame Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung stark eingeschränkt worden. Bei ihm verblieben nur Kompetenzen im Rahmen der strategischen Oberleitung bei T., die dem Verwaltungsrat im Einklang mit dem Schweizer Recht und der Verfassung der T. unübertragbar zugewiesen seien. Als Mitglied des Verwaltungsrates sei er für die laufende Geschäftsführung der T. und der Kontrolle der Geschäftsleitung in dieser Hinsicht weder zuständig noch verantwortlich. In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass aus Sicht der FINMA einschlägige Fachkenntnisse nur für die Geschäftsleitung verlangt

würden. Der Berufungswerber sei zwar unter Anwendung der entscheidenden Statuten und des Schweizer Rechts Mitglied des Verwaltungsrates, jedoch keinesfalls Mitglied der Geschäftsleitung. In dem vorgelegten Gutachten der Schweizer Anwaltskanzlei me. ag vom 20.12.2011 werde ausdrücklich bestätigt, dass der Berufungswerber gemäß Schweizer Recht als Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft mit „Kollektivunterschrift zu zweien“ in keiner Form, das heiße weder im Innen- noch im Außenverhältnis, für den tagesgeschäftlichen Handel der Gesellschaft mit S. Aktien an der Wiener Börse gemäß dem Vorhalt der Aufforderung zur Rechtfertigung zuständig gewesen sei. Somit habe der Berufungswerber niemals eine Funktion bei T. inne gehabt, die jener eines Verantwortlichen nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG entspreche. Die Verantwortlichkeit nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG richte sich danach, wer satzungsgemäß, also nach der Verfassung der betreffenden juristischen Person, zur Vertretung nach außen berufen sei. Bei einer in der Satzung vorgenommenen sachlichen Aufteilung der Kompetenzen der Vertretungsorgane könne sich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nur auf jene Organe beziehen, in deren Zuständigkeit die Einhaltung des gebotenen Verhaltens falle. Bei kollegialen Vertretungsorganen treffe die Verantwortlichkeit grundsätzlich alle Mitglieder, anderes gelte hingegen wenn eine bestimmte Aufgabenteilung zwischen einzelnen Mitgliedern eines Kollegialorgans bereits satzungsmäßig vorgesehen sei. Dies treffe auf T. zu, die eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht sei. Nach der Satzung (Statuten) von T. seien unter anderem der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung Organe der Gesellschaft. Das Organisationsreglement konkretisiere die bereits in der Satzung verankerte Aufgabenteilung zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat. Der Verwaltungsrat sei grundsätzlich für die Oberleitung der Gesellschaft, den Erlass der nötigen Reglements und Weisungen, die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsleitung sowie die Entscheidungen über die ihm vorbehaltenen Geschäfte verantwortlich. Die Geschäftsleitung sei hingegen für die gesamte laufende Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zuständig und verantwortlich. Ihr seien die Mitarbeiter der Gesellschaft unterstellt. Sie entscheide und überwache die Geschäfte der Gesellschaft. Darüber hinaus überprüfe und überwache die Geschäftsleitung das Tagesgeschäft und dessen Abwicklung. Die T. habe auf Grund der entsprechenden Bestimmungen der Statuten und des Organisationsreglements ein eingeschränkt dualistisches Leitungssystem, indem sie zwei Leitungsorgane (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) eingerichtet habe. Nach österreichischem Recht könnten nur Mitglieder der Geschäftsleitung, nicht hingegen des Verwaltungsrates, für Handlungen von T. verantwortlich gemacht werden. Der Berufungswerber sei nicht Mitglied der Geschäftsleitung, sondern lediglich Mitglied des Verwaltungsrates bei T. gewesen. Folglich sei er gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG für die Einhaltung der in diesem Verfahren maßgeblichen österreichischen Bestimmungen weder zuständig noch verantwortlich, weshalb seine Strafbarkeit schon aus diesem Grund ausscheide. Im Berufungsverfahren wurde von der Erstbehörde ein bei der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA eingeholtes Gutachten zu der Frage vorgelegt, welche Organe bei T. nach Schweizer Recht zur Vertretung nach außen berufen sind. Mit einem Schriftsatz vom 8.2.2012 wurde vom Berufungswerber ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Stefan Bo. und Univ.-Prof. Dr. Stefan Pi. zu den Fragen vorgelegt, ob die inkriminierten Kursvorfälle als „abnormal returns“ anzusehen seien und ob die inkriminierten Handelsaktivitäten von T. geeignet gewesen seien, die Kurse von S. manipulativ zu beeinflussen.

In einem weiteren Schriftsatz vom 15.2.2011 verwies der Rechtsmittelwerber zur Frage seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit darauf, dass selbst der österreichische Gesetzgeber ganz offensichtlich nur die Geschäftsleiter als Verantwortliche gemäß § 9 Abs. 1 VStG ansehe. So statuiere etwa § 14 Abs. 1 Z. 4 Börsegesetz als eine Voraussetzung für die Börsemitgliedschaft, dass der Antragsteller oder einer seiner Geschäftsleiter nicht wegen Marktmanipulation rechtskräftig bestraft worden sei. Unter Geschäftsleiter sei im Börsegesetz (gemäß den anzuwendenden Begriffsbestimmungen des BWG und WAG 2007) im Falle einer österreichischen AG ebenso wie bei einer SE mit dualistischen System ausschließlich der Vorstand anzusehen. Darüber hinaus ergebe sich aus § 14 Börsegesetz argumentum e contrario, dass der Aufsichtsrat einer AG bzw. der Verwaltungsrat einer SE mit dualistischem System nicht wegen Marktmanipulation zu bestrafen sei, denn sonst wäre der Umstand, dass die Börsemitgliedschaft in diesen Fällen nicht bedroht sei, wertungsmäßig unhaltbar. Somit könne Verantwortlicher nach § 9 VStG jedenfalls für den Vorwurf einer Marktmanipulation gemäß § 48c Börsegesetz nur ein Mitglied der Geschäftsleitung sein, was der Berufungswerber jedoch nicht gewesen sei. Gleichzeitig wurde ein weiteres Gutachten der Schweizer

Rechtsanwaltskanzlei me. ag vom 15.2.2012 vorgelegtIn einem weiteren Schriftsatz vom 15.2.2011 verwies der Rechtsmittelwerber zur Frage seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit darauf, dass selbst der österreichische Gesetzgeber ganz offensichtlich nur die Geschäftsleiter als Verantwortliche gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG ansehe. So statuiere etwa Paragraph 14, Absatz eins, Ziffer 4, Börsegesetz als eine Voraussetzung für die Börsemitgliedschaft, dass der Antragsteller oder einer seiner Geschäftsleiter nicht wegen Marktmanipulation rechtskräftig bestraft worden sei. Unter Geschäftsleiter sei im Börsegesetz (gemäß den anzuwendenden Begriffsbestimmungen des BWG und WAG 2007) im Falle einer österreichischen AG ebenso wie bei einer SE mit dualistischen System ausschließlich der Vorstand anzusehen. Darüber hinaus ergebe sich aus Paragraph 14, Börsegesetz argumentum e contrario, dass der Aufsichtsrat einer AG bzw. der Verwaltungsrat einer SE mit dualistischem System nicht wegen Marktmanipulation zu bestrafen sei, denn sonst wäre der Umstand, dass die Börsemitgliedschaft in diesen Fällen nicht bedroht sei, wertungsmäßig unhaltbar. Somit könne Verantwortlicher nach Paragraph 9, VStG jedenfalls für den Vorwurf einer Marktmanipulation gemäß Paragraph 48 c, Börsegesetz nur ein Mitglied der Geschäftsleitung sein, was der Berufungswerber jedoch nicht gewesen sei. Gleichzeitig wurde ein weiteres Gutachten der Schweizer Rechtsanwaltskanzlei me. ag vom 15.2.2012 vorgelegt

Der erkennende Senat führte in dieser Rechtssache am 16.2.2012 eine mündliche Berufungsverhandlung durch, anlässlich welcher der Rechtsvertreter des Berufungswerbers sowie ein Vertreter der FMA gehört wurden.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Die Erstbehörde ist im erstinstanzlichen Verfahren davon ausgegangen, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG, eines Börsemitglieds (§ 14 Börsegesetz) der Wiener Börse AG mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die gegenständlich angelasteten Marktmanipulationen verantwortlich sei. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Rechts- und Handlungsfähigkeit eines im Ausland etablierten Unternehmens das in diesem Land maßgebliche Recht ausschlaggebend. Da es sich bei diesem ausländischen Recht um fremdes Recht handelt, auf das der Grundsatz „iura novit curia“ keine Anwendung findet, ist dieses in einem amtswegigen Ermittlungsverfahren festzustellen. Im Sinne des § 4 IPRG sind zulässige Hilfsmittel für diese Ermittlung auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten (VwGH 25.2.2009, Zl. 2008/03/0179, VwGH 19.10.1999, Zl. 97/18/0074), wobei in diesem Zusammenhang eine besondere Mitwirkungspflicht der ausländischen juristischen Person bzw. des oder der diese juristische Person nach außen Vertretenden besteht (VwGH 7.9.2007, Zl. 2006/02/0279). Entgegen dieser höchstgerichtlichen Judikatur hat die Erstbehörde die Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Berufungswerbers nach § 9 Abs. 1 VStG im Rahmen der von ihr vorgenommenen rechtlichen Beurteilung selbst gelöst. Da es sich bei der Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit einer im Ausland gelegenen Gesellschaft – wie hier einer in der Schweizerischen Eidgenossenschaft etablierten Aktiengesellschaft – nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine Tatsachenfrage handelt, die einer Beweisführung zugänglich ist (VwGH 19.10.1999, Zl. 97/18/0074), wäre die Erstbehörde gehalten gewesen, dies in einem (amtswegigen) Ermittlungsverfahren festzustellen und dem Berufungswerber dazu Parteiengehör zu gewähren.Die Erstbehörde ist im erstinstanzlichen Verfahren davon ausgegangen, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG, eines Börsemitglieds (Paragraph 14, Börsegesetz) der Wiener Börse AG mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG für die gegenständlich angelasteten Marktmanipulationen verantwortlich sei. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Rechts- und Handlungsfähigkeit eines im Ausland etablierten Unternehmens das in diesem Land maßgebliche Recht ausschlaggebend. Da es sich bei diesem ausländischen Recht um fremdes Recht handelt, auf das der Grundsatz „iura novit curia“ keine Anwendung findet, ist dieses in einem amtswegigen Ermittlungsverfahren festzustellen. Im Sinne des Paragraph 4, IPRG sind zulässige Hilfsmittel für diese Ermittlung auch die Mitwirkung der Beteiligten, Auskünfte des Bundesministeriums für Justiz und Sachverständigengutachten (VwGH 25.2.2009, Zl. 2008/03/0179, VwGH 19.10.1999, Zl. 97/18/0074), wobei in diesem Zusammenhang eine besondere Mitwirkungspflicht der

ausländischen juristischen Person bzw. des oder der diese juristische Person nach außen Vertretenden besteht (VwGH 7.9.2007, Zl. 2006/02/0279). Entgegen dieser höchstgerichtlichen Judikatur hat die Erstbehörde die Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Berufungswerbers nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG im Rahmen der von ihr vorgenommenen rechtlichen Beurteilung selbst gelöst. Da es sich bei der Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit einer im Ausland gelegenen Gesellschaft – wie hier einer in der Schweizerischen Eidgenossenschaft etablierten Aktiengesellschaft – nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine Tatsachenfrage handelt, die einer Beweisführung zugänglich ist (VwGH 19.10.1999, Zl. 97/18/0074), wäre die Erstbehörde gehalten gewesen, dies in einem (amtswegigen) Ermittlungsverfahren festzustellen und dem Berufungswerber dazu Parteiengehör zu gewähren.

Vor dem Hintergrund der dem erkennenden Senat nunmehr vorliegenden Beweismittel konnte nicht weiter davon ausgegangen werden, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG nach § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufen gewesen ist.Vor dem Hintergrund der dem erkennenden Senat nunmehr vorliegenden Beweismittel konnte nicht weiter davon ausgegangen werden, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG zur Vertretung nach außen berufen gewesen ist.

Insoweit vom Berufungswerber auf die bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegte rechtsgutachterliche Stellungnahme von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 11.1.2012 verwiesen wird, welche darin zusammenfassend zum Ergebnis kommen, dass der Berufungswerber im vorliegenden Zusammenhang nicht nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich gewesen sei, ist festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur hinsichtlich der Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit der gegenständlich im Ausland etablierten Gesellschaft das in der Schweizerischen Eidgenossenschaft maßgebliche Recht ausschlaggebend ist, welches im Ermittlungsverfahren durch geeignete Beweismittel, wie etwa Beiziehung eines Rechtsexperten für das ausländische Recht (VwGH 25.6.1999, Zl. 97/19/0810), festzustellen ist. Für den erkennenden Senat ist nicht ersichtlich und wurde vom Berufungswerber auch nicht konkret dargelegt, aus welchen Gründen die beiden genannten, an einer österreichischen Universität lehrenden und im österreichischen Verwaltungsrecht ausgewiesenen Universitätsprofessoren auch ausgewiesene Rechtsexperten des Schweizer (Gesellschafts-)Rechts wären, sodass diesem Gutachten in Ansehung der Auslegung des Schweizer Rechts – ebenso wie der seitens der Erstbehörde eigenständig vorgenommenen Beurteilung der Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit – nur ein eingeschränkter Beweiswert zuerkannt werden kann.Insoweit vom Berufungswerber auf die bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegte rechtsgutachterliche Stellungnahme von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Ra. und Univ.-Prof. Dr. Nicolas Ra. vom 11.1.2012 verwiesen wird, welche darin zusammenfassend zum Ergebnis kommen, dass der Berufungswerber im vorliegenden Zusammenhang nicht nach Paragraph 9, VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich gewesen sei, ist festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der zitierten höchstgerichtlichen Judikatur hinsichtlich der Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit der gegenständlich im Ausland etablierten Gesellschaft das in der Schweizerischen Eidgenossenschaft maßgebliche Recht ausschlaggebend ist, welches im Ermittlungsverfahren durch geeignete Beweismittel, wie etwa Beiziehung eines Rechtsexperten für das ausländische Recht (VwGH 25.6.1999, Zl. 97/19/0810), festzustellen ist. Für den erkennenden Senat ist nicht ersichtlich und wurde vom Berufungswerber auch nicht konkret dargelegt, aus welchen Gründen die beiden genannten, an einer österreichischen Universität lehrenden und im österreichischen Verwaltungsrecht ausgewiesenen Universitätsprofessoren auch ausgewiesene Rechtsexperten des Schweizer (Gesellschafts-)Rechts wären, sodass diesem Gutachten in Ansehung der Auslegung des Schweizer Rechts – ebenso wie der seitens der Erstbehörde eigenständig vorgenommenen Beurteilung der Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit – nur ein eingeschränkter Beweiswert zuerkannt werden kann.

Seitens des Berufungswerbers wurde jedoch bereits im erstinstanzlichen Verfahren ein Gutachten der Schweizer Rechtsanwaltskanzlei „me. ag“ vom 20.12.2011 vorgelegt, welches wie Folgt lautet:

„Das nachfolgende Gutachten erstellen wir bezüglich Zuständigkeit und Verantwortlichkeit von Herrn Thomas P. für Handlungen von T. (Europe) AG (T. oder die Gesellschaft) im Zusammenhang mit dem Handel mit

Aktien der S. Holding AG (S.) an der Wiener Börse gemäss Vorhalt in der Aufforderung zur Rechtfertigung der Österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA) mit der Akten-Nr. FMA-UL0001.1 00/0053- LAW/2011 vom 23. November 2011.

Wir sind in der Schweiz zugelassene Anwälte und erstatten dieses Gutachten auf der Basis des derzeit in der Schweiz gültigen Rechtes. Wir treffen keinerlei Aussage hinsichtlich eines anderen Rechtes als desjenigen der Schweiz. Wir behandeln in diesem Gutachten ausschliesslich die folgenden

1. 1.Ziffer eins
   Fragen
2. 1.Ziffer eins
   War Herr Thomas P. gemäss schweizerischem Recht als Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft mit Kollektivunterschrift zu zweien in irgendeiner Form nach innen oder nach aussen zuständig für den Handel mit S. Aktien an der Wiener Börse gemäss Vorhalt in der Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA?

   2. Ist Herr Thomas P. gemäss schweizerischem Recht in irgendeiner Form verantwortlich für den von T. an der Wien er Börse getätigten Handel mit S. Aktien gemäss Vorhalt in der Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA? Auf diese Fragen geben wir nach Überprüfung der einschlägigen Gesetze und anderen rechtlichen Grundlagen der Schweiz und der Statuten und Reglemente der Gesellschaft sowie eines Auszugs aus dem Handelsregister des Kantons Z., Schweiz, und in die übrigen am Ende dieses Gutachtens aufgeführten Dokumente die folgenden
3. 2.Ziffer 2
   Kurzantworten:
4. 1.Ziffer eins
   Herr Thomas P. war gemäss schweizerischem Recht als Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft mit Kollektivunterschrift zu zweien in keinerlei Form, d.h. weder im Innen- noch im Aussenverhältnis, zuständig für den tagesgeschäftlichen Handel der Gesellschaft mit S. Aktien an der Wiener Börse gemäss Vorhalt in der Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA.

   2. Herr Thomas P. ist gemäss schweizerischem Recht in keinerlei Form verantwortlich für den durch T. getätigten Handel mit S. Aktien an der Wiener Börse gemäss Vorhalt in der Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA

   3. Sachverhalt

Bezüglich des Herrn Thomas P. vorgeworfenen Sachverhaltes verweisen wir auf den Vorhalt in der an Herrn Thomas P. gerichteten Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA vom 23. November 2011. Wir gehen davon aus, dass Herr P. an den von der FMA beanstandeten Transaktionen weder direkt noch indirekt persönlich beteiligt war.

4. Erörterung

Herr Thomas P. ist Präsident des Verwaltungsrats von T.. Er hat zu keinem Zeitpunkt der Geschäftsleitung im Sinne der internen Organisation der Gesellschaft und der entsprechenden Meldung an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht gemäss den Anforderungen des schweizerischen Rechts angehört.
Die Zuständigkeiten von Herrn Thomas P. innerhalb der Organisation von T. sind durch das Organisationsreglements der Gesellschaft eng und abschliessend definiert. Sie beschränken sich - zusätzlich zu den Kompetenzen im Rahmen der strategischen Oberleitung, die dem Gesamtverwaltungsrat zustehen - im hier interessierenden Bereich auf eine Kontrolle der monatlichen Übersichten und Berichte über Handelsaktivitäten und Positionen, gegliedert nach Sektoren und Märkten. In Anbetracht des statutarischen Zwecks der Gesellschaft, welcher es der Gesellschaft erlaubt, weltweit an verschiedenen Börsen tätig zu sein und Handel mit Wertpapieren, derivativen Finanzinstrumenten und Devisen zu betreiben (was T. unserer Kenntnis nach in der fraglichen Zeit tatsächlich getan hat und immer noch tut), kann die zitierte Bestimmung des Organisationsreglements nur so verstanden werden, dass Herr Thomas P. nicht die sich aus dem Tagesgeschäft ergebenden Daten Transaktion für Transaktion kontrollieren sollte, sondern nur die monatlichen, naturgemäss zusammenfassenden Übersichten und Berichte über die Handelsaktivitäten des vergangenen Monats, die wesentlichen (offenen) Positionen, die mit den Handelsaktivitäten verbundenen

Risiken und die daraus resultierende Profitabilität. Eine mögliche Ergänzung kann sich demgemäss nur auf fehlende Teile beziehen, welche für diese monatlichen Übersichten und Berichte relevant wären, insbesondere systematische Fehler der Berichterstattung, der Risikoerfassung und der Profitabilitätsberechnung (unvollständige Erfassung der Risikofaktoren oder Faktoren, welche für die Rentabilität entscheidend sind, etc.). Gemäss dem Organisationsreglement der Gesellschaft fallen weder die Überwachung einzelner Transaktionen mit einzelnen Titeln an einzelnen Börsen noch die Überwachung der Programmierung und der Einstellungen des automatisierten EigenHandelssystems in den Zuständigkeitsbereich von Herrn Thomas P.. Das ergibt sich schon daraus, dass im Organisationsreglement von monatlichen Übersichten und Berichten, nicht von täglichen Rapporten und Journalen o.ä. die Rede ist, und dass die Übersichten und Berichte nach Sektoren und Märkten, nicht nach einzelnen Emittenten oder Valoren gegliedert sein sollten. Eine Überwachung einzelner Transaktionen kann bei einem Unternehmen wie T. auch unmöglich von einer einzigen Person wahrgenommen werden. Die Verantwortlichkeit einer Organperson kann nur soweit gehen, wie sie von ihr praktisch und realistischerweise auch wahrgenommen werden kann. Seine prinzipiell vorhandene Vertretungsmacht nach aussen (Kollektivunterschrift zu zweien) ist im Lichte der von der Gesellschaft gewählten und durch die Eidgenössische Bankenkommission genehmigten Zuständigkeitsstruktur von T. zu sehen; eine über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgehende Vertretungsmacht ist für seine Verantwortlichkeit prinzipiell irrelevant.
Unter schweizerischem Recht geht es nicht an, von einer formellen Organstellung pauschal auf eine persönliche Verantwortlichkeit zu schliessen (Bundesgerichtsurteil vom 12. August 2008, 6B_783/2007 Erw. 3.3). Ebenso wenig kann gemäss schweizerischem Recht in einer arbeitsteiligen Unternehmung jedes Fehlverhalten eines Mitarbeiters den obersten Leitungsorganen einer Gesellschaft zugerechnet werden, nur weil diese die oberste Organisationsverantwortung tragen und ihnen die oberste Kontrollaufgaben obliegen (vgl. BGE 125 11I 90).Unter schweizerischem Recht geht es nicht an, von einer formellen Organstellung pauschal auf eine persönliche Verantwortlichkeit zu schliessen (Bundesgerichtsurteil vom 12. August 2008, 6B_783/2007 Erw. 3.3). Ebenso wenig kann gemäss schweizerischem Recht in einer arbeitsteiligen Unternehmung jedes Fehlverhalten eines Mitarbeiters den obersten Leitungsorganen einer Gesellschaft zugerechnet werden, nur weil diese die oberste Organisationsverantwortung tragen und ihnen die oberste Kontrollaufgaben obliegen vergleiche BGE 125 11I 90).
Gemäss der internen Organisation (Verfassung) der Gesellschaft war Herr Thomas P. für das Tagesgeschäft und für die Überwachung des Handelssystems im Hinblick auf das Funktionieren bei einzelnen Tagesgeschäften nicht zuständig und damit auch nicht verantwortlich.

5. Konklusion

Herr Thomas P. ist für Handlungen von T. (Europe) AG im Zusammenhang mit dem Handel von S. Aktien an der Wien er Börse in der Zeit vom 31. März 2009 bis zum 2. April 2009 gemäss schweizerischem Recht weder zuständig gewesen noch ist er dafür gemäss schweizerischem Recht in irgendeiner Form verantwortlich.
Dieses Gutachten wird ausschliesslich an Herrn Dr. Markus H., Wolf Th. Rechtsanwälte, Wien, im Zusammenhang mit der an Herrn Thomas P. gerichteten Aufforderung zur Rechtfertigung der FMA vom 23. November 2011 abgegeben. Es darf an T. sowie die FMA weitergegeben werden. Die Haftpflicht von me. ag im Zusammenhang mit dem vorliegenden Gutachten ist (auch im Fall einer Weitergabe dieses Gutachtens) auf maximal CHF 5'000'000 beschränkt.
Dieses Gutachten untersteht Schweizer Recht. Gerichtsstand ist Zürich 1.“
Im Berufungsverfahren wurde weiters ein von der FMA bei der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht FINMA, welche die T. (Europe) AG beaufsichtigt, beauftragtes Gutachten zur Frage, welche Organe der T. nach schweizerischem Recht zur Vertretung nach außen berufen seien, vorgelegt. Dieses Gutachten lautet wie Folgt:
„Wir beziehen uns auf Ihre unten angefügte Anfrage, welche wir Ihnen wie folgt beantworten können:
Ad 1) Der Verwaltungsrat der T. (Europe) AG, Z., („T.“) ist gemäss Art. 6 lit. b der Statuten ein Organ der Gesellschaft.Ad 1) Der Verwaltungsrat der T. (Europe) AG, Z., („T.“) ist gemäss Artikel 6, Litera b, der Statuten ein Organ der Gesellschaft.
Ad 2) Ebenso ist die Geschäftsleitung der T. ein Organ der Gesellschaft (Art. 6 lit. c der Statuten).Ad 2) Ebenso ist die Geschäftsleitung der T. ein Organ der Gesellschaft (Artikel 6, Litera c, der Statuten).

Ad 3) Rechtstechnisch wird das Vertretungsrecht durch eine Bevollmächtigung eingeräumt, nicht durch Gesetz oder Statuten. Die Bevollmächtigung als solches ist jedoch oft nicht als isoliertes Rechtsgeschäft erkennbar, da sie meist in der Wahl in eine Funktion mit Vertretungsrecht enthalten ist. Nach der aufsichtsrechtlichen Praxis haben Effektenhändler nebst dem Verwaltungsrat auch eine Geschäftsleitung einzurichten, deren Mitgliedern kollektive Zeichnungsberechtigung zukommen muss. Entsprechend hat der Verwaltungsrat den Geschäftsleitungsmitgliedern die Ausservertretungsbefugnis (Zeichnungsrecht) zu erteilen und im Handelsregister anzumelden (Art. 720 OR). Damit ist die Geschäftsleitung zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt.Ad 3) Rechtstechnisch wird das Vertretungsrecht durch eine Bevollmächtigung eingeräumt, nicht durch Gesetz oder Statuten. Die Bevollmächtigung als solches ist jedoch oft nicht als isoliertes Rechtsgeschäft erkennbar, da sie meist in der Wahl in eine Funktion mit Vertretungsrecht enthalten ist. Nach der aufsichtsrechtlichen Praxis haben Effektenhändler nebst dem Verwaltungsrat auch eine Geschäftsleitung einzurichten, deren Mitgliedern kollektive Zeichnungsberechtigung zukommen muss. Entsprechend hat der Verwaltungsrat den Geschäftsleitungsmitgliedern die Ausservertretungsbefugnis (Zeichnungsrecht) zu erteilen und im Handelsregister anzumelden (Artikel 720, OR). Damit ist die Geschäftsleitung zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt.

Ad 4) Weder Statuten noch OGR weisen darauf hin, welche Personen konkret in der Geschäftsleitung Einsitz nehmen, da sie in der Regel keine Namen enthalten. Der Verwaltungsrat hat wie oben erwähnt die Pflicht, die Zeichnungsberechtigten im Handelsregister anzumelden. Es steht der Gesellschaft dabei frei, unter „Funktion“ einen Zeichnungsberechtigten als „Geschäftsleitungsmitglied“ o.ä. eintragen zu lassen. Da die Funktionenbezeichnung jedoch nicht obligatorisch ist, kann jemand als Zeichnungsberechtigter eingetragen werden, ohne dass die tatsächlich bestehende Zugehörigkeit zur Geschäftsleitung offenbart wird. Auf der anderen Seite aber wird jemand nur mit derjenigen Funktion eingetragen, welche tatsächlich aus dem Ernennungsprotokoll hervorgeht. Also kann man immerhin sagen, dass jede Person, die als Geschäftsleitungsmitglied eingetragen ist, auch als solches ernannt und bevollmächtigt ist. Steht im Handelsregister jedoch nebst der Zeichnungsberechtigung keine Bezeichnung als Geschäftsleitungsmitglied, so kann man zur Beurteilung einzig auf das entsprechende Ernennungsprotokoll des Verwaltungsrats abstellen. Die Funktionenbezeichnung als „Direktor“ oder „Generaldirektor“ ist nicht hilfreich, da damit häufig nicht die oberste, operative Führungslinie (also die Geschäftsleitung) gemeint ist, sondern eine Stufe darunter. Nach unseren Informationen bestand die Geschäftsleitung als Organ im Jahr 2009 aus den Herren Josef Ko. und Jonathan C.. Die beiden Herren Ingo M. und Roger R. waren dagegen nicht Mitglied der Geschäftsleitung.

Ad 5 und 6) Effektenhändler sind – wie oben erwähnt (Ad 3) – aufsichtsrechtlich gehalten, nebst dem für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständigen Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten. Diese Delegation der Geschäftsführungsbefugnis erfolgt im Grundsatz durch die Statuten und muss in einem OGR konkretisiert werden (Art. 716b Obligationenrecht). Das OGR ist also im Vergleich zu den Statuten eine Satzung zweiter Stufe, welche die statutarisch vorgegebene Rahmenordnung näher ausführt, erläutert und ergänzt. Das OGR ist nicht öffentlich einsehbar. Das OGR hat nebst den wichtigsten organisatorischen Belangen all jene Materien zu umfassen, die den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich und das Grundkapital betreffen oder damit in Verbindung stehen. Hauptsächlich geht es dabei um Bestimmungen über die Organe der Gesellschaft, ihre Organisation, Aufgaben und Befugnisse sowie die Erfassung der wesentlichen Geschäftsbereiche. Dazu gehören auch die Grundzüge des internen Kontrollsystems und die Grundlagen für das Personal. Die Genehmigungspflicht des OGR ergibt sich aus Art. 3 Börsenverordnung und gründet in der materiellen Tragweite der Regelungsmaterien für die Geschicke der Gesellschaft. Die Genehmigung grundsätzlicher Aspekte der Organisation und Geschäftstätigkeit ist zur Wahrnehmung der prudentiellen Aufsicht sehr zentral.Ad 5 und 6) Effektenhändler sind – wie oben erwähnt (Ad 3) – aufsichtsrechtlich gehalten, nebst dem für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständigen Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten. Diese Delegation der Geschäftsführungsbefugnis erfolgt im Grundsatz durch die Statuten und muss in einem OGR konkretisiert werden (Artikel 716 b, Obligationenrecht). Das OGR ist also im Vergleich zu den Statuten eine Satzung zweiter Stufe, welche die statutarisch vorgegebene Rahmenordnung näher ausführt, erläutert und ergänzt.

Das OGR ist nicht öffentlich einsehbar. Das OGR hat nebst den wichtigsten organisatorischen Belangen all jene Materien zu umfassen, die den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich und das Grundkapital betreffen oder damit in Verbindung stehen. Hauptsächlich geht es dabei um Bestimmungen über die Organe der Gesellschaft, ihre Organisation, Aufgaben und Befugnisse sowie die Erfassung der wesentlichen Geschäftsbereiche. Dazu gehören auch die Grundzüge des internen Kontrollsystems und die Grundlagen für das Personal. Die Genehmigungspflicht des OGR ergibt sich aus Artikel 3, Börsenverordnung und gründet in der materiellen Tragweite der Regelungsmaterien für die Geschicke der Gesellschaft. Die Genehmigung grundsätzlicher Aspekte der Organisation und Geschäftstätigkeit ist zur Wahrnehmung der prudentiellen Aufsicht sehr zentral.
Ad 6) Sowohl Verwaltungsrat als auch Geschäftsleitung haben „Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit“ zu bieten (Art. 10 Abs. 2 lit. d Börsengesetz). Das Gewährserfordernis trifft das jeweilige Organ als Gesamtgremium, aber auch jedes einzelne Mitglied. Die FINMA prüft die Gewähr im Zeitpunkt der Erteilung der Effektenhändlerbewilligung zugunsten der Gesellschaft. Im Rahmen der anschliessenden, laufenden Aufsicht obliegt die Gewährsprüfung in erster Linie der jeweiligen, durch die FINMA akkreditierten Prüfgesellschaft des Effektenhändlers. Ergeben sich Zweifel an der Gewähr, hat die Prüfgesellschaft die FINMA zu informieren, worauf die FINMA das Treffen von Massnahmen prüft. Ad A) Herr Thomas P. war im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Präsident und Delegierter des Verwaltungsrats und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Die Zuständigkeit ergibt sich einerseits aus den Statuten (Art. 16) und aus dem OGR (Ziff. 2.1.1.ff.). Die Aufgaben des Audit Committees (FINMA-Rundschreiben 2008/24, Randziffern 41 bis 53) wurden durch den Gesamtverwaltungsrat wahrgenommen. Ad B) Herr Arthur N. war im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Vizepräsident des Verwaltungsrats und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Im Übrigen gelten die Ausführungen unter Ad A) hiervor analog.Ad 6) Sowohl Verwaltungsrat als auch Geschäftsleitung haben „Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit“ zu bieten (Artikel 10, Absatz 2, Litera d, Börsengesetz). Das Gewährserfordernis trifft das jeweilige Organ als Gesamtgremium, aber auch jedes einzelne Mitglied. Die FINMA prüft die Gewähr im Zeitpunkt der Erteilung der Effektenhändlerbewilligung zugunsten der Gesellschaft. Im Rahmen der anschliessenden, laufenden Aufsicht obliegt die Gewährsprüfung in erster Linie der jeweiligen, durch die FINMA akkreditierten Prüfgesellschaft des Effektenhändlers. Ergeben sich Zweifel an der Gewähr, hat die Prüfgesellschaft die FINMA zu informieren, worauf die FINMA das Treffen von Massnahmen prüft. Ad A) Herr Thomas P. war im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Präsident und Delegierter des Verwaltungsrats und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Die Zuständigkeit ergibt sich einerseits aus den Statuten (Artikel 16,) und aus dem OGR (Ziff. 2.1.1.ff.). Die Aufgaben des Audit Committees (FINMA-Rundschreiben 2008/24, Randziffern 41 bis 53) wurden durch den Gesamtverwaltungsrat wahrgenommen. Ad B) Herr Arthur N. war im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Vizepräsident des Verwaltungsrats und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Im Übrigen gelten die Ausführungen unter Ad A) hiervor analog.
Ad C) Herr Armand In. war im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Mitglied des Verwaltungsrats und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Im Übrigen gelten die Ausführungen unter Ad A) hiervor analog.
Ad D und E) Die Herren Josef Ko. und Jonathan C. waren im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Mitglied der Geschäftsleitung (mit dem Titel/Funktionsbezeichnung „Generaldirektor“) und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Die Zuständigkeit ergibt sich einerseits aus den Statuten (Art. 19) und aus dem OGR (Ziff. 2.3.2.ff.). Eine bestimmte interne Zuständigkeit ergibt sich weder aus Gesetz, Statuten noch OGR, jedoch möglicherweise gestützt auf ein internes Organigramm oder einen Geschäftsverteilungsplan o.ä. Ad F und G) Die Herren Roger R. und Ingo M. waren zwar im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 nicht Mitglieder der Geschäftsleitung und damit auch nicht Organe der Gesellschaft nach Gesetz oder Statuten, jedoch unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Eine bestimmte interne Zuständigkeit ergibt sich weder aus Gesetz, Statuten noch OGR, jedoch möglicherweise gestützt auf ein internes Organigramm oder einen Geschäftsverteilungsplan o.ä. In Anbetracht des Gutachtens der Proff. Bernhard und Nicolas Ra., Universität Wien, erlauben wir uns folgende

zusätzlichen Bemerkungen:Ad D und E) Die Herren Josef Ko. und Jonathan C. waren im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 Mitglied der Geschäftsleitung (mit dem Titel/Funktionsbezeichnung „Generaldirektor“) und damit Organ nach Gesetz und Statuten sowie unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Die Zuständigkeit ergibt sich einerseits aus den Statuten (Artikel 19,) und aus dem OGR (Ziff. 2.3.2.ff.). Eine bestimmte interne Zuständigkeit ergibt sich weder aus Gesetz, Statuten noch OGR, jedoch möglicherweise gestützt auf ein internes Organigramm oder einen Geschäftsverteilungsplan o.ä. Ad F und G) Die Herren Roger R. und Ingo M. waren zwar im Zeitraum vom 30.03.2009 bis 02.04.2009 nicht Mitglieder der Geschäftsleitung und damit auch nicht Organe der Gesellschaft nach Gesetz oder Statuten, jedoch unbeschränkt zur Aussenvertretung der Gesellschaft befugt. Eine bestimmte interne Zuständigkeit ergibt sich weder aus Gesetz, Statuten noch OGR, jedoch möglicherweise gestützt auf ein internes Organigramm oder einen Geschäftsverteilungsplan o.ä. In Anbetracht des Gutachtens der Proff. Bernhard und Nicolas Ra., Universität Wien, erlauben wir uns folgende zusätzlichen Bemerkungen:
Das schweizerische Recht unterscheidet tatsächlich zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis. Die Vertretungsmacht erfasst alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Die Vertretungsmacht (rechtliches „Können“) deckt nur jene Rechtsgeschäfte nicht, welche durch den Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen sind. Eine Einschränkung der nach aussen wirksamen Vertretungsmacht kann nur durch die im Handelsregister eingetragene Beschränkung hinsichtlich Kollektivunterschrift (u.a.) erfolgen. Weitere Beschränkungen sind nicht möglich. Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis (des rechtlichen „Dürfens“) bspw. in einem Reglement oder einer Weisung, ist eine Beschränkung der internen Erlaubnis, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu verpflichten. Diese Beschränkung hat gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung.
Aussagen betreffend die (zivilrechtliche) Verantwortlichkeit von Organen haben wir bewusst unterlassen, da diese nach unserem Verständnis Teil der Auslegung von § 9 VStG als öffentliches Recht ist. Falls Sie dennoch weitere Ausführungen zum diesbezüglichen schweizerischen Recht wünschen, bitten wir Sie um entsprechende Mitteilung.Aussagen betreffend die (zivilrechtliche) Verantwortlichkeit von Organen haben wir bewusst unterlassen, da diese nach unserem Verständnis Teil der Auslegung von Paragraph 9, VStG als öffentliches Recht ist. Falls Sie dennoch weitere Ausführungen zum diesbezüglichen schweizerischen Recht wünschen, bitten wir Sie um entsprechende Mitteilung.
Für allfällige Fragen steht Ihnen Herr Ueli Schm. (Direktwahl +41 xx xxx xx 35
oder ueli.schm.@finma.ch) gerne zur Verfügung.
Freundliche Grüsse
Marco F. Stephan Sch.
Internationale Zusammenarbeit
Geschäftsbereich Strategische Grundlagen
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA
E.-strasse, Be.
Tel. +41 xx xxx xx 42
Fax +41 xx xxx xx 01.“
Das vom Berufungswerber am 15.2.2012 vorgelegte weitere Gutachten der Schweizer Rechtsanwaltskanzlei „me. ag“ lautet auszugsweise wie Folgt:

„4. Verantwortlichkeit nach Schweizerischem Recht

4.1 Geschäftsleitung gemäss Gesetz und Statuten aussenvertretungsbefugt

Wie oben ausgeführt besteht gemäss Schweizer Recht ein direkter systematischer Zusammenhang zwischen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und der Übertragung der Geschäftsführung durch ein Organisationsreglement. Da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen von Art. 716b OR (Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsführung in den Statuten enthalten und Delegation über ein Organisationsreglement) erfüllt waren, reduziert sich die Haftung der delegierenden Stelle im Rahmen der so delegierten Geschäftsführungskompetenzen auf die cura in eligendo, instruendo und custodiendo. Die

Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats, einschliesslich des Präsidenten und Delegierten des Verwaltungsrats, beschränken sich somit auf die angemessene und sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung derjenigen Personen, an welche die entsprechenden Kompetenzen delegiert worden sind.9 Die Grundidee der Organverantwortlichkeit gemäss Schweizer Recht besteht, wie oben ausgeführt, darin, dass jedes Organmitglied einzig für die Verletzung eigener Pflichten haften soll, während bei erlaubter und formrichtig vorgenommener Delegation dem Delegierenden nur dann ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn dieser bei der Auswahl, Unterrichtung oder Überwachung versagt hat.Wie oben ausgeführt besteht gemäss Schweizer Recht ein direkter systematischer Zusammenhang zwischen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und der Übertragung der Geschäftsführung durch ein Organisationsreglement. Da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen von Artikel 716 b, OR (Ermächtigung zur Delegation der Geschäftsführung in den Statuten enthalten und Delegation über ein Organisationsreglement) erfüllt waren, reduziert sich die Haftung der delegierenden Stelle im Rahmen der so delegierten Geschäftsführungskompetenzen auf die cura in eligendo, instruendo und custodiendo. Die Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrats, einschliesslich des Präsidenten und Delegierten des Verwaltungsrats, beschränken sich somit auf die angemessene und sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung derjenigen Personen, an welche die entsprechenden Kompetenzen delegiert worden sind.9 Die Grundidee der Organverantwortlichkeit gemäss Schweizer Recht besteht, wie oben ausgeführt, darin, dass jedes Organmitglied einzig für die Verletzung eigener Pflichten haften soll, während bei erlaubter und formrichtig vorgenommener Delegation dem Delegierenden nur dann ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn dieser bei der Auswahl, Unterrichtung oder Überwachung versagt hat.

Ein systematischer Zusammenhang besteht auch zu Art. 754 Abs. 2 OR:Ein systematischer Zusammenhang besteht auch zu Artikel 754, Absatz 2, OR:

"Wer die Erfüllung eine Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Sachen, sofern er nicht nachweist dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Oberwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat."

Gemäss Schweizer Recht führt also eine Zuständigkeitsordnung in den Statuten, im Organisationsreglement oder in einem anderen Reglement dazu, dass ein Mitglied des Führungsorgans für (Fehl-) Entscheide nicht haftbar wird, die gar nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallen.11 In diesem Sinne ist die Zuständigkeitsordnung nicht nur im Innen- sondern auch Aussenverhältnis wirksam.

4.2 Gegenstand bzw. Umfang der Kontrolle des Verwaltungsrats (über internes Kontrollsystem)

Die FINMA führt in ihren Antworten unter "Ad 5 und 6)" richtig aus, dass das Organisationsreglement schwerpunktmässig auch Bestimmungen zu den Grundzügen des internen Kontrollsystems zu enthalten habe. Die Ausgestaltung des internen Kontrollsystems gehört zu den im Organisationsreglement zu regelnden Punkten.12 Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 i. V.m. 728a Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 OR 13 hat der Verwaltungsrat dafür zu sorgen, dass ein internes Kontrollsystem (IKS) vorhanden ist. Das IKS muss auf die Unternehmensziele, die Geschäftsrisiken und die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit ausgerichtet und zweckmässig ausgestaltet sein, alle Bereiche des Unternehmens («Prozesse», «Informationen», «Vermögensschutz» und «Compliance») abdecken und tatsächlich funktionieren. Entsprechend schreibt Art. 20 BEHV vor, dass ein Effektenhändler für ein wirksames IKS zu sorgen hat. Insbesondere hat er eine von der Geschäftsführung unabhängige Stelle mit der internen Revision (interne Revisionsstelle beziehungsweise Inspektorat) zu betrauen. Diese überprüft auch die Einhaltung der Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten innerhalb des Unternehmens. Angaben über das IKS gehören zu den Bewilligungsvoraussetzungen für einen Effektenhändler (Art. 17 Abs. 1 lit. c BEHV). Die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Organisationsreglements zur internen Revisionsstelle ist wiederum Aufgabe der externen Prüfgesellschaft, welche dem obersten Leitungsorgan und der FINMA über ihre Prüfungen Bericht zu erstatten hat und insbesondere (auch) die FINMA (normalerweise im Rahmen des Prüfberichts) zu informieren hat, wenn sie Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (zu denen wie gesagt die Einsetzung einer wirksamen internen Kontrolle gehört) feststellt (Art. 27 FINMAG).Die FINMA führt in ihren Antworten unter "Ad 5 und 6)" richtig aus, dass das Organisationsreglement schwerpunktmässig auch Bestimmungen zu den Grundzügen des internen Kontrollsystems zu enthalten habe. Die Ausgestaltung

des internen Kontrollsystems gehört zu den im Organisationsreglement zu regelnden Punkten.12 Gemäss Artikel 716 a, Absatz eins, Ziff. 2 i. römisch fünf.m. 728a Absatz eins, Ziff. 3 und Absatz 2, OR 13 hat der Verwaltungsrat dafür zu sorgen, dass ein internes Kontrollsystem (IKS) vorhanden ist. Das IKS muss auf die Unternehmensziele, die Geschäftsrisiken und die Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit ausgerichtet und zweckmässig ausgestaltet sein, alle Bereiche des Unternehmens («Prozesse», «Informationen», «Vermögensschutz» und «Compliance») abdecken und tatsächlich funktionieren. Entsprechend schreibt Artikel 20, BEHV vor, dass ein Effektenhändler für ein wirksames IKS zu sorgen hat. Insbesondere hat er eine von der Geschäftsführung unabhängige Stelle mit der internen Revision (interne Revisionsstelle beziehungsweise Inspektorat) zu betrauen. Diese überprüft auch die Einhaltung der Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten innerhalb des Unternehmens. Angaben über das IKS gehören zu den Bewilligungsvoraussetzungen für einen Effektenhändler (Artikel 17, Absatz eins, Litera c, BEHV). Die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Organisationsreglements zur internen Revisionsstelle ist wiederum Aufgabe der externen Prüfgesellschaft, welche dem obersten Leitungsorgan und der FINMA über ihre Prüfungen Bericht zu erstatten hat und insbesondere (auch) die FINMA (normalerweise im Rahmen des Prüfberichts) zu informieren hat, wenn sie Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen (zu denen wie gesagt die Einsetzung einer wirksamen internen Kontrolle gehört) feststellt (Artikel 27, FINMAG).

Da durch die BDO keine solchen Verletzungen festgestellt wurden, ist davon auszugehen, dass ein wirksames IKS bestand, auf das sich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung verlassen konnten. Aus dem Bestätigungsschreiben der BDO AG vom 14. Februar 2012 ergibt sich vielmehr, dass die BDO aufgrund ihrer prüferischen Durchsicht keine Feststellungen gemacht hat, welche das IKS in den wesentlichen Bereichen in Frage stellen könnten.

Da diese Voraussetzungen erfüllt waren, konnten sich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung auf das IKS insofern verlassen, als sie bezüglich der Tätigkeiten und Abläufe, welche Gegenstand des IKS sind, nicht daneben noch selbst weitere (z.B. stichprobenweise) Kontrollen durchführen müssen. Sie konnten die periodischen Berichte der internen Revisionsstelle entgegennehmen (Art. 2.1.2 lit. i des Organisationsreglements), prüfen und, wenn diese Feststellungen enthalten hätten, welche Handlungsbedarf geweckt hätten, die entsprechenden Handlungen vornehmen. Wenn diese Berichte aber keinen Handlungsbedarf aufzeigten, brauchten sie auch keine Handlungen vorzunehmen.Da diese Voraussetzungen erfüllt waren, konnten sich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung auf das IKS insofern verlassen, als sie bezüglich der Tätigkeiten und Abläufe, welche Gegenstand des IKS sind, nicht daneben noch selbst weitere (z.B. stichprobenweise) Kontrollen durchführen müssen. Sie konnten die periodischen Berichte der internen Revisionsstelle entgegennehmen (Artikel 2 Punkt eins Punkt 2, Litera i, des Organisationsreglements), prüfen und, wenn diese Feststellungen enthalten hätten, welche Handlungsbedarf geweckt hätten, die entsprechenden Handlungen vornehmen. Wenn diese Berichte aber keinen Handlungsbedarf aufzeigten, brauchten sie auch keine Handlungen vorzunehmen.

Für Fehlverhalten resp. Gesetzesverletzungen von Mitarbeitern, welche durch das IKS nicht entdeckt werden, hat der Verwaltungsrat nur insofern einzustehen, als das IKS nicht gemäss den obigen Kriterien ausgestaltet ist oder in für den Verwaltungsrat erkennbarer Weise tatsächlich nicht gelebt wird (funktioniert). Aus dem Bericht der BDO Visura Financial Services vom 30. November 2009 ergibt sich eindeutig, dass im hier massgebenden Zeitraum das IKS der Gesellschaft ausgestaltet war und funktionierte.

Zusammenfassend kann daher betreffend die Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht bei Effektenhändler bzw. Banken mit einem dualistischen System Folgendes festgehalten werden:

Wenn (i) das Organisationsreglement in Übereinstimmung mit den anwendbaren Bestimmungen erlassen und dementsprechend von der FINMA genehmigt wurde; und (ii) die Bestimmungen des Organisationsreglements betreffend (a) die Delegation von Aufgaben bzw. diesbezügliche Zuständigkeit und Pflichten und (b) die Einrichtung und das Funktionieren eines IKS wirksam umgesetzt und eingehalten werden, können Mitglieder des Verwaltungsrats in einem Fall wie dem hier zu beurteilenden prinzipiell nicht zur Verantwortung gezogen werden.

5. Stellungnahme zu einzelnen Fragen der FMA und den Antworten der FINMA

5.1 Fragen 1) bis 7)

Zu den Ausführungen der FINMA zu Fragen 1) bis 7) der FMA hinsichtlich der Organisationsstruktur bei T. im Zeitraum vom 30. März 2009 bis 02. April 2009 ist Folgendes festzuhalten:

5.1.1 Verwaltungsrat gemäss Statut der T. ein Organ der Gesellschaft

Die Antwort der FINMA, dass im Statut der T. der Verwaltungsrat als Organ eingerichtet wurde, ist zutreffend. Das ergibt sich bereits aus dem Gesetz (Art. 716/716a OR). Daraus ist nicht ableitbar, ob die Angehörigen dieses Organs für eine spezifische Handlung der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden können. Dies sagt die FINMA auch nicht.Die Antwort der FINMA, dass im Statut der T. der Verwaltungsrat als Organ eingerichtet wurde, ist zutreffend. Das ergibt sich bereits aus dem Gesetz (Artikel 716 /, 716 a, OR). Daraus ist nicht ableitbar, ob die Angehörigen dieses Organs für eine spezifische Handlung der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden können. Dies sagt die FINMA auch nicht.

5.1.2 Geschäftsleitung gemäss Statut der T. ein Organ der Gesellschaft

Der Antwort der FINMA, dass im Statut der T. auch die Geschäftsleitung als Organ eingerichtet wurde, ist ebenfalls zutreffend. Dies gilt für jede Bank und jeden Effektenhändler, da bei solchen gemäss Gesetz resp. Praxis der FINMA, wie gesagt, immer ein dualistisches Funktionensystem eingerichtet werden muss. Dieser Umstand ist insofern wesentlich, als sich daraus - auch nach aussen ersichtlich - eine Delegation der Geschäftsführung an die Geschäftsleitung ergibt und dies nicht nur im Innen-, sondern auch im Aussenverhältnis eine Beschränkung der Aufgaben des Verwaltungsrats auf eine reine Oberleitungs- und Kontrollfunktion bedeutet. Die Oberleitungsfunktion des Verwaltungsrats wird im Wesentlichen durch den Erlass des Organisationsreglements ausgeübt. Die Kontrollfunktion des Verwaltungsrats besteht in der Verantwortung für die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen IKS; eine allfällige Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats kann daher nur dann gegeben sein, wenn entweder das IKS nicht den jeweiligen (insbesondere gesetzlichen) Anforderungen entspricht oder aber das IKS Mängel aufzeigt, der Verwaltungsrat aber darauf nicht oder nicht angemessen reagiert. Solange jedoch das IKS (speziell sowohl von der internen Revision als auch vom externen Wirtschaftsprüfer bzw. der FINMA) nicht beanstandet wird, wäre eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats auf die nicht oder inadäquate Reaktion auf vom IKS aufgezeigte Mangel. Solange jedoch sowohl das IKS als angemessen anzusehen ist und dieses angemessene IKS keinerlei Mängel aufzeigt, ist der Verwaltungsrat seiner ihm obliegenden Kontrollfunktion entsprechend nachgekommen und kann daher auch nicht zur Verantwortung gezogen werden.

5.1.3 Geschäftsleitung gemäss Gesetz und Statuten aussenvertretungsbefugt

Die Frage der FMA, ob die Geschäftsleitung gemäss aufgrund von Gesetz und Statuten aussenvertretungsbefugt ist, wird von der FINMA ausdrücklich bejaht. Gleichzeitig ergibt sich aus der Antwort der FINMA auch eindeutig, dass die FINMA praxisgemäss gegenüber Effektenhändlern einen zweistufigen Organisationsaufbau im Sinne eines dualistisches Funktionensystems (Verwaltungsrat und Geschäftsführung, ähnlich der österreichischen und deutschen Aktiengesellschaft mit ihrer Aufteilung in Aufsichtsrat und Vorstand) entgegen dem vom schweizerischen Obligationenrecht dispositiv vorgesehenen monistischen Systems durchsetzt, wie bei Banken gesetzlich vorgeschrieben. Daraus ergibt sich zweierlei:

* Bei einem schweizerischen Effektenhändler sind alle oder praktisch alle delegierbaren Kompetenzen an eine Geschäftsleitung delegiert, so dass de iure die gesamte Geschäftsführung (soweit delegierbar) an ein vom Verwaltungsrat verschiedenes Organ, die Geschäftsleitung delegiert ist, wobei die Einzelheiten zwingend in einem Organisationsreglement geregelt sein müssen, das einem allgemein bekannten (von der Praxis der FINMA vorgegebenen) Standard entspricht. * Wenn der Verwaltungsrat die von ihm selbst erlassenen, durch die FINMA genehmigten Regeln verletzt, z.B. indem er ein einzelnes Alltagsgeschäft an sich ziehe oder Weisungen erteilt, die nicht der Kompetenzaufteilung des Organisationsreglements entsprechen, so verletzt er die durch die FINMA genehmigte Organisation und riskiert aufsichtsrechtliche Sanktionen (Bewilligungsentzug, Bussen etc.).

5.1.4 Mitglied der Geschäftsleitung

Der zutreffenden Antwort der FINMA ist zu entnehmen, dass der Geschäftsleitung im fraglichen Zeitraum nur

die Herren Josef Ko. und Jonathan C. angehörten. Sie hält ausdrücklich fest, dass ihr die Herren Ingo M. und Roger R. nicht angehörten und die Bezeichnungen "Generaldirektor" (Josef Ko. und Jonathan C.) resp. "Direktor“ (Ingo M. und Roger R.) im Handelsregister nicht vorgeschrieben ist und die Verwendung dieser nicht definierten Begriffe keinerlei Rückschlüsse auf die Zugehörigkeit zur Geschäftsleitung zulässt, sondern dafür rein auf das Ernennungsprotokoll des Verwaltungsrats abzustellen ist.

Der unterschiedlichen Bezeichnung für die beiden Personengruppen ("Generaldirektor' für Josef Ko. und Jonathan C. und "Direktor' für Ingo M. und Roger R.) im Handelsregister lässt sich immerhin entnehmen, dass zwischen den beiden Personengruppen ein Unterschied gemacht wurde, sie also nicht derselben Hierarchiestufe angehörten.

Dass die beiden Personengruppen nicht derselben hierarchischen Stufe angehörten, lässt sich auch dem Organigramm entnehmen, welches Teil der uns vorliegenden Auszüge aus dem Bericht der BDO Visura Financial Services vom 30. November 2009 bildet und welcher der FMA vorliegt.

Aus den zutreffenden Antworten der FINMA ergibt sich zudem, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrats (so auch Herr Thomas P.) nicht der Geschäftsleitung angehörten.

5.1.5 Bedeutung des Organisationsreglements und Genehmigungsvorbehalt

Die FINMA führt zutreffend aus, dass Effektenhändler aufsichtsrechtlich gehalten sind, nebst dem Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten. Diese Delegation erfolgt im Grundsatz durch die Statuten und muss in einem Organisationsreglement konkretisiert werden. Die Genehmigungspflicht des Organisationsreglements ergibt sich aus Art. 3 der Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel, Börsenverordnung, BEHY. Die Genehmigung grundsätzlicher Aspekte der Organisation und Geschäftstätigkeit ist zur Wahrnehmung der prudentiellen Aufsicht zentral. Die FINMA führt zutreffend aus, dass Effektenhändler aufsichtsrechtlich gehalten sind, nebst dem Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten. Diese Delegation erfolgt im Grundsatz durch die Statuten und muss in einem Organisationsreglement konkretisiert werden. Die Genehmigungspflicht des Organisationsreglements ergibt sich aus Artikel 3, der Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel, Börsenverordnung, BEHY. Die Genehmigung grundsätzlicher Aspekte der Organisation und Geschäftstätigkeit ist zur Wahrnehmung der prudentiellen Aufsicht zentral.

5.1.6 Stellung des Organisationsreglements in der Verfassung der Gesellschaft Weiter wird von der FINMA zutreffend ausgeführt, dass das Organisationsreglement im Vergleich zu den Statuten eine Satzung zweiter Stufe darstellt, welche die statutarisch vorgegebene Rahmenordnung näher ausführt, erläutert und ergänzt. Statuten, Organisationsreglement und die weiteren massgeglichen Reglemente bilden die Grundlage für die Verfassung eines Effektenhändlers, welche sowohl nach innen (Organisation) wie auch nach aussen (Verantwortlichkeit) wirkt. Sie sind der FINMA (gemäss Art. 17 Abs. 2 BEHV) zur Bewilligung vorzulegen, ebenso jede Änderung dieser Reglemente (Art. 25 Abs. 1 lit. a BEHV). Zur Bedeutung des Organisationsreglements s. o. Ziff. 3.2.5.1.6 Stellung des Organisationsreglements in der Verfassung der Gesellschaft Weiter wird von der FINMA zutreffend ausgeführt, dass das Organisationsreglement im Vergleich zu den Statuten eine Satzung zweiter Stufe darstellt, welche die statutarisch vorgegebene Rahmenordnung näher ausführt, erläutert und ergänzt. Statuten, Organisationsreglement und die weiteren massgeglichen Reglemente bilden die Grundlage für die Verfassung eines Effektenhändlers, welche sowohl nach innen (Organisation) wie auch nach aussen (Verantwortlichkeit) wirkt. Sie sind der FINMA (gemäss Artikel 17, Absatz 2, BEHV) zur Bewilligung vorzulegen, ebenso jede Änderung dieser Reglemente (Artikel 25, Absatz eins, Litera a, BEHV). Zur Bedeutung des Organisationsreglements s. o. Ziff. 3.2.

5.1.7 Prüfung der "Gewähr"

Wie die FINMA in ihrer Antwort zu dieser Frage richtig schreibt, müssen (auch) Verwaltungsratsmitglieder das Gewährserfordernis ("Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG) prinzipiell sowohl in charakterlicher wie auch in (bank-)fachlicher Hinsicht erfüllen. Dabei werden die Anforderungen allerdings je nach Situation und Funktion differenziert festgelegt. So werden an ein Mitglied des Verwaltungsrates andere Anforderungen in bankfachlicher Hinsicht gestellt als an ein Geschäftsleitungsmitglied, das für einen spezifischen Bereich verantwortlich ist. Die charakterlichen

Anforderungen (guter Leumund, d.h. keine Vorstrafen, keine verwaltungsrechtliche Sanktionen, keine entsprechenden Untersuchungen anhängig) müssen alle in gleicher Weise erfüllen. Die Gewähr ist daher eine allgemeine Anforderung an alle Organmitglieder von (der Aufsicht unterliegenden) Banken und Effektenhändlern und entspricht dem internationalen Standard. Im Übrigen ist daraus nichts für die etwaige Verantwortlichkeit von einzelnen Mitgliedern zu gewinnen. Wie die FINMA in ihrer Antwort zu dieser Frage richtig schreibt, müssen (auch) Verwaltungsratsmitglieder das Gewährserfordernis ("Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" i.S.v. Artikel 10, Absatz 2, Litera d, BEHG) prinzipiell sowohl in charakterlicher wie auch in (bank-)fachlicher Hinsicht erfüllen. Dabei werden die Anforderungen allerdings je nach Situation und Funktion differenziert festgelegt. So werden an ein Mitglied des Verwaltungsrates andere Anforderungen in bankfachlicher Hinsicht gestellt als an ein Geschäftsleitungsmitglied, das für einen spezifischen Bereich verantwortlich ist. Die charakterlichen Anforderungen (guter Leumund, d.h. keine Vorstrafen, keine verwaltungsrechtliche Sanktionen, keine entsprechenden Untersuchungen anhängig) müssen alle in gleicher Weise erfüllen. Die Gewähr ist daher eine allgemeine Anforderung an alle Organmitglieder von (der Aufsicht unterliegenden) Banken und Effektenhändlern und entspricht dem internationalen Standard. Im Übrigen ist daraus nichts für die etwaige Verantwortlichkeit von einzelnen Mitgliedern zu gewinnen.

5.2 Fragen A) bis G)

Zu den Ausführungen der FINMA zu den Fragen A) bis G) der FMA hinsichtlich der Funktionen der einzelnen Personen bei T. im Zeitraum 30.03.2009 bis 02.04.2009 ist Folgendes festzuhalten:

5.2.1 Ad A)

Als Mitglied des Verwaltungsrats hatte Herr Thomas P. lediglich die spezifischen Aufgaben im Rahmen der undelegierbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats (Oberleitungs- und Kontrollfunktion) wahrzunehmen (siehe Art. 2.1 des Organisationsreglements).Als Mitglied des Verwaltungsrats hatte Herr Thomas P. lediglich die spezifischen Aufgaben im Rahmen der undelegierbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats (Oberleitungs- und Kontrollfunktion) wahrzunehmen (siehe Artikel 2 Punkt eins, des Organisationsreglements).

Herr Thomas P. hatte zwar aufgrund seines Handelsregistereintrags unbeschränkte Vertretungsmacht für eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Gesellschaft nach aussen. Seine Befugnis war dagegen gemäss Organisationsreglement auf einen ganz spezifischen Bereich eingeschränkt. Es ergibt sich demnach aus dem (von der FINMA genehmigten) Organisationsreglement, dass Herr Thomas P. rechtsgeschäftlich zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen zwar ermächtigt ("Können"), aber gerade nicht befugt ("Dürfen") war (von den hier nicht relevanten Fällen von Art).

2.1.3 des Organisationsreglements abgesehen, s.u.). Es handelte sich um einen Fall von überschiessender (rechtsgeschäftlicher) Vertretungsmacht, während daraus keine Rückschlüsse auf seine Verantwortlichkeit gezogen werden können.

5.2.2 Ad D) und E)

Zutreffend hält die FINMA fest, dass die Herren Josef Ko. und Jonathan C. Mitglieder der Geschäftsleitung der T. waren.

5.2.3 Ad Fund G)

Zutreffend hält die FINMA fest, dass die Herren Roger R. und Ingo M. nicht Mitglieder irgendeines Organs der T. waren.

6. Konklusion

Aus den zutreffenden Antworten der FINMA zusammen mit den obigen, weiterführenden Überlegungen ergibt sich, dass die Geschäftsleitung ein eigenes Organ der T. bildete. Ausschliesslich diesem Organ oblag nach innen und nach aussen die Geschäftsführung und ausschliesslich die Mitglieder Geschäftsleitung waren in diesem Bereich umfassend zur Vertretung von T. nach aussen berufen. Die Mitglieder der Geschäftsleitung waren deshalb im Bereich der im Rahmen des Organisationsreglements an sie delegierten Geschäftsführung zuständig und verantwortlich. Aus den zutreffenden Antworten der FINMA ergibt sich weiter, dass im Jahr

2009 nur Josef Ko. und Jonathan C. Mitglieder der Geschäftsleitung waren. Nur diesen beiden Herren kam deshalb im Bereich der Geschäftsführung Vertretungsbefugnis zu. Die übrigen Organmitglieder (Verwaltungsräte, Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates) und Mitarbeiter der T. waren daher nicht nach aussen zur Vertretung der Gesellschaft im Bereich der Geschäftsführung umfassenden berufen. Aufgrund des Umstands, dass sie mit kollektiver Zeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen waren, verfügten sie zwar über eine überschiessende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht; dieser Umstand ist jedoch für die Verantwortlichkeit nach schweizerischem Recht nicht entscheidend. Mitglieder des Verwaltungsrates trotz erfolgter, gültiger Delegation der Geschäftsführung an ein anderes Organ für Vorgänge im Bereich der Geschäftsführung als verantwortlich zu erklären, würde den Prinzipien des schweizerischen Organisations- und Verantwortlichkeitsrechts für Aktiengesellschaften diametral wiedersprechen. Dieses Gutachten wird ausschliesslich an Herrn Dr. Markus H., WOLF TH. Rechtsanwälte, Wien, im Zusammenhang mit den eingangs erwähnten Straferkenntnissen abgegeben. Es darf an T. und die Berufungsinstanz weitergegeben werden. Die Haftpflicht von me. ag im Zusammenhang mit dem vorliegenden Gutachten ist (auch im Fall einer Weitergabe dieses Gutachtens) auf maximal CHF 5'000'000 beschränkt. Dieses Gutachten untersteht Schweizer Recht. Gerichtsstand ist Zürich 1.“

Aufgrund der Ergebnisse des Berufungsverfahrens steht fest, dass im Unternehmen der T. (Europe) AG zwei zur Außenvertretung befugte Organe, nämlich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, eingerichtet waren. Deren verschiedene Kompetenzen werden nach der Verfassung der juristischen Person, dem Statut und dem Organisationsreglement, festgelegt. Danach ist für die „laufende Geschäftsführung“ ausschließlich die Geschäftsleitung verantwortlich (vgl. Art. 19 der Statuten sowie Punkt 2.3.1. des Organisationsreglement), die für die „gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zuständig und verantwortlich“ ist und der „die Mitarbeiter der Gesellschaft unterstellt“ sind (Punkt 2.3.1. des Organisationsreglement). Die „dauernde Überprüfung und Überwachung des Tagesgeschäfts und dessen Abwicklung“ sowie die „laufende Überwachung der Einhaltung sämtlicher anwendbarer Vorschriften“ werden ausdrücklich als Kompetenzen der Geschäftsleitung angeführt (Punkte 2.3.2.b und 2.3.2.k des Organisationsreglement). Demgegenüber führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft nur insoweit, als die Geschäftsführung nicht der Geschäftsleitung übertragen wurde (Art. 16 der Statuten), wobei ihm bestimmte unübertragbare (Aufsichts-)Aufgaben verbleiben, insbesondere die Aufsicht und Überwachung der Geschäftsleitung (2.1.2.a des Organisationsreglement). Insgesamt verbleiben dem Verwaltungsrat (eingeschränkte) Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse, welche jedoch nicht die Kontrolle des Tagesgeschäftes umfassen (vgl. Punkt 2.3.2.b des Organisationsreglement). Der Berufungswerber war daher aufgrund der im Statut und im Organisationsreglement vorgenommenen Aufteilung der Zuständigkeiten weder für die Abwicklung und Organisation des Tagesgeschäftes der Gesellschaft, noch für dessen Kontrolle zuständig. Die gegenständlich seitens der T. (Europe) AG vorgenommenen Tradings an der Wiener Börse, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossing-Geschäften gekommen war, fallen unter das Tagesgeschäft der Gesellschaft.Aufgrund der Ergebnisse des Berufungsverfahrens steht fest, dass im Unternehmen der T. (Europe) AG zwei zur Außenvertretung befugte Organe, nämlich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, eingerichtet waren. Deren verschiedene Kompetenzen werden nach der Verfassung der juristischen Person, dem Statut und dem Organisationsreglement, festgelegt. Danach ist für die „laufende Geschäftsführung“ ausschließlich die Geschäftsleitung verantwortlich vergleiche Artikel 19, der Statuten sowie Punkt 2.3.1. des Organisationsreglement), die für die „gesamte Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zuständig und verantwortlich“ ist und der „die Mitarbeiter der Gesellschaft unterstellt“ sind (Punkt 2.3.1. des Organisationsreglement). Die „dauernde Überprüfung und Überwachung des Tagesgeschäfts und dessen Abwicklung“ sowie die „laufende Überwachung der Einhaltung sämtlicher anwendbarer Vorschriften“ werden ausdrücklich als Kompetenzen der Geschäftsleitung angeführt (Punkte 2.3.2.b und 2.3.2.k des Organisationsreglement). Demgegenüber führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft nur insoweit, als die Geschäftsführung nicht der Geschäftsleitung übertragen wurde (Artikel 16, der Statuten), wobei ihm bestimmte unübertragbare (Aufsichts-)Aufgaben verbleiben, insbesondere die Aufsicht und Überwachung der Geschäftsleitung (2.1.2.a des Organisationsreglement). Insgesamt verbleiben dem Verwaltungsrat (eingeschränkte) Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse, welche jedoch nicht die Kontrolle des Tagesgeschäftes umfassen vergleiche Punkt 2.3.2.b des Organisationsreglement). Der Berufungswerber war

daher aufgrund der im Statut und im Organisationsreglement vorgenommenen Aufteilung der Zuständigkeiten weder für die Abwicklung und Organisation des Tagesgeschäftes der Gesellschaft, noch für dessen Kontrolle zuständig. Die gegenständlich seitens der T. (Europe) AG vorgenommenen Tradings an der Wiener Börse, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossing-Geschäften gekommen war, fallen unter das Tagesgeschäft der Gesellschaft.

Diese Feststellungen gründen sich auf die im Verfahren von den Parteien vorgelegten Gutachten. So wird im Gutachten der FINMA vom 31.1.2012 festgehalten, dass sowohl der Verwaltungsrat, als auch die Geschäftsleitung Organe der Gesellschaft seien und als solche zur Außenvertretung befugt seien, wobei Effektenhändler aufsichtsrechtlich gehalten seien, neben dem für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständigen Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten, wobei diese Delegation der Geschäftsführungsbefugnis durch die Statuten erfolge und in einem Organisationsreglement konkretisiert werden müsse. Weiters wird darin ausgeführt, dass der Berufungswerber gemäß Gesetz und Statuten unbeschränkt zur Außenvertretung der Gesellschaft befugt gewesen sei, wobei sich seine Zuständigkeit aus den Statuten und dem Organisationsreglement ergebe. Im vom Berufungswerber vorgelegten Gutachten der „me. ag“ vom 20.12.2011 wird dargelegt, die Zuständigkeiten des Berufungswerbers als Mitglied und Präsident des Verwaltungsrates seien durch das Organisationsreglement der Gesellschaft eng und abschließend definiert. Sie würden sich, zusätzlich zu den Kompetenzen im Rahmen der strategischen Oberleitung, die dem Gesamtverwaltungsrat zustehe, im hier interessierenden Bereich auf eine Kontrolle der monatlichen Übersichten und Berichte über Handelsaktivitäten und Positionen beschränken. Die relevante Bestimmung des Organisationsreglements könne nur so verstanden werden, dass der Berufungswerber nicht die sich aus dem Tagesgeschäft ergebenden Daten zu kontrollieren habe, sondern nur die monatlichen Daten, welche naturgemäß zusammenfassende Übersichten und Berichte über die Handelsaktivitäten des vorangegangenen Monats darstellen würden. Weiters wird ausgeführt, dass gemäß dem Organisationsreglement der Gesellschaft weder die Überwachung einzelner Transaktionen, noch die Überwachung der Programmierung und der Einstellungen des automatisierten Eigen-Handelssystems in den Zuständigkeitsbereich des Berufungswerbers fallen würden. Seine prinzipiell vorhandene Vertretungsmacht nach außen sei im Lichte der genehmigten Zuständigkeitsstruktur von T. zu sehen. Gemäß der Verfassung der Gesellschaft sei der Berufungswerber für das Tagesgeschäft und für die Überwachung des Handelssystems im Hinblick auf das Funktionieren bei einzelnen Tagesgeschäften nicht zuständig und auch nicht verantwortlich. Auch im weiteren Gutachten der Kanzlei „me. ag“ vom 15.2.2012 wird zusammenfassend festgehalten, dass ausschließlich der Geschäftsleitung als eigenes Organ der Gesellschaft die Geschäftsführung nach innen und außen obliege. Deshalb seien gegenständlich die Mitglieder der Geschäftsleitung im Bereich der im Rahmen des Organisationsreglements an sie delegierten Geschäftsführung zuständig und verantwortlich gewesen. Nach herrschender Auffassung kann sich bei einer sachlichen Differenzierung der Kompetenzen der Vertretungsorgane die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nur auf jene Organe beziehen, in deren Zuständigkeit die Einhaltung des gebotenen Verhaltens fällt (Walter u.a., Verwaltungsverfahrensrecht, 9. Auflage, Rz. 772). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die vorgenommene sachliche Aufteilung der Kompetenzen der Vertretungsorgane durch die Verfassung der betreffenden juristischen Person (Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag) erfolgt (Walther/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II, 2. Auflage, Anm. 8 zu § 9 VStG; Ra./Wessely, Kommentar zum VStG, Anm. 4 zu § 9 VStG), wogegen nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine bloß interne Aufgaben- und Verantwortungsaufteilung irrelevant ist (vgl. etwa VwGH 16.12.2010, Zl. 2008/07/0005, VwGH 4.7.2008, Zl. 2008/17/0072, VwGH 25.5.2007, Zl. 2006/02/0322, u. v.a.).Diese Feststellungen gründen sich auf die im Verfahren von den Parteien vorgelegten Gutachten. So wird im Gutachten der FINMA vom 31.1.2012 festgehalten, dass sowohl der Verwaltungsrat, als auch die Geschäftsleitung Organe der Gesellschaft seien und als solche zur Außenvertretung befugt seien, wobei Effektenhändler aufsichtsrechtlich gehalten seien, neben dem für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständigen Verwaltungsrat eine für die Geschäftsführung zuständige Geschäftsleitung einzurichten, wobei diese Delegation der Geschäftsführungsbefugnis durch die Statuten erfolge und in einem Organisationsreglement konkretisiert werden müsse. Weiters wird darin ausgeführt, dass der Berufungswerber gemäß Gesetz und Statuten unbeschränkt zur Außenvertretung der Gesellschaft

befugt gewesen sei, wobei sich seine Zuständigkeit aus den Statuten und dem Organisationsreglement ergebe. Im vom Berufungswerber vorgelegten Gutachten der „me. ag“ vom 20.12.2011 wird dargelegt, die Zuständigkeiten des Berufungswerbers als Mitglied und Präsident des Verwaltungsrates seien durch das Organisationsreglement der Gesellschaft eng und abschließend definiert. Sie würden sich, zusätzlich zu den Kompetenzen im Rahmen der strategischen Oberleitung, die dem Gesamtverwaltungsrat zustehe, im hier interessierenden Bereich auf eine Kontrolle der monatlichen Übersichten und Berichte über Handelsaktivitäten und Positionen beschränken. Die relevante Bestimmung des Organisationsreglements könne nur so verstanden werden, dass der Berufungswerber nicht die sich aus dem Tagesgeschäft ergebenden Daten zu kontrollieren habe, sondern nur die monatlichen Daten, welche naturgemäß zusammenfassende Übersichten und Berichte über die Handelsaktivitäten des vorangegangenen Monats darstellen würden. Weiters wird ausgeführt, dass gemäß dem Organisationsreglement der Gesellschaft weder die Überwachung einzelner Transaktionen, noch die Überwachung der Programmierung und der Einstellungen des automatisierten Eigen-Handelssystems in den Zuständigkeitsbereich des Berufungswerbers fallen würden. Seine prinzipiell vorhandene Vertretungsmacht nach außen sei im Lichte der genehmigten Zuständigkeitsstruktur von T. zu sehen. Gemäß der Verfassung der Gesellschaft sei der Berufungswerber für das Tagesgeschäft und für die Überwachung des Handelssystems im Hinblick auf das Funktionieren bei einzelnen Tagesgeschäften nicht zuständig und auch nicht verantwortlich. Auch im weiteren Gutachten der Kanzlei „me. ag“ vom 15.2.2012 wird zusammenfassend festgehalten, dass ausschließlich der Geschäftsleitung als eigenes Organ der Gesellschaft die Geschäftsführung nach innen und außen obliege. Deshalb seien gegenständlich die Mitglieder der Geschäftsleitung im Bereich der im Rahmen des Organisationsreglements an sie delegierten Geschäftsführung zuständig und verantwortlich gewesen. Nach herrschender Auffassung kann sich bei einer sachlichen Differenzierung der Kompetenzen der Vertretungsorgane die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nur auf jene Organe beziehen, in deren Zuständigkeit die Einhaltung des gebotenen Verhaltens fällt (Walter u.a., Verwaltungsverfahrensrecht, 9. Auflage, Rz. 772). Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die vorgenommene sachliche Aufteilung der Kompetenzen der Vertretungsorgane durch die Verfassung der betreffenden juristischen Person (Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag) erfolgt (Walther/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze römisch zwei, 2. Auflage, Anmerkung 8 zu Paragraph 9, VStG; Ra./Wessely, Kommentar zum VStG, Anmerkung 4 zu Paragraph 9, VStG), wogegen nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine bloß interne Aufgaben- und Verantwortungsaufteilung irrelevant ist vergleiche etwa VwGH 16.12.2010, Zl. 2008/07/0005, VwGH 4.7.2008, Zl. 2008/17/0072, VwGH 25.5.2007, Zl. 2006/02/0322, u. v.a.).

Da im vorliegenden Fall die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung in der Verfassung der juristischen Person (im Statut sowie im Organisationsreglement) erfolgte, kommt dieser Aufteilung Relevanz für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 9 Abs. 1 VStG zu. Nach der vorgenommenen Aufteilung fällt die Vornahme und Kontrolle des Tagesgeschäftes – worunter ohne Zweifel die gegenständlich beschriebenen Tradings fallen, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossings gekommen war – in die Zuständigkeit der Geschäftsleitung und werden durch die genannten Regelungen die Kompetenzen des Verwaltungsrates auf bloße rudimentäre Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse abseits des Tagesgeschäfts eingeschränkt. Demnach war ausschließlich die Geschäftsleitung als Organ der Gesellschaft für die Abwicklung und Kontrolle des Tagesgeschäftes nach § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Anhaltspunkte dafür, dass der Berufungswerber gegenständlich nach § 9 Abs. 2 VStG wirksam zum verantwortlichen Beauftragten bestellt wurde, sind im Verfahren nicht hervor gekommen und wurde dies auch von der Erstbehörde nicht angenommen. Im Übrigen wäre die Wirksamkeit der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten einer im Ausland gelegenen juristischen Person ausschließlich anhand der im VStG normierten Voraussetzungen zu prüfen (vgl. VwGH 27.6.2007, Zl. 2005/03/0140). Vor dem Hintergrund dieser Sach- und Rechtslage steht für den erkennenden Senat somit fest, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG im maßgeblichen Zeitraum in Ansehung der gegenständlich inkriminierten Tathandlungen nicht nach § 9 Abs. 1 VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich war. Selbst wenn man die dargelegte Auffassung nicht teilen wollte, so scheidet nach Überzeugung des erkennenden Senates gegenständlich ein Verschulden des Berufungswerbers schon deshalb aus, da dieser angesichts der

statutenmäßig vorgenommenen Kompetenzaufteilung zwischen der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat berechtigter Weise als Mitglied des Verwaltungsrates nicht das Tagesgeschäft der Gesellschaft, worunter die gegenständlich beschriebenen Tradings zu subsumieren sind, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossings gekommen war, zu kontrollieren hatte. Da im vorliegenden Fall die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung in der Verfassung der juristischen Person (im Statut sowie im Organisationsreglement) erfolgte, kommt dieser Aufteilung Relevanz für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG zu. Nach der vorgenommenen Aufteilung fällt die Vornahme und Kontrolle des Tagesgeschäftes – worunter ohne Zweifel die gegenständlich beschriebenen Tradings fallen, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossings gekommen war – in die Zuständigkeit der Geschäftsleitung und werden durch die genannten Regelungen die Kompetenzen des Verwaltungsrates auf bloße rudimentäre Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse abseits des Tagesgeschäfts eingeschränkt. Demnach war ausschließlich die Geschäftsleitung als Organ der Gesellschaft für die Abwicklung und Kontrolle des Tagesgeschäftes nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Anhaltspunkte dafür, dass der Berufungswerber gegenständlich nach Paragraph 9, Absatz 2, VStG wirksam zum verantwortlichen Beauftragten bestellt wurde, sind im Verfahren nicht hervor gekommen und wurde dies auch von der Erstbehörde nicht angenommen. Im Übrigen wäre die Wirksamkeit der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten einer im Ausland gelegenen juristischen Person ausschließlich anhand der im VStG normierten Voraussetzungen zu prüfen vergleiche VwGH 27.6.2007, Zl. 2005/03/0140). Vor dem Hintergrund dieser Sach- und Rechtslage steht für den erkennenden Senat somit fest, dass der Berufungswerber als Mitglied des Verwaltungsrates der T. (Europe) AG im maßgeblichen Zeitraum in Ansehung der gegenständlich inkriminierten Tathandlungen nicht nach Paragraph 9, Absatz eins, VStG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich war. Selbst wenn man die dargelegte Auffassung nicht teilen wollte, so scheidet nach Überzeugung des erkennenden Senates gegenständlich ein Verschulden des Berufungswerbers schon deshalb aus, da dieser angesichts der statutenmäßig vorgenommenen Kompetenzaufteilung zwischen der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat berechtigter Weise als Mitglied des Verwaltungsrates nicht das Tagesgeschäft der Gesellschaft, worunter die gegenständlich beschriebenen Tradings zu subsumieren sind, anlässlich welcher es zu den inkriminierten Crossings gekommen war, zu kontrollieren hatte.

Es war daher das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren spruchgemäß einzustellen.

Zuletzt aktualisiert am

17.08.2012

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