

TE Uvs Bescheid 2010/9/3 06/FM/57/10856/2009

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.09.2010

Index

21/06 Wertpapierrecht

Norm

KMG §6 Abs1

KMG §6 Abs4

KMG §16 Z1

1. KMG § 6 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 6 gültig von 01.07.2012 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
3. KMG § 6 gültig von 10.08.2005 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
4. KMG § 6 gültig von 01.08.2001 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
5. KMG § 6 gültig von 01.01.1992 bis 31.07.2001

1. KMG § 6 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 6 gültig von 01.07.2012 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
3. KMG § 6 gültig von 10.08.2005 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
4. KMG § 6 gültig von 01.08.2001 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
5. KMG § 6 gültig von 01.01.1992 bis 31.07.2001

1. KMG § 16 gültig von 03.01.2018 bis 20.07.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 62/2019
2. KMG § 16 gültig von 29.12.2015 bis 02.01.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2015
3. KMG § 16 gültig von 26.11.2015 bis 28.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
4. KMG § 16 gültig von 15.08.2012 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
5. KMG § 16 gültig von 31.03.2006 bis 14.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2006
6. KMG § 16 gültig von 10.08.2005 bis 30.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
7. KMG § 16 gültig von 01.01.2002 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
8. KMG § 16 gültig von 01.03.1994 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 210/1994
9. KMG § 16 gültig von 01.01.1992 bis 28.02.1994

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Doralt über die Berufung des Herrn Peter Kurt H., p.A. M. Austria AG, vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht, vom 12.10.2009, Zahl FMA-EL00461.100/0001-LAW/2009, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 16 Z 1 iVm § 6 Abs 1, § 4 KMG unter Heranziehung von § 9 Abs 1 VStG, entschieden: Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Doralt über die Berufung des Herrn Peter Kurt H., p.A. M. Austria

AG, vertreten durch Rechtsanwälte, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Bereich Integrierte Aufsicht, vom 12.10.2009, Zahl FMA-EL00461.100/0001-LAW/2009, wegen einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 16, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 6, Absatz eins,, Paragraph 4, KMG unter Heranziehung von Paragraph 9, Absatz eins, VStG, entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Der Berufungswerber hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 60,-- Euro zu bezahlen, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe. Der Berufungswerber hat daher gemäß Paragraph 64, Absatz eins und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 60,-- Euro zu bezahlen, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe.

Text

Das angefochtene Straferkenntnis ist gegen den Berufungswerber gerichtet und enthält folgenden Spruch:

„Sie sind seit 19.06.2007 im Vorstand der M. Austria AG (kurz „M.“ genannt), mit dem Sitz in Wien, die gemäß dem Kapitalmarktgesetz (KMG) in Österreich als Vermittler und inländischer Anbotsteller für die prospektpflichtige Veranlagung in Beteiligungen an der C.-KG mit dem Sitz in Hamburg auftrat.

Sie haben in dieser Funktion gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die M. diese nach dem KMG prospektpflichtige Veranlagung im Zeitraum 19.02. bis 08.03.2008 öffentlich in Österreich anbot, obwohl die Veröffentlichung des Nachtrags vom 19.02.2008 zum Kapitalmarktprospekt vom 31.08.2007 der Vorschrift des § 6 Abs 1 KMG widersprach. Gem. § 6 Abs 1 KMG sind Prospektnachträge unverzüglich nach Erstellung zu veröffentlichen. Der Nachtrag wurde am 19.02.2008 erstellt, jedoch nicht unverzüglich sondern erst am 08.03.2008 anlässlich der Übermittlung an die Meldestelle veröffentlicht. Sie haben in dieser Funktion gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG) als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die M. diese nach dem KMG prospektpflichtige Veranlagung im Zeitraum 19.02. bis 08.03.2008 öffentlich in Österreich anbot, obwohl die Veröffentlichung des Nachtrags vom 19.02.2008 zum Kapitalmarktprospekt vom 31.08.2007 der Vorschrift des Paragraph 6, Absatz eins, KMG widersprach. Gem. Paragraph 6, Absatz eins, KMG sind Prospektnachträge unverzüglich nach Erstellung zu veröffentlichen. Der Nachtrag wurde am 19.02.2008 erstellt, jedoch nicht unverzüglich sondern erst am 08.03.2008 anlässlich der Übermittlung an die Meldestelle veröffentlicht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 16 Z 1 iVm 6 Abs 1, 4 KMG unter Heranziehung von § 9 Abs 1 VStG Paragraphen 16, Ziffer eins, in Verbindung mit 6 Absatz eins, 4, KMG unter Heranziehung von Paragraph 9, Absatz eins, VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 300 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Stunden

Freiheitsstrafe von -

Gemäß §§ 16, 19, 47ff VStG iVm § 16 Z 1 KMG Gemäß Paragraphen 16, 19, 47 f, VStG in Verbindung mit Paragraph 16, Ziffer eins, KMG

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

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

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 330 Euro.“

In der fristgerecht dagegen erhobenen Berufung führt der Berufungswerber Folgendes aus:

„I. Sachverhalt

1. Allgemeines

a) Seit dem 19. Juni 2007 bin ich Vorstandsmitglied der M. Austria AG (in der Folge: "unser Unternehmen") mit Sitz in Wien, welche gemäß dem Kapitalmarktgesetz (KMG) in Österreich als Vermittlerin und inländische Anbotstellerin für prospektspflichtige Veranlagungen in Beteiligungen unter anderem an der C.-KG (in der Folge: "die Emittentin") auftritt. Dieses Angebot ist prospektpflichtig nach dem KMG.

b) Die Emittentin ist Kommanditistin von acht Ein-Schiffsgesellschaften. Deren Komplementärin ist die C. Tankschiffreederei GmbH. Die andere Kommanditisten dieser acht Ein-Schiffsgesellschaften waren zum Zeitpunkt der Prospekterstellung folgende Personen:

i) Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co.) KG

ii) Claus-Peter O. Tankschiffreederei (GmbH & Co.) KG

iii) M. Vermittlung GmbH

iv) T.-Gesellschaft mbH

c) Die Reederei O. wollte später ihre Beteiligungsstruktur an diesen Schiffen ändern. Daher übertrug die Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co.) KG Teilbeträge ihrer Kommanditeinlagen (achtmal EUR 3,300.000,--) an die ClausPeter O. Holding KG. Dieser Vorgang war nur eine formale Änderung der Struktur ohne Auswirkungen auf die Emittentin, Anleger oder andere Personen außerhalb der Reederei O.. Weder wurde die Situation der Emittentin verändert noch jene der Ein-Schiffsgesellschaften. Das Kapital ist dasselbe wie zuvor, und die neue Kommanditistin kann aufgrund der Natur dieses Gesellschafterverhältnisses keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. Eine zweite Veränderung vollzog sich bei der M. Vermittlung GmbH, die sich in "M. Investments" umfirmierte. Beides kann die Anlageentscheidung eines durchschnittlichen Anlegers nicht berühren.

d) Anfang 2008 beriet die renommierte Rechtsanwaltskanzlei To. Rechtsanwälte GmbH unser Unternehmen zur Frage, ob in Österreich das Umfirmieren einer Gründungskommanditistin und das erwähnte Neustrukturieren einer Beteiligung nachtragspflichtig im Sinne des KMG sei. Die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei bejahte dies und beriet uns bei deren Durchführung. Die genannte Anwaltskanzlei wies uns jedoch nicht darauf hin, dass ein Nachtrag nach § 6 Abs 1 KMG unverzüglich zu veröffentlichen ist. Unsere Rechtsvertreterin erklärte uns, dass mit dem Nachtrag grundsätzlich genauso zu verfahren sei wie mit dem Prospekt. Der Nachtrag sei von der Emittentin zu unterfertigen, vom Prüfer zu prüfen, zu veröffentlichen und bei der ÖKB zu hinterlegen.d) Anfang 2008 beriet die renommierte Rechtsanwaltskanzlei To. Rechtsanwälte GmbH unser Unternehmen zur Frage, ob in Österreich das Umfirmieren einer Gründungskommanditistin und das erwähnte Neustrukturieren einer Beteiligung nachtragspflichtig im Sinne des KMG sei. Die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei bejahte dies und beriet uns bei deren Durchführung. Die genannte Anwaltskanzlei wies uns jedoch nicht darauf hin, dass ein Nachtrag nach Paragraph 6, Absatz eins, KMG unverzüglich zu veröffentlichen ist. Unsere Rechtsvertreterin erklärte uns, dass mit dem Nachtrag grundsätzlich genauso zu verfahren sei wie mit dem Prospekt. Der Nachtrag sei von der Emittentin zu unterfertigen, vom Prüfer zu prüfen, zu veröffentlichen und bei der ÖKB zu hinterlegen.

e) Diese Rechtsauskunft konnten wir nur so auffassen, dass der Ablauf dieser Schritte wie beim ursprünglichen Prospekt nacheinander abläuft. Wir haben die Richtigkeit dieser Information nicht in Frage gestellt, weil in Deutschland zuerst geprüft und dann veröffentlicht wird, und wir nur mit dieser Regelung vertraut waren. Unser Rechtsberater legte uns zwar nahe, wegen des Rücktrittsrechts bald zu veröffentlichen, eine Pflicht konnten wir daraus aber nicht ableiten.

f) Wir hatten keinen Grund, der Auskunft unserer Rechtsanwaltskanzlei nicht zu vertrauen. Ich bin als Vorstandsmitglied für die Verwaltung und die Kontrolle der internen Abläufe zuständig. Meines Erachtens geschah das Versäumnis nicht aufgrund eines strukturellen Fehlers, denn unser Unternehmen muss weder die Auskünfte unserer Rechtsanwälte prüfen lassen noch selber überprüfen. Im Gegenteil ist es ein Zeichen besonderer Vorsicht und einer guten Verwaltungsstruktur, dass meine Mitarbeiter keine internen Juristen heranzogen, sondern externe Spezialisten diese Frage prüfen ließen.

g) Wir erstellten am 19. Februar 2008 einen Nachtrag (Beilage ./2), veröffentlichten diesen aber aufgrund der Rechtsauskunft unserer Anwälte erst am 8. März 2009 in der Wiener Zeitung. Die Übermittlung an die Meldestelle erfolgte aus demselben Grund nach dem Erstellen und Prüfen des Nachtrags.

2. Zum verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren

a) Am 23. Oktober 2008 erhielt ich ua aufgrund dieses Vorgangs eine Strafverfügung wegen der Verletzung der Rechtsvorschrift nach §§ 16 Z 6 iVm 6 Abs 1 und 4 KMG, also wegen der verspäteten Übermittlung an die Meldestelle (Geschäftszahl FMA-EL00461- LAW/2008). Zwar hielt ich die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung für nicht richtig, bezahlte dann aber aus betriebs-wirtschaftlichen Erwägungen, weil mir die Kosten einer genauen Analyse der Rechtslage im Vergleich zur Höhe der Geldstrafe als unverhältnismäßig hoch erschienen. Damit hielt ich die Angelegenheit für bereinigt. Ich wusste zu diesem Zeitpunkt noch nicht, dass die FMA (erfolglos) eine Sachverhaltsdarstellung gegen mich an die Staatsanwaltschaft übermittelte und wegen des gleichen Sachverhaltes weitere Strafverfügungen folgen sollten.a) Am 23. Oktober 2008 erhielt ich ua aufgrund dieses Vorgangs eine Strafverfügung wegen der Verletzung der Rechtsvorschrift nach Paragraphen 16, Ziffer 6, in Verbindung mit 6 Absatz eins und 4 KMG, also wegen der verspäteten Übermittlung an die Meldestelle (Geschäftszahl FMA-EL00461- LAW/2008). Zwar hielt ich die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung für nicht richtig, bezahlte dann aber aus betriebs-wirtschaftlichen Erwägungen, weil mir die Kosten einer genauen Analyse der Rechtslage im Vergleich zur Höhe der Geldstrafe als unverhältnismäßig hoch erschienen. Damit hielt ich die Angelegenheit für bereinigt. Ich wusste zu diesem Zeitpunkt noch nicht, dass die FMA (erfolglos) eine Sachverhaltsdarstellung gegen mich an die Staatsanwaltschaft übermittelte und wegen des gleichen Sachverhaltes weitere Strafverfügungen folgen sollten.

b) Am 7. Mai 2009 erließ die FMA eine zweite Strafverfügung gegen mich wegen der Verletzung der Rechtsvorschrift nach §§ 16 Z 1 iVm 6 Abs 1 und 4 KMG, also wegen der verspäteten Veröffentlichung (Geschäftszahl FMA – EL00461.100/0001-LAW/2009). Dagegen habe ich am 9. Juli 2009 einen ausführlich begründeten Einspruch erhoben.b) Am 7. Mai 2009 erließ die FMA eine zweite Strafverfügung gegen mich wegen der Verletzung der Rechtsvorschrift nach Paragraphen 16, Ziffer eins, in Verbindung mit 6 Absatz eins und 4 KMG, also wegen der verspäteten Veröffentlichung (Geschäftszahl FMA – EL00461.100/0001-LAW/2009). Dagegen habe ich am 9. Juli 2009 einen ausführlich begründeten Einspruch erhoben.

c) Am 13. Oktober 2009 erreichte mich ein Straferkenntnis der FMA, das sich von der Strafverfügung nur durch eine angehängte umfangreiche Begründung unterschied.

II. Unrichtige Feststellungsgründe zwei. Unrichtige Feststellung

1. Bemängelte Feststellung und Ersatzfeststellung

a) In den Feststellungen des angefochtenen Straferkenntnisses findet sich folgende Formulierung (Seite 2, letzter Satz):

"Zwei Punkte des Prospekts mussten geändert werden."

Zur Erläuterung: Nach § 6 Abs 1 KMG müssen Informationen nachgetragen und der Prospekt somit geändert werden, wenn diese neuen Informationen die Beurteilung der Wertpapiere durch den durchschnittlichen Anleger beeinflussen könnten. Bei den beiden Informationen handelt es sich um die in Punkt I.1.d. angesprochenen.Zur Erläuterung: Nach Paragraph 6, Absatz eins, KMG müssen Informationen nachgetragen und der Prospekt somit geändert werden, wenn diese neuen Informationen die Beurteilung der Wertpapiere durch den durchschnittlichen Anleger beeinflussen könnten. Bei den beiden Informationen handelt es sich um die in Punkt römisch eins.1.d. angesprochenen.

b) In der rechtlichen Beurteilung des Straferkenntnisses findet sich folgende Passage, aus der wir schließen müssen, dass das Ermittlungsverfahren der FMA dieses festgestellte Resultat nicht ergab, sondern die Behörde diese Fragestellung gar nicht prüfte (Seite 6f):

"Inwieweit diese Informationen geeignet waren, die Beurteilung der öffentlich angebotenen Veranlagung zu beeinflussen, kann (wie unten dargelegt) dahin gestellt bleiben. Die apodiktische Verneinung dieser Eignung, wie dies in der Stellungnahme erfolgt, ist zumindest hinterfragenswert. "

[Hervorhebungen nicht im Original.]

Damit verkennt die FMA die Rechtslage. Sie hätte prüfen müssen, ob die nachgereichten Informationen nachtragspflichtig iSd § 6 KMG sind. Aufgrund dieser fehlerhaften rechtlichen Beurteilung lässt das angefochtene Straferkenntnis Feststellungen zur Frage vermissen, ob der durchschnittliche Anleger durch solche Informationen beeinflusst werden könnte. Die Behörde wäre zum Ergebnis gekommen, dass sich die Anleger nicht davon beeinflussen lassen und deshalb keine Nachtragspflicht bestand.Damit verkennt die FMA die Rechtslage. Sie hätte prüfen müssen, ob die nachgereichten Informationen nachtragspflichtig iSd Paragraph 6, KMG sind. Aufgrund dieser

fehlerhaften rechtlichen Beurteilung lässt das angefochtene Straferkenntnis Feststellungen zur Frage vermissen, ob der durchschnittliche Anleger durch solche Informationen beeinflusst werden könnte. Die Behörde wäre zum Ergebnis gekommen, dass sich die Anleger nicht davon beeinflussen lassen und deshalb keine Nachtragspflicht bestand.

c) Keinesfalls kann die Behörde eine Feststellung treffen, die nicht Gegenstand des Ermittlungsverfahrens war und für die kein Beweis spricht. Die Feststellung widerspricht den Beweisergebnissen und ist somit rechtswidrig. Wir begehren folgende Ersatzfeststellung:

"Beide Punkte waren nicht nachtragspflichtig."

2. Bedeutung der Ersatzfeststellung

a) Diese Feststellung ist entgegen der Ansicht der FMA auf den Seiten 6f des Straferkenntnisses hinsichtlich der Frage bedeutsam, ob der Tatbestand des § 16 Z 1 KMG erfüllt ist. Die Behörde führt auf den Seiten 6f ihres Straferkenntnisses richtig aus, dass nach § 6 Abs 1 KMG Nachträge zum Prospekt unverzüglich und noch vor Übergabe an den Prospektkontrollor zu veröffentlichen sind. Diese Verpflichtung dient dem Anlegerschutz. Die Emittentin soll Informationen, welche die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagung durch einen durchschnittlichen, verständigen Anleger beeinflussen können, sofort publizieren. Damit soll der Anleger in die Lage versetzt werden, sich ein fundiertes Gesamturteil zu bilden. a) Diese Feststellung ist entgegen der Ansicht der FMA auf den Seiten 6f des Straferkenntnisses hinsichtlich der Frage bedeutsam, ob der Tatbestand des Paragraph 16, Ziffer eins, KMG erfüllt ist. Die Behörde führt auf den Seiten 6f ihres Straferkenntnisses richtig aus, dass nach Paragraph 6, Absatz eins, KMG Nachträge zum Prospekt unverzüglich und noch vor Übergabe an den Prospektkontrollor zu veröffentlichen sind. Diese Verpflichtung dient dem Anlegerschutz. Die Emittentin soll Informationen, welche die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagung durch einen durchschnittlichen, verständigen Anleger beeinflussen können, sofort publizieren. Damit soll der Anleger in die Lage versetzt werden, sich ein fundiertes Gesamturteil zu bilden.

b) Zivny führt dazu aus, dass entscheidend sei, ob der wichtige neue Umstand oder die wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit das fundierte Urteil der Anleger über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Finanzlage, die Gewinne und Verluste, die Zukunftsaussichten des Emittenten und jedes Garantiegebers sowie über die mit den Wertpapieren verbundenen beeinflussen könne (Zivny, KapitalmarktG, § 6 Rn 2). b) Zivny führt dazu aus, dass entscheidend sei, ob der wichtige neue Umstand oder die wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit das fundierte Urteil der Anleger über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Finanzlage, die Gewinne und Verluste, die Zukunftsaussichten des Emittenten und jedes Garantiegebers sowie über die mit den Wertpapieren verbundenen beeinflussen könne (Zivny, KapitalmarktG, Paragraph 6, Rn 2).

c) Wie bereits im Sachverhalt ausgeführt, erschöpften sich die Änderungen darin, dass sich eine Gründungskommanditistin umfirmierte und die Reederei O. ihre Beteiligungsstruktur änderte. Nach wie vor sind die Kapitalgesellschaften unter der gleichen Kontrolle (die Kommanditanteile wurden nicht nach außen veräußert), so dass sich für Personen außerhalb der Reederei O. nichts änderte. Diese bei den Vorgänge hatten keine Auswirkung auf Vermögen, Finanzlage, Gewinnaussichten oder Zukunftsperspektiven des Wertpapiers. Ein Nachtrag wäre somit nicht nötig gewesen, sondern wurde nur irrtümlich veröffentlicht. Auch die FMA stellt aufgrund falscher rechtlicher Beurteilung ungeprüft dahin, ob die Veranlagungen dazu in der Lage gewesen wären, und hält die Frage für gerade einmal "zumindest hinterfragenswert" (Seite 7 des Straferkenntnisses).

d) Somit war unser Nachtrag ein "freiwilliger". Die FMA verweist auf die Rechtsmeinung von Russ, wonach die Pflichten in Bezug auf Hinterlegung und Veröffentlichung auch auf diese freiwilligen Nachträge anzuwenden sei (Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz § 6 Rn 7). Wenn Russ nun diese Ansicht vertritt, dann hat er damit lediglich im Auge, dass kein von der gebilligten Prospektversion abweichender Prospekt verwendet werden darf, also dass lediglich formale Gründe wie Übersichtlichkeit und Effizienz dafür sprechen, nicht aber der Schutz der Anleger. d) Somit war unser Nachtrag ein "freiwilliger". Die FMA verweist auf die Rechtsmeinung von Russ, wonach die Pflichten in Bezug auf Hinterlegung und Veröffentlichung auch auf diese freiwilligen Nachträge anzuwenden sei (Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz Paragraph 6, Rn 7). Wenn Russ nun diese Ansicht vertritt, dann hat er damit lediglich im Auge, dass kein von der gebilligten Prospektversion abweichender Prospekt verwendet werden darf, also dass lediglich formale Gründe wie Übersichtlichkeit und Effizienz dafür sprechen, nicht aber der Schutz der Anleger.

Dies ist im Übrigen eine einzelne Meinung der Lehre; der Gesetzgeber müsste eine Regelung vorsehen, wenn er wollte, dass freiwillige Nachträge auch erfasst sind.

e) Jedenfalls fehlerhaft ist der Schluss der FMA, dass deshalb auch die Sanktionsnormen des § 16 Z 1 oder 6 KMG auf freiwillige Prospektnachträge angewendet werden könnten. Wie die Behörde richtig ausführt, ist der Schutz der Anleger der Telos des § 6 KMG. e) Jedenfalls fehlerhaft ist der Schluss der FMA, dass deshalb auch die Sanktionsnormen des Paragraph 16, Ziffer eins, oder 6 KMG auf freiwillige Prospektnachträge angewendet werden könnten. Wie die Behörde richtig ausführt, ist der Schutz der Anleger der Telos des Paragraph 6, KMG.

§ 16 Z 1 und 6 KMG untermauert diesen Anlegerschutz mit einer Strafnorm. Ein freiwilliger Nachtrag - ein Fall, den der Gesetzgeber (bewusst) nicht regelt -, dient aber gerade nicht dem Anlegerschutz. Vielmehr bedienen sich Emittenten hier einer bloßen Form der Veröffentlichung, etwa aus Zweckmäßigkeitsgründen, die nicht in die ratio legis des § 6 KMG fallen. Wird ein solcher Nachtrag verspätet veröffentlicht, hat das jedoch keine Auswirkungen auf die Anleger oder deren Beurteilung des Wertpapiers. Es lässt sich kein Hinweis finden, dass der Gesetzgeber geringfügige Defizite in der Übersichtlichkeit und Effizienz bei der Veröffentlichung eines unnötigen Nachtrags sanktionieren wollte. Paragraph 16, Ziffer eins und 6 KMG untermauert diesen Anlegerschutz mit einer Strafnorm. Ein freiwilliger Nachtrag - ein Fall, den der Gesetzgeber (bewusst) nicht regelt -, dient aber gerade nicht dem Anlegerschutz. Vielmehr bedienen sich Emittenten hier einer bloßen Form der Veröffentlichung, etwa aus Zweckmäßigkeitsgründen, die nicht in die ratio legis des Paragraph 6, KMG fallen. Wird ein solcher Nachtrag verspätet veröffentlicht, hat das jedoch keine Auswirkungen auf die Anleger oder deren Beurteilung des Wertpapiers. Es lässt sich kein Hinweis finden, dass der Gesetzgeber geringfügige Defizite in der Übersichtlichkeit und Effizienz bei der Veröffentlichung eines unnötigen Nachtrags sanktionieren wollte.

f) Bei der Auslegung von Normen im (Verwaltungs-)Strafrecht kommen dem Schutzobjekt und der ratio legis besondere Bedeutung zu. Rechtsetzende Autoritäten haben in der Regel einen typischen Sachverhalt, der in den Begriffskern fällt, im Sinn (Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 1 Rn 78). Dieser typische Sachverhalt ist in diesem Fall ein verspätet gemeldeter oder veröffentlichter Nachtrag, weshalb Anleger nicht ausreichend informiert sind, dadurch in Gefahr geraten, suboptimale Veranlagungen zu treffen und in der Folge vielleicht einen Schaden erleiden. § 6 KMG und die diesbezüglichen parlamentarischen Materialien lassen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber den freiwilligen Nachtrag gar nicht bedachte oder nicht regeln wollte. Der gegenwärtige Sachverhalt ist daher viel zu weit entfernt von dem, der mit § 16 Z 1 und 6 vermieden werden soll. f) Bei der Auslegung von Normen im (Verwaltungs-)Strafrecht kommen dem Schutzobjekt und der ratio legis besondere Bedeutung zu. Rechtsetzende Autoritäten haben in der Regel einen typischen Sachverhalt, der in den Begriffskern fällt, im Sinn (Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch Paragraph eins, Rn 78). Dieser typische Sachverhalt ist in diesem Fall ein verspätet gemeldeter oder veröffentlichter Nachtrag, weshalb Anleger nicht ausreichend informiert sind, dadurch in Gefahr geraten, suboptimale Veranlagungen zu treffen und in der Folge vielleicht einen Schaden erleiden. Paragraph 6, KMG und die diesbezüglichen parlamentarischen Materialien lassen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber den freiwilligen Nachtrag gar nicht bedachte oder nicht regeln wollte. Der gegenwärtige Sachverhalt ist daher viel zu weit entfernt von dem, der mit Paragraph 16, Ziffer eins und 6 vermieden werden soll.

g) Ist eine Norm formal zu weit gefasst, muss man sie auf den ihr nach Zweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückführen, also teleologisch reduzieren (Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 1 Rn 91). Der Gesetzgeber beabsichtigte bei Schaffung der §§ 6 und 16 KMG nur den Anlegerschutz und bedachte freiwillige Prospektnachträge nicht. Es findet sich kein einziger Hinweis, dass er auf andere Rechtsgüter abstellte - etwa auf Übersichtlichkeit und Effizienz. Auch die Behörde behauptete nichts in diese Richtung. g) Ist eine Norm formal zu weit gefasst, muss man sie auf den ihr nach Zweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückführen, also teleologisch reduzieren (Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch Paragraph eins, Rn 91). Der Gesetzgeber beabsichtigte bei Schaffung der Paragraphen 6 und 16 KMG nur den Anlegerschutz und bedachte freiwillige Prospektnachträge nicht. Es findet sich kein einziger Hinweis, dass er auf andere Rechtsgüter abstellte - etwa auf Übersichtlichkeit und Effizienz. Auch die Behörde behauptete nichts in diese Richtung.

h) Wenn man § 16 Z 1 und 6 KMG so reduziert, dass er nur Prospektnachträge umfasst, die nach § 6 KMG verpflichtend waren, und nicht auch solche, die freiwillig veröffentlicht wurden, so mag unser Fehler - vielleicht - gegen § 6 KMG verstoßen. Die Sanktionsnormen § 16 Abs 1 oder 6 KMG können auf diesen Fall allerdings nicht angewandt werden. Die begehrte Ersatzfeststellung ist also von Bedeutung; durch sie wird klar, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist. h)

Wenn man Paragraph 16, Ziffer eins und 6 KMG so reduziert, dass er nur Prospektnachträge umfasst, die nach Paragraph 6, KMG verpflichtend waren, und nicht auch solche, die freiwillig veröffentlicht wurden, so mag unser Fehler - vielleicht - gegen Paragraph 6, KMG verstoßen. Die Sanktionsnormen Paragraph 16, Absatz eins, oder 6 KMG können auf diesen Fall allerdings nicht angewandt werden. Die begehrte Ersatzfeststellung ist also von Bedeutung; durch sie wird klar, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist.

III. Materielle Rechtswidrigkeit des Bescheidesrömischesch drei. Materielle Rechtswidrigkeit des Bescheides

1. Fehlende Feststellung aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung

a) Die Behörde folgt in ihrer rechtlichen Beurteilung der Ansicht, dass wir von der To. Rechtsanwälte GmbH unrichtig beraten wurden. Auf Seite 8 des Straferkenntnisses, somit innerhalb der rechtlichen Beurteilung, findet sich folgendes Passage:

"Die beauftragte und angeblich im Kapitalmarktrecht kompetente Rechtsanwaltskanzlei hat den klaren gesetzlichen Auftrag "übersehen" und der Beschuldigte muss dies verantworten."

Zwar geht die Behörde implizit von dieser Tatsache aus, sie muss aber jedoch auch in den Feststellungen Aufnahme finden, damit ich als Beschuldigter absehen kann, aus welchem Sachverhalt die Behörde ihrer Schlussfolgerungen gezogen hat.

b) Die Frage, ob uns unsere damalige Rechtsvertretung unrichtig beraten hatte, ist ein maßgebliches Sachverhaltselement, um zu entscheiden, ob ein unverschuldeter oder verschuldeter Rechtsirrtum vorliegt und deshalb entweder kein Verschulden (dazu sogleich) oder zumindest der Strafminderungsgrund nach § 34 Abs 1 Z 12 StGB) vorliegt. Da die FMA nicht an der Tatsache zweifelt, dass ich unrichtig beraten wurde, und daher das Ergebnis ihrer Beweiswürdigung klar aus der rechtlichen Begründung hervorkommt, begehren wir folgende, nicht getroffene Feststellung:b) Die Frage, ob uns unsere damalige Rechtsvertretung unrichtig beraten hatte, ist ein maßgebliches Sachverhaltselement, um zu entscheiden, ob ein unverschuldeter oder verschuldeter Rechtsirrtum vorliegt und deshalb entweder kein Verschulden (dazu sogleich) oder zumindest der Strafminderungsgrund nach Paragraph 34, Absatz eins, Ziffer 12, StGB) vorliegt. Da die FMA nicht an der Tatsache zweifelt, dass ich unrichtig beraten wurde, und daher das Ergebnis ihrer Beweiswürdigung klar aus der rechtlichen Begründung hervorkommt, begehren wir folgende, nicht getroffene Feststellung:

"Die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei klärte das Unternehmen nicht darüber auf, dass Nachträge unverzüglich veröffentlicht werden müssen."

c) Auf Seite 7 und 8 des Straferkenntnisses geht die Behörde auf das Thema Verbotsirrtum ein, das ich in meiner Stellungnahme erörtere, und geht implizit bereits von der begehrten Feststellung aus. Zu ihrer rechtlichen Beurteilung und der Bedeutung des Verbotsirrtums halte ich Folgendes fest: § 5 VStG ist mit "Schuld" übertitelt und behandelt in seinen zwei Absätzen einerseits die Frage nach dem psychologischen Schuldselement (Vorsatz und Fahrlässigkeit), andererseits das Thema Verbotsirrtum (Unrechtsbewusstsein). Diese beiden Konzepte sind zwar beide Teilbereiche der Schuld, aber voneinander scharf zu trennen. Denn ein Schuldvorwurf (Abs 1) kann dem Kläger nur gemacht werden, wenn er wusste oder wissen hätte müssen, dass sein Verhalten verboten ist (Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, 4174). Im Zuge der Fallprüfung ist also erst zu prüfen, ob ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt, und erst bei der Verneinung dieser Frage ist relevant, ob ein Beschuldigter den Tatbestand vorsätzlich, fahrlässig oder unverschuldet verwirklichte.c) Auf Seite 7 und 8 des Straferkenntnisses geht die Behörde auf das Thema Verbotsirrtum ein, das ich in meiner Stellungnahme erörtere, und geht implizit bereits von der begehrten Feststellung aus. Zu ihrer rechtlichen Beurteilung und der Bedeutung des Verbotsirrtums halte ich Folgendes fest: Paragraph 5, VStG ist mit "Schuld" übertitelt und behandelt in seinen zwei Absätzen einerseits die Frage nach dem psychologischen Schuldselement (Vorsatz und Fahrlässigkeit), andererseits das Thema Verbotsirrtum (Unrechtsbewusstsein). Diese beiden Konzepte sind zwar beide Teilbereiche der Schuld, aber voneinander scharf zu trennen. Denn ein Schuldvorwurf (Absatz eins,) kann dem Kläger nur gemacht werden, wenn er wusste oder wissen hätte müssen, dass sein Verhalten verboten ist (Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, 4174). Im Zuge der Fallprüfung ist also erst zu prüfen, ob ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt, und erst bei der Verneinung dieser Frage ist relevant, ob ein Beschuldigter den Tatbestand vorsätzlich, fahrlässig oder unverschuldet verwirklichte.

d) Die Behörde vermengte diese beiden Konzepte in ihrer rechtlichen Beurteilung.

§ 5 Abs 1 VStG normiert für Ungehorsamsdelikte eine Vermutung der Fahrlässigkeit. Dies gilt aber nicht für Abs 2, also den Verbotsirrtum. Hier hat die Behörde von Amts wegen zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verbotsirrtum unverschuldet ist (Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht* 4, 417) und erst, wenn mir dann ein solcher Nachweis nicht gelungen wäre, ginge dies zu meinen Lasten. Paragraph 5, Absatz eins, VStG normiert für Ungehorsamsdelikte eine Vermutung der Fahrlässigkeit. Dies gilt aber nicht für Absatz 2, also den Verbotsirrtum. Hier hat die Behörde von Amts wegen zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verbotsirrtum unverschuldet ist (Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht* 4, 417) und erst, wenn mir dann ein solcher Nachweis nicht gelungen wäre, ginge dies zu meinen Lasten.

e) Ich ging im Rahmen des Einspruchs auf einen möglichen Verbotsirrtum ein. Sollte die FMA weitere Beweise für nötig erachten - etwa, dass unser Unternehmen kein Auswahl- und Kontrollverschulden trifft - wäre es vermutlich möglich gewesen, die Zweifel der Behörde an der Kompetenz unserer damaligen Rechtsvertreterin zu zerstreuen. Dazu müsste ich aber erst von diesen Zweifeln wissen. Ich darf betonen, dass es nach den Grundsätzen unserer Rechtsordnung nicht mir obliegt, meine Unschuld zu beweisen. Wenn der Gesetzgeber den Behörden gewisse Vergünstigungen bei der Beweislast einräumt, dürfen diese nicht so weit interpretiert werden, dass sie die FMA von jeder selbstständigen Ermittlung entbinden.

f) Dies ist allerdings meines Erachtens gar nicht relevant, weil die Behörde die Fehlberatung durch meine damaligen Rechtsberater nicht bezweifelte. Sie behauptet lediglich, ich konnte nicht glaubhaft machen, dass mich (bzw richtig: das Unternehmen) weder ein Auswahlverschulden (*culpa in eligendo*) noch ein Kontrollverschulden (*culpa in custodiendo*) trafe. Die Behörde hätte Ermittlungen anstellen müssen, um diese Feststellung zu treffen. Diese Argumentation wirkt außerdem bemüht, denn weder die Lehre noch die Judikatur gebraucht diese Konzepte im Zusammenhang mit dem Verbotsirrtum.

g) Vielmehr ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Unkenntnis einer Verwaltungsvorschrift unverschuldet, wenn ohne deren Kenntnis das Unerlaubte einer bestimmten Handlung nicht eingesehen werden kann und die Partei an einen österreichischen Rechtsanwalt den allgemeinen Auftrag richtet, sie über alle ihr nach den österreichischen Gesetzen obliegende Verpflichtungen zu unterrichten (VwGH 12.05.1931 A 0740/29). Wenn es die Aufgabe einer Rechtsanwaltskanzlei ist, uns über das Ob und Wie des gegenständlichen Nachtrags zu informieren, würde es meine Sorgfaltspflichten überspannen, den ersten Rechtsberater durch einen zweiten überwachen oder sich von ihm alle relevanten Fragen auflisten zu lassen, die dem ersten gestellt werden müssen. So hält es auch Scheil im Finanzstrafrecht in der Regel für unzumutbar, eine "second opinion" einzuholen (Scheil, *Dogmatische Probleme aus dem Finanzstrafrecht*, JBI 1998, 353).

h) Das Unerlaubte an der nicht sogleich erfolgten Veröffentlichung des Nachtrags war für mich ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einzusehen, wie ich schon bei meiner Stellungnahme erläuterte. Es ist ausgesprochen ungewöhnlich und entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Information geprüft und gleichzeitig - ohne das Prüfungsergebnis abzuwarten veröffentlicht wird. Der Intuition entspricht eher der § 16 des deutschen Wertpapierprospektgesetzes (WpPG), nach dem ein Nachtrag binnen sieben Werktagen zu billigen und anschließend unverzüglich zu veröffentlichen ist. h) Das Unerlaubte an der nicht sogleich erfolgten Veröffentlichung des Nachtrags war für mich ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einzusehen, wie ich schon bei meiner Stellungnahme erläuterte. Es ist ausgesprochen ungewöhnlich und entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Information geprüft und gleichzeitig - ohne das Prüfungsergebnis abzuwarten veröffentlicht wird. Der Intuition entspricht eher der Paragraph 16, des deutschen Wertpapierprospektgesetzes (WpPG), nach dem ein Nachtrag binnen sieben Werktagen zu billigen und anschließend unverzüglich zu veröffentlichen ist.

i) Dem Vorwurf der Behörde, dass ich nicht glaubhaft machen konnte, dass mich weder Auswahlverschulden noch Kontrollverschulden trifft, möchte ich Folgendes entgegenhalten: Die To. Rechtsanwälte GmbH ist eine für österreichische Verhältnisse mittelgroße Kanzlei, die sich intensiv mit wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen beschäftigt und auch im Kapitalmarktrecht außerordentlich kompetent ist. Doch dies ist im Grunde gar nicht relevant. Jeder Rechtsanwalt muss das Recht kennen und kann in Österreich erst nach mindestens neunjähriger Ausbildung selbstständig Auskünfte erteilen. Allein daraus wird schon glaubhaft, dass mich kein Auswahl- oder Kontrollverschulden traf. Außerdem beriet uns diese Rechtsanwaltskanzlei über eine lange Zeit und leistete dabei im Allgemeinen sehr gute Arbeit. Wenn die Behörde angibt, dass ich nicht habe widerlegen können, dass mich solches Verschulden trifft, dann drückt sie damit aus, dass die besagte Rechtsanwaltskanzlei für kapitalmarktrechtliche

Belange nicht herangezogen werden dürfte. Außerdem müsste man die Kanzlei oder deren Auskünfte kontrollieren (anders als nach dargelegter Meinung des VwGH bei anderen Rechtsanwälten). Die FMA bleibt eine Erklärung schuldig, aus welchem Grund es Auswahlverschulden begründen könnte, die To. Rechtsanwälte GmbH beizuziehen, und wieso man gerade diese Sozietät auf welche Art auch immer kontrollieren müsste. Diese impliziten Vorwürfe sind unsubstantiiert und materiell rechtswidrig.

j) Die Behörde kam aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung zu einem falschen Ergebnis. Wird die fehlende Feststellung aufgenommen, kommt man zum Ergebnis, dass das Verfahren wegen Verbotsirrtum einzustellen ist.

2. Fehlende Fahrlässigkeit

a) Erst wenn die Behörde verneint, dass ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt, ist die Frage nach Vorsatz oder Fahrlässigkeit iSd § 5 Abs 1 VStG zu prüfen – nicht untrennbar vermengt, wie die FMA dies auf den Seiten 7f des Straferkenntnisses tat. a) Erst wenn die Behörde verneint, dass ein unverschuldeter Rechtsirrtum vorliegt, ist die Frage nach Vorsatz oder Fahrlässigkeit iSd Paragraph 5, Absatz eins, VStG zu prüfen – nicht untrennbar vermengt, wie die FMA dies auf den Seiten 7f des Straferkenntnisses tat.

Sollte also nur ein verschuldeter Rechtsirrtum vorliegen, gilt Folgendes:

b) Ich bin als Vorstand verantwortlich für die Verwaltungsabläufe und deren Kontrolle. Hier endlich ist das Auswahlverschulden und das Kontrollverschulden von

Bedeutung: Dem Betriebsinhaber kann Fahrlässigkeit einerseits dann vorgeworfen werden, wenn er sich ungeeigneter Personen bedient als auch dann, wenn er keine ausreichende Überwachung seiner Arbeitnehmer vornimmt (Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 416f).

c) Fahrlässigkeit setzt sich nach Thienel aus mehreren Komponenten zusammen; die erste davon ist die objektive Sorgfaltswidrigkeit. Das fragliche Verhalten ist dann objektiv sorgfaltswidrig, wenn ein einsichtiger und besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters sich in einer konkreten Situation anders verhalten hätte (Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 415). Die Anforderungen an die objektive Sorgfaltswidrigkeit dürfen gerade im Hinblick auf die Modellfigur des einsichtigen und besonnenen Menschen nicht überspannt werden. Nicht schon die Verletzung bloßer Sorgfaltsvorschriften macht das Wesen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit aus, sondern erst das Nichtbeachten solcher Sorgfaltspflichten, welche die Rechtsordnung nach den gesamten Umständen des Falles vernünftigerweise auferlegen darf (Kienapfel/Höpfel, Strafrecht. Allgemeiner Teil¹¹ Z 25 Rn 15). Nach der Rsp des OGH in einem Fall gerichtlichen Strafrechts darf etwa ein Lenker, der einen Defekt in einer Fachwerkstätte beheben ließ, darauf vertrauen, dass die Reparatur sorgfältig und erfolgreich durchgeführt wurde (SSt 57/50). c) Fahrlässigkeit setzt sich nach Thienel aus mehreren Komponenten zusammen; die erste davon ist die objektive Sorgfaltswidrigkeit. Das fragliche Verhalten ist dann objektiv sorgfaltswidrig, wenn ein einsichtiger und besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters sich in einer konkreten Situation anders verhalten hätte (Thienel, Verwaltungsverfahrensrecht⁴, 415). Die Anforderungen an die objektive Sorgfaltswidrigkeit dürfen gerade im Hinblick auf die Modellfigur des einsichtigen und besonnenen Menschen nicht überspannt werden. Nicht schon die Verletzung bloßer Sorgfaltsvorschriften macht das Wesen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit aus, sondern erst das Nichtbeachten solcher Sorgfaltspflichten, welche die Rechtsordnung nach den gesamten Umständen des Falles vernünftigerweise auferlegen darf (Kienapfel/Höpfel, Strafrecht. Allgemeiner Teil¹¹ Ziffer 25, Rn 15). Nach der Rsp des OGH in einem Fall gerichtlichen Strafrechts darf etwa ein Lenker, der einen Defekt in einer Fachwerkstätte beheben ließ, darauf vertrauen, dass die Reparatur sorgfältig und erfolgreich durchgeführt wurde (SSt 57/50).

d) Geht die Behörde also davon aus, dass ich fahrlässig gehandelt hätte, dann ist sie entsprechend dem oben Gesagten der Ansicht, dass ein einsichtiger und besonnener Mensch aus meinem Verkehrskreis - also ein Vorstand eines vergleichbaren Unternehmens - Maßnahmen ergriffen hätte, die diesen Fehler im gegenständlichen Fall vermieden hätten. Wie ich persönlich im gegenständlichen Fall fahrlässig hätte handeln sollen, hat die FMA nicht dargelegt. Nach meinen Überlegungen wäre dies nur möglich, wenn ein Unternehmen Angestellte einstellt, welche die beauftragten Rechtsanwaltskanzleien zu überwachen haben. Das ist weltfremd und kaum von Gesetzgeber und Rechtsprechung bezweckt. Es wäre schlichtweg zu teuer, einen Spezialisten zu beschäftigen oder eine andere Kanzlei zu beauftragen, um eine Rechtsauskunft absegnen zu können. Für gewöhnlich leisten renommierte Kanzleien gute Arbeit. Dass trotzdem in Extremfällen Fehler geschehen können, muss ein besonnener Vorstand aus ökonomischen Gründen in Kauf nehmen.

e) Der zweite Aspekt ist die Kontrolle. Mir ist schleierhaft, wie ich den Kontakt meiner Mitarbeiter mit Rechtsanwälten überprüfen könnte, um solche Fehler zu vermeiden - wenn es nicht darauf hinauslaufen soll, dass ich jeden juristischen Rat von besseren Juristen überprüfen lasse.

f) Die Behörde hält mir vor, ich hätte keine Beweise beigebracht, die glaubhaft machen können, dass ich - darauf läuft es hinaus - Juristen beschäftige, die besser als die Wirtschaftsanwälte sind, und ich alle rechtsanwaltlichen Ratschläge nachkontrollieren lasse. Dem muss ich entgegenen, dass ich das nicht beweisen kann, weil es nicht der Fall ist. Ich kann nur aus meiner Stellungnahme wiederholen, dass sich die objektive Maßfigur eines Vorstands gleich verhalten hätte. Ich handelte daher entgegen der Ansicht der Behörde nicht einmal fahrlässig und kann deshalb nicht bestraft werden. Aus diesem Grund ist das angefochtene Straferkenntnis rechtswidrig.

IV. Wesentliche Verfahrensverstöße römisch vier. Wesentliche Verfahrensverstöße

1. In sich widersprüchliche Begründung

a) Die Beweismittelwürdigung des Straferkenntnisses erschöpft sich in der Aussage, dass sich der festgestellte Sachverhalt zweifelsfrei und unwidersprochen aus den erhobenen Beweisen ergäbe. Dies könnte eine sinnleere Aussage sein, mit der die FMA ausdrücken wollte, dass sich die Feststellungen aus den Beweisen ergeben, und sie nicht an diesen Feststellungen zweifle (dazu sogleich). Die zweite Interpretationsmöglichkeit wäre, dass die Behörde die Beweise selbst als zweifelsfrei und unwidersprochen sieht.

b) Sollte diese zweite Deutungsvariante zutreffen und damit auch das von der FMA herangezogene Beweismittel der "schriftlichen Rechtfertigung des Beschuldigten vom 09.07.2009 (ON 11)" zweifelsfrei sein, fehlen die Tatsachenfeststellungen, dass sich unser Unternehmen in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befand und auch mich kein Verschulden an unserer Versäumnis trifft. Stattdessen finden sich in der Begründung des Bescheids wenigstens zwei Gedanken, die in offenem Widerspruch zum genannten Beweismittel stehen:

i) Auf Seite 8 des Bescheides findet sich die Formulierung, ich habe nicht glaubhaft machen können, dass mich weder Auswahlverschulden (culpa in eligendo) noch Kontrollverschulden (culpa in custodiendo) getroffen habe. Die FMA zieht daraus den Fehlschluss, dass dem Unternehmen und mir deshalb kein unverschuldeter Rechtsirrtum unterlaufen habe könnten - dazu weiter unten. Jedenfalls steht dieses Vorbringen im Widerspruch zum genannten Beweismittel.

ii) Unmittelbar daran anschließend erklärte die Behörde, nicht davon überzeugt zu sein, dass mich "kein Verschulden an der Einhaltung [vermutlich gemeint:

Nichteinhaltung] der gesetzlichen Bestimmungen" traf. Auch dies steht im Widerspruch zu meinem Vorbringen.

c) Widerspricht sich die Begründung eines Bescheides derart eklatant wie im gegenständlichen Fall, ist ein wesentlicher Verfahrensmangel anzunehmen. Wenn die Behörde davon ausgeht, dass meine Stellungnahme zweifelsfrei und damit richtig ist, muss sie entsprechende Feststellungen treffen und kann nicht einen von den Beweisergebnissen völlig abweichenden Spruch erlassen.

2. Mangelhafte Beweismittelwürdigung

a) Naheliegender und der Lebenserfahrung eher entsprechend ist aber die erwähnte Interpretation, wonach die FMA ausdrücken wollte, dass sich die Feststellungen aus den Beweisen ergäben und die Behörde nicht an ihren Feststellungen zweifle. Dass die FMA von vorneherein wenig Zweifel hatte, sieht man an der Tatsache, dass sie faktisch kein Ermittlungsverfahren einleitete, sondern ihrer Strafverfügung lediglich eine Begründung als Antwort auf meine Stellungnahme anhängte.

b) Der erwähnte Satz ist also entgegen seiner Bezeichnung keine Beweismittelwürdigung. Nach der Rechtsprechung muss aber aus der Begründung eines Bescheides hervorgehen, aus welchen Erwägungen die Behörde zur Ansicht gelangt ist, dass gerade der festgestellte Sachverhalt vorliegt (VwGH 89/09/0164). Eine solche Begründung besteht in der Aufdeckung der Gedankengänge und Eindrücke, die dafür maßgebend waren, dass eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten wurde, und warum ein Beweismittel dem anderen vorgezogen wurde (VwSlg 2411 A/1952). Wenn die Behörde den Ausführungen der Partei keinen Glauben schenkt, hat sie die Gründe dieser Beweismittelwürdigung im Bescheid auszuführen (VwSlg 606 A/1948). Die Behörde müsste also darlegen, aus welchem Grund sie dem in diesem Fall zentralen Beweismittel meiner Stellungnahme keinen Glauben schenken wollte - schließlich hat die Behörde zB keinen Beweis oder auch nur Hinweis, dass ich verschuldet eine untüchtige Rechtsanwaltskanzlei wählte oder mich ein

persönliches Verschulden an der Verspätung träfe etc. Zu einer lückenlosen Begründung gehört nach der Judikatur nicht nur das Anführen der Beweismittel, sondern es ist auch bei jedem Beweismittel anzuführen, welche Tatsache auf dieser Grundlage als feststehend erachtet wird (VwGH 92/10/0101). Aus welchen Beweismitteln oder Erwägungen sich ergeben könnte, dass ich nicht in einem unverschuldeten Irrtum war oder fahrlässig gehandelt haben soll, blieb für mich im Dunkeln.

c) Im Verstoß gegen die Begründungspflicht liegt eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, wenn die belangte Behörde bei Einhaltung derselben zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (VwGH 87/05/0196 oder VwGH 87/05/0173). Bei richtiger Beweiswürdigung und einer rechtskonformen Begründung hätte die Behörde das Verfahren einstellen müssen.

d) Die FMA kam meines Erachtens zu Schlüssen, die nicht auf Beweissubstraten gründen, sondern den Beweisen sogar diametral entgegenlaufen. Die Entscheidung erging daher auch willkürlich.

V. Zur unrichtigen Strafbemessungsrömis ch fünf. Zur unrichtigen Strafbemessung

1. Zur Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 VStG1. Zur Anwendbarkeit des Paragraph 21, Absatz eins, VStG

a) Die belangte Behörde hat zu Unrecht die Bestimmung des § 21 Abs 1 VStG nicht angewendet. § 21 Abs 1 VStG ist nach der Judikatur dann anzuwenden, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der Strafandrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahren s recht* 8 (2003) Rz 817). a) Die belangte Behörde hat zu Unrecht die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG nicht angewendet. Paragraph 21, Absatz eins, VStG ist nach der Judikatur dann anzuwenden, wenn das tatbildmäßige Verhalten hinter dem in der Strafandrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (Walter/Mayer, *Verwaltungsverfahren s recht* 8 (2003) Rz 817).

b) Wenn die belangte Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, die verfahrensgegenständlichen Geschäfte erfüllten den Tatbestand des § 16 Z 1 KMG, so hätte sie dennoch gemäß § 21 Abs 1 VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Die Folgen der Tat sind als unbedeutend zu werten: Es gibt nicht nur keinen geschädigten Anleger, es ist aufgrund der Bedeutungslosigkeit des Nachtrags sogar logisch unmöglich, dass es einen gibt. Weder die Umfirmierung einer Gründungskommanditistin noch die Umstrukturierung der Beteiligungen des Reederei O. konnten einen Nachteil für die Maßfigur des durchschnittlichen, verständigen Anlegers bedeuten oder seine Anlageentscheidung in irgendeiner Hinsicht beeinflussen. Zur Frage des Schuldgehalts verweisen wir auf unsere Ausführungen zum Verbotsirrtum und zur fehlenden Fahrlässigkeit. b) Wenn die belangte Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, die verfahrensgegenständlichen Geschäfte erfüllten den Tatbestand des Paragraph 16, Ziffer eins, KMG, so hätte sie dennoch gemäß Paragraph 21, Absatz eins, VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Die Folgen der Tat sind als unbedeutend zu werten: Es gibt nicht nur keinen geschädigten Anleger, es ist aufgrund der Bedeutungslosigkeit des Nachtrags sogar logisch unmöglich, dass es einen gibt. Weder die Umfirmierung einer Gründungskommanditistin noch die Umstrukturierung der Beteiligungen des Reederei O. konnten einen Nachteil für die Maßfigur des durchschnittlichen, verständigen Anlegers bedeuten oder seine Anlageentscheidung in irgendeiner Hinsicht beeinflussen. Zur Frage des Schuldgehalts verweisen wir auf unsere Ausführungen zum Verbotsirrtum und zur fehlenden Fahrlässigkeit.

c) Da somit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 VStG vorliegen, hätte die belangte Behörde die Bestimmung des § 21 Abs 1 VStG anwenden müssen, weil in solchen Fällen ein entsprechender Rechtsanspruch des Beschuldigten besteht (vgl zB VwGH vom 14.10.2005, GZ 2004/05/0221). Da die belangte Behörde dies zu Unrecht nicht getan hat, ist das von mir bekämpfte Straferkenntnis auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet. c) Da somit die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Paragraph 21, Absatz eins, VStG vorliegen, hätte die belangte Behörde die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG anwenden müssen, weil in solchen Fällen ein entsprechender Rechtsanspruch des Beschuldigten besteht vergleiche zB VwGH vom 14.10.2005, GZ 2004/05/0221). Da die belangte Behörde dies zu Unrecht nicht getan hat, ist das von mir bekämpfte Straferkenntnis auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet.“

Des Weiteren wurde die Strafhöhe als unangemessen hoch angesehen und fest gehalten, dass die Bestimmung des § 21 Abs 1 VStG zu Unrecht nicht angewendet worden sei. Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren stützt sich auf eine Anzeige der OeKB, wonach unter anderem die C.-KG den ersten Nachtrag vom 19.2.2008 entgegen ihrer Verpflichtung zur unverzüglichen Veröffentlichung und Hinterlegung gemäß § 6 KMG erst mit einer dreiwöchigen

Verspätung, am 8.3.2008, veröffentlichte bzw. am 10.3.2008 bei der Meldestelle hinterlegte. Des Weiteren wurde die Strafhöhe als unangemessen hoch angesehen und fest gehalten, dass die Bestimmung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG zu Unrecht nicht angewendet worden sei. Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren stützt sich auf eine Anzeige der OeKB, wonach unter anderem die C.-KG den ersten Nachtrag vom 19.2.2008 entgegen ihrer Verpflichtung zur unverzüglichen Veröffentlichung und Hinterlegung gemäß Paragraph 6, KMG erst mit einer dreiwöchigen Verspätung, am 8.3.2008, veröffentlichte bzw. am 10.3.2008 bei der Meldestelle hinterlegte.

Weiter wurde in der Anzeige dazu Folgendes ausgeführt:

„Rechtliche Grundlagen und Würdigung

Gem § 6 Abs 1 iVm Abs 4 muss jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Beurteilung der Veranlagungen beeinflussen könnten und die zwischen der Billigung des Prospekts und dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots auftreten in einem Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) zum Prospekt genannt werden. Gem Paragraph 6, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 4, muss jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Beurteilung der Veranlagungen beeinflussen könnten und die zwischen der Billigung des Prospekts und dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots auftreten in einem Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) zum Prospekt genannt werden.

Im gegenständlichen Fall entfällt gem Abs 4 leg cit das Erfordernis der Billigung durch die FMA. Nachträge sind stattdessen gemäß § 8 Abs 2 zu kontrollieren. Demnach ist ua gem Z 3 leg cit ein Prospekt bei Veranlagungen von einem beeideten Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren und bei deren Vorliegen vom Kontrollor mit Angabe von Ort und Tag und der Beifügung "als Prospektkontrollor" zu unterfertigen. Diese Unterfertigung begründet die unwiderlegliche Vermutung, daß der Unterfertigte den Prospekt kontrolliert und für richtig und vollständig befunden hat. Bei Nachträgen von Prospekten von Veranlagungen gilt Abs 1 mit der Maßgabe, dass der Anbieter den Kontrollvermerk des Prospektkontrollors unverzüglich an die Meldestelle zu übermitteln hat. Dieser Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) ist vom jeweiligen Emittenten (§ 8a Abs 1) unverzüglich (zumindest gemäß denselben Regeln) zu veröffentlichen und zu hinterlegen (wie sie für die Veröffentlichung und Hinterlegung des ursprünglichen Prospektes galten). Im gegenständlichen Fall entfällt gem Absatz 4, leg cit das Erfordernis der Billigung durch die FMA. Nachträge sind stattdessen gemäß Paragraph 8, Absatz 2, zu kontrollieren. Demnach ist ua gem Ziffer 3, leg cit ein Prospekt bei Veranlagungen von einem beeideten Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren und bei deren Vorliegen vom Kontrollor mit Angabe von Ort und Tag und der Beifügung "als Prospektkontrollor" zu unterfertigen. Diese Unterfertigung begründet die unwiderlegliche Vermutung, daß der Unterfertigte den Prospekt kontrolliert und für richtig und vollständig befunden hat. Bei Nachträgen von Prospekten von Veranlagungen gilt Absatz eins, mit der Maßgabe, dass der Anbieter den Kontrollvermerk des Prospektkontrollors unverzüglich an die Meldestelle zu übermitteln hat. Dieser Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) ist vom jeweiligen Emittenten (Paragraph 8 a, Absatz eins,) unverzüglich (zumindest gemäß denselben Regeln) zu veröffentlichen und zu hinterlegen (wie sie für die Veröffentlichung und Hinterlegung des ursprünglichen Prospektes galten).

Nach § 15 Abs 1 Z 1 KMG ist, sofern die Tat nicht nach anderen Bestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet, ohne daß zeitgerecht ein gebilligter Prospekt oder die gebilligten nach § 6 vorgeschriebenen ändernden oder ergänzenden Angaben veröffentlicht wurden. Nach Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer eins, KMG ist, sofern die Tat nicht nach anderen Bestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet, ohne daß zeitgerecht ein gebilligter Prospekt oder die gebilligten nach Paragraph 6, vorgeschriebenen ändernden oder ergänzenden Angaben veröffentlicht wurden.

Neben der gerichtlichen Strafe gem § 15 KMG sieht das Gesetz in § 16 auch die Möglichkeit der Sanktionierung durch eine Verwaltungsstrafe vor: Demnach ist die FMA als Billigungsbehörde befugt, Geldstrafen bis zu € 50.000 zu verhängen, sofern der Prospekt oder die Nachträge den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widersprechen, der Mangel aber nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe erreicht (vgl Klass/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 10 Rz

104ff). Demnach begeht gem § 16 KMG, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu € 50 000 zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist, wer Neben der gerichtlichen Strafe gem Paragraph 15, KMG sieht das Gesetz in Paragraph 16, auch die Möglichkeit der Sanktionierung durch eine Verwaltungsstrafe vor: Demnach ist die FMA als Billigungsbehörde befugt, Geldstrafen bis zu € 50.000 zu verhängen, sofern der Prospekt oder die Nachträge den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widersprechen, der Mangel aber nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe erreicht vergleiche Klass/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht Paragraph 10, Rz 104ff). Demnach begeht gem Paragraph 16, KMG, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu € 50 000 zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist, wer

1. Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet oder gewerbsmäßig vermittelt, wenn der Prospekt oder die nach § 6 ändernden oder ergänzenden Angaben oder deren Veröffentlichung den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht oder als Emittent einen Rechenschaftsbericht diesem Bundesgesetz widersprechend erstellt oder veröffentlicht oder 1. Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet oder gewerbsmäßig vermittelt, wenn der Prospekt oder die nach Paragraph 6, ändernden oder ergänzenden Angaben oder deren Veröffentlichung den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht oder als Emittent einen Rechenschaftsbericht diesem Bundesgesetz widersprechend erstellt oder veröffentlicht oder

6. als Anbieter nicht rechtzeitig den Prospekt oder die nach § 6 ändernden oder ergänzenden Angaben nach diesem Bundesgesetz der Meldestelle übersendet. Weiters ist verwaltungsstrafrechtlich zu ahnden, sofern der Prospektkontrollor falsche Angaben macht bzw wenn eine Regel nicht veröffentlicht wird oder eine Übersendung an die Meldestelle unterbleibt (vgl Kalss in Klass/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I, 283). 6. als Anbieter nicht rechtzeitig den Prospekt oder die nach Paragraph 6, ändernden oder ergänzenden Angaben nach diesem Bundesgesetz der Meldestelle übersendet. Weiters ist verwaltungsstrafrechtlich zu ahnden, sofern der Prospektkontrollor falsche Angaben macht bzw wenn eine Regel nicht veröffentlicht wird oder eine Übersendung an die Meldestelle unterbleibt vergleiche Kalss in Klass/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht römisch eins, 283).

Nach Ansicht der Abt III/1 erfüllt eine Veröffentlichung und Hinterlegung von 4 Wochen nach dem Erstellungsdatum nicht das Kriterium der Unverzüglichkeit (insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Institut der Nachtragsverpflichtung zu dem Zweck geschaffen wurde, bei Änderungen den Markt möglichst schnell zu informieren), allerdings erreicht der Verstoß gegen das Kapitalmarktrecht im vorliegenden Fall nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe, weshalb mit einem Verwaltungsstrafverfahren das Auslangen gefunden werden sollte. Da nach § 17d bei Verwaltungsübertretungen gemäß § 16 an Stelle der Verjährungsfrist des § 31 VStG von sechs Monaten eine Verjährungsfrist von 18 Monaten gilt ist eine Verjährung in einem der vorliegenden Fälle noch nicht eingetreten. Nach Ansicht der Abt III/1 erfüllt eine Veröffentlichung und Hinterlegung von 4 Wochen nach dem Erstellungsdatum nicht das Kriterium der Unverzüglichkeit (insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Institut der Nachtragsverpflichtung zu dem Zweck geschaffen wurde, bei Änderungen den Markt möglichst schnell zu informieren), allerdings erreicht der Verstoß gegen das Kapitalmarktrecht im vorliegenden Fall nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe, weshalb mit einem Verwaltungsstrafverfahren das Auslangen gefunden werden sollte. Da nach Paragraph 17 d, bei Verwaltungsübertretungen gemäß Paragraph 16, an Stelle der Verjährungsfrist des Paragraph 31, VStG von sechs Monaten eine Verjährungsfrist von 18 Monaten gilt ist eine Verjährung in einem der vorliegenden Fälle noch nicht eingetreten.

Ergebnis bzw. weitere Vorgangsweise:

Seitens der Abt III/1 besteht der Verdacht, dass die oa Emittenten dadurch, dass sie entgegen ihrer Verpflichtungen gemäß § 8a Abs 1 iVm § 6 Abs 1 und Abs 4 die Nachträge zu den jeweiligen Veranlagungsprospekten nicht rechtzeitig der Meldestelle übersendet haben und dadurch Veranlagungen anbieten bzw gewerbsmäßig vertreiben, obwohl die Veröffentlichung der nach § 6 ändernden oder ergänzenden Angaben den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht, eine Verwaltungsübertretung gem § 16 Z 1 und Z 6 KMG begangen haben und bei Erhärtung dieses Verdachts ein Verwaltungsstrafverfahren gegen sie einzuleiten wäre. Seitens der Abt III/1 besteht der Verdacht, dass die oa Emittenten dadurch, dass sie entgegen ihrer Verpflichtungen gemäß Paragraph 8 a, Absatz eins, in Verbindung mit

Paragraph 6, Absatz eins und Absatz 4, die Nachträge zu den jeweiligen Veranlagungsprospekten nicht rechtzeitig der Meldestelle übersendet haben und dadurch Veranlagungen anbieten bzw gewerbsmäßig vertreiben, obwohl die Veröffentlichung der nach Paragraph 6, ändernden oder ergänzenden Angaben den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht, eine Verwaltungsübertretung gem Paragraph 16, Ziffer eins und Ziffer 6, KMG begangen haben und bei Erhärtung dieses Verdachts ein Verwaltungsstrafverfahren gegen sie einzuleiten wäre.

Vor dem Hintergrund, dass den §§ 15 Abs 1 Z 1 und 16 Z 1 KMG im wesentlichen ein vergleichbares Tatbild zugrunde liegt, erscheint es der Abt III/1 geboten hier im Verwaltungsstrafwege vorzugehen, da der angenommene Verstoß nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe erreicht (siehe Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 105).“Vor dem Hintergrund, dass den Paragraphen 15, Absatz eins, Ziffer eins und 16 Ziffer eins, KMG im wesentlichen ein vergleichbares Tatbild zugrunde liegt, erscheint es der Abt III/1 geboten hier im Verwaltungsstrafwege vorzugehen, da der angenommene Verstoß nicht die Gravität für eine gerichtliche Strafe erreicht (siehe Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht Paragraph 10, Rz 105).“

Dem Verwaltungsstrafakt liegen des Weiteren der Prospekt von der Ersten Beteiligungsgesellschaft C.-KG vom 31.8.2007 sowie der erste Nachtrag vom 19.2.2008 bei. Aus diesem Prospekt ist insbesondere ersichtlich, dass es sich um Kommanditbeteiligungen an einer Beteiligungsgesellschaft von Schifffahrtsgesellschaften handelt. Die Gesellschaft wurde auf unbestimmte Zeit errichtet. Sie kann von jedem Gesellschafter unter Einhaltung einer Frist von 6 Monaten zum Jahresende gekündigt werden, erstmals jedoch zum 31.12.2024. Die Mindestzeichnungssumme soll 10.000,-- Euro betragen.

Der Nachtrag zu diesem Prospekt vom 19.2.2008, veröffentlicht am 8.3.2008, hat zwei Informationen enthalten:

Die Gründungskommanditistin der Emittentin sowie auch der acht Einschiffsgesellschaften, die M. Vermittlung GmbH wurde mit Wirkung zum 1.1.2008 auf M. Investments GmbH umfirmiert. Der zweite Punkt betraf eine Beteiligungsübertragung. Demnach hat die Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG, die Kommanditistin aller acht Einschiffsgesellschaft ist, einen Teilbetrag ihrer Kommanditeinlage in der Höhe von jeweils 3,3 Millionen Euro (in der Summe 26,4 Millionen Euro) auf die bislang nicht beteiligte Claus-Peter O. Holding KG übertragen. Lediglich eine Beteiligung in der Höhe von jeweils 50.000,-- Euro (in der Summe 400.000,-- Euro) verblieb bei der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG.

Die Beteiligungsstruktur hat sich nach dem Nachtrag vom 19.2.2008 folgender Maßen dargestellt:

	Summe der Kommanditgesellschaften		
	EUR	EUR	In %
Eigenkapital			
Claus-Peter O. Holding KG	26.400.000		
Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co.) KG	400.000		
Claus-Peter O. Tankschiffreederei (GmbH & Co.) KG	400.000		
M. Investments GmbH	80.000		
T.	80.000		
Einzuzwerbendes Kommanditkapital	77.840.000		
Agio auf das einzuzwerbende	5.260.000		
Kommanditkapital			
Summe Kommanditkapital inkl. Agio		110.460.000	35,58

Mit der Strafverfügung vom 7.5.2009 wurde dem nunmehrigen Berufungswerber die gegenständliche Verwaltungsübertretung erstmals vorgeworfen. Gegen diese Strafverfügung hat der nunmehrige Berufungswerber mit Schreiben vom 27.5.2009 Einspruch erhoben.

Mit Schreiben vom 18.6.2009 erging an den nunmehrigen Berufungswerber eine Aufforderung zur Rechtfertigung.

In der diesbezüglichen Stellungnahme vom 9.7.2009 wurde insbesondere ausgeführt, dass der nunmehrige Berufungswerber mit Strafverfügung vom 23.10.2008 bereits wegen der Verletzung der Rechtsvorschriften nach §§ 16 Z 6 iVm 6 Abs 1 und 4 KMG (Geschäftszahl FMA-EL00461-LAW/2008) in dem gegenständlichen Fall bestraft worden sei. Er habe diese Strafe aus betriebswirtschaftlichen Gründen bezahlt, obwohl er die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung bezweifelt habe. Die nunmehrige Bestrafung würde aber eine Doppelbestrafung darstellen und somit dem Doppelbestrafungsverbot gemäß Art. 4 Abs 1 in der diesbezüglichen Stellungnahme vom 9.7.2009 wurde insbesondere ausgeführt, dass der nunmehrige Berufungswerber mit Strafverfügung vom 23.10.2008 bereits wegen der Verletzung der Rechtsvorschriften nach Paragraphen 16, Ziffer 6, in Verbindung mit 6 Absatz eins und 4 KMG (Geschäftszahl FMA-EL00461-LAW/2008) in dem gegenständlichen Fall bestraft worden sei. Er habe diese Strafe aus betriebswirtschaftlichen Gründen bezahlt, obwohl er die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung bezweifelt habe. Die nunmehrige Bestrafung würde aber eine Doppelbestrafung darstellen und somit dem Doppelbestrafungsverbot gemäß Artikel 4, Absatz eins

7. ZPMRK widersprechen. Des Weiteren habe es sich bei den gegenständlichen Änderungen nicht um einen zwingenden Nachtrag nach § 6 KMG gehandelt. Bei einer bloßen "Namensänderung" einer Kapitalgesellschaft sei dies keinesfalls gegeben, daher wäre die Anwendung dieser Norm grundrechtswidrig. Sollte die Finanzmarktaufsicht dennoch zum Schluss kommen, dass die nachgetragenen Informationen der Nachtragspflicht nach § 6 KMG unterliegen würden, so werde des Weiteren eingewendet, dass der Berufungswerber im Sinne des § 5 Abs 2 VStG die Verwaltungsvorschrift nicht gekannt habe, diese Unkenntnis unverschuldet sei und er das Unerlaubte des Verhaltens seines Unternehmens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen habe können. Zwar sei der Berufungsweber seiner Beschäftigung nach verpflichtet, sich über die einschlägigen Vorschriften zu informieren, da das Unternehmen sich in diesen Prospektangelegenheiten aber von einer - im Bereich der Beratung im Rahmen von Prospektprüfungen iSd KMG äußerst reputierten - Rechtsanwaltskanzlei beraten habe lassen, die den gesamten Prozess der Nachträge begleitet habe, und diese nicht auf die Notwendigkeit der gleichzeitigen Veröffentlichung und Billigung hingewiesen habe, habe der Berufungswerber die Rechtswidrigkeit seines Tuns unverschuldet nicht erkennen können, weil die Regelung, einen sich noch in Prüfung befindlichen Prospekt bereits zu veröffentlichen, nicht unbedingt auf der Hand liege. Sollte die Finanzmarktaufsicht der Ansicht sein, dass die nachgetragenen Informationen der Nachtragspflicht nach § 6 KMG unterlägen und kein entschuldigender Rechtsirrtum vorläge, so werde eingewendet, dass die Veröffentlichung nicht einmal fahrlässig verspätet erfolgt sei. Die Abläufe in dem Unternehmen würden in der Regel reibungslos funktionieren, und die Mitarbeiter des Berufungswerbers würden sich durch besondere Kompetenz und Verlässlichkeit auszeichnen. Als Vorstand sei er zwar über die Vorgänge unterrichtet und überwache die Prozesse im Unternehmen, wie er mit E-Mailkorrespondenz auch belegen könne, er könne aber unmöglich jeden der von Spezialisten betreuten Vorgänge im Detail kontrollieren - dies würde die Forderung an ein effektives Kontrollsystem bei Weitem überspannen. Vor diesem Hintergrund sei für ihn diese Verspätung völlig unerwartet gewesen.

7. ZPMRK widersprechen. Des Weiteren habe es sich bei den gegenständlichen Änderungen nicht um einen zwingenden Nachtrag nach Paragraph 6, KMG gehandelt. Bei einer bloßen "Namensänderung" einer Kapitalgesellschaft sei dies keinesfalls gegeben, daher wäre die Anwendung dieser Norm grundrechtswidrig. Sollte die Finanzmarktaufsicht dennoch zum Schluss kommen, dass die nachgetragenen Informationen der Nachtragspflicht nach Paragraph 6, KMG unterliegen würden, so werde des Weiteren eingewendet, dass der Berufungswerber im Sinne des Paragraph 5, Absatz 2, VStG die Verwaltungsvorschrift nicht gekannt habe, diese Unkenntnis unverschuldet sei und er das Unerlaubte des Verhaltens seines Unternehmens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen habe können. Zwar sei der Berufungsweber seiner Beschäftigung nach verpflichtet, sich über die einschlägigen Vorschriften zu informieren, da das Unternehmen sich in diesen Prospektangelegenheiten aber von einer - im Bereich der Beratung im Rahmen von Prospektprüfungen iSd KMG äußerst reputierten - Rechtsanwaltskanzlei beraten habe lassen, die den gesamten Prozess der Nachträge begleitet habe, und diese nicht auf die Notwendigkeit der gleichzeitigen Veröffentlichung und Billigung hingewiesen habe, habe der Berufungswerber die Rechtswidrigkeit seines Tuns unverschuldet nicht erkennen können, weil die Regelung, einen sich noch in Prüfung befindlichen Prospekt bereits zu veröffentlichen, nicht unbedingt auf der Hand liege. Sollte die Finanzmarktaufsicht der Ansicht sein, dass die nachgetragenen Informationen der Nachtragspflicht nach Paragraph 6, KMG unterlägen und kein entschuldigender Rechtsirrtum vorläge, so werde eingewendet, dass die Veröffentlichung nicht einmal fahrlässig verspätet erfolgt sei. Die Abläufe in dem Unternehmen würden in der Regel reibungslos funktionieren, und die Mitarbeiter des

Berufungswerbers würden sich durch besondere Kompetenz und Verlässlichkeit auszeichnen. Als Vorstand sei er zwar über die Vorgänge unterrichtet und überwache die Prozesse im Unternehmen, wie er mit E-Mailkorrespondenz auch belegen könne, er könne aber unmöglich jeden der von Spezialisten betreuten Vorgänge im Detail kontrollieren - dies würde die Forderung an ein effektives Kontrollsystem bei Weitem überspannen. Vor diesem Hintergrund sei für ihn diese Verspätung völlig unerwartet gewesen.

In der Folge erging das nunmehr angefochtene Straferkenntnis. Mit Schreiben vom 18.6.2010 legte der Berufungswerber ein Mail von seiner früheren Rechtsanwältin Dr. Sonja K. (To. Rechtsanwälte GmbH) vor, und führte aus, dass er demnach den Nachtrag wie bei der ursprünglichen Prospekterstellung zu behandeln gehabt hätte. Er sei durch die Formulierung dieses E-Mails unverschuldet rechtsirrtümlich davon ausgegangen, dass - wie bei dem ursprünglichen Prospekt - der Nachtrag zuerst zu prüfen und erst anschließend zu veröffentlichen sei. Zwar hätte ihnen ihre Rechtsanwaltskanzlei in diesem E-Mail auch empfohlen, den Nachtrag „unverzüglich“ zu veröffentlichen, dies aber vor dem Hintergrund, dass Anleger andernfalls innerhalb von zwei Bankarbeitstagen zurücktreten hätten können. Eine Verpflichtung zu der unverzüglichen Veröffentlichung des Nachtrages – insbesondere ohne vorherige Prüfung – hätten sie daraus nicht ableiten können. Frau Dr. K. habe sie auch nicht auf verwaltungsstrafrechtliche Aspekte bei Prospektnachträgen hingewiesen.

Am 7.7.2010 fand vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Berufungswerber, sein Rechtsvertreter sowie eine Vertreterin der FMA teilgenommen haben.

Der Berufungswerber gab zu dem gegenständlichen Beteiligungsmodell zu Protokoll, dass es sich um eine Kommanditbeteiligungsgesellschaft gehandelt habe. Diese Beteiligungen würden eigentlich kaum ein Ausstiegsszenario vorsehen, es sei von einer Behaltedauer bei diesem Produkt von 17 Jahren ausgegangen worden. Bei der Änderung der Kommanditbeteiligung von dem Reeder Claus-Peter O. GmbH & Co KG zu der Claus-Peter O. Holding KG habe es sich um eine wesentliche Verschiebung des Kommanditanteiles der Claus-Peter O. GmbH & Co KG gehandelt. Er könne nicht genau sagen, weshalb es zu dieser Umschichtung gekommen sei. Es habe sich damals um einen der ersten Nachträge gehandelt. Das Unternehmen habe sich damals an eine Anwaltskanzlei gewendet, um keine Fehler zu machen. Mittlerweile hätten sie schon mehrere Nachträge veröffentlicht. Bei diesen habe es keine Beanstandungen mehr gegeben. Früher seien für sie Nachträge nicht von Relevanz gewesen, weil sie die Produkte sehr schnell verkauft hätten.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Gemäß § 6 Abs 1 KMG muss jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagungen beeinflussen könnten und die zwischen der Billigung des Prospekts und dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder, wenn diese früher eintritt, der Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt auftreten bzw. festgestellt werden, in einem Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) zum Prospekt genannt werden. Dieser Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) ist vom Antragsteller (§ 8a Abs 1) unverzüglich zumindest gemäß denselben Regeln zu veröffentlichen und zu hinterlegen, wie sie für die Veröffentlichung und Hinterlegung des ursprünglichen Prospektes galten. Gleichzeitig mit der Veröffentlichung ist der Nachtrag vom Antragsteller bei der FMA zur Billigung einzureichen und von dieser innerhalb von sieben Bankarbeitstagen ab Einlangen des Antrags bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 8a zu billigen; die FMA hat der Meldestelle eine Ausfertigung der Billigung zu übermitteln. Im Falle, dass das Ergebnis des Billigungsverfahrens zu einem geänderten Nachtragstext führt, ist auch dieser samt einem die bereits erfolgte Veröffentlichung richtigstellenden Hinweis zu veröffentlichen. Auch die Zusammenfassung und etwaige Übersetzungen davon sind erforderlichenfalls durch die im Nachtrag enthaltenen Informationen zu ergänzen. Gemäß § 6 Abs 4 KMG entfällt bei Nachträgen (ändernden oder ergänzenden Angaben) von Prospekten von Veranlagungen das Erfordernis der Billigung durch die FMA. Diese Nachträge sind stattdessen gemäß § 8 Abs 2 zu kontrollieren. Im Übrigen gilt bei Nachträgen von Prospekten von Veranlagungen Abs 1 mit der Maßgabe, dass der Anbieter den Kontrollvermerk des Prospektkontrollors unverzüglich an die Meldestelle zu übermitteln hat. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, KMG muss jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagungen beeinflussen könnten und die zwischen der Billigung des Prospekts und dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder, wenn diese früher eintritt, der Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt auftreten bzw. festgestellt werden, in einem Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) zum

Prospekt genannt werden. Dieser Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) ist vom Antragsteller (Paragraph 8 a, Absatz eins,) unverzüglich zumindest gemäß denselben Regeln zu veröffentlichen und zu hinterlegen, wie sie für die Veröffentlichung und Hinterlegung des ursprünglichen Prospektes galten. Gleichzeitig mit der Veröffentlichung ist der Nachtrag vom Antragsteller bei der FMA zur Billigung einzureichen und von dieser innerhalb von sieben Bankarbeitstagen ab Einlangen des Antrags bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Paragraph 8 a, zu billigen; die FMA hat der Meldestelle eine Ausfertigung der Billigung zu übermitteln. Im Falle, dass das Ergebnis des Billigungsverfahrens zu einem geänderten Nachtragstext führt, ist auch dieser samt einem die bereits erfolgte Veröffentlichung richtigstellenden Hinweis zu veröffentlichen. Auch die Zusammenfassung und etwaige Übersetzungen davon sind erforderlichenfalls durch die im Nachtrag enthaltenen Informationen zu ergänzen. Gemäß Paragraph 6, Absatz 4, KMG entfällt bei Nachträgen (ändernden oder ergänzenden Angaben) von Prospekten von Veranlagungen das Erfordernis der Billigung durch die FMA. Diese Nachträge sind stattdessen gemäß Paragraph 8, Absatz 2, zu kontrollieren. Im Übrigen gilt bei Nachträgen von Prospekten von Veranlagungen Absatz eins, mit der Maßgabe, dass der Anbieter den Kontrollvermerk des Prospektkontrollors unverzüglich an die Meldestelle zu übermitteln hat.

Gemäß § 8 Abs 2 1. Satz KMG ist der Prospekt bei Veranlagungen
Gemäß Paragraph 8, Absatz 2, 1. Satz KMG ist der Prospekt bei Veranlagungen

1.) von einem genossenschaftlichen Prüfungsverband für Kreditgenossenschaften nach dem System Schulze-Delitzsch oder nach dem System Raiffeisen oder

1. 2.)2,

von der Prüfungsstelle des Sparkassen-Prüfungsverbandes oder

2. 3.)3,

von einem beeideten Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder

4.) von

a.) einem Kreditinstitut im Sinne des § 1 Abs 1 BWG mit der Berechtigung zum Betrieb von Geschäften gemäß § 1 Abs 1 Z 9, 10 oder 11 BWG und mit anrechenbaren Eigenmitteln von mehr als 18,2 Millionen Euro oder a.) einem Kreditinstitut im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, BWG mit der Berechtigung zum Betrieb von Geschäften gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 9, 10, oder 11 BWG und mit anrechenbaren Eigenmitteln von mehr als 18,2 Millionen Euro oder

b.) einem Kredit- oder Finanzinstitut, das seine Tätigkeit in Österreich auf Grund der §§ 9, 11 oder 13 BWG über eine Zweigstelle oder im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs erbringt, sofern es im Herkunftsmitgliedstaat (§ 2 Z 6 BWG) zur Erbringung vergleichbarer Geschäfte, wie sie in § 1 Abs 1 Z 9, 10 oder 11 BWG genannt sind, berechtigt ist und über anrechenbare Eigenmittel von mehr als 18,2-Millionen-Euro-Gegenwert verfügb.) einem Kredit- oder Finanzinstitut, das seine Tätigkeit in Österreich auf Grund der Paragraphen 9, 11, oder 13 BWG über eine Zweigstelle oder im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs erbringt, sofern es im Herkunftsmitgliedstaat (Paragraph 2, Ziffer 6, BWG) zur Erbringung vergleichbarer Geschäfte, wie sie in Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 9, 10, oder 11 BWG genannt sind, berechtigt ist und über anrechenbare Eigenmittel von mehr als 18,2-Millionen-Euro-Gegenwert verfügt auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu kontrollieren und bei deren Vorliegen vom Kontrollor mit Angabe von Ort und Tag und der Beifügung "als Prospektkontrollor" zu unterfertigen.

Gemäß § 16 Z 1 KMG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50.000,-- Euro zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist, Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet oder gewerbsmäßig vermittelt, wenn der Prospekt oder die nach § 6 ändernden oder ergänzenden Angaben oder deren Veröffentlichung den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerspricht oder als Emittent einen Rechenschaftsbericht diesem Bundesgesetz widersprechend erstellt oder veröffentlicht. Gemäß Paragraph 16, Ziffer eins, KMG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 50.000,-- Euro zu bestrafen, wer im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen, das nach diesem Bundesgesetz prospektpflichtig ist, Wertpapiere oder Veranlagungen anbietet oder gewerbsmäßig vermittelt, wenn der Prospekt oder die nach Paragraph 6, ändernden oder ergänzenden Angaben oder deren Veröffentlichung den Vorschriften dieses Bundesgesetzes

widerspricht oder als Emittent einen Rechenschaftsbericht diesem Bundesgesetz widersprechend erstellt oder veröffentlicht.

Nach der Durchführung des Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Der Beschuldigte ist seit 19.6.2007 im Vorstand der M. Austria AG (in der Folge: M.) mit dem Sitz in Wien.

Die M. trat gemäß KMG in Österreich als Vermittlerin und inländische Anbotstellerin für die prospektpflichtigen Veranlagungen in Beteiligungen unter anderem an der 'C.-KG' (Emittentin) mit dem Sitz in Hamburg auf.

Der dem inländischen Vertrieb zugrundeliegende Kapitalmarktprospekt wurde am 31.8.2007 vom Prospektkontrollor unterfertigt. Die Zeichnungsfrist für die angebotenen Veranlagungen in Kommanditbeteiligungen lief vom Tag nach der Prospektveröffentlichung 2007 bis längstens 31.12.2008. Am 19.2.2008 wurde zu diesem Prospekt ein Nachtrag erstellt und vom Prospektkontrollor unterfertigt. Dieser Prospektnachtrag wurde am 8.3.2008 veröffentlicht und zeitgleich an die Meldestelle übermittelt. Nach diesem Nachtrag zu dem Prospekt vom 19.2.2008 hat die Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG, die Kommanditistin aller acht Einschiffsgesellschaften, einen Teilbetrag ihrer Kommanditeinlage in der Höhe von jeweils 3,3 Millionen Euro (in der Summe 26,4 Millionen Euro) auf die Claus-Peter O. Holding KG übertragen. Lediglich eine Beteiligung in der Höhe von jeweils 50.000,-- Euro (in der Summe 400.000,-- Euro) verblieb bei der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG. Die zweite im Nachtrag angeführte Änderung betrifft die Umfirmierung der Gründungskommanditistin der Emittentin sowie auch der acht Ein-Schiffsgesellschaften M. Vermittlung GmbH. Diese wurde mit Wirkung zum 1.1.2008 auf M. Investments GmbH umfirmiert. Diese Feststellungen ergeben sich aus dem erstinstanzlichen Akt und wurden von dem Berufungswerber im Wesentlichen nicht bestritten.

Bestritten wird, dass es sich bei diesen Änderungen um nachtragspflichtige Angaben gehandelt hat. Ein Prospektnachtrag sei demnach nicht erforderlich gewesen und sei ausschließlich auf freiwilliger Basis erfolgt.

Nachtragspflichtige Änderung

Nach § 6 KMG besteht die Verpflichtung zur Erstellung eines Nachtrages bei wichtigen, die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagungen beeinflussender Umstände. Alle sonstigen Nachträge beruhen auf freiwilliger Basis. Der Berufungswerber ist insofern im Recht, als eine Prüfung, ob nachtragspflichtige Umstände vorliegen, im Einzelfall zu erfolgen hat. Um zu beurteilen, ob nachtragspflichtige Änderungen vorliegen, ist es daher wesentlich zu prüfen, wie das gegenständliche Produkt ausgestaltet ist und welche Änderungen vorgenommen wurden. Bei dem gegenständlichen Veranlagungsprodukt handelt es sich um Kommanditbeteiligungen an einer Beteiligungsgesellschaft, die in Ein-Schiffsgesellschaften investiert (Schiffahrtsbeteiligung). Nach dem vorliegenden Prospekt handelt es sich bei diesem Produkt um eine sehr langfristige Veranlagungsform. Die Beteiligungsgesellschaft wurde auf unbestimmte Zeit errichtet und ist von den Gesellschaftern erstmalig zum 31.12.2024 kündbar. Des bedeutet eine verpflichtende Bindung von 17 Jahren. In der Folge ist eine Kündigung jeweils zum Jahresende unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigung vorgesehen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang auch die Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro sowie der mögliche Totalverlust. Nach Paragraph 6, KMG besteht die Verpflichtung zur Erstellung eines Nachtrages bei wichtigen, die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagungen beeinflussender Umstände. Alle sonstigen Nachträge beruhen auf freiwilliger Basis. Der Berufungswerber ist insofern im Recht, als eine Prüfung, ob nachtragspflichtige Umstände vorliegen, im Einzelfall zu erfolgen hat. Um zu beurteilen, ob nachtragspflichtige Änderungen vorliegen, ist es daher wesentlich zu prüfen, wie das gegenständliche Produkt ausgestaltet ist und welche Änderungen vorgenommen wurden. Bei dem gegenständlichen Veranlagungsprodukt handelt es sich um Kommanditbeteiligungen an einer Beteiligungsgesellschaft, die in Ein-Schiffsgesellschaften investiert (Schiffahrtsbeteiligung). Nach dem vorliegenden Prospekt handelt es sich bei diesem Produkt um eine sehr langfristige Veranlagungsform. Die Beteiligungsgesellschaft wurde auf unbestimmte Zeit errichtet und ist von den Gesellschaftern erstmalig zum 31.12.2024 kündbar. Des bedeutet eine verpflichtende Bindung von 17 Jahren. In der Folge ist eine Kündigung jeweils zum Jahresende unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigung vorgesehen. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang auch die Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro sowie der mögliche Totalverlust.

Bei dem gegenständlichen Produkt ist auf Grund der langen Bindung sowie in Hinblick auf die Mindestzeichnungssumme ein strenger Maßstab anzulegen, um zu beurteilen, wann ein „beeinflussender“ Umstand im Sinne des § 6 KMG besteht, der eine Nachtragsverpflichtung auslöst. Bei dem gegenständlichen Produkt ist auf Grund der langen Bindung sowie in Hinblick auf die Mindestzeichnungssumme ein strenger Maßstab anzulegen, um zu beurteilen, wann ein „beeinflussender“ Umstand im Sinne des Paragraph 6, KMG besteht, der eine

Nachtragsverpflichtung auslöst.

Nach dem Nachtrag zu dem Prospekt vom 19.2.2008 hat die Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG, die Kommanditistin aller acht Einschiffsgesellschaften ist, einen Teilbetrag ihrer Kommanditeinlage in der Höhe von jeweils 3,3 Millionen Euro (in der Summe 26,4 Millionen Euro) auf die Claus-Peter O. Holding KG übertragen. Lediglich eine Beteiligung in der Höhe von jeweils 50.000,-- Euro (in der Summe 400.000,-- Euro) verblieb bei der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG. Neben dem einzuwerbenden Kommanditkapital von jeweils 9,73 Millionen Euro (in der Summe 77,84 Millionen Euro) handelt es sich dabei um den größten Kommanditbeteiligungsanteil, denn die restlichen Kommanditbeteiligungen (inklusive jener Beteiligung der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG) betragen jeweils 120.000,-- Euro (in der Summe 960.000,-- Euro). Damit hat die Claus-Peter O. Holding KG knapp über 25 % der gesamten Kommanditbeteiligungen erworben.

Die zweite im Nachtrag angeführte Änderung betrifft die Umfirmierung der Gründungskommanditistin der Emittentin sowie auch der acht Ein-Schiffsgesellschaften M. Vermittlung GmbH. Diese wurde mit Wirkung zum 1.1.2008 auf M. Investments GmbH umfirmiert.

Bereits die Änderung in der Gesellschafterstruktur durch die beinahe gänzliche Übertragung der Kommanditbeteiligung der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG auf die Claus-Peter O. Holding KG ist für potentielle Anleger von Interesse. Denn damit hatte ein (neuer) Gesellschafter über 25 % der Kommanditbeteiligung erworben. Insbesondere im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Schiffsbeteiligungen, die wie in diesem Fall eine Bindung für zumindest 17 Jahre sowie eine Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro vorsieht und bei der auch ein Totalverlust möglich ist, ist ein Prospekt mit sehr genauen Angaben erforderlich. Es handelt sich daher bei solchen Änderungen um nachtragspflichtige Änderungen im Sinne des § 6 KMG. Für eine solche Feststellung war in diesem Fall die Beiziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich, weil eine wesentliche Änderung der Gesellschafterstruktur stattgefunden hat und insbesondere in Anbetracht der langen Bindung von zumindest 17 Jahren sowie einer Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro und der Möglichkeit eines Totalverlustes, eine möglichst genaue Information der Interessenten von Relevanz ist. Bereits die Änderung in der Gesellschafterstruktur durch die beinahe gänzliche Übertragung der Kommanditbeteiligung der Reederei Claus-Peter O. (GmbH & Co) KG auf die Claus-Peter O. Holding KG ist für potentielle Anleger von Interesse. Denn damit hatte ein (neuer) Gesellschafter über 25 % der Kommanditbeteiligung erworben. Insbesondere im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Schiffsbeteiligungen, die wie in diesem Fall eine Bindung für zumindest 17 Jahre sowie eine Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro vorsieht und bei der auch ein Totalverlust möglich ist, ist ein Prospekt mit sehr genauen Angaben erforderlich. Es handelt sich daher bei solchen Änderungen um nachtragspflichtige Änderungen im Sinne des Paragraph 6, KMG. Für eine solche Feststellung war in diesem Fall die Beiziehung eines Sachverständigen nicht erforderlich, weil eine wesentliche Änderung der Gesellschafterstruktur stattgefunden hat und insbesondere in Anbetracht der langen Bindung von zumindest 17 Jahren sowie einer Mindestzeichnungssumme von 10.000,-- Euro und der Möglichkeit eines Totalverlustes, eine möglichst genaue Information der Interessenten von Relevanz ist.

Unverzügliche Nachtragspflicht

Die Verpflichtung, einen Nachtrag zum Prospekt unverzüglich nach Eintritt oder Erkennen des Nachtragsumstandes und noch vor Übergabe an den Prospektkontrollor zu veröffentlichen, ergibt sich klar aus § 6 Abs 1 KMG. Die in § 6 KMG festgelegte Verpflichtung zur Prospektaktualisierung während eines laufenden öffentlichen Angebots dient vor allem dem Anlegerschutz. Der Prospekt würde seinem Zweck nicht ausreichend gerecht werden können, wenn er nur im Zeitpunkt der Billigung/Kontrolle vollständig zu sein hätte. Die Nachtragsumstände sollen dem Anlegerpublikum zeitnah bekannt gegeben werden. Sollte die anschließende Nachtragskontrolle zu einem geänderten Nachtragstext führen, so wäre auch dieser samt einem die bereits erfolgte Veröffentlichung richtigstellenden Hinweis zu veröffentlichen (§ 6 Abs 1 vorletzter Satz). Die Verpflichtung, einen Nachtrag zum Prospekt unverzüglich nach Eintritt oder Erkennen des Nachtragsumstandes und noch vor Übergabe an den Prospektkontrollor zu veröffentlichen, ergibt sich klar aus Paragraph 6, Absatz eins, KMG. Die in Paragraph 6, KMG festgelegte Verpflichtung zur Prospektaktualisierung während eines laufenden öffentlichen Angebots dient vor allem dem Anlegerschutz. Der Prospekt würde seinem Zweck nicht ausreichend gerecht werden können, wenn er nur im Zeitpunkt der Billigung/Kontrolle vollständig zu sein hätte. Die Nachtragsumstände sollen dem Anlegerpublikum zeitnah bekannt gegeben werden. Sollte die anschließende Nachtragskontrolle zu einem geänderten Nachtragstext führen, so wäre auch dieser samt einem die bereits erfolgte Veröffentlichung richtigstellenden Hinweis zu veröffentlichen (Paragraph 6, Absatz eins, vorletzter Satz).

Unbestritten ist, dass der Nachtrag erst mit einer Verspätung von rund zweieinhalb Wochen vorgenommen wurde. Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass es sich bei den gegenständlichen Übertretungen nach dem Börsegesetz um Ungehorsamdelikte im Sinne des § 5 Abs 1 VStG handelt, da zu den Tatbestandselementen weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr zählt. Bei Ungehorsamdelikten wird Fahrlässigkeit widerleglich vermutet, sodass es am Beschuldigten liegt, glaubhaft zu machen, dass ihn kein Verschulden trifft. Eine solche Glaubhaftmachung ist der Berufungswerberin nicht gelungen. Soweit ausgeführt wird, dass die rechtlichen Berater der M. Austria AG nicht auf die unverzügliche Veröffentlichung des Nachtrages hingewiesen hätten, vermag den Berufungswerber nicht zu entlasten, wäre es doch an ihm und nicht an seinen Beratern gelegen, für die Einhaltung der kapitalmarktrechtlichen Verpflichtungen Sorge zu tragen. Nicht vorgebracht wurde während des Verfahrens, dass der Berufungswerber bei der zuständigen Behörde gezielt Erkundigungen über die gegenständlichen Veröffentlichungspflichten eingeholt hätte. Zur subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass es sich bei den gegenständlichen Übertretungen nach dem Börsegesetz um Ungehorsamdelikte im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG handelt, da zu den Tatbestandselementen weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr zählt. Bei Ungehorsamdelikten wird Fahrlässigkeit widerleglich vermutet, sodass es am Beschuldigten liegt, glaubhaft zu machen, dass ihn kein Verschulden trifft. Eine solche Glaubhaftmachung ist der Berufungswerberin nicht gelungen. Soweit ausgeführt wird, dass die rechtlichen Berater der M. Austria AG nicht auf die unverzügliche Veröffentlichung des Nachtrages hingewiesen hätten, vermag den Berufungswerber nicht zu entlasten, wäre es doch an ihm und nicht an seinen Beratern gelegen, für die Einhaltung der kapitalmarktrechtlichen Verpflichtungen Sorge zu tragen. Nicht vorgebracht wurde während des Verfahrens, dass der Berufungswerber bei der zuständigen Behörde gezielt Erkundigungen über die gegenständlichen Veröffentlichungspflichten eingeholt hätte.

Zu den Ausführungen, wonach der Berufungswerber nicht fahrlässig gehandelt habe, weil er ein Kontrollsystem eingerichtet gehabt habe, ist festzuhalten, dass der Berufungswerber kein Kontrollsystem, welches innerhalb des Unternehmens die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sicherstellen soll, dargelegt hat. Es wurde lediglich behauptet, dass es solch ein Kontrollsystem gebe. Mit diesem Vorbringen wurde in keiner Weise dargelegt, warum durch dieses Kontrollsystem, welches im Übrigen nicht einmal näher konkretisiert wurde, generell die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sichergestellt werde. Allenfalls wird durch dieses Kontrollsystem im Sinne einer nachprüfenden Kontrolle sichergestellt, dass irgendwann einmal die gesetzlich vorgeschriebenen Veröffentlichungen und Mitteilungen im Sinne des § 6 KMG vorgenommen werden. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass durch dieses Kontrollsystem die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sichergestellt wird. Zu den Ausführungen, wonach der Berufungswerber nicht fahrlässig gehandelt habe, weil er ein Kontrollsystem eingerichtet gehabt habe, ist festzuhalten, dass der Berufungswerber kein Kontrollsystem, welches innerhalb des Unternehmens die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sicherstellen soll, dargelegt hat. Es wurde lediglich behauptet, dass es solch ein Kontrollsystem gebe. Mit diesem Vorbringen wurde in keiner Weise dargelegt, warum durch dieses Kontrollsystem, welches im Übrigen nicht einmal näher konkretisiert wurde, generell die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sichergestellt werde. Allenfalls wird durch dieses Kontrollsystem im Sinne einer nachprüfenden Kontrolle sichergestellt, dass irgendwann einmal die gesetzlich vorgeschriebenen Veröffentlichungen und Mitteilungen im Sinne des Paragraph 6, KMG vorgenommen werden. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass durch dieses Kontrollsystem die unverzügliche Veröffentlichung von Prospektnachträgen sowie deren Meldung an die Meldestelle sichergestellt wird.

Aus diesen Gründen war auch der subjektive Tatbestand der dem Berufungswerber zur Last gelegten Verwaltungsübertretung als verwirklicht anzusehen.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß Abs 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40-46 VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in

Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Gemäß Absatz 2, leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 40 -, 46, VStG) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 21 Abs 1 VStG kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, VStG kann die Behörde ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Durch die dem Berufungswerber zur Last liegenden Verwaltungsübertretung wurde das öffentliche Interesse an eine unverzügliche Veröffentlichung eines Prospektnachtrages zur Information der Kaufinteressenten bei der Werbung für eine Schiffsbeteiligung erheblich beeinträchtigt. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat war daher unbeschadet des Fehlens konkreter Tatfolgen nicht als bloß atypisch geringfügig einzustufen. Dass die Einhaltung der von dem Berufungswerber übertretenen Rechtsvorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderer Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch war dies aufgrund der Tatumstände anzunehmen. Es konnte daher das Verschulden des Berufungswerbers nicht als geringfügig angesehen werden. Da somit weder der objektive Unrechtsgehalt der Tat noch das den Berufungswerber treffende Verschulden als atypisch geringfügig einzustufen sind und insgesamt das tatbildliche Verhalten des Berufungswerbers nicht deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist, kam ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 Abs1 VStG nicht in Betracht. Mildernd war die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zu beurteilen. Diesen Milderungsgrund hat bereits die Erstinstanz berücksichtigt. Zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen hat der Berufungswerber angegeben, über ein Brutto-Jahreseinkommen von rund 95.000,-- Euro zu verfügen und für drei Kinder sorgepflichtig zu sein. Auf Grund dieser Angaben war von überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen. Vor dem Hintergrund der erörterten Strafbemessungskriterien erscheint die in Hinblick auf einen Strafraum bis 50.000,-- Euro sehr niedrig bemessene Strafe tat- und schuldangemessen. Die Verhängung dieser Strafe ist erforderlich, um den Berufungswerber und insbesondere auch Dritte von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen abzuhalten. Es war spruchgemäß zu entscheiden. Durch die dem Berufungswerber zur Last liegenden Verwaltungsübertretung wurde das öffentliche Interesse an eine unverzügliche Veröffentlichung eines Prospektnachtrages zur Information der Kaufinteressenten bei der Werbung für eine Schiffsbeteiligung erheblich beeinträchtigt. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat war daher unbeschadet des Fehlens konkreter Tatfolgen nicht als bloß atypisch geringfügig einzustufen. Dass die Einhaltung der von dem Berufungswerber übertretenen Rechtsvorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderer Gründen nur schwer hätte vermieden werden können, ist weder hervorgekommen noch war dies aufgrund der Tatumstände anzunehmen. Es konnte daher das Verschulden des Berufungswerbers nicht als geringfügig angesehen werden. Da somit weder der objektive Unrechtsgehalt der Tat noch das den Berufungswerber treffende Verschulden als atypisch geringfügig einzustufen sind und insgesamt das tatbildliche Verhalten des Berufungswerbers nicht deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist, kam ein Absehen von der Strafe gemäß Paragraph 21, Abs1 VStG nicht in Betracht. Mildernd war die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zu beurteilen. Diesen Milderungsgrund hat bereits die Erstinstanz

berücksichtigt. Zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen hat der Berufungswerber angegeben, über ein Brutto-Jahreseinkommen von rund 95.000,-- Euro zu verfügen und für drei Kinder Sorgepflichtig zu sein. Auf Grund dieser Angaben war von überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen. Vor dem Hintergrund der erörterten Strafbemessungskriterien erscheint die in Hinblick auf einen Strafraum bis 50.000,-- Euro sehr niedrig bemessene Strafe tat- und schuldangemessen. Die Verhängung dieser Strafe ist erforderlich, um den Berufungswerber und insbesondere auch Dritte von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen abzuhalten. Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG. Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des Paragraph 64, Absatz eins und 2 VStG.

Zuletzt aktualisiert am

28.01.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at