

TE Uvs Bescheid 2010/7/19 06/FM/40/9919/2009

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.07.2010

Index

21/05 Börse

Norm

BörseG §48c

BörseG §48 Abs1 Z7

BörseG §18 Z1

BörseG §48a Abs1 Z2 lita sublitaa

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

1. BörseG § 48 gültig von 01.01.2017 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. BörseG § 48 gültig von 02.08.2016 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 76/2016
3. BörseG § 48 gültig von 29.12.2015 bis 01.08.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2015
4. BörseG § 48 gültig von 26.11.2015 bis 28.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2015
5. BörseG § 48 gültig von 19.06.2015 bis 25.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/2015
6. BörseG § 48 gültig von 01.01.2014 bis 18.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 184/2013
7. BörseG § 48 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2012
8. BörseG § 48 gültig von 01.05.2012 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2012
9. BörseG § 48 gültig von 01.07.2010 bis 30.04.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2010
10. BörseG § 48 gültig von 01.11.2007 bis 30.06.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2007
11. BörseG § 48 gültig von 26.04.2007 bis 31.10.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 19/2007
12. BörseG § 48 gültig von 31.03.2006 bis 25.04.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2006
13. BörseG § 48 gültig von 10.08.2005 bis 30.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2005
14. BörseG § 48 gültig von 01.01.2005 bis 09.08.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2004

15. BörseG § 48 gültig von 01.04.2002 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
16. BörseG § 48 gültig von 01.01.2002 bis 31.03.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
17. BörseG § 48 gültig von 01.01.2002 bis 07.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
18. BörseG § 48 gültig von 08.08.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2001
19. BörseG § 48 gültig von 01.07.2001 bis 07.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
20. BörseG § 48 gültig von 01.01.2001 bis 30.06.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2001
21. BörseG § 48 gültig von 20.08.1999 bis 31.12.2000 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 187/1999
22. BörseG § 48 gültig von 01.01.1998 bis 19.08.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 11/1998
23. BörseG § 48 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 753/1996
24. BörseG § 48 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 753/1996
25. BörseG § 48 gültig von 01.10.1993 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 529/1993
26. BörseG § 48 gültig von 01.12.1989 bis 30.09.1993

1. BörseG § 18 gültig von 01.01.2007 bis 02.01.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 107/2017
2. BörseG § 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 753/1996
3. BörseG § 18 gültig von 01.10.1993 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 529/1993
4. BörseG § 18 gültig von 01.12.1989 bis 30.09.1993

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

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Koprivnikar als Vorsitzende, Dr. Schmid als Bericht und Dr. Martschin als Beisitzer über die Berufung des Herrn Mag. Dr. Gerhard R., vertreten durch Rechtsanwälte, vom 6.10.2009 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 10.9.2009, ZI FMA-KL290300.100/ 0001- LAW/2008, wegen Übertretung 1.) des § 48c in Verbindung mit § 48a Absatz 1 Ziffer 2 litera a Börsegesetz und 2.) des § 48 Absatz 1 Ziffer 7 in Verbindung mit § 18 Ziffer 1 Börsegesetz, nach Durchführung einer Verhandlung am 1.7.2010 entschieden und verkündet: Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Dr. Koprivnikar als Vorsitzende, Dr. Schmid als Bericht und Dr. Martschin als Beisitzer über die Berufung des Herrn Mag. Dr. Gerhard R., vertreten durch Rechtsanwälte, vom 6.10.2009 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht vom 10.9.2009, ZI FMA-KL290300.100/ 0001- LAW/2008, wegen Übertretung 1.) des Paragraph 48 c, in Verbindung mit Paragraph 48 a, Absatz 1 Ziffer 2 litera a Börsegesetz und 2.) des Paragraph 48, Absatz 1 Ziffer 7 in Verbindung mit Paragraph 18, Ziffer 1 Börsegesetz, nach Durchführung einer Verhandlung am 1.7.2010 entschieden und verkündet:

SPRUCH

I. Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird der Berufung zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses keine Folge gegeben und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch die Wortfolgen „falsche oder“, „sowie den Kurs dieses Wertpapiers in der Weise beeinflusst haben, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde“ und „ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde und“ entfallen. römisch eins. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4 AVG wird der Berufung zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses keine Folge gegeben und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass im Spruch die Wortfolgen „falsche oder“, „sowie den Kurs dieses Wertpapiers in der Weise beeinflusst haben, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde“ und „ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde und“ entfallen.

Die Übertretungsnorm lautet für den Tatzeitraum 6.6.2005 bis 31.7.2007 „§ 48a Absatz 1 Ziffer 2 lit a sublit aa Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl I 2004/127“ und für den Tatzeitraum 1.8.2007 bis

29.2.2008 „§ 48a Absatz 1 Ziffer 2 lit a sublit aa Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl I 2007/60“. Die Strafsanktionsnorm lautet „§ 48c Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl I 2006/48“. Die Übertretungsnorm lautet für den Tatzeitraum 6.6.2005 bis 31.7.2007 „§ 48a Absatz 1 Ziffer 2 Litera a, Sub-Litera, a, a, Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/127“ und für den Tatzeitraum 1.8.2007 bis 29.2.2008 „§ 48a Absatz 1 Ziffer 2 Litera a, Sub-Litera, a, a, Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/60“. Die Strafsanktionsnorm lautet „§ 48c Börsegesetz BGBl 1989/555 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/48“.

Der Berufungswerber hat gemäß § 64 Absatz 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 2.000 Euro, das sind 20% der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen. Der Berufungswerber hat gemäß Paragraph 64, Absatz 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von 2.000 Euro, das sind 20% der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

II. Gemäß § 66 Absatz 4 AVG wird der Berufung gegen Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses Folge gegeben, das Straferkenntnis in diesem Umfang aufgehoben und das Verfahren gemäß § 45 Absatz 1 Ziffer 2 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten. römisch zwei. Gemäß Paragraph 66, Absatz 4 AVG wird der Berufung gegen Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses Folge gegeben, das Straferkenntnis in diesem Umfang aufgehoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz 1 Ziffer 2 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß Paragraph 65, VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

Text

Im Straferkenntnis vom 10.9.2009 wird dem nunmehrigen Berufungswerber Folgendes zur Last gelegt:

„Sehr geehrter Herr Dr. R.!

I. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) hat folgenden Sachverhalt festgestellt: römisch eins. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Sie sind seit 01.07.2003 Vorstandsmitglied der Ra. Niederösterreich-Wien AG AG (in Folge Ra. NÖ-Wien AG) mit Sitz in Wien, F.-platz. Mit Vorstandsbeschluss vom 24.6.2003 wurden Sie zum Beauftragten für die Geschäftsgruppe Finanzmärkte und damit zum Verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 VstG für den Bereich der Einhaltung der diese Geschäftsgruppe betreffenden Bestimmungen auch des BörseG bestellt. Sie haben in dieser Funktion Sie sind seit 01.07.2003 Vorstandsmitglied der Ra. Niederösterreich-Wien AG AG (in Folge Ra. NÖ-Wien AG) mit Sitz in Wien, F.-platz. Mit Vorstandsbeschluss vom 24.6.2003 wurden Sie zum Beauftragten für die Geschäftsgruppe Finanzmärkte und damit zum Verantwortlichen Beauftragten iSd Paragraph 9, VstG für den Bereich der Einhaltung der diese Geschäftsgruppe betreffenden Bestimmungen auch des BörseG bestellt. Sie haben in dieser Funktion

1. im Zeitraum 06.06.2005 bis 29.02.2008 (nachfolgend „Tatzeitraum“) gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idgF, zu verantworten, dass die Ra. NÖ-Wien AG fortgesetzt Marktmanipulation betrieben hat, indem sie jedenfalls im Tatzeitraum die in der Beilage ./1a, die einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses darstellt, aufgelisteten Käufe und Verkäufe des Ra-C. Regional Fund, ISIN AT 0000605902, an der Wiener Börse getätigt hat, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots und der Nachfrage dieses Wertpapiers gegeben haben sowie den Kurs dieses Wertpapiers in der Weise beeinflusst haben, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde. Dies dadurch, dass die Ra. NÖ -Wien AG zeitgleiche Kauf- und Verkauforders mit dem jeweils gleichen Volumen und dem jeweils gleichen Limit für den Ra-C. Regional Fund, auf eigene Rechnung erteilt hat, die jeweils zu einem Geschäftsabschluss und somit zur Kursbildung führten (siehe Beilage ./1a). Diese abgewickelten Geschäfte führten zu keiner Veränderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers des Ra-C. Regional Fund (Scheingeschäfte).

1. im Zeitraum 06.06.2005 bis 29.02.2008 (nachfolgend „Tatzeitraum“) gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52 aus 1991, idgF, zu verantworten, dass die Ra. NÖ-Wien AG fortgesetzt Marktmanipulation betrieben hat, indem sie jedenfalls im Tatzeitraum die in der Beilage ./1a, die einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses darstellt, aufgelisteten Käufe und Verkäufe des Ra-C. Regional Fund, ISIN AT 0000605902, an der Wiener Börse getätigt hat, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots und der Nachfrage dieses

Wertpapiers gegeben haben sowie den Kurs dieses Wertpapiers in der Weise beeinflusst haben, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde. Dies dadurch, dass die Ra. NÖ -Wien AG zeitgleiche Kauf- und Verkaufsorders mit dem jeweils gleichen Volumen und dem jeweils gleichen Limit für den Ra-C. Regional Fund, auf eigene Rechnung erteilt hat, die jeweils zu einem Geschäftsabschluss und somit zur Kursbildung führten (siehe Beilage ./1a). Diese abgewickelten Geschäfte führten zu keiner Veränderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers des Ra-C. Regional Fund (Scheingeschäfte).

Dabei wurden die verfahrensgegenständlichen Limitorders von der Ra. NÖ-Wien AG vorsätzlich eingegeben, damit das börsliche Kursniveau an den von der RSC Ra. Daten Service Center GmbH errechneten aktuellen "wahren wirtschaftlichen Wert (Substanzwert)" angeglichen und insofern "korrigiert" wird. Die verfahrensgegenständlichen Orders wurden daher ohne sonst Börsegeschäften zukommende Relevanz mit dem Ziel der Kursbildung zum jeweiligen Orderlimit und damit vorsätzlich so eingesetzt, dass mit diesen Orders ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde und irreführende Signale für die Nachfrage der Genussscheine ausgegangen sind.

Herr Dr. Gerhard R. hatte jedenfalls in Kenntnis der verfahrensgegenständlichen Geschäfte diese vorsätzlich nicht unterbunden und damit die inkriminierte Vorgehensweise gebilligt bzw. ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden.

2. im Zeitraum von 06.06;2005 bis 29.02.2008 gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG). BGBl. Nr. 52/1991 idgF, zu verantworten, dass die Ra.NÖ-Wien AG bei ihrer Geschäftstätigkeit die Handelsbedingungen der Börse nicht eingehalten hat, indem sie jedenfalls im Zeitraum 06.06.2005 bis 29.02.2008 die in der Beilage ./1a Käufe und Verkäufe des Ra-C. Regional Fund an der Wiener Börse getätigt hat. Dabei handelte es sich um die Eingabe gegenläufiger Aufträge, die dasselbe Wertpapier betrafen und im elektronischen Handelssystem zu einem Geschäftsabschluss zusammengeführt werden konnten (Crossing-Geschäfte), wobei die Ra. NÖ-Wien AG wissentlich sowohl auf der Kauf- als auch auf der Verkaufseite für eigene Rechnung handelte. 2. im Zeitraum von 06.06;2005 bis 29.02.2008 gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz (VStG). BGBl. Nr. 52 aus 1991, idgF, zu verantworten, dass die Ra.NÖ-Wien AG bei ihrer Geschäftstätigkeit die Handelsbedingungen der Börse nicht eingehalten hat, indem sie jedenfalls im Zeitraum 06.06.2005 bis 29.02.2008 die in der Beilage ./1a Käufe und Verkäufe des Ra-C. Regional Fund an der Wiener Börse getätigt hat. Dabei handelte es sich um die Eingabe gegenläufiger Aufträge, die dasselbe Wertpapier betrafen und im elektronischen Handelssystem zu einem Geschäftsabschluss zusammengeführt werden konnten (Crossing-Geschäfte), wobei die Ra. NÖ-Wien AG wissentlich sowohl auf der Kauf- als auch auf der Verkaufseite für eigene Rechnung handelte.

II. Die Ra. NÖ-Wien AG haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand. römisch zwei. Die Ra. NÖ-Wien AG haftet gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

ad I 1) § 48c Börsegesetz (BörseG), BGBl. 555/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 104/2006 in Verbindung mit § 48a Abs 1 Z 2 lit a BörseG, BGBl. 555/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 60/2007 ad römisch eins 1) Paragraph 48 c, Börsegesetz (BörseG), Bundesgesetzblatt 555 aus 1989,, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 104 aus 2006, in Verbindung mit Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BörseG, BGBl. 555 aus 1989, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 60/2007

ad I 2) § 48 Abs 1 Z 7 Börsegesetz(BörseG), BGBl. 555/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 60/2007 iVm § 18 Z 1 BörseG idF BGBl. I Nr. 124/2005 Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt: ad römisch eins 2) Paragraph 48, Absatz eins, Ziffer 7, Börsegesetz(BörseG), Bundesgesetzblatt 555 aus 1989,, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 60 aus 2007, in Verbindung mit Paragraph 18, Ziffer eins, BörseG in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 124 aus 2005, Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von ad 1) 10.000 Euro ad 2) 5.000 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von ad 1) 8 Tage ad 2) 4 Tage Freiheitsstrafe von --

Gemäß §§ 16, 19, 22, 44a VStG i.V.m. § 48 Abs 1 Z 7, § 48c BörseG Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft): Gemäß Paragraphen 16, 19, 22, 44 a, VStG in Verbindung mit Paragraph 48, Absatz eins, Ziffer 7., Paragraph 48 c, BörseG Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

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

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

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 16.500 Euro.“

In der Frist- und formgerecht eingebrachten Berufung vom 6.10.2009 wird gegen dieses Straferkenntnis vorgebracht (Wiedergabe ohne Fußnoten):

„Gegen das Straferkenntnis der FMA vom 10. September 2009, GZ FMA-KL29 0300.100/0001- LAW/2008, mir zugestellt am 22. September 2009, erhebe ich durch meine umseits ausgewiesenen und bevollmächtigten Vertreter nachfolgende Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Wien. Ich fechte das Straferkenntnis sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch hinsichtlich der Strafhöhe aus den Berufungsgründen der materiellen Rechtswidrigkeit, der wesentlichen Verfahrensverstöße und der unrichtigen Strafbemessungen. Im Einzelnen begründe ich meine Berufung wie folgt, wobei ich hiermit auch die Rechtsausführungen im Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Susanne Ka. zu meinem eigenen Vorbringen erkläre:

1. Sachverhalt

a) Die Ra-C. Invest Verwaltungs- und Beteiligungs AG emittiert unter dem Namen Ra-C. Regional Fund Genussrechte im Sinne von § 174 Abs 3 AktG. Die Genussrechte verbriefen einen obligatorischen Anspruch auf einen aliquoten Anteil am Vermögen des eigens gebildeten Rechnungskreises. Seit 1.Juni 2005 notiert das Genussrecht Ra-C. Regional Fund im Marktsegment "otherlistings" im amtlichen Handel an der Wiener Börse. a) Die Ra-C. Invest Verwaltungs- und Beteiligungs AG emittiert unter dem Namen Ra-C. Regional Fund Genussrechte im Sinne von Paragraph 174, Absatz 3, AktG. Die Genussrechte verbriefen einen obligatorischen Anspruch auf einen aliquoten Anteil am Vermögen des eigens gebildeten Rechnungskreises. Seit 1.Juni 2005 notiert das Genussrecht Ra-C. Regional Fund im Marktsegment "otherlistings" im amtlichen Handel an der Wiener Börse.

b) Von Juni 2006 bis Februar 2008 orderte die Ra. NÖ-Wien AG (in der Folge: "Ra.") in regelmäßigen Abständen auf eigene Rechnung und als einziger Investor 100% des Tagesvolumens. Durch jeweils eine einzige Transaktion wurde je ein Kauf und Verkauf - in der Regel zwischen 100 und 300 Stück - an der Börse limitiert geordert. Die Börseorders waren als Nostro-Orders gekennzeichnet.

c) Punkt VIII der Genussrechtsbedingungen regelt die Bewertung der Genussrechte. Der Wert der Genussrechte wird monatlich am Bewertungsstichtag erhoben. Der Gesamtwert des Rechnungskreises ergibt sich aus der Differenz der Aktiva und der Passiva des Rechnungskreises (Nettoinventarwert/NAV). Der NAV vom Vortag bildet die Grundlage für die An- und Verkaufspreise. c) Punkt römisch acht der Genussrechtsbedingungen regelt die Bewertung der Genussrechte. Der Wert der Genussrechte wird monatlich am Bewertungsstichtag erhoben. Der Gesamtwert des Rechnungskreises ergibt sich aus der Differenz der Aktiva und der Passiva des Rechnungskreises (Nettoinventarwert/NAV). Der NAV vom Vortag bildet die Grundlage für die An- und Verkaufspreise.

d) Bei den Genussrechten handelt es sich um illiquide Titel. Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wollte die Ra. einen Börsenkurs erwirken, der dem jeweils aktuellen NAV entspricht.

e) Das Genussrechtskapital wird vom Genussrechtsinhaber auf unbeschränkte Zeit zur Verfügung gestellt (Punkt VI Abs 1 der Genussrechtsbedingungen). Genussrechtsinhaber haben gemäß Punkt VI Abs 6 der Genussrechtsbedingungen ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Der Rückkaufswert anlässlich einer Kündigung ermittelt sich nach einer eigens definierten Formel für die Bewertung gemäß Punkt VIII der Bedingungen. e)

Das Genussrechtskapital wird vom Genussrechtsinhaber auf unbeschränkte Zeit zur Verfügung gestellt (Punkt römisch sechs Absatz eins, der Genussrechtsbedingungen). Genussrechtsinhaber haben gemäß Punkt römisch sechs Absatz 6, der Genussrechtsbedingungen ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Der Rückkaufswert anlässlich einer Kündigung ermittelt sich nach einer eigens definierten Formel für die Bewertung gemäß Punkt römisch acht der Bedingungen.

2. Unrichtige Subsumtion unter den Tatbestand der Marktmanipulation auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung

a) Marktmanipulative Geschäfte gemäß § 48a Abs 1 Z 2 lit a BörseG sind "Geschäfte oder Kauf- bzw Verkaufsaufträge, die a) Marktmanipulative Geschäfte gemäß Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BörseG sind "Geschäfte oder Kauf- bzw Verkaufsaufträge, die

aa) falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die Nachfrage danach oder ihren Kurs geben oder geben könnten, oder

ab) den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente durch eine Person oder mehrere, in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflussen, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wird, es sei denn, dass die Person, welche die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, legitime Gründe dafür hatte und dass diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen." [Hervorhebungen nicht im Original]

b) Die belangte Behörde setzt sich im angefochtenen Straferkenntnis zu Unrecht nicht mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 48a Abs 1 Z 2 lit a BörseG auseinander. Im Wesentlichen begründet sie die "Subsumtion" des gegenständlichen Sachverhalts unter den Tatbestand der Marktmanipulation damit, dass Scheingeschäfte (fiktive Geschäfte) vorliegen würden. Es sei zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers gekommen. Charakteristisches Merkmal von Scheingeschäften sei, dass ihnen die sonst Börsegeschäften zukommende Relevanz fehle. Es werde kein wirtschaftliches Risiko eingegangen. Dies werde durch aufeinander abgestimmte Kauf- und Verkaufsaufträge erreicht. Marktteilnehmer, die Scheingeschäfte abschließen, hätten ein anderes als das "typische wirtschaftliche Interesse" an einem Finanzinstrument. Das sei gegenständlich der Fall, weshalb von Scheingeschäften auszugehen sei. Ihre Überlegungen schließt die belangte Behörde damit, dass von Scheingeschäften jedenfalls falsche oder irreführende Signale ausgehen würden. Diese Rechtsansicht ist unrichtig und belastet den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit:b) Die belangte Behörde setzt sich im angefochtenen Straferkenntnis zu Unrecht nicht mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BörseG auseinander. Im Wesentlichen begründet sie die "Subsumtion" des gegenständlichen Sachverhalts unter den Tatbestand der Marktmanipulation damit, dass Scheingeschäfte (fiktive Geschäfte) vorliegen würden. Es sei zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers gekommen. Charakteristisches Merkmal von Scheingeschäften sei, dass ihnen die sonst Börsegeschäften zukommende Relevanz fehle. Es werde kein wirtschaftliches Risiko eingegangen. Dies werde durch aufeinander abgestimmte Kauf- und Verkaufsaufträge erreicht. Marktteilnehmer, die Scheingeschäfte abschließen, hätten ein anderes als das "typische wirtschaftliche Interesse" an einem Finanzinstrument. Das sei gegenständlich der Fall, weshalb von Scheingeschäften auszugehen sei. Ihre Überlegungen schließt die belangte Behörde damit, dass von Scheingeschäften jedenfalls falsche oder irreführende Signale ausgehen würden. Diese Rechtsansicht ist unrichtig und belastet den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit:

i) Nach der allgemeinen, bürgerlichrechtlichen Definition liegt ein Scheingeschäft vor, wenn Willenserklärungen im Einverständnis mit dem Empfänger bloß zum Schein abgegeben werden. Scheingeschäfte werden meist zur Täuschung der Behörden oder dritter Personen abgeschlossen. Selbst dann, wenn man dem Begriff des Scheingeschäftes weiteres Verständnis einräumt, wie dies die von der belangten Behörde zitierten Autoren Kapfer/Puck machen, ist der belangten Behörde Folgendes entgegenzuhalten: Sie begnügt sich in ihren Ausführungen damit, "Stehsätze" der genannten Autoren wiederzugeben, trifft jedoch keine Feststellungen in Bezug auf den konkreten Sachverhalt. Die belangte Behörde hätte nachvollziehbar zu begründen gehabt, wie ihre rechtlichen – allgemeinen – Ausführungen auf den gegenständlichen Sachverhalt

anzuwenden sind; die belangte Behörde begründet letztlich lediglich scheinbar das Vorliegen von Scheingeschäften. Abgesehen von den Feststellungs- und Begründungsmängeln würde der konkrete Sachverhalt die Voraussetzungen für Scheingeschäfte ohnehin nicht erfüllen:

ii) Zunächst ist hervorzuheben, dass die genannten Autoren Abteilungsleiter bzw juristischer Mitarbeiter im Bereich integrierte Aufsicht der FMA sind und folglich eine restriktive Meinung bzw die Meinung der FMA vertreten (müssen). Aber selbst die zitierten Autoren haben ein anderes Verständnis vom Begriff des Scheingeschäfts als die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis: Denn offensichtlich gehen Kapfer/Puck davon aus, dass Scheingeschäfte falsche/ irreführende Signale aussenden müssen bzw ein anormales/künstliches Kursniveau erzeugen.

iii) Um beurteilen zu können, ob im Ergebnis ein Scheingeschäft vorliegt oder nicht, ist es daher erforderlich, vorab die Frage zu beantworten, ob das vermeintliche Scheingeschäft einen Preis oder Börsenkurs erzeugt, der künstlich oder anormal ist oder ob das Publikum möglicherweise in die Irre geführt bzw vom Börsenkurs getäuscht werde.

Im Ergebnis steht fest, dass dann kein Scheingeschäft vorliegt, wenn weder falsche oder irreführende Signale gegeben werden noch ein künstliches oder anormales Kursniveau hergestellt wird.

iv) Die Rechtslage verkennend hat es die belangte Behörde in der Folge unterlassen zu prüfen, ob die in Redestehenden Geschäfte falsche/irreführende Signale gegeben oder ein künstliches/anormales Kursniveau hergestellt haben. Ich habe im Verwaltungsverfahren begründet, wieso dies zu verneinen ist: Falsch ist ein Signal, wenn es von der Wirklichkeit abweicht, irreführend, wenn es eine Fehlvorstellung beim Publikum hervorruft. Gegenständlich war das Gegenteil der Fall, denn die Marktteilnehmer sind in zutreffender Weise über den aktuellen Substanzwert der Genussrechte informiert worden. Die Geschäfte wären daher auch nicht einmal theoretisch geeignet gewesen, die Marktteilnehmer zu täuschen. Weiters entspricht das Kursniveau im vorliegenden Fall der Addition der aktuellen Werte der im Genussrechtskreis befindlichen Instrumente und entspreche somit jenem Preis, den Gegenparteien unter den Bedingungen des freien Marktes für die im Genussrechtskreis enthaltenen Papiere gezahlt haben. Der Börsenkurs hat zu jeder Zeit den effizienten Marktpreis des Wertpapiers ausgedrückt.

v) Ich erlaube mir, der Berufungsbehörde (weitere) Dokumente vorzulegen, die mein Vorbringen veranschaulichen: Der Beilage./1 ist zu entnehmen, wie hoch der NAV am 3.10.2005 war (der NAV der teilthesaurierenden und der ausschüttenden Tranche sind separat ausgewiesen). Die Liste (Beilage./2) macht ersichtlich, wie sich der NAV schließlich zusammensetzt bzw welche Grundlage er hat: sie zeigt, welche Wertpapiere am 3.10.2005 im Genussrechtskreis enthalten waren. Weiters kann der Aufstellung entnommen werden, dass rund 97% der im Genussrechtskreis enthaltenen Wertpapiere an der Börse notierten; das zeigt weiters, dass sich der NAV (am 3.10.2005) ohnehin zu 97% - sohin beinahe zur Gänze - aus den Kurswerten börsennotierter Wertpapiere errechnet. Die Preise, die die Ra. ihren Orders zu Grunde legte, entsprachen dem NAV vom Vortag und damit den Kurswerten von Wertpapieren, deren Preis/Wert sich wiederum durch Angebot und Nachfrage am Markt bildete.

vi) Damit war der mit den gegenständlichen Geschäften erzeugte Börsenkurs weder anormal noch künstlich. Mit meinen Ausführungen - die die belangte Behörde in Anbetracht der angezeigten Einzelbeurteilung in ihre Entscheidung einbeziehen hätte müssen - hat sich die belangte Behörde infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung nicht mehr auseinandergesetzt.

vii) Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage, ob ein Scheingeschäft vorliegt, weise ich auf die in der Literatur vertretene Ansicht hin, dass man unter einem Scheingeschäft Geschäfte versteht, die entgegen dem äußeren Anschein wirtschaftlich betrachtet keine Vermögensverschiebung bewirken. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass dann kein Scheingeschäft vorliegen kann, wenn es zwar wirtschaftlich betrachtet zu keiner Vermögensverschiebung kommt, dies aber nach außen hin in Erscheinung tritt. Das ist im Ergebnis konsequent und deckt sich wiederum mit dem Gesetzestext sowie mit meinen zuvor gemachten Ausführungen: die Marktteilnehmer werden nicht getäuscht oder in die Irre geführt. Ein marktmanipulatives Verhalten liegt nicht vor.

viii) Gegenständlich waren die Geschäfte als Nostro-Geschäfte deklariert. Es war somit für alle

Marktteilnehmer erkennbar, dass die Ra. sowohl auf Verkaufs- als auch auf Käuferseite auftrat. Die Ra. hat keinen anderen als den tatsächlich nach außen erkennbaren Anschein gesetzt. Auch aus diesem Grund liegt kein Scheingeschäft vor. Infolgedessen kam es auch zu keiner Täuschung über das Umsatzvolumen. Wenn erkennbar für die Marktteilnehmer dieselbe Person auf Kaufs- und Verkaufsseite steht, kann es für sie zu keinen Irreführungen über das Ausmaß des Interesses am Wertpapier kommen; die Marktteilnehmer sehen, dass auf beiden Seiten die Ra. aufgetreten ist.

ix) Abgesehen davon, dass die belangte Behörde ihre "Stehsätze" nicht auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt umlegt, begründet sie nicht, was sie unter dem "typischen wirtschaftlichen Interesse" versteht. Weiters lässt sie eine Begründung vermissen, wieso einem börslichen Geschäftes in wirtschaftliches Interesse zu Grunde liegen müsse und ein Geschäft, dem ein wirtschaftliches Interesse fehlt, jedenfalls ein falsches oder irreführendes Signal gebe. Im Übrigen lag den gegenständlichen Geschäften ohnehin ein wirtschaftliches Interesse zu Grunde: Dieses lag darin, einen Börsenkurs hinsichtlich der Genussrechte – im Interesse der Genussrechtsinhaber bzw der Marktteilnehmer -zu erzeugen. Diese sollten sich laufend über den Wert/NAV der Genussrechte informieren können. Wenn den verfahrensgegenständlichen Kaufs- und Verkaufsorders kein wirtschaftliches Interesse zu Grunde liege, wie die belangte Behörde vermeint, stellt sich die Frage, welcher Natur das Interesse sonst sein sollte.

c) Von besonderer Bedeutung ist, dass bei der Beurteilung von Fällen möglicher Marktmanipulation durch handelsgestützte Tätigkeiten keine abstrakte Betrachtung vorgenommen werden darf, sondern, dass jeder einzelne Sachverhalt einer spezifischen Einzelbeurteilung unterworfen werden muss. Darauf habe ich die belangte Behörde hingewiesen, als wir das Gutachten von Ka. im Verfahren vorgelegt haben. Von einer Einzelbetrachtung ist die belangte Behörde allerdings nicht ausgegangen. Die belangte Behörde hat auch nicht begründet, wieso sie sich über unser Vorbringen hinweg setzt und es nicht für erforderlich erachtet, Überlegungen im Sinne der Einzelbeurteilung anzustellen. Hätte sie das getan, hätte sie erkannt, dass ihre Ausführungen hinsichtlich des unbeeinflussten Marktgeschehens und des fundamentalen Marktpreises entbehrlich gewesen wären. Diese Überlegungen stellte die belangte Behörde an, um neben der - mangelhaft begründeten und ohnehin nicht vorliegenden - Qualifikation der Transaktionen als Scheingeschäfte ein weiteres Argument vorzubringen, welches nach Ansicht der Behörde für manipulatives Marktverhalten spreche:

i) Wäre die belangte Behörde nach den - hier anzuwendenden - Grundsätzen der Einzelbeurteilung vorgegangen, hätte sie sich mit den Besonderheiten der Genussrechte auseinander gesetzt. Zu diesen gehört, dass de facto kein Handel über die Börse stattfindet und sich der Kurs nicht durch Angebot und Nachfrage über die Börse bildet. Die Börse hat für die gegenständlichen Geschäfte überhaupt keine Preisbildungsfunktion. Über die Börse sollte der durch die Bewertung an Hand der realen Marktwerte aller dem Genussrechtskreis zugeordneten Wertpapiere ermittelte Preis insbesondere publik gemacht werden.

ii) Da sich der Kurs nicht über Angebot und Nachfrage über die Börse bildet, kann eine "fundamentale Preisbildung" über die Börse nicht gestört sein. Das Kursniveau entspricht der Addition der aktuellen Werte der im Genussrechtskreis befindlichen Instrumente (siehe Punkt VIII Abs 3 der Genussrechtsbedingungen) und somit dem Preis, den die Gegenparteien unter den Bedingungen des freien Marktes für die im Genussrechtskreis enthaltenen Papiere an der jeweiligen Börse gezahlt haben. Der Börsenkurs hat zu jeder Zeit den effizienten Marktpreis des Wertpapiers ausgedrückt und die Marktteilnehmer über den aktuellen Substanzwert informiert. Damit hat der Kurs den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen. Die Geschäfte haben den Kurs der Genussrechte nicht "künstlich" in die Höhe getrieben oder gedrückt. Die Geschäfte dienten lediglich dazu, einen Kurs zu bilden, der den wahren Wert wiedergab. Der Kurs war damit nicht künstlich/anormal.ii) Da sich der Kurs nicht über Angebot und Nachfrage über die Börse bildet, kann eine "fundamentale Preisbildung" über die Börse nicht gestört sein. Das Kursniveau entspricht der Addition der aktuellen Werte der im Genussrechtskreis befindlichen Instrumente (siehe Punkt römisch acht Absatz 3, der Genussrechtsbedingungen) und somit dem Preis, den die Gegenparteien unter den Bedingungen des freien Marktes für die im Genussrechtskreis enthaltenen Papiere an der jeweiligen Börse gezahlt haben. Der Börsenkurs hat zu jeder Zeit den effizienten Marktpreis des Wertpapiers ausgedrückt und die Marktteilnehmer über den aktuellen Substanzwert informiert. Damit hat der Kurs den tatsächlichen Gegebenheiten

entsprochen. Die Geschäfte haben den Kurs der Genussrechte nicht "künstlich" in die Höhe getrieben oder gedrückt. Die Geschäfte dienten lediglich dazu, einen Kurs zu bilden, der den wahren Wert wiedergab. Der Kurs war damit nicht künstlich/anormal.

d) Hätte sich die belangte Behörde mit der besonderen Ausgestaltung der gegenständlichen Genussrechte sowie mit dem im Verfahren vorgelegten Gutachten von Ka. beschäftigt, hätte sie festgestellt, dass die Genussrechte den Kapitalanteilsscheinen des InvFG vertraglich nachgebildet sind. Nun sieht Art 14 Abs 5 lit b der OGAW-Richtlinie ("Investmentfondsrichtlinie") vor, dass die Investmentgesellschaften auf dem Markt sogar intervenieren müssen, "um zu verhindern, dass der Börsenkurs ihrer Anteile um mehr als 5% vom Nettoinventarwert dieser Anteile abweicht". Diese Bestimmung erweist sich als Durchbrechungstatbestand der Marktmanipulationsvorschriften. Auf diese "ausdrückliche Besonderheit" weist auch Oppitz hin: eine Intervention auf dem Markt mit dem Ziel, den Nettoinventarwert von Fondsanteilen mit deren Börsenkurs möglichst in Deckung zu bringen, werde nicht nur toleriert; sondern sogar ausdrücklich angeordnet. Damit solle für die Marktteilnehmer sichergestellt werden, dass bei über die Börse gehandelten Investmentfondsanteilender Börsepreis auch insofern ein wahrer Preis sei, als er – möglichst – dem Nettoinventarwert entspreche. d) Hätte sich die belangte Behörde mit der besonderen Ausgestaltung der gegenständlichen Genussrechte sowie mit dem im Verfahren vorgelegten Gutachten von Ka. beschäftigt, hätte sie festgestellt, dass die Genussrechte den Kapitalanteilsscheinen des InvFG vertraglich nachgebildet sind. Nun sieht Artikel 14, Absatz 5, Litera b, der OGAW-Richtlinie ("Investmentfondsrichtlinie") vor, dass die Investmentgesellschaften auf dem Markt sogar intervenieren müssen, "um zu verhindern, dass der Börsenkurs ihrer Anteile um mehr als 5% vom Nettoinventarwert dieser Anteile abweicht". Diese Bestimmung erweist sich als Durchbrechungstatbestand der Marktmanipulationsvorschriften. Auf diese "ausdrückliche Besonderheit" weist auch Oppitz hin: eine Intervention auf dem Markt mit dem Ziel, den Nettoinventarwert von Fondsanteilen mit deren Börsenkurs möglichst in Deckung zu bringen, werde nicht nur toleriert; sondern sogar ausdrücklich angeordnet. Damit solle für die Marktteilnehmer sichergestellt werden, dass bei über die Börse gehandelten Investmentfondsanteilender Börsepreis auch insofern ein wahrer Preis sei, als er – möglichst – dem Nettoinventarwert entspreche.

e) Die in Art 14 Abs 5 lit b OGAW-Richtlinie enthaltene Verpflichtung der Intervention ist ein weiteres Argument für die Zulässigkeit - ja sogar für die Erforderlichkeit der verfahrensgegenständlichen Geschäfte. Die von der Richtlinie für die Kursbildung von Investmentfondsanteilen vorgeschriebenen Interventionen sollen der Bildung eines wahren Preises dienen und verhindern, dass die Marktteilnehmer über die Börse einen falschen bzw irreführenden Kurs erhalten und insofern über die wahren Verhältnisse getäuscht werden. Ohne Intervention würde der Börsenkurs nicht die wahren Verhältnisse wiedergeben. Der Börsenkurs entspricht dann den wahren Verhältnissen, wenn er - nicht mehr als 5% -vom NAV abweicht; ausdrücklich stellt damit die Richtlinie fest, dass ein Kurs wahr ist, wenn er dem NAV nachgebildet ist. Nichts Anderes hat die Ra. mit den gegenständlichen Geschäften gemacht sowie bezweckt. Im Ergebnis hätte die belangte Behörde festzustellen gehabt, dass die verfahrensgegenständlichen Orders nicht marktmanipulativ waren. e) Die in Artikel 14, Absatz 5, Litera b, OGAW-Richtlinie enthaltene Verpflichtung der Intervention ist ein weiteres Argument für die Zulässigkeit - ja sogar für die Erforderlichkeit der verfahrensgegenständlichen Geschäfte. Die von der Richtlinie für die Kursbildung von Investmentfondsanteilen vorgeschriebenen Interventionen sollen der Bildung eines wahren Preises dienen und verhindern, dass die Marktteilnehmer über die Börse einen falschen bzw irreführenden Kurs erhalten und insofern über die wahren Verhältnisse getäuscht werden. Ohne Intervention würde der Börsenkurs nicht die wahren Verhältnisse wiedergeben. Der Börsenkurs entspricht dann den wahren Verhältnissen, wenn er - nicht mehr als 5% -vom NAV abweicht; ausdrücklich stellt damit die Richtlinie fest, dass ein Kurs wahr ist, wenn er dem NAV nachgebildet ist. Nichts Anderes hat die Ra. mit den gegenständlichen Geschäften gemacht sowie bezweckt. Im Ergebnis hätte die belangte Behörde festzustellen gehabt, dass die verfahrensgegenständlichen Orders nicht marktmanipulativ waren.

f) Abgesehen davon, dass der Tatbestand der Marktmanipulation in objektiver Hinsicht nicht erfüllt ist, ist auch die subjektive Tatseite nicht erfüllt. Auch damit hat sich die belangte Behörde nur scheinbar auseinandergesetzt (Seite 14 des Straferkenntnisses). So führt sie zwar aus, dass manipulative Geschäfte mit Manipulationsvorsatz durchgeführt werden, setzt sich dann in weiterer Folge nicht damit auseinander, ob die

Ra. vorsätzlich gehandelt hat. Offenbar meint die Behörde, ein vorsätzliches Verhalten liege vor, wenn die objektiven Kriterien des Tatbestandes erfüllt seien; denn nachdem sie zwar die subjektive Seite angesprochen hat, beschäftigt sich die belangte Behörde wiederum nur mit der objektiven Tatseite, ohne den Manipulationsvorsatz inhaltlich zu behandeln. Das ist gerade nicht der Fall und widerspricht allen Grundsätzen des Strafrechts. Die subjektive Seite ist gesondert von der objektiven Tatseite zu beurteilen. Das hat die belangte Behörde nicht gemacht. Hätte sie sich mit meiner subjektiven Tatseite auseinandergesetzt, wäre sie zum Ergebnis gekommen, dass der Tatbestand der Marktmanipulation nicht erfüllt ist:

i) Der Vorsatz muss sich nun insbesondere auf die Irreführungs- bzw Preismanipulationseignung beziehen und die Eignung umfassen, "falsche" oder "irreführende" Signale zu geben bzw ein künstliches Preisniveau herbeizuführen. Genau dieser Vorsatz lag aber bei den verfahrensgegenständlich inkriminierten Geschäften gerade nicht vor.

ii) Die Ra. wollte einen Kurs erzeugen, der den wahren/tatsächlichen Kurs der Wertpapiere wieder gibt. Das ist auch gelungen: Der börsliche Kurs bildete den NAV und damit den Substanzwert der Genussrechte nach und hat jenen Preis erzielt, der unter den Bedingungen eines effizienten Marktes entstanden wäre. Die Beurteilung dieser Frage erfordert eine besondere finanzwissenschaftliche Expertise sowie Fachwissen, weshalb ich beantrage, dass im Rahmen des Berufungsverfahrens ein Sachverständiger aus dem Bereich des Bank- und Börsewesens bestellt werde. Der Sachverständige hätte die Frage zu klären, ob der erzeugte Börsenkurs den Preis wiedergegeben hat, der unter den Bedingungen eines effizienten Marktes entstanden wäre.

iii) Die Ra. wollte mit den in Rede stehenden Geschäften keinen unwahren Preis erzeugen und hat das auch nicht getan.

iv) Die Ra. wollte auch nicht, dass die Geschäfte die Marktteilnehmer in die Irre führen. Die Geschäfte waren auch nicht geeignet, die Marktteilnehmer in die Irre zu führen, weil sie als Nostrogeschäfte deklariert waren. Zweck der Geschäfte war allein das börsenmäßige Publikmachen des durch die Bewertung ermittelten Preises.

3. Zulässige Marktpraxis

a) Selbst dann, wenn man - zu Unrecht - davon ausginge, dass unsere Geschäfte manipulativ waren, fallen sie gemäß § 48a Abs 1 Z 2 lit a BörseG nicht unter die Strafdrohung, weil für sie legitime Gründe bestanden und sie nicht gegen die zulässige Marktpraxis verstießen. Die belangte Behörde führt aus, dass die Genussrechte keine "ausgewählten Schuldverschreibungen" im Sinne der Marktpraxisverordnung ("MpV") wären und die MpV nicht anzuwenden sei. Die Geschäfte seien manipulativ. a) Selbst dann, wenn man - zu Unrecht - davon ausginge, dass unsere Geschäfte manipulativ waren, fallen sie gemäß Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BörseG nicht unter die Strafdrohung, weil für sie legitime Gründe bestanden und sie nicht gegen die zulässige Marktpraxis verstießen. Die belangte Behörde führt aus, dass die Genussrechte keine "ausgewählten Schuldverschreibungen" im Sinne der Marktpraxisverordnung ("MpV") wären und die MpV nicht anzuwenden sei. Die Geschäfte seien manipulativ.

b) Abgesehen davon, dass der Tatbestand der Marktmanipulation nicht erfüllt ist, übersieht die belangte Behörde zunächst, dass die Regelungstechnik des Gesetzgebers eine "safe harbor-Regelung" ist. Das bedeutet, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen - legitime Gründe und Marktpraxis - der Tatbestand der Marktmanipulation keinesfalls erfüllt ist. Umgekehrt ist aber der Umkehrschluss, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen jedenfalls Marktmanipulation vorliege, unzulässig. Aber genau diesen unzulässigen Umkehrschluss hat die belangte Behörde gezogen: Die MpV sei nicht anwendbar- marktmanipulatives Verhalten sei zu bejahen. Die belangte Behörde hätte richtigerweise den gegenständlichen Sachverhalt wiederum einer Einzelfallbetrachtung unterziehen müssen.

c) Ich habe im Verfahren eine Stellungnahme der Wiener Börse, also jenes Unternehmens, das den besten Überblick über diverse Formen der Marktpraxis hat, vorgelegt. In dieser Stellungnahme führt die Wiener Börse aus, dass die gegenständlichen Geschäfte durchaus eine neue Form der zulässigen Marktpraxis sein könnten. Mit dieser Urkunde und deren Inhalt hat sich die belangte Behörde rechtswidrigerweise überhaupt nicht auseinandergesetzt.

d) In § 48a Abs 3 Z 1 lit g BörseG ist normiert, dass eine neue, sich entwickelnde Marktpraxis nicht deshalb unzulässig ist, weil diese zuvor noch nicht ausdrücklich als zulässig festgelegt wurde. Andernfalls könnte ja niemals eine neue Form der Marktpraxis entstehen, ohne dass sich die Marktteilnehmer der strafbehördlichen Verfolgung aussetzen müssten. Die belangte Behörde hätte zu prüfen gehabt, ob gegenständlich eine neue Marktpraxis vorliegt. Zu Unrecht hat die belangte Behörde unser diesbezügliches Vorbringen und die Stellungnahme der Wiener Börse ignoriert und damit das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet. d) In Paragraph 48 a, Absatz 3, Ziffer eins l, i, t, g BörseG ist normiert, dass eine neue, sich entwickelnde Marktpraxis nicht deshalb unzulässig ist, weil diese zuvor noch nicht ausdrücklich als zulässig festgelegt wurde. Andernfalls könnte ja niemals eine neue Form der Marktpraxis entstehen, ohne dass sich die Marktteilnehmer der strafbehördlichen Verfolgung aussetzen müssten. Die belangte Behörde hätte zu prüfen gehabt, ob gegenständlich eine neue Marktpraxis vorliegt. Zu Unrecht hat die belangte Behörde unser diesbezügliches Vorbringen und die Stellungnahme der Wiener Börse ignoriert und damit das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet.

e) So hätte die belangte Behörde nämlich - wie dies Ka. in ihrem Gutachten gemacht hat - zu untersuchen gehabt, in wieweit sich die in der MpV geregelten Sachverhalte mit dem gegenständlichen decken und daher im Ergebnis das Vorliegen einer zulässigen Marktpraxis zu bejahen gewesen wäre. Ka. kommt zwar ohnehin zum Ergebnis, dass der Abschluss der in Rede stehenden Geschäfte nicht marktmanipulativ gewesen sei, weshalb in weiterer Folge nicht zu untersuchen gewesen wäre, ob eine zulässige Marktpraxis vorliege; sie geht aber unterstützend zu ihren Ausführungen dennoch auf die Parallelitäten zwischen den gegenständlichen Transaktionen und den von der MpV als zulässig angesehenen Kompensgeschäften ein:

i) Kompensgeschäfte sind Wertpapiertransaktionen, bei denen es zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Berechtigten kommt. Der wirtschaftliche Hintergrund der in der MpV genehmigten Kompensgeschäfte liegt darin, dass es zu einer Angleichung des Handelspreises der Schuldverschreibungen im börslichen an den im außerbörslichen Handel kommen soll. Zur Sicherstellung eines börslichen Kurspreises wird ein Börsegeschäft vorgenommen. Ka. hebt hervor, dass es wesentlich sei zu erkennen, dass die Geschäfte ausschließlich der Darstellung des Kurses dienen.

ii) Das ist die Parallele zu den gegenständlichen Geschäften: Der Zweck der durchgeführten Geschäfte liegt darin, für Wertpapiere, die an der Börse faktisch nicht gehandelt werden, einen börslichen Kurspreis zu erzeugen. Die Wertungsparallelität sei nicht zu übersehen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ich im Verfahren eine Vielzahl von Argumenten vorgebracht habe, die dafür sprechen, in den gegenständlichen Geschäften zulässige Geschäfte zu sehen. Hätte sich die belangte Behörde mit meinem Vorbringen, dem Schreiben der Wiener Börse und mit den Ausführungen von Ka. auseinandergesetzt, hätte sie zum Ergebnis kommen müssen, dass die verfahrensgegenständlichen Geschäfte zulässig sind.

4. Kein Verstoß gegen die Handelsbedingungen der Wiener Börse

a) Da die verfahrensgegenständlichen Geschäfte im Ergebnis als zulässig anzusehen sind, kann die Ra. a priori nicht gegen die Handelsbedingungen der Wiener Börse verstoßen haben.

b) Ich vertrete im Übrigen - wie bereits in meiner schriftlichen Rechtfertigung ausgeführt - die Meinung, dass sich das Verbot von crossing-Geschäften in § 18 der Handelsregeln für das automatisierte Handelssystem XETRA der Wiener Börse nur auf den fortlaufenden Handel bezieht. Geschäfte, die im Rahmen einer Auktion ausgeführt werden, sind von § 18 der Handelsregeln nicht erfasst. Die belangte Behörde teilt diese Ansicht nicht und meint, dass die Bestimmung nicht zwischen fortlaufenden Handel und Auktion unterscheide. Die Ansicht der belangten Behörde ist unrichtig. b) Ich vertrete im Übrigen - wie bereits in meiner schriftlichen Rechtfertigung ausgeführt - die Meinung, dass sich das Verbot von crossing-Geschäften in Paragraph 18, der Handelsregeln für das automatisierte Handelssystem XETRA der Wiener Börse nur auf den fortlaufenden Handel bezieht. Geschäfte, die im Rahmen einer Auktion ausgeführt werden, sind von Paragraph 18, der Handelsregeln nicht erfasst. Die belangte Behörde teilt diese Ansicht nicht und meint, dass die Bestimmung nicht zwischen fortlaufenden Handel und Auktion unterscheide. Die Ansicht der belangten Behörde ist unrichtig.

c) Einerseits spricht die Formulierung des § 18 der Handelsregeln dafür, dass lediglich der fortlaufende Handel von der Bestimmung erfasst ist: Im zweiten Satz des § 18 Abs 1 der Handelsregeln ist ausdrücklich von Geschäften im fortlaufenden Handel die Rede. c) Einerseits spricht die Formulierung des Paragraph 18, der Handelsregeln dafür, dass lediglich der fortlaufende Handel von der Bestimmung erfasst ist: Im zweiten Satz des Paragraph 18, Absatz eins, der Handelsregeln ist ausdrücklich von Geschäften im fortlaufenden Handel die Rede.

d) Im Übrigen hat sich die belangte Behörde mit meinem Vorbringen in der schriftlichen Rechtfertigung nicht auseinandergesetzt. Die Ra. hat ja stets den Vermerk "Eigengeschäft auf beiden Seiten" eingetragen. Wenn dies unzulässig wäre, hätte dies dazu führen müssen, dass die Wiener Börse die Transaktion nicht durchführt bzw beanstandet.

e) Außerdem ist § 18 der Handelsregeln entsprechend auszulegen. Dass die Bestimmung gesetzeskonform auszulegen ist, zeigt sich schon darin, dass Geschäfte, die der zulässigen Marktpraxis entsprechen, nicht ausdrücklich ausgenommen sind, aber natürlich nicht von § 18 der Handelsregeln erfasst sein sollen. Die Handelsregeln dienen primär dazu, die gesetzlichen Bedingungen für den Börsehandel durch detailliertere Regelungen näher auszugestalten und zu konkretisieren. Die Börseunternehmen werden von § 26 Abs 1 BörseG verpflichtet, die im Interesse des Anlegerschutzes und zur Wahrung des Ansehens der österreichischen Börsen erforderlichen Regeln für die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer zu erlassen. Aus dieser "Ausgestaltungsfunktion" der Handelsregeln, die von ihrer Wirkung mit der einer Durchführungsverordnung vergleichbar sind, folgt allerdings, dass die Handelsregeln im Lichte der zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen sind. Der genannte § 18 zielt ganz offensichtlich auf Inschlaggeschäfte ab, die zu manipulativen Zwecken abgeschlossen werden, um Dritte zu benachteiligen. Da gegenständlich weder eine Manipulationsabsicht noch eine Schädigung Dritter vorgelegen hat, ist auch aus diesem Grund § 18 der genannten Handelsregeln auf diesen Sachverhalt nicht anzuwenden. e) Außerdem ist Paragraph 18, der Handelsregeln entsprechend auszulegen. Dass die Bestimmung gesetzeskonform auszulegen ist, zeigt sich schon darin, dass Geschäfte, die der zulässigen Marktpraxis entsprechen, nicht ausdrücklich ausgenommen sind, aber natürlich nicht von Paragraph 18, der Handelsregeln erfasst sein sollen. Die Handelsregeln dienen primär dazu, die gesetzlichen Bedingungen für den Börsehandel durch detailliertere Regelungen näher auszugestalten und zu konkretisieren. Die Börseunternehmen werden von Paragraph 26, Absatz eins, BörseG verpflichtet, die im Interesse des Anlegerschutzes und zur Wahrung des Ansehens der österreichischen Börsen erforderlichen Regeln für die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer zu erlassen. Aus dieser "Ausgestaltungsfunktion" der Handelsregeln, die von ihrer Wirkung mit der einer Durchführungsverordnung vergleichbar sind, folgt allerdings, dass die Handelsregeln im Lichte der zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen sind. Der genannte Paragraph 18, zielt ganz offensichtlich auf Inschlaggeschäfte ab, die zu manipulativen Zwecken abgeschlossen werden, um Dritte zu benachteiligen. Da gegenständlich weder eine Manipulationsabsicht noch eine Schädigung Dritter vorgelegen hat, ist auch aus diesem Grund Paragraph 18, der genannten Handelsregeln auf diesen Sachverhalt nicht anzuwenden.

5. Entschuldigbarer Rechtsirrtum

a) Zu Unrecht geht die belangte Behörde davon aus, dass der Ra. kein entschuldigbarer Rechtsirrtums zu Gute komme. Ich habe im Verfahren vorgebracht, dass die belangte Behörde über einen längeren Zeitraum hinweg von den Transaktionen gewusst hat. Daraus habe die Ra. den Schluss ziehen können, dass der Abschluss der in Rede stehenden Geschäfte erlaubt sei.

b) Die belangte Behörde beruft sich auf eine Entscheidung des VwGH und führt aus, dass man aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit schließen dürfe. Aber in meinem Fall ist nicht der Frage nachzugehen, ob die Geschäfte zulässig waren oder nicht, sondern es geht darum zu beurteilen, ob ein Verhalten als nicht schuldhaft gesetzt zu betrachten ist. Dies in Folge eines entschuldbaren Rechtsirrtums.

c) Die Ra. hat auch die Universitätsprofessorin Ka. beauftragt zu beurteilen, ob die Geschäfte marktmanipulativ sind. Die Ra. hat weiters eine Stellungnahme der Wiener Börse eingeholt. Eine Spezialistin

auf diesem Rechtsgebiet kommt zum positiven Ergebnis, dass die gegenständlichen Geschäfte erlaubt sind. Die Wiener Börse selbst stellt in den Raum, dass die Geschäfte einer zulässigen Marktpraxis entsprechen könnten. Der Irrtum darüber, ob die Geschäfte erlaubt sind oder nicht, kann auch vor diesem Hintergrund nur entschuldbar sein.

6. Zur Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 VStG6. 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. 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.

b) Wenn die belangte Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, die verfahrensgegenständlichen Geschäfte erfüllten den Tatbestand der Marktmanipulation, so hätte sie dennoch gemäß § 21 Abs 1 VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Die Folgen der Tat sind als unbedeutend zu werten: Die Marktteilnehmer wurden nicht getäuscht/in die Irre geführt. Die Geschäfte haben auch nicht dazu geführt, dass die Marktteilnehmer einen Schaden erlitten hätten. Die Marktteilnehmer, die Genussrechte kaufen wollten, konnten das zu jenem Preis machen, der dem wahren Wert entsprach. Die Marktteilnehmer, die verkaufen wollten, konnten ihr Rückgabe- bzw Kündigungsrecht ausüben und die Genussrechte ebenfalls zum wahren Wert (NAV) zurückgeben. 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. Da die belangte Behörde dies zu Unrecht nicht getan hat, ist das von mir bekämpfte Straferkenntnis auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet. b) Wenn die belangte Behörde schon unrichtigerweise zum Ergebnis kommt, die verfahrensgegenständlichen Geschäfte erfüllten den Tatbestand der Marktmanipulation, so hätte sie dennoch gemäß Paragraph 21, Absatz eins, VStG von einer Bestrafung absehen müssen. Die Folgen der Tat sind als unbedeutend zu werten: Die Marktteilnehmer wurden nicht getäuscht/in die Irre geführt. Die Geschäfte haben auch nicht dazu geführt, dass die Marktteilnehmer einen Schaden erlitten hätten. Die Marktteilnehmer, die Genussrechte kaufen wollten, konnten das zu jenem Preis machen, der dem wahren Wert entsprach. Die Marktteilnehmer, die verkaufen wollten, konnten ihr Rückgabe- bzw Kündigungsrecht ausüben und die Genussrechte ebenfalls zum wahren Wert (NAV) zurückgeben. 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. Da die belangte Behörde dies zu Unrecht nicht getan hat, ist das von mir bekämpfte Straferkenntnis auch in dieser Hinsicht mit Rechtswidrigkeit behaftet.

7. Zur Strafhöhe

a) In ihrer Begründung zur Strafzumessung führt die FMA aus, dass -zumindest ihrer Ansicht nach - die verhängte Geldstrafe tat- und schuldangemessen "erscheine". Darüber hinaus sei das Verhängen der Strafe auch erforderlich, "um mich und Dritte von der Begehung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen abzuhalten". Die belangte Behörde hat bei der Strafzumessung zwar meine bisherige Unbescholtenheit und den Beitrag zur Wahrheitsfindung als mildernd berücksichtigt, dennoch hat sie eine Geldstrafe in Höhe von insgesamt EUR15.000,- über mich verhängt.

b) Dem Straferkenntnis mangelt es jeglicher näheren Begründung, weshalb die verhängte Strafe "tat- und schuldangemessen" ist. Denn bei den Worten "tat- und schuldangemessen" handelt es sich lediglich um leere juristische Floskeln ohne konkreten Bedeutungsinhalt. Die belangte Behörde hätte zu dem Ergebnis kommen müssen, dass - selbst wenn man zu Unrecht davon ausgeht, dass der Tatbestand der Marktmanipulation erfüllt ist - angesichts des jedenfalls äußerst geringen Tatumwerts, die Strafe deutlich niedriger hätte ausfallen müssen: Kein Marktteilnehmer hat durch die Geschäfte einen Schaden erlitten.

c) Dabei ist noch hinzuzufügen, dass die belangte Behörde offensichtlich der Meinung ist, durch die mir vorgeworfene Marktmanipulation seien die im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziele der FMA nicht

nur geringfügig beeinträchtigt worden. Dies ist nicht richtig. Die gegenständlichen Geschäfte haben weder den geordneten und funktionsfähigen Börsehandel, noch die Interessen der Marktteilnehmer beeinträchtigt. Wie ich ausgeführt habe, findet gegenständlich de facto kein Handel über die Börse statt. Der Preis der Genussrechte bildet sich nicht durch Angebot und Nachfrage über die Börse. Folglich konnten die Geschäfte einen funktionsfähigen Börsehandel nicht beeinträchtigen. Weiters hat die Ra. mit den Geschäften die Interessen der Anleger vor Augen gehabt: Die Anleger sollten jederzeit die Möglichkeit haben, sich an Hand des Börsenkurses über den Substanzwert ihrer Genussrechte zu erkundigen.

d) Letztlich ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Strafe erforderlich sei, um die Ra. vor weiteren derartigen strafbaren Handlungen abzuhalten. Denn tatsächlich hat die Ra. die Geschäfte unverzüglich eingestellt, nachdem die belangte Behörde Bedenken gegen die Geschäfte anmeldete. Gerade aus diesem unverzüglichen Gehorsam ergibt sich, dass im konkreten Fall eben keine spezialpräventiven Gründe, die für ein Verhängen der Strafe sprechen, vorliegen. Im Ergebnis ist die verhängte Strafe zu hoch bemessen und jedenfalls der Höhe nach herabzusetzen.

Aus all diesen Gründen stelle ich die Anträge,

der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Wien möge

1. das angefochtene Straferkenntnis der FMA vom 10.9.2009, GZ FMA-KL29 0300.100/0001- LAW/2008, ersatzlos aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen;

2. in eventu im Hinblick auf meine Unbescholtenheit, das geringfügige Verschulden und die unbedeutenden Folgen von einer Bestrafung unter Anwendung des § 21 Abs 1 VStG absehen und lediglich eine Ermahnung aussprechen; 2. in eventu im Hinblick auf meine Unbescholtenheit, das geringfügige Verschulden und die unbedeutenden Folgen von einer Bestrafung unter Anwendung des Paragraph 21, Absatz eins, VStG absehen und lediglich eine Ermahnung aussprechen;

3. in eventu die Strafhöhe herabsetzen.“

In der Berufungsverhandlung vom 1.7.2010 wurden die Parteien gehört (auszugsweise Wiedergabe des unkorrigierten Verhandlungsprotokolls):

„Der Beschuldigte gibt über Befragen des Berichters an:

Die Faktenlage im gegenständlichen Fall ist unbestritten. Die Transaktionen wurden so vorgenommen, wie sie in der Beilage 1A des Aktes der FMA aufgelistet sind. Es trifft auch zu, dass ich seit dem Jahr 2003 Vorstandsmitglied der Ra. Niederösterreich-Wien AG bin. Ich habe von der Art und Weise der Transaktionen gewusst, weil wir damit die von uns im Verfahren dargestellte Transparenz erreichen wollten. Ich kann heute nicht mehr sagen, wann genau ich von den Vorwürfen seitens der FMA erfahren habe, jedenfalls erst im Nachhinein, d.h. nach den relevanten Transaktionen an der Börse. Der von uns gewählte und bis zur Bekanntgabe durch die FMA vorgenommenen Modus wird von uns nicht mehr angewandt. Dadurch bedingt kommt es nur noch selten zu neuen Kursen und dann nur durch zufällig entstandene Transaktionen. Der Bw stellt die Vorgänge aus seiner Sicht dar und erläutert das Umfeld.

Anmerkung: Es wird ein Werbeprospekt des Ra-C. Regional Fund vorgelegt. Auf dessen Rückseite findet sich eine Zusammenfassung des Wertpapiers, aus dem sich auch der Preis und der Rückkaufwert ergibt.

Über Befragen des Berichters:

Zu börslichen Umsätzen kam es im relevanten Zeitraum nur vereinzelt, jedoch kam es zu zahlreichen außerbörslichen Umsätzen. Das außerbörsliche Handelsvolumen hat für diesen Zeitraum im wesentlichen den börslichen Umsätzen unter Berücksichtigung unserer Transaktionen entsprochen.

Der FMA-Vertreter bringt vor:

Sofern die Börse tatsächlich die Auskunft erteilt haben soll, dass die gewählte Vorgangsweise gesetzeskonform sei, gebe ich an, dass dies dann gegen die eigenen Börseregeln bezüglich der Crossing-Geschäfte verstößt. Zum Gutachten von Frau Prof. Ka. möchte ich noch festhalten, dass unseres Erachtens der Vergleich mit einem Investmentfond nicht tauglich ist. Zum Gutachten von Herrn Prof. Ras. möchte ich noch ausführen, dass es zu den Aufgaben eines Marketmakers gehört, für Liquidität zu sorgen und nicht die

Kurse festzusetzen.

Der BwV bringt vor:

Zum Gutachten von Frau Prof. Ka. möchte ich klarstellen, dass wir mit dem Vergleich zu Investmentfonds auf deren materielle Ausgestaltung abstellen wollten. Bei den Crossing-Geschäften vertreten wir die Ansicht, dass sich dieses Verbot nur im Zusammenhang mit dem Versuch einer Marktmanipulation erklärt.

Der Vertreter der FMA gibt an:

Mir ist die zwischenzeitlich erlassene Entscheidung des UVS-Wien bekannt, wonach in einem gleichgelagerten Fall der Vorwurf, wie wir ihn im Spruchpunkt 2) formuliert haben, wegen Doppelbestrafung aufgehoben wurde. Die FMA schließt sich dieser Rechtsansicht an.“

Im Anschluss an die Berufungsverhandlung wurde die vorliegende Entscheidung öffentlich verkündet.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Feststellungen und Beweiswürdigung:

Der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses beschriebene Sachverhalt (siehe oben) – insbesondere die in der Beilage 1a des erstinstanzlichen Aktes angeführten Transaktionen – werden als erwiesen angesehen. Darüber hinaus wird festgestellt:

Die verfahrensrelevanten Wertpapiere stellen obligatorische Genussrechte im Sinne des § 174 Absatz 3 AktG dar. Diese Genussrechte räumen dem einzelnen Genussrechtsinhaber einen obligatorischen Anspruch auf einen aliquoten Anteil am Vermögen des Rechnungskreises „Ra-C. Regional Fund“ ein. Dieser Fund ist kein Investmentfonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes (laut Prospekt handelt es sich „bei diesem Veranlagungsinstrument vielmehr um Genussrechte, bei denen Rechtsstatus und Anlegerschutz deutlich von jenem eines Investmentfonds abweichen“; vgl. Seite 15 der Beilage 4 des Erstaktes). Es besteht kein Anspruch auf laufende Verzinsung und auf laufende Gewinnbeteiligung. Die Wertpapiere können börslich und außerbörslich erworben werden. De facto erfolgte der An- und Verkauf beinahe ausnahmslos außerbörslich (nach den Berufungsausführungen zu 100%). Das Genussrecht „Ra-C. Regional Fund“ notiert seit 1.6.2005 im amtlichen Handel an der Wiener Börse im Marktsegment „other listings“. Von Juni 2006 bis Februar 2008 orderte die Ra. NÖ-Wien AG (kurz Ra.) in regelmäßigen Abständen auf eigene Rechnung und als einziger Investor 100% des Tagesvolumens. Durch jeweils eine einzige Transaktion wurde je ein Kauf und Verkauf - in der Regel zwischen 100 und 300, vereinzelt aber auch einige 1000 Stück - an der Börse limitiert geordert. Der NAV (Nettoinventarwert/NAV) vom Vortag bildet die Grundlage für die An- und Verkaufspreise. Die Börseorders waren als Nostro-Orders gekennzeichnet. Die Geschäfte wurden effektiv. Der Marktpreis (Börsekurs) wurde dadurch verändert. Bei dem Genussrecht handelt es sich um einen illiquiden Titel. Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wollte die Ra. einen Börsekurs erwirken, der dem jeweils aktuellen NAV der Genussrechte entspricht. Die verfahrensrelevanten Wertpapiere stellen obligatorische Genussrechte im Sinne des Paragraph 174, Absatz 3 AktG dar. Diese Genussrechte räumen dem einzelnen Genussrechtsinhaber einen obligatorischen Anspruch auf einen aliquoten Anteil am Vermögen des Rechnungskreises „Ra-C. Regional Fund“ ein. Dieser Fund ist kein Investmentfonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes (laut Prospekt handelt es sich „bei diesem Veranlagungsinstrument vielmehr um Genussrechte, bei denen Rechtsstatus und Anlegerschutz deutlich von jenem eines Investmentfonds abweichen“; vergleiche Seite 15 der Beilage 4 des Erstaktes). Es besteht kein Anspruch auf laufende Verzinsung und auf laufende Gewinnbeteiligung. Die Wertpapiere können börslich und außerbörslich erworben werden. De facto erfolgte der An- und Verkauf beinahe ausnahmslos außerbörslich (nach den Berufungsausführungen zu 100%). Das Genussrecht „Ra-C. Regional Fund“ notiert seit 1.6.2005 im amtlichen Handel an der Wiener Börse im Marktsegment „other listings“. Von Juni 2006 bis Februar 2008 orderte die Ra. NÖ-Wien AG (kurz Ra.) in regelmäßigen Abständen auf eigene Rechnung und als einziger Investor 100% des Tagesvolumens. Durch jeweils eine einzige Transaktion wurde je ein Kauf und Verkauf - in der Regel zwischen 100 und 300, vereinzelt aber auch einige 1000 Stück - an der Börse limitiert geordert. Der NAV (Nettoinventarwert/NAV) vom Vortag bildet die Grundlage für die An- und Verkaufspreise. Die Börseorders

waren als Nostro-Orders gekennzeichnet. Die Geschäfte wurden effektiv. Der Marktpreis (Börsekurs) wurde dadurch verändert. Bei dem Genussrecht handelt es sich um einen illiquiden Titel. Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wollte die Ra. einen Börsekurs erwirken, der dem jeweils aktuellen NAV der Genussrechte entspricht.

Die Feststellungen gründen auf dem unbedenklichen Inhalt des erstinstanzlichen Aktes, insbesondere auf dem Bericht der FMA mit der Geschäftszahl 200070399 (Beilage 2 des erstinstanzlichen Aktes) und dem Prospekt vom 19.12.2007, sowie auf den schriftlichen Eingaben und auf der Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung vor dem UVS. Der Sachverhalt ist von keiner Partei bestritten worden, vielmehr wurden die gegenständlichen Transaktionen vom Beschuldigten vollumfänglich bestätigt. Zum Sachverhalt siehe auch ab Seite 21.

Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt I.:Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Da sich der Tatzeitraum vom 6.6.2005 bis zum 29.2.2008 erstreckt, kommt § 48a Börsegesetz für den Tatzeitraum vom 6.6.2005 bis 31.7.2007 in der Fassung BGBl I 2004/127 und für den Tatzeitraum vom 1.8.2007 bis 29.2.2008 in der Fassung BGBl I 2007/60 sowie § 48c Börsegesetz in der Fassung BGBl I 2006/48 zur Anwendung. Die durch die Novellen vorgenommenen Änderungen beziehen sich nicht auf den Tatbestand der Marktmanipulation. Die einschlägigen Normen des Börsegesetzes lauten (auszugsweise Wiedergabe):Da sich der Tatzeitraum vom 6.6.2005 bis zum 29.2.2008 erstreckt, kommt Paragraph 48 a, Börsegesetz für den Tatzeitraum vom 6.6.2005 bis 31.7.2007 in der Fassung BGBl römisch eins 2004/127 und für den Tatzeitraum vom 1.8.2007 bis 29.2.2008 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/60 sowie Paragraph 48 c, Börsegesetz in der Fassung BGBl römisch eins 2006/48 zur Anwendung. Die durch die Novellen vorgenommenen Änderungen beziehen sich nicht auf den Tatbestand der Marktmanipulation. Die einschlägigen Normen des Börsegesetzes lauten (auszugsweise Wiedergabe):

„§ 48a. (1) Für Zwecke der §§ 48a bis 48r gelten folgende Begriffsbestimmungen:„§ 48a. (1) Für Zwecke der Paragraphen 48 a bis 48 r gelten folgende Begriffsbestimmungen:

(...)

2. „Marktmanipulation“ sind

a) Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge, die

aa) falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die Nachfrage danach oder ihren Kurs geben oder geben könnten, oder

ab) den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente durch eine Person oder mehrere, in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflussen, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wird,

es sei denn, dass die Person, welche die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, legitime Gründe dafür hatte und dass diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen. Bei der Beurteilung der Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge gemäß lit. a als Marktmanipulation sind unbeschadet der Fälle von Marktmanipulation gemäß Abs 2 insbesondere folgende Umstände – die als solche nicht unbedingt als Marktmanipulation anzusehen sind – zu berücksichtigen:es sei denn, dass die Person, welche die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, legitime Gründe dafür hatte und dass diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen. Bei der Beurteilung der Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge gemäß Litera a, als Marktmanipulation sind unbeschadet der Fälle von Marktmanipulation gemäß Absatz 2, insbesondere folgende Umstände – die als solche nicht unbedingt als Marktmanipulation anzusehen sind – zu berücksichtigen:

– der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewickelte Geschäfte einen bedeutenden Teil des Tagesvolumens der Transaktionen mit dem entsprechenden Finanzinstrument auf dem jeweiligen geregelten Markt ausmachen, vor allem dann, wenn diese Tätigkeiten zu einer erheblichen Veränderung des Kurses dieses Finanzinstruments führen;

- der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewickelte Geschäfte, die von Personen mit einer bedeutenden Kauf- oder Verkaufsposition in einem Finanzinstrument getätigt wurden, zu einer erheblichen Veränderung des Kurses dieses Finanzinstruments bzw. eines sich darauf beziehenden derivativen Finanzinstruments oder aber des Basisvermögenswertes führen, die zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind;
 - ob abgewickelte Geschäfte zu keiner Veränderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers eines zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstruments führen;
 - der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewickelte Geschäfte Umkehrungen von Positionen innerhalb eines kurzen Zeitraums beinhalten und einen beträchtlichen Teil des Tagesvolumens der Geschäfte mit dem entsprechenden Finanzinstrument auf dem betreffenden geregelten Markt ausmachen, sowie mit einer erheblichen Veränderung des Kurses eines zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstruments in Verbindung gebracht werden könnten;
 - der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewickelte Geschäfte innerhalb einer kurzen Zeitspanne des Börsentages konzentriert werden und zu einer Kursveränderung führen, die in der Folge wieder umgekehrt wird;
 - der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge die besten bekannt gemachten Kurse für Angebot und Nachfrage eines auf einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstruments verändern oder genereller die Aufmachung des Orderbuchs verändern, das den Marktteilnehmern zur Verfügung steht, und vor ihrer eigentlichen Abwicklung annulliert werden könnten;
 - der Umfang, in dem Geschäftsaufträge genau oder ungefähr zu einem bestimmten Zeitpunkt erteilt oder Geschäfte zu diesem Zeitpunkt abgewickelt werden, an dem die Referenzkurse, die Abrechnungskurse und die Bewertungen berechnet werden, und dies zu Kursveränderungen führt, die sich auf eben diese Kurse und Bewertungen auswirken.
- b) Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Täuschungshandlungen. Bei der Beurteilung der Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge gemäß lit. b als Marktmanipulation sind unbeschadet der Fälle von Marktmanipulation gemäß Abs 2 insbesondere folgende Umstände – die als solche nicht unbedingt als Marktmanipulation anzusehen sind – zu berücksichtigen:
- b) Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge unter Vorspiegelung falscher Tatsachen oder unter Verwendung sonstiger Täuschungshandlungen. Bei der Beurteilung der Geschäfte oder Kauf- bzw. Verkaufsaufträge gemäß Litera b, als Marktmanipulation sind unbeschadet der Fälle von Marktmanipulation gemäß Absatz 2, insbesondere folgende Umstände – die als solche nicht unbedingt als Marktmanipulation anzusehen sind – zu berücksichtigen:
 - ob von bestimmten Personen erteilte Geschäftsaufträge oder abgewickelte Geschäfte vorab oder im Nachhinein von der Verbreitung falscher oder irreführender Informationen durch dieselben oder in enger Beziehung zu ihnen stehenden Personen begleitet wurden;
 - ob Geschäftsaufträge von Personen erteilt bzw. Geschäfte von diesen abgewickelt werden, bevor oder nachdem diese Personen oder in enger Beziehung zu ihnen stehenden Personen Analysen oder Anlageempfehlungen erstellt oder weitergegeben haben, die unrichtig oder verzerrt sind oder ganz offensichtlich von materiellen Interessen beeinflusst wurden.
- c) Verbreitung von Informationen über die Medien einschließlich Internet oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale in Bezug auf Finanzinstrumente geben oder geben könnten, unter anderem durch Verbreitung von Gerüchten sowie falscher oder irreführender Nachrichten, wenn die Person, die diese Informationen verbreitet hat, wusste oder hätte wissen müssen, dass sie falsch oder irreführend waren. Bei Medienmitarbeitern, die in Ausübung ihres Berufs handeln, ist eine solche Verbreitung von Informationen unbeschadet des § 48q Abs 1 und 2 unter Berücksichtigung der für ihren Berufsstand geltenden Regeln zu beurteilen, es sei denn, dass diese Personen aus der Verbreitung der betreffenden Informationen direkt oder indirekt einen Nutzen ziehen oder Gewinne schöpfen.
- c) Verbreitung von Informationen über die Medien einschließlich Internet oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale in Bezug auf

Finanzinstrumente geben oder geben könnten, unter anderem durch Verbreitung von Gerüchten sowie falscher oder irreführender Nachrichten, wenn die Person, die diese Informationen verbreitet hat, wusste oder hätte wissen müssen, dass sie falsch oder irreführend waren. Bei Medienmitarbeitern, die in Ausübung ihres Berufs handeln, ist eine solche Verbreitung von Informationen unbeschadet des Paragraph 48 q, Absatz eins und 2 unter Berücksichtigung der für ihren Berufsstand geltenden Regeln zu beurteilen, es sei denn, dass diese Personen aus der Verbreitung der betreffenden Informationen direkt oder indirekt einen Nutzen ziehen oder Gewinne schöpfen.

(...)

5. "Zulässige Marktpraxis" sind Gepflogenheiten, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigem Ermessen erwartet werden und von der FMA durch Verordnung gemäß Abs 3 anerkannt werden. 5. "Zulässige Marktpraxis" sind Gepflogenheiten, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigem Ermessen erwartet werden und von der FMA durch Verordnung gemäß Absatz 3, anerkannt werden.

(...)

(2) Als "Marktmanipulation" im Sinne des Abs 1 Z 2 gelten insbesondere (2) Als "Marktmanipulation" im Sinne des Absatz eins, Ziffer 2, gelten insbesondere:

1. Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments oder die Nachfrage danach durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen mit der Folge einer direkten oder indirekten Festsetzung des Ankaufs- oder Verkaufspreises oder anderer unlauterer Handelsbedingungen;

2. Kauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten bei Börsenschluss mit der Folge, dass Anleger, die auf Grund des Schlusskurses tätig werden, irregeführt werden;

3. Ausnutzung eines gelegentlichen oder regelmäßigen Zugangs zu den traditionellen oder elektronischen Medien durch Abgabe einer Stellungnahme zu einem Finanzinstrument (oder indirekt zu dem Emittenten dieses Finanzinstruments), wobei zuvor Positionen bei diesem Finanzinstrument eingegangen wurden und anschließend Nutzen aus den Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs dieses Finanzinstruments gezogen wird, ohne dass der Öffentlichkeit gleichzeitig dieser Interessenkonflikt auf ordnungsgemäße und effiziente Weise mitgeteilt wird.

(3) Ob eine "zulässige Marktpraxis" gemäß Abs 1 Z 5 vorliegt, kann die FMA durch Verordnung festlegen (3) Ob eine "zulässige Marktpraxis" gemäß Absatz eins, Ziffer 5, vorliegt, kann die FMA durch Verordnung festlegen.

1. Sie hat hierbei unbeschadet ihrer Zusammenarbeit mit anderen Behörden insbesondere zu berücksichtigen:

1. a) Litera a

wie transparent die betreffende Marktpraxis für den Markt insgesamt ist,

2. b) Litera b

ob sie das Funktionieren der Marktkräfte und das freie Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage gewährleistet; unter der Analyse insbesondere der Auswirkungen der betreffenden Marktpraxis auf die wichtigsten Marktparameter, wie die vor der Einführung der betreffenden Marktpraxis herrschenden besonderen Marktbedingungen, den gewichteten Durchschnittskurs eines Handelstages oder die tägliche Schlussnotierung,

c) in welchem Maße sich die betreffende Marktpraxis auf die Marktliquidität und -effizienz auswirkt,

d) inwieweit die betreffende Marktpraxis dem Handelsmechanismus des betreffenden Marktes Rechnung trägt und den Marktteilnehmern erlaubt, angemessen und rechtzeitig auf die durch die Marktpraxis entstehende neue Marktsituation zu reagieren,

e) welches Risiko die betreffende Marktpraxis für die Marktintegrität anderer, direkt oder indirekt verbundener, geregelter oder nichtgeregelter Märkte für dieses Finanzinstrument innerhalb der Gemeinschaft darstellt,

f) zu welchem Ergebnis die zuständigen Behörden bzw. anderen in Art. 12 Abs 1 der Richtlinie 2003/6/EG genannten Behörden bei ihren Ermittlungen zu der betreffenden Marktpraxis kamen, insbesondere ob sie eine Verletzung der Marktmissbrauchsbestimmungen oder der geltenden Verhaltensregeln auf dem betreffenden Markt oder auf anderen direkt oder indirekt verbundenen Märkten in der Gemeinschaft festgestellt haben, f) zu welchem Ergebnis die zuständigen Behörden bzw. anderen in Artikel 12, Absatz eins, der Richtlinie 2003/6/EG genannten Behörden bei ihren Ermittlungen zu der betreffenden Marktpraxis kamen, insbesondere ob sie eine Verletzung der Marktmissbrauchsbestimmungen oder der geltenden Verhaltensregeln auf dem betreffenden Markt oder auf anderen direkt oder indirekt verbundenen Märkten in der Gemeinschaft festgestellt haben, g) welche Strukturmerkmale der betreffende Markt aufweist, zB ob es sich um einen geregelten Markt handelt oder nicht, welche Finanzinstrumente gehandelt werden, welche Marktteilnehmer vertreten sind und welcher Anteil am Handel auf Privatanleger entfällt.

Marktpraktiken, insbesondere neue oder sich entwickelnde Marktpraktiken dürfen nicht deshalb als unzulässig festgelegt werden, weil diese zuvor noch nicht ausdrücklich als zulässig festgelegt wurden. Die FMA hat die als zulässig festgelegten Marktpraktiken regelmäßig auf ihre weitere Zulässigkeit zu überprüfen und dabei insbesondere wesentliche Änderungen im Handelsumfeld des betreffenden Marktes, wie geänderte Handelsregeln oder Infrastruktur des Marktes, zu berücksichtigen.

2. Vor Erlassung einer Verordnung gemäß diesem Absatz und unbeschadet des § 48q Abs 2 hat die FMA die Börseunternehmen sowie die Interessenvertretungen der Emittenten, Finanzdienstleistungserbringer und Verbraucher und allfällige andere Marktbetreiber zu konsultieren. Im Rahmen dieses Konsultationsverfahrens hat die FMA auch zuständige Behörden anderer Mitgliedstaaten zu konsultieren, insbesondere wenn vergleichbare Märkte (mit ähnlichen Strukturen, Geschäftsvolumen, Transaktionen) existieren. Vor einer Änderung oder Aufhebung einer solchen Verordnung ist dasselbe Konsultationsverfahren durchzuführen. 2. Vor Erlassung einer Verordnung gemäß diesem Absatz und unbeschadet des Paragraph 48 q, Absatz 2, hat die FMA die Börseunternehmen sowie die Interessenvertretungen der Emittenten, Finanzdienstleistungserbringer und Verbraucher und allfällige andere Marktbetreiber zu konsultieren. Im Rahmen dieses Konsultationsverfahrens hat die FMA auch zuständige Behörden anderer Mitgliedstaaten zu konsultieren, insbesondere wenn vergleichbare Märkte (mit ähnlichen Strukturen, Geschäftsvolumen, Transaktionen) existieren. Vor einer Änderung oder Aufhebung einer solchen Verordnung ist dasselbe Konsultationsverfahren durchzuführen.

3. In der Verordnung hat eine angemessene Beschreibung der Marktpraxis zu erfolgen und sind die Faktoren anzuführen, die bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der betreffenden Marktpraxis berücksichtigt wurden, insbesondere wenn die Zulässigkeit ein und derselben Marktpraxis auf verschiedenen Märkten unterschiedlich bewertet wurde.

4. Die Verordnung ist gleichzeitig mit ihrer Erlassung auch dem Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden zu übermitteln.

§ 48c. Wer Marktmanipulation betreibt, 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 einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Das VStG ist anzuwenden. Der Versuch ist strafbar. Ein erzielter Vermögensvorteil ist von der FMA als verfallen zu erklären.“Paragraph 48 c, Wer Marktmanipulation betreibt, 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 einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro zu bestrafen. Das VStG ist anzuwenden. Der Versuch ist strafbar. Ein erzielter Vermögensvorteil ist von der FMA als verfallen zu erklären.“

§ 1 der Marktpraxisverordnung, BGBl II 2005/1, lautet:Paragraph eins, der Marktpraxisverordnung, BGBl römisch zwei 2005/1, lautet:

„Kompensgeschäfte in Schuldverschreibungen

§ 1. (1) Von professionellen Marktteilnehmern zu markadäquaten Kursen abgeschlossene geringfügige Kompensgeschäfte in ausgewählten Schuldverschreibungen gelten als im Rahmen einer zulässigen Marktpraxis abgeschlossen.Paragraph eins, (1) Von professionellen Marktteilnehmern zu markadäquaten

Kursen abgeschlossene geringfügige Kompensgeschäfte in ausgewählten Schuldverschreibungen gelten als im Rahmen einer zulässigen Marktpraxis abgeschlossen.

(2) Ein Kompensgeschäft im Sinne des Abs 1 ist eine zu Bewertungszwecken durchgeführte Wertpapiertransaktion, bei der es zu keinem Wechsel des oder der wirtschaftlich Berechtigten kommt. Geringfügig ist ein Kompensgeschäft dann, wenn das gehandelte Volumen dem niedrigsten von dem jeweiligen Marktteilnehmer erteilbaren Ordervolumen entspricht oder der Ordergegenwert ohne Spesen 1000 Euro nicht übersteigt. (2) Ein Kompensgeschäft im Sinne des Absatz eins, ist eine zu Bewertungszwecken durchgeführte Wertpapiertransaktion, bei der es zu keinem Wechsel des oder der wirtschaftlich Berechtigten kommt. Geringfügig ist ein Kompensgeschäft dann, wenn das gehandelte Volumen dem niedrigsten von dem jeweiligen Marktteilnehmer erteilbaren Ordervolumen entspricht oder der Ordergegenwert ohne Spesen 1000 Euro nicht übersteigt.

(3) Ein marktdäquater Kurs im Sinne des Abs 1 ist ein Kurs, der innerhalb der Bandbreite aller Quotierungen für eine ausgewählte Schuldverschreibung in den letzten drei Stunden vor Abschluss des Kompensgeschäftes in einem in der Finanzbranche üblicherweise verwendeten Datenverbreitungskanal liegt. Diese Bandbreite muss Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern umfassen. Quotierungen von das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmern sind dabei nicht zu berücksichtigen. In der Finanzbranche üblicherweise verwendete Datenverbreitungskanäle können nur solche sein, die allen Marktteilnehmern unter gleichen Bedingungen zugänglich sind. Zur Feststellung eines marktdäquaten Kurses für ein Kompensgeschäft können, wenn sonst kein marktdäquater Kurs festgestellt werden kann, auch vergleichbare Schuldverschreibungen herangezogen werden. Unter vergleichbaren Schuldverschreibungen sind Schuldverschreibungen von Emittenten mit gleicher Bewertung (Rating), die ähnliche Tilgungszeitpunkte, gleiche Verzinsung und ähnliche Emissionsbedingungen haben sowie auch sonst ähnlich ausgestaltet sind zu verstehen. Der Nachweis, dass ein Kompensgeschäft zu einem marktdäquaten Kurs abgeschlossen wurde, obliegt dem professionellen Marktteilnehmer. (3) Ein marktdäquater Kurs im Sinne des Absatz eins, ist ein Kurs, der innerhalb der Bandbreite aller Quotierungen für eine ausgewählte Schuldverschreibung in den letzten drei Stunden vor Abschluss des Kompensgeschäftes in einem in der Finanzbranche üblicherweise verwendeten Datenverbreitungskanal liegt. Diese Bandbreite muss Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern umfassen. Quotierungen von das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmern sind dabei nicht zu berücksichtigen. In der Finanzbranche üblicherweise verwendete Datenverbreitungskanäle können nur solche sein, die allen Marktteilnehmern unter gleichen Bedingungen zugänglich sind. Zur Feststellung eines marktdäquaten Kurses für ein Kompensgeschäft können, wenn sonst kein marktdäquater Kurs festgestellt werden kann, auch vergleichbare Schuldverschreibungen herangezogen werden. Unter vergleichbaren Schuldverschreibungen sind Schuldverschreibungen von Emittenten mit gleicher Bewertung (Rating), die ähnliche Tilgungszeitpunkte, gleiche Verzinsung und ähnliche Emissionsbedingungen haben sowie auch sonst ähnlich ausgestaltet sind zu verstehen. Der Nachweis, dass ein Kompensgeschäft zu einem marktdäquaten Kurs abgeschlossen wurde, obliegt dem professionellen Marktteilnehmer.

(4) Ausgewählte Schuldverschreibungen im Sinne des Abs 1 sind (4) Ausgewählte Schuldverschreibungen im Sinne des Absatz eins, sind:

1. 1. Ziffer eins
Anleihen des Bundes, der Bundesländer oder anderer Gebietskörperschaften;
2. 2. Ziffer 2
Schuldverschreibungen, die vom das Kompensgeschäft durchführenden professionellen Marktteilnehmer emittiert wurden;
3. Schuldverschreibungen von Emittenten, mit denen der professionelle Marktteilnehmer in einer engen Verbindung steht. Der professionelle Marktteilnehmer steht dann mit einem Emittenten in einer engen Verbindung, wenn er maßgeblich an der Emission der Schuldverschreibung beteiligt war oder wenn er mit dem Emittenten der Schuldverschreibung in einer andauernden über eine bloße Kontenführung hinausgehenden Geschäftsbeziehung steht.“

Der rechtlich relevante Sachverhalt wird – im Hinblick auf die nachfolgende Subsumtion – wie folgt

zusammengefasst: Die Ra. hat mit Wissen des Vorstandes, dem auch der Beschuldigte angehört, Genussrechte am Ra-C. Regional Fund grundsätzlich außerbörslich vertrieben. Zum Zwecke der Vergrößerung des Interessentenkreises an diesen Genussrechten erfolgte auch eine Börsenotierung. De facto erfolgte aber kein Börsehandel. Der Börsenkurs der Genussrechte blieb daher unverändert. Der außerbörsliche An- bzw Verkaufspreis der Genussrechte wurde auf Basis des Nettoinventarwertes (NAV) errechnet. Um den auf diese Art errechneten Preis auch an der Börse darstellen zu können, erteilte die Ra. auf eigene Rechnung und im eigenen Namen (Nostrohandel) zeitgleich Kauf- und Verkauforders mit einem Volumen zwischen 100 und 300 Stück (fast immer waren es 300 Stück, es gab aber auch Orders mit 7000, 8500 und sogar 18470 Stück; siehe Beilage 1a zum erstinstanzlichen Straferkenntnis) und einem Limit, bei dem es zur sofortigen Effektivierung der Orders kam. Die Ra. war daher gleichzeitig Verkäufer und Käufer ihrer Genussrechte. Der Ra. war bewusst und war es auch das alleinige Ziel dieser Transaktionen, den Kurs der Genussrechte an der Börse in eine bestimmte Richtung zu verändern. Da es keine Mitanbieter an der Börse gab, was der Ra. ebenfalls bekannt war, konnte sogar der exakte neue Kurs bestimmt werden. So wurden zB am 28.9.2006 300 Stück um 117,35 Euro angeboten (Gesamtvolumen in Euro: 35205,--) und 300 Stück um 117,35 Euro von der Ra. erworben. Durch dieses In-Sich-Geschäft ist es zu keiner Änderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers, der Ra., gekommen. Der Kurs bildete sich – mangels sonstiger Transaktionen – bei 117,35. Der Kurs des einzelnen Genussrechts stieg mit dieser Transaktion von 103,03 auf 117,35, also um 14,32 Euro. Zumeist fiel der Anstieg des Kurses aber geringer aus, ganz vereinzelt kam es auch zu Kursminderungen. Sämtliche Transaktionen (über 200, wobei zumeist täglich Transaktionen vorgenommen wurden) waren als Nostrogeschäfte der Ra. gekennzeichnet.

Der UVS Wien hat jüngst bei einem gleichgelagerten Sachverhalt (vgl beispielsweise UVS-06/FM/57/8520/2009-5 und UVS-06/FM/57/8519/2009-5 vom 15.4.2010) zur Frage, ob diese Transaktionen eine Marktmanipulation darstellen, wie folgt entschieden (auszugsweise und anonymisierte Wiedergabe): Der UVS Wien hat jüngst bei einem gleichgelagerten Sachverhalt vergleiche beispielsweise UVS-06/FM/57/8520/2009-5 und UVS-06/FM/57/8519/2009-5 vom 15.4.2010) zur Frage, ob diese Transaktionen eine Marktmanipulation darstellen, wie folgt entschieden (auszugsweise und anonymisierte Wiedergabe): „Im Zeitraum 16.1.2006 bis 10.9.2008 hat die H-Bank AG in regelmäßigen Abständen bezogen auf die H-Immobilienewinnscheine die in der Beilage zum Straferkenntnis im Einzelnen dargestellten und aufgelisteten Kauf- und Verkauforders über jeweils 10 Stück - bzw. ab 17.6.2008 jeweils 5 Stück - erteilt. Diese Orders wurden zeitgleich, mit jeweils gleichem Limit und auf eigene Rechnung der H-Bank AG erteilt und haben jeweils zu einem Geschäftsabschluss und zur Kursbildung zum jeweiligen Orderlimit geführt. Dabei ist es zu keinem Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers der verfahrensgegenständlichen Gewinnscheine gekommen (diese Orders werden in der Folge auch als ‚Kompens(ations)geschäfte‘ bezeichnet). Dabei hat die H-Bank AG wissentlich sowohl auf der Kaufseite als auch auf der Verkaufseite gehandelt. Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wollte die H-Bank AG erreichen bzw. sicherstellen, dass das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)‘ bzw. den außerbörslich erzielten Marktpreis angeglichen und insofern ‚korrigiert‘ wird. Dieser errechnete Wert bildete die Grundlage der jeweiligen Order-Limits der verfahrensgegenständlichen An- und Verkaufs-Orders. Die verfahrensgegenständlichen Orders wurden daher mit dem Ziel der Kursbildung zum jeweiligen Orderlimit eingegeben. Der Börsenkurs der Immobilienewinnscheine wurde als Folge der Orders auch tatsächlich am jeweiligen Orderlimit gebildet. Die Nostro-Orders haben sich zweifellos auf den börslichen Kurs der Wertpapiere ausgewirkt.

Dabei wurden die verfahrensgegenständlichen Limitorders von der H-Bank AG vorsätzlich so eingegeben, dass das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten aktuellen ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)‘ bzw. den außerbörslich erzielten Marktpreis angeglichen und insofern ‚korrigiert‘ wird. Die verfahrensgegenständlichen Orders wurden daher ohne sonst für Börsengeschäfte zukommende Relevanz mit dem ausschließlichen Ziel der Kursbildung zum jeweiligen Orderlimit und damit vorsätzlich so eingesetzt, dass mit diesen Orders irreführende Signale für die Nachfrage der Zertifikate ausgegangen sind. Grundlage und Bezugsgröße des ‚wahren wirtschaftlichen Werts (fair value)‘ bzw. des außerbörslichen Marktpreises war der jeweils ‚aktuelle Net Asset Value (NAV)‘, der sich zusammengefasst folgendermaßen errechnete: Von der Emittentin wurde im Wesentlichen auf Basis von Sachverständigengutachten der NAV der Wertpapiere

ermittelt und im jährlichen Rechenschaftsbericht veröffentlicht. Ausgehend davon stellte die H-Bank AG Berechnungen und Prognosen über die Wertentwicklung der Gewinnscheine an. Heruntergebrochen auf den jeweiligen Tag ergab sich daraus der jeweils ‚aktuelle NAV‘, der den Nettovermögenswert des Rechnungskreises Serie A pro Gewinnschein zum jeweiligen Zeitpunkt wiedergeben sollte, konkret also den Wert der in diesem Rechnungskreis zusammengefassten Vermögensgegenstände abzüglich der zugeordneten Verbindlichkeiten geteilt durch die Anzahl der ausgegebenen Gewinnscheine. Dieser Wert bildete, wie dargestellt, die Basis für die gemäß § 11a XETRA-Handelsregeln gestellten ‚Quotes‘. Der jeweilige Ankaufs-Preis (Ask-Kurs) ergab sich aus dem aktuellen Net Asset Value minus 1% Prozent Abschlag; Verkaufs-Preis (Bid-Kurs) war der jeweils aktuelle NAV mit einem Aufschlag von 3,5%. Dieser Wert bildete weiters die Basis für die außerbörslichen An- und Verkaufskurse (verkauft wurden die Wertpapiere mit einem Ausgabe/Provisionsaufschlag in der Höhe von maximal 3,5%, der Ankauf erfolgte zum tagesaktuellen NAV nach Angaben der H-Bank AG ohne Abschläge) und schließlich für die Limits der verfahrensgegenständlichen Nostro-Orders und sollte mit den verfahrensgegenständlichen Orders letztlich börslich als ‚wahrer bzw. richtiger Börsenkurs‘ abgebildet werden. Dabei wurden die verfahrensgegenständlichen Limitorders von der H-Bank AG vorsätzlich so eingegeben, dass das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten aktuellen ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)‘ bzw. den außerbörslich erzielten Marktpreis angeglichen und insofern ‚korrigiert‘ wird. Die verfahrensgegenständlichen Orders wurden daher ohne sonst für Börsengeschäfte zukommende Relevanz mit dem ausschließlichen Ziel der Kursbildung zum jeweiligen Orderlimit und damit vorsätzlich so eingesetzt, dass mit diesen Orders irreführende Signale für die Nachfrage der Zertifikate ausgegangen sind. Grundlage und Bezugsgröße des ‚wahren wirtschaftlichen Werts (fair value)‘ bzw. des außerbörslichen Marktpreises war der jeweils ‚aktuelle Net Asset Value (NAV)‘, der sich zusammengefasst folgendermaßen errechnete: Von der Emittentin wurde im Wesentlichen auf Basis von Sachverständigengutachten der NAV der Wertpapiere ermittelt und im jährlichen Rechenschaftsbericht veröffentlicht. Ausgehend davon stellte die H-Bank AG Berechnungen und Prognosen über die Wertentwicklung der Gewinnscheine an. Heruntergebrochen auf den jeweiligen Tag ergab sich daraus der jeweils ‚aktuelle NAV‘, der den Nettovermögenswert des Rechnungskreises Serie A pro Gewinnschein zum jeweiligen Zeitpunkt wiedergeben sollte, konkret also den Wert der in diesem Rechnungskreis zusammengefassten Vermögensgegenstände abzüglich der zugeordneten Verbindlichkeiten geteilt durch die Anzahl der ausgegebenen Gewinnscheine. Dieser Wert bildete, wie dargestellt, die Basis für die gemäß Paragraph 11 a, XETRA-Handelsregeln gestellten ‚Quotes‘. Der jeweilige Ankaufs-Preis (Ask-Kurs) ergab sich aus dem aktuellen Net Asset Value minus 1% Prozent Abschlag; Verkaufs-Preis (Bid-Kurs) war der jeweils aktuelle NAV mit einem Aufschlag von 3,5%. Dieser Wert bildete weiters die Basis für die außerbörslichen An- und Verkaufskurse (verkauft wurden die Wertpapiere mit einem Ausgabe/Provisionsaufschlag in der Höhe von maximal 3,5%, der Ankauf erfolgte zum tagesaktuellen NAV nach Angaben der H-Bank AG ohne Abschläge) und schließlich für die Limits der verfahrensgegenständlichen Nostro-Orders und sollte mit den verfahrensgegenständlichen Orders letztlich börslich als ‚wahrer bzw. richtiger Börsenkurs‘ abgebildet werden. (...)

Dabei ist insbesondere auch unbestritten, dass die gegenständlichen Verkauf- und Kauforders von der H-Bank AG vorsätzlich so eingegeben wurden und in der Folge auch so zustande gekommen sind, dass der von der H-Bank AG errechnete ‚aktuelle NAV‘ an der Börse abgebildet wurde. Weiters ist unbestritten, dass es bei den abgewickelten Geschäften zu keiner Veränderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers der Immobiliengewinnscheine gekommen ist. Die an der Börse durchgeführten Kompensgeschäfte haben einen bedeutenden Teil des Tagesvolumens der Transaktionen mit dem entsprechenden Finanzinstrument auf dem Dritten Markt der Wiener Börse ausgemacht. Die H-Bank AG hat selbst angegeben, dass die verfahrensgegenständlichen Orders am jeweiligen Handelstag die einzigen im Orderbuch befindlichen Orders gewesen seien. Der Markt für die Gewinnscheine habe primär außerbörslich bestanden.

(...)

Es ist nunmehr zu prüfen, ob dieses Verhalten nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zulässig ist, oder ob es sich dabei um eine nach dem Börsegesetz nicht zulässige Marktmanipulation handelt. Vorweg ist festzuhalten, dass von einer Marktmanipulation im Sinne des § 48a Abs 1 lit a sublit aa BörseG gesprochen wird, wenn falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die

Nachfrage danach oder ihren Kurs geben oder geben könnten, oder den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente durch eine Person oder mehrere, in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflussen, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wird. Nachdem es sich hier jeweils um eine alternative Aufzählung handelt, liegt Marktmanipulation im Sinne des Börsegesetzes etwa schon dann vor, wenn entweder irreführende Signale vorliegen oder wenn irreführende Signale betreffend die Nachfrage nach dem gegenständlichen Immobiliengewinnschein ausgesendet wurden. Es ist in einem solchen Fall nicht erforderlich, dass es sich dabei auch um „falsche“ Signale handelt oder dass es durch die irreführenden Signale zusätzlich auch ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt werden würde. Vorweg ist festzuhalten, dass von einer Marktmanipulation im Sinne des Paragraph 48 a, Absatz eins, Litera a, Sub-Litera, a, a, BörseG gesprochen wird, wenn falsche oder irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die Nachfrage danach oder ihren Kurs geben oder geben könnten, oder den Kurs eines oder mehrerer Finanzinstrumente durch eine Person oder mehrere, in Absprache handelnde Personen in der Weise beeinflussen, dass ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wird. Nachdem es sich hier jeweils um eine alternative Aufzählung handelt, liegt Marktmanipulation im Sinne des Börsegesetzes etwa schon dann vor, wenn entweder irreführende Signale vorliegen oder wenn irreführende Signale betreffend die Nachfrage nach dem gegenständlichen Immobiliengewinnschein ausgesendet wurden. Es ist in einem solchen Fall nicht erforderlich, dass es sich dabei auch um „falsche“ Signale handelt oder dass es durch die irreführenden Signale zusätzlich auch ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt werden würde.

a.) Irreführende Signale

Bei dem gegenständlichen Immobiliengewinnschein handelt es sich um einen Gewinnschein, der am Dritten Markt der Wiener Börse gehandelt wurde; der Handel war nicht auf den außerbörslichen Handel beschränkt. Der gegenständliche Immobiliengewinnschein war als Genußrecht konzipiert, allerdings börsennotiert. Im Prospekt ist kein Hinweis ersichtlich, wonach der Preis an der Börse ‚abgebildet‘ werden soll.

Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wurde das Ziel verfolgt, das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)‘ bzw. den außerbörslichen Marktpreis anzugleichen. Die abgestimmten Kauf- und Verkaufsorders wurden daher zeitgleich so eingegeben, dass es zum Geschäftsabschluss zum jeweiligen Orderlimit und damit zur Preisbildung kam. Damit war es faktisch nicht möglich, dass die verfahrensgegenständlichen Orders auf Kauf- oder Verkaufsorders von Börsekunden treffen; dies war auch nicht intendiert. Es ist daher davon auszugehen, dass die H-Bank AG im konkreten Fall so genannte ‚Scheingeschäfte‘ (fiktive Geschäfte) an der Börse getätigt hat. Dabei wurde die Veränderung einer Wertpapierposition unter Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos vermieden. Dies wird insbesondere durch aufeinander abgestimmte Kauf- und Verkaufsorders erreicht. Marktteilnehmer, die Scheingeschäfte abschließen, haben – wie auch der konkrete Fall zeigt – regelmäßig ein anderes als das typische wirtschaftliche Interesse an einem Finanzinstrument (vgl. dazu Kapfer/Puck, Der neue Marktmanipulationstatbestand im österreichischen Börserecht, ÖBA 8/2005, 518, 519). Von solchen Scheingeschäften gehen – entgegen den Ausführungen von Univ. Prof. Dr. Ka. – sehr wohl irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage von Wertpapieren für die anderen Marktteilnehmer aus. Durch die wirtschaftlich nicht begründeten Scheingeschäfte wird nämlich ein Umsatz (Volumen) in einem Wertpapier generiert und damit ein irreführendes Signal in den Markt gesendet, durch das die Kursentwicklung beeinflusst werden kann. Dies deshalb, weil die Umsatzentwicklung für Investoren ein Indiz hinsichtlich der künftigen Kursentwicklung eines Finanzinstruments darstellt. Insbesondere in engen Märkten (illiquide Titel) – wie etwa am Dritten Markt der Wiener Börse – gehen von solchen Scheingeschäften insofern irreführende Signale aus, als sich das dadurch erreichte Kursniveau nicht (mehr) als Ergebnis eines unbeeinflussten Marktgeschehens darstellt. Der Börsekurs kommt nämlich nicht mehr durch das zu schützende freie Spiel von Angebot und Nachfrage zusammen, sondern durch Geschäfte, denen die sonst Börsegeschäften zukommende Relevanz fehlt. Insofern werden die potentiellen Anleger über den gegenständlichen Preisfindungsmechanismus in die Irre geführt. Mit den verfahrensgegenständlichen Orders wurde das Ziel verfolgt, das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)‘ bzw. den außerbörslichen Marktpreis anzugleichen. Die abgestimmten Kauf- und Verkaufsorders wurden daher zeitgleich so eingegeben, dass es zum Geschäftsabschluss zum jeweiligen Orderlimit und damit zur Preisbildung kam. Damit war es faktisch nicht möglich, dass die verfahrensgegenständlichen

Orders auf Kauf- oder Verkaufsorders von Börssekunden treffen; dies war auch nicht intendiert. Es ist daher davon auszugehen, dass die H-Bank AG im konkreten Fall so genannte ‚Scheingeschäfte‘ (fiktive Geschäfte) an der Börse getätigt hat. Dabei wurde die Veränderung einer Wertpapierposition unter Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos vermieden. Dies wird insbesondere durch aufeinander abgestimmte Kauf- und Verkaufsorders erreicht. Marktteilnehmer, die Scheingeschäfte abschließen, haben – wie auch der konkrete Fall zeigt – regelmäßig ein anderes als das typische wirtschaftliche Interesse an einem Finanzinstrument vergleiche dazu Kapfer/Puck, Der neue Marktmanipulationstatbestand im österreichischen Börserecht, ÖBA 8 aus 2005,, 518, 519). Von solchen Scheingeschäften gehen – entgegen den Ausführungen von Univ. Prof. Dr. Ka. – sehr wohl irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage von Wertpapieren für die anderen Marktteilnehmer aus. Durch die wirtschaftlich nicht begründeten Scheingeschäfte wird nämlich ein Umsatz (Volumen) in einem Wertpapier generiert und damit ein irreführendes Signal in den Markt gesendet, durch das die Kursentwicklung beeinflusst werden kann. Dies deshalb, weil die Umsatzentwicklung für Investoren ein Indiz hinsichtlich der künftigen Kursentwicklung eines Finanzinstruments darstellt. Insbesondere in engen Märkten (illiquide Titel) – wie etwa am Dritten Markt der Wiener Börse – gehen von solchen Scheingeschäften insofern irreführende Signale aus, als sich das dadurch erreichte Kursniveau nicht (mehr) als Ergebnis eines unbeeinflussten Marktgeschehens darstellt. Der Börsenkurs kommt nämlich nicht mehr durch das zu schützende freie Spiel von Angebot und Nachfrage zusammen, sondern durch Geschäfte, denen die sonst Börsengeschäften zukommende Relevanz fehlt. Insofern werden die potentiellen Anleger über den gegenständlichen Preisfindungsmechanismus in die Irre geführt.

Mit den verfahrensgegenständlichen, als ‚Scheingeschäfte‘ zu qualifizierenden Transaktionen wurde daher bereits aus diesem Grund der Tatbestand der Marktmanipulation in objektiver Weise erfüllt.

Soweit in dem vorgelegten Rechtsgutachten ausgeführt wird, dass der gegenständliche Immobiliengewinnschein dem Mechanismus eines Kapitalanteilscheines nach dem Immobilien-Investmentfondsgesetz nach gestaltet sei, ist festzuhalten, dass die Ausgestaltung von Anteilscheinen den Bestimmungen des Immobilien-Investmentgesetz entsprechen muss. Diese Anteilscheine unterliegen somit auch der Aufsicht der FMA. Im Gegensatz dazu setzt die kapitalmarktrechtliche Aufsicht über den gegenständlichen Gewinnschein erst bei der Überwachung der börslichen Preisbildung unter Einhaltung der Bestimmungen des Börsegesetzes und der XETRA-Handelsregeln ein.

(...)

b.) Legitime Gründe für das Verhalten der H-Bank AG § 48a Abs 1 Z 2 BörseG sieht vor, dass wenn die Person, die die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, legitime Gründe dafür hatte und wenn diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen, eine Marktmanipulation nicht vorliegt. Der Berufungswerber wendet dazu ein, dass die H-Bank AG „legitime Gründe“ iSd § 48a Abs 1 Z 2 BörseG für die Kompensationsgeschäfte gehabt habe und diese Geschäfte nicht gegen die zulässige Marktpraxis verstoßen hätten. Die verfahrensgegenständlichen Orders hätten der Markttransparenz gedient. Die Immobiliengewinnscheine seien „ausgewählte Schuldverschreibungen“ iSd Marktpraxisverordnung (MpV) der FMA. Da im konkreten Fall stets ein markadäquater Kurs zur Verfügung gestanden sei, sei es ‚nicht notwendig‘ gewesen, auf ‚vergleichbare Schuldverschreibungen‘ (vgl. § 1 Abs 3 MpV) zurückzugreifen. Der Umfang der jeweiligen Orders sei jedenfalls auch geringfügig gewesen, auch wenn die Orders nicht die Bestimmungen des § 1 Abs 2 MpV erfüllt hätten; die Betragsgrenzen in § 1 Abs 2 MpV seien lediglich als ‚demonstrative‘ Aufzählung von ‚Geringfügigkeit‘ anzusehen. Gemäß § 48a Abs 1 Z 5 BörseG sind ‚Zulässige Marktpraxis‘ Gepflogenheiten, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigem Ermessen erwartet und von der FMA durch Verordnung gemäß Abs 3 anerkannt werden.b.) Legitime Gründe für das Verhalten der H-Bank AG Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, BörseG sieht vor, dass wenn die Person, die die Geschäfte abgeschlossen oder die Aufträge erteilt hat, legitime Gründe dafür hatte und wenn diese Geschäfte oder Aufträge nicht gegen die zulässige Marktpraxis auf dem betreffenden geregelten Markt verstoßen, eine Marktmanipulation nicht vorliegt. Der Berufungswerber wendet dazu ein, dass die H-Bank AG „legitime Gründe“ iSd Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, BörseG für die Kompensationsgeschäfte gehabt habe und diese Geschäfte nicht gegen die zulässige Marktpraxis verstoßen hätten. Die verfahrensgegenständlichen Orders hätten der Markttransparenz gedient. Die Immobiliengewinnscheine seien „ausgewählte Schuldverschreibungen“ iSd Marktpraxisverordnung (MpV)

der FMA. Da im konkreten Fall stets ein markadäquater Kurs zur Verfügung gestanden sei, sei es ‚nicht notwendig‘ gewesen, auf ‚vergleichbare Schuldverschreibungen‘ vergleiche Paragraph eins, Absatz 3, MpV) zurückzugreifen. Der Umfang der jeweiligen Orders sei jedenfalls auch geringfügig gewesen, auch wenn die Orders nicht die Bestimmungen des Paragraph eins, Absatz 2, MpV erfüllt hätten; die Betragsgrenzen in Paragraph eins, Absatz 2, MpV seien lediglich als ‚demonstrative‘ Aufzählung von ‚Geringfügigkeit‘ anzusehen. Gemäß Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 5, BörseG sind ‚Zulässige Marktpraxis‘ Gepflogenheiten, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigem Ermessen erwartet und von der FMA durch Verordnung gemäß Absatz 3, anerkannt werden.

Auf Grundlage des § 48a Abs 3 BörseG hat die FMA in Bezug auf Kompensgeschäfte die Verordnung über zulässige Marktpraktiken an österreichischen Finanzmärkten (Marktpraxisverordnung – MpV), BGBl. II 1/2005 erlassen. Auf Grundlage des Paragraph 48 a, Absatz 3, BörseG hat die FMA in Bezug auf Kompensgeschäfte die Verordnung über zulässige Marktpraktiken an österreichischen Finanzmärkten (Marktpraxisverordnung – MpV), Bundesgesetzblatt Teil 2, 1 aus 2005, erlassen.

(...)

Zu prüfen war, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Wertpapiere um ausgewählte Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung handelt. Nach seinen Bedingungen handelt es sich bei dem Immobiliengewinnschein der H-Bank AG um ‚Genussrechte gemäß § 174 AktG‘ und verbriefen eine schuldrechtliche Teilhabe an den Aktiva und Passiva des Rechnungskreises (...). Zu prüfen war, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Wertpapiere um ausgewählte Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung handelt. Nach seinen Bedingungen handelt es sich bei dem Immobiliengewinnschein der H-Bank AG um ‚Genussrechte gemäß Paragraph 174, AktG‘ und verbriefen eine schuldrechtliche Teilhabe an den Aktiva und Passiva des Rechnungskreises (...)

Unter ‚Schuldverschreibungen‘ sind dagegen Wertpapiere zu verstehen, die einen Anspruch auf Rückzahlung eines als Darlehen gewährten Geldbetrages verbriefen (Nagele, in Jabornegg-Strasser, Kommentar zum AktG, Rz 3 ff zu § 174 AktG). Wie die Wertpapierbedingungen zeigen, partizipieren die Genussscheininhaber (ausschließlich) an der Wertentwicklung des Rechnungskreises Serie A. Hingegen gibt es keine für Schuldverschreibungen typische Tilgungspflicht. Die Stellung des Genussscheininhabers ist daher mit jener eines für Schuldverschreibungen typischen Darlehensgebers nicht zu vergleichen. Auch aus der Definition der ‚vergleichbaren Schuldverschreibungen‘ im Sinne der § 1 Abs 3 MpV ergibt sich, dass die Parameter für „ähnliche Schuldverschreibungen“ und somit für Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung insgesamt die ‚klassischen Merkmale‘ einer Schuldverschreibung, nämlich insbesondere Tilgungspflicht, Tilgungszeitpunkt und Verzinsung, sind. Solche ‚klassischen Merkmale‘ weisen die Immobiliengewinnscheine unbestrittener Maßen nicht auf. Schließlich werden in § 174 AktG die Genussrechte neben den Schuldverschreibungen und damit als eine andere Art Wertpapier unter den Gesichtspunkten des AktG (Schutz der Aktionäre) behandelt. Da somit die gegenständliche Gewinnscheine nicht als Schuldverschreibungen zu qualifizieren sind, ist auf sie die Marktpraxisverordnung nicht anwendbar und können schon aus diesem Grund die gegenständlichen inkriminierten Kompensgeschäfte nicht als zulässig im Sinne der Marktpraxisverordnung eingestuft werden. Unter ‚Schuldverschreibungen‘ sind dagegen Wertpapiere zu verstehen, die einen Anspruch auf Rückzahlung eines als Darlehen gewährten Geldbetrages verbriefen (Nagele, in Jabornegg-Strasser, Kommentar zum AktG, Rz 3 ff zu Paragraph 174, AktG). Wie die Wertpapierbedingungen zeigen, partizipieren die Genussscheininhaber (ausschließlich) an der Wertentwicklung des Rechnungskreises Serie A. Hingegen gibt es keine für Schuldverschreibungen typische Tilgungspflicht. Die Stellung des Genussscheininhabers ist daher mit jener eines für Schuldverschreibungen typischen Darlehensgebers nicht zu vergleichen. Auch aus der Definition der ‚vergleichbaren Schuldverschreibungen‘ im Sinne der Paragraph eins, Absatz 3, MpV ergibt sich, dass die Parameter für „ähnliche Schuldverschreibungen“ und somit für Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung insgesamt die ‚klassischen Merkmale‘ einer Schuldverschreibung, nämlich insbesondere Tilgungspflicht, Tilgungszeitpunkt und Verzinsung, sind. Solche ‚klassischen Merkmale‘ weisen die Immobiliengewinnscheine unbestrittener Maßen nicht auf. Schließlich werden in Paragraph 174, AktG die Genussrechte neben den Schuldverschreibungen und damit als eine andere Art Wertpapier unter den Gesichtspunkten des AktG (Schutz der Aktionäre) behandelt. Da somit die gegenständliche Gewinnscheine nicht als

Schuldverschreibungen zu qualifizieren sind, ist auf sie die Marktpraxisverordnung nicht anwendbar und können schon aus diesem Grund die gegenständlichen inkriminierten Kompensgeschäfte nicht als zulässig im Sinne der Marktpraxisverordnung eingestuft werden.

Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich bei den gegenständlichen Gewinnscheinen um Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung handelt, wären die in der Marktpraxisverordnung geforderten Bedingungen für die Zulässigkeit der gegenständlichen Kompensgeschäfte nicht erfüllt. Ein markadäquater Kurs im Sinne des § 1 Abs 3 MpV ist ein Kurs, der innerhalb der Bandbreite aller Quotierungen für eine ausgewählte Schuldverschreibung in den letzten drei Stunden vor Abschluss des Kompensgeschäftes in einem in der Finanzbranche üblicherweise verwendeten Datenverbreitungskanal liegt. Diese Bandbreite muss Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern umfassen. Quotierungen von das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmern sind dabei nicht zu berücksichtigen. Selbst wenn man jedoch davon ausgehen wollte, dass es sich bei den gegenständlichen Gewinnscheinen um Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung handelt, wären die in der Marktpraxisverordnung geforderten Bedingungen für die Zulässigkeit der gegenständlichen Kompensgeschäfte nicht erfüllt. Ein markadäquater Kurs im Sinne des Paragraph eins, Absatz 3, MpV ist ein Kurs, der innerhalb der Bandbreite aller Quotierungen für eine ausgewählte Schuldverschreibung in den letzten drei Stunden vor Abschluss des Kompensgeschäftes in einem in der Finanzbranche üblicherweise verwendeten Datenverbreitungskanal liegt. Diese Bandbreite muss Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern umfassen. Quotierungen von das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmern sind dabei nicht zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass ein in einer bestimmten Breite (mehr als drei verschiedene professionelle Marktteilnehmer) bestehender außerbörslicher Markt existieren muss. Dieser entsteht üblicherweise dann, wenn die Marktteilnehmer das Papier als ausreichend liquide und für die Investoren als ausreichend interessant einschätzen, damit das Papier Gegenstand von regelmäßiger Stellung von An- und Verkaufsgeboten wird. Daneben müssen auch die für die Kursbildung relevanten Parameter für die Marktteilnehmer nachvollziehbar sein, da ansonsten die Marktteilnehmer Gefahr laufen würden, falsche Preise zu stellen. Parameter für die Kursbildung in Schuldverschreibungen sind im Wesentlichen die auf dem Anleihenmarkt geltenden Marktumstände (Zinsniveau), die Verzinsung des Wertpapiers, die Restlaufzeit und die Bonität des Schuldners. Nur wenn sonst kein markadäquater Kurs festgestellt werden kann, können vergleichbare Schuldverschreibungen herangezogen werden. In dem gegenständlichen Fall wurde mit den Kompensationsgeschäften der ‚fair value‘ bzw. der außerbörslich erzielte Marktpreis auf Basis des von der H-Bank AG errechneten ‚aktuellen NAV‘ als Börsenkurs abgebildet. Dieser Kurs war kein markadäquater Kurs im Sinne der Marktpraxisverordnung. Nach den Ausführungen der Beschuldigten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung lagen weder Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern (nicht eingerechnet den das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmer) vor, noch wurden ‚vergleichbare Schuldverschreibungen‘ herangezogen. Es war daher nicht weiter zu prüfen, ob mit den Orders die Grenzen der Geringfügigkeit im Sinne des § 1 Abs 2 MpV eingehalten wurden. Der Beschuldigte kann sich außerdem schon deshalb nicht auf die Marktpraxisverordnung zur Rechtfertigung der verfahrensgegenständlichen Geschäfte berufen, weil es sich bei dem gegenständlichen Immobiliengewinnschein nicht um Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung gehandelt hat und auch die übrigen Bedingungen der Marktpraxisverordnung nicht eingehalten wurden. Daraus ergibt sich, dass ein in einer bestimmten Breite (mehr als drei verschiedene professionelle Marktteilnehmer) bestehender außerbörslicher Markt existieren muss. Dieser entsteht üblicherweise dann, wenn die Marktteilnehmer das Papier als ausreichend liquide und für die Investoren als ausreichend interessant einschätzen, damit das Papier Gegenstand von regelmäßiger Stellung von An- und Verkaufsgeboten wird. Daneben müssen auch die für die Kursbildung relevanten Parameter für die Marktteilnehmer nachvollziehbar sein, da ansonsten die Marktteilnehmer Gefahr laufen würden, falsche Preise zu stellen. Parameter für die Kursbildung in Schuldverschreibungen sind im Wesentlichen die auf dem Anleihenmarkt geltenden Marktumstände (Zinsniveau), die Verzinsung des Wertpapiers, die Restlaufzeit und die Bonität des Schuldners. Nur wenn sonst kein markadäquater Kurs festgestellt werden kann, können vergleichbare Schuldverschreibungen herangezogen werden. In dem gegenständlichen Fall wurde mit den Kompensationsgeschäften der ‚fair

value' bzw. der außerbörslich erzielte Marktpreis auf Basis des von der H-Bank AG errechneten ‚aktuellen NAV' als Börsenkurs abgebildet. Dieser Kurs war kein marktdäquater Kurs im Sinne der Marktpraxisverordnung. Nach den Ausführungen der Beschuldigten im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung lagen weder Quotierungen von mindestens drei verschiedenen professionellen Marktteilnehmern (nicht eingerechnet den das Kompensgeschäft durchführenden Marktteilnehmer) vor, noch wurden ‚vergleichbare Schuldverschreibungen' herangezogen. Es war daher nicht weiter zu prüfen, ob mit den Orders die Grenzen der Geringfügigkeit im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, MpV eingehalten wurden. Der Beschuldigte kann sich außerdem schon deshalb nicht auf die Marktpraxisverordnung zur Rechtfertigung der verfahrensgegenständlichen Geschäfte berufen, weil es sich bei dem gegenständlichen Immobiliengewinnschein nicht um Schuldverschreibungen im Sinne der Marktpraxisverordnung gehandelt hat und auch die übrigen Bedingungen der Marktpraxisverordnung nicht eingehalten wurden.

Soweit etwa von Univ. Prof. Dr. Ka. ausgeführt wird, dass der gegenständliche Immobiliengewinnschein nur deshalb an der Börse notiert habe, weil er nur dadurch auch für institutionelle Anleger interessant sei, ändert dies nichts daran, dass bei einer Notierung an der Wiener Börse die Vorschriften des Börsegesetzes eingehalten werden müssen.

Des Weiteren wurde sowohl in dem Prospekt 2003 als auch in dem Prospekt 2006 des gegenständlichen Immobilien-Gewinnscheines auf die börsespezifischen Risiken, nämlich die Preisbildung nach dem Mechanismen von Angebot und Nachfrage abweichend von der tatsächlichen Wertermittlung, hingewiesen. Hinweise darüber, dass der ausschließliche Zweck der Börsennotierung in der Öffnung für institutionelle Anleger gelegen sei, sind im Prospekt nicht ersichtlich.

(...)

Die verfahrensgegenständlichen Orders erfüllen somit alle objektiven

Tatbestandsmerkmale einer Marktmanipulation gemäß § 48c BörseG iVm § 48 Abs 1 Z

2 Tatbestandsmerkmale einer Marktmanipulation gemäß Paragraph 48 c, BörseG in Verbindung mit Paragraph 48, Absatz eins, Ziffer 2

lit. a BörseG. Litera a, BörseG.

c.) Manipulationsvorsatz

Die H-Bank AG war daran interessiert, das börsliche Kursniveau an den von der H-Bank AG errechneten ‚wahren wirtschaftlichen Wert (fair value)' bzw. den außerbörslichen Marktpreis anzugleichen und somit den Kurs des Immobiliengewinnscheines in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen. Dafür hat die H-Bank AG die beschriebenen ‚Scheingeschäfte' durchgeführt, die zur Preisbildung und somit zur „Korrektur“ des börslichen Kurs geführt haben. Diese ‚Scheingeschäfte' wirken damit per se marktmanipulativ. Das Tatbild besteht konkret darin, dass von Scheingeschäften per se irreführende Signale für das Angebot und die Nachfrage von Wertpapieren für die anderen Marktteilnehmer ausgehen. Es war das Ziel der H-Bank AG den außerbörslichen Preis an der Börse abzubilden. Damit ist ein Manipulationsvorsatz gegeben. Auch wenn die Berechnung mit der notwendigen kaufmännischen Sorgfalt erfolgt sein sollte, lief die Praxis der Preisfestsetzung letztlich doch darauf hinaus, dass die H-Bank AG es durch ihre Berechnungen und den darauf basierenden Kompensationsgeschäften in der Hand hatte, den Börsenpreis der von ihr betreuten Wertpapiere zu bestimmen. Eine derartige Praxis ist mit dem durch das Verbot der Marktmanipulation verfolgten Ziel, das Vertrauen der Anleger in die Integrität der unbeeinflussten Preisbildung am Kapitalmarkt zu schützen, nicht vereinbar. Soweit begründend für dieses Verhalten ausgeführt wird, dass man einen „falschen“ Kurs an der Börse richtig stellen habe wollen, ist festzuhalten, dass häufig der börslich erzielte Kurs eines Papiers den inneren Wert eines Unternehmens nicht widerspiegelt.

Seitens des erkennenden Senates sind auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der, der gegenständlichen Bestrafung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften entstanden. Im Übrigen ist diesbezüglich auf den Ablehnungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 16.6.2009, B 2005/08, hinzuweisen, in welchem auch der genannte Gerichtshof in Ansehung des § 48a Abs 1 Z 2 lit. c Börsegesetz 1989 keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erblicken vermochte. Seitens des erkennenden Senates sind auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der, der gegenständlichen Bestrafung zugrunde liegenden Rechtsvorschriften entstanden. Im Übrigen ist diesbezüglich auf den Ablehnungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 16.6.2009, B 2005/08, hinzuweisen, in welchem auch der genannte

Gerichtshof in Ansehung des Paragraph 48 a, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, Börsegesetz 1989 keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erblicken vermochte.

d.) Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung

Die gegenständlichen Geschäfte sind der H-Bank AG, somit einer juristischen Person zuzurechnen(...).

Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Der Berufungswerber war zur Tatzeit (...) unbestrittener Maßen Mitglied des Vorstandes der H-Bank AG, einer juristischen Person, und als solcher zur Außenvertretung der H-Bank AG berufen.

Nach § 9 Abs 2 VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt, eine Person als verantwortlichen Beauftragten zu bestellen, dem die Verantwortung für die Einhaltung Verwaltungsvorschriften obliegt. Nach Paragraph 9, Absatz 2, VStG sind die zur Vertretung nach außen Berufenen berechtigt, eine Person als verantwortlichen Beauftragten zu bestellen, dem die Verantwortung für die Einhaltung Verwaltungsvorschriften obliegt.

Dies war gegenständlich nicht der Fall und wurde auch nicht behauptet. Somit war der Berufungswerber als zur Vertretung der H-Bank AG nach außen berufenes Mitglied des Vorstandes gemäß § 9 Abs 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich für die der H-Bank AG zurechenbaren deliktischen Verhaltensweisen, mögen sie auch nicht unmittelbar vom Beschuldigten selbst gesetzt worden sein, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Dies war gegenständlich nicht der Fall und wurde auch nicht behauptet. Somit war der Berufungswerber als zur Vertretung der H-Bank AG nach außen berufenes Mitglied des Vorstandes gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verwaltungsstrafrechtlich für die der H-Bank AG zurechenbaren deliktischen Verhaltensweisen, mögen sie auch nicht unmittelbar vom Beschuldigten selbst gesetzt worden sein, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

e.) Zur subjektiven Tatseite

Festzuhalten ist, dass die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung im Sinne des VStG die zur Vertretung nach außen Berufenen, somit sämtliche Mitglieder des Vorstandes, trifft.

(...)

Soweit die H-Bank AG vorbringt dass sie einem ‚nicht vorwerfbaren Rechtsirrtums‘ unterlegen sei und, dass die ‚Kursbildung mit der FMA im Zuge der Prospektbilligung besprochen und nicht beanstandet‘ worden sei, ist festzuhalten, dass nicht behauptet wurde, dass die H-Bank AG bei der FMA eine – allenfalls auch die Schuld des Beschuldigten ausschließende – Rechtsauslegung bzw. Rechtsauskunft bezüglich der verfahrensgegenständlichen Geschäfte unter dem Aspekt einer allfälligen Marktmanipulation nach dem BörseG eingeholt hat. Vielmehr hat die H-Bank AG selbst ausgeführt, dass die FMA im Zuge der Prospektbilligung nicht über Fragen der Preis- oder Kursbildung abzusprechen habe, die H-Bank AG habe auf Grund des Einvernehmens mit der FMA jedenfalls guten Grundes davon auszugehen können, dass die Eingabe der Nostro-Orders im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften erfolgt sei und von der FMA nicht beanstandet werde.

Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 4.9.2008, 2008/17/0034) kann aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde aber nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit geschlossen werden. Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zwar davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden führt, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen wurde oder gesetzt wurde (vgl. zuletzt VwGH vom 28.1.2008, 2004/10/0044), und dass eine (Rechts)Auskunft der zuständigen Behörde gegebenenfalls einen Schuldausschließungsgrund darstelle (vgl. die Nachweise bei Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, § 5

VStG E 246b, 251 und 252). Solange jedoch – wie im konkreten Fall - weder eine einschlägige Auskunft einer zuständigen Stelle noch ein Feststellungsbescheid vorliegt, kann der Rechtsunterworfenen sich nicht auf einen solchen Schuldausschließungsgrund berufen. Da auch sonst keine Gründe, die die Schuld des Beschuldigten ausschließen würden, vorliegen, hat der Beschuldigte die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorsätzlich verwirklicht. Nach der Judikatur des VwGH (VwGH 4.9.2008, 2008/17/0034) kann aus dem bloßen Schweigen der zuständigen Behörde aber nicht auf die Zulässigkeit der Tätigkeit geschlossen werden. Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung zwar davon aus, dass das Interesse der Rechtsunterworfenen, Klarheit über die Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten oder Maßnahmen zu erhalten, zur Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden führt, wenn die Tätigkeit oder Maßnahme noch nicht aufgenommen wurde oder gesetzt wurde vergleiche zuletzt VwGH vom 28.1.2008, 2004/10/0044), und dass eine (Rechts)Auskunft der zuständigen Behörde gegebenenfalls einen Schuldausschließungsgrund darstelle vergleiche die Nachweise bei Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, Paragraph 5, VStG E 246b, 251 und 252). Solange jedoch – wie im konkreten Fall - weder eine einschlägige Auskunft einer zuständigen Stelle noch ein Feststellungsbescheid vorliegt, kann der Rechtsunterworfenen sich nicht auf einen solchen Schuldausschließungsgrund berufen. Da auch sonst keine Gründe, die die Schuld des Beschuldigten ausschließen würden, vorliegen, hat der Beschuldigte die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht vorsätzlich verwirklicht.

f.) Fortgesetztes Delikt

Ein fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn eine Reihe von Einzelhandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss umfasst war und vermöge der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammentraten (vgl. VwGH vom 14.12.2007, 2005/05/0191 und vom 29.1.2009, 2006/09/0202). Ein

fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn eine Reihe von Einzelhandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss umfasst war und vermöge der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform sowie der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammentraten vergleiche VwGH vom 14.12.2007, 2005/05/0191 und vom 29.1.2009, 2006/09/0202).

Der gegenständlichen Verwaltungsübertretung liegt ein einheitlicher Gesamtvorsatz zu Grunde. Die H-Bank AG hat mit den gegenständlichen Ordereingaben das Ziel verfolgt, den Kurs des Immobiliengewinnscheines an der Börse ‚abzubilden‘. Die in der Rechtsprechung für die Annahme eines fortgesetzten Delikts geforderte ‚zeitliche Kontinuität‘ liegt in diesem Fall der Übertretung des Börsengesetzes vor, zumal sich aus der Aktenlage weder die Aufgabe des einheitlichen Vorsatzes noch Gründe, die gegen die Annahme einer einheitlichen Begehungsform sprechen, ergeben haben. Vielmehr haben die Mitarbeiter der H-Bank AG (...) die gegenständlichen Ordereingaben deshalb getätigt, um den errechneten Wert des Immobiliengewinnscheines an der Börse abzubilden. Demnach ist auch ein einheitlicher – vorsätzlicher – Willensentschluss vorgelegen. Wie die Erstbehörde zu Recht festgestellt hat, handelt es sich daher bei den über den gesamten Tatzeitraum vorgeworfenen Einzelhandlungen um ein fortgesetztes Delikt.“

Im vorliegenden Verfahren sind keine Umstände vorgebracht worden oder hervorgekommen, die ein Abgehen von dieser Rechtsmeinung rechtfertigen würden. Die oben wiedergegebenen juristischen Argumente werden vollinhaltlich geteilt und zum Bestandteil dieses Berufungsbescheides erhoben.

Zusätzlich ist auszuführen:

Vom Beschuldigten unbestritten bediente sich die Ra. bei der Erreichung ihres Zieles, für ihre Genussrechte einen bestimmten Marktpreis an der Börse zu fixieren, sogenannter Crossing-Geschäfte.

Zu dieser Geschäftspraxis wird in der Literatur (die nachfolgenden Ausführungen stammen von Altendorfer, in Aicher/Ka./Oppitz, Grundfragen des neuen Börserechts, 214f mwN) unter dem Titel „Kursbeeinflussung durch fiktive Geschäfte“ ausgeführt: „Zu den klassischen, aber keinesfalls nur historischen

Marktmanipulationstechniken ist der Abschluss von „fiktiven“ Geschäften im weiteren Sinn (auch als „Abschluss von Scheingeschäften“ bezeichnet) zu zählen. Dabei lassen sich Geschäfte mit identischem Vertragspartner („Wash Sales“) sowie Geschäfte, bei denen Auf- und Gegenaufträge aufeinander abgestimmt sind („Matched Orders“) unterscheiden. Bei einem „Wash Sale“ geht eine Person mit sich selbst ein Börsengeschäft ein, tritt also zugleich als Käufer und Verkäufer am Markt auf. (...) Entscheidend ist, dass sich alle Transaktionen nur einem einzigen wirtschaftlichen Berechtigten zurechnen lassen. Von praktischer

Bedeutung dürften heutzutage vor allem In-Sich-Geschäfte sein, die von den Marktteilnehmern in elektronischen Handelssystemen getätigt werden („Crossing“ zweier einander entsprechender Eigengeschäftsorder ein- und desselben Marktteilnehmers“) (...) Beide Arten von fiktiven Geschäften sind dadurch charakterisiert, dass ihnen die wirtschaftliche Relevanz, die Wertpapiertransaktionen ansonst zukommt, fehlt. Sie werden allein zum Zweck vorgenommen, erhöhte Umsätze und damit einen aktiven Markt und entsprechende Liquidität vorzutäuschen. Zu einer Kursbeeinflussung kommt es zum einen dadurch, dass Investoren, die die Umsatz- und Preisentwicklung beobachten, auf den, wie sie glauben, „fahrenden Zug“ aufspringen („Volumes goes with the trend“), zum anderen kann in engen Märkten durch abgestimmte Kauf- und Verkauforders ein künstlicher Marktpreis erzielt bzw ein hohes Kursniveau gehalten werden.“

Diese juristische Fachmeinung, die vom UVS geteilt wird, wurde im Jahr 1998 publiziert und dürfte jedenfalls der Börsebranche und somit der Ra. und wohl auch dem Beschuldigten bekannt sein.

Dass Scheingeschäfte an der Börse unzulässig sind, gründet nicht erst auf der Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG vom 28.1.2003), sondern war bereits in der Vorläuferbestimmung des aktuellen Verwaltungsstraftatbestandes, nämlich in § 48 Absatz 1 Ziffer 2 Börsegesetz in der Fassung BGBl I 2001/2 pönalisiert. Nach dieser Bestimmung beging eine Verwaltungsübertretung, wer den Kurs oder die Preisbildung eines zum Handel an der Börse (...) zugelassenen Handelsgegenstandes (...) durch den Abschluss eines Scheingeschäftes (..) zu beeinflussen versucht (vgl dazu Brandl/Hohensinner, Zur Umsetzung der Marktmissbrauchs-RL in das österreichische Recht, ecolex 12/2004, 984, und Kapfer/Puck, Der neue Marktmanipulationstatbestand im österreichischen Börserecht, ÖAB, 2005, 518). Dass Scheingeschäfte an der Börse unzulässig sind, gründet nicht erst auf der Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG vom 28.1.2003), sondern war bereits in der Vorläuferbestimmung des aktuellen Verwaltungsstraftatbestandes, nämlich in Paragraph 48, Absatz 1 Ziffer 2 Börsegesetz in der Fassung BGBl römisch eins 2001/2 pönalisiert. Nach dieser Bestimmung beging eine Verwaltungsübertretung, wer den Kurs oder die Preisbildung eines zum Handel an der Börse (...) zugelassenen Handelsgegenstandes (...) durch den Abschluss eines Scheingeschäftes (..) zu beeinflussen versucht vergleiche dazu Brandl/Hohensinner, Zur Umsetzung der Marktmissbrauchs-RL in das österreichische Recht, ecolex 12 aus 2004,, 984, und Kapfer/Puck, Der neue Marktmanipulationstatbestand im österreichischen Börserecht, ÖAB, 2005, 518).

Verboten werden „Crossings“ auch durch § 18 Absatz 1 der Handelsregeln für das automatisierte Handelssystem XETRA, einer Verordnung der Wiener Börse: „Die Eingabe gegenläufiger Aufträge durch ein Börsemitglied, die dasselbe Wertpapier betreffen und im elektronischen Handelssystem zu einem Geschäftsabschluss zusammengeführt werden könnten (Crossing-Geschäfte) ist unzulässig, sofern das Börsemitglied wissentlich sowohl auf der Kauf- als auch auf der Verkaufsseite für eigene Rechnung oder für Rechnung desselben Kunden handelt. (...)“ Verboten werden „Crossings“ auch durch Paragraph 18, Absatz 1 der Handelsregeln für das automatisierte Handelssystem XETRA, einer Verordnung der Wiener Börse: „Die Eingabe gegenläufiger Aufträge durch ein Börsemitglied, die dasselbe Wertpapier betreffen und im elektronischen Handelssystem zu einem Geschäftsabschluss zusammengeführt werden könnten (Crossing-Geschäfte) ist unzulässig, sofern das Börsemitglied wissentlich sowohl auf der Kauf- als auch auf der Verkaufsseite für eigene Rechnung oder für Rechnung desselben Kunden handelt. (...)“

Dass diese Regel dem Börsemitglied Ra. nicht bekannt gewesen sei, wurde nicht einmal behauptet. Das Argument, wonach diese Bestimmung nur für den fortlaufenden Handel gelten würde, überzeugt nicht, da sich dies weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus ihrer systematischen Stellung in der Verordnung ableiten lässt. Im Übrigen waren Crossing-Geschäfte – wie schon aufgezeigt – auch gesetzlich verboten. Nach dem zur Tatzeit anzuwendenden § 48a Absatz 1 Ziffer 2 lit a Börsegesetz gelten als Indizien für das Vorliegen von Marktmanipulationen unter anderem – der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewinkelte Geschäfte einen bedeutenden Teil des Tagesvolumens der Transaktionen mit dem entsprechenden Finanzinstrument auf dem jeweiligen geregelten Markt ausmachen, vor allem dann, wenn diese Tätigkeiten zu einer erheblichen Veränderung des Kurses dieses Finanzinstruments führen und Dass diese Regel dem Börsemitglied Ra. nicht bekannt gewesen sei, wurde nicht einmal behauptet. Das Argument, wonach diese Bestimmung nur für den fortlaufenden Handel gelten würde, überzeugt nicht, da sich dies weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus ihrer systematischen Stellung in der Verordnung ableiten lässt. Im Übrigen

waren Crossing-Geschäfte – wie schon aufgezeigt – auch gesetzlich verboten. Nach dem zur Tatzeit anzuwendenden Paragraph 48 a, Absatz 1 Ziffer 2 Litera a, Börsegesetz gelten als Indizien für das Vorliegen von Marktmanipulationen unter anderem – der Umfang, in dem erteilte Geschäftsaufträge oder abgewinkelte Geschäfte einen bedeutenden Teil des Tagesvolumens der Transaktionen mit dem entsprechenden Finanzinstrument auf dem jeweiligen geregelten Markt ausmachen, vor allem dann, wenn diese Tätigkeiten zu einer erheblichen Veränderung des Kurses dieses Finanzinstruments führen und – ob abgewinkelte Geschäfte zu keiner Veränderung in der Identität des wirtschaftlichen Eigentümers eines zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstruments führen.

Beide Indizien treffen auf den vorliegenden Sachverhalt zu. Wie in der Berufung ausgeführt, war die Ra. de facto die einzige Person, die ihre Genussrechte an der Börse gehandelt (erworben und verkauft; jeweils mit sich selbst als Vertragspartner) hat. Der Berufungswerber selbst spricht von 100% Tagesvolumen. Dadurch kam es zumindest bei manchen Transaktionen zu erheblichen Kursänderungen. Da es neben der Ra. keine aktiven Marktteilnehmer bezüglich der Genussrechte gab, wirkten sich auch kleine Volumen auf den Kurs aus.

Dass es bei den Transaktionen zu keiner Veränderung der Identität des Eigentümers gekommen ist, ist unbestritten und transparent. Die Ra. hat ausschließlich In-Sich-Geschäfte getätigt.

Im Ergebnis hat die Ra. Geschäfte in Form von gleichlautenden Kauf- und Verkaufsaufträgen zeitgleich in das Handelssystem XETRA eingestellt („Wash sales“), sodass es – in Ermangelung weiterer Börseteilnehmer – automatisch zum Geschäftsabschluss gekommen ist und damit ein neuer Kurs gebildet wurde. Dies war auch das erklärte Ziel der Ra..

Marktmanipulativ werden diese Geschäfte dann, wenn dadurch zB irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die Nachfrage danach oder ihren Kurs gegeben werden oder gegeben werden können (§ 48a Absatz 1 Ziffer 2 lit a sublit aa zweite Variante Börsegesetz). Marktmanipulativ werden diese Geschäfte dann, wenn dadurch zB irreführende Signale für das Angebot von Finanzinstrumenten, die Nachfrage danach oder ihren Kurs gegeben werden oder gegeben werden können (Paragraph 48 a, Absatz 1 Ziffer 2 Litera a, Sub-Litera, a, a, zweite Variante Börsegesetz).

Dass dies auf „Wash sales“ zutreffen kann, hat schon Altendorfer (siehe oben) nachvollziehbar dargestellt, da die von der Ra. getätigten Transaktionen regelmäßigen Handel (Umsatz) und damit Liquidität vorgetäuscht haben. Mögen auch die Beweggründe der Ra. andere gewesen sein, hat sie doch diese „Nebenwirkungen“ in Kauf genommen. Ein durchschnittlicher Marktbeobachter, der von den Beweggründen der Ra. keine Kenntnis hatte (nicht haben konnte), sah im Wesentlichen einen längerfristigen Kursanstieg bei den Genussrechten und eine regelmäßig Handelsaktivität. Da es de facto aber nur In-Sich-Geschäfte der Ra. waren, wurden an den Markt irreführende Signale über Angebot und Nachfrage gegeben. Das Verhalten der Ra. war jedenfalls geeignet, an andere Marktteilnehmer (darunter fallen auch vorerst nur passive Marktbeobachter) irreführende Signale geben zu können. Eine tatsächliche Irreführung ist nicht Tatbestandselement.

Die Rechtfertigung der Ra. bzw des Beschuldigten, wonach nur der tatsächliche Marktwert der Genussrechte an der Börse abgebildet werden sollte, stellt – wie sogleich dargestellt wird – keinen legitimen Grund für irreführende Signale dar:

Sollte nur der „Substanzwert“ der Genussrechte an der Börse widerspiegelt werden (so die Berufung), hätten dafür Transaktionen in geringer Stückanzahl ausgereicht (vgl den oben dargestellten Parallelfall, wo jeweils 5 oder 10 Stück verkauft bzw erworben wurden). Wie sich aber aus der Beilage 1a zum Straferkenntnis, die die Transaktionen der Ra. darstellt, ergibt (deren Richtigkeit wurde vom Beschuldigten in der Verhandlung bestätigt), wurden regelmäßig Orders über 300 Stück, einmal über 7000, einmal über 8500 und einmal sogar über 18470 Stück eingegeben. Damit wurden ein starkes Marktinteresse und hohe Umsätze vorgetäuscht. Schon aus diesem Grund liegt kein „legitimer Grund“ vor, da Marktmanipulation per se nicht legitim ist. Zudem entsprechen Crossing-Geschäfte – wie schon oben dargestellt – keinesfalls einer zulässigen Marktpraxis. Dass solche Geschäfte unter bestimmten Umständen pro futuro zu einer zulässigen Marktpraxis werden könnten (wie von der Wiener Börse angesprochen), hat keine Auswirkung auf die aktuelle Rechtslage und Praxis. De lege lata sind unter zulässiger Marktpraxis gemäß § 48a Absatz 1 Ziffer 5 Börsegesetz Gepflogenheiten zu verstehen, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigen Ermessen erwartet werden und von der FMA durch Verordnung gemäß Abs 3 leg cit anerkannt werden. Sollte

nur der „Substanzwert“ der Genussrechte an der Börse widergespiegelt werden (so die Berufung), hätten dafür Transaktionen in geringer Stückanzahl ausgereicht (vergleiche den oben dargestellten Parallellfall, wo jeweils 5 oder 10 Stück verkauft bzw erworben wurden). Wie sich aber aus der Beilage 1a zum Straferkenntnis, die die Transaktionen der Ra. darstellt, ergibt (deren Richtigkeit wurde vom Beschuldigten in der Verhandlung bestätigt), wurden regelmäßig Orders über 300 Stück, einmal über 7000, einmal über 8500 und einmal sogar über 18470 Stück eingegeben. Damit wurden ein starkes Marktinteresse und hohe Umsätze vorgetäuscht. Schon aus diesem Grund liegt kein „legitimer Grund“ vor, da Marktmanipulation per se nicht legitim ist. Zudem entsprechen Crossing-Geschäfte – wie schon oben dargestellt – keinesfalls einer zulässigen Marktpraxis. Dass solche Geschäfte unter bestimmten Umständen pro futuro zu einer zulässigen Marktpraxis werden könnten (wie von der Wiener Börse angesprochen), hat keine Auswirkung auf die aktuelle Rechtslage und Praxis. De lege lata sind unter zulässiger Marktpraxis gemäß Paragraph 48 a, Absatz 1 Ziffer 5 Börsegesetz Gepflogenheiten zu verstehen, die auf einem oder mehreren Finanzmärkten nach vernünftigen Ermessen erwartet werden und von der FMA durch Verordnung gemäß Absatz 3, leg cit anerkannt werden. Für den österreichischen Markt, nämlich jenem an der Wiener Börse, legt § 18 Handelsregeln (siehe oben) fest, dass Crossing-Geschäfte, wie sie von der Ra. getätigt wurden, unzulässig sind. Schon dadurch ist eine zulässige Marktpraxis ausgeschlossen. Zudem existiert keine Verordnung der FMA, die Crossing-Geschäfte außerhalb von Kompensgeschäften in Schuldverschreibungen (siehe § 1 Marktpraxisverordnung) als zulässige Marktpraxis anerkennt. Das Genussrechte nach § 174 Absatz 3 AktG keine Schuldverschreibungen sind, hat der UVS schon in den oben zitierten Bescheiden ausführlich dargelegt. Im Übrigen wären aber auch die für die Schuldverschreibungen vorgegeben Bedingungen zur Preisbildung nicht eingehalten worden. Für den österreichischen Markt, nämlich jenem an der Wiener Börse, legt Paragraph 18, Handelsregeln (siehe oben) fest, dass Crossing-Geschäfte, wie sie von der Ra. getätigt wurden, unzulässig sind. Schon dadurch ist eine zulässige Marktpraxis ausgeschlossen. Zudem existiert keine Verordnung der FMA, die Crossing-Geschäfte außerhalb von Kompensgeschäften in Schuldverschreibungen (siehe Paragraph eins, Marktpraxisverordnung) als zulässige Marktpraxis anerkennt. Das Genussrechte nach Paragraph 174, Absatz 3 AktG keine Schuldverschreibungen sind, hat der UVS schon in den oben zitierten Bescheiden ausführlich dargelegt. Im Übrigen wären aber auch die für die Schuldverschreibungen vorgegeben Bedingungen zur Preisbildung nicht eingehalten worden.

§ 48a Absatz 3 Börsegesetz regelt unter welchen Bedingungen die FMA eine zulässige Marktpraxis mittels Verordnung festlegen kann. Die FMA hat die relevante Praxis der Ra. (aber auch anderer Kreditinstitute – siehe die oben zitierten Berufungsbescheide) amtswegig erhoben und geprüft und offenbar keine Veranlassung gesehen, diese Praxis als zulässige Marktpraxis anzuerkennen. Das negativ formulierte Tatbestandelement der zulässigen Marktpraxis liegt im konkreten Fall nicht vor. Die in den Rechtsgutachten erörterten gegenteiligen Rechtsansichten werden nicht geteilt. Abschließend darf darauf hingewiesen werden, dass in den Handelsregeln der Wiener Börse Vorsorge für den Fall getroffen wird, dass es bei einem Wertpapier zu keiner Preisbildung kommt (vgl insbesondere § 5 leg cit). Paragraph 48 a, Absatz 3 Börsegesetz regelt unter welchen Bedingungen die FMA eine zulässige Marktpraxis mittels Verordnung festlegen kann. Die FMA hat die relevante Praxis der Ra. (aber auch anderer Kreditinstitute – siehe die oben zitierten Berufungsbescheide) amtswegig erhoben und geprüft und offenbar keine Veranlassung gesehen, diese Praxis als zulässige Marktpraxis anzuerkennen. Das negativ formulierte Tatbestandelement der zulässigen Marktpraxis liegt im konkreten Fall nicht vor. Die in den Rechtsgutachten erörterten gegenteiligen Rechtsansichten werden nicht geteilt. Abschließend darf darauf hingewiesen werden, dass in den Handelsregeln der Wiener Börse Vorsorge für den Fall getroffen wird, dass es bei einem Wertpapier zu keiner Preisbildung kommt (vergleiche insbesondere Paragraph 5, leg cit).

Die objektive Tatseite der Verwaltungsübertretung „Marktmanipulation“ ist daher verwirklicht.

Da es sich bei § 48a Absatz 1 Ziffer 2 lit a sublit aa) und sublit ab) Bösegesetz um alternative Tatbestandselemente handelt, und sublit aa) erfüllt ist, konnte von einer weiteren Prüfung, ob durch die Handlungen auch ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde, Abstand genommen werden. Es darf aber klargestellt werden, dass mit einem „anormalen oder künstlichen Kursniveau“ nicht eine Abweichung vom „Substanzwert“ oder „wahren Wert“ eines Wertpapiers gemeint ist, sondern damit eine Abweichung von jenem Kurs erfasst werden soll, der sich bei unbeeinflusster und rechtmäßiger Marktpraxis

gebildet hätte. Da es sich bei Paragraph 48 a, Absatz 1 Ziffer 2 Litera a, Sub-Litera, a, a,) und sublit ab) Bösegesetz um alternative Tatbestandselemente handelt, und Sub-Litera, a, a,) erfüllt ist, konnte von einer weiteren Prüfung, ob durch die Handlungen auch ein anormales oder künstliches Kursniveau erzielt wurde, Abstand genommen werden. Es darf aber klargestellt werden, dass mit einem „anormalen oder künstlichen Kursniveau“ nicht eine Abweichung vom „Substanzwert“ oder „wahren Wert“ eines Wertpapiers gemeint ist, sondern damit eine Abweichung von jenem Kurs erfasst werden soll, der sich bei unbeeinflusster und rechtmäßiger Marktpraxis gebildet hätte.

Der Beschuldigte wusste von der Praxis der Ra., die er als Vorstand nach außen vertritt. Herr Dr. R. ist ein langjähriger leitender Angestellter in der Bankbranche mit großer Erfahrung im Börsengeschäft. Dass Crossing-Geschäfte grundsätzlich unzulässig sind, muss ihm bekannt gewesen sein. Gegenteiliges wurde nicht behauptet. Die Ansicht, dass gerade die von der Ra. gewählten In-Sich-Geschäfte zulässig sein sollten, ist daher nicht nachvollziehbar. Eine konkrete Anfrage an die zuständige Behörde, die FMA, wurde nicht gestellt. Eine Auskunft der FMA, wonach derartige Geschäfte zulässig wären, gibt es nicht. Daher liegt Verschulden in Form von zumindest bedingtem Vorsatz vor.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 Absatz 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 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 Absatz 2 leg cit sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 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 bis 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.

Durch die gegenständliche Verwaltungsübertretung wurde der Schutzzweck der übertretenen Norm, durch die Wahrung des Ansehens der Börse das Vertrauen sowohl der Öffentlichkeit als auch anderer Marktteilnehmer in der Funktion, Transparenz und Fairness des Kapitalmarktes zu gewährleisten, in erheblichem Maße beeinträchtigt. Der Unrechtsgehalt der zur Last gelegten Handlung kann keinesfalls als geringfügig erachtet werden, weil mit diesem Vorgehen das Wesen der Börse – nämlich das Wechselspiel zwischen Angebot und Nachfrage – außer Kraft gesetzt wurde und daher eine nachhaltige Schädigung des Ansehens der Börse erfolgen konnte. Das Verschulden kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr liegt Verschulden in der Form von bedingtem Vorsatz vor. Die Anwendung des § 21 VStG kam daher nicht in Betracht, da in Ansehung des Unrechts- und Schuldgehaltes der Tat nicht davon die Rede sein kann, dass das tatbildliche Verhalten deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben wäre. Durch die gegenständliche Verwaltungsübertretung wurde der Schutzzweck der übertretenen Norm, durch die Wahrung des Ansehens der Börse das Vertrauen sowohl der Öffentlichkeit als auch anderer Marktteilnehmer in der Funktion, Transparenz und Fairness des Kapitalmarktes zu gewährleisten, in erheblichem Maße beeinträchtigt. Der Unrechtsgehalt der zur Last gelegten Handlung kann keinesfalls als

geringfügig erachtet werden, weil mit diesem Vorgehen das Wesen der Börse – nämlich das Wechselspiel zwischen Angebot und Nachfrage – außer Kraft gesetzt wurde und daher eine nachhaltige Schädigung des Ansehens der Börse erfolgen konnte. Das Verschulden kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr liegt Verschulden in der Form von bedingtem Vorsatz vor. Die Anwendung des Paragraph 21, VStG kam daher nicht in Betracht, da in Ansehung des Unrechts- und Schuldgehaltes der Tat nicht davon die Rede sein kann, dass das tatbildliche Verhalten deutlich hinter dem in der gesetzlichen Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben wäre.

Ein Tatzeitraum von rund 2 ½ Jahren war zu berücksichtigen. Mildernd war die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zu beurteilen. Diesen Milderungsgrund hat bereits die Erstinstanz berücksichtigt. Zu seinen Einkommensverhältnisse hat der Berufungswerber angegeben, ein monatliches Nettoeinkommen von circa 7500,-- zu erhalten. Sorgepflichten bestehen für zwei Kinder. Vermögen ist nicht vorhanden.

Vor dem Hintergrund der erörterten Strafbemessungskriterien erscheint die verhängte 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.

Zu den Kosten:

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

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Was den Vorwurf zu Spruchpunkt 2.) anbetrifft, wonach die Ra. bei ihrer Geschäftstätigkeit die Handelsbedingungen der Börse nicht eingehalten hat, indem sie Crossing-Geschäfte an der Wiener Börse getätigt hat, ist zu berücksichtigen, dass der gesamte Unrechtsgehalt des Spruchpunktes 2.) mit dem Spruchpunkt 1.) abgegolten ist. Da es sich hierbei ansonsten um eine unzulässige Doppelbestrafung handeln würde, war hinsichtlich des Spruchpunktes 2.) das Straferkenntnis zu beheben und das Verfahren einzustellen.

Der Entfall der Kosten hinsichtlich des Spruchpunktes 2.) stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 65 VStG. Der Entfall der Kosten hinsichtlich des Spruchpunktes 2.) stützt sich auf die zwingende Vorschrift des Paragraph 65, VStG.

Zuletzt aktualisiert am

25.08.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at