

TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/16 2009/17/0185

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.05.2011

Index

L00159 Unabhängiger Verwaltungssenat Wien;
21/05 Börse;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

BörseG 1989 §48a Abs1 Z2 litc idF 2004//1/127;
BörseG 1989 §48c idF 2004//1/127;
BörseG 1989 §48c idF 2006//1/048;
GO UVS Wr 2005 §7;
UVSG Wr 1990 §9 Abs3;
VStG §9 Abs1;
VStG §9 Abs2;
VStG §9 Abs4;
ZustG §11 Abs1;
ZustG §7;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, über die Beschwerde des Dipl. Ing. WL in L, vertreten durch Hule/Bachmayr-Heyda/Nordberg Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Franz-Josefs-Kai 47, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 16. Oktober 2008, Zl. UVS- 06/FM/31/10778/2007, betreffend Übertretung gemäß § 48c Abs. 1 BörseG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer war im Juli 2007 Mitglied des Board of Directors der in Jersey registrierten A Limited (im Folgenden: A).

Am 21. November 2007 erging an ihn eine Erledigung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: FMA), deren Spruch wie folgt lautet:

"Sie waren Mitglied des Board of Directors der in Jersey registrierten A Limited,

Sie haben in dieser Funktion als nach außen zur Vertretung der A Berufener gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. 52/1991, zu verantworten, dass diese Gesellschaft im Zeitraum 27.07.2007 bis 23.08.2007 Marktmanipulation betrieben hat, indem die A Informationen verbreitet hat, die irreführende

Signale in Bezug auf die unter der ISIN ... zum amtlichen Handel

an der Wiener Börse zugelassenen Wertpapiere der A gegeben haben bzw. geben konnten.

Dies dadurch, dass die A eine irreführende Nachricht verbreitet hat, nämlich die Nachricht in der Ad-Hoc-Meldung vom 27.07.2007 (verbreitet über euro adhoc; Beilage 1, die einen integrierten Bestandteil des Spruches bildet), dass die A 'ein umfangreiches Aktienrückkaufsprogramm (plant), das in einer am 23. August in Wien stattfindenden a.o. Hauptversammlung beschlossen werden soll. (...) Vorerst plant die Gesellschaft eigene Aktien in einem Ausmaß von bis zu 10% des Grundkapitals zu erwerben.'

Zu diesem Zeitpunkt (27.07.2007) war allerdings der Rückkauf der börsennotierten Wertpapiere der A bereits nahezu abgeschlossen. Das wurde von der A verschwiegen.

Dabei wusste die A, die diese Informationen verbreitet hat, dass sie irreführend waren bzw. hätte dies wissen müssen.

Erst am 23.08.2007 stellte die A in ihrem an diesem Tag veröffentlichten Halbjahresbericht 2007 dar, dass 'zum 30. Juni 2007 die Gesellschaft insgesamt rund 52 Mio. an der Wiener Börse gelistete Zertifikate, welche die eigenen Aktien vertreten, zurückerworben (hat).'

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§§ 48a Abs. 1 Z 2 lit. c, 48c BörseG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie

folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß

20.000 Euro

14 Tage

--

§ 48c BörseG

IVm §§ 16, 19, 44a VStG

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

--

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes

(VStG) zu zahlen:

2.000 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 15 Euro angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 22.000 Euro."

Der Beschwerdeführer erhob gegen diese Erledigung Berufung. Nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und einer mündlichen Verhandlung (vgl. hierzu die tieferstehende Wiedergabe der Begründung des angefochtenen Bescheides) gab die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid der Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG lediglich insoweit Folge, als die verhängte Geldstrafe auf EUR 12.000,- sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf sechs Tage herabgesetzt wurde. Im Übrigen wurde das erstinstanzliche Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die

Wortfolge "im Zeitraum 27.7.2007 bis 23.8.2007" entfallende und durch "am 27.7.2007" zu ersetzen sei. Die übertretene Rechtsvorschrift laute "§ 48a Abs. 1 Z. 2 lit. c Börsegesetz 1989, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 127/2004" und die Strafsanktionsnorm laute "§ 48c Börsegesetz 1989, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 48/2006". Entsprechend der nunmehr verhängten Geldstrafe wurde auch der Beitrag des Beschwerdeführers zu den Kosten des erstinstanzlichen Strafverfahrens auf EUR 1.200,- reduziert. Ein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens wurde dem Beschwerdeführer nicht auferlegt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides heißt es nach Wiedergabe der erstinstanzlichen Erledigung zum weiteren Gang des Verwaltungsverfahrens:

"In seiner fristgerecht eingebrachten Berufung vom 10. Dezember 2007 bringt der Beschwerdeführer (im Folgenden Berufungswerber genannt) im Wesentlichen vor, es bestehe für ihn keine inländische Abgabestelle im Sinne des § 2 Z 5 ZustG und sei ihm der angefochtene Bescheid in deutscher Sprache, ohne Mitwirkung von Zustellorganen des Vereinigten Königreiches - er habe seinen Wohnsitz in London - und ohne vorherigen Zustellversuch im Sinne des ZustG einfach in seinen Hausbriefkasten in London eingeworfen worden. Dieser sei ihm am 4. Dezember 2007 von einer dritten Person, welche Zugang zum Hausbriefkasten habe, ausgehändigt worden. Eine Zustellung sei daher nicht rechtswirksam erfolgt, zumal die verhängte Strafe auch nicht exekutiert werden könne.

Weiters habe die FMA kein rechtliches Gehör gewährt und willkürlich aufgrund von Vermutungen ein Straferkenntnis gefällt. Die verfügte Aufforderung zur Rechtfertigung sei an die H Rechtsanwälte GmbH gerichtet gewesen, obwohl er dieser Kanzlei nie Vollmacht erteilt habe, ihn im gegenständlichen Verfahren zu vertreten, dies der FMA spätestens seit dem Schreiben seines Rechtsvertreters vom 7. November 2007 auch bekannt sein musste und die Aufforderung zur Rechtfertigung auch nicht an ihn persönlich zugestellt worden sei. Es sei ihm auch vor Erlassung des angefochtenen Bescheides keine Ladung übermittelt worden, in welcher die Tat, die ihm zur Last gelegt werde, deutlich bezeichnet worden sei, und ihm auch keine Gelegenheit zur Rechtfertigung bzw. Vorlage oder Beischaffung von Beweismitteln gegeben worden. Er habe auch mangels Vollmachterteilung keine Stellungnahme oder Rechtfertigung in Auftrag gegeben, autorisiert oder unterfertigt.

Die in offenkundiger Kenntnis dieser Umstände vorgenommene Erlassung des angefochtenen Bescheides führe zur Befangenheit der Sachbearbeiter bzw. Approbanten und werde daher die volle Unbefangenheit gemäß § 7 Abs 1 Z 4 AVG in Zweifel gezogen.

Er sei als Immobilienökonom ausgebildet und sei mit 1. Mai 2005 als Angestellter in den Dienst der A getreten und auch Mitglied des sechsköpfigen Board of Directors geworden. Seine Aufgabe habe darin bestanden, für die A in Zentral- und Osteuropa Immobiliengeschäfte anzubahnen, zu verhandeln und überhaupt zu betreuen. In Wien sei er nur fallweise zu Besuch gewesen. Maßnahmen wie die ihm angelasteten, insbesondere ad hoc-Meldungen würden nicht zu seinem Geschäfts- und Aufgabenbereich gehören. Diese würden im Verantwortungsbereich von S, K und R, soweit eine Beurteilung nach dem Recht von Jersey erforderlich gewesen sei, im Bereich der Anwälte I und B, liegen. Mit der Wahrnehmung der kapitalmarktbezogenen Maßnahmen sei auf Grundlage eines schriftlichen Market Making Agreements die M-Bank betraut gewesen. Aufgrund dieser Vereinbarung sei die Verpflichtung zur Einhaltung der kapitalmarktrechtlichen Vorschriften der M-Bank übertragen worden, auf deren Professionalität und korrekte Erfüllung er sich habe verlassen können. Es sei hierbei zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um eine nicht zu überblickende Rechtsmaterie handle und er dies in die Hände von diesbezüglich Erfahrenen habe legen müssen. Die rechtliche Betreuung dieser Fragen sei bei der Kanzlei H gelegen.

Nach der Satzung der A liege die Vertretungsmacht in den Händen der Direktoren; die Delegation von Vertretungsrechten setze nach der Satzung der A einen Delegationsbeschluss an einen Direktorenausschuss voraus, welcher Ausschuss aus zumindest zwei Direktoren zu bestehen habe. Er habe an keinem Beschluss des Board of Directors oder eines Ausschusses desselben der A mitgewirkt, mit welchem ein Zertifikatsrückkaufprogramm oder eine ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 beschlossen oder deren Inhalt festgelegt worden wäre. Ein solcher Beschluss entziehe sich seiner Kenntnis und habe er auch von keinem Zertifikatsrückkaufprogramm gewusst. Von der FMA sei nicht festgestellt worden, dass er von diesem Programm gewusst oder an diesem mitgewirkt habe.

Als anlässlich der Hauptversammlung der A am 23. August 2007 offenbar geworden sei, dass von wem auch immer Zertifikate der A in erheblichem Umfang gekauft worden seien, habe er bereits mit Schreiben vom 2. September 2007 seinen Anstellungsvertrag mit der A gekündigt und seine damit verbundene Funktion zurückgelegt. Mit

15. Oktober 2007 habe er sein Tätigkeiten für die A eingestellt. Er habe somit von den angelasteten Vorgängen keine Ahnung gehabt und wäre somit auch Verschulden auszuschließen.

Zur Last gelegt werde ihm, dass die A eine irreführende Nachricht verbreitet habe, nämlich eine Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007, und sich somit die Tathandlung nur auf den 27. Juli 2007 beziehen könne, nicht jedoch auf den Zeitraum 27. Juli 2007 bis 23. August 2007. Es handle sich somit nicht um ein Unterlassungs-, sondern um ein Begehungsdelikt, das den von der Behörde zu erbringenden Beweis erfordere, dass der Adressat der Strafnormen auch wissen müssen oder wissen habe müssen, dass das positiv gesetzte Signal falsch oder irreführend gewesen sei. Dieser Beweis sei von der FMA nicht erbracht worden. Er sei vom 20. Juli 2007 bis 3. August 2007, insbesondere sohin am 27. Juli 2007 auf Urlaub in Tanzania gewesen und habe daher weder von der Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 gewusst noch diese autorisiert noch habe er davon gewusst, dass am 27. Juli 2007 ein derartiges Zertifikatsrückkaufprogramm bereits umgesetzt worden sei.

Seitens der übrigen Mitglieder des Board of Directors der A sei eingewendet worden, dass die gegenständliche Ad hoc-Meldung keine Signalwirkung für die Inhaber von Zertifikaten gehabt habe, zumal in Bezug auf die Ankäufe der Zertifikate keine Ad hoc-Meldepflicht bestanden habe und schließe er sich diesen Einwendungen an. Eine Irreführungseignung einer Nachricht, die sich auf zukünftige Ereignisse beziehe (Planung eines umfangreichen Aktienrückkaufprogramms), jedoch nahezu abgeschlossene wie den Rückkauf von Zertifikaten nicht erwähne, könne nicht bestehen.

Im Hinblick auf seine Unbescholtenheit und den dargestellten Geschäfts- und Aufgabenbereich wäre eine wesentlich mildere Strafe angemessen gewesen. Abschließend werden mehrere Beweisanträge gestellt und eine mündliche Verhandlung beantragt.

In einem ergänzenden Vorbringen vom 12. Februar 2008 verweist der Berufungswerber erneut auf die Geschäfts- und Aufgabenverteilung der A, dergemäß er für kapitalmarktbezogene Maßnahmen nicht zuständig gewesen sei und beruft sich diesbezüglich auf den Auszug eines Schreibens von MR, ... und Member des Board of Directors der A, vom 10. September 2007 (Bestätigung des Schreibens durch H von der ... mit Schriftsatz vom 24. Jänner 2008 - Beilage ./1).

Gemäß Punkt 3.1. des Placement and Market-Maker Agreement sei die Verpflichtung zur Einhaltung der kapitalmarktrechtlichen Vorschriften einschließlich der Meldepflichten der M-Bank übertragen worden.

Die Satzung der A würde den Board of Directors ermächtigen, dessen Aufgaben und die damit zusammenhängende Verantwortung auf einzelne Mitglieder des Board of Directors, mehreren Mitgliedern desselben oder Dritten, die über die erforderlichen Fähigkeiten zur Bewältigung der übertragenen Aufgaben verfügen müssen, zu übertragen. Die Aufgabenverteilung würde unmittelbar aus der Satzung der A erfließen und wäre er lediglich mit Immobiliengeschäften in Zentral- und Osteuropa betraut gewesen. Die Verantwortung für die Einhaltung kapitalmarkt- bzw. verwaltungsrechtlicher Vorschriften sei von ihm auf andere Mitglieder des Board of Directors übertragen worden bzw. habe er diese nie übernommen. Daher habe er die angelastete Übertretung gemäß § 9 VStG nicht zu verantworten.

Die Satzung der A verpflichte das Board of Directors unter Punkt 4, einen Manager einzusetzen und diesem die Wahrnehmung der kapitalmarktbezogenen Maßnahmen zu übertragen. Mit dem Placement and Market-Maker Agreement sei die M-Bank mit dem Sitz in Wien als Manager installiert worden. Diese sei somit von der A zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs 2 iVm Abs 4 VStG bestellt worden. Die einzelnen Bestellungs Voraussetzungen würden vorliegen und sei daher alleine die M-Bank als gesetzmäßig bestellte verantwortliche Beauftragte zu betrachten.

Voraussetzung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Organen juristischer Personen sei das Verschulden an der Tatbildverwirklichung in der Person jedes Organs. Bei § 48a Abs 1 Z 2 lit c BörseG handle es sich um ein Begehungsdelikt, das den von der Behörde zu erbringenden Beweis erfordere, dass der Adressat der Strafnorm auch

noch wissen oder wissen musste, dass das 'Signal' falsch oder irreführend gewesen sei. Dieser Beweis sei nicht erbracht worden.

Er habe weder an der Auswahl der verantwortlichen Organe aus dem Kreis des Board noch des Managers (Market Maker) mitgewirkt und treffe ihn somit kein Auswahlverschulden hinsichtlich einer Übertragung seiner Verantwortung auf eine untaugliche Person. Er sei davon ausgegangen, dass die übrigen Mitglieder des Board die richtigen Entscheidungen am Kapitalmarkt treffen und die gesetzlichen Vorgaben und Gebote einhalten würden. Eine Aufgabenteilung sei ohne ein dem anderen entgegengebrachtes Vertrauen jedenfalls nicht möglich. Die M-Bank würde auch von der auf Kapitalmarktrecht spezialisierten Kanzlei H GmbH rechtlich beraten werden und treffe ihn daher auch kein Kontrollverschulden. Weiters seien ihm weder die Kenntnis noch die Einhaltung der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung zumutbar, ihm sei nicht bekannt gewesen, dass Zertifikate rückgekauft noch diesbezüglich Nachrichten veröffentlicht worden seien und wären somit weitere Kontrollmaßnahmen nicht geboten, schwer möglich und jedenfalls unzumutbar gewesen.

Ebenso würde der Schuldausschließungsgrund des Rechtsirrtums aufgrund der Unkenntnis von Verwaltungsvorschriften vorliegen. Er habe sich mit allfälligen Rechtsbrüchen nicht einfach abgefunden, sondern kapitalmarktbezogene Aufgaben in die Hand besser geeigneter Mitglieder des Board gelegt und sei die A laufend von der M-Bank und der angeführten Kanzlei unterstützt worden. Es würde somit der Schuldausschließungsgrund des § 5 Abs 2 VStG vorliegen.

Mit ergänzendem Vorbringen vom 20. März 2008 moniert der BW

die Zustellung des Straferkenntnisses vom 21.11.2007, GZ ... der

FMA zur Kenntnisnahme und sei dieses dem Berufungsverfahren nicht zuzurechnen und daher nicht gesetzmäßig. Dies deshalb, da er durch seinen Rechtsvertreter erklärt habe, Zustellungen ausschließlich an ihn persönlich vorzunehmen und dieser daher keine Befugnis im

Verfahren GZ ... gehabt habe, Schriftstücke entgegenzunehmen.

Vorgelegt werde ein Organigramm der A vom Mai 2006, welches die Aufgaben- und Kompetenzaufteilung samt Verantwortung aufzeige und daher nach österreichischem Recht eine beschlossene Geschäftsverteilung darstelle. Beantragt werde die zeugenschaftliche Einvernahme von V.

Mit weiterem Vorbringen vom 31. März 2008 erhob der BW die Ausführungen der Mitbw B und MR vom 28.3.2008 und die damit verbundenen Beweisanträge zu seinem eigenen Vorbringen und ergänzte, dass die Maßnahmen zum Rückkauf von Zertifikaten der A im Zeitraum bis zum 23.8.2008 und die Einschaltung der SO einschließlich der Zurverfügungstellung der dafür erforderlichen Finanzmittel zulasten der A von einer offenkundig informationsmäßig abgeschottet habenden Gruppe innerhalb des Vorstandes der A ohne Kenntnis oder Genehmigung der Vorstandsmitglieder Beschwerdeführer, B und I vorgenommen worden seien. R sei auch Direktor der SO gewesen und habe dem BW sowie B und I jegliche Information über die Maßnahmen vorenthalten und diese teilweise durch Unterlassung der gebotenen Information als auch durch wahrheitswidrige Erklärungen getäuscht. Der Aussage von V in der Vorstandssitzung der A vom 23.3.2007 (Beilage 8 des vorbereitenden Schriftsatzes vom 28.3.2007) sei zu entnehmen, dass (i) die Kapitalerhöhung der A im Jänner 2007 glatt abgelaufen sei, (ii) der Aktienkursanstieg vor der Ausgabe und das Timing die Einnahmen maximiert haben, (iii) der Aktienkurs im Anschluss an die Kapitalerhöhung stabil geblieben sei und (iv) in 'unmittelbarer Zukunft keine weiteren Kapitalmarkttransaktionen geplant seien. Die Aussagen zu i und iv seien unrichtig, zu ii und iii zumindest zur Irreführung geeignet gewesen. Er habe jedoch auf die Richtigkeit der Aussagen vertraut und keinen Grund gesehen, daran zu zweifeln. Tatsächlich sei es jedoch nicht möglich gewesen, die Kapitalerhöhung vom Jänner 2007 vollständig zu platzieren, und sei daher die Behauptung eines 'glatten Ablaufes' unzutreffend. Es seien nicht platzierbare Zertifikate aus Kapitalerhöhungen im Ausmaß von 40 % der Kapitalerhöhung gekauft und ein fortlaufendes umfangreiches 'Rückkaufprogramm' durchgeführt worden, wobei zulasten der A der SO die erforderlichen Geldmittel zur Verfügung gestellt worden seien.

Die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der A würde nach deren Articles of Association dem Gesamtvorstand zustehen und hätte dieser zum Rückkauf von Zertifikaten und der Einschaltung der SO keinen Vorstandsbeschluss gefasst. Dem Vorstand sei ab Juli 2007 erklärt worden, dass bestimmte zukünftige Maßnahmen zur Umsetzung eines Rückkaufprogrammes beabsichtigt seien und sei mit dem E-Mail vom 6.7.2007 ein Entwurf eines

Vorstandsbeschlusses übermittelt worden. In diesem sei von der SO oder dem Umstand, dass der Rückkauf bereits umgesetzt werde, nicht die Rede gewesen, sondern würden weitere im Schriftsatz angeführte erforderliche Schritte näher angeführt: Bei der Vorstandssitzung vom 9.7.2007 habe er allerdings nur bis 9.30 Uhr teilgenommen und sei ihm das Protokoll durch V per E-Mail übermittelt worden. Aus diesem ergebe sich, dass von einem bereits laufenden Rückkaufprogramm keine Rede sei und als Voraussetzung für das Rückkaufprogramm noch weitere Voraussetzungen zu erfüllen seien, unter anderem auf Wunsch von I die Einholung eines Gutachtens eines unabhängigen Anwaltes, aus dem sich ergebe, dass die beabsichtigte Transaktion nicht nach Jersey-Recht rechtswidrig sei. Es habe daher keine Ermächtigung durch die A bestanden, Rückkaufmaßnahmen zu setzen, über die am 9.7.2007 Beschluss gefasst worden sei. Er habe auch keinen Grund gehabt, an der Richtigkeit der Ad hoc-Meldung vom 27.7.2007, an der er nicht mitgewirkt habe, zu zweifeln oder anzunehmen, dass diese irreführend gewesen sei."

Die belangte Behörde führte (am 1. und am 28. April 2008) eine mündliche Verhandlung durch, wobei sie das Berufungsverfahren gegen den Beschwerdeführer mit jenem gegen weitere fünf Vorstandsmitglieder der A verband.

Im angefochtenen Bescheid werden die Angaben des mitbeschuldigten Vorstandsmitgliedes S und des Beschwerdeführers (auszugsweise) wie folgt wiedergegeben:

"Der Erstberufungswerber (S) gab als Partei einvernommen zu Protokoll, er sei darüber informiert gewesen, dass beginnend mit Februar 2007 bis 27. Juli 2007 durch den Market-Maker der A Zertifikate derselben zurückgekauft worden seien. Dies sei über einen längeren Zeitraum geplant gewesen und im Sommer zu einem erheblichen Ausmaß kumuliert. Das Volumen der Aktienrückkäufe sei in erheblichen Maß auch von den Entwicklungen an der Börse im ersten Halbjahr 2007 beeinflusst gewesen, wobei insbesondere die Liquiditätskrise im Immobilienbereich am amerikanischen Markt sowie befürchtete Zinserhöhungen zu berücksichtigen gewesen seien. Vor diesem Hintergrund werde klar, dass das Volumen der Zertifikatsrückkäufe wie vorhin angeführt angestiegen sei. Die gegenständliche Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 sei ihm erst bekannt geworden, als sie schon veröffentlicht gewesen sei. Er habe die Meldung und deren Inhalt vorher nicht gekannt. Bezüglich Ad hoc-Meldungen sei ihm bekannt, dass selbige dann herausgegeben worden seien, wenn es zuvor entsprechende Beschlüsse im Board der A gegeben habe, die Anlass zu einer solchen Meldung gegeben hätten. So habe die A am selben Tag eine weitere Ad hoc-Meldung herausgegeben, die Liegenschaftsankäufe in Rumänien betroffen habe. Dem sei ein Vorstandsentschluss zu Grunde gelegen, in den rumänischen Markt einzusteigen. Das Board der A habe die Ad hoc-Meldungen nicht selbst herausgegeben, sondern generell Frau G, die keine Funktion in der A habe, sondern formell glaublich bei der M-Bank angestellt sei, beauftragt, Ad hoc-Meldungen für die A durchzuführen. Dieser Auftrag beinhalte nicht nur die Durchführung, sondern auch die Formulierung der entsprechenden Meldungen. Zum damaligen Zeitpunkt seien diese Meldungen vor ihrer Veröffentlichung nicht mehr dem Board der A vorgelegt worden, heute sei dies der Fall. Befragt zum Themenkomplex Aktienrückkaufprogramm könne er angeben, dass davon bei der Sitzung des Board der A im Juni 2007 noch nicht die Rede gewesen sei. Bei der Telefonkonferenz des Board am 9. Juli 2007 sei es darum gegangen, die Möglichkeiten eines Aktienrückkaufes zu diskutieren und einen allfälligen Beschluss eines Aktienrückkaufprogramms durch die Hauptversammlung im August vorzubereiten und zu beschließen. Es habe keinen direkten Zusammenhang zwischen dem von ihm eingangs angesprochenen Rückkauf der Zertifikate und dem am 9. Juli 2007 diskutierten Aktienrückkaufprogramm gegeben, da der Rückkauf von Zertifikaten in einem anderen strategischen Zusammenhang gestanden sei. Die Einladung des Board of Directors der A zur Hauptversammlung vom 23. August 2007, wie sie im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 31. Juli 2007 veröffentlicht und heute in der Verhandlung verlesen worden sei, ist ihm heute zum ersten Mal bewusst geworden, er habe sie vorher nicht gekannt. Er habe diese Einladung nicht textiert. In der Hauptversammlung vom 23. August 2007 sei er anwesend gewesen und könne es durchaus sein, dass dort die Einladung verlesen worden sei. Damals sei nicht ganz klar gewesen, welche Voraussetzungen für einen Aktienrückkauf überhaupt gegeben sein müssen. Bis dato sei es noch zu keinem Rückkauf von Aktien durch die A gekommen. Es sei durchaus möglich, auch Aktien ohne Zertifikate zurückzukaufen, da es Aktien der A gegeben habe und noch gebe, die nicht zertifiziert seien. Diese können selbstverständlich auch ohne vorherigen Zertifikatskauf bzw. Rückkauf erworben werden. Nach geltendem Jerseyrecht bedarf es dafür jedoch eines Beschlusses der Hauptversammlung. Bei zertifizierten Aktien wäre seiner Ansicht nach - er könne dies nur aus einer wirtschaftlichen Sicht, jedoch nicht rechtlich beurteilen - ein Rückkauf nicht möglich gewesen, ohne zuvor oder zeitgleich die betreffenden Zertifikate

zurückzuerwerben. Mit nicht durch Zertifikate vertretenen Aktien meine er die Partly Paid-Shares sowie eine einzelne Aktie, die sich im Besitz der M befinden würde. Die Partly Paid-Shares seien nicht kotiert und würden in Österreich auch nicht gehandelt werden.

Die Inhaber von Zertifikaten könnten diese in Namensaktien umwandeln. Es sei zutreffend, dass die A schon seit Februar 2007 Gespräche über eine Beteiligungsnahme von Investoren geführt habe. Es sei dabei um Größenordnungen von 20 bis 30 % an Beteiligungen gegangen. Diesbezügliche Gespräche hätten Ende Januar begonnen und sich bis in den Frühsommer 2007 hingezogen. Potentielle Investoren seien in derselben Branche tätig und daher ebenfalls vom Einbruch bei den Immobilienpapieren im Sommer 2007 betroffen gewesen. Der angesprochene Rückkauf von Zertifikaten seit Februar 2007 sei ausschließlich im Zusammenhang mit dem vorhin angesprochenen geplanten Einstieg von potentiellen Investoren bei der A gestanden. In diesem Zusammenhang sei ein Rückkauf von Zertifikaten schon deshalb nötig, weil die potentiellen Investoren von irgendeiner Seite diese Zertifikate erhalten hätten müssen, um einen Einstieg zu ermöglichen. Eine andere Alternative, etwa über eine weitere Kapitalerhöhung, erschien deshalb nicht erstrebenswert, weil dadurch der zu erwartende Gewinn auf mehr Zertifikate als bisher aufzuteilen gewesen wäre und dies für den einzelnen Zertifikatsinhaber nicht günstig gewesen wäre. Bei dem erörterten möglichen Einstieg von Investoren habe es sich um höchst sensible Informationen gehandelt, zumal einerseits die Namen der möglichen Investoren zu schützen gewesen seien und andererseits auf die Auswirkungen und Informationen über solche Investoren in den Ländern, in denen A investieren wollte, Rücksicht zu nehmen gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund sei deutlich, dass auch der Rückkauf der Zertifikate eine streng vertrauliche Information gewesen sei, zumal bei deren Bekanntwerden sofort die Frage aufgetaucht wäre, welche Gründe dahinter stehen würden. Vornehmliche Aufgabe des Herrn R als compliance Beauftragter sei gewesen, dafür zu sorgen, dass innerhalb der A die Mitarbeiter sorgfältig auf die Einhaltung aller in Betracht kommenden Rechtsvorschriften achten würden, dies vor allem im Hinblick darauf, dass die A in Ländern investiere, wo Bestechungsgelder und ähnliches, insbesondere die Verwertung von Zweitinformationen, nicht selten vorkommen würden. Herr R sei vornehmlich für die korrekte Abwicklung der internen Abwicklung in der A verantwortlich gewesen, zumal er nicht Jurist sei und daher gar nicht die Möglichkeit habe, auf die Einhaltung aller Rechtsvorschriften zu achten. Das audit committee sei als Ausschuss innerhalb des Board konzipiert gewesen und habe die Aufgabe gehabt, Kontakte zu den Wirtschaftsprüfern zu halten, ihnen die nötigen Daten zur Verfügung zu stellen und deren Empfehlungen aufzunehmen und umzusetzen.

Das vorgelegte Organigramm habe er heute in der Verhandlung das erste Mal gesehen. Es sei vom Board nie beschlossen worden und enthalte eine Reihe von Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten. Er vermute, dass es vom Beschwerdeführer erstellt worden sei. Er sei der Meinung, dass die FMA sehr wohl über den Rückkauf von Zertifikaten zwischen Februar 2007 und 27. Juli 2007 informiert gewesen sei. Er selbst habe nie mit der FMA oder Mitarbeitern derselben zu tun gehabt und habe diese auch nicht selbst informiert, gehe aber davon aus, dass dies seitens der Kanzlei H der Fall gewesen sei, wie dies im Schriftsatz dieser Kanzlei im gegenständlichen Verfahren auch vorgebracht worden sei. Im fraglichen Zeitraum vor 27. Juli 2007 habe er keine Kenntnis darüber, ob die FMA über den Zertifikatsrückkauf informiert gewesen sei. Es sei ihm kein Beschluss des Board der A bekannt, mit welchem vom Board die M-Bank als Market-Maker autorisiert werden sollte, den Rückkauf von Zertifikaten in größerem Ausmaß vorzunehmen, möchte aber darauf verweisen, dass er als Mitglied des Board tatsächlich über den Zertifikatsrückkauf informiert gewesen sei. Er sei sich sicher, dass nicht nur er, sondern auch andere Mitglieder des Board über den tatsächlichen Rückkauf von Zertifikaten vor dem 27. Juli 2007 informiert gewesen seien und dass in der Sitzung des Board im Juni 2007 über den bereits getätigten damals laufenden Rückkauf von Zertifikaten gesprochen worden sei. Ob Frau G, die mit Erstattung von Ad hoc-Meldungen seitens des Board der A beauftragt gewesen sei, dabei durch die M überwacht worden sei, wisse er nicht, denke aber schon. Für die Finanzen, einschließlich Kapitalmarktangelegenheiten, sei die M, insbesondere Herr V zuständig gewesen. Er sei für die operative Durchführung der A Beschlüsse zuständig gewesen. Es sei so gewesen, dass die M Vorschläge unterbreitet habe und das A-Board auf Basis dieser Vorschläge die Entscheidungen getroffen habe. Er sei sich sicher, dass im Juni 2007 im Board und nicht im audit committee über den Zertifikatsrückkauf gesprochen worden sei. Er könne nicht genau sagen, ob dieser Umstand auch im Protokoll der Sitzung festgehalten worden sei. Grundsätzlich sollte ein Sitzungsprotokoll alle besprochenen Punkte wiedergeben. Er könne sich an die Sitzung noch relativ genau erinnern. Es sei eine sehr emotionale Sitzung gewesen und es könne leicht sein, dass die beiden englischsprachigen Kollegen nicht alles, worum es damals gegangen sei, so mitbekommen hätten. Er wisse noch, dass bei einem folgenden Meeting in Moskau von ihm und anderen Mitgliedern des Board eine Korrektur des Protokolls über die Junisitzung beantragt worden sei, dies

vor dem Hintergrund, dass das Volumen der damals diskutierten Auslandsveranlagungen im Zusammenhang mit den Zertifikatsrückkäufen nicht konsistent erschien. Er könne sich nicht erinnern, seine damaligen Kollegen im Board, B und MR, von sich aus über die Zertifikatsrückkäufe unterrichtet zu haben. Bezüglich der Kenntnis der anderen Mitglieder des Board über die Rückkäufe von Zertifikaten könne er nur sagen, dass wer bei der Sitzung im Juni 2007 teilgenommen und dort zugehört habe, auch entsprechende Kenntnisse gehabt habe. Ob dies auf alle Mitglieder des Board zutreffe, könne er nicht sagen. Es sei von ihm und anderen ein Abänderungsantrag betreffend das Protokoll vom Junimeeting gestellt worden und seines Wissens auch akzeptiert worden. Dieser Antrag sei daraufhin rausgelaufen, dass im Protokoll des Junimeetings verankert werden sollte, dass bestimmte Projekte nicht befürwortet werden würden, da auf Grund des Zertifikatsrückkaufs dafür nicht die erforderlichen finanziellen Mitteln zur Verfügung stünden.

Auf Vorhalt der Beilage 19 führte der Erstberufungswerber aus, das betreffende Mail seines ehemaligen Kollegen MR habe er nicht gesondert beantwortet, sondern sei dieses Mail später in der A behandelt worden. Was genau zu dem von Herrn MR erhobenen Vorwurf, er habe keine Kenntnis über die Zertifikatsrückkäufe gehabt, gesagt worden sei, könne er nicht mehr angeben. Man könne theoretisch für die Beteiligung potentieller Investoren auch die Partly-Paid-Shares heranziehen, doch hätten diese Papiere eine andere Funktion und hätten sie sich nicht für eine solche Vorgangsweise entschieden. Auf die Frage, ob die Kapitalerhöhung der A im Jänner 2007 zur Gänze mit Erfolg durchgeführt werden habe können, das heißt, ob tatsächlich alle bei der Kapitalerhöhung ausgegebenen zusätzlichen Papiere platziert werden haben können, könne er nur sagen, dass er davon ausgehe, dass dies der Fall gewesen sei. Andere Informationen würden ihm nicht vorliegen. Zum fraglichen Zeitraum habe er über die Zertifikatsrückkäufe keine detaillierten Informationen gehabt, er habe nur gewusst, dass solche stattfinden. Administriert worden seien die Zertifikatsrückkäufe vom Market-Maker, der M-Bank. Er wisse nicht, wie die dafür erforderlichen Geldmittel zur Verfügung gestellt worden seien. Er gehe davon aus, dass die M-Bank die aufgelisteten Zertifikate gekauft habe. Er wisse nicht, ob V in diese Rückkäufe von Zertifikaten involviert gewesen sei. Er wisse auch nicht, ob Herr R bei den einzelnen Käufen von Zertifikaten durch die A beteiligt gewesen sei.

...

Der Sechstberufungswerber (Beschwerdeführer) gab als Partei einvernommen zu Protokoll, dass er chief operating officer der A im gegenständlichen Zeitraum gewesen sei. Als solcher sei er zuständig für das Immobilien Development und die Immobilieninvestitionen der A, in diesem Zusammenhang auch für die Beaufsichtigung der regionalen Managementunternehmen in den einzelnen Staaten, wo A investiert habe. Er sei mit 30. September 2007 aus dem Board ausgeschieden. Er habe Anfang September gesundheitliche Probleme gehabt und sei zu dem Schluss gekommen, dass es für ihn nicht sinnvoll sei, dem Board weiter anzugehören. Es sei richtig, dass er weder von den Zertifikatsrückkäufen seitens der M-Bank als Market-Maker der A im Zeitraum Februar 2007 bis August 2007 noch von den gegenständlichen Ad hoc-Meldungen gewusst habe. Zum Zeitpunkt der Erstattung der Ad hoc-Meldung, ca. zwischen dem 19. Juli und dem 4. August 2007, sei er auf Urlaub gewesen. Von den Zertifikatsrückkäufen habe er erst im Zuge der außerordentlichen Hauptversammlung der A am 23. August 2007 in Wien erfahren. Er sei, als er die Information am 23. August 2007 erhalten habe, einigmaßen erstaunt gewesen und habe eine Woche später das wahre Ausmaß der Ankäufe über die Medien erfahren.

Auf Vorhalt, warum er in der Diskussion in der Hauptversammlung hierzu keine Wortmeldung abgegeben habe, führte der Berufungswerber aus, dass dies nicht Gegenstand seines Aufgabenbereiches im Unternehmen gewesen sei. Sein Aufgabenbereich sei klar definiert gewesen. Für kapitalmarktrechtliche Transaktionen sei er im Board nicht zuständig gewesen und habe sich auch nicht dafür zuständig gefühlt. Er habe aus dem Market-Maker-Agreement mit der M-Bank gewusst, dass diese berechtigt sei, Zertifikate laufend zurückzukaufen, im Zeitraum von 1. Mai bis Ende August 2005 seien ihm alle diesbezüglichen agreements zugekommen.

Ihm sei der Inhalt des Market-Maker-Agreements mit der M-Bank soweit bekannt gewesen, dass er gewusst habe, dass zunächst Zertifikatsrückkäufe bis zu 10 %, später ab Anfang Juni 2005 bis 29,9 % vorgesehen gewesen seien. Er sei jedoch davon ausgegangen, dass bei solchen Rückkäufen die österreichischen Rechtsvorschriften stets eingehalten werden müssen. Das Organigramm, das zum letzten Verhandlungstermin vorgelegt und erörtert worden sei, sei von Herrn V im Zuge der Vorbereitung einer Sitzung der M mit Anwesenheit von Mitgliedern des Boards der A erstellt worden. Die Sitzung sei am 25. März 2006 gewesen. Seitens der A seien Herrn K, Herr S und seine Person anwesend gewesen, für die M außerdem noch die Herren W, V und C. Das Organigramm diene als Abbildung der Beschlüsse in

der A und der M im ersten Halbjahr 2006 betreffend die Organisation der beiden Unternehmen. Es stelle lines of commands dar, es handle sich dabei um Weisungs- und Berichtsstrukturen und sei ersichtlich, dass an oberster Stelle das Board der A, darunter das Board der M und innerhalb dieser die Bereiche Akquisition, operativer Betrieb und Finanzen stehe. Die einfachen ganzen Linien im Organigramm würden die fachliche und disziplinäre Untergliederung, die punktierten lediglich fachliche Zusammenarbeit zwischen Organisationseinheiten darstellen. Das audit committee der A habe aus den Personen S als Vorsitzenden, K und R bestanden. Seine Aufgaben seien zweierlei gewesen:

Zum Einen der ständige Kontakt zu den Wirtschaftsprüfern und zum Anderen der Bericht über interne audits im Bereich der M. Bei den Meetings des A-Boards sei regelmäßig ein Bericht des audit committee erstattet und in den Protokollen festgehalten worden. Was die Liquidität der A betreffe, sei diese in die Zuständigkeit des Bereichs Finanzen gefallen, mit der innerhalb der M Herr V betraut gewesen sei. Dieser habe darüber dem audit committee berichtet, selbiges wiederum dem Board der A. Hätte es bei der Liquidität der A Unregelmäßigkeiten gegeben, wäre dies im Bericht des audit committee vermerkt worden. In den Berichten des audit committee sei nichts erwähnt worden, was für ihn Anlass geboten hätte, auf eine Verringerung der Liquidität durch massive Zertifikatsrückkäufe zu schließen. Von den Jersey Mitgliedern seien wiederholt Fragen zur Liquidität gestellt worden, auch darauf habe es seitens des audit committee keine Antworten gegeben, die auf eine verringerte Liquidität hätten schließen lassen. Es habe auch keine Informationen seitens Herrn V gegeben, der einmal monatlich Rücksprache mit den Jersey Mitgliedern gehalten habe.

Die Aufgabe des compliance officers sei nach seinem Verständnis die, dass die A die gesetzlichen Anforderungen in allen Bereichen erfülle. Auf Vorhalt der Aussage des Mitbeschuldigten S vom letzten Verhandlungstermin könne er nur sagen, dass er die Aufgaben des compliance officers nicht so eng sehe und man selbige nur so eng sehen könne, wenn man nicht das Wort 'insbesondere' der Aussage von S voranstelle. In diesem Zusammenhang möchte er eine e-mail vom 2. August 2007 vorlegen, dieses zeige eine sehr weitere Auslegung der compliance-Verantwortlichkeit vom Mitbeschuldigten R selbst und habe er dies auch so verstanden. Was die Erstattung von Ad hoc-Meldungen betreffe, würde dies in die Zuständigkeit des Bereiches Finanz innerhalb der M fallen und dort wiederum in die Zuständigkeit des Bereiches marketing und investor relations, der von Frau G betreut werde. Diese habe die Ad hoc-Meldungen vorbereitet und sie Herrn V zur Genehmigung vorgelegt. Danach seien die Meldungen in der Regel noch dem Board der A vor Veröffentlichung zugesandt worden, zumindest habe er solche Ad hoc-Meldungen regelmäßig vor Veröffentlichung zugesandt bekommen. Die gegenständliche Ad hoc-Meldung sei jedoch nicht vor der Veröffentlichung versandt worden. Dies habe er festgestellt, als er nach seiner Rückkehr vom Urlaub seine e-mails gelesen habe. Er habe damals die gegenständliche Ad hoc-Meldung für richtig gehalten, zumal darin von einem Aktienrückkauf die Rede gewesen sei. Seine Aussagen über den Ablauf der Erstattung von Ad hoc-Meldungen würden darauf basieren, dass der Ablauf auf Grund der Organisationsstrukturen so sein sollte und ihm nicht bekannt gewesen sei, dass es anders gelaufen wäre. Unmittelbare eigene Wahrnehmungen habe er nicht. Er habe gar keine unmittelbaren Wahrnehmungen haben können, weil sein Arbeitsplatz in Prag und Jersey gewesen sei. Seines Wissens sei Frau G eine Mitarbeiterin der M-Bank gewesen."

Zur Frage der Zustellung der angefochtenen erstinstanzlichen Erledigung vom 21. November 2007 traf die belangte Behörde folgende Feststellungen:

"Mit Schreiben vom 7. November 2007 teilte der Berufungswerber der FMA mit, dass er zur Folge einer schriftlich erteilten Vollmacht vom 2. September 2007 von der Beschwerdevertreterin vertreten werde und gab im Weiteren auch seine Zustelladresse in London bekannt. Weiters wies er darauf hin, dass er nicht von der Kanzlei H vertreten werde und gab bekannt, dass allfällige verwaltungsstrafrechtliche Verfügungen ausschließlich direkt an ihn persönlich unter der von ihm angeführten Anschrift zuzustellen seien. Der einschreitende Rechtsvertreter sei nicht beauftragt, diesbezügliche Schriftstücke entgegen zu nehmen.

In weiterer Folge erging das angefochtene Straferkenntnis vom 20. November 2007 an die vom Berufungswerber bekanntgegebene Zustelladresse.

Mit Schriftsatz vom 27. März 2008 teilte die FMA dem erkennenden Senat mit, dass das Straferkenntnis dem Berufungswerber ein weiteres Mal - diesmal zu Händen seines anwaltlichen Vertreters (es handelt sich um die Beschwerdevertreterin), der gegenüber der Berufsbehörde auf deren Anfrage hin erklärt hatte, über eine Zustellvollmacht zu verfügen - zugestellt worden sei und übermittelte eine Kopie des diesbezüglichen Rückscheines."

In der Sache traf die belangte Behörde weiters folgende Feststellungen:

"Der Berufungswerber war zur Tatzeit Mitglied des Board der A. Er war als chief operating officer der A für das Immobilien Development und die Immobilieninvestitionen der A, in diesem Zusammenhang auch für die Beaufsichtigung der regionalen Managementunternehmen in den einzelnen Staaten, wo A investierte, zuständig. Mit 30. September 2007 schied er aus dem Board aus.

Beginnend mit 9. Februar 2007 wurden im Auftrag der A, einer in Jersey registrierten Gesellschaft, Rückkäufe von Zertifikaten (sogenannten ADCs - Austrian Depository Certificates) der A getätigt, wobei diese vertretend für die bei der österreichischen Kontrollbank (OeKB) hinterlegten Aktien an der Wiener Börse notierten. Diese Rückkäufe erfolgten über mehrere Schritte bis zum 1. August 2007 und wurden insgesamt 88,815.000 Stück Zertifikate erworben. Die Rückkäufe selbst führte die M-Bank im Auftrag und als Market-Maker der A durch. Die Rückkäufe wurden nicht publik gemacht.

Am 27. Juli 2007 wurde im Auftrag und im Namen der A eine Ad hoc-Meldung über 'euro adhoc' im Internet veröffentlicht, die folgende Aussage enthielt:

'Vor dem Hintergrund der bis 2010 zu erwartenden jährlichen Wertsteigerung von rund 15% sieht das Management der A den Titel mit einem aktuellen Kurs von rund Eur 20 sehr günstig bewertet und plant daher ein umfangreiches Aktienrückkaufprogramm, das in einer am 23. August in Wien stattfindenden a. o. Hauptversammlung beschlossen werden soll. 'Wir möchten selbst von den zu erwartenden Wertsteigerungen profitieren', so X' (Sprecher der A). 'Vorerst plant die Gesellschaft eigene Aktien im Ausmaß von bis zu 10% des Grundkapitals zu erwerben. Damit, so X, setze die A ein deutliches Signal an ihre Investoren in Hinblick auf das enorme Wachstumspotential der Gesellschaft.'

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Ad hoc-Meldung hatte die A durch die oben angesprochenen Rückkäufe seitens der M-Bank in deren Eigenschaft als 'Market Maker' der A jedoch bereits mindestens 52 Millionen an der Wiener Börse gelistete, Aktien der A vertretende Zertifikate zurückerworben.

Im Amtsblatt der Wiener Zeitung wurde am 31. Juli 2007 seitens des Board of directors der A angekündigt, dass am 23. August 2007 ... eine außerordentliche Hauptversammlung der A ... stattfinde, in welcher die Ermächtigung des Boards of directors zum 'Erwerb von eigene Aktien verbriefenden Zertifikaten' unter Einhaltung anwendbarer Jersey-Rechtsvorschriften durch die Gesellschaft direkt oder über einen Dritten beschlossen werden sollte.

Mit 23. August 2007 wurde seitens der A der Halbjahresbericht 2007 veröffentlicht, in welchem mitgeteilt wurde, dass zum 30. Juni 2007 die Gesellschaft insgesamt rund 52 Millionen an der Wiener Börse gelistete Zertifikate, welche die eigenen Aktien vertreten, zurückerworben habe.

Mit selbem Tag wurde durch die außerordentliche Hauptversammlung beschlossen, das Board of directors von A zu ermächtigen, selbst oder über einen Dritten unter Einhaltung anwendbarer Jersey-Rechtsvorschriften im Geschäftsjahr 2007 Aktien bzw. Aktien der Gesellschaft vertretende Zertifikate im Ausmaß von höchstens 20 % der jeweils ausgegebenen Aktien der Gesellschaft zu erwerben.

Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 waren bereits mindestens 52 Millionen Zertifikate durch die A zurückgekauft worden und war dieser Umstand der Öffentlichkeit nicht bekannt. Auch dem Berufungswerber war zur Tatzeit der bereits getätigte Rückkauf von Zertifikaten durch die M-Bank im Auftrag und als Marketmaker der A nicht bekannt.

Der gegenständlichen Ad hoc-Meldung lag ein Auftrag des Board der A zu Grunde. Ausgeführt wurde die Ad hoc-Meldung von Frau G, einer Mitarbeiterin der M-Bank, im Auftrag des Board der A. Der Auftrag des Board beinhaltete nicht nur die bloße Durchführung, sondern auch die Formulierung der Ad hoc-Meldung. Weder der Berufungswerber noch ein anderes Mitglied des Board der A hat sich die Ad hoc-Meldung vor ihrer Veröffentlichung zur Kontrolle vorlegen lassen. Der Berufungswerber hatte daher zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ad hoc-Meldung von ihrem genauen Inhalt keine Kenntnis. Nunmehr hat der Vorstand der A aus den gegenständlichen Ereignissen Konsequenzen gezogen und lässt sich Ad hoc-Meldungen vor Veröffentlichung vorlegen. Diese Feststellungen gründen sich auf die diesbezüglich klaren Aussagen des Mitbeschuldigten S in der mündlichen Verhandlung, denen der Berufungswerber nicht entgegen getreten ist. Da der erkennende Senat an der Richtigkeit der diesbezüglichen Angaben des Mitbeschuldigten S keinen Zweifel hegt, konnte die zeugenschaftliche Befragung von Frau G zu den Modalitäten der Erstattung der gegenständlichen Ad hoc-Meldung entfallen.

Die in Rede stehende Ad hoc-Meldung sendete entgegen der vom Berufungswerber vertretenen Auffassung sehr wohl irreführende Signale in Bezug auf das Finanzinstrument der Aktien der A vertretenden und an der Wiener Börse gehandelten A-Zertifikate.

Dies aus folgenden Gründen:

Durch die Ad hoc-Meldung vom 27.7.2007 wurde bei den Anlegern der Eindruck erweckt, ein Rückkaufprogramm durch die A solle erst am 23.8.2007 im Zuge einer außerordentlichen Hauptversammlung beschlossen werden. Diese Botschaft impliziert, dass ein solches Rückkaufprogramm noch gar nicht begonnen, geschweige denn bereits abgeschlossen worden sein kann oder bereits kurz vor Abschluss stehen könnte. Genau letzteres war jedoch der Fall, zumal zum Zeitpunkt der Schaltung der Ad hoc-Meldung bereits Rückkäufe im Umfang von zumindest 52 Millionen Zertifikaten getätigt worden waren und bis zum 1.8.2007 insgesamt 88,815 Stück Zertifikate von A zurückgekauft wurden. Die Ad hoc-Meldung vom 27.7.2007 erwies sich vor diesem Hintergrund als irreführend.

In diesem Zusammenhang ist noch zu betonen, dass Zeitpunkt und Umfang eines Rückkaufs von an der Börse gehandelten Wertpapieren durch den Emittenten für die Anleger sehr wohl von erheblichem Interesse sind, zumal ein Rückkauf in großem Stil das für andere operative Aktionen zur Verfügung stehende Kapital des börsennotierten Unternehmens mindert und daher - abgesehen von möglichen Auswirkungen auf den Kurs - auch Auswirkungen auf die Entwicklung des operativen Geschäfts zu erwarten sind.

Soweit der Berufungswerber dem entgegeng gehalten hat, dass in der Ad hoc-Meldung von einem 'Aktienrückkaufprogramm' die Rede sei und nicht von einem 'Zertifikatsrückkaufprogramm' und dass zur Tatzeit zwar Aktien vertretende Zertifikate in großem Umfang, nicht jedoch die Aktien selbst von der A zurückgekauft worden wären, ist dazu festzustellen, dass betreffend die A an der Wiener Börse stets nur Zertifikate gehandelt werden konnten, welche die bei der Österreichischen Kontrollbank (OeKB) hinterlegten Aktien vertreten haben, und die Aktien selbst an der Börse gar nicht gehandelt werden konnten. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass die gegenständliche, den Beschluss über ein Aktienrückkaufprogramm der A ankündigende Ad-hoc-Meldung von den Anlegern gar nicht anders aufgefasst werden konnte als dass A einen börslichen Rückkauf von Zertifikaten und allenfalls in einem zweiten Schritt den Umtausch selbiger in die bei der Kontrollbank hinterlegten Aktien plane. Dazu kommt noch, dass der Rückkauf in der gegenständlichen Ad hoc-Meldung mit dem günstig zu bewertenden aktuellen Kurs der Titel begründet wurde und ein 'Kurs' nur für die an der Börse gehandelten Zertifikate vorlag.

Erhärtet wird dieses Begriffsverständnis noch durch die erstinstanzlichen Ermittlungsergebnisse, wonach bei der A selbst mehrfach von 'Aktien, die an der Wiener Börse gehandelt werden' die Rede war. Dies, obwohl bekannt war und von den Mitbeschuldigten S und K auch eingeräumt wurde, dass nur von der Kontrollbank ausgegebene Zertifikate an der Wiener Börse handelbar sind, somit die Bezeichnung 'Aktie' von der Gesellschaft selbst im Sinne von 'Zertifikat' verwendet wurde und sich Aussagen von deren Vertretern, sohin auch dem Berufungswerber, zweifelsfrei auf die gehandelten Zertifikate bezogen haben. So ließ sich etwa auf der Homepage der Gesellschaft (www.....com) sowohl der Begriff Aktie als auch Zertifikat finden und wurde trotz des Hinweises, dass an der Wiener Börse Zertifikate notieren, die die Aktien der A vertreten, in der Überschrift die Formulierung 'Aktien/Zertifikate' verwendet. Ebenso wird im Weiteren der Nennwert je Aktie/Zertifikat angeführt. Weiters wurde seitens der A in den letzten beiden Zeilen der angeführten Homepage auf die Finanzinformationssysteme Reuters und Bloomberg verwiesen und ergeben Abfragen bei diesen beiden, hauptsächlich von professionellen Marktteilnehmern genutzten Informationssystemen einen Ausweis der in Verhandlung stehenden Wertpapiere bei Reuters als 'equities' und 'ordinary shares', also Stammaktien. Ebenso wird bei Bloomberg das A Zertifikat als Stammaktie (common stock) geführt. Weiters wurde in mehreren Presseaussendungen der A, beginnend mit 15. Juni 2005 bis zumindest 22. Jänner 2007, ausdrücklich von 'Aktien, die an der Wiener Börse gehandelt werden' gesprochen.

Ebenso ist einer Ad hoc-Meldung der A vom 31. Juli 2007 nachstehende Passage zu entnehmen:

'Die Kurskorrektur der A Aktie liegt im Einklang mit allen anderen großen an der Wiener Börse notierenden Immobiliengesellschaften. Sämtliche Unternehmen notieren derzeit annähernd 30 % unter ihren Höchstständen.'

Im Hinblick auf die synonyme Verwendung der Begriffe Aktie und Zertifikate durch die A selbst konnte ein verständiger Beobachter nur zu dem Ergebnis kommen, dass mit der Ankündigung eines Aktienrückkaufprogramms durch die A in der inkriminierten Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 nur der Rückkauf von an der Börse handelbaren Zertifikaten gemeint seien konnte, zumal die zugrundeliegenden Aktien bei der Kontrollbank verwahrt waren und somit - wie

bereits dargelegt - auch nicht gehandelt werden konnten.

Unterstrichen wird dieser Umstand auch dadurch, dass letztlich im Amtsblatt der Wiener Zeitung durch das Board der A die Ankündigung einer Beschlussfassung über den Zertifikatsrückkauf für den 23. August 2007, welche schon in der Ad hoc-Meldung - allerdings als Aktienrückkaufprogramm - angekündigt worden war, erfolgte und somit entgegen dem Berufungsvorbringen für einen verständigen Marktteilnehmer nur ein Rückkauf der an der Wiener Börse gehandelten Zertifikate gemeint sein konnte.

Auch der Hinweis, dass in den von der FMA gebilligten Prospekten mehrfach und ausdrücklich auf an der Wiener Börse gelistete Zertifikate hingewiesen wird, ändert vor diesem Hintergrund nichts an dem Umstand, dass Anleger die verfahrensgegenständliche Ad hoc-Meldung mit der Ankündigung eines 'Aktienrückkaufprogramms' in Folge des beschriebenen Verhaltens der A nur als 'Zertifikatsrückkaufsprogramm' verstehen konnten.

Im Bereich der A als derjenigen (juristischen) Person, die durch die in Rede stehende Ad hoc-Meldung irreführende Nachrichten verbreitet hat, hätten die Entscheidungsträger auch wissen müssen, dass die Nachrichten irreführend waren. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der A der von der M-Bank in deren Eigenschaft als Market-Maker im Auftrag der A durchgeführte Zertifikatsrückkauf zur Tatzeit in vollem Umfang bekannt war bzw. hätte bekannt sein müssen.

Gleichzeitig hätte den Entscheidungsträgern der A bekannt sein müssen, dass vom Anlegerpublikum die Ad hoc-Meldung vom 27.7.2007 nur dahingehend verstanden werden konnte, dass ein Rückkauf-Programm erst am 23.8.2007 im Rahmen einer außerordentlichen Hauptversammlung beschlossen werden sollte, ein solches somit noch gar nicht begonnen haben konnte, geschweige denn bereits nahezu abgeschlossen sein konnte. Dass - wie oben ausführlich dargelegt wurde - den Anlegern die semantische Unterscheidung zwischen 'Aktienrückkaufprogramm' und 'Zertifikatsrückkaufprogramm' nicht zugesonnen werden konnte und in Wahrheit die Begriffe 'Aktienrückkaufprogramm' und 'Zertifikatsrückkaufprogramm' selbst vom Board der A synonym verwendet wurden, ist oben bereits ausführlich dargelegt worden und wird durch nichts so sehr untermauert wie durch den Umstand, dass selbst in dem vom Board der A geschalteten Inserat in der Wiener Zeitung vom 31.7.2007 von der bevorstehenden Ermächtigung des Board 'zum Erwerb von eigene Aktien verbriefenden Zertifikaten' die Rede ist.

Seitens des Berufungswerbers unbestritten blieb das Ausmaß und der chronologische Ablauf der festgestellten Zertifikatsrückkäufe, die Veröffentlichung einer Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 mit dem angeführten Inhalt, die Veröffentlichung der Ankündigung einer außerordentlichen Hauptversammlung im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 31. Juli 2007, die Veröffentlichung des Halbjahresberichtes 2007 mit dem in der Sachverhaltsfeststellung dargelegten Inhalt als auch der Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung der A vom selben Tag."

In rechtlicher Hinsicht beurteilte die belangte Behörde den Sachverhalt wie folgt:

"Zum objektiven Tatbestand:

In Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt gab die inkriminierte Ad hoc-Meldung vom 27. Juli 2007 mit der Ankündigung eines Aktienrückkaufprogramms ein irreführendes Signal im Sinne des § 48a Abs. 1 Z 2 lit. c Börsegesetz im Bezug auf die an der Wiener Börse gehandelten Zertifikate. Dies dadurch, dass für den 23. August die Beschlussfassung über einen Rückkauf in Aussicht gestellt wurde, dieser jedoch zum Zeitpunkt 27. Juli bereits annähernd abgeschlossen war (bzw. durch zwei weitere Transaktionen am 31. Juli und 1. August auch tatsächlich zum Abschluss gebracht wurde).

Die Verbreitung einer solchen Fehlinformation, wie im vorliegenden Fall über Internet, kann - wie oben bereits ausführlich dargelegt wurde - ein irreführendes Signal an Investoren bzw. am Handel mit gegenständlichen Zertifikaten interessierte Personen geben und stellt nach der gesetzlichen Anordnung des § 48a Abs. 1 Z. 2 lit. c Börsegesetz eine unzulässige Marktmanipulation dar.

Zumal der Tatbestand der Marktmanipulation durch die Veröffentlichung der gegenständlichen Ad hoc-Meldung vom 27.7.2007 verwirklicht und das dem Berufungswerber angelastete Delikt zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet war, wurde seitens der Berufungsbehörde der erstinstanzlich angelastete Tatzeitraum '27.7.2007 bis 23.8.2007' durch die Tatzeit '27.7.2007' ersetzt.

Mag es grundsätzlich auch zutreffen, dass sich aus den einschlägigen Kapitalmarktprospekten von Oktober 2006 oder

Jänner 2007 ergibt, dass an der Wiener Börse nicht die Aktien selbst, sondern nur selbige vertretende Zertifikate gehandelt werden, so ändert dies auf Grund der bereits beschriebenen Umstände der häufig synonymen Verwendung der Begriffe Aktie und Zertifikat durch das Board der A selbst nichts an dem Umstand, dass ein verständiger Anleger nur davon ausgehen konnte, dass es sich bei dem angekündigtem Aktienrückkaufprogramm um den Rückkauf von Zertifikaten handelte.

Letztlich ergibt sich auch aus der Meldung im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 31. Juli 2007 zweifelsfrei, dass in der außerordentlichen Hauptversammlung eine Beschlussfassung über den Erwerb von eigene Aktien verbriefenden Zertifikaten gemeint war, zumal man dem Board of directors wohl unterstellen darf, den sich aus dem Prospekt ergebenden Unterschied zwischen Aktie und Zertifikat, dessen Kenntnis vom Anleger nach den Ausführungen in der Berufung verlangt werden kann, auch selbst zu kennen und daran anknüpfend Rechtshandlungen zu setzen. Wenn nun der Vorstand selbst die Ankündigung des Aktienrückkaufprogramms in der Meldung im Amtsblatt als Erwerb von Zertifikaten deutet, so liegt es auf der Hand, dass der durchschnittliche verständige Anleger bei der Ad hoc-Meldung davon ausgehen konnte und musste, dass es sich hierbei um eine Beschlussfassung über den Zertifikatsrückkauf handelt. Dass dieser jedoch zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt (27. Juli 2007) größtenteils abgeschlossen war, stellt den Kern der Irreführung im Bezug auf die gehandelten Zertifikate dar.

Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die M-Bank im Rahmen des Placement and Market-Maker Agreements dazu ermächtigt war, Zertifikate auf Rechnung der A in ihrer Funktion als Market-Maker zurückzukaufen, zumal in Hinblick auf den Zeitpunkt (Beschlussfassung durch die außerordentliche Hauptversammlung) sowie im Ausmaß des geplanten Erwerbes ein bestimmtes, wenn auch irreführendes Signal gesetzt wurde, welches geeignet ist, Transaktionsentscheidungen von Anlegern zu beeinflussen.

Inwieweit auf Grund der prospektöffentlichen Dauerermächtigung zum Ankauf von Zertifikaten nun auch eine gesellschaftsrechtliche Notwendigkeit der B

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at