

TE Bwvg Erkenntnis 2020/5/8 W148 2217970-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.05.2020

Entscheidungsdatum

08.05.2020

Norm

BörseG 2018 §155 Abs1 Z2

BörseG 2018 §156 Abs1 Z1

BörseG 2018 §156 Abs3 Z2

BörseG 2018 §158 Abs1

BörseG 2018 §48d Abs1 Z2

BörseG 2018 §48e Abs1

BörseG 2018 §48e Abs2

BörseG 2018 §48e Abs3 Z2

B-VG Art. 133 Abs4

FMABG §22 Abs2a

VStG 1950 §1 Abs2

VStG 1950 §19

VStG 1950 §44a Z1

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §5 Abs1a

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VwGVG §50 Abs1

VwGVG §52 Abs2

Spruch

W148 2217970-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Stefan KEZNICKL als Vorsitzenden und die Richterin Dr. Sibyll BÖCK als Beisitzerin sowie den Richter Dr. Gert WALLISCH als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX GMBH, vom 18.03.2019, vertreten durch Cerha Hempel Rechtsanwälte GmbH, Parkring 2, 1010 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 14.02.2019 zu GZ. FMA- XXXX in einem Verwaltungsstrafverfahren nach dem Börsegesetz 2018 zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen mit der Maßgabe, dass der Wortlaut des vierten Absatzes (beginnend mit den Worten "Erst am XXXX .2017 ...") des Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses wie folgt zu lauten hat:

"Die Verantwortlichkeit der XXXX GMBH als juristischen Person ergibt sich gemäß § 156 Abs. 1 Z.1. BörseG 2018 folgendermaßen:

Der im Tatzeitraum (XXXX .2017 bis XXXX .2017) als Vorstandsvorsitzender (vorsitzendes Mitglied des Vorstandes) der BF amtierende XXXX ist als natürliche Person verantwortlich, weil er als Teil eines Organes (nämlich des Vorstandes) gehandelt hat und damit eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person innegehabt hat. Der Vorstandsvorsitzende war in dieser Funktion für die Veröffentlichung von Ad-hoc-Meldepflichtungen verantwortlich. Er hat es zu verantworten, dass erst am XXXX .2017 um XXXX Uhr MEZ die gesetzliche Verpflichtung (iSd § 155 Abs. 1 Z 2 leg. cit) einer Ad-hoc Meldung veranlasst wurde, wonach öffentlich bekannt wurde, dass die gegenständliche Barkapitalerhöhung nunmehr starte. Seine Verantwortlichkeit wird der juristischen Person (Beschwerdeführerin) zugerechnet, weil er schuldhaft gehandelt hat."

II. Die Strafnorm lautet §§ 156 Abs. 1 und 3 Z 2. iVm 155 Abs. 1 Z 2 Börsegesetz 2018 idFBGBl. I Nr. 107/2017.

III. Die Kosten des Beschwerdeverfahren werden gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG in der Höhe von EUR 52.500 bestimmt, das sind 20% der verhängten Geldstrafe.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Das angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: "belangte Behörde" oder auch "FMA") vom 14.02.2019 richtete sich gegen die Beschwerdeführerin (im Folgenden: "beschwerdeführende Partei" und auch "BF") und enthielt folgenden Spruch:

"Die XXXX GmbH, vormals XXXX AG (nachstehend kurz: XXXX), mit der Geschäftsanschrift XXXX , deren Aktien jedenfalls im Jahr 2017 unter der ISIN XXXX als XXXX AG im Amtlichen Handel an der Wiener Börse, im Marktsegment Prime Market notierten, hat als juristische Person folgenden Verstoß zu verantworten:

Die XXXX hat es an ihrem Unternehmenssitz unterlassen, eine sie unmittelbar betreffende Insiderinformation, und zwar die Information, dass der Vorstand eine Kapitalerhöhung von voraussichtlich rund EUR XXXX Millionen plant, so bald wie möglich, sohin noch am XXXX gemäß Art 17 Abs 1, 1. Satz MAR (Verordnung (EU) Nr. 596/2014) der Öffentlichkeit bekannt zu geben.

Bei der oben angeführten Information handelt es sich um eine nicht öffentlich bekannte, präzise Information gemäß Art 7 Abs 1 lit a MAR, die die XXXX direkt betraf und die - wäre sie öffentlich bekannt - geeignet wäre, den Kurs der Aktien der XXXX erheblich zu beeinflussen.

Erst am XXXX veröffentlichte die XXXX um XXXX Uhr MEZ eine Ad hoc Meldung, wonach öffentlich bekannt wurde, dass die gegenständliche Barkapitalerhöhung nunmehr starte. Die im Tatzeitraum zur Vertretung nach außen berufenen Mitglieder des Vorstandes der XXXX (siehe dazu den beiliegenden Auszug aus dem Firmenbuch, der einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses bildet) haben selbst gegen die angeführten Verpflichtungen verstoßen beziehungsweise durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle die Begehung der angeführten Verstöße durch eine für die XXXX tätige Person ermöglicht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Art 17 Abs 1 Marktmissbrauchsverordnung (Verordnung (EU) N.r 596/2014) - MAR) iVm § 48d Abs. 1 Z 2 BörseG, § 48e Abs 1, 2 und 3 Z 2 BörseG (BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 76/2016

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 262.500,00 Euro

Gemäß §§ 48d Abs 1 Z 2 iVm § 48e Abs 1, 2 und 3 Z 2 BörseG (BGBl. Nr. 555/1989 idF. BGBl. I Nr. 76/2016)

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

--

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

* 26.250,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

* 0 Euro als Ersatz der Barauslagen für .

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

288.750,00 Euro."

2. Dagegen wurde Beschwerde erhoben, die am 18.03.2019 bei der belangten Behörde eingelangt ist. Zusammengefasst wurde darin vorgebracht, dass eine unrichtige Wiedergabe von Zeugeneinvernahmen (Aktenwidrigkeit), eine unvollständige Beweiswürdigung sowie materielle Rechtswidrigkeit insofern vorliege, als eine Vermengung von Planung und Durchführung einer Kapitalerhöhung stattgefunden habe sowie eine falsche Einzelfallprüfung bei der Beurteilung der Kurserheblichkeit durchgeführt worden sei. Weiters seien andere Ad-hoc-Meldungen zu anderen Sachverhalten unerheblich. Abschließend wurde eingewendet, dass Marktsondierungen nicht Verfahrensgegenstand seien.

3. Am 21.01.2020 und (fortgesetzt) am 27.01.2020 fand eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung vor dem BVwG statt, an der die BF, vertreten durch einen informierten Vertreter, der Beschwerdeführervertreter sowie XXXX als Beschuldigter und informierte Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens fest:

1.1. Zur Beschwerdeführerin und dem nach außen befugten Vertreter (Vorstandsvorsitzender) während des Tatzeitraumes:

1. Die XXXX AG war im Jahr XXXX im Firmenbuch des XXXX unter der GZ. FN XXXX eingetragen und hatte ihren Sitz in XXXX ; ihre Aktien wurden XXXX unter der ISIN XXXX im Amtlichen Handel im Marktsegment Prime Market der Wiener Börse AG gehandelt. Sie war im Zeitraum von Dezember 2016 bis zum XXXX eine börsennotierte Aktiengesellschaft ("AG"). Die AG war im Jahr XXXX auch im Leitindex der Wiener Börse, dem ATX, vertreten. Weiters notierten die Aktien an den Börsen in Frankfurt und Warschau. Im Jahr XXXX verfügte die AG über ein Portfolio von XXXX Wohnungen. Die AG war damals ein Immobilienunternehmen, das auf Wachstum ausgerichtet gewesen war und als Vermögensanlagegesellschaft für institutionelle und private Investoren tätig war. Die AG verfügte im Wesentlichen über drei Geschäftsbereiche: 1. Die Immobilienvermietung in XXXX und XXXX , 2. die Privatisierung von Wohnungen (Objektverkauf) mit Schwerpunkt in XXXX , sowie 3. das Development von Immobilien (Bau von Mietwohnungen) in XXXX , XXXX und XXXX . Sie verfügte über langjährige Erfahrungen bei der Durchführung von Kapitalmarktfinanzierungen.

2. Vorstand und Aufsichtsrat der AG setzten sich laut Firmenbuch-Auszug vom 29.06.2017 bzw. zwischen Dezember 2016 und Juni 2017 aus folgenden Personen zusammen:

Vorstand: XXXX CEO, Vorstandsvorsitzender

XXXX , CFO, Stellvertretender Vorstandsvorsitzender

XXXX , COO

Aufsichtsrat: XXXX , Vorsitzender

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

3. Der Vorstandsvorsitzende war bereits vor dem hier relevanten Zeitraum Mitglied des Vorstandes der XXXX , der Muttergesellschaft der BF, und zwar von Mitte 2008 bis zum Börsengang der XXXX im April

XXXX . Der Vorstandsvorsitzende blieb Vorstandsvorsitzender der XXXX AG bis XXXX und ist gegenwärtig Vorstandsvorsitzender der BF.

4. Innerhalb des Vorstandes hatte es keine satzungsmäßige Aufgabenverteilung gegeben; alle Vorstandsmitglieder waren unter der Leitung des Vorstandsvorsitzenden nach außen in derselben Weise verantwortlich. Intern war der Finanzvorstand (und stellvertretende Vorstandsvorsitzende) aufgrund einer internen Aufgabenverteilung durch den Aufsichtsrat für die Kapitalerhöhung zuständig. Auch eine Bestellung eines der Vorstandsmitglieder als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher iSd § 9 Abs. 2 VStG ist nicht erfolgt.

5. Das Grundkapital der AG betrug vor Eintragung der Kapitalerhöhung per 03.06.2017 EUR XXXX und war in XXXX Stück Aktien geteilt. Mit Eintragung der Kapitalerhöhung per XXXX betrug es EUR XXXX (eingeteilt in XXXX Stück Aktien). Mit Kapitalerhöhung per XXXX wurde somit das Grundkapital der Gesellschaft um XXXX % erhöht.

6. Mit Hauptversammlungsbeschluss vom XXXX wurde die XXXX AG in eine GmbH gemäß §§ 239ff AktG umgewandelt und firmiert nunmehr unter XXXX GmbH; sie hat ihren Sitz unter derselben Anschrift wie ihre Rechtsvorgängerin. Die Änderung wurde am XXXX in das Firmenbuch des XXXX , unter der GZ. XXXX , eingetragen.

1.2. Zu den einzelnen Zwischenschritten bis zur Ad-hoc-Meldung am XXXX - insbesondere vor und während des Tatzeitraumes (XXXX .2017 bis XXXX)

1. Die BF bzw. ihre Rechtsvorgängerin waren 2017 und in der Zeit davor ein auf Wachstum ausgerichtetes Immobilienunternehmen. Dieses Geschäft ist äußerst kapitalintensiv. Die Beschäftigung mit dem Sourcing von Kapital war für das Unternehmen, und damit auch für den Vorstand, sehr wichtig und tägliches Geschäft. Es war zum damaligen Zeitraum öffentlich bekannt, insbesondere auch Investoren, dass das Unternehmen auf Wachstumskurs war und auch weiterhin wachsen wollte. Während der Zeit, in der die BF an der Börse notierte, gab es nur zwei außerordentliche Kapitalmaßnahmen: Die verfahrensgegenständliche Barkapitalerhöhung sowie eine bereits 2016 begebene Wandelschuldverschreibung.

2. Das Unternehmen beschäftigte sich permanent mit Finanzierungsmöglichkeiten und entwickelte dazu eine Strategie. Dabei spielte der Kapitalmarkt (Investoren) eine bedeutende Rolle. Es fanden kontinuierliche Evaluierungen der Unternehmensfinanzierung und der Kapitalmarktstrategie statt. Die XXXX -Aktie notierte seit Dezember 2016, aber auch schon vorher mit deutlichen Prämien zum Buchwert der Aktien nach EPRA-Standards. Das bedeutete, dass per se jede Eigenkapitalmaßnahme, die man unternahm, mit großer Wahrscheinlichkeit auf einer Pro-Aktien-Basis vorteilhaft für den Aktionär wäre, da man eine Aktie oberhalb des Buchwertes ausgeben konnte. Deshalb gab es eine Erwartung des Marktes (der Investoren), dass eine Eigenkapitalmaßnahme erfolgen werde. Gleichzeitig sollte bei einer Eigenkapitalmaßnahme dafür gesorgt werden, dass es für die Aktionäre (Investoren) zu rechtfertigen ist; sie sollten einen Gewinn pro Aktie (Dividende) erhalten.

3. Grundsätzlich standen noch im Dezember 2016 mehrere Investitionsmöglichkeiten zur Erwägung und Entscheidung an. Zusammengefasst waren das erstens Aufnahme von Bankkrediten (Fremdkapital), zweitens die Begebung von Schuldverschreibungen, drittens der Verkauf von Aktiva der Gesellschaft mit anschließender Reinvestition des Erlöses sowie viertens die Begebung von Wandelschuldverschreibungen oder fünftens die Begebung von Eigenkapital. Nach einem Dialog mit den Investoren gelangte das Management zur Auffassung, dass wegen niedriger Fremdkapitalzinsen kein Fremdkapital aufgenommen werden sollte; diese Finanzierungsformen schieden daher eindeutig es. Vielmehr blieben dann im Dezember 2016 als einzige zwei Möglichkeiten (Gestaltungsspielräume) zur Stärkung der Bilanz die Eigenkapitalaufnahme. Diese bestand einerseits in der Möglichkeit der Aufstockung der bereits bestehenden Wandelschuldverschreibung aus 2016 oder andererseits in der Durchführung einer Kapitalerhöhung. Ab 20.12.2016 wurde ein projektbezogener Vertraulichkeitsbereich nach der Emittenten-Compliance-Verordnung für den Aufsichtsrat, alle Mitglieder des Vorstandes sowie alle sonstigen internen und externen Mitarbeiter des Projekt-Teams bis auf Widerruf eingerichtet. Bis einschließlich 03.03.2017 wurden insgesamt 95 Personen in diesen Vertraulichkeitsbereich

einbezogen, danach bis zum 09.05.2017 nur mehr sechs weitere Personen.

4. Anlässlich der 15. Aufsichtsratssitzung am 10.01.2017 wurde laut Protokoll ("Zu Punkt 4. Der Tagesordnung ,Genehmigungspflichtige Geschäfte") folgendes wörtlich festgehalten: "[...] Hieraus resümiert S[...] [Anmerkung: Finanzvorstand/CFO], dass sich die Sinnhaftigkeit einer Kapitalerhöhung in Bereichen um € XXXX - XXXX Mio. in den nächsten Monaten ergeben könnte und der Vorstand dementsprechend überlege, allgemeine Marktanalysen und Vorbereitungen zu starten. Alle Mitglieder des Aufsichtsrates befürworten diese Strategie vor dem Hintergrund des (noch) günstigen Kapitalmarktumfeldes und stimmen der Vorbereitung von allgemeinen Analysen und der Einleitung dementsprechender Umsetzungsschritte (zB Prospekterstellung) zu. S[...] verweist diesbezüglich darauf, dass (i) die Kapitalerhöhung im Vorstand noch nicht beschlossen ist, (ii) hinsichtlich wesentlicher Parameter (u.a. Zeitplan und Volumen) noch keine Konkretisierung erfolgt ist und (iii) die Durchführung von einer Vielzahl an externe Faktoren (u.a. FMA-Genehmigung, Marktumfeld) abhängt. [...] Zudem empfiehlt der Aufsichtsrat, die künftige Konzentration auch auf die angesprochene mögliche Kapitalerhöhung zu lenken."

Damit hat der Aufsichtsrat der Unternehmensleitung (Vorstand) seine Sorge mitgeteilt, dass sich das Zinsumfeld negativ verändern könnte. Er war daher grundsätzlich (!) der Meinung, dass der Vorstand für ausreichende Liquidität im Unternehmen sorgen solle. Das Unternehmen soll Liquidität deshalb anhäufen, um für die Zeit eines schlechteren Zinsumfeldes, die Möglichkeit zu haben, dann Immobilienakquisitionen tätigen zu können, wenn andere verkaufen müssen. Der Aufsichtsrat hat damit den Fokus auf das vermehrte Sourcing von Kapital gelegt.

5. In der zweiten Jännerhälfte des Jahres 2017 hat sich dann der Weg Richtung Kapitalerhöhung verdichtet. Bereits Ende Jänner / Anfang Februar 2017 hat man eine Aufstockung der Wandelschuldverschreibung verworfen. Die Unternehmensleitung wollte nämlich einerseits die Eigenkapitalbasis des Unternehmens kurzfristig stärken und andererseits wäre die Aufstockung der bestehenden Wandelschuldverschreibung für die Investoren wenig akzeptabel gewesen. Zu diesem Zeitpunkt war für die Unternehmensleitung daher strategisch eindeutig und klar, dass die Eigenkapitalerhöhung der einzige Weg sein würde. Unklar war zu diesem Zeitpunkt noch die genaue Höhe der Eigenkapitalerhöhung und ob sie mit oder ohne Bezugsrechte erfolgen sollte. Aus bestimmten (u.a. aus rechtlichen) Gründen entschied man sich, auch bereits in der zweiten Jännerhälfte 2017, dass man die Kapitalerhöhung mit Bezugsrechten durchführen werde. Damit war auch klar, dass ein Prospekt erstellt werden sollte. Die Höhe der Eigenkapitalerhöhung war hingegen anfangs schwer zu bestimmen und änderte sich auch später immer wieder. So war auch selbst nach der durchgeführten gegenständlichen Kapitalerhöhung für die Unternehmensleitung nicht ganz klar, in welcher Höhe sie erfolgen sollte. Die Höhe der Kapitalerhöhung lag nach internen Berechnungen - ausschlaggebend waren zahlreiche Faktoren wie zB die Marktlage oder der realisierte Gewinn (Kauferlös) aus Projekten - zB. am 23.03.2017 noch in der Höhe von EUR 405,5 Mio. während sie sich am 27.03.2017 auf einer Höhe von EUR 318,8 Mio. bewegte, am Tag danach nur mehr EUR 242,4 Mio., am 29.03.2017 lag der Betrag auf EUR 232,4 Mio. und zum 17.04.2019 auf EUR 299,1 Mio. um 11:37 Uhr und um 22:32 Uhr auf EUR 280 Mio.

Im Protokoll der Vorstandssitzung vom 31.01.2017 wurde zum Projekt XXXX festgehalten, "dass - im Hinblick auf die bestehenden Vorarbeiten des Spin-Off-Projektes - prioritär die Mandatierung des damaligen , XXXX / XXXX -Teams' angestrebt wird".

6. Ab Anfang/Mitte Februar 2017 wurde unternehmensintern am Projekt intensiv (zB Prospekterstellung und Due Diligence) zu arbeiten begonnen. Intern galt die Projektbezeichnung " XXXX ", hingegen haben externe Partner (Banken, Anwälte etc.) die Bezeichnung " XXXX " verwendet. Alle betroffenen Abteilungen, im Wesentlichen waren das die Bereiche "Recht", "Corporate Finance" und "Controlling", sowie der Vorstand waren ständig in den Arbeitsablauf involviert. Auch ein erster Zeitplan wurde erstellt und bereits in einem "Kick-off call" vom 01.02.2017 in einer PPT-Unterlage ("Project XXXX ") von Deutscher Bank und Goldman Sachs wurden zwei Zeitpunkte für den Launch der Eigenkapitalerhöhung genannt, nämlich der XXXX und der XXXX . Aus bestimmten Gründen musste für einen derartigen Launch bereits relativ früh ein genaues Datum festgesetzt werden. So benötigt es z.B. für den Prospekt die 6-Monate-Geschäftsergebnisse, die im Falle der XXXX im Dezember (2016) veröffentlicht wurden und von den Investmentbanken nur 135 Tage lang akzeptiert werden. In einer weiteren PPT-Unterlage von Deutscher Bank und Goldman Sachs vom 07.02.2017 ("Alternative Timetable"), ebenfalls mit der Zeichnung "Project XXXX ", wurden ebenfalls beide Termine als Launch genannt.

7. In einer weiteren gemeinsam mit Deutscher Bank und Goldman Sachs erstellten PPT-Unterlage ("Execution

Timetable") vom 17.02.2017 mit der Bezeichnung " XXXX " war hingegen nur mehr der XXXX .2017 als Launch in Aussicht genommen. Darin werden auf 22 Seiten genaue Projektthemen (Prozesse) definiert (insgesamt 13) und auf einer einseitigen detaillierten Zeitschiene (Process timetable) beginnend mit "Project week 1", welche mit 13.02.2017 beginnt, und bis "Project week 13", genau mit Tue-06 June ("Settlement and closing"), eingetragen. Laut dieser Zeitaufstellung wurden zwei Prozesse (Due diligence sessions and bring down-calls sowie die prospectus drafting) am Wed, 22 Feb bzw. am Sun, 12 Feb bereits begonnen. Auch für alle anderen Prozesse wurde genau Zeitschienen mit Beginn und Ende definiert.

8. Banken und Rechtsanwälte wurden mit Vorstandsbeschluss (Umlaufbeschluss) vom XXXX .2017 beauftragt; die beiden Anwaltskanzleien haben den Auftrag im gemeinsamen Schreiben vom 10.03.2017 angenommen. Das Mandat war bereits sehr konkret (Kapitalantrag mit öffentlichem Angebot; Prospektbilligung sollte mit XXXX .2017 erfolgen) und das Beratungshonorar auf insgesamt EUR

XXXX Mio. fixiert, wovon EUR XXXX Mio. für das Bankenkonsortium und EUR XXXX Mio. für die Rechtsanwaltskanzleien zur Verfügung standen. Das Honorar für die rechtsanwaltliche Beratung wäre auch bei Scheitern des Projektes fällig gewesen, das der Investmentbanken war erfolgsabhängig. Im Vorstandsantrag, der dann mit XXXX .2017 von allen Mitgliedern des Vorstandes im Umlaufbeschluss genehmigt wurde, heißt es wörtlich:

"1. Antrag

Der Vorstand genehmigt mit diesem Beschluss folgendes Geschäft:

Mandatierung Banken im Rahmen des Projekt XXXX , Mandatierung Rechtsanwälte im Rahmen des Projekt XXXX .

2. Sachverhalt

Insbesondere zu Zwecken der Wachstumsfinanzierung und der Minderung des Verschuldensgrades (LTV) der Gesellschaft plant der Vorstand die Durchführung einer Bar-Kapitalerhöhung mit Bezugsrecht unter Ausnutzung des genehmigten Kapitals der Gesellschaft mit einer Zielgröße von voraussichtlich rund EUR XXXX Mio. (nicht limitiert).

[...]"

Auch das mandatierten Anwaltskonsortium geht in seinem Antwortschreiben vom 10.03.2017 von einer geplanten Kapitalerhöhung aus. Wörtlich heißt es in dem Schreiben: "[Betreff:] Vereinbarung für die anwaltliche Beratung im Zusammenhang mit einer geplanten Kapitalerhöhung der [...] AG Sehr geehrter Herr [...], wir beziehen uns auf unsere Gespräche und freuen uns, dass Sie [...] und [...] als Rechtsberater für die geplante Kapitalerhöhung der [...] Gruppe mandatiert haben. Wir bedanken uns für das entgegengebrachte Vertrauen und freuen uns, Sie bei dieser geplanten Transaktion gemeinsam zu beraten. [...] Die [...] AG plant eine Kapitalerhöhung mit einem öffentlichen Angebot in Deutschland, Österreich und Polen und einer Privatplatzierung von Aktien einschließlich der USA nach der Rule 144A des U.S. Securities Act von 1933. Die Prospektbilligung soll am XXXX 2017 stattfinden [...]"

Im Email vom 03.03.2017, mit dem die persönliche Assistentin des Vorstandsvorsitzenden, alle Mitglieder des Vorstandes (in Kopie auch an die beteiligten Bereichsleiter) aufgefordert hat, den Antrag im Umlauf zu genehmigen, ist folgender Satz enthalten: "[...] Bitte um Genehmigung im Umlauf, da die nächste VST-Sitzung erst am 14.03.2017 stattfindet. [...]"

9. In einer internen PPT-Unterlage vom 28.03.2017, das von der BF gemeinsam mit Deutscher Bank und Goldman Sachs (mit entsprechenden Logos in der Fußzeile) erstellt wurde (Titel: "Project XXXX Considerations around transaction structure") wird weiterhin vom Launch der Kapitalerhöhung am XXXX .2017 ausgegangen; diese PPT-Unterlage basiert auf der Execution Timetable vom 28.02.2017. Weiters sind darin auf 13 Seiten detailliert wieder wie schon zuvor alle Vorbereitungsarbeiten (Prozesse) für das Projekt aufgelistet. ZB wird auf Seite 4 eine Zeitlinie, beginnend mit Projektwoche 1 ("Project week 1") am 13.02.2017, gezeichnet, auf der bereits mit "Sun, 12-Feb" der Beginn der Prospekterstellung eingezeichnet ist, sowie mit "Wed, 22-Feb" der Beginn von Due-Diligence-Sitzungen. Weiters ist festzuhalten, dass in dieser Zeitliste alle Prozesse auf den XXXX .2017 als Start der Kapitalerhöhung ausgerichtet waren. Weiters wurden auf sieben Seiten minutiös "Road Show"-Termine zwischen XXXX .2017 und XXXX .2017 mit namentlich angeführten (potentiellen) rund 200 Investoren/Kontaktpersonen aufgelistet; die persönlichen Termine sollten in Wien, Frankfurt, Paris, London, New York, Boston, Montreal ("?"), Chicago ("?"), Amsterdam und Brüssel stattfinden sowie ein telefonischer Termin mit Investoren in Toronto. Das "Travelling Team" für die Road Shows sollte aus dem Vorstandsvorsitzenden, dem Finanzvorstand dem Bereichsleiter für Corporate Finance bestehen.

10. Im Protokoll der 3. Strategieausschuss-Sitzung des Aufsichtsrates der XXXX AG vom 26.04.2017, in Anwesenheit aller Mitglieder des Vorstandes, heißt es unter Punkt 5. der Tagesordnung (Finanzierung): "S[...] [Anmerkung: Finanzvorstand/CFO] führt ausführlich durch die Tischvorlage ‚Kapitalerhöhung 2017‘ (Anlage ./1) und erläutert einleitend die mit der Kapitalerhöhung verfolgte Zielsetzung (Seite 2). Daraufhin betont S[...] insbesondere, dass die in Aussicht genommene Kapitalerhöhung erst ab dem WJ 2020/21 einen wertzuschreibenden Effekt auf Einzelaktienbasis für (i) NOI, (ii) RFFO Gesamt sowie (iv) NAV haben sollte. Dabei erläutert S[...] die Deltarechnung ‚KE-Planung vs. Basisplanung zur KE‘ (Seite 8) und illustriert dabei die diesbezüglich zunächst verwässerten Effekte während der unproduktiven Bauphase (WJ 17/18, 19/19 und 19/29) im Gegensatz zu den prognostizierten positiven Effekten auf diese Kennzahlen ab Ende der Bauphase (WJ 20/21f). [...] Der Strategieausschuss unterstützt einstimmig die eventuell in Aussicht genommene Kapitalerhöhung und ersucht den Vorstand, diese Basis der präsentierten Eckdaten weiter vorbereiten zu lassen."

Am nächsten Tag wurde im Protokoll der 16. Aufsichtsratssitzung, in Anwesenheit aller Mitglieder des Vorstandes, unter "Top 5. Der Tagesordnung (Budget für das Wirtschaftsjahr 2017/18 und Mittelfristplanung)" festgehalten: "E[...] [Anmerkung: Vorsitzender des Aufsichtsrates] informiert die Aufsichtsratsmitglieder über die gestrige Strategieausschusssitzung und betont insbesondere die geplante Kapitalerhöhung sowie den geplanten vorläufigen Zeitplan, S[...] [Anmerkung: Finanzvorstand/CFO] präsentiert dazu eine Tischvorlage und gibt dem Aufsichtsrat den indikativen Zeitplan für Projekt XXXX zur Kenntnis (Anlage ./2)."

11. Am XXXX , 07:30 Uhr, fand eine Aufsichtsrats-Telefonkonferenz, unter Beteiligung aller Mitglieder des Vorstandes, statt mit dem einzigen Tagesordnungspunkt "Beschlussfassung über Kapitalerhöhung".

Im Protokoll ist folgendes wörtlich festgehalten: "[...] Genehmigung des Rahmenbeschlusses des Vorstandes über die Durchführung einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital: [...] 1.2. Wirtschaftliche Begründung für die Durchführung der Kapitalerhöhung Der Vorstandsvorsitzende verweist auf die in der Strategieausschusssitzung vom 26.04.2017 sowie in der Aufsichtsratssitzung vom 27.04.2017 umfassend erläuterte Zielsetzung einer möglichen Kapitalerhöhung samt deren Auswirkungen auf Unternehmenswert und wesentliche Leistungskennzahlen (KPIs) [...]."

Der Aufsichtsrat beschloss den Rahmenbeschluss auf Kapitalerhöhung einstimmig um 07:45 Uhr.

12. Die Ad-hoc-Meldung erfolgte mit XXXX , XXXX Uhr MEZ.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich neben dem Ergebnis der mündlichen Beschwerdeverhandlungen auf die Einsicht in das offene Firmenbuch, in den Akteninhalt des Verwaltungsaktes der belangten Behörde, insbesondere in die von den BF vorgelegten Unterlagen, sowie auf die Beschwerde und die sonstigen Schriftsätze. Weiters konnte hinsichtlich des chronologischen Ablaufes des festgestellten Sachverhaltes auf das widerspruchsfreie Vorbringen der BF und des einvernommenen Zeugen in der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung zurückgegriffen werden.

Die Feststellungen zur Zusammensetzung des Vorstandes bzw. Aufsichtsrates, die Geschäftstätigkeit und die Art und Weise des Betriebes der BF gründen sich auf die Aussagen des als Beschuldigten einvernommenen Vorstandsvorsitzenden in der mündlichen Beschwerdeverhandlung (OZ 8, Seite 5ff) bzw. auf die Aussagen der BF im verwaltungsbehördlichen Verfahren (ON 1, Beilage 12 Seite 3) sowie auf Einsicht in das offene Firmenbuch (ON 1, Beilagen 1 und 2 mit Stichtag zum 24.07.2017 und zum 14.05.2017).

Die Feststellungen zur Unternehmensstrategie ab Dezember 2016/Jänner 2017 bis zur Ad-hoc-Meldung beruhen auf der Einsicht in die Protokolle über Sitzungen des Aufsichtsrates und des Vorstandes, die die BF im verwaltungsbehördlichen Verfahren vorgelegt hat (ON1, Beilagen 1 bis 12 des verwaltungsbehördlichen Aktes). Weiters beruhen sie auf den Aussagen des beschuldigten Vorstandsvorsitzenden vor der FMA (ON 6 des verwaltungsbehördlichen Aktes; dort allerdings irrtümlich noch mit "01.03.2017" bezeichnet) und insbesondere in der mündlichen Beschwerdeverhandlung (OZ 8, Seite 6f). Weiters auf der Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Bereichsleiters "Corporate Finance" vor dem BVwG (vgl.OZ 8, Seiten 22ff) und vor der belangten Behörde (ON 8 des behördlichen Aktes, insbesondere Seiten 3 bis 5).

Sämtliche in den Feststellungen zitierten Urkunden (PPT-Unterlagen u. ä.) wurden von der BF im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegt (insbes. betrifft das die PPT-Unterlagen vom 01.02.2017, vom 07.02.2017, vom 17.02.2017 und vom 28.03.2017). Sie wurden nicht bestritten, weshalb ihnen der erkennende Senat folgen konnte.

In Bezug auf die Aussage des Vorstandsvorsitzenden vor dem BVwG (OZ 8, Seite 7 und auch Seite 14 unten), dass im März 2017 noch "mehrere Finanzierungsmöglichkeiten" zur Auswahl standen, ist auf die eindeutigen gegenteiligen und detaillierten Aussagen der zeugenschaftlich einvernommenen Bereichsleiter "Corporate Finance" und "Recht" zu verweisen, nach denen die Idee der Wandelschuldverschreibung bereits Ende Jänner / Februar 2017 verworfen wurde, ebenso alle anderen Finanzierungsmöglichkeiten (vgl. die Aussage des Bereichsleiters Recht in der mündlichen Beschwerdeverhandlung OZ 8, Seite 16, und die Aussage des Bereichsleiters Corporate Finance vor der Behörde, ON 8, Seite 4 oben und vor dem BVwG, OZ 8, Seite 23 und Seite 24 oben). Der erkennende Senat folgt daher den eindeutigen Aussagen der beiden Zeugen; sie standen nicht nur unter Wahrheitspflicht, sondern waren auch die unmittelbaren Projektbetreiber im Unternehmen, weshalb ihnen eine sehr hohe Glaubhaftigkeit zukommt.

Die Feststellung, dass man im Jänner 2017 bereits die Entscheidung hinsichtlich des Bezugsrechtes (mit oder ohne) getroffen hatte, beruht auf der eindeutigen und detaillierten Aussage des zeugenschaftlich einvernommenen Bereichsleiters Corporate Finance, der auch primär dafür zuständig war (ON 8, Seite 5 oben) sowie der gleichen Aussage vor dem BVwG, dort allerdings mit "seit Februar 2017" datiert (OZ 8, Seite 24 unten).

Die Feststellung, dass mit der Aufsichtsratssitzung vom 10.01.2017 der Aufsichtsrat dem Vorstand eine Strategie der ausreichenden Liquidität für die Immobilienakquisition durch eine Kapitalerhöhung vorgegeben hat, beruht auf der wörtlichen Wiedergabe der Aussage des beschuldigten Vorstandsvorsitzenden in der mündlichen Beschwerdeverhandlung (OZ, Seite 10 unten). Diese Aussagen sind eindeutig und unmissverständlich, weshalb ihnen gefolgt werden konnte.

Die Aussage des Vorstandsvorsitzenden, dass er zu keinem Zeitpunkt die belangte Behörde gefragt habe, ob eine Ad-hoc Meldepflicht gegeben sei, stammt aus seiner eindeutigen und unzweifelhaften Antwort in der mündlichen Beschwerdeverhandlung (OZ 8, Seite 9).

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes, zum anzuwendenden Recht und zur Zulässigkeit der Beschwerde.

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl 184/2013 entscheidet über Beschwerden gegen Straferkenntnisse der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, wenn entweder eine primäre Freiheitsstrafe oder eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Der Vorschrift des § 22 Abs. 2a FMABG nach liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Die Beschwerde ist rechtzeitig, zulässig, jedoch nicht berechtigt. Dies aus folgenden Gründen.

3.2.

Zu A) Zur Beschwerdeabweisung:

3.2.1. Zugrundeliegende Rechtslage:

Allgemeines

§§ 48d Abs. 1 und 48e Abs. 1, 2 und 3 Börsegesetz 2018 (BörseG) idFBGBl. I Nr. 76/2016 (in Geltung während des Tatzeitraumes) dienen der Umsetzung der Richtlinien 2003/6/EG und 2003/124/EG (insbesondere auch des Art. 6 Abs. 1 der Marktmissbrauchsrichtlinie) und sind insofern im Lichte der Richtlinie 2003/6/EG auszulegen. Diese mittlerweile außer Kraft getretenen materiellen nationalen Bestimmungen des BörseG 2018 stimmten nahezu wörtlich mit den aktuellen unionsrechtlichen Bestimmungen überein (vgl. zur leicht unterschiedlichen Begrifflichkeit VwGH Ra 2015/02/0152 vom 20.04.2016, Rz 15ff).

Mittlerweile haben sich die unionsrechtlichen Bestimmungen dahingehend grundsätzlich geändert, dass nun das materielle Kernstück über die Veröffentlichungspflicht von Insiderinformationen die unmittelbar anwendbare Marktmissbrauchsverordnung (VO (EU) Nr. 596/2014, ABl. 2014 L 173/1) ist. Sie trat mit 03.07.2014 in Kraft und steht im Wesentlichen seit 03.07.2016 in Geltung.

Die zum Tatzeitraum geltende Strafbestimmungen (§§ 48d Abs. 1 Z 2 und 48e Abs. 1 BörseG) befinden sich nunmehr in den §§ 155 und 156 BörseG 2018.

Materielle Bestimmungen

Die maßgeblichen Erwägungsgründe (14, 15, 16 und 17) und materiellen Bestimmungen (Artikel 7 und 17) der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des europäischen Parlaments und des Rats vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung; im Folgenden auch "MM-VO") und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des europäischen Parlaments und des Rats und der Richtlinie 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014, Seite 1, lauten auszugsweise samt Überschrift (sie gilt ab 03.07.2016 an Stelle der bis dahin in Kraft befindlichen Bestimmungen des nationalen Gesetzes):

Erwägungsgründe:

"(14) Verständige Investoren stützen ihre Anlageentscheidungen auf Informationen, die ihnen vorab zur Verfügung stehen (Ex-ante-Informationen). Die Prüfung der Frage, ob ein verständiger Investor einen bestimmten Sachverhalt oder ein bestimmtes Ereignis im Rahmen seiner Investitionsentscheidung wohl berücksichtigen würde, sollte folglich anhand der Ex-ante-Informationen erfolgen. Eine solche Prüfung sollte auch die voraussichtlichen Auswirkungen der Informationen in Betracht ziehen, insbesondere unter Berücksichtigung der Gesamttätigkeit des Emittenten, der Verlässlichkeit der Informationsquelle und sonstiger Marktvariablen, die das Finanzinstrument, die damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakte oder die auf den Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekte unter den gegebenen Umständen beeinflussen dürften.

(15) Im Nachhinein vorliegende Informationen (Ex-post-Informationen) können zur Überprüfung der Annahme verwendet werden, dass die Ex-ante-Informationen kurserheblich waren, sollten allerdings nicht dazu verwendet werden, Maßnahmen gegen Personen zu ergreifen, die vernünftige Schlussfolgerungen aus den ihnen vorliegenden Ex-ante-Informationen gezogen hat.

(16) Betreffen Insiderinformationen einen Vorgang, der aus mehreren Schritten besteht, können alle Schritte des Vorgangs wie auch der gesamte Vorgang als Insiderinformationen gelten. Ein Zwischenschritt in einem zeitlich gestreckten Vorgang kann für sich genommen mehrere Umstände oder ein Ereignis darstellen, die gegeben sind bzw. das eingetreten ist oder bezüglich deren/dessen auf der Grundlage einer Gesamtbewertung der zum relevanten Zeitpunkt vorhandenen Faktoren eine realistische Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie/es entsteht/eintritt. Dieses Konzept sollte jedoch nicht so verstanden werden, dass demgemäß der Umfang der Auswirkungen dieser Reihe von Umständen oder des Ereignisses auf den Kurs der betreffenden Finanzinstrumente berücksichtigt werden muss. Ein Zwischenschritt sollte als Insiderinformation angesehen werden darstellen, wenn er für sich genommen den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien für Insiderinformationen entspricht.

(17) Informationen in Zusammenhang mit einem Ereignis oder mehreren Umständen, das bzw. die ein Zwischenschritt in einem zeitlich gestreckten Vorgang ist, können sich beispielsweise auf den Stand von Vertragsverhandlungen, vorläufig in Vertragsverhandlungen vereinbarte Bedingungen, die Möglichkeit der Platzierung von Finanzinstrumenten, die Umstände, unter denen Finanzinstrumente vermarktet werden, vorläufige Bedingungen für die Platzierung von Finanzinstrumenten oder die Prüfung der Aufnahme eines Finanzinstruments in einen wichtigen Index oder die Streichung eines Finanzinstruments aus einem solchen Index beziehen."

Materielle Bestimmungen:

"Artikel 7

Insiderinformationen

(1) Für die Zwecke dieser Verordnung umfasst der Begriff "Insiderinformationen" folgende Arten von Informationen:

a) nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen;

[...]

(2) Für die Zwecke des Absatzes 1 sind Informationen dann als präzise anzusehen, wenn damit eine Reihe von

Umständen gemeint ist, die bereits gegeben sind oder bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft gegeben sein werden, oder ein Ereignis, das bereits eingetreten ist oder von den vernünftigerweise erwarten kann, dass es in Zukunft eintreten wird, und diese Informationen darüber hinaus spezifisch genug sind, um einen Schluss auf die mögliche Auswirkung dieser Reihe von Umständen oder dieses Ereignisses auf die Kurse der Finanzinstrumente oder des damit verbundenen derivativen Finanzinstruments, der damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakte oder der auf den Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekte zuzulassen. So können im Fall eines zeitlich gestreckten Vorgangs, der einen bestimmten Umstand oder ein bestimmtes Ereignis herbeiführen soll oder hervorbringt, dieser betreffende zukünftige Umstand bzw. das betreffende zukünftige Ereignis und auch die Zwischenschritte in diesem Vorgang, die mit der Herbeiführung oder Hervorbringung dieses zukünftigen Umstandes oder Ereignisses verbunden sind, in dieser Hinsicht als präzise Information betrachtet werden.

(3) Ein Zwischenschritt in einem gestreckten Vorgang wird als eine Insiderinformation betrachtet, falls er für sich genommen die Kriterien für Insiderinformationen gemäß diesem Artikel erfüllt."

"Artikel 17

Veröffentlichung von Insiderinformationen

(1) Emittenten geben der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die unmittelbar den diesen Emittenten betreffen, so bald wie möglich bekannt.

Die Emittenten stellen sicher, dass die Insiderinformationen in einer Art und Weise veröffentlicht werden, die es der Öffentlichkeit ermöglicht, schnell auf sie zuzugreifen, falls vorhanden, und sie vollständig, korrekt und rechtzeitig zu bewerten, und dass sie in dem amtlich bestellten System gemäß Artikel 21 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (1) veröffentlicht werden. Die Emittenten dürfen die Veröffentlichung von Insiderinformationen nicht mit der Vermarktung ihrer Tätigkeiten verbinden. Die Emittenten veröffentlichen alle Insiderinformationen, die sie der Öffentlichkeit mitteilen müssen, auf ihrer Website und zeigen sie dort während eines Zeitraums von mindestens fünf Jahren an.

Dieser Artikel gilt für Emittenten, die für ihre Finanzinstrumente eine Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt in einem Mitgliedstaat beantragt oder erhalten haben, bzw. im Falle von Instrumenten, die nur auf einem multilateralen oder organisierten Handelssystem gehandelt werden, für Emittenten, die für ihre Finanzinstrumente eine Zulassung zum Handel auf einem multilateralen oder organisierten Handelssystem in einem Mitgliedstaat erhalten haben oder die für ihre Finanzinstrumente eine Zulassung zum Handel auf einem multilateralen Handelssystem in einem Mitgliedstaat beantragt haben.

(2) Jeder Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate gibt Insiderinformationen in Bezug auf ihm gehörende Emissionszertifikate für seine Geschäftstätigkeit, darunter Luftverkehr gemäß Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG und Anlagen im Sinne von Artikel 3 Buchstabe e jener Richtlinie, die der betreffende Marktteilnehmer, dessen Mutterunternehmen oder ein verbundenes Unternehmen besitzt oder kontrolliert und für dessen betriebliche Angelegenheiten der Marktteilnehmer, dessen Mutterunternehmen oder ein verbundenes Unternehmen vollständig oder teilweise verantwortlich ist, öffentlich, wirksam und rechtzeitig bekannt. In Bezug auf Anlagen umfasst diese Offenlegung die für deren Kapazität und Nutzung erheblichen Informationen, darunter die geplante oder ungeplante Nichtverfügbarkeit dieser Anlagen.

Unterabsatz 1 gilt nicht für Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate, wenn die Emissionen der Anlagen oder Luftverkehrstätigkeiten in ihrem Besitz, unter ihrer Kontrolle oder ihrer Verantwortlichkeit im Vorjahr eine bestimmte Kohlendioxidäquivalent-Mindestschwelle nicht überschritten haben und, sofern dort eine Verbrennung erfolgt, deren thermische Nennleistung eine bestimmte Mindestschwelle nicht überschreitet.

Der Kommission wird die Befugnis übertragen, gemäß Artikel 35 zur Anwendung der im Unterabsatz 2 dieses Absatzes vorgesehenen Ausnahme delegierte Rechtsakte zur Festlegung einer Kohlendioxidäquivalent-Mindestschwelle und einer Mindestschwelle für die thermische Nennleistung zu erlassen.

(3) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 35 zur Festlegung der zuständigen Behörde für die Mitteilungen gemäß den Absätzen 4 und 5 des vorliegenden Artikels zu erlassen.

(4) Ein Emittent oder ein Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate, kann auf eigene Verantwortung die Offenlegung von Insiderinformationen für die Öffentlichkeit aufschieben, sofern sämtliche nachfolgenden

Bedingungen erfüllt sind:

- a) die unverzügliche Offenlegung wäre geeignet die berechtigten Interessen des Emittenten oder Teilnehmers am Markt für Emissionszertifikate zu beeinträchtigen,
- b) die Aufschiebung der Offenlegung wäre nicht geeignet, die Öffentlichkeit irrezuführen,
- c) der Emittent oder Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate kann die Geheimhaltung dieser Informationen sicherstellen.

Im Falle eines zeitlich gestreckten Vorgangs, der aus mehreren Schritten besteht und einen bestimmten Umstand oder ein bestimmtes Ereignis herbeiführen soll oder hervorbringt, kann ein Emittent oder Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate auf eigene Verantwortung die Offenlegung von Insiderinformationen zu diesem Vorgang vorbehaltlich des Unterabsatzes 1 Buchstaben a, b und c aufschieben.

Hat ein Emittent oder ein Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate die Offenlegung von Insiderinformationen nach diesem Absatz aufgeschoben, so informiert er die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde unmittelbar nach der Offenlegung der Informationen über den Aufschub der Offenlegung und erläutert schriftlich, inwieweit die in diesem Absatz festgelegten Bedingungen erfüllt waren. Alternativ können Mitgliedstaaten festlegen, dass die Aufzeichnung einer solchen Erläuterung nur auf Ersuchen der gemäß Absatz 3 festgelegten zuständigen Behörde übermittelt werden muss.

(5) Zur Wahrung der Stabilität des Finanzsystems kann ein Emittent, bei dem es sich um ein Kreditinstitut oder ein Finanzinstitut handelt, auf eigene Verantwortung die Offenlegung von Insiderinformationen, einschließlich Informationen im Zusammenhang mit einem zeitweiligen Liquiditätsproblem und insbesondere in Bezug auf den Bedarf an zeitweiliger Liquiditätshilfe seitens einer Zentralbank oder eines letztinstanzlichen Kreditgebers, aufschieben, sofern sämtliche nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) die Offenlegung der Insiderinformationen birgt das Risiko, dass die finanzielle Stabilität des Emittenten und des Finanzsystems untergraben wird;
- b) der Aufschub der Veröffentlichung liegt im öffentlichen Interesse;
- c) die Geheimhaltung der betreffenden Informationen kann gewährleistet werden, und
- d) die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde hat dem Aufschub auf der Grundlage zugestimmt, dass die Bedingungen gemäß Buchstaben a, b, und c erfüllt sind.

(6) Für die Zwecke des Absatzes 5 Buchstaben a bis d setzt der Emittent die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde von seiner Absicht in Kenntnis, die Offenlegung der Insiderinformationen aufzuschieben, und legt Nachweise vor, dass die Voraussetzungen gemäß Absatz 5 Buchstaben a, b, und c vorliegen. Die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde hört gegebenenfalls die nationale Zentralbank oder, falls eingerichtet, die makroprudenzielle Behörde oder andernfalls die folgenden Stellen an:

- a) falls es sich bei dem Emittenten um ein Kreditinstitut oder eine Wertpapierfirma handelt, die gemäß Artikel 133 Absatz 1 der Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates benannte Behörde;
- b) in anderen als den in Buchstabe a genannten Fällen jede andere für die Aufsicht über den Emittenten zuständige nationale Behörde.

Die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde stellt sicher, dass der Aufschub für die Offenlegung von Insiderinformationen nur für den im öffentlichen Interesse erforderlichen Zeitraum gewährt wird. Die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde bewertet mindestens wöchentlich, ob die Voraussetzungen gemäß Absatz 5 Buchstaben a, b und c noch vorliegen.

Wenn die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde dem Aufschub der Veröffentlichung von Insiderinformationen nicht zustimmt, muss der Emittent die Insiderinformationen unverzüglich offenlegen.

Dieser Absatz gilt für Fälle, in denen der Emittent nicht beschließt, die Offenlegung von Insiderinformationen gemäß Absatz 4 aufzuschieben.

Verweise in diesem Absatz auf die gemäß Absatz 3 festgelegte zuständige Behörde in diesem Absatz lassen die Befugnis der zuständigen Behörde, ihre Aufgaben gemäß Artikel 23 Absatz 1 wahrzunehmen, unberührt.

(7) Wenn die Offenlegung von Insiderinformationen gemäß Absatz 4 oder 5 aufgeschoben wurde und die Vertraulichkeit dieser Insiderinformationen nicht mehr gewährleistet ist, muss der Emittent die Öffentlichkeit so schnell wie möglich über diese Informationen informieren.

Dieser Absatz schließt Sachverhalte ein, bei denen ein Gerücht auf eine Insiderinformation Bezug nimmt, die gemäß Absatz 4 oder 5 nicht offengelegt wurden, wenn dieses Gerücht ausreichend präzise ist, dass zu vermuten ist, dass die Vertraulichkeit dieser Information nicht mehr gewährleistet ist.

(8) Legt ein Emittent oder ein Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate oder eine in ihrem Auftrag oder für ihre Rechnung handelnde Person im Zuge der normalen Ausübung ihrer Arbeit oder ihres Berufs oder der normalen Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß Artikel 10 Absatz 1 Insiderinformationen gegenüber einem Dritten offen, so veröffentlicht er diese Informationen vollständig und wirksam, und zwar zeitgleich bei absichtlicher Offenlegung und unverzüglich im Fall einer nicht absichtlichen Offenlegung. Dieser Absatz gilt nicht, wenn die die Informationen erhaltende Person zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, unabhängig davon, ob sich diese Verpflichtung aus Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, einer Satzung oder einem Vertrag ergibt.

(9) Insiderinformationen in Bezug auf Emittenten, deren Finanzinstrumente zum Handel an einem KMU-Wachstumsmarkt zugelassen sind, können auf der Website des Handelsplatzes anstatt der Website des Emittenten angezeigt werden, falls der Handelsplatz sich für die Bereitstellung dieser Möglichkeit für Emittenten auf jenem Markt entscheidet.

(10) Um einheitliche Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels sicherzustellen, arbeitet die ESMA Entwürfe technischer Durchführungsstandards zur Festlegung

a) der technischen Mittel für die angemessene Bekanntgabe von Insiderinformationen gemäß den Absätzen 1, 2, 8 und 9 und

b) der technischen Mittel für den Aufschub der Bekanntgabe von Insiderinformationen gemäß den Absätzen 4 und 5 aus.

Die ESMA legt der Kommission diese Entwürfe technischer Durchführungsstandards bis zum 3. Juli 2016. vor.

Der Kommission wird die Befugnis übertragen, die in Unterabsatz 1 genannten technischen Durchführungsstandards nach Artikel 15 der Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 zu erlassen.

(11) Die ESMA gibt Leitlinien für die Erstellung einer nicht abschließenden indikativen Liste der in Absatz 4 Buchstabe a genannten berechtigten Interessen des Emittenten und von Fällen heraus, in denen die Aufschiebung der Offenlegung von Insiderinformationen gemäß Absatz 4 Buchstabe b geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezuführen."

Strafnormen

Die grundsätzliche Strafnorm ist in § 155 Abs. 1 Z 2 Börsegesetz 2018 (BörseG 2018), idFBGBl. I Nr. 2017/2017 enthalten und lautet seit 03.01.2018 samt Überschrift auszugsweise:

"Andere Verwaltungsübertretungen

§ 155. (1) Wer

[...]

2. seine Verpflichtungen zur Veröffentlichung von Insiderinformationen gemäß Art. 17 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 nicht erfüllt oder gegen daran anknüpfende Verpflichtungen gemäß der aufgrund Art. 17 Abs. 10 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 erlassenen technischen Durchführungsstandards verstößt

[...]

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit einer Geldstrafe bis zum Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens einschließlich eines vermiedenen Verlustes, soweit sich der Nutzen beziffern lässt oder hinsichtlich der Z 1 und 2 mit einer Geldstrafe bis zu 1 Million Euro oder hinsichtlich der Z 3 bis 5 mit einer Geldstrafe bis zu 500 000 Euro zu bestrafen.

[...]"

Die Strafbarkeit der juristischen Person ist in § 156 Abs. 1, 3 und 4 Börsegesetz 2018 (BörseG 2018) idFBGBl. I Nr. 2017/2017 enthalten und lautet seit 03.01.2018 auszugsweise samt Überschrift:

"Strafbarkeit juristischer Personen

§ 156.

(1) Die FMA kann Geldstrafen gegen juristische Personen verhängen, wenn Personen, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt haben und eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person aufgrund

1.-der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person,

2.-der Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder

3.-einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person

innehaben, gegen die in den §§ 154 und 155 angeführten Verbote oder Verpflichtungen verstoßen haben.

[...]

(3) Die Geldstrafe gemäß Abs. 1 und 2 beträgt

1.-[...]

2.-im Falle von Verstößen gegen Art. 16 und 17 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 bis zu 2 500 000 Euro oder 2 vH des jährlichen Gesamtnettoumsatzes gemäß Abs. 4 oder bis zum Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens einschließlich eines vermiedenen Verlustes, soweit sich der Nutzen beziffern lässt,

3.-[...]

(4) Der jährliche Gesamtnettoumsatz gemäß Abs. 3 ist bei Kreditinstituten der Gesamtbetrag aller in Z 1 bis 7 der Anlage 2, Teil 2, zu § 43 BWG angeführten Erträge abzüglich der dort angeführten Aufwendungen; handelt es sich bei dem Unternehmen um eine Tochtergesellschaft, ist auf den jährlichen Gesamtnettoumsatz abzustellen, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im konsolidierten Abschluss der Muttergesellschaft an der Spitze der Gruppe ausgewiesen ist. Bei sonstigen juristischen Personen ist der jährliche Gesamtumsatz maßgeblich. Soweit die FMA die Grundlagen für den Gesamtumsatz nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind."

3.2.2. Zur objektiven Tatseite

Artikel 17 Abs. 1 der MM-VO ordnet an, dass "Emittenten [...] der Öffentlichkeit Insiderinformationen, die unmittelbar [...] diesen Emittenten betreffen, so bald wie möglich bekannt [geben]".

Artikel 7 Abs. 1 MM-VO definierte "Insiderinformationen" als "nicht öffentliche bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente [...] erheblich zu beeinflussen."

Weiters kann gemäß Artikel 17 Abs. 2 und 3 MM-VO auch ein sogenannter "Zwischenschritt" "im Fall eines zeitlich gestreckten Vorgangs" (gestreckter Sachverhalt) eine veröffentlichungspflichtige Insiderinformation sein. Im Urteil des EuGH vom 11.03.2015 (C-628/13, Lafonta, Tenor) wird (noch zur alten, aber gleichlautenden Rechtslage) ausgeführt: "[D]ie Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insiderinformationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation sind dahin auszulegen, dass sie für die Einstufung

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at