

TE Bvwg Erkenntnis 2019/2/14 W210 2195872-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.02.2019

Entscheidungsdatum

14.02.2019

Norm

BörseG 1989 §48 Abs1 Z2

BörseG 1989 §48a Abs1 Z1

BörseG 1989 §48d Abs1

BörseG 1989 §48d Abs2

BörseG 1989 §92

B-VG Art.133 Abs4

BWG §73 Abs1

FMABG §22 Abs2a

VStG 1950 §1 Abs2

VStG 1950 §19

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §5 Abs2

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs2

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

Spruch

W210 2195872-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anke SEMBACHER als Vorsitzende und den Richter Dr. Stefan KEZNICKL und die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 14, 1010 Wien, gegen das Straferkenntnis der

Finanzmarktaufsicht Österreich vom 05.04.2018, Zl. FMA-EL100325.100/0001-LAW/2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in einer Angelegenheit nach dem Börsegesetz zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird abgewiesen.

II. Die Strafnorm lautet § 48 Abs. 1 Z 2 BörseG, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr. 150/2015.

III. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG einen Kostenbeitrag in Höhe von EUR 3.000,-- zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu leisten.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: belangte Behörde) vom 05.04.2018 wendet sich gegen XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer). Der Spruch dieses Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Sie sind seit dem 23.08.2008 Vorstand der XXXX in der Folge XXXX oder Emittentin), einer börsennotierten Aktiengesellschaft mit der Geschäftsanschrift XXXX, deren Aktien seit mehr als 10 Jahren im Amtlichen Handel der Wiener Börse AG zu ISIN XXXX notieren.

I. Sie haben es in der Funktion als verantwortlich Beauftragter gemäß § 9 Abs 2 VStG zu verantworten, dass es die XXXX unterlassen hat, eine sie unmittelbar betreffende Insider-Information, und zwar die Absicht, Ende des ersten Quartals des Jahres 2016 eine Pflichtwandelanleihe mit einem Emissionsvolumen von mindestens 5.000.000 Euro unter Ausschluss des Bezugsrechts zu begeben, unverzüglich, sohin noch am 20.01.2016 gemäß § 48d Abs 1 BörseG der Öffentlichkeit bekannt zu geben

Bei dieser Information handelte es sich um eine öffentlich nicht bekannte, genaue Information, die direkt die XXXX betraf und die, wenn sie öffentlich bekannt geworden wäre, geeignet gewesen wäre, den Kurs der Aktien der XXXX erheblich zu beeinflussen, weil sie ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung genutzt hätte.

Erst mit der Veröffentlichung der Ad-hoc Meldung vom 08.03.2016 um 7:45 Uhr (MEZ) durch die XXXX wurde die Absicht der XXXX eine Pflichtwandelanleihe zu begeben, öffentlich bekannt.

II. Die XXXX haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 48d Abs 1 BörseG, BGBl. Nr. 555/1989 idF BGBl. I Nr.68/2015 iVm § 48 Abs 1 Z 2 BörseG, BGBl. Nr 555/1989 idF BGBl. I Nr 150/2015;

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß § 48 Abs 1 Z 2 BörseG, BGBl Nr 555/1989 idF BGBl I Nr 150/2015

15.000 Euro

67 Stunden

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

--

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

1.500 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

16.500 Euro."-

2. Die Aufforderung zur Rechtfertigung erging am 04.09.2017. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer, vertreten durch seinen gewillkürten Vertreter, mit Eingabe vom 18.10.2017 nach.

3. Das gegenständliche Straferkenntnis mit dem oben angeführten Spruch datiert vom 05.04.2018.

4. Gegen dieses Straferkenntnis, zugestellt am 10.04.2018, erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde am 07.05.2018.

5. Am 20.12.2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, in der der Beschwerdeführer, ein Zeuge sowie die FMA gehört wurden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in den Verwaltungs- und den Gerichtsakt sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20.12.2018:

1. Feststellungen:

1.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft:

Die haftungspflichtige Gesellschaft, eingetragen zu FN XXXX im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien, mit der Geschäftsanschrift XXXX , mit einem Grundkapital von EUR XXXX in XXXX Stückaktien (beides zum 31.12.2015), notiert unter ISIN XXXX mit (Stammaktien) im Amtlichen Handel, Marktsegment Standard Market der Wiener Börse AG. Zum 20.01.2016 lag der Kurs bei rund 6,7 EUR.

Der Beschwerdeführer ist seit 23.08.2008 Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft. Der Beschwerdeführer ist seit 31.03.2014 verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 VStG und unter anderem für die Einhaltung der hier gegenständlichen Bestimmungen des Börsengesetzes verantwortlich. Er ist verheiratet und hat keine Sorgepflichten.

Die Aktionärsstruktur der XXXX stellt sich aktuell wie folgt dar:

XXXX

16,04 %

XXXX

15,31 %

XXXX

10,08 %

XXXX

10,90 %

XXXX

7,71 %

XXXX

4,95 %

XXXX

1,43 %

XXXX

4,27 %

XXXX

0,79 %

XXXX

0,53 %

XXXX

0,48 %

Gemeinsam vorgehend iSv § 92 Z 7 BörseG

72,50 %

XXXX XXXX

8,49 %

Streubesitz

19,01 %

1.2. Zu den einzelnen Zwischenschritten bis zur Veröffentlichung der Ad-Hoc-Meldung am 08.03.2016:

1.2.1. Zur Aufsichtsratssitzung vom 12.11.2015:

In der Aufsichtsratssitzung vom 12.11.2015 ist als einziger Punkt der Tagesordnung die "Ermächtigung des Vorstands zur Unterfertigung der Punktation betreffend das Projekt XXXX " gesetzt. Diese Punktation enthält die beabsichtigte Übernahme der XXXX durch die haftungspflichtige Gesellschaft als Asset-Deal sowie den Erwerb von 100% der Anteile an der KAG. Ein Mitglied des Aufsichtsrats hält fest, dass "mit Closing die Bank mit zusätzlichem regulatorischen Kapital in Höhe von mindestens € 10 Mio. zu unterlegen ist." In der Aufsichtsratssitzung wurde daraufhin die Notwendigkeit der Einholung der Zustimmung der HV für die erforderliche Kapitalerhöhung thematisiert. Die Kernaktionäre signalisierten bereits zu diesem Zeitpunkt, die beabsichtigte Kapitalerhöhung mittragen zu wollen. Weiters wurde vom Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die Erstellung eines KMG-Prospekts in etwa 15 Wochen in Anspruch nehmen wird und die Begebung einer Anleihe (nachrangiges Kapital) unter aller Voraussicht als die zeitnah effektivste Variante zur Kapitalbeschaffung bezeichnet.

Die Begebung einer Nachranganleihe wurde in weiterer Folge nicht mehr intensiver verfolgt.

Der Beschwerdeführer nahm an dieser Sitzung teil.

1.2.2. Adhoc-Meldung 20.11.2015 zur Grundsatzvereinbarung Asset-Deal

Am 20.11.2015 veröffentlichte die haftungspflichtige Gesellschaft mittels Adhoc-Meldung die beabsichtigte Übernahme der XXXX und die Information, dass bereits eine Grundsatzvereinbarung hinsichtlich der vertragsgegenständlichen Assets mit der XXXX unterzeichnet wurde, sie lautete wie folgt:

" XXXX beabsichtigt Übernahme des XXXX -Geschäfts

Wien, 20. November 2015. Die XXXX beabsichtigt die Übernahme wesentlicher Geschäftsbereiche der XXXX . Im Rahmen eines Asset Deals sollen der Bankbetrieb der XXXX , die Beteiligung an der Kapitalanlagegesellschaft sowie die Liegenschaft in der XXXX , erworben werden. Eine entsprechende Grundsatzvereinbarung wurde heute von der XXXX und der XXXX unterzeichnet. Der vereinbarte Gesamtpreis wird bei EUR 13 Mio. liegen. Die Transaktion steht unter Vorbehalt entsprechender Organbeschlüsse, aufsichtsbehördlicher Genehmigungen sowie einer vertieften Due Diligence.

Im Fall eines erfolgreichen Abschlusses würde ein Bankinstitut mit einer Bilanzsumme von EUR 500 Mio. entstehen. Die XXXX würde ihre Position am Private-Banking-Markt deutlich stärken und internationalisieren. Kunden der XXXX

würden von der Einbindung in eine renommierte, kapitalstarke Privatbank-Gruppe aus Österreich profitieren. Beide Institute verfügen über ausgezeichnetes Know-how und langjährige Kundenbeziehungen in den Bereichen Private Banking, Vermögensverwaltung und Asset Management. Der Fokus der XXXX auf Immobilien und den Kapitalmarkt würde durch die internationale Expertise sowie die eigene Kapitalanlagegesellschaft der XXXX ergänzt werden.

Ende der Ad-hoc-Mitteilung"

1.2.3. Zur Aufsichtsratssitzung vom 25.11.2015

In der AR-Sitzung der haftungspflichtigen Gesellschaft vom 25.11.2015 wurden unter TOP 8 unter dem Titel "Information zum Status des Projektes , XXXX " die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Abhaltung einer außerordentlichen Hauptversammlung betreffend die Genehmigung des Erwerbs der Bank-Assets sowie der Kapitalerhöhung mittels genehmigtem Kapital bzw. eines Ergänzungs- oder nachrangigem Kapital diskutiert.

Der Beschwerdeführer nahm an dieser Sitzung teil.

1.2.4. Zur Veröffentlichung vom 04.12.2015 zur Einberufung der Hauptversammlung für 29.12.2015

Am 04.12.2015 veröffentlichte die haftungspflichtige Gesellschaft die Einberufung einer HV für den 29.12.2015. Dabei wurden folgende Punkte als Tagesordnungspunkte als gemeinsamer Vorschlag des Vorstands und des Aufsichtsrates vorgelegt:

1. Beschlussfassung über die Zustimmung zum Erwerb des Bankbetriebes der XXXX
2. Beschlussfassung über die Ermächtigung des Vorstands mit Zustimmung des Aufsichtsrates bis 30.11.2020 das Grundkapital durch Ausgabe von bis zu XXXX Stück Inhaberaktien gegen Bareinlage zu erhöhen
3. Beschlussfassung über die Ermächtigung des Vorstands innerhalb von fünf Jahren mit Zustimmung des Aufsichtsrates Wandel- und/oder Optionsschuldverschreibungen mit denen ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf den Erwerb der Gesellschaft verbunden ist, auszugeben
4. Beschlussfassung über die bedingte Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe von bis zu 1.250.000 Stück neuen Inhaberaktien zur Ausgabe an Gläubiger von Wandel- und/oder Optionsschuldverschreibungen zu der der Vorstand in der HV ermächtigt wird. Im Falle einer in den Ausgabebedingungen festgelegten Wandlungspflicht soll dieses Kapital zur Erfüllung der Wandlungspflicht herangezogen werden.

1.2.5. Zum Call mit der XXXX am 07.12.2015

Der Beschwerdeführer und der zweite Vorstand besprachen die Thematik der Wandelschuldverschreibung mit der XXXX . Die Beauftragung der XXXX erfolgte ausschließlich hinsichtlich der Wandelschuldverschreibung und schlug mit Kosten von 20.000 bis 30.000 Euro zu Buche.

1.2.6. Zur Vorstandssitzung vom 09.12.2015

An der Vorstandssitzung vom 09.12.2015 nahmen der Beschwerdeführer sowie der zweite Vorstand, Herr XXXX , teil. Das Protokoll zu TOP 2 mit dem Titel "Wandelschuldverschreibung" lautet:

"Geplante Kapitalmaßnahmen (Wandelschuldverschreibung mit Pflichtwandlung/Additional Tier I) werden besprochen und diverse Varianten, wie im Conference Call mit XXXX vom 07.12.2015 besprochen, nochmals diskutiert. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Verwässerungsschutz der bestehenden Aktionäre zu berücksichtigen, da Wandelschuldverschreibung ohne Bezugsrecht begeben werden soll."

Dabei handelt es sich um ein Resümee-Protokoll. Unter "diverse Varianten" wurden kapitalmarkttechnische Themen der Wandelschuldverschreibung besprochen wie das Pricing, den Kurs der Aktie, den Wandlungspreis, die zuvor bereits mit der XXXX thematisiert worden waren.

1.2.7. Zur Aufsichtsratssitzung vom 17.12.2015

In der AR-Sitzung vom 17.12.2015 steht als einziger Tagesordnungspunkt "1. Information zum Status des Projektes XXXX sowie die Ermächtigung des Vorstandes zum Abschluss eines Unternehmens- und Anteilskaufvertrages" fest. Im Protokoll wird wie folgt festgehalten (Hervorhebungen nicht im Original):

"Bei allen diesen Annahmen wurde von einer zusätzlichen Kapitalausstattung der XXXX im Ausmaß von EUR 10,0 Mio. ausgegangen, d. h. dass aus dem Zuschuss zumindest EUR 5,0 Mio. in das Eigenkapital einfließen und zumindest

weitere EUR 5,0 Mio. durch Kapitalmaßnahmen (Wandelschuldverschreibung) aufgebracht wird. Der Vorstand erläutert die Eckdaten und die Hintergründe einer möglichen Wandelschuldverschreibung, die im 1. Quartal 2016 emittiert werden soll; durch die Wandelschuldverschreibung mit möglicher Pflichtwandlung und unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre kann eine rasche Zufuhr von Tier I Kapital ohne Prospektspflicht und Zeitverzögerungen durch Erstellung und Prüfung der Bilanz vom 31.12.2015 ermöglicht werden. Nach längerer Diskussion über die Platzierungsmöglichkeiten für diese Wandelschuldverschreibung hält der Vorsitzende fest, dass durch die bestehenden Aktionäre zumindest ein Betrag von EUR 3,0 Mio., weiters zumindest EUR 2,0 Mio. aus dem Netzwerk der Bank sowie bis zu weiteren EUR 2,0 Mio. von dritten Investoren aufgebracht werden sollte."

Das Protokoll enthält keine Hinweise auf die Diskussion weiteren möglicher Maßnahmen der Kapitalerhöhung.

1.2.8. Zur Adhoc-Meldung vom 18.12.2015 - Unterzeichnung Asset-Kaufvertrag

Mit Adhoc-Meldung vom 18.12.2015 informierte die haftungspflichtige Gesellschaft über den Abschluss des Asset-Kaufvertrags mit der XXXX und teilt zugleich mit, dass das Closing spätestens für das zweite Quartal 2016 erwartet wird.

1.2.9. Zur Hauptversammlung vom 29.12.2015 und der dazu ergangenen APA-Meldung vom 29.12.2015

Die Beschlüsse gemäß der angekündigten Tagesordnung vom 04.12.2015 (siehe II.1.2.4 und dazu II.2.2.4.) wurden in der Hauptversammlung vom 29.12.2015 gefasst und der Vorstand zur Begebung einer Wandel- oder Optionsschuldverschreibung und eine bedingte Erhöhung des Grundkapitals ermächtigt.

Die haftungspflichtige Gesellschaft teilte in dieser Versammlung den Aktionären mit, dass eine Emission angedacht ist, jedoch noch geprüft wird, welche Art der Finanzierung umgesetzt werden wird.

Am 29.12.2015 veröffentlichte die APA dazu eine Meldung:

" XXXX - XXXX durchgewunken, Kapitalpolster erneuert

Utl.: Mit XXXX -Geschäft kommt mehr als eine Milliarde verwaltetes Vermögen dazu

29. Dezember (APA) - Die XXXX hat am Dienstag in einer Sonderhauptversammlung den im November bekanntgegebenen Kauf der Geschäfte der XXXX fixiert. Außerdem wurden die Kapitalpolster der Bank erneuert. Bis 2020 kann das Kapital um Nominale 4,85 Mio. Euro aufgestockt werden (genehmigtes Kapital). Es können auch Wandelanleihen oder Optionsschuldverschreibungen aufgelegt werden.

Die Beschlüsse in der Hauptversammlung fielen einstimmig, hieß es von der XXXX zur APA nach der Sitzung. In einem Asset Deal übernimmt die XXXX den Bankbetrieb der zur XXXX gehörenden Gesellschaft in Österreich sowie die Beteiligung an der Kapitalanlagegesellschaft. Der Erwerb der Liegenschaft in der XXXX , erfolgt über ein Joint Venture, das mehrheitlich im Besitz der XXXX steht. Der Gesamtkaufpreis wurde zur Zeit der Unterschrift unter die Kaufverträge mit 13 Mio. Euro beziffert. Für die Liegenschaft wird der Kaufpreis in der Hauptversammlungsvorlage mit 20 Mio. Euro beziffert. Beim Erwerb von Bankbetrieb/KAG fließt als Kaufpreis ein Euro, dazu gibt es einen Zuschuss der XXXX von 7 Mio. Euro. Mit der Übernahme steigt vor allem das verwaltete Vermögen um 1,3 Milliarden auf 2,4 Mrd. Euro an. Die Bilanzsumme beträgt derzeit bei der XXXX 128 Mio. Euro, bei der XXXX knapp 560 Mio. Euro. Die XXXX steckt seit geraumer Zeit in Zahlungsschwierigkeiten."

1.2.10. Zur Vorstandssitzung vom 05.01.2016 - Gespräche bzgl. Wandelschuldverschreibung

An der Vorstandssitzung am 05.01.2016 nahmen neben dem Beschwerdeführer und dem zweiten Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft insgesamt drei weitere Personen teil.

In mehreren Tagesordnungspunkten wird auf das Projekt XXXX Bezug genommen.

Unter Top 4 mit dem Titel "Tourlicher Jour Fixe - Corporate Finance" findet sich sowohl der Punkt "Projekt XXXX /Vorbereitung FMA Termin" als auch der Punkt "Wandelschuldverschreibung für Projekt XXXX ", weitere Informationen zu diesem Tagesordnungspunkt finden sich im Protokoll nicht.

Top 6 trägt den Titel " XXXX /Wandelschuldverschreibung, das Protokoll dazu lautet: "Die Interessensbekundung durch XXXX an der Wandelschuldverschreibung an der XXXX im Zusammenhang mit dem Projekt XXXX wird vom Vorstand zur Kenntnis genommen jedoch auf die Zulassungen in Zypern und Malta verwiesen."

Top 10 ist betitelt mit "Wandelschuldverschreibung / XXXX ", das Protokoll dazu lautet: "Wandelschuldverschreibung /

Gespräche mit

XXXX werden durch XXXX und XXXX weitergeführt; XXXX verweist auf XXXX."

Die unter Top 10 angeführten Gespräche wurden vom zweiten Vorstand getätigt und betrafen das Pricing der Wandelschuldverschreibung.

1.2.11. Zur Vorstandssitzung vom 13.01.2016

An der Vorstandssitzung am 13.01.2016 nahm neben dem Beschwerdeführer und dem zweiten Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft noch eine weitere Person teil.

Unter Top 5 mit dem Titel "Projekt Wandelschuldverschreibung" wird festgehalten: "Projekt Wandelschuldverschreibung wird zügig mit XXXX fortgesetzt; erste Vorschläge sollten nächste Woche vorliegen."

Die genannten "ersten Vorschläge" sind Vorschläge der XXXX zum Pricing der Wandelschuldverschreibung und Berechnungsszenarien zur Wandelschuldverschreibung dazu.

Es gibt keine Tagesordnungspunkte zu anderen möglichen Kapitalerhöhungen zu diesem Projekt.

1.2.12. Zum Termin in der FMA am 20.01.2016

Im Rahmen einer Präsentation in der FMA mit dem Titel "Managementgespräch FMA - Kauf der XXXX durch die XXXX " am 20.01.2016 stellten der Beschwerdeführer und der zweite Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft u.a. auch eine geplante Pflichtwandelanleihe vor. Die Folie 19 der bei diesem Termin gezeigten Power-Point-Präsentation trägt den Titel "F. Geplante Kapitalmaßnahme" und beinhaltet folgende Aufzählung:

"-

Emission einer Wandelschuldverschreibung mit Wandlungspflicht

-

Ausschluss des Bezugsrechts

-

Volumen bis EUR 10 Mio. (Tier II) genehmigt

-

Wandlung in Tier I Kapital vorgesehen

-

Genehmigtes Kapital wurde im Zuge einer a.o. HV am 29.12.2105 beschlossen

-

Voraussichtlicher Emissionstermin: Ende 1. Quartal 2016

-

Geplantes Volumen: rund EUR 5 Mio."

Die Präsentation wurde von einem Mitarbeiter der haftungspflichtigen Gesellschaft erstellt und war hauptsächlich dem Thema der Integration des Bankgeschäfts der XXXX in das Bankgeschäft der haftungspflichtigen Gesellschaft gewidmet.

An dem Termin nahmen neben dem Beschwerdeführer und dem zweiten Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft Mitarbeiter der belangten Behörde aus dem Bereich der Bankenaufsicht teil.

Es wurde weder zu diesem Termin noch zu einem anderen Termin an die für die Adhoc-Meldepflicht zuständige Fachabteilung der belangten Behörde eine Anfrage zur Meldepflicht zur Wandelschuldverschreibung gestellt.

1.2.13. Zum Email der XXXX vom 18.02.2016

Dieses Email erging an den Beschwerdeführer, seinen gewillkürten Vertreter, weitere Adressaten in der haftungspflichtigen Gesellschaft sowie in der XXXX und weitere Adressaten in der Kanzlei des gewillkürten Vertreters. Es lautet:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

wir dürfen nochmals die wesentlichen aufsichtsrechtlichen Punkte aus unserem letzten Call zur Pflichtwandelschuldverschreibung zusammenfassen:

* Als Anrechnungsvoraussetzung für zusätzliches Kernkapital gilt, dass die Instrumente zeitlich unbefristet sein müssen (Artikel 52 Abs. 1 lit. g CRR). Die Bedingungen könnten bei streng formaler Interpretation so ausgelegt werden, dass wir Laufzeit bis 31.03.2017 vorgesehen haben.

o Wir empfehlen daher eine Abstimmung mit der FMA. Da eine Umwandlung in hartes Kernkapital (CET 1) erfolgen soll, ist zu erwarten, dass dieser Punkt problemlos sein wird.

* Zeitpunkt: Die Anrechenbarkeit ist gegeben ab Begebung und Einzahlung (Artikel 52 Abs 1 lit. a CRR)

Freundliche Grüße,..."

Der bezogene letzte Call fand am selben Tag oder am Tag davor statt.

1.2.14. Zur AR-Sitzung vom 23.02.2016

Im Protokoll der Aufsichtsratsitzung vom 23.02.2016 heißt es unter anderem (Beilage ./5h)

Zu Punkt 2. der Tagesordnung mit dem Titel "Vorlage des vorläufigen Ergebnisses 2015 sowie Vorlage des ‚Budgets 2016 gem. UGB'" wird unter anderem wie folgt festgehalten:

"Herr XXXX erklärt, dass seinem Erachten nach eine geringere Ausschüttung besser wäre damit mehr Potential in der Bank verbleibt. Herr XXXX möchte diesbezüglich erst das tatsächlich gezeichnete Emissionsvolumen der Wandelschuldverschreibung sowie die Klärung der Eigenmittel- und Steuerfragen im Zuge der Übernahme der XXXX abwarten. Ebenso ist eine Entscheidung für die Höhe der Dividendenauszahlung erst in der Sitzung im April 2016 beim Feststellen der Bilanz möglich."

Zu Punkt 9. der Tagesordnung mit dem Titel "Information über das Projekt XXXX - Tier I / Wandelanleihe" wird wie folgt festgehalten:

"Herr XXXX verweist auf den vorliegenden Entwurf des Term-Sheets sowie dem Entwurf der Investorenpräsentation für die Ausgabe von nicht besicherten, nachrangigen Wandelschuldverschreibungen mit Wandlungspflicht, welche zur Stärkung der Eigenmittel aufgrund der Übernahme des XXXX Bankbetriebes dienen soll.

Er informiert, dass ein Emissionsvolumen bis zu € 7 Mio. geplant ist, wobei wir von einem Mindestemissionsvolumen von € 5 Mio. ausgehen. Die Laufzeit soll 1 Jahr, ab 01.04.2016 bis 31.03.2017, betragen. Am Laufzeitende wird die Anleihe in neue Stückaktien der XXXX gewandelt werden. Die geplante Verzinsung der Wandelschuldverschreibung soll sich auf 4,25% p.a. fix betragen und am 31.03.2017 nachträglich fällig sein. Der Wandlungspreis ist derzeit mit € 7,50/ Aktie vorgesehen. Als voraussichtliche Zeichnungsfrist wird der Zeitraum von 08.03.2016 bis 31.03.2016 angepeilt.

Herr XXXX und Herr XXXX informieren, dass sie von Interessenten zur Zeichnung der Anleihe angesprochen wurden; die Kontakte werden an den Vorstand der XXXX weitergeleitet. Weiters wird festgehalten, dass von den Kernaktionären und nahestehenden Dritten € 3 Mio. gezeichnet werden.

Auf die Frage von Herrn XXXX, was passiert, wenn wir nicht das angestrebte Emissionsvolumen von € 5 Mio. erreichen, erklärt Herr XXXX, dass in diesem Fall die geplante Dividende geringer ausfallen wird bzw. nicht ausgeschüttet werden kann. [...]"

Zum Projekt XXXX wird unter "Allfälliges" eine außerordentliche Aufsichtsratsitzung am 04.03.2016 um 09.00 Uhr vereinbart.

1.2.15. Zur Vorstandssitzung vom 25./26.02.2016

Im Protokoll der Vorstandssitzung vom 25./26.02.2016 heißt es unter anderem:

"Top 4: Projekt XXXX

Im Rahmen der VST-Sitzung wird auch ein Conference Call mit XXXX, DLA Piper, Ernst & Young zum Projekt XXXX abgehalten, Pricing sowie weitere Vorgangsweise für eine Fairness opinion und Anleihebedingungen sowie Adhoc-Verpflichtungen werden im Detail besprochen."

1.2.16. Zum E-Mail an die FMA am 26.02.2016

Am 26.02.2016 übermittelte der gewillkürte Vertreter des Beschwerdeführers und der haftungspflichtigen Gesellschaft der FMA folgendes Email:

"Wie Sie wissen, erfordert der Erwerb des Bankbetriebes der XXXX erhebliche Mittel und soll dementsprechend die Eigenmittelausstattung der XXXX (tier 1 Kapital) erhöht werden. Wie nach meinen Informationen bereits mit der FMA vorbesprochen, wird die XXXX in Kürze eine Wandelschuldverschreibung begeben. Diese soll eine Laufzeit von rund einem Jahr haben. Danach wird eine Pflichtwandelung (dh keine bloße Option) in Aktien der XXXX erfolgen.

Gemäß Art 52 Abs 1 lit g CRR ("Instrumente des zusätzlichen Kernkapitals") müssen diese Instrumente zeitlich unbefristet sein und dürfen die für die Instrumente geltenden Bestimmungen keinen Tilgungsanreiz für das Institut enthalten.

Aufgrund der vorgesehenen Pflichtwandelung nach einem Jahr in Aktien der XXXX sind die geplanten Wandelschuldverschreibungen isoliert betrachtet nicht "zeitlich unbefristet", da sie mit der Pflichtwandelung (als Anleihen) "enden". Durch die Pflichtwandelung wird allerdings aus zusätzlichem Kernkapital hartes Kernkapital (Aktien), sodass nach unserem Verständnis die entsprechende Ausgestaltung unproblematisch und sogar vorteilhaft sein sollte, da sich mit der Wandelung noch eine "härtere" Ausgestaltung ergibt (aus Wandelanleihen werden Aktien).

Da ich Sie krankheitsbedingt gestern und heute nicht erreichen konnte, bitte ich Sie hiemit um kurze Bestätigung, ob Sie diese Auffassung teilen; wenn Sie noch Fragen haben, können wir dazu natürlich gerne auch noch sprechen."

1.2.17. Zum Vorstandsbeschluss vom 04.03.2016 - Grundsatzbeschluss über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibung mit Wandelungspflicht

Der Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft fasst am 04.03.2016 auf Grundlage der Hauptversammlungsermächtigung vom 29.12.2015 einen Rahmenbeschluss über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen mit Wandelungspflicht. Diese Wandelschuldverschreibungen sollen entweder mittels öffentlichem Angebot oder im Rahmen einer Privatplatzierung an ausgewählte Investoren platziert werden.

Der Rahmen der Konditionen wird darin detailliert beschrieben:

- Emissionsvolumen: bis zu EUR 7 MEUR
- Ausgabepreis: 100% des Nennbetrags
- Stückelung: EUR 50.000
- Mindesterwerbsbetrag: EUR 100.000
- Laufzeit: 1 Jahr
- Wandelungspreis: EUR 7,00 je neuer Aktie
- Zinssatz: 4,0% p.a.
- Gewinnberechtigung der neuen Aktien - resultierend aus der Wandelung - ab 01. Januar 2016

Die sonstigen Ausgabe- und Ausstattungsmerkmale sowie die Anleihebedingungen der Wandelschuldverschreibung sollen in einem Durchführungsbeschluss des Vorstandes nach Abschluss der Platzierung festgesetzt werden. Das gleiche gilt für die weiteren Einzelheiten der Durchführung der bedingten Kapitalerhöhung durch Ausgabe von bis zu 1.250.000 Stück neuen Aktien (insbesondere Ausgabekurs, Inhalt der Aktienrechte, Zeitpunkt der Dividendenberechtigung).

1.2.18. Zur AR-Sitzung vom 04.03.2016

Im Protokoll der Aufsichtsratssitzung vom 04.03.2016, die eine Stunde dauerte, heißt es unter anderem (Hervorhebungen nicht im Original):

"[...] Herr XXXX verweist ebenso auf die Anleihebedingungen und erklärt, dass wenn die Kernkapitalquote unter 5,125% fällt, wird eine sofortige Wandlung in Aktien vorgenommen.

Auf Anfrage von Herrn XXXX, ob im Zusammenhang mit der Begebung dieser Anleihe eine Dividendenausschüttung für 2015 zu einer Korrektur des Wandlungspreises führt, erklärt Herr XXXX, dass in diesem Modell keine Korrektur bei Dividendenzahlung berücksichtigt wurde. Er hält fest, dass die für 2015 angenommene Ausschüttung von € 0,50/Aktie nur realistisch ist, wenn ein Emissionsvolumen von zumindest € 5 Mio. erreicht wird. Herr XXXX erklärt in diesem Zusammenhang zur Eigenkapitalsituation, dass der Zuschuss der XXXX (nach Abzug Re-Strukturierung und Steuern) in Höhe von 4,5 Mio. und ein Betrag in Höhe von € 1 Mio. aus dem Ergebnis 2015 voraussichtlich den freien Rücklagen zugerechnet werden kann, welcher wiederum um € 0,5 Mio. bedingt durch einen allfälligen Verlust aus dem 1. Quartal zu reduzieren ist.

Somit ergibt sich eine Eigenkapitalverbesserung von € 5 Mio., welches um zumindest € 5 Mio. durch die Wandelschuldverschreibung erhöht werden muss, um eine Eigenmittelaufstockung in Höhe von € 10 Mio. für die Gesamttransaktion XXXX zu erreichen. Als Puffer für eine geringere Zeichnung der Wandelanleihe wurde eine Reduktion der geplanten Dividendenausschüttung in Höhe von € 2 Mio. vorgesehen.

Herr XXXX berichtet, dass es auf unserer Kundenseite ein paar potentielle Interessenten gibt. Auf Seiten der Kernaktionäre der Bank wird mit einem Zeichnungsvolumen von € 3 Mio. gerechnet. Herr XXXX und Herr XXXX informieren ebenso, dass sie mögliche Interessenten für die Zeichnung der Anleihe haben und werden diese an Herrn XXXX zur Kontaktaufnahme weiterleiten. Des Weiteren wird festgehalten, dass die Zeichnungsfrist vom 09.03.2016 bis 30.03.2016 läuft und erst ab der Adhoc-Meldung am 08.03.2016 die vorliegende Präsentation und das Term-Sheet an Dritte weitergegeben werden darf.

"[...]"

Noch am 04.03.2016 erfolgt die Zustimmung des Aufsichtsrats mit Rahmenbeschluss.

1.2.19. Zur Anzeige gemäß § 73 Abs. 1 Z 7 BWG zur beabsichtigten Emission vom 04.03.2016

Am 04.03.2016 erstattet die haftungspflichtige Gesellschaft eine Anzeige gemäß § 73 Abs. 1 Z 7 BWG zur beabsichtigten Emission von Wandelschuldverschreibungen, die dem Kernkapital zugerechnet werden sollen. Unter Beschreibung des Kapitalinstruments werden unter anderen folgende Angaben gemacht:

"• Kapitalerhöhung oder Aufstockung einer sonstigen bestehenden Emission (Ja / Nein): Nein, keine ordentliche Kapitalerhöhung (die emittierten Pflichtwandelschuldverschreibungen werden im Jahr 2017 im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus bedingtem Kapital in neue Aktien gewandelt werden)

• Datum der Ausgabe/Emission: 01.04.2016

• Angaben zur Laufzeit (unbefristetes Instrument / Instrument mit begrenzter Laufzeit): 1 Jahr, jedoch danach Pflichtwandlung in CET1 mit unbegrenzter Laufzeit

• Angabe zu Coupon / Dividende (fix / variabel / fix zu variabel / variabel zu fix): 4,0 % p.a. fix, Dividendenberechtigung ab dem Geschäftsjahr 2016

• Angabe, ob das Instrument mit Wandlungsrecht ausgestaltet ist (Ja / Nein): Nein, es besteht kein Wandlungsrecht, sondern eine Wandlungspflicht

• Für Kapitalinstrumente mit Wandlungsrecht: Angabe der Quote und Obergrenze für die Umwandlung oder der Spanne, innerhalb derer Instrumente umgewandelt werden: Gemäß den Anleihebedingungen wird auf Basis eines Wandlungspreises von EUR 7,00 je Aktie und einem Emissionsvolumen von bis zu EUR 7 Mio. in bis zu 1.000.000 Stück neue Aktien mit einem anteiligen Betrag des Grundkapitals der Gesellschaft von EUR 2,27 je Aktie gewandelt werden."

1.2.20. Zur telefonischen Mitteilung der FMA vom 04.03.2016 an BFV zur Wandlung

In einem Telefonat eines Mitarbeiters der FMA, Herrn Mag. XXXX, mit dem BFV XXXX am 04.03.2016, teilte Mag. XXXX mit, dass rechtzeitig vor der Wandlung eine Genehmigung der FMA einzuholen ist, damit die Anrechnung als Kernkapital zulässig ist.

1.2.21. Zur Ad-Hoc Meldung vom 08.03.2016

Am 08.03.2016 veröffentlichte die haftungspflichtige Gesellschaft eine Ad-hoc Meldung, wonach sie im Zusammenhang mit dem Erwerb des Bankbetriebes der XXXX eine Pflichtwandelanleihe bis zur EUR 7 Mio. begibt.

Der Zeitpunkt der Adhoc-Meldung stand spätestens seit dem Aufsichtsratsbeschluss vom 04.03.2016 mit 08.03.2016 fest.

1.2.22. Zum Vorstandsbeschluss vom 30.03.2016 zur Durchführung der Pflichtwandelanleihe

Am 30.03.2016 fasst der Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft den Durchführungsbeschluss betreffend der Wandelschuldverschreibung zu den dort angeführten Anleihebedingungen. Abweichend vom Grundsatzbeschluss beträgt das Emissionsvolumen EUR 5,1 Mio. Das Wandlungsverhältnis wird mit 7.142 Aktien zuzüglich Barausgleich für Spitzenbeträge pro Wandelanleihe festgesetzt. Dieser Durchführungsbeschluss stand unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats, welche jedoch noch am selben Tag erfolgte.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft:

Die Feststellungen zum Beschwerdeführer und seiner Funktion sowie der haftungspflichtigen Gesellschaft ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch sowie dem im Akt aufliegenden Bestellungsschreiben (Beilage ./1 zum FMA-Akt; Beilage ./2 zu ON 5 im FMA-Akt) und den Angaben des Beschwerdeführers in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten.

2.2. Zu den einzelnen Zwischenschritten bis zur Veröffentlichung der Ad-hoc-Meldung am 08.03.2016:

2.2.1. Zur Aufsichtsratssitzung vom 12.11.2015:

Die Feststellungen zu dieser Sitzung und ihrem Inhalt ergeben sich aus dem eindeutigen Protokoll (Protokoll zur AR-Sitzung 12.11.2015, Beilage ./5a zum FMA-Akt).

2.2.2. Zur Adhoc-Meldung vom 20.11.2015

Der Inhalt der Ad-hoc-Meldung ergibt sich aus der Meldung selbst, diese liegt im Akt auf und wurde nicht bestritten (Beilage ./9 zum FMA-Akt).

2.2.3. Zur Aufsichtsratssitzung vom 25.11.2015

Die Feststellungen zu dieser Sitzung und ihrem Inhalt ergeben sich aus dem eindeutigen Protokoll (Protokoll zur AR-Sitzung 25.11.2015, Beilage ./5c zum FMA-Akt).

2.2.4. Zur Veröffentlichung vom 04.12.2015 zur Einberufung der Hauptversammlung für 29.12.2015

Die Feststellungen zu dieser Veröffentlichung ergeben sich aus der im Akt einliegenden, unbestrittenen Kopie dieser Meldung (Beilage ./10 zum FMA-Akt).

2.2.5. Zum Call mit der XXXX am 07.12.2015

Die Feststellungen dazu ergeben sich aus der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Verantwortung des Beschwerdeführers vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 5 und 6), aus der sich ergibt, dass es sich entgegen der Aussage des Zeugen XXXX (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 5 und 6), bei diesem Gespräch nicht darum gehandelt hatte, ob die XXXX das Mandat überhaupt übernehme, sondern vielmehr die unterschiedlichen Aspekte der Wandelschuldverschreibung erstmals besprochen wurden. Aus eben diesen beiden Aussagen wiederum ergibt sich, dass die XXXX explizit nur für die Fragestellung der Wandelschuldverschreibung beauftragt wurde, wobei darauf hinzuweisen ist, dass in seiner ersten Antwort auf diese Frage der Beschwerdeführer durchaus nachvollziehbar darstellt, dass gewöhnliche Maßnahmen der Kapitalerhöhung durchaus im Haus durchführbar waren, nur für die komplizierteste Variante, die Wandelschuldverschreibung Know-How von außen benötigt gewesen wäre, und erst auf Nachfrage zum Conference Call meinte, man habe natürlich auch alle anderen Varianten besprochen. Da aber jegliche Aufzeichnung über derartige Gespräche fehlen und nicht nachvollziehbar ist, warum diese, so sie besprochen wurden, nicht en detail erwähnt werden und auch nicht in das Protokoll vom 09.12.2015, auch wenn es nur ein Resümeeprotokoll ist, aufgenommen wurden, ist davon auszugehen, dass alleiniges Thema sowohl des Conference Calls als auch der Vorstandssitzung (siehe 2.2.6.) jenes der Wandelschuldverschreibung war. Aus diesen Gründen konnte auch die Behauptung in der Stellungnahme vom 20.04.2016 (Beilage ./6 zum FMA-Akt), es sei erst Anfang

Februar 2016 zu einer Mandatierung der XXXX gekommen, nicht den Feststellungen zugrunde gelegt werden, da aus den Ausführungen des Beschwerdeführers und des Zeugen klar ersichtlich ist, dass diese Beauftragung bereits im Dezember 2015 vorlag. Die Bezifferung der Kosten für diese Beauftragung fußt auf den Angaben des Zeugen in der Verhandlung (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 12), wobei hier auch hervorzuheben ist, dass der Beschwerdeführer selbst in der Verhandlung im Hinblick auf das zu investierende Geld für eine Beratung - dort zu den Möglichkeiten der ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. zum nachrangigen Kapital - angibt, dass "derartige Vorbereitungsarbeiten ohne eine konkrete Entscheidung dafür nicht begonnen werden" (BVwG- Akt, OZ 4, Seite 5).

2.2.6. Zur Vorstandssitzung vom 09.12.2015

Der Inhalt der Vorstandssitzung vom 09.12.2015 ergibt sich zum einen aus dem vorliegenden, unzweifelhaften Protokoll (Beilage ./5d zum FMA-Akt) und zum anderen aus der Verantwortung des Beschwerdeführers in der Verhandlung vom 20.12.2018 (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 6). Wie unter 2.2.5 ausgeführt, ist davon auszugehen, dass lediglich die Wandelschuldverschreibung Thema bei dieser Sitzung war. Das ergibt sich auch aus der Aussage des Beschwerdeführers auf die Frage, was unter "diverse Varianten" zu verstehen ist, referenziert dieser dort nicht auf andere Arten der Kapitalerhöhung, sondern auf Details zur Wandelschuldverschreibung (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 6).

2.2.7. Zur Aufsichtsratsitzung vom 17.12.2015

Der Inhalt des Protokolls ergibt sich aus der unzweifelhaften Urkunde (Beilage ./5e zum FMA-Akt), weitere Inhalte dieser Sitzung, die nicht im Protokoll berücksichtigt wurden, haben sich im Verfahren nicht ergeben (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 7).

2.2.8. Zur Adhoc-Meldung vom 18.12.2015 - Unterzeichnung Asset-Kaufvertrag

Die Feststellungen zu dieser Veröffentlichung ergeben sich aus der im Akt einliegenden, unbestrittenen Kopie dieser Meldung (Beilage ./11 zum FMA-Akt).

2.2.9. Zur Hauptversammlung vom 29.12.2015 und der dazu ergangenen APA-Meldung vom 29.12.2015

Die Feststellungen zur Veröffentlichung ergeben sich aus der im Akt einliegenden, unbestrittenen Kopie dieser Meldung (Beilage ./18 zum FMA-Akt). Der Inhalt der Mitteilung an die Aktionäre ergibt sich aus der Stellungnahme der haftungspflichtigen Gesellschaft vor der belangten Behörde (Beilage ./6 zum FMA-Akt), wonach die verschiedenen Optionen für die Stärkung der Eigenkapitalquote aufgrund des Erwerbes des Bankbetriebes der XXXX samt der Beteiligung an der XXXX Kapitalanlagegesellschaft m.b.H. in der Hauptversammlung angeführt worden waren, um ein möglichst breites Spektrum an Möglichkeiten zu schaffen. Auch sei aus demselben Grund der Hauptversammlung vorgeschlagen worden, "sowohl genehmigtes als auch ein bedingtes Kapital (samt Möglichkeit der Ausgabe einer Wandelschuldverschreibung) zu beschließen".

2.2.10. Zur Vorstandssitzung vom 05.01.2016 - Gespräche bzgl. Wandelschuldverschreibung

Der Inhalt des Protokolls sowie die Anwesenden ergeben sich aus der unzweifelhaften Urkunde (Beilage ./5f zum FMA-Akt). Die Feststellung zum Inhalt der unter Top 10 genannten Gespräche fußt auf der Aussage des Zeugen XXXX, der in seiner Vorstandsfunktion diese Gespräche führte (BVwG-Akt, OZ 4, Seite 12), der Zeuge scheint mit dem Kürzel XXXX im Protokoll dazu auf.

2.2.11. Zur Vorstandssitzung vom 13.01.2016

Der Inhalt des Protokolls sowie die Anwesenden ergeben sich aus der unzweifelhaften Urkunde (Beilage ./5g zum FMA-Akt). Was unter "ersten Vorschlägen" zu verstehen ist, ergibt sich aus der unmittelbaren Aussage des Beschwerdeführers in der Verhandlung (BVwG-Akt, OZ 3, Seite 7), womit sich auch klar ergibt, dass hier bereits Details gemeint waren und nicht wie in der Beschwerde behauptet, die Überlegungen erst am Anfang standen.

2.2.12. Zum Termin in der FMA am 20.01.2016

Der Inhalt der Präsentation ergibt sich zweifelsfrei aus der im Akt aufliegenden ausgedruckten Version derselbigen (Beilage ./25 zum FMA-Akt). Die teilnehmenden Personen ergeben sich aus den Aussagen des Beschwerdeführers sowie aus den Aussagen der Vertreter der belangten Behörde in der Verhandlung (BVwG-Akt, OZ 4, Seiten 8 und 17). Die Feststellung zur unterlassenen Anfrage ergeben sich ebenso aus diesen Aussagen, insbesondere wurde nicht einmal behauptet, dass derartige Anfragen getätigt worden wären.

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at