

TE Bwvg Erkenntnis 2021/4/16 W276 2232379-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.04.2021

Entscheidungsdatum

16.04.2021

Norm

BörseG 2018 §155 Abs1 Z2

BörseG 2018 §156 Abs3 Z2

B-VG Art133 Abs4

FMABG §22 Abs2a

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §5

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs2

VwGVG §29

VwGVG §50 Abs1

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

Spruch

W276 2232379-1/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Gert WALLISCH als Vorsitzenden und die Richterin Dr. Sibyll BÖCK und den Richter Mag. Peter KOREN als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Schuppich Sporn & Winischhofer Rechtsanwälte XXXX , gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom XXXX zu XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 05.03.2021 und am 24.03.2021 zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Strafnorm lautet Art 17 Abs 1 Marktmissbrauchsverordnung (VO EU Nr. 596/2014 - MAR) iVm § 155 Abs 1 Z 2 iVm § 156 BörseG 2018 (BGBl I Nr 107/2017).

III. Die beschwerdeführende Partei hat gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG einen Beitrag in Höhe von EUR 63.600 zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu leisten.

IV. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde beträgt EUR 31.800.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (belangte Behörde, kurz „belBeh“ oder „FMA“) vom XXXX zu XXXX wendet sich gegen die XXXX (beschwerdeführende Partei, „bFP“ oder „ XXXX“) als Beschuldigte. Der Spruch dieses Straferkenntnisses lautet wie folgt:

„Die XXXX (in der Folge XXXX), eine Emittentin, deren Aktien im Markt Amtlicher Handel im Marktsegment Prime Market der Wiener Börse AG mit der ISIN XXXX sowie an der Börse XXXX notieren, mit Geschäftsanschrift XXXX, hat als juristische Person folgenden Verstoß zu verantworten:

Die XXXX hat es im Tatzeitraum (11.04.2018 – 12.04.2018) an ihrem Unternehmenssitz unterlassen, eine sie unmittelbar betreffende Insiderinformation, und zwar den Gewinn der internationalen Ausschreibung betreffend die Erbringung von XXXX für die XXXX in Österreich ab 01.01.2019 für die Dauer von drei Jahren, so bald wie möglich ab 11.04.2018, 15:30 Uhr gemäß Art 17 Abs 1 erster Satz Verordnung (EU) 596/2014 (MAR-VO) der Öffentlichkeit bekannt zu geben.

Bei der oben genannten Information handelt es sich um eine öffentlich nicht bekannte, präzise Information gemäß Art 7 Abs 1 lit a MAR, die XXXX direkt betraf und die – wäre sie öffentlich bekannt geworden – geeignet wäre, den Kurs der Aktien der XXXX erheblich zu beeinflussen. Erst am 12.04.2018, 8:27 Uhr – und somit nicht so bald wie möglich – wurde die genannte Information mit Ad-hoc Mitteilung veröffentlicht.

Die Verantwortlichkeit der XXXX ergibt sich folgendermaßen:

Der im Tatzeitraum (11.04.2018 bis 12.04.2018) zur Vertretung nach außen berufene Vorstand der XXXX (Herr XXXX, siehe dazu den beiliegenden Auszug aus dem Firmenbuch, der einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses bildet) hat selbst gegen die angeführte Verpflichtung verstoßen und er hat durch mangelnde Überwachung und Kontrolle die Begehung des angeführten Verstoßes durch eine für XXXX tätige Person ermöglicht. Dies wird der XXXX zugerechnet.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

Art 17 Abs 1 Marktmissbrauchsverordnung (Verordnung (EU) Nr. 596/2014 – MAR) iVm § 155 Abs 1 Z 2 iVm § 156 BörseG 2018 (BGBl I Nr 107/2017)

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

Gemäß §§ 156 Abs 3 Z 2 BörseG 2018, BGBl I Nr 107/2017 iVm § 156 Abs 4 BörseG 2018, BGBl I Nr 107/2017

318.000 Euro

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

? 31.800 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 349.800 Euro.“

2. Die Aufforderung der FMA zur Rechtfertigung erging am 18.06.2019 (ON 04). Dieser Aufforderung kam die bfp mit Eingabe vom 12.07.2019 fristgerecht nach (ON 05).

Die bfp teilte in ihrer Rechtfertigung (ON 03) zunächst mit, dass sie nicht nur an der Wiener Börse sondern auch an der Börse in XXXX notiert sei.

Sie müsse daher jede Information, die potentiell nach dem österreichischen bzw. europäischen Recht oder nach dem XXXX Recht eine Veröffentlichungspflicht nach sich ziehen könne, dahin prüfen, ob eine Veröffentlichungspflicht nach dem einen oder anderen Recht gegeben ist. Sofern diese Prüfung ergäbe, dass eine Veröffentlichung nach dem einen oder anderen Recht geboten ist, habe sie dafür zu sorgen, dass die Veröffentlichung zeitgleich in den nach dem europäischen Recht und dem XXXX Recht dazu vorgesehenen Veröffentlichungsmedien in deutscher, englischer und XXXX Sprache vorgenommen wird. Jede andere Vorgehensweise würde den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen, die Organe der bfp straf- und haftbar machen und in aller Regel zu einer Marktmanipulation führen.

Konkret habe die bfp folgende Prüfschritte setzen müssen (ON 05, S. 2 und 3):

- Identifikation einer Information, die potentiell nach dem österreichischen bzw. europäischen Recht oder nach dem XXXX Recht eine Veröffentlichungspflicht nach sich ziehen kann
- Prüfung, ob eine Veröffentlichungspflicht nach dem österreichischen bzw. europäischen Recht oder nach dem XXXX Recht gegeben ist
- gegebenenfalls, Vorbereitung eines Textes für die Veröffentlichung
- gegebenenfalls, Übersetzung dieses Textes in die englische und XXXX Sprache
- gegebenenfalls, technische Vorbereitung der Veröffentlichung in den nach dem österreichischen bzw. europäischen Recht einerseits und nach dem XXXX Recht andererseits vorgesehenen (unterschiedlichen) Veröffentlichungsmedien
- gegebenenfalls, tatsächliche zeitgleiche Freischaltung der Veröffentlichung in den (unterschiedlichen) Veröffentlichungsmedien

Die bfp sei seit 1987 XXXX der XXXX der XXXX in Österreich und seit 2007 XXXX der gesamten Flotte der XXXX in Österreich.

Die bfp habe sich im Jahr 2016 an der internationalen Ausschreibung für die Erbringung der XXXX eistungen der XXXX in Österreich für den Zeitraum ab 1. Jänner 2019 beteiligt. Das Ausschreibungsverfahren habe letztlich länger als 2 Jahre gedauert. Der Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen sei während des Ausschreibungsverfahrens hinsichtlich des Umfang der zu vergebenden XXXX leistungen, die fixe Laufzeit, mögliche Verlängerungsmodalitäten und -optionen mehrfach geändert worden.

XXXX habe sich den Abbruch des Ausschreibungsverfahrens, die Gestaltung der zu vergebenden XXXX leistungen und die Laufzeit vorbehalten. Die bfp habe daher verschiedene Varianten angeboten. Die bfp habe nicht gewusst, wofür sich XXXX letztlich entscheiden würde, falls sie die bfp gewinnen würde.

An der Ausschreibung habe auch die XXXX teilgenommen, die der weltweit zweitgrößte XXXX und eine 100% Tochtergesellschaft des XXXX sei.

Die bfp verwies zudem auf die Call Option von XXXX .

Die bfp habe keine schriftliche Verständigung darüber erhalten, dass sie die Ausschreibung gewonnen habe.

Die Verlängerung des XXXX vertrages zwischen der bfp und der XXXX habe vom Umsatzvolumen her keine besondere wirtschaftliche Rolle für die bfp gespielt.

Am 11. April 2018 hätten sich beide Vorstandsmitglieder der bfp, XXXX und XXXX , auf einer XXXX messe in XXXX aufgehalten. Gegen 15:30 Uhr habe XXXX einen Anruf eines Mitarbeiters der XXXX erhalten, der ihm mitgeteilt habe, dass die bfp als XXXX der XXXX ausgewählt worden sei. Bei diesem Telefonat sei nicht hervorgekommen, ob es ein Zuschlag oder nur eine interne Empfehlung an den Vorstand der XXXX gemeint gewesen sei, die bfp zu beauftragen, ob die XXXX ihre Call Option ausgeübt oder darauf bereits verzichtet habe, welchen Leistungsumfang und welchen Zeitraum der Zuschlag umfasst habe, ob es eine Verlängerungsoption gegeben habe.

Am Weg zum Flughafen habe der Vorstand der bFP den Auftrag gegeben, zu prüfen, ob eine veröffentlichungspflichtige Information vorliege und für alle Fälle eine Ad hoc-Meldung vorzubereiten. Vor dem Abflug gegen 22:00 Uhr habe XXXX die juristische Auskunft erhalten, dass sich aus dem Inhalt des Telefonates keine ausreichend präzise Information ergeben hätte, die überhaupt einer Veröffentlichung als Insiderinformation zugänglich wäre. Gegen 23:00 Uhr sei ihm die juristische Auskunft erteilt worden, dass die Verlängerung des seit 30 Jahren mit XXXX bestehenden XXXX vertrages grundsätzlich keine zu veröffentlichende Insiderinformation darstelle. Aus Vorsichtsgründen sollte die zwischenzeitlich konkretisierte Information über die Fortsetzung des XXXX verhältnisses ad Hoc veröffentlicht werden.

Die bFP habe die Ad-hoc Meldung sofort fertiggestellt und noch vor Mitternacht (österreichischer) Zeit in die englische Sprache übersetzen und zu den Verantwortlichen in XXXX zum Zwecke der Übersetzung in die XXXX Sprache senden lassen. Diese Email sei am 11. April um 23:36 Uhr (österreichischer Zeit) per Email nach XXXX übermittelt worden.

Die Veröffentlichung der Ad-Hoc-Meldung in deutscher, englischer und XXXX Sprache sei am 12. April 2018 vor 8:00 Uhr eingeleitet worden und sei um 8:27 Uhr erfolgt.

3. Mit Urkundenvorlage vom 15.08.2019 brachte die bFP folgende Dokumente in das Verfahren ein:

- XXXX Ausschreibung, On Board XXXX , Konzeption, Produktion, Logistik
- E-Mail XXXX an XXXX vom 02.02.2018 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 13.11.2017 betreffend „ XXXX Angebot 13.11.2017“
- E-Mail XXXX an XXXX vom 18.12.2017 betreffend „ XXXX “
- Email von unbekanntem Absender an unbekanntem Empfänger (beides geschwärzt) vom 21.09.2017 betreffend „last call XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 22.12.2017 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 22.01.2018 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX und XXXX betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX und XXXX vom 11.04.2018, 18:35 Uhr betreffend Vorschläge Ad-Hoc Meldung

Zusammengefasst brachte die bFP mit dieser Eingabe zudem vor:

Gemäß Punkt 1.3 der Ausschreibungsunterlage der XXXX seien die ausgeschriebenen Dienstleistungen in 3 Module geteilt gewesen. Modul A hätte Agenturleistungen, Modul B die XXXX und Modul C die Zusammen- und Bereitstellung der XXXX umfasst.

Für die Module seien unterschiedliche Vertragslaufzeiten vorgesehen gewesen:

Für Modul A eine Vertragslaufzeit von 2 Jahren mit einer einseitigen 2-jährigen Verlängerungsoption, für Modul B eine Vertragslaufzeit von 5 Jahren mit einer einseitigen 3-jährigen Verlängerungsoption und für Modul C eine Vertragslaufzeit von 5 Jahren mit einer einseitigen 3-jährigen Verlängerungsoption.

Es sei möglich gewesen, sich für ein, zwei oder alle drei Module zu bewerben. XXXX habe sich vorbehalten, die Module getrennt zu vergeben.

Die bFP habe sich für alle drei Module beworben. Sie habe im Laufe des Ausschreibungsverfahrens verschiedenste Optionen für die Module erstellt und an XXXX übermittelt.

Im Vertragsentwurf der XXXX seien in Punkt 1 1 .1 für Modul A eine Vertragslaufzeit von 3 Jahren und für die Module B und C eine Vertragslaufzeit von jeweils 5 Jahren vorgesehen gewesen.

Die für Anfang 2018 angekündigte Entscheidung der XXXX , wem und in welchem Umfang der Zuschlag erteilt werde, habe sich demnach nicht darauf beschränkt, ob der Zuschlag erteilt werde, sondern sei offen gewesen, in welchem Umfang dies erfolgt und welche Vertragslaufzeiten letztlich festgelegt würden.

Betreffend die Vorbereitung der zu veröffentlichenden Ad-Hoc Meldungen verwies die bFP darauf, dass die für sie tätige XXXX eine positive und eine negative Version vorbereitet habe, um für den Tag der Entscheidung der XXXX vorbereitet zu sein. Die Dauer der Vertragslaufzeit sei damals noch gelb unterlegt gewesen.

XXXX habe am 11.04.2018 um 18.35 Uhr den Vorschlag für die Ad-Hoc-Meldung an den Vorstand der bFP versendet. Dieser Vorschlag habe eine Version mit einer Vertragslaufzeit von 5 Jahren und eine Version mit einer Vertragslaufzeit von 3 Jahren umfasst.

Zur Call Option der XXXX verwies die bFP auf einen von XXXX im Rahmen seiner Einvernahme vor der FMA vorgelegten Auszug eines Vertrages zwischen XXXX und XXXX, in dem der sogenannte „last call“ der XXXX festgehalten sei. Nach den der bFP vorliegenden Informationen stamme dieser Vertrag aus dem Jahr 2005 und habe dieser zumindest bis Sommer 2019 gegolten.

4. Die belBeh hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht („finma“) mit Amtshilfeersuchen vom 7. bzw. 27.11.2019 aufgefordert, den Zeugen XXXX zu befragen und an ihn konkret die im Amtshilfeersuchen formulierten Fragen zu richten. Mit Beantwortung dieses Amtshilfeersuchens vom 19.12.2019, bei der belBeh eingelangt am 23.12.2019, teilte die finma der belBeh das Ergebnis der schriftlichen Beantwortung der an den Zeugen gerichteten Fragen mit und führte dazu aus:

Wie vereinbart, haben wir Herrn XXXX aufgefordert, die im Amtshilfeersuchen der FMA aufgeführten Fragen auf dem Weg der schriftlichen Befragung zu beantworten. Herr XXXX, Head of of XXXX Procurement XXXX und Head of Supply Management XXXX, hat uns hiezu die folgenden Informationen zuhanden der FMA zukommen lassen:

a. (Frage FMA) Welche Rolle hatten Sie im Ausschreibungsverfahren der XXXX für die Bereitstellung von XXXX Dienstleistungen, das ab November 2016 stattgefunden hat?

(Antwort Herr XXXX) Ich bin im XXXX Konzern für die Beschaffung von Inflight XXXX Dienstleistungen zuständig. In dieser Rolle habe ich die XXXX ausschreibung für XXXX in Österreich im Jahr 2018 geleitet.

b. Was war der Grund Ihres Anrufes am 11. April 2018 um ca. 15:30 Uhr bei Herrn XXXX?

Ich kann mich an die damaligen Ereignisse am 11. April 2018 nicht mehr genau erinnern. Basierend auf dem Projektzeitplan nehme ich jedoch an, dass ich Herrn XXXX an diesem Tag telefonisch darüber informiert habe, dass die Firma XXXX Aktiengesellschaft die Ausschreibung gewonnen und damit von XXXX den Zuschlag erhalten hat.

c. Wie lange hat das Telefonat am 11. April 2018 um ca. 15:30 Uhr gedauert?

Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

d. Was genau haben Sie am 11. April 2018 am Telefon zu Herrn XXXX von XXXX Aktiengesellschaft gesagt?

Siehe meine Antwort zu b) oben.

e. Waren noch irgendwelche Punkte bezüglich des Gewinns des Auftrages offen? Falls ja, welche Punkte waren noch offen?

Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

f. Gab es nach diesem Telefonat um 15:30 Uhr noch weitere Korrespondenz oder Kommunikation zwischen Ihnen und Herrn XXXX? Falls ja, wann und welche Korrespondenz/Kommunikation gab es?

Die XXXX Aktiengesellschaft ist ein wichtiger Lieferant des XXXX Konzerns und kommuniziere ich daher regelmäßig mit Vertretern des Unternehmens, unter anderem auch mit Herrn XXXX.

g. Haben Sie noch irgendwen anderen als Herrn XXXX am 11. April 2018 über den Gewinn des Ausschreibungsverfahrens informiert? Wenn ja, wen und in welcher Form?

Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

Das Ergebnis dieses Amtshilfeersuchens teilte die belBeh der bFP mit Mitteilung vom 03.01.2020 mit und räumte eine Frist zur Stellungnahme bis zum 13.01.2019 (wohl 13.01.2020) ein (ON 28). Diese Frist wurde auf Antrag der bFP mit E-Mail 16.01.2020 bis zum 22.01.2020 erstreckt (ON 30).

Die bFP nahm zum Ergebnis des Amtshilfeersuchens und damit zur schriftlichen Aussage des Zeugen XXXX erst im Rahmen der Beschwerde gegen das Straferkenntnis der belBeh (ON 34) Stellung.

5. Das gegenständliche Straferkenntnis (ON 34) mit dem oben angeführten Spruch datiert vom XXXX.

6. Gegen dieses Straferkenntnis, zugestellt am 16.03.2020, erhob die bFP fristgerecht Beschwerde am 29.05.2020, der belBeh zugestellt am selben Tag.

7. Die belBeh übermittelte dem BVwG die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 18.06.2020, beim BVwG eingelangt am 26.06.2020.

8. Am 05.03.2021 und am 24.03.2021 fand jeweils eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG statt, in der die bFP, deren organschaftlicher Vertreter, die belBeh, und insgesamt drei Zeugen 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 05.03.2021 und am 24.03.2021.

1. Feststellungen:

1.1. Zur beschwerdeführenden Partei

1.1.1. Die XXXX ist eine im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien zu XXXX eingetragene Aktiengesellschaft, mit der Geschäftsanschrift XXXX, mit einem Grundkapital von XXXX, für die XXXX Stückaktien ausgegeben wurden.

Die bFP ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft, deren Aktien im Amtlichen Handel im Marktsegment Prime Market der Wiener Börse AG mit der ISIN XXXX (ATX seit 30.06.1998, Notierung in EUR) sowie an der Börse XXXX (XXXX seit 02.12.2010, Notierung in XXXX) notieren.

1.1.2. Die bFP wird seit 03.06.1997 durch XXXX und seit 16.07.2012 durch XXXX, jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen, vertreten.

1.1.3. Mit Beschluss des Vorstandes der bFP vom 02.02.2018 (ON 03) wurde XXXX als verantwortlicher Beauftragter gem § 9 Abs 2 VStG für die bFP bestellt. Im Beststellungsbeschluss wird festgehalten:

„ XXXX obliegt als verantwortlichem Beauftragten die Verantwortung für die Einhaltung sämtlicher der in § 2 (3) Finanzmarktaufsichtsbehördegesetzes genannten Gesetze, einschließlich der Marktmissbrauchsverordnung (EU Nr. 596/2014) und sämtlicher sonstiger ergangener und im Zusammenhang mit diesen gesetzlichen Bestimmungen stehender Verordnungen und Richtlinien sowohl auf nationaler als auch auf EU- Ebene und zwar für das gesamte Unternehmen der XXXX .

XXXX hat seinen Wohnsitz im Inland und kann strafrechtlich verfolgt werden; ihm wird für den seiner Verantwortung unterliegenden Bereich des Unternehmens der XXXX die den Erfordernissen für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen.“

1.2. Zum Bericht zur Untersuchung auf mögliche Verletzung von Meldeverpflichtungen gem. Art 17 MAR (ON 1)

Mit Auskunftersuchen vom 06.07.2018 richtete die FMA an die bFP folgende Fragen:

1. Aus welchem Grund haben Sie den am 12. April 2018 veröffentlichten Gewinn des Ausschreibungsverfahrens als Insiderinformation eingestuft und dementsprechend via Ad-hoc-Meldung veröffentlicht?

2. Zu welchem Zeitpunkt (Datum/Uhrzeit) wurde der Text dieser Ad-hoc-Meldung erstellt?

3. Zu welchem Zeitpunkt (Datum/Uhrzeit) hat der Vorstand den Inhalt der Ad-hoc-Meldung beschlossen bzw. freigegeben?

3. Ist es in Zusammenhang mit dieser Ad-hoc-Meldung zuvor zu einem Aufschub der Veröffentlichung gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR gekommen?

4. Wenn ja, bitte geben Sie das genaue Datum und die genaue Uhrzeit des Aufschubs an und übermitteln Sie uns den entsprechenden Vorstandsbeschluss.

5. Bitte schildern Sie chronologisch den Ablauf des gegenständlichen Ausschreibungsverfahrens inklusive des diesbezüglichen internen Informationsflusses. Bitte belegen Sie Ihre Ausführungen mit den entsprechenden Unterlagen.

6. Bitte geben Sie der FMA bekannt, zu welchem Zeitpunkt für XXXX realistisch wahrscheinlich wurde, dass sie das gegenständliche Ausschreibungsverfahren gewinnen würde.

Die bfp beantwortete diese Anfrage mit Schreiben vom 31.07.2018 (Beilage 6 zu ON 01) wie folgt:

Ad 1)

Das Geschäft der XXXX ist in drei Divisionen (Sparten) gegliedert: XXXX

Innerhalb der größten Division XXXX kommt der Kundengruppe der sogenannten „home carriers“ besondere Bedeutung zu. Es handelt sich dabei um jene XXXX, die ein XXXX an der wichtigen Heimatbasis der jeweiligen XXXX betreut und die einerseits aufgrund des Umsatzvolumens und andererseits aufgrund der meist langfristigen Kundenbeziehung eben eine besondere Bedeutung haben. Im Fall der XXXX waren dies insbesondere XXXX, die XXXX seit 2007 an deren Heimatbasis in XXXX, und XXXX, die XXXX insgesamt seit 2007 (und teilweise bereits seit 1973 an deren Heimatbasis in Wien XXXX). Mit diesen beiden Kunden hat XXXX regelmäßig internationale XXXX Preise gewonnen, welcher Umstand für die Weiterentwicklung des restlichen XXXX Geschäftes einen erheblichen Stellenwert hat.

XXXX ist mit einem Anteil von rund 77% der bedeutendste XXXX von XXXX am österreichischen Heimmarkt. Ihr Anteil am weltweiten Umsatz der Division XXXX erreichte im Geschäftsjahr 2017/2018 rund 12%.

Dass die Verlängerung der Geschäftsbeziehung zu XXXX kein Selbstläufer war, zeigte sich nicht nur im Umstand der Ausschreibung der XXXX, sondern auch und vor allem daran, dass das Ausschreibungsverfahren maßgeblich von Zentralfunktionen des XXXX-Konzerns gesteuert sowie die XXXX-Konzerngesellschaft XXXX und der XXXX der XXXX-Konzerngesellschaft XXXX, XXXX, zur Anbotslegung eingeladen wurden. XXXX ist der weltweit größte XXXX und XXXX der weltweit zweitgrößte XXXX (der als XXXX-Konzerngesellschaft bei der Vergabe von XXXX durch die XXXX-Gruppe eine besondere, bevorzugte Rolle innehat).

Die Frage, ob XXXX ihren Jahrzehnte lang betreuten home carrier-Kunden werde halten können oder an ihre Wettbewerber verlieren würde, war daher schon für sich kursrelevant.

Dazu kam im Herbst 2017 eine äußerst negative Entwicklung beim home carrier-Kunden XXXX, der bekannt gab, dass er für die XXXX Leistungen an dem in Bau befindlichen neuen Großflughafen von XXXX (welcher der neue Heimatflughafen der XXXX wird) mit der XXXX, einem Wettbewerber von XXXX aus XXXX, ein Memorandum of Agreement abgeschlossen hat. Das bedeutete, dass XXXX seinen größten XXXX Kunden ab 2019 verlieren würde.

Diese Tatsache war auch bei Veröffentlichung der gegenständlichen Ad-hoc Meldung am 12. April 2018 unverändert.

Durch die negative Entwicklung bei XXXX bekam die Frage, ob XXXX den zweiten Hauptkunden in der XXXX Division, XXXX, werde halten können oder zeitgleich (ab dem Jahr 2019) ebenfalls an die Konkurrenz verlieren würde, eine noch größere Bedeutung, da damit die Fähigkeit der XXXX-Gruppe sich bei home carriers gegenüber der Konkurrenz behaupten zu können, insgesamt infrage gestellt war.

XXXX musste daher davon ausgehen, dass der Ausgang des Ausschreibungsverfahrens betreffend XXXX Leistungen für XXXX (in welche Richtung auch immer) für den verständigen Anleger kursrelevant ist und diese Information als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nützen würde.

Ad 2 und 3)

Am 11. April 2018 befanden sich die beiden Vorstände XXXX und XXXX bei der „XXXX“, der größten XXXX der Welt, in XXXX. Am 11. April 2018 um 18:35 wurde von der Compliance Verantwortlichen ein Entwurf der Ad-Hoc-Meldung per Email an den Vorstand übermittelt. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich die Vorstandsmitglieder am Weg zum Flughafen von XXXX, um nach Wien zurück zu fliegen.

Am 11. April 2018 um 22:57 wurde die deutsche finale Version vom Vorstand per Email zirkuliert und die englische finale Version von der Compliance Verantwortlichen erstellt. Die englische Version wurde in einem Telefonat vom Vorstandsvorsitzenden freigegeben.

Die Aktien der XXXX notieren nicht nur an der Wiener Börse, sondern auch an der XXXX Börse, weshalb XXXX darauf achten muss und darauf achtet, dass auch die im Wesentlichen inhaltsgleichen Veröffentlichungspflichten nach XXXX Kapitalmarktrecht möglichst zeitgleich mit den Veröffentlichungen nach dem österreichischem bzw. europäischem Kapitalmarktrecht erfüllt werden.

Am 11. April um 23:36 wurden daher die finalen Versionen in deutscher und englischer Sprache an die XXXX Kollegin in XXXX übermittelt, welche für die Meldungen betreffend die XXXX Börse zuständig ist.

Am 12. April 2018 um 6:50 wurde die XXXX Version an den Vorstand übermittelt und von diesem um 8:13 freigegeben.

Ad 4)

Es ist zu keinem Aufschub der Veröffentlichung gemäß Art 17 Abs 4 MAR gekommen.

Ad 5)

Wir legen zum Ablauf des Ausschreibungsverfahrens betreffend die XXXX Leistungen für XXXX vor

Beilage 1: Prozessübersicht der XXXX

Beilage 2: XXXX interne detaillierte Ablaufübersicht betreffend das Ausschreibungsverfahren.

Wie in Beilage 1 beschrieben, fanden zwischen Jänner 2018 und April 2018 Genehmigungsprozesse innerhalb der XXXX statt.

Am 11. April 2018, gegen 15 Uhr 30 wurde das Vorstandsmitglied, XXXX, während eines Meetings bei der XXXX in XXXX vom Leiter der Ausschreibung betreffend die XXXX Leistungen für XXXX telefonisch informiert, dass XXXX die Ausschreibung zur Erbringung von XXXX für die XXXX gewonnen habe. XXXX hatte nach seinem Meeting gegen 16:30 die Möglichkeit, den Vorstandsvorsitzenden, XXXX, darüber in Kenntnis zu setzen.

Ad 6)

Durch den Anruf des Ausschreibungsleiters am 11. April 2018 gegen 15 Uhr 30 war es hinreichend wahrscheinlich, dass XXXX das gegenständliche Ausschreibungsverfahren gewinnt.

Der Vertrag zwischen XXXX und der XXXX wurde erst am 23. April 2018 bzw. am 16. Mai 2018 unterzeichnet.

Der Bericht zur Untersuchung auf mögliche Verletzung von Meldepflichtungen gem. Art 17 MAR (ON 1) enthält zudem eine „Chronologie des Auftrages“ (ON 01, S. 8). Zudem sind dem Bericht insgesamt 6 Beilagen angeschlossen:

- AdHoc Meldung vom 12.04.2018 (Beilage ./1)
- Ausdruck Newsletter (Beilage ./2)
- Auskunftersuchen FMA vom 06.07.2018 (Beilage ./3)
- Insiderliste (Beilage ./4a)
- Protokoll Aufsichtsratssitzung der bfp vom 12.02.2018 bzw vom 13.06.2018 (Beilagen ./4b und 4c)
- E-Mail XXXX an die belBeh vom 24.07.2018 samt Anlagen (Beilage ./5)
- Schreiben bfp an FMA vom 31.07.2018 (Beilage 6)
- Chronologie Vergabeverfahren (Beilage ./6a und ./6b)

1.3. Feststellungen ausgehend von der Rechtfertigung der beschwerdeführenden Partei vom 12.07.2019 (ON 05)

Die bfp teilte in ihrer Rechtfertigung (ON 03) zunächst mit, dass sie nicht nur an der Wiener Börse sondern auch an der Börse in XXXX notiert ist.

Die bfp ist seit 1987 XXXX der XXXX der XXXX in Österreich und seit 2007 XXXX der gesamten Flotte der XXXX in Österreich.

Die bfp beteiligte sich im Jahr 2016 an der internationalen Ausschreibung für die Erbringung der XXXX Leistungen der XXXX in Österreich für den Zeitraum ab 1. Jänner 2019. Das Ausschreibungsverfahren hat länger als zwei Jahre gedauert. Der Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen wurde während des Ausschreibungsverfahrens hinsichtlich des Umfang der zu vergebenden XXXX Leistungen, die fixe Laufzeit, mögliche Verlängerungsmodalitäten und -optionen mehrfach geändert.

XXXX hat sich den Abbruch des Ausschreibungsverfahrens, die Gestaltung der zu vergebenden XXXX Leistungen und die Laufzeit vorbehalten. Die bfp hat verschiedene Varianten angeboten.

An der Ausschreibung hat auch die XXXX teilgenommen, die der weltweit zweitgrößte XXXX und eine 100% Tochtergesellschaft des XXXX ist.

Die XXXX verfügte innerhalb des XXXX über eine „Call Option“, die es ihr erlaubte, zu den Bedingungen eines besser gereihten Konkurrenten jeden von einer Konzerngesellschaft ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten.

Die bFP hat keine schriftliche Verständigung darüber erhalten, dass sie die Ausschreibung gewonnen hat. Die Mitteilung über die Zuschlagserteilung erfolgte mündlich am 11.4.2018.

Der Erhalt des Zuschlages im gegenständlichen Ausschreibungsvertrag spielte für die bFP eine erhebliche wirtschaftliche Rolle.

Am 11.04.2018 hielten sich beide Vorstandsmitglieder der bFP, XXXX und XXXX , auf einer XXXX messe in XXXX auf. Gegen 15 Uhr 30 fand ein Telefonat zwischen XXXX und XXXX statt. Um ca. 22:00 Uhr desselben Tages fand ein Telefonat zwischen XXXX und XXXX statt.

Bis zum Morgen des 12.04.2018 hat die bFP die ad-Hoc Meldung über die erfolgte Zuschlagserteilung inhaltlich fertiggestellt. Die Veröffentlichung dieser Ad-Hoc-Meldung in deutscher, englischer und XXXX Sprache ist am 12. April 2018 um 08:27 erfolgt.

1.4. Zum Standard XXXX Agreement zwischen der XXXX und der XXXX (Beilage 1 zu ON 08)

Zwischen XXXX und der XXXX wurde bereits vor dem an die bFP erteilten Zuschlag ein Standard XXXX Agreement abgeschlossen. Dieser Vertrag enthält folgende Regelung:

Whatever XXXX considers the offer of a competitor more favourable, XXXX will inform the XXXX about that fact by stating the reasons for ist decision. XXXX hast he right to adjust ist offer to meet these more favourable conditions (last call). In this case XXXX will acquire the XXXX services from XXXX .

Der XXXX war damit innerhalb des XXXX , zu der auch die XXXX gehört, das Vorrecht („call Option“) eingeräumt, zu den Bedingungen eines besser gereihten Konkurrenten jeden von einer Konzerngesellschaft ausgeschriebenen Auftrag an sich zu ziehen.

1.5. Zur Aussage von XXXX vor der FMA am 24.09.2019

Ausgehend von der Einvernahme von XXXX bei der belBeh am 24.09.2019 (ON 08) ist folgendes festzustellen:

Die Stellungnahme der bFP vom 31.7.2018 wurde von der Rechtsabteilung der bFP gemeinsam mit der Abteilung Investor Relations verfasst. Sie wurde XXXX vorgelegt und von ihm unterschrieben. Sie wurde mit ihm abgestimmt.

Schon die Nachricht, dass die XXXX den Kunden verlieren würde, wäre eine herbe Enttäuschung für die bFP gewesen. Diese Frage ist auch im Zusammenhang mit der Nachricht zu sehen, dass die XXXX kurz davor mit einem anderen Kunden gesprochen hat.

Ein halbes Jahr davor wurde verlautbart, dass die XXXX mit einem anderen Dienstleister verhandelt hatte. Der Aktienkurs der bFP hat sich daraufhin negativ entwickelt. Der Auftrag war als sehr wichtig einzustufen. Im April 2018 betrug dieser Auftrag 12% des Umsatzes der Division XXXX , es war also ein bedeutender Anteil. Im Verhältnis zum gesamten Umsatz waren es ca. 8%. Die Entscheidung betreffend die XXXX wurde erst im März 2019 endgültig gefällt. Wäre bereits im April 2018 bekannt geworden, dass auch der Auftrag der XXXX verloren gegangen wäre, dann wäre das sehr desaströs gewesen. Ein Verlust der Ausschreibung hätte sehr negative Auswirkungen für die bFP gehabt und hätte zu einem massiven Stellenabbau bei der bFP geführt.

Im Ausschreibungsverfahren wurden mehrere Möglichkeiten angeboten, im Laufe des Verfahrens gab es mehrere Gespräche über die Laufzeit, bis zuletzt war die Laufzeit noch offen.

Die ausgeschriebenen Leistungen teilten sich in drei Module. Modul A bedeutet: „wie schaut das Essen im Flugzeug aus?“, Modul B beschäftigte sich mit: „wer kocht das Menü?“, Modul C war das Logistikmodul, hier wurden auch andere Dienstleister angefragt, wo es nur um Dienstleistungen, wie beispielsweise das Packen oder Verbringen des Menüs zu einem anderen Ort gegangen ist.

In den Ausschreibungsunterlagen war noch nicht festgelegt, ob und wenn ja für welche Dauer eine Verlängerungsoption Gegenstand des Auftrages sein wird.

Das Vorrecht der XXXX findet sich in den internen Einkaufsrichtlinien der XXXX . Darin steht, dass im Falle eines Angebotes präferiert mit diesem Anbieter ein Vertragsabschluss herzustellen ist. Die bFP hat „schon mehrmals leidvoll erlebt, dass die XXXX von dem Vorrecht Gebrauch gemacht hat. Das letzte Mal als wir von diesem Vorrecht der XXXX betroffen waren, war im Jahr 2016 in XXXX .“

Zum Zeitpunkt des Anrufs des Zeugen XXXX am 11.04.2018 um 15:30 Uhr befand sich XXXX auf einer Messe in XXXX in einem Gespräch mit Vertretern der XXXX (zum Inhalt dieses Telefonats siehe die Feststellungen in Pkt 1.9). Der Zeuge XXXX war zum Zeitpunkt dieses Telefonats ebenfalls auf dieser Messe, befand sich aber in einer anderen Messehalle.

Am Weg zum Flughafen, etwa um 20:00 Uhr, telefonierte XXXX mit dem anwaltlichen Vertreter der bFP und erörterte mit ihm die mit der Zuschlagserteilung verbundenen Rechtsfragen.

Um 22:00 Uhr desselben Tages telefonierte XXXX mit dem Zeugen XXXX (zum Inhalt dieses Gespräches siehe die Feststellungen in Pkt 1.10).

1.6. Zur Urkundenvorlage der beschwerdeführenden Partei vom 15.08.2019

Mit dieser Urkundenvorlage brachte die bFP die nachstehend aufgelisteten Dokumente in das Verfahren ein:

- XXXX Ausschreibung, On Board XXXX , Konzeption, Produktion, Logistik
- E-Mail XXXX an XXXX vom 02.02.2018 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 13.11.2017 betreffend „ XXXX Angebot 13.11.2017“
- E-Mail XXXX an XXXX vom 18.12.2017 betreffend „ XXXX “
- Email von unbekanntem Absender an unbekanntem Empfänger (beides geschwärzt) vom 21.09.2017 betreffend „last call XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 22.12.2017 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX vom 22.01.2018 betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX und XXXX betreffend „ XXXX “
- E-Mail XXXX an XXXX und XXXX vom 11.04.2018, 18:35 Uhr betreffend Vorschläge Ad-Hoc Meldung

Die von der XXXX ausgeschrieben Dienstleistungen waren in drei Module geteilt: Modul A umfasste Agenturleistungen, Modul B die XXXX und Modul C die Zusammen- und Bereitstellung der XXXX . Für die einzelnen Module waren unterschiedliche Vertragslaufzeiten vorgesehen.

XXXX hat sich in der Ausschreibungsunterlage vorbehalten, die Module getrennt zu vergeben. Die bFP hat sich für alle drei Module beworben.

In Pkt 1.5. der Ausschreibungsunterlage (erstes Dokument der ON 12) wird festgehalten: „Fragen zu dieser Ausschreibungsunterlage werden im persönlichen Briefingtermin sowie anschließenden FAQ beantwortet. Darüber hinaus wird eine schriftliche Kommunikation bevorzugt. Relevante Informationen werden von XXXX ebenfalls schriftlich kommuniziert.“

XXXX hat bereits im Jänner 2018 eine aus Sicht der bFP positive und eine negative Version einer ad-Hoc Meldung betreffend den Ausgang des Ausschreibungsverfahrens vorbereitet.

1.7. Zur Aussage von XXXX vor der FMA am 24.10.2019

Ausgehend von der Einvernahme von XXXX bei der belBeh am 24.10.2019 (ON 17 und 17a) ist folgendes festzustellen:

Die bFP, konkret die Zeugin XXXX , prüfte bereits vor Zuschlagserteilung, ob nach österreichischem bzw XXXX Recht eine Veröffentlichungspflicht bei Beendigung des Ausschreibungsverfahrens besteht und bereitete bereits im Jänner 2018 Textvorschläge in deutscher und englischer Sprache vor, die sie mit E-Mail vom 22.01.2018, 18:29 Uhr an die beiden Vorstände der bFP, XXXX und XXXX übermittelte (ON 12, S 54).

Die Zeugin sagt dazu aus: „Das E-Mail ist von mir an den Vorstand, ja. Wohlweislich schon im Jänner vorausgedacht, dass irgendwann mal was kommen wird. Deswegen habe ich mal eine positive und eine negative Meldung verfasst.“

Nach dem Telefonat von XXXX mit dem Zeugen XXXX am 11.4.2018 um 15:30 Uhr erteilte XXXX der Zeugin XXXX den Auftrag, ad-Hoc Meldungen vorzubereiten.

XXXX fertigte eine Insiderliste an und nahm XXXX, XXXX und XXXX in dieser Liste auf.

1.8. Zur Aussage von XXXX vor der finma, übermittelt am 19.12.2019

Die belBeh hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht („finma“) mit Amtshilfeersuchen vom 7. bzw 27.11.2019 aufgefordert, den Zeugen XXXX zu befragen und an ihn konkret die im Amtshilfeersuchen formulierten Fragen zu richten, die der Zeuge XXXX wie folgt beantwortet hat:

a. Frage FMA: Welche Rolle hatten Sie im Ausschreibungsverfahren der XXXX für die Bereitstellung von XXXX Dienstleistungen, das ab November 2016 stattgefunden hat?

Antwort Zeuge XXXX : Ich bin im XXXX Konzern für die Beschaffung von Inflight XXXX Dienstleistungen zuständig. In dieser Rolle habe ich die XXXX ausschreibung für XXXX in Österreich im Jahr 2018 geleitet.

b. Frage FMA: Was war der Grund Ihres Anrufes am 11. April 2018 um ca. 15:30 Uhr bei Herrn XXXX ?

Antwort Zeuge XXXX : Ich kann mich an die damaligen Ereignisse am 11. April 2018 nicht mehr genau erinnern. Basierend auf dem Projektzeitplan nehme ich jedoch an, dass ich Herrn XXXX an diesem Tag telefonisch darüber informiert habe, dass die Firma XXXX Aktiengesellschaft die Ausschreibung gewonnen und damit von XXXX den Zuschlag erhalten hat.

c. Frage FMA: Wie lange hat das Telefonat am 11. April 2018 um ca. 15:30 Uhr gedauert?

Antwort Zeuge XXXX : Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

d. Frage FMA: Was genau haben Sie am 11. April 2018 am Telefon zu Herrn XXXX von XXXX Aktiengesellschaft gesagt?

Antwort Zeuge XXXX : Siehe meine Antwort zu. b) oben.

e. Frage FMA: Waren noch irgendwelche Punkte bezüglich des Gewinns des Auftrages offen? Falls ja, welche Punkte waren noch offen?

Antwort Zeuge XXXX : Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

f. Frage FMA: Gab es nach diesem Telefonat um 15:30 Uhr noch weitere Korrespondenz oder Kommunikation zwischen Ihnen und Herrn XXXX ? Falls ja, wann und welche Korrespondenz/Kommunikation gab es?

Antwort Zeuge XXXX : Die XXXX Aktiengesellschaft ist ein wichtiger Lieferant des XXXX Konzerns und kommuniziere ich daher regelmäßig mit Vertretern des Unternehmens, unter anderem auch mit Herrn XXXX .

g. Frage FMA: Haben Sie noch irgendwen anderen als Herrn XXXX am 11. April 2018 über den Gewinn des Ausschreibungsverfahrens informiert? Wenn ja, wen und in welcher Form?

Antwort Zeuge XXXX : Dazu habe ich keine genaue Erinnerung mehr.

1.9. Zum Inhalt des Telefonats von XXXX und XXXX am 11.4.2018

Im Rahmen des Telefonats zwischen XXXX und XXXX am 11.4.2018 um 15:30 Uhr teilte der Zeuge XXXX Herrn XXXX mit, dass die bFp die internationale Ausschreibung für die Erbringung der XXXX leistungen der XXXX in Österreich gewonnen habe. Weiters teilte der Zeuge XXXX mit, dass die XXXX die ihr eingeräumte Call-Option nicht ausüben werde. Zudem teilte der Zeuge XXXX XXXX mit, dass der Zuschlag alle drei Module umfasste.

1.10. Zum Inhalt des Telefonats von XXXX und XXXX am 11.4.2018

Der Zeuge XXXX teilte XXXX in einem Telefonat am 11.4.2018 um ca. 22:00 Uhr mit, dass die bFp alle drei ausgeschriebenen Module gewonnen hat, dass das Angebot der bFp und der erteilte Zuschlag dem Vorstand der XXXX vorgelegt wurde, dass die XXXX die ihr eingeräumte Call-Option nicht ausüben werde und dass der zu erteilende Auftrag eine dreijährige Laufzeit aufweise und mit einer Verlängerungsoption verbunden war.

1.11. Zur weiteren Kommunikation am Abend bzw in der Nacht des 11.4.2018 auf den 12.4.2018

Am 11.04.2018 ab 22:57 Uhr übermittelte der Vorstand XXXX an die Compliance-Verantwortliche der bFp, die Zeugin XXXX, per E-Mail den Text der Ad-hoc Mitteilung in deutscher Sprache, der am darauffolgenden Tag, 12.04.2018, 08:27

Uhr veröffentlicht wurde (ON 21, Beilage 1). Das E-Mail erging cc an XXXX und Frau XXXX Mit Antwort per E-Mail um 23:11 Uhr übermittelte die Compliance-Verantwortliche die englische Übersetzung der deutschen Fassung. Um 23:36 Uhr wurden die finalen Versionen der Ad-hoc Mitteilung in deutscher und englischer Sprache an die Vertreter der bFP in XXXX gesendet.

1.12 Zu den von der beschwerdeführenden Partei geschwärzt vorgelegten Unterlagen und den damit in Zusammenhang stehenden EDV-Problemen

Es kann nicht festgestellt werden, ob der bFP die Vorlage der mit Anordnung des BVwG vom 09.02.2021 genannten E-Mail Nachrichten technisch nicht möglich war.

2. Beweiswürdigung

2.1. Zur beschwerdeführenden Partei

Die Feststellungen zur bFP, ihren vertretungsbefugten Organen und ihrer Kapitalisierung beruhen auf dem offenen Firmenbuch (Beilage .1), auf dem Beschluss zur Bestellung von XXXX zum verantwortlich Beauftragten (ON 03), auf dem Straferkenntnis der FMA (ON 34) und auf den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG am 05.03.2021 und am 24.03.2021 (Verhandlungsschrift vom 05.03.2021 bzw vom 24.03.2021, „VHS 05.03.2021“ bzw „VHS 24.03.2021“); diese Verfahrensergebnisse wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten.

2.2. Zu den Feststellungen zum Bericht zur Untersuchung auf mögliche Verletzung von Meldeverpflichtungen gem. Art 17 MAR (ON 1)

Die Feststellungen zum Bericht zur Untersuchung auf mögliche Verletzung von Meldeverpflichtungen gem. Art 17 MAR, deren Gegenstand und deren Beantwortung durch die bFP beruhen auf dem Auskunftersuchen vom 06.07.2018 (Beilage .3 zu ON 01), der Beantwortung durch die bFP mit Schreiben vom 31.07.2018, durch die im Zuge dieses Untersuchungsverfahrens vorgelegten Beilagen (Beilagen .1 bis .6 zu ON 01) und auf dem Bericht der FMA (ON 01).

2.3. Zu den Feststellungen zur Rechtfertigung der beschwerdeführenden Partei vom 12.07.2019 (ON 05)

Die Feststellungen ausgehend vom Inhalt der Rechtfertigung der bFP vom 12.07.2019 beruhen auf der im Akt befindlichen Eingabe der bFP an die belBeh vom 12. Juli 2018 (ON 05) sowie der Aussagen von XXXX und der Zeugen XXXX und XXXX .

2.4. Zur Feststellung zum Standard XXXX Agreement zwischen XXXX und XXXX (Beilage .1 zu ON 08)

Die Feststellungen zum Inhalt des Standard XXXX Agreement zwischen XXXX und XXXX beruhen auf dem auszugsweise in Beilage 1 zu ON 08 enthaltenen Vertrag.

2.5. Zu den Feststellungen über den Inhalt der Aussage von XXXX vor der FMA am 24.09.2019 (ON 08)

Die Feststellungen zum Inhalt der Aussage von XXXX bei seiner Einvernahme vor der belBeh am 24.09.2019 beruhen auf dem im Akt unter ON 08 erliegenden Protokoll.

2.6. Zu den Feststellungen ausgehend vom Inhalt der Urkundenvorlage der beschwerdeführenden Partei vom 15.08.2019 (ON 12)

Die Feststellungen ausgehend vom Inhalt der Urkundenvorlage der bFP vom 15.08.2019 beruhen auf der im Akt erliegenden Urkundenvorlage ON 12 und die mit dieser Eingabe vorgelegten Dokumente.

2.7. Zur Feststellung über den Inhalt der Aussage von XXXX vor der FMA am 24.10.2019 (ON 17 und 17a)

Die Feststellungen zum Inhalt der Aussage von XXXX bei ihrer Einvernahme vor der belBeh am 24.10.2019 beruht auf dem im Akt unter ON 17 und 17a erliegenden Protokoll.

2.8. Zur Feststellung über das Amtshilfeersuchen der FMA an die finma und die schriftliche Zeugenaussage von XXXX (ON 26)

Die Feststellungen zum Inhalt des Ergebnisses des Amtshilfeersuchens der belbeh an die finma vom 7. bzw 27.11.2019 beruhen auf der Mitteilung der finma vom 19.12.2019 (ON 26).

Die Feststellungen zur Mitteilung der belBeh an die bFP über das Ergebnis des Amtshilfeersuchens, der Antrag auf Fristerstreckung und die diesbezügliche Antwort der belBeh beruht auf der im Akt erliegenden Korrespondenz ON 28 bis ON 31.

2.9. Zur Feststellung über den Inhalt des Telefonats von XXXX und XXXX am 11.4.2018

Die Feststellung zum Inhalt des Telefonats zwischen XXXX und XXXX am 11.4.2018 um 15:30 Uhr beruhen auf der Aussage des Zeugen XXXX vor der finma (ON 26) und der Einvernahme vor dem erkennenden Gericht am 5.3.2021 (VHS 5.3.2021, S. 20), der Aussage von XXXX vor der FMA (ON 8 Teil 2) und vor dem erkennenden Gericht (VHS 5.3.2021, S. 7) sowie auf der Aussage des Zeugen XXXX vor dem erkennenden Gericht (VHS 24.03.2021, S. 4 ff).

Das Verfahren ergab sehr klar die erhebliche Bedeutung des Zuschlages des Auftrages der XXXX für die bFP. Es war daher wenig überzeugend, wenn XXXX vor der FMA meinte, das Gespräch habe nur wenige Sekunden gedauert (ON 08, Teil 2, S. 3). Denn in wenigen Sekunden ließe sich gerade einmal der Satz „XXXX hat den Auftrag gewonnen“ sagen. Es ist völlig unglaubwürdig und mit der allgemeinen Lebenserfahrung nicht in Einklang zu bringen, dass sich der Vorstand eines Unternehmens, der einen möglichen Verlust eines der wichtigsten Kunden selbst als „sehr desaströs“ bezeichnete und mit einem negativen Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens die Sorge um den Verlust tausender Arbeitsplätze verband (ON 8, Teil 2, S., 1 und 5), nach der Mitteilung durch den Zeugen XXXX das Gespräch ohne jede weitere Nachfrage beendet hätte. Selbst wenn sich XXXX gerade in einer anderen Besprechung befunden hat (diese war freilich offenbar nicht so wichtig, dass er nicht an sein Handy gegangen wäre), so ist aufgrund der großen Bedeutung des gegenständlichen Ausschreibungsverfahrens nicht glaubhaft, dass XXXX im Zuge des – wenn auch nur kurzen – Telefonats mit dem Zeugen XXXX nicht wenigstens einige kurze konkrete Zusatzfragen gestellt hat. Dies konkret über den Umfang des Zuschlags, sollte dieser unklar gewesen sein und insb die Frage nach einer Ausübung der Call-Option durch die XXXX. Denn in diesem Fall wäre der Zuschlag für die bFP ja nur ein „Pyrrhussieg“ gewesen. Wie real diese Gefahr war, hat der Vorstand der bFP in seiner Einvernahme vor der FMA, aber auch vor dem erkennenden Gericht selbst zum Ausdruck gebracht, wenn er meinte: „Wir als XXXX -Dienstleister haben schon mehrmals leidvoll erlebt, dass die XXXX von dem Vorrecht Gebrauch gemacht hat. Das letzte Mal, als wir von diesem Vorrecht betroffen waren, war im Jahr 2015 in XXXX.“ (ON 8, Teil 2, S., 2; VHS 05.03.2021, S. 16).

Auch die Frage nach dem Umfang des Zuschlags ergab ein von der Aussage von XXXX abweichendes Bild. Denn XXXX beschrieb vor dem erkennenden Gericht glaubwürdig und nachvollziehbar die unterschiedlichen Module, die den Gegenstand der Ausschreibung bildeten und die Bereiche „XXXX“, „XXXX“ und „XXXX“ umfassten. Es sei „sehr wohl möglich [gewesen], dass, diese Module getrennt vergeben werden und das ist auch auf gar keinen Fall unwahrscheinlich. (...) Es gab für jedes dieser Module verschiedene Anbieter. Es gab auch einige, die nur ein bestimmtes Modul angeboten haben, z.B. die Firma XXXX, die nur das Logistikmodul angeboten hat. Die Ausschreibung war dezidiert so ausgestaltet, dass die Module auch getrennt vergeben werden konnten.“ (VHS 05.03.2021, S. 11 f)

Gerade weil es also für die bFP ungewiss war, ob sie tatsächlich alle drei oder nur einzelne Module gewinnen würde (schon der Verlust des Logistik-Moduls hätte nach Aussage von XXXX den halben Auftrag umfasst; VHS 05.03.2021, S. 12 f), ist es für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar, dass der Zeuge XXXX seine „gute Nachricht“ nicht mit dem – wenn auch noch so kurzen – Hinweis verbunden haben soll, dass der Zuschlag alle drei Module umfasst hat. Selbst wenn der Zeuge diese Details nicht erwähnt haben sollte, ist davon auszugehen, dass XXXX danach gefragt hat, weil die „gute Nachricht“ ansonsten schnell eine sehr schlechte Nachricht gewesen wäre.

Unter Berücksichtigung der erhobenen Beweisergebnisse ist daher nicht glaubwürdig, dass XXXX in seinem Telefonat mit dem Zeugen XXXX nicht kurz nachgefragt und zumindest die Frage nach der Ausübung der Call-Option und nach dem Umfang des Zuschlags gestellt hat, wenn der Zeuge XXXX diese Information nicht ohnedies schon von sich aus mitgeteilt hat. In diese Richtung weisen nämlich bereits die Aussagen des Zeugen XXXX der vor dem erkennenden Gericht glaubwürdig angab, dass es am 11.04.2018 „eine interne Kommunikation zu diesem Projekt gegeben hat und im Zuge dessen das Projekt über den Zuschlag an XXXX informiert“ worden sei. Der Zeuge konnte sich zwar nicht erinnern, ob diese „interne Kommunikation“ „schriftlich oder mündlich war, ob es ein Call oder ein E-Mail war“ (VHS 24.3.2021, S. 8), es ist aber gänzlich unwahrscheinlich, dass der Gegenstand dieser „internen Kommunikation“ nur die Botschaft umfasste, dass die bFP die Ausschreibung gewonnen hat, aber nichts über den Umfang dieses – so lange erwarteten, wichtigen –Zuschlages. Zudem war der Zeuge XXXX, nach eigenen, glaubwürdigen Angaben, auch gar

nicht befugt, von sich aus solche Informationen weiterzugeben, zumal dafür der Leiter der „Ausschreibungsgruppe“, der Zeuge XXXX, zuständig war, weil er das „Sprachrohr, also der Kommunikator nach außen“ war (VHS 24.3.2021, S. 8). Wenn nun aber einerseits die vom Zeugen XXXX angeführte „interne Kommunikation“ bereits am Morgen des 11.04.2018 – und damit viele Stunden vor dem Telefonat um 15:30 Uhr – vorlag (VHS 24.3.2021, S. 11) und andererseits für die Außenkommunikation glaubwürdig und nachvollziehbar der Zeuge XXXX zuständig war, ist davon auszugehen, dass dem Zeugen XXXX die wesentlichen Details des Zuschlages bei seinem Telefonat mit XXXX um 15:30 Uhr jedenfalls schon bekannt waren und er diese, wenn auch in aller Kürze, mitgeteilt hat.

Die Aussage des Zeugen XXXX über ebendieses Telefonat vom 11.04.2018 war dagegen nur von eingeschränkter Beweiskraft, weil er selbst mehrfach betonte, sich an das Gespräch nicht mehr sehr gut erinnern zu können. Er stützte seine Aussage vielmehr auf später durchgesehene Kalendereinträge (VHS 05.03.2021, S. 23.)

2.10. Zur Feststellung über den Inhalt des Telefonats von XXXX und XXXX am 11.4.2018

Die Feststellung über den Inhalt des Telefonats von XXXX und XXXX am 11.4.2018 um ca. 22:00 Uhr beruht auf der diesbezüglich glaubwürdigen und nachvollziehbaren Aussage von XXXX vor der belBeh (ON 08 Teil 2, S. 4) und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 5.3.2021 (VHS 5.3.2021, S. 12) und am 24.03.2021 (VHS 24.3.2021, S. 4 ff).

2.11. Zur Feststellung der weiteren Kommunikation am Abend bzw in der Nacht des 11.4.2018 auf den 12.4.2018

Die Feststellung der weiteren Kommunikation am Abend bzw in der Nacht des 11.4.2018 auf den 12.4.2018 beruht auf den von der bFp mit Eingabe vom 31.10.2019 vorgelegten nachvollziehbaren E-Mails (ON 21, Beilage 1) sowie auf den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 5.3.2021 (VHS 5.3.2021) und am 24.03.2021 (VHS 24.3.2021, S. 4 ff).

2.12 Zur Feststellung betreffend die von der beschwerdeführenden Partei geschwärzt vorgelegten Unterlagen und den damit in Zusammenhang stehenden EDV-Problemen

Mit Eingabe vom 19.02.2021 berichtet die bFp von EDV-technischen Problemen, die einer Vorlage der mit Beschluss vom 09.02.2021 angeführten Unterlagen entgegenstünde.

Es konnte nicht festgestellt werden, ob der bFp die Vorlage der mit Anordnung vom 09.02.2021 genannten E-Mail Nachrichten technisch nicht möglich war. Auffallend ist freilich, dass es der bFp möglich war, über 10 Jahre alte E-Mails im Rahmen der Verhandlung am 24.3.2021 vorzulegen (Beilage ./6) und auch der medialen Berichterstattung eine rasche Lösung der bei der bFp entstandenen IT-Probleme, durch die Erstellung von back-ups, zu entnehmen ist (Bericht Falter, Beilage ./2).

Für das gegenständliche Beweisverfahren und die darauf aufbauende Beweiswürdigung konnte diese Frage aber dahingestellt bleiben, weil die geschwärzten E-Mail Nachrichten unberücksichtigt blieben.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zur Zuständigkeit und zur Zusammensetzung des Senates

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gegenständlich liegt gemäß § 22 Abs. 2a FMABG aufgrund der Höhe der im bekämpften Straferkenntnis verhängten Geldstrafe Senatszuständigkeit vor.

Die Rechtssache wurde am 26.06.2020 der Gerichtabteilung W276 zugewiesen. Als zweiter Beisitzer des Senats wäre ausgehend von der aktuellen Geschäftsverteilung 2021 des BVwG (in der Fassung vom 1. Februar 2021) Vizepräsident Dr. Michael SACHS zuständig, der aber gemäß § 7 Abs. 1 Z 2 und 3 GV BVwG 2021 verhindert war. Als nächstgereihter Richter agierte nach der Vertretungsregelung der geltenden Geschäftsverteilung 2021, Anlage 3 I. in dieser Funktion Mag. Peter KOREN.

3.2. Zu Spruchpunkt A)

3.2.1. Rechtliche Grundlagen (auszugsweise)

VERORDNUNG (EU) Nr. 596/2014 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung, „MM-VO“ oder „MAR“) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG

des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission

Art 3 Abs 1 Z 21 MAR (EU) Nr. 596/2014

„Emittent“ bezeichnet eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die Finanzinstrumente emittiert oder deren Emission vorschlägt, wobei der Emittent im Fall von Hinterlegungsscheinen, die Finanzinstrumente repräsentieren, der Emittent des repräsentierten Finanzinstruments ist

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;
- b) in Bezug auf Warenderivate nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt ein oder mehrere Derivate dieser Art oder direkt damit verbundene Waren-Spot-Kontrakte betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Derivate oder damit verbundener Waren-Spot-Kontrakte erheblich zu beeinflussen, und bei denen es sich um solche Informationen handelt, die nach Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, Handelsregeln, Verträgen, Praktiken oder Regeln auf dem betreffenden Warenderivate- oder Spotmarkt offengelegt werden müssen bzw. deren Offenlegung nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann;
- c) in Bezug auf Emissionszertifikate oder darau

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at