

# TE Bvg Erkenntnis 2018/6/25 W210 2138108-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.06.2018

## Entscheidungsdatum

25.06.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

B-VG Art.83 Abs2

BWG §41 Abs4 Z1

BWG §98 Abs5a Z3

BWG §99d

EMRK Art.6

FMABG §22 Abs2a

FMABG §22 Abs6

FM-GwG §23 Abs1 Z3

FM-GwG §34

FM-GwG §35

VbVG §3

VStG 1950 §25

VStG 1950 §31 Abs1

VStG 1950 §32 Abs2

VStG 1950 §45 Abs1 Z1

VStG 1950 §5

VStG 1950 §6

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VwGVG §24

VwGVG §50 Abs1

VwGVG §52 Abs8

## Spruch

W210 2138108-1/22E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anke SEMBACHER als Vorsitzende und die Richter Dr. Stefan KEZNICKL sowie den Richter Dr. Clemens KUZMINSKI als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , XXXX , vertreten

durch Proksch & Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH, Nibelungengasse 11, 1010 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 13.09.2016, Zl. FMA-KL23 5153.100/0002-LAW/2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2018 und am 18.04.2018 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 erster Fall VStG eingestellt.

II. Die beschwerdeführende Partei hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten zu tragen.

B)

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

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

I. Verfahrensgang:

Das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis vom 13.09.2016 wendet sich gegen die XXXX XXXX :

"Die XXXX GmbH (in der Folge: XXXX ; FN XXXX ), ein konzessioniertes Kreditinstitut mit Sitz in XXXX , hat gemäß § 99d BWG zu verantworten, dass die XXXX im Zeitraum vom 01.01.2014 bis 30.06.2014 in den Geschäftsmodellen , XXXX ' , XXXX ' und , XXXX ' keine angemessenen und geeigneten Verfahren und Strategien für die Risikobewertung eingeführt hatte, um Transaktionen, die mit Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen, vorzubeugen und zu verhindern: Die Regelwerke der XXXX sahen im oben genannten Zeitraum in Bezug auf die oben genannten Geschäftsmodelle nicht vor, dass der Sitz bzw. Wohnsitz des wirtschaftlichen Eigentümers oder einer vertretungsbefugten Person in einem in der GTV gelisteten Staat in die Risikoeinstufung einer juristischen Person als Kundin miteinbezogen werden muss.

Die Verantwortlichkeit der juristischen Person gemäß § 99d BWG ergibt sich folgendermaßen:

Die im Tatzeitraum (von 01.01.2014 bis 30.06.2014) zur Vertretung nach außen berufenen Geschäftsführer (wie aus dem Firmenbuch ersichtlich) haben durch mangelnde Überwachung bzw. Kontrolle der mit der Durchführung der Aufgaben befassten Mitarbeiter die Begehung dieses Verstoßes ermöglicht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 41 Abs. 4 Z 1 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 13/2014 iVm. GTV, BGBl. II Nr. 137/2011 iVm. § 98 Abs. 5a Z 3 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 184/2013 iVm. § 99d, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 184/2013

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über die XXXX folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§

209.000 Euro

--

--

§ 98 Abs. 5a Z 3 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 184/2013 iVm. § 99d, BGBl. Nr. 532/1993 idF. BGBl. I Nr. 184/2013

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

--

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

- 20.900 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  
229.900 Euro."

2. Das zugrundeliegende Verwaltungsstrafverfahren war zuvor nach Durchführung einer Vor-Ort-Prüfung der FMA durch Aufforderung zur Rechtfertigung an die beschwerdeführende juristische Person am 18.12.2015 eingeleitet worden.

3. Mit Schriftsatz vom 29.01.2016 erfolgte die Rechtfertigung der beschwerdeführenden Partei unter Vorlage von Regelwerken, welche darlegen sollten, dass kein Verstoß gegen § 41 Abs. 4 Z 1 BWG vorliege.

4. Mit Schreiben vom 29.04.2016 wurde der im Tatzeitraum für die beschwerdeführende Partei tätige Geldwäschebeauftragte XXXX unter Hinweis auf die Zeugnisverweigerungsrechte zur Beantwortung weiterer Fragen aufgefordert. Mit Schriftsatz vom 17.05.2016 erstattete XXXX eine entsprechende Stellungnahme.

5. Das gegenständliche Straferkenntnis datiert vom 13.09.2016 und wurde der beschwerdeführenden Partei am 16.09.2016 zugestellt.

6. Gegen dieses richtet sich die gegenständliche Beschwerde der beschwerdeführenden Partei, die am 14.01.2016 bei der belannten Behörde einging. In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass die internen Regelwerke jedenfalls den Anforderungen des § 41 Abs. 4 Z 1 BWG genügten, es seien Ermittlungen hinsichtlich der Überwachung bzw. Kontrolle durch die Unternehmensorgane unterblieben, die Höhe der Strafe verstoße gegen zwingend anzuwendendes Unionsrecht, zudem sei § 99d Abs. 3 BWG verfassungswidrig.

7. Mit Beschluss vom 24.11.2016, W210 2138108-1/3Z beantragte der entscheidende Senat beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung von § 99d BWG unter Stellung mehrerer Eventualanträge, da nach Ansicht des vorlegenden Gerichtes die von § 99d Abs. 3 BWG vorgesehene Höchststrafe in den Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit fiel und damit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts in Frage stand. Dieser Antrag, dem Verfassungsgerichtshof zugegangen am 28.11.2016, wurde zu G 412/2016 protokolliert und in weiterer Folge mit anderen gleichlautenden Anträgen verbunden.

8. Nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 03.10.2017 wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag zu G 408/2016 ua mit Entscheidung vom 13.12.2017 ab und hielt an der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für derartig hohe Strafen fest, wobei die Entscheidung unter Verweis auf die geänderten Umstände in der österreichischen Rechtsordnung durch Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und auf die Unterschiede zwischen dem Kriminalstrafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht von der bisherigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes hinsichtlich der Zuständigkeit für derartige Strafen abging. Das Erkenntnis wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 28.12.2017 zugestellt.

9. Am 12.04.2018 und am 18.04.2018 fand im fortgesetzten Verfahren eine mündliche Verhandlung statt, in der der Vertreter der beschwerdeführenden Partei, XXXX , im Beisein des Rechtsvertreters der beschwerdeführenden Partei sowie der Zeuge XXXX sowie die belangte Behörde gehörten wurden.

10. Auf Aufforderung gab die FMA am 14.06.2018 bekannt, dass gegen die Geschäftsleiter der beschwerdeführenden juristischen Person in der verfahrensgegenständlichen Sache kein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wurde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den gegenständlichen Akt des Bundesverwaltungsgerichts, in den zugrundeliegenden Akt der belannten Behörde sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12.04.2018 und 18.04.2018:

1. Feststellungen:

Es wurde zu keinem Zeitpunkt durch die belangte Behörde ein Verwaltungsstrafverfahren gegen eine zur Vertretung nach außen befugte Person der beschwerdeführenden Partei in der im Spruch der bekämpften Entscheidung beschriebenen Sache eingeleitet.

Es wurde zu keinem Zeitpunkt ein Straferkenntnis gegen eine zur Vertretung nach außen befugte Person der beschwerdeführenden Partei in der im Spruch der bekämpften Entscheidung beschriebenen Sache von der belangten Behörde erlassen und somit auch keine Entscheidung darüber getroffen, ob diese Person rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich zweifelsfrei aus dem Akt aus den im Verfahren gemachten Angaben der belangten Behörde.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBI I 97/2001 idF BGBI 184/2013, entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der FMA das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, wenn weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde. Im gegenständlichen Fall wurde durch die belangte Behörde eine Geldstrafe in Höhe von € 209.900,-- verhängt, somit liegt Senatzuständigkeit vor.

Die rechtzeitige, zulässige Beschwerde ist auch begründet.

### 3.2. Maßgebliche Rechtsnormen

§ 41 Abs. 4 Z 1 BWG in der Fassung BGBI. I 108/2007 lautete:

"(4) Die Kredit- und Finanzinstitute haben

1. angemessene und geeignete Strategien und Verfahren für die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden, Verdachtmeldungen, die Aufbewahrung von Aufzeichnungen, die interne Kontrolle, die Risikobewertung, das Risikomanagement, die Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften und die Kommunikation einzuführen, um Transaktionen, die mit Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen, vorzubeugen und zu verhindern;

[2. .... 6.]

Die Behörde (§ 6 SPG) hat den Kredit- und Finanzinstituten Zugang zu aktuellen Informationen über Methoden der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und über Anhaltspunkte zu verschaffen, an denen sich verdächtige Transaktionen erkennen lassen. Ebenso sorgt sie dafür, dass eine zeitgerechte Rückmeldung in Bezug auf die Wirksamkeit von Verdachtmeldungen bei Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung und die daraufhin getroffenen Maßnahmen erfolgt, soweit dies praktikabel ist."

Die Materialien zu BGBI. I 107/2007 (RV 286 BlgNR 23. GP, Seiten 9 und 10) halten dazu fest:

"Umsetzung von Art. 32 und 34 der Richtlinie in Abs. 4 Z 1, 2 und 4; Umsetzung von Art. 35 der Richtlinie in Abs. 4 Z 3 und im Schlussteil des Abs. 4.

Kredit- und Finanzinstitute haben in der Lage zu sein, gegenüber der Behörde rasch auf Anfragen zu antworten, ob sie mit bestimmten Personen Geschäftsbeziehungen unterhalten. Um solche Geschäftsbeziehungen feststellen und die betreffenden Informationen rasch zur Verfügung stellen zu können, haben die Kredit- und Finanzinstitute über wirksame, dem Umfang und der Art ihres Geschäfts entsprechende Systeme verfügen. Insbesondere für Kreditinstitute und größere Finanzinstitute sind elektronische Systeme zweckmäßig. Besonders wichtig ist dies im Zusammenhang mit Verfahren, die zu Maßnahmen wie dem Einfrieren oder der Beschlagnahme von Vermögenswerten (einschließlich Vermögen von Terroristen) entsprechend den einschlägigen nationalen oder gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung führen.

Die Geldwäscherei und die Terrorismusfinanzierung sind grenzübergreifende Probleme, und daher hat auch ihre Bekämpfung grenzübergreifend zu sein. Kredit- und Finanzinstitute, die Zweigstellen oder Tochterunternehmen in Drittländern haben, in denen die Rechtsvorschriften für diesen Bereich unzureichend sind, sollten den Gemeinschaftsstandard dort zur Anwendung bringen, um zu vermeiden, dass sehr verschiedene Standards innerhalb eines Instituts oder einer Institutsgruppe zur Anwendung kommen, und haben, falls diese Anwendung nicht möglich ist, die FMA zu benachrichtigen.

Um sicherzustellen, dass die Kredit- und Finanzinstitute auf dem Gebiet der Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung engagiert bleiben, werden sie, soweit dies praktikabel ist, geeignete Rückmeldung über den Nutzen ihrer Meldungen und die daraufhin ergriffenen Maßnahmen erhalten.

Der Beauftragte gemäß Z 6 hat direkt der Geschäftsführung zu berichten; dem Gedanken der Proportionalität Rechnung tragend kann bei kleineren und mittleren Instituten eine Verbindung der Tätigkeit als Geldwäschebeauftragter mit anderen Aufgaben erfolgen."

§ 41 Abs. 4 BWG wurde mit BGBl. I 37/2010 novelliert (der dadurch neu angefügte Teil wurde durch das Bundesverwaltungsgericht hervorgehoben) und lautete ab 01.07.2011 wie folgt:

"(4) Die Kredit- und Finanzinstitute haben

1. angemessene und geeignete Strategien und Verfahren für die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden, Verdachtmeldungen, die Aufbewahrung von Aufzeichnungen, die interne Kontrolle, die Risikobewertung, das Risikomanagement, die Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Vorschriften und die Kommunikation einzuführen, um Transaktionen, die mit Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung zusammenhängen, vorzubeugen und zu verhindern sowie geeignete Strategien zur Verhinderung des Missbrauchs von neuen Technologien für Zwecke der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung zu entwickeln;

[2. .... 6.]

Die Behörde (Abs. 1) hat den Kredit- und Finanzinstituten Zugang zu aktuellen Informationen über Methoden der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung und über Anhaltspunkte zu verschaffen, an denen sich verdächtige Transaktionen erkennen lassen. Ebenso sorgt sie dafür, dass eine zeitgerechte Rückmeldung in Bezug auf die Wirksamkeit von Verdachtmeldungen bei Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung und die daraufhin getroffenen Maßnahmen erfolgt, soweit dies praktikabel ist."

Gemäß den Materialien zu BGBl. I 37/2010 wurde mit der Novelle Folgendes bezweckt (RV 661 BlgNR 24. GP, Seite 5):

"In Abs. 4 Z 1 erfolgt die Umsetzung der Anmerkung zur FATF - Empfehlung Nr. 8, wodurch den Kredit- und Finanzinstituten auch die Verpflichtung auferlegt wird, Strategien zu entwickeln, den Missbrauch von neuen Technologien zu verhindern."

§ 41 Abs. 4 Z 1 BWG wurde während des Verfahrens zu G 402/2106 aufgehoben durch BGBl. I 118/2016. Die Regierungsvorlage hält dazu fest (RV 1335 BlgNR. 25. GP, S. 22):

"Die Melde- und Zusammenarbeitspflichten der Kredit- und Finanzinstitute mit der Geldwäschemeldestelle, die bisher in § 41 Abs. 1, 1a und 2 geregelt wurden, finden sich künftig in § 16 Abs. 1 bis 3 FM-GwG, die Inhalte der übrigen Bestimmungen des § 41 wurden ebenfalls in das FM-GwG verschoben. In diesem Zusammenhang wird § 41 unter Berücksichtigung der besonderen Systematik des BWG (§ 38 Abs. 2) an diese Verschiebung angepasst."

Die Nachfolgerbestimmung findet sich in § 23 Abs. 1 Z 3 FM-GwG, BGBl. I 118/2016 und lautet ab 01.01.2017 auszugsweise wie folgt:

"§ 23. (1) Die Verpflichteten haben Strategien, Kontrollen und Verfahren zur wirksamen Minderung und Steuerung der auf Unionsebene, auf nationaler Ebene und auf Unternehmensebene ermittelten Risiken von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung einzurichten, die in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Größe des Verpflichteten zu stehen haben. Dabei haben sie den Bericht der Europäischen Kommission gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2015/849, die nationale Risikoanalyse (§ 3) und die Risikoanalyse auf Unternehmensebene (§ 4) zu berücksichtigen. Die Strategien, Kontrollen und Verfahren haben insbesondere Folgendes zu umfassen:

1. die Risikoklassifizierung auf Kundenebene (§ 6 Abs. 5),

[...]"

Die Verordnung der FMA über weitere Fälle eines erhöhten Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungsrisikos kommt im vorliegenden Fall in der Fassung BGBl. II 377/2011 zur Anwendung.

§ 98 BWG in der Fassung BGBl. I 184/2013 lautet auszugsweise:

"§ 98.

[...]

(5a) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Kreditinstitutes

[...]

3. die Pflichten der §§ 40, 40a, 40b, 40d oder 41 Abs. 1 bis 4 verletzt;

[...]

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 150 000 Euro, im Falle einer Verwaltungsübertretung gemäß Z 3 mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder mit einer Geldstrafe bis zu 150 000 Euro zu bestrafen."

§ 99d Bankwesengesetz (BWG), BGBl. Nr. 532/1993 in der Fassung BGBl. I 184/2013 lautet:

"§ 99d. (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 § 98 Abs. 1, Abs. 2 Z 7 und 11, Abs. 5, Abs. 5a oder § 99 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Verpflichtungen verstoßen haben, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

(2) Juristische Personen können wegen Verstößen gegen die in § 98 Abs. 1, Abs. 2 Z 7 und 11, Abs. 5, Abs. 5a oder § 99 Abs. 1 Z 3 oder 4 angeführten Pflichten auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine in Abs. 1 genannte Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

(3) Die Geldstrafe gemäß Abs. 1 oder 2 beträgt bis zu 10 vH des jährlichen Gesamtnettoumsatzes gemäß Abs. 4 oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt.

(4) Der jährliche Gesamtnettoumsatz gemäß Abs. 3 ist bei Kreditinstituten der Gesamtbetrag aller in Z 1 bis 7 der Anlage 2 zu § 43 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.

(5) Die FMA kann von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 VStG absehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen."

Die Materialien zu § 99d BWG hielten wortwörtlich fest (RV 2438 BlgNR 24. GP, S. 63; Hervorhebungen nicht im Original):

"Durch diese Bestimmung wird neben dem Konzept der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für juristische Personen nach § 9 VStG auch eine direkte Verantwortlichkeit und Sanktionierung von juristischen Personen ermöglicht. Die Formulierung orientiert sich dabei an der bereits in § 370 Abs. 1a und 1b GewO bestehenden Formulierung. Diese Ergänzung des Konzepts des § 9 VStG ist zwingend erforderlich, weil es aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 66 Abs. 2 lit. c sowie Art. 67 Abs. 2 lit. e Richtlinie 2013/xx/EU unerlässlich ist, auch juristische Personen als unmittelbare Strafadressaten vorzusehen, wenn gegen Pflichten verstoßen wird, welche die juristische Person selbst betreffen. Die Strafmöglichkeit ist dann gegeben, wenn Personen, die bestimmte "Schlüsselfunktionen" bei juristischen

Personen ausüben, gegen gesetzliche Verpflichtungen des BWG verstößen, die sowohl natürliche als auch juristische Personen als Normadressaten haben können (etwa bei den Tatbeständen des § 98 Abs. 1), im konkreten Anlassfall jedoch eine juristische Person von den Pflichten betroffen ist (z.B. GmbH nimmt Einlagen ohne Konzession entgegen), oder wenn die oa Personen gegen Pflichten verstößen, die sich systematisch nur an juristische Personen als Normadressaten richten können (z.B. § 40 Abs. 1). Die Möglichkeit einer Bestrafung des Verantwortlichen gemäß § 9 VStG bleibt weiterhin parallel bestehen. Gegenüber dem gerichtlichen Strafrecht, insbesondere der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden gemäß Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG), besteht wie üblich Subsidiarität der verwaltungsstrafrechtlichen Strafnorm. Aufgrund der in Abs. 3 festgesetzten Höhe der Strafandrohungen im Verwaltungsstrafverfahren (bis zu 10 vH des jährlichen Gesamtnettoumsatzes; bis zu der zweifachen Höhe des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens), welche durch die Richtlinie 2013/xx/EU vorgegeben sind und somit umgesetzt werden müssen, ist im Hinblick auf Art. 91 B-VG bzw. die dazu ergangene Judikatur des VfGH der Bestand dieser Strafandrohungen verfassungsgesetzlich abzusichern. Unter dem aus dem ‚Verstoß gezogenen Nutzen‘ ist bei der Bestrafung juristischer Personen jener Nutzen zu verstehen, der durch den Verstoß allfällig der zu bestrafenden juristischen Person zu Gute gekommen ist.

In Abs. 4 wird die Definition des jährlichen Gesamtnettoumsatzes vorgenommen. In Abs. 5 wird der FMA aus Gründen der Verfahrensökonomie und aus generellen präventiven Überlegungen ein gewisses Ermessen bei der Anwendung der §§ 98ff eingeräumt. Dieses Ermessen beschränkt sich dabei darauf, dass im durch diese Gesetzesnovelle neu geregelten Falle der Verhängung einer Geldstrafe gegen eine juristische Person wegen einer Verwaltungsübertretung von der Bestrafung des Verantwortlichen gemäß § 9 VStG wegen derselben Verwaltungsübertretung abgesehen werden kann.“

Die bezogene Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. 2013, L 176, S. 338 ff., verlangte für bestimmte Verstöße in Art. 67 wirksame innerstaatliche Sanktionen. Sie sieht hohe Verwaltungssanktionen vor (Geldbußen), die sowohl gegen die beteiligten natürlichen Personen als auch gegen die verantwortliche juristische Person verhängt werden können (müssen). Die Richtlinie geht davon aus, dass die Mitgliedstaaten die Verstöße alternativ auch durch das gerichtliche Strafrecht pönalisieren können.

Da die Bestimmung des § 41 Abs. 4 Z 1 BWG in das FM-GwG verschoben wurde, finden sich nun auch die im Entscheidungszeitpunkt anzuwendenden Bestimmungen zur Zurechnung an die juristische Person und zur Strafe im FM-GwG, nämlich in den §§ 34 und 35 FM-GwG, in der um Entscheidungszeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I 17/2018:

#### "Strafbestimmungen und Veröffentlichungen

#### Pflichtverletzungen

§ 34. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Verpflichteten, die Pflichten gemäß

[..]

8. § 23 Abs. 1 bis 3 oder 6 (interne Organisation),

[..]

verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 150 000 Euro zu bestrafen.

(2) Wenn es sich bei den Pflichtverletzungen gemäß Abs. 1 Z 2, 4, 7, 9 und 10 um schwerwiegende, wiederholte oder systematische Verstöße oder eine Kombination davon handelt, beträgt die Geldstrafe bis zu 5 000 000 Euro oder bis zu dem Zweifachen des aus der Pflichtverletzung gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt.

(3) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Verpflichteten

1. wiederholt oder systematisch vorgeschriebene Angaben zum Auftraggeber oder zum Begünstigten unter Verstoß gegen Art. 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2015/847 nicht übermittelt,

2. die Aufbewahrung von Aufzeichnungen gemäß Art. 16 der Verordnung (EU) 2015/847 nicht sicherstellt und dies ein wiederholtes, systematisches und schweres Versäumnis darstellt,

3. es verabsäumt wirksame risikobasierte Verfahren unter Verstoß gegen Art. 8 oder 12 der Verordnung (EU) 2015/847 einzuführen oder

4. sofern der Verpflichtete ein zwischengeschalteter Zahlungsdienstleister gemäß Art. 3 Z 5 ist, in schwerwiegender Weise gegen Art. 11 oder 12 der Verordnung (EU) 2015/847 verstößt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 5 000 000 Euro oder bis zu dem Zweifachen des aus der Pflichtverletzung gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, zu bestrafen.

(Anm.: Abs. 4 aufgehoben durch Art. 21 Z 5, BGBl. I Nr. 107/2017)

(5) Wer als Treuhänder seiner Offenlegungsverpflichtung gemäß § 6 Abs. 3 nicht nachkommt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen.

## § 35

### Strafbarkeit von juristischen Personen

§ 35. (1) Die FMA kann Geldstrafen gegen juristische Personen verhängen, wenn eine Pflichtverletzung gemäß § 34 Abs. 1 bis 3 zu ihren Gunsten von einer Person begangen wurde, die allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt hat und die aufgrund einer der folgenden Befugnisse eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehat:

1. Befugnis zur Vertretung der juristischen Person,
2. Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen oder
3. Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person.

(2) Juristische Personen können wegen Pflichtverletzungen gemäß § 34 Abs. 1 bis 3 auch dann verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine in Abs. 1 genannte Person die Begehung einer in § 34 Abs. 1 bis 3 genannten Pflichtverletzungen zugunsten der juristischen Person durch eine für sie tätige Person ermöglicht hat.

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

Pflichtverletzungen gemäß § 34 Abs. 1 bis zu 150 000 Euro und bei

Pflichtverletzungen gemäß § 34 Abs. 2 und 3 bis zu 5 000 000 Euro oder 10 vH des jährlichen Gesamtumsatzes. Der jährliche Gesamtumsatz bestimmt sich nach den jährlichen Umsatzerlösen aus dem letzten festgestellten Jahresabschluss. Wenn es sich bei dem Verpflichteten um ein Kreditinstitut, ein E-Geld-Institut gemäß § 3 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 E-Geldgesetz 2010, das ein CRR-Finanzinstitut gemäß Art. 4 Abs. 1 Nr. 26 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 ist, ein Zahlungsinstitut gemäß § 3 Z 4 ZaDiG, das ein CRR-Finanzinstitut gemäß Art. 4 Abs. 1 Nr. 26 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 ist, einen AIFM gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 AIFMG oder eine Wertpapierfirma gemäß § 1 Z 1 WAG 2018 handelt, ist der jährliche Gesamtumsatz die Summe der in Z 1 bis 7 der Anlage 2 zu § 43 BWG angeführten Erträge abzüglich der dort angeführten Aufwendungen. Wenn es sich bei dem Verpflichteten um ein Versicherungsunternehmen gemäß § 5 Z 1 VAG 2016 oder um ein kleines Versicherungsunternehmen gemäß § 5 Z 3 VAG 2016 handelt, ist der jährliche Gesamtumsatz die Summe der in § 146 Abs. 4 Z 1 bis 8 und 10 bis 11 VAG 2016 angeführten Erträge abzüglich der dort angeführten Aufwendungen. Wenn es sich bei dem Verpflichteten um eine Muttergesellschaft oder die Tochtergesellschaft einer Muttergesellschaft handelt, die einen konsolidierten Abschluss nach Art. 22 der Richtlinie 2013/34/EU aufzustellen hat, so bestimmt sich der jährliche Gesamtumsatz nach den jährlichen Umsatzerlösen oder der entsprechenden Einkunftsart gemäß den einschlägigen Rechnungslegungsrichtlinien, die im letzten verfügbaren festgestellten konsolidierten Abschluss ausgewiesen sind. 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.

(Anm.: Abs. 4 aufgehoben durch Art. 21 Z 7, BGBl. I Nr. 107/2017)"

Die Regierungsvorlage zur Stammfassung des FM-GwG hielt dazu fest (RV 1335 BlgNR. 25. GP, S. 22):

"Abs. 1 entspricht im Wesentlichen § 99 Abs. 2 BWG bzw. § 322 VAG 2016 und soll wie bisher die Verletzung aller im Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung relevanten

Pflichten sanktionieren. Im Unterschied zur bisherigen Regelung wurde keine Freiheitsstrafe mehr vorgesehen, da für schwerwiegende Fälle ohnedies die in Art. 59 der Richtlinie (EU) 2015/849 vorgesehenen Sanktionen zur Anwendung kommen soll.

Mit Abs. 2 wird Art. 59 Abs. 1, 2 lit. e und 3 lit. b der Richtlinie (EU) 2015/849 umgesetzt. Es sollen für bestimmte Verstöße gegen die Vorschriften dieses Bundesgesetzes wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen im Sinne des Art. 58 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2015/849 festgelegt werden.

Die Formulierung orientiert sich dabei an § 98 Abs. 5 BWG und § 152 BaSAG, die im Falle von Verwaltungsübertretungen bereits Geldstrafen bis zu 5 Millionen Euro oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens vorsieht. Unter dem aus dem "Verstoß gezogenen Nutzen" ist bei der Bestrafung natürlicher Personen jener Nutzen zu verstehen, der durch den Verstoß allfällig der zu bestrafenden natürlichen Person zu Gute gekommen ist. Die Frage der Verfassungskonformität von hohen Geldstrafen im Verwaltungsrecht wurde bereits eingehend in den Erläuterungen zu § 152 BaSAG (RV 361 BlgNR, 25. GP 27) dargelegt.

Gegenüber dem gerichtlichen Strafrecht gilt gemäß § 22 Abs. 1 VStG die Subsidiarität der verwaltungsstrafrechtlichen Strafnorm. Mit Abs. 3 werden die in Art. 18 der Verordnung (EU) 2016/847 genannten Straftatbestände umgesetzt.

In Abs. 4 wird die Möglichkeit für die FMA eröffnet von der Bestrafung in bestimmten Fällen abzusehen, die nicht durch § 45 VStG abgedeckt werden können, um der FMA einen risikobasierten Einsatz ihrer Ressourcen zu ermöglichen. Es wird beim ersten Anwendungsfall dem Umstand Rechnung getragen, dass die Richtlinie (EU) 2015/849 eine Sanktionierungspflicht nur in Fällen von schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen zwingend vorsieht. Der zweite Anwendungsfall dieser Bestimmung ist anderen Aufsichtsgesetzen, etwa dem § 99d Abs. 5 BWG, nachgebildet. Abs. 5 entspricht im Wesentlichen § 99 Abs. 1 Z 9 BWG.

Zu § 35:

Mit Abs. 1 und 2 wird Art. 59 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 5 und 6 der Richtlinie (EU) 2015/849 umgesetzt. Gemäß dem Erwägungsgrund 59 sind im nationalen Recht wirksame, verhältnismäßige und abschreckende verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen vorzusehen. Ein wesentliches Element hierfür ist die direkte Verantwortlichkeit und Sanktionierung von juristischen Personen zusätzlich zu den verantwortlichen natürlichen Personen (§ 9 VStG). Die Strafmöglichkeit ist dann gegeben, wenn Personen, die bestimmte "Schlüsselfunktionen" bei juristischen Personen ausüben, gegen gesetzliche Verpflichtungen dieses Gesetzes verstoßen, die sich an juristische Personen als Normadressaten richten.

Mit Abs. 3 wird Art. 59 Abs. 3 lit. a der Richtlinie (EU) 2015/849 umgesetzt. Die gesonderten Definitionen des Gesamtumsatzes für Kreditinstitute, E-Geld-Institute, Zahlungsinstitute, Wertpapierfirmen, AIFM und Versicherungsunternehmen berücksichtigen die für diese Verpflichteten geltenden Besonderheiten in der Rechnungslegung. Der relevante Gesamtumsatz soll bei Gruppen nicht anhand des Jahresabschlusses des betreffenden Unternehmens, sondern Anhand des Konsolidierten Abschlusses ermittelt werden. Ein zusätzliches Abstellen auf den aus dem Verstoß gezogenen Nutzen soll gemäß dem Einleitungssatz von Art. 59 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2015/849 nicht erfolgen. Abs. 4 entspricht dem ersten Anwendungsfall des § 34 Abs. 4 und dehnt diesen auf juristische Personen aus."

Die Bestimmung des § 99d Abs. 5 BWG bzw. § 34 Abs. 4 und 5 FMABG findet sich nun in § 22 Abs. 6 FMABG und lautet (Hervorhebungen nicht im Original):

"(6) Die FMA kann

1. von der Verhängung einer Geldstrafe gegen eine natürliche oder juristische Person oder von beidem absehen, wenn es sich um keinen bedeutenden Verstoß handelt,
2. von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBI. I Nr. 52/1991, absehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen."

Dazu hielten die Materialien (RV 1661 BlgNR 25. GP, S. 54 f.) fest:

"In § 99d Abs. 5 BWG wurde der FMA die Möglichkeit eingeräumt, von einer Verfolgung des Verantwortlichen gemäß § 9 VStG abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits gegen die juristische Person eine Strafe verhängt worden ist

und keine besonderen Umstände gegen ein Absehen sprechen (vgl. ErlRV 2438 BlgNR 24. GP). Entsprechende Regelungen wurden in das BörseG, das InvFG 2011, das BaSAG, das SFT-Vollzugsgesetz und das ZVG übernommen. Die Bestimmung des Abs. 6 Z 2 vereinheitlicht diese Bestimmungen und erweitert den Anwendungsbereich auf alle in § 2 FMABG genannten Materiengesetze.

Die unionsrechtlich vorgegebenen, im Vergleich zum sonstigen Verwaltungsstrafrecht besonders hohen Strafrahmen im Finanzmarktaufsichtsrecht rechtfertigen die Einräumung eines - im Vergleich zu § 45 Abs. 1 Z 4 VStG - erweiterten Ermessensspielraumes, bei nicht bedeutenden Verstößen von der Bestrafung abzusehen. Abs. 6 Z 1 schafft die Voraussetzungen für die Konzentration der Ressourcen auf die Verfolgung bedeutender Verstöße, um die unionsrechtlich geforderte Verhängung von wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen rasch und konsequent umzusetzen. Die Regelung dient somit auch der Verwaltungsökonomie und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst zweckmäßigen, raschen, einfachen und kostensparenden Vollziehung durch die FMA; ein individueller Rechtsanspruch auf ein Absehen von der Bestrafung besteht daher nicht. Der sachliche Anwendungsbereich des Abs. 6 Z 1 wurde so gewählt, dass neben den Verantwortlichen gemäß § 9 VStG alle natürlichen und juristischen Personen, die Adressaten des Aufsichtsrechts sind, erfasst werden."

### 3.3. In der Sache:

Wenn nun die Beschwerde ausführt, dass die belangte Behörde keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob ein Unternehmensorgan die Begehung des vorgeworfenen Verstoßes durch eine für die juristische Person tätige Person aufgrund mangelnder Kontrolle oder Überwachung ermöglicht hat, so ist dieser Einwand im Ergebnis auch berechtigt:

Wie auch im Kriminalstrafrecht wurden die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch im Finanzmarktbereich durch die oben angeführten Unionsrechtsakte dazu verpflichtet, im Zuge der Harmonisierung wirksame, abschreckende und angemessene Sanktionen gegen juristische Personen im innerstaatlichen Recht vorzusehen (vgl. Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2013/36/EU). Der österreichische Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung mit der Umsetzung der Art. 66 Abs. 2 lit. c sowie Art. 67 Abs. 2 lit. e Richtlinie 2013/36/EU in den oben angeführten Normen nachgekommen.

Eine Verwaltungsübertretung wird bestimmt durch den objektiven Tatbestand - das Tatbild und somit das erfasste Verhalten - und den subjektiven Tatbestand und die Rechtswidrigkeit des Handelns oder - anders ausgedrückt - den Mangel eines Rechtfertigungsgrundes (vgl. § 6 VStG).

Nach den im Strafrecht allgemein geltenden Grundsätzen "nullum crimen sine lege" und "nulla poena sine lege praevia" ist Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe, dass die Tat zur Zeit ihrer Begehung ausdrücklich durch ein Gesetz für strafbar erklärt war (vgl. VwGH 21.06.2017, Ro 2016/03/0011 mit Verweis auf VwGH 10.12.2013, 2013/05/0162 und den - wie hier - im Anwendungsbereich des Unionsrechts maßgebenden Art. 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und dazu VwGH 23.10.2013, 2012/03/0102, mwH).

Neben der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ist aber auch die Frage nach der Schuld zu stellen. § 5 VStG ist mit dem Titel "Schuld" überschrieben und ergibt, dass zu jeder Verwaltungsübertretung Verschulden gehört (Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht, 10. Auflage [2014] Rz 998). Auch im Verwaltungsstrafrecht steht - ungetacht der Beweislastumkehr des § 5 Abs. 1 VStG - die Geltung des Schuldprinzips fest (VwGH, 18.02.1993, 92/09/0321; 20.02.1991, 90/02/0152; Fuchs, Grundrechte im Verwaltungsstrafrecht, in: Raschauer/Wessely, VStG, 2. Auflage [2016], S. 14, Rz 14 und 15) und ist auch hier Voraussetzung für die Strafbarkeit eines tatbildmäßigen, rechtswidrigem menschlichen Verhalten das schuldhafte Handeln des Täters ist (VwGH 13.05.1987, 85/17/0067). Hierbei darf nicht übersehen werden, wie Hilf/Kurtz/Handstanger ausführen, dass § 5 VStG nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, beginnend mit VfSlg. 13780/1994, gerade nicht bedeutet, dass der Verdächtige seine Unschuld nachzuweisen hat, sondern dass die "Behörde die Verwirklichung des (objektiven) Tatbestandes durch den Beschuldigten nachzuweisen und bei Vorliegen von Anhaltspunkten, die an seinem Verschulden zweifeln lassen, auch die Verschuldensfrage von Amts wegen zu klären" hat (Hilf/Kurtz/Handstanger, Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, finanzstrafrechtlicher und verwaltungsstrafrechtlicher Sicht, 20. ÖJT, Band III/1 [2018] Seite 67 mwN).

Weder § 99d BWG noch § 35 FM-GwG treffen Aussagen zur Schuld, sondern sind lediglich mit dem Titel "Strafbarkeit der juristischen Person" überschrieben. Jedoch hält die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Verantwortlichkeit eines Verbandes (VfGH 02.12.2016, G 497/2015 ua., VfSlg. 20.112/2016; vgl. dazu Holzinger, Verbandverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) ist verfassungskonform, ÖJZ 2017/47; Rohregger, Die Verantwortlichkeit von

Verbänden für Straftaten, ÖZW 2018/27) eindeutig fest, dass eine juristische Person nicht selbst schuldfähig sein kann. Der Verfassungsgerichtshof hat anlässlich eines Normprüfungsverfahrens zu § 3 des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - VbVG), BGBl I Nr 151/2005 idF BGBl I Nr 112/2007) wie folgt zum Schuldprinzip ausgeführt:

"3.2.3.

Als von natürlichen Personen verschiedene Träger von Rechten und Pflichten sind juristische Personen rechtliche Konstruktionen, die - in gleicher Weise wie natürliche Personen - durch Teilnahme am Rechts- und Wirtschaftsleben bestimmte Zwecke verfolgen (VfSlg 19.522/2011). Mit der Verbandsverantwortlichkeit hat der Gesetzgeber eine (neue) strafrechtliche Kategorie eigener Art geschaffen, die nicht am Maßstab des - von den beiden Antragstellern ins Treffen geführten - Schuldprinzips gemessen werden kann. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz (vgl. VfSlg 15.200/1998) hat im Individualstrafrecht in Bezug auf natürliche Personen Geltung, nicht jedoch in Ansehung von rechtlichen Gebilden wie juristischen Personen. Ein verfassungsrechtliches Gebot, das den Gesetzgeber iZm der Sanktionierung von Verbänden an das Schuldprinzip bindet, lässt sich weder aus den genannten Garantien noch aus sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben ableiten.

Allerdings sind iZm Taten von Entscheidungsträgern und Mitarbeitern jene allgemeinen Kriterien, die der Verfassungsgerichtshof bezüglich (insbesondere abgabenrechtlicher) Regelungen, die eine Haftung Dritter vorsehen, aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitet hat - nämlich, dass gesetzliche Regelungen unsachlich sind, wenn sie einen Rechtsträger dazu verhalten, "für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet", also "für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflussphäre liegen" (vgl. VfSlg 5318/1966, 12.776/1991, 13.583/1993, 15.784/2000, 18.726/2009) - grundsätzlich auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden beachtlich.

3.2.4. Vor diesem Hintergrund ist daher die Verantwortlichkeit einer juristischen Person für (rechtswidriges und schuldhafte) Verhalten einer natürlichen Person aus verfassungsrechtlicher Sicht dann nicht zu beanstanden, wenn ein hinreichender Konnex zwischen der juristischen Person und jenen natürlichen Personen besteht, deren Verhalten ihr zugerechnet wird.

Diesen verfassungsrechtlich gebotenen Kriterien entsprechen aber die Regelungen des§ 3 VbVG:

Die Verbandsverantwortlichkeit hängt nämlich in beiden Fallkonstellationen des§ 3 VbVG - sowohl nach Abs 2 (Entscheidungsträgertat) als auch nach Abs 3 (Mitarbeitertat) - vom Vorliegen eines der beiden (oder auch beider - wie im Fall G697/2015 als möglich angenommen) in Z 1 und Z 2 des Abs 1 festgelegten Merkmale (Tatbegehung zugunsten des Verbandes oder - wie im Fall G497/2015 zugrunde gelegt - Verletzung von Verbandspflichten) ab, womit ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Verband und der Straftat hergestellt wird. Darüber hinaus verlangen die Regelungen für beide Fallgruppen - § 3 Abs 2 VbVG im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für eine Tat eines Entscheidungsträgers, § 3 Abs 3 VbVG für eine Anlasstat eines Mitarbeiters -, dass ein Entscheidungsträger entweder die Tat selbst begangen oder die Begehung der Tat eines Mitarbeiters durch näher umschriebene Sorgfaltsvorstöße zumindest erheblich erleichtert hat. Damit konkretisiert § 3 VbVG aber - in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise - sowohl den sachlichen Zusammenhang zwischen der Anlasstat und der Sphäre des Verbandes als auch die sachlichen Zurechnungsmerkmale zwischen der Anlasstat und den Verbandsorganen.

Da der Verband in jedem Fall (nur) durch seine Entscheidungsträger agieren kann, kommt in der Straftat eines Entscheidungsträgers die Verbandsverantwortlichkeit ohne weitere Voraussetzung zum Ausdruck, in der Straftat eines Mitarbeiters hingegen erst durch den die Tat zumindest wesentlich erleichternden Sorgfaltsvorstoß eines Entscheidungsträgers, ohne dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Rolle spielt bzw. geprüft werden muss, ob allfällige weitere - an der Straftat unbeteiligte - Entscheidungsträger ein Fehlverhalten gesetzt haben oder nicht. Letztlich liegt es im Verantwortungsbereich des Verbandes, Entscheidungsträger auszuwählen, die für ein gesetzmäßiges Verhalten des Verbandes sorgen.

In dieser Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit liegt weder eine Zurechnung ‚fremder‘ Schuld noch eine Erfolgschaftung oder eine Schuldvermutung zu Lasten des Verbandes. Vielmehr ergibt sich die Verbandsverantwortlichkeit aus dem dargestellten Zusammenhang von Verband und Führungsebene und dem Umstand, dass der Verband stets nur durch Zurechnung des Handelns der Entscheidungsträger als eines seiner Organe handeln kann"

Die in der vorliegenden Rechtssache anzuwendenden Normen sehen nach ihrem Tatbild schon im Wortlaut eine Zweistufigkeit des Verfahrens, die der Verfassungsgerichtshof als im Falle der Zurechnung eines Verhaltens einer natürlichen Person im Bereich des Kriminalstrafrechts für notwendig erachtet, und dazu somit eine vergleichbare Vorgehensweise vor.

Das bekämpfte Straferkenntnis stützt sich im Spruch - ohne dies genauer zu spezifizieren - augenscheinlich auf § 99d Abs. 2 BWG in der oben angeführten Fassung, wonach juristische Personen wegen Verstößen gegen die in § 98 Abs. 5a BWG angeführten Pflichten auch verantwortlich gemacht werden können, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine in § 99d Abs. 1 BWG in der damals geltenden Fassung genannte Person die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Es wird also auch hier ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Anlasstat und der Sphäre des Verbandes verlangt und die sachlichen Zurechnungsmerkmale zwischen der Anlasstat und den Verbandsorganen festgehalten. Wortgleich hält dies der nunmehr anzuwendende § 35 Abs. 2 FM-GwG fest, wobei festzuhalten ist, dass auch das VbVG in § 3 Abs. 3 VbVG ebendiese Zurechnungsart über die mangelnde Sorgfalt des Entscheidungsträgers eröffnet.

In der Konsequenz muss die Anlasstat - im vorliegenden Fall der Verstoß gegen § 41 Abs. 4 Z 1 BWG und nunmehr § 23 Abs. 1 Z 3 FM-GwG - daher von einem nach außen zur Vertretung Befugten rechtswidrig und schulhaft begangen worden sein, um in einem weiteren zusätzlichen Schritt - entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 99d Abs. 2 BWG bzw. des § 35 Abs. 2 FM-GwG der juristischen Person, dem Verband zugerechnet zu werden. Nur der rechtskräftige Schulterspruch über die natürliche Person ermöglicht somit eine Strafbarkeit der juristischen Person. Hierzu kann wiederum auf Rechtsprechung zum VbVG verwiesen werden, aus der sich ergibt, dass im Fall, dass der die natürliche Person betreffende Schulterspruch (dort: wegen Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde) noch nicht materiell rechtskräftig sein sollte, auch "die (für die Haftung des belangten Verbands präjudizielle) rechtswidrige und schuldhafte Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung durch den Entscheidungsträger noch nicht mit bindender Wirkung festgestellt" ist (OGH 13.12.2016, 11 Os 104/16b).

Daran ändert auch die in § 99d Abs. 5 BWG bzw. nunmehr in § 22 Abs. 6 FMABG vorgesehene Möglichkeit, unter bestimmten Umständen von der Bestrafung der betroffenen natürlichen Personen bzw. von der Verhängung einer Geldstrafe über die betroffenen natürlichen Personen abzusehen (vgl. dazu RV 2438 BlgNR 24. GP, S. 63 zu § 99d BWG und RV 1661 BlgNR 25. GP, S. 54 f. zu § 22 Abs. 6 FMABG) nichts. Denn es ergibt sich weder aus dem Wortlaut dieser Normen noch aus den Materialien dazu, dass, gleich § 45 Abs. 1 erster Satz erster Fall VStG, von der Einleitung eines Verfahrens und somit von der Verfolgung dieser natürlichen Personen gänzlich abgesehen werden darf und eine konkrete Zuordnung der Tat zu einem Entscheidungsträger (nunmehr § 35 Abs. 1 FM-GwG) und Feststellung der Sorgfaltverstöße des Entscheidungsträgers bei einer Tat durch eine andere, für die juristische Person tätige Person (nunmehr § 35 Abs. 2 FM-GwG) gar nicht erst zu erfolgen hätte. Auch ergibt sich aus eben diesen Normen nicht, dass die Zurechnung alleine über § 5 VStG und einem gegebenenfalls durch die juristische Person erstatteten Vorbringen im Sinne einer Bescheinigungslastumkehr ohne jegliche weitere amtswegige Ermittlungen stattzufinden hat (vgl. auch Hilf/Kurtz/Handstanger, Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, finanzstrafrechtlicher und verwaltungsstrafrechtlicher Sicht, 20. ÖJT, Band XXXX

Im vorliegenden Verfahren wurde unstrittig zu keiner Zeit ein rechtskräftiger Schulterspruch, allenfalls unter Absehung von der Bestrafung, über eine der nach außen zur Vertretung befugten Personen der beschwerdeführenden Partei erlassen. Auch wurde keine Verfolgungshandlung im Sinnes des § 32 Abs. 2 VStG gesetzt, vor allem nicht vor Ablauf der in diesem Verfahren noch zu beachtenden Verfolgungsverjährungsfrist des § 31 Abs. 1 VStG iVm § 99b BWG aF im Ausmaß von 18 Monaten, sohin bis 30.12.2015.

Wenn nun § 50 VwGVG manifestiert, dass das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden hat und gemäß § 38 VwGVG im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswiegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist (VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092), so ist folgendes zu bedenken:

Betreffend die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte ist zwar festzuhalten, dass gemäß Art. 130 Abs. 4 erster

Satz B-VG und gemäß § 50 VwGVG in Verwaltungsstrafsachen das Verwaltungsgericht immer in der Sache selbst entscheidet, woraus folgt, dass in Verwaltungsstrafverfahren dem Verwaltungsgericht in jedem Fall auch die Befugnis und Verpflichtung zu allenfalls erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zukommt (vgl. Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in: Holoubek/Lang [Hrsg.], Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz).

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)