

TE Bwvg Erkenntnis 2019/8/30 W107 2196658-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.08.2019

Entscheidungsdatum

30.08.2019

Norm

B-VG Art133 Abs4

BWG §1 Abs1

BWG §39

BWG §70 Abs1

BWG §98 Abs5

BWG §99d Abs3

BWG §99d Abs4

BWG §99e

FMABG §22 Abs2a

FMABG §22 Abs6

VStG 1950 §19

VStG 1950 §5 Abs1

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §34 Abs2 Z1

VwGVG §34 Abs3

VwGVG §43 Abs1

VwGVG §43 Abs2

VwGVG §50

VwGVG §52 Abs8

Spruch

W107 2196658-1/41E

Schriftliche Ausfertigung des mündlich verkündeten Erkenntnisses

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Sibyll BÖCK als Vorsitzende und den Richter Dr. Stefan KEZNICKL sowie den Richter Dr. Michael ETLINGER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vormals: XXXX , XXXX , vertreten durch HAUSMANINGER KLETTER Rechtsanwälte - Gesellschaft mbH, Franz-Josefs-Kai 3, 1010 Wien, gegen das

Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Österreich (FMA) vom 24.04.2018, Zl. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 02.10.2018 und 30.08.2019 zu Recht:

A)

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde, welche sich nur gegen die Strafhöhe richtet, insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe auf EUR XXXX herabgesetzt wird.

II. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde beträgt EUR 4.500 das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

III. Die beschwerdeführende Partei hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Strafverfahrens zu tragen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (im Folgenden: belangte Behörde) vom 24.04.2018 wendet sich gegen die XXXX , nunmehr: XXXX (im Folgenden: beschwerdeführende Partei) als Beschuldigte und enthält folgenden Spruch (wörtlich):

"Die XXXX (in der Folge: XXXX) ist ein konzessioniertes Kreditinstitut gemäß § 1 Abs 1 Bankwesengesetz (BWG) mit der Geschäftsanschrift XXXX

Im Hinblick auf die in § 99d BWG vorgesehene Möglichkeit der Verhängung von Geldstrafen gegen die XXXX als juristische Person hat die XXXX ab 01.01.2014 Folgendes zu verantworten:

Die XXXX hat es unterlassen, im Zeitraum von 19.04.2013 - 13.12.2016, einen gesetzeskonformen Betriebskontinuitätsplan (Business Continuity Management - BCM) einschließlich einer gesetzeskonformen IT-Notfall-Planung betreffend bankgeschäftliche und bankbetriebliche Risiken in schriftlicher und nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren, die bei einer schwerwiegenden Betriebsunterbrechung die Fortführung der Geschäftstätigkeit und die Begrenzung von Verlusten sicherstellen, sodass in diesem Zeitraum die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren der XXXX betreffend das operationelle Risiko nicht angemessen in Bezug auf Art, Umfang und Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte waren.

a) Eine Frist für die Wiederaufnahme kritischer Prozesse in den Szenarien "Totalausfall XXXX " (Szenario 1, Option 2) sowie "Totalausfall IT" (Szenario 2, Option 2) war von 19.04.2013 bis 27.01.2014 nicht gesetzeskonform schriftlich festgelegt. Ab dem 27.01.2014 war im BCM-Konzept (Version 1.0., genehmigt 27.01.2014) die Frist mit 10 bis 14 Tagen unangemessen lange schriftlich festgelegt. Die Frist von 10-14 Tagen, um wesentliche Daten und Funktionen zurückzugewinnen, ist in Bezug auf die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken unangemessen lange und gewährleistet keine schnellstmögliche Behebung von Fehlern.

Erst mit 13.12.2016 (BCM-Konzept Version 1.2, Seite 10) wurde eine Wiederaufnahmefrist von maximal vier Stunden für die als kritischen Prozesse definierten Kerngeschäftsprozesse Zahlungsverkehr, Kundenhandel, Private Banking/Vermögensverwaltung, Anti Money Laundering, Treasury und Settlement schriftlich festgelegt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert.

b) Ein gesetzeskonformer schriftlicher Plan für die Szenarien "Totalausfall XXXX " (Szenario 1, Option 2) oder "Totalausfall IT" (Szenario 2, Option 2) war ab 19.04.2013 bis 13.12.2016 insofern nicht vorhanden, als nicht in gesetzeskonformer Weise schriftlich festgelegt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert war,

? wie, von wem und in welchem Zeitraum Ersatzräumlichkeiten für Bankgeschäfte der XXXX innerhalb angemessener Frist zur Verfügung gestellt werden;

? wie, von wem und in welchem Zeitraum die erforderliche Hardware für Bankgeschäfte innerhalb angemessener Frist zur Verfügung gestellt wird;

Erst mit 13.12.2016 (BCM-Konzept, Version 1.2., Seite 15f) wurden neun Notfallarbeitsplätze binnen vier Stunden für alle kritischen Kernprozesse (Zahlungsverkehr, Kundenhandel, Private Banking/Vermögensverwaltung, Anti Money Laundering, Treasury und Settlement) bzw. weitere sieben Notfallarbeitsplätze innerhalb 24 Stunden für die restlichen Fachabteilungen - alle am Hauptstandort XXXX im XXXX - schriftlich festgelegt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert. Darin finden sich auch konkrete Regelungen und Prozedere für den Zutritt zu den Räumlichkeiten sowie bezüglich deren Ausstattung.

c) Ein gesetzeskonformer schriftlicher Plan für die Szenarien "Totalausfall XXXX " (Szenario 1, Option 2) oder "Totalausfall IT" (Szenario 2, Option 2) war ab 19.04.2013 bis 13.12.2016 auch insofern nicht vorhanden, als nicht in gesetzeskonformer Weise schriftlich festgelegt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert war,

? wo, wie, von wem und in welchem Zeitraum die gesicherten Datenbanken und Daten (inkl. Betriebssysteme) für Bankgeschäfte innerhalb angemessener Frist zur Verfügung gestellt werden sowie

? wie und in welchem Zeitraum bankgeschäftliche und bankbetriebliche Dienste mit externer Anbietung von den jeweiligen Dienstleistern innerhalb angemessener Frist wiederhergestellt werden können.

Erst mit 13.12.2016 wurde durch den IT-Disaster-Recovery-Plan (Version 1.0, Seite 4) und den IT-Notfall-Plan (Version 2.0, Seite 16) schriftlich festgelegt und in nachvollziehbarer Weise dokumentiert, dass bei der XXXX auch ein Ausfallrechenzentrum inkl. Ausfallserver installiert ist, auf den alle bankgeschäftliche und bankbetriebliche Systeme der XXXX im vier Stunden Takt repliziert werden.

Die im Tatzeitraum (19.04.2013 bis 13.12.2016) zur Vertretung nach außen berufenen Mitglieder des Vorstandes der XXXX, die XXXX (Mitglied des Vorstandes von XXXX) und XXXX (Mitglied des Vorstandes von XXXX) haben selbst gegen die angeführten Verpflichtungen vorsätzlich verstoßen beziehungsweise durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle die Begehung der angeführten Verstöße durch eine für XXXX tätige Person ermöglicht und diese vorsätzlich nicht verhindert. Die im Tatzeitraum (19.04.2013 bis 13.12.2016) zur Vertretung nach außen berufenen Mitglieder des Vorstandes XXXX (Mitglied des Vorstandes ab XXXX) sowie XXXX (Mitglied des Vorstandes ab XXXX) haben selbst gegen die angeführten Verpflichtungen verstoßen beziehungsweise durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle die Begehung der angeführten Verstöße durch eine für XXXX tätige Person ermöglicht und diese zumindest fahrlässig nicht verhindert.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 39 Abs 2 iVm Abs 2b Z 5 BWG, BGBl Nr. 532/1993 idF BGBl I Nr. 184/2013 iVm § 11 Abs 2 KI-RMV BGBl II Nr 487/2013 iVm § 98 Abs 5 Z 4 BWG, BGBl Nr 532/1993 idF BGBl I Nr 117/2015 iVm § 99d BWG, BGBl Nr 532/1993 idF BGBl I Nr 184/2013

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

Gemäß §§ 99d Abs 3 BWG, BGBl Nr 532/1993 idF BGBl I Nr 184/2013

XXXX

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

--

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

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

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

78.650 Euro."

2. Diesem Straferkenntnis ging eine Vor-Ort-Prüfung 2012/2013 durch die Österreichische Nationalbank (in Folge: OeNB) betreffend die Steuerung des operationellen Risikos in der beschwerdeführenden Partei voraus. Die OeNB hat mit Prüfbericht gemäß § 70 Abs. 1 BWG vom 30.01.2013 bei der beschwerdeführenden Partei Mängel im Business

Continuity Management und im Bereich Notfallplanung aufgezeigt (FMA-Akt, Beilagenakt, Beilage ./1).

3. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 21.04.2017 und 01.02.2018, adressiert an den Beschwerdeführer zu W107 2196670-1 (in Folge: Vorstand 2) und den Beschwerdeführer zu W107 2196664-1 (in Folge: Vorstand 1), leitete die belangte Behörde diesen gegenüber das Verwaltungsstrafverfahren ein (FMA-Akt zu W107 2196670-1, ON06 und W107 2196664-1, ON 17).

Mit Schriftsatz vom 30.05.2017 erfolgte die Rechtfertigung des Beschwerdeführers zu W107 2196670-1 (Vorstand 2) durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter. Am 16.03.2018 erfolgte eine niederschriftliche Einvernahme des Beschwerdeführers zu W107 2196664-1 (Vorstand 1) zum Tatvorwurf durch die belangte Behörde in deren Räumlichkeiten.

4. Am 24.04.2018 erließ die belangte Behörde ein im wesentlichen gleichlautendes Straferkenntnis gegen die Vorstände 1 und 2.

5. Mit Schreiben jeweils vom 24.05.2018 erhoben die Vorstände 1 und 2 durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter vollumfänglich Beschwerde gegen das jeweilige Straferkenntnis vom 24.04.2018 dem Grunde und der Höhe nach und beantragten, die angefochtenen Straferkenntnisse wegen Rechtswidrigkeit ersatzlos zu beheben.

6. Am 28.05.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerden und die Akten der Verwaltungsstrafverfahren dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor (BVwG-Akt, OZ 1).

7. Zur gegenständlichen beschwerdeführenden juristischen Person

7.1. Mit Schreiben vom 18.11.2016 gab die beschwerdeführende Partei eine Stellungnahme zu den geforderten und bisher durchgeführten Maßnahmen ab, mit Stellungnahme vom 13.12.2016 übermittelte die beschwerdeführende Partei der belangten Behörde die geforderten Unterlagen (FMA-Akt, ON3); die belangte Behörde erachtete die geforderten Maßnahmen mit Datum 13.12.2016 als vollständig und nachvollziehbar (FMA-Akt, ON 19, S. 10).

7.2. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 02.05.2017, gerichtet an die beschwerdeführende Partei zu Händen "Vorstand", leitete die belangte Behörde das Verwaltungsstrafverfahren gegen die juristische Person ein (FMA-Akt, ON 8).

7.3. Am 24.04.2018 erließ die belangte Behörde das oben angeführte Straferkenntnis, welches der beschwerdeführenden Partei nachweislich am 27.04.2018 zugestellt wurde.

7.4. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die Beschwerde vom 24.05.2018, bei der belangten Behörde am selben Tag eingelangt, mit welcher dieses sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angefochten wurde.

7.5. Mit Schriftsatz vom 28.05.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde und die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: BVwG) zur Entscheidung vor (BVwG-Akt, OZ 1).

8. Am 02.10.2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Das gegenständliche Verfahren wurde mit expliziter Zustimmung des ausgewiesenen Rechtsvertreters aller Beschwerdeführer mit den Verfahren zu W107 2196664-1 (XXXX ; Vorstand 1) und zu W107 2196670-1 (XXXX ; Vorstand 2) zur gemeinsamen Verhandlung verbunden; alle Beschwerdeführer und deren ausgewiesener Rechtsvertreter sowie die belangte Behörde wurden gehört.

9. Aufgrund der im Zuge der mündlichen Verhandlung aufgetragenen Vorlage übermittelte die belangte Behörde mit Schriftsatz vom 03.10.2018 die mittels Aktenvermerk vom 11.04.2018 gemäß § 22 Abs. 6 Z 2 FMABG verfügte "Einstellung" der Verwaltungsstrafverfahren gegen die ab XXXX (XXXX ; Vorstand 4) und ab XXXX (XXXX ; Vorstand 3) tätigen Vorstände der beschwerdeführenden Partei.

Laut den bezughabenden Akten erfolgten mit Schreiben der belangten Behörde vom 02.05.2017 Aufforderungen zur Rechtfertigung ad personam wegen Verletzungen der - u.a. auch hier inkriminierten - Bestimmungen §§ 39 Abs 2 iVm 11 Abs. 2 KI-RMV und 17 Abs. 3 WAG 2007 an die aktuellen Vorstände der beschwerdeführenden Partei, XXXX ; Vorstand 3 und XXXX ; Vorstand 4; diese erstatteten mit Schriftsatz vom 30.05.2017 im Wesentlichen gleichlautende schriftliche Rechtfertigung durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 11.05.2018 wurde den beiden Vorständen der beschwerdeführenden

Partei, Vorstand 3 und Vorstand 4, die Einstellung der gegen diese geführten Verwaltungsstrafverfahren zu FMA-KL23 5304.100/006-LAW/2017 und FMA-KL23 5304.100/0005-LAW/2017 gemäß § 22 Abs. 6 Z 2 FMABG mitgeteilt (FMA-Akt, ON 13).

10. Mit Erkenntnis des BVwG vom 24.10.2018 wurde über die Beschwerde zum Verfahren W107 2196670-1 (Vorstand 2) abgesprochen, der Beschwerde in der Schuldfrage keine Folge gegeben und in der Straffrage insoweit Folge gegeben, als die Strafe auf insgesamt auf EUR 5.000,- herabgesetzt wurde (W107 2196670-1/9E). Dagegen wurde kein Rechtsmittel ergriffen. Das Erkenntnis erwuchs in Rechtskraft.

11. Mit Erkenntnis des BVwG vom 13.12.2018 wurde über die Beschwerde zum Verfahren W107 2196664-1 (Vorstand 1) abgesprochen, der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 iVm § 31 Abs. 1 VStG eingestellt (W107 2196664-1/11E).

12. Mit Schriftsatz vom 21.12.2018, beim BVwG am selben Tag eingelangt, brachte die belangte Behörde einen Fristsetzungsantrag gemäß § 38 VwGG ein.

13. Mit Beschluss des BVwG vom 23.01.2019, W107 2196658-1/15E, wurde der Fristsetzungsantrag gemäß § 30a Abs. 1 iVm § 30a Abs. 8 iVm § 38 VwGG als unzulässig zurückgewiesen.

14. Mit Schriftsatz vom 29.01.2019 beantragte die belangte Behörde, den Fristsetzungsantrag gemäß 30b Abs. 1 VwGG dem VwGH zur Entscheidung vorzulegen. Dies erfolgte unter Anschluss der Akten mit Vorlagebericht des BVwG vom 01.02.2019, beim VwGH eingelangt am 07.02.2019.

15. Mit Beschluss des BVwG vom 05.03.2019 (OZ 22E) wurde das gegenständliche Beschwerdeverfahren gemäß § 34 Abs. 3 VwGG bis zur Entscheidung des VwGH im ordentlichen Revisionsverfahren zur Zl. Ro 2018/02/0023 gegen die Entscheidung des BVwG vom 25.06.2018 zu Zl. W210 2138108-1/22E ausgesetzt.

Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 29.03.2019, Ro 2018/02/0023, beim BVwG eingelangt am 08.04.2019, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

16. Mit Schriftsatz vom 01.08.2019 wurde die Beschwerde im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren dem Grunde nach zurückgezogen, die Beschwerde nur hinsichtlich der Strafhöhe aufrechterhalten, die Herabsetzung der Strafe begehrt und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Unter einem zeigte die beschwerdeführende Partei (vormals: XXXX) ihre Umfirmierung in XXXX an.

17. Mit E-Mail Eingabe vom 02.08.2019 gab die belangte Behörde den Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung bekannt (BVwG-Akt, OZ30).

18. Mit Eingabe vom 08.08.2019 übermittelte die belangte Behörde ein Konvolut an Unterlagen betreffend die beschwerdeführende Partei (Konzern - und Jahresabschluss zum 31.12.2018; OZ 32).

19. Am 30.08.2019 wurde die Verhandlung wegen Richterwechsels während des Beschwerdeverfahrens wiederholt, gehört wurde der Vertreter der beschwerdeführenden Partei und Vertreter der belangten Behörde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die diesen Verfahren zugrundeliegenden Verwaltungsakten aller Beschwerdeführer in den verbundenen Verfahren sowie die korrespondierenden Gerichtsakten und durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 02.10.2018 und 30.08.2019.

1. Feststellungen:

Die beschwerdeführende Partei ist ein im Firmenbuch unter FN XXXX eingetragenes konzessioniertes Kreditinstitut mit Sitz und Geschäftsanschrift im Tatzeitraum in XXXX ; sie ist gemäß Art. 1 Abs. 1 Nummer 1 der Verordnung Nr. 575/2013 ("Capital Requirements Directive" - "CRR") ein CRR-Kreditinstitut gemäß § 1a Abs. 1 BWG.

Die beschwerdeführende Partei änderte ihren Firmennamen im Laufe des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens von XXXX auf XXXX (FN XXXX ; Firmenbuchauszug vom 12.08.2019) mit gleichbleibender Geschäftsadresse in XXXX ; dies wurde dem BVwG mit Eingabe vom 01.08.2019 mitgeteilt.

Die beschwerdeführende Partei ist ein Tochterunternehmen der EWR-Mutterfinanzholdinggesellschaft XXXX mit Sitz in XXXX , XXXX . Der jährliche Gesamtnettoumsatz der beschwerdeführenden Partei betrug laut Konzernabschluss der Mutterfinanzholdinggesellschaft " XXXX " zum 31.12.2016 EUR XXXX ,-. (FMA-Akt, ON15).

Im Jahr 2016 verzeichnete die beschwerdeführende Partei EUR XXXX an Betriebserträgen und erwirtschaftete EUR XXXX an Provisionserträgen aus Wertpapiergeschäften. Die Provisionserträge aus Wertpapiergeschäften betragen im Jahr 2016 sohin rund 19 % der Betriebserträge (ON 14).

Im Tatzeitraum wurde die beschwerdeführende Partei durch die Vorstände 1, 2, 3 und 4 (Funktionsperioden siehe unten) vertreten.

Mit im Wesentlichen gleichlautenden Straferkenntnissen vom 24.04.2018 verhängte die belangte Behörde gegen den im Zeitraum XXXX zur Vertretung nach außen berufenen Vorstand der beschwerdeführenden Partei, Vorstand 2, sowie den im Zeitraum XXXX zur Vertretung nach außen berufenen Vorstand der beschwerdeführenden Partei, Vorstand 1, Geldstrafen wegen Verletzung von Bestimmungen des BWG iVm KI-RMV (BVwG W107 21966670-1 und zu W107 2196664-1).

Gegen Vorstand 3 (seit XXXX - dato) und Vorstand 4 (seit XXXX - dato) leitete die belangte Behörde zum selben Tatvorwurf ein zu den Zl. en FMA-KL23 5304.100/0006-LAW/2017 und FMA-KL23 5304.100/0005-LAW/2017 geführtes Verwaltungsstrafverfahren ein.

Den Straferkenntnissen vom 24.04.2018, gerichtet gegen die Vorstände 1 und 2, liegt jeweils der Vorwurf zugrunde, dass im Zeitraum 19.04.2013 bis 13.12.2016 kein gesetzeskonformer Betriebskontinuitätsplan (Business Continuity Management - BCM) einschließlich einer gesetzeskonformen IT-Notfall-Planung betreffend bankgeschäftliche und bankbetriebliche Risiken in schriftlicher und nachvollziehbarer Weise dokumentiert war, die bei einer schwerwiegenden Betriebsunterbrechung die Fortführung der Geschäftstätigkeit und die Begrenzung von Verlusten sicherstellen, sodass in diesem Zeitraum die Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren der beschwerdeführenden Partei betreffend das operationelle Risiko nicht angemessen in Bezug auf Art, Umfang und Komplexität der betriebenen Bankgeschäfte waren.

Gegen diese Straferkenntnisse jeweils vom 24.04.2018 erhoben die Vorstände 1 und 2 Beschwerde an das BVwG.

Mit Erkenntnis des BVwG vom 24.10.2018, GZ: W107 2196670-1/9E, wurde über die Beschwerde des Vorstandes 2 wie folgt abgesprochen: Der Beschwerde wurde in der Schuldfrage keine Folge und in der Straffrage insoweit Folge gegeben, als die Strafe auf insgesamt EUR 5.000,- herabgesetzt wurde. Das Erkenntnis erwuchs in Rechtskraft.

Mit Erkenntnis des BVwG vom 13.12.2018, GZ: W107 2196664-1/11E, wurde über die Beschwerde des Vorstandes 1 wie folgt abgesprochen: Der Beschwerde wurde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 iVm § 31 Abs. 1 VStG eingestellt. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben. Das Erkenntnis erwuchs in Rechtskraft.

Die gegen die Vorstände 3 und 4 eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren (wegen desselben Tatvorwurfs) wurden von der belangten Behörde formlos, gestützt auf § 22 Abs. 6 Z 2 FMABG, mit Aktenvermerk vom 11.04.2018 eingestellt (je ON 12 zu den angeführten Zahlen; BVwG, OZ 8). Dies wurde den Vorständen 3 und 4 mit Schreiben der belangten Behörde vom 11.05.2018 mitgeteilt (FMA-Akt, ON 13).

Mit Schriftsatz vom 01.08.2019 wurde die Beschwerde im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren in der Schuldfrage zurückgezogen, die Beschwerde nur hinsichtlich der Strafhöhe aufrechterhalten, die Herabsetzung der Strafe begehrt und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den in den Feststellungen in Klammern angeführten Quellen.

Die Feststellungen zur beschwerdeführenden Partei ergeben sich aus dem im Akt aufliegenden Firmenbuchauszug und dem im Akt aufliegenden Bericht der OeNB. Die festgestellten Kennzahlen wurden bereits dem angefochtenen Straferkenntnis zu Grunde gelegt und blieben unbestritten.

Die Feststellung zu den Mitgliedern des Vorstandes der beschwerdeführenden Partei und deren Funktionsperioden im Tatzeitraum ergibt sich aus dem Firmenbuchauszug sowie aus den unstrittigen Angaben der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung vom 02.10.2018 (VP, S. 14 f.).

Die Feststellungen zu den Verstößen im Tatzeitraum ergeben sich aus dem angefochtenen Straferkenntnis und den Verwaltungsakten sowie dem hg. Akt betreffend die Vorstände 1 und 2. Der Beschwerde des Vorstandes 2 wurde in

der Schuldfrage keine Folge gegeben (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24.10.2018, GZ: W107 2196670-1/9E). Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.10.2018, GZ: W107 2196670-1/9E, ist in Rechtskraft erwachsen. Auch der Schuldpruch aus dem gegenständlich bekämpften Straferkenntnis ist nach Einschränkung der Beschwerde in Rechtskraft erwachsen, sodass die Erfüllung des objektiven Tatbestandes sowie die Zurechnung des Verhaltens des Vorstandes 2 unstrittig sind.

Der Beschwerde des Vorstandes 1 wurde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis wegen Verjährung ersatzlos behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 3 iVm § 31 Abs. 1 VStG eingestellt. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben. Das Erkenntnis des BVwG vom 13.12.2018, GZ: W107 2196664-1/11E, ist in Rechtskraft erwachsen.

Die Feststellung zur formlosen Einstellung der Verwaltungsstrafverfahren betreffend die Vorstände 3 und 4 ergeben sich aus den von der belangten Behörde vorgelegten bezughabenden Akten sowie aus dem Schreiben der belangten Behörde vom 11.05.2018.

Der für die Berechnung der Geldstrafe nach § 99d BWG errechnete Gesamtnettoumsatz gründet auf den Berechnungen der belangten Behörde und wurde in der Beschwerde nicht bestritten. Die Feststellungen der belangten Behörde zur Eigenmittelsituation der beschwerdeführenden Partei wurden in der Beschwerde nicht bestritten. Es konnte diesbezüglich den Feststellungen des angefochtenen Straferkenntnisses gefolgt werden.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zur Zuständigkeit des BVwG und zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG, BGBl I 97/2001 idF BGBl. I 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.

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde eine diesen Betrag übersteigende Geldstrafe verhängt. Gemäß § 22 Abs. 2a FMABG liegt somit gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das bekämpfte Straferkenntnis wurde der beschwerdeführenden Partei am 27.04.2018 zugestellt, die dagegen erhobene Beschwerde vom 24.05.2018 langte am selben Tag bei der belangten Behörde ein und ist somit rechtzeitig.

Die Beschwerde ist zulässig und auch berechtigt:

3.2. Zu A) Beschwerde gegen die Strafhöhe:

Durch die Einschränkung der gegenständlichen Beschwerde mit Schriftsatz vom 01.08.2019 auf die Bekämpfung der Strafhöhe ist "Sache" des beim BVwG anhängigen Verfahrens nur mehr die Straffrage (vgl. VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0092 mwN). Der erkennende Senat hat somit von der Verwirklichung des Tatbildes der Verwaltungsübertretungen sowie vom Verschulden der beschwerdeführenden Partei zuzurechnenden natürlichen Person auszugehen (vgl. VwGH 02.12.2015, Ra 2015/02/0220). Der Schuldpruch aus dem bekämpften Straferkenntnis ist mit der Einschränkung der Beschwerde in Rechtskraft erwachsen. Der erkennende Senat hat daher auf die in der Schuldfrage ergangene Entscheidung nicht weiter einzugehen, sondern ist nur die von der belangten Behörde vorgenommene Strafbemessung (und daraus abgeleitet die Kostenentscheidung) zu überprüfen.

Der beschwerdeführenden Partei wird im angefochtenen Straferkenntnis gemäß § 99d BWG eine Verletzung des § 39 Abs. 2 iVm Abs. 2b Z 5 BWG, BGBl Nr. 532/1993 idF BGBl. I 184/2013, vorgeworfen.

§ 99d BWG, BGBl I 532/1993 idF BGBl I 184/2013, der die Strafbarkeit einer juristischen Person für Verletzungen des BWG normiert, ist mit 01.01.2014 in Kraft getreten. Die Verantwortung der beschwerdeführenden Partei für die gegenständlichen Verstöße gegen das BWG beginnt daher mit 01.01.2014 (Beginn des Tatzeitraums), auch wenn die Verstöße gegen das BWG von den der beschwerdeführenden Partei zuzurechnenden natürlichen Personen (Vorstände) bereits vor dem 01.01.2014 gesetzt wurden. Der Tatzeitraum endet mit der Herstellung des rechtmäßigen Zustandes, dieser datiert gegenständlich auf den 13.12.2016.

3.2.1. Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 98 Abs. 5 Z 4 BWG, BGBl. Nr. 532/1993, lautet in der im tatgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung BGBl. I 117/2015 (wörtlich, auszugsweise):

"§ 98. (1)

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

[....]

4. die Pflichten des § 39 oder einer aufgrund § 39 Abs. 4 erlassenen Verordnung der FMA 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 5 Millionen Euro oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, zu bestrafen."

§ 99d BWG in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 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 Gesetzesmaterialien (ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 63, 64) führen zu § 99d BWG (wörtlich, auszugsweise) aus:

"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 (Einschub: das ist die 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 (CRD-IV); die genannten Art. 66 Abs. 2 lit. c sowie Art. 67 Abs. 2 lit. e sehen gleichlautend vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Verwaltungssanktionen oder die anderen

Verwaltungsmaßnahmen, die in den in Absatz 1 genannten Fällen verhängt werden können, im Falle einer juristischen Person Bußgelder von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtnettoumsatzes einschließlich des Bruttoertrags, bestehend aus Zinserträgen und ähnlichen Erträgen, Erträgen aus Aktien, anderen Anteilsrechten und variabel verzinslichen/festverzinslichen Wertpapieren sowie Erträgen aus Provisionen und Gebühren..., des Unternehmens im vorangegangenen Geschäftsjahr umfassen) 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 verstoßen, 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 verstoßen, 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.

(...)

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.

§ 99e BWG, BGBl. I Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 184/2013, lautet:

"Die FMA hat bei der Festsetzung der Art der Sanktion oder Maßnahme wegen Verstößen gegen die Bestimmungen der in § 70 Abs. 4 angeführten Bundesgesetze, gegen auf Grund dieser Bundesgesetze erlassene Verordnungen oder Bescheide oder gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 sowie bei der Bemessung der Höhe einer Geldstrafe, soweit angemessen, insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:

1. Die Schwere und Dauer des Verstoßes;
2. den Grad der Verantwortung der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person;
3. die Finanzkraft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, wie sie sich beispielweise aus dem Gesamtumsatz der verantwortlichen juristischen Person oder den Jahreseinkünften der verantwortlichen natürlichen Person ablesen lässt;
4. die Höhe der von der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste, sofern diese sich beziffern lassen;
5. die Verluste, die Dritten durch den Verstoß entstanden sind, sofern sich diese beziffern lassen;
6. die Bereitschaft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zu Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde;
7. frühere Verstöße der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person sowie
8. alle potenziellen systemrelevanten Auswirkungen des Verstoßes.

Die Bestimmungen des VStG bleiben durch diesen Absatz unberührt."

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

"Verfahrensbestimmung

§ 22.

[...]

(6) Die FMA kann

1. von der Verhängung einer Geldstrafe gegen eine natürliche oder juristische Person oder von beiden absehen, wenn es sich um keinen bedeutenden Verstoß handelt,
2. von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. 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 (Hervorhebung nicht im Original):

"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 ZvVG übernommen. Die Bestimmung des Abs. 6 Z 2 vereinheitlicht diese Bestimmungen und erweitert den Anwendungsbereich auf alle in § 2 FMABG genannten Materiangesetze.

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."

In § 45 VStG sind die Einstellungstatbestände abschließend geregelt (Fister in: Lewisch/Fister/Weilguny, VStG, 2. Auflage, § 45 VStG, Rz 2); ein Absehen von der Bestrafung findet sich unter den Tatbeständen im Wortlaut des § 45 Abs. 1 VStG nicht.

Bei den von der belangten Behörde verfügten "Einstellungen" (der Verfahren gegen die Vorstände 3 und 4) gemäß § 22 Abs. 6 FMABG handelt es sich somit um keine Einstellungen gemäß § 45 VStG, die bei Vorliegen eines der Tatbestände des § 45 VStG gegen die zurechenbaren Vorstände somit sehr wohl eine Auswirkung auf das Verwaltungsstrafverfahren der juristischen Person haben könnte, sondern lediglich um die nach außen sichtbare Dokumentation des Absehens von der Bestrafung, für die keine Formalkriterien, wie etwa in § 45 Abs. 2 VStG für die Einstellung vorgesehen, festgeschrieben sind (bei einem Einstellungsgrund nach § 45 VStG wären die beiden Vorstände nicht mehr strafbar, damit würde es auch an einer der grundsätzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, nämlich die Zurechnung des strafbaren Handelns einer Führungsperson, fehlen und wäre auch das gegenständliche Verfahren einzustellen) (VwGH 29.03.2019, Ro 2018/02/0023-8; BVwG vom 30.07.2019, W210 2162676-1/38E).

Im Hinblick darauf, dass gemäß den Materialien zu § 22 FMABG die Beschneidung "auch nur eines der Beteiligten in der Ausübung seiner Rechte durch willkürliches Setzen von Verfahrensakten nach Ansicht des erkennenden Senates an Willkür grenzen und sowohl einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK, Art. 47 GRC und als auch Außerachtlassen jeglicher dazu ergangener Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes bedeuten [würde] (vgl. etwa VwGH, 21.11.2000, 99/09/0002 zur Verfahrensstellung der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 7

VStG; explizit: VwGH 29.03.2019, Ro 2018/02/2018, Rz 32)...." waren die Akten betreffend die Vorstände 3 und 4 dem BVwG im gegenständlichen Beschwerdeverfahren vorzulegen und hinsichtlich der hier (nur mehr) relevanten Beschwerde in der Straffrage jedenfalls zu berücksichtigen.

3.2.3. Zur Frage der Verjährung:

§ 43 Abs. 1 VwGVG normiert eine Entscheidungsfrist von 15 Monaten, binnen derer das Verwaltungsgericht über die Beschwerde zu entscheiden hat. Andernfalls tritt das Straferkenntnis ex lege außer Kraft. Die Frist berechnet sich ab dem Einlangen der Beschwerde bei der belangten Behörde. Die gegenständliche Beschwerde langte am 24.05.2018 bei der belangten Behörde ein.

Bestimmte Zeiten sind in diese Frist nicht miteinzurechnen (§ 43 Abs. 2 VwGVG), sohin die in § 34 Abs. 2 VwGVG und in § 51 VwGVG genannten Zeiten. Gemäß § 34 Abs. 2 Z 1 VwGVG fällt sohin auch die Zeit, während deren das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage ausgesetzt ist, darunter.

Das gegenständliche Beschwerdeverfahren wurde mit hg. Beschluss vom 05.03.2019 (OZ 22E) gemäß § 34 Abs. 3 VwGVG bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs im ordentlichen Revisionsverfahren zur Zahl Ro 2018/02/0023 gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.06.2018 zur Zahl W210 2138108-1/22E ausgesetzt. Der hg. Aussetzungsbeschluss vom 05.03.2019 wurde der beschwerdeführenden Partei am 06.03.2019 per ERV übermittelt (OZ 22E) und gilt gemäß § 89d Abs. 2 GOG als am folgenden Werktag zugestellt.

Die Hemmung der Verjährung gemäß § 43 VStG begann somit mit Aussetzung des Beschwerdeverfahrens am 07.03.2019 und endete mit der Zustellung der Entscheidung des VwGH vom 29.03.2019, Ro 2018/02/0023, an das Bundesverwaltungsgericht am 08.04.2019. Die Hemmung bewirkt, dass die Verjährung um so viele Tage verlängert wird, als die Hemmung andauerte (vgl. VwGH, 06.09.2018, Ra 2017/17/0456). Die Hemmung dauerte 33 Tage. Diese sind im Anschluss an das ursprüngliche Fristende am 24.08.2019 dazu zu rechnen.

Die Verjährung gemäß § 43 VwGVG tritt somit (frühestens) am 26.09.2019 ein.

Im Hinblick auf den von der belangten Behörde im gegenständlichen Verfahren gestellten Fristsetzungsantrag sei der Vollständigkeit halber gesagt, dass ein während des Fristsetzungsverfahrens erlassener Aussetzungsbeschluss die Entscheidungspflicht des Verwaltungsgerichts beendet und daher einen Einstellungsfall nach § 38 Abs. 4 letzter Satz VwGG bedeutet (vgl. VwGH 25.05.2016, Fr 2015/11/0007).

3.2.4. Zum Richterwechsel während des Beschwerdeverfahrens:

Ein Mitglied des Senates, das an der mündlichen Verhandlung am 02.10.2018 mitgewirkt hatte, war aus Gründen des § 7 Abs. 1 Z 2 GV 2019 an der Teilnahme der gegenständlichen Entscheidung verhindert, weshalb die Verhandlung in der nach der GV 2019 geltenden Zusammensetzung zu wiederholen war.

Aus diesem Grund wurde die Verhandlung vom 02.10.2018 wiederholt, das entsprechende Protokoll vom 02.10.2018 (BVwG-Akt, OZ 7Z) sowie der Akteninhalt wurden gemäß § 46 Abs. 3 Z 4 VwGVG verlesen. Die Parteien wurden dazu auch rechtmäßig geladen, die beschwerdeführende Partei war durch ihren anwesenden rechtsfreundlichen Vertreter vertreten. Alle anwesenden Parteien stimmten insbesondere der Verlesung der bisherigen Protokolle ausdrücklich zu.

3.2.5. Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 99e BWG sind zudem folgende Umstände bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Die Schwere und Dauer des Verstoßes (Z1); der Grad der Verantwortung der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person (Z2); die Finanzkraft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person (Z3); die Höhe der erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste, sofern sich diese beziffern lassen (Z4); die Verluste, die Dritten entstanden sind, sofern sich

diese beziffern lassen (Z5); die Bereitschaft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zur Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde (Z6); frühere Verstöße der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person (Z7) sowie potentielle systemrelevante Auswirkungen (Z8).

Hervorzuheben ist, dass im Verwaltungsstrafrecht, anders als im gerichtlichen Strafrecht, Grundlage für die Strafbemessung nicht primär das Verschulden ist, sondern der objektive Unrechtsgehalt der Tat (vgl. Weigluni in Lewisch/Fister/Weigluni, VStG, § 19 Rz 7).

Das BWG verfolgt als generelle Ziele den Anlegerschutz, den Schutz des Vertrauens in das Bankwesen und die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Bankwesens. § 39 BWG intendiert in diesem Zusammenhang die Einhaltung der Sorgfalt von allen Kreditinstituten, um das Kreditinstitut vor Schäden zu bewahren und das Gesellschaftsvermögen zu schützen. Im konkreten Fall ist bei der Festsetzung der Strafe daher zu berücksichtigen, dass die im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziele der FMA (insbesondere das Interesse an einem funktionsfähigen Bankwesen als solches sowie der Schutz der Interessen der einzelnen Gläubiger) durch die Verletzung der Vorschriften des BWG tangiert wurden. Es ist weiter anzumerken, dass der Strafraumen für die verletzte Norm des BWG (10% des jährlichen Gesamtnettoumsatzes) den hohen Unwertgehalt des Verstoßes zum Ausdruck bringt. Dieser Strafraumen dokumentiert, dass der Gesetzgeber den genannten verfahrensgegenständlichen Rechtsgütern eine hohe Bedeutung zumisst.

Die belangte Behörde ging daher bei der Strafzumessung im angefochtenen Straferkenntnis zu Recht von einem im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziel, nämlich von einer zeitnahen Bankenaufsicht aus, die sicherstellen soll, dass die Behörde die Entwicklung der Vermögens-, Finanz-, Ertrags- und Risikolage eines Kreditinstituts verfolgen und in angemessener Zeit durch das Ergreifen erforderlicher Gegenmaßnahmen reagieren kann (vgl. Perkounig/Steher in Dellinger [Hrsg.], Bankwesengesetz, 7. Lfg. Nov. 12, § 44 Rz 5).

Die Strafdrohung bei einer Verletzung des § 39 BWG ist gemäß § 99d Abs. 3 BWG sowohl im Tatzeitraum als auch im Zeitpunkt der Entscheidung unverändert eine Geldstrafe bis zu 10% des jährlichen Gesamtnettoumsatzes gemäß Abs. 4 leg. cit. oder bis zu dem Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt.

Der aus dem Verstoß gezogene Nutzen lässt sich gegenständlich nicht beziffern.

Der jährliche Gesamtnettoumsatz gemäß § 99d Abs. 3 BWG ist gemäß Abs. 4 leg. cit. 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 [...].

Wie sich aus den Feststellungen ergibt - und auch von der belangten Behörde zutreffend im angefochtenen Straferkenntnis ausgeführt wird -, ist die beschwerdeführende Partei Tochtergesellschaft iSd § 99d Abs. 4 BWG (Tochterunternehmen einer näher bezeichneten EWR-Mutterfinanzholdinggesellschaft), sodass auf den jährlichen Gesamtnettoumsatz abzustellen ist, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im konsolidierten Abschluss der Muttergesellschaft an der Spitze der Gruppe ausgewiesen wurde. Auf Basis des Konzernabschlusses zum 31.12.2016 ermittelte die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis einen Strafraumen (10% des Gesamtnettoumsatzes, der im vorangegangenen Geschäftsjahr im konsolidierten Abschluss der Muttergesellschaft ausgewiesen wurde) in Höhe von EUR XXXX. Dieser Berechnung wurde seitens der beschwerdeführenden Partei nicht entgegengetreten und wird dieser Strafraumen auch der Strafbemessung des erkennenden Gerichts zu Grunde gelegt. Nach Ansicht des erkennenden Senates ist zur Ermittlung des jährlichen Gesamtnettoumsatzes iSd § 99d Abs. 3 und 4 BWG im gegenständlichen Fall, nämlich auch im Entscheidungszeitpunkt des Bundesverwaltungsgerichts, unverändert von dem im Tatzeitraum maßgeblichen - und bereits von der belangten Behörde herangezogenen - Konzern- bzw. Jahresabschluss auszugehen und (im Sinne des Verbots einer reformatio in peius) nicht auf den letzten Jahresabschluss vor dem Entscheidungszeitpunkt (Konzern- und Jahresabschluss 2018) abzustellen.

Zusammengefasst betrug der Gesamtnettoumsatz der Muttergesellschaft für das Geschäftsjahr 2016 unbestritten EUR XXXX -. Die Strafraumen für die Geldstrafe gemäß § 99d Abs 1 oder 2 BWG kann daher gemäß Abs 3 leg. cit. bis zu 10 vH dieses jährlichen Gesamtnettoumsatzes betragen, da sich der aus dem Verstoß gezogene Nutzen nicht beziffern lässt. Der Strafraumen beträgt sohin EUR XXXX -.

Der konkreten Strafbemessung seitens der belangten Behörde von 3% des Grundbetrags, somit EUR XXXX , ist nicht zu beanstanden.

Betreffend den Grad der Verantwortung des Vorstandes 2 ging das BVwG im hg. Erkenntnis vom 24.10.2018, GZ: W107 2196670-1/9E, allerdings von (bloß) fahrlässigem Verhalten iSd § 5 Abs. 1 VStG aus. Der von der belangten Behörde als besonders erschwerend gewertete Umstand des Vorsatzes - und des damit begründeten Aufschlages von 50% des Grundbetrags, nämlich XXXX , - hat daher bei der gegenständlichen Strafbemessung zu entfallen und ist bei der Festsetzung der Strafhöhe maßgeblich zu berücksichtigen, zumal das Erkenntnis in Rechtskraft erwachsen ist. Das Beschwerdeverfahren gegen den Vorstand 1 wurde wegen eingetretener Verjährung eingestellt und ist ebenfalls in Rechtskraft erwachsen.

Erschwerend wertete die belangte Behörde den langen Tatzeitraum und den Umstand, dass die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes einer bescheidmäßigen Anordnung bedurfte.

Mildernd wertete die belangte Behörde die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der beschwerdeführenden Partei und würdigte diesen Umstand mit der Verringerung des Grundbetrages um 20% (d.s. EUR XXXX) (FMA-Akt, ON19, S.33). Von einer Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin im Entscheidungszeitpunkt ist jedoch nicht mehr auszugehen (vgl. 15.05.2019, Ro 2019/02/006). Milderungsgründe traten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht hervor. Die belangte Behörde prüfte auch die notwendigen wirtschaftlichen Parameter hinsichtlich der Möglichkeit einer maßgeblichen Beeinträchtigung der Finanzkraft der beschwerdeführenden Partei und verhängte eine Strafe in Höhe von EUR XXXX

Unter Zugrundelegung aller oben angeführten Umstände und Abwägung aller Strafzumessungskriterien erscheint insbesondere im Hinblick darauf, dass sich im Beschwerdeverfahren gegen Vorstand 2 das von der belangten Behörde vorgeworfene vorsätzliche Handeln nicht bestätigt hat, vielmehr von (bloß) fahrlässigem Verhalten auszugehen war und die Verfahren gegen die Vorstände 3 und 4 von der belangten Behörde gestützt auf § 22 Abs. 6 Z 2 FMABG eingestellt - iSd Absehens von einer Bestrafung mangels Vorsatzes bzw. mangels eines bedeutenden Verstoßes (wie oben unter Pkt. I.9. ausgeführt) - wurden, eine Reduktion der Geldstrafe auf EUR XXXX angemessen. Dies unter Berücksichtigung insbesondere der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes, der Schwere und der Dauer des Verstoßes, sowie der Tatsache, dass die Verhängung der Strafe zur Abhaltung weiterer Verstöße gegen die relevanten Bestimmungen des BWG erforderlich ist.

Die Höhe der Geldstrafe bewegt sich in der unteren Hälfte des Strafrahmens und erscheint tat- und schuldangemessen. Ein weiteres Herabsetzen scheint dem erkennenden Senat angesichts des objektiven Unrechtsgehalts und der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes nicht schuld- und tatangemessen.

In der nachträglichen Einschränkung der Beschwerde auf die Strafhöhe ist kein Milderungsgrund zu erblicken (vgl. VwGH 23.05.2012, 2010/11/0156; 29.04.2011, 2008/09/0246).

Aus generalpräventiven Gründen erscheint somit eine Geldstrafe weiterhin geboten. Das Verschulden der zur Vertretung nach außen befugten Personen konnte auch nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Auch kam im Verfahren nicht hervor, dass die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG erfüllt wären, weshalb auch vom erkennenden Gericht von einem Vorgehen nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG bzw. § 22 Abs. 6 Z 1 FMABG abgesehen wurde.

3.2.6. Kosten:

Da der Beschwerde (die nur gegen die Strafhöhe gerichtet war) Folge gegeben wurde, war der beschwerdeführenden Partei gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde war entsprechend der nunmehr verhängten Strafe anzupassen.

3.2.7. Zahlungsinformation:

Die beschwerdeführende Partei hat den Gesamtbetrag von EUR 49.500,- (Strafe, Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens) binnen 2 Wochen auf das Konto des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) mit dem IBAN AT84010000005010167 (BIC BUNDATWW) unter Angabe der Verfahrenszahl spesenfrei für den Empfänger

einzu zahlen oder unter Mitnahme dieses Erkenntnisses beim Bundesverwaltungsgericht einzu zahlen. Bei Verzug muss damit gerechnet werden, dass der Betrag nach erfolgter Mahnung zwangsweise eingetrieben und im Fall seiner Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt werden wird.

3.3. Zu B) Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Bestimmungen des § 39 BWG und § 11 KI-RMV in der im Tatzeitraum anzuwendenden Fassung sind klar und eindeutig bestimmt. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich im vorliegenden Fall auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen.

Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1 und Abs. 2 VStG ist mannigfaltig und eindeutig (vgl. VwGH 23.04.1992, 92/09/0006). Ebenso zu Frage der Strafbarkeit der juristischen Person (VwGH 29.03.2019, Ro 2018/02/0023-8). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch hinsichtlich der weiteren Rechtsfragen nicht als uneinheitlich zu beurteilen (vgl. die jeweils zitierte Judikatur). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die zugrundeliegenden Normen sind klar und bestimmt, dass kein Hinweis vorliegt, der das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vermuten ließe.

Schlagworte

Angemessenheit Anlegerschutz Aussetzung Dokumentationszweck Entscheidungsfrist Ersatzentscheidung Finanzmarktaufsicht Geldstrafe Generalprävention Hemmungszeitraum Kostenbeitrag Kostentragung mündliche Verhandlung mündliche Verkündung Risikominimierung schriftliche Ausfertigung Schriftlichkeit Strafbemessung Straferkenntnis Unrechtsgehalt Verjährung Verjährungsfrist Verschulden Verwaltungsstrafe Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung Vorfrage

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at