



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck sowie die Hofräte Mag. Dr. Köller und Dr. N. Bachler, die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober und den Hofrat Mag. Straßegger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Friedwagner, über die Revision der Finanzmarktaufsichtsbehörde gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Juni 2018, Zl. W210 2138108-1/22E, betreffend Übertretung des BWG (mitbeteiligte Partei: W GmbH in W, vertreten durch die Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Nibelungengasse 11/4; weitere Partei: Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die mitbeteiligte Partei ist ein konzessioniertes Kreditinstitut.
- 2 Mit Straferkenntnis vom 13. September 2016 verhängte die FMA gemäß § 99d BWG eine Geldstrafe über die mitbeteiligte Partei als juristische Person, weil die mangelnde Überwachung bzw. Kontrolle durch deren nach außen zur Vertretung berufenen Geschäftsführer im Zeitraum vom 1. Jänner 2014 bis zum 30. Juni 2014 die Begehung eines Verstoßes gegen die in § 98 Abs. 5a Z 3 in Verbindung mit § 41 Abs. 4 Z 1 BWG angeführte Pflicht durch die mit der Durchführung dieser Aufgaben befassten Mitarbeiter ermöglicht habe.
- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht der dagegen von der mitbeteiligten Partei erhobenen Beschwerde Folge, behob das Straferkenntnis der FMA vom 13. September 2016 ersatzlos, stellte das gegen die mitbeteiligte Partei geführte Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 erster Fall VStG ein und erklärte die Revision für zulässig.
- 4 Begründend vertrat das Verwaltungsgericht die Auffassung, dass in einem ersten Schritt gegen die natürliche Person wegen des Verstoßes gegen die in





§ 98 Abs. 5a Z 3 BWG in Verbindung mit § 41 Abs. 4 Z 1 BWG angeführte Pflicht ein rechtskräftiger Schuldspruch ergangen sein müsse, bevor im Sinne einer zwingenden Zweistufigkeit des Verfahrens - in einem weiteren Schritt - gemäß § 99d BWG eine Geldstrafe über die juristische Person verhängt werden dürfe. Zumal der Verstoß gegen die angeführte Pflicht durch die natürliche Person hier nicht rechtskräftig feststehe und infolge Ablaufs der Verfolgungsverjährungsfrist nicht nachgeholt werden könne, sei die Verhängung einer Geldstrafe über die juristische Person unzulässig gewesen.

5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Amtsrevision der FMA wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

6 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Revision beantragt.

7 Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

8 Das Verwaltungsgericht erklärte die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unter anderem deshalb für zulässig, weil Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage fehle, ob die Verhängung einer Geldstrafe gemäß § 99d BWG über eine juristische Person die rechtskräftige Feststellung eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens einer der juristischen Person zurechenbaren natürlichen Person in einem zweistufigen Prüfsystem zu erfolgen habe.

9 In der Revision der FMA wird zu deren Zulässigkeit unter anderem auf diese vom Verwaltungsgericht gestellte Rechtsfrage Bezug genommen.

10 Die Revision erweist sich wegen Fehlens von Rechtsprechung zu der vom Verwaltungsgericht in erster Linie aufgeworfenen Frage als zulässig. Sie ist auch berechtigt.

11 Fraglich ist demnach, ob die Verhängung einer Geldstrafe gemäß § 99d BWG über eine juristische Person einen rechtskräftigen Schuldspruch wegen



Verstoßes gegen eine dort angeführte Verpflichtung durch eine dort aufgezählte natürliche Person voraussetzt.

12

§ 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.“

- 13 Die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 63, 64) führen zu § 99d BWG (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. 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.“

- 14 Aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 99d BWG, mit dem jede Gesetzesauslegung zu beginnen hat (VwGH 21.9.2018, Ro 2018/02/0013), ergibt sich die vom Verwaltungsgericht vertretene Auffassung, wonach die Bestrafung der juristischen Person einen rechtskräftigen Schuldspruch gegen eine dort angeführte natürliche „Führungsperson“ voraussetzt, keineswegs, zumal in § 99d BWG nur von einem „Verstoß“ und in § 35 FM-GwG nur von einer „Pflichtverletzung“ die Rede ist. Gegen die Ansicht des Verwaltungsgerichtes sprechen auch das Fehlen einer entsprechenden Norm sowie die der FMA eröffnete Möglichkeit, zufolge § 99d Abs. 5 BWG von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 VStG unter bestimmten Umständen abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird. Auch die Gesetzesmaterialien deuten nicht in die vom Verwaltungsgericht angedachte Richtung, wenn davon gesprochen wird, dass die Möglichkeit einer Bestrafung des Verantwortlichen gemäß § 9 VStG weiterhin parallel bestehen bleibt und aus Gründen der Verfahrensökonomie von der Bestrafung des Verantwortlichen gemäß § 9 VStG wegen derselben Verwaltungsübertretung abgesehen werden kann.
- 15 Demnach kann von einer zwingenden Zweistufigkeit des Verfahrens, bei dem das Verwaltungsgericht offenbar die Urteilsabfolge des § 22 Abs. 2 VbVG vor Augen hatte, nicht die Rede sein.
- 16 Davon ausgehend stellen sich im Revisionsfall - wegen des unionsrechtlichen Bezugs unter dem Aspekt eines fairen Verfahrens gemäß Art. 47 Abs. 2 GRC, auf den sich auch juristische Personen berufen können (vgl. *Jarras*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 47 Rz 12) - weitere, auch vom Verwaltungsgericht aufgeworfene Fragen, zumal § 99d BWG - anders als die Verbandsverantwortlichkeit nach dem VbVG - nicht von verfahrensrechtlichen Bestimmungen flankiert ist.



- 17 Auch findet sich sonst kein besonderes Verfahrensrecht für das Verwaltungsstrafverfahren gegen juristische Personen, weshalb - soweit auf juristische Personen anwendbar - auf das von der FMA bei der Ahndung von Verwaltungsübertretungen heranzuziehende FMBAG sowie das VStG (Art. I Abs. 2 Z 2 EGVG), das wiederum auf Teile des AVG verweist (§ 24 VStG) und das (subsidiär) auch im verwaltungsgerichtlichen Strafverfahren anzuwenden ist (§ 38 VwGVG), zurückzugreifen ist.
- 18 Den Ausgangspunkt eines Verwaltungsstrafverfahrens bildet § 25 VStG, wonach Verwaltungsübertretungen (mit Ausnahme von Privatanklagesachen) von Amts wegen zu verfolgen sind (Grundsatz der Amtswegigkeit). Die Behörde hat daher grundsätzlich ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten und eine Strafe zu verhängen.
- 19 In Abkehr vom Amtswegigkeitsprinzip sieht § 99d BWG (ebenso wie die Nachfolgebestimmung des § 35 FM-GwG) ein Ermessen der FMA vor („kann...verhängen“), juristische Personen als unmittelbare Strafadressaten zu verfolgen sowie gegebenenfalls zu bestrafen.
- 20 Gegen die Bestrafung juristischer Personen bestehen im Übrigen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. zur Verbandsverantwortlichkeit VfGH 2.12.2016, G 497/2015 ua).
- 21 Blickt man auf die wegen des Unionsrechtsbezugs hier maßgebenden Verfahrensgarantien des Art. 47 GRC, ist es folgerichtig, dass die juristische Person als Beschuldigte nach § 32 VStG anzusehen ist, wenn sie im Verdacht steht, eine Verwaltungsübertretung zu verantworten zu haben und die Behörde gegen sie eine Verfolgungshandlung richtet. Sie ist dann auch Partei im Sinne des AVG.
- 22 Ist die juristische Person Beschuldigte im Verwaltungsstrafverfahren (§ 32 VStG), hat sie alle mit dieser Parteistellung verbundenen Rechte. So etwa ist dem Beschuldigten rechtliches Gehör einzuräumen (§ 40 VStG), er muss an ihn gestellte Fragen nicht beantworten (§ 33 Abs. 2 VStG). Der Beschuldigte hat Zugang zu einem Gericht (Verwaltungsgericht), das grundsätzlich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen hat (§ 44 VwGVG), in der



dem Beschuldigten Frage- und Informationsrechte zustehen, er kann sich auch vertreten lassen (§ 46 VwGGV). Auch ermöglicht der Straffrahmen des § 99d Abs. 3 BWG mangels Untergrenze eine einzelfallgerechte Strafhöhe (zur Verfassungsmäßigkeit von § 99d BWG in Bezug auf die Strafhöhe vgl. VfGH 13.12.2017, G 408/2016-31 ua).

- 23 Zudem sind auch die Einschränkungen und Ausnahmen vom Amtswegigkeitsprinzip, die sich etwa aus § 25 Abs. 3 VStG (Absehen von der Anzeigeerstattung), aus § 34 VStG (Vorläufiges Absehen von der Einleitung oder Fortführung des Strafverfahrens) oder aus § 45 Abs. 1 VStG (Absehen von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens und Einstellung) ergeben, auf das gegen die juristische Person als Beschuldigte geführte Verfahren zu ihren Gunsten anwendbar, soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen zugeschnitten sind.
- 24 Durch diese der juristischen Person zukommende prozedurale Rechtsstellung wird den an das Recht auf ein faires Verfahren gestellten Anforderungen entsprochen, weshalb die von Art. 47 GRC geforderten Verfahrensgarantien in einem Verfahren nach dem VStG auch für die juristische Person gewährleistet sind (vgl. zu Art. 6 EMRK im Strafverfahren gegen einen Verband nochmals VfGH 2.12.2016, G 497/2015 ua).
- 25 Die Bestrafung der juristischen Person nach der in Rede stehenden Bestimmung setzt voraus, dass eine ihr zurechenbare natürliche Person (Führungsperson) eine Straftat begangen hat. Der Strafbarkeit der juristischen Person nach § 99d Abs. 1 und 2 BWG liegt dabei der Vorwurf zu Grunde, die dort genannten Führungspersonen hätten gegen die dort angeführten „Verpflichtungen verstoßen“ (Abs. 1) oder sie hätten durch mangelnde Kontrolle oder Überwachung eine „Mitarbeitertat“ ermöglicht (Abs. 2).
- 26 Die in § 99d BWG verwiesenen Verbots- und Gebotsnormen richten sich entweder direkt an die juristische Person (§ 98 Abs. 1 BWG) oder an den Verantwortlichen gemäß § 9 VStG (§ 98 Abs. 2, Abs. 5, Abs. 5a und § 99 Abs. 1 BWG).



- 27 Der verfassungsrechtlich geforderte Zusammenhang für die Zurechnung der Anlasstat zur juristischen Person kommt dadurch zum Ausdruck, dass einerseits eine Führungsperson entweder die Tat selbst begangen hat (Abs. 1) oder die Begehung der Tat eines Mitarbeiters durch mangelnde Überwachung und Kontrolle ermöglicht wurde (Abs. 2), andererseits Verbandspflichten verletzt wurden (§ 98 Abs. 1 BWG) bzw. der Verband einen Nutzen aus der Tat zieht (§ 99d Abs. 3 leg.cit.) (vgl. zu § 3 VbVG neuerlich VfGH 2.12.2016, G 497/2015 ua).
- 28 Wegen eines Verstoßes gegen eine verwaltungsstrafrechtlich sanktionierte Verpflichtung kann bestraft werden, wer den entsprechenden Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft (§ 5 VStG) verwirklicht; im konkreten Fall einen oder mehrere Tatbestände des § 98 Abs. 1, Abs. 2 Z 7 und 11, Abs. 5, Abs. 5a oder § 99 Abs. 1 Z 3 oder 4 BWG.
- 29 Da die juristische Person nicht selbst handeln kann, ist ihre Strafbarkeit gemäß § 99d BWG eine Folge des tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens einer Führungsperson. Demgemäß ist für die Wirksamkeit der gegen die juristische Person gerichteten Verfolgungshandlung die genaue Umschreibung der Tathandlung der natürlichen Person vonnöten. Eine Verfolgungshandlung im Sinne der §§ 31 und 32 VStG muss nämlich eine bestimmte Verwaltungsübertretung zum Gegenstand haben, was erfordert, dass sie sich auf alle der späteren Bestrafung zugrunde liegenden Sachverhaltselemente beziehen muss (VwGH 8.3.2017, Ra 2016/02/0226, mwN). Richtet sich ein so erhobener Vorwurf gegen die juristische Person, so ist - wegen der Abhängigkeit der Strafbarkeit der juristischen Person von der Übertretung der ihr zurechenbaren natürlichen Person - darin auch der Vorwurf gegen die darin genannte natürliche Person enthalten.
- 30 Wird aber einer namentlich genannten oder aus der sonstigen Umschreibung eindeutig nach individuellen Kriterien bestimmten (vgl. *Lewis/Fister/Weilguni*, Verwaltungsstrafgesetz², Rn 13 zu § 32) Führungsperson in einer Verfolgungshandlung gegen die juristische Person eine der genannten Straftaten vorgeworfen und kommt die Führungsperson für eine Bestrafung in Betracht, was aufgrund der in § 99d BWG verwiesenen





Bestimmungen (nur) auf die Verantwortlichen gemäß § 9 VStG zutrifft, steht der Verantwortliche gemäß § 9 VStG im Verdacht dieser Verwaltungsübertretung, weshalb er ab diesem Zeitpunkt gemäß § 32 Abs. 1 VStG Beschuldigter ist, zumal die Amtshandlung nicht an den Verdächtigen adressiert sein muss (vgl. aaO, Rn 15). Neben der besonderen Stellung im Verwaltungsstrafverfahren als Partei ist dieser Umstand auch für die Verfolgungsverjährung sowohl hinsichtlich der juristischen als auch der natürlichen Person von Bedeutung (§ 31 Abs. 1 VStG).

- 31 Bei dieser Gelegenheit ist festzuhalten, dass es - sei es für die Verfolgungshandlung, sei es für die Bestrafung - für die Bestimmtheit der verfolgten Person, soweit sie im Spruch nicht ohnehin namentlich genannt wird, nicht ausreicht, wenn auf der Erledigung nicht beigeschlossene Urkunden (wie im vorliegenden Straferkenntnis auf das „Firmenbuch“) verwiesen wird; wie oben gezeigt wurde, genügt die bloße Bestimmbarkeit der Person nicht.
- 32 Die Stellung als Beschuldigter hat für den Verantwortlichen zur Folge, dass er nicht nur in einem allenfalls gegen ihn geführten Verfahren als Beschuldigter zu behandeln ist, sondern auch im Verfahren gegen die juristische Person, andernfalls seine Parteirechte nicht gewährleistet wären.
- 33 Mit Blick auf die eingangs wiedergegebene Zulässigkeitsfrage bedeutet dies, dass das Verfahren gegen die natürliche Person nicht vorrangig zu führen und zu beenden ist sowie keinen Schuldspruch gegen diese erfordert, um auch die juristische Person bestrafen zu dürfen. Für eine Bestrafung der juristischen Person ist vielmehr entscheidend, dass die zur Beurteilung eines tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens, das auch allfälligen zusätzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit genügt, erforderlichen Feststellungen getroffen und im Spruch alle notwendigen Elemente für eine Bestrafung der natürlichen Person aufgenommen werden (§ 44a VStG), mit dem Zusatz, dass das Verhalten der natürlichen Person der juristischen Person zugerechnet werde. Es kommt nicht darauf an, ob und gegebenenfalls gegen welche natürliche Person - ebenfalls - ein Verwaltungsstrafverfahren geführt wird oder wurde.



34 Im Ausgangsverfahren hat sich die FMA im Straferkenntnis vom 13. September 2016 auf die Bestimmungen des § 98 Abs. 5a Z 3 BWG iVm § 99d BWG gestützt, die das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis auch wieder gegeben hat. Aus der weiteren Begründung des angefochtenen Erkenntnisses ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht (wegen der geringeren Strafdrohung in § 35 Abs. 3 FM-GwG offenbar gestützt auf einen Günstigkeitsvergleich) die von ihm vertretene Rechtsmeinung auch auf die seit 1. Jänner 2017 in Geltung befindlichen Bestimmungen der §§ 34 und 35 Finanzmarkt-Geldwäschegesetz (FM-GwG), die die entsprechenden Bestimmungen im BWG ablösen, übertragen wollte.

35 § 34 FM-GwG (in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2017) und § 35 FM-GwG (in der Fassung BGBl. I Nr. 17/2018) lauten auszugsweise:

„Pflichtverletzungen

§ 34. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Verpflichteten [das sind gemäß § 1 Kredit- und Finanzinstitute], 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) ...

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.....

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

36 Dazu heißt es in den Erläuterungen zur Stammfassung BGBl. I Nr. 118/2016 auszugsweise (RV 1335 BlgNR 25. GP, 22):

„Zu § 34:

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....



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. ...“

37 Gemäß § 22 Abs. 6 FMBAG, der unter anderem § 99d Abs. 5 BWG ersetzte, in der am 3. Jänner 2018 in Kraft getretenen Fassung BGBl. I Nr. 107/2017 kann die FMA

- „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, 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.“

38 In den Erläuterungen (RV 1661 BlgNR 25. GP S. 54) heißt es dazu:

„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 Materiengesetze. Die unionsrechtlich vorgegebenen, im Vergleich zum sonstigen Verwaltungsstrafrecht besonders hohen Strafraumen 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.“

- 39 Der Vergleich zwischen der dargestellten Rechtslage (insbesondere § 35 FM-GwG) und § 99d BWG zeigt, dass beide Bestimmungen den im Wesentlichen gleichen Regelungsinhalt aufweisen, weshalb auch § 35 FM-GwG die vom Verwaltungsgericht seiner Verfahrenseinstellung zu Grunde gelegte „Zweistufigkeit des Verfahrens“ nicht erfordert. Demnach ist bei der Bestrafung von juristischen Personen auch im Geltungsbereich von § 35 FM-GwG, ergänzt durch § 22 Abs. 6 Z 2 FMABG, ebenso vorzugehen, wie dies oben im Verfahren gemäß § 99d BWG vorgezeichnet wurde.
- 40 Zumal nach dem Gesagten der vom BVwG angenommene Grund für die Einstellung des Verfahrens nicht vorlag, war das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

W i e n , am 29. März 2019