



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer und den Hofrat Mag. Dr. Köller, die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober, den Hofrat Mag. Straßegger und die Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richterinnen und Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Friedwagner, über die Revision der Finanzmarktaufsichtsbehörde gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15. Oktober 2020, W276 2194720-1/56E, betreffend Übertretung des BWG (mitbeteiligte Parteien: H AG in B, Dr. G, Mag. Dr. H, Mag. K und Mag. H, alle vertreten durch Dr. Bettina Hörtnner, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Landhausgasse 4), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis vom 13. März 2018 sprach die nunmehr revisionswerbende Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) mit den Spruchpunkten I. bis III. aus, die erstmitbeteiligte Partei habe es als juristische Person gemäß § 35 Finanzmarkt-Geldwäschegesetz (FM-GwG) zu verantworten, näher genannte Verstöße des Bankwesengesetzes (BWG) ab 1. Jänner 2014 bis zu bestimmten Zeitpunkten begangen zu haben. Die Verantwortlichkeit der erstmitbeteiligten Partei ergebe sich daraus, dass die zur Vertretung nach außen berufenen Mitglieder des Vorstandes der erstmitbeteiligten Partei (Hinweis auf eine Beilage) „selbst gegen die angeführten Verpflichtungen verstoßen beziehungsweise durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle die Begehung der angeführten Verstöße durch eine für die (erstmitbeteiligte Partei) tätige Person ermöglicht“ hätten.
- 2 Sie hätte dadurch zu Spruchpunkt I. § 40 Abs. 2a Z 1 BWG jeweils in Verbindung mit § 35 Abs. 3 FM-GwG iVm § 34 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 FM-GwG sowie hinsichtlich Spruchpunkte I.2., I.3., I.4. und I.5. iVm § 40 Abs. 2e BWG verletzt; zu Spruchpunkte II. hätte sie § 40 Abs. 8 BWG iVm § 35 Abs. 3 FM-GwG iVm § 34 Abs. 1 Z 3 FM-GwG verletzt; zu



Spruchpunkt III. hätte sie § 41 Abs. 1 BWG in Verbindung mit § 35 Abs. 3 FM-GwG iVm § 34 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2 FM-GwG verletzt. Deswegen wurde über die erstmitbeteiligte Partei gemäß § 35 Abs. 3 iVm § 34 Abs. 2 FM-GwG iVm § 22 Abs. 8 Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz (FMABG) eine Geldstrafe in der Höhe von € 414.000,-- verhängt. Weiters wurde der erstmitbeteiligten Partei gemäß § 64 VStG ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorgeschrieben.

- 3 Die dagegen von der erstmitbeteiligten Partei erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) zunächst mit der „Maßgabe“ als unbegründet ab, dass sich die Verantwortlichkeit der erstmitbeteiligten Partei im Spruch zu verschiedenen, bereits von der FMA angelasteten Tatzeiträumen daraus ergebe, dass eine näher genannte als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG bestellte Person „selbst gegen die angeführten Verpflichtungen verstoßen beziehungsweise durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle die Begehung der angeführten Verstöße durch eine für die (erstmitbeteiligte Partei) tätige Person ermöglicht“ habe. Weiters wurde die „Strafnorm“ anders gefasst.
- 4 Begründend hielt das BVwG u.a. fest, mit den von der FMA übermittelten Bestellurkunden sei eine näher genannte Person zum verantwortlichen Beauftragten bestellt worden. Diese Person habe tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. Hinsichtlich der Vorstände liege aufgrund der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten ein Verfolgungshindernis vor, weshalb der Spruch anzupassen sei.
- 5 Aufgrund der von der erstmitbeteiligten Partei erhobenen außerordentlichen Revision wurde dieses Erkenntnis mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Jänner 2020, Ra 2019/02/0185, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 13. Dezember 2019, Ro 2019/02/0011, u.a. aus, dass es sich bei § 35 Abs. 1 und Abs. 2 FM-GwG um unterschiedliche Tatbestände handle; umschreibe das Verwaltungsgericht die Tathandlung als Erfüllung des Tatbestandes des § 35 Abs. 1 FM-GwG „beziehungsweise“ jenes des Abs. 2 leg. cit., enthalte diese



Umschreibung einen unzulässigen Alternativvorwurf. Darüber hinaus verwies der Verwaltungsgerichtshof für das fortzusetzende Verfahren hinsichtlich des vom BVwG vorgenommenen Austausches der „Zurechnungsperson“ auf sein Erkenntnis vom 13. Dezember 2019, Ra 2019/02/0184.

- 6 Mit (Ersatz-)Erkenntnis vom 15. Oktober 2020 gab das BVwG der Beschwerde der Erstmitbeteiligten nunmehr Folge und behob das Straferkenntnis der FMA. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das BVwG für nicht zulässig.
- 7 Begründend führte das BVwG nach Wiedergabe des Verfahrensganges u.a. aus, dass die Feststellungen des Erkenntnisses des BVwG aus dem vom Verwaltungsgerichtshof aufgehobenen Erkenntnis „unverändert auch dem hier gegenständlichen Erkenntnis zugrunde gelegt“ würden. In der Folge werden diese Feststellungen in kursiver Schrift wiedergegeben: Die Erstmitbeteiligte sei ein konzessioniertes Kreditunternehmen, Herr K habe im Zuge der Vorbereitungen der Vor-Ort-Prüfungen erneut seine Bestellung zum Verantwortlichen gemäß § 9 Abs. 2 letzter Satz VStG der FMA mitgeteilt. Die erste Bestellung sei bereits per 1. Jänner 2009 erfolgt, sei von Herrn K sowie den Mitgliedern des Vorstandes unterzeichnet worden und habe als ersten Punkt der Verantwortlichkeiten „Geldwäscherei gemäß BWG“ angeführt. Die Urkunde sei an die FMA übermittelt worden. Am 26. Februar 2010 sei erneut ein Dokument mit derselben Bezeichnung von Herrn K und den Mitgliedern des Vorstandes unterzeichnet worden; dieses Dokument habe einen weiteren, näher wiedergegebenen Passus enthalten und sei der FMA übermittelt worden. Herr K habe näher umschriebene Aufgaben im Unternehmen; als Geldwäschereibeauftragter habe er die Dienstanweisungen auf dem Gebiet der Geldwäscheprevention verfasst und diese dem Vorstand zur Kenntnisnahme vorgelegt.
- 8 Beweiswürdigend führte das BVwG aus, es habe Einsicht in den Verwaltungs- und Gerichtsakt genommen; es seien ausschließlich Rechtsfragen zu beantworten und werde der vom BVwG im ersten Rechtsgang festgestellte Sachverhalt „vollständig und ohne jede Änderung übernommen“; dem



Erkenntnis lägen keine neuen oder abweichenden Beweisergebnisse zugrunde, die zu würdigen gewesen wären.

- 9 Rechtlich führte das BVwG nach - teilweise - wörtlichen Wiedergaben aus dem Straferkenntnis, der Stellungnahmen im Verfahren sowie der rechtlichen Beurteilung im vom Verwaltungsgerichtshof aufgehobenen Vorerkenntnis u.a. aus, der Verwaltungsgerichtshof habe entschieden, dass das Verwaltungsgericht nicht berechtigt sei, die im Straferkenntnis herangezogene Zurechnungsperson nachträglich auszutauschen (VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0184). Umgelegt auf den vorliegenden Fall erweise sich die Sach- und Rechtslage als völlig ident. Das BVwG habe in seinem Erkenntnis die Zurechnungsperson ausgetauscht und durch den rechtswirksam bestellten verantwortlichen Beauftragten ersetzt. Dieser nachträgliche Austausch der Zurechnungsperson sei aber rechtswidrig, weshalb das Straferkenntnis der FMA wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes zu beheben und der Beschwerde vollinhaltlich stattzugeben sei. Auf die Rechtsfrage des Alternativvorwurfes sei daher nicht mehr einzugehen gewesen.
- 10 Eine mündliche Verhandlung habe gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen können, weil bereits aufgrund der Aktenlage feststehe, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben sei und die Aktenlage zudem erkennen lasse, dass durch eine mündliche Verhandlung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten gewesen sei.
- 11 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision der FMA mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.
- 12 Die erstmitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte unter Zuspruch von Kostenersatz die Zurück- in eventuelle Abweisung der Revision.



- 13 Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:
- 14 Die Revision erweist sich bereits mit ihrem Vorbringen als zulässig, das BVwG habe entgegen näher genannter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keine Sachentscheidung getroffen, weil es in einem Verwaltungsstrafverfahren das angefochtene Straferkenntnis lediglich behoben, nicht aber das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt habe.
- 15 Die Revision ist auch begründet.
- 16 Zunächst ist festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 27. Jänner 2020, Ra 2019/02/0185, das (Vor-)Erkenntnis des BVwG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben hat, weil ein unzulässiger alternativer Tatvorwurf erhoben worden war (vgl. dazu näher: VwGH 13.12.2019, Ro 2019/02/0011). Lediglich „darüber hinaus“ führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass ein Austausch der Zurechnungsperson vom Verwaltungsgericht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht in Betracht komme (Verweis auf VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0184).
- 17 Mit der Frage, ob das BVwG in diesem Vorerkenntnis zu Recht von einer Übertragung der Verantwortlichkeit an Herrn K ausgegangen ist, hat sich der Verwaltungsgerichtshof somit in seinem Erkenntnis vom 27. Jänner 2020 nicht beschäftigt, weil tragender Grund der Aufhebung die Anlastung eines (unzulässigen) Alternativvorwurfes war.
- 18 Die revisionswerbende FMA ist der Ansicht, dass eine Übertragung der Verantwortung auf einen verantwortlichen Beauftragten nach dem BWG unzulässig sei: § 39 Abs. 1 BWG bestimme, dass Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden habe und ordne Geschäftsleitern von Kreditinstituten aus diesem Grund die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der mit der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt verbundenen Pflichten, nämlich die Verpflichtung, sich insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu



begrenzen sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a BWG zu verfügen, zu. Vor dem Hintergrund des globalen Anliegens der Bekämpfung von Geldwäscherei habe der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit für die Überwachung des Risikos von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung „durch das Treffen entsprechender Vorkehrungen in die Hände der nach außen vertretungsbefugten Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes“ gelegt. Dieser Verantwortung könnten sich die Geschäftsleiter nicht durch die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten entziehen. Überdies sei die - allenfalls zulässige - Übertragung aufgrund einer Rechtsänderung nicht mehr wirksam sowie aufgrund ihrer Unbestimmtheit unwirksam. Der Vorstand habe im Übrigen keine inhaltliche Kontrolle durchgeführt und daher § 35 Abs. 1 FM-GwG verwirklicht.

19 Hiezu ist Folgendes auszuführen:

20 § 39 Abs. 1 BWG in der hier maßgeblichen Fassung [BGBl. I Nr. 184/2013](#) lautet:

„X. Sorgfaltspflichten und Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

Allgemeine Sorgfaltspflichten

§ 39. (1) Die Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden. Dabei haben sie sich insbesondere über die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken zu informieren, diese durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen sowie über Pläne und Verfahren gemäß § 39a zu verfügen. Weiters haben sie auf die Gesamtertragslage des Kreditinstitutes Bedacht zu nehmen.

(2) [...]“

21 § 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.“

22 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.“



- 23 § 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

[...]

2. § 5 bis § 12 (Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden) und der aufgrund von § 6 Abs. 4, § 8 Abs. 5 und § 9 Abs. 4 erlassenen Verordnungen der FMA,
3. § 13 bis § 15 (Ausführung durch Dritte),
4. § 16 bis § 17 (Meldepflichten),

[...] 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.

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 Pflichtverletzung 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. [...]"

24 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. [...]"



- 25 Strittig ist im Revisionsfall, ob der an eine juristische Person gerichtete Tatvorwurf zu Recht die Mitglieder des Vorstandes enthielt oder ob der Tatvorwurf die Zurechnung des Handelns des verantwortlichen Beauftragten hätte enthalten müssen.
- 26 Das BVwG hat dabei - von der FMA nicht bestritten - festgestellt, dass es eine von allen Mitgliedern des Vorstandes sowie Herrn K unterfertigte Bestellurkunde von Herrn K zum verantwortlichen Beauftragten der erstmitbeteiligten Partei für den Bereich „Geldwäscherei gemäß BWG“ gibt, die der FMA vor der angelasteten Tat übermittelt wurde.
- 27 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zu § 99d BWG ausgesprochen hat, setzt die Bestrafung der juristischen Person nach dieser Bestimmung voraus, dass eine ihr zurechenbare natürliche Person (Führungsperson) eine Straftat begangen hat (vgl. VwGH 29.3.2019, Ro 2018/02/0023).
- 28 Der Strafbarkeit der juristischen Person nach § 35 Abs. 1 und 2 FM-GwG liegt dabei der Vorwurf zu Grunde, die dort genannten Führungspersonen hätten eine Pflichtverletzung gemäß § 34 Abs. 1 bis 3 FM-GwG begangen (Abs. 1) oder sie hätten durch mangelnde Kontrolle oder Überwachung eine „Mitarbeitertat“ ermöglicht (Abs. 2).
- 29 Als Täter der Übertretung des § 35 Abs. 2 FM-GwG kommt nur eine die Überwachung oder Kontrolle vernachlässigende Führungsperson nach Abs. 1 leg. cit. in Frage, weil nur eine solche nach § 9 VStG strafbar sein kann, während der die Pflichtverletzung begehende Mitarbeiter in diesem Zusammenhang mangels Strafbarkeit als Täter nicht in Betracht kommen kann.
- 30 Die besondere Konstellation im Revisionsfall ergibt sich aus dem Umstand, dass das Verwaltungsstrafverfahren nicht gegen die Mitglieder des Vorstandes oder den verantwortlichen Beauftragten als natürliche Person, sondern gegen die juristische Person geführt wird, der eine Pflichtverletzung zugerechnet werden soll.



- 31 Zu dieser Zurechnung hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 29. März 2019, Ro 2018/02/0023, ausgeführt:
- „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.“
- 32 Der der Verantwortlichkeit der erstmitbeteiligten Partei als juristischer Person letztlich zu Grunde liegende Tatvorwurf ist vor diesem Hintergrund im Sinne der zitierten Judikatur zu § 44a Z 1 VStG untrennbar mit den im Straferkenntnis konkret genannten Tätern verbunden (vgl. erneut VwGH 31.12.2019, Ra 2019/02/0184).
- 33 Dabei kann weder der Täter noch die Pflichtenverletzung im Straferkenntnis vom BVwG ausgetauscht oder über die Grenzen der erfolgten Tatanlastung erweitert werden:
- 34 Wenn für einen gemäß § 9 Abs. 4 VStG klar abzugrenzenden Bereich ein verantwortlicher Beauftragter bestellt worden ist, so ist in der Folge dieser für Pflichtenverletzungen gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten bewirkt nämlich einen Wechsel in der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit. Diese geht von den nach außen zur Vertretung Berufenen auf den verantwortlichen Beauftragten über, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 9 VStG erfüllt sind (vgl. VwGH 29.6.2011, 2007/02/0334).
- 35 Es muss daher in diesem Fall die zugerechnete Straftat den Vorwurf eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens dieses verantwortlichen



Beauftragten beinhalten. Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind in der Folge ja gerade nicht mehr verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

- 36 Anders als die FMA vorbringt, ist es daher bei Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nicht mehr möglich, die Mitglieder des Vorstandes insofern in ihrer verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung zu belassen, als sie den verantwortlichen Beauftragten in der Folge nicht ausreichend überwacht hätten. Dies würde zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit nach § 9 VStG führen, die der Gesetzgeber jedoch nicht angeordnet hat.
- 37 Entgegen der Ansicht der revisionswerbenden FMA ergibt sich aus dem jeweils klaren und eindeutigen Wortlaut der Gesetzesbestimmungen auch nicht, dass die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs. 2 VStG ausgeschlossen ist; vielmehr wird stets auf die Verantwortlichen gemäß § 9 VStG - und nicht etwa bloß auf die zur Vertretung nach außen Berufenen gemäß § 9 Abs. 1 VStG - verwiesen (vgl. näher: *Potacs*, Verwaltungsstrafbarkeit von Banken, ÖBA 1/21, 45).
- 38 Soweit die FMA auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. September 2010, 2010/03/0119, verweist, ist darauf hinzuweisen, dass es im dortigen Beschwerdefall eine anderslautende gesetzliche Regelung gab. Weder dem BWG noch dem FM-GwG kann jedoch entnommen werden, dass allein die Geschäftsleiter verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sein sollen.
- 39 § 39 BWG wiederum sieht die Einrichtung eines Risikomanagements für Kreditinstitute vor (vgl. näher *Kammel* in: *Laurer/Kammel/Schütz/Ratka*, BWG (4. Auflage), § 39, Rn. 3 f); diese Bestimmung ist die „unmittelbare schadensrechtliche Grundnorm für allfällige Schadenersatzansprüche des Kreditinstitutes gegen seinen Geschäftsleiter“ (vgl. dazu *Kammel*, aaO, Rn. 14; *Sauerzopf*, Corporate Governance für Kreditinstitute im europäischen Kontext, ÖBA 2009, 609 ff, 611). Eine (alleinige) verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter enthält diese Bestimmung daher gerade nicht.



- 40 Hinsichtlich des Vorbringens der revisionswerbenden Partei, die Rechtslage habe sich geändert, sodass die vor der Änderung erfolgte Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten unwirksam geworden sei, ist darauf hinzuweisen, dass ein verantwortlicher Beauftragter die Verantwortung „für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften“ einer juristischen Person übernimmt (§ 9 VStG). Dafür sind die Voraussetzungen des § 9 Abs. 4 VStG einzuhalten, d.h. der Verantwortliche hat etwa seiner Bestellung nachweislich zuzustimmen und für den seiner Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen zu erhalten. Sofern er mit der Übernahme der Verantwortung nicht mehr einverstanden ist, kann er diese zurücklegen und seine Zustimmung entziehen. Dass dies im vorliegenden Fall geschehen wäre, hat die FMA nie vorgebracht.
- 41 Anders als die FMA vermeint, ist die Formulierung „Geldwäscherei gemäß BWG“ vor dem Hintergrund der Einführung des FM-GwG auch weder missverständlich noch unklar, enthalten die Regelungen des FM-GwG doch nunmehr lediglich jene Regelungen, die zuvor im BWG enthalten waren (vgl. RV 1335 BlgNR 25. GP, 22).
- 42 Solange somit eine wirksame Bestellurkunde bei der FMA eingelangt ist, ist für etwaige Übertretungen „nur“ ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln des verantwortlichen Beauftragten zur Begründung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung der erstmitbeteiligten Partei heranzuziehen.
- 43 Da im vorliegenden Fall nach den von der FMA nicht bestrittenen Feststellungen ein solcher verantwortlicher Beauftragter für den Bereich „Geldwäscherei nach dem BWG“ bestellt war, erweist sich die Heranziehung der Vorstandsmitglieder im Straferkenntnis der FMA jedoch als rechtswidrig, weil ein Austausch der Zurechnungsperson im Verfahren vor dem BVwG nicht in Betracht kommt (vgl. erneut VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0184).
- 44 Soweit die revisionswerbende Partei eine Verletzung der Verhandlungspflicht geltend macht, ist darauf hinzuweisen, dass das BVwG den Entfall der von der erstmitbeteiligten Partei beantragten mündlichen Verhandlung nicht nur auf den hier nicht anwendbaren § 44 Abs. 4 VwGVG sondern auch auf



§ 44 Abs. 2 VwGVG gestützt hat, weil es den mit Beschwerde angefochtenen Bescheid aufgehoben hat.

- 45 Weshalb dieser Ausnahmetatbestand im vorliegenden Fall nicht erfüllt sein sollte, wird von der revisionswerbenden Partei nicht näher dargelegt.
- 46 Allerdings hat das Verwaltungsgericht mit der Fassung seines Spruches gegen die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verstoßen, wonach es gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden hat, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. In Verwaltungsstrafsachen gemäß § 50 VwGVG kommt eine Aufhebung des vor dem Verwaltungsgericht angefochtenen Bescheides nicht in Betracht. Es macht dabei keinen Unterschied, ob das Verwaltungsgericht das angefochtene Straferkenntnis nur (ersatzlos) behebt oder zusätzlich ausspricht, dass die Angelegenheit an die belangte Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen werde; in beiden Fällen wird die Verwaltungsstrafsache nicht abschließend erledigt (VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0147, mwN).
- 47 Das BVwG hat in der vorliegenden Verwaltungsstrafsache weder die Beschwerde zurückgewiesen noch hat es in der Sache selbst - sei es durch Einstellung des Verfahrens oder im Sinne eines Schuldspruches - entschieden; es hat den angefochtenen Bescheid lediglich ersatzlos behoben. Damit hat es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.
- 48 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

W i e n , am 3. Mai 2021