jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2019/5/8 W210 2209647-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 08.05.2019

Entscheidungsdatum

08.05.2019

Norm

B-VG Art. 133 Abs4
BWG §1 Abs1
FMABG §22 Abs2a
FMABG §22 Abs8
VStG 1950 §1 Abs2
VStG 1950 §19
VStG 1950 §45 Abs1
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §52 Abs1
VwGVG §52 Abs2
WAG 2007 §64
WAG 2007 §95 Abs1

Spruch

W210 2209647-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anke SEMBACHER als Vorsitzende und den Richter Dr. Stefan KEZNICKL und die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH, Mariahilfer Straße 116, 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht Österreich vom 18.09.2018, Zl. FMA-KL29 0380.100/0001-LAW/2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird abgewiesen.

II. Die Strafnorm lautet § 95 Abs 1 WAG 2018, BGBl. I Nr. 107/2017.

III. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG einen Kostenbeitrag in Höhe von EUR 1.180,-- zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu leisten.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: belangte Behörde) vom 18.09.2018 wendet sich gegen XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer). Der Spruch dieses Straferkenntnisses lautet wie folgt:

"Sehr geehrter Herr XXXX !

I. Sie sind seit 01.01.2009 Geschäftsleiter der XXXX (im Folgenden " XXXX " genannt), FN XXXX , mit Sitz in XXXX .

In dieser Funktion haben Sie gem § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG),BGBl Nr 52/1991 idgF, als nach außen vertretungsbefugtes Organ zu verantworten, dass die XXXX als meldepflichtiges Institut der FMA die Geschäfte gemäß Beilage 1 (Spalte Meldenummer) zu den Zeitpunkten gemäß Beilage 1 (Handelstag) mit meldepflichtigen Instrumenten (§ 64 Abs 2 WAG 2007) nicht unverzüglich, spätestens an dem auf den Tag des Geschäftsabschlusses folgenden Bankarbeitstag gem § 64 Abs 3 WAG 2007 gemeldet hat. Der Zeitpunkt der Meldung ergibt sich jeweils aus der Spalte Meldedatum gemäß Beilage 1, welche einen integrierten Bestandteil dieses Straferkenntnisses bildet.

Die XXXX hat daher die Meldepflichten gem§ 64 Abs 1 WAG 2007 in Bezug auf folgende Handelstage nicht rechtzeitig erfüllt:

1) 13. Oktober 2016; 2) 14. Oktober 2016; 3) 17. Oktober 2016; 4) 18. Oktober 2016; 5) 19. Oktober 2016; 6) 20. Oktober 2016; 7) 21. Oktober 2016; 8) 22. Oktober 2016; 9) 24. Oktober 2016; 10) 25. Oktober 2016; 11) 26. Oktober 2016; 12) 27. Oktober 2016; 13) 28. Oktober 2016; 14) 31. Oktober 2016; 15) 01. November 2016; 16) 02. November 2016; 17) 03. November 2016; 18) 04. November 2016; 19) 07. November 2016; 20) 08. November 2016; 21) 09. November 2016; 22) 10. November 2016; 23) 11. November 2016; 24) 14. November 2016; 25) 15. November 2016; 26) 16. November 2016; 27) 17. November 2016; 28) 18. November 2016; 29) 21. November 2016; 30) 22. November 2016; 31) 23. November 2016; 32) 24. November 2016; 33) 25. November 2016; 34) 28. November 2016; 35) 29. November 2016; 36) 30. November 2016; 37) 01. Dezember 2016; 38) 02. Dezember 2016; 39) 05. Dezember 2016; 40) 06. Dezember 2016; 41) 07. Dezember 2016; 42) 08. Dezember 2016; 43) 09. Dezember 2016; 44) 12. Dezember 2016; 45) 13. Dezember 2016; 46) 14. Dezember 2016; 47) 15. Dezember 2016; 48) 16. Dezember 2016; 49) 19. Dezember 2016; 50) 20. Dezember 2016; 51) 21. Dezember 2016; 52) 22. Dezember 2016; 53) 23. Dezember 2016; 54) 27. Dezember 2016; 55) 28. Dezember 2016; 56) 29. Dezember 2016; 57) 30. Dezember 2016; 58) 02. Jänner 2017; 59) 03. Jänner 2017; 60) 04. Jänner 2017; 61) 05. Jänner 2017; 62) 06. Jänner 2017; 63) 09. Jänner 2017; 64) 10. Jänner 2017; 65) 11. Jänner 2017; 66) 12. Jänner 2017; 67) 13. Jänner 2017; 68) 16. Jänner 2017; 69) 17. Jänner 2017; 70) 18. Jänner 2017; 71) 19. Jänner 2017; 72) 20. Jänner 2017; 73) 23. Jänner 2017; 74) 24. Jänner 2017; 75) 25. Jänner 2017; 76) 26. Jänner 2017; 77) 27. Jänner 2017; 78) 30. Jänner 2017; 79) 31. Jänner 2017; 80) 01. Februar 2017; 81) 02. Februar 2017; 82) 03. Februar 2017; 83) 06. Februar 2017; 84) 07. Februar 2017; 85) 08. Februar 2017; 86) 09. Februar 2017; 87) 10. Februar 2017; 88) 13. Februar 2017; 89) 14. Februar 2017; 90) 15. Februar 2017; 91) 16. Februar 2017; 92) 17. Februar 2017; 93) 20. Februar 2017; 94) 21. Februar 2017; 95) 22. Februar 2017; 96) 23. Februar 2017; 97) 24. Februar 2017; 98) 27. Februar 2017; 99) 28. Februar 2017; 100) 01. März 2017; 101) 02. März 2017; 102) 03. März 2017; 103) 06. März 2017; 104) 07. März 2017; 105) 08. März 2017; 106) 09. März 2017;

107) 10. März 2017; 108) 13. März 2017; 109) 14. März 2017; 110) 15. März 2017; 111) 16. März 2017; 112) 17. März 2017; 113) 20. März 2017; 114) 21. März 2017; 115) 22. März 2017; 116) 23. März 2017;

117) 24. März 2017; 118) 27. März 2017.

II. XXXX haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die über den Beschuldigten verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 64 Abs 1 WAG 2007, BGBl I Nr 60/2007 iVm § 95 Abs 1 Z 53 WAG 2018, BGBl I Nr 107/2017

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§

5.900,-- Euro

26 Stunden

§ 95 Abs 1 WAG 2018, BGBl I Nr 107/2017 iVm § 22 Abs 8 FMABG, BGBl I Nr 97/2001 idF BGBl I Nr 17/2018

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

--

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

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

0 Euro als Ersatz der Barauslagen für .

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

6.490,--Euro."-

2. Im Rahmen von routinemäßigen Kontrollen der FMA wurde am 27.03.2017 festgestellt, dass die haftungspflichtige Gesellschaft seit 13.10.2016 keine Meldung gemäß § 64 Abs. 1 WAG 2007 übermittelt hätte.

3. Am 28.07.2017 erging eine Strafverfügung gemäß § 48 VStG, dem Beschwerdeführer rechtswirksam zugestellt am 01.08.2017.

4. Mit Schriftsatz vom 09.08.2017 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter, Einspruch gegen die Strafverfügung vom 28.07.2017 und legte Unterlagen dazu vor.

5. Das gegenständliche Straferkenntnis mit dem oben angeführten Spruch datiert vom 18.09.2018.

6. Gegen dieses Straferkenntnis, zugestellt am 19.09.2018, erhob der Beschwerdeführer fristgerecht die gegenständliche Beschwerde am 16.10.2018.

5. Am 27.03.2019 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, in der der Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren, der Beschwerdeführer im Verfahren zu W210 2209542-1 sowie die FMA gehört wurden. Das gegenständliche Verfahren war mit den Verfahren zu W210 2209542-1, W210 2209648-1 und W210 2209649-1 zur gemeinsamen Verhandlung verbunden worden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Verwaltungs- und die Gerichtsakten sowie durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27.03.2019:

1. Feststellungen:

1.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft:

Die haftungspflichtige Gesellschaft ist ein konzessioniertes Kreditinstitut gemäß § 1 Abs 1 BWG. Der Beschwerdeführer

war im Tatzeitraum Geschäftsleiter der haftungspflichtigen Gesellschaft. Der Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren ist stellvertretender Vorstandsvorsitzender der haftungspflichtigen Gesellschaft, zuständig für Risikomanagement, IT, Abwicklung und Personal. Der Beschwerdeführer ist verheiratet und sorgepflichtig für seine Ehefrau sowie zwei minderjährige schulpflichtige Kinder. Der Beschwerdeführer zu W210 2209648-1 ist seit 25.06.1993 Geschäftsleiter der haftungspflichtigen Gesellschaft und zur Zeit Vorstandsvorsitzender der haftungspflichtigen Gesellschaft. Der Beschwerdeführer zu W210 2209649-1 ist ebenfalls Vorstandsmitglied der haftungspflichtigen Gesellschaft.

1.2. Zu den Meldungen gemäß § 64 WAG 2007, zu ihrem Versand und zu ihrer Kontrolle:

Im Rahmen von routinemäßigen Auswertungen zum außerbörslichen Matching stellte die belangte Behörde am 27.03.2017 fest, dass sehr viele offene Transaktionsmeldungen mit dem Kontrahenten XXXX der haftungspflichtigen Gesellschaft, seit der Meldeperiode Oktober 2016 aufschienen. Im Zeitraum von 13.10.2016 bis 27.03.2017 erfolgte an 118 Tagen keine Meldung: 1) 13. Oktober 2016; 2) 14. Oktober 2016;

3) 17. Oktober 2016; 4) 18. Oktober 2016; 5) 19. Oktober 2016; 6) 20. Oktober 2016; 7) 21. Oktober 2016; 8) 22. Oktober 2016; 9) 24. Oktober 2016; 10) 25. Oktober 2016; 11) 26. Oktober 2016; 12) 27. Oktober 2016; 13) 28. Oktober 2016; 14) 31. Oktober 2016; 15) 01. November 2016; 16) 02. November 2016; 17) 03. November 2016; 18) 04. November 2016; 19) 07. November 2016; 20) 08. November 2016; 21) 09. November 2016; 22) 10. November 2016; 23) 11. November 2016; 24) 14. November 2016; 25) 15. November 2016; 26) 16. November 2016; 27) 17. November 2016; 28) 18. November 2016; 29) 21. November 2016; 30) 22. November 2016; 31) 23. November 2016; 32) 24. November 2016; 33) 25. November 2016; 34) 28. November 2016; 35) 29. November 2016; 36) 30. November 2016; 37) 01. Dezember 2016; 38) 02. Dezember 2016; 39) 05. Dezember 2016; 40) 06. Dezember 2016; 41) 07. Dezember 2016; 42) 08. Dezember 2016; 43) 09. Dezember 2016; 44) 12. Dezember 2016; 45) 13. Dezember 2016; 46) 14. Dezember 2016; 47) 15. Dezember 2016; 48) 16. Dezember 2016; 49) 19. Dezember 2016; 50) 20. Dezember 2016; 51) 21. Dezember 2016; 52) 22. Dezember 2016; 53) 23. Dezember 2016; 54) 27. Dezember 2016; 55) 28. Dezember 2016; 56) 29. Dezember 2016; 57) 30. Dezember 2016; 58) 02. Jänner 2017; 59) 03. Jänner 2017; 60) 04. Jänner 2017; 61) 05. Jänner 2017; 62) 06. Jänner 2017; 63) 09. Jänner 2017; 64) 10. Jänner 2017; 65) 11. Jänner 2017; 66) 12. Jänner 2017; 67) 13. Jänner 2017; 68) 16. Jänner 2017; 69) 17. Jänner 2017; 70) 18. Jänner 2017; 71) 19. Jänner 2017; 72) 20. Jänner 2017; 73) 23. Jänner 2017; 74) 24. Jänner 2017; 75) 25. Jänner 2017; 76) 26. Jänner 2017; 77) 27. Jänner 2017; 78) 30. Jänner 2017; 79) 31. Jänner 2017; 80) 01. Februar 2017; 81) 02. Februar 2017; 82) 03. Februar 2017; 83) 06. Februar 2017; 84) 07. Februar 2017; 85) 08. Februar 2017; 86) 09. Februar 2017; 87) 10. Februar 2017; 88) 13. Februar 2017; 89) 14. Februar 2017; 90) 15. Februar 2017; 91) 16. Februar 2017; 92) 17. Februar 2017; 93) 20. Februar 2017; 94) 21. Februar 2017; 95) 22. Februar 2017; 96) 23. Februar 2017; 97) 24. Februar 2017; 98) 27. Februar 2017; 99) 28. Februar 2017; 100) 01. März 2017; 101) 02. März 2017; 102) 03. März 2017; 103) 06. März 2017; 104) 07. März 2017; 105) 08. März 2017;

106) 09. März 2017; 107) 10. März 2017; 108) 13. März 2017; 109) 14. März 2017; 110) 15. März 2017; 111) 16. März 2017; 112) 17. März 2017; 113) 20. März 2017; 114) 21. März 2017; 115) 22. März 2017;

116) 23. März 2017; 117) 24. März 2017; 118) 27. März 2017. Nach Aufforderung durch die belangte Behörde wurden die Meldungen am 28.03.2017 in Einem nachgeholt, eine genaue Aufstellung findet sich in der Aufstellung der Meldungen in Beilage ./1 zu diesem Erkenntnis, die Beilage bildet einen integrierenden Bestandteil dieses Urteils..

Die Verspätungen betrugen im längsten Fall mehr als 5 Monate. Die Meldungen unterblieben nachdem das Großprojekt XXXX umgesetzt wurde, dabei wurden sämtliche XXXX auf ein gemeinsames Kernbankensystem umgestellt.

Bei dieser Umstellung bediente sich die haftungspflichtige Gesellschaft der XXXX (im Folgenden " XXXX ") als IT-Dienstleister. Die Umstellung erfolgte am Wochenende vom 15.10.2016 bis 16.10.2016, es gab keine kundenwirksame Beeinträchtigungen des Bankgeschäfts.

Die Infrastruktur für die Erstellung der Meldungen und den Versand der Meldungen wurde ebenso an die XXXX ausgelagert, wobei diese für die technische Abnahme und das Procedere im Releasemanagement nicht verantwortlich war, jedoch als Leistung die aktive, laufende Überwachung aller Systemteile, insbesondere die tägliche Überprüfung der Batchprotokolle auf ordnungsgemäß technische Durchführung und die allfällige Information an den Auftraggeber sowie die Korrektur des Fehlers schuldete. Vor Durchführung der Umstellung wurde die Übermittlung der Meldungen an die belangte Behörde erfolgreich getestet.

Im Zuge der Umstellung kam es zu einem Fehler in der Konfiguration des Filetransfers durch einen Mitarbeiter der XXXX , der dazu führte, dass diese täglichen Daten ab 13.10.2016 nicht an die belangte Behörde übertragen wurden. Dieser Fehler wurde von der XXXX nicht erkannt. Auch im Rahmen der Tests nach der Umstellung wurde die tatsächliche Übermittlung nicht überprüft.

Nach erfolgter Umstellung prüfte die Abteilung Wertpapierservice täglich lediglich, ob die Erstellung der Meldefiles erfolgte und ob die Durchführung von Korrekturen notwendig war. Es erfolgte keine Kontrolle des tatsächlichen Versands der Meldungen. Es wurde zu keinem Zeitpunkt bei der belangten Behörde nachgefragt, ob die Meldungen nach der Umstellung bei der belangten Behörde eintrafen. Die Wertpapiertransaktionsmeldungen gemäß § 64 WAG 2007 wurden am 28.03.2017 vollständig nachgemeldet. Ab 04.04.2017 schickte die XXXX täglich eine Bestätigung über den Versand der Meldefiles an die zuständige Abteilung in der haftungspflichtigen Gesellschaft und an die belangte Behörde. Die XXXX hat eine weitere Prüf-Routine für die Abteilung Wertpapierservice der haftungspflichtigen Gesellschaft implementiert, die bei Identifikation eines leeren Versandfiles eine zusätzliche manuelle Prüfung auf Richtigkeit erfordert.

Die XXXX wurde regelmäßig von außen im Rahmen des COBIT-Frameworks überprüft und diese Berichte der haftungspflichtigen Gesellschaft vorgelegt. Weiters wird XXXX durch die Konzernrevision der XXXX und der XXXX geprüft, diese Berichte werden der haftungspflichtigen Gesellschaft vorgelegt und von deren Innenrevision auf Plausibilität überprüft. Es gab keine Kontrollen, nicht einmal stichprobenartige, der haftungspflichtigen Gesellschaft bei der XXXX . Im Rahmen der tourlichen Jours Fixes mit XXXX zu den technischen Fragen der Umstellung gab es keine Thematisierung des aufgetretenen Fehlers, keine Nachfrage nach der Überprüfung des tatsächlichen Versands der Meldungen nach der Umstellung, es wurden seitens der haftungspflichtigen Gesellschaft keine Forderungen gegen die XXXX geltend gemacht.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft:

Die Feststellungen zum Beschwerdeführer und seiner Funktion sowie der haftungspflichtigen Gesellschaft ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch (FMA-Akt, ON 2) und den Angaben des Beschwerdeführers in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG-Akt, OZ 8, Verhandlungsprotokoll, Seite 9). Sie wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten.

2.2. Zu den Meldungen gemäß § 64 WAG 2007, zu ihrem Versand und zu ihrer Kontrolle:

Die Feststellungen zu den Meldungen ergeben sich ebenso aus dem FMA-Akt (Beilage zur Strafverfügung ON 5 sowie zum Straferkenntnis ON 7). Die Feststellung im Verfahren, dass an 118 Tagen diese Meldungen nicht erstattet wurden, wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten.

Die Feststellungen zur Auslagerung an die XXXX , die Umstellung, die erfolgten Tests, den Fehler in der Konfiguration, den Umfang der Kontrolle vor der Aufforderung durch die belangte Behörde, die Implementierung weiterer Kontrollschritte nach der Aufforderung durch die belangte Behörde fußen auf den eigenen Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung (BVwG-Akt, OZ 8, Verhandlungsprotokoll, Seite 10 ff), der Stellungnahme der XXXX (FMA-Akt, ON 4) sowie der haftungspflichtigen Gesellschaft (FMA-Akt, ON 3) und den dazu vorgelegten Unterlagen. Die Feststellung zur Verantwortung und Kontrolle der XXXX ergeben sich aus Pkt 2.2.2. sowie Pkt. 2.3.1. des vorgelegten Service-Level-Agreement (Beilage ./B zur Beschwerde) sowie aus der Stellungnahme der XXXX (FMA-Akt, ON 4) und der Stellungnahme der haftungspflichtigen Gesellschaft (FMA-Akt, ON 2), die sich mit den Angaben des Beschwerdeführers in der Verhandlung decken (BVwG-Akt, OZ 8, Verhandlungsprotokoll, Seite 10 ff).

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde und zur Senatszuständigkeit:

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

Der gegenständlich angefochtene Bescheid wurde am 19.09.2018 rechtswirksam zugestellt. Die gegenständliche Beschwerde wurde am 16.10.2018, somit rechtzeitig eingebracht.

3.2. Zu Spruchpunkt A):

3.2.1. Anzuwendende Rechtslage:

§ 64 Abs. 1 bis 3 WAG 2007 lautete während des gesamten Tatzeitraumes (Hervorhebungen nicht im Original):

"§ 64. (1) Meldepflichtige Institute haben der FMA jedes Geschäft mit meldepflichtigen Instrumenten (Abs. 2) unverzüglich, spätestens an dem auf den Tag des Geschäftsabschlusses folgenden Bankarbeitstag gemäß Abs. 3 zu melden. Meldepflichtige Institute sind:

1. Kreditinstitute gemäß § 1 Abs. 1 BWG,

2. inländische Zweigstellen von Kreditinstituten und Finanzinstituten gemäß den §§ 9 ff BWG und inländische Zweigstellen von Wertpapierfirmen gemäß § 12 Abs. 1,

3. die Oesterreichische Nationalbank und

4. anerkannte Wertpapierfirmen mit Sitz in einem Drittland (§ 15 Abs. 1 Z 3 BörseG) und Unternehmen mit Sitz in einem Drittland (§ 15 Abs. 1 Z 4 BörseG), die Mitglied einer Wertpapierbörse im Sinne des Börsegesetzes sind, sowie an einer Wertpapierbörse im Sinne des Börsegesetzes tätige Mitglieder einer Kooperationsbörse (§ 15 Abs. 5 BörseG).

(2) Meldepflichtige Instrumente sind alle Finanzinstrumente gemäß § 1 Z 6, die zum Handel an einem geregelten Markt im Sinne von § 1 Abs. 2 BörseG zugelassen sind oder, sofern es sich nicht um Anteile an Kapitalanlagefonds handelt, für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel auf einem geregelten Markt gestellt wurde, unabhängig davon, ob dieses Geschäft an einem geregelten Markt abgeschlossen oder abgewickelt wurde. Meldepflichtige Instrumente im Sinne dieser Bestimmung sind auch solche Instrumente, die nicht zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, wenn ihr Wert von einer Aktie oder von einem aktienähnlichen Wertpapier abhängt, sofern diese Aktie oder dieses aktienähnliche Wertpapier entweder zum Handel an einem inländischen geregelten Markt zugelassen ist oder für diese Aktie oder dieses aktienähnliche Wertpapier ein Antrag auf Zulassung zum Handel an einem inländischen geregelten Markt gestellt wurde, oder wenn ihr Wert von einem Derivat auf eine solche Aktie oder ein solches aktienähnliches Wertpapier abhängt.

(3) Die Meldungen gemäß Abs. 1 haben die in Tabelle 1 des Anhangs I der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 genannten Angaben in Bezug auf die jeweilige Kategorie des meldepflichtigen Instruments zu beinhalten und sind in elektronisch lesbarer Form unter Einhaltung der in Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 genannten Kriterien zu übermitteln. Einzelne Meldeinhalte können ganz oder teilweise entfallen, wenn die FMA gegenüber dem meldepflichtigen Institut eine Erklärung gemäß Art. 13 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 abgegeben hat."

§ 95 Abs. 1 WAG 2007 lautete während des gesamten Tatzeitraumes:

"§ 95. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) eines Rechtsträgers die Melde- oder Veröffentlichungspflichten gemäß den §§ 64 bis 66 nicht rechtzeitig und vollständig erfüllt oder hierbei unwahre Angaben macht, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro zu bestrafen."

Mit Inkrafttreten des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018, BGBl. I Nr. 107/2017, am 03.01.2018 wurde die Regelung des§ 64 WAG 2007 durch Art. 26 der Verordnung (EU) Nr 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. 2014 L 173, Seite 84 ff., ersetzt. Die Meldeverpflichtung blieb dadurch unberührt.

Art. 26 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr 600/2014 lautet (Hervorhebungen nicht im Original):

"(1) Wertpapierfirmen, die Geschäfte mit Finanzinstrumenten tätigen, melden der zuständigen Behörde die vollständigen und zutreffenden Einzelheiten dieser Geschäfte so schnell wie möglich und spätestens am Ende des folgenden Arbeitstags.

Die zuständigen Behörden treffen im Einklang mit Artikel 85 der Richtlinie 2014/65/EU die notwendigen Vorkehrungen, um sicherzustellen, dass diese Informationen auch der zuständigen Behörde des für die betreffenden Finanzinstrumente unter Liquiditätsaspekten relevantesten Marktes übermittelt werden.

Die zuständigen Behörden stellen der ESMA auf Anfrage alle Informationen zur Verfügung, die gemäß diesem Artikel übermittelt werden.

(2) Die Verpflichtung gemäß Absatz 1 gilt für

a) Finanzinstrumente, die zum Handel zugelassen sind oder die an einem Handelsplatz gehandelt werden oder für die ein Antrag auf Zulassung zum Handel gestellt wurde;

b) Finanzinstrumente, deren Basiswert ein an einem Handelsplatz gehandeltes Finanzinstrument ist, und

c) Finanzinstrumente, deren Basiswert ein aus an einem Handelsplatz gehandelten Finanzinstrumenten zusammengesetzter Index oder Korb von Finanzinstrumenten ist.

Die Meldepflicht gilt für Geschäfte mit Finanzinstrumenten nach den Buchstaben a bis c unabhängig davon, ob die Geschäfte an einem Handelsplatz abgeschlossen werden oder nicht."

Auch die Strafnorm änderte sich, § 95 Abs. 1 Z 53 WAG 2018 lautet:

"§ 95. (1) Wer als Verantwortlicher (§ 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG,BGBl. Nr. 52/1991) eines Rechtsträgers

...

53. gegen die Pflichten zur Meldung von Geschäften gemäß Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 bis 5, Abs. 6 UAbs. 1, Abs. 7 UAbs. 1 bis 5 und 8 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014,

oder gegen die daran anknüpfenden Verpflichtungen gemäß der aufgrund der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 oder der Richtlinien 2014/65/EU erlassenen delegierten Rechtsakte und Durchführungsverordnungen verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 5 Millionen Euro oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, zu bestrafen."

Wer gemäß § 95 Abs. 1 Z 53 WAG 2018 gegen die Verpflichtung zur Meldung verstößt begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit Geldstrafe bis zu 5 Millionen Euro oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich dieser beziffern lässt, zu bestrafen.

Weiters ist das seit 03.01.2018 geltende Absorptionsprinzip gemäß § 22 Abs. 8 FMABG zu beachten.

3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Die haftungspflichtige Gesellschaft ist ein konzessioniertes Kreditinstitut gemäß § 1 Abs. 1 BWG und unterliegt somit ohne jeden Zweifel der Meldepflicht des § 64 Abs. 1 WAG 2007. Die haftungspflichtige Gesellschaft ist Normadressat dieser Vorschrift. Im Verfahren wurde zu keinem Zeitpunkt bestritten, dass die Meldungen der Meldepflicht gemäß § 64 Abs. 1 und 3 WAG 2007 entsprechend im Zeitraum vom 13.10.2016 bis 27.03.2017 nicht erstattet wurden. Im Entscheidungszeitpunkt besteht diese Meldepflicht nach wie vor, sie findet sich nun in Art. 26 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr 600/2014.

Damit hat haftungspflichtige Gesellschaft gegen § 64 Abs. 1 WAG 2007 verstoßen, die objektive Tatseite ist somit erfüllt.

3.2.3. Zu subjektiven Tatseite:

Bei Ungehorsamsdelikten wie dem vorliegenden wird nicht der Eintritt eines Schadens (wie in der Beschwerde vorgebracht) oder eine Gefahr vorausgesetzt, sondern erschöpft sich das Tatbild in dem bloßen Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder in der Nichtbefolgung eines Gebotes. Das Tatbild umschreibt ein menschliches Verhalten ohne Rücksicht auf den Eintritt eines Erfolges oder einer Schädigung" (VwGH 11.09.2015, 2013/17/0485). Da bei Ungehorsamsdelikten das Vorliegen von Fahrlässigkeit gesetzlich vermutet wird, muss der Beschuldigte glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe (Lewisch in:

Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, 2. Auflage, § 5 Rz 6 und 9; VwGH 30.10.1991,91/09/0132; 18.06.1990, 89/10/0221).

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war der Beschwerdeführer im Tatzeitraum ebenso wie die Beschwerdeführer zu W210 2209648-1 und W210 2209649-1 zur Vertretung nach außen Befugter in der haftungspflichtigen Gesellschaft und für die Einhaltung der hier einschlägigen Bestimmungen zuständig.

§ 9 Abs. 1 VStG ist aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend einzuschränken, dass die Strafbarkeit nur im Rahmen des eigenen Verschuldens des Beschuldigten, nunmehr des Beschwerdeführers liegt, und dieser dazulegen hat, dass die Einhaltung der Norm ohne sein Verschulden nicht möglich war (vgl. VwGH

19.09.1990, 90/03/0148; 19.09.1989, 89/08/0221). Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 1 VStG ist zu entnehmen, dass es sich dabei um eine Glaubhaftmachung und nicht um einen Vollbeweis handelt (grundsätzlich dazu VwGH 30.10.1991, 91/09/0060; Lewisch in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG,

2. Auflage, § 5 Rz 9 ff.).

Im Falle eines Ungehorsamsdeliktes gemäß § 5 Abs. 1 VStG ist demnach Fahrlässigkeit anzunehmen, es sei denn, der Beschuldigte macht glaubhaft, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dies ist dann der Fall, wenn der Beschuldigte im Betrieb ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, sodass er unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten konnte. Nur ein derartiges, durch den Beschuldigten eingerichtetes Kontrollsystem hat daher exkulpierende Wirkung. Ein solches liegt aber nur dann vor, wenn dadurch die Überwachung der Einhaltung der Rechtsnormen, deren Übertretung dem Beschuldigten zur Last gelegt wurde, jederzeit sichergestellt werden kann (VwGH 26.06.2018, Ra 2016/05/0005; 24.07.2012, 2009/03/0141 mwN). Die von ihm gesetzten Maßnahmen müssen dazu mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen. Sobald ein Vertretungsorgan die "vernünftigerweise

geschuldeten Vorkehrungen trifft, hat es für die .... eintretende

Tatbestandsverwirklichung nicht einzustehen" (Lewisch in:

Lewisch/Fister/Weilguni, VStG - Verwaltungsstrafgesetz, 2. Auflage, § 9 Rz 6). Die Unkenntnis einer Verwaltungsvorschrift ist gemäß § 5 Abs. 2 VStG nur in einigen wenigen Ausnahmefällen entschuldigend. Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2 VStG festgehalten hat, trifft den Normunterworfenen bei Veranlassung dazu eine Erkundigungspflicht (Lewisch in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, 2. Auflage, § 5 Rz 18). Werden derartige Erkundigungen bei der Behörde oder aber bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter unterlassen (vgl. VwGH 30.11.1981, 81/17/0126), so trägt die Partei das Risiko des Irrtums (Lewisch in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, 2. Auflage, § 5 Rz 18).

Die Beschwerde behauptet nun, den Beschwerdeführer treffe kein Verschulden, da sich die haftungspflichtige Gesellschaft für die Umstellung und der Versendung der Meldung einer ausgelagerten Gesellschaft bedient habe, die ihrerseits einer externen Kontrolle unterliege, deren Berichte dem Beschwerdeführer und der haftungspflichtigen Gesellschaft vorgelegt würden. Auch sei die Versendung der Meldungen ausgelagert gewesen. Zudem habe es in der haftungspflichtigen Gesellschaft ausreichend Kontrollen gegeben. Zudem sei seit 01.01.2019 § 5 Abs. 1a VStG zu beachten.

§ 5 Abs. 1a in der seit 01.01.2019 anzuwendenden Fassung (BGBl. I Nr. 57/2018) lautet:

"(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist."

Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 5 Abs. 1a VStG, mit dem jede Auslegung zu beginnen hat (VwGH, 29.03.2018, Ro 2018/02/0023 mit Verweis auf VwGH 21.9.2018, Ro 2018/02/0013), ergibt sich, dass die Vermutung und Anforderungen des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG bei Vorliegen der Voraussetzung einer drohenden Geldstrafe von über 50.000 Euro, wie im vorliegenden Fall, nicht mehr zur Anwendung kommen. Die Intention des Gesetzgebers ist aus den erläuternden Bemerkungen ersichtlich, die dazu wie folgt festhalten (RV 193 BlgNR

26. GP, Seite 5; Hervorhebungen nicht im Original):

"§ 5 Abs. 1 VStG sieht in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte unter weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Verschulden "ohne weiteres anzunehmen" ist; es handelt sich demnach um eine - allerdings widerlegliche - gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn eine (einzelne) Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist. Ist eine Verwaltungsübertretung (als solche) mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht, erreicht eine entsprechende Tat eine Gravität, bei der ein Verschulden nicht ohne weiteres anzunehmen ist.

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes trifft eine solche Person allerdings dann kein Verschulden, wenn sie

glaubhaft macht, ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet zu haben, das im Ergebnis mit gutem Grund die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften erwarten lässt. Die diesbezüglichen Anforderungen sind nach der Rechtsprechung des VwGH laut Ansicht der hL streng (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2, § 9 Rz 43).

In Abkehr von dieser Rechtsprechung soll ein Verschulden nicht anzunehmen sein, wenn der Verantwortliche nachweist, dass er eine qualitätsgesicherte Organisation eingerichtet und geführt hat, die durch externe Prüfung oder durch interne Überwachung (zB durch Betrauung geeigneter Mitarbeiter mit Kontrollaufgaben, fortlaufende Schulungen, den Einsatz automatisierter Überwachungsinstrumente etc.) regelmäßig kontrolliert wird.

Eine qualitätsgesicherte Organisation liegt etwa vor, wenn ein verlässlicher Mitarbeiter geschult und mit einer entsprechenden Kontrollaufgabe betraut wird. Kontrollsysteme wie beispielsweise die Sicherstellung des Vier-Augen-Prinzips, regelmäßige Stichproben usw. stellen weitere Maßnahmen dar, die geeignet sein können, die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften sicherzustellen. In diesen Fällen ist anzunehmen, dass die juristische Person ausreichende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den zuständigen Mitarbeiter (den unmittelbaren Täter) zu verhindern, weswegen eine Strafbarkeit als verantwortliches Organ gemäß § 9 Abs. 1 VStG ausgeschlossen ist (vgl. auch BVwG vom 6.8.2015, W 120 2011394-1)."

Das Verfahren hat ergeben, dass die Kontrollen der Abteilung Wertpapier-Service sich auf die Erstellung der Meldungen an sich und deren inhaltliche Richtigkeit beschränkt haben. Auch wurde, selbst nach erfolgter Umstellung und Abklärung aller einsatzrelevanten Themen kein einziges Mal die tatsächliche Übermittlung seitens der haftungspflichtigen Gesellschaft überprüft. Auch unter § 5 Abs. 1a VStG, der die Annahme der Fahrlässigkeit bei Strafdrohungen über 50.000 Euro verbietet, muss dennoch zumindest eine qualitätsgesicherte Organisation mit geschulten Mitarbeitern, die entsprechende Kontrollaufgaben aufgetragen bekommen haben, und weitere Kontrollmaßnahmen dargetan werden, um das mangelnde Verschulden des Beschwerdeführers nachzuweisen. Im vorliegenden Fall fehlte es innerhalb der haftungspflichtigen Partei aber an jeglichem Kontrollsystem für die Einhaltung der Vorschrift des § 64 Abs. 1 WAG 2007. Vielmehr führte der Beschwerdeführer mehrfach aus, man habe sich auf die erfolgreich durchgeführten Umstellungen in anderen Sektorbanken und die vor der Umstellung erfolgten Tests verlassen. Dies ändert aber nichts an der mangelnden Überprüfung nach der Umstellung. Verlangt wird hier keinesfalls, wie vom BFV in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, eine tägliche Kontrolle der tatsächlichen Übermittlung. Aber gerade im Falle einer derart tiefgreifenden Umstellung der IT-Systeme kann von einem sorgfältig handelnden Unternehmer verlangt werden, nach Abklärung aller systemkritischen Themen der Umstellung zumindest stichprobenartige Kontrollen dieser Meldeverpflichtung anzuordnen bzw. durchführen zu lassen.

Im vorliegenden Fall wurden die fehlende Übermittlung der erstellten Meldungen an die belangte Behörde aber weder im Haus der haftungspflichtigen Gesellschaft noch beim ausgelagerten Dienstleister überprüft. Dies wurde erst im Rahmen einer Kontrolle durch die belangte Behörde entdeckt, für die sich, entgegen des Vorbringens des Beschwerdeführers, keine Überprüfungsverpflichtung und Hinweisverpflichtung aus dem Gesetz ergibt. Auch im Rahmen einer qualitätsgesicherten Organisation hätte somit schon in der haftungspflichtigen Gesellschaft selbst auffallen müssen, dass die Meldungen nicht ergangen sind, dies ist im vorliegenden Fall jedoch nicht geschehen.

Das Verschulden des Beschwerdeführers konnte auch nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung der Tatbestände aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Daraus folgt, dass dem Beschwerdeführer als zur Vertretung nach Außen Befugtem die Verwaltungsübertretungen auch subjektiv vorwerfbar sind.

3.2.4. 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 §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde führt zurecht aus, dass Zweck der Vorschrift des § 64 WAG 2007 die Überwachung der Handelstätigkeit mit an einem geregelten Markt zugelassenen Finanzinstrumenten ist, und sie ihrer Aufsichtstätigkeit in Hinblick auf die Verhinderung oder Aufdeckung von Insiderhandel und Marktmanipulation oder in Zusammenhang mit Mitteilungs- und Meldepflichten (wie zum Beispiel gemäß § 48d Abs 4 BörseG) nur dann nachkommen kann, "wenn sie ständig, in standardisierter und im Verhältnis zur Datenmenge verarbeitbarer Form diejenigen Informationen erhält, die ihr ausreichend Kenntnis über das börsliche und außerbörsliche Marktgeschehen verschaffen. Die Auswertung der gemäß § 64 WAG 2007 übermittelten Daten ist vielfach Ausgangspunkt weiterer Ermittlungen der FMA sowie eine der Grundlagen für die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren gemäß den entsprechenden Aufsichtsgesetzen. Die Meldepflichten gemäß § 64 WAG 2007 verfolgen dabei zweifellos auch präventive Ziele, etwa im Bereich des Insiderhandels (Klimscha in Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) - Kommentar, § 64 Rz 3). Im konkreten Fall war das Interesse an einer effizienten Überwachung der Handelstätigkeit nicht unerheblich beeinträchtigt."

Die belangte Behörde bezog die Vorstrafe des Beschwerdeführers wegen eines Verstoßes gegen § 24 Abs 1 WAG ein und ging aufgrund seiner beruflichen Stellung von überdurchschnittlichen Vermögensverhältnissen aus.Wird die Angabe der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vom Beschuldigten im Verfahren verweigert und können diese nicht von Amts wegen festgestellt werden, so ist es zulässig, dass die finanziellen Verhältnisse geschätzt werden (Weilguni in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG - Verwaltungsstrafgesetz, 2. Auflage, § 19 Rz 16).

Der Beschwerdeführer machte im Verfahren keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen, weshalb die Behörde aufgrund seiner Funktion als stellvertretender Vorstandsvorsitzender von überdurchschnittlichen Einkommensverhältnissen ausging (VwGH 27.04.2000, 98/10/0003 mit Verweis auf die amtlich verlautbarten Statistikdaten; 31.01.2012, 2009/05/0123 mwN). Der Beschuldigte hat - wenn er entsprechende Angaben unterlassen hat - "insbesondere durch konkretisierte Ausführungen darzutun, weshalb die von der Strafbehörde getroffenen Feststellungen den für die Errechnung ihres Einkommens maßgebenden Umständen nicht entsprechen, und darf sich nicht auf allgemein gehaltene Formulierungen beschränken." (VwGH 23.02.1996, 95/02/0174). Der Beschwerdeführer machte zu seinem Einkommen bzw. Vermögen keine weiteren Angaben, brachte vor, Sorgepflichten gegenüber seiner Gattin und seinen beiden minderjährigen schulpflichtigen Kindern zu haben. Das erkennende Gericht geht aufgrund der beruflichen Stellung des Beschwerdeführers als stellvertretender Vorstandsvorsitzender der haftungspflichtigen Gesellschaft ebenfalls von einem überdurchschnittlichen Einkommen aus.

Gemäß § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Wie oben angeführt, änderten sich durch das In-Kraft-Treten des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2018, BGBl. I Nr. 107/2017, mit 03.01.2018 die verfahrensgegenständlichen Normen dahingehend, dass nun gemäß § 95 Abs. 1 Z 53 WAG 2018 eine Verwaltungsübertretung begeht, wer gegen die Pflichten zur Meldung von Geschäften gemäß Art. 26 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 bis 5, Abs. 6 UAbs. 1, Abs. 7 UAbs. 1 bis 5 und 8 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 verstößt, die Strafe darauf beläuft sich auf eine Geldstrafe bis zu 5 Millionen Euro oder bis zum Zweifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens, soweit sich der Nutzen beziffern lässt. Die Meldeverpflichtung des § 64 Abs. 1 WAG 2007 findet sich nun in Art. 26 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014, die materielle Rechtslage hat sich hier bis auf die Fundstelle nicht geändert.

Die belangte Behörde führt nun aus, dass im vorliegenden Verfahren der seit 03.01.2018 wie folgt lautende § 22 Abs. 8 FMABG, eingefügt mit BGBl. I 107/2017, zu beachten sei, demnach bei Zusammentreffen mehrerer Verwaltungsübertretungen (Taten) "eine einzige Verwaltungsstrafe zu verhängen" und diese Verwaltungsstrafe jeweils nach der Strafdrohung zu bestimmen ist, die die höchste Strafe androht (§ 22 Abs. 8 FMABG letzter Satz); sie führt dazu aus:

"Aufgrund des seit 03.01.2018 geltenden Absorptionsprinzips, das anstelle des Kumulationsprinzips, keine Zusammenrechnung der Strafen vorsieht (§ 22 Abs 8 FMABG), ist die nunmehr geltende Rechtslage in seiner Gesamtauswirkung gemäß § 1 Abs 2 VStG das für den Beschuldigten günstigere Recht, weil nun von einer Strafdrohung von EUR 5.000.000,- und nicht wie beim Kumulationsprinzip von EUR 7.080.000,- auszugehen ist. Die Strafdrohung von EUR 7.080.000,-

beim Kumulationsprinzip ergibt sich daraus, dass XXXX die Meldeverpflichtung an 118 Handelstagen nicht rechtzeitig erfüllt hat und der Strafrahmen pro Verstoß EUR 60.000,- beträgt. Deshalb war gemäß § 22 Abs 8 FMABG eine einzige Verwaltungsstrafe zu verhängen."

Dem ist entgegenzuhalten, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hier ein fortgesetztes Delikt vorliegt. Diese wird vom Verwaltungsgerichtshof wie folgt definiert (VwGH, 19.12.2018, Ra 2018/02/0107):

"Ein fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn eine Reihe von rechtswidrigen Einzelhandlungen aufgrund der Gleichartigkeit der Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs sowie eines diesbezüglichen Gesamtkonzepts des Täters zu einer Einheit zusammentreten (VwGH vom 25. August 2010, 2010/03/0025; VwGH vom 29. Jänner 2009, 2006/09/0202; VwGH vom 18. September 1996, 96/03/0076).

....

In der Regel kommt das fortgesetzte Delikt nur im Bereich der Vorsatzdelinquenz in Betracht. Allerdings kann auch im Bereich der Fahrlässigkeitsdelinquenz die wiederholte Verwirklichung des gleichen Tatbestands im Rahmen eines noch erkennbaren zeitlichen Zusammenhanges als tatbestandliche Handlungseinheit beurteilt werden (vgl. VwGH 3.5.2017, Ra 2016/03/0108)."

Es handelt sich nach diesen Vorgaben somit klar um ein fortgesetztes Delikt mit -nahezu täglich - wiederholten Verwirklichungen des gleichen Tatbestands im Rahmen eines deutlich erkennbaren zeitlichen Rahmens von 13.10.2016 bis 27.03.2017. § 22 Abs. 8 FMABG hat hier deswegen außer Acht gelassen zu werden, damit führt auch der von der belangten Behörde durchgeführte Günstigkeitsvergleich ins Leere.

§ 95 Abs. 1 WAG 2007 in der im Tatzeitraum geltenden Fassung sah eine Geldstrafe von bis 60.000 EUR vor. Die für die gegenständliche Verletzung vorgesehene Strafdrohung nach dem WAG 2018 hat sich für einen einzelnen Verstoß im Vergleich zur Rechtslage zum Zeitpunkt der Tat wesentlich erhöht, beträgt nun bis zu 5 Mio. EUR. Das ergibt somit, dass das zum Zeitpunkt der Tat anwendbare Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger ist.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände, insbesondere der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes - die Meldeverpflichtung dient dem Funktionsschutz des Kapitalmarktes und soll die Bekämpfung von Marktmissbrauch ermöglichen und für Gleichberechtigung sorgen -, der Schwere und der Dauer des Verstoßes, wobei hier ins Auge fällt, dass nicht einmal eine einzige Überprüfung der Übermittlung nach einer derart tiefgreifenden IT-Umstellung für nötig befunden wurde, sowie der Tatsache, dass der Beschwerdeführer weiterhin eine Vorstandsfunktion in der haftungspflichtigen Gesellschaft innehat und die Verhängung der Strafe daher zur Abhaltung weiterer Verstöße gegen die relevanten Bestimmungen des WAG 2018 und der korrespondierenden unionsrechtlichen Bestimmungen erforderlich ist, erscheint die von der belangten Behörde verhängte Strafe in der Höhe von 5.900,-- EUR durchaus angemessen. Sie bewegt sich unter der 10%-Marke des möglichen Strafrahmens und erscheint tat- und schuldangemessen; eine Beeinträchtigung der Sorgepflichten des Beschwerdeführers kann hier nicht erkannt werden.

Ein Herabsetzen scheint dem erkennenden Gericht angesichts des objektiven Unrechtsgehalts und der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes nicht schuld- und tatangemessen. Zudem verhindert nicht einmal die völlige Einkommenslosigkeit die Verhängung einer Geldstrafe (§ 16 VStG; VwGH 15.10.2002, 2001/21/0087).

Aus generalpräventiven Gründen erscheint somit eine Geldstrafe weiterhin geboten. Da der Beschwerdeführer auch weiterhin im Finanzmarktbereich tätig ist, sprechen auch spezialpräventive Gründe für die Strafe. Das Verschulden des Beschwerdeführers konnte 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 oder das Verschulden atypisch gering gewesen wäre.

Insoweit die Beschwerde auf die Erteilung einer Ermahnung abzielt, ist ihr aufgrund der hohen Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes und des nicht bloß geringfügigen Verschuldens des Beschwerdeführers nicht stattzugeben, war von einem Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 und Abs. 1 letzter Satz VStG angesichts dieser Umstände doch abzusehen (vgl. Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, 2. Auflage, § 45 RZ 3).

3.2.5. Zur Haftung gemäß § 9 Abs. 7 VStG

Da die Beschwerde des Beschwerdeführers im gegenständlichen Verfahren abzuweisen war, besteht auch weiterhin die Haftung der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 7 VStG.

3.2.6. Ergebnis

Die Beschwerde war aus all diesen Gründen abzuweisen.

3.2.7. Kosten

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG hat in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, ausgesprochen zu werden, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahren zu leisten hat. Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen (§ 52 Abs. 2 VwGVG). Dieser Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

Der Beschwerdeführer ist weder im Schuldspruch durchgedrungen noch hatte seine Beschwerde gegen die Strafhöhe Erfolg, die von der belangten Behörde verhängte Strafe in Höhe von 5.900 EUR wurde bestätigt. Der von der belangten Behörde geforderte Beitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde beträgt unverändert 590 EUR. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG beträgt der dem Beschwerdeführer aufzuerlegende Beitrag zu den Kosten des gerichtlichen Strafverfahrens 1.180 EUR.

3.3. Zur Frage der Zulässigkeit 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist vorhanden und eindeutig, wie unter Punkt II.3.2. dargestellt, sie ist einheitlich. Ebenso konnte auf eine reichhaltige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zurückgegriffen werden. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Erkundigungspflicht, Fahrlässigkeit, Finanzmarktaufsicht,
fortgesetzes Delikt, Geldstrafe, Generalprävention,
Glaubhaftmachung, Günstigkeitsprinzip, Günstigkeitsvergleich,
Irrtum, Kontrolle, Kontrollsystem, Kostenbeitrag, Meldefehler,
Meldepflicht, Meldeverpflichtung, Meldeverstoß, mündliche
Verhandlung, Risikotragung, Solidarhaftung, Spezialprävention,
Strafbemessung, Ungehorsamsdelikt, Verfahrenskosten, Verschulden,
Verwaltungsstrafe, Verwaltungsstrafverfahren, Verwaltungsübertretung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W210.2209647.1.00

Zuletzt aktualisiert am

23.10.2019

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at