

# TE Bwvg Erkenntnis 2021/3/25 W204 2228019-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.03.2021

## Entscheidungsdatum

25.03.2021

## Norm

B-VG Art133 Abs4  
BWG §2 Z1  
BWG §44  
BWG §98  
FMABG §22 Abs2a  
VStG 1950 §1 Abs2  
VStG 1950 §19 Abs1  
VStG 1950 §19 Abs2  
VStG 1950 §21  
VStG 1950 §45 Abs1 Z4  
VStG 1950 §5 Abs1  
VStG 1950 §5 Abs1a  
VStG 1950 §5 Abs2  
VStG 1950 §64 Abs2  
VStG 1950 §9 Abs1  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §44  
VwGVG §50 Abs1  
VwGVG §52 Abs8

## Spruch

W204 2228019-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Esther SCHNEIDER als Vorsitzende und die Richter Dr. Stefan KEZNICKL und Dr. Peter CHVOSTA als Beisitzer über die Beschwerde des Mag. XXXX XXXX , vertreten durch CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien , vom 15.01.2020 gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) vom 17.12.2019 zu Zl. FMA- XXXX in einer Angelegenheit nach dem Bankwesengesetz zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird in der Schuldfrage keine Folge gegeben.

Der Beschwerde wird in der Straffrage insofern Folge gegeben, als die von der FMA verhängte Strafe auf 2.500,00 Euro herabgesetzt wird. Die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe verhängte Ersatzfreiheitsstrafe wird mit 17 Stunden bemessen.

Die Strafnorm lautet § 98 Abs. 5b Z 2 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 17/2018, iVm § 44 Abs. 3 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 20/2012.

II. Der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens vor der belangten Behörde wird gemäß 64 Abs. 2 VStG mit 250,00 Euro neu bestimmt, das sind 10% der nunmehr verhängten Geldstrafe.

III. Die XXXX Aktiengesellschaft haftet gemäß § 9 Abs. 7 VStG für die über den Beschwerdeführer verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

IV. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu tragen.

B)

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

## **Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit dem im Spruch genannten Straferkenntnis wurde durch die FMA wegen der verspäteten Meldung des Jahresabschlusses und des Lageberichts der XXXX Aktiengesellschaft (Bank; haftende Gesellschaft) für das Geschäftsjahr 2017 über den Geschäftsleiter der XXXX AG Niederlassung XXXX, Mag. XXXX XXXX (BF), als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen eine Geldstrafe von 3.300,00 Euro, im Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 23 Stunden, verhängt. Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens wurden 330,00 Euro (10% der Strafe) vorgeschrieben. Die Bank haftete für die über den BF verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 15.01.2020 wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, in der beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Bescheid zu beheben und das Verfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die Strafhöhe auf null herabzusetzen.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, die verspätete Meldung beruhe auf einem internen Missverständnis in der Kommunikation. Zudem habe die Bank beziehungsweise ihre Hauptniederlassung die Jahresabschlussberichte zeitgerecht an die EZB übermittelt. Gleichfalls habe die Bank die Anlage zum Prüfbericht (AzP) rechtzeitig auf der Incoming Plattform der FMA hochgeladen. Die im BWG geregelte Vorlagepflicht sei vom Anwendungsvorrang der SSM-VO, der die Bank entsprochen habe, verdrängt. Darüber hinaus sei die FMA durch die Zusammenarbeit mit der EZB bereits rechtzeitig in Kenntnis aller Informationen gewesen. Auch deswegen sei der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Im Übrigen handle es sich, wenn man dennoch von der Strafbarkeit ausginge, bei dem vorgeworfenen Delikt um einen reinen Formalverstoß, der die Aufsichtszwecke nicht nachteilig beeinträchtigt habe. Es hätte daher ausgereicht, den BF zu ermahnen oder zumindest die Strafe erheblich niedriger anzusetzen.

I.3. Am 27.01.2020 legte die FMA dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde mitsamt dem Verwaltungsakt vor.

I.4. Am 24.03.2020 legte der BF in einer Beschwerdeergänzung zu seinem bereits in der Beschwerde getätigten Vorbringen betreffend die AzP ein Beweismittel vor. Zudem brachte er vor, hinsichtlich der Nichteinreichung oder verspäteten Einreichung der AzP sei Verfolgungsverjährung eingetreten.

I.5. Nachdem die Beschwerdeergänzung der FMA zur Stellungnahme übermittelt worden war, nahm diese am 22.04.2020 dazu Stellung. Sie führte aus, dass sich aus der Äußerung des BF ergebe, dass die Bank die AzP der

Oesterreichischen Nationalbank (OeNB) und gerade nicht der FMA vorgelegt habe, wobei die jeweiligen Anhänge der Beschwerdeergänzung überdies nicht beigefügt seien. Das Vorbringen zur angeblichen Verjährung gehe ins Leere, weil dem BF die verspätete Einreichung der AzP im gegenständlichen Verfahren nicht vorgeworfen werde.

I.6. Der BF replizierte am 06.05.2020 auf diese Stellungnahme und wiederholte im Wesentlichen sein Vorbringen, wonach die im BWG geregelte Vorlagepflicht vom Anwendungsvorrang der unionsrechtlich geregelten Vorlagepflicht verdrängt worden sei. Zudem legte er die AzP vor.

I.7. Die Stellungnahme des BF wurde der FMA am 07.05.2020 übermittelt.

I.8. Am 24.03.2021 hielt der erkennende Senat eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung ab, in der der BF, seine Rechtsvertretung (RV), die auch als Vertreterin der Bank als haftender Gesellschaft teilnahm, und die FMA als belangte Behörde gehört wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und den Akt des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung.

## II. Feststellungen

Der BF war im Tatzeitraum des 01.07.2018 bis 25.07.2018 Geschäftsleiter der Bank Niederlassung XXXX , mit Sitz in XXXX , XXXX . Der BF vertritt die Bank seit 01.07.2013 gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied, mit einem weiteren ständigen Vertreter oder mit einem Prokuristen, wobei seine Vertretungsbefugnis auf die Niederlassung XXXX beschränkt ist.

Das Geschäftsjahr der Bank endet jeweils am 31.12. eines Jahres. Das Geschäftsjahr 2017 endete am 31.12.2017.

Bereits am 06.03.2018 übermittelte die Hauptniederlassung der Bank den Einzelabschluss und den Lagebericht der Bank für das Geschäftsjahr 2017 sowie den Konzernabschluss und Konzernlagebericht für dieses Geschäftsjahr an die EZB.

Am 19.03.2018 fand ein Gespräch zur wirtschaftlichen Gesamtsituation der Bank und ihrer Niederlassung XXXX bei der FMA statt, an der auch die OeNB teilnahm.

Am 29.06.2018 erfolgte die Einbringung der AzP 2017 über die Incoming Plattform der OeNB mittels der XXXX GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Die Einbringung erfolgte nicht über die Incoming Plattform der FMA.

Es bestand im Konzernbereich Finanzen in XXXX ein etablierter Prozess zur Einhaltung der regulatorischen Berichtspflichten der Niederlassung XXXX . Anhand eines Meldekalenders war klar festgelegt, was wann an wen zu liefern war.

Eine Mitarbeiterin, die organisatorisch neu in diesem Konzernbereich angesiedelt und dort mit den regulatorischen Berichtspflichten der Niederlassung XXXX betraut war, interpretierte die Bestätigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft anlässlich der Übermittlung der AzP dahingehend, dass damit auch die erforderliche Lieferung des Jahresabschlusses und Lageberichtes der Bank für das Geschäftsjahr 2017 an die FMA erledigt war. Sie bestätigte dem Mitarbeiter des BF – dieser war Chief Operating Officer (COO) der Niederlassung XXXX , operativer Ansprechpartner der FMA wie auch der für das regulatorische Reporting der Niederlassung XXXX Zuständige –, dass die zu übermittelnden Dokumente ordnungsgemäß und rechtzeitig hochgeladen worden seien, als dieser sich am 29.06.2018 hiervon telefonisch vergewisserte. Dieser vermerkte anhand seiner Checkliste die Übermittlung der Vorlagen als erledigt.

Weitere Kontrollen der rechtzeitigen Übermittlung des Jahresabschlusses und des Lageberichtes der Bank für das Geschäftsjahr 2017 an die FMA und die OeNB wurden nicht getätigt. Es bestand kein ausreichendes Kontrollsystem, das die rechtzeitige, vollständige und tatsächliche Vorlage sicherstellte oder zumindest zeitnah überprüfte.

Am 25.07.2018 übermittelte die Bank der FMA und der OeNB über deren Incoming Plattform für das Geschäftsjahr 2017 erstmals den Jahresabschluss und den Lagebericht der Bank samt Anhang, nachdem der COO von der FMA am 20.07.2018 informiert worden war, dass die Berichte nicht hochgeladen worden waren.

Die Niederlassung XXXX beschäftigte sich zeitlich danach, aber noch im Juli 2018 in zwei lokalen Gremien mit den Meldungen des Vormonats und richtete in weiterer Folge ein wirkungsvolles Kontrollsystem ein.

Der BF ist auch aktuell noch Geschäftsleiter der Niederlassung XXXX . Er bezieht hierfür ein entsprechendes, überdurchschnittliches Gehalt. Er hat Sorgepflichten für drei minderjährige Kinder und seine Gattin. Der BF ist unbescholten. Er zeigte sich im Verfahren kooperativ, reumütig und um eine Aufklärung sowie sofortige Einführung eines effektiven Kontrollsystems bemüht.

### III. Beweiswürdigung

Der Verfahrensgang ergibt sich aus den unbedenklichen Akten der FMA und des Bundesverwaltungsgerichts.

Der festgestellte Sachverhalt ist in weiten Bereichen unstrittig, wie sich in der öffentlichen mündlichen Beschwerdeverhandlung gezeigt hat und auch bereits mit der Beschwerde bestätigt wurde. Insbesondere wurden die von der FMA getroffenen Feststellungen zur Vertretungsbefugnis des BF, zum Geschäftsjahr, zur Übermittlung der Unterlagen an die EZB und zum Gespräch bei der FMA bestätigt.

In seiner Beschwerdeergänzung bemängelt der BF die Feststellung der FMA, wonach nicht festgestellt werden könne, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft der Bank gegenüber die Einreichung der AzP bestätigt habe. Die FMA führte dazu im Straferkenntnis beweiswürdigend noch aus, dies könne nicht festgestellt werden, weil der BF das entsprechende E-Mail nicht vorgelegt habe. Im Zuge des Beschwerdeverfahrens legte der BF die entsprechenden Nachweise vor. In dem ihr dazu gewährten Parteiengehör bestritt die FMA weder die Echtheit noch die Richtigkeit der Konversation, sondern führte dazu nur aus, dass sich aus dieser ergebe, dass die AzP nicht – wie vom BF behauptet – der FMA über die Incoming Plattform vorgelegt worden, sondern ausschließlich an die OeNB übermittelt worden sei.

Mit diesem Vorbringen ist die FMA – ausgehend vom unbestrittenen Inhalt der Beilagen .1 und .2 – im Recht, weswegen die Feststellungen der FMA entsprechend zu präzisieren waren. Auch der BF bestätigte dies in der Beschwerdeverhandlung. Bereits in seiner aufgetragenen Stellungnahme vom 06.05.2020 hatte der BF schon nicht mehr vorgebracht, die AzP auch auf der Incoming Plattform der FMA hochgeladen zu haben. Im Übrigen geht auch aus der ebenfalls vom ihm vorgelegten Beauftragung vom 26.06.2018 hervor, dass der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nur der Auftrag zur Vorlage der AzP 2017 an die OeNB erteilt worden war. Damit war aber die Vorlage an die FMA gerade nicht erfasst. Unstrittig ist ebenfalls, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft dem erteilten Auftrag nachkam und eine entsprechende Mitteilung erstattete.

Da sich der BF das gesamte Verfahren über kooperativ zeigte und in der Beschwerdeverhandlung dies sehr glaubhaft darlegte, konnte dem Vorbringen zum Gespräch des COO mit der für die Einbringung zuständigen Mitarbeiterin sowie dem aufgetretenen Missverständnis gefolgt werden. Auch die FMA hat diese Ausführungen in ihrer Stellungnahme nicht bestritten, vielmehr hat sie diese Ausführungen im Straferkenntnis ihrer rechtlichen Beurteilung selbst zugrunde gelegt und ist somit ebenfalls von der Richtigkeit der diesbezüglichen Ausführungen ausgegangen.

Der BF hat in der Beschwerdeverhandlung von der FMA nicht bestrittene Organigramme und weitere Beweismittel, an denen es keinen Grund zu zweifeln gibt, vorgelegt und die Organisation, Zuständigkeitsverteilung für die regulatorische Berichterstattung und deren Abläufe im Tatzeitraum glaubhaft aufgezeigt. Er hat auch überzeugend dargelegt, dass es mit Ausnahme der telefonischen Rückfrage des COO bei genannter Mitarbeiterin anlässlich der Übermittlung der Unterlagen des Geschäftsjahres 2017 keine zeitnahe Überprüfung der Vorgänge gab und die Abläufe im Wesentlichen auf dem bestehenden Meldekalender, einem bis dahin etablierten und funktionierenden System sowie einer von der Mitarbeiterin selbst geführten Checkliste beruhten. Der BF wusste, dass diese Mitarbeiterin in dieser räumlich von der Niederlassung getrennten Organisationseinheit neu war. Der BF berichtete weder davon, dass ihre Checkliste und sonstige Vorgehensweise überprüft worden wäre, noch von einer Schriftlichkeit des Kontrollprozesses. Insbesondere wurden weder die Einhaltung der internen Abläufe noch die Übermittlungsprotokolle oder die auf die Incoming Plattform tatsächlich gestellten Berichte kontrolliert, um im Vier-Augen-Prinzip sicherstellen zu können, dass diese rechtzeitig, vollständig und erfolgreich auf den Incoming Plattformen hochgeladen und damit bei der FMA und OeNB eingebracht wurden. Dies muss umso schwerer wiegen, weil es sich vorliegend um eine neue und unerfahrene Mitarbeiterin handelte, die trotz Einbindung in die vorhergehenden Prozesse die bloße Bestätigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, dass die AzP bei der OeNB hochgeladen wurde, bereits als Erfüllung der gesamten Berichtspflicht verstand. Es hätte folglich aufgrund der hiermit unerfahrenen Mitarbeiterin wie auch aufgrund der räumlichen Trennung einer besonderen Kontrolle und nicht nur eines Telefongespräches bedurft.

Daraus wie auch aus dem tatsächlich eingetretenen und vom BF eingeräumten Missverständnis in der Kommunikation, das dazu führte, dass die notwendigen Berichte gerade nicht rechtzeitig hochgeladen wurden, ergibt sich wiederum,

dass für diesen Bereich kein entsprechendes Kontrollsystem in der Niederlassung bestand. Hätte ein Derartiges bestanden, wären auch die Versäumnisse der Mitarbeiterin zeitgerecht aufgefallen und hätten rechtzeitig saniert werden können. Ein – wenn auch bis dahin erfolgreiches und etabliertes – System mit einer bloßen telefonischen Bestätigung kann die schriftliche Dokumentation des konkreten Ablaufes und eine zeitnahe Kontrolle der ordnungsgemäßen Ausführung nicht ersetzen. Dass durch die Niederlassung XXXX lediglich ex post zu Ende des Folgemonats in mehreren Gremien regulatorische und Compliance-Themen, wie auch die Erfüllung der Berichtspflichten, behandelt und kontrolliert wurden und dabei die Nichtübermittlung der Berichte festgestellt worden wäre, genügt für ein funktionierendes Kontrollsystem nicht. Dies stellte vielmehr im Tatzeitraum gerade keinen ausreichenden Kontrollprozess dar, auch wenn dieser mehrstufig war, wie der BF darlegte.

Die Feststellung zum derzeitigen Tätigkeitsbereich des BF ergibt sich aus einem aktuellen Firmenbuchauszug und wurde vom BF in der Beschwerdeverhandlung bestätigt. Bereits daraus ergibt sich auch ein entsprechendes, überdurchschnittliches Gehalt. Im Übrigen bekämpfte der BF diese (dislozierte) Feststellung der FMA nicht und machte auch in der Beschwerdeverhandlung keine gegenteiligen Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen, sondern bestätigte diese vielmehr. Seine übrigen persönlichen Angaben waren glaubhaft vorgetragen. Dass der BF unbescholten ist, wurde auch bereits von der FMA angenommen. Seine Kooperationsbereitschaft, Aufrichtigkeit, Einsicht und Reue zeigte er glaubhaft in der Beschwerdeverhandlung.

Da das Straferkenntnis der FMA binnen laufender Verfolgungsverjährungsfrist erging, ist auf das Vorbringen in der Beschwerdeverhandlung, dass die FMA den Vorwurf ausgetauscht und von anfänglich lediglich Berichten der Niederlassung XXXX auf Unterlagen der AG ausgewechselt habe, nicht näher einzugehen.

#### IV. Rechtliche Beurteilung

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG entscheiden die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Über Beschwerden gegen Bescheide der FMA entscheidet gemäß § 22 Abs. 2a FMABG das Bundesverwaltungsgericht durch Senat, ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen bei Bescheiden, mit denen weder eine primäre Freiheitsstrafe noch eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde.

Im gegenständlichen Fall wurde eine 600 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt, es liegt daher Senatszuständigkeit vor.

Gemäß § 38 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen, soweit nicht anderes bestimmt ist, die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 50 VwGVG, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden.

##### IV.1. Zu Spruchpunkt A)

Anzuwendende Rechtslage:

§ 44 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 20/2012, regelt auszugsweise wie folgt:

„(1) Die geprüften Jahresabschlüsse, Lageberichte, Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte nach § 59 und § 59a sowie die Prüfungsberichte über die Jahresabschlüsse, Lageberichte, Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte nach § 59 und § 59a einschließlich der in § 63 Abs. 5 genannten Anlage zum Prüfungsbericht über den Jahresabschluss sind von den Kreditinstituten und den Zweigstellen ausländischer Kreditinstitute längstens innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank vorzulegen. Weiters haben die Kreditinstitute der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank längstens innerhalb von sechs Monaten

nach Abschluss des Geschäftsjahres die Daten der Jahresabschlüsse und der Konzernabschlüsse nach § 59 und § 59a einschließlich der in § 63 Abs. 5 genannten Anlage zum Prüfungsbericht sowie Angaben über stille Reserven elektronisch in standardisierter Form zu übermitteln. [...]

(3) Zweigstellen von Kreditinstituten gemäß § 9 Abs. 1 und Finanzinstituten gemäß § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1, die Tätigkeiten nach § 1 Abs. 1 Z 2 bis 8, 11 und 15 bis 17 in Österreich erbringen, haben den Jahresabschluß, den Lagebericht, gegebenenfalls den konsolidierten Jahresabschluß und Lagebericht, des Kredit- oder Finanzinstitutes innerhalb von sechs Monaten nach Abschluß des Geschäftsjahres der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank zu übermitteln.

(4) Zweigstellen von Kreditinstituten gemäß § 9 Abs. 1 und Finanzinstituten gemäß § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1, die Tätigkeiten nach § 1 Abs. 1 Z 2 bis 8, 11 und 15 bis 17 in Österreich erbringen, haben die folgenden Angaben gemäß Z 1 bis 4 durch Bankprüfer prüfen zu lassen und den Bericht hierüber einschließlich der Anlage gemäß § 63 Abs. 7 längstens innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank zu übermitteln:

1. Erträge und Aufwendungen der Zweigstelle aus den Posten 1, 3, 4, 6, 7, 8 und 18 der Anlage 2 zu § 43, Teil 2;

2. durchschnittlicher Personalstand der Zweigstelle;

3. (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 126/1998)

4. der Zweigstelle zuzurechnende gesamte Aktiva und Gesamtbeträge der Aktivposten 2 bis 6, der Passivposten 1, 2 und 3 sowie der passivseitigen Posten 1 und 2 unter dem Strich der Anlage 2 zu § 43, Teil 1, sowie für die Aktivposten 2, 5 und 6 der genannten Anlage die Aufschlüsselung der Wertpapiere in Finanzanlagen und Nichtfinanzanlagen.“

§ 2 Z 1 lit d BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 136/2017, regelt:

„Im Sinne dieses Bundesgesetzes sind:

1. Geschäftsleiter

d) bei Zweigstellen von Kreditinstituten gemäß § 9 Abs. 1 und Finanzinstituten gemäß § 11 oder § 13 diejenigen Personen, die zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung der Zweigstelle nach außen vorgesehen sind; diese sind für die Einhaltung der in § 9 Abs. 7, § 11 Abs. 5 oder § 13 Abs. 4 genannten Bestimmungen durch Zweigstellen gemäß § 9 VStG verantwortlich.“

§ 9 Abs. 1 und Abs. 7 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 37/2018, lauten auszugsweise:

„(1) Die in Anhang I der Richtlinie 2013/36/EU angeführten Tätigkeiten dürfen nach Maßgabe der Abs. 2 bis 8 von einem in einem Mitgliedstaat zugelassenen CRR-Kreditinstitut, das seinen Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat hat, in Österreich über eine Zweigstelle oder im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs erbracht werden, soweit seine Zulassung es dazu berechtigt.

(7) Kreditinstitute gemäß Abs. 1, die Tätigkeiten in Österreich über eine Zweigstelle ausüben, haben die §§ [...] 44 Abs. 3 bis 6 [...] und die übrigen in § 69 genannten Bundesgesetze und EU-Verordnungen und die auf Grund der vorgenannten Vorschriften erlassenen Verordnungen und Bescheide einzuhalten.“

§ 98 Abs. 5b Z 2 BWG, BGBl. Nr. 532/1993 idF BGBl. I Nr. 17/2018, lautete im Tatzeitraum soweit wesentlich:

„(5b) Wer als Verantwortlicher (§ 9 VStG) einer Zweigstelle eines Kreditinstituts gemäß § 9 Abs. 1

2. die in § 44 Abs. 3 bis 6 vorgesehenen Vorlage- und Übermittlungspflichten verletzt

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA hinsichtlich der Z 1, 2, 11 und 12 mit Geldstrafe bis zu 60 000 Euro [...] zu bestrafen.“

Dieser Wortlaut entspricht auch der aktuell gültigen Novelle des BGBl. I Nr. 46/2019.

Zur objektiven Tatseite:

Unstrittig ist die Bank eine Zweigstelle eines Kreditinstituts in einem Mitgliedstaat, sodass sie nach § 9 Abs. 7 BWG auch der Vorlagepflicht nach § 44 Abs. 3 BWG unterliegt. Der BF bringt in diesem Zusammenhang vor, die Vorlagepflicht sei durch die Meldung der Berichte der Hauptniederlassung an die EZB erfüllt. Jene habe die Berichte aufgrund der

unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Regelungen der Verordnung (EU) 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (im Folgenden: SSM-VO) und der Verordnung (EU) 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16.04.2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung; im Folgenden: SSM-RVO) vorgelegt. Aufgrund der in Art. 20f SSM-RVO geregelten Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch sei daher auch die FMA rechtzeitig in Kenntnis der vorgelegten Berichte gewesen. Die Regelungen der SSM-VO und der SSM-RVO würden die Regelungen des BWG überdies verdrängen.

Dieser Ansicht kann seitens des erkennenden Senats nicht gefolgt werden. Der BF übersieht dabei nämlich, dass die SSM-VO in Art. 1 regelt, dass diese Verordnung die Verantwortlichkeiten und dazu gehörenden Befugnisse der zuständigen Behörden der teilnehmenden Mitgliedstaaten zur Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben, die der EZB nicht durch diese Verordnung übertragen wurden, nicht berührt. Art. 4 SSM-VO legt fest, welche Aufgaben der EZB übertragen werden:

„(1) Im Rahmen des Artikels 6 ist die EZB im Einklang mit Absatz 3 ausschließlich für die Wahrnehmung der folgenden Aufgaben zur Beaufsichtigung sämtlicher in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstitute zuständig:

a)

Zulassung von Kreditinstituten und Entzug der Zulassung von Kreditinstituten vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikels 14;

b)

für in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassene Kreditinstitute, die in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat eine Zweigstelle errichten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen wollen, Wahrnehmung der Aufgaben, die die zuständige Behörde des Herkunftsmitgliedstaats nach Maßgabe des einschlägigen Unionsrechts hat;

c)

Beurteilung der Anzeige über den Erwerb oder die Veräußerung von qualifizierten Beteiligungen an Kreditinstituten, außer im Fall einer Bankenabwicklung und vorbehaltlich des Artikels 15;

d)

Gewährleistung der Einhaltung der in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakte, die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute in Bezug auf Eigenmittelanforderungen, Verbriefung, Beschränkungen für Großkredite, Liquidität, Verschuldungsgrad sowie Meldung und Veröffentlichung entsprechender Informationen festlegen;

e)

Gewährleistung der Einhaltung der in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 genannten Rechtsakte, die Anforderungen an Kreditinstitute hinsichtlich solider Regelungen für die Unternehmensführung, einschließlich Eignungsanforderungen an die für die Geschäftsführung der Kreditinstitute verantwortlichen Personen, Risikomanagementverfahren, interner Kontrollmechanismen, Vergütungspolitiken und -praktiken sowie wirksamer Verfahren zur Beurteilung der Angemessenheit des internen Kapitals, einschließlich auf internen Ratings basierender Modelle festlegen;

f)

Durchführung von aufsichtlichen Überprüfungen — wenn dies angebracht ist auch in Abstimmung mit der EBA —, Stresstests und deren etwaiger Veröffentlichung zur Feststellung, ob die Regelungen, Strategien, Verfahren und Mechanismen der Kreditinstitute und ihre Eigenmittelausstattung ein solides Risikomanagement und eine solide Risikoabdeckung gewährleisten, und auf der Grundlage dieser aufsichtlichen Überprüfung Festlegung besonderer zusätzlicher Eigenmittelanforderungen, besonderer Offenlegungspflichten, besonderer Liquiditätsanforderungen und sonstiger Maßnahmen für Kreditinstitute, sofern diese Befugnisse nach dem einschlägigen Unionsrecht ausdrücklich den zuständigen Behörden zustehen;

g)

Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis der in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassenen Muttergesellschaften von Kreditinstituten, einschließlich der Finanzholdinggesellschaften und der gemischten Finanzholdinggesellschaften, sowie Mitwirkung an der Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis von Muttergesellschaften, die nicht in einem teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, einschließlich in Aufsichtskollegien unbeschadet der Beteiligung der nationalen zuständigen Behörden als Beobachter in diesen Aufsichtskollegien;

h)

Mitwirkung an der zusätzlichen Beaufsichtigung eines Finanzkonglomerats in Bezug auf zugehörige Kreditinstitute und Wahrnehmung der Aufgaben eines Koordinators, wenn die EZB nach Maßgabe der im einschlägigen Unionsrecht festgelegten Kriterien als Koordinator für ein Finanzkonglomerat benannt ist;

i)

Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben in Bezug auf Sanierungspläne und frühzeitiges Eingreifen, wenn ein Kreditinstitut oder eine Gruppe, für die die EZB die konsolidierende Aufsichtsbehörde ist, die geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen nicht erfüllt oder voraussichtlich nicht erfüllen wird, sowie — nur in den im einschlägigen Unionsrecht für die zuständigen Behörden ausdrücklich vorgesehenen Fällen — in Bezug auf erforderliche strukturelle Änderungen bei Kreditinstituten zur Verhinderung finanzieller Stresssituationen oder von Zusammenbrüchen, jedoch ausschließlich jeglicher Abwicklungsbefugnisse.

(2) Für in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat niedergelassene Kreditinstitute, die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat eine Zweigstelle errichten oder grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen, nimmt die EZB im Rahmen des Geltungsbereichs von Absatz 1 die Aufgaben wahr, für die die nationalen zuständigen Behörden im Einklang mit dem einschlägigen Unionsrecht verantwortlich sind.

(3) Zur Wahrnehmung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben und mit dem Ziel, hohe Aufsichtsstandards zu gewährleisten, wendet die EZB das einschlägige Unionsrecht an, und wenn dieses Unionsrecht aus Richtlinien besteht, wendet sie die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Richtlinien umgesetzt wurden. Wenn das einschlägige Unionsrecht aus Verordnungen besteht und den Mitgliedstaaten durch diese Verordnungen derzeit ausdrücklich Wahlrechte eingeräumt werden, wendet die EZB auch die nationalen Rechtsvorschriften an, mit denen diese Wahlrechte ausgeübt werden.

Zu diesem Zweck nimmt die EZB — vorbehaltlich des einschlägigen Unionsrechts und insbesondere aller Rechtsakte mit und ohne Gesetzescharakter, einschließlich der Rechtsakte gemäß den Artikeln 290 und 291 AEUV, und im Einklang mit diesen — Leitlinien sowie Empfehlungen an und fasst Beschlüsse. Dabei unterliegt sie insbesondere den von der EBA ausgearbeiteten und von der Kommission gemäß den Artikeln 10 bis 15 der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 erlassenen verbindlichen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards, dem Artikel 16 der genannten Verordnung sowie den Bestimmungen jener Verordnung zum von der EBA im Einklang mit jener Verordnung ausgearbeiteten europäischen Aufsichtshandbuch. Die EZB kann auch Verordnungen erlassen, allerdings nur soweit dies für die Gestaltung oder Festlegung der Modalitäten zur Wahrnehmung der ihr durch die vorliegende Verordnung übertragenen Aufgaben erforderlich ist.

Vor dem Erlass einer Verordnung führt die EZB offene öffentliche Anhörungen durch und analysiert die potenziell anfallenden Kosten und den potenziellen Nutzen, es sei denn, solche Anhörungen und Analysen sind im Verhältnis zum Anwendungsbereich und zu den Auswirkungen der betreffenden Verordnungen oder im Verhältnis zur besonderen Dringlichkeit der Angelegenheit unangemessen; in diesem Fall begründet die EZB diese Dringlichkeit.

Erforderlichenfalls trägt die EZB in jeglicher teilnehmenden Rolle zur Erstellung eines Entwurfs technischer Regulierungs- bzw. Durchführungsstandards durch die EBA gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 bei oder weist die EBA auf die etwaige Notwendigkeit hin, der Kommission einen Entwurf für Standards zur Änderung bestehender technischer Regulierungs- oder Durchführungsstandards vorzulegen.“

§ 44 Abs. 3 BWG dient jedoch der Umsetzung der Richtlinie 89/117/EWG (ErläutRV 94 BlgNR, 20. GP, 39), die in Art. 2 Abs. 1 eine Offenlegungspflicht der Zweigstellen von Kreditinstituten und Finanzinstituten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat vorsieht. Diese Aufgabe wurde der EZB durch die SSM-VO nicht übertragen, sodass nach ihrem

eindeutigen Wortlaut die Verantwortlichkeiten und Befugnisse der zuständigen Behörden nicht berührt werden. Die SSM-VO schließt somit den vom BF geltend gemachten Anwendungsvorrang selbst aus. § 44 Abs. 3 BWG ist daher weiterhin in vollem Umfang anwendbar und nicht unionsrechtswidrig, wie dies der BF vorbringt. Zu Recht verweist die FMA in diesem Zusammenhang auch auf die Informationseinholungsbefugnisse des Art. 6 Abs. 6 zweiter Unterabsatz SSM-VO.

Auch kann dem Vorbringen des RV, der Gesetzgeber habe die Anpassung des BWG an die SSM-VO verabsäumt, nicht gefolgt werden, nimmt das BWG doch mehrmals darauf selbst Bezug beziehungsweise zitiert diese (zB §§ 5 Abs. 4, 24b, 77d BWG). Aufgrund dieser mehrmaligen Nennung der SSM-VO durch den Gesetzgeber selbst kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass ihm deren Regelungen nicht bewusst gewesen seien und er die Umsetzung verabsäumte.

Die verfahrensgegenständlichen Berichte der Bank hätten daher bis zum 30.06.2018 vorgelegt werden müssen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 44 Abs. 3 BWG sind die entsprechenden Berichte auch direkt – und nicht etwa unmittelbar über die EZB – an die FMA und die OeNB zu übermitteln. Die Übermittlung an die EZB ist daher nicht ausreichend zur Erfüllung der Verpflichtung des § 44 Abs. 3 BWG, selbst wenn diese der FMA die Berichte in weiterer Folge zur Verfügung gestellt hätte, was die FMA im Übrigen in der Beschwerdeverhandlung bestritt. Ebenso wenig können Gespräche zur wirtschaftlichen Gesamtsituation der Bank und ihrer Niederlassung in XXXX bei der FMA, die Beantwortung deren Fragen im Rahmen dieses Prozesses oder eine Übermittlung der AzP 2017 an die OeNB die Übermittlungspflicht ersetzen.

Da die verfahrensgegenständlichen Berichte – nämlich der Jahresabschluss und der Lagebericht für das Geschäftsjahr 2017 – der FMA und der OeNB unstrittig erst am 25.07.2018 vorgelegt wurden, ist das objektive Tatbild erfüllt.

Soweit in der Stellungnahme vom 06.05.2020 noch vorgebracht wird, die Gebotsnorm sei zu unbestimmt, kann dem vor dem Hintergrund des eindeutigen und keine Fragen offenlassenden Gesetzestextes nicht beigetreten werden. Im Übrigen richten sich derartige Bestimmungen an einen Personenkreis, der der Materie aufgrund von Vorerfahrungen und Kenntnissen besonders nahesteht. Diese Personen gelten in ihrem Sachgebiet als Fachleute, die durch die gesetzlichen Bestimmungen zu einem ordnungsgemäßen Verhalten, zur Sorgfalt, zum Ergreifen „geeigneter“ Maßnahmen, zur Verhinderung von Missbräuchen und dergleichen angehalten werden, wobei ein dem entgegenstehendes Verhalten unter Strafsanktion gestellt wird. Eine Bestimmung verstößt selbst dann nicht gegen das Bestimmtheitsgebot, wenn sich der Gesetzgeber damit begnügt, das geforderte Verhalten (und die korrespondierenden Strafbestimmungen) lediglich im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg zu umschreiben, sofern davon ausgegangen werden kann, dass im Kreis der betroffenen (sachkundigen) Personen eine im wesentlichen übereinstimmende Auffassung über den Inhalt der verpönten Verhaltensweisen besteht (vgl. insbesondere die Erkenntnisse des VfGH vom 28.06.2013, G10/2013 ua, V4/2013 ua). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung erweisen sich die vorliegend verfahrensgegenständlichen Bestimmungen jedenfalls als bestimmt genug. Überdies konnte der RV seine Bedenken nicht annähernd substantiiert darlegen.

Auch die weiteren – ebenfalls nicht näher dargelegten – verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Bedenken können nicht überzeugen. Dazu verweist der RV auf Art. 7 EMRK und Art. 49 GRC, die den Grundsatz „nulla poena sine lege“ kodifizieren. Es ist aber nicht ersichtlich, inwieweit dieser Grundsatz hier verletzt sein sollte, besteht doch mit § 44 Abs. 3 iVm § 98 Abs. 5b Z 2 BWG eine eindeutige gesetzliche Regelung.

Die Ausführungen des RV zur Vorlage der AzP 2017 sowie zur diesbezüglich angeblich eingetretenen Verfolgungsverjährung können mangels Relevanz für das gegenständliche Verfahren auf sich beruhen. Eine verspätete Vorlage der AzP 2017 an die FMA und damit eine Verletzung der Verpflichtungen nach § 44 Abs. 4 BWG wurde dem BF im vorliegenden Verfahren zu keinem Zeitpunkt vorgeworfen und ist somit nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

Ebenfalls nicht zielführend sind die Ausführungen zur Verordnung der FMA über die elektronischen Meldungen betreffend den Jahres- und Konzernabschluss (Jahres- und Konzernabschluss-Verordnung – JKAB-V), BGBl. II Nr. 470/2006 idGF, wonach die Übermittlung an die OeNB ausreiche. Die JKAB-V regelt nach ihrem eindeutigen Wortlaut nämlich nur die Übermittlungspflichten nach § 44 Abs. 1 BWG (§ 1 JKAB-V) beziehungsweise § 44 Abs. 5 BWG (§ 2 JKAB-V) und gerade nicht die hier verfahrensgegenständliche Vorlagepflicht des § 44 Abs. 3 BWG.

Der RV bringt letztlich vor, der gegenständliche Fall sei gänzlich anders gelagert, als im von der FMA zitierten Erkenntnis

W158 2013584-1, wo ausgeführt worden sei, dass die dort gegenständliche Verwaltungsübertretung in nicht unerheblichem Ausmaß das gesetzlich geschützte öffentliche Interesse an der Kontrolle und Aufsicht von Kreditinstituten durch die zuständigen Behörden schädigte, zumal die nicht rechtzeitige Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichtes eines Kreditinstitutes die Kontrolltätigkeit der Behörden behindern könne. Außerdem sei in diesem Fall mit einer Strafe von 600,00 Euro das Auslangen gefunden worden.

Dazu ist auszuführen, dass einerseits nicht ersichtlich ist, warum der Fall nicht mit dem vorliegenden vergleichbar sein soll. Alleine die Übermittlung der Unterlagen der Hauptniederlassung an die EZB und die Besprechung der allgemeinen Unternehmenskennzahlen bzw. der Hinweis, dass sich die Berichte auf der Website des Unternehmens befinden, ermöglicht der FMA nämlich noch nicht, ihrer gesetzlich geregelten Aufsichtsverpflichtung nachzukommen. Vielmehr ist auch im gegenständlichen Fall von einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Aufsichtsziele auszugehen. Andererseits hängt die Strafbemessung (dazu näher noch unten) von mehreren Umständen ab und nicht nur von der Schwere des Verstoßes, weshalb auch aus der dort getroffenen Strafbemessung nichts für den BF zu gewinnen ist.

Zur subjektiven Tatseite:

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen, sofern die Verwaltungsvorschriften nichts Anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen befugt ist. Nach § 2 Z 1 lit d ist für die Einhaltung der in § 9 Abs. 7 BWG genannten Bestimmungen und damit auch für § 44 Abs. 3 BWG der Geschäftsleiter der Zweigstelle gemäß § 9 VStG verantwortlich. Der BF ist daher als Geschäftsleiter verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, was von ihm auch nicht bestritten wird.

Zur subjektiven Tatseite ist festzuhalten, dass Verstöße gegen § 44 Abs. 3 BWG als Ungehorsamsdelikte zu qualifizieren sind. Bei Ungehorsamsdelikten wird nicht der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr vorausgesetzt, sondern das Tatbild erschöpft sich im bloßen Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder in der Nichtbefolgung eines Gebotes. Das Tatbild umschreibt dabei „ein menschliches Verhalten ohne Rücksicht auf den Eintritt eines Erfolges oder einer Schädigung“ (VwGH 11.09.2015, 2013/17/0485). Sofern eine Verwaltungsübertretung über das Verschulden nichts Näheres bestimmt, genügt gemäß § 5 Abs. 1 VStG auf der subjektiven Tatseite fahrlässiges Verhalten, um eine Strafbarkeit zu begründen. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Das gilt nach § 5 Abs. 1a VStG in der seit 01.01.2019 anzuwendenden Fassung (BGBl. I Nr. 57/2018) jedoch nicht, wenn die Verwaltungsübertretung – wie vorliegend – mit einer Geldstrafe von über € 50.000 bedroht ist. Die Intention des Gesetzgebers ist aus den erläuternden Bemerkungen ersichtlich, die dazu wie folgt festhalten (RV 193 BlgNR 26. GP, Seite 5):

„§ 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.“

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner jüngeren Judikatur zu § 5 VStG festgehalten, dass diese Rechtsänderung nicht dem Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs. 2 VStG unterliegt (VwGH, 21.05.2019, Ra 2019/03/0009).

Der BF brachte zum gegen ihn gerichteten Vorwurf vor, sein COO habe sich vergewissert, dass die Berichte durch die für das regulatorische Reporting zuständige Mitarbeiterin ordnungsgemäß und rechtzeitig hochgeladen worden seien. Diese sei aufgrund eines Missverständnisses in der Kommunikation jedoch davon ausgegangen, dass alle notwendigen Unterlagen bereits durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vorgelegt worden seien.

Derjenige, der sich bei der Erfüllung einer ihm obliegenden gesetzlichen Verpflichtung der Hilfe eines Dritten bedient, bleibt verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, soweit ihn ein Verschulden im Sinne des § 5 VStG trifft (VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092). Im Falle eines Ungehorsamsdeliktes ist, wie bereits ausgeführt, bloße Fahrlässigkeit

ausreichend. Der Beschuldigte kann sich im Verwaltungsstrafverfahren von der ihn treffenden Verantwortung nicht allein durch den Nachweis entlasten, dass die den Beschuldigten treffende Verantwortung auf eine andere, wenn auch hierzu taugliche Person (die kein verantwortlicher Beauftragter im Sinne des § 9 Abs. 2 und 4 VStG ist) übergegangen ist. Es bedarf einer weiteren Glaubhaftmachung, dass auch für eine geeignete Kontrolle der beauftragten Person Vorsorge getroffen worden ist (VwGH 12.08.2020, Ra 2019/05/0099).

Es wäre somit am BF gelegen, konkret darzulegen, welche effektiven Maßnahmen ergriffen wurden, um den Überwachungs- und Kontrollpflichten gegenüber den mit der Übermittlung der Dokumente Beauftragten nachkommen zu können. Ein derartiges wirksames Kontrollsystem – die diesbezüglichen Anforderungen sind nach der Rechtsprechung des VwGH streng (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2, § 9 Rz 43) – konnte der BF jedoch während des gesamten Verfahrens nicht aufzeigen. Insbesondere brachte der BF nicht vor, dass ausreichend überprüft wurde, dass die Berichtspflicht fristgerecht eingehalten und die korrekte und vollständige Übermittlung kontrolliert wurde. Ein Meldekalender, die Checkliste einer unerfahrenen Mitarbeiterin, ein bloßes Telefonat des COO, der aufgrund der mündlichen Mitteilung dieser Mitarbeiterin, dass alles eingereicht sei, seine eigene Checkliste abhakt und eine Überprüfung am Ende des Folgemonats in diversen Gremien, wie Jour Fixe des BF mit dem COO und ein Treffen des Local Operational Committee sowie des Local Compliance Committee, Wochen nach Fristablauf kann ein funktionierendes Kontrollsystem, das in der Lage ist, die rechtzeitige und vollständige Übermittlung zu garantieren, nicht ersetzen. Mögen auch im Vorfeld die Prozesse aufgrund der handelnden Mitarbeiter etabliert gewesen sein und funktioniert haben, so zeigt der vorliegende Vorfall eindeutig auf, dass das Kontrollsystem gerade nicht ausreichend war. So genügte ein bloßes Missverständnis einer unerfahrenen Mitarbeiterin am Telefon mit dem Mitarbeiter des BF, dass die Berichtspflicht nicht eingehalten wurde. Ein derartiges Kontrollsystem lässt jedoch nicht „mit gutem Grund erwarten [...], dass die Einhaltung der maßgeblichen Rechtsvorschriften gewährleistet ist“ (VwGH, 21.05.2019, Ro 2019/03/0009, Rz 27).

Da dem BF überdies bekannt war, dass diese Mitarbeiterin neu und im Aufgabenbereich unerfahren war, ist ihm zusätzlich vorzuwerfen, darauf nicht ausreichend Augenmerk gelegt zu haben. Mangels festgelegter Schriftlichkeit des jeweiligen konkreten Einbringungsvorganges sowie der zeitnahen Kontrolle der tatsächlichen ordnungsgemäßen Einbringung war dem damaligen Kontrollsystem geradezu immanent, dass es – früher oder später – zu derartigen Missverständnissen und einer Verletzung der regulatorischen Berichtspflicht kommen musste. Die telefonische Abfrage und pauschale mündliche Bestätigung der Einbringung (S. 10 VP) konnte klar festgelegte Vorgänge und die nachfolgende Kontrolle des ordnungsgemäßen Ablaufes – vorliegend der rechtzeitigen und vollständigen effektiven Übermittlung – nicht ersetzen.

Dass zum damaligen Zeitpunkt ein derartiges Kontrollsystem nicht bestand – und folglich nicht nur aufgrund des Zusammentreffens mehrerer unglücklicher Zufälle versagte – zeigt auch, dass der BF bereits in seiner Rechtfertigung vorbrachte, dass erst nunmehr ein wirksames Kontrollsystem im Wege einer Nachkontrolle eingerichtet worden sei, um derartige Fälle künftig zu vermeiden (ON 5 im FMA-Akt). Dies zeigt gleichermaßen auf, dass auch vom BF erkannt wurde, dass das Kontrollsystem der Niederlassung im Tatzeitraum gerade nicht ausreichend war. Auch die verspätete Einbringung, die erst nach Hinweis durch die Ansprechpartnerin der FMA am 20.07.2018 erfolgte, indiziert, dass ein wirksames Kontrollsystem im Tatzeitraum nicht bestand. Auch der RV musste in seinen Schlussbemerkungen (S. 17 VP) einräumen, dass es im Kontrollsystem Lücken gab.

Hätte ein ausreichendes Kontrollsystem bestanden und wären die Übermittlungsprotokolle kontrolliert worden, so hätte das Missverständnis zeitnah aufgeklärt werden können und wäre es nicht aufgrund des Unwissens bzw. Missverständnisses einer einzigen untergeordneten Mitarbeiterin zur inkriminierten Handlung gekommen.

Der Beschwerdeführer hat auch nicht dargelegt, dass die Einrichtung des in weiterer Folge von ihm implementierten Kontrollsystems vor und im Tatzeitraum nicht auch bereits möglich gewesen wäre (S. 10 VP). So wurde dieses erst aufgrund der durch das Missverständnis aufgezeigten Unzulänglichkeiten nachgeschärft, verstärkt und grundsätzlich weiterentwickelt. Die Fristen für die Beendigung der Jahresabschlussprüfung für den Wirtschaftsprüfer wurden seither nach vorne verlegt, um mehr Zeit zu gewinnen. Die Information seitens XXXX, dass und was hochgeladen wurde, gemeinsam mit der Rückbestätigung der Plattform muss seither vor dem Stichtag mitgeteilt werden. Zusätzlich sieht sich der COO seither auch direkt nochmals die jeweilige Incoming Plattform an, um sicherzustellen, dass tatsächlich die richtigen Unterlagen hochgeladen wurden. All dies wäre technisch auch bereits für die Einbringung der verfahrensgegenständlichen regulatorischen Unterlagen möglich gewesen, wie der BF glaubhaft in der

Beschwerdeverhandlung versicherte.

Die höchstgerichtlichen Leitlinien zum wirksamen Kontrollsystem beinhalten einen von den verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Personen zu beachtenden objektiven Sorgfaltsmaßstab, dessen Nichtbeachtung jedenfalls eine fahrlässige Vorgangsweise indiziert (VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092). Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte und Vorbringen des BF muss aufgrund des festgestellten Sachverhalts wie auch der vorliegenden Indizien davon ausgegangen werden, dass der BF als Verantwortlicher kein ausreichendes Kontrollsystem in der Niederlassung für diesen Bereich der regulatorischen Berichtspflichten eingerichtet hatte. Auch sein eigenes Vorbringen in der Beschwerdeverhandlung, auf die telefonische Bestätigung einer im Bereich neuen, unerfahrenen Mitarbeiterin mit Dienstort XXXX, dass alles geliefert worden sei, vertraut und dieser irrtümlich geglaubt zu haben, sowie in Kenntnis gewesen zu sein, dass sein COO die ordnungsgemäße Übermittlung lediglich pauschal am Telefon abfragte, legt dar, dass vorliegend von ihm als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichem Geschäftsleiter fahrlässig gehandelt wurde. Damit hat der BF auch objektiv sorgfaltswidrig gehandelt.

Ebenso liegen mit Verweis auf die obigen Ausführungen keine Anhaltspunkte vor, dass es dem BF nicht möglich gewesen wäre, diese Sorgfaltsanforderungen zu erkennen und zu erfüllen oder ihm dies unzumutbar gewesen wäre. Auch die subjektive Sorgfaltswidrigkeit ist daher zu bejahen, sodass dem BF sein fahrlässiges Handeln auch vorzuwerfen ist.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Überdies sind die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfälligen Sorgepflichten des Beschwerdeführers sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen (§ 19 Abs. 2 VStG). Weitere Strafbemessungsgründe legt § 99e BWG fest.

Wichtig ist, dass im Verwaltungsstrafrecht, anders als im gerichtlichen Strafrecht, Grundlage für die Strafbemessung nicht primär das Verschulden ist, sondern der objektive Unrechtsgehalt der Tat (vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 [2017] § 19 Rz 7).

Zunächst will der BF eine Ermahnung statt der über ihn verhängten Geldstrafe erreichen. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kann die Behörde, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten, unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraus, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen. Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (VwGH 25.04.2019, Ra 2018/09/0209).

Bei der Bedeutung des strafrechtlich geschütztes Gutes kommt es auf die abstrakte Bedeutung desselben an. Wenn das geschützte Rechtsgut (besonders) bedeutsam ist, scheidet daher eine Einstellung oder eine Ermahnung aus, mag es auch im konkreten Fall kaum beeinträchtigt sein. Selbst wenn also der schädigende Erfolg im Wesentlichen ausgeblieben ist, kann – selbst bei geringem Verschulden – die Z 4 nicht angewendet werden, wenn das geschützte Rechtsgut abstrakt (besonders) bedeutsam ist (VwGH 18.12.2018, Ra 2016/04/0148; Kneihls in Raschauer/Wessely, VStG<sup>2</sup>, § 45 Rz 8).

Die Vorlagepflichten des § 44 BWG liegen im Interesse einer raschen Aufarbeitung der Daten für Zwecke der Bankenaufsicht (Erläuterung 1130 B1gNR, 18. GP, 145). Neben den regelmäßigen unterjährigen Meldungen (wie beispielsweise Vermögensausweis und Erfolgsausweis) stellen der Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss und Konzernlagebericht sowie die Prüfungsberichte bedeutende Datenquellen dar, die es den

Bankenaufsichtsbehörden ermöglichen, nach verschiedensten Gesichtspunkten die Entwicklung der Vermögens- und Finanz-, wie auch der Ertrags- und Risikolage der Kreditinstitute zu verfolgen. Damit können allfällige Fehlentwicklungen frühzeitig erkannt werden, was der Bankenaufsichtsbehörde ermöglicht, rechtzeitig Gegenmaßnahmen einzuleiten (Perkounigg/Stecker in Dellinger, BWG, 8.Lfg., zu § 44 Rz 5). Es besteht daher abstrakt ein hohes Interesse. Bereits daran muss, unabhängig davon, ob das Verschulden des BF gering ist, die Erteilung einer Ermahnung scheitern.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass auch die Voraussetzungen des § 33a VStG („Beraten statt Strafen“) nicht vorliegen. Dazu müsste nämlich die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sein. Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Begriff des „geringen Verschuldens“ bereits festgehalten, dass dazu auf das Verständnis der Bestimmung des § 45 Abs. 1 VStG und der Vorgängerbestimmung § 21 Abs. 1 VStG idFBGBI. I Nr. 33/2013 zurückzugreifen ist. Demnach kann von einem geringen Verschulden generell nur dann gesprochen werden, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (VwGH 13.08.2019, Ra 2019/03/0068). Davon kann aber im gegenständlichen Fall nicht gesprochen werden. Einerseits wurde nämlich im Tatzeitraum verabsäumt, ein ausreichendes Regel- und Kontrollsystem einzurichten, andererseits liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das tatbildmäßige Verhalten erheblich hinter dem typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt. Vielmehr stellt das gegenständliche tatbildmäßige Verhalten gerade den Regelfall des typisierten Unrechts- und Schuldgehalts dar bzw. hätten aufgrund der hinzukommenden Risikofaktoren einer im Bereich neuen, unerfahrenen Mitarbeiterin weitergehende Schritte getätigt werden müssen. Es ist auch weder hervorgekommen noch war aufgrund der Tatumstände anzunehmen, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können. Vielmehr wäre die Vorlage der Berichte an die FMA leicht möglich und auch leicht kontrollierbar gewesen. Das Verschulden des BF kann daher nicht als derart geringfügig angesehen werden. Gleichmaßen liegt auch kein unbedeutender Verstoß im Sinne des Art. 22 Abs. 6 Z. 1 FMABG vor.

Die FMA hat in ihrem Straferkenntnis bereits eine Abwägung getroffen und dabei einerseits zutreffend auf den hohen Strafrahmen verwiesen, was den vom Gesetzgeber dem Tatbestand zugerechneten Unrechtsgehalt verdeutlicht. Andererseits hat sie erschwerend die weiterhin aufrechte Stellung des BF als verantwortlichem Beauftragten, als mildernd dagegen seine Unbescholtenheit, das Tateingeständnis und die Kooperationsbereitschaft berücksichtigt. Aufgrund der beruflichen Stellung des BF wurde mangels anderer Angaben von überdurchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ausgegangen.

Der BF bringt auch in diesem Zusammenhang vor, dass die Hauptniederlassung die Unterlagen bereits an die EZB übermittelt hatte, wodurch die FMA bereits in Kenntnis dieser gewesen sei. Es habe auch eine Information der FMA und OeNB stattgefunden, wobei diesen alle Fragen beantwortet und sie darauf hingewiesen worden seien, dass die gesamten konsolidierten Jahresabschlüsse und alle erforderlichen Offenlegungsinformationen auf der Website der Bank abrufbar seien. Es sei daher nur eine nochmalige (doppelte) Übermittlung unterblieben, was aber einen reinen Formalverstoß bedeute. Dass es sich vorliegend nicht nur um einen (unbedeutenden) Formalverstoß handelt, sondern die Aufsicht der FMA dadurch gefährdet wurde, wurde bereits dargelegt. So kann die Übermittlung der Unterlagen an die EZB durch die Hauptniederlassung die gegenständliche Vorlageverpflichtung d

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)