

## Fächerübergreifende Modulprüfung III am 26. April 2024 – Lösungsskizze

Fallerstellerin: Univ.-Prof. Dr. Iris Eisenberger, M.Sc. (LSE)

**Vorbemerkung:** Die folgende Lösungsskizze ist lang und detailliert. Es wird nicht erwartet, dass Studierende bei der Prüfung alle aufgezeigten Probleme behandeln. Dementsprechend hoch ist die Zahl der Zusatzpunkte (ZP), die auch noch steigen kann, wenn jemand sinnvolle Erwägungen zu hier nicht angesprochenen Problemen anstellt oder die angesprochenen Probleme vertretbar anders löst.

**1) Verfassen Sie das Rechtsgutachten! (26 P und 7 ZP)**

**a) Verpflichtung der B-Bank AG**

### FM-GwG

Die B-Bank AG ist ein nach dem BWG zur Betreibung von Bankgeschäften berechtigtes Kreditinstitut, weshalb das FM-GwG auf sie anzuwenden ist und sie Verpflichtete iSd FM-GwG ist (§ 1 Abs 1 und § 2 Z 1 FM-GwG iVm § 1 Abs 1 BWG) (1 P).

Die B-Bank AG könnte aufgrund des § 6 FM-GwG zur Einhaltung des KYCC-Prinzips verpflichtet sein (1 P). Diese Pflichten sind bei der Begründung von Geschäftsbeziehungen anzuwenden (§ 5 Z 1 FM-GwG) (1 ZP). Eine Pflicht zur Einholung von Informationen oder Unterlagen über die Kund:innen der Kund:innen von Verpflichteten ist in § 6 Abs 1 FM-GwG nicht ausdrücklich vorgesehen (1 P).

Allerdings sieht § 6 Abs 1 Z 4 FM-GwG die Pflicht zur Einholung und Überprüfung von Informationen über die Herkunft der eingesetzten (Geld-)Mittel vor; dies umfasst unter anderem Informationen über die Berufs- bzw Geschäftstätigkeit der Kund:innen (1 P). Zur Erfüllung dieser Pflicht könnte es unter Umständen erforderlich sein, auch Informationen und Unterlagen über die Kund:innen der Kund:innen einzuholen (1 P), weil möglicherweise nur so ein Gesamtbild über die Herkunft der eingesetzten (Geld-)Mittel gewonnen werden kann (1 P). Mit ähnlicher Argumentation könnte man zB auch in § 6 Abs 1 Z 3 (1 ZP) oder Z 6 (1 ZP) FM-GwG Anhaltspunkte für das KYCC-Prinzip sehen.

Zusammengefasst ist das KYCC-Prinzip im FM-GwG zwar nicht ausdrücklich normiert, es bestehen aber Anhaltspunkte im Gesetz, wonach Verpflichtete unter Umständen auch Informationen und Unterlagen über die Kund:innen ihrer Kund:innen einholen müssen (1 P).

### FMA-RSch

Die B-Bank AG könnte weiters gemäß Z 209 dritter Satz FMA-RSch zur Einhaltung des KYCC-Prinzips verpflichtet sein (1 P). Dies wäre dann der Fall, wenn das FMA-RSch als Verordnung zu qualifizieren wäre (1 P).

Verordnungen sind von einer Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassene generell-abstrakte Normen mit Außenwirksamkeit (1 P). Die FMA ist eine ausgegliederte Anstalt des öffentlichen Rechts, die mit der Wahrnehmung behördlicher Aufgaben und Befugnisse in der Bankenaufsicht betraut ist (§ 1 Abs 1 und § 2 Abs 1 FMABG), und damit eine Verwaltungsbehörde (1 P). Die FMA ist abstrakt zur Erlassung von Verordnungen ermächtigt (vgl § 22 Abs 3 und 3a FMABG) (1 P). Zur Verordnungserlassung unter bloßer

*Berufung auf Art 18 Abs 2 B-VG ist eine ausgegliederte Anstalt des öffentlichen Rechts wie die FMA nicht ermächtigt (1 ZP).*<sup>1</sup> Das FMA-RSch ist in der Hoheitsverwaltung (im Rahmen der Vollziehung des FM-GwG) ergangen, hat einen generellen „Adressatenkreis“ (die nach dem FM-GwG Verpflichteten) und hat (durch die Veröffentlichung auf der Website der FMA) ein Mindestmaß an Publizität erlangt (1 P).

Allerdings ist fraglich, ob das FMA-RSch einen normativen Inhalt hat, also die Rechtslage für die nach dem FM-GwG Verpflichteten verbindlich gestaltet (1 P). Dass Z 4 FMA-RSch den Verordnungscharakter explizit verneint (1 P) und das FMA-RSch auch nicht als Verordnung bezeichnet wird (1 ZP), schließt einen normativen Inhalt des FMA-RSch zwar nicht zwingend aus (1 P), ist aber zumindest ein Indiz dagegen (1 P). Gegen den normativen Inhalt des FMA-RSch spricht auch, dass Z 209 FMA-RSch die Gesetzeslage lediglich erläuternd wiedergibt und ihren Zweck erklärt (1 P). Zudem legt das FMA-RSch weder fest, dass es „anzuwenden“ wäre, noch trifft es Regelungen über seinen zeitlichen und örtlichen Geltungsbereich (1 ZP). Die besseren Gründe sprechen daher dafür, das FMA-RSch mangels Vorliegens eines normativen Inhalts nicht als Verordnung zu qualifizieren (1 P) (aA vertretbar).

#### Äußerungen in der Pressekonferenz

In der Pressekonferenz nimmt die Vorständin der FMA lediglich auf bestehende Regelungen Bezug und kündigt ein bestimmtes Handeln der FMA an, trifft aber keine Anordnungen mit normativem Inhalt (1 P). Die Äußerungen sind daher nicht als (mündlich verkündete) Verordnung (zur Definition siehe oben) zu qualifizieren (1 P).

#### **b) Rechtsweg**

Da weder das FMA-RSch noch die Äußerungen der Vorständin der FMA in der Pressekonferenz Verordnungen sind, kann die *B-Bank AG* keinen Individualantrag beim VfGH gemäß Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG stellen (1 P).

Gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG könnte im Gesetz eine Verhaltensbeschwerde gegen die Veröffentlichung des FMA-RSch oder die Abhaltung der Pressekonferenz vorgesehen werden (1 P), sofern man davon ausgeht, dass gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG auch generelle typenfreie Akte der Hoheitsverwaltung zum Gegenstand einer Beschwerde gemacht werden dürfen (str) (1 ZP). Die maßgeblichen Gesetze sehen aber keine entsprechende Zuständigkeit vor (1 P). Auch eine Beschwerde gemäß Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG scheidet daher aus (1 P).

Die *B-Bank AG* kann somit gegen die Festlegung des KYCC-Prinzips durch die FMA nicht mit einem Rechtsmittel vorgehen (1 P).

---

<sup>1</sup> Vgl VfSlg 16.995/2003.

**2) Wie beurteilen Sie die Rechtmäßigkeit der am 20. November 2023 gesetzten Amtshandlungen (auch aus grundrechtlicher Sicht) und wie können sich die B-Bank AG und Stefan gegen sie rechtlich wehren? (42 P und 30 ZP)**

**a) Beurteilung der Amtshandlungen**

Äußerungen der Luise gegenüber Stefan

Ein AuvBZ ist ein von einem Verwaltungsorgan im Bereich der Hoheitsverwaltung relativ form- und verfahrensfrei erlassener, individueller, außenwirksamer und unmittelbarer Befehls- oder Zwangsakt (1 P). *Luise* ist Bedienstete der FMA, einer zur Wahrnehmung der Bankenaufsicht ermächtigte ausgegliederte Verwaltungsbehörde (§ 1 Abs 1 FMABG) (siehe oben), der *Luisen* Handeln zuzurechnen ist (1 P). Da *Luise* in Vollziehung der Gesetze (des FM-GwG) handelt, aber weder Zwangs- noch Befehlsgewalt anwendet, erfolgt ihr Handeln schlichthoheitlich (1 P).

*Luise* ist offenbar ein Prüforgan iSd § 30 Abs 1 FM-GwG und daher zur Prüfung von Verpflichteten vor Ort ermächtigt (1 P). Auch werden die Verfahrensvorschriften des § 30 Abs 4 FM-GwG eingehalten, weil die Prüfung zumindest eine Woche vor Beginn angekündigt wurde, *Luise* mit einem schriftlichen Prüfungsauftrag versehen ist, sich vor Beginn der Prüfung unaufgefordert ausweist (dass *Stefan* sie „begrüßt“ hat, schadet nicht) und den Prüfungsauftrag vorweist (1 P).

*Luisen* Äußerungen gegenüber *Stefan* sind daher rechtmäßig (1 P).

Festnahme und Anhaltung des Stefan

*Franz* ist Angehöriger der Bundespolizei, also ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 Z 1 SPG) und damit ein Verwaltungsorgan (1 P). Die Festnahme und Anhaltung des *Stefan* sind ein AuvBZ, weil *Franz* im Rahmen der Hoheitsverwaltung, außenwirksam, individuell, unmittelbar und relativ form- und verfahrensfrei physischen Zwang ausübt (1 P). Das Abdrängen gegen die Wand sowie das Anlegen der Handschellen sind als Modalitäten der Festnahme und Anhaltung gemeinsam mit ihnen bekämpfbar (1 ZP).

Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben der FMA gemäß § 21 Abs 4 FMABG Amtshilfe zu leisten (1 P). Art 22 B-VG ist nicht anwendbar, weil die FMA kein Organ des Bundes (im organisatorischen Sinn) iSd Art 22 B-VG, sondern eine ausgegliederte Anstalt des öffentlichen Rechts ist (§ 1 Abs 1 FMABG) (1 ZP). Da Handlungen des ersuchten Verwaltungsorgans im Rahmen der Amtshilfe als Akte dieses Organs gelten, also nicht dem ersuchenden Verwaltungsorgan zugerechnet werden (str; aA vertretbar), ist das Handeln des *Franz* (auch bei Vorliegen eines Ersuchens der FMA, bei der Vor-Ort-Prüfung der B-Bank AG Amtshilfe zu leisten) nicht der FMA zuzurechnen (1 P).

In Ermangelung einer anderen Behörde, der das Handeln des *Franz* zuzurechnen ist, ist sein Handeln der Sicherheitsbehörde zuzurechnen, nämlich der Landespolizeidirektion Wien (§ 8 Z 8 SPG) (1 P).

Als Rechtsgrundlage für die Festnahme und Anhaltung kommt § 35 VStG iVm § 82 SPG in Frage (1 P).

*§ 35 VStG iVm § 81 SPG kommt als Rechtsgrundlage nicht in Frage, weil es durch Stefans Handeln nicht zu einer Änderung des Zustands der öffentlichen Ordnung kommt (1 ZP).*

*Franz ist ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes (siehe oben) und daher zur Festnahme gemäß § 35 VStG ermächtigt (1 P).*

*Franz und Barbara sind Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 82 Abs 1 SPG und nehmen gesetzliche Aufgaben wahr, weil davon auszugehen ist, dass sie iSd § 21 Abs 4 FMABG ersucht wurden, der FMA Amtshilfe zu leisten (1 P). Stefan erfüllt das Tatbild des § 82 Abs 1 SPG, weil er sich gegenüber Franz (und Barbara) aggressiv verhält, und zwar nach vorausgegangener Abmahnung durch Franz („Beruhigen Sie sich!“) (1 P). Nicht tatbestandsmäßig ist das aggressive Verhalten des Stefan der Luise gegenüber (1 ZP), weil Prüfungsorgane der FMA nicht wacheähnlich eingerichtet sind und daher keine Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 82 Abs 1 SPG sind (1 ZP).*

*Allerdings liegt kein Festnahmegrund gemäß § 35 VStG vor (1 P). Insbesondere verharrt Stefan nicht iSd § 35 Z 3 VStG trotz Abmahnung in der Fortsetzung der strafbaren Handlung, weil sein Handeln erst infolge der (nur einmalig erfolgenden) Abmahnung durch Franz den Tatbestand des § 82 Abs 1 SPG erfüllt, er also ein zweites Mal hätte abgemahnt werden müssen, damit der Festnahmegrund des § 35 Z 3 VStG erfüllt gewesen wäre (1 P).*

*Es ist auch nicht anzunehmen, dass die Festnahme und ihre Modalitäten (das Anlegen der Handschellen) verhältnismäßig sind (§ 39a VStG), zumal Stefan sich nicht physisch aggressiv verhalten und damit auch nicht gedroht hat (1 ZP).*

*Dass die Anhaltung im Übrigen den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 36 und 36a VStG entspricht (Stefan wird unverzüglich der nächsten sachlich zuständigen Behörde übergeben, unverzüglich vernommen sowie bereits nach 1,5 Stunden freigelassen, und er wird auch gemäß § 36a VStG über seine Rechte belehrt) (1 ZP), ändert nichts daran, dass die Festnahme als solche rechtswidrig ist (1 ZP).*

*Die Festnahme und Anhaltung des Stefan sind daher gesetzwidrig (1 P).*

*Die Festnahme und Anhaltung verletzen auch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Stefan auf persönliche Freiheit (Art 1 PersFrG und Art 5 EMRK), weil die Festnahme nicht gesetzeskonform erfolgt (Art 2 Abs 1 PersFrG) (1 P) und auch nicht verhältnismäßig ist (Art 1 Abs 3 zweiter Halbsatz PersFrG) (1 ZP).*

#### Drohung der Luise gegenüber Clara

*Luise ist ein Verwaltungsorgan (siehe oben), ihre Drohung ergeht im Rahmen der Hoheitsverwaltung (Vollziehung des FM-GwG), ist außenwirksam, individuell (an die B-Bank AG gerichtet), unmittelbar und relativ form- und verfahrensfrei ergangen (1 P). Die Drohung wäre auch dann als unmittelbar zu qualifizieren, wenn man das Schreiben vom 8. November 2023, da es die B-Bank AG ausdrücklich zur Erteilung von Auskünften und zur Gewährung der Einsicht verpflichtet, als Bescheid deutete (1 ZP): Die FMA ist zur Vollstreckung ihrer Bescheide, mit Ausnahme der Verwaltungsstrafbescheide, zuständig und hat grundsätzlich das VVG anzuwenden (§ 22 Abs 1 FMABG) (1 ZP). Die Handlungen der Luise sind aber keine Vollstreckungshandlungen (Anwendung unmittelbaren Zwangs iSd § 7 VVG) (1 ZP), weil keine*

*Vollstreckungsverfügung vorliegt (1 ZP). Zwangs- und Befehlsakte, die vor Erlassung einer Vollstreckungsverfügung ergehen, sind AuvBZ (1 ZP). Die Drohung ist ein AuvBZ (Befehlsakt), weil Luise insbesondere durch den Hinweis auf die anwesende Barbara deutlich eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion androht (1 P).*

*Die Prüforgane der FMA dürfen zur Durchsetzung ihrer Prüfungstätigkeit gegenüber Verpflichteten keinen AuvBZ setzen, weil § 30 FM-GwG keine entsprechende Ermächtigung enthält (1 P). Auch aus den in § 30 Abs 5 FM-GwG festgelegten Pflichten der Verpflichteten kann nicht abgeleitet werden, dass diese Pflichten durch unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt durchgesetzt werden dürfen (1 ZP).*

*Außerdem ist die Drohung der Luise, dass sich die FMA erforderlichenfalls unter Hilfe von Barbara Zugang verschaffen werde, rechtswidrig (1 ZP): § 21 Abs 4 FMABG verpflichtet Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Amtshilfe „im Rahmen ihres gesetzlichen Wirkungsbereiches“, räumt ihnen also keine weiteren (Zwangs-)Befugnisse ein (1 ZP). Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes werden auch sonst weder im FMABG noch im FM-GwG zur zwangsweisen Durchsetzung der Prüfbefugnisse der FMA ermächtigt (1 ZP). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes aufgrund anderer Gesetze ermächtigt wären, im vorliegenden Fall eine Vor-Ort-Prüfung der FMA mit Zwangsgewalt durchzusetzen (1 ZP).*

*Die Drohung der Luise ist daher gesetzwidrig (1 P).*

*Zu prüfen ist weiters, ob die Drohung der Luise das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Schutz des Hausrechts (Art 9 StGG iVm HausrechtsG) verletzt (1 P). Die FMA und ihre Organe sind jedenfalls dann an die Grundrechte gebunden, wenn sie (wie hier) funktionell als Organe der (Hoheits-)Verwaltung des Bundes tätig werden (1 ZP).*

*Das Recht auf Schutz des Hausrechts schützt juristische Personen (wie die B-Bank AG) und betrieblich genutzte Räumlichkeiten (wie die Räumlichkeiten in der Zentrale der B-Bank AG) (1 P). Das Recht auf Schutz des Hausrechts schützt (nur) vor Hausdurchsuchungen (1 ZP), also vor der Suche von Personen oder Gegenständen, von denen unbekannt ist, wo sie sich befinden (1 ZP). Luise verschafft sich Zugang zu den Räumlichkeiten der B-Bank AG, indem sie eine Hausdurchsuchung androht, und greift damit in das Recht auf Schutz des Hausrechts ein (1 P). Die betroffene B-Bank AG lässt den Zugang der Bediensteten der FMA zu den Räumlichkeiten auch nicht freiwillig zu, weil Clara Luise nur „widerwillig“ in die Räumlichkeiten begleitet (1 ZP). Hausdurchsuchungen zum Zwecke der polizeilichen Aufsicht, zu der die Verwaltungspolizei (also auch die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung) zählt (1 ZP), dürfen gemäß § 3 HausrechtsG nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen vorgenommen werden (1 P). Da das FM-GwG die Organe der FMA zu keinen Befehls- und Zwangsakten (siehe oben) und damit auch nicht zu einer Hausdurchsuchung ermächtigt, verletzt die Drohung Art 9 StGG iVm HausrechtsG (1 P). Ob auch Hausdurchsuchungen zum Zwecke der polizeilichen Aufsicht (außer bei Gefahr im Verzug) eines richterlichen Befehls bedürfen (§§ 1 und 2 HausrechtsG), ist strittig (1 ZP). Bejaht man dies, so wäre eine Hausdurchsuchung durch die (Organe der) FMA (außer bei Gefahr im Verzug) nur aufgrund eines richterlichen Befehls zulässig (1 ZP). Da weder ein*

*richterlicher Befehl noch Anhaltspunkte für Gefahr im Verzug vorliegen, ist die Drohung der Luise auch aus diesem Grund grundrechtswidrig (1 ZP).*

Zu prüfen ist weiters, ob die Drohung das Recht auf Schutz der Wohnung (Art 8 EMRK) verletzt (1 P). Art 8 EMRK schützt juristische Personen und ihre Geschäftsräumlichkeiten (str) (1 P). *Luise* greift in das Recht der *B-Bank AG* auf Schutz der Wohnung (Art 8 EMRK) ein, weil sie sich durch Drohung Zugang zu den Räumlichkeiten der *B-Bank AG* verschafft (1 P). Da der Eingriff nicht gesetzlich vorgesehen ist (Art 8 Abs 2 EMRK), verletzt er das Recht der *B-Bank AG* auf Schutz der Wohnung (1 P).

## **b) Rechtsweg**

### Äußerungen der *Luise* gegenüber *Stefan*

Eine Verhaltensbeschwerde gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG kann nicht erhoben werden, weil die maßgeblichen Gesetze keine entsprechenden Zuständigkeiten vorsehen (1 P).

Die *B-Bank AG* kann daher gegen die Äußerungen der *Luise* kein Rechtsmittel erheben (1 P).

### Festnahme und Anhaltung des *Stefan* sowie Drohung der *Luise*

Beide AuvBZ können mit Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG bekämpft werden (1 P).

*Stefan* kann denkmöglich behaupten, durch die Festnahme und Anhaltung in seinem Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen festgenommen und angehalten zu werden, *sowie in seinem Recht auf persönliche Freiheit (PersFrG und Art 5 EMRK) (1 ZP)* verletzt zu sein und ist daher zur Beschwerde gegen die Festnahme und Anhaltung legitimiert (Art 132 Abs 2 B-VG) (1 P).

Die *B-Bank AG* kann denkmöglich behaupten, durch die Drohung der *Luise* in ihrem Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Befehlsgewalt der Prüfungsorgane der FMA unterworfen zu werden, *sowie in ihrem Recht auf Schutz des Hausrechts (Art 9 StGG) und auf Schutz der Wohnung (Art 8 EMRK) (1 ZP)* verletzt zu sein und ist daher zur Beschwerde gegen die Drohung der *Luise* legitimiert (Art 132 Abs 2 B-VG) (1 P). *Nicht legitimiert zur Erhebung einer Beschwerde gegen die Festnahme und Anhaltung des Stefan ist die B-Bank AG, weil sie dadurch in keinen Rechten verletzt sein kann (1 ZP).*

Die Maßnahmenbeschwerden sind binnen sechs Wochen ab Kenntnis des AuvBZ (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG) unmittelbar beim Verwaltungsgericht (§ 20 VwGVG) einzubringen (1 P). Sie müssen schriftlich sein (§ 20 VwGVG) und den Inhalt gemäß § 9 VwGVG haben (1 P).

Im Hinblick auf die Drohung der *Luise* ist das Bundesverwaltungsgericht gemäß Art 131 Abs 2 B-VG zur Entscheidung zuständig (1 P): Die FMA hat als bundesgesetzlich eingerichtete ausgegliederte Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs 1 FMABG) in einer Angelegenheit der unmittelbaren Bundesverwaltung (dem Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen) gehandelt (§ 2 Abs 1 FMABG, Art 10 Abs 1 Z 5 B-VG und Art 102 Abs 2 B-VG) (1 P).

Im Hinblick auf die Festnahme und Anhaltung des *Stefan* ist das Verwaltungsgericht des Landes Wien zur Entscheidung zuständig (Art 131 Abs 1 B-VG und § 88 Abs 1 SPG), weil der AuvBZ in Wien gesetzt wurde (§ 3 Abs 2 Z 2 VwGVG) (1 P).

**3) Verfassen Sie ein zweckentsprechendes Rechtsmittel gegen dieses Straferkenntnis und bringen Sie darin alles vor, was der *B-Bank AG* nützen könnte! (32 P und 16 ZP)**

An die FMA  
[Adresse] (1 P)

Wien, 26. April 2024 (0,5 P)

Beschwerdeführerin (Bf): *B-Bank AG*  
[Adresse] (0,5 P)

vertreten durch: Vorstand der *B-Bank AG* (0,5 P)

vertreten durch: *RA [Name]*  
[Adresse]  
[Unterschrift] (0,5 ZP)

Belangte Behörde: FMA (0,5 P)

*Vollmacht erteilt (0,5 ZP)*

### **Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG (1 P)**

Die Bf erhebt gegen das Straferkenntnis der FMA vom 18. April 2024, [GZ], zugestellt am 22. April 2024, betreffend die Verhängung einer Geldstrafe von 220.000 Euro wegen Verletzung in ihrem Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen bestraft zu werden (1 P), sowie in ihrem Recht auf Unversehrtheit des Eigentums (Art 5 StGG, Art 1 I. ZP-EMRK) (1 ZP), in offener Frist Beschwerde (1 P). Sie stellt den

#### **Antrag,**

das Bundesverwaltungsgericht (0,5 P) möge

1. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben (1 P) und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 VStG einstellen (1 ZP),
2. in eventu das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 letzter Satz VStG unter Erteilung einer Ermahnung einstellen (1 ZP),
3. in eventu die Strafhöhe auf ein schuld- und tatangemessenes Maß sowie den Kostenbeitrag herabsetzen (1 P)
4. sowie jedenfalls gemäß § 44 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen (1 ZP).

## Sachverhalt und Verfahrensgang

[Siehe Angabe] (1 P)

## Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Das Straferkenntnis wurde der Bf am 22. April 2024 zugestellt. Die heute eingebrachte Beschwerde ist somit rechtzeitig (§ 7 Abs 4 Z 1 VwGVG) (1 P).

## Beschwerdegründe

### Nichtverwirklichung des Tatbilds des § 34 Abs 1 Z 2 FM-GwG

Die Bf hat ihre Sorgfaltspflichten gemäß den §§ 6 und 7a FM-GwG durch den Einsatz der Software AMLS nicht verletzt (1 P):

Der Einsatz einer KI-gestützten Software bei der Durchführung des Transaktionsmonitorings wird durch § 7a FM-GwG ausdrücklich vorgesehen, sodass nicht erkennbar ist, aus welchen Gründen der Einsatz der Software in dieser Hinsicht gesetzwidrig gewesen sein sollte (1 P). Der Vorwurf im Straferkenntnis, wonach die Angestellten der Bf nicht in nachvollziehbarer Weise Auskunft über die Funktionsweise der Software hätten geben können, geht ins Leere, weil § 7a Abs 2 Z 3 FM-GwG *zwar verlangt, dass die Funktionsweise des KI-gestützten Systems nachvollzogen und der FMA gegenüber entsprechend belegt werden kann, aber (1 ZP)* nicht festlegt, dass die Funktionsweise des KI-gestützten Systems von den mit ihrem Einsatz befassten Angestellten dargelegt werden können muss (1 P). Es bestehen auch im Übrigen keine Anhaltspunkte, dass die Verwendung der Software AMLS zur Durchführung des Transaktionsmonitorings nicht den Anforderungen des § 7a Abs 2 und 3 FM-GwG entsprechen würde (1 P).

Die Verwendung einer KI-gestützten Software bei der Einstufung der Kund:innen in Risikoklassen wird im FM-GwG zwar nicht ausdrücklich vorgesehen (1 P), auch nicht in § 7a FM-GwG, weil diese Bestimmung nur auf das Transaktionsmonitoring abstellt (1 P). Das FM-GwG steht dem aber auch nicht entgegen (1 P): § 6 Abs 5 FM-GwG trifft allgemeine Regelungen darüber, wie Verpflichtete ihren Sorgfaltspflichten gemäß § 6 Abs 1 FM-GwG nachzukommen haben, regelt aber nicht, unter Verwendung welcher technischer Hilfsmittel Verpflichtete Kund:innen in Risikoklassen einzustufen haben (1 P). *Aufgrund des strengen Determinierungsgebots im Bereich des (Verwaltungs-)Strafrechts (Art 7 EMRK) (1 ZP) müsste ein (strafrechtlich bewehrtes) Verbot des Einsatzes bestimmter technischer Systeme explizit angeordnet sein (1 ZP)*. Es ist daher anzunehmen, dass die Verwendung von KI-gestützten (oder anderen technischen) Systemen zu diesem Zweck auch ohne ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis zulässig ist (1 P), *dies jedenfalls dann, wenn das System sicherstellt, dass die Verpflichtete ihre Sorgfaltspflichten nach § 6 FM-GwG erfüllt (1 ZP)*. Dem kann auch nicht entgegenggehalten werden, dass § 7a FM-GwG den Einsatz von KI-Systemen nur beim Transaktionsmonitoring, nicht aber bei der Einstufung der Kund:innen in Risikoklassen regelt (1 ZP). Denn § 7a FM-GwG legt lediglich bestimmte Voraussetzung für den Fall fest, dass KI-Systeme beim Transaktionsmonitoring eingesetzt werden (1 ZP). Ein Verbot des Einsatzes von KI-Systemen zu anderen Zwecken kann daraus nicht abgeleitet werden (1 ZP).

### Nichtvorliegen schwerwiegender Verstöße

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte, wonach die der Bf vorgeworfenen Verstöße gemäß § 34 Abs 2 FM-GwG schwerwiegend wären (1 P), weshalb die Bestrafung der Bf aufgrund des erhöhten Strafsatzes des § 35 Abs 3 zweiter Strafsatz FM-GwG jedenfalls rechtswidrig ist (1 P).

### Nichtvorliegen der Verantwortlichkeit der Bf

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit der Bf liegen nicht vor, weil es keine Anhaltspunkte gibt, dass die Mitglieder des Vorstands iSd § 35 Abs 2 FM-GwG durch mangelnde Überwachung oder Kontrolle eine Begehung der Pflichtverletzung ermöglicht haben (1 P). Vielmehr haben die Mitglieder des Vorstands veranlasst, dass eine Kontrollstelle beauftragt wird (1 P).

### Rechtswidrigkeit des Spruchs

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten (1 P). *Die Tat muss also samt allen rechtserheblichen Merkmalen präzise umschrieben werden (1 ZP)*. Diesem Erfordernis wird der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses in mehrerlei Hinsicht nicht gerecht (1 P):

Im Spruch wird nicht dargelegt, aufgrund welcher konkreter Handlungen es die Bf unterlassen haben soll, angemessene Maßnahmen zur Ermittlung der Risiken der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu setzen (1 P). *Ein bloßer Verweis auf die Durchführung der „Einstufung ihrer Kund:innen in Risikoklassen und das Transaktionsmonitoring durch die Software AMLS“ reicht nicht aus, weil dies zahlreiche Einzelhandlungen umfasst (1 ZP); zumindest hätten exemplarisch bestimmte Einzelhandlungen im Spruch angeführt werden müssen (1 ZP)*.

Im Spruch wird auch nicht angegeben, welche Sorgfaltspflichten die Bf konkret verletzt haben soll (1 P). *In den §§ 6 und 7a FM-GwG werden zahlreiche Pflichten normiert, sodass ein bloßer Verweis auf „ihre Pflichten gemäß den §§ 6 und 7a FM-GwG“ nicht ausreichend sein kann (1 ZP)*.

Schließlich fehlt im Spruch auch die Angabe des Tatorts (1 P).

### Strafhöhe

Selbst wenn man davon ausginge, dass die Bf zu bestrafen wäre, wäre die Strafe von 220.000 Euro zu hoch angesetzt (1 P): Die Pflichtverletzung wäre nicht schwer (§ 38 Abs 1 Z 1 FM-GwG iVm § 19 Abs 1 VStG), weil die Bf die Einstufung der Kund:innen in Risikoklassen und das Transaktionsmonitoring nicht gänzlich unterlassen, sondern lediglich mit bestimmten Mitteln, nämlich mithilfe einer Software durchgeführt hat (1 P). Zudem wäre das Verschulden nur als leicht fahrlässig einzuordnen (§ 38 Abs 1 Z 2 FM-GwG iVm § 19 Abs 2 zweiter Satz VStG) (1 P).

Für die *B-Bank AG*: der Vorstand (das Vorstandsmitglied) [Unterschrift] (0,5 P)

#### **4) Hat *Pauli* Recht? Besteht für *Clara* eine Möglichkeit, gegen die auch ihrer Ansicht nach verfassungswidrige Rechtslage vorzugehen? (20 P und 13 ZP)**

##### **a) Berufsrechtliche Anforderungen**

Wer in Österreich Software entwickelt, kann in den Anwendungsbereich der GewO fallen, wenn die Tätigkeit gewerbsmäßig, also selbständig, regelmäßig und mit Ertragsabsicht ausgeübt wird (vgl § 1 Abs 1 bis 5 GewO) (1 P). Die Entwicklung von Software ist auch nicht gesetzlich verboten (vgl § 1 Abs 1 GewO) und nicht gemäß den §§ 2 bis 4 GewO von der GewO ausgenommen (1 P).

Wer gewerbsmäßig Software entwickeln möchte, benötigt daher grundsätzlich eine Gewerbeberechtigung, um diese Tätigkeit ausüben zu dürfen (vgl § 5 GewO) (1 P). Zur Erlangung einer Gewerbeberechtigung müssen die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 8 bis 15 GewO erfüllt werden (1 P).

Insofern also Personen, die gewerbsmäßig Software entwickeln, eine Gewerbeberechtigung benötigen und hierfür die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen müssen, hat *Pauli* mit seiner Aussage Unrecht (1 P).

Da die Tätigkeit der Entwicklung von Software weder als reglementiertes Gewerbe (§ 94 GewO) noch als Teilgewerbe (§ 31 GewO) angeführt ist, handelt es sich um ein freies Gewerbe (1 P), für das kein Befähigungsnachweis erbracht werden muss (§ 5 Abs 2 GewO) (1 P). *Einschlägig ist insbesondere das freie Gewerbe der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (§ 153 GewO) (1 ZP).*

Insofern die Entwicklung von Software ein freies Gewerbe ist und daher kein Befähigungsnachweis erforderlich ist, hat *Pauli* mit seiner Aussage Recht (1 P).

##### **b) Verfassungswidrigkeit der Rechtslage**

*Paulis* Bedenken dürften darauf abzielen, dass die Rechtslage, wonach die Entwicklung von Software kein reglementiertes Gewerbe ist und daher Personen ohne spezifische Ausbildung offensteht, grundrechtswidrig sei (1 P).

In Frage käme eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten (1 P). Grundsätzlich können Grundrechte den Staat (Gesetzgebung und Vollziehung) dazu verpflichten, grundrechtlich geschützte Rechtssphären auch vor Beeinträchtigungen durch nichtstaatliche Akteure zu schützen (1 P). Es ist davon auszugehen, dass der Staat verpflichtet ist, die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre von Bürger:innen – zB *ihr Recht auf Schutz des Privatlebens (Art 8 EMRK) (1 ZP)* – auch vor den negativen Auswirkungen zu schützen, die von Softwareprogrammen ausgehen können (1 P). Allerdings ist der Staat – im Rahmen seines weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraums (1 P) – grundsätzlich frei zu entscheiden, mit welchen rechtlichen Mitteln er seinen Schutzpflichten nachkommt (1 P). *Negative Auswirkungen von Softwareprogrammen können nicht nur durch berufsrechtliche Anforderungen, sondern etwa auch durch produktbezogene Vorschriften oder zivil- und strafrechtliche Regelungen hintangehalten werden (1 ZP). Die Annahme, dass der Staat zu einer bestimmten Ausgestaltung des Berufsrechts von Softwareentwickler:innen verpflichtet sei, würde seine grundrechtlichen Schutzpflichten überspannen (1 ZP).*

Vor dem Hintergrund dieses Gestaltungsspielraums ist nicht anzunehmen, dass die fragliche Rechtslage (grundrechts- und damit) verfassungswidrig ist (**1 P**).

*Bis zu 5 ZP erhält, wer darüber hinaus (etwa aus gleichheitsrechtlicher Sicht) zur Verfassungskonformität der Rechtslage Stellung nimmt.*

### **c) Rechtsweg**

Denkbar wäre die Erhebung eines Individualantrags an den VfGH (Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG), in dem *Clara* die Aufhebung von Bestimmungen der GewO beantragt (**1 P**).

*Clara* ist zur Erhebung eines Individualantrags legitimiert, wenn sie behaupten kann, dass das Gesetz einen unmittelbaren, eindeutig bestimmten Eingriff in ihre Rechtssphäre bewirkt, und kein anderer Rechtsweg zumutbar ist (**1 P**). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da *Clara* nicht Adressatin der GewO ist und die fragliche Rechtslage daher nicht in eindeutig bestimmter Weise in ihre Rechtssphäre eingreift (**1 P**). *Dies ist jedenfalls solange der Fall, als sie kein Gewerbe ausübt oder ausüben möchte (1 ZP).*

*Clara* wird auch deshalb Schwierigkeiten haben, die behauptete Verfassungswidrigkeit der Rechtslage beim VfGH geltend zu machen, weil unklar ist, die Aufhebung welcher Vorschriften der GewO sie beantragen sollte (**1 P**). *ZB würde die Anfechtung und Aufhebung (von Teilen) der Bestimmungen über den Befähigungsnachweis (§§ 16 ff GewO) (1 ZP) ebenso wenig die von ihr gewünschte Rechtslage herbeiführen wie eine Anfechtung des § 153 GewO oder des § 94 GewO (1 ZP).* Die Erlassung von Regelungen kann im Wege des Individualantrags nicht verlangt werden (**1 P**), *ebenso wenig die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Rechtslage (1 ZP).*

12 P werden für Aufbau, Klarheit und Stringenz der Argumentation vergeben.

Gesamt: 132 Punkte, 66 Zusatzpunkte

ab 53 P: Genügend, ab 66 P: Befriedigend, ab 79 P: Gut, ab 92 P: Sehr gut