

TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/25 W210 2169523-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.2018

Entscheidungsdatum

25.09.2018

Norm

B-VG Art.133 Abs4
FinStrG §21
FMABG §22 Abs2a
FMABG §22 Abs8
StGB §28
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §21
VStG 1950 §22 Abs2
VStG 1950 §32 Abs2
VStG 1950 §45 Abs1
VStG 1950 §45 Abs1 Z6
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs2
VStG 1950 §9 Abs4
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §14 Abs1
VwGVG §15 Abs1
VwGVG §24
VwGVG §42
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs8
VZKG §14
VZKG §16 Abs5 Z1
VZKG §16 Abs5 Z2

VZKG §17 Abs1 Z1
VZKG §17 Abs1 Z5
VZKG §18
VZKG §2 Z17
VZKG §2 Z7
VZKG §23 Abs1
VZKG §23 Abs5
VZKG §24 Abs1 Z1
VZKG §24 Abs3
VZKG §28 Abs4
VZKG §32 Abs1 Z4

Spruch

W210 2169523-1/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anke SEMBACHER als Vorsitzende sowie die Richterin Dr. Esther SCHNEIDER und den Richter Dr. Clemens KUZMINSKI als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX, vertreten durch Dorda Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, gegen das Straferkenntnis der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 01.06.2017, Zl. FMA-KL32 0300.100/0007-LAW/2017, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 05.06.2018 und am 01.08.2018 zu Recht erkannt:

A)

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde in der Schuldfrage abgewiesen.

II. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde in der Straffrage insoweit Folge gegeben, als die Strafe gemäß § 22 Abs. 8 FMABG einheitlich bemessen und mit insgesamt 3.000, -- EUR Geldstrafe bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von 18 Stunden festgesetzt wird.

Im Übrigen war die Beschwerde in der Straffrage abzuweisen.

III. Die Strafnorm lautet § 32 Abs 1 Z 4 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016.

IV. Der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens vor der belangten Behörde wird mit 300, -- EUR bestimmt, das sind 10 % der nunmehr verhängten Geldstrafe.

V. 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 zu Spruchpunkt A.II.

zulässig, im Übrigen unzulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen das gegen den Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren gerichtete Straferkenntnis vom 01.06.2017, dessen Spruch wie folgt lautete:

"I. Sie sind seit 13.02.2017 als verantwortlicher Beauftragter der XXXX, in Folge XXXX, einem Zahlungsdienstleister gemäß § 2 Z 7 VZKG, mit der Geschäftsanschrift XXXX, ua für die Einhaltung der Pflichten des § 17 VZKG durch die XXXX verantwortlich.

In Ihrer Funktion als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idGF, haben Sie seit 13.02.2017 zu verantworten, dass es die XXXX als übertragender Zahlungsdienstleister (in der Folge XXXX oder übertragendes Kreditinstitut) entgegen ihrer gesetzlichen Pflicht unterlassen hat, beim Wechsel der Zahlungskonten der u.a. Verbraucher die Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und 2 VZKG innerhalb von fünf Geschäftstagen (§ 17 Abs 1 Z 1 VZKG) nach Erhalt einer entsprechenden Aufforderung an den empfangenden

Zahlungsdienstleister zu übermitteln. Dadurch stellt die XXXX den u.a. Verbrauchern entgegen § 14 VZKG keinen Kontowechsel-Service gemäß den §§ 16 bis 18 VZKG zur Verfügung. Konkret hat es die XXXX in folgenden Fällen unterlassen, die Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und 2 VZKG innerhalb von fünf Geschäftstagen (§ 17 Abs 1 Z 1 VZKG) an den empfangenden Zahlungsdienstleister zu übermitteln:

1. Die XXXX hat beim Kontowechsel der Kundin XXXX die Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG nicht wie gesetzlich gefordert binnen 5 Geschäftstagen ab Erhalt, sondern erst am 02.03.2017 und somit verspätet vorgenommen, obwohl die Aufforderung der XXXX zur Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG bereits am 12.12.2016 bei der XXXX einlangte.

2. Die XXXX hat beim Kontowechsel der Kundin XXXX die Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG nicht wie gesetzlich gefordert binnen 5 Geschäftstagen ab Erhalt, sondern erst am 02.03.2017 und somit verspätet vorgenommen, obwohl die Aufforderung der XXXX zur Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG bereits am 21.11.2016 bei der XXXX einlangte.

3. Die XXXX hat beim Kontowechsel der Kundin XXXX die Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG nicht wie gesetzlich gefordert binnen 5 Geschäftstagen ab Erhalt, sondern erst am 09.03.2017 vorgenommen, obwohl die Aufforderung des aufnehmenden Institutes zur Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG bereits am 20.02.2017 bei der XXXX einlangte.

4. Die XXXX hat beim Kontowechsel der Kundin XXXX die Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG nicht wie gesetzlich gefordert binnen 5 Geschäftstagen ab Erhalt, sondern erst am 27.02.2017 vorgenommen, obwohl die Aufforderung der XXXX zur Übermittlung der Angaben gemäß § 16 Abs 5 Z 1 und Z 2 VZKG bereits am 15.02.2017 bei der XXXX einlangte.

II. Die 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:

§ 17 Abs 1 Z 1 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016 idF BGBl. I Nr. 118/2016 iVm § 32 Abs 1 Z 4 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von I. 1., 2., 3.: je 3.000 Euro I. 4.: je 1.500 Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

Gemäß §§ 32 Abs 1 Z 4 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016.

daher gesamt 10.500 Euro

2 Tage 6 Stunden

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

--

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

* 1.050 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

11.550 Euro."-

2. Gegen dieses Straferkenntnis, zugestellt am 06.06.2017, erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde am 04.07.2017.

3. Das Bundesverwaltungsgericht hielt am 05.06.2018 und am 01.08.2018 eine mündliche Verhandlung ab, bei der der Beschwerdeführer XXXX (BF7) sowie zahlreiche Zeugen einvernommen werden konnten. Die übrigen Beschwerdeführer verzichteten auf eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, der BFV XXXX begründete ihr Nichterscheinen damit, dass diese nichts zur Sachverhaltsermittlung beitragen könnten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Verwaltungs- und Gerichtsakten der zur gemeinsamen Verhandlung verbundenen Beschwerdesachen des XXXX zu W210 2169507-1 (BF1), des XXXX zu W210 2169510-1 (BF2), des XXXX zu W210 2169514-1 (BF3), des XXXX zu W210 2169520-1 (BF4), des XXXX zu W210 2169521-1 (BF5), des XXXX zu W210 2169523-1 (BF6), des XXXX zu W210 2169525-1 (BF7) und des XXXX zu W210 2169527-1 (BF8) sowie insbesondere durch Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 05.06.2018 und am 01.08.2018:

1. Feststellungen:

1.1. Zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft sowie den bekannt gegebenen Email-Adressen sowie des Arbeitsablaufes hinsichtlich einlangender Anträge:

Der Beschwerdeführer (BF6) im gegenständlichen Fall ist seit 13.02.2017 verantwortlicher Beauftragter der haftungspflichtigen Gesellschaft, einem Zahlungsdienstleister gem. § 2 Z 7 VZKG (eingetragen im Firmenbuch unter FN XXXX x).

Die Beschwerdeführer sind XXXX zu W210 2169507-1 (BF1), XXXX zu W210 2169510-1 (BF2), XXXX zu W210 2169514-1 (BF3), XXXX zu W210 2169520-1 (BF4), XXXX zu W210 2169521-1 (BF5), XXXX zu W210 2169523-1 (BF6), XXXX zu W210 2169525-1 (BF7) und XXXX zu W210 2169527-1 (BF8).

BF1, BF2, BF3 und BF5 sowie der BF8 waren in den vorgeworfenen Tatzeiträumen im Vorstand der haftungspflichtigen Gesellschaft. Der BF 1 ist war seit 01.08.2008 Vorstandsmitglied, er ist mittlerweile ausgeschieden, der BF2 seit 01.02.2015, der BF3 seit 01.01.2014 und der BF5 war im Vorstand seit 01.01.2013, er ist mittlerweile ebenfalls ausgeschieden. Der BF8 ist seit 04.03.2015 im Vorstand. Der BF1 war Vorstandsvorsitzender und CEO sowie für Privat- und Geschäftskunden zuständig, der BF2 war Chief Risk Officer, der BF3 war Chief Financial Officer, der BF5 war für Corporate Lending & Investments und Treasury Services & Markets zuständig, der BF8 war Chief Operations Officer, ihm unterstand der BF7.

Der BF4 ist seit 20.12.2016 verantwortlicher Beauftragter der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 2 VStG, der BF7 war dies von 20.12.2016 bis 12.02.2017 und der BF6 ist dies seit 13.02.2017. Der BF4 war für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß §§ 5, 6, 7, 8, 15, 20, 24, 26, 27 Abs. 4 und 28 VZKG verantwortlich. Der BF7 war für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß §§ 14, 16, 17, 18 und 9 VZKG verantwortlich, das Bestellungsschreiben langte am 20.12.2016 bei der belangten Behörde ein. Der BF6 war ab 13.02.2017 unter anderem für die zuvor in der Verantwortung des BF7 gelegenen Bereiche des VZKG verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG.

Der BF7 leitete den Bereich "Operations" ab 01.01.2010, der BF6 leitete die Abteilung für Qualitätsmanagement und folgte dem BF7 als Leiter des Bereichs "Operations" nach. Der BF7 berichtete dem zuständigen Vorstandsmitglied, dem BF8, und dieser wiederum dem Vorstand. Es kann nicht festgestellt werden, wann der Gesamtvorstand über die Probleme mit den Kontowechselanträgen erstmals verständigt wurde.

Die haftungspflichtige Gesellschaft ist Mitglied in der Studiengesellschaft für Zusammenarbeit im Zahlungsverkehr GmbH ("STUZZA"). Anfang September 2016 wurde zwischen den Kreditinstituten ein eigener Prozess kreiert, im Rahmen dessen die empfangenden Institute Kundenaufträge direkt an die bekanntgegebene Kontaktstelle der abgebenden Bank versenden. Die Kontowechsel sollten primär per Email bekannt gegeben werden. Anträge per Post in Filialen der haftungspflichtigen Gesellschaft in Wien werden täglich mit Hauspost in die Zentrale übermittelt, die anderen österreichischen Filialen übermitteln die Unterlagen mit der normalen Briefpost an die Zentrale.

Im Arbeitsablauf zu einlangenden Kontowechselanträgen kam es zu technischen Problemen, wobei grundsätzlich ein Mitarbeiterhandbuch zum Vorgehen bei Kontowechselanträgen vorlag. Ab kurz vor Weihnachten 2016 war der haftungspflichtigen Gesellschaft bekannt, dass es einen erhöhten Arbeitsanfall gab. Bis Ende Jänner 2017, dem Zeitpunkt, als zusätzliche Ressourcen aufgestellt wurden, waren vier Personen für die Bearbeitung der Kontowechselanträge abgestellt. Ab Ende Jänner 2017 wurde dies auf acht Personen verdoppelt. Zudem gab es ein

Problem mit einer Dienstleistungsdatenbank, in der ein Programmierungsfehler vorlag, sodass diese Dienstleistungsdatenbank bei der Aufteilung der Arbeit an einzelne Gruppen bzw. Personen durch die Erstellung von To-Do-Listen fehlerhaft arbeitete und Listen entweder gar nicht oder nicht korrekt verschickte. Somit wurden zwar alle Eingänge, egal ob per Email oder per Post, von einem Mitarbeiter der Abteilung Operations in der Datenbank erfasst, die Weiterverarbeitung erfolgte aber nicht. Es ist nicht mehr bekannt, wann dieser Fehler tatsächlich auffiel. Bis zum Bekanntwerden des Fehlers gab es keinen Abgleich zwischen den erfassten und den abgearbeiteten Fällen. Die Überprüfung durch die jeweiligen vorgesetzten Gruppenleiter und die Stichprobenüberprüfungen durch die Abteilungsleiter beschränkten sich auf die Überprüfung der Abarbeitung der To-Do-Listen innerhalb der vorgegebenen Zeiten. Der Fehler in der Zuteilung der Fälle auf die To-Do-Listen wurde binnen ein bis zwei Wochen ab dem Bekanntwerden korrigiert, die nicht aufgeteilten Fälle weitergeleitet und einer Bearbeitung zugeführt. Das Mitarbeiterhandbuch wurde in weiterer Folge per 23.01.2017 adaptiert und der Punkt "Screening" in Form manueller Plausibilisierungen eingeführt.

1.2. Zur Kundin XXXX:

Frau XXXX hat am 05.12.2016 ein neues Konto eröffnet. Die Aufforderung zur Übermittlung der Daten aufgrund des Kontowechselantrags der Kundin XXXX langte am 12.12.2016 bei der haftungspflichtigen Gesellschaft ein. Sodann erfolgte eine Verzögerung aufgrund eines internen Prozessfehlers der haftungspflichtigen Gesellschaft. Die Kundin brachte am 22.01.2017 eine diesbezügliche Beschwerde bei der belangten Behörde ein, die haftungspflichtige Gesellschaft wurde am 24.01.2017 davon in Kenntnis gesetzt und beantwortete das diesbezügliche Schreiben am 30.01.2017. Die Daten wurden am 02.03.2017 an die empfangende Bank übermittelt.

1.3. Zur Kundin XXXX:

Frau XXXX hatte am 16.11.2016 ein neues Konto bei der XXXX eröffnet, ein Kontowechselauftrag erging postalisch am selben Tag an die haftungspflichtige Gesellschaft als übertragendes Kreditinstitut. Diese bestätigte den Erhalt des Schreibens mit 21.11.2016, ein Posteingangsstempel befindet sich auf dem Antrag. Am 02.01.2017 sprach die Kundin in der Filiale der haftungspflichtigen Gesellschaft vor und erklärte selbst erneut die Kontoschließung. Die Kundin brachte am 23.01.2017 eine Beschwerde bei der FMA ein. Die haftungspflichtige Gesellschaft wurde durch die FMA über die Beschwerde der Verbraucherin am 30.01.2017 informiert. Die Daten im Zusammenhang mit dem Kontowechselauftrag an das empfangende Kreditinstitut wurden erst am 02.03.2017 übermittelt.

1.4. Zur Kundin XXXX

Die Kundin XXXX eröffnete am 06.02.2017 ein Konto bei der XXXX, die haftungspflichtige Gesellschaft bestätigte den Erhalt der Aufforderung zur Übermittlung der Daten am 20.02.2017. Die Daten wurden am 09.03.2017 an das empfangende Kreditinstitut übermittelt.

1.5. Zur Kundin XXXX

Die Kundin XXXX eröffnete am 25.01.2017 ein Konto bei der XXXX. Der Kontowechselauftrag wurde am 09.02.2017 übermittelt, die haftungspflichtige Gesellschaft bestätigte den Erhalt mit 15.02.2017. Eine Mitarbeiterin der haftungspflichtigen Gesellschaft führte eine manuelle Kontonummernsuche durch, sodann wurde statt des Kontos der Kundin jenes ihrer Mutter geschlossen. Eine Nachfrage bei der empfangenden Bank zur Kontonummer fand nicht statt. Die Übermittlung der Daten an das empfangende Kreditinstitut erfolgte am 27.02.2017.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Zu den Feststellungen zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft sowie dem Kontowechselservice in der haftungspflichtigen Gesellschaft:

Die Feststellungen zum Beschwerdeführer, seiner Funktion sowie den übrigen Beschwerdeführern in den verbundenen Verfahren und deren Funktionen sowie der haftungspflichtigen Gesellschaft ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch und den in den Akten aufliegenden Bestellungsschreiben (FMA-Akt zum BF4, ON 7; FMA-Akt zum BF7, ON 1a; FMA-Akt zum BF6, ON 1a). Sie wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten (FMA-Akt zum BF1, ON 1; BVwG-Akt zu W210 2169523-1/23Z, historischer Firmenbuchauszug per 17.09.2018; Protokoll vom 05.06.2018, Seite 7). Die Berichte des BF7 an den BF8 schilderte dieser in der Verhandlung vom 05.06.2018 (Protokoll vom 05.06.2018, Seite 18). Die Negativfeststellung zur Verständigung an den Vorstand resultiert aus der Tatsache, dass es der

haftungspflichtigen Gesellschaft nicht gelungen ist, ein derartiges Protokoll einer Vorstandssitzung zu finden und vorzulegen, wie sich aus den eigenen Ausführungen der Beschwerdeführer im Schriftsatz vom 26.06.2018 ergibt (vgl. W210 2169507-1/7Z ua.). Die Aufgabenaufteilung im Vorstand ergibt sich aus den Beilagen .1 und .2 zum Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.06.2018.

Die Kooperation in der STUZZA ergibt sich aus den im Akt aufliegenden Unterlagen (FMA-Akt zu BF1, Rechtfertigung, ON 14, Seite 1) und der in der Verhandlung vorgelegten Korrespondenz und wurde auch nicht bestritten. Den in der STUZZA akkordierten Arbeitsablauf hinsichtlich der Kontowechselanträge und ihre Übermittlung an die haftungspflichtige Gesellschaft und Weiterleitung innerhalb dieser schilderte der BF7 nachvollziehbar in der Verhandlung vom 01.08.2018 (Protokoll vom 01.08.2018, Seite 15).

Die Feststellungen zur personellen Ausstattung, zum Ablauf der Auftragserfassung, der Probleme bei der technischen Umsetzung der Auftragserfassung und Verteilung und deren Lösung sowie zu den Kontrollen durch Gruppen- und Abteilungsleiter fußen auf den glaubwürdigen Schilderungen des BF7 in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (Protokoll vom 05.06.2018, Seite 13 ff; Protokoll vom 01.08.2018, Seite 16 f.). Die Rechtfertigung führt ebenso zu einem "internen technischen Prozessfehler" aus, bei dem eingehende Emails nicht an die Dienstleistungsdatenbank weitergeleitet wurden, wobei nach Erkennen des Fehlers manuelle Plausibilisierungsschecks eingeführt worden wären (FMA-Akt zu BF6, ON 21 unter "Maßnahmen"). Auch referenzieren zahlreiche weitere Eingaben auf diesen internen technischen Fehler, die Existenz und Natur dieses Fehlers sind unbestritten (vgl. insbesondere Beilage .8 zur Beschwerde), und auch auf die Adaptierung des Mitarbeiterhandbuchs dazu (Protokoll vom 05.06.2018, Seite 8 und 9; Beilage .1 zur Beschwerde).

2.2. Zu den Feststellungen zur Kundin XXXX:

Die Feststellungen zum Kontowechselauftrag XXXX ergeben sich unzweifelhaft und unstrittig aus den zugrundeliegenden Unterlagen (FMA-Akt zum BF6, ON 3).

2.3. Zu den Feststellungen zur Kundin XXXX:

Die Feststellungen zum Kontowechselauftrag XXXX ergeben sich aus den zugrundeliegenden Unterlagen (FMA-Akt zum BF6, ON 5a, 5b und 5c sowie aus Beilage .11 zur Beschwerde des BF zum Akt W210 2169523-1).

2.3. Zu den Feststellungen zur Kundin XXXX:

Die Feststellungen zum Kontowechselauftrag XXXX ergeben sich zweifelsfrei aus den vorliegenden Unterlagen (FMA-Akt zum BF6, ON 14 sowie aus der Rechtfertigung On 21).

2.4. Zu den Feststellungen zur Kundin XXXX:

Die Feststellungen zur Kundin XXXX fußen auf den vorliegenden und eindeutigen Unterlagen (FMA-Akt zum BF6, 13, 13a, 13b, 13c und 13d), insbesondere ist aus den ausführlichen Schilderungen der Kundin in ihrem Beschwerdeemail vom 09.03.2017 (FMA-Akt zum BF6, ON 13b), die auch im Einklang mit den Schilderungen in der Rechtfertigung ON 21 stehen, der Ablauf der Geschehnisse nachvollziehbar.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zur Zuständigkeit und zur Zusammensetzung des Senates sowie zur Notwendigkeit der Wiederholung der Verhandlung vom 05.06.2018:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

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

Die Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht fand am 05.06.2018 und am 01.08.2018 statt. Die Verhandlung am 05.06.2018 fand in der Zusammensetzung Dr. Anke Sembacher als vorsitzender Richterinnen und Dr. Birgit Havranek und Dr. Clemens Kuzminski als beisitzenden Richtern statt. Aufgrund der Verhinderung der beisitzenden Richterin Dr. Birgit Havranek gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 GV 2018 für die Verhandlung am 01.08.2018 war ein weiterer beisitzender Richter gemäß § 11 GV 2018 zur fortgesetzten Verhandlung zu laden. Die in Anlage 3 der GV 2018 genannten Ersatzbeisitzer für Dr. Havranek im Senat W210, Dr. Stefan Keznickl und Mag. Philipp Cede befanden sich am 01.08.2018 im

Erholungsurlaub und waren somit selbst verhindert (§ 7 Abs. 1 Z 2 GV 2018), ebenso wie die gemäß § 11 Abs. 2 GV 2018 als Nächste zu ladende Richterin Dr. Yoko Kuroki-Hasenöhr. Die gemäß § 11 Abs. 2 GV 2018 sodann zu ladende Richterin Dr. Esther Schneider war nicht verhindert, wurde umgehend geladen und die Verhandlung am 01.08.2018 fand somit in der Zusammensetzung Dr. Anke Sembacher als vorsitzender Richterin und Dr. Clemens Kuzminski und Dr. Esther Schneider als beisitzenden Richtern statt.

Als Konsequenz dieser Änderung der Senatszusammensetzung war das bisherige Verfahren, insbesondere gemäß § 25 Abs. 7 VwGVG iVm § 48 VwGVG die mündliche Verhandlung, zu wiederholen. Dies betrifft im vorliegenden Fall die mündliche Verhandlung vom 05.06.2018 mit der Vernehmung des Beschwerdeführers XXXX (BF7), ein weiterer Verhandlungstermin hatte bis zu diesem Zeitpunkt nicht stattgefunden.

Aus diesem Grund wurden alle Niederschriften, alle Schriftsätze der Parteien im Verfahren sowie die Eingaben der XXXX vom Juni 2018 (OZ 6 im Akt W210 2169523-1) und Juli 2018 (OZ 11 im Akt W210 2169523-1) und der XXXX vom 23.07.2018 (OZ 17 im Akt W210 2169523-1), alle vorliegenden Bescheinigungsmittel, Vorlagen sowie sonstigen Ermittlungsergebnisse (s. a. die Aktenspiegel zum Verfahrensgang in den Akten der belangten Behörde) verlesen.

Auf die wortwörtliche Verlesung wurde von den anwesenden Parteien gemäß § 46 Abs. 3 Z 4 VwGVG ausdrücklich verzichtet.

3.2. Zu Spruchpunkt A):

3.2.1. Anzuwendende Rechtslage:

Das Verbraucherzahlungskontogesetz diene der Umsetzung der Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen Text von Bedeutung für den EWR, ABL 2014, L 257, S. 214 ff). Die Stammfassung BGBl. I 35/2016 wurde am 08.06.2016 kundgemacht. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie hält fest, dass "das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts und die Entwicklung einer modernen, sozial integrativen Wirtschaft [...] immer stärker von der lückenlosen Erbringung von Zahlungsdiensten" abhängt und dass "jede neue Rechtsvorschrift in dieser Hinsicht [...] Teil einer intelligenten Wirtschaftsstrategie für die Union sei, die den Bedürfnissen schutzbedürftigerer Verbraucher effektiv Rechnung tragen muss."

Gemäß Erwägungsgrund 11 der Richtlinie enthält die Richtlinie nur Mindestvorgaben, strengere Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten sind möglich, was insbesondere dem Verbraucherschutz geschuldet ist (vgl. zu ähnlichen Formulierungen in anderen unionsrechtlichen Rechtsakten und deren Umsetzung in Österreich VwGH 31.01.2005, 2004/03/0066; 06.04.2005 2004/04/0058).

Die hier fraglichen Bestimmungen des dritten Hauptstücks des VZKG (§§ 14 ff. VZKG) sollen den Materialien zufolge die Zahlungsdienstleister dazu verpflichten, dem Verbraucher ein klares, schnelles und sicheres Verfahren für den Wechsel seines Zahlungskontos zur Verfügung zu stellen (RV 1059 BlgNR 25. GP, S.30). Das System soll dem Verbraucher Anreize zum Kontowechsel bieten und bürokratische und finanzielle Aufwände minimieren (B. Mazal in Weilingner (Hrsg.), Verbraucherzahlungskontogesetz - Kurzkomentar, Manz (2016), § 16 Rz 1 mit Verweis auf Erwägungsgrund 27 der Richtlinie)).

§ 14 VZKG idF BGBl. I Nr. 35/2016 lautet (Hervorhebungen nicht im Original:

"§ 14. Der Zahlungsdienstleister hat einem Verbraucher, der bei einem in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleister ein Zahlungskonto eröffnet oder Inhaber eines solchen Kontos ist, einen Kontowechsel-Service gemäß den §§ 16 bis 19 zwischen Zahlungskonten, die in derselben Währung geführt werden, zur Verfügung zu stellen."

§ 16 VZKG idF BGBl. I Nr. 35/2016 lautet:

"§ 16. (1) Der empfangende Zahlungsdienstleister hat den Kontowechsel auf Wunsch des Verbrauchers einzuleiten, sobald er dazu die Ermächtigung des Verbrauchers erhalten hat. Bei zwei oder mehr Kontoinhabern ist die Ermächtigung jedes Kontoinhabers einzuholen.

(2) Die Ermächtigung ist vom Verbraucher schriftlich zu erteilen, wobei dem Verbraucher eine Kopie der Ermächtigung auszuhändigen ist.

(3) Die Ermächtigung muss in deutscher Sprache oder in jeder anderen von den Parteien vereinbarten Sprache verfasst sein.

(4) Die Ermächtigung muss es dem Verbraucher ermöglichen,

1. dem übertragenden Zahlungsdienstleister gezielt für die Wahrnehmung jeder der in § 17 genannten Aufgaben und dem empfangenden Zahlungsdienstleister gezielt für die Wahrnehmung jeder der in § 18 Abs. 1 genannten Aufgaben gesondert seine ausdrückliche Einwilligung zu geben;

2. die eingehenden Überweisungen, die Daueraufträge und die Lastschriftmandate zu bestimmen, die bei dem Kontowechsel transferiert werden sollen;

3. das Datum anzugeben, ab dem Daueraufträge und Lastschriften von dem beim empfangenden Zahlungsdienstleister eröffneten oder geführten Zahlungskonto auszuführen sind; dieses Datum muss mindestens sechs Geschäftstage nach dem Tag liegen, an dem der empfangende Zahlungsdienstleister die Unterlagen erhalten hat, die gemäß § 17 vom übertragenden Zahlungsdienstleister weitergegeben wurden.

(5) Sofern die Ermächtigung des Verbrauchers das vorsieht, hat der empfangende Zahlungsdienstleister den übertragenden Zahlungsdienstleister innerhalb von zwei Geschäftstagen nach Erhalt der Ermächtigung aufzufordern,

1. dem empfangenden Zahlungsdienstleister und - wenn vom Verbraucher ausdrücklich gewünscht - dem Verbraucher eine Liste der bestehenden Daueraufträge und die verfügbaren Informationen zu Lastschriftmandaten, die bei dem Kontowechsel transferiert werden, zu übermitteln;

2. dem empfangenden Zahlungsdienstleister und - wenn vom Verbraucher ausdrücklich gewünscht - dem Verbraucher die verfügbaren Informationen über wiederkehrende eingehende Überweisungen und vom Zahlungsempfänger veranlasste Lastschriften auf dem Zahlungskonto des Verbrauchers in den vorangegangenen 13 Monaten zu übermitteln;

3. mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum Lastschriften und eingehende Überweisungen nicht mehr zu akzeptieren, wenn der übertragende Zahlungsdienstleister keinen Mechanismus für die automatische Umleitung der eingehenden Überweisungen und Lastschriften auf das beim empfangenden Zahlungsdienstleister geführte Zahlungskonto des Verbrauchers vorsieht;

4. Daueraufträge mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum zu stornieren;

5. zu dem vom Verbraucher angegebenen Datum jeglichen verbleibenden positiven Saldo auf das bei dem empfangenden Zahlungsdienstleister eröffnete oder geführte Zahlungskonto zu überweisen;

6. zu dem vom Verbraucher angegebenen Datum das beim übertragenden Zahlungsdienstleister geführte Zahlungskonto zu schließen."

§ 17 Abs. 1 VZKG idFBGBl. I Nr. 35/2016 lautet:

"§ 17. (1) Sofern die Ermächtigung des Verbrauchers das vorsieht, hat der übertragende Zahlungsdienstleister nach Erhalt einer entsprechenden Aufforderung des empfangenden Zahlungsdienstleisters folgende Schritte zu unternehmen:

1. er schickt innerhalb von fünf Geschäftstagen die Angaben gemäß § 16 Abs. 5 Z 1 und 2 an den empfangenden Zahlungsdienstleister ab;

2. er akzeptiert mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum auf dem Zahlungskonto keine eingehenden Überweisungen und Lastschriften mehr, wenn er nicht einen Mechanismus für eine automatische Umleitung von eingehenden Überweisungen und Lastschriften auf das vom Verbraucher beim empfangenden Zahlungsdienstleister geführte oder eröffnete Zahlungskonto vorsieht;

3. er storniert Daueraufträge mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum;

4. er überweist zu dem in der Ermächtigung angegebenen Datum den verbleibenden positiven Saldo des Zahlungskontos auf das bei dem empfangenden Zahlungsdienstleister eröffnete oder geführte Zahlungskonto;

5. er schließt unbeschadet einer allenfalls im Rahmenvertrag entsprechend § 30 Abs. 1 ZaDiG vereinbarten Kündigungsfrist das Zahlungskonto zu dem in der Ermächtigung angegebenen Datum, sofern der Verbraucher keine offenen Verpflichtungen auf diesem Zahlungskonto mehr hat und die Schritte nach den Z 1, 2 und 4 vollzogen wurden."

§ 32 VZKG lautete bis einschließlich 31.05.2018 in Stammfassung BGBl. I 35/2016 (Hervorhebungen nicht im Original):

"Strafbestimmungen

§ 32. (1) Wer als gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 194/1999, Verantwortlicher eines Zahlungsdienstleisters oder einer in Österreich gemäß § 12 ZaDiG errichteten Zweigstelle eines in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenen Zahlungsdienstleisters

1. dem Verbraucher die nach den §§ 6, 7 und 15 vorgeschriebenen Informationen nicht oder nicht vollständig erteilt oder in diese Informationen falsche Angaben aufnimmt;
 2. dem Verbraucher die nach § 8 vorgeschriebene Entgeltaufstellung nicht oder nicht vollständig zur Verfügung stellt oder in diese Entgeltaufstellung falsche Angaben aufnimmt;
 3. in seinen Vertrags-, Geschäfts- und Marketinginformationen für Verbraucher oder in der Entgeltinformation gemäß § 6 oder in der Entgeltaufstellung gemäß § 8 für seine Dienste oder Produkte firmeneigene Bezeichnungen verwendet, ohne dabei die Vorgaben des § 9 einzuhalten;
 4. entgegen § 14 einem Verbraucher keinen Kontowechsel-Service gemäß den §§ 16 bis 18 zur Verfügung stellt;
 5. entgegen § 16 Abs. 1 einen Kontowechsel einleitet, ohne zuvor vom Verbraucher eine den Vorgaben in § 16 Abs. 2 bis 4 entsprechende Ermächtigung eingeholt zu haben;
 6. entgegen § 19 Abs. 1 und 2 nach Erhalt einer Aufforderung durch den Verbraucher die zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Kontoeröffnung vorgeschriebenen Schritte nicht oder nicht rechtzeitig vollzieht; oder
 7. einem Verbraucher Entgelte verrechnet, die nach den §§ 5 und 20 unzulässig sind,
- begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA in den Fällen nach den Z 1 bis 3 mit einer Geldstrafe von bis zu 5 000 Euro und in den Fällen nach den Z 4 bis 7 mit einer Geldstrafe von bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

(2) ..

(3) Bei Verwaltungsübertretungen gemäß Abs. 1 bis 2 gilt anstelle der Verjährungsfrist des § 31 Abs. 1 VStG eine Verjährungsfrist von 18 Monaten."

Seit dem erstmaligen Inkrafttreten mit 18.09.2016 wurde das VZKG mehrmals novelliert.

Zuletzt kam es zu einer Änderung der §§ 17 und 32 VZKG durch BGBl. I 17/2018, die lauten:

"Pflichten des übertragenden Zahlungsdienstleisters

§ 17. (1) Sofern die Ermächtigung des Verbrauchers das vorsieht, hat der übertragende Zahlungsdienstleister nach Erhalt einer entsprechenden Aufforderung des empfangenden Zahlungsdienstleisters folgende Schritte zu unternehmen:

1. er schickt innerhalb von fünf Geschäftstagen die Angaben gemäß § 16 Abs. 5 Z 1 und 2 an den empfangenden Zahlungsdienstleister ab;
2. er akzeptiert mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum auf dem Zahlungskonto keine eingehenden Überweisungen und Lastschriften mehr, wenn er nicht einen Mechanismus für eine automatische Umleitung von eingehenden Überweisungen und Lastschriften auf das vom Verbraucher beim empfangenden Zahlungsdienstleister geführte oder eröffnete Zahlungskonto vorsieht;
3. er storniert Daueraufträge mit Wirkung ab dem in der Ermächtigung angegebenen Datum;
4. er überweist zu dem in der Ermächtigung angegebenen Datum den verbleibenden positiven Saldo des Zahlungskontos auf das bei dem empfangenden Zahlungsdienstleister eröffnete oder geführte Zahlungskonto;
5. er schließt unbeschadet einer allenfalls im Rahmenvertrag entsprechend § 51 Abs. 1 ZaDiG 2018 vereinbarten Kündigungsfrist das Zahlungskonto zu dem in der Ermächtigung angegebenen Datum, sofern der Verbraucher keine offenen Verpflichtungen auf diesem Zahlungskonto mehr hat und die Schritte nach den Z 1, 2 und 4 vollzogen wurden.

(2) Kann das Zahlungskonto des Verbrauchers aufgrund noch offener Verpflichtungen nicht zu dem in der Ermächtigung angegebenen Datum geschlossen werden, hat der übertragende Zahlungsdienstleister den Verbraucher davon umgehend zu verständigen.

(3) Der übertragende Zahlungsdienstleister darf Zahlungsinstrumente nicht vor dem in der Ermächtigung des Verbrauchers angegebenen Datum blockieren. Ein allenfalls bestehendes Recht des Zahlungsdienstleisters, ein Zahlungsinstrument entsprechend § 62 Abs. 1 ZaDiG 2018 zu sperren, bleibt davon unberührt."

"6. Hauptstück

Straf- und Schlussbestimmungen

Strafbestimmungen

§ 32. (1) Wer als gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 194/1999, Verantwortlicher eines Zahlungsdienstleisters oder einer in Österreich gemäß § 27 ZaDiG 2018 errichteten Zweigstelle eines in einem anderen Mitgliedstaat zugelassenen Zahlungsdienstleisters

1. dem Verbraucher die nach den §§ 6, 7 und 15 vorgeschriebenen Informationen nicht oder nicht vollständig erteilt oder in diese Informationen falsche Angaben aufnimmt;

2. dem Verbraucher die nach § 8 vorgeschriebene Entgeltaufstellung nicht oder nicht vollständig zur Verfügung stellt oder in diese Entgeltaufstellung falsche Angaben aufnimmt;

3. in seinen Vertrags-, Geschäfts- und Marketinginformationen für Verbraucher oder in der Entgeltinformation gemäß § 6 oder in der Entgeltaufstellung gemäß § 8 für seine Dienste oder Produkte firmeneigene Bezeichnungen verwendet, ohne dabei die Vorgaben des § 9 einzuhalten;

4. entgegen § 14 einem Verbraucher keinen Kontowechsel-Service gemäß den §§ 16 bis 18 zur Verfügung stellt;

5. entgegen § 16 Abs. 1 einen Kontowechsel einleitet, ohne zuvor vom Verbraucher eine den Vorgaben in § 16 Abs. 2 bis 4 entsprechende Ermächtigung eingeholt zu haben;

6. entgegen § 19 Abs. 1 und 2 nach Erhalt einer Aufforderung durch den Verbraucher die zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Kontoeröffnung vorgeschriebenen Schritte nicht oder nicht rechtzeitig vollzieht; oder

7. einem Verbraucher Entgelte verrechnet, die nach den §§ 5 und 20 unzulässig sind,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA in den Fällen nach den Z 1 bis 3 mit einer Geldstrafe von bis zu 5 000 Euro und in den Fällen nach den Z 4 bis 7 mit einer Geldstrafe von bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

(2) ..

(3) Bei Verwaltungsübertretungen gemäß Abs. 1 bis 2 gilt anstelle der Verjährungsfrist des § 31 Abs. 1 VStG eine Verjährungsfrist von 18 Monaten."

Zusätzlich ist in den vorliegenden Verfahren nun der seit 03.01.2018 wie folgt lautende § 22 Abs. 8 FMABG, eingefügt mit BGBl. I 107/2017, zu beachten:

"(8) Wenn durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen gemäß einem oder mehreren der in § 2 genannten Bundesgesetze begangen wurden oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so ist eine einzige Verwaltungsstrafe zu verhängen. Diese Verwaltungsstrafe ist jeweils nach der Strafdrohung zu bestimmen, die die höchste Strafe androht."

Den Materialien ist zu Abs. 8 folgendes zu entnehmen (RV 1661 BlgNR 25. GP, S. 54):

"Das Kumulationsprinzip führt bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen in Summe zu höheren Geldstrafen, als das bei Anwendung des Absorptionsprinzips der Fall ist. Dieser Effekt soll durch die Verpflichtung zur Verhängung einer einzigen Verwaltungsstrafe bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen ausgeglichen und damit der Verwaltungspraxis der anderen Aufsichtsbehörden in der Europäischen Union angeglichen werden. Im Wesentlichen dienen hierbei die Bestimmung des § 21 FinStrG und des § 28 StGB als Orientierung."

3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Zahlungsdienstleister trifft nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 14 VZKG die Pflicht, "einem Verbraucher, der bei einem in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleister ein Zahlungskonto eröffnet oder Inhaber eines solchen Kontos ist, einen Kontowechsel-Service gemäß den §§ 16 bis 19 zwischen Zahlungskonten, die in derselben Währung geführt werden, zur Verfügung zu stellen".

In allen Fakten des angefochtenen Straferkenntnisses ist der empfangende Zahlungsdienstleister gemäß § 16 Abs. 5 Z 1 und 2 VZKG an den übertragenden Zahlungsdienstleister herantreten (vgl. B. Mazal in Weilinger (Hrsg.), Verbraucherzahlungskontogesetz - Kurzkomentar, Manz (2016), § 16 Rz 23) und hat dadurch den Kontowechsel eingeleitet.

Aus § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG ist klar abzulesen, dass diese Übermittlung die Verpflichtung des übertragenden Zahlungsdienstleisters, im gegenständlichen Fall die haftungspflichtige Gesellschaft, die Daten gemäß § 16 Abs. 5 Z 1 und 2 VZKG an den empfangenden Zahlungsdienstleister abzuschicken, auslöst, wobei der reibungslose Ablauf des Kontowechsels von der Kooperation des übertragenden Zahlungsdienstleisters abhängt (RV 1059 BlgNR 25. GP, Seite 16 mit Verweis auf Erwägungsgrund 31 der Richtlinie). Für die Übermittlung stehen dem übertragenden Zahlungsdienstleister fünf Geschäftstage ab Erhalt der Aufforderung durch den empfangenden Zahlungsdienstleister zur Verfügung.

Wenn die Beschwerde ausführt, § 17 VZKG stelle dem Gesetzeswortlaut nach auf den Erhalt der Aufforderung ab, so ist dies grundsätzlich und aus dem Wortlaut klar ableitbar richtig. Der Erhalt der Aufforderung ist auslösendes Moment (vgl. Bernsteiner in Weilinger (Hrsg.), Verbraucherzahlungskontogesetz - Kurzkomentar, Manz (2016), § 17 Rz 5).

Wenn nun die Beschwerde aber auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu2 Ob 108/07g verweist und sich darauf beruft, die per Email übermittelten Aufforderungen niemals erhalten zu haben, so ist festzuhalten, dass der Erhalt in allen vorliegenden Fakten von der haftungspflichtigen Gesellschaft ausdrücklich bestätigt worden war, es somit auch in jenen Fällen, in denen die haftungspflichtige Gesellschaft die Anträge physisch erhalten hatte, zu beträchtlichen Überschreitungen der gesetzlich vorgesehenen Frist von fünf Tagen, da, wie aus den Feststellungen und der korrespondierenden Beweiswürdigung ersichtlich, ein Datenbankfehler dazu geführt hatte, dass eingehende Geschäftsfälle automatisch elektronisch archiviert wurden bzw. keiner weiteren Bearbeitung zugeführt wurden und es zu bedeutsamen Mitarbeiterfehlern gekommen ist.

3.2.2.1. Zu den einzelnen Fakten des angefochtenen Erkenntnisses:

Zu Spruchpunkt I.1. (vgl. Feststellungen I.2.): Der Kontowechselantrag der Kundin XXXX langte am 12.12.2016 in der haftungspflichtigen Gesellschaft ein. Die Übermittlung der notwendigen Daten erfolgte am 02.03.2017, somit entgegen der Verpflichtung des § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG nach mehr als 5 Geschäftstagen ab Erhalt der Aufforderung.

Zu Spruchpunkt I.2. (vgl. Feststellungen 1.3.): Der Kontowechselantrag langte im Fall der Kundin XXXX am 21.11.2016 postalisch bei der haftungspflichtigen Gesellschaft ein. Die Übermittlung der notwendigen Daten erfolgte am 02.03.2017, somit entgegen der Verpflichtung des § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG nach mehr als 5 Geschäftstagen ab Erhalt der Aufforderung.

Zu Spruchpunkt I.3. (vgl. Feststellungen 1.4.): Der Kontowechselauftrag der Kundin XXXX langte am 20.02.2017 bei der haftungspflichtigen Gesellschaft ein. Die Übermittlung der notwendigen Daten erfolgte am 09.03.2017, somit entgegen der Verpflichtung des § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG nach mehr als 5 Geschäftstagen ab Erhalt der Aufforderung.

Zu Spruchpunkt I.4. (vgl. Feststellungen 1.5.): Der Kontowechselauftrag im Fall der Kundin XXXX langte am 15.02.2017 bei der haftungspflichtigen Gesellschaft ein, die Kontowechsel Daten wurden nach einer fälschlichen Schließung eines anderen Kontos am 27.02.2017 versendet, somit entgegen der Verpflichtung des § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG nach mehr als 5 Geschäftstagen ab erstmaliger Übermittlung.

Die objektive Tatseite ist somit erfüllt, in den Spruchpunkten I.1. bis I.4 des angefochtenen Erkenntnisses liegt ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Z 1 VZKG vor.

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, gab es ab 20.12.2016 verantwortliche Beauftragte gemäß § 9 Abs. 2 VStG in der haftungspflichtigen Gesellschaft. Der BF4 ist seit 20.12.2016 verantwortlicher Beauftragter der haftungspflichtigen Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 2 VStG, der BF7 von 20.12.2016 bis 12.02.2017 und der BF6 seit 13.02.2017. Der BF4 war für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß §§ 5, 6, 7, 8, 15, 20, 24, 26, 27 Abs. 4 und 28 VZKG verantwortlich. Der BF7 war für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß §§ 14, 16, 17, 18 und 9 VZKG verantwortlich, das Bestellungsschreiben langte am 20.12.2016 bei der belangten Behörde ein. Der BF6, der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall, war ab 13.02.2017 unter anderem für die zuvor in der Verantwortung des BF7 gelegenen Bereiche des VZKG verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG.

Im Anwendungsbereich des FMABG gemäß § 22 Abs. 5 FMABG gilt für Bestellungen gemäß § 9 Abs. 2 VStG folgendes:

"(5) Abweichend von § 9 Abs. 2 VStG wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der Bestimmungen der in § 2 genannten Gesetze, die mit Verwaltungsstrafe bedroht sind, erst rechtswirksam, nachdem bei der FMA eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist. Dies gilt nicht für die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde gemäß § 9 Abs. 2 VStG."

Der Beschwerdeführer ist somit gemäß § 9 Abs. 2 VStG iVm § 22 Abs. 5 FMABG für die gegenständlichen Verwaltungsübertretungen der haftungspflichtigen Gesellschaft in jenem Teil des Tatzeitraums, der ab dem 13.02.2017 liegt, verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Im Zeitraum seiner Bestellung geht seine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit in ihrem klar definierten Geltungsbereich jener der statutarischen Vertretungsorgane vor, sodass diese verwaltungsstrafrechtlich für den Zeitraum der wirksamen Bestellung nicht einzustehen haben (Lewisch in: Lewisch/Fister/Weilguni, VStG, 2. Auflage, § 9 Rz 23 und 36 ff.).

§ 9 Abs. 2 VStG ist aber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend einzuschränken, dass die Strafbarkeit nur im Rahmen des eigenen Verschuldens eines Beschwerdeführers liegt, und dieser (bei Ungehorsamsdelikten) 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 exkulperierende 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, (2013), § 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). Dies wurde im Verfahren nicht vorgebracht.

Wenn nun vorgebracht wird, die Übertretungen seien der Komplexität der Aufgabe des Kontowechselservices und der dadurch bedingten vollkommenen Neuerstellung der Prozesse dazu und nicht auf mangelnde Kontrolle oder Überwachung zurückzuführen, so ist dem wie folgt zu entgegenen:

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, kann es im Rahmen eines funktionierenden Kontrollsystems kein Vertrauen darauf geben, dass die eingewiesenen, laufend geschulten und ordnungsgemäß ausgerüsteten Arbeitnehmer die Arbeitnehmerschutzvorschriften einhalten. Vielmehr ist es für die Darstellung eines wirksamen Kontrollsystems erforderlich, unter anderem aufzuzeigen, welche Maßnahmen im Einzelnen der unmittelbar Übergeordnete im Rahmen des Kontrollsystems zu ergreifen verpflichtet war, um durchzusetzen, dass jeder in dieses Kontrollsystem eingebundene Mitarbeiter die entsprechenden Vorschriften auch tatsächlich befolgt und welche Maßnahmen schließlich der an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehende Anordnungsbefugte vorgesehen hat, um das Funktionieren des Kontrollsystems insgesamt zu gewährleisten, das heißt sicherzustellen, dass die auf der jeweils übergeordneten Ebene erteilten Anordnungen (Weisungen) zur Einhaltung der gegenständlichen Vorschriften auch an die jeweils untergeordnete, zuletzt also an die unterste Hierarchie-Ebene gelangen und dort auch tatsächlich befolgt werden (VwGH 04.07.2018, Ra 2017/02/0240; 13.04.2016, Ra 2016/02/0051).

Wie richtig ausgeführt wird, datieren die Verwaltungsübertretungen im gegenständlichen Fall aus Jänner, Februar und März 2017. Sie passierten zu einem Zeitpunkt, zudem Beschwerden und Problemen bereits bekannt waren, Prozesse neu definiert, das Mitarbeiterhandbuch erweitert und neue Mitarbeiter hinzugezogen wurden. Gerade aus dem Fall der Kundin XXXX kam es dazu, dass eine Mitarbeiterin selbst im Februar 2017 gegen explizite Anweisungen gehandelt hat. Wenngleich diese Mitarbeiterin den Ausführungen in der Rechtfertigung zufolge mittlerweile nicht mehr bei der haftungspflichtigen Gesellschaft tätig ist, so ist angesichts der bekannten Problematiken schwer nachvollziehbar, wie es zu diesem Zeitpunkt zu einem derartigen Vorgehen inklusive Schließung eines Kontos, das nicht der Kundin gehörte, angesichts der vorgebrachten Änderungen kommen konnte, wenn nicht die entsprechenden Maßnahmen erst wieder zu kurz gegriffen waren.

Ein Kontrollsystem, wie in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verlangt, kann darin nicht erblickt werden. Zudem vermögen auch die Schulungen und Anweisungen in Form des Handbuchs als Vorsorge gegebenenfalls ein Kontrollsystem unterstützen, aber nicht zu ersetzen (VwGH 04.07.2018, Ra 2017/02/0240; 24.03.2015, 2013/03/0054).

Wenn nun vorgebracht wird, dass die Tat zu keinem Vermögensschaden gereicht hat, ist dem entgegenzuhalten, dass für die Verwirklichung der Verwaltungsübertretung keinesfalls der Eintritt eines Vermögensschadens gefordert ist.

Wenn nun ausgeführt wird, dass den Beschwerdeführer aufgrund seiner späten Bestellung zum verantwortlichen Beauftragte kein bzw. nur ein geringes Verschulden treffe, so ist dem entgegenzuhalten, dass die Tatsache, dass der Beschuldigte bei Bestellung bereits einen rechtswidrigen Zustand vorgefunden hat, lediglich strafmildernd berücksichtigt werden kann. Dies trifft vor allem die Spruchpunkte I.1, I.2 und I.3, Spruchpunkt I.4 fällt komplett in den Beststellungszeitraum des BF6.

Das Verschulden des Beschwerdeführers konnte auch nicht als geringfügig anges

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at