

TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/25 W210 2169520-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.2018

Entscheidungsdatum

25.09.2018

Norm

B-VG Art.133 Abs4
FMABG §22 Abs2a
VStG 1950 §16
VStG 1950 §19 Abs1
VStG 1950 §19 Abs2
VStG 1950 §21
VStG 1950 §45 Abs1
VStG 1950 §45 Abs1 Z6
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs2
VStG 1950 §9 Abs4
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §24
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs8
VZKG §2 Z7
VZKG §23 Abs1
VZKG §24 Abs1 Z1
VZKG §24 Abs3
VZKG §28 Abs4
VZKG §32 Abs2 Z5

Spruch

W210 2169520-1/22E

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 0300.100/0008-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 auf 1.000, -- EUR Geldstrafe bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Stunden herabgesetzt wird.

Im Übrigen war die Beschwerde in der Straffrage abzuweisen.

III. Die Strafnorm lautet § 32 Abs 2 Z 5 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016.

IV. Der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens vor der belangten Behörde wird mit 100, -- 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 nicht zulässig.

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 20.12.2016 als verantwortlicher Beauftragter der XXXX, in Folge XXXX, einem Zahlungsdienstleister gemäß § 2 Z 7 Verbraucherzahlungsgesetz (VZKG), BGBl. I Nr. 35/2016, mit der Geschäftsanschrift XXXX in XXXX Wien, ua für die Einhaltung der Pflichten des § 24 VZKG durch die XXXX verantwortlich.

Sie haben in Ihrer Funktion als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs 2 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 52/1991 idGF im Zeitraum von 20.12.2016 bis 13.04.2017 zu verantworten, dass es die XXXX entgegen ihrer gesetzlichen Pflicht vom 28.09.2016 bis zum 13.04.2017 unterlassen hat, die Ablehnung eines Antrages auf Eröffnung eines Verbraucherzahlungskontos dem Konsumenten schriftlich (§ 24 Abs. 3 VZKG) mitzuteilen. Frau XXXX hat die Eröffnung eines Verbraucherzahlungskontos am 28.09.2016 beantragt. Die XXXX hat die Ablehnung nur mündlich und jedenfalls nicht unmittelbar nach der Entscheidung schriftlich (§ 24 Abs. 3 VZKG) erteilt. Gemäß § 24 Abs. 3 VZKG hat die Ablehnung jedenfalls schriftlich zu erfolgen, was jedoch erst am 13.04.2017 und somit über sechs Monate zu spät erfolgte.

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 Rechtsvorschrift verletzt:

§ 24 Abs 3 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016 idF BGBl. I Nr. 118/2016 iVm § 32 Abs 2 Z 5 VZKG, BGBl. I Nr. 35/2016.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Gemäß §§

Ersatzfreiheitsstrafe von

3.000 Euro 13 Stunden --- Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

--

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

- 300 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

3.300 Euro."

2. Gegen dieses Straferkenntnis, zugestellt am 07.06.2017, 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, so auch jener im gegenständlichen Fall, verzichteten auf eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, der BFV

XXXX begründete ihr Nichterscheinen mit ihrem Unvermögen, zur Sachverhaltsermittlung beitragen zu können.

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) und 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 und ihrem Vorstand:

Der Beschwerdeführer (BF4) im gegenständlichen Fall ist seit 20.12.2016 verantwortlicher Beauftragter in 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).

Der BF 1 ist seit 01.08.2008 Vorstandsmitglied, der BF2 seit 01.02.2015, der BF3 seit 01.01.2014 und der BF5 seit 01.01.2013. 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 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 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.

1.2. Zur Kundin XXXX:

Die Kundin XXXX verfügte im Zeitraum vor 28.09.2016 über ein Girokonto der haftungspflichtigen Gesellschaft und beantragte am 28.09.2016 in der Filiale "XXXX" mündlich die Errichtung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen durch Umwandlung ihres Kontos auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen. Die Kundin verfügte bei ihrem Girokonto über eine Bankomatkarte, es gab auch Zahlungseingänge auf diesem Konto. Die beiden Mitarbeiterinnen der haftungspflichtigen Gesellschaft, Frau XXXX und Frau XXXX, führten das Kundengespräch dazu. Sie hielten Nachschau auf der internen Vertriebsplattform und versicherten sich bei der internen Hotline der haftungspflichtigen Gesellschaft, wie hier vorzugehen ist. Eine Arbeitsanweisung zur schriftlichen Ablehnung derartiger Anträge in der haftungspflichtigen Gesellschaft gab es in diesem Zeitpunkt nicht. Die Mitarbeiterinnen teilten der Kundin sodann mit, dass eine Umwandlung nicht möglich ist. Weiters erklärten sie der Kundin die Unterschiede zwischen ihrem Girokonto und dem Basiskonto nach dem VZKG. Die Kundin verließ nach diesem Gespräch die Filiale. Eine kurze Zeit später kehrte die Kundin in Begleitung einer Freundin in die Bank zurück, die unter Vorweis eines

Artikels zum VZKG behauptete, dass von ihrer Bank ein Basiskonto ermöglicht wurde. Die beiden Frauen beschwerten sich lautstark in der Filiale. Die Kundin begehrte sodann die Schließung ihres Kontos. Ein entsprechender Antrag wurde ausgefüllt, als Schließungsdatum wurde von der Kundin der 17.10.2016 gewählt. Mit Eingabe vom 04.10.2017 beschwerte sich die Kundin bei der FMA. Die FMA forderte die haftungspflichtige Gesellschaft am 31.10.2016 zur Stellungnahme auf und wies auf die gesetzliche Verpflichtung zur Ablehnung hin. Am 13.04.2017 erging eine schriftliche Ablehnung an die Kundin.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Zu den Feststellungen zum Beschwerdeführer und zur haftungspflichtigen Gesellschaft sowie den bekannt gegebenen Email-Adressen:

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, den in den Akten aufliegenden Bestellungsschreiben (FMA-Akt zu XXXX, ON 7; FMA-Akt zu XXXX, ON 1a; FMA-Akt zu XXXX, ON 1a) und wurden im Verfahren von keiner Seite bestritten (FMA-Akt zu XXXX, ON 1; BVwG-Akt zu W210 2169520-1, OZ 20, 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.

2.2. Zu den Feststellungen zur Kundin XXXX:

Die Feststellungen zur Kundin XXXX ergeben sich einerseits auf den im Akt aufliegenden Unterlagen zur Beschwerde und Korrespondenz der haftungspflichtigen Gesellschaft mit der belangten Behörde (FMA-Akt zu BF XXXX, ON 26, 26a, 26c und 26d wie auch FMA-Akt zu BF XXXX, ON 33b, 33c, 33d, 33e, 33f) und andererseits aus der Einvernahme der beiden Mitarbeiterinnen der haftungspflichtigen Gesellschaft, Frau XXXX und Frau XXXX, in der Verhandlung vom 01.08.2018 (Protokoll vom 01.08.2018, Seite 7 bis 13), die die Gesprächssituation mit der Kundin und ihrer Freundin sehr eindrücklich schildern konnten. Aus diesen Schilderungen heraus konnte sich der Senat von der unmittelbaren Situation in der Bank und dem Wunsch der Kundin, ein bestehendes Konto umzuwandeln, ein Bild machen, wobei insbesondere die Schilderung, dass das Girokonto zwar um etwa fünf Euro im Jahr mehr gekostet hätte, aber auch mehr geboten hätte, als das Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen und der Eindruck, dass die Kundin von einem neuen Gratiskonto ausging (Protokoll vom 01.08.2018, Seite 13), hervorzukehren sind. Aufgrund dieser eindrucksvollen Schilderungen der beiden Zeuginnen und der vorliegenden Unterlagen konnte von einer Einvernahme der ordnungsgemäß geladenen und unentschuldigt nicht erschienenen Zeugin XXXX abgesehen werden, zudem ergibt sich auch aus der Rechtfertigung des BF4 nachvollziehbar, dass es sich um den Antrag auf ein Einrichtung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen gehandelt habe und Arbeitsanweisungen zur schriftlichen Ablehnung vorgelegen seien, denen aber durch die zuständige Mitarbeiterin nicht gefolgt wurde, es handle sich um einen Mitarbeiterfehler (FMA Akt zum BF4, OZ 9, Pkt. 2). Die Zeuginnen in der mündlichen Verhandlung sprachen aber von einer Rückversicherung bei einer Hotline, da sie nicht gewusst hätten, ob sie die richtige Vorgehensweise in diesem Fall gewählt hätten, woraus der einzige Schluss zulässig ist, dass eine Arbeitsanweisung zur schriftlichen Ablehnung derartiger Anträge zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegen hatte (Protokoll vom 01.08.2018, Seite 8 und 11). Dies kommt nach Ansicht des Senats in der bis 13.04.2017 andauernden Weigerung der haftungspflichtigen Gesellschaft zum Ausdruck.

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 Richterin 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), eine weitere Verhandlung 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 5 im Akt W210 2169520-1) und Juli 2018 (OZ 10 im Akt W210 2169520-1) und der XXXX vom 23.07.2018 (OZ 16 im Akt W210 2169520-1), 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 Verbraucherzahlungskonto-gesetz diente 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 sein, die den Bedürfnissen schutzbedürftiger 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 im gegenständlichen Fall wesentlichen Bestimmungen des vierten Hauptstücks des VZKG sind betitelt mit "Zugang zu Zahlungskonten", dazu halten die Materialien (RV 1059 BlgNR 25. GP. Seite 3) fest:

"Im 4. Hauptstück wird jedem Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der Europäischen Union das Recht eingeräumt, ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut zu eröffnen und zu nutzen. Um dieses Recht abzusichern, wird jedem Kreditinstitut, das in Österreich Verbraucherzahlungskonten anbietet, ein Kontrahierungszwang auferlegt, von dem es nur wenige eng begrenzte Ausnahmen gibt. Dadurch sind Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen für alle Verbraucher möglichst einfach erreichbar und es wird jede Art von Diskriminierung und Wettbewerbsverzerrung von vornherein verhindert. Wäre nur, wie das die Richtlinie auch erlaubt hätte, "einer ausreichend großen Zahl von Kreditinstituten" ein Abschlusszwang auferlegt worden, wäre die Erreichung dieser Ziele nicht gewährleistet gewesen.

Der Abschlusszwang wird durch das Verbot ergänzt, Verbraucher beim Zugang zu einem Zahlungskonto wegen ihrer

Staatsangehörigkeit, ihres Wohnsitzes oder aus einem anderen in Artikel 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union genannten Grund zu diskriminieren oder für Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen diskriminierende Bedingungen zu verwenden. Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen können vom Kreditinstitut auch nur aus wenigen eng begrenzten Gründen gekündigt werden.

Bei einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen muss das Kreditinstitut dem Verbraucher alle in der Praxis wesentlichen Zahlungsdienste für eine unbeschränkte Zahl von Zahlungsvorgängen zur Verfügung stellen. Das dafür pro Jahr verrechnete Entgelt darf den Betrag von 80 Euro nicht übersteigen. Um sozial oder wirtschaftlich besonders schutzbedürftigen Verbrauchern den Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen zu erleichtern und die Zahl kontoloser Personen soweit als möglich zu reduzieren, hat der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz durch Verordnung Gruppen von Verbrauchern festzulegen, bei denen die Entgeltobergrenze für die Dauer ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit pro Jahr 40 statt 80 Euro beträgt.

Die Richtlinie 2014/92/EU würde auch die Möglichkeit vorsehen, besonders schutzbedürftigen oder überhaupt allen Verbrauchern das Recht auf einen kostenlosen Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen einzuräumen. Diese weitergehende Option wurde jedoch in Österreich nicht in Anspruch genommen, da sie mit einer unverhältnismäßigen Belastung der Kreditinstitute verbunden wäre."

§§ 23 und 24 VZKG lauteten in der Stammfassung BGBl. I 35/2016 wie folgt:

"Recht auf Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen

§ 23. (1) Jeder Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der Europäischen Union hat unabhängig von seinem Wohnort das Recht, ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut zu eröffnen und zu nutzen.

(2) Dieses Recht steht auch einem Verbraucher ohne festen Wohnsitz, einem Asylwerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 14 des Asylgesetzes 2005 - AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, sowie einem Verbraucher ohne Aufenthaltsrecht zu, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist.

(3) Der Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen darf nicht vom Erwerb zusätzlicher Dienste oder von Geschäftsanteilen an dem Kreditinstitut abhängig gemacht werden, es sei denn, der Erwerb von Geschäftsanteilen wird von allen Kunden des Kreditinstituts verlangt.

(4) Ein Kreditinstitut, das in Österreich Verbrauchern im Rahmen seiner Konzession Zahlungskonten im Sinne des § 3 Abs. 1 anbietet, darf den Antrag eines gemäß Abs. 1 oder 2 berechtigten Verbrauchers auf Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen nur dann ablehnen, wenn einer der in § 24 Abs. 1 angeführten Gründe vorliegt.

(5) Ein Kreditinstitut, das die in Abs. 4 angeführten Voraussetzungen erfüllt, hat unverzüglich und spätestens zehn Geschäftstage, nachdem der vollständige Antrag des Verbrauchers eingegangen ist, das Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen zu eröffnen oder den Antrag abzulehnen.

(6) Steht einem Verbraucher bei Abschluss eines Rahmenvertrags über ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen kein anderer amtlicher Lichtbildausweis zur Verfügung, der den Vorgaben des § 40 Abs. 1 dritter Satz Bankwesengesetz - BWG, BGBl. Nr. 532/1993, entspricht, hat das Kreditinstitut bei der Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

1. die Identität eines Asylwerbers anhand einer gemäß den §§ 50 und 51 AsylG 2005 ausgestellten Verfahrenskarte oder Aufenthaltsberechtigungskarte festzustellen;

2. die Identität eines Verbrauchers ohne Aufenthaltsrecht, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist, anhand einer gemäß § 46a Abs. 4 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, ausgestellten Karte für Geduldete festzustellen.

(7) Die Bestimmungen dieses Hauptstücks berühren nicht die Pflichten des Kreditinstituts

1. nach den §§ 40 bis 41 BWG zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung,

2. aufgrund von Maßnahmen des Rats oder der Österreichischen Nationalbank nach den §§ 3 und 4 des Devisengesetzes 2004, BGBl. I Nr. 123/2003, durch die der Kapital- und Zahlungsverkehr mit dem Ausland beschränkt wird, und

3. aufgrund völkerrechtlich verpflichtender Sanktionsmaßnahmen der Vereinten Nationen oder der Europäischen Union gemäß § 1 des Sanktionengesetzes 2010 - SanktG, BGBl. I Nr. 36/2010.

Ablehnungsgründe

§ 24. (1) Das Kreditinstitut kann den Antrag auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen ablehnen, wenn

1. der Verbraucher bereits Inhaber eines Zahlungskontos bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut ist und er die in § 25 Abs. 1 genannten Dienste nutzen kann, es sei denn, der Verbraucher erklärt, dass er von der Kündigung dieses Kontos benachrichtigt wurde;

2. gegen den Verbraucher wegen einer strafbaren vorsätzlichen Handlung zum Nachteil des Kreditinstituts oder eines seiner Mitarbeiter ein Strafverfahren anhängig ist, in dem Anklage gemäß § 210 Abs. 1 Strafprozessordnung 1975 - StPO, BGBl. Nr. 631/1975, erhoben wurde, oder der Verbraucher wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist und die Verurteilung noch nicht getilgt ist.

(2) Das Kreditinstitut darf vor der Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen nachprüfen, ob der Verbraucher bereits Inhaber eines Zahlungskontos bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut ist, das dem Verbraucher die Nutzung der in § 25 Abs. 1 genannten Dienste ermöglicht. Zu diesem Zweck darf das Kreditinstitut verlangen, dass der Verbraucher eine ehrenwörtliche Erklärung unterschreibt, nicht Inhaber eines solchen Kontos zu sein.

(3) Lehnt das Kreditinstitut den Antrag des Verbrauchers auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen ab, hat es den Verbraucher unmittelbar nach seiner Entscheidung schriftlich und unentgeltlich über Folgendes zu informieren:

1. über die Ablehnung und deren genaue Gründe, es sei denn, eine solche Mitteilung würde den Zielen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder den Bestimmungen der §§ 40 bis 41 BWG über die Verhinderung der Geldwäsche und die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung zuwiderlaufen;

2. über die Möglichkeit, gemäß § 29 Abs. 3 Z 1 bei der FMA eine Beschwerde gegen die Ablehnung einzulegen oder seine Rechte bei der außergerichtlichen FIN-NET Schlichtungsstelle geltend zu machen, wobei dem Verbraucher die Kontaktdaten dieser Einrichtungen mitzuteilen sind."

§ 32 Abs. 2 VZKG lautete bis einschließlich 31.05.2018 in Stammfassung BGBl. I 35/2016 (Hervorhebungen nicht im Original):

"Strafbestimmungen

§ 32. (1) ...

(2) Wer als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher eines Kreditinstituts oder einer in Österreich gemäß § 9 BWG errichteten Zweigstelle eines in einem anderen Mitgliedstaats zugelassenen Kreditinstituts

1. einen Verbraucher entgegen § 22 beim Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen aus einem der in § 22 aufgezählten Gründen diskriminiert;

2. einem Verbraucher entgegen § 23 Abs. 1, 2, 4 und 5 die Eröffnung oder Nutzung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen ohne Vorliegen eines in § 24 Abs. 1 angeführten Grundes verweigert oder den Zugang zu einem solchen Konto entgegen § 23 Abs. 3 vom Erwerb zusätzlicher Dienste oder von Geschäftsanteilen am Kreditinstitut abhängig macht;

3. einem Verbraucher im Zusammenhang mit einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen höhere Entgelte verrechnet, als sie nach § 26 Abs. 1 und den vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gemäß § 26 Abs. 2 und 3 Z 2 erlassenen Verordnungen zulässig sind;

4. einen Rahmenvertrag über den Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen kündigt, ohne dass einer der in § 27 Abs. 2 genannten Gründe vorliegt;

5. dem Verbraucher nach der Ablehnung eines Antrags auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen nicht die nach § 24 Abs. 3 vorgesehenen Informationen oder nach der Kündigung eines Rahmenvertrags mit grundlegenden Funktionen nicht die nach den § 27 Abs. 4 vorgesehenen Informationen erteilt;

6. Verbrauchern nicht die nach § 28 Abs. 1 bis 3 vorgeschriebenen Informationen über Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen zur Verfügung stellt, oder

7. die durch Verordnung gemäß § 29 Abs. 8 festgelegten Daten nicht meldet oder bei der Meldung dieser Daten die in der Verordnung festgelegten Vorschriften zu Meldezeiträumen, Fristen, Form oder Gliederung nicht einhält,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA in den Fällen nach den Z 1, 2 und 4 mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Fall der Z 3 mit einer Geldstrafe von bis zu 10 000 Euro und in den Fällen nach den Z 5 bis 7 mit einer Geldstrafe von bis zu 5 000 Euro zu bestrafen.

(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. Eine inhaltliche Novellierung betraf §§ 23 und 24 VZKG durch BGBl. I 118/2016, diese lauten seither:

"Recht auf Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen

§ 23. (1) Jeder Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der Europäischen Union hat unabhängig von seinem Wohnort das Recht, ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut zu eröffnen und zu nutzen.

(2) Dieses Recht steht auch einem Verbraucher ohne festen Wohnsitz, einem Asylwerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 14 des Asylgesetzes 2005 - AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, sowie einem Verbraucher ohne Aufenthaltsrecht zu, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist.

(3) Der Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen darf nicht vom Erwerb zusätzlicher Dienste oder von Geschäftsanteilen an dem Kreditinstitut abhängig gemacht werden, es sei denn, der Erwerb von Geschäftsanteilen wird von allen Kunden des Kreditinstituts verlangt.

(4) Ein Kreditinstitut, das in Österreich Verbrauchern im Rahmen seiner Konzession Zahlungskonten im Sinne des § 3 Abs. 1 anbietet, darf den Antrag eines gemäß Abs. 1 oder 2 berechtigten Verbrauchers auf Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen nur dann ablehnen, wenn einer der in § 24 Abs. 1 angeführten Gründe vorliegt.

(5) Ein Kreditinstitut, das die in Abs. 4 angeführten Voraussetzungen erfüllt, hat unverzüglich und spätestens zehn Geschäftstage, nachdem der vollständige Antrag des Verbrauchers eingegangen ist, das Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen zu eröffnen oder den Antrag abzulehnen.

(6) Steht einem Verbraucher bei Abschluss eines Rahmenvertrags über ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen kein anderer amtlicher Lichtbildausweis zur Verfügung, der den Vorgaben des § 6 Abs. 2 des Finanzmarkt-Geldwäschegesetzes - FM-GwG, BGBl. I Nr. 118/2016, entspricht, hat das Kreditinstitut bei der Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

1. die Identität eines Asylwerbers anhand einer gemäß den §§ 50 und 51 AsylG 2005 ausgestellten Verfahrenskarte oder Aufenthaltsberechtigungskarte festzustellen;

2. die Identität eines Verbrauchers ohne Aufenthaltsrecht, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abschiebbar ist, anhand einer gemäß § 46a Abs. 4 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, ausgestellten Karte für Geduldete festzustellen.

(7) Die Bestimmungen dieses Hauptstücks berühren nicht die Pflichten des Kreditinstituts

1. nach den Bestimmungen des FM-GwG,

2. aufgrund von Maßnahmen des Rats oder der Österreichischen Nationalbank nach den §§ 3 und 4 des Devisengesetzes 2004, BGBl. I Nr. 123/2003, durch die der Kapital- und Zahlungsverkehr mit dem Ausland beschränkt wird, und

3. aufgrund völkerrechtlich verpflichtender Sanktionsmaßnahmen der Vereinten Nationen oder der Europäischen Union gemäß § 1 des Sanktionengesetzes 2010 - SanktG, BGBl. I Nr. 36/2010.

Ablehnungsgründe

§ 24. (1) Das Kreditinstitut kann den Antrag auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen ablehnen, wenn

1. der Verbraucher bereits Inhaber eines Zahlungskontos bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut ist und er die in § 25 Abs. 1 genannten Dienste nutzen kann, es sei denn, der Verbraucher erklärt, dass er von der Kündigung dieses Kontos benachrichtigt wurde;
2. gegen den Verbraucher wegen einer strafbaren vorsätzlichen Handlung zum Nachteil des Kreditinstituts oder eines seiner Mitarbeiter ein Strafverfahren anhängig ist, in dem Anklage gemäß § 210 Abs. 1 Strafprozessordnung 1975 - StPO, BGBl. Nr. 631/1975, erhoben wurde, oder der Verbraucher wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist und die Verurteilung noch nicht getilgt ist.

(2) Das Kreditinstitut darf vor der Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen nachprüfen, ob der Verbraucher bereits Inhaber eines Zahlungskontos bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut ist, das dem Verbraucher die Nutzung der in § 25 Abs. 1 genannten Dienste ermöglicht. Zu diesem Zweck darf das Kreditinstitut verlangen, dass der Verbraucher eine ehrenwörtliche Erklärung unterschreibt, nicht Inhaber eines solchen Kontos zu sein.

(3) Lehnt das Kreditinstitut den Antrag des Verbrauchers auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen ab, hat es den Verbraucher unmittelbar nach seiner Entscheidung schriftlich und unentgeltlich über Folgendes zu informieren:

1. über die Ablehnung und deren genaue Gründe, es sei denn, eine solche Mitteilung würde den Zielen der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder den Bestimmungen des FM-GwG zuwiderlaufen;
2. über die Möglichkeit, gemäß § 29 Abs. 3 Z 1 bei der FMA eine Beschwerde gegen die Ablehnung einzulegen oder seine Rechte bei der außergerichtlichen FIN-NET Schlichtungsstelle geltend zu machen, wobei dem Verbraucher die Kontaktdaten dieser Einrichtungen mitzuteilen sind."

Zuletzt kam es zu einer Änderung von unter anderem § 32 VZKG durch BGBl. I 17/2018, dieser lautet nun:

"6. Hauptstück

Straf- und Schlussbestimmungen

Strafbestimmungen

§ 32. (1) ...

(2) Wer als gemäß § 9 VStG Verantwortlicher eines Kreditinstituts oder einer in Österreich gemäß § 9 BWG errichteten Zweigstelle eines in einem anderen Mitgliedstaats zugelassenen Kreditinstituts

1. einen Verbraucher entgegen § 22 beim Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen aus einem der in § 22 aufgezählten Gründen diskriminiert;
2. einem Verbraucher entgegen § 23 Abs. 1, 2, 4 und 5 die Eröffnung oder Nutzung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen ohne Vorliegen eines in § 24 Abs. 1 angeführten Grundes verweigert oder den Zugang zu einem solchen Konto entgegen § 23 Abs. 3 vom Erwerb zusätzlicher Dienste oder von Geschäftsanteilen am Kreditinstitut abhängig macht;
3. einem Verbraucher im Zusammenhang mit einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen höhere Entgelte verrechnet, als sie nach § 26 Abs. 1 und den vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gemäß § 26 Abs. 2 und 3 Z 2 erlassenen Verordnungen zulässig sind;
4. einen Rahmenvertrag über den Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen kündigt, ohne dass einer der in § 27 Abs. 2 genannten Gründe vorliegt;
5. dem Verbraucher nach der Ablehnung eines Antrags auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen nicht die nach § 24 Abs. 3 vorgesehenen Informationen oder nach der Kündigung eines Rahmenvertrags mit grundlegenden Funktionen nicht die nach den § 27 Abs. 4 vorgesehenen Informationen erteilt;

6. Verbrauchern nicht die nach § 28 Abs. 1 bis 3 vorgeschriebenen Informationen über Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen zur Verfügung stellt, oder

7. die durch Verordnung gemäß § 29 Abs. 8 festgelegten Daten nicht meldet oder bei der Meldung dieser Daten die in der Verordnung festgelegten Vorschriften zu Meldezeiträumen, Fristen, Form oder Gliederung nicht einhält,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA in den Fällen nach den Z 1, 2 und 4 mit einer Geldstrafe von bis zu 30 000 Euro, im Fall der Z 3 mit einer Geldstrafe von bis zu 10 000 Euro und in den Fällen nach den Z 5 bis 7 mit einer Geldstrafe von bis zu 5 000 Euro zu bestrafen.

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

3.2.2. Zur objektiven Tatseite:

Gemäß § 23 Abs. 1 VZKG hat jeder Verbraucher mit rechtmäßigem Aufenthalt in der Europäischen Union das Recht, ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut zu eröffnen und nutzen.

Wenn nun vorgebracht wird, dass die Kundin kein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen habe eröffnen wollen, sondern ihr altes Konto habe umstellen wollen, weiters, dass die Kundin im vorliegenden Fall keine schutzbedürftige Person im Sinne des § 28 Abs. 4 VZKG gewesen sei und die haftungspflichtige Gesellschaft durch die Information über die Voraussetzungen über ein Basiskonto ihrer Verpflichtung ohnehin nachgekommen sei, so ist dem folgendes entgegenzuhalten:

Ein Antrag auf Eröffnung darf nur abgelehnt werden, wenn bestimmte, in § 24 Abs. 1 VZKG festgelegte Gründe vorliegen. Die Materialien sprechen hier von einem Kontrahierungszwang mit nur wenigen, eng gefassten Ausnahmen (RV 1059 BlgNR 25. GP Seite 3) bzw. von einem Abschlusszwang (RV 1059 BlgNR 25. GP Seite 19), der damit gerechtfertigt wird, dass "jedem Verbraucher die Teilnahme am wirtschaftlichen und sozialen Leben einer modernen Gesellschaft" ermöglicht werden soll, "die ohne Girokonto nicht mehr möglich ist" (RV 1059 BlgNR 25. GP Seite 19; vgl. dazu auch Erwägungsgrund 44 der Richtlinie).

Zur Durchsetzung des Rechts durch den Verbraucher halten die Materialien wie folgt fest (RV 1059 BlgNR 25. GP Seite 20):

"Kreditinstituten, welche die in § 23 Abs. 4 angeführten Voraussetzungen erfüllen, soll somit ein Abschlusszwang auferlegt werden, der in deren verfassungsrechtlich geschützte Vertragsfreiheit und Erwerbsausübungsfreiheit eingreift. Dieser Eingriff rechtfertigt sich mit dem zwingenden öffentlichen Interesse, jedem Verbraucher eine Teilnahme am wirtschaftlichen und sozialen Leben einer modernen Gesellschaft zu ermöglichen, die ohne Girokonto nicht mehr möglich ist. Zudem ist das Recht des Verbrauchers auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen nur dann entsprechend den Vorgaben in Art. 16 Abs. 10 und Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2014/92/EU wirksam abgesichert, wenn dem Verbraucher ein notfalls auf dem Rechtsweg durchsetzbarer subjektiver Anspruch eingeräumt wird. Wäre die Verpflichtung des Kreditinstituts nur durch Verwaltungsstrafen oder aufsichtsrechtliche Sanktionen abgesichert, wäre der Verbraucher vom Tätigwerden einer Behörde abhängig, die ihm zudem nicht direkt zu seinem Recht verhelfen könnte.

Der angeordnete Abschlusszwang ist auch verhältnismäßig im Sinne des Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2014/92/EU und des verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebots, weil das Kreditinstitut dem Verbraucher für seine Leistungen ein angemessenes Entgelt verrechnen kann und dem Kreditinstitut überdies in Fällen, in denen ihm die Annahme des Antrags nur schwer zumutbar wäre, in § 24 Abs. 1 ein Ablehnungsrecht eingeräumt wird. Zudem ist es aufgrund der zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben in Art. 16 Abs. 1 und Abs. 10 der Richtlinie 2014/92/EU ohnehin unvermeidlich, zumindest einem wesentlichen Teil der Kreditinstitute schlussendlich einen Abschlusszwang aufzuerlegen. Davon ausgehend entspricht es dem Verhältnisgebot besser, wenn die mit einem Abschlusszwang verbundenen Belastungen auf alle Kreditinstitute aufgeteilt werden, die am Markt Verbrauchergirokonten anbieten. Da für Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen hinsichtlich der umfassten Dienste, der zulässigen Entgelte und der Kündigungsmöglichkeiten andere rechtliche Rahmenbedingungen als für normale Zahlungskonten maßgeblich sind, muss das Kreditinstitut mit einem Verbraucher, der sein Recht auf ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen

geltend macht, zwingend einen Rahmenvertrag über ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen abschließen, der auch als solcher zu bezeichnen ist, und darf das Kreditinstitut dem Verbraucher nicht lediglich ein normales Zahlungskonto anbieten."

Nach Einlangen des vollständigen Antrags hat das Kreditinstitut unverzüglich und spätestens zehn Tage ab Einlangen darüber zu entscheiden, ob das Konto eröffnet werden kann oder der Antrag abgelehnt wird (§ 23 Abs. 5 VZKG). Die Ablehnung hat schriftlich zu erfolgen und ist zu begründen, ebenso ist eine Belehrung über die Beschwerdemöglichkeit zu erteilen (§ 24 Abs. 3 VZKG).

Abgelehnt darf ein Antrag aber gemäß § 24 Abs. 1 VZKG nur werden, wenn

"1. der Verbraucher bereits Inhaber eines Zahlungskontos bei einem in Österreich ansässigen Kreditinstitut ist und er die in § 25 Abs. 1 genannten Dienste nutzen kann, es sei denn, der Verbraucher erklärt, dass er von der Kündigung dieses Kontos benachrichtigt wurde;

2. gegen den Verbraucher wegen einer strafbaren vorsätzlichen Handlung zum Nachteil des Kreditinstituts oder eines seiner Mitarbeiter ein Strafverfahren anhängig ist, in dem Anklage gemäß § 210 Abs. 1 Strafprozessordnung 1975 - StPO, BGBl. Nr. 631/1975, erhoben wurde, oder der Verbraucher wegen einer solchen Tat verurteilt worden ist und die Verurteilung noch nicht getilgt ist."

Die Kundin XXXX war bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung am 28.09.2016 Inhaberin eines Zahlungskontos in Österreich mit den notwendigen Funktionen des § 25 Abs. 1 VZKG. Daher lag ein Ablehnungsgrund vor und die Ablehnung der Eröffnung war jedenfalls gem. § 24 Abs. 1 Z 1 VZKG zulässig.

Jedoch wurde der Kundin bereits die Stellung eines Antrags verwehrt, weil sie bereits über ein Zahlungskonto verfügte. Aufgrund dieser Verwehrung kam es auch nie zu einer Abklärung, ob die Kundin tatsächlich schutzbedürftig gemäß § 28 Abs. 4 VZKG ist, weshalb die Bestreitung dahingehend durch die haftungspflichtige Gesellschaft auch wenig zielführend sein kann, hat sie doch selbst den Antrag nicht entgegengenommen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass § 28 VZKG den allgemeinen Informationspflichten und Unterstützungsleistungen der Kreditinstitute im Zusammenhang mit dem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen, wobei Abs. 4 leg.cit. darauf eingeht, dass "insbesondere Verbraucher, die nach der vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gemäß § 26 Abs. 2 erlassenen Verordnung besonders schutzbedürftig sind, und Verbraucher aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union jederzeit unentgeltlich zu unterstützen [sind], soweit eine Hilfestellung im Einzelfall erforderlich ist, damit der Verbraucher sein Recht auf Eröffnung eines Zahlungskontos mit grundlegenden Funktionen ausüben und die mit einem solchen Konto verbundenen Dienste zweckmäßig nutzen kann." Auf die Pflichten des § 23 VZKG hat dies unmittelbar keine Auswirkungen, sind diese doch klar formuliert und ergibt sich der Kontrahierungszwang mit seinen engen Ausnahmen klar aus dem Gesetz. Wenngleich das Ergebnis im vorliegenden Fall dasselbe ist, entspricht diese Vorgehensweise nicht dem klaren Wortlaut der Norm und insbesondere wurde damit diametral entgegen dem Zweck der Bestimmung und dem aus dem Unionsrecht resultierenden und dem Verbraucherschutz dienenden Kontrahierungszwang vorgegangen.

Zudem wurden dadurch auch die mit der Ablehnung verbundenen Pflichten des Kreditinstituts nicht gewahrt, hat es doch im Falle einer Ablehnung den Verbraucher unmittelbar nach der Entscheidung schriftlich und unentgeltlich über die Ablehnung und deren genaue Gründe (§ 24 Abs. 3 Z 1 VZKG) sowie die Beschwerdemöglichkeit bei der FMA (§ 24 Abs. 3 Z 2 VZKG) zu informieren. Eine mündliche Vorabklärung vor Antragstellung mit Bindungswirkung ist aus dem Gesetz nicht abzuleiten.

Schon Erwägungsgrund 52 der Richtlinie hält außerdem fest, dass bereits im vorvertraglichen Stadium alternative Streitbeilegungsmechanismen in einem derartigen Fall vorzusehen sind und der Verbraucher darüber zu informieren ist (vgl. § 24 Abs. 3 Z 2 VZKG). Die haftungspflichtige Gesellschaft hat aber bis zum 13.04.2017 keine schriftliche Mitteilung erteilt, sondern diese auf Aufforderung durch die belangte Behörde hin sogar ausdrücklich verweigert, sodass die Kundin bis 13.04.2017 weder eine schriftliche Mitteilung der Ablehnung noch die von § 24 Abs. 3 VZKG verlangten Auskünfte erhielt.

Die haftungspflichtige Gesellschaft hat somit gegen ihre Verpflichtung gemäß § 24 Abs. 3 VZKG zur schriftlichen Ablehnung und Erteilung der notwendigen Informationen verstoßen.

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 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.

Wenn nun im Verfahren vorgebracht wird, dass die Bestellungen des BF4 und BF7 rückwirkend ab In-Kraft-Treten des VZKG gelten würden, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Inhalt einer Bestellsurkunde eine auszulegende Erklärung im Einzelfall ist. Wie eine solche Erklärung aufzufassen ist, ist jeweils nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen und stellt im Allgemeinen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar (VwGH, 11.04.2018, Ra 2017/11/0242). Um ihre volle Wirkung zu entfalten, hat die Bestellung jedenfalls aus der Zeit vor der Tatbegehung zu datieren (VwGH 24.03.1994, 92/18/0176) und den Voraussetzungen des § 9 Abs. 4 VStG zu genügen (VwGH 23.03.2016, Ra 2016/02/0002; 23.04.2018, Ra 2017/11/0221). Die Bestellungen des BF4 und BF7 können schon aus diesem Grund erst ab 20.12.2016 gelten. Zudem gilt im Anwendungsbereich des FMABG gemäß § 22 Abs. 5 FMABG für diese 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 20.12.2016 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 Verzögerung der schriftlichen Verständigung sei durch einen Mitarbeiterfehler passiert und nicht auf mangelnde Kontrolle oder Überwachung zurückzuführen, so ist dem wie folgt zu entgegnen:

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

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bwvg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at