



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofräte Mag. Dr. Köller, Dr. Lehofer und Dr. N. Bachler sowie die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Gruber, über die Revisionen 1.) des Dipl. BW S G (protokolliert zur hg. Zl. Ro 2016/02/0009) und 2.) des Dr. A B (protokolliert zur hg. Zl. Ro 2016/02/0010), beide in W, beide vertreten durch die Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Mölker Bastei 5, gegen die Erkenntnisse des Bundesverwaltungsgerichtes jeweils vom 29. Juni 2016, 1.) Zl. W172 2108664-1/6E, und 2.) Zl. W172 2108663-1/6E, betreffend Übertretung des Zahlungsdienstegesetzes (Partei gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 VwGG: Finanzmarktaufsichtsbehörde; weitere Partei: Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

Die Revisionen werden als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerber haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von jeweils € 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnissen der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) jeweils vom 27. März 2015 wurden die Revisionswerber schuldig erkannt, sie hätten als Geschäftsführer der T GmbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass die T GmbH im Zeitraum von 13. August 2014 bis 1. Jänner 2015 in Punkt 2.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) von ihren Kunden verlangt habe, bei der Anmeldung den Nachweis einer österreichischen Bank- oder Kreditkartenverbindung vorzulegen. Somit habe die T GmbH zumindest von 13. August 2014 bis 1. Jänner 2015 entgegen Art. 9 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009, ABl. L 94 vom 30. März 2012, Seite 22 (im Folgenden: SEPA-VO), als Zahlungsempfänger vorgegeben, in welchem Mitgliedstaat ein Zahlungskonto zu führen sei. Die Revisionswerber



hätten dadurch Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO i.V.m. § 68a Abs. 1 Z 10 Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG), BGBl. I Nr. 66/2009, i.d.F. BGBl. I Nr. 20/2013, verletzt. Wegen dieser Übertretung wurde über sie jeweils gemäß § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG, i.d.F. BGBl. I Nr. 20/2013, eine Geldstrafe in der Höhe von € 4.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 18 Stunden) verhängt.

- 2 Über die von den Revisionswerbern dagegen erhobenen Beschwerden hat das Bundesverwaltungsgericht, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 23. Juni 2016, mit den nunmehr angefochtenen Erkenntnissen entschieden und dabei die Straferkenntnisse der FMA jeweils mit der Maßgabe bestätigt, dass diese in ihrem Spruchpunkt I. zu lauten haben (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

„Die [T] GmbH verlangte im Zeitraum 13.08.2014 bis 31.12.2014 in Punkt 2.3 ihrer ‚Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen [„AGB“] für die Marken [T] und [TX]‘ von ihren Kunden bei der Anmeldung, die für das Zustandekommen eines Vertrags zwischen der [T] GmbH und ihrem Kunden im Sinne des Punktes 2.1 a. der AGB erforderlich ist, einen Nachweis einer österreichischen Bank- oder Kreditkartenverbindung vorzulegen, wenn der Kunde der [T] GmbH für die Zahlungen eine Einziehungsermächtigung erteilt. Die [T] GmbH hat somit zumindest von 13.08.2014 bis 31.12.2014 entgegen Art. 9 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 260/2012 als Zahlungsempfänger vorgegeben, in welchem Mitgliedstaat ein Zahlungskonto zu führen ist.“

Zudem sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig sei und führte dazu in der Begründung aus, dass es zur Anwendung der Regelungen des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG bzw. Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO auf die gegenständliche Fallkonstellation (soweit feststellbar) an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle.

- 3 In den angefochtenen Erkenntnissen stellte das Bundesverwaltungsgericht - soweit hier entscheidungserheblich - im Wesentlichen fest, die Geschäftsführung der T GmbH habe im Tatzeitraum aus fünf Geschäftsführern bestanden (Anmerkung: unter der vom Bundesverwaltungsgericht zitierten ON 2 des Verwaltungsaktes findet sich ein Firmenbuchauszug, in dem vier Geschäftsführer der T GmbH ersichtlich sind).



Organisatorisch seien die Zuständigkeiten der Geschäftsführung aufgrund des vom Aufsichtsrat der T GmbH am 19. September 2013 beschlossenen satzungsgemäßen Geschäftsverteilungsplans aufgeteilt worden. Der Zweitbeschwerdeführer, auch Vorsitzender der Geschäftsführung, sei für den Bereich des „Managing Directors“, unter anderem auch für die Agenden zu „Recht & Regulierung inkl. Public Affairs“ („Rechtsabteilung“) zuständig gewesen. Dem Erstrevisionswerber, auch stellvertretender Vorsitzender der Geschäftsführung, habe der Bereich des „Chief Financial Directors“, unter anderem auch die Agenden zu „Financial Operations“ („Einheit für Finanzprojekte“) und zu „Accounting, Taxes und Treasury“ („Bereich Accounting“) oblegen. Des Weiteren seien auch den zwei weiteren Beschwerdeführern als Mitglieder der Geschäftsführung der T GmbH (Anmerkung: es handelt sich um die Revisionswerber zu Ro 2016/02/0011 und Ra 2016/02/0012) durch den Geschäftsverteilungsplan Agenden zugewiesen worden, die aber nicht in einem - jedenfalls nicht entscheidungswesentlichen - Zusammenhang zur Einhaltung der hier maßgeblichen Verwaltungsvorschriften gestanden seien.

Die verfahrensgegenständliche Angelegenheit des Zahlungsverkehrs sei dem Zuständigkeitsbereich des „Financial Directors“ (Erstrevisionswerber) unterlegen. Die dem Vorsitzenden (Zweitrevisionswerber) unterstehende „Rechtsabteilung“ sei eine „Stabsabteilung“, die von sämtlichen Mitgliedern der Geschäftsführung zur Wahrung der rechtlichen Verpflichtungen beigezogen werde. Sie diene oft auch nur als Verbindungsstelle zur Herstellung von Kontakten mit Rechtsvertretern. Die Entscheidung, ob die Beiziehung dieser „Stabstelle“ im Einzelnen notwendig sei, obliege alleine dem für den jeweiligen Zuständigkeitsbereich verantwortlichen Mitglied der Geschäftsführung.

Die im Tatzeitraum geltenden „Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen [,AGB‘] für die Marken [T] und [TX], gültig für neu abgeschlossene Verträge sowie Vertragsverlängerungen ab 21. Februar 2012“ würden auszugsweise lauten (Hervorhebung im Original):



Pkt. 2.1:

„Der Vertrag kommt zustande durch

- a. Ihre Anmeldung mit dem von Ihnen unterschriebenen Anmeldeformular (Angebot) und
- b. Aktivierung Ihrer SIM-Karte durch uns (Annahme)[.]“

Pkt. 2.3:

„Bei der Anmeldung benötigen Sie Nachweise

- a. Ihrer Identität (Führerschein, Reisepass oder Personalausweis),
- b. Ihres Wohnsitzes mit Meldezettel,
- c. Ihrer österreichischen Bank- oder Kreditkarten-Verbindung, wenn Sie uns für Ihre Zahlungen eine Einziehungsermächtigung erteilen.
- d. falls anwendbar: Ihrer Unternehmenseigenschaft (durch Firmenbuchauszug, Gewerbeberechtigung etc.).“

Mit E-Mail vom 21. Juli 2014 sei der Beschwerdestelle der FMA mitgeteilt worden, dass die T GmbH gemäß Pkt. 2.3 ihrer AGB ihren Kunden eine inländische Bankverbindung bzw. Kreditkarte vorschreiben würde. Hierauf habe die FMA am 12. August 2014 gegen die Revisionswerber eine Ermahnungsverfügung erlassen. Die T GmbH habe auch nach Erlassung dieser Ermahnungsverfügungen den von der FMA inkriminierten Pkt. 2.3 der AGB beibehalten. Am 12. November 2014 sei von der T GmbH schriftlich mitgeteilt worden, dass die Anwendung des Pkt. 2.3 der AGB unterlassen werde, indem - da eine automatisierte Durchführung noch nicht möglich wäre - eine behelfsmäßige manuelle Lösung angewendet werde. Diese Mitteilung an die FMA sei allein in der Zuständigkeit der „Rechtsabteilung“ und nicht in der für Finanzprojekte verantwortlichen Einheit gelegen. Vom 18. Dezember 2014 bis 31. Jänner 2015 sei die Information über die Nichtanwendung des Pkt. 2.3 der AGB auf der Website der T GmbH sowie auf jener von „TX“, nämlich an den Orten, an denen die AGB veröffentlicht würden, bereitgestellt worden. Auch sei dort die geplante Änderung des Pkt. 2.3 der AGB (im Sinne der FMA) inhaltlich wiedergegeben worden.



Am 1. Jänner 2015 sei die Kundmachung der geänderten AGB erfolgt. Pkt 2.3 der AGB habe nach dieser Änderung folgenden Wortlaut (Hervorhebung im Original):

„Bei der Anmeldung benötigen Sie Nachweise

- a. Ihrer Identität (Führerschein, Reisepass oder Personalausweis),
- b. Ihres Wohnsitzes mit Meldezettel,
- c. **[I]hrer Bankverbindung im SEPA-Raum oder Kreditkarten-Verbindung, wenn Sie uns für Ihre Zahlungen eine Einziehungsermächtigung erteilen.**
- d. falls anwendbar: Ihre Unternehmenseigenschaft (durch Firmenbuchauszug, Gewerbeberechtigung etc.[.])“

Die Umsetzung des SEPA-Systems habe im Jänner 2013 begonnen und betreffend den inländischen Zahlungsverkehr Ende 2013 geendet. Hinsichtlich des ausländischen Zahlungsverkehrs sei der erste SEPA-Einzug mit ausländischer IBAN im September 2014 erfolgt, die Umstellung betreffend den ausländischen Zahlungsverkehr sei damit mit September 2014 abgeschlossen gewesen. Wegen der Verzögerungen bei der Automatisierung des internationalen Einzuges sei in der Folge den Kunden mit ausländischen Konten angeboten worden, im Einzelfall behelfsmäßig mit manuellen Lösungen vorzugehen. Dies deshalb, weil in Österreich die inländischen IBAN nur bei den österreichischen Konten konfiguriert gewesen seien. Diese hätten 21 Stellen ausgewiesen, wobei dieses System schon seit 2001 bestanden habe. Wegen SEPA hätte dieses System völlig neu organisiert werden müssen. Deswegen seien die Mitarbeiter in den Service-Shops von den Verantwortlichen der „Einheit für Finanzprojekte“ angewiesen worden, dass Kunden mit ausländischer IBAN ihr Anliegen weiter an die Mitarbeiter dieser Einheit weiterleiten könnten, die dann händisch die entsprechenden Daten eingeben und das Erforderliche veranlassen würden. Die Anweisung an die Mitarbeiter der Service-Shops sei im September 2014 erfolgt; zu dieser Zeit sei die technische Implementierung in das SEPA-System betreffend die ausländischen IBAN schon abgeschlossen gewesen, aber zur Prüfung bzw. Kontrolle der ausländischen IBAN-Konten habe im Lichte des SAP-Systems diesbezüglich weiterhin manuell vorgegangen werden müssen.



Die Anmeldung von ausländischen Konten sei schriftlich erfolgt, wobei der Antrag vom Kunden unterschrieben und an die „Einheit für Finanzprojekte“ weitergeleitet worden sei. Bis heute werde dieser dann manuell weiter bearbeitet.

Für den Fall, dass eine Person mittels Online-Zugang ein ausländisches SEPA-Konto verwenden wollte, sei im Tatzeitraum im Online-Shop ein Hinweis zu finden gewesen, dass die betreffenden ausländischen Kontodaten in schriftlicher Form über den Bildschirm eingetippt bzw. mitgeteilt werden könnten. Ohne einen derartigen Hinweis hätte ein (potentieller) Kunde, der sich des Online-Zugangs bediene, keine Möglichkeit gehabt, von der Möglichkeit der Weiterleitung seines Anliegens an die „Einheit für Finanzprojekte“ zu erfahren.

Der Anlassfall für die Anweisung an die Mitarbeiter der Service-Shops habe sich ca. im Mai oder Juni 2014 ereignet. Ein deutscher Kunde habe im Service-Shop seine ausländische IBAN bekannt gegeben, woraufhin ihm die dortigen Mitarbeiter mitgeteilt hätten, dass das System diesbezüglich noch nicht funktioniere. Dies sei durch die noch nicht vollkommene Umsetzung des SEPA bedingt gewesen. Da die SEPA-Umsetzung, wie geplant, noch bis August 2014 im Laufen gewesen sei, sei noch ein zeitlicher Spielraum für die behelfsmäßige manuelle Vorgangsweise gegeben gewesen. Im Zeitraum vom 13. August 2014 bis 1. Jänner 2015 sei kein einziger Fall eingetreten, bei dem ein Kunde oder ein potentieller Kunde ein ausländisches Konto für die Bezahlung habe verwenden wollen und dies durch die T GmbH abgelehnt worden sei.

Die T GmbH habe für die Einhaltung und Überwachung der relevanten Bestimmungen hierfür betraute Mitarbeiter eingestellt. Darüber hinaus seien regelmäßige interne und externe Schulungen sowie persönliche Belehrungen der Mitarbeiter über diese Vorschriften erfolgt. Die tatsächliche Durchführung der diesbezüglichen Maßnahmen sei von dem für die Einhaltung der betreffenden Bestimmungen verantwortlichen Bereichsleiter „Accounting“ überwacht und umgesetzt worden, der darüber der Geschäftsführung regelmäßig berichtet habe. Die Mitarbeiter seien im Rahmen regelmäßiger



Dienstbesprechungen und Schulungen auf etwaige Missstände aufmerksam gemacht, mit für ihren jeweiligen Bereich gesetzlichen Bestimmungen vertraut gemacht und angeleitet worden, aufgetretene Missstände umgehend an ihre jeweiligen Vorgesetzten zu melden. Die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften und innerbetrieblichen Anweisungen sei regelmäßig stichprobenartig kontrolliert worden. Weiters sei die Einhaltung der einschlägigen Dienstvorschriften und Weisungen nachzuweisen gewesen, eine regelmäßige Kontrolle sei auch im Rahmen von Besprechungen erfolgt.

- 4 In rechtlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, sowohl Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO als auch die darauf verweisende Bestimmung des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG würden sich auf die rechtlichen Modalitäten der Durchführung eines Zahlungsvorgangs (i.S.d. Art. 2 Nr. 10 SEPA-VO bzw. § 3 Z 5 ZaDiG) beziehen, der mit einem Hauptgeschäft wie z.B. einem Vertrag betreffend Telekommunikationsdienstleistungen zwischen einem Anbieter und einem Nutzer zusammenhänge. Demzufolge sei mit der Wortwendung „Wer [...] als Zahlungsempfänger vorgibt“ die Vorschreibung etwa verfahrensgegenständlich mit Pkt. 2.3 c. der AGB durch die T GmbH erfasst, nämlich eines Nachweises u.a. einer österreichischen Bank- oder Kreditverbindung zum Zwecke der Erteilung einer Einziehungsermächtigung, die für die zum Zustandekommen eines Vertrages zwischen der T GmbH und ihrem Kunden i.S.d. Pkt. 2.1 a. der AGB u.a. erforderliche Anmeldung benötigt werde. Sihin sei nicht ausgeschlossen, dass sich der objektive Tatbestand des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG durchaus auch auf einen dem Vertragsabschluss etwa über eine Telekommunikationsdienstleistung vorangehenden Zeitraum beziehen könne, d.h. wie z.B. hier verfahrensgegenständlich auch auf einen Zeitpunkt, an dem der (potentielle) Kunde noch gar nicht den betreffenden Vertrag mit der T GmbH eingegangen sei.

Der Wortlaut des Straftatbestandes des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG beziehe sich darauf, dass der Zahlungsempfänger konkret - wie hier verfahrensgegenständlich durch dessen AGB - vorgebe, welche Modalitäten bei der Durchführung des Zahlungsvorgangs einzuhalten seien. Maßgebend sei der Inhalt der AGB in der Fassung ihrer letzten Kundmachung. Es würde dem mit



dem ZaDiG verfolgten Zweck, nämlich der Stärkung des Kundenschutzes und -vertrauens durch umfassende Informationspflichten und klare Regeln über die Ausführung von Zahlungsdiensten und Rechten und Pflichten einschließlich Haftungsbestimmungen zuwiderlaufen (Hinweis auf ErlRV 207 BlgNR 24. GP 2 und 4), wenn der Anbieter entgegen seiner AGB handeln würde, indem er diese im Einzelfall nicht auf Kunden mit ausländischen Konten anwenden würde oder es dem gegenüber dem Konsumenten mächtigeren Anbieter überlassen bliebe, je nach Fall von den eigenen AGB auch zum Nachteil des Konsumenten abzugehen. Zudem würde die ebenso der Transparenz des Telekommunikationsmarktes und dem Kundenschutz dienende Regelung des § 25 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG), BGBl. I Nr. 70/2003, ihres Sinnes beraubt, wenn mit der Kundmachung der AGB keine Verbindlichkeit im Sinne einer grundsätzlichen Selbstbindung für das Vertragsverhalten eines Anbieters mehr entfaltet würde.

Nachdem nur der Inhalt der AGB in der Fassung ihrer letzten Kundmachung rechtlich maßgeblich sei, könne das rechtswidrige Verhalten erst mit der Kundmachung der geänderten, mit den Verwaltungsvorschriften konformen Bestimmungen in den AGB beendet werden. Für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes sei es daher unerheblich, ab welchem Zeitpunkt die Revisionswerber die von ihnen vorgebrachten für eine etwaige Einschränkung des Tatzeitraums gesetzten Handlungen vorgenommen hätten. Der im Spruch des bekämpften Straferkenntnisses angeführte Tatzeitraum sei um einen Tag verkürzt worden, da der rechtswidrige Zustand der Geltung der bislang kundgemachten AGB tatsächlich mit Ablauf des 31. Dezember 2014 sein Ende gefunden habe. Mit der konkretisierenden Bezugnahme im Spruch des Erkenntnisses auf die AGB sei der von den Revisionswerbern aufgrund der allgemeiner gehaltenen Formulierung des erstinstanzlichen Spruches aufgeworfene Vorhalt einer möglichen Doppelbestrafung entkräftet worden.

Im Verfahren sei nicht hervorgekommen, dass ein Verantwortlicher nach § 9 Abs. 2 VStG bestellt worden sei. Jedoch sei dem Vorbringen der Revisionswerber zu folgen, wonach die Zuständigkeiten der Geschäftsführung der T GmbH aufgrund des vom Aufsichtsrat am 19. September 2013



beschlossenen satzungsgemäßen „Geschäftsverteilungsplans“ pflichtbeschränkend für die jeweils unzuständigen Mitglieder der Geschäftsführung im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG seien. Nicht überzeugend sei der Einwand der Revisionswerber, die verfahrensgegenständliche Angelegenheit des Zahlungsverkehrs sei nur der Zuständigkeit des Erstrevisionswerbers (als „Chief Financial Director“) unterlegen. Vielmehr wäre es Aufgabe der - dem Zweitrevisionswerber als „Stabsabteilung“ unterstehenden - „Rechtsabteilung“ gewesen, die AGB entsprechend der jeweils geltenden Rechtslage zu adaptieren. Es würde auf eine Umgehung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit hinauslaufen, wenn sich der Zweitrevisionswerber von der Zurechnung des verwaltungsstrafrechtlich inkriminierten Verhaltens befreien könnte, indem er die für die Einhaltung der maßgeblichen Verwaltungsvorschriften zuständige Einheit organisatorisch als „Stabsabteilung“ verfüge. Wie in der mündlichen Verhandlung auch der Zeuge Mag. L. bestätigt habe, sei die „Rechtsabteilung“ der T GmbH für Angelegenheiten betreffend AGB unabhängig von ihrer organisatorischen Qualifizierung zuständig gewesen. Freilich müsse sich auch der Erstrevisionswerber das verwaltungsstrafrechtlich inkriminierte Verhalten zurechnen lassen, da die ihm als zuständiges Mitglied der Geschäftsführung unterstehende „Einheit für Finanzprojekte“ gegenständlich mit den Angelegenheiten des Zahlungsverkehrs befasst gewesen und nicht den gesetzlichen Anforderungen nachgekommen sei. Die betreffende „Einheit für Finanzprojekte“ hätte bei der Betreuung und Bearbeitung dieser Aufgabe alle damit fach- bzw. sachlich mitbetroffenen Organisationseinheiten der T GmbH einbinden oder zumindest informieren müssen; hinsichtlich der rechtlichen Fragen, insbesondere auch die Aktualität der AGB betreffend, sei die Einbindung der „Rechtsabteilung“ besonders naheliegend gewesen.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die T GmbH erst am 18. Dezember 2014 die Nichtanwendbarkeit des Pkt. 2.3 der AGB auf den entsprechenden Websites veröffentlicht, erst am 19. Dezember 2014 die geplanten Änderungen der AGB der Regulierungsbehörde angezeigt und die neue Regelung erst am 1. Jänner 2015 kundgemacht habe. Den Revisionswerbern sei es möglich gewesen, die Änderung der AGB bereits zu einem früheren Zeitpunkt der



Regulierungsbehörde anzuzeigen bzw. den rechtswidrigen Zustand mit einer früheren Kundmachung zu beenden.

Soweit vorgebracht werde, die gravierenden technischen Herausforderungen bei der Umsetzung des SEPA-Systems müssten zu einer Schuldbefreiung führen, sei dem entgegenzuhalten, dass die SEPA-VO am 30. März 2012 kundgemacht worden und ihre Umsetzung durch Novellierung des ZaDiG am 1. Februar 2013 in Kraft getreten sei. Bei ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Aufgaben eines Geschäftsführers hätte erwartet werden können, dass sich dieser spätestens zu diesen Zeitpunkten mit den neuen technischen und zusammenhängenden rechtlichen Anforderungen vertraut gemacht und entsprechend vorbereitet hätte. Sowohl der europarechtliche als auch der nationale Gesetzgeber hätten mit der Einräumung einer bis 1. Februar 2014 andauernden Umsetzungsfrist auf diese Herausforderungen angemessen Bedacht genommen. Da es sich bei der T GmbH um ein Großunternehmen und einen Teil eines internationalen Konzerns handle, der im Zusammenhang mit seinem Unternehmensgegenstand und Geschäftsmodell laufend mit moderner (Kommunikations-)Technologie beschäftigt sei, könne die zeitgerechte Bewältigung derartiger Herausforderungen erwartet werden; Berichten zufolge hätten die infolge der Annahme des SEPA-Regimes angesprochenen österreichischen - auch kleinen und mittleren - Unternehmen diese Herausforderungen fristgerecht bewältigt. Auch der Zweitrevisionswerber habe im Rahmen seiner Vernehmung am 27. Februar 2015 eingeräumt, dass es zu einer Umsetzungslücke bei Pkt. 2.3 der AGB gekommen sei, weil keine technische Möglichkeit bestanden habe, einen internationalen Einzug automatisiert durchzuführen. Der Zeuge Mag. L. habe zugestanden, dass die entsprechende Änderung der AGB „schlichtweg vergessen“ worden sei. Zudem seien die technischen Adaptierungen trotz der Ermahnungsverfügung der FMA vom 12. August 2014 nicht umgehend vorgenommen worden und es sei mit den Änderungen der AGB zugewartet worden.

Schließlich sei im Verfahren nicht hervorgekommen, dass die Revisionswerber eine - den Vorgaben der Rechtsprechung entsprechende - angemessene



Kontrolle der Ausführungen der untergeordneten Einheiten vorgenommen oder angeordnet hätten.

Die Festsetzung der Strafe sei aus generalpräventiven Gründen erforderlich, da die im öffentlichen Interesse gelegenen Aufsichtsziele der FMA im Bereich des ZaDiG (Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen, Rechtssicherheit der Kunden, Sicherstellung des einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Wertstellungen in Österreich) durch die Übertretung nicht nur geringfügig beeinträchtigt worden seien. Nachdem die Revisionswerber keine Angaben zu ihrem Gehalt gemacht hätten, sei bei der Festsetzung der Strafhöhe von einem überdurchschnittlichen Geschäftsführergehalt bei der T GmbH ausgegangen worden. Sorgepflichten seien keine vorgebracht worden. Weiters seien keine für die Strafzumessung erschwerenden Umstände hervorgekommen. Mildernd sei die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Revisionswerber zu berücksichtigen. Aufgrund der Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter und dem nicht bloß geringfügigen Verschulden der Revisionswerber sei von einem Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG abzusehen.

- 5 Gegen diese Erkenntnisse richten sich die ordentlichen Revisionen der Revisionswerber, die vom Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung des Vorverfahrens gemeinsam mit den Verfahrensakten vorgelegt wurden. Die Revisionswerber beantragten jeweils, der Verwaltungsgerichtshof wolle die angefochtenen Erkenntnisse kostenpflichtig wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufheben.
- 6 Die FMA erstattete Revisionsbeantwortungen jeweils mit dem Antrag, der Verwaltungsgerichtshof möge die Revision zurückweisen bzw. als unbegründet abweisen.



Der Verwaltungsgerichtshof hat über die wegen ihres persönlichen und inhaltlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen Revisionen in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

- 7 Die Erwägungsgründe 9, 19, 24 und 27 sowie die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009, ABl. L 94 vom 30. März 2012, Seite 22 (im Folgenden: SEPA-VO), lauten (auszugsweise):

„(9) Eine Überweisung kann nur ausgeführt werden, wenn das Zahlungskonto des Zahlungsempfängers erreichbar ist. Um die Inanspruchnahme unionsweiter Überweisungen und Lastschriften zu fördern, sollte deshalb unionsweit eine Verpflichtung zur Erreichbarkeit festgelegt werden. Im Interesse der Transparenz sollten diese Verpflichtung und die in der Verordnung (EG) Nr. 924/2009 bereits niedergelegte Erreichbarkeitsverpflichtung für Lastschriften in einem einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden. Alle für eine Inlandsüberweisung erreichbaren Zahlungskonten eines Zahlungsempfängers sollten auch mittels eines unionsweiten Überweisungsverfahrens erreichbar sein. Alle für eine Inlandslastschrift erreichbaren Zahlungskonten von Zahlern sollten auch mittels eines unionsweiten Lastschriftverfahrens erreichbar sein. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob der Zahlungsdienstleister beschließt, an einem bestimmten Überweisungs- oder Lastschriftverfahren teilzunehmen.

[...]

(19) Zahlungsdienstleister und -nutzer sollten über genügend Zeit verfügen, die Anpassung an die technischen Anforderungen vorzunehmen. Die Anpassungsperiode sollte jedoch die Vorteile für die Verbraucher nicht in unnötiger Weise verzögern oder Maßnahmen vorausschauender Unternehmen benachteiligen, die bereits auf SEPA umgestellt haben. Für Inlandszahlungen und grenzüberschreitende Zahlungen sollten Zahlungsdienstleister die erforderlichen technischen Dienstleistungen für ihre Endkunden bereitstellen, um eine reibungslose und sichere Umstellung auf die in dieser Verordnung niedergelegten technischen Anforderungen sicherzustellen.

[...]



(24) Für das ordnungsgemäße Funktionieren des Zahlungsbinnenmarkts ist es von entscheidender Bedeutung, dass Zahler wie Verbraucher, Unternehmen oder Behörden Überweisungen an Zahlungskonten der Zahlungsempfänger von Zahlungsdienstleistern ausführen lassen können, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig und gemäß dieser Verordnung erreichbar sind.

[...]

(27) Die Mitgliedstaaten sollten Vorschriften für Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung festlegen und sicherstellen, dass diese Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind sowie angewandt werden. Diese Sanktionen sollten nicht für Verbraucher gelten.

[...]

Artikel 1

Gegenstand und Anwendungsbereich

(1) In dieser Verordnung werden Vorschriften für auf Euro lautende Überweisungen und Lastschriften innerhalb der Union festgelegt, bei denen entweder der Zahlungsdienstleister des Zahlers und der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers oder der einzige am Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstleister auf dem Gebiet der Union ansässig ist.

[...]

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

1. ‚Überweisung‘ einen vom Zahler ausgelösten inländischen oder grenzüberschreitenden Zahlungsdienst zum Zwecke der Erteilung einer Gutschrift auf das Zahlungskonto des Zahlungsempfängers zulasten des Zahlungskontos des Zahlers, in Ausführung eines oder mehrerer Zahlungsvorgänge durch den Zahlungsdienstleister, der das Zahlungskonto des Zahlers führt;
2. ‚Lastschrift‘ einen vom Zahlungsempfänger ausgelösten inländischen oder grenzüberschreitenden Zahlungsdienst zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers, aufgrund einer Zustimmung des Zahlers zu einem Zahlungsvorgang;
3. ‚Zahler‘ eine natürliche oder juristische Person, die Inhaber eines Zahlungskontos ist und einen Zahlungsauftrag von diesem Zahlungskonto gestattet, oder, falls kein Zahlungskonto eines Zahlers existiert, eine



natürliche oder juristische Person, die einen Zahlungsauftrag auf ein Zahlungskonto eines Zahlungsempfängers erteilt;

4. ‚Zahlungsempfänger‘ eine natürliche oder juristische Person, die Inhaber eines Zahlungskontos ist und die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll;
5. ‚Zahlungskonto‘ ein auf den Namen eines oder mehrerer Zahlungsdienstnutzer lautendes Konto, das für die Ausführung von Zahlungen genutzt wird;

[...]

Artikel 3

Erreichbarkeit

(1) Ein Zahlungsdienstleister eines Zahlungsempfängers, der für eine Inlandsüberweisung gemäß einem Zahlverfahren erreichbar ist, muss in Einklang mit den Bestimmungen eines unionsweiten Zahlverfahrens auch für Überweisungen erreichbar sein, die von einem Zahler über einen in einem beliebigen Mitgliedstaat ansässigen Zahlungsdienstleister ausgelöst werden.

(2) Ein Zahlungsdienstleister eines Zahlers, der für eine Inlandslastschrift gemäß einem Zahlverfahren erreichbar ist, muss im Einklang mit den Bestimmungen eines unionsweiten Zahlverfahrens auch für Lastschriften erreichbar sein, die von einem Zahlungsempfänger über einen in einem beliebigen Mitgliedstaat ansässigen Zahlungsdienstleister veranlasst werden.

(3) Absatz 2 gilt nur für Lastschriften, die für die Verbraucher als Zahler nach dem Zahlverfahren verfügbar sind.

[...]

Artikel 9

Zugänglichkeit von Zahlungen

(1) Ein Zahler, der eine Überweisung an einen Zahlungsempfänger vornimmt, der Inhaber eines Zahlungskontos innerhalb der Union ist, gibt nicht vor, in welchem Mitgliedstaat dieses Zahlungskonto zu führen ist, sofern das Zahlungskonto gemäß Artikel 3 erreichbar ist.



(2) Ein Zahlungsempfänger, der eine Überweisung annimmt oder eine Lastschrift verwendet, um Geldbeträge von einem Zahler einzuziehen, der Inhaber eines Zahlungskontos innerhalb der Union ist, gibt nicht vor, in welchem Mitgliedstaat dieses Zahlungskonto zu führen ist, sofern das Zahlungskonto gemäß Artikel 3 erreichbar ist.

[...]

Artikel 11

Sanktionen

(1) Die Mitgliedstaaten legen bis zum 1. Februar 2013 Regeln für die im Falle eines Verstoßes gegen diese Verordnung geltenden Sanktionen fest und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass diese angewandt werden. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Regeln und Maßnahmen bis zum 1. August 2013 mit und unterrichten sie unverzüglich über alle späteren Änderungen.

(2) Die in Absatz 1 genannten Sanktionen werden nicht auf Verbraucher angewandt.“

- 8 Die maßgeblichen Bestimmungen des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG), BGBl. I Nr. 66/2009 in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 184/2013 lauten (auszugsweise):

„Anwendungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz legt die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden, sowie den Zugang zu Zahlungssystemen.

[...]

Begriffsbestimmungen

§ 3. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten folgende Begriffsbestimmungen:

[...]

3. Mitgliedstaat: Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR-Vertragsstaat);



[...]

5. Zahlungsvorgang: vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger;

[...]

7. Zahler: eine Person, die Inhaber eines Zahlungskontos ist und die einen Zahlungsauftrag von diesem Zahlungskonto erteilt oder gestattet oder - falls kein Zahlungskonto vorhanden ist - eine Person, die den Auftrag für einen Zahlungsvorgang erteilt;
8. Zahlungsempfänger: eine Person, die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll;

[...]

11. Verbraucher: eine natürliche Person, die bei den von diesem Bundesgesetz erfassten Zahlungsdienstverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können;

[...]

13. Zahlungskonto: ein auf den Namen eines oder mehrerer Zahlungsdienstnutzer lautendes Konto, das für die Ausführung von Zahlungsvorgängen genutzt wird;

[...]

Im Übrigen gelten, soweit in diesem Bundesgesetz nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, die Begriffsbestimmungen des BWG, des WAG 2007 sowie der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006, Verordnung (EG) Nr. 924/2009 und Verordnung (EU) Nr. 575/2013.

[...]

§ 68a. (1) Wer gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 260/2012 verstößt, indem er

[...]

10. entgegen Art. 9 Abs. 2 als Zahlungsempfänger vorgibt, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto des Zahlers zu führen ist,

begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist von der FMA mit einer Geldstrafe bis zu





10 000 Euro zu bestrafen. Ein erzielter Vermögensvorteil ist von der FMA als verfallen zu erklären.

(2) Die Verwaltungsstrafbestimmungen gemäß Abs. 1 sind auf Verbraucher nicht anzuwenden.“

- 9 § 25 des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 102/2011 lautet (auszugsweise):

„Geschäftsbedingungen und Entgelte

§ 25. (1) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen.

(2) Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen sind vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Im Übrigen bleiben die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, BGBl. Nr. 140/1979, (KSchG), sowie des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches unberührt.

[...]

(4) Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern haben, soweit dies nach der Art des Dienstes möglich ist, zumindest zu enthalten:

[...]

2b. die angebotenen Zahlungsmodalitäten und die durch die Zahlungsmodalität bedingten Kostenunterschiede;

[...]

(6) Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Abs. 1 und 2 angezeigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen, letzteren jedoch nicht hinsichtlich der Höhe der nominellen Entgelte, innerhalb von acht Wochen bei Nichtübereinstimmung mit diesem Bundesgesetz oder den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen. Der Widerspruch bewirkt jedenfalls die Untersagung der weiteren Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Entgeltbestimmungen. Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgeltbestimmungen nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.



(7) Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten haben der Regulierungsbehörde die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Entgeltbestimmungen sowie jede Änderung derselben in einer von der Regulierungsbehörde vorgegebenen elektronischen Form zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde veröffentlicht diese Informationen sowie Informationen über den Universaldienst, insbesondere über die in § 29 Abs. 2 angeführten Einrichtungen und Dienste.

[...]“

- 10 Die „Allgemeine[n] Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen [...] für die Marken [T] und [TX]“, „[g]ültig für neu abgeschlossene Verträge sowie Vertragsverlängerungen ab 21. Februar 2012“ (im Folgenden: AGB) haben auszugsweise den folgenden Wortlaut (Hervorhebungen im Original):

„1. Wie ist unsere Beziehung geregelt?

1.1 Unser Vertragsverhältnis ist geregelt durch

- a. diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“),
- b. die allgemeinen Entgeltbestimmungen - als Bestandteil dieser AGB,
- c. die besonderen, zwischen Ihnen und uns bei der Anmeldung vereinbarten Entgeltbestimmungen für Ihren Tarif [...].
- d. allfällige, (schriftliche) Einzelvereinbarungen und
- e. besondere Nutzungsbedingungen (nur bei Zusatzdiensten).

[...]

2. Vertragsabschluss: Wie kommt unser Vertragsverhältnis zustande?

[...]

2.11. vertragsrelevante Mitteilungen:

- a) Vertragsrelevante Mitteilungen oder Erklärungen übermitteln wir Ihnen grundsätzlich schriftlich an die uns von Ihnen zuletzt bekannt gegebene Adresse.

[...]



23. Wie können Sie zahlen? Wann und wie können Sie Ihre aktuelle Zahlungsart ändern?

23.1 Sie können grundsätzlich unter folgenden Zahlungsarten wählen:

- a. eine von uns akzeptierte Kreditkarte,
- b. eine Einzugsermächtigung über eine österreichische Bank
- c. elektronische Überweisung (Telebanking)

Gerne informieren wir Sie im Zuge Ihrer Anmeldung über die verfügbaren Zahlungsarten.

[...]

23.1.1 Alle oben genannten Zahlungsarten werden als schuldbefreiend anerkannt.“

- 11 Ergänzend zur Begründung der Zulässigkeit der Revision durch das Bundesverwaltungsgericht führen die Revisionen - im Wesentlichen gleichlautend - aus, das Bundesverwaltungsgericht weiche mit den angefochtenen Erkenntnissen von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Anforderungen an den Spruch eines Straferkenntnisses nach § 44a Z 1 VStG ab und nehme eine Bestrafung vor, obwohl kein tatbestandsmäßiges Verhalten vorliege.
- 12 Die Revisionen erweisen sich in Ansehung der Begründung ihrer Zulässigkeit in den angefochtenen Erkenntnissen als zulässig; aus nachstehenden Erwägungen sind sie allerdings nicht begründet:
- 13 Unter dem Titel der Revisionsgründe bringen die Revisionswerber zunächst vor, die T GmbH könne als Zahlungsempfänger erst nach Eingehen einer Vertragsbeziehung im Sinne des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG vorgeben, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto zu führen sei. Die bemängelte Passage in Pkt. 2.3 der AGB beziehe sich jedoch auf einen Zeitpunkt vor Vertragsabschluss. Zudem hätte die FMA, um den Revisionswerbern eine Verletzung dieser Vorschrift nachweisen zu können, in einem konkreten Fall nachweisen müssen, dass die T GmbH tatsächlich einem Zahler im Sinne des § 3 Z 7 ZaDiG vorgegeben hätte, in welchem Mitgliedstaat er sein Konto hätte



führen müssen; dafür hätte wiederum eine aufrechte Vertragsbeziehung mit einem Kunden nachgewiesen werden müssen. Entgegen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 1992, 88/05/0263) habe der Spruch keine konkrete Ausführung der wesentlichen Tathandlungen enthalten, sondern lediglich einen pauschalen Verweis darauf, dass die T GmbH „Kunden“ vorgegeben hätte, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto zu führen sei. Damit sei der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

- 14 Nach Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO gibt ein Zahlungsempfänger, der eine Überweisung annimmt oder eine Lastschrift verwendet, um Geldbeträge von einem Zahler einzuziehen, der Inhaber eines Zahlungskontos innerhalb der Union ist, nicht vor, in welchem Mitgliedstaat dieses Zahlungskonto zu führen ist, sofern das Zahlungskonto gemäß Art. 3 SEPA-VO erreichbar ist. Entsprechend der Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 SEPA-VO, nach der die Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung festlegen, wurde mit § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG eine Verwaltungsstrafbestimmung geschaffen, nach der eine Verwaltungsübertretung begeht, wer entgegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO als Zahlungsempfänger vorgibt, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto des Zahlers zu führen ist. Auf Verbraucher ist diese Verwaltungsstrafbestimmung nicht anzuwenden (§ 68a Abs. 2 ZaDiG, Art. 11 Abs. 2 SEPA-VO).
- 15 Soweit die SEPA-VO damit den Mitgliedstaaten eröffnet, im nationalen Recht Sanktionen und erforderliche Maßnahmen vorzusehen, die den in Art. 11 SEPA-VO genannten näheren Anforderungen entsprechen, ist sie nicht unmittelbar anwendbar (zu den - von der Lehre - so genannten „hinkenden“ Verordnungen vgl. *Ruffert in Callies/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ [2016] Art. 288 AEUV Rn. 21; *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts [2009] 80 f; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ [2013] 63 f). Die Auslegung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG hat daher insoweit unter Rückgriff auf das nationale Recht zu erfolgen, als sie nicht die Frage betrifft, ob die Bestimmung den Anforderungen des Art. 11 SEPA-VO entspricht, die Tragweite der SEPA-VO ändert oder ihre



materielle Ergänzung bewirkt (vgl. dazu etwa die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 18. Februar 1970, Rs 40/69, *Bollmann* Rn. 4, und vom 27. September 1979, Rs 230/78, *Eridania* Rn. 34).

- 16 Das Tatbild des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG lässt sich im Wesentlichen in vier Tatbestandselemente aufgliedern: Im tatsächlichen Geschehen, das der als erwiesen angenommenen Tat zugrunde liegt, müssen „Zahler“ (1.) und „Zahlungsempfänger“ (2.) involviert sein. Dabei muss der Zahlungsempfänger vorgeben, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto des Zahlers zu führen ist (3.). Dies muss entgegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO geschehen (4.).
- 17 Im vorliegenden Fall war alleine strittig, ob das 1. und das 3. Tatbestandselement vorliegen, sodass im Folgenden nur diese beiden Tatbestandselemente zu behandeln waren.
- 18 Zunächst ist auf die von den Revisionswerbern offenbar vertretene Ansicht einzugehen, das Tatbild des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG sei im konkreten Fall nicht erfüllt, weil „Zahler“ nach dem Verständnis des § 3 Z 7 ZaDiG nur Personen einschließe, die in einer aufrechten Vertragsbeziehung (im konkreten Fall wohl gemeint: mit der T GmbH als Zahlungsempfänger) stehen würden, und eine derartige Vertragsbeziehung nicht nachgewiesen worden sei.
- 19 Dem ist indes der Wortlaut der Legaldefinitionen in § 3 Z 7 ZaDiG und Art. 2 Nr. 3 SEPA-VO entgegenzuhalten, der nicht in diese Richtung weist: Die beiden genannten Bestimmungen verstehen unter „Zahler“ (mit geringfügigen, fallbezogen unwesentlichen Unterschieden in der Textierung) Personen, die Inhaber eines Zahlungskontos sind und die einen Zahlungsauftrag von diesem Zahlungskonto „gestatte[n]“ oder - falls kein Zahlungskonto existiert - Personen, die Zahlungsaufträge „erteil[en]“. Genauso wie in der spiegelbildlichen Legaldefinition von „Zahlungsempfänger“ (§ 3 Z 8 ZaDiG bzw. Art. 2 Nr. 4 SEPA-VO) wird also auf die abstrakte Rolle der erfassten Personen im Rahmen des Zahlungsvorgangs abgestellt, nicht jedoch auf allfällige Vertragsbeziehungen zwischen Zahler und Zahlungsempfänger.
- 20 Auch der Oberste Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass „Zahler“ nicht nur Personen sein können, die bereits in einem



Vertragsverhältnis mit dem Zahlungsempfänger stehen: So prüfte er im Zuge eines Verfahrens über eine Verbandsklage nach dem II. Hauptstück des KSchG, ob ein Mobilfunkbetreiber damit, dass er für die Nutzung bestimmter Zahlungsinstrumente eine Bearbeitungsgebühr vorsah, im geschäftlichen Verkehr eine Klausel in seinen AGB verwendete, die gegen § 27 Abs. 6 zweiter Satz ZaDiG verstieß (vgl. das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 17. Juni 2014, 10 Ob 27/14i, dort auch den Hinweis in Pkt. 2.2 und 3.2, wo er unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien ausführt, dass die Bestimmung des § 27 Abs. 6 ZaDiG dem „Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs“ dient; vgl. außerdem das in diesem Verfahren ergangene Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 9. April 2014, C-616/11, *T-Mobile Austria GmbH/Verein für Konsumenteninformation*). Diese Rechtsprechung befasste sich mit der Rechtslage nach der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 95/5/EG, ABl. L 319 vom 5. Dezember 2007, Seite 1 (im Folgenden: Zahlungsdienste-RL 2007), die in Art. 4 Nr. 7 eine Legaldefinition von „Zahler“ enthält, welche jener in Art. 2 Nr. 1 SEPA-VO entspricht und auf die § 3 Z 7 ZaDiG zurückgeht (vgl. ErlRV 207 BlgNR 24. GP 15).

21 Im Übrigen sollte sich ausweislich der Gesetzesmaterialien die Gesetzessystematik des ZaDiG am Vorbild des Wertpapieraufsichtsgesetzes, BGBl. I Nr. 60/2007, orientieren (vgl. nur ErlRV 207 BlgNR 24. GP 5). Dieses sieht nunmehr in § 1 Z 12 eine Legaldefinition von „Kunde“ vor, nach der auch jede natürliche oder juristische Person erfasst sein soll, gegenüber der den Rechtsträger vorvertragliche Pflichten treffen (vgl. dazu, dass damit potentielle Kunden erfasst sind und dies auch nach der bisherigen Rechtslage der Fall war, ErlRV 143 BlgNR 23. GP 6).

22 Die Revisionswerber übersehen mit ihrer Auffassung überdies, dass sich Pkt. 2.3 der AGB nicht nur an Neukunden außerhalb einer bestehenden Vertragsbeziehung richtet und diesen Vorgaben über die bei der Anmeldung beizubringenden Nachweise macht; vielmehr macht diese Bestimmung darüber



hinausgehende materielle Vorgaben, die Vertragsbestandteil werden und damit für das weitere Vertragsverhältnis maßgeblich sind. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass - bei einer Zahlung mit Einziehungsermächtigung - zufolge Pkt. 2.3 c. der AGB während des gesamten Vertragsverhältnisses eine österreichische Bank- oder Kreditkartenverbindung gefordert ist. Ein solches Verständnis legt schon der Umstand nahe, dass es sich bei dem Erfordernis einer österreichischen Bank- und Kreditkartenverbindung um eine Abwicklungsmodalität der zentralen Verpflichtung der Kunden aus dem Vertragsverhältnis handelt, nämlich jener zur Leistung des Entgelts. Demgemäß müssen AGB zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern nach § 25 Abs. 4 Z 2b TKG grundsätzlich Angaben über die angebotenen Zahlungsmodalitäten enthalten. Gestützt wird dieses Verständnis im Übrigen von Pkt. 23.1 b. im Zusammenhalt mit Pkt. 23.1.1 der AGB, wonach (nur) eine Einziehungsermächtigung über eine österreichische Bank schuldbefreiend wirken soll.

- 23 Entgegen der Ansicht der Revisionswerber kam damit potentiellen Kunden, denen der Vertragsabschluss zu den gegenständlichen AGB angeboten wurde, ebenso wie bestehenden Kunden, deren Vertragsbeziehung (unter anderem) durch diese AGB bestimmt wurden, die Eigenschaft als „Zahler“ zu.
- 24 Im Weiteren erachten die Revisionen den vom Bundesverwaltungsgericht angenommenen Tatzeitraum als unzutreffend. Die T GmbH habe gegenüber der FMA bereits im November 2014 bestätigt, dass die Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO verbindlich eingehalten würden. Zwar sei zu diesem Zeitpunkt eine automatisierte Durchführung eines internationalen Einzuges aus technischen Gründen noch nicht möglich gewesen; es sei jedoch eine im Einzelfall behelfsmäßige Lösung angewandt worden. Für den Zeitraum von 12. November 2014 bis 31. Dezember 2014 hätte daher keine Strafe verhängt werden dürfen.
- 25 Dieses Vorbringen betrifft im Kern die Frage, ob und bejahendenfalls in welchem Zeitraum das dritte in RNr. 16 genannte Tatbestandselement erfüllt war, ob also die T GmbH als Zahlungsempfänger „vorgegeben“ hat, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto des Zahlers zu führen ist.



Es war daher zu klären, unter welchen Bedingungen in einer Konstellation wie der gegenständlichen, in welcher der Zahlungsempfänger mit Zahlern Verträge unter Zugrundelegung von AGB schließt, davon die Rede sein kann, dass der Zahlungsempfänger Zahlern vorgibt, in welchem Mitgliedstaat sie ihr Zahlungskonto zu führen haben.

- 26 Während das Bundesverwaltungsgericht in dieser Frage auf dem Standpunkt steht, es komme hierbei auf den Inhalt der AGB in ihrer zuletzt kundgemachten Fassung an, liegt den Revisionen offenbar ein Verständnis zugrunde, nach dem auch tatsächliches Verhalten des Zahlungsempfängers (etwa wie im gegenständlichen Fall die faktische Nichtanwendung einer AGB-Bestimmung) in die Beurteilung einbezogen werden soll. Mit dieser Auffassung sind die Revisionen nicht im Recht:
- 27 Im konkreten Fall hat die T GmbH nach den unbestrittenen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes durch ihr tatsächliches Verhalten die Anwendung des gegenständlichen Pkt. 2.3 der AGB generell suspendiert. Dies hat sie einerseits durch eine entsprechende Mitteilung an die FMA am 12. November 2014 zum Ausdruck gebracht; andererseits, indem sie - zwischen 18. Dezember 2014 bis 31. Jänner 2015 - eine entsprechende Information auf ihrer Website sowie jener von „TX“ veröffentlicht hat. Im Verfahren hat die T GmbH zudem vorgebracht, ihre Mitarbeiter in den Service-Shops im September 2014 angewiesen zu haben, für Kunden mit ausländischer IBAN eine „manuelle“ Lösung zu veranlassen.
- 28 Dazu ist vorweg darauf hinzuweisen, dass die Mitteilung an die FMA jedenfalls nicht dazu geeignet war, den Tatzeitraum zu verkürzen. Das Tatbild des § 68 Abs. 1 Z 10 ZaDiG stellt darauf ab, dass Zahlungsempfänger gegenüber Zahlern vorgeben, in welchem Mitgliedstaat sie ihr Zahlungskonto zu führen haben. Es kann daher für sich genommen nicht das für das Tatbild maßgebliche Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler berühren, wenn ersterer gegenüber der FMA zum Ausdruck bringt, eine entsprechende AGB-Bestimmung generell gegenüber Zahlern nicht mehr anzuwenden.



- 29 Die T GmbH ist durch ihr Verhalten in standardisierter Weise von ihren AGB abgewichen, sodass diese Abweichungen - hinsichtlich bestehender Vertragspartner - eine nachträgliche Änderung der AGB bzw. - hinsichtlich potentieller Vertragspartner - ihrerseits zusätzliche Vertragsbedingungen darstellen (vgl. *Feiel/Lehofer*, TKG 2003, 94). Ausgehend davon, dass die T GmbH durch Kundmachung und Verwendung der AGB deutlich gemacht hat, dass diese für sämtliche betroffenen Vertragsverhältnisse maßgeblich sein sollen, wäre zunächst zu prüfen, ob die geänderten bzw. zusätzlichen Bedingungen - hinsichtlich bestehender Vertragspartner - Vertragsbestandteil wurden oder - hinsichtlich potentieller Vertragspartner - werden konnten. Nur wenn dies im hier gegenständlichen Zeitraum im Hinblick auf sämtliche Betroffenen der Fall war, könnte grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die T GmbH nicht vorgegeben hat, in welchem Mitgliedstaat das Zahlungskonto des Zahlers zu führen ist.
- 30 Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bedürfen AGB, die nicht kraft Gesetzes oder Verordnung gelten, zu ihrer Geltung der rechtsgeschäftlichen Einbeziehung in das Vertragsverhältnis. Ihre Anwendung setzt daher voraus, dass sie durch einen entsprechenden Hinweis im Vertragswortlaut oder zumindest stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht wurden. Ob der andere Vertragsteil einen solchen Hinweis ausdrücklich zur Kenntnis nahm oder ihm die AGB vor Vertragsabschluss ausgehändigt wurden, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist nur, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hatte, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen. Die stillschweigende Unterwerfung unter die AGB deren Verwenders darf jedoch nur dann angenommen werden, wenn für den anderen Vertragsteil deutlich erkennbar war, dass jener nur unter Einbeziehung seiner AGB kontrahieren wolle; andernfalls darf der objektive Sinn der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des anderen Vertragsteils nicht als Einwilligung in die Einbeziehung der AGB in das Vertragsverhältnis verstanden werden. Bei der Lösung der Frage, ob AGB schlüssig Vertragsinhalt wurden, ist überdies ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. zu alledem etwa den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 16. April 2004, 1 Ob 30/04z, m.w.N.).



- 31 In den angefochtenen Erkenntnissen fehlen Sachverhaltsfeststellungen, um prüfen zu können, ob die in der vorangegangenen RNr. wiedergegebenen, in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzungen im Hinblick auf sämtliche Betroffene vorlagen. Insbesondere dass die bestehenden Vertragspartner der T GmbH über das Vorliegen der nachträglichen Änderung der AGB informiert worden wären, behaupteten die Revisionswerber im Verfahren nicht. Dass dies der Fall war, wäre nach der dargestellten, auch für Änderungen von AGB maßgeblichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl. nur die Nachweise bei *Langer* in *A. Kosenik-Wehrle*, KSchG³ [2010] § 864a ABGB Rz. 33; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ IV [2014] § 864a ABGB Rz. 26), freilich notwendig gewesen, um ausschließen zu können, dass die T GmbH Zahlern nicht vorgegeben hat, in welchem Mitgliedstaat sie ihr Zahlungskonto zu führen haben.

Darauf kam es im vorliegenden Fall, in dem es um die Erbringung von Kommunikationsdiensten betreffende AGB ging, allerdings aus folgenden Gründen nicht an:

- 32 Zuzufolge § 25 Abs. 1 TKG haben Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten AGB zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. AGB und Entgeltbestimmungen sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. AGB zwischen Betreibern von Kommunikationsdiensten und Endnutzern haben u.a. gemäß § 25 Abs. 4 Z 2b TKG auch die angebotenen Zahlungsmodalitäten und die durch die Zahlungsmodalität bedingten Kostenunterschiede zu enthalten. Gemäß § 25 Abs. 2 TKG sind Änderungen der AGB und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten.
- 33 Der Oberste Gerichtshof hat im Zuge eines Verfahrens über eine Verbandsklage nach dem II. Hauptstück des KSchG festgehalten, dass § 25



Abs. 2 und 3 TKG danach unterscheidet, ob den Teilnehmer ausschließlich begünstigende oder nicht ausschließlich begünstigende Änderungen der Regulierungsbehörde anzuzeigen und kundzumachen sind. Handelt es sich um ausschließlich begünstigende Änderungen, ist deren Anwendung sofort nach der Anzeige und Kundmachung möglich. Handelt es sich um nicht ausschließlich begünstigende Änderungen, so gilt eine zweimonatige Anzeige- und Kundmachungsfrist. Außerdem hat der Teilnehmer ein besonderes Kündigungsrecht, das er zwischen Kundmachung und Inkrafttreten der Änderung ausüben kann. In diesem Fall wird die Änderung also frühestens zwei Monate nach der Anzeige und Kundmachung wirksam, soweit der Teilnehmer den Vertrag nicht gekündigt hat (vgl. das Urteil vom 25. Februar 2016, 2 Ob 20/15b, m.w.N.).

34 Damit ging der Oberster Gerichtshof in beiden genannten Fällen, also sowohl bei ausschließlich als auch bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen, davon aus, dass die geänderten AGB erst dann Vertragsverhältnissen zugrunde gelegt werden können, wenn sie der Regulierungsbehörde angezeigt und - in geeigneter Form - kundgemacht wurden (so schon - nicht bloß auf die Änderung von AGB bezogen - das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, 2004/03/0066, sowie - zur vergleichbaren Rechtslage nach § 18 Abs. 2 TKG 1997 - das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 14. März 2000, 4 Ob 50/00g).

35 Auch dient die in § 25 Abs. 6 TKG vorgesehene Befugnis der Regulierungsbehörde, ihr angezeigten AGB unter bestimmten Voraussetzungen zu widersprechen, und die damit einhergehende administrative inhaltliche Kontrolle nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes dem Kundenschutz und damit dem öffentlichen Interesse (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Juni 2005, B 636/04 = VfSlg. 17.577). Ein Verständnis, wonach es sich bei der Pflicht, (Änderungen von) AGB der Regulierungsbehörde anzuzeigen und kundzumachen, um eine bloße „Ordnungsvorschrift“ handle, die allenfalls zu einem Aufsichtsverfahren nach § 91 TKG oder einem Verwaltungsstrafverfahren nach § 109 Abs. 4 Z 3 TKG



führe (so etwa *Schilchegger* in *Riesz/Schilchegger*, TKG [2016] § 25 Rz. 25 f), würde diesem Ziel zuwiderlaufen.

- 36 Diesem Ergebnis steht auch die noch in den Gesetzesmaterialien zu § 18 TKG 1997 zum Ausdruck gebrachte Auffassung nicht entgegen, wonach „[d]ie entsprechend den privatrechtlichen Grundsätzen zur Anwendbarkeit der Geschäftsbedingungen im jeweiligen Vertragsverhältnis erforderliche (ausdrückliche oder schlüssige) Vereinbarung [...] durch die Genehmigung oder die Kundmachung nicht ersetzt [werde]“ (ErlRV 759 BlgNR 20. GP 49). Damit wird lediglich festgehalten, dass AGB durch Anzeige und Kundmachung nicht objektive Geltung erlangen, sondern - entsprechend den in RNr. 30 wiedergegebenen - Grundsätzen im individuellen Vertragsverhältnis zugrunde gelegt werden müssen.
- 37 Im Übrigen bedürften Änderungen der AGB und andere vertragsrelevante Mitteilungen und Erklärungen zufolge Pkt. 1.1 d. und 2.11. a) der AGB der Schriftform, sodass jedenfalls eine bloße Mitteilung eines Mitarbeiters eines Service-Shops der T GmbH über die Nichtanwendung der verfahrensgegenständlichen Bestimmung diesem Erfordernis nicht gerecht würde.
- 38 Für die Revisionsfälle ist als Zwischenresultat festzuhalten, dass das Tatbild des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG vom Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich des Zeitraums 13. August 2014 bis 31. Dezember 2014 zutreffend als erfüllt angesehen wurde. Weder die Anweisung an die Mitarbeiter der Service-Shops im September 2014, noch die Veröffentlichung der Information auf der Website der T GmbH und jener von TX am 18. Dezember 2014, wonach die verfahrensgegenständliche Bestimmung der AGB nicht anzuwenden sei, war geeignet, den Tatzeitraum zu verkürzen; dass die Mitteilung an die FMA am 12. November 2014 von vornherein für eine Verkürzung des Tatzeitraumes ungeeignet war, wurde in RNr. 28 dargelegt. Damit endete das strafbare Verhalten erst mit der Kundmachung der zuvor der Regulierungsbehörde angezeigten AGB-Änderung.



39 Damit war im Weiteren auf den Einwand des Zweitrevisionswerbers einzugehen, die bei der T GmbH zur Vertretung nach außen Berufenen hätten für die einzelnen Unternehmensbereiche aus ihrem Kreis Verantwortliche im Hinblick auf die Einhaltung der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften in einer Weise bestellt, die der Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gleichzuhalten sei. Die Revision führt näher aus, dass durch die satzungsgemäß erlassene „Geschäftsordnung“ der Geschäftsführung der T GmbH mit Stand 19. September 2013 die Aufteilung der Geschäfte auf die einzelnen Mitglieder der Geschäftsführung festgelegt worden sei; diese „Geschäftsordnung“ sei vom Aufsichtsrat beschlossen worden. Aus dem „Geschäftsverteilungsplan“ ergebe sich, dass der Zweitrevisionswerber aufgrund der Ressortverteilung als „Chief Executive Officer“ (im „Geschäftsverteilungsplan“: „Managing Director“) und Vorsitzender der Geschäftsführung eingesetzt sei und der gegenständliche Tatvorwurf aus diesem Grund nicht sein Ressort treffe. Für die Einhaltung der Bestimmungen des Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO und des § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG sei nach dem „Geschäftsverteilungsplan“ der Erstrevisionswerber als „Chief Financial Officer“ (dort: „Financial Director“) gewesen, der auch Projektverantwortlicher gewesen sei. Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes, die Änderung der AGB sei in die Zuständigkeit der „Rechtsabteilung“ gefallen, sei unrichtig, weil der „Geschäftsverteilungsplan“ die Zuständigkeit aufgaben- und nicht abteilungsbezogen festlege; damit sei eine sachliche Zuständigkeit im Sinne des § 9 VStG festgelegt worden. Da der Bereich „Financial Operations“ allein dem Erstrevisionswerber zugeordnet sei, treffe die Verantwortung dafür einzig diesen als „Chief Financial Officer“.

Die - in den Verfahrensakten enthaltene - „Geschäftsordnung“ der Geschäftsführung der T GmbH mit Stand 19. September 2013 sieht einen „Geschäftsverteilungsplan“ für fünf Geschäftsführer vor. Danach sind die Agenden auf den „Managing Director“ (u.a. im Bereich „Recht & Regulierung inkl. Public Affairs“), den „Financial Director“ (u.a. in den Bereichen „Financial Operations“ und „Accounting, Taxes und Treasury“), den „Technology Director“, den „COO Consumer“ sowie den „COO Business“ aufgeteilt. Die „Geschäftsordnung“ enthält darüber hinaus auch einen



„Vertretungsplan“, nach dem im Verhinderungsfall der „Managing Director“ vom „Financial Director“ und dieser wiederum vom „Managing Director“ vertreten wird. Im Falle der Verhinderung eines der übrigen Geschäftsführungsmitglieder soll die Vertretung durch den „Managing Director“ im Einzelfall festgelegt werden. Bei gleichzeitiger Verhinderung von „Managing Director“ und „Financial Director“ ist die Geschäftsführung nach dem „Vertretungsplan“ nicht beschlussfähig.

- 40 Nach der ständigen hg. Rechtsprechung vermag eine bloß interne Aufgabenverteilung unter mehreren Geschäftsführern einer GmbH (oder Vorstandsmitgliedern einer AG) nicht einen einzelnen Geschäftsführer (oder ein einzelnes Vorstandsmitglied) von vornherein und ohne nähere Behauptungen von der Verantwortlichkeit gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu entlasten. Diese Rechtsprechung setzt voraus, dass die Zuweisung der „Verantwortung“ an einen Geschäftsführer (oder ein Vorstandsmitglied) durch die unternehmensinterne Geschäftsverteilung (auch mit Zustimmung des Geschäftsführers oder des Vorstandsmitglieds) für sich genommen noch keine Bestellung als „verantwortlicher Beauftragter“ für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 erster Satz VStG darstellt. Vielmehr müsste sich ein derartiger Übertragungsakt - anders als die Übertragung der unternehmensinternen Verantwortung - hinreichend klar erkennbar (auch) auf die spezifische verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung im Verständnis des VStG beziehen (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 16. Mai 2011, 2009/17/0185, sowie etwa die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2014, 2014/02/0002, und vom 23. März 2016, Ra 2016/02/0002, jeweils m.w.N.).
- 41 Zudem ist nach ständiger hg. Rechtsprechung der räumliche oder sachliche Bereich des Unternehmens, für den im Sinne des § 9 VStG ein verantwortlicher Beauftragter mit dessen Zustimmung bestellt wird, „klar abzugrenzen“. Erfolgt eine solche klare Abgrenzung nicht, so liegt keine wirksame Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten im Sinne dieser Bestimmung vor. Die Verwaltungsstraßenbehörden sollen nicht in die Lage versetzt werden, Ermittlungen über den jeweiligen Betrieb und seine Gliederung in räumlicher und sachlicher Hinsicht anstellen zu müssen. Sie sollen auch der Aufgabe



enthoben sein, die Bestellung (ihren Nachweis) einer nur unter Zuhilfenahme weiterer Beweise möglichen Interpretation unterziehen zu müssen, um zu klären, welcher Inhalt einer diesbezüglich nicht eindeutigen Erklärung beizumessen ist. Jedenfalls soll vermieden werden, dass Zweifel am Umfang des Verantwortlichkeitsbereiches entstehen und als deren Folge die Begehung von Verwaltungsübertretungen allenfalls überhaupt ungesühnt bleibt. Bei der Auslegung einer Bestellsurkunde ist sohin ein objektiver Maßstab anzulegen. Dabei kommt es im Sinne der allgemeinen Auslegungsregeln auch nicht auf die Absicht des Erklärenden, sondern auf den objektiven Erklärungswert des Empfängers an (vgl. zuletzt etwa die hg. Erkenntnisse vom 24. Februar 2016, Ra 2016/05/0004, und vom 24. April 2015, 2011/17/0201, und 0202, jeweils m.w.N.).

- 42 Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist die „Geschäftsordnung“ insgesamt nicht dazu geeignet, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der T GmbH im Hinblick auf die revisionsgegenständlichen Übertretungen zu regeln:

Dies zeigt schon der Umstand, dass der „Geschäftsverteilungsplan“ für fünf Geschäftsführer konzipiert ist, während - worauf die FMA in ihrer Revisionsbeantwortung hinweist - die T GmbH im Tatzeitraum tatsächlich nur über vier Geschäftsführer verfügte. Selbst der „Vertretungsplan“ könnte die in diesem Zusammenhang auftretenden Unklarheiten nicht beseitigen, weil die Vertretungsregelung für die „übrigen Geschäftsführungsmitglieder“ im Einzelfall vom „Managing Director“ festgelegt werden soll. Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit im Vertretungsfall wäre damit aber nicht von vornherein geklärt.

Zudem nimmt der „Geschäftsverteilungsplan“ - jedenfalls im gegenständlichen Aufgabenbereich der Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO - keine klare Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit vor. Im Verfahren blieb bis zuletzt zweifelhaft, in wessen Zuständigkeit die gegenständliche Angelegenheit fiel. So ist das Bundesverwaltungsgericht angesichts der Einrichtung der „Rechtsabteilung“ als „Stabsabteilung“ erkennbar davon ausgegangen, dass die Angelegenheit nicht nur zum Aufgabenbereich des Erstrevisionswerbers



zugeordnet werden könne, sondern auch der - dem Zweitrevisionswerber unterstehenden - „Rechtsabteilung“; dafür führte das Bundesverwaltungsgericht auch eine Aussage des Zeugen Mag. L., einem „Experte[n] für Finanzprozesse und -projekte“ innerhalb der T GmbH, ins Treffen, nach der die „Rechtsabteilung“ der T GmbH für Angelegenheiten betreffend AGB unabhängig von ihrer organisatorischen „Qualifizierung“ zuständig gewesen sei. Demgegenüber hält der Zweitrevisionswerber auch in seiner Revision an der Auffassung fest, dass die gegenständliche Angelegenheit in das Ressort des Erstrevisionswerbers gefallen sei. Letzteres findet freilich im Wortlaut der „Geschäftsordnung“, in der - soweit hier wesentlich - bloß abstrakt von „Recht & Regulierung inkl. Public Affairs“ und „Financial Operations“ bzw. „Accounting, Taxes und Treasury“ die Rede ist, nicht in dieser Eindeutigkeit seinen Niederschlag.

Im Übrigen wird in der „Geschäftsordnung“ die Frage der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht erkennbar angesprochen. Nach der in RNr. 40 wiedergegebenen Rechtsprechung wäre es für die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten aber erforderlich gewesen, dass sich die Übertragung der Verantwortung für einen Aufgabenbereich (auch) hinreichend klar erkennbar auf die spezifische verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung im Verständnis des VStG bezieht.

- 43 Dies hat zur Folge, dass im gegenständlichen Fall kein verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 erster Satz VStG aus dem Kreis der Mitglieder der Geschäftsführung für einzelne Unternehmensbereiche bestellt wurde, sodass sämtliche Mitglieder der Geschäftsführung - und damit auch der Zweitrevisionswerber - gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich waren.
- 44 Die Revisionswerber bestreiten schließlich ihr Verschulden an der Begehung der Verwaltungsübertretung:
- 45 Bei der Verwaltungsübertretung nach § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt i.S.d. § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG, weil zum Tatbestand der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. Damit ist



für diese Übertretung Fahrlässigkeit bei einem Zuwiderhandeln ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

- 46 Neben dem Hinweis auf die Aufgabenverteilung innerhalb der Geschäftsführung, auf den bereits eingegangen wurde, bringen die Revisionswerber vor, ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet zu haben, weil die T GmbH zuverlässige Mitarbeiter eingestellt habe, die mit der Einhaltung und Überwachung sämtlicher relevanter Bestimmungen betraut seien, regelmäßig intern und extern geschult und im Rahmen regelmäßiger Dienstbesprechungen und Schulungen auf etwaige Missestände aufmerksam gemacht würden. Die tatsächliche Durchführung der dargestellten Maßnahmen im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO werde vom Bereichsleiter „Accounting“, als Verantwortlichem für diesen Bereich überwacht und umgesetzt; darüber berichte der Bereichsleiter der Geschäftsführung regelmäßig. Die Revisionswerber hätten somit alles ihnen Zumutbare unternommen, um Verwaltungsübertretungen hintan zu halten.
- 47 Damit gelingt es ihnen freilich nicht, ein wirksames Kontrollsystem darzulegen, weil nach der Rechtsprechung Schulungen und Betriebsanweisungen als Vorsorge gegebenenfalls ein Kontrollsystem zu unterstützen, aber nicht zu ersetzen vermögen. Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen ebenfalls nicht aus, die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 7. März 2016, Ra 2016/02/0030). Auch ersetzt der Hinweis auf bisher tadelloses Arbeiten von Mitarbeitern nicht die nähere Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems, das gewährleistet, dass unter vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwartet werden kann (vgl. zu einem Verfahren betreffend die Übertretung des AWG das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2013, 2012/07/0030).
- 48 Soweit die Revisionswerber geltend machen, dass bis zum 12. November 2014 keine technische Möglichkeit bestanden habe, einen automatisierten Einzug durchzuführen, und sie aus diesem Grund kein Verschulden treffe, sind sie auf





die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichtes in den angefochtenen Erkenntnissen zu verweisen. Darin hat das Bundesverwaltungsgericht in nicht zu beanstandender Weise im Wesentlichen ausgeführt, dass die SEPA-VO bereits am 30. März 2012 kundgemacht worden und ihre Umsetzung durch die Novellierung des ZaDiG am 1. Februar 2013 in Kraft getreten sei; sowohl auf unionsrechtlicher als auch nationaler Ebene hätte eine Umsetzungsfrist bis 1. Februar 2014 bestanden, die auf die mit der Umsetzung einhergehenden technischen Herausforderung angemessen Bedacht genommen hätten.

- 49 Auch mit dem Hinweis darauf, dass sie es mit Anzeige der AGB-Änderung bei der Regulierungsbehörde am 19. Dezember 2014 nicht mehr in der Hand gehabt hätten, die neuen AGB noch vor dem 1. Jänner 2015 auf der Website der T GmbH kundzumachen, vermögen die Revisionswerber nicht glaubhaft zu machen, dass sie ab 19. Dezember 2014 kein Verschulden an der Übertretung traf; dies schon deshalb, weil - worauf bereits in RNr. 32 bis 36 hingewiesen wurde - die neuen bzw. geänderten AGB nach § 25 Abs. 1 bzw. 2 TKG bereits anzuzeigen und kundzumachen gewesen wären, bevor sie Vertragsverhältnissen zugrunde gelegt werden sollten. Nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes wich die T GmbH aber schon ab einem Zeitpunkt standardisiert von der verfahrensgegenständlichen Bestimmung in den AGB ab, der vor der Anzeige am 19. Dezember 2014 lag.
- 50 Im Weiteren bringen die Revisionswerber vor, das Bundesverwaltungsgericht hätte nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG vorgehen müssen. Aufgrund näher genannter (im Wesentlichen bereits unter dem Titel des fehlenden Verschuldens geltend gemachter) Umstände und nachdem außerdem kein Fall bekannt sei, bei dem im Tatzeitraum tatsächlich gegen Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO verstoßen worden wäre, könne ihnen - wenn überhaupt - lediglich leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden.
- 51 Nach der bisherigen Rechtsprechung zur (bis 30. Juni 2013 noch in Kraft gestandenen) Bestimmung des § 21 VStG konnte von einem geringfügigen (in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nunmehr: „geringen“) Verschulden nicht gesprochen werden, wenn es dem Beschuldigten nicht gelungen ist, ein (grundsätzlich) funktionierendes Kontrollsystem glaubhaft zu machen, durch welches die



Einhaltung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften jederzeit sichergestellt werden kann (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa das hg. Erkenntnis vom 10. Juni 2015, 2013/11/0121, und das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2013, 2012/07/0030). Diese Rechtsprechung kann auf die nunmehr geltende Rechtslage nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG übertragen werden. Vor dem Hintergrund, dass es den Revisionswerbern nicht gelungen ist, ein wirksames Kontrollsystem darzustellen (vgl. RNr. 47), lagen die Voraussetzungen für eine Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG schon deshalb nicht vor, sodass die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichtes - jedenfalls im Ergebnis - nicht zu beanstanden war.

52 Schließlich bestreiten die Revisionswerber unter Hinweis auf ihr Vorbringen zu ihrem fehlenden Verschulden, dass die Verhängung von 40 % der höchstzulässigen Strafe schuldangemessen sei.

53 Dazu ist vorweg festzuhalten, dass die Bemessung der Strafe eine Ermessensentscheidung ist, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist. Vom Verwaltungsgerichtshof ist daher - auch vor dem Hintergrund des Art. 133 Abs. 3 B-VG - zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, das heißt, ob die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar erscheint (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 30. März 2016, Ra 2016/09/0027, sowie das dort zitierte hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2016, Ro 2015/03/0042).

54 Soweit die Revisionswerber in diesem Zusammenhang geltend machen, das Bundesverwaltungsgericht sei aufgrund der Einschränkung des Tatzeitraumes auch zu einer Reduktion der Strafe angehalten gewesen, ist ihnen Folgendes entgegenzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 51 Abs. 6 VStG ausgesprochen, dass das Verbot der „reformatio in peius“ dazu führt, dass im Berufungsbescheid nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im Erstbescheid, sofern im Berufungsbescheid der Tatzeitraum reduziert wird und nicht andere Strafzumessungsgründe heranzuziehen sind als im Erstbescheid (vgl. etwa das



hg. Erkenntnis vom 21. Februar 2012, 2010/11/0245). Eine unzulässige „reformatio in peius“ liegt aber dann nicht vor, wenn die Berufungsbehörde bei gleich bleibender Annahme der schon von der Behörde erster Instanz inkriminierten Tathandlung(en) diese einer anderen rechtlichen Subsumtion, etwa der Unterstellung unter eine andere Strafnorm, unterzieht und in der Lage ist, die Angemessenheit der verhängten Strafen auch unter diesen Umständen zu begründen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2007, 2006/09/0031). Da in Verwaltungsstrafsachen auch nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 weiterhin das Verbot der „reformatio in peius“ besteht, sind die Grundsätze der zitierten Rechtsprechung auch auf den vorliegenden Fall übertragbar (vgl. m.w.N. das hg. Erkenntnis vom 7. März 2016, Ra 2015/02/0225).

- 55 Sowohl die FMA als auch das Bundesverwaltungsgericht haben ihren Sprüchen als Tathandlung denselben Lebenssachverhalt zugrunde gelegt, der mit Kundmachung der Änderung der AGB am 1. Jänner 2015 endete. Das Bundesverwaltungsgericht begründete die Verkürzung des Tatzeitraums von 13. August 2014 bis 1. Jänner 2015 auf 31. August 2014 bis 31. Dezember 2014 damit, dass der rechtswidrige Zustand der Geltung der bislang kundgemachten AGB tatsächlich mit Ablauf des 31. Dezember 2014 sein Ende gefunden habe.
- 56 Auf Grundlage der unbedenklichen Sachverhaltsannahme der FMA und ausgehend von einer anderen (nicht zu beanstandenden) Rechtsansicht hinsichtlich des Endes des strafbaren Zeitraums nach § 68a Abs. 1 Z 10 ZaDiG hat das Bundesverwaltungsgericht lediglich die Tatzeit näher umschrieben. Damit war es aber vor dem Hintergrund der wiedergegebenen Rechtsprechung nicht dazu verhalten, eine niedrigere Strafe zu verhängen.
- 57 Soweit die Revisionswerber darauf verweisen, dass im konkreten Fall keine Folgen eingetreten seien und kein Fall eines Kunden bekannt sei, der ein ausländisches Konto verwenden wollte und dem dies verweigert worden sei, genügt es, darauf zu verweisen, dass nach ständiger hg. Rechtsprechung der Nichteintritt eines Schadens bei Ungehorsamsdelikten schon nach dem Zweck



der Strafdrohung nicht als Milderungsgrund in Betracht kommt (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 21. August 2014, 2011/17/0070).

- 58 Schließlich war auch dem Einwand der Revisionswerber, die Ressortverteilung sei bei der Bemessung der Strafhöhe zu berücksichtigen gewesen, schon nach dem bereits in RNr. 42 zur fehlenden sachlichen Zuständigkeitsabgrenzung Gesagten nicht näherzutreten.
- 59 Die Revisionen erweisen sich daher als unbegründet und waren gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.
- 60 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 i.d.F. BGBl. II Nr. 8/2014.

W i e n , am 7. April 2017

