



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

BMJ-B20.750/0002-I 7/2009

An das
Bundesministerium für Finanzen
Hintere Zollamtstraße 2b
1030 Wien

Adresse
1070 Wien, Museumstraße 7

e-mail
kzl.b@bmj.gv.at

Telefon Telefax
(01) 52152-0* (01) 52152 2829

Sachbearbeiter(in): Mag. Katharina Popp
*Durchwahl: 2122

Betrifft: Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz – ZaDiG) erlassen wird sowie das Bankwesengesetz, das Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, das Konsumentenschutzgesetz, das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden und das Überweisungs-gesetz aufgehoben wird.
Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz.

Bezug: BMF-040407/0001-III/5/2009

Mit Beziehung auf das Schreiben vom 22. Jänner 2009 beehrt sich das Bundesministerium für Justiz, zu dem im Gegenstand genannten Entwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu § 1 Abs. 4 ZaDiG:

In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung über die Möglichkeit, von den Bestimmungen des III. Hauptstücks vertraglich abzuweichen, könnte klargestellt werden, in welcher Art und Weise Vereinbarungen getroffen bzw. Zustimmungen erklärt werden, durch die die Vertragsteile das Regime der Richtlinie und des vorgesehenen Gesetzes abändern können. Im Besonderen sollte gesagt werden, ob und inwieweit solche Vereinbarungen durch Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen werden können oder einer gesonderten Erklärung der Vertragsteile bedürfen.

Zudem könnte daran gedacht werden, die Bestimmung an den Beginn oder das Ende des III. Hauptstücks zu transferieren. Bei dieser Gelegenheit könnte auch danach getrachtet werden, das (verwirrende) Verhältnis zwischen den Z 2 und 3 des § 1 Abs. 4 klarer zu gestalten.

Zu § 2 Abs. 3 Z 5 ZaDiG:

Nicht gut verständlich erscheint die Definition der „Cash Back-Dienste“ (§ 2 Abs. 3 Z 5), die vom Anwendungsbereich des Zahlungsdienstegesetzes ausgenommen sein sollen. Hier würden zumindest etwas ausführlichere Erläuterungen die Gesetzesanwendung erleichtern.

Zu § 4 Abs. 2 ZaDiG:

Eine Aussage in den Erläuterungen, welche – schadenersatzrechtlichen – Folgen eine Verletzung dieser Sorgfaltspflichten haben soll, erschiene sinnvoll und wird daher angeregt.

Zu § 4 Abs. 4 ZaDiG:

Zweiter Satz:

Unklar erscheint der Wortlaut des zweiten Satzes (*„Im Falle eines Verschuldens kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung“*); insbesondere ist fraglich, was unter den „allgemeinen Bestimmungen“ (des Entwurfs/Gesetzes, des Schadenersatzrechts?) zu verstehen sein soll; hier wäre eine Klarstellung wünschenswert.

Letzter Satz:

Der letzte Satz lautet wie folgt: *„Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Bundeswettbewerbsbehörde und der Kartellgerichte nach dem Kartellgesetz 2005, BGBl. I Nr. 61/2005 bleiben unberührt“*.

Dazu ist festzuhalten:

- Der Bundeskartellanwalt, der ebenfalls Wettbewerbsbehörde im Sinne der kartellgesetzlichen Vorschriften ist, ist nicht angeführt.

- „Die Kartellgerichte“ als solche gibt es nicht: Die gerichtlichen Spruchkörper, die zum Vollzug des Kartellrechts in Österreich zuständig sind, sind das „Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht“ sowie der „Oberste Gerichtshof als Kartellobergericht“. Eine zulässige verallgemeinernde Bezeichnung wäre etwa „die Kartellgerichtsbarkeit“.

Erläuterungen:

Die Materialien zu § 4 Abs. 4 ZaDiG erklären, dass die Zugangsverweigerung unbeschadet der entsprechenden zugrundeliegenden Richtlinien-Bestimmung „*auch als marktmissbräuchliches Verhalten kartellrechtlich geahndet werden*“ kann.

Dies ist zwar zutreffend, im Gesetzesentwurf findet sich aber eine ausdrückliche Erwähnung eines marktmachtmissbräuchlichen Verhaltens im Sinne des § 5 KartG nicht. Es ist damit nicht klar, ob davon ausgegangen wird, dass dies möglicherweise ohnedies der zweite Satz des Entwurfs (die oben schon erwähnten „allgemeinen Bestimmungen“) oder dessen letzter Satz (wonach die Aufgaben und Zuständigkeiten der Wettbewerbsbehörden unberührt bleiben) bereits abdecken.

Zu §10 Abs. 1 ZaDiG:

Nicht eindeutig ist, was mit „*die entsprechenden rechtskräftigen Bescheide*“ gemeint ist. Auch aus den Erläuterungen ergibt sich dazu nichts. Die geforderte Prüfung durch die Firmenbuchgerichte kann aber nur dann erfolgen, wenn konkret angeführt wird, um welche Dokumente es sich handelt. Wenn damit die Konzession gemeint ist, diese also Voraussetzung für die Eintragung des Zahlungsinstituts zum Firmenbuch sein soll, bestünde ein gewisser Widerspruch zu Abs. 2, wonach „*gleichzeitig mit der Ausfertigung des Konzessionsbescheides*“ die Eintragung in das Zahlungsinstitutsregister erfolgen soll. Hier ist aber auch die Firmenbuchnummer bereits anzugeben, die vor Eintragung zum Firmenbuch noch nicht bekannt ist.

Zu § 19 Abs. 4 ZaDiG:

Mangels aussagekräftiger Erläuterungen kann der Umfang bzw. die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht, vor allem deren Durchbrechungsmöglichkeiten in einem Strafverfahren, nicht hinreichend beurteilt werden.

Mag sich auch aus Abs. 5 ergeben, dass das Bankgeheimnis gemäß § 38 BWG nicht zum Tragen kommt, so erscheint doch fraglich, ob ein Auskunftsverlangen gegenüber Zahlungsinstituten auf § 111 StPO (Sicherstellung) oder auf § 116 StPO (Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte) zu stützen wäre. Es sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden, dass die Verpflichtungen gemäß §§ 111 Abs. 1 und 2 StPO eine gesetzliche Auskunftspflicht regeln, die eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit durchbricht.

Der Rechtssicherheit besser würde freilich durch eine ausdrücklich gesetzliche Klarstellung entsprochen, die etwa folgenden Wortlaut haben könnte (auch im Hinblick auf die Befugnis gemäß § 52 Abs. 2 Z 7 ZaDiG):

„4. die Offenbarung ist zur Aufklärung einer Straftat gemäß der StPO gegenüber den Staatsanwaltschaften und Gerichten oder eines vorsätzlichen Finanzvergehens gegenüber der Finanzstrafbehörde erforderlich.“

Zu § 22 ZaDiG:

Unklar bleibt, ob die vorgesehene Haftung ein Verschulden des Zahlungsinstituts voraussetzt oder ob ein Verschulden des Gehilfen genügt (wie es den Grundwertungen der Erfüllungsgehilfenhaftung entspricht).

Zu § 24 ZaDiG:

Die Formulierung in Abs. 1, wonach alle übrigen Zahlungsinstitute *„nur die Bestimmungen des Dritten Buches des UGB anzuwenden“* haben, scheint etwas zu kurz gegriffen und damit unerwünschten Auslegungen bzw. Missverständnissen zugänglich. Damit soll wohl nur gemeint sein, dass die Sondervorschriften des BWG bzw. für Kreditinstitute nicht zum Tragen kommen; keinesfalls aber wird und sollte gemeint sein, dass damit auch Sondervorschriften der Rechnungslegung derogiert werden soll, die sich aus der Rechtsform ergeben (z. B. dem 5. Teil des AktG über die Rechnungslegung). Diese Einschränkung müsste daher auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen, zumal die Erläuterungen dazu schweigen (z. B. durch die Formulierung: *„... . nur die Bestimmungen des Dritten Buches des UGB sowie solche Bestimmungen, die sich für ihre Rechtsform ergeben, anzuwenden...“*).

Zu § 28 Abs. 2 ZaDiG:

In den Erläuterungen könnte klargestellt werden, dass diese Regelung nichts an der Geltung und Wirksamkeit des § 6 Abs. 1 Z 5 KSchG über die Ausgestaltung von „Zinsgleitklauseln“ ändert.

Zu § 43 Abs. 1 ZaDiG:

In den Erläuterungen findet sich folgende Passage:

„Gemäß Art. 60 Abs. 2 richtet sich eine über die Berichtigung des Kontostandes hinausgehende Entschädigung nach dem auf den Vertrag zwischen Zahler und Zahlungsdienstleister anwendbaren Recht. Gemäß Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 und 4 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. Nr. L 177 vom 04.07. 2008, S. 6) kommt es auch bei Verbraucherverträgen grundsätzlich auf den Sitz des Unternehmers an. Gemäß Art. 6 Abs. 2 der Rom I - Verordnung kann zwar ein abweichendes Recht vereinbart werden, dieses darf den Verbraucher aber nicht schlechter stellen. In § 43 Abs. 1 wird daher auf die Bestimmungen des österreichischen Schadenersatzrechtes verwiesen. Davon abweichende Vereinbarungen, insbesondere Rechtswahlvereinbarungen, die den Verbraucher noch besser stellen, sind zulässig.“

Die Richtlinie sagt allerdings nicht, welches Recht anzuwenden ist, sondern erlaubt dem nationalen Gesetzgeber, „eine darüber hinausgehende finanzielle Entschädigung“ festzulegen. Der Hinweis des Art. 60 Abs. 2 der Richtlinie auf das maßgebende Recht ist nicht notwendig, bedarf jedenfalls keiner Umsetzung, weil das IPR durch die Rom I-Verordnung bestimmt ist und die Mitgliedstaaten keine davon abweichende Regelung treffen (können) sollen.

Die Passage der Erläuterungen könnte daher wie folgt lauten:

„Art. 60 Abs. 2 räumt die Möglichkeit ein, über die Berichtigung des Kontostandes hinaus eine finanzielle Entschädigung vorzusehen und weist auf den international-privatrechtlichen Aspekt des Schadenersatzes aus Vertrag hin. Da die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. Nr. L 177 vom 04.07. 2008, S. 6) bestimmt, welches Recht auf den Vertrag und damit auch auf den Schadenersatz wegen Vertragsverletzungen anzuwenden ist (für Verbraucherverträge durch Art. 6 in Verbindung mit Art. 3 und 4

– danach kann unter gewissen Bedingungen auch für Verbraucherverträge von den Parteien ein Recht gewählt werden), erfordert dieser Hinweis des Art. 60 Abs. 2 keine Umsetzung im österreichischen Recht. Auf materiellrechtlicher Ebene verweist die Bestimmung auf das allgemeine Schadenersatzrecht“....

Zu § 52 Abs. 2 Z 7 und 10 ZaDiG:

Während das in der Z 10 geregelte Anzeigerecht der FMA unproblematisch ist, gleichwohl die Anzeige gemäß § 78 StPO ohnedies zum Pflichtenkreis der FMA zählt, spricht sich das Bundesministerium für Justiz gegen das in der Z 7 normierte Antragsrecht der FMA aus. Dies vor allem aus der Systematik des Ermittlungsverfahrens heraus, das nicht einmal der Kriminalpolizei ein derartiges Antragsrecht zugesteht. Außerdem könnte aus dem Antragsrecht auch eine Beschwerdelegitimation erwachsen, die im gegebenen Zusammenhang die FMA privilegieren würde. Die FMA wäre danach im beschränkten Umfang Ermittlungsbehörde mit besonderen Rechten und Pflichten, deren Verletzung auch zur Geltendmachung eines Einspruchs führen könnte. Das alles sollte vermieden werden. Es reicht vollkommen aus, wenn die FMA in ihrer Anzeige entsprechende Anregungen vorbringt.

Zu §§ 55 ff. ZaDiG:

Allgemein:

Grundsätzlich sollte vermieden werden, dass unter der Überschrift „Verfahrens- und Strafbestimmungen“ Tatbestände des gerichtlichen Strafrechts mit jenen des Verwaltungsstrafrechts vermengt werden. Die §§ 55 ff könnten zudem besser geordnet (und mit Überschriften zu jedem Paragraphen versehen) werden.

Zu § 55:

Jedenfalls ist die gerichtliche Strafbestimmung des § 55 Abs. 2 abzulehnen, weil sie – abgesehen von grundsätzlichen Bedenken über die Strafwürdigkeit [der Vergleich mit dem Schutz des Bankgeheimnisses hinkt, weil diese ja ausdrücklich – siehe § 19 Abs. 5 – auf diesen Regelungsbereich nicht anzuwenden sein soll] – gegenüber der Bestimmung des § 51 DSG keinen Mehrwert bringt (zusätzlich sei bemerkt, dass jede Verwertung pönalisiert wird, was wiederum problematisch erscheint, weil § 19

Abs. 4 nur einen beschränkten Verpflichtetenkreis kennt; wird die Bestimmung auf diesen eingeeengt, so kann mit § 51 DSGVO jedenfalls das Auslangen gefunden werden). Zudem sei darauf hingewiesen, dass auch die Erläuterungen keine Begründung enthalten, warum ein gerichtlicher Straftatbestand erforderlich sein soll.

Trotz dieser Ausführungen sei der Vollständigkeit halber bemerkt, dass die Befugnis der FMA gemäß Abs. 3, auch über Verfahren gemäß Abs. 2 zu berichten, wohl eine unzulässige Vermengung von Verwaltung und Rechtsprechung enthält.

Zu § 56:

§ 56 Abs. 5 ZaDiG sollte – im Gleichklang mit den übrigen Abgrenzungen zum gerichtlichen Strafrecht - wie folgt formuliert werden:

„(5) Eine Verwaltungsübertretung nach den Abs. 1 bis 4 wird nur dann verwirklicht, wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.“

Diese Stellungnahme wird per E-Mail auch dem Präsidium des Nationalrats zugeleitet.

23. Februar 2009
Für die Bundesministerin:
i.V. Dr. Franz Mohr

Elektronisch gefertigt