



DISSERTATION

„Die Umsetzung der RL 2007/64/EG über
Zahlungsdienste im Binnenmarkt und deren
Vergleich mit Deutschland“

Verfasser

Mag. Thomas Schmatzberger

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilinger

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Vorwort	XIII
1. Wissenschaftliche Problemstellung	1
2. Entstehungsprozess der Zahlungsdienste-RL	3
2.1 SEPA-Zahlungsinstrumente im einheitlichen Euro- Zahlungsverkehrsraum	5
2.1.1 Die SEPA-Überweisung	5
2.1.2 Die SEPA-Lastschrift	5
2.1.3 Die SEPA-Kartenzahlungen	6
3. Inhalt und Regelungsziele der PSD	7
4. Exkurs: Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs	10
4.1 Der freie Kapitalverkehr	10
4.2 Der freie Zahlungsverkehr	11
4.2.1 Beschränkungsverbot.....	11
5. Einleitende Bemerkungen zum Bundesgesetz über die Beaufsichtigung und Erbringung von Zahlungsdiensten (ZaDiG)	13
5.1 Allgemeines	13
5.2 Bisherige Rechtslage.....	15
5.3 Das Verhältnis des ZaDiG zu anderen Rechtsakten.....	16
5.3.1 ÜberweisungsVO.....	16
5.3.2 AuftraggeberdatenVO.....	16
5.3.3 Verbraucherkredit-RL	17
5.3.4 E-Geldgesetz.....	17
5.4 Umsetzungskonzept des österreichischen Gesetzgebers	18
5.4.1 Technik der Umsetzung.....	18
<i>Folgefragen zur Vollharmonisierung</i>	19
5.4.2 Kompetenzgrundlage	20
6. 1. Hauptstück: Allgemeine Vorschriften	21
6.1 1. Abschnitt: Anwendungsbereich und Begriffe	21
6.1.1 § 1 Anwendungsbereich.....	21
<i>Sachlicher Anwendungsbereich</i>	22
<i>Exkurs: Rechtsnatur des Girovertrags</i>	27
<i>Persönlicher Anwendungsbereich</i>	32
<i>Die einzelnen Zahlungsdienstleister</i>	32
<i>Örtlicher Anwendungsbereich</i>	34
6.1.2 § 2 Ausnahmen	39
6.1.3 § 3 Begriffsbestimmungen.....	43
6.2 2. Abschnitt: Zugang zu Zahlungssystemen	43
6.2.1 § 4.....	43

7. 2. Hauptstück: Zahlungsinstitute 45

7.1	1. Abschnitt: Konzession.....	45
7.1.1	§ 5 Erfordernis und Umfang der Konzession	46
	<i>Exkurs: Reichweite des Einlagengeschäfts</i>	<i>48</i>
7.1.2	§ 6 Konzessionsantrag	49
7.1.3	§ 7 Konzessionserteilung	51
7.1.4	§ 8 Rücknahme der Konzession	53
7.1.5	§ 9 Erlöschen der Konzession.....	54
7.1.6	§ 10 Firmenbuch und Zahlungsinstitutsregister	56
7.1.7	§ 11 Änderung der Konzessionsgrundlagen	56
7.2	2. Abschnitt: Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	58
7.2.1	Die Niederlassungsfreiheit.....	58
7.2.2	Die Dienstleistungsfreiheit	59
7.2.3	§ 12 Zahlungsinstitute aus Mitgliedstaaten in Österreich.....	60
7.2.4	§ 13 Österreichische Zahlungsinstitute in Mitgliedstaaten	61
7.2.5	§ 14 Aufsicht im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	61
7.3	3. Abschnitt: Sonstige Anforderungen und Ordnungsvorschriften für den aufrechten Betrieb	63
7.3.1	§ 15 Eigenmittel.....	63
7.3.2	Höhe der Eigenmittel.....	63
7.3.3	§ 16.....	64
7.3.4	§ 17 Sicherung der Kundengelder.....	67
7.3.5	§ 18 Aufbewahrung von Aufzeichnungen und Belegen	68
7.3.6	§ 19 Organisatorische Anforderungen, Verschwiegenheits- und Sorgfaltspflichten	70
7.3.7	§ 20 Meldungen.....	72
7.4	4. Abschnitt: Auslagerung und Agenten.....	72
7.4.1	§ 21 Auslagerung von Aufgaben	72
7.4.2	§ 22 Agenten	73
7.5	5. Abschnitt: Haftung für dem Zahlungsinstitut zurechenbare Personen	74
7.5.1	§ 23.....	74
7.5.2	§ 24.....	74
7.6	6. Abschnitt: Rechnungslegung und Abschlussprüfung	75
7.6.1	§ 25.....	75

8. 3. Hauptstück: Zahlungsdienste..... 78

8.1	Allgemeiner Überblick zu den Informationspflichten	81
8.2	1. Abschnitt: Informationspflichten, Entgelte und Vertragsarten	82
8.2.1	§ 26 Form, Zeitpunkt, Sprache und Transaktionsgewährung	82
	<i>Mitteilungspflicht.....</i>	<i>83</i>
	<i>Zugänglichmachen.....</i>	<i>83</i>
8.2.2	§ 27 Entgelte	86
8.2.3	§ 28 Inhalt des Rahmenvertrags	91
8.2.4	§ 29 Änderungen des Rahmenvertrags	92
8.2.5	§ 30 Ordentliche Kündigung des Rahmenvertrags	95
8.2.6	§ 31 Einzelne Zahlungsvorgänge innerhalb eines Rahmenvertrags	98
	<i>Informationspflichten</i>	<i>99</i>
	<i>Der Überweisungsauftrag</i>	<i>100</i>
	<i>Das Lastschriftverfahren</i>	<i>101</i>
	<i>Kartenunterstützte Zahlungen und Zahlungen mit elektronischem Geld.....</i>	<i>102</i>
8.2.7	§ 32 Einzelzahlungen außerhalb eines Rahmenvertrags	102
8.2.8	§ 33 Sonderbestimmungen für Kleinbetragsrechnungen und elektronisches Geld	103
8.3	2. Abschnitt: Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen	104
8.3.1	§ 34 Zustimmung und Widerruf der Zustimmung	104

	<i>Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung</i>	105
	<i>Rechtswirkungen bei fehlender Zustimmung</i>	105
8.3.2	§ 35 Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters	107
	<i>Abgleichungspflicht</i>	107
8.3.3	§ 36 Sorgfalts- und Anzeigepflichten des Zahlungsdienstnutzers	110
	<i>OGH-Judikatur zu Sorgfaltsanforderungen bei Verwendung von Bankomatkarten und PIN-Codes</i>	112
	<i>Risikotragung bei im Geldausgabeschlitz des Bankomaten vergessenen Banknoten</i>	117
	<i>Ungerechtfertigte Bereicherung</i>	119
8.3.4	§ 37 Sperrung eines Zahlungsinstruments.....	120
8.3.5	§ 38 Eingangszeitpunkt von Zahlungsaufträgen	121
8.3.6	§ 39 Ablehnung von Zahlungsaufträgen	122
8.3.7	§ 40 Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags	124
8.3.8	§ 41 Transfer des Betrags in voller Höhe.....	126
8.3.9	§ 42 Ausführungsfrist und Verfügbarkeit.....	127
	<i>Verhältnis zu § 37 BWG</i>	129
8.3.10	§ 43 Wertstellungsdatum	129
8.4	3. Abschnitt: Haftung und Erstattungspflichten	131
8.4.1	§ 44 Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge	131
	<i>Phishing</i>	134
8.4.2	§ 45 Erstattung eines autorisierten durch den Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgangs	136
8.4.3	§ 46 Haftung für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung	137
	<i>Tiefgreifende Änderung des Status Quo</i>	139
	<i>Rechtsnatur der Haftung</i>	140
8.4.4	§ 47 Regress	140
8.4.5	§ 48 Haftungsausschluss	141

9. 4. Hauptstück: Insolvenzbestimmungen, Aufsicht und internationale Zusammenarbeit..... 142

9.1	1. Abschnitt: Geschäftsaufsicht und Insolvenzbestimmungen	142
9.2	2. Abschnitt: Aufsicht	142
9.2.1	§ 59 Zuständige Behörden	142
9.2.2	§ 60 Kostenbestimmung.....	144
9.2.3	§ 61 Datenschutz.....	144
9.2.4	§ 62 Berufsgeheimnis.....	144
9.2.5	§ 63 Untersuchungen und Prüfungen	144
9.2.6	§ 64 Aufsichtsmaßnahmen und Veröffentlichungen	145
9.2.7	§ 65 Berichtspflicht von Abschlussprüfern	149
9.2.8	§§ 66 bis 70 Verfahrens- und Strafbestimmungen.....	149
9.2.9	§ 71 Kontaktstelle und Informationsaustausch.....	153
9.2.10	§ 72 Zusammenarbeit bei der Überwachung, Überprüfung vor Ort und bei Ermittlungen.....	153
9.2.11	§ 73 Befugnisse als Aufnahmemitgliedstaat	154
9.2.12	§ 74 Sicherungsmaßnahmen	154
9.2.13	§ 75 Übergangsbestimmungen	156
9.2.14	§ 76 Verweise und Verordnungen	156
9.2.15	§ 77 Sprachliche Gleichbehandlung	156
9.2.16	§ 78 Vollziehung.....	157
9.2.17	§ 79 In-Kraft-Treten.....	157
9.2.18	Änderungen BWG	158
	§ 1 Abs. 1 Z 6:.....	158
	§ 1 Abs. 1 Z 23:.....	158
	§ 1 Abs. 2 Z 7:.....	158
	§ 1 Abs. 3:.....	159
	§ 3 Abs. 1 Z 9:.....	159
	§ 23 Abs. 13 Z 3 und 4:.....	159
	§ 34:.....	159
	§ 37 Abs. 3:.....	160

§ 40 Abs. 8:.....	160
9.2.19 Änderungen VAG	160
§ 73b Abs. 4a Z 1 und § 86i Abs. 9:.....	160
9.2.20 Änderungen ÜbG	160
9.2.21 Änderungen FMABG.....	161
§ 2 Abs. 1:.....	161
§ 19 Abs. 5 und 5a:.....	161
§§ 22b, 22c und 22d:.....	161
9.2.22 Änderungen FernFinG	161
§ 5 Abs. 4:.....	161
9.2.23 Änderungen KSchG	162
§ 28a Abs. 1:.....	162
§ 31a:.....	162

10. Zwischenzeitliche Novellierungen seit In-Kraft-Treten des ZaDiG idF BGBl I 2009/66 163

10.1 Novelle BGBl I 2009/152 (sog. Prozyklizitätsnovelle)	163
10.2 Novelle BGBl I 2010/28 (DaKRÄG).....	163
10.2.1 Umsetzung Verbraucherkredit-RL.....	164
10.2.2 Änderung durch Korrigendum.....	164
10.2.3 Umsetzung VO (EG) über grenzüberschreitende Zahlungen im Inland.....	164
Was eine Umsetzung von EG-Verordnungen betrifft, so normiert Art. 288 Abs. 2 AEUV, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen. Eine Umsetzung ist vielmehr sogar unzulässig („Umsetzungsverbot“). In manchen Fällen enthalten EG-Verordnungen, wie auch die ÜberweisungsVO, allerdings einzelne Artikel, welche Anpassungen seitens des nationalen Gesetzgebers an das innerstaatliche Recht ausdrücklich vorsehen.....	164
Die Sanktionsbestimmungen der VO (EG) Nr. 924/2009 wurden in § 68 umgesetzt. Bei Verstoß gegen Bestimmungen dieser Verordnung sind nunmehr Geldstrafen bis zu 30.000 Euro vorgesehen. Auch wurden seitens des Gesetzgebers die in anderen Bestimmungen enthaltenen Verweise an diesen europäischen Rechtsakt angepasst.....	164
10.3 Novelle BGBl I 2010/29 (IRÄG 2010).....	165
10.4 Novelle BGBl I 2010/37 (Geldwäsche-Novelle)	165
10.5 Novelle BGBl I 2010/58 (IRÄG-BG)	167
10.6 Novelle BGBl I 2010/107 (Umsetzung E-Geld-RL)	167

11. Die Umsetzung der Zahlungsdienste-RL in Deutschland 169

11.1 Aufsichtsrechtlicher Teil	169
11.2 Zivilrechtlicher Teil	170

12. Die Richtlinie als Rechtsinstrument..... 171

12.1 Bindungswirkung von Richtlinien	171
12.2 Gemeinschaftskonforme Auslegung	172
12.2.1 Richtlinienkonforme Auslegung.....	172
Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung?.....	174
Funktion.....	175
Grenzen.....	176

13. Die Umsetzung von Richtlinien 178

13.1 Versteinerungstheorie.....	180
13.2 Gesichtspunktetheorie	181
13.3 Berücksichtigungstheorie.....	182
13.4 Föderalistische Kompetenztheorie.....	183

13.5	Vollständigkeit der Umsetzung	184
13.5.1	Unionsrechtliche Anforderungen an die Richtlinienumsetzung	187
13.5.2	Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Richtlinienumsetzung.....	187
	<i>Das Legalitätsprinzip (Gesetzmäßigkeitsprinzip).....</i>	<i>188</i>
13.6	Rückwirkende Umsetzung	190
13.7	Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	192
13.8	Horizontale Wirkung von Richtlinien?	193
13.9	Sperrwirkung von Richtlinien	194
13.10	Nebenschichten im Zuge der Richtlinienumsetzung	195
13.10.1	Der Umsetzungshinweis	195
13.10.2	Die Notifizierung.....	195
14.	Die Überwachung der Richtlinienumsetzung.....	196
14.1	Sanktionen und Zwangsmittel bei mangelhafter Umsetzung von Richtlinien	196
14.2	Die Entwicklung der Richtlinie in der Gemeinschaftspraxis	197
15.	Staatshaftung wegen Nichtumsetzung oder fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien	199
15.1	Anspruchsgrundlage	200
15.2	Anspruchsvoraussetzungen.....	200
15.2.1	Verstoß eines Mitgliedstaats gegen Unionsrecht.....	200
15.2.2	Verletzungen von bestimmaren Rechten Einzelner.....	201
15.2.3	Hinreichend qualifizierter Verstoß.....	201
15.2.4	Kausalzusammenhang.....	202
15.3	Durchsetzung von Staatshaftungsansprüchen	203
15.3.1	Zuständigkeit zur Entscheidung über Staatshaftungsansprüche im Falle legislativen Unrechts	203
	<i>Verjährung.....</i>	<i>205</i>
16.	Zusammenfassung	208
	Literaturverzeichnis	211
	Anhang.....	233
	Lebenslauf	234

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABB	Muster für Allgemeine Geschäftsbedingungen für Bankgeschäfte des Verbandes Österreichischer Banken & Bankiers (Fassung Februar 2003)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
abl	ablehnend
Abl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird – Amtshaftungsgesetz BGBl 1949/20
AktG	Bundesgesetz über Aktiengesellschaften – Aktiengesetz 1965 BGBl 1965/98
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Jahrgang, Seite)
Art.	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesminister/Bundesministerium für Finanzen
BMI	Bundesministerium für Inneres
BKR	Zeitschrift für das Bank- und Kreditrecht (Jahrgang, Seite)
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
BVerfG	(deutscher) Bundesverfassungsgerichtshof
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1

BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen – Bankwesengesetz BGBl 1993/532
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
dKWG	deutsches Bundesgesetz über das Kreditwesen (BGBl I S. 881)
CR	Fachzeitschrift für Computer und Recht (Jahrgang, Seite)
DaKRÄG	Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz – BGBl I 2010/28
DSG	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten – Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 1999/165
DStR	Fachzeitschrift zum deutschen Steuerrecht (Jahrgang, Seite)
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahrgang, Seite)
EG	Erwägungsgrund
E-Geldgesetz	Bundesgesetz über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten – E-Geldgesetz BGBl I 2003/17
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EK	Europäische Kommission
EKGH	Bundesgesetz vom 21. Jänner 1959 über die Haftung für den Ersatz von Schäden aus Unfällen beim Betrieb von Eisenbahnen und beim Betrieb von Kraftfahrzeugen – Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz BGBl 1959/48
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuroG	Bundesgesetz mit dem Maßnahmen auf dem Gebiete der Währung im Zusammenhang mit der Ausgabe der Euro-Banknoten und -Münzen erlassen werden – Eurogesetz BGBl I 2000/72
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahrgang, Seite)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank

FATF	Financial Action Task Force
FernFinG	Bundesgesetz über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher – Fern-Finanzdienstleistungsgesetz BGBl 2004/62
ff	folgende
FI	Finanzinstitut
FinG	Bundesgesetz über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen – Finalitätsgesetz BGBl I 1999/123
FMA	Österreichische Finanzmarktaufsicht
FMABG	Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde – Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz BGBl 2001/97
FS	Festschrift
G	Gesetz
GAA	Geldausgabeautomat
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
idF	in der Fassung
IHR	Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenverkaufs- und vertriebs (Jahrgang, Seite)
insb	insbesondere
InvFG	Bundesgesetz über Kapitalanlagefonds – Investmentfondsgesetz BGBl 1993/532
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz BGBl 2010/29
IRÄ-BG	Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz BGBl 2010/58
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JAP	Zeitschrift für Juristische Ausbildung und Praxis (Jahrgang, Seite)
JB	Juristische Blätter (Jahrgang, Seite)

JRP	Zeitschrift für Juristische Praxis (Jahrgang, Seite)
Jud	Judikatur/Judikat
JusIT	Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz (Jahrgang, Seite)
KI	Kreditinstitut
krit	kritisch
KSchG	Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden – Konsumenten- schutzgesetz BGBl 1979/140
KWG	Bundesgesetz vom 24. Jänner 1979 über das Kreditwesen – Kreditwesengesetz BGBl 1979/63
lit.	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
max.	maximal
MR	Zeitschrift für Medien und Recht (Jahrgang, Seite)
MS	Mitgliedstaat(en) der Europäischen Union
NBG	Bundesgesetz über die Oesterreichische Nationalbank – Nationalbankgesetz BGBl 1986/325
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)
Nr.	Nummer (Number)
NZ	Notariatszeitung (Jahrgang, Seite)
Ö	Österreich
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Jahrgang, Seite)
OeNB	Österreichische Nationalbank
OeKB	Österreichische Kontrollbank
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Jahrgang, Seite)
ÖZW	Österreichische Zeitung für Wirtschaftsrecht (Jahrgang, Seite)
PSD	Payment Service Directive (Zahlungsdienste-RL)
Q&A	Questions and Answers (Fragen und Antworten)
RdW	Recht der Wirtschaft (Jahrgang, Seite)
RL	Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung

RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SEPA	Single European Payment Area
Slg	Sammlung der Entscheidungen des EuGH (Jahrgang)
sog.	sogenannt(es)
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen – Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 (ab 1.1.1975)
StPO	Strafprozessordnung 1975 BGBl 931/1975
stRsp	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
ÜbG	Bundesgesetz über grenzüberschreitende Überweisungen – Überweisungsgesetz BGBl I 1999/123
UStG	Umsatzsteuergesetz 1994 BGBl 1994/663
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VAG	Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung – Versicherungsaufsichtsgesetz BGBl 1978/569
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs
VKI	Verein für Konsumenteninformation
VO	Verordnung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 1991/52
VuR	Verbraucher und Recht (Jahrgang, Seite)
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs
VWT	Zeitschrift der Wirtschaftstreuhänder (Jahrgang, Seite)
WAG 2007	Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 BGBl 2007/60
WM	Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Jahrgang, Seite)
WTBG	Bundesgesetz über die Wirtschaftstreuhandberufe – Wirtschaftstreuhandberufsgesetz BGBl 1999/58
Z	Ziffer

zB	zum Beispiel
ZaDiG	Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten BGBl I 2009/66
Zak	Zivilrecht aktuell (Jahrgang, Seite)
ZDL	Zahlungsdienstleister
ZDN	Zahlungsdienstnehmer
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht (Jahrgang, Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahrgang, Seite)
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (Jahrgang, Seite)
ZI	Zahlungsinstitut
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahrgang, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

Vorwort

In Fortsetzung guter Tradition darf ich an dieser Stelle anlässlich des Abschlusses meiner Doktorarbeit einige Worte an jene Menschen richten, die mir ganz besonders am Herzen liegen und mich bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben. Als Ausdruck meiner Dankbarkeit für all jenes, das sich nur sehr schwer in Worte fassen lässt, widme ich diese Dissertation meinen geliebten Eltern, meinem Bruder sowie meinen bereits verstorbenen Großeltern, deren bedingungslose Unterstützung mir in allen Lebenslagen stets gewiss war.

Mein herzlicher Dank gilt zudem Herrn Univ. Prof. DDr. Arthur Weilingner für die freundliche Erstellung des Erstgutachtens und meinem Zweitbegutachter, Herrn Univ. Prof. Dr. Helmut Ofner, der sich dazu bereit erklärt hat, das Zweitgutachten zu erstellen.

1. Wissenschaftliche Problemstellung

Mit der Verabschiedung der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt wurde die Voraussetzung für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Zahlungsverkehrsraums und neuer paneuropäischer Zahlungsprodukte (SEPA-Produkte) geschaffen.

Die PSD, welche bis 1. November 2009 in nationales Recht umzusetzen war, ist auf nationale und grenzüberschreitende Zahlungen (zB Überweisungen, Lastschriftverfahren, Kreditkartenzahlungen) in sämtlichen Währungen der Europäischen Union anwendbar.

Es wurden somit gleiche rechtliche Bedingungen für den Zahlungsverkehr in der Europäischen Union geschaffen. Die Folge ist, dass jede grenzüberschreitende Zahlung in der EU wie eine Inlandszahlung behandelt werden kann.

Die Zahlungsdienste-RL enthält einerseits das Zulassungs- und Aufsichtsregime für Zahlungsinstitute und regelt andererseits das Verhältnis zwischen allen Zahlungsdienstleistern und deren Kunden.

Diese Bestimmungen betreffen insbesondere Informationspflichten, Ausführungszeiten, Widerrufsmöglichkeiten und Haftungsfragen. Mit der PSD wurde daher ein kohärenter und umfassender Rechtsrahmen für Retailzahlungen im Binnenmarkt geschaffen.

Die Umsetzung der RL 2007/64/EG in Österreich erfolgte im Gegensatz zu Deutschland in einem eigenen Bundesgesetz über die Beaufsichtigung und Erbringung von Zahlungsdiensten (ZaDiG).

Diese Dissertation wird eine differenzierte juristische Analyse dieser RL-Implementierung durch die Bestimmungen des ZaDiG sowie deren Vergleich mit der Umsetzung seitens des deutschen Gesetzgebers zum Gegenstand haben, der sich für eine getrennte Implementierung des aufsichts- und zivilrechtlichen Teil der PSD entschieden hat.

In diesem Zusammenhang wird somit auch die Vollständigkeit der Umsetzung der Zahlungsdienste-RL zu analysieren sein, da eine unvollständige Implementierung ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zur Folge hätte. Sowohl die gemeinschaftlichen als auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Umsetzung von EG-Richtlinien werden deshalb näher beleuchtet.

Daran anknüpfend liegt ein weiterer Schwerpunkt dieser Arbeit auf der wissenschaftlichen Auseinandersetzung bezüglich Staatshaftungsansprüche gegen Mitgliedstaaten bei Nichtumsetzung oder fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien. Behandelt werden die noch nicht in allen Details geklärten Voraussetzungen zu deren Geltendmachung sowie die damit verbundenen verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse.

2. Entstehungsprozess der Zahlungsdienste-RL

Im Rahmen der Schaffung des europäischen Binnenmarkts und eines infolge dessen gestiegenen Volumens an grenzüberschreitenden Finanztransaktionen wurde zunehmend auch auf die Rechtsunsicherheit aufmerksam gemacht, der sich Finanzmarktteilnehmer im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr gegenübersehen. Dies bewog die Europäische Kommission im Jahr 1999 zur Vorlegung eines Aktionsplans für Finanzdienstleistungen (FSAP)¹, dessen Ziel unter anderem in der Förderung kostengünstiger und sicherer grenzüberschreitender Zahlungsverkehrssysteme lag.

Zwischen 2000 und 2002 arbeitete die EK eine Mitteilung und zwei Arbeitsunterlagen aus, welche zur Vorbereitung einer öffentlichen Konsultation zu Zahlungsverkehrsvorschriften dienten und führte darüber hinaus Umfragen zur Beurteilung der aktuellen Marktlage in den Mitgliedstaaten durch.

Der nächste Schritt wurde im Zuge der Halbzeitbestandsaufnahme zum FSAP unter dem Titel „offene und sichere Privatkundenmärkte“ gesetzt, indem ein Vorschlag für einen umfassenden rechtlichen Rahmen für den Zahlungsverkehr angekündigt wurde, der den Eckpfeiler des gemeinsamen Zahlungsverkehrsraums bilden sollte.

Danach folgte 2003 eine Mitteilung der EK² und 2005 ein Richtlinienvorschlag³, doch war der rechtliche Rahmen für Zahlungsdienste in der EU noch immer in 27 verschiedene nationale Rechtssysteme zergliedert. Beispielsweise variierten die Konzessionsvoraussetzungen und juristischen Grundlagen für Lastschriftverfahren von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/finances/actionplan/index_de.htm.

² Vgl. *Schlögel/Eisenhuber/Schimka*, ÖBA 2005, 374.

³ Siehe hierzu *Burgard*, WM 2006, 2065ff.; *Schneider*, EuZW 2005, 513ff.

Eine rechtliche Vereinheitlichung brachten lediglich die Bestimmungen der RL 97/5/EG⁴, die Empfehlungen 87/598/EWG, 88/590 EWG und 97/489/EG sowie die Bestimmungen der ÜberweisungsVO⁵, die im Bereich der Entgelte für Euro-Zahlungen einen Binnenmarkt geschaffen haben.

Neben der rechtlichen Vielfalt sind auch die Zahlungsverkehrsmärkte der MS aufgrund ihrer überwiegend nationalen Ausrichtung unterschiedlich organisiert⁶. Deswegen bzw. als Reaktion auf die PreisVO haben sich die europäischen Banken und Bankenverbände 2002 im European Payment Council (EPC) zusammengeschlossen und parallel zu den Maßnahmen der EK für sich bereits konkrete Schritte gesetzt, um eine kostengünstige, vollautomatische und standardisierte Zahlungsverkehrsinfrastruktur zu schaffen.

Ziel des EPC ist, die Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Retailzahlungen im Binnenmarkt auf selbstregulierender Basis bis Ende 2010 abzuschaffen. Das bedeutet im Ergebnis einen einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum (SEPA), auf dessen konkrete Ausgestaltung noch näher eingegangen wird.

Auch seitens der Europäischen Zentralbank (EZB) und der nationalen Zentralbanken des Euroraums wird der Schaffung von SEPA im Euro-Gebiet besondere Bedeutung beigemessen, da sie für das reibungslose Funktionieren von Zahlungssystemen im Euro-Währungsgebiet zuständig sind.

Dieser einheitliche Zahlungsverkehrsraum wird von der EZB als ein Gebiet beschrieben, in dem Verbraucher, Unternehmer und andere Wirtschaftsakteure unabhängig von dem Land, in dem sie sich befinden, Euro-Zahlungen tätigen oder empfangen können. Dabei sollen für Zahlungen innerhalb eines Landes die gleichen Rahmenbedingungen, Rechte und Verpflichtungen gelten wie für grenzüberschreitende Zahlungen⁷.

⁴ RL über grenzüberschreitende Überweisungen vom 27. Januar 1997 – aufgehoben mit der Verordnung (EG) Nr. 924/2009.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro vom 19. Dezember 2001 (auch EU-Preisverordnung genannt).

⁶ Zu den Marktinfrastrukturen vgl auch *Ittner*, ÖBA 2007, 583ff.

⁷ Vgl auch *Jacquelin*, VWT 2005 H 5, 58.

SEPA umfasst die einheitliche Währung, einheitliche Instrumente für Euro-Zahlungen (Überweisungen, Lastschriften und Kartenzahlungen), effiziente Verarbeitungsinfrastrukturen, einheitliche technische Standards, einheitliche Geschäftspraktiken, die fortlaufende Entwicklung neuer kundenorientierter Dienstleistungen und eben auch eine harmonisierte Rechtsgrundlage⁸.

2.1 SEPA-Zahlungsinstrumente im einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum

2.1.1 Die SEPA-Überweisung

Die SEPA-Überweisung ist ein vollautomatisiertes Zahlungsverkehrsinstrument für Inlands- und grenzüberschreitende Euro-Überweisungen im einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum. Sie wird seit 28. Jänner 2008 parallel zu den nationalen Lösungen angeboten. Die maximale Überweisungsdauer beträgt derzeit noch drei Tage, ab 2012 wird sie jedoch nur noch einen Tag betragen, und das unabhängig davon, in welchem SEPA-Teilnehmerland der Zahlungsempfänger sein Konto hat⁹.

2.1.2 Die SEPA-Lastschrift

Das neue, in allen Euro-Ländern einheitliche SEPA-Lastschriftverfahren wurde mit November 2009 flächendeckend in den SEPA-Ländern eingeführt und löste die bisher ausschließlich im Inland angebotenen Einzugs- und Lastschriftverfahren sukzessive ab. Vorteilhaft für den Kunden ist, dass es aus beliebigen Gründen künftig eine Widerspruchsfrist von europaweit einheitlichen acht Wochen ab Belastungsdatum geben wird. In Österreich ist derzeit im Rahmen der Einzugsermächtigung die Einspruchsfrist mit sechs Wochen beschränkt.

⁸ Dazu auch *Abele/Berger/Schäfer*, Kartenzahlungen im Euro-Zahlungsraum (2007), Seite 23.

⁹ Vgl. auch *Manger-Nestler*, EuZW 2008, 335.

Hat der Kunde überhaupt kein Mandat erteilt oder ist dieses ungültig, hat er sogar 13 Monate nach der Belastung die Gelegenheit zu widerrufen.

Neu ist auch, dass jede Lastschrift mit einem Fälligkeitsdatum versehen wird und der Zahlungspflichtige über den exakten Tag der Kontobelastung Bescheid weiß¹⁰.

2.1.3 Die SEPA-Kartenzahlungen

Bankkarten mit Zahlungsfunktion haben im Rahmen von SEPA einen hohen Stellenwert, der internationale EMV-Standard¹¹ wird noch weiter forciert. Für die österreichischen Kunden werden die Änderungen marginal sein, da hierzulande bereits heute internationale Lösungen zur Anwendung kommen, und daher die Bankkarte mit Zahlungsfunktion außerhalb Österreichs in den SEPA-Teilnehmerländern oft schon heute wie hierzulande genutzt werden kann. Ein Umtausch österreichischer Bankkarten ist daher nicht erforderlich.

Da künftig immer mehr Akzeptanzstellen zur Verfügung stehen, werden die elektronischen Zahlungen mit der Bankkarte voraussichtlich deutlich zunehmen. So ist folglich seit der flächendeckenden Einführung 2010 weniger Bargeld für den täglichen Zahlungsverkehr notwendig¹².

¹⁰ Siehe *Manger-Nestler*, EuZW 2008, 336.

¹¹ EMV bezeichnet die von Europay International, Mastercard und VISA gemeinsam entwickelte spezielle Chip-technik für Zahlungskarten.

¹² Vgl auch *Derleder*, NJW 2009, 3195ff.

3. Inhalt und Regelungsziele der PSD

Mit der Erlassung der RL 2007/64/EG am 13. November 2007, die auch im Anhang dieser Dissertation zu finden ist, sollte ein EU-weit einheitlicher rechtlicher Rahmen für Zahlungsdienste geschaffen werden. Die Zahlungsdienste-RL bildet daher auch die nötige rechtliche Basis für SEPA. Zudem wird vor allem der Wettbewerb unter den Zahlungsdienstleistern forciert, indem die Zahlungsverkehrsmärkte nunmehr für auch neue Anbieter zugänglich ist.

Zusätzlich zu bereits bestehenden Zahlungsdienstleistern, wie Kredit- oder E-Geldinstituten, wird zur angesprochenen Zielsetzung der Förderung des Wettbewerbs eine neue Kategorie von Zahlungsdienstleistern, sog. Zahlungsinstitute, etabliert. Das Geschäftsmodell dieser Zahlungsinstitute besteht darin, Zahlungsdienste im Sinne der PSD anzubieten.

Zur Beseitigung rechtlicher Marktzutrittsschranken wird für diese Anbieter eine einheitliche Zulassung geschaffen (Titel II). Die Mitgliedstaaten haben in Bezug auf diese Anbieter ihre aufsichtsrechtlichen Anforderungen aufeinander abzustimmen.

Mit der Zahlungsdienste-RL soll im aufsichtsrechtlichen Bereich maximale Harmonisierung erreicht werden. Um Gleichbehandlung zu gewährleisten, wird in EG 14 hinsichtlich der Zulassung festgehalten, dass die Mitgliedstaaten für Zahlungsinstitute keine anderen Anforderungen festlegen sollten, als die in der Richtlinie normierten.

Dieser Grundsatz ist insofern neu, als bislang für den Bankensektor prinzipiell eine Minimalharmonisierung vorgesehen war, welche die Mitgliedstaaten bloß verpflichtet hat, einen bestimmten Mindeststandard vorzusehen und mit der es ihnen nicht verwehrt war, über Richtlinienanordnungen hinausgehende Regelungen zu erlassen (sog. gold plating).

Zentral ist auch, dass ein in einem Mitgliedstaat aufgrund der RL 2007/64/EG zugelassenes Zahlungsinstitut auf der Grundlage des Niederlassungsrechts oder der Dienstleistungsfreiheit europaweit tätig sein kann (Art. 25). Mit der neuen Zulassung für Zahlungsinstitute soll weiters auch die Sonderempfehlung VI („alternative Geldtransfersysteme“) der OECD-Arbeitsgruppe FATF zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung einheitlich umgesetzt werden¹³.

Neben Zahlungsinstituten werden natürlich auch weiterhin Kreditinstitute iSd Art. 4 Nr. 1 lit. a der RL 2006/48/EG¹⁴ Zahlungsdienste erbringen dürfen. Unter diese Richtlinienbestimmung fallen jene Unternehmen, deren Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren. Für diese EU-Kreditinstitute bleibt das bestehende aufsichtsrechtliche Regime unverändert. Gleiches gilt für E-Geldinstitute iSd Art. 1 Abs. 3 lit. a der RL 2006/48/EG im Rahmen ihrer bisherigen Möglichkeiten zur Erbringung von Zahlungsdiensten.

Für alle genannten Institutsarten (also inklusive Zahlungsinstituten) sieht die Zahlungsdienste-RL Bestimmungen über Transparenz der Vertragsbedingungen, Informationspflichten für Zahlungsdienste (Titel III) sowie Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten (Titel IV) vor. Art. 86 normiert unter der Überschrift „Vollständige Harmonisierung“, dass die Mitgliedstaaten in den Bereichen, in denen die PSD harmonisierte Bestimmungen enthält, keine anderen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen beibehalten oder einführen dürfen.

Es ist somit nicht nur für die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Zahlungsinstitute, sondern auch für den Bereich des Verbraucherschutzes von Zahlungsdienstnutzern eine europaweite Gleichbehandlung gewährleistet. Die bisher bereits vorhandenen und schon erwähnten Bestimmungen der RL 97/5/EG und die Empfehlungen 87/598/EWG, 88/590/EWG und 97/489/EG wurden in die

¹³ Vgl. hierzu *Krichbaumer* in Dellinger, BWG, Band II (2008), § 41 Rz 4f.

¹⁴ RL 2006/48/EG vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und RL 2006/49/EG vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (CRD – Eigenkapitalrichtlinie – „Basel II“).

Zahlungsdienste-RL überführt. Die Bestimmungen der PreisVO wurden hingegen beibehalten und ergänzen als unmittelbar anwendbares Unionsrecht¹⁵ die Bestimmungen der PSD.

Den Abschluss der Zahlungsdienste-RL bilden Bestimmungen über Durchführungsmaßnahmen und den Zahlungsverkehrsausschuss, der zur Unterstützung der EK eingerichtet wurde sowie Schlussbestimmungen (Titel V und VI).

Die RL 2007/64/EG besteht somit im Wesentlichen aus zwei großen Blöcken. Zum einen wird die Konzessionierung und Beaufsichtigung über die neu geschaffenen Zahlungsinstitute geregelt, die in vielen Bereichen in Konkurrenz zu Kreditinstituten und E-Geldinstituten treten, allerdings kein E-Geld ausgeben und kein Einlagengeschäft betreiben dürfen (vgl. Art. 16).

Zum anderen werden sämtliche Zahlungsdienstleistungen, nicht nur die klassische Überweisung, im Inland sowie grenzüberschreitend einem neuen, umfassenden zivilrechtlichen Regime betreffend Haftung, Informationspflichten, Wertstellung etc. unterworfen, welches für alle Zahlungsdienstleister gilt, somit also auch für Kreditinstitute.

Durch gleiche Regelung funktional gleicher Dienstleistungen und Produkte werden Wettbewerbsverzerrungen zwischen verschiedenen Produkten und Anbietern hintan gehalten, der Kunde erhält mehr Rechtssicherheit und kann aus einer breiteren Produktpalette wählen.

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass die Zahlungsdienste-RL im Wesentlichen sowohl aufsichtsrechtliche als auch zivilrechtliche Regelungen enthält, welche in weiterer Folge im Rahmen der Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen auch ausführlich thematisiert und analysiert werden.

¹⁵ Seit dem In-Kraft-Treten des Reformvertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 wird das Recht der Europäischen Union nicht mehr als Gemeinschaftsrecht, sondern als Unionsrecht bezeichnet.

4. Exkurs: Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs

Der unionsrechtlich gewährleistete freie Kapital- und Zahlungsverkehr bildet das Fundament für einen rechtlich einheitlichen europäischen Zahlungsdienstemarkt. Deshalb ist auf die Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs, welchem der Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem, nationalem Recht zukommt¹⁶, und auf den freien Zahlungsverkehr auch kurz einzugehen.

4.1 Der freie Kapitalverkehr

Unter dem freien Kapitalverkehr wird die einseitige Wertübertragung in Form von Sach- oder Geldkapital aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat verstanden, die zugleich eine Vermögensanlage darstellt¹⁷. Nach der Rs *Golden Shares III* handelt es sich auch bei einer Direktinvestition in Form einer Beteiligung an einem Unternehmen durch den Erwerb von Aktien auf dem Kapitalmarkt um Kapitalverkehr im Sinne von Art. 63 AEUV (ex Art. 56 EGV)¹⁸. Der AEUV selbst enthält keine Definition des Begriffs, doch kann zur Konkretisierung die im Anhang der 4. Kapitalverkehrsrichtlinie¹⁹ enthaltene Nomenklatur der verschiedenen Kapitalverkehrsvorgänge herangezogen werden²⁰.

¹⁶ Vgl dazu *Griller*, *ecolex* 1996, 639ff; zu den Auswirkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten vgl auch *Lang/Schuch/Staringer*, *Steuerrecht*, 5. Auflage (2006), Seite 88ff.

¹⁷ Siehe *Hakenberg*, *Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 3. Auflage (2003), Seite 125.

¹⁸ Vgl EuGH Rs C-503/99 *Golden Shares III*, Slg 2002, I-4809, Rz 38; vgl auch *Karpf/Weidinger-Sosdean/Zartl*, *ZFR* 2007, 145ff.

¹⁹ RL 88/361 EWG.

²⁰ So EuGH Rs C-212/97 *Trummer*, Slg 1999, I-1661, Rz 21; siehe auch *Reichelt*, *Europarecht* (2002), Seite 185f.

4.2 Der freie Zahlungsverkehr

Der freie Zahlungsverkehr umfasst die grenzüberschreitende Übertragung von Zahlungsmitteln, die um einer Gegenleistung willen erbracht wird. Er hat jedoch insofern nur instrumentalen Charakter, da er nach Ansicht des EuGH zur Abwicklung der durch andere Grundfreiheiten liberalisierten Vorgänge diene und daher auch nicht als Grundfreiheit zu qualifizieren sei²¹.

4.2.1 Beschränkungsverbot

Durch Art. 56 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 63 Abs. 1 AEUV), der durch den Vertrag von Maastricht²² eingeführt wurde, hat jedoch die Abgrenzung zwischen Kapital- und Zahlungsverkehr insoweit an Bedeutung verloren, da dieser bestimmt, dass zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern alle Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs verboten sind²³.

Dieses Beschränkungsverbot erfasst jede innerstaatliche Regelung, die geeignet ist, den Kapital- und Zahlungsverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell, zu behindern²⁴. Verboten ist somit jede Maßnahme, die den Zu-, Ab- oder Durchfluss von Kapital nach Form, Wert oder Menge begrenzt, behindert oder völlig untersagt²⁵.

²¹ So EuGH Rs C-163/94, C-164/94 und 250/94 *Sanz de Lera*, Slg 1995, I-4821, Rz 17.

²² Umfassend hierzu *Streinz*, ZfRV 1995, 1ff.

²³ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band I (2009), Seite 1050; zu der Schutzpflicht der Mitgliedstaaten siehe *König/Haratsch*, Europarecht, 4. Auflage (2003), Seite 263f.

²⁴ So EuGH Rs C-483/99 *Golden Shares II*, Slg 2002, I-4781, Rz 41; zur Golden Shares-Rsp des EuGH siehe auch *Frenz*, aaO, Seite 1058f.

²⁵ Zum Kernbereich des Verbots mit Beispielen aus der Rsp des EuGH *Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri*, Materielles Europarecht, 2. Auflage (2009), Seite 151f.

Neben den Rechtfertigungsgründen des Art. 65 AEUV (ex Art. 58 EGV) kommt eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nach dem Wortlaut der „Cassis-Formel“²⁶ nur bei unterschiedslos anwendbaren, nicht diskriminierenden staatlichen Maßnahmen zur Anwendung, die nicht nach Wohnsitz oder Anlageort differenzieren²⁷.

Bei allen Rechtfertigungsgründen ist zu beachten, dass solche Maßnahmen nicht gerechtfertigt sind, sofern sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen²⁸. Eine Einschränkung der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs ist somit nur dann zulässig, wenn sie geeignet und erforderlich ist, dem mit dem Rechtfertigungsgrund vorgebrachten Ziel zu dienen und sie angemessen erscheint²⁹.

²⁶ Vgl. EuGH Rs 120/78 *Rewe-Zentral AG*, Slg 1999, 649 (*Cassis de Dijon-Entscheidung*).

²⁷ So EuGH Rs C-302/97 *Konle*, Slg 1999, I-3099, Rz 40f.

²⁸ So EuGH Rs C-54/99 *Eglise de scientology*, Slg 2000, I-1335, Rz 18.

²⁹ Vgl. EuGH Rs 203/80 *Casati*, Slg 1981, 2595, Rz 27.

5. Einleitende Bemerkungen zum Bundesgesetz über die Beaufsichtigung und Erbringung von Zahlungsdiensten (ZaDiG)

Eingangs soll an dieser Stelle zu Klarstellungszwecken angemerkt werden, dass Artikelbezeichnungen und Erwägungsgründe ohne Angabe der Rechtsgrundlage als jene der Zahlungsdienste-RL (RL 2007/64/EG) zu verstehen sind und Hauptstücks-, Abschnitts-, §§- oder Zifferbezeichnungen ohne Angabe des Gesetzes auf die jeweils thematisierte Bestimmung des ZaDiG Bezug nehmen.

5.1 Allgemeines

Das ZaDiG erging in Umsetzung 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 97/5/EG (ABl. Nr. L 319 vom 5.12.2007, S. 1) und der Richtlinie 2009/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist (ABl. Nr. L 68 vom 13.3.2009, S. 3).

Die Zahlungsdienste-RL überführt die Bestimmungen der RL 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen und die in den Empfehlungen 87/598/EWG für einen Verhaltenskodex im Bereich des elektronischen Zahlungsverkehrs³⁰, 88/590/EWG zu Zahlungssystemen, insb zu den Beziehungen zwischen Karteninhabern und Kartenausstellern sowie die Empfehlung 97/489/EG zu den Geschäften, die mit elektronischen Zahlungsinstrumenten getätigt werden³¹, formulierten Grundsätze in einen einzigen verbindlichen Rechtsakt.

³⁰ Beziehungen zwischen Finanzinstituten, Dienstleistungserbringern und Verbrauchern.

³¹ Insb zu den Beziehungen zwischen Emittenten und Inhabern solcher Instrumente.

Das ÜberweisungsG, welches die Richtlinie 97/5/EG zur Grundlage hat, wurde somit aufgehoben. Die Sanktionsbestimmungen des Überweisungsgesetzes sowie die Verordnung (EG) Nr. 2560/2001 über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro, die im Bereich der Entgelte einen Binnenmarkt für Euro-Zahlungen geschaffen hat und im ÜberweisungsG eingeführt wurde, wurden in das ZaDiG integriert.

Das ZaDiG folgt der Systematik der PSD, welche im II. Hauptstück die Zulassungs- und Aufsichtsanforderungen für Zahlungsinstitute und im III. Hauptstück die Rechte und Pflichten betreffend die Zahlungsdienste regelt. Das I. Hauptstück widmet sich dem Anwendungsbereich und nimmt Begriffsdefinitionen vor. Im IV. Hauptstück sind, dem Schema der Finanzmarktlegistik in Österreich folgend, die Aufsichts- und Sanktionsbestimmungen zusammengefasst. Das V. Hauptstück umfasst schließlich Übergangs- und Schlussbestimmungen.

Anpassungen an das BWG, FernFinG, KSchG, FMABG und VAG wurden, soweit im Rahmen der Umsetzung der RL erforderlich, ebenso vorgenommen, wie auch das ÜberweisungsG, bedingt durch die gleichzeitige Aufhebung der Überweisungs-RL, aufzuheben war.

Mit dem ZaDiG wird dem immer komplexer und umfangreicher werdenden Spektrum an angebotenen Zahlungsdienstleistungen im europäischen Raum Rechnung getragen. Mittels nun innerhalb der Europäischen Union harmonisierten Regelungen ist es künftig möglich, Zahlungsdienstekunden gemeinschaftsweit ein hohes Schutzniveau zukommen zu lassen und gleichzeitig den Anbietern von Zahlungsdienstleistungen möglichst einheitliche Ausübungsbedingungen durch einen harmonisierten Rechtsrahmen zu gewährleisten³².

Die FMA wird mit der Überwachung der Einhaltung der prudentiellen Aufsichtsanforderungen durch Zahlungsinstitute betraut³³. Darüber hinaus kann sie auch Sanktionen bei Nichteinhaltung der Bestimmungen über die Zahlungsdienste bei Anzeige durch Kunden verhängen.

³² Vgl auch *Urbanitsch*, *ecolex* 2008, 213.

³³ Zum Begriff der prudentiellen Aufsicht siehe *Tertak*, *ÖBA* 2008, 675ff.

Die Stärkung des Kundenschutzes spiegelt sich im ZaDiG in umfassenden Informationspflichten und klaren Vorschriften über die Ausführung von Zahlungsdiensten und Rechten und Pflichten wider.

Da es sich bei den Regelungen zu den einzelnen Zahlungsdiensten im Wesentlichen um Informations-, Sorgfalts-, Ausführungs- und Haftungsbestimmungen, also Bestimmungen zivilrechtlichen Inhalts, handelt, ist in diesen Fällen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vorgezeichnet³⁴. Eine systematische Beaufsichtigung der Einhaltung zivilrechtlicher Vorschriften durch die FMA ist demgemäß nicht vorgesehen.

5.2 Bisherige Rechtslage

Bislang existierte in der EU kein einheitliches Aufsichtsregime für Zahlungsdienstleister, die keine Kreditinstitute sind, kein einheitlicher Rahmen für Zahlungsdienstleistungen. Vielmehr waren lediglich einzelne Aspekte wie grenzüberschreitende Überweisungen harmonisiert geregelt. In weiten Bereichen trafen die unterschiedlichen Aufsichts-, Zivilrechts- und Konsumentenschutzregime aufeinander³⁵.

Die Zahlungsverkehrsmärkte der Mitgliedstaaten waren, wie bereits ausgeführt, bislang aufgrund ihrer nationalen Ausrichtung in 27 verschiedenen rechtlichen Ausformungen organisiert. Aufgrund unterschiedlicher Traditionen im Konsumentenschutz und Zivilrecht führte dies beim grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr oft zu erhöhten Kosten für Anbieter und Kunden.

³⁴ Vgl. hierzu *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage (2009), Seite 15f.

³⁵ Siehe auch *Hohensinn*, *ecolx* 2008, 188f.

Zudem stiftete diese divergierende Rechtslage, das Nebeneinander von nationalen Bestimmungen und unvollständigen gemeinschaftlichen Rahmenbestimmungen, zusätzlich Verwirrung und führte zu mangelnder Rechtssicherheit. Diese Situation hemmte die Integration der europäischen Finanzmärkte gerade in dem dafür so wesentlichen Bereich des Zahlungsverkehrs³⁶.

5.3 Das Verhältnis des ZaDiG zu anderen Rechtsakten

5.3.1 ÜberweisungsVO

Die ÜberweisungsVO legt fest, dass für grenzüberschreitende Zahlungen bis 50.000 Euro die gleichen Gebühren wie für entsprechende Zahlungsvorgänge innerhalb eines Mitgliedstaats zu verrechnen sind. Diese VO wurde auf europäischer Ebene einem Review unterzogen und am 1. November 2009 durch die VO (EG) Nr. 924/2009 ersetzt. Im Vergleich zur Vorgängerregelung weist diese einen weiteren Anwendungsbereich auf, da nunmehr sämtliche Zahlungsvorgänge erfasst werden. Die Informations- und Verhaltensregeln der neuen ÜberweisungsVO bestehen kumulativ neben dem ZaDiG. Der Vollzug obliegt der FMA.

5.3.2 AuftraggeberdatenVO

Die AuftraggeberdatenVO³⁷, dessen Vollzug ebenfalls der FMA zukommt, verpflichtet den Überweisungen oder Geldtransfers gewerblich ausführenden Zahlungsdienstleister zur Aufnahme und Überprüfung der Daten des Auftraggebers. Sanktionsbestimmungen enthält das BWG sowie das ZaDiG für Zahlungsinstitute. Analog zur ÜberweisungsVO bestehen die Informations- und Verhaltensregeln auch bei der AuftraggeberdatenVO zusätzlich neben dem ZaDiG.

³⁶ Vgl auch *Jacquelin*, VWT 2005 H 5, 57.

³⁷ Verordnung Nr. 1781/2006 über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers vom 15. November 2006.

5.3.3 Verbraucherkredit-RL

Die Verbraucherkredit-RL³⁸, die mit 11. Juni 2010 durch das DaKRÄG in österreichisches Recht umgesetzt wurde, berührt das ZaDiG insofern nicht, als Zahlungsinstitute, die Dienste erbringen, die eine Kreditierung iSd dieser RL enthalten, das Regelwerk des Verbraucherkredits anzuwenden haben³⁹. Vorvertragliche Informationspflichten über den Verbraucherkredit bestehen zusätzlich zu jenen des ZaDiG⁴⁰.

5.3.4 E-Geldgesetz

Das aufgrund der E-Geld-RL⁴¹ ergangene E-Geldgesetz regelt die Konzessionsanforderungen für E-Geldinstitute, welche zur Herausgabe und Verwaltung von elektronischem Geld befugt sind. Die nunmehr überarbeitete E-Geld-RL⁴², die bis 30. April 2011 in österreichisches Recht zu implementieren ist und auch im ZaDiG Anpassungen erfordert⁴³, verfolgt das Ziel, den Zahlungsdienstemarkt für neue Anbieter zu öffnen sowie deren Marktdurchdringung und damit das E-Geld-Volumen zu steigern. Aufgrund der vielen Verweise auf die für Zahlungsinstitute geltenden Bestimmungen ist hier mit Überschneidungen zu rechnen.

³⁸ RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge vom 23. April 2008.

³⁹ Vgl. *Stabentheiner/Dimmel*, ÖBA 2009, 696ff.

⁴⁰ So zutr. *Koch*, ÖBA 2009, 98f; *Wendehorst*, ÖBA 2009, 31f; vgl. auch *Dehn*, ÖBA 2009, 194ff.

⁴¹ RL 2000/46/EG vom 18. September 2000 über elektronisches Geld.

⁴² RL 2009/110/EG vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten.

⁴³ Siehe dazu die Ausführungen in Punkt 10.6 auf Seite 165.

5.4 Umsetzungskonzept des österreichischen Gesetzgebers

5.4.1 Technik der Umsetzung

Beim Vergleich zwischen dem Richtlinienentwurf der PSD und dem Gesetzestext des ZaDiG wird sichtbar, dass sich der österreichische Gesetzgeber zum Ziel gesteckt hat, folgenden Prinzipien in seiner Richtlinienumsetzung gerecht zu werden:

- Grundsatz der Wiedererkennbarkeit des europäischen Rechts im nationalen Recht;
- Grundsatz der Konsistenz der Begriffe und Begrifflichkeiten;
- Grundsatz der Konzessionssystematik.

Das ZaDiG folgt dem Grundsatz der Maximumharmonisierung (Vollharmonisierung), um die vom europäischen Gesetzgeber intendierte einheitliche Anwendung der Richtlinie innerhalb der EU sicherzustellen. Den Mitgliedsstaaten wird kein Spielraum zur Beibehaltung oder Abschaffung von Rechtsvorschriften eingeräumt, welche vom Richtlinienentwurf abweichen. Unübersehbar ist auch, dass sich der österreichische Gesetzgeber bei der Umsetzung der nationalen Wahlrechte an seinem deutschen Pendant orientiert hat.

Die Streichung einzelner Mitgliedsstaatenwahlrechte steht in Einklang mit dem generellen Ziel der Europäischen Union, für die Aufsicht von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsunternehmen stärker konvergente Rahmenbedingungen vorzusehen⁴⁴. Durch die Umsetzung des ZaDiG ohne sog. gold plating, also ohne eine Beifügung separater nationaler Regelungen, wird diesem Grundsatz entsprochen, da dieses keine über dem Harmonisierungsniveau liegenden Vorschriften enthält. Bei mangelhafter Umsetzung der Richtlinie drohte ein Vertragsverletzungsverfahren durch die EK⁴⁵.

⁴⁴ Vgl. *Part/M. Schütz*, ÖBA 2010, 34f.

⁴⁵ Vgl. *Nettesheim* in *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Auflage (2009), Seite 259f; siehe auch *Reichelt*, Europarecht (2002), Seite 71.

Die einzelnen Bestimmungen des ZaDiG lassen die Rückführbarkeit des Gesetzestexts auf den Richtlinien text auch deutlich erkennen. Seitens des österreichischen Gesetzgebers ist das Bemühen zu erkennen, zwar Systematik und Terminologie der Zahlungsdienste-RL zu übernehmen, jedoch darüber hinaus Begriffe und Begrifflichkeiten aus der österreichischen Rechtsordnung in das ZaDiG zu integrieren, welche hinreichend klar genug sind, um auch dem verfassungsrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzips gerecht zu werden⁴⁶.

Die sich bereits im übrigen Finanzmarktaufsichtsrecht geltende Konzessions-systematik hat sich im Sinne der ordnungsgemäßen Funktionsweise des Marktes und des Kundenschutzes durchaus bewährt. Der österreichische Gesetzgeber hat sich daher entschieden, diese Konzessionsstruktur in gewohnter Weise auch im ZaDiG beizubehalten⁴⁷.

Folgefragen zur Vollharmonisierung

Der Grundsatz der Maximumharmonisierung wirft jedoch auch einige Folgefragen auf. Fraglich ist zum einen, inwieweit Richtlinienbestimmungen auch auf jene Rechtsvorgänge erstreckbar sind, auf welche sie sich nach dem per definitionem festgelegten Anwendungsbereich der Richtlinie nicht beziehen. Zum anderen ist fraglich, inwieweit die Schaffung nationaler normativer Eigenschöpfungen bei jenen Rechtsvorgängen und Rechtsgeschäften zulässig sein soll, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wenn sich in der RL für eine spezifische Sachfrage jedoch gerade keine eigene Vorschrift findet.

Ob der nationale Gesetzgeber in diesen Fallkonstellationen eigenständige nationale Regelungen kreieren darf, werden in der Allgemeinheit nicht zu beantworten sein. Auch hier wird je nach sachlichem Kontext auf den Einzelfall abzustellen sein⁴⁸.

⁴⁶ Vgl dazu näher Kapitel 12.5.2 auf Seite 183ff; vgl auch *Rill* in *Rill/Schäffer*, B-VG (2001), Seite 5ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 255ff.

⁴⁷ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP vor § 1.

⁴⁸ Vgl auch *Stabentheiner*, ÖJZ 2010, 268.

Verlässlich kann diese Fragen, die zudem erfahrungsgemäß auch erst einige Jahre nach der innerstaatlichen Transformation der Richtlinie auftauchen, ohnehin nur der EuGH klären. Dabei tritt neben der Entscheidungszuständigkeit noch das Problem einer zeitlichen Dimension zu Tage.

5.4.2 Kompetenzgrundlage

Die Kompetenz zur Regelung des Bundes auf dem Gebiet des Zahlungsverkehrs folgt aus Art. 10 Abs. 1 Z 5 und 6 B-VG (Bank- bzw. Zivilrechtswesen)⁴⁹.

Für die Zuordnung zum Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen sei nach der Jud des VfGH die Struktur einer Rechtsbeziehung entscheidend. Regelungen, die die Rechtsbeziehung der Bürger unter sich betreffen, sollen unter dem Begriff Zivilrechtswesen zu subsumieren sein⁵⁰. Diese Regel unterliege jedoch jener Einschränkung, dass aus dem jeweiligen Sachzusammenhang gefolgert werden könne, dass eine an sich zivilrechtliche Regelung einem anderen Kompetenztatbestand zuzuordnen sei („struktureller Zivilrechtsbegriff“)⁵¹.

Hervorzuheben ist auch, dass der Begriff „Zivilrechtswesen“ nicht mit jenem der „civil rights“ iSd Art. 6 Abs. 1 EMRK gleichzusetzen ist⁵².

⁴⁹ Siehe *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007), Seite 154ff; *Mayer*, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 30.

⁵⁰ Siehe VfSlg 9.580/1982.

⁵¹ Siehe VfSlg 11.760/1988; vgl dazu auch *Thienel*, ÖJZ 1993, 609ff.

⁵² So zB unter vielen VfSlg 12.470/1990; grundlegend *Grabenwarter*, EMRK, 3. Auflage (2008), Seite 310ff; so auch schon *Schäffer*, JBl 1965, 502ff; *Mayer*, ZfV 1988, 473ff; *Weh*, EuGRZ 1988, 433ff.

6. 1. Hauptstück: Allgemeine Vorschriften

Das 1. Hauptstück normiert allgemeine Bestimmungen, legt den Anwendungsbereich des ZaDiG sowie dessen Ausnahmen fest und regelt darüber hinaus den Zugang zu Zahlungssystemen.

6.1 1. Abschnitt: Anwendungsbereich und Begriffe

Im 1. Abschnitt werden der Anwendungsbereich des ZaDiG sowie dessen Ausnahmen geregelt. Des Weiteren werden notwendige Begriffsdefinitionen vorgenommen.

6.1.1 § 1 Anwendungsbereich

In § 1 wird der persönliche, örtliche und sachliche Anwendungsbereich festgelegt. Danach gilt das ZaDiG für jene in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleister, die gewerblich Zahlungsdienste in Österreich für in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer erbringen.

Zur Erbringung dieser Zahlungsdienste berechtigt sind nur jene Zahlungsdienstleister, die über eine Konzession gemäß dem ZaDiG (§§ 5ff), dem BWG (§§ 4ff BWG)⁵³ oder als E-Geldinstitut (§ 1 Abs. 1 E-Geldgesetz iVm § 1 Abs. 1 Z 20 BWG) verfügen.

Um als Kunde überhaupt am bargeldlosen Zahlungsverkehr teilnehmen zu können, ist das Vorliegen einer Kontoverbindung bei einem Kreditinstitut nötig, über die die getätigten Zahlungsbewegungen abgerechnet werden. Diese Kontoverbindung wird durch den Abschluss eines Kontoeröffnungsvertrags begründet⁵⁴.

⁵³ Siehe hierzu *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 4 Rz 10ff.

⁵⁴ Ausführlich hierzu *Unger*, ÖBA 2002, 472ff.

Soll das Konto nicht nur zur Verrechnung gegenseitiger Forderungen zwischen dem Kunden und der Bank, sondern auch der Ausführung bargeldloser Zahlungstransaktionen dienen, ist ein Kontoführungsvertrag (Girovertrag) abzuschließen, der dem Kontoeröffnungsvertrag gegenüberzustellen ist⁵⁵.

Sachlicher Anwendungsbereich

In Umsetzung von Art. 4 Nr. 3 sowie des Anhangs der Zahlungsdienste-RL wird in § 1 Abs. 1 und 2 iVm § 2 Abs. 3 der sachliche Anwendungsbereich des ZaDiG festgelegt.

Damit dieses Bundesgesetz zur Anwendung gelangt, müssen die Zahlungsdienste gewerblich erbracht werden. Für die Beurteilung der Gewerblichkeit ist der Gewerblichkeitsbegriff des § 2 Abs. 1 UStG 1994 maßgeblich⁵⁶. Gewerblich oder beruflich ist danach jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht Gewinn zu erzielen fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird⁵⁷.

Diese Tätigkeit, derer es zur Erfüllung dieses Gewerbebegriffs zunächst bedarf, ist als eine Leistung im unternehmerischen Sinn und nicht als eine Leistung im Rechtssinn zu verstehen. In Betracht kommt danach jede Art von unternehmerischer Tätigkeit, sofern diese nicht unselbständig ausgeübt wird⁵⁸.

Nach der kasuistischen Judikatur des VwGH sei eine entsprechende Nachhaltigkeit einer solchen Tätigkeit immer dann anzunehmen, wenn Wiederholungsabsicht bestehe, oder wenn sie unter Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses wiederholt werde⁵⁹.

⁵⁵ Dazu *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht, Band II, 2. Auflage (2008), Rz 1/4ff.

⁵⁶ Siehe dazu *Bürgler* in Bürgler/Kanduth-Kristen/Wakounig, UStG (2006), § 2 Rz 66ff; *Beiser*, Steuern, 6. Auflage (2008), Seite 258ff; vgl auch *Doralt*, Steuerrecht, 10. Auflage (2008), Seite 127f.

⁵⁷ Umfassend *Doralt/Ruppe*, Grundriss des österreichischen Steuerrechts, 9. Auflage (2007), Seite 415ff; vgl auch *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG, Band I (2008); § 1 Rz 6ff.

⁵⁸ So VwGH 2.5.1960, 1023/57; vgl auch *Ruppe*, UStG, 3. Auflage (2005), § 2 Rz 46f mit zahlreichen Beispielen aus der Jud des VwGH und des BFH.

⁵⁹ So etwa VwGH 25.1.1995, 93/13/0084.

Auch bei einmaligen Tätigkeiten könne nach Ansicht des Höchstgerichts eine Nachhaltigkeit gegeben sein, wenn nach den Umständen des Falles auf eine Wiederholungsabsicht geschlossen werden könne⁶⁰. Zudem legt der VwGH auch keinerlei quantitativen Umfang fest, ab welchem eine nachhaltige und nicht mehr bloß eine unbeachtliche gelegentliche Tätigkeit gegeben sei⁶¹.

Werden Zahlungsdienste kostenlos erbracht, so sind diese in Einklang mit EG 6 nicht vom Anwendungsbereich erfasst, solange diese nicht Hauptzweck sind. Nach den Materialien sollen somit ebenso dreipersonale Verhältnisse nicht in den Anwendungsbereich des ZaDiG fallen, da die Erbringung von Zahlungsdiensten hier nicht im Vordergrund steht, wie zB beim Leasing oder bei Sendungen per Nachnahme⁶².

Die einzelnen Zahlungsdienste, welche alle im Anhang der Zahlungsdienste-RL näher beschriebenen Tätigkeiten darstellen, werden in Abs. 2 Z 1 bis 6 abschließend aufgezählt.

⁶⁰ So schon VwGH 10.9.1979, 0225/79; vgl auch *Kolacny/Caganeck*, UStG, 3. Auflage (2005), § 2 Anm 7f.

⁶¹ Vgl u.a. VwGH 20.3.1980, 2598/77; siehe auch *Bürgler* in *Bürgler/Kanduth-Kristen/Wakounig*, UStG (2006), § 2 Rz 71ff.

⁶² EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 1.

1. Das Ein- und Auszahlungsgeschäft

Das Ein- und Auszahlungsgeschäft der Z 1 umfasst Dienste, mit welchen Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto, bei welchen es sich in der Regel um Giro- oder Sparkonten handeln wird, oder Barabhebungen von einem Zahlungskonto ermöglicht werden sowie alle zur Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge⁶³. Unter diesen Konzessionstatbestand fallen ebenso Barabhebungen mittels Bankomaten sowie alle anderen Barabhebungen von Zahlungskonten⁶⁴. Für die in der Praxis bedeutsamen Girokonten finden somit grundsätzlich ebenfalls die Bestimmungen des ZaDiG Anwendung.

Die bisweilen im Schrifttum strikt vertretene Auffassung, wonach Personen, die zum Betrieb des Einlagengeschäfts berechtigt sind, zu keinem Zeitpunkt Schuldner bezüglich entgegengenommener Gelder sein dürfen⁶⁵, wird bei Zahlungskonten führenden Dienstleistern in dieser Allgemeinheit nicht gelten können. Eine ausschließliche Konzession wird nur dann in Frage kommen, wenn die Barein- oder auszahlung, etwa über Multi- und Bankomaten⁶⁶, nicht auf oder von ein(em) vom selben Zahlungsinstitut geführtes Konto erfolgt⁶⁷.

Das Bankomat-Service beruht auf dem sog. Europay-Vertrag, der 2007 den mehrfach novellierten Bankomat-Vertrag abgelöst hat⁶⁸. Dieser begründet einerseits Rechtsbeziehungen zwischen Pay Life als zentrale Abwicklungsstelle und den am Bankomat-Service partizipierenden Kreditinstituten und andererseits zwischen den teilnehmenden Kreditinstituten untereinander.

Die zwischen dem Karten ausgebenden Institut und dem Kontoinhaber getroffene Vereinbarung legt fest, über welche Beträge mittels der Bezugskarte verfügt werden kann.

⁶³ Unter einem Zahlungskonto wird ein auf den Namen eines Zahlungsdienstnutzers lautendes Konto verstanden, das für die Ausführung von Zahlungsvorgängen genutzt wird (§ 3 Z 13).

⁶⁴ Vgl EK, Q&A on PSD Nr. 31.

⁶⁵ So *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG (2008), § 1 Rz 20; *Höllerer/Neubauer/Träxler*, ÖBA 2004, 900.

⁶⁶ Der Begriff des Multimats ist eine in der Schweiz übliche Bezeichnung für Geldautomaten, welche u.a. Bareinzahlungen ermöglichen.

⁶⁷ Vgl *Gapp/Lanschützer*, ZFR 2009, 171f.

⁶⁸ Zu dieser Entwicklung vgl *Judt*, ÖBA 2005, 229ff; *Judt/Scholz*, ÖBA 2000, 839ff.

In den Kundenrichtlinien wird als Einschränkung festgelegt, dass die Bezugskarte zur Zahlung oder Geldbehebung nur verwendet werden darf, wenn das Konto, zu dem die Bezugskarte ausgestellt wurde, eine erforderliche Deckung aufweist.

Nach Auffassung deutscher Gerichte habe der Kunde selbst dafür Sorge zu tragen, dass er keine für ihn nachteiligen Überziehungen tätige. Eine Pflicht des Karten ausgebenden Kreditinstituts Überziehungen zu verhindern bestehe nicht, sofern zwischen diesem und dem Kunden keine Bezugslimits vereinbart seien⁶⁹.

Bei der Benutzung der Bezugskarte durch Minderjährige stellt sich die Rechtslage insofern anders dar, als sich die diesbezügliche Dispositionsmöglichkeit nach den allgemeinen Regeln zur Geschäftsfähigkeit richtet⁷⁰. Besondere Regelungen hiezu finden sich überdies in § 36 BWG, bei welchem es sich um eine besondere Offenlegungsvorschrift für Kreditinstitute handelt, die unabhängig und neben den allgemeinen Regelungen in punkto Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger zu beachten ist⁷¹.

Koziol vertritt die Ansicht, dass dem Kunden aufgrund der dem Bankomat-System zugrunde liegenden Vereinbarungen ein eigenständiger Auszahlungsanspruch gegen das GAA aufstellende Kreditinstitut zukomme. Der Kunde erwerbe auch gerade deswegen die Bezugskarte, um sich auf die österreichweite Bezugsmöglichkeit verlassen zu können. Dieser erkennbare Willen aller Beteiligten sei darauf gerichtet. Es gelte daher nach einer entsprechenden rechtlichen Konstruktion zu suchen, welche diesem erkennbaren Willen aller Beteiligten gerecht werde⁷².

⁶⁹ Siehe hiezu LG Lüneburg, ZIP 1985, 1132.

⁷⁰ Vgl dazu *Dullinger*, ÖBA 2005, 677f; differenzierend *Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 2/11, der sich für eine teleologische Reduktion dieser Regelung ausspricht.

⁷¹ Zur nachträglichen Genehmigung des von einem Minderjährigen abgeschlossenen Kreditvertrags vgl OGH 1 Ob 31/98k.

⁷² Vgl *Koziol* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band I, 1. Auflage (1993), Rz 8/7.

Dieser Ansicht *Koziols* kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Hier gilt es zu differenzieren. Zuzustimmen ist ihm sicher insofern, als dass das Motiv jedes am System der GAA teilnehmenden Kreditinstituts offenkundig darin besteht, durch die Schaffung von vorgelagerten Zahlstellen seinen Kunden ein verbessertes Auszahlungssystem anzubieten. Fremde GAA werden zur Erfüllung von Auszahlungsverpflichtungen des Kreditinstituts gegenüber deren Kunden eingeschaltet.

Für die Frage, ob und welcher Betrag an den Kunden ausbezahlt wird, ist jedoch einzig und allein das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Karten ausgebenden Kreditinstitut entscheidend. Das GAA aufstellende Institut fungiert hier nur als Zahlstelle des Karten ausgebenden Kreditinstituts, mit welchem ein Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen wurde. Der maximale Auszahlungsbetrag ergibt sich einerseits aus einem vom jeweiligen Kontostand unabhängigen, vereinbarten Fixbetrag oder hängt andererseits von der auf dem Konto vorhandenen Deckung ab, wobei in diesem Fall der maximale Auszahlungsbetrag durch individuell vereinbarte Limits begrenzt werden kann.

Eine eigenständige Auszahlungsverpflichtung des GAA aufstellenden Kreditinstituts gegenüber allen Karteninhabern kann nicht bejaht werden, da dieses einerseits vorweg ja gar keine Kenntnis bezüglich der Höhe des Auszahlungsbetrages hat und andererseits auch keine Möglichkeit hat, auf die Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen Einfluss zu nehmen.

Würde ein Vertrag zugunsten Dritter angenommen, bestünde die Konsequenz darin, einen direkten Auszahlungsanspruch gegen das GAA aufstellende Kreditinstitut anzunehmen⁷³. Ergo hätte dieses auch in jenem Fall eine Auszahlungsverpflichtung, wenn das Karten ausgebende Kreditinstitut durch einen Fehler bei der Deckungsprüfung die gewünschte Auszahlung unterbindet und in weiterer Folge diesen Fehler gegenüber dem Karteninhaber in einer Auseinandersetzung zu vertreten, was wohl nicht der Absicht der Parteien entsprechen würde.

⁷³ Vgl auch *Heilmann*, ÖJZ 1970, 177ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, 13. Auflage (2007), Seite 141f.

Für den Kunden ist es je nach dem konkreten Aufstellungsort des Bankomaten ja oft gar nicht erkennbar, wer genau als GAA aufstellendes Kreditinstitut fungiert⁷⁴. Ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 881 ABGB kann deshalb nicht angenommen werden, da die tatsächlichen Grundlagen nicht vorliegen⁷⁵.

Ob Barauszahlungen und damit auch Auszahlungen an GAA im Rahmen eines Girovertrags erfolgen oder dem Einlagengeschäft zuzurechnen sind, ist in der Literatur äußerst umstritten⁷⁶.

Exkurs: Rechtsnatur des Girovertrags

Ebenso kontrovers diskutiert wird die Rechtsnatur eines Girovertrags. Unstrittig ist nur, dass er unter die entgeltlichen Dauerschuldverhältnisse fallen solle⁷⁷. Ein Werkvertrag kann deshalb nicht vorliegen, da das Institut aufgrund des Überweisungsauftrags nicht die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs schuldet, sondern lediglich die Weiterleitung des Auftrags⁷⁸. In der Lit wurde darüber hinaus neben der Einordnung als Auftrag gemäß §§ 1002ff ABGB auch die Einordnung als Dienstvertrag gemäß §§ 1151ff ABGB in Erwägung gezogen⁷⁹.

Demgegenüber solle nach der Jud beim Girovertrag ein Vertrag sui generis mit Elementen eines Darlehens und eines depositum irregulare vorliegen⁸⁰. Richtigerweise wird der Girovertrag als Auftrag zu qualifizieren sein, da in der Abwicklung von Zahlungstransaktionen ein rechtsgeschäftliches Tätigwerden des kontoführenden Instituts für den Kontoinhaber zu sehen ist⁸¹.

⁷⁴ Zu denken ist hier an GAA an öffentlich zugänglichen Plätzen, wie zB Bahnhöfe und Einkaufszentren, wo keine Niederlassung des GAA aufstellenden Kreditinstituts existiert.

⁷⁵ So siehe auch *Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 2/19, aA *Fellner*, Die Bankomatkarte (2006), Seite 26f.

⁷⁶ Zum Meinungsstand *Koch*, aaO, Rz 2/31.

⁷⁷ Eingehend zu dieser Diskussion *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band I, 2. Auflage (2008), Rz 1/22f.

⁷⁸ So *P. Bydlinski*, ÖBA 2002, 872.

⁷⁹ Vgl *Koziol*, aaO, Rz 1/22f.

⁸⁰ Vgl OGH 2 Ob 339/01v.

⁸¹ So auch *Gerhartinger*, ÖBA 2008, 329; bewusst offenlassend *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 8.

2. Das Zahlungsgeschäft

Das Zahlungsgeschäft umfasst die Ausführung des Lastschriftengeschäfts, des Zahlungskartengeschäfts sowie verschiedene Typen des Überweisungsgeschäfts, einschließlich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Nutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister (Z 2).

Das Lastschriftengeschäft umfasst Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften (lit. a). Unter dem Zahlungskartengeschäft werden jene Zahlungsvorgänge verstanden, die mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments abgewickelt werden (lit. b). Der Zahlungsvorgang des Überweisungsgeschäfts beinhaltet gemäß lit. c Überweisungen inklusive Daueraufträge.

Das Zahlungskartengeschäft betrifft Zahlungen via Karte ohne Kreditlinie, wobei es hier primär um die Ausführung der Zahlungsvorgänge geht⁸². Ein Zahlungskartengeschäft liegt nur dann vor, wenn die Weiterleitung des Geldes entweder Bezahlungscharakter aufweist oder der Geldtransfer auf ein Zahlungskonto erfolgt⁸³. Einzahlungen auf ein anderes Konto als auf ein Zahlungskonto sind somit hinsichtlich des kontoführenden Instituts kein Zahlungsgeschäft. Deshalb üben etwa auch Bausparkassen regelmäßig kein Zahlungsgeschäft aus, da deren Bausparkonten nicht für Überweisungen oder sonstige Zahlungen genutzt werden können⁸⁴.

Dass ein Zahlungsinstitut den auf den Einziehungsauftrag folgenden Überweisungsvorgang nun selbst vornehmen und allenfalls auch das Konto des Zahlers und/oder des Zahlungsempfängers selbst führen kann, ist aufsichtsrechtlich betrachtet neu, da diese beiden Aspekte bislang ausschließlich Kreditinstituten vorbehalten waren⁸⁵.

⁸² Zahlungen mit Kreditkarte mit Zahlungsaufschub fallen unter die Z 3 (Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung).

⁸³ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 1.

⁸⁴ Vgl *Schrank/Marx-Rajal*, *ecolex* 2009, 809.

⁸⁵ Siehe auch *O. Schütz/Waldherr*, *ÖBA* 2007, 139ff.

3. *Das Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung*

Der Tatbestand des § 1 Abs. 2 Z 3 findet für jene in Z 2 angeführten Zahlungsdienste Anwendung, bei denen ein Kredit- bzw. Überziehungsrahmen eingeräumt wird. Zu beachten ist, dass die Laufzeit der Kreditierung gemäß § 5 Abs. 5 Z 2 zwölf Monate nicht übersteigen und der Kredit nicht aus Geldern gewährt werden darf, die entgegengenommenen oder gehalten werden (§ 5 Abs. 5 Z 3).

Praktische Anwendungsfälle stellen neben den bereits erwähnten Kreditkartenzahlungen mit Zahlungsaufschub auch Überweisungen bzw. Lastschriftverfahren unter Ausnützung eines Überziehungsrahmens dar⁸⁶.

4. *Das Zahlungsinstrumentengeschäft*

Unter dem Zahlungsinstrumentengeschäft gemäß Z 4 wird die Ausgabe von Zahlungsinstrumenten oder die Annahme und Abrechnung („Acquiring“) von Zahlungsinstrumenten verstanden. Das Acquiring bietet Kartenabrechnungsdienste an, die der Acquirer Händlern anbietet. In Zeiten des stetig ansteigenden Zahlungskartenmissbrauchs gewinnen diese Abrechnungsdienste zunehmend an Bedeutung.

In concreto unterstützt der Acquirer den Händler dabei, nur entsprechend gedeckte Zahlungskarten anzunehmen und übernimmt die Kartenabrechnung im Sinne der Abbuchung des Geldes vom Kundenkonto und der Weiterleitung an den Händler⁸⁷.

5. *Das Finanztransfersgeschäft*

Unter das Finanztransfersgeschäft der Z 5 fällt der Transfer eines Geldbetrags ohne Einrichtung eines Zahlungskontos. Der Zahlungsdienstleister leitet einen vom Kunden übergebenen Geldbetrag an einen Zahlungsempfänger oder an einen anderen in dessen Namen handelnden Zahlungsdienstleister weiter⁸⁸.

⁸⁶ Vgl. *Gapp/Lanschützer*, ZFR 2009, 173.

⁸⁷ Siehe auch *Schrank/Marx-Rajal*, *ecolex* 2009, 810.

⁸⁸ Siehe EG 7.

Die Form der Übertragung des Geldes ist aus der gesetzlichen Definition nicht klar erkennbar.

Nach der Legaldefinition des § 3 Z 14 sind unter einem Geldbetrag Banknoten und Münzen, Giralgeld und elektronisches Geld iSd § 2 Z 58 BWG erfasst⁸⁹. Nach den Materialien sollen sämtliche Möglichkeiten der Übertragung von § 1 Abs. 2 Z 5 erfasst sein und unter dem Begriff des Geldbetrags iSd § 3 Z 14⁹⁰ nicht nur Papiergeld oder Münzen, sondern vielmehr insbesondere auch unbare Zahlungsmittel, welche einen Geldbetrag ausdrücken, fallen⁹¹.

Das Finanztransfergeschäft ist bereits in § 1 Abs. 1 Z 23 BWG als Bankgeschäft normiert⁹². Der geänderte Wortlaut im ZaDiG soll vordergründig der Harmonisierung von Zahlungsdiensten Rechnung tragen und verfolgt nicht die Absicht, in die wesentliche Substanz des Tatbestands einzugreifen⁹³. Historisch betrachtet, stand bei dieser Bestimmung die Geldwäscheprävention im Vordergrund, was im Einzelfall bei Interpretationsüberlegungen jedenfalls zu beachten sein wird⁹⁴.

6. Das digitalisierte Zahlungsgeschäft

Beim digitalisierten Zahlungsgeschäft (Z 6) geht es um die Ausführung von Zahlungsvorgängen, deren Beauftragung über ein Telekommunikations-, Digital- oder Informationstechnologiegerät erfolgt und bei denen die Betreiber der genannten Dienste als zwischengeschaltete Stelle zwischen Kunden und Händler fungieren. In der Praxis wird dieser Tatbestand beispielsweise bei der Bezahlung von Parkscheinen mit dem Handy zum Tragen kommen, sofern die Bezahlung über den Betreiber der SIM-Karte erfolgt⁹⁵.

⁸⁹ Vgl. hierzu auch *Diwok/Göth* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 2 Rz 168ff.

⁹⁰ Banknoten und Münzen, Giralgeld und elektronisches Geld iSd § 2 Z 58 BWG.

⁹¹ Vgl. EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 1.

⁹² Ausführlich hierzu *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 31; *Diwok* in *Diwok/Göth*, Band I (2005), § 1 Rz 136ff; *Karas/Träxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG, Band I (2008), § 1 Rz 202ff.

⁹³ So ausdrücklich EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 1.

⁹⁴ Vgl. *Höllerer/Neubauer/Träxler*, ÖBA 2004, 898.

⁹⁵ Vgl. *Gapp/Lanschützer*, ZFR 2009, 174.

Abgrenzung zu anderen Finanzdienstleistungen

Fraglich ist, ob beispielsweise auch Cash Pooling (Liquiditätsbündelung) als konzerninterner Liquiditätsausgleich als Zahlungsdienst zu qualifizieren ist. Bei diesem Element des Cash Managements führt eine Obergesellschaft einen zentralen „Master Account“, der zur Verwaltung von Geldanlagen und Kreditaufnahmen einer Tochtergesellschaft geführt wird⁹⁶. Im Gegensatz zu den zugrunde liegenden einzelnen Diensten wird Cash Pooling als solches wohl nicht als Zahlungsdienst iSd PSD einzustufen sein⁹⁷. Nach Auffassung der EK soll rein konzerninternes Cash Pooling jedenfalls in die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 3 Z 14 fallen⁹⁸.

Beim Dokumentenakkreditiv, die in der Praxis bedeutsamste Art des Akkreditivs⁹⁹, erfolgt die Leistung eines Kreditinstituts an den Begünstigten erst Zug um Zug nach fristgerechter Ausfolgung der durch eine entsprechende Akkreditivklausel vereinbarten, akkreditivkonformen Dokumente¹⁰⁰. Die diesem Sicherungsgeschäft zugrunde liegenden Überweisungen werden, im Gegensatz zum Dokumentenakkreditiv als abstraktes Zahlungsverprechen selbst, durchaus als Zahlungsdienste zu qualifizieren sein¹⁰¹.

In Entsprechung des EG 9 stellt die Ausgabe von E-Geld keinen Zahlungsdienst iSd ZaDiG dar.

Legalkonzession für Kreditinstitute

Da die meisten dieser Zahlungsdienste als Teilelemente des Girogeschäfts nach § 1 Abs. 1 Z 2 BWG anzusehen sind, kann ein Kreditinstitut, welches über eine Konzession für das Girogeschäft verfügt, folglich diese ohne Konzession gemäß ZaDiG erbringen.

⁹⁶ Siehe auch *Altmeyden*, ZIP 2006, 1025.

⁹⁷ So auch sinngemäß für das Bankgeschäft *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 1 Rz 15.

⁹⁸ Vgl EK, Q&A on PSD Nr. 19.

⁹⁹ Zur konkreten Ausgestaltung sämtlicher Akkreditivarten siehe *Apathy/Katzenberger* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band V, 2. Auflage (2009), Rz 1/4ff.

¹⁰⁰ Vgl auch OGH 7 Ob 282/06f.

¹⁰¹ Zu aktuellen Fragen des Dokumentenakkreditivs siehe *Apathy*, ÖBA 2009, 199ff.

Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des ZaDiG wird durch § 1 Abs. 1 iVm Abs. 3 iVm § 2 Abs. 1 und 2 bestimmt.

Die einzelnen Zahlungsdienstleister

Als Zahlungsdienstleister gelten in Umsetzung von Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Nr. 9 iVm EG 8 gemäß der abschließenden Aufzählung in Abs. 3 Z 1 bis 7 folgende Institutionen:

- Kreditinstitute iSd § 1 BWG¹⁰² sowie jene nach § 9 BWG¹⁰³, welche nach dem Recht ihres Herkunftmitgliedstaats berechtigt sind, Zahlungsdienste zu erbringen;

Der Herkunftmitgliedstaat ist jener Mitgliedstaat, in welchem sich der Sitz des Zahlungsdienstleisters befindet, oder wenn der ZDL nach dem für ihn maßgeblichen einzelstaatlichen Recht keinen Sitz hat, jener MS, in welchem sich seine Hauptverwaltung befindet (§ 3 Z 1 lit. a und b). Die FMA führt auf ihrer Homepage eine laufend aktualisierte Liste jener Kreditinstitute, die iSd § 9 Abs. 1 BWG berechtigt sind, Bankgeschäfte im Wege der Dienstleistungsfreiheit in Österreich zu erbringen¹⁰⁴.

- Zahlungsinstitute iSd § 3 Z 4 als eine neu eingeführte Kategorie von Zahlungsdienstleistern, worunter gemäß gesetzlicher Definition eine juristische Person zu verstehen ist, die gemäß § 7 oder in ihrem Herkunftmitgliedstaat gemäß Art. 10 zur gewerblichen Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten im gesamten Gebiet der Europäischen Gemeinschaft berechtigt ist¹⁰⁵;

¹⁰² Detailliert zu dieser Zentralbestimmung des BWG *Karas/Traxler/Waldherr* in Dellinger, BWG, Band I (2008), § 1 Rz 1ff. *Laurer* in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 1ff.

¹⁰³ Vgl auch *Diwok* in Diwok/Göth, BWG, Band I (2005), § 9 Rz 9ff; *Laurer*, aaO, § 9 Rz 9.

¹⁰⁴ www.fma.gv.at.

¹⁰⁵ Ausführlich dazu *Lang/Schäfer*, BKR 2009, 11ff.

Durch den Abschluss internationaler Abkommen sind darüber hinaus ebenso Zahlungsdienste zwischen EWR-Staaten¹⁰⁶ und der Schweiz¹⁰⁷ erfasst. Der Vorschlag der EK¹⁰⁸, den Geltungsbereich der PSD auch auf Zahlungsdienste in bzw. aus den Vereinigten Staaten, bei denen lediglich ein Zahlungsdienstleister seinen Sitz in der Europäischen Gemeinschaft hat, auszudehnen, wurde hingegen nicht übernommen, was aus Wettbewerbsgründen in einem globalisierten Zahlungsverkehrsmarkt zu bedauern ist¹⁰⁹.

- E-Geld-Institute iSd § 1 E-Geldgesetz, worunter jene Institute fallen, die zur Ausgabe von elektronischem Geld iSd § 1 Abs. 1 Z 20 BWG¹¹⁰ berechtigt sind;

Das E-Geldgesetz findet größtenteils auf jene Kreditinstitute Anwendung, die nur das E-Geldgeschäft betreiben, wogegen für reine E-Geld-Institute, abgesehen von den in § 3 BWG normierten Ausnahmen und Sonderbestimmungen, die Regelungen des BWG gelten¹¹¹.

- die Post hinsichtlich ihres Geldverkehrs;
- Zentralbanken wie die EZB und die OeNB sowie andere Zentralbanken der EU, vorausgesetzt sie handeln nicht in ihrer Eigenschaft als Währungsbehörde;
- die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Zahlungsdienste erbringenden Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden;
- für die Zwecke des Zugangs zu Zahlungssystemen nach § 4 jene natürliche oder juristische Personen gemäß Art. 26, welche in ihrem Herkunftmitgliedstaat zur Erbringung von Zahlungsdiensten berechtigt sind.

¹⁰⁶ Schlussakte des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, in Kraft seit 1.1.1994, ABIEG Nr. L 1, Seite 3.

¹⁰⁷ „Bilaterale Verträge I“: Ratsbeschluss vom 4. April 2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABIEG Nr. L 114, Seite 1.

¹⁰⁸ Art. 2 Nr. 1 S. 1 KOM (2005), 603 end; vgl auch *Erhart*, JRP 2006, 73ff.

¹⁰⁹ Kritisch auch *Burgard*, WM 2006, 2066ff.

¹¹⁰ Ausführlich *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG, Band I (2008), § 1 Rz 181; *Laurer* in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 28.

¹¹¹ Vgl *Diwok* in Diwok/Göth, BWG, Band I (2005); § 1 Rz 122ff.

Örtlicher Anwendungsbereich

Was den Anknüpfungspunkt für den örtlichen Geltungsbereich betrifft, ist einerseits der Sitz des Zahlungsdienstleisters und andererseits, ob die Dienstleistungen in Österreich oder an in Österreich ansässige Personen erbracht wurden, wesentlich¹¹².

Mangels Rechtswahl bei der Erbringung von Zahlungsdiensten anwendbares Recht

In Hinblick auf die Frage des anwendbaren Rechts sind die Bestimmungen der Rom I-Verordnung¹¹³ bzw. jene des EVÜ¹¹⁴ maßgeblich. Für Verträge, welche nach dem 17. Dezember 2009 abgeschlossen wurden, kommt nun die Rom I-VO zur Anwendung¹¹⁵. Diese ersetzt ab dem genannten Zeitpunkt das EVÜ und gilt, mit Ausnahme Dänemarks, in allen Mitgliedstaaten der EU. All jene Verträge, welche vorher abgeschlossen wurden, unterliegen weiterhin den Bestimmungen des EVÜ¹¹⁶.

Erbringung von Zahlungsdiensten in Österreich durch österreichische Zahlungsdienstleister

Bei der Erbringung von Zahlungsdiensten in Österreich durch österreichische Zahlungsdienstleister an in Österreich ansässige Kunden ist § 1 Abs. 1 iVm Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 1 lit. a Rom I-VO maßgeblich. Danach findet prinzipiell für alle Zahlungsdienste das österreichische Recht Anwendung, wobei die Einschränkungen des § 1 Abs. 4 zu beachten sind, auf die im Folgenden auch noch näher einzugehen sein wird¹¹⁷.

¹¹² Siehe auch *Leixner*, ZaDiG (2009); § 1 Rz 33ff.

¹¹³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17. Juni 2008.

¹¹⁴ Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980.

¹¹⁵ Im Detail *Kellner*, RdW 2010, 193ff.

¹¹⁶ Zu den Abweichungen Rom I und EVÜ und deren Anwendungsbereiche siehe *Haselberger*, ZfRV 2006, 98; zur jüngst ergangenen ersten Entscheidung des EuGH zum internationalen Schuldvertragsrecht überhaupt vgl *Aspöck*, *ecolex* 2009, 1113ff.

¹¹⁷ Vgl hiezu auch *Fletzberger*, ZFR 2009, 163.

Erbringung von Zahlungsdiensten in Österreich durch ausländische Zahlungsdienstleister

Auch für die Beurteilung der Frage, in welchen Fallkonstellationen im Zuge der Erbringung von Zahlungsdiensten in Österreich durch ausländische Zahlungsdienstleister, worunter ZDL aus einem anderen MS der EU, des EWR oder aus einem Drittstaat zu verstehen sind, ebenso österreichisches Recht anzuwenden ist, sind folgende Regelungen der Rom I-VO maßgebend:

- Bietet ein ausländischer Zahlungsanbieter in Österreich über dessen Zweigniederlassung Zahlungsdienste an und werden über diese zudem die entsprechenden Verträge abgeschlossen, so hat in diesem Fall gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b iVm Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO österreichisches Recht Anwendung zu finden.
- Bietet ein Zahlungsdienstleister aus einem anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaat seine Zahlungsdienste im Zuge der Dienstleistungsfreiheit in Österreich an, so ist gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO österreichisches Recht anzuwenden, wenn der entsprechende Vertrag mit einem in Österreich ansässigen Konsumenten abgeschlossen wurde.
- Eine weitere denkbare Fallkonstellation besteht darin, dass Zahlungsdienste durch einen ZDL aus einem Drittland über das World Wide Web angeboten werden. Auch hier gilt, dass österreichisches Recht dann anzuwenden ist, wenn der Zahlungsdienstevertrag mit einem in Österreich ansässigen Konsumenten abgeschlossen wurde.

Erbringung von Zahlungsdiensten durch österreichische Zahlungsdienstleister im Ausland

Auch für die Frage, inwieweit österreichisches Recht auch auf im Ausland erbrachte Zahlungsdienste anwendbar ist, finden sich die maßgeblichen Bestimmungen in der Rom I-VO. Folgende Fallkonstellationen kommen hierbei in Betracht:

- Ein in Österreich ansässiger Zahlungsdienstleister offeriert seine Zahlungsdienste über dessen ausländische Zweigstelle. Es findet österreichisches Recht dann Anwendung, sofern der Kunde Konsument ist und sich dessen gewöhnlicher Aufenthalt ebenso in Österreich befindet. Gleiches gilt, wenn der in Österreich ansässige Zahlungsdienstleister seine Dienste über das Internet anbietet (Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO).
- Ein österreichischer Zahlungsdienstleister bietet seine Zahlungsdienste im Wege der Dienstleistungsfreiheit über das World Wide Web an. In diesem Fall kommt das österreichische Recht nur dann zur Anwendung, wenn der Kunde kein Konsument ist und sich zudem sein gewöhnlicher Aufenthalt nicht in Österreich befindet (Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO e-contrario).

Rechtswahl

Wie auch bisher nach den Bestimmungen des EVÜ unterliegen auch nach dem Regime der Rom I-VO Schuldverhältnisse mit Bezug zum Recht verschiedener Mitgliedstaaten der freien Rechtswahl, die ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen kann¹¹⁸. Die Rom I-VO sieht diese Möglichkeit der Vereinbarung des zur Anwendung gelangenden Rechts in ihrem Art. 3 iVm Art. 6 Abs. 2 vor, und zwar auch für Konsumenten.

Vereinbarung österreichischen Rechts

Obwohl vertraglich vereinbart, ist ebenfalls denkbar, dass entgegen der Vereinbarung der Anwendbarkeit österreichischen Rechts in gewissen Fällen trotzdem ein anderes Recht, nämlich jenes eines anderen Mitgliedstaats oder eines Drittstaats, zur Anwendung kommt:

¹¹⁸ Vgl *Mankowski*, IHR 2008, 133; hiezu auch *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB, 3. Auflage, Band IV (2006), § 863 Rz 10ff; *Rummel* in Rummel, ABGB, 3. Auflage (2000), § 863 Rz 7ff mwN; zu Sonderfällen der Willenserklärung siehe *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 2. Auflage (2007), § 863 Rz 10ff.

- Wenn das mangels Rechtswahl bei Verbraucherverträgen anzuwendende Recht gemäß § 6 Abs. 1 Rom I-VO aus Gründen des Konsumentenschutzes zwingende Regelungen vorschreibt, die dem österreichischen Recht fremd sind (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO). In Betracht kann so ein Fall insbesondere im Bereich der nationalen Wahlrechte der Zahlungsdienste-RL innerhalb des EWR kommen. Zugunsten des Konsumenten sind diese Wahlrechte u.a. beim Schutz von Kundengeldern, der Bereitstellung von bestimmten Informationen sowie bei der Kündigung eines Rahmenvertrags vorzufinden.
- Ausländisches Recht kommt entgegen der Vereinbarung österreichischen Rechts auch in jenem Fall zur Anwendung, wenn sich nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO Abweichungen von zwingend anzuwendenden Bestimmungen des mangels Rechtswahls zur Anwendung gelangenden Rechts ergeben.

Vereinbarung eines anderen Rechts

Demgegenüber kann es ebenso Konstellationen geben, in welchen österreichisches Recht anzuwenden ist, obwohl ausländisches Recht vereinbart worden ist, und zwar nach Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO dann, falls mangels Rechtswahl österreichisches Recht anzuwenden wäre und das entsprechende ausländische Recht bei Vorliegen eines Verbrauchervertrags im Gegensatz zum österreichischen Recht gewisse konsumentenschutzrechtliche Bestimmungen nicht vorsieht.

Anwendungsfälle innerhalb des EWR bilden hier insbesondere die §§ 17, 26 und 30. Sofern das Recht eines Drittstaats vereinbart wurde, ist im Besonderen der Großteil der Bestimmungen des 3. Hauptstücks (§§ 26 bis 48) von Bedeutung.

Einschränkungen des sachlich-örtlichen Anwendungsbereichs

In Abs. 4 Z 1 bis 4 werden infolge der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 und 2 hinsichtlich der §§ 41 (Transfer des Betrags in voller Höhe), 42 (Ausführungsfrist und Verfügbarkeit), 43 (Wertstellungsdatum) und 46 (Haftung für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung) Einschränkungen des sachlich-örtlichen Anwendungsbereichs normiert.

Gemäß Z 1 ist die Wertstellungsregelung des § 43 nur auf Zahlungsdienste innerhalb der Europäischen Gemeinschaft in einer EWR-Währung, bei denen zumindest ein Zahlungsdienstleister in der Europäischen Gemeinschaft ansässig ist, anzuwenden¹¹⁹.

Die §§ 41 und 46 finden in Implementierung der Nr. 3 des Anhangs der Zahlungsdienste-RL nur auf jene Zahlungsdienste innerhalb der Europäischen Gemeinschaft in einer EWR-Währung Anwendung, bei welchen sowohl der Zahlungsdienstleister des Zahlers als auch jener des Zahlungsempfängers in der Europäischen Gemeinschaft ansässig ist oder, für den Fall, dass nur ein einziger Zahlungsdienstleister an dem Zahlungsvorgang beteiligt ist, dieser auch in der Europäischen Gemeinschaft ansässig ist (Z 2).

Die Regelung des § 42 zur Ausführungspflicht von gewissen Transaktionen innerhalb bestimmter Fristen gilt gemäß Z 3 nur für solche Zahlungsdienste, bei welchen der Zahlungsvorgang innerhalb des EWR durchgeführt wird und beide an diesem Zahlungsvorgang beteiligten ZDL auch im EWR ansässig sind.

Die den Abs. 4 abschließende Z 4 legt fest, dass die Ausführungsfrist für Überweisungen innerhalb der EU nicht länger als vier Geschäftstage dauern darf.

¹¹⁹ Sog. one-leg-transactions.

6.1.2 § 2 Ausnahmen

Der österreichische Gesetzgeber hat sich durch die Umsetzung der ersten drei Artikel der PSD auf drei Kategorien von Ausnahmen für das ZaDiG festgelegt:

- Öffentliche Institutionen in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben (Abs. 1);
- Einrichtungen, die bereits nach anderen bundesgesetzlichen Bestimmungen gleichartige Konzessionsanforderungen wie jene des § 5 erfüllen (Abs. 2);
- bestimmte Tätigkeiten und Zahlungsvorgänge (Abs. 3).

Nach Abs. 1 kommen sämtliche Bestimmungen des ZaDiG bei öffentlichen Institutionen sowie bei Beliehenen in Erfüllung hoheitlicher Aufgaben nicht zur Anwendung¹²⁰. Erfasst sind nach den Z 1 bis 3 somit:

- Die EZB, Zentralbanken anderer Mitgliedstaaten sowie die OeNB, sofern diese als Währungsbehörden handeln;
- die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden, wenn sie als Behörde handeln;
- die OeKB.

Nach § 2 Abs. 2 Z 1 bis 5 sind die Konzessionsanforderungen des 2. Hauptstücks auf folgende Institute nicht anzuwenden:

- Kreditinstitute im Sinne des § 1 BWG, deren Konzession § 1 Abs. 1 Z 1, 2, 3 oder 6 BWG umfasst;

Diese Ausnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass diese Kreditinstitute aufgrund ihrer Konzession ja schon bisher Zahlungsdienste erbringen durften.

¹²⁰ Zu Ausgliederung und Beleihung vgl VfSlg 14.473/1996; *Raschauer* in Korinek/Holoubek, B-VG (2007) Art. 20 Rz 92; *Mayer*, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 155; vgl auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 250f; zu den Kernaufgaben des Staates siehe auch *Raschauer*, ZfV 2005, 18ff.

- E-Geld-Institute iSd § 1 E-Geldgesetz;

Die bloße Ausgabe von E-Geld kann gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 E-Geldgesetz nicht als Zahlungsdienst angesehen werden. E-Geld-Institute können nur Zahlungsdienste gemäß § 1 Abs. 2 Z 4 (Ausgabe von Zahlungsinstrumenten) erbringen¹²¹.

- Analog zu § 3 BWG und dessen Begrifflichkeit folgend, ist auch die Post hinsichtlich ihres Geldverkehrs vom Anwendungsbereich ausgenommen. Offen bleibt, ob und inwieweit die sonstigen Dienstleistungen der Post Zahlungsdienste darstellen und damit die Bestimmungen des 3. Hauptstücks Anwendung zu finden haben. Dies wird in jedem konkret vorliegenden Fall einzeln zu klären sein. Nur für den Fall der Postanweisung trifft das ZaDiG eine explizite Regelung. Gemäß § 2 Abs. 3 Z 7 lit. g sind diese Postanweisungen in Papierform vom Anwendungsbereich ausgenommen. Nachnahmesendungen sind nicht unter einen der Zahlungsdienste gemäß § 1 Abs. 2 subsumierbar, da hier, wie bereits ausgeführt, die Erbringung von Zahlungsdiensten nicht im Vordergrund steht.
- Handeln Zentralbanken oder die OeNB nicht im Rahmen ihrer hoheitlich zugewiesenen Aufgaben, so sind diese lediglich im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 Z 1 nur vom Konzessionserfordernis des 2. Hauptstücks ausgenommen.
- Dasselbe gilt nach Z 5 für Gebietskörperschaften, wenn sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handeln¹²². Für den Bund ist diese Regelung allerdings insofern nur theoretischer Natur, als dieser zurzeit nicht als Zahlungsdienstleister in Erscheinung tritt.

Der Anwendungsbereich soll zudem auf jene Zahlungsdienstleister eingeschränkt sein, deren Haupttätigkeit darin besteht, für Zahlungsdienstnutzer

¹²¹ EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 2.

¹²² Vgl auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 120f; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007), Seite 276ff; *Mayer*, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 127f mit umfangreichen Beispielen aus der Jud.

Zahlungsdienste zu erbringen¹²³. In Abs. 3 Z 1 bis 15 werden deshalb ganz bestimmte Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des ZaDiG ausgenommen, wobei an dieser Stelle nur die in der Praxis am relevantesten erscheinenden ausdrückliche Erwähnung finden sollen¹²⁴:

- Die im täglichen Geschäftsverkehr massenweise durchgeführten, ohne zwischengeschaltete Stellen, direkten Barzahlungen vom Zahler an den Zahlungsempfänger (Z 1);
- jene Zahlungsvorgänge zwischen Zahler und Zahlungsempfänger über einen befugten Handelsagenten, der den Kauf oder Verkauf von Waren oder Dienstleistungen im Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers aushandelt oder abschließt (Z 2);

Der Grund für diese Ausnahme ist in der strikten Unterscheidung zwischen der Tätigkeit des Handelsagenten und jener des Zahlungsdiensteagenten zu sehen¹²⁵. Letzterer ist nach der Begriffsbestimmung des § 3 Z 20 eine natürliche oder juristische Person, die im Namen des Zahlungsinstituts Zahlungsdienste ausführt. Während der Zahlungsdiensteagent für das Zahlungsinstitut handelt, tut dies der Handelsagent für den Zahler oder Zahlungsempfänger. Handelsagenten schließen typischerweise keine Verträge ab, sondern vermitteln zwischen den Interessenten, die dann ihrerseits abschließen¹²⁶.

Unter dem Terminus Zahler ist gemäß § 3 Z 7 eine Person zu verstehen, 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.

- In Umsetzung von Art. 3 lit. c wird zudem klargestellt, dass es beim gewerblichen Bargeldtransport um keinen Zahlungsdienst im Sinne des ZaDiG handelt (Z 3);

¹²³ Vgl. sinngemäß EG 6.

¹²⁴ Dazu auch *Koch*, ÖBA 2009, 871.

¹²⁵ EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 2.

¹²⁶ Siehe *Krejci*, Handelsrecht, 3. Auflage (2005), Seite 372; zur Einordnung des Vermittlungsagenten als Erfüllungsgehilfe des Versicherers vgl. OGH 6 Ob 26/09f.

- die nicht gewerbliche Entgegennahme und Übergabe von Bargeld im Rahmen einer gemeinnützigen oder mildtätigen Tätigkeit (Z 4);
- das Wechselstubengeschäft iSd § 1 Abs. 1 Z 22 BWG (Z 5)¹²⁷;
- Gutscheine in Papierform (Z 7 lit. e);
- Zahlungen im Rahmen von Clearingsystemen (Z 8);
- Zahlungen auf Wertpapiere (Z 9);
- Zahlungen für bestimmte elektronische Lieferungen (Z 12)¹²⁸;
- Zahlungen, die zwischen den Zahlungsdienstleistern untereinander abgewickelt werden (Z 13);
- sog. Konzern-Clearing (Z 14)¹²⁹;
- Eine weitere wesentliche Ausnahme vom Anwendungsbereich des ZaDiG findet sich in Z 15 für unabhängige Bargeldausgabeautomatendienstleister. Diese gehören typischerweise nicht zu einem Banknetzwerk und geben lediglich Beträge an Kunden weiter. Unter diese Kategorie sollen nach den Gesetzesmaterialien beispielsweise Bargeldausgabeautomaten in Supermärkten oder in Nachtclubs fallen¹³⁰.

¹²⁷ Eingehend dazu *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005); § 1 Rz 132; *Karas/Träxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG (2008), § 1 Rz 198ff; vgl auch *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 30.

¹²⁸ ZB Klingeltöne und Musik.

¹²⁹ Zahlungen zwischen Mutter- und Tochterunternehmen ohne Mitwirkung eines Zahlungsdienstleisters.

¹³⁰ EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 2.

6.1.3 § 3 Begriffsbestimmungen

Auf die in § 3 Z 1 bis 27 vorgenommenen Begriffsdefinitionen wurde bereits bzw. wird im Zuge der Ausführungen im Fließtext oder in den Fußnoten näher eingegangen.

6.2 2. Abschnitt: Zugang zu Zahlungssystemen

6.2.1 § 4

In Umsetzung von Art. 28 wird in § 4 der Zugang zu Zahlungssystemen geregelt, der eine wettbewerbsrechtliche Regelung darstellt. Es darf gemäß Abs. 1 zu keinerlei Diskriminierung zwischen den verschiedenen Kategorien von Zahlungsdienstleistern bezüglich des Zugangs zu den technischen Diensten für die Infrastruktur der Zahlungssysteme kommen. Ein Zahlungssystem iSd § 3 Z 6 ist ein System zum Transfer von Geldbeträgen mit formalen und standardisierten Regeln und einheitlichen Vorschriften für die Verarbeitung, das Clearing oder die Verrechnung von Zahlungsvorgängen.

Im Interesse der Finanzmarktstabilität und der Zahlungssystemsicherheit haben Betreiber von Zahlungssystemen allen Zahlungsdienstleistern, sofern diese juristische Personen sind, Zugang zu Zahlungssystemen zu gewähren und mögliche Risiken ausreichend abzusichern (Abs. 2)¹³¹. Eine Beaufsichtigung von Zahlungssystemen ist nicht vorgesehen, was auch mit den Vorgaben der Zahlungsdienste-RL in Einklang steht.

Abs. 3 nimmt folgende bestimmte Varianten von Zahlungssystemen vom Anwendungsbereich des ZaDiG aus:

¹³¹ ZB Erfüllungsrisiko, operationelles Risiko und unternehmerisches Risiko.

- Zahlungssysteme iSd § 2 FinG (Z 1);
- Zahlungssystem innerhalb einer Gruppe (Z 2)¹³²;
- Zahlungssysteme, die ausschließlich von einem einzigen Zahlungsdienstleister betrieben werden (Z 3).

Bei der Z 3 handelt es sich in der Regel um Dreiparteienkartensysteme und Zahlungsdienste von Telekommunikationsunternehmen, bei denen der Betreiber des Systems die Zahlungsdienste sowohl dem Zahler als auch dem Zahlungsempfänger anbietet. Die Ausnahme in Z 2 soll vor allem auf interne Systeme von KI-Gruppen anwendbar sein¹³³.

Bei vorschriftswidrigem Verhalten stehen dem Betroffenen nach Abs. 4 Beseitigungsansprüche, bei Wiederholungsgefahr Unterlassungsansprüche und bei Verschulden Schadenersatzansprüche zu. Weiters wird ausdrücklich klargestellt, dass durch die wettbewerbsrechtliche Bestimmung des § 4 die kartellrechtlichen Agenden der zuständigen Behörden¹³⁴ unberührt bleiben sollen.

¹³² Eine Gruppe von Unternehmen, die aus einem Mutterunternehmen, seinen Tochterunternehmen und den Unternehmen, an denen das Mutterunternehmen oder seine Tochterunternehmen eine Beteiligung iSv § 2 Z 2 BWG halten, besteht, sowie Unternehmen, die untereinander durch eine Beziehung iSv Art. 12 Abs. 1 der RL 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss verbunden sind (§ 3 Z 27).

¹³³ EK, Q&A on PSD Nr. 13.2.

¹³⁴ Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt, Kartellgericht und OeNB.

7. 2. Hauptstück: Zahlungsinstitute

Das sich in sechs Abschnitte gliedernde 2. Hauptstück normiert neben den Zulassungsvoraussetzungen für Zahlungsinstitute, deren Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie deren laufende Aufsichtsanforderungen.

Die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit („Europapass“) kommt nur Filialen im Wege des Dienstleistungsverkehrs, nicht jedoch Tochtergesellschaften im Ausland zu¹³⁵.

Ein Zahlungsinstitut ist, wie schon erwähnt, nach § 3 Z 4 eine juristische Person, die gemäß § 7 oder in ihrem Herkunftmitgliedstaat gemäß Art. 10 der RL 2007/64/EG zur gewerblichen Erbringung und Ausführung von Zahlungsdiensten im gesamten Gebiet der Europäischen Gemeinschaft berechtigt ist.

Unter dem Herkunftmitgliedstaat wird der Mitgliedstaat, in dem sich der Sitz des Zahlungsdienstleisters befindet, oder wenn der Zahlungsdienstleister nach dem für ihn geltenden einzelstaatlichen Recht keinen Sitz hat, der Mitgliedstaat, in dem sich seine Hauptverwaltung befindet, verstanden (§ 3 Z 1).

7.1 1. Abschnitt: Konzession

Regelungsinhalt des 1. Abschnitts des 2. Hauptstücks ist das Verfahren zur Erlangung einer Konzession als Zahlungsinstitut. Der systematische Aufbau der Konzessionsbestimmungen orientiert sich merklich sowohl an der Zahlungsdienste-RL wie auch am BWG und am WAG 2007¹³⁶.

¹³⁵ Vgl *Pache* in Schulze/Zuleeg, Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis (2006), Seite 326ff.

¹³⁶ Zur den Konzessionsbestimmungen im BWG siehe *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 5 Rz 1ff; zu den entsprechenden Anforderungen des WAG 2007 siehe *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG (2007), § 3 Rz 4ff; *Zahradnik* in *Gruber/N. Raschauer*, WAG (2009), § 3 Rz 12ff.

7.1.1 § 5 Erfordernis und Umfang der Konzession

Die §§ 5ff stellen klar, dass die gewerbliche Erbringung von Zahlungsdiensten gemäß § 1 Abs. 2 im Inland, außer im Falle des § 2 Abs. 2, einer Konzession als Zahlungsinstitut durch die FMA als zuständige Behörde bedarf. Ein Zahlungsinstitut mit Sitz und Hauptverwaltung im Inland ist gemäß Abs. 1 letzter Satz zur Erbringung von Zahlungsdiensten laut Konzessionsbescheid im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in allen Mitgliedstaaten berechtigt. Unter einem Mitgliedstaat iSd § 3 Z 3 versteht man einen Mitgliedstaat der EU oder einen Vertragsstaat des EWR.

Das Zahlungsinstitut ist nach Abs. 2 auch zur Erbringung betrieblicher und eng verbundener Nebendienstleistungen und zum Betrieb von Zahlungssystemen, unbeschadet des § 4, befugt. Unter diese Nebenleistungen fallen die Sicherstellung der Ausführung von Zahlungsvorgängen, Devisengeschäfte, Verwahrungsleistungen und Dienstleistungen für die Sicherstellung des Datenschutzes sowie Datenspeicherung und Datenverarbeitung. Zudem dürfen Zahlungsinstitute Geschäftstätigkeiten nachgehen, die nicht in der Erbringung von Zahlungsdiensten bestehen, sofern dem nicht Rechtsvorschriften des europäischen Unionsrechts oder andere bundesgesetzliche Bestimmungen diesen Aktivitäten entgegenstehen.

Abs. 3 legt fest, dass Kundengelder nur für die Erbringung von Zahlungsdiensten und nicht auch zur Finanzierung der Zahlungsdienste verwendet und auch nicht verzinst werden dürfen¹³⁷. Zahlungsinstitute dürfen bei der Erbringung von Zahlungsdiensten daher nur Zahlungskonten führen, die einzig und allein für Zahlungsvorgänge genutzt werden.

Besonders hervorzuheben ist zudem, dass Zahlungsinstitute, unabhängig davon welche Zahlungsdienste sie ausführen, keine Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder entgegennehmen dürfen, und zwar auch nicht auf der Basis der Ausgabe von Inhaber- oder Orderschuldverschreibungen (Abs. 4).

¹³⁷ ZB zur Kreditgewährung bei Kreditkartenzahlungen.

Das Einlagengeschäft bleibt somit auch künftig gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 BWG den Kreditinstituten vorbehalten.

Das ZaDiG enthält ebenso wie das deutsche ZAG¹³⁸ ein Verbot der Zinsengewährung für Gelder, die auf Zahlungskonten von Zahlungsinstituten erliegen, da solche Gelder nach der Zahlungsdienste-RL nicht als Einlage zu qualifizieren sind. Die PSD enthält zwar kein explizites Zinsverbot, Einlagen dürfen Zahlungsinstitute aber nicht halten. Dieses Verbot dient der Klarstellung und Abgrenzung gegenüber dem Einlagengeschäft von KI.

§ 42, der die maximale Ausführungsfrist bei Überweisungen normiert, trägt diesen Regelungen auch Rechnung. Der Zeitraum des Haltens von Kundengeldern beim Zahlungsinstitut wird nach dieser Bestimmung dahingehend eingeschränkt, dass die Überweisungsdauer mit einem Tag festgelegt wird. Die Vereinbarung einer Überweisungsdauer von maximal drei Tagen ist innerhalb der Übergangsbestimmung des Abs. 1 zweiter Satz allerdings noch bis 1. Jänner 2012 erlaubt.

Zahlungsinstituten ist zudem auch nur eine beschränkte Vergabe von Krediten erlaubt, worin ein weiterer wesentlicher Unterschied zu Kreditinstituten festzustellen ist (Abs. 5). Zahlungsinstitute dürfen Kredite lediglich im Zusammenhang mit der Erbringung bestimmter Zahlungsdienste, wie beispielsweise bei der Ausgabe von Kreditkarten sowie der damit in Verbindung stehenden Einräumung eines entsprechenden Kreditrahmens, gewähren und unterliegen darüber hinaus noch weiteren Einschränkungen: Diese Kredite dürfen nämlich nur aus den Eigenmitteln des Zahlungsinstituts oder aus Mitteln, welche über die Kapitalmärkte aufgenommen wurden, finanziert und höchstens für einen Zeitraum von zwölf Monaten gewährt werden.

Außerdem ist eine Kreditgewährung nur dann zulässig, wenn die Eigenmittel in einem angemessenen Verhältnis zur Gesamtsumme des gewährten Kredits stehen.

¹³⁸ Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz – ZAG) idF der Bekanntmachung vom 25. Juni 2009 (BGBl I S. 1506).

Die FMA kann auf Basis einer vom Gesetzgeber vorgesehenen Verordnungsermächtigung via Verordnung das Verhältnis zwischen den Eigenmitteln und dem Gesamtbetrag der gewährten Kredite festlegen.

Diese vorgesehene Möglichkeit der Konkretisierung durch den Verordnungsgeber, was denn unter dem Erfordernis, dass die Eigenmittel des Zahlungsinstituts jederzeit in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtbetrag der gewährten Kredite stehen müssen, zu verstehen sei, ist aus Klarstellungsgründen und aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Exkurs: Reichweite des Einlagengeschäfts

Da Zahlungsinstitute gemäß § 5 Abs. 4 nicht berechtigt sind, das Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 1 BWG zu betreiben, ist dessen genaue Eingrenzung geboten. Als Nachfolgebestimmung zu § 1 Abs. 2 Z 1 KWG umfasst das Einlagengeschäft als Bankgeschäft die Entgegennahme fremder Gelder zur Verwaltung oder als Einlage.

Der Begriff des Geldes wird weder in § 2 BWG noch an anderer Stelle eingehend definiert. Deshalb wird der Zahlungsmittelbegriff des EuroG heranzuziehen sein¹³⁹. § 1 EuroG erfasst gesetzliche Zahlungsmittel wie auf Euro oder Cent lautende Banknoten, Münzen und Sammlermünzen. Auch Buchgeld wird wohl unter § 1 Abs. 1 Z 1 BWG fallen, da dieses eine funktionelle Ähnlichkeit mit Bargeld aufweist¹⁴⁰. Mangels Funktion als gesetzliches Zahlungsmittel stellen somit Edelmetalle und auch Wertpapiere kein Geld dar.

Auch für den Begriff „fremd“ nimmt das BWG keine Definition vor. Es ist mit *Avancini* davon auszugehen, dass der Begriff an sich entbehrlich sei, da ein Kreditinstitut keine Einlage mit sich selbst begründen könne¹⁴¹.

¹³⁹ So *Karas/Träxler/Waldherr* in Dellinger, BWG, Band I (2008), § 1 Rz 14.

¹⁴⁰ Vgl *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band I, 1. Auflage (1993), Rz 9/2.

¹⁴¹ Vgl *Avancini*, aaO, Rz 9/2; siehe auch *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 1 Rz 19, der im Begriff „fremd“ gar einen „Pleonasmus“ zu erblicken glaubt.

Eine Entgegennahme dieser fremden Gelder zur Verwaltung oder zur Einlage liegt nach der hL dann vor, wenn nach der Intention der Vertragspartner eine Forderung des Geldgebers auf Rückzahlung entstehe¹⁴². Entscheidend für das Vorliegen einer Verwaltungstätigkeit sei nach der Jud der Umstand, dass bezüglich dem im Interesse des Geldgebers einzusetzende Geld dem Entgegennehmenden ein gewisser Entscheidungsspielraum zustehe¹⁴³.

Zu den zur Einlage entgegengenommenen Gelder zählen nach hA insbesondere Spareinlagen, tägliche fällige und feste Gelder¹⁴⁴. Bei anderen Kreditinstituten veranlagte Nostrogelder sollen hingegen nicht unter § 1 Abs. 1 Z 1 2. Fall subsumierbar sein¹⁴⁵.

In der Rs *Romanelli* hatte sich auch der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren mit der Reichweite des Einlagenbegriffs auseinanderzusetzen. Nach Auffassung des Gerichtshofs sei jede gewerbliche Entgegennahme von Geldern, bei der dessen Rückzahlung vertraglich vereinbart wurde, als Einlage zu qualifizieren. Unter dem Begriff „rückzahlbare Gelder“ sei jedes Geschäft zu verstehen, welches eine Rückzahlungsverpflichtung mit sich bringe¹⁴⁶.

7.1.2 § 6 Konzessionsantrag

Dem Wortlaut des Art. 5 in der Umsetzung folgend, regelt § 6 die Inhaltserfordernisse des Konzessionsantrags sowie das Verfahren zur Konzessionserteilung, wobei der österreichische Gesetzgeber die Tatsache berücksichtigt, dass Zahlungsinstitute ein spezialisierteres Geschäftsfeld als Kreditinstitute haben.

Der in EG 11 seitens des europäischen Gesetzgebers aufgestellten Behauptung, dass die betriebsbedingten Risiken bei Zahlungsinstituten enger als bei

¹⁴² Vgl *Oppitz*, ÖBA 2007, 797ff.

¹⁴³ Vgl VwGH 22.06.2006, 2005/17/0195.

¹⁴⁴ Siehe umfassend *Tessar*, ÖZW 2004, 118ff; vgl auch *Kalss*, ÖBA 1999, 778ff.

¹⁴⁵ So *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band II (2007), Rz 3/4; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 1 Rz 6; ablehnend auch *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 1 Rz 27; aA *Karas/Träxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG, Band I (2008), § 1 Rz 27.

¹⁴⁶ Vgl EuGH Rs C-366/97 *Romanelli*, Slg 1999, I-855, Rz 13.

Kreditinstituten gefasst und somit auch leichter zu überwachen und zu steuern seien, kann jedoch nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Zahlungsdienstleister werden in Zukunft zumindest vier Konzessionstatbestände des BWG erfüllen und somit, wenn auch nur eingeschränkt, bisher Kreditinstituten vorbehalten Bankgeschäfte betreiben können. Durch Nebenleistungen sind darüber hinaus noch zusätzlich zwei weitere Bankgeschäfte erfasst.

Im Hinblick auf die deutsche Rechtslage kommen sinngemäß auch *Lohmann/Koch* zu dem Ergebnis, dass die Risikolagen von Kreditinstituten und Zahlungsdienstleistern nur schwer voneinander abzugrenzen sein werden¹⁴⁷.

Der Antrag auf Konzessionserteilung hat gemäß Abs. 1 Z 1 bis 12 folgende Angaben und Unterlagen zu beinhalten:

- Geschäftsmodell;
- Geschäftsplan;
- Anfangskapital, das analog zum BWG unbeschränkt und ohne Belastung zur Verfügung stehen muss;
- Maßnahmen zum Schutz der Kundengelder;
- Beschreibung der Unternehmenssteuerung;
- Beschreibung des internen Kontrollsystems;
- Darstellung des organisatorischen Aufbaus;
- Identität und Höhe des Beteiligungsbetrags an qualifizierten Beteiligungen;
- Namen der Geschäftsleiter;
- Namen der Abschlussprüfer;
- Rechtsform und Satzung;
- Sitz und Anschrift der Hauptverwaltung.

Bezüglich der Maßnahmen zum Schutz der Kundengelder, der Unternehmenssteuerung und des organisatorischen Aufbaus hat der Antragsteller eine Beschreibung seiner Prüfungsverfahren und der organisatorischen Regelungen vorzulegen, welche sicherstellen sollen, alle Vorkehrungen treffen zu können, um die Interessen seiner Zahlungsdienstnutzer zu schützen. Der Begriff der

¹⁴⁷ Siehe *Lohmann/Koch*, WM 2008, 58.

Satzung in Z 11 soll als Gattungsbegriff zu verstehen sein. Bei Vorliegen der Rechtsform der GmbH oder Genossenschaft tritt daher an die Stelle der Satzung der Gesellschafts- bzw. der Genossenschaftsvertrag¹⁴⁸. Binnen drei Monaten nach Eingang des Antrags hat die FMA den Antragsteller über die Erteilung der Konzession oder über die Ablehnung der Konzession mittels begründetem Bescheid schriftlich zu informieren (Abs. 2). Art. 11 sieht diese Begründungspflicht eines ablehnenden Bescheids ausdrücklich vor. Diese wird aber ohnedies bereits durch § 58 Abs. 2 und § 67 AVG gewährleistet, wonach Bescheide, unabhängig davon, um welche Art es sich handelt, zu begründen sind, wenn dem Begehren der Parteien im Spruch nicht vollinhaltlich entsprochen wird¹⁴⁹.

7.1.3 § 7 Konzessionserteilung

Nach Einbringung eines Konzessionsantrags, der sämtliche zuvor behandelten Angaben und Unterlagen zu beinhalten hat, ist die Konzession zwingend zu erteilen, wenn alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt werden. Die wesentlichsten Anforderungen sind weitgehend den Regelungen des BWG nachgebildet¹⁵⁰, tragen jedoch wie auch in § 6 der Tatsache Rechnung, dass Zahlungsinstitute ein spezialisierteres Geschäftsfeld als KI haben. Sie lauten wie folgt:

- Das Zahlungsinstitut muss in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft geführt werden, dessen Sitz und Hauptverwaltung im Inland zu liegen haben¹⁵¹.
- Es muss eine solide und umsichtige Führung des Zahlungsinstituts gewährleistet sein. Zudem hat das Zahlungsinstitut über eine solide Unternehmenssteuerung für sein Zahlungsdienstesgeschäft sowie über eine klare Organisationsstruktur zu verfügen.
- Aktionäre und Gesellschafter, die qualifizierte Beteiligungen gemäß § 2 Z 3 BWG halten, haben den zur Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung eines Zahlungsinstituts zu stellenden Ansprüchen

¹⁴⁸ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 6.

¹⁴⁹ Dazu *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Auflage (2009), Seite 279ff.

¹⁵⁰ Vgl *Diwok* in *Diwok/Göth*, *BWG*, Band I (2005), § 4 Rz 10ff.

¹⁵¹ Zur Eintragungspflicht von Gesellschaften ins Firmenbuch siehe *Krejci* in *Krejci/Dehn*, *Das neue UGB* (2007), Seite 19.

zu genügen¹⁵². Darüber hinaus dürfen keine Tatsachen vorliegen, die Zweifel an der persönlichen Zuverlässigkeit dieser Personen aufkommen lassen. Falls derartige Tatsachen vorliegen, darf die Konzession nur dann erteilt werden, wenn die Unbegründetheit dieser Zweifel bescheinigt wurde.

- An die Geschäftsleiter¹⁵³ werden jene unerlässlichen Ansprüche gestellt, dass diese aufgrund ihrer Vorbildung fachlich geeignet sind und die für den Betrieb eines Zahlungsinstituts nötige Erfahrung haben. Zudem muss zumindest ein Geschäftsleiter den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in Österreich haben, der deutschen Sprache mächtig sein und darf darüber hinaus auch außerhalb des Zahlungsdienste- und Bankwesens keinen anderen Hauptberuf ausüben. Die Geschäftsleiter haben nach § 19 Abs. 2 bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters iSd § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden¹⁵⁴. Ähnlich dem Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB ist auch hier ein objektiver Maßstab anzulegen, der keine Entschuldigung für mangelnde Sachkompetenz zulässt¹⁵⁵.
- Eine weitere wesentliche Konzessionsvoraussetzung bestehend darin, dass das Anfangskapital gemäß § 15 Abs. 1 den Geschäftsleitern unbeschränkt und ohne Belastung im Inland zur Verfügung stehen muss, die Maßnahmen zum Schutz der Geldbeträge der Zahlungsdienstnutzer gemäß § 17 zufrieden stellend sind, ein allenfalls bestehendes Beteiligungsverhältnis im Sinne des § 2 Z 28 BWG¹⁵⁶ eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung nicht behindern darf und die Satzung keine Bestimmungen enthält, die die Sicherheit der dem Zahlungsinstitut anvertrauten Geldbeträge und die ordnungsgemäße Durchführung der Geschäfte gemäß § 1 Abs. 2 nicht gewährleisten.

¹⁵² Zur qualifizierten Beteiligung siehe *Schütt* in Dellinger, BWG, Band II (2008), § 2 Rz 36ff.

¹⁵³ Sowohl Art. 5 als auch § 7 Abs. 1 sprechen ausschließlich von Geschäftsleitern. Nach dem Vier-Augen-Prinzip des Kapitalmarktrechts müssen somit zumindest zwei Geschäftsleiter bestellt werden.

¹⁵⁴ Umfassend zu diesen Anforderungen an die Geschäftsleitung *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008), Seite 638ff.

¹⁵⁵ Siehe *Mader*, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage (2006), Seite 70.

¹⁵⁶ Beteiligungsverhältnis zwischen Mutter-Tochter-Unternehmen oder eine andere Art der engen Verbindung; vgl hiezu auch *Diwok/Göth* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 2 Rz 82.

Ein Zahlungsinstitut darf gemäß § 10 Abs. 1 nur dann ins Firmenbuch eingetragen werden, wenn eine rechtskräftige Konzession vorliegt. Um diesen Umstand ausreichend zu berücksichtigen, ist empfehlenswert, das Zahlungsinstitut zunächst nur mit einem nicht unter das ZaDiG fallenden Unternehmensgegenstand zu gründen und erst nach dem Vorliegen der Konzession den Unternehmensgegenstand und gegebenenfalls auch die Firma anzupassen¹⁵⁷. Damit wird vermieden, dass das Unternehmen während des gesamten Konzessionsverfahrens nur als Vorgesellschaft besteht¹⁵⁸.

7.1.4 § 8 Rücknahme der Konzession

Als Gegenstück zur Erteilung der Konzession sind in § 8 deren Rücknahmebestimmungen geregelt.

Bei zwölfmonatiger Nichtaufnahme oder sechsmonatiger Nichtausübung des Geschäftsbetriebs ist die FMA berechtigt, die bereits erteilte Konzession wieder zurückzunehmen (Kann-Bestimmung des Abs. 1 Z 1 und 2).

Kein Ermessensspielraum wird der Behörde bei folgenden Tatbeständen des Abs. 2 Z 1 bis 6 eingeräumt:

- unrechtmäßige Erlangung der Konzession durch die Angabe falscher Tatsachen oder auf andere Weise;
- die für die Konzessionserteilung erforderlichen Tatsachen liegen nicht mehr vor oder sind nachträglich weggefallen (§ 64 Abs. 7 iVm § 70 Abs. 4 Z 3 BWG);
- die Fortsetzung der Zahlungsdienste durch das Zahlungsinstitut würde eine Stabilitätsgefährdung des Zahlungssystems darstellen, oder das Zahlungsinstitut erfüllt seine Verpflichtungen gegenüber seinen Gläubigern nicht;
- Überschreitung der in § 5 festgesetzten Beschränkungen für die Gewährung von Krediten, Entgegennahme von Einlagen oder Ausgabe von E-Geld;

¹⁵⁷ So *Schrank/Marx-Rajal*, *ecolex* 2009, 811.

¹⁵⁸ Umfassend zu den Problemen der Vorgesellschaft *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* (2003), § 34 Rz 11ff; vgl auch *Mader*, *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage (2006), Seite 15ff.

- Konkursöffnung;
- organschaftlicher Beschluss auf Auflösung des Zahlungsinstituts und Abwicklung sämtlicher Zahlungsdienste.

In all diesen Fällen hat die FMA die Konzession gegenüber dem Betroffenen mittels begründetem schriftlichen Bescheid abzusprechen. Dieser Bescheid wirkt wie ein Auflösungsbeschluss des Zahlungsinstituts, wenn nicht binnen drei Monaten nach dessen Rechtskraft die Geschäfte gemäß § 1 Abs. 2 als Unternehmensgegenstand aufgegeben werden und die Firma nicht unter Entfall der Bezeichnung „Zahlungsinstitut“ geändert wird. Die Konzessionsrücknahme ist in das Firmenbuch einzutragen¹⁵⁹.

Dogmatisch handelt es sich bei diesem Bescheid um einen Rechtsgestaltungsbescheid, mit dem eine neue Rechtslage geschaffen wird, die sich nicht nur auf die Parteien bezieht, sondern nach hM auch gegen jedermann wirke. Diese Gestaltungswirkung kommt primär Rechtsgestaltungsbescheiden, aber auch anderen Bescheiden zu¹⁶⁰.

7.1.5 § 9 Erlöschen der Konzession

Gemäß Abs. 1 Z 1 bis 5 erlischt die Konzession

- durch Zeitablauf;
- bei Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 7 Abs. 3);
- mit ihrer Zurücklegung;
- mit der Eintragung der Verschmelzung oder Spaltung von Zahlungsinstituten in das Firmenbuch des übertragenden Zahlungsinstituts oder der übertragenden Zahlungsinstitute sowie mit der Eintragung der Gesamtrechtsnachfolge aufgrund einer Einbringung in das Firmenbuch hinsichtlich des doppelten oder mehrfachen Konzessionsbestands bei einem Institut;

¹⁵⁹ Zu der Wirkung der Eintragung siehe *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht, 7. Auflage (2008), Seite 26f; vgl auch *Dehn/Birnbaier*, NZ 2008, 54ff.

¹⁶⁰ So *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Auflage (2009), Seite 240f; aA *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage (2009), Seite 486f.

- mit der Eintragung der Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft in das Register des neuen Sitzstaats¹⁶¹.

Die Erlöschenstatbestände folgen der Systematik vergleichbarer Bestimmungen des BWG und des WAG 2007¹⁶². Die rechtliche Möglichkeit der Konzessionsrücklegung ist in der Zahlungsdienste-RL nicht explizit vorgesehen, sondern ergibt sich nur implizit aus Art. 12 Abs. 1 lit. a¹⁶³.

Das Erlöschen der Konzession ist durch die FMA bescheidmässig festzustellen (Abs. 2)¹⁶⁴. Im Gegensatz zur Rücknahme der Konzession liegt hier ein Feststellungsbescheid vor, mit dem das Bestehen eines strittigen Rechtsverhältnisses verbindlich entschieden wird¹⁶⁵.

Eine Zurücklegung der Konzession (Abs. 1 Z 3) ist nur dann zulässig, wenn dem Schriftformgebot entsprochen wird und zuvor sämtliche Zahlungsgeschäfte abgewickelt worden sind (Abs. 3).

¹⁶¹ Eingehend hiezu *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008), Seite 1246ff.

¹⁶² Zu den dortigen Erlöschensgründen siehe *Diwok* in Diwok/Göth, BWG, Band I (2005), § 7 Rz 2ff; *Brandl/Klausberger* in Brandl/Saria, WAG (2007), § 5 Rz 5ff; vgl auch *Zahradnik* in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009), § 5 Rz 4ff.

¹⁶³ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 9.

¹⁶⁴ Zur ordnungsgemäßen Zustellung von Bescheiden der FMA vgl VwGH 3.7.2009, 2008/17/0154.

¹⁶⁵ Vgl *Diwok* in Diwok/Göth, BWG, Band I (2005), § 7 Rz 18f; *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Auflage (2009), Seite 212f.

7.1.6 § 10 Firmenbuch und Zahlungsinstitutsregister

Durch das ZaDiG wird ein neues, von der FMA einzurichtendes öffentliches Register der zugelassenen Zahlungsinstitute, ihrer Agenten und Zweigstellen geschaffen, in das sämtliche Zahlungsinstitute mit Sitz im Inland einzutragen sind. Die Eintragung hat unverzüglich nach Rechtskraft des Konzessionsbescheids zu erfolgen. Neben der Firma, dem Konzessionsumfang und dem Sitz des Zahlungsinstituts ist auch die Firmenbuchnummer, sofern diese der FMA mitgeteilt wurde, anzugeben.

Die beabsichtigte Transparenz dieses öffentlichen Registers für alle Marktteilnehmer wird dadurch gewährleistet, als das Zahlungsinstitutsregister auf der Homepage der FMA jederzeit eingesehen werden kann und auch laufend aktualisiert wird¹⁶⁶.

Dem Kundenschutz dient auch das individuelle Anfragerecht des Abs. 4. Danach hat die FMA auf individuelle Anfrage in angemessener Frist Auskünfte über den Konzessionsumfang von Zahlungsinstituten zu erteilen.

7.1.7 § 11 Änderung der Konzessionsgrundlagen

Jede für die Konzessionserteilung maßgebliche Änderung hat das Zahlungsinstitut unverzüglich der FMA schriftlich anzuzeigen, wobei die PSD nichts darüber aussagt, welche Informationen zu welchem Zeitpunkt anzuzeigen ist. Normiert ist nur die Verpflichtung zur unverzüglichen Meldung (vgl Art. 14).

Als maßgebliche Änderung iSd des Abs. 1 Z 1 bis 14 gelten:

- Jede Satzungsänderung und der Auflösungsbeschluss;
- Änderungen der Voraussetzungen oder in der Person der Geschäftsleiter;
- Eröffnung, Verlegung, Schließung oder vorübergehende Einstellung des Geschäftsbetriebs der Hauptniederlassung;

¹⁶⁶ <https://webhost.fma.gv.at/WebBIS/ZIListe.aspx>.

- Umstände, die eine Gefährdung der Erfüllbarkeit der Verpflichtungen darstellen;
- Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung;
- Erweiterung des Geschäftsgegenstands;
- Herabsetzung des eingezahlten Kapitals;
- Änderungen beim Schutz der Kundengelder;
- Änderungen in der Verantwortung betreffend die interne Revision;
- Absinken der Eigenmittel unter die in § 15 Abs. 1 genannten Beträge¹⁶⁷;
- Auslagerung von betrieblichen Aufgaben;
- Erbringung von Zahlungsdiensten durch Agenten;
- Nichteinhaltung der in § 16 normierten Maßstäbe, sofern sie mehr als einen Monat andauern.

In den Fällen eines Aktionärswechsels, einer Änderung der Rechtsform, einer Verschmelzung oder Spaltung wird in Abs. 2, mangels ausdrücklicher Regelung in der Zahlungsdienste-RL, auf die einschlägigen Verfahrensbestimmungen des BWG verwiesen.

¹⁶⁷ Vgl dazu auch die Ausführungen zu § 15 auf Seite 63f.

7.2 2. Abschnitt: Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Die §§ 12 bis 14 werden in Umsetzung von Art. 25 und Art. 10 Abs. 9 iVm Art. 17 vom Grundsatz beherrscht, dass Aufsichtsanforderungen an das Zahlungsinstitut¹⁶⁸ in die Zuständigkeit der Herkunftmitgliedstaatsbehörde und die Beaufsichtigung der Regeln, welche die Verpflichtungen im Interesse des Kunden zum Inhalt haben¹⁶⁹, in die Zuständigkeit des Aufnahmemitgliedstaats fallen.

In der PSD finden sich zudem keine Regelungen betreffend Zweigniederlassungen von Drittstaaten. In Folge dessen können Unternehmen aus Drittstaaten nur über den Umweg der Gründung einer Tochtergesellschaft unter Einhaltung der §§ 6ff tätig werden¹⁷⁰.

7.2.1 Die Niederlassungsfreiheit

Die in Art. 49 Abs. 2 AEUV (ex Art. 43 Abs. 2 EGV) normierte Niederlassungsfreiheit verleiht als eine der europäischen Grundfreiheiten natürlichen und juristischen Personen das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen auszuüben (Diskriminierungsverbot)¹⁷¹. Diese dürfen rechtlich nicht daran gehindert werden, ihren Herkunftstaat zu verlassen und sich im Aufnahmestaat niederzulassen, um eine solche wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen¹⁷².

Diese Freiheit der Standortwahl wird durch das sog. Beschränkungsverbot geschützt¹⁷³. Etwaige Beschränkungen bedürfen zwingend einer unionsrechtlichen Rechtfertigung unter gemeinschaftlicher Kontrolle.

¹⁶⁸ Sog. prudential rules.

¹⁶⁹ Sog. conduct of business rules.

¹⁷⁰ EBRV 2007 B1gNR XXIV. GP zum 2. Abschnitt.

¹⁷¹ Vgl *Herdegen*, Europarecht, 9. Auflage (2007), Seite 227ff.

¹⁷² Siehe *König/Haratsch*, Europarecht, Seite 232ff; vgl auch *Holley/Raschauer/Zleptnig*, ÖJZ 2007, 44ff.

¹⁷³ Vgl dazu EuGH Rs C-212/97 *Centros*, Slg 1999, I-1459, Rz 27; Rs C-208/00 *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Rz 52ff.

Der EuGH hat u.a. in der Rs *Gebhard* einen vierstufigen Rechtfertigungsstandard beschrieben, der wie folgt lautet:

„Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich ... dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist¹⁷⁴.“

7.2.2 Die Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ergänzt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit in jener Weise, dass erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten auch grenzüberschreitend, ohne Wohnsitzverlegung, nach den Grundsätzen des Beschränkungsverbots und der Inländergleichbehandlung ermöglicht werden. Unter Dienstleistungen werden alle Leistungen verstanden, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden (vgl. Art. 56ff AEUV (ex Art. 49ff EGV))¹⁷⁵. Der entscheidende Tatbestand ist jener der Grenzüberschreitung, da das Ziel in der Öffnung der einzelnen nationalen Märkte für Dienstleistungen aus der Gemeinschaft besteht¹⁷⁶.

Eine nationale Beschränkungsmaßnahme muss ein durch das Unionsrecht legitimes Ziel verfolgen und dabei verhältnismäßig sein¹⁷⁷. Bemerkenswert ist, dass insbesondere im Vergleich der Dienstleistungsfreiheit zur Niederlassungsfreiheit die Anwendung dieses Verhältnismäßigkeitsprinzips zu signifikanten Unterschieden führt.

¹⁷⁴ EuGH Rs C-55/94 *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rz 37.

¹⁷⁵ Vgl. auch *Breitenmoser*, *Praxis des Europarechts* (1996), Seite 409ff.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH Rs C-384/93 *Alpine*, Slg 1995, I-1141, Rz 30.

¹⁷⁷ Ausführlich zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band I (2009), Seite 1006ff.

In der Rs *Säger/Dennemeyer* statuiert der EuGH insoweit eine unterschiedliche Reichweite des Beschränkungsverbots, als er hervorkehrt, dass ein Mitgliedstaat insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen dürfe, die für eine Niederlassung gelten¹⁷⁸.

Im Streitfall hat jedenfalls der Mitgliedstaat, der die Beschränkung eingeführt hat, nachzuweisen, dass die fragliche Vorschrift die genannten Bedingungen erfüllt¹⁷⁹.

7.2.3 § 12 Zahlungsinstitute aus Mitgliedstaaten in Österreich

Zahlungsinstitute, die in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen sind, können gemäß Abs. 1 Zahlungsdienste nach Maßgabe der Zahlungsdienste-RL in Österreich über eine Zweigstelle oder im Wege der Dienstleistungsfreiheit erbringen. Nebendienstleistungen gemäß § 5 Abs. 2 bis 5 dürfen nur im Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsdiensten erbracht werden. Nebentätigkeiten iSd § 5 Abs. 2 Z 3 fallen nicht unter die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit des ZaDiG (Abs. 1 letzter Satz)¹⁸⁰.

Die Errichtung einer Zweigstelle in Österreich ist gemäß Abs. 2 dann zulässig, wenn die zuständige Behörde des Herkunftmitgliedstaats der FMA alle Angaben gemäß § 13 Abs. 1 übermittelt und die FMA dessen Erhalt gegenüber dieser Behörde auch bestätigt hat. Für Zahlungsinstitute, die Tätigkeiten in Österreich über eine Zweigstelle ausüben, haben die Bestimmungen des III. Hauptstücks des ZaDiG sowie jene der §§ 33, 35 Abs. 1 lit. c und d, Z 2, Abs. 2, 36 und 40 bis 41 BWG einzuhalten.

Den zuständigen Behörden des Herkunftmitgliedstaats kommt nach vorheriger Unterrichtung der FMA in Wahrnehmung ihrer Pflichten auch selbst die Befugnis zu, vor Ort Ermittlungen in dieser Zweigstelle vorzunehmen (Abs. 4).

¹⁷⁸ So EuGH Rs C-76/90 *Säger/Dennemeyer*, Slg 1991, I-4221, Rz 13.

¹⁷⁹ Siehe EuGH Rs C-319/06 *Kommission/Luxemburg*, Slg 2008, I-4323, Rz 51.

¹⁸⁰ Geschäftstätigkeiten, die nicht in der Erbringung von Zahlungsdiensten bestehen, sofern dem nicht Rechtsvorschriften des Unionsrechts oder Bestimmungen in anderen Bundesgesetzen entgegenstehen.

7.2.4 § 13 Österreichische Zahlungsinstitute in Mitgliedstaaten

Ein Zahlungsinstitut, welches im Hoheitsgebiet eines anderen MS eine Zweigstelle errichten möchte, hat dies der FMA zuvor schriftlich anzuzeigen. Es sind dabei die folgenden in Abs. 1 Z 1 bis 5 normierten Angaben zu übermitteln:

- Mitgliedstaat der Zweigstelle;
- Geschäftsplan und Organisationsstruktur der Zweigstelle;
- Beschreibung der internen Kontrollmechanismen;
- Firma und Anschrift des Zahlungsinstituts;
- Namen der Geschäftsleiter und Nachweis der fachlichen Eignung.

Die FMA hat diese Angaben sodann zu prüfen. Bei Zweifel über die Richtigkeit kann sie weitere Maßnahmen zur Prüfung der erhaltenen Angaben vornehmen und auch zusätzliche Angaben verlangen (Abs. 2). Sollten trotz alledem die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht zweifelsfrei erfüllt sein, so hat die FMA die Errichtung der Zweigstelle binnen eines Monats nach Einlagen aller Angaben durch schriftlichen Bescheid zu untersagen (Abs. 4).

7.2.5 § 14 Aufsicht im Rahmen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Verstößt ein Zahlungsinstitut, das seine Tätigkeiten durch eine Zweigstelle in Österreich erbringt, gegen die Bestimmungen des 3. Hauptstücks, gegen jene im BWG normierten Bestimmungen betreffend die Sorgfaltspflichten in Geschäftsbeziehungen zu Jugendlichen¹⁸¹ und jene zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, so ist dem Zahlungsinstitut von der FMA aufzutragen, binnen drei Monaten den rechtmäßigen Zustand herzustellen (Abs. 1)¹⁸².

Verletzt das Zahlungsinstitut weiter die in Abs. 1 genannten Bestimmungen, so hat die FMA die Geschäftsführung ganz oder teilweise und bei weiteren Verstößen die Aufnahme neuer Geschäftstätigkeiten in Ö zu untersagen.

¹⁸¹ Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

¹⁸² Vgl. *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 40 Rz 1ff.

Von diesen Maßnahmen sind gleichzeitig die zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaats und jene der EK zu unterrichten (Abs. 2).

Verletzt demgegenüber ein österreichisches ZI, welches seine Tätigkeiten in einem anderen MS erbringt, trotz Aufforderung durch die zuständigen Behörden zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands, weiter die nationalen Bestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats, so hat die FMA gemäß Abs. 5 nach Verständigung durch die zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats geeignete Maßnahmen nach § 64 Abs. 8 iVm § 70 Abs. 4 BWG¹⁸³ zu setzen, damit der gesetzeskonforme Zustand hergestellt wird.

Zu den Aufsichtsmaßnahmen nach § 70 Abs. 4 BWG Z 1 bis 3 zählt die Aufforderung zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands unter Androhung einer Zwangsstrafe, die Untersagung der Geschäftsführung im Wiederholungsfall sowie die Rücknahme der Konzession als ultima ratio.

Kommt es zu einem Konzessionsentzug für ein österreichisches Zahlungsinstitut, so hat die FMA diese Tatsache den zuständigen Behörden in jenem Mitgliedstaat, in welchem dieses seine Tätigkeit ausübt, nach Abs. 6 unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Die Jud versteht unter dem Begriff „unverzüglich“ ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern¹⁸⁴. Diese Definition deckt sich auch mit jener des § 121 BGB, wonach eine Handlung dann als unverzüglich vorgenommen anzusehen ist, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt.

¹⁸³ Zu den einzelnen Aufsichtsmitteln im Einzelnen siehe *Laurer*, Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG, 3. Auflage (2008), § 70 Rz 12ff.

¹⁸⁴ Vgl zB VwGH 29.04.1988 87/17/0313.

7.3 3. Abschnitt: Sonstige Anforderungen und Ordnungsvorschriften für den aufrechten Betrieb

Das 2. Hauptstück des 3. Abschnitts umfasst die laufenden Eigenmittelanforderungen, die Sicherung der Kundengelder, die Aufbewahrungspflicht von Belegen zu Aufsichtszwecken, Datenschutzbestimmungen sowie Bestimmungen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

7.3.1 § 15 Eigenmittel

Die erforderliche Eigenmittelunterlegung eines Zahlungsinstituts erfüllt die Funktion eines Risikopuffers zur Abdeckung der Marktrisiken. Die in § 15 geforderten Eigenmittel umfassen im Sinne des § 23 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG das eingezahlte Grund- bzw. Stammkapital, offene Rücklagen sowie die Haftungsrücklage¹⁸⁵. Das Zwischenergebnis ist unter Umständen hinzuzurechnen¹⁸⁶.

7.3.2 Höhe der Eigenmittel

Die Eigenmittel müssen den Geschäftsleitern unbeschränkt und ohne Belastung im Inland zur Verfügung stehen (§ 7 Abs. 1 Z 7) und dürfen gemäß Abs. 1 zu keinem Zeitpunkt¹⁸⁷ weniger betragen als

- 20.000 Euro, wenn das Zahlungsinstitut nur das Finanztransfergeschäft (§ 1 Abs. 2 Z 5) betreibt;
- 50.000 Euro, wenn das Zahlungsinstitut das digitalisierte Zahlungsgeschäft betreibt (§ 1 Abs. 2 Z 6);
- 125.000 Euro, wenn das Zahlungsinstitut einen der in § 1 Abs. 2 Z 1 bis 4 genannten Zahlungsdienste betreibt¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Umfassend *Göth* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 23 Rz 22ff.

¹⁸⁶ Siehe *Wagner/Eigner*, ÖBA 2008, 642f.

¹⁸⁷ Die Mittel müssen somit jederzeit auch nach Gründung bzw. Konzessionserteilung laufend zur Verfügung stehen.

¹⁸⁸ Ein- und Auszahlungsgeschäft, Zahlungsgeschäft mit oder ohne Kreditgewährung, Zahlungsinstrumentengeschäft; vgl auch *Hohensinn*, *ecolex* 2008, 189.

Die Regelung des § 15 Abs. 2 nimmt zu den weit höheren Eigenmittelanforderungen für Kreditinstitute, die ebenso Zahlungsinstitute sein können, dahingehend Bezug, dass die Eigenmittel eines Zahlungsinstituts gemäß § 23 Abs. 1 Z 1 und Z 2 unter Berücksichtigung der Abzugsverpflichtungen des Abs. 13 BWG¹⁸⁹ nicht unter die jeweils höheren als den in Abs. 1 und § 16 genannten Beträge absinken dürfen.

7.3.3 § 16

§ 16 sieht neben dieser fixen Mindesteigenmittelausstattung noch weitere Vorgaben für die jederzeit zu haltenden Eigenmittel in Form von 3 Kalkulationsmethoden vor, welche sich auf der Grundlage des operativen Geschäfts des Zahlungsinstituts errechnen¹⁹⁰.

Nach Methode A müssen Zahlungsinstitute eine Eigenkapitalunterlegungen in Höhe von mindestens 10 % ihrer fixen Gemeinkosten des Vorjahres aufweisen. Allerdings kann die FMA als zuständige Aufsichtsbehörde diese Anordnung bei einer gegenüber dem Vorjahr erheblich veränderten Geschäftstätigkeit anpassen (Abs. 1 Z 1).

Als fixe Gemeinkosten gelten jene Betriebsaufwendungen, die vom jeweiligen Beschäftigungsgrad des Zahlungsinstituts unabhängig sind und welche den einzelnen Produkten nicht direkt zugerechnet werden können¹⁹¹. Für deren Ermittlung bedarf es daher einer verlässlichen Kostenrechnung im Unternehmen.

Während die Eigenmittelanforderungen nach Methode A noch ziemlich einfach zu berechnen ist, sind die Berechnungsmethoden B und C schon schwieriger zu durchschauen. Methode B nimmt auf die Höhe des jährlichen Zahlungsvolumens (ZV) Bezug. Danach ist ein angeordneter Prozentsatz vom durchschnittlichen monatlichen Zahlungsvolumen des Vorjahres heranzuziehen.

¹⁸⁹ Im Detail siehe *Dellinger/Burger/Puhm* in *Dellinger, BWG, Band II* (2008), § 23 Rz 135ff.

¹⁹⁰ Zu den Berechnungsmethoden vgl auch *Wagner/Eigner, ÖBA* 2008, 640ff;

Gapp/Lanschützer, ZFR 2009, 175.

¹⁹¹ Vgl § 9 Abs. 2 WAG 2007.

Dieser korreliert je nach Höhe des in Tranchen geteilten Zahlungsvolumens zwischen 4 % (Tranche des ZV bis 5 Millionen Euro) und 0,25 % (Tranche des ZV über 250 Millionen Euro) (Abs. 1 Z 2).

Das Eigenmittelerfordernis nach Methode C wird, vereinfacht gesagt, dergestalt berechnet, indem der degressive Betriebsertrag mit einem ebenfalls degressiven Multiplikationsfaktor multipliziert wird. Zudem wird der vorjährige Betriebsertrag in Tranchen unterteilt und nach der jeweiligen Höhe absteigend mit 10 % bis 1,5 % gerechnet.

In Abs. 2 wird für die Berechnungsmethoden B und C ein zusätzlicher Skalierungsfaktor angeordnet, der sich danach bestimmt, welche Zahlungsdienste seitens des Zahlungsinstituts ausgeübt werden¹⁹².

Das Zahlungsinstitut hat der FMA gleichzeitig mit dem Antrag auf Konzessionserteilung einen Vorschlag bezüglich der zu wählenden Methode zu unterbreiten. Noch während des aufrechten Geschäftsbetriebs kann das Zahlungsinstitut für das neue Geschäftsjahr bei der FMA einen Antrag auf einen Wechsel zu einer anderen Methode stellen, welche aber wiederum auch ex officio eine andere festlegen kann. Welche Methode das Zahlungsinstitut am Ende dieses Verfahrens anzuwenden hat, ist nach Anhörung des Zahlungsinstituts mittels schriftlichen Bescheids festzulegen (Abs. 3).

In Hinblick auf die sich derzeit in den verschiedensten Verfahrensstadien befindende europäische Kapitalmarktgesetzgebung ist wohl davon auszugehen, dass der europäische Richtlinienggeber, wäre die Dimension der jüngsten Turbulenzen an den Finanzmärkten zum Zeitpunkt der Verhandlungen zur PSD schon absehbar gewesen, wohl auch für Zahlungsinstitute umfangreichere als die doch sehr moderaten Eigenmittelerfordernisse des § 15 vorgesehen hätte.

¹⁹² 0,5, wenn das Zahlungsinstitut das Finanztransfergeschäft betreibt; 0,8 beim digitalisierten Zahlungsgeschäft und 1,0, wenn das Zahlungsinstitut entweder das Ein- und Auszahlungsgeschäft, das Zahlungsgeschäft (mit oder ohne) Kreditgewährung oder das Zahlungsinstrumentengeschäft betreibt.

Aktuell werden zum Beispiel im Rahmen der Novellierung der Capital Requirements Directive in einem dritten Maßnahmenpaket (CRD IV - „Basel III“) neben der Harmonisierung des europaweiten Liquiditätsregimes erhöhte Eigenmittelanforderungen für Kreditinstitute sowie zusätzliche Eigenkapitalpuffer durch die Bildung von Rückstellungen normiert. Darüber hinaus werden auch Versicherungen durch die Umsetzung der Solvency II-RL¹⁹³ zukünftig verpflichtet werden, über höhere Eigenmittel zu verfügen.

Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass die jüngste Finanz- und Wirtschaftskrise gezeigt hat, dass das gegenwärtige Regulierungssystem, welches stark modellbasierte Annahmen trifft, zu unerwünschten prozyklischen Effekten führt und die Krise nicht verhindern konnte.

Zudem hat sich herausgestellt, dass die für die Sicherstellung der Solvenz der einzelnen Institute essentielle Kapitalausstattung zu optimistisch angesetzt wurde und die vorgesehenen Eigenmittel bei einigen Instituten weder in Quantität noch in Qualität imstande waren, die eingegangenen Risiken auch aufzufangen. Strengere Regelungen zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung erscheinen vor dem Hintergrund der Schwachstellen im bisherigen regulativen Umfeld begrüßenswert¹⁹⁴.

Fraglich bleibt nur, woher zusätzliche Eigenmittel in dieser Größenordnung sowie in der geforderten Qualität kommen soll, das die betroffenen Institute nahezu zeitgleich über den Kapitalmarkt oder durch Innenfinanzierungen aufzubringen haben.

Bei dem sehr sensiblen Thema der Eigenkapitalausstattung ist deshalb auch immer besonderes Augenmerk auf die Angemessenheit und Ausgewogenheit einer einzelnen Maßnahme zu legen, da allzu scharfe Eigenmittelvorschriften zu erheblichen Auswirkungen auf die Realwirtschaft führen¹⁹⁵. Der Frage hinrei-

¹⁹³ RL 2009/138/EG vom 22. April 2009 zur Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit.

¹⁹⁴ Zur näheren Definition der Eigenmittelbestandteile siehe *Göth* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005), § 23 Rz 22ff.

¹⁹⁵ Zur Kapitalbeschaffung siehe *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008), Seite 836ff.

chend langer Grandfathering-Regelungen kommt in diesem Zusammenhang eine zentrale Bedeutung zu.

7.3.4 § 17 Sicherung der Kundengelder

Wie bereits erwähnt, sind Zahlungsinstitute im Gegensatz zu Kreditinstitute nicht berechtigt, das Einlagengeschäft zu betreiben und deshalb auch nicht zur Einlagensicherung gemäß der Einlagensicherungs-RL¹⁹⁶ verpflichtet. Aus diesem Grund sieht das ZaDiG andere Formen der Sicherung von auf Zahlungskonten oder sonst bei den Zahlungsinstituten erliegenden Kundengeldern in Form von zwei Varianten vor¹⁹⁷.

Nach Variante A müssen Kundengelder von anderen Geldern strikt getrennt werden. Die Geldbeträge dürfen zu keinem Zeitpunkt mit den Geldbeträgen anderer natürlicher oder juristischer Personen als jenen der Zahlungsdienstnutzer, für die sie gehalten werden, vermischt werden. Zudem besteht noch die Möglichkeit der Sicherung der Geldbeträge, sofern sie sich am Ende des auf den Tag ihres Eingangs folgenden Geschäftstag noch in den Händen des Zahlungsinstituts befinden, durch Hinterlegung auf einem gesonderten Treuhandkonto oder durch abgesonderte Veranlagung vom Vermögen des Zahlungsinstituts in sichere liquide Aktiva mit niedrigem Risiko (Abs. 1 Z 1 lit. a und b).

§ 3 Abs. 1 E-Geldgesetz verpflichtet E-Geld-Institute ihre Gelder mindestens in Höhe des Betrags ihrer Verbindlichkeiten aufgrund des noch nicht in Anspruch genommenen elektronischen Geldes ausschließlich in Aktiva, die gemäß § 22a BWG mit einem Risikogewicht von 0 % zu versehen oder Sichteinlagen bei Kreditinstituten, die gemäß § 22a BWG mit einem Risikogewicht von höchstens 20 % zu versehen wären, zu veranlagen (§ 3 Abs. 1 Z 1 und 2 E-Geldgesetz)¹⁹⁸.

¹⁹⁶ RL 94/19/EG vom 16. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme.

¹⁹⁷ Vgl auch *Schrank/Marx-Rajal*, *ecolex* 2009, 811.

¹⁹⁸ Ausführlich *Blume* in *Dellinger*, *BWG*, Band I (2008), § 22a Rz 10ff.

Erlaubt ist darüber hinaus nach § 3 Abs. 1 Z 3 und 4 E-Geldgesetz unter bestimmten Voraussetzungen auch die Veranlagung in Kauf- oder Verkaufspostionen in nicht nachrangigen Aktivposten bzw. Schuldverschreibungen, die mit einem höheren Risikogewicht als 20 % zu versehen wären¹⁹⁹.

Die Geldbeträge sind ferner nach § 17 Abs. 1 Z 1 lit. c derart identifizierbar zu halten, sodass diese jederzeit dem einzelnen Zahlungsdienstnutzer hinsichtlich dessen jeweiligen Anteils betragsmäßig zuzuordnen sind.

Zur Sicherung der Kundengelder kann sich ein Zahlungsinstitut auch für die Variante B der Z 2 entscheiden. Diese müssen hier durch den Abschluss einer Versicherung oder einer anderen vergleichbaren Garantie eines Versicherungsunternehmens oder eines Kreditinstituts, welche nicht zur selben Gruppe wie das Zahlungsinstitut gehören, entsprechend abgesichert werden.

Das Zahlungsinstitut hat die ergriffenen Maßnahmen zum Schutz der Kundengelder auf Anforderung auch entsprechend darzulegen und nachzuweisen. Wird der Nachweis der ordnungsgemäßen Sicherung der Kundengelder nicht erbracht oder sind die Maßnahmen unzureichend, so hat die FMA das Zahlungsinstitut aufzufordern, binnen angemessener Frist die geeigneten und erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um die bestehenden Mängel zu beseitigen. Werden diese Nachweise oder Vorkehrungen nicht oder nicht fristgerecht vorgelegt oder ausgeführt, so kann die FMA Maßnahmen nach § 64 Abs. 1 und 8 vorsehen (Abs. 3)²⁰⁰.

7.3.5 § 18 Aufbewahrung von Aufzeichnungen und Belegen

Das BWG enthält zur Aufbewahrungspflicht von Kreditinstituten für Aufzeichnungen und Belegen keine explizite Regelung. Es wird lediglich in § 40 Abs. 3 BWG eine fünfjährige Aufbewahrungspflicht von Aufzeichnungen und Belegen sämtlicher Transaktionen im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung normiert.

¹⁹⁹ Zur früheren Rechtslage vgl *Brandl/Hohensinner*, ÖBA 2002, 528ff.

²⁰⁰ Vgl dazu auch die Ausführungen zu § 64 auf Seite 146ff.

Das ZaDiG sieht jedoch in seinem § 18 eine explizite Regelung vor, wonach Zahlungsinstitute für die Zwecke des 2. Hauptstücks alle relevanten Aufzeichnungen und Belege mindestens fünf Jahre aufzubewahren und die einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten haben. Die Anwendung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen ergibt sich aber ohnehin schon aus dem DSG 2000²⁰¹.

Die im Verfassungsrang stehende Bestimmung des § 1 DSG beinhaltet unter dem Titel „Grundrecht auf Datenschutz“ das Recht auf Geheimhaltung, Auskunft, Richtigstellung und Löschung von personenbezogenen Daten²⁰². Unter Daten iSd DSG sind Informationen oder Angaben über Sachverhalte zu verstehen. Dieses allgemeine Grundrecht auf Datenschutz erfasst nicht nur automationsunterstützt verarbeitete Daten, sondern vielmehr auch konventionelle Datensammlungen, wie zB Karteien²⁰³.

Wie erwähnt, bezieht sich das DSG jedoch nur auf personenbezogene Daten. Laut Jud des VwGH fallen darunter aber eben nicht nur Daten, die das Privatleben, sondern auch jene Daten, welche das Erwerbsleben oder den Betrieb und das Unternehmen betreffen („Wirtschaftsdaten“)²⁰⁴. Den Schutz des DSG genießen somit auch juristische Personen und Personengemeinschaften²⁰⁵.

Gesetze, die den Datenschutz einschränken, unterliegen einem äußerst strengen Verhältnismäßigkeitsgebot²⁰⁶. Zur Erreichung eines Ziels darf sich die Behörde bei der Auswahl der Mittel nur jenes bedienen, das den gelindesten Eingriff in die Rechtssphäre der betroffenen Person darstellt²⁰⁷. Weicht die Behörde von dieser Vorgehensweise ab, so liegt eine Grundrechtsverletzung vor.

²⁰¹ Zur Verletzung von Geheimhaltungspflichten durch Kreditinstitute vgl *Schobel*, ÖBA 2004, 8.

²⁰² Zum Anwendungsbereich des DSG *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004), Seite 69ff; siehe auch *Brandl/Knoll*, *ecolex* 2009, 443ff; zur DSG-Novelle 2010 vgl *Ennöckl*, ÖJZ 2010, 293ff.

²⁰³ So *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 386.

²⁰⁴ Siehe VwGH 21.10.2004, 2004/06/0086.

²⁰⁵ Siehe auch *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG, 2. Auflage (2009), § 1 Anm 5.

²⁰⁶ Siehe VfSlg 16.369/2001; zum Rechtsschutz vgl *Duschanek* in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band I, 2. Auflage (2007), Seite 323ff.

²⁰⁷ Zur Wahl des gelindesten Mittels vgl *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010), Seite 73.

Nach Ansicht der Datenschutzkommission (DSK) müsse die Behörde aus diesem Grunde auch zuerst versuchen, die Daten von der betreffenden Person selbst zu erhalten, bevor auf andere Informationsquellen zurückgegriffen wird²⁰⁸.

Deutlich zum Ausdruck gebracht hat dies jüngst auch ein Erkenntnis des VfGH, in welchem dieser eine von der FMA angestrebte Aktion zur Übermittlung von Kundendaten²⁰⁹ seitens einer Wertpapierfirma für verfassungswidrig erklärt hat. Der von der FMA vorgebrachten Argumentation, wonach eine solche aufsichtsrechtliche Maßnahme zum präventiven Schutz der Anlegerinteressen unbedingt vonnöten sei, entgegnete das Höchstgericht, dass ein solcher Eingriff einen ungeeigneten und unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz darstelle und somit unzulässig sei²¹⁰.

Eine absolute Besonderheit des Grundrechts auf Datenschutz liegt darin, dass dieses auch vor Eingriffen durch Private schützt²¹¹. Dieser muss sich im Gegensatz zu Akten hoheitlicher Organe nicht auf ein Gesetz stützen können und im öffentlichen Interesse gelegen sein, sondern nur einem überwiegenden berechtigten Interesse dienen²¹².

7.3.6 § 19 Organisatorische Anforderungen, Verschwiegenheits- und Sorgfaltspflichten

In dieser Bestimmung werden in Umsetzung von Art. 79 bestimmte laufende organisatorische Anforderungen für Zahlungsinstitute normiert. Für die Ermittlung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Meldung der zahlungsdienstgeschäftlichen und -betrieblichen Risiken haben Zahlungsinstitute über angemessene Verwaltungs-, Rechnungs- und Kontrollverfahren zu verfügen. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, ist die Zweckmäßigkeit dieser Ver-

²⁰⁸ Siehe DSK 19.03.1997, 120.512; vgl auch *Lehner* in Heißl, Handbuch Menschenrechte (2009), Seite 221f.

²⁰⁹ Inhalt dieser Liste sollten neben Name und Anschrift des Kunden auch äußerst sensible Daten wie dessen Anlagevolumen und Vertragsabschlüsse sein.

²¹⁰ Vgl VfGH 16.12.2009, B 504/09-24.

²¹¹ OGH 2 Ob 244/99t.

²¹² Vgl *Lehner/Lachmayer* in Bauer/Reimer, Handbuch Datenschutzrecht (2009), Seite 106; siehe auch *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010), Seite 74ff.

fahren zumindest einmal jährlich im Rahmen der internen Revision zu überprüfen (Abs. 1 bis 3).

Die Geschäftsleiter haben nach Abs. 2 bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 84 Abs. 1 AktG anzuwenden und die betrieblichen Risiken durch angemessene Strategien zu steuern²¹³.

Nach Ansicht des OGH sei hierbei ein objektiv-normativer Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der sich in seiner praktischen Anwendung vom Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB aber kaum abhebe²¹⁴. Verletzen mehrere Vorstandsmitglieder fahrlässig oder vorsätzlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, so seien diese nach Ansicht des Höchstgerichts als Solidarschuldner der Gesellschaft zum Schadenersatz verpflichtet. Die Ersatzpflicht setze jedoch stets ein nachweisbares Verschulden jedes einzelnen Mitglieds voraus²¹⁵.

Der Abs. 4 sieht eine Verschwiegenheitspflicht für Zahlungsdienste sowie für die für sie tätigen Personen bei Geheimnissen vor, die sie im Auftrag zur Ausführung ihrer Zahlungsdienstnutzer erfahren haben. Diese Verschwiegenheitspflicht darf nur in gesetzlich determinierten Fällen, und zwar aufgrund einer gesetzlichen Auskunftspflicht, aufgrund der schriftlichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers oder nur dann gebrochen werden, wenn die Offenbarung des Geheimnisses zur Klärung von Rechtsangelegenheiten aus dem Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und dem Zahlungsdienstnutzer vonnöten ist.

Gemäß Abs. 5 finden die Bestimmungen des BWG zu Verbraucherkrediten und Verbraucherschutzbestimmungen für Kreditgeschäfte mit Minderjährigen sowie die Bestimmungen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung auch auf Zahlungsinstitute Anwendung²¹⁶.

²¹³ Vgl auch *Heidinger/Schneider*, AktG (2007), Seite 188ff.

²¹⁴ Siehe OGH 1 Ob 144/01k.

²¹⁵ So OGH 3 Ob 536/77.

²¹⁶ Siehe hierzu *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 33 Rz 1ff; *Höllerer/Puhm* in *Dellinger*, BWG, Band II (2008), § 39 Rz 42ff.

7.3.7 § 20 Meldungen

Auf der Grundlage des Abs. 5 ergeht seitens der FMA mit Zustimmung des BMF die Zahlungsinstitute-Meldeverordnung²¹⁷, die zeitgleich mit dem ZaDiG mit 1. November 2009 in Kraft trat. Diese beinhaltet die Gliederung der in Abs. 1 bis 3 festgelegten verpflichtenden Meldungen für Zahlungsinstitute.

7.4 4. Abschnitt: Auslagerung und Agenten

Der 4. Abschnitt des 2. Hauptstücks befasst sich mit der Diensterbringung von Agenten und den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Auslagerung überhaupt zulässig ist.

7.4.1 § 21 Auslagerung von Aufgaben

§ 21 befasst sich in Umsetzung von Art. 17 Abs. 7 mit den Voraussetzungen für die Auslagerung von Dienstleistungen über Agenten und den Bedingungen, unter denen eine solche zulässig sein soll.

Die Auslagerung wichtiger betrieblicher Aufgaben darf weder die Qualität der internen Kontrolle des Zahlungsinstituts noch dessen Beaufsichtigung durch die FMA wesentlich beeinträchtigen. Eine betriebliche Aufgabe ist dann als wichtig anzusehen, wenn deren unzureichende oder unterlassene Wahrnehmung die kontinuierliche Einhaltung der Konzessionsanforderungen oder anderen Verpflichtungen des Zahlungsinstituts gemäß ZaDiG sowie dessen finanzielle Basis wesentlich beeinträchtigen würde (Abs. 1). Abs. 2 Z 1 bis 4 normiert in taxativer Aufzählung jene Fälle, in welchen die Auslagerung wichtiger betrieblicher Aufgaben untersagt wird.

Gemäß Abs. 3 ist eine beabsichtigte Auslagerung von betrieblichen Aufgaben der FMA jedenfalls zuvor schriftlich anzuzeigen.

²¹⁷ Verordnung der FMA zur Festlegung der Meldungen von Zahlungsinstituten (ZIMV) BGBl II 2009/352.

Ob es sich hierbei um eine wichtige betriebliche Aufgabe handelt oder nicht, soll für diese Anzeigeverpflichtung keine Rolle spielen.

7.4.2 § 22 Agenten

Beabsichtigt ein Zahlungsinstitut Zahlungsdienste über einen Agenten zu erbringen, ist dies unter Beibringung der in Abs. 1 Z 1 bis 3 vorgesehenen Informationen der FMA schriftlich anzuzeigen, welche diese auf ihre Richtigkeit zu prüfen hat. Die Informationen betreffen Name und Anschrift des Agenten, die internen Kontrollmechanismen, die Geschäftsleiter sowie die für die Geschäftsleitung eines Agenten verantwortlichen Personen. Die FMA entscheidet über die Zulässigkeit der Erbringung von Zahlungsdiensten durch Agenten mit Bescheid²¹⁸. Handelt es sich um einen Agenten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, so hat die FMA die zuständige Behörde darüber zu informieren (Abs. 4).

Als Agent eines Zahlungsinstituts kommt somit ein anderes Zahlungsinstitut, als auch ein Kreditinstitut sowie grundsätzlich jeder in Betracht, der die angesprochenen Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt.

Wichtig zu betonen ist, dass die Tätigkeit als Agent nach § 23 Abs. 3 kein Arbeitsverhältnis im Sinne bundesgesetzlicher arbeits-, sozial- oder steuerrechtlicher Bestimmungen begründet. Es ist somit ein Mindestmaß an organisatorischer Selbständigkeit erforderlich²¹⁹.

²¹⁸ Ausführlich zur Bescheiderlassung *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze*, 17. Auflage (2008), Seite 134ff; vgl auch *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 5. Auflage (2009), Seite 422ff.

²¹⁹ Zur Qualifikation als Arbeitnehmer siehe OGH 9 Ob A 118/07d; *Naderhirm*, RdW 2004/388; vgl auch *Brodil/Risak/Wolf*, *Arbeitsrecht in Grundzügen*, 5. Auflage (2008), Seite 13ff; zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Verträgen siehe *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm* (2006), § 1151 Rz 126ff.

7.5 5. Abschnitt: Haftung für dem Zahlungsinstitut zurechenbare Personen

Der 5. Abschnitt regelt die Haftung des Zahlungsinstituts für Dritte, Agenten sowie für deren Angestellten.

7.5.1 § 23

Die dem Zahlungsinstitut zurechenbaren Personen umfassen gemäß Abs. 1 deren Angestellte, Agenten, Zweigstellen oder Stellen, zu denen Tätigkeiten ausgelagert werden sollen. Die Haftung ist in jener Weise ausgestaltet, dass das Zahlungsinstitut gemäß § 1313a ABGB zwingend für das Verhalten dieser ihm zurechenbaren Personen wie für sein eigenes einzustehen hat²²⁰.

Auffallend ist, dass die Formulierung des Abs. 1 mit jener des § 3 Abs. 3 Z 8 zweiter Satz InvFG identisch ist. Somit kann zukünftig zu Klarstellungszwecken auf die einschlägige Lit und Rsp zu dieser Bestimmung des InvFG zurückgegriffen werden²²¹. Im Schadensfall kann der Geschädigte direkt gegen das Zahlungsinstitut vorgehen, welchem ein Regressrecht gegenüber den zurechenbaren Personen zukommt. Das Zahlungsinstitut haftet aber nicht nur bei Vorliegen schuldhaften Verhaltens, sondern auch dann, wenn das ZaDiG eine verschuldensunabhängige vertragliche Pflicht vorsieht²²².

7.5.2 § 24

In Folge der Umsetzung des Art. 17 Abs. 8 hat das Zahlungsinstitut den Zahlungsdienstnutzern vor Vertragsabschluss mitzuteilen, in welcher Eigenschaft Agenten oder Zweigstellen handeln und welches Zahlungsinstitut diese vertreten.

²²⁰ Detailliert zum Personenkreis der Erfüllungsgehilfen mit zahlreichen Nachweisen aus Jud und Lit *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1313a Rz 2ff; vgl hiezu auch *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, Band VI, 3. Auflage (2006), § 1313a Rz 4ff.

²²¹ Vgl hiezu *Kammel* in *Macher/Buchberger/Oppitz/Kalss*, InvFG (2008), § 3 Rz 72ff.

²²² ZB im Falle des § 44 Abs. 1.

7.6 6. Abschnitt: Rechnungslegung und Abschlussprüfung

Im 6. Abschnitt des ZaDiG werden die Bestimmungen bezüglich Rechnungslegung und Abschlussprüfung normiert.

7.6.1 § 25

Zahlungsinstitute, die als Finanzinstitute im Sinne von Art. 4 Nr. 5 der RL 2006/48/EG gelten, haben sämtliche Rechnungslegungsbestimmungen des BWG (§§ 43ff) anzuwenden²²³. Als FI ist nach der genannten Richtlinienbestimmung ein Unternehmen anzusehen, das kein Kreditinstitut ist und dessen Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben oder eines oder mehrere Geschäfte zu betreiben, die unter den Nr. 2 bis 12 der im Anhang I der RL 2006/48/EG enthaltenen Liste aufgeführt sind²²⁴.

Alle übrigen Zahlungsinstitute sind nur zur Darstellung der entsprechenden Informationen über Zahlungsdienste und Nebendienstleistungen im Rahmen der Segmentinformationen gemäß Abs. 2 verpflichtet. In Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 sind diese Segmentinformationen jedoch auf Basis der Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute aufzustellen (Abs. 1). Dies erscheint auch sachgerecht. Es besteht keine Notwendigkeit sämtliche Bewertungs- und Gliederungsbestimmungen von Kreditinstitutsabschlüssen auch für jene Unternehmen vorzusehen, die Zahlungsdienste nur in einem geringen Umfang erbringen.

Sofern Zahlungsdienste auch Tätigkeiten iSd § 5 Abs. 2 Z 2 und 3 im wesentlichen Umfang erbringen, so sind besondere Segmentinformationen über Zahlungsdienste iSd § 1 Abs. 2 inklusive der Nebentätigkeiten iSd § 5 Abs. 2 Z 1 im Anhang des Jahres- oder Konzernabschlusses offen zu legen.

²²³ Vgl dazu *Perkounigg/Stecher* in Dellinger, BWG, Band II (2008), § 43 Rz 14ff; zur Grundkonzeption des § 189 UGB siehe *Deutsch-Goldoni* in Krejci/Dehn, Das Neue UGB (2007), Seite 91ff.

²²⁴ Liste der Tätigkeiten, für die die gegenseitige Anerkennung gilt; zB Factoring, Finanzierungsleasing, Dienstleistungen zur Durchführung des Zahlungsverkehrs, Garantien und Portfolioverwaltung.

Der Umfang soll laut Art. 15 Abs. 3 dann wesentlich sein, wenn entweder die Segmentumsätze (einschließlich interner Umsätze mit anderen Segmenten), das Segmentergebnis oder das Segmentvermögen mehr als 10 % der entsprechenden Beträge des gesamten Unternehmens betragen (Abs. 2).

Ein Segment wird definiert als ein Unternehmensbestandteil, der Geschäftstätigkeiten betreibt, mit denen Umsatzerlöse erwirtschaftet werden und bei denen auch Aufwendungen anfallen. Zur konkreten Definition kann laut den Materialien²²⁵ auf die entsprechende, nach den jeweiligen Rechnungslegungsstandards geltende Segmentdefinition zurückgegriffen werden²²⁶.

Die Segmentinformationen haben jedenfalls ein getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Segments „Zahlungsdienste und damit verbundene Nebenleistungen“ in einem angemessenen Detaillierungsgrad darzustellen.

Abs. 3 normiert im Wesentlichen eine generelle Prüfpflicht für Zahlungsdienste durch einen Abschlussprüfer. Weiters ist eine Verordnungsermächtigung der FMA bezüglich der Übermittlung, Form und Gliederung der Anlage zum Prüfbericht implementiert, wovon diese durch die Veröffentlichung der ZAPV²²⁷ am 28. Dezember 2009 Gebrauch gemacht hat. In Systematik und Inhalt erinnert die Verordnung stark an die AP-VO²²⁸ gemäß § 63 Abs. 5 BWG²²⁹. Die Verordnung ist gemäß § 3 ZAPV erstmalig auf jene Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 30. Dezember 2009 geendet haben.

Die Auskunfts-, Vorlage- und Einschaurechte des Abschlussprüfers gemäß § 272 UGB umfassen alle Unterlagen und Datenträger, unabhängig davon, wo sich diese Unterlagen oder Datenträger konkret befinden.

²²⁵ EBRV 2007 BgNR XXIV. GP zu § 25.

²²⁶ ZB IFRS 8.5.

²²⁷ Verordnung der FMA über die Anlage zum Prüfbericht für Zahlungsinstitute BGBl II 2009/494.

²²⁸ Verordnung der FMA über die Anlage zum Prüfbericht BGBl II 2005/305; siehe auch Schramm, ZFR 2009, 156.

²²⁹ Vgl. Fletzberger, ZFR 2010, 45; siehe dazu auch Dellinger/Puhm/Rab in Dellinger, BWG, Band III (2008), § 63 Rz 70ff.

Zur Verfügung zu stellen hat das Zahlungsinstitut dem Abschlussprüfer gemäß Abs. 4 weiters die Prüfungspläne und -berichte der internen Revision²³⁰.

Abschlussprüfer von Zahlungsinstituten können, analog zu § 268 Abs. 4 UGB und § 61 Abs. 1 BWG²³¹, beeidete Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie die Prüfungsorgane gesetzlich zuständiger Prüfungseinrichtungen sein (Abs. 5).

Für die Beurteilung der in Abs. 6 geregelten Ausgeschlossenheit eines Abschlussprüfers wird, um Konsistenz zu gewährleisten, auf die in § 62 BWG angeführten Tatbestände mit den notwendigen Anpassungen verwiesen. Von Bedeutung sind zudem die Ausschließungsgründe des UGB sowie anderer gesetzlicher Bestimmungen, wie zB dem WTGB.

Bei der Bestellung von Abschlussprüfern folgt das ZaDiG, von ein paar Sonderregelungen abgesehen, der Regelung des § 63 Abs. 1 BWG. Die FMA kann gegen die an sie gerichtete, vor Beginn des Wirtschaftsjahres zu erfolgende Bestellungsanzeige Widerspruch einlegen, über welchen dann im Verfahren außer Streitsachen entschieden wird (Abs. 7)²³².

Was die Bescheinigung von Ausschließungsgründen des Abschlussprüfers betrifft, so dient § 63 Abs. 1c BWG als Vorbild (Abs. 8).

²³⁰ Dazu *Rauter*, JAP 2007/2008/23; vgl auch *König/Reichel-Holzer*, Das UGB (2006), Seite 253.

²³¹ Vgl *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger*, BWG, Band III (2008), § 61 Rz 1.

²³² Vgl hierzu auch *Maurer* in *Maurer/Schrott/W. Schütz*, AußStrG (2006), § 8 Rz 63ff; *Rechberger*, AußStrG (2006), § 8 Rz 46ff.

8. 3. Hauptstück: Zahlungsdienste

Ein Kernstück des ZaDiG bilden die im 3. Hauptstück enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen, die sich in den §§ 26 bis 48 finden, ein Sonderzivilrecht für alle Zahlungsdienste zu den allgemeinen Regelungen darstellen und im Verhältnis zu Verbrauchern zwingend sind. Normiert werden sämtliche Rechte und Pflichten, einschließlich der Haftung, der Zahlungsdienstleister gegenüber ihren Kunden.

Bei einem Verstoß gegen die §§ 26ff kommen folgende Sanktionen in Betracht:

- Verwaltungsstrafe nach § 67;
- Vorgehen nach dem UWG;
- Verbandsklage nach § 28a KSchG²³³;
- Unterlassungsklage.

Bei genauer Betrachtung dieser Regelungen fällt neben dem sehr weiten Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Bestimmungen zudem ein gravierender Eingriff in das auch für Zahlungsinstitute maßgebliche Auftragsrecht auf²³⁴. Die einschlägigen Bestimmungen finden sowohl für innerstaatliche als auch für alle grenzüberschreitend erbrachten Zahlungsdienste Anwendung, bei denen entweder der Zahlungsdienstnutzer oder der Zahlungsdienstleister in Österreich ansässig ist.

Der „Bevollmächtigungsvertrag“ beinhaltet das Handeln für fremde Rechnung, das Führen eines fremden Geschäfts nach der Intention des Auftraggebers²³⁵.

²³³ Detailliert *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang, ABGB, 3. Auflage (2006), § 29 KSchG Rz 5ff.

²³⁴ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, 13. Auflage (2007), Seite 209ff; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht, Band III, 3. Auflage (2008), Seite 41ff; zur Abgrenzung von Botenschaft und Treuhand *P. Bydlinski* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1002 Rz 6f.

²³⁵ Vgl hierzu *Rubin*, *ecolex* 2010, 24ff.

Der Gewalthaber hat das Geschäft gemäß der erhaltenen Vollmacht zu besorgen, wobei dieser einem Weisungsrecht bezüglich der Art und des Umfangs des geführten Geschäfts unterliegt, zu dessen Führung er sich vertraglich verpflichtet hat²³⁶.

Zahlungsdienstleister sind nach § 1 Abs. 3 jedoch nicht nur Kreditinstitute, sondern auch verschiedene Nichtbanken, welche gewerblich Zahlungsdienste erbringen. Auf der Kundenseite erfasst der persönliche Anwendungsbereich des 3. Hauptstücks prinzipiell alle Zahlungsdienstnutzer. § 26 Abs. 6 erster Satz sieht vor, dass die Regelungen jedoch nur im Verhältnis zu Verbrauchern durchgehend zwingend sind. Satz 2 legt hingegen fest, dass gegenüber anderen Zahlungsdienstnutzern von einer Reihe der gesetzlichen Schutzvorschriften vertraglich abgewichen werden kann. Sachlich werden, wie in den Ausführungen zu § 1 Abs. 2 bereits ausführlich thematisiert, alle im geregelten Zahlungsverkehr auftretenden Zahlungsdienste erfasst.

Der durch die PSD geschaffene einheitliche Rechtsrahmen soll nicht nur den Bedürfnissen eines gemeinsamen Binnenmarkts gerecht werden, sondern auch garantieren, dass allen Kunden von Zahlungsdiensten europaweit ausreichende Informationen sowie transparente Vertragsbedingungen zur Verfügung stehen. Ein erklärtes Ziel der Zahlungsdienste-RL besteht somit auch in einem angemessenen Schutz der Konsumentenrechte bei der Nutzung von Zahlungsdiensten.

Dessen Implementierung durch das ZaDiG führt in vielen wesentlichen Punkten auch zu einer merklichen Verbesserung des Konsumentenschutzes. So erfreulich dies aus Sicht des Konsumentenschutzes auch sein mag, übersehen werden darf jedoch eines nicht: Art. 86 verbietet den Mitgliedstaaten, abgesehen von den in Abs. 1 vorgesehenen Ausnahmen, von der Richtlinie abweichenden Regelungen beizubehalten oder neu einzuführen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass diese Harmonisierung in Mitgliedstaaten mit einem sehr hohen Verbraucherschutzniveau punktuell zu Verschlechterungen führen kann.

²³⁶ Zur Abgrenzung gegenüber anderen Vertragsformen siehe *Pollak*, JBl 1985, 646ff.

In Österreich hat die Rsp des OGH dafür gesorgt, dass das gesetzlich sehr hohe Verbraucherschutzniveau bei der Erbringung von Zahlungsdiensten auch in der Praxis Platz greift²³⁷. Vor diesem Hintergrund ist es aus Konsumentensicht bedauerlich, dass das ZaDiG zwar in wenigen Punkten, aber doch, zu Rückschritten führt, worauf im Anschluss noch näher einzugehen sein wird.

Zurzeit erfüllt das europäische Zivilrecht aufgrund seiner Zersplitterung in zahlreiche Sekundärrechtsakte mit engem Anwendungsbereich nur sehr unzureichend seine Aufgabe, zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt beizutragen²³⁸. Es wäre deswegen auch völlig kontraproduktiv, dass eine engagierte Rechtsprechung in Mitgliedstaaten wie Österreich oder Deutschland, die dafür sorgte, dass die meist sehr allgemein gehaltenen Vorgaben der Vertragsklausel-RL²³⁹ auch mit praktischem Leben erfüllt wurden, durch Vollharmonisierungen vieler Regelungsbereiche konterkariert wird.

Ebenso darf jedoch bei allen tief greifenden, aus Konsumentensicht überaus begrüßenswerten Verbesserungen aufgrund der Implementierung der PSD durch das ZaDiG jedoch auch nicht ganz verschwiegen werden, dass sich die aus den zusätzlichen Verpflichtungen der Zahlungsdienstleister resultierenden Mehrkosten für die Kreditwirtschaft laut einer von der Bundeskreditsparte der WKÖ beim Unternehmensberater McKinsey in Auftrag gegebenen Studie auf jährlich 136 Mio. Euro belaufen²⁴⁰. Diese Kosten werden dann unweigerlich auf den Verbraucher umgelegt, der diese dann in der Konsequenz wieder direkt oder indirekt selbst tragen zu hat.

²³⁷ Siehe Ausgangspunkt OGH 4 Ob 28/01y.

²³⁸ Vgl dazu detailliert *Frizberg*, ÖJZ 2009, 801ff.

²³⁹ RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

²⁴⁰ Vgl *H. Pichler*, ÖBA 2007, 856ff.

8.1 Allgemeiner Überblick zu den Informationspflichten

Der Gemeinschaftsgesetzgeber sieht bei der Zahlungsdienste-RL wie auch in verwandten RL²⁴¹ umfassende Informationspflichten für beaufsichtigte Unternehmen vor, die weit über bereits bestehende Informationspflichten hinausgehen²⁴².

Die Informationspflichten des ZaDiG verfolgen den Zweck, dass alle Zahlungsdienstnutzer über verständliche Informationen und transparente Vertragsbedingungen verfügen müssen. Die Bereitstellung dieser Informationen hat grundsätzlich unentgeltlich zu erfolgen (§ 27).

Bei Rahmenverträgen werden gemäß § 28 detaillierte Vorabinformationen bezüglich der gesamten Vertragsbeziehung sowie gemäß § 29 Informationen bezüglich der Änderung dieser Rahmenverträge geschuldet.

Je nachdem, ob Zahlungsvorgänge innerhalb eines Rahmenvertrags, deren wirtschaftliche Tragweite weitaus größer ist (§ 31), oder Einzelzahlungen auf Grundlage eines Einzelvertrags (§ 32) vorliegen, so sind seitens des Zahlungsdienstleisters sowohl vor als auch nach dem Vertragsabschluss unterschiedliche Informationspflichten zu erfüllen²⁴³. Im Falle von Einzelzahlungen ist der Zahlungsdienstnutzer nur über die wichtigsten Informationen, wie etwa Entgelte und Ausführungsfristen zu informieren. Eine mündliche Information soll hier auch ausreichen. Sonderbestimmungen bestehen für Kleinbetragszahlungen und E-Geld (§ 33).

²⁴¹ ZB RL 2004/39/EG (MiFID), RL 2008/48/EG (Verbraucherkredit-RL).

²⁴² Zu den Informationspflichten der Verbraucherkredit-RL vgl *Koch*, ÖBA 2009, 98.

²⁴³ Vgl *Seidl*, JusIT 2008, 126f.

8.2 1. Abschnitt: Informationspflichten, Entgelte und Vertragsarten

Der 1. Abschnitt im 3. Hauptstück hat die Form und den Zeitpunkt der seitens des Zahlungsdienstleisters zu gewährenden Informationen sowie Entgeltbestimmungen zum Inhalt.

8.2.1 § 26 Form, Zeitpunkt, Sprache und Transaktionsgewährung

§ 26 fasst die Regelungen bezüglich Form, Zeitpunkt und Sprache der Vertragsangebote und der zur Verfügung zu stellenden Informationen zusammen. Hinsichtlich der Informationsarten ist zum einen zwischen vorvertraglichen und vertraglichen und zum anderen zwischen allgemeinen²⁴⁴, die das Vertragsverhältnis als solches betreffen, und den Informationen bei der Erbringung einer einzelnen Transaktion²⁴⁵ zu unterscheiden. Zudem werden neben der Anordnung, welche Bestimmungen des 3. Hauptstücks ius cogens sind, auch Regelungen zur Transaktionsgewährung normiert.

Abs. 1 regelt die Art und Weise, wie der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer zu informieren hat. Die Informationen sollen entsprechend den Bedürfnissen der Nutzer angemessen sein und in standardisierter Form übermittelt werden. Infolgedessen gelten für Einzelzahlungen andere Informationspflichten als für Rahmenverträge, welche mehrere Zahlungsvorgänge betreffen²⁴⁶.

Es gilt zwischen zwei Varianten der Informationsweitergabe, nämlich Mitteilungspflicht und bloßes Zugänglichmachen, zu unterscheiden.

²⁴⁴ ZB Kommunikationsmodalitäten, allgemeine Angaben zur Verrechnung von Entgelten, Modalitäten bzgl. der Ausführung von Zahlungsvorgängen.

²⁴⁵ ZB Transaktionsdaten, Entgelte und Ausführungsfristen im Zusammenhang mit einer bestimmten Überweisung (vgl §§ 31, 32).

²⁴⁶ So siehe EG 23.

Mitteilungspflicht

Der Zahlungsdienstleister hat hier zum im ZaDiG vorgesehenen Zeitpunkt die Informationen ohne ausdrückliche Aufforderung des Zahlungsdienstnutzers von sich aus zu übermitteln. Diese Mitteilungspflichten bestehen prinzipiell nur bei Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Beziehung. Zu denken ist in diesen Fällen an die postalische Zusendung oder Aushändigung eines Vertragsformblatts oder einer CD-ROM, falls die Informationsmitteilung auf einem dauerhafter Datenträger vereinbart worden ist.

Nach der in § 3 Z 23 vorgenommenen Definition ist ein dauerhafter Datenträger jedes Medium, das es dem Zahlungsdienstnutzer ermöglicht, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessenen Dauer einsehen kann und das die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen ermöglicht²⁴⁷.

Wenn der Zahlungsdienst „in herkömmlicher Weise“, also etwa am Bank-schalter in Anspruch genommen wird, so gilt der „Grundsatz der Information in Papierform“, wobei auch aufliegende Folder in Betracht kommen sollen²⁴⁸. Eine Lockerung des Grundsatzes der Information in Papierform bzw. des dauerhaften Datenträgers sieht § 33 Abs. 1 Z 2 für die Mitteilung der Änderung der Vertragsbedingungen bei Zahlungsinstrumenten, deren Anwendung auf Kleinbeträge beschränkt ist, vor.

In einigen wenigen Fällen normiert das ZaDiG auch eine Mitteilungspflicht auf Verlangen des Kunden (zB § 31 Abs. 1).

Zugänglichmachen

Hier muss der Zahlungsdienstnutzer selbst aktiv werden, um an die Informationen zu gelangen. Dies kann beispielsweise durch eine ausdrückliche Anforderung vom Zahlungsdienstleister oder durch die Einführung der Bankkarte in den Kontoauszugsdrucker erfolgen.

²⁴⁷ ZB Disketten, CD-ROMs und DVDs.

²⁴⁸ Vgl EK, Q&A on PSD Nr. 41.

In einigen Bestimmungen sieht das ZaDiG eine Wahlmöglichkeit des Zahlungsdienstleisters zwischen Mitteilung und Zugänglichmachen vor²⁴⁹. In besonderen Fällen kann Letzteres auch „in einfacher Weise“ erfolgen²⁵⁰. Entscheidend wird hier sein, dass dem Kunden ohne besondere Umstände rascher Zugriff auf die Kerninformationen gewährt wird²⁵¹.

In Umsetzung der nahezu wortgleichen Art. 36 und 41 ist der Zahlungsdienstleister verpflichtet, und zwar bevor der Zahlungsdienstnutzer durch den Vertrag oder durch ein Vertragsangebot gebunden ist, diesen rechtzeitig die Informationen und Vertragsbedingungen auf folgende Weise mitzuteilen:

- Im Fall eines Rahmenvertrags in Papierform oder mit Einverständnis des Zahlungsdienstnutzers auf einem anderen dauerhaften Datenträger (Z 1) oder
- im Fall einer Einzelzahlung, welche nicht Gegenstand eines Rahmenvertrags ist, in einfacher Weise und auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers auch in der in Z 1 beschriebenen Weise.

Wollen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer in einer anderen Form als in Papierform miteinander kommunizieren oder moderne Formen des Zahlungsverkehrs, wie etwa online-banking²⁵², verwenden, so bedürfe dies nach höchstgerichtlicher Jud der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers²⁵³.

Der Zahlungsdienstleister kann zudem nach Abs. 4 jederzeit während der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrags die Vorlage der Informationen und Vertragsbedingungen, die klar und verständlich abzufassen sind, in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger iSd § 3 Z 23 verlangen.

Bei Vertragsabschluss mittels eines Fernkommunikationsmittels hat der Zahlungsdienstleister gemäß Abs. 3 seinen Informationspflichten unverzüglich nach Vertragsabschluss oder im Falle einer Einzelzahlung, die nicht Gegenstand

²⁴⁹ ZB § 28 Abs. 1 Z 4 iVm § 31 Abs. 4.

²⁵⁰ ZB § 26 Abs. 1 Z 2 iVm § 32 Abs. 1.

²⁵¹ So EK, Q&A on PSD Nr. 41.

²⁵² Zur Risikoverteilung beim Überweisungsverkehr via Internet vgl *Janisch*, ÖBA 2001, 853ff.

²⁵³ Vgl OGH 3 Ob/08v.

eines Rahmenvertrages ist, nach Ausführung des Zahlungsvorgangs nachzukommen.

Unter einem Fernkommunikationsmittel iSd § 3 Z 22 wird jedes Kommunikationsmittel verstanden, das ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer für den Vertragsabschluss über die Erbringung von Zahlungsdiensten eingesetzt werden kann.

Wird in Vereinbarungen von den in den §§ 26ff festgelegten Bestimmungen hinsichtlich der Informationspflichten zum Nachteil eines Verbrauchers abgewichen, so ist diese nachteilige Bestimmung im Sinne einer Teilnichtigkeit unwirksam. Im Gegensatz hierzu ergibt sich bezüglich der Abdingbarkeit von Bestimmungen im Regime der Nichtverbraucher ein weitaus differenzierteres Bild²⁵⁴.

Das ZaDiG versteht in seinem § 3 Z 11 unter einem Verbraucher eine natürliche Person, die bei den vom ZaDiG erfassten Zahlungsdienstverträgen zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Diese Definition deckt sich auch mit Art. 3 lit. a der Verbraucherkredit-RL²⁵⁵. Obwohl diese Formulierung zwar von jener des KSchG abweicht, so verfolgen doch jedenfalls beide den gleichen Regelungszweck. Es wird deshalb davon auszugehen sein, dass auch ein Unternehmer, der mittels seinem privaten Girokonto Transaktionen durchführt, welche nicht im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufes oder Gewerbes stehen, den Schutz konsumentenrelevanter Regelungen genießt²⁵⁶.

Schließlich werden in Abs. 7 die einzelnen Sonderbestimmungen für Verbraucher geregelt. Ausdrücklich normiert wird die Nichtanwendbarkeit bestimmter kollidierender Regelungen des allgemeinen Konsumentenschutzregimes und dass andere aufrecht bleiben sollen.

²⁵⁴ Siehe zB § 36 Abs. 4.

²⁵⁵ Vgl auch *Bollenberger*, ÖBA 2008, 782ff.

²⁵⁶ Vgl *Leixner*, ZaDiG (2009), § 26 Rz 18.

8.2.2 § 27 Entgelte

Nach Abs. 1 erster Satz sind die vom ZaDiG geforderten Informationen dem Kunden unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Es kann nur für darüber hinausgehende Informationen sowie deren häufigere Bereitstellung oder Übermittlung in anderer als der im Rahmenvertrag vorgesehenen Weise ein angemessenes und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtetes Entgelt vereinbart werden. Dies jedoch auch nur dann, sofern diese Leistungen auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers erbracht und gesondert vereinbart wurden (zweiter Satz).

Die im ersten Satz normierte Entgeltfreiheit für die Bereitstellung von Zahlungsverkehrsinformationen stellt lediglich gegenüber Konsumenten, nicht jedoch gegenüber Unternehmern, zwingendes Recht dar. Sollte ein Kunde unüblich oft die Vorlage von Vertragsbestimmungen verlangen, wird wohl das in § 1295 Abs. 2 ABGB geregelte Schikaneverbot zur Anwendung gelangen²⁵⁷.

Die Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten des ZaDiG stellte sich so dar, dass gemäß § 34 Abs. 2 Z 1 BWG sämtliche Entgelte für Leistungen im Zusammenhang mit einem Verbrauchergirokonto im Verbrauchergirokontovertrag enthalten sein mussten. Diesbezügliche Änderungen waren dem Kunden nach § 34 Abs. 3 BWG vor dem In-Kraft-Treten der Änderung bekannt zu geben²⁵⁸.

Gemäß Abs. 2 schuldet der Zahlungsdienstnutzer für die vereinbarten Zahlungsdienste nur jene Entgelte, welche mit ihm zuvor nach § 28 Abs. 1 Z 3 lit. a wirksam vereinbart worden sind.

Abs. 3 sieht lediglich drei Fälle vor, in denen der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer für die Erfüllung von Nebenpflichten ein Entgelt vereinbaren kann:

²⁵⁷ Vgl. *Leixner*, ZaDiG (2009), § 26 Rz 12; vgl. dazu auch *Reischauer* in Rummel, ABGB, Band II, 3. Auflage (2007), § 1295 Rz 86.

²⁵⁸ Siehe auch *Koch* in Dellinger, BWG, Band II (2008), § 34 Rz 39ff.

- Verständigung des Kunden bei Ablehnung des Auftrags durch den Zahlungsdienstleister, falls die im Rahmenvertrag vereinbarten Bedingungen nicht vorliegen;
- Widerruf eines Zahlungsauftrags nach dem Eintritt des Zeitpunkts der Unwiderruflichkeit;
- Wiederbeschaffung eines Geldbetrags, der aufgrund fehlerhafter Kundenidentifikatoren verloren gegangen ist.

Dem Zahlungsdienstleister soll es damit nur in ganz besonderen Ausnahmefällen gestattet sein, die Verrechnung zusätzlicher Kosten mit dem Zahlungsdienstnutzer zu vereinbaren und zwar nur dann, wenn dies vorher im Rahmenvertrag zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart wurde. Das Entgelt hat sich hierbei an den tatsächlich angefallenen Kosten des Zahlungsdienstleisters auszurichten. Bei dieser Regelung handelt es sich der Sache nach um einen pauschalierten Aufwandsersatz.

Abs. 1 und 3 legen somit in Umsetzung der Art. 32, 52 Abs. 1, 65 Abs. 1 dritter Unterabsatz, 66 Abs. 5 sowie Art. 74 Abs. 2 dritter Unterabsatz jene Fälle abschließend fest, in denen der Zahlungsdienstleister für seine erbrachten Zahlungsdienste zusätzlich zu den nach Abs. 2 wirksam vereinbarten Entgelten einen Kostenersatzanspruch für vertraglich oder gesetzlich geschuldete Nebenleistungen oder die Bereitstellung von Informationen geltend machen kann.

§ 1014 ABGB wird in diesem Falle von den genannten Bestimmungen verdrängt. Freiwillige Zusatzleistungen sind jedoch weiterhin nach Maßgabe dieser Norm zu beurteilen²⁵⁹.

²⁵⁹ Siehe auch *Haghofer*, *ecolex* 2010, 22.

Unklar ist, inwieweit nach den in § 27 verwendeten Begriffen „Entgelt“ bzw. „unentgeltlich“ zB ein Aufwendersatz für Postportospesen inkludiert ist. Die Begriffe „Entgelt“ und „Aufwendersatz“ sind strikt auseinander zu halten, da letzterer nur die anfallenden Einzelkosten im Rahmen der Auftrags umfasst, während das Entgelt darüber hinaus auch noch Zuschläge für die Gemeinkosten des Geschäftsbetriebs und einen Gewinnanteil des Kreditinstituts enthält²⁶⁰. Da nach österreichischem wie auch nach deutschem Recht der Begriff „Entgelt“ nicht den externen Aufwendersatz beinhaltet, ist wohl davon auszugehen, dass eine Weiterverrechnung dieser Portospesen zulässig sein wird²⁶¹.

Sofern mit dem Zahlungsvorgang keine Währungsumrechnung verbunden ist, sind Zahlungsempfänger und Zahler nach dem Grundsatz der Kostenteilung verpflichtet, die von ihrem Zahlungsdienstleister erhobenen Entgelte zu tragen (Abs. 5)²⁶². Zur Erleichterung der vollautomatisierten Abwicklung von Zahlungen stellt die Aufteilung der Entgelte zwischen Zahler und Zahlungsempfänger den gangbarsten Weg dar. Daher sind die jeweiligen Entgelte des Zahlungsdienstleister im Normalfall auch direkt beim Zahler und Zahlungsempfänger zu erheben²⁶³.

Abs. 6 normiert das Umsetzungswahlrecht des Art. 52 Abs. 3. Dessen erster Satz sieht vor, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren darf, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder ihm eine Ermäßigung anzubieten. Der zweite Satz räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, dass diese das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen können, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.

²⁶⁰ Vgl *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band I (2007), Rz 1/203ff.

²⁶¹ So auch *Koch*, ÖBA 2009, 872.

²⁶² Sog. Share-Regel.

²⁶³ Vgl EG 41.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich wie sein deutsches Pendant dafür entschieden, die zitierte RL-Bestimmung umzusetzen. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ist somit unzulässig.

Wer vor dem In-Kraft-Treten des ZaDiG Rechnungen per Zahlschein beglichen hat, anstatt diese im Lastschriftverkehr oder durch Einzugsermächtigung zu bezahlen, dem schrieb der Zahlungsempfänger²⁶⁴ eine Art „Strafgebühr“ in der Höhe von bis zu fünf Euro pro Einzahlung vor, was der OGH auch als zulässig angesehen hat²⁶⁵. Diese Rechtsfrage ist insofern alles andere als unbedeutend, als diese Zahlscheingebühr etlichen Unternehmen, speziell in der Telekommunikationsbranche, bislang einigermaßen beträchtliche Zusatzeinnahmen beschert hat.

Dieser Praxis wird jedoch seit 1. November 2009 jegliche rechtliche Grundlage entzogen, da aufgrund des angesprochenen Abs. 6 schon dessen wörtliche Interpretation dafür spricht, dass für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments die Verrechnung zusätzlicher Entgelte verboten wird²⁶⁶.

Darunter fallen auch die angesprochenen vom Zahlungsempfänger vorgeschriebenen Zahlscheingebühren, da auch eine durch Papier ausgelöste Zahlung ein personalisiertes Zahlungsinstrument iSd § 3 Z 21 darstellt sowie Aufschläge bei Zahlung mit Kreditkarte²⁶⁷. Wie erwähnt, kann dem Zahler vielmehr nach dem ersten Satz des Abs. 6 bei Nutzung bestimmter Zahlungsinstrumente eine Ermäßigung angeboten werden²⁶⁸.

Letzten Endes fällt die richtlinienkonforme Auslegung dieser Bestimmung in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Der VKI hat bereits Verbandsklagen gegen die Auferlegung von Zahlscheingebühren eingebracht und es liegen

²⁶⁴ ZB Versicherungen, Mobilfunkanbieter und Energieversorger.

²⁶⁵ Siehe 4 Ob 227/06w; schon damals krit *C. Pichler*, MR 2007, 216ff.

²⁶⁶ So auch *Jungwirth*, *ecolex* 2010, 340.

²⁶⁷ Zur Rechtsnatur des Kreditkartengeschäfts siehe *Mendel*, *Zak* 2007, 401ff.

²⁶⁸ Vgl hierzu *Zankl/Stahov*, *ecolex* 2010, 741ff.

auch schon zwei nicht rechtskräftige Urteile vor, in denen die Unvereinbarkeit dieser Zahlscheingebühren mit § 27 Abs. 6 klar zum Ausdruck gebracht wird²⁶⁹.

Ganz allgemein gilt in diesem Zusammenhang auch festzuhalten, dass es im Zuge einer Richtlinienumsetzung, im Rahmen eines spezifischen Gesetzgebungsprozesses unzumutbar ist die gesamte Rechtsordnung in allen Detailbestimmungen zu evaluieren, ob einzelne bereits bestehende Sonderregelungen den Charakter von Spezialnormen haben, die allenfalls einer allgemeineren Regelung vorgehen könnten und somit die Einhebung einer Zahlscheingebühr rechtfertigen.

In Betracht kommt hier zB § 41b VersVG, der grundsätzlich die Verrechnung von Mehraufwendungen erlaubt, die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst sind²⁷⁰. Nach der Regelungsabsicht des europäischen sowie des nationalen Gesetzgebers ist aber davon auszugehen, dass das durch das ZaDiG geschaffene Sonderzivilrecht für Zahlungsdienste als *lex specialis* allgemeine Bestimmungen verdrängt²⁷¹.

Die Entscheidung dieser speziellen Zweifelsfragen, wie dem Verhältnis der Bestimmung im ZaDiG zu älteren Bestimmungen in für einen Einzelbereich geltenden Gesetzen wie dem VersVG, obliegt auch hier schlussendlich den ordentlichen Gerichten.

Zum jetzigen Zeitpunkt scheint im Rahmen der Bezahlung mit Zahlschein empfehlenswert, die auferlegte Gebühr unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Klärung und Rückforderungen zu bezahlen und diesen dem Empfänger via eingeschriebenem Brief mitzuteilen²⁷².

²⁶⁹ Vgl HG Wien 01.06.2010, 18 Cg 14/10q; OLG Wien 07.05.2010, 2 R 18/10x.

²⁷⁰ Siehe auch *Grubmann*, VersVG, 6. Auflage (2007), Seite 171.

²⁷¹ Vgl auch *Jungwirth*, *ecolex* 2010, 341.

²⁷² Zur aktuellen Rsp des VwGH zu weiteren gebührenrechtlichen Fragen bei Bankgeschäften vgl *Steiner*, ÖBA 2009, 763ff.

8.2.3 § 28 Inhalt des Rahmenvertrags

Als Rahmenvertrag gilt ein Zahlungsdienstvertrag, der die zukünftige Ausführung einzelner und aufeinander folgender Zahlungsvorgänge regelt und die Verpflichtung zur Einrichtung eines Zahlungskontos und die entsprechenden Bedingungen enthalten kann (§ 3 Z 13).

Dem Zahlungsdienstnutzer sind infolge der Umsetzung von Art. 42 im Falle von Rahmenverträgen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 7 umfassende Vorabinformationen, welche weit über die bisher maßgebliche Regelung des § 34 BWG hinausgehen, über

- den Zahlungsdienstleister,
- die Nutzung des Zahlungsdienstes,
- Entgelte, Zinsen und Wechselkurse,
- die Kommunikation,
- Schutz- und Abhilfemaßnahmen,
- Änderungen und Kündigung des Rahmenvertrages sowie über
- die Rechtsbehelfe

zu erteilen²⁷³. Eine mündliche Information reicht hier im Gegensatz zu Einzelzahlungen nicht aus, vielmehr sind diese Informationen dem Zahlungsdienstnutzer schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger iSd § 3 Z 23 mitzuteilen.

Nach Abs. 2 kann es in Umsetzung von Art. 62 zu einer Abbedingung des Rechts auf Erstattung gemäß § 45 kommen, sofern der Zahler seine Zustimmung zur Durchführung des Zahlungsvorgangs unmittelbar seinem Zahlungsdienstleister gegeben hat und ihm gegebenenfalls die entsprechenden Informationen vier Wochen vor dem Fälligkeitstermin seitens des Zahlungsdienstleisters oder vom Zahlungsempfänger mitgeteilt wurden. Anwendung wird diese Regelung vor allem bei einer jeden Monat vorgenommenen Abbuchung eines fixen Betrags (zB Versicherungskosten) finden.

²⁷³ Vgl auch EG 24.

8.2.4 § 29 Änderungen des Rahmenvertrags

Am Zahlungsdienstemarkt ist es übliche Praxis, dass sich die Anbieter durch preiswerte Konditionen zunächst Marktanteile sichern und dann später versuchen, eine Entgelterhöhung oder eine Leistungseinschränkung gegenüber vertraglich gebundenen Kunden durchzusetzen. Das KSchG und der OGH haben diesen Vorhaben bereits in der Vergangenheit relativ enge Grenzen gesetzt.

Sich vertraglich die Befugnis einräumen zu lassen, nachträglich einseitige Änderungen vorzunehmen, kann der Unternehmer nur im Rahmen der Vorgaben des § 6 Abs. 1 Z 5²⁷⁴ und des § 6 Abs. 2 Z 3 und 4 KSchG²⁷⁵.

Zu Recht hat der OGH in einem bereits erwähnten Judikat²⁷⁶ im Zusammenhang mit Girokontoverträgen entschieden, dass sich diese „Grenzen“ auch dann nicht erweitern, wenn sich der Konsument im Fall einer Änderung leicht vom Vertrag lösen könne. Der Verbraucher dürfe nach Ansicht des Höchstgerichts nicht vor die Wahl gestellt werden, entweder eine unangemessene Entgelterhöhung zu akzeptieren oder sich vom Vertrag lösen zu müssen. Das Kreditinstitut habe daher in diesen Fällen nach dem Vertragsprinzip die Zustimmung des Verbrauchers bezüglich der beabsichtigten Änderungen einzuholen²⁷⁷.

Das KSchG trägt den Gegebenheiten des Massengeschäfts nur insofern Rechnung, als unter den Prämissen seines § 6 Abs. 1 Z 2 vereinbart werden kann, dass das Schweigen des Konsumenten zur Änderungsmitteilung als Zustimmung zu werten ist²⁷⁸.

²⁷⁴ Zu den Voraussetzungen für eine Entgeltänderung vgl *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang, ABGB, 3. Auflage (2006), § 6 Abs. 1 Z 5 KSchG Rz 4; vgl auch *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 353ff.

²⁷⁵ Siehe dazu *Kathrein* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 2. Auflage (2007), § 6 KSchG Rz 26f; vgl auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II (2007), Seite 415ff.

²⁷⁶ Siehe OGH 4 Ob 28/01y.

²⁷⁷ Zur Zulässigkeit von Entgeltklauseln in Bank-AGB vgl auch *Graf*, *ecolex* 2009, 16.

²⁷⁸ Zu den Tatbeständen und Anlassfällen der Praxis *Mayrhofer/Tangl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang, ABGB, 3. Auflage (2006), § 6 Abs. 1 Z 2 KSchG Rz 3.

Eine genaue Betrachtung des § 29 führt zu dem Schluss, dass es durch diese Bestimmung in drei Punkten aus Sicht des Verbraucherschutzes zu einer echten Verbesserung der bisherigen Rechtslage kommt.

Eine erste Verbesserung ist darin zu sehen, dass gemäß Abs. 1 Z 1 der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer beabsichtigte Änderungen zumindest zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorschlagen muss.

Ist im Rahmenvertrag, was regelmäßig der Fall sein wird²⁷⁹, eine Erklärungsfiktion iSd § 28 Abs. 1 Z 6 lit. a vereinbart, so steht dem Verbraucher somit eine zweimonatige Frist für eine ausdrückliche Erklärung des Widerspruchs gegen die Änderung zu.

Die dem Verbraucher bislang in § 6 Abs. 1 Z 2 KSchG eingeräumte angemessene Widerspruchsfrist wird daher verlängert²⁸⁰. Denn nach hA wurde den Vorgaben dieser Bestimmung selbst bei umfangreichen AGB bereits dann entsprochen, wenn dem Verbraucher eine Widerspruchsfrist von mindestens nur einem Monat zugestanden wurde²⁸¹.

Zweitens besteht darüber hinaus für den Zahlungsdienstnutzer die Möglichkeit, sobald er den Änderungsvorschlag erhalten hat, der Änderung nicht nur entweder durch Schweigen zuzustimmen oder innerhalb der in Abs. 1 Z 1 genannten Frist zu widersprechen. Nun steht dem Kunden als dritte Möglichkeit gemäß Abs. 1 Z lit. b auch das Recht zu, den Vertrag kosten- und fristenlos zu kündigen.

Art. 44 Abs. 2 scheint offenbar von der Annahme geprägt, dass der Wille des Zahlungsdienstleisters, nicht länger an den ursprünglichen Vertrag gebunden zu sein, die Unzumutbarkeit einer weiteren Vertragsbindung des Kunden zur Folge hat. Unklar bleibt aber, warum dem Kunden nur im Falle des § 28 Abs. 1 Z 6 lit. a ein außerordentliches Kündigungsrecht zugestanden wird.

²⁷⁹ Siehe etwa Z 2 ABB.

²⁸⁰ Vgl *Kathrein* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 2. Auflage (2007), § 6 KSchG Rz 7.

²⁸¹ Vgl nur *Iro* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht, Band I (2007), Rz 1/50.

Als dritten Punkt ist an dieser Stelle erwähnenswert, dass nach Abs. 2 erster Satz nun nur mehr Änderungen der Wechselkurse und der Zinssätze aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und den Vorgaben entsprechenden Entgeltänderungsklausel einseitig vorgenommen werden können. In den übrigen Fällen einer Änderung der vereinbarten Entgelte muss die im Abs. 1 vorgesehene Vorgangsweise erfüllt werden, also insbesondere die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des jeweiligen Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden.

In der österreichischen Praxis wird dies deswegen bedeutende Auswirkungen haben, da hierzulande in aller Regel sämtliche Entgelte im Zusammenhang mit dem Girokonto vertraglich an den Verbraucherpreisindex (VPI) gebunden sind und sie sich daher im Normalfall jährlich automatisch erhöhen²⁸². In den Materialien zu § 29 Abs. 2 findet sich, allerdings ohne nähere Begründung, der Hinweis, dass diese Praxis auch weiterhin zulässig bleiben sollte, sofern die Vorgaben des § 6 Abs. 1 Z 5 KSchG eingehalten würden²⁸³.

Dem muss entgegengehalten werden, dass diese subjektive Sicht des Gesetzgebers im klaren Gesetzeswortlaut in keinsten Weise Niederschlag findet und vor allem auch im krassen Widerspruch zu den Vorgaben des Art. 44 steht. Aus der Zusammenschau von ausdrücklichem Wortlaut und dem Regelungszusammenhang des Gesetzes und der RL ergibt sich jeweils eindeutig, dass die in Abs. 2 erster Satz und Art. 44 Abs. 2 erster Satz aufgezählten Fälle Ausnahmen vom in den angeführten Bestimmungen geregelten Grundsatz sind²⁸⁴.

Rechtspolitisch mag diese Absicht des österreichischen Gesetzgebers in diesem Punkt durchaus nachvollziehbar sein, nüchtern betrachtet steht sie jedoch im Widerspruch zu Art. 44, was sich auch anhand der Umsetzung der PSD in Deutschland verdeutlicht²⁸⁵.

²⁸² ZB Kontoführungsgebühr, Bankomatkartengebühr, Buchungsgebühr.

²⁸³ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 29.

²⁸⁴ Änderungen der Zinssätze und Wechselkurse.

²⁸⁵ Vgl § 675g Abs. 3 BGB.

Nicht unerwähnt bleiben darf, dass § 29 in zwei Punkten aus Sicht des Konsumenten auch zu einer Verschlechterung der Rechtslage führt. Aus Art. 44 Abs. 2, der keine entsprechende Einschränkung verfügt, und aus Abs. 3 zweiter Satz, welcher nur § 6 Abs. 1 Z 5 KSchG für weiterhin anwendbar erklärt, folgt, dass Änderungen der Zinssätze und Wechselkurse gegebenenfalls auch innerhalb der ersten zwei Monate nach Vertragsschließung zulässig sind. § 6 Abs. 2 Z 4 KSchG kommt hier daher nicht mehr zum Zug²⁸⁶.

Eine weitere Verschlechterung im Bereich des Verbraucherschutzes besteht darin, dass es Abs. 2 erlaubt, den Zahlungsdienstnutzer allenfalls auch erst nach der Änderung der Zinssätze und Wechselkurse zu benachrichtigen oder, sofern dies im Rahmenvertrag vereinbart ist, den Zahlungsdienstnutzer überhaupt nur periodisch zu informieren. § 34 Abs. 3 BWG ordnete, wie bereits angeschnitten, bislang an, dass derartige Änderungen dem Konsumenten bereits vor deren In-Kraft-Treten bekannt zu geben seien.

8.2.5 § 30 Ordentliche Kündigung des Rahmenvertrags

Erklärtes Ziel der Zahlungsdienste-RL ist unter anderem die Förderung des Wettbewerbs und des Kundenschutzes, was Art. 45 deutlich werden lässt. Durch diese Bestimmung wird dem Kunden ein rascher und kostenloser Wechsel zu einem anderen Zahlungsdienstleister ermöglicht²⁸⁷. In § 30 wird diese zentrale Vorgabe der RL umgesetzt und die Rechtsposition des Zahlungsdienstnutzers in drei wesentlichen Punkten verbessert.

Erstens, dies ergibt sich aus der Zusammenschau der Abs. 1 und 2, können sowohl auf bestimmte wie auch auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Rahmenverträge jederzeit kostenlos und ohne Einhaltung von Fristen gekündigt werden. Dieser Grundsatz wird auch nur von zwei Ausnahmen eingeschränkt.

²⁸⁶ Vgl dazu *Dittrich/Tades*, ABGB, 20. Auflage (2002), Seite 664.

²⁸⁷ Vgl auch EG 29.

Im Rahmenvertrag kann zum einen eine Kündigungsfrist von maximal einem Monat vereinbart werden und zum anderen, sofern dies vertraglich vereinbart ist, besteht für den Zahlungsdienstleister die Möglichkeit, im Falle der Kündigung eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrags innerhalb der ersten zwölf Monate eine angemessene und an seinen Kosten ausgerichtete Kündigungsentschädigung zu verlangen (Abs. 2 letzter Satz).

Gegenüber Art. 45 besteht durch die Umsetzung in § 30 insofern eine geringe Abweichung, als es nach der PSD auch zulässig wäre, im Falle einer Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrags innerhalb der ersten zwölf Monate eine angemessene Kündigungsentschädigung zu vereinbaren. Österreich hat, wie auch Deutschland²⁸⁸, von diesem in Art. 45 Abs. 6 normierten Wahlrecht Gebrauch gemacht und für den Zahlungsdienstnutzer günstigere Regelungen erlassen.

Damit wurde verhindert, dass es zu punktuellen Verschlechterungen für den Kunden gegenüber der bisherigen Rechtslage kommt, weil der Kunde einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrag bei Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfristen auch innerhalb der ersten zwölf Monate durch ordentliche Kündigung beenden kann, ohne dem Zahlungsdienstleister schadenersatzpflichtig zu werden²⁸⁹.

Eine weitere Verbesserung des Kundenschutzes besteht darin, dass der Zahlungsdienstleister bei der Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrags eine zweimonatige Kündigungsfrist einhalten muss. Der Kunde wird hinsichtlich der ordentlichen Kündigung dadurch besser gestellt als der Zahlungsdienstleister, als letzterer einen auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrag überhaupt nicht ordentlich kündigen kann.

Weiters muss der Zahlungsdienstleister bei der ordentlichen Kündigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Rahmenvertrags eine doppelt so lange Kündigungsfrist einhalten als diejenige, die mit dem Kunden für dessen Kündigung zulässig vereinbart werden kann.

²⁸⁸ Vgl § 675 BGB.

²⁸⁹ Siehe hierzu auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, 13. Auflage (2007), Seite 214.

Der Abs. 4 sieht zudem vor, dass dem Kunden alle periodisch anfallenden Entgelte im Falle einer Kündigung lediglich anteilmäßig verrechnet werden dürfen. Entgelte, die bereits im Vorhinein geleistet wurden, sind dem Kunden anteilmäßig zu erstatten. Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist groß. In Österreich ist es etwa bei Kredit- oder Bankomatkarten gängige Praxis, dass der Kunde die Kartengebühren jährlich im Voraus zu leisten hat, es jedoch bei der Kündigung des jeweiligen Kartenvertrags während des nachfolgenden Jahres grundsätzlich nicht zu einer anteiligen Rückerstattung der Gebühr kommt.

Darüber hinaus werden die Kontoführungsgebühren oder andere zeitabhängige Entgelte im Falle einer Kündigung des Kontos in aller Regel nicht zeitanteilig abgerechnet, was natürlich die Frage der Zulässigkeit dieser Praxis aufwirft.

Der OGH kommt in seiner Rsp in vergleichbaren Fällen zu dem Schluss, dass diese Praxis schon bislang nicht zulässig sei. So hat das Höchstgericht in einer bemerkenswerten Entscheidung eine Klausel in einem Leasingvertrag wegen eines Verstoßes gegen § 879 Abs. 3 ABGB aufgehoben, in der der Leasingnehmer verpflichtet wurde, im Falle einer vorzeitigen Vertragskündigung für jedes angefangene Kalendermonat die monatliche Leasingrate in voller Höhe zu bezahlen²⁹⁰.

Abs. 4 führt somit zu einer notwendigen Klarstellung der Rechtslage. Nach stRsp des OGH unterliegen Klauseln, die Preisnebenabreden darstellen und zu einer solchen Benachteiligung des Kunden führen, der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs. 3 ABGB²⁹¹. Es besteht somit nach den Maßstäben des Höchstgerichts keine ausreichende sachliche Rechtfertigung dafür, dass dem Zahlungsdienstnutzer im Falle einer ordentlichen Kündigung eine zeitanteilige Abrechnung der periodischen Entgelte verweigert wird.

²⁹⁰ So OGH 3 Ob 12/09z; vgl auch *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 2. Auflage (2007), § 879 Rz 22ff.

²⁹¹ Vgl OGH 6 Ob 253/07k; 7 Ob 116/05y; 4 Ob 112/04f.

8.2.6 § 31 Einzelne Zahlungsvorgänge innerhalb eines Rahmenvertrags

In Umsetzung der Art. 46, 47 und 48 werden in § 31 die Informationspflichten bei einzelnen Zahlungsvorgängen innerhalb eines Rahmenvertrags geregelt. Erteilt ein Zahlungsdienstleister auf Basis eines Rahmenvertrags einen Zahlungsauftrag, so kann dieser verlangen, dass ihm bereits im Voraus die maximale Ausführungsfrist für diesen Zahlungsvorgang (vgl § 42), die ihm in Rechnung gestellten Entgelte sowie gegebenenfalls deren Aufschlüsselung vom Zahlungsdienstleister mitgeteilt werden (Abs. 1).

Ein Zahlungsvorgang wird in § 3 Z 5 als eine vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, als Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger, verstanden.

Nach der Belastung des Kontos des Zahlers mit dem Betrag eines einzelnen Zahlungsvorgangs oder nach Eingang des Zahlungsauftrags, falls der Zahler kein Zahlungskonto verwendet, hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers gemäß Abs. 2 und 3 diesem unverzüglich nach Ausführung des Zahlungsvorgangs die folgenden Angaben in der in § 26 Abs. 1 Z 1 vorgesehen Weise mitzuteilen²⁹²:

- Die Referenz, die ihm die Identifizierung des Zahlungsvorgangs ermöglicht sowie gegebenenfalls Angaben zum Zahlungsempfänger;
- der Betrag, der Gegenstand des Zahlungsvorgangs ist, ausgewiesen in der Währung, in welcher die Abbuchung erfolgte oder die im Zahlungsauftrag verwendet wurde. Ein Zahlungsauftrag ist als jener Auftrag anzusehen, den ein Zahler oder ein Zahlungsempfänger seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs erteilt (§ 3 Z 15);
- gegebenenfalls der Betrag und die Aufschlüsselung der für den Zahlungsvorgang zu entrichtenden Entgelte oder Zinsen;

²⁹² Im Fall eines Rahmenvertrags gemäß § 28 in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger.

- gegebenenfalls der vom Zahlungsdienstleister des Zahlers angewandten Wechselkurs und der Betrag, der nach dieser Währungsumrechnung Gegenstand des Zahlungsvorgangs ist;
- das Wertstellungsdatum der Belastung oder, falls kein Zahlungskonto verwendet wird, das Datum des Eingangs des Zahlungsauftrags.

Der Zahlungsdienstleister ist nach Abs. 4 nur jenem Zahlungsdienstnehmer informationspflichtig, mit dem ein aufrechtes Vertragsverhältnis besteht. Der europäische Gesetzgeber hat hier konkret jenen Fall im Auge, wo ein Zahlungsdienstnehmer Bargeld beim GAA eines fremden Zahlungsdienstleisters abhebt. Hier trifft die Informationspflicht jenen ZDL, zu dem der ZDN in einer Vertragsbeziehung (Konto) steht und nicht das GAA aufstellende Institut²⁹³.

Der Zahlungsdienstleister kann seiner Informationspflicht laut den Gesetzesmaterialien auch durch eine unverzügliche Bereitstellung über den Kontoauszug oder beispielsweise auch durch Abrufbarkeit im Internet nachkommen²⁹⁴.

Der Abs. 5 trägt schließlich dem Umstand Rechnung, dass bestimmte Personen nicht mobil und deswegen nicht in der Lage sind, einen Kontoauszugsdrucker aufzusuchen. Der Zahlungsdienstnutzer soll deshalb vom Zahlungsdienstleister gegen angemessenen Kostenersatz eine monatliche Übermittlung der Informationen gemäß Abs. 2 und 3 verlangen können. Hierfür darf der Zahlungsdienstleister kein Entgelt verlangen, sondern lediglich einen Aufwandsersatz, wie etwa für Portospesen, verrechnen.

Informationspflichten

Die Unterlassung der den Zahlungsdienstleister im Zusammenhang mit der Ausführung einer Einzelzahlung innerhalb eines Rahmenvertrags treffenden diversen Informationspflichten ist zum einen mit Verwaltungsstrafe zu sanktionieren (vgl § 67). Zum anderen können der Zahler sowie auch der Zahlungsempfänger gegen ihren jeweiligen Zahlungsdienstleister Schadenersatz-

²⁹³ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 31.

²⁹⁴ Siehe EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 31.

ansprüche ex contractu geltend machen, sofern die Information nicht vollständig oder nicht korrekt erfolgt und dadurch ein Schaden entstanden ist. Gegenüber Verbrauchern sind diese Informationspflichten zwingend und stellen daher ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB dar²⁹⁵.

Einer vertraglich abweichenden Gestaltung bei Nicht-Konsumenten sind allerdings insofern bereits enge Grenzen gesetzt, da der OGH schon zur bisherigen Rechtslage, vor dem In-Kraft-Treten des ZaDiG, judizierte, dass dem Kunden einen Rechtsanspruch auf die richtige Wiedergabe des Kontostands im Banktagesauszug zukomme²⁹⁶.

Was die Rechtsqualität der Einzelzahlung innerhalb eines Rahmenvertrags betrifft, so wird klarerweise bei Abschluss eines Rahmenvertrags ein Vertragsverhältnis, wie etwa beispielsweise über die Führung eines Girokontos, vorliegen. Demgegenüber ist die Beurteilung des einzelnen Zahlungsauftrags innerhalb eines Rahmenvertrags viel differenzierter zu betrachten.

Der Überweisungsauftrag

Nach stRsp des OGH sei ein an eine Bank erteilter Überweisungsauftrag als Sonderfall der bürgerlich-rechtlichen Anweisung anzusehen²⁹⁷. Die konkrete Verpflichtung des Kreditinstituts folge aus dem Girovertrag als Rahmenvertrag und werde dann durch den Überweisungsauftrag konkretisiert²⁹⁸. Der Überweisungsauftrag sei nicht als Auftrag im technischen Sinn zu betrachten, sondern vielmehr eine einseitige, nicht zustimmungsbedürftige Weisung des Kunden an die Bank im Rahmen des Girovertrags. Mit der hL wird die Weisung des Zahlers als Willenserklärung zu qualifizieren sein²⁹⁹.

²⁹⁵ Zutr *Leixner*, ZaDiG (2009), § 31 Rz 9; vgl dazu auch *Harrer* in Schwimann, ABGB, Band VI, 3. Auflage (2006), § 1311 Rz 12ff.

²⁹⁶ So OGH 2 Ob 193/03t.

²⁹⁷ Vgl OGH 2 Ob 196/03t, 6 Ob 204/02x.

²⁹⁸ So OGH 2 Ob 107/08m mit Verweis auf 2 Ob 196/03t.

²⁹⁹ Siehe *Koziol* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/30.

Konsequenzen aus dieser Qualifikation als Anweisung ergeben sich in Bezug auf die Wirksamkeit der Überweisung bei mangelnder Geschäftsfähigkeit. Die hA geht unter Berufung auf § 1421 ABGB davon aus, dass die Tilgung einer bestehenden und fälligen Schuld auch bei fehlender Geschäftsfähigkeit gültig sein solle³⁰⁰.

Die Überweisung auf ein Bankkonto selbst sei, dogmatisch gesehen, nach Auffassung des OGH eine Leistung an Zahlungs statt, die des stillschweigenden Einverständnisses des Gläubigers bedürfe (Zusendung eines Zahlscheins, Bekanntgabe von Konten)³⁰¹. Eine Überweisungsbestätigung sei hingegen nur die Ankündigung einer in Aussicht genommenen Überweisung. Ein unmittelbarer Anspruch gegen die Bank bestehe erst dann, wenn ein unwiderruflicher Überweisungsauftrag erteilt und darüber eine Überweisungsbestätigung ausgestellt wurde³⁰².

Das Lastschriftverfahren

In der österreichischen Praxis werden zwei Varianten des Lastschriftverfahrens unterschieden. Beim Abbuchungsverfahren wird dem Zahlungsdienstleister seitens des Zahlers ein Abbuchungsauftrag erteilt. Dadurch wird der Zahlungsdienstleister ermächtigt, über Aufforderung des Zahlungsempfängers das Konto des Zahlers zu belasten. Diese Ermächtigung des Zahlers wird von der hL wiederum als Anweisung im Rahmen des Girovertrags angesehen³⁰³.

Ein Zahlungsempfänger ist nach der Begriffsdefinition des § 3 Z 8 eine Person, die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll.

³⁰⁰ Vgl. *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1421 Rz 1; *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB, Band VI, 3. Auflage (2006), § 1421 Rz 1.

³⁰¹ Siehe OGH 9 Ob 90/08p; so auch *Binder* in *Schwimann*, ABGB, Band IV, 3. Auflage (2005), § 905 Rz 28; *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 905 Rz 6.

³⁰² Vgl. OGH 3 Ob 166/08w.

³⁰³ Siehe *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/127.

Bei der zweiten Variante, dem Einzugsermächtigungsverfahren, liegt dem Zahlungsdienstleister keine Ermächtigung des Zahlers vor. Dieser erteilt hier lediglich dem Zahlungsempfänger die jederzeit auch widerrufbare Ermächtigung, fällige Forderungen durch den Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers einzuziehen. Doch auch bei dieser Form des Lastschriftverkehrs nimmt die hL zwei konkludente Ermächtigungen an und geht im Hinblick auf die Beziehung zwischen Zahler und seinem Zahlungsdienstleister vom Vorliegen einer Anweisung aus³⁰⁴.

Kartenunterstützte Zahlungen und Zahlungen mit elektronischem Geld

Auch im Falle der Zahlung mittels Kreditkarte und der Zahlung mit elektronischem Geld nimmt die hA die rechtliche Qualifikation als Anweisung vor³⁰⁵. Bei der Kreditkartenzahlung weist der Karteninhaber (Zahler) den Karten ausgebenden Zahlungsdienstleister an, und bei der Zahlung mit elektronischem Geld wird dies durch die Bestätigung des Zahlungsauftrags unwiderruflich bewirkt³⁰⁶.

8.2.7 § 32 Einzelzahlungen außerhalb eines Rahmenvertrags

Bei Einzelzahlungen außerhalb eines Rahmenvertrags herrschen nur eingeschränkte Informationspflichten (Abs. 1). Darunter fallen etwa Barüberweisungen sowie Abhebungen von einem unabhängigen GAA. Vorvertragliche, allgemeine und transaktionsbezogene Informationspflichten fallen hier zusammen. Die Form der Bereitstellung dieser Informationen ist daher auch wesentlich flexibler. Die relevanten Informationen sind dem Zahlungsdienstnehmer leicht zugänglich zur Verfügung zu stellen³⁰⁷.

Inwieweit eine Information gemäß § 28 relevant ist, bestimmt sich nach dem konkret angebotenen Zahlungsdienst.

³⁰⁴ Vgl. *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/128ff.

³⁰⁵ So schon *Bichler*, ÖBA 1986, 594ff; zum strafrechtlichen Schutz von Zahlungskarten vgl. *Bichler/Bödenauer*, ÖBA 1996, 681ff.

³⁰⁶ Vgl. *Koziol*, aaO, Rz 2/21ff.

³⁰⁷ ZB durch Aushang der Vertragsbedingungen im Schalterraum.

Dem Konsumenten sind jedoch auf Verlangen diese Informationen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Für die Praxis bedeutet dies, dass der Zahlungsdienstleister für Einmalzahlungen ein Exemplar mit den erforderlichen Informationen bereithalten sollte, um dieses dem Kunden auf Anfrage auch jederzeit aushändigen zu können³⁰⁸.

Bezüglich der Rechtsqualität der Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrags, so wird man bei Beurteilung der Rechtsqualität des Überweisungsauftrags außerhalb eines Rahmenvertrags unter Heranziehung der Ausführungen der hL zur Rechtsqualität des Überweisungsauftrags innerhalb eines Rahmenvertrags auch hier zu keinem anderen Ergebnis als der Einordnung als Anweisung gelangen³⁰⁹. Nicht zuletzt spielen zudem auch verbraucher-schutzrechtliche Überlegungen eine wesentliche Rolle, um eine grundsätzliche Kontrahierungspflicht anzunehmen. Der Gesetzgeber hat diese Frage offen gelassen.

Die Bestimmungen über den Eingangszeitpunkt und jene bezüglich der Ablehnung von Zahlungsaufträgen legen jedoch die Rechtsfigur der Anweisung auch für die Einzelzahlung außerhalb des Rahmenvertrags nahe³¹⁰.

8.2.8 § 33 Sonderbestimmungen für Kleinbetragsrechnungen und elektronisches Geld

Erleichterte Informationspflichten bestehen darüber hinaus auch für Kleinbetragszahlungen und E-Geld³¹¹. Diese Instrumente sollen bei Waren und Dienstleistungen im Niedrigpreissegment eine benutzerfreundliche und kostengünstige Alternative darstellen und nicht durch übermäßig hohe Anforderungen überfrachtet werden³¹².

³⁰⁸ Vgl *Gapp/Lanschützer*, ZFR 2009, 176.

³⁰⁹ Vgl *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/67.

³¹⁰ Vgl *Leixner*, ZaDiG (2009), § 32 Rz 1.

³¹¹ Das in Österreich am häufigsten genutzte E-Geld-Produkt ist Quick (zu den genauen Zahlen vgl http://www.quick.at/web/content/de/Home/Ueber_Quick/Quick_in_Zahlen/index.html).

³¹² Vgl EG 30.

Die Sonderbestimmungen finden im Falle von Zahlungsinstrumenten Anwendung, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis max. 30 Euro betreffen oder entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro haben oder Geldinstrumente speichern³¹³, die zu keiner Zeit 150 Euro überschreiten.

Die betreffenden Informationspflichten und Ausführungsvorschriften werden hier auf die wirklich unbedingt nötigen Informationen beschränkt, und es finden weiters auch die technischen Möglichkeiten dieser Instrumente Berücksichtigung.

8.3 2. Abschnitt: Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen

In diesem Abschnitt werden jene Bestimmungen behandelt, die festlegen, welche einzelnen Schritte von der Auftragserteilung bis zur Gutschrift einzuhalten sind. Der Regelungsinhalt umfasst die Überweisungsdauer ebenso wie die Wertstellungsfrist.

8.3.1 § 34 Zustimmung und Widerruf der Zustimmung

§ 34 ordnet an, unter welchen Bedingungen ein Zahlungsvorgang als autorisiert, als vom Zahler genehmigt, gilt. Grundsätzlich bedarf es dieser Genehmigung des Zahlers zur Durchführung eines jeden Zahlungsauftrags. Ein Zahlungsvorgang ist nach Abs. 1 nur dann autorisiert, wenn der Zahler in der im Rahmenvertrag vereinbarten Form zugestimmt hat.

Die Zustimmung kann bis zum Eintritt der Unwiderruflichkeit gemäß § 40 jederzeit vom Zahler widerrufen werden. Grundsätzlich ist ein Widerruf bis zum Eingang des Zahlungsauftrags beim Zahlungsdienstleister des Zahlers möglich.

³¹³ Zahlungsinstrumente auf Guthabenbasis.

Im Lastschriftverfahren und bei Kartenzahlungen ist zudem auch der Zahlungsempfänger zum Widerruf berechtigt³¹⁴.

Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung

Die rechtswirksame Zustimmung setzt neben den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Anforderungen an eine Willenserklärung³¹⁵ die Einhaltung der vereinbarten Form und des vereinbarten Verfahrens vor der Ausführung des Zahlungsvorgangs sowie bei ausdrücklicher Vereinbarung auch nach dessen Ausführung voraus. Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so gilt der Zahlungsvorgang als nicht autorisiert.

Rechtswirkungen bei fehlender Zustimmung

Wurde ein Zahlungsauftrag gefälscht oder verfälscht, ein falscher Kundenidentifikator eingegeben oder liegt ein wirksamer Widerruf der Zustimmung vor, so fehlt die Autorisierung, was die Rechtsunwirksamkeit des Zahlungsauftrags und in Folge dessen auch die des Zahlungsvorgangs bewirkt. Gemäß § 44 hat der Zahler den Schaden einer nicht autorisierten Belastung nur dann zu tragen, wenn ihn ein Verschulden trifft. Ansonsten ist der aus einem unwirksamen Zahlungsauftrag entstandene Schaden grundsätzlich vom ZDL des Zahlers zu tragen³¹⁶.

Bestreitet der Zahlungsdienstnutzer die Autorisierung oder macht dieser die nicht ordnungsgemäße Ausführung geltend, so hat dessen Zahlungsdienstleister gemäß Abs. 3 den Beweis dafür zu erbringen, dass

- der Zahlungsvorgang authentifiziert war,
- ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und
- nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Störung beeinträchtigt wurde.

³¹⁴ Vgl dazu auch die Ausführungen zu § 40 auf Seite 124ff.

³¹⁵ Hierzu *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I (2007), Seite 143ff.

³¹⁶ Vgl dazu im Detail die Ausführungen zu § 44 auf Seite 131ff.

Unter Authentifizierung iSd § 3 Z 17 versteht man das Verfahren, mit dessen Hilfe der ZDL die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments, einschließlich seiner personalisierten Sicherheitsmerkmale überprüfen kann.

Dieses Verfahren dient zur Feststellung, ob der Zahlungsauftrag vom Zahler auch tatsächlich autorisiert wurde. Dies kann mittels Überprüfung der Unterschrift oder auch durch Einsichtnahme in einen amtlichen Lichtbildausweis erfolgen³¹⁷. Beim Online-Banking ist die Verwendung von PIN³¹⁸ und TAN³¹⁹ das am weitesten verbreitete Authentifizierungssystem³²⁰.

Nimmt man die Gesetzesmaterialien zum deutschen Umsetzungsentwurf von Art. 59 her, so soll allein die Aufzeichnung des Einsatzes eines Instruments zur Zahlungsauthentifizierung³²¹ noch nicht ausreichen, um einen Ersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters zu begründen. Der Zahlungsdienstleister solle die Möglichkeit haben, das Vorliegen eines Diebstahls oder eine missbräuchliche Verwendung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments glaubhaft darzulegen³²².

Dementsprechend ist § 34 Abs. 3 auch so zu verstehen, dass die Verwendung eines Zahlungsinstruments (zB einer Bankomatkarte durch Eingabe des PIN-Codes) ein widerlegbarer Anscheinsbeweis für die Verwendung durch den Berechtigten ist³²³.

Auch der OGH geht in seiner Jud davon aus, dass die Verwendung des PIN-Codes ein ganz wichtiges Indiz dafür sei, dass der Karteninhaber die Karte selbst verwendete oder jedenfalls den Missbrauch schuldhaft ermöglicht habe. Dieser Anscheinbeweis könne durch den Karteninhaber dadurch erschüttert werden, dass er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehnisablaufes beweise³²⁴.

³¹⁷ EK, Q&A on PSD Nr. 84.

³¹⁸ Personal Identification Number.

³¹⁹ Transaction Number.

³²⁰ Vgl hiezu auch OGH 2 Ob 107/08m.

³²¹ ZB Kreditkarte, Zahlungskarte.

³²² Vgl dazu die Erläuternden Bemerkungen zu § 675w BGB.

³²³ Siehe *Gapp/Lanschützer*, ZFR 2009, 176; aA *Hohensinn*, *ecolex* 2008, 190.

³²⁴ So OGH 2 Ob 133/99v; siehe auch *Taupitz*, ÖBA 1997, 765ff.

8.3.2 § 35 Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters

Abgleichungspflicht

In Österreich ist bei allen Überweisungen sowohl die Kontonummer als auch der Name des Empfängers (Kontowortlaut des Begünstigten) durch den Kunden anzugeben. Es besteht dabei kein Vorrang der Kontonummer. Nach stRsp des OGH³²⁵ sei das Kreditinstitut verpflichtet, die Übereinstimmung von Kontonummer und der Bezeichnung des Empfängers (Kontowortlaut) zu überprüfen, um Fehlüberweisungen in jenen Fällen zu vermeiden, in denen sich der Kunde bei Angabe der Kontonummer vertippt oder verschreibt³²⁶. Genau gesagt trifft diese Abgleichungspflicht als letztes Glied der Überweisungskette die Bank des Empfängers.

Wird diese Sorgfaltspflicht durch die buchende Empfängerbank verletzt, wird diese dem Überweisenden schadenersatzpflichtig, da die Vertragsverhältnisse zwischen den an der Ausführung des Überweisungsauftrags beteiligten Kreditinstitute nach hM als Verträge mit Schutzwirkung sowohl zu Gunsten des Überweisenden als auch zu Gunsten des Empfängers anzusehen seien³²⁷. Eine Vertragsklausel, die diese Abgleichungspflicht oder die Haftung des Kreditinstituts für eine solche Verletzung dieser Sorgfaltspflicht beseitigt oder einschränkt, ist als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs. 3 ABGB zu werten³²⁸.

Diese Jud des OGH zur Abgleichungspflicht steht allerdings im Widerspruch zu Art. 74. In dieser Bestimmung wird der Zahlungsdienstleister ermächtigt, den Kundenauftrag ausschließlich anhand des sog. Kundenidentifikators durchzuführen und alle sonstigen anderen Angaben des Auftraggebers nicht zu beachten.

Gemäß § 3 Z 19 ist ein Kundenidentifikator eine Kombination aus Buchstaben, Zahlen oder Symbolen, die dem Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungs-

³²⁵ Zuletzt 4 Ob 179/02f.

³²⁶ Vgl die sog. Abgleichungspflicht gemäß § 35 Abs. 4 und 5.

³²⁷ Stellvertretend für viele *Karollus/Riedler*, JBI 2000, 345ff; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/20 mit umfangreichen Nachweisen.

³²⁸ So OGH 4 Ob 179/02f; vgl auch 9 Ob 15/05d; 6 Ob 241/07w.

dienstleister mitgeteilt wird und die der Zahlungsdienstnutzer angeben muss, damit der andere am Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstnutzer oder dessen Zahlungskonto zweifelsfrei ermittelt werden kann.

Sollte dieser Kundenidentifikator falsch sein, dann haftet der Zahlungsdienstleister nicht. Diese Richtlinienvorgabe, den Banken die relevanten Kundenidentifikatoren einseitig festlegen zu lassen, ist jedoch in vielerlei Hinsicht problematisch. Der Name würde gewiss eine wesentlich sicherere Identifizierung des Empfängers ermöglichen als ein bloßer Kundenidentifikator³²⁹.

Die europäische Kreditwirtschaft legt stattdessen die Internationale Bankkontonummer (IBAN³³⁰) zusammen mit der Internationalen Bankleitzahl als maßgebliche Kundenidentifikatoren fest.

Zu bedenken gilt es, dass allein die IBAN bis zu 31 Ziffern und Buchstaben aufweisen kann³³¹. In Österreich sind es zwar im Normalfall „nur“ 20, trotzdem haftet diesem System eine hohe Fehleranfälligkeit an, da auch Menschen, die schlechter sehen, an einer motorischen Schwäche oder auch unter Konzentrationsschwächen leiden, gezwungen werden, die IBAN fehlerfrei in den Überweisungsauftrag einzutragen³³².

Die Argumentation von Vertretern der Kreditwirtschaft, die schließlich in EG 48 ihren Niederschlag fand, wonach der Entfall der Verpflichtung notwendig sei, um kurze Ausführungsfristen zu ermöglichen und aufwendig manuelle Eingriffe zu vermeiden, vermag nicht gänzlich zu überzeugen³³³. Es bleibt unklar, weshalb die Prüfung der Übereinstimmung von Name und Kontonummer nicht auch elektronisch ohne größeren Zeit- und Kostenaufwand möglich sein sollte³³⁴. Der höchstgerichtlichen Jud folgend, können darüber hinaus bloße Zweckmäßig-

³²⁹ So auch *Wolters*, VuR 2009, 16ff; *Pauli*, NJW 2008, 2229ff; *Escher-Weingart*, WM 2008, 1451ff.

³³⁰ International Bank Account Number.

³³¹ Die genaue Anzahl divergiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.

³³² Vgl auch *Haghofer*, *ecolex* 2009, 750f.

³³³ In diesem Sinne aber *Koch*, ÖBA 2009, 887.

³³⁴ Vgl dazu *Apathy*, ÖBA, 1999, 679ff.

keitserwägungen niemals Rechtfertigungen dafür sein, Rechtspflichten auszuschließen³³⁵.

Um das Verbraucherschutzniveau trotz des missglückten Art. 74 so gut wie möglich weiter aufrecht zu erhalten, hat der österreichische Gesetzgeber die in EG 48 angeführten Sorgfaltspflichten in § 35 Abs. 4 Z 2 und 3 ZaDiG wörtlich implementiert. Durch die sinngemäße Übernahme des letzten Satzes des EG 48 im ersten Halbsatz des § 35 Abs. 5 wird indirekt angeordnet, dass der Zahlungsdienstleister dem Überweisenden weiterhin schadenersatzpflichtig wird, so er seine in § 35 Abs. 4 Z 2 und 3 normierten Sorgfaltspflichten verletzt³³⁶.

Für die Zukunft wäre es jedoch praktikabler, den Kundenschutz bei SEPA-Überweisungen weniger über Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters sicherzustellen, sondern vielmehr durch Erarbeitung sachgerechter Kundenidentifikatoren, mit denen ein geringeres Fehlerrisiko einhergeht³³⁷.

Im Ergebnis kommt man zu dem Schluss, dass diese kompromissbehaftete Umsetzung des Art. 74 ein wenig misslungen ist, da die Bestimmungen in § 35 Abs. 4 und 5 unklar formuliert sind³³⁸.

Demgegenüber hat der deutsche Gesetzgeber in § 675r BGB eine viel eindeutiger Regelung implementiert, die wie folgt lautet³³⁹:

„§ 675r. Ausführung eines Zahlungsvorgangs anhand von Kundenkennungen.

(1) Die beteiligten Zahlungsdienstleister sind berechtigt, einen Zahlungsvorgang ausschließlich anhand der von dem Zahlungsdienstnutzer angegebenen Kundenkennung auszuführen. Wird ein Zahlungsauftrag in Übereinstimmung mit dieser Kundenkennung ausgeführt, so gilt er im Hinblick auf den durch die Kundenkennung bezeichneten Zahlungsempfänger als ordnungsgemäß ausgeführt.

³³⁵ Zutr 4 Ob 179/02f.

³³⁶ Siehe auch *Haghofer*, *ecolex* 2009, 750f.

³³⁷ Vgl auch *Wolters*, *VuR* 2009, 16ff.

³³⁸ Kritisch auch *Koch*, *ÖBA* 2009, 887.

³³⁹ Vgl dazu auch *Scheibengruber/Breidenstein*, *WM* 2009, 1393ff.

(2) Eine Kundenkennung ist eine Abfolge aus Buchstaben, Zahlen oder Symbolen, die dem Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister mitgeteilt wird und die der Zahlungsdienstnutzer angeben muss, damit der andere am Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstnutzer oder dessen Zahlungskonto zweifelsfrei ermittelt werden kann.

(3) Ist eine vom Zahler angegebene Kundenkennung für den Zahlungsdienstleister des Zahlers erkennbar keinem Zahlungsempfänger oder keinem Zahlungskonto zuzuordnen, ist dieser verpflichtet, den Zahler unverzüglich hierüber zu unterrichten und ihm gegebenenfalls den Zahlungsbetrag wieder herauszugeben“.

8.3.3 § 36 Sorgfalts- und Anzeigepflichten des Zahlungsdienstnutzers

Durch Umsetzung von Art. 56 werden in dieser Bestimmung die Sorgfalts-pflichten des Zahlungsdienstnutzers hinsichtlich seines Kontos und Zahlungs-instruments sowie die sich aus dieser Sorgfaltspflicht ergebenden Konse- quenzen geregelt.

Die Regelungen verpflichten den Zahlungsdienstnutzer für die Ausgabe und Nutzung von Zahlungsinstrumenten von Zahlungsdienstleistern bestimmte Be- dingungen einzuhalten. Diese Verpflichtung umfasst nach Abs. 1 die korrekte Angabe des Kundenidentifikators sowie unmittelbar nach Erhalt eines Zah- lungsinstruments das Treffen aller zumutbaren Vorkehrungen, um personali- sierte Sicherheitsmerkmale und das Zahlungsinstrument selbst vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Nur wenn diese Vorgaben auch korrekt eingehalten werden, kommt es zu einer Haftung des Zahlungsdienstleisters.

Gemäß Abs. 2 hat der Zahlungsdienstleister weiters ab Kenntnis des Verlusts, Diebstahls, missbräuchlicher Verwendung oder sonstiger nicht autorisierter Nutzung des Zahlungsinstruments dies dem Zahlungsdienstleister unverzüglich anzuzeigen³⁴⁰. Es wird jedoch durch den Gesetzgeber keine Aussage darüber getroffen, wie weit sich diese Sorgfaltspflichten in Art und Umfang erstrecken.

³⁴⁰ Zum Missbrauchsrisiko des Karteninhabers bei Verlust der Karte vgl. *Fitz/Hacksteiner*, ÖBA 1992, 443ff.

Im Falle eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstnutzer nach Abs. 3 dem Zahlungsdienstleister zur Wahrung seiner Ansprüche unverzüglich diesen Umstand zur Erwirkung der Berichtigung mitzuteilen. Ein nicht autorisierter oder fehlerhafter Zahlungsvorgang liegt beispielsweise dann vor, wenn der Zahlungsvorgang nicht oder verspätet ausgeführt wurde, der Betrag nicht vollständig oder an einen falschen Empfänger überwiesen wurde.

Die angesprochene Unverzüglichkeit wird sich wohl an Zumutbarkeits-erwägungen zu orientieren haben³⁴¹. Diese Obliegenheit zur Rüge hat jedoch spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift zu erfolgen. Der Zahlungsdienstnutzer wird jedoch trotz dieser relativ langen Frist nicht berechtigt sein, diese rechtsmissbräuchlich auszureizen, sondern vielmehr verpflichtet sein, ab Feststellung einer tatsächlichen Fehlerhaftigkeit ohne schuldhaftes Zögern zu rügen³⁴².

Festzuhalten gilt es, dass den Kunden nach dem Wortlaut des Gesetzes³⁴³ keine Prüfpflicht trifft. Ab der seitens des Zahlungsdienstleisters nachzuweisenden Kenntnis des Mangels ist dieser anzuzeigen. Ob der Kunde den Mangel schon früher hätte zumutbar feststellen können, ist unerheblich.

Eine kürzere Frist kann gemäß Abs. 4 dann vereinbart werden, wenn es sich beim Zahlungsdienstnutzer um keinen Verbraucher handelt. Bei rechtzeitiger Rüge richten sich die Verjährungsfristen für die Geltendmachung unberührt bleibender Schadenersatz- oder sonstiger Ansprüche nach den allgemeinen Bestimmungen. Der Kunde kann somit bei Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen weiterhin Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche geltend machen. Die Verletzung der Rügeobliegenheit kann im Ergebnis nur zu einem Verlust jener Ansprüche führen, die ausschließlich aus den §§ 44 und 46 abgeleitet werden können³⁴⁴.

³⁴¹ So auch EK, Q&A on PSD Nr. 111.

³⁴² Vgl auch *Leixner*, ZaDiG (2009), § 36 Rz 6ff.

³⁴³ „... nach Feststellung ...“.

³⁴⁴ Siehe auch *Haghofer*, *ecolex* 2010, 130.

Damit der Sorgfaltsmaßstab des Abs. 2 etwas greifbarer wird, lohnt es sich die aktuelle höchstgerichtliche Rsp zu den Sorgfaltsanforderungen an den Kunden bei der Verwendung von Bankomatkarten und PIN-Codes genauer anzusehen³⁴⁵.

OGH-Judikatur zu Sorgfaltsanforderungen bei Verwendung von Bankomatkarten und PIN-Codes

Die bisherige Judikatur unterscheidet einerseits Fälle des Verlusts von Bankomatkarte und Code sowie andererseits Fälle, in denen eine Kopie der Bankomatkarte angefertigt und der eingegebene Code ausgespäht wird. In der Entscheidung 2 Ob 133/99v, welcher Präjudizcharakter zukommt, kommt der OGH zu dem Schluss, dass eine Haftung des Kunden für diese technischen Missbrauchsfälle nicht wirksam begründet werden könne. Vielmehr sei eine derart zustande kommende missbräuchliche Verwendung der Karte zwingend der Risikosphäre des Kreditinstituts zuzurechnen.

Der OGH nimmt zwar keine allgemeine Definition des Begriffs des technischen Missbrauchs vor, jedoch geht aus seinen Ausführungen klar hervor, dass darunter Konstellationen zu subsumieren seien, in denen primär die Eigenschaften der Technik und nicht die Handlungen des Kunden den Missbrauch ermöglichen. Die Eingabe des Codes am Geldausgabeautomaten zählt ebenso zu dieser technischen Facette des Bankomatsystems, da ein Dritter den Code selbst dann ausspähen kann, wenn der Kunde die verkehrsübliche Sorgfalt an den Tag legt. In diesem Fall verwirklicht sich ein Risiko, welches sich direkt aus den technischen Möglichkeiten des Bankomatsystems herleitet und somit auch unter den Begriff des technischen Missbrauchs fällt³⁴⁶.

³⁴⁵ Vgl dazu die Entscheidungen OGH 2 Ob 133/99v, 4 Ob 179/02f, 3 Ob 246/06a.

³⁴⁶ Richtig *Graf*, ÖBA 2007, 534.

Der Ansicht des OGH, dass eine verträgliche Überwälzung des Risikos eines technischen Missbrauchs in die Sphäre der Bank falle, daher auch von dieser auch getragen werden und die vertragliche Überwälzung dieses Risikos zu- lasten des Kunden somit als unzulässig angesehen werden müsse, kann nur vollinhaltlich zugestimmt werden und deckt sich zudem auch mit der hA in Deutschland³⁴⁷. Es wäre grob unbillig, das Risiko eines technischen Miss- brauchs, welches dem Bankomatsystem als unvermeidlicher Bestandteil inne- wohnt, einem Bankomatkunden aufzuerlegen. Dieses Risiko wurde durch das Anbieten dieses für die Kreditinstitute aufgrund der Rationalisierungs- ersparnisse sehr lukrativen Produkts auch überhaupt erst geschaffen.

In punkto Schäden, welche das KI durch die Ausführung einer nur scheinbar, aber nicht tatsächlich vom Kunden stammenden Anweisung erleidet, hat der OGH in *4 Ob 179/02f* unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass solche Schäden nicht von § 1014 ABGB erfasst seien³⁴⁸. Die in den ABB 2000 ent- haltene Klausel, wonach der Kunde die Nachteile eines nicht von ihm stam- menden Auftrags in Form von Aufwands- und Schadenersatzansprüche zu tragen habe, wenn das Kreditinstitut davon ausgehen durfte, dass dieser doch vom Kunden stamme, sei nach höchstgerichtlicher Auffassung mit § 879 Abs. 3 ABGB nicht vereinbar³⁴⁹.

Große mediale Beachtung fand darüber hinaus ein Urteil des OGH vom 22. Februar 2007, in welchem sich dieser erstmalig hinsichtlich des Umfangs der Sorgfaltspflichten von Kunden bezüglich der Verwahrung von Karten und der Geheimhaltung von PIN-Codes geäußert hat.

³⁴⁷ Vgl *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage (2004), Rz 4818.

³⁴⁸ Vgl auch *Hofmann*, ÖBA 2002, 371ff; *Apathy* in Schwimann, ABGB, Band IV, 3. Auflage (2006), § 1014 Rz 9ff; aA *Iro/Kozioł*, ÖBA 2003, 129.

³⁴⁹ Vgl hierzu auch *Gerhartinger*, ÖBA 2008, 329, der zwar das Ergebnis des OGH als „durchaus sachgerecht“ würdigt, jedoch an der Tragfähigkeit der vorgebrachten Argumente zum Teil be- rechtigte Zweifel äußert; zur Gestaltung von ABB siehe auch *Grau*, RdW 2009, 826ff.

In 3 Ob 248/06a kam das Höchstgericht zu dem Schluss, dass die Sorgfaltspflichten des Bankkunden nicht überspannt werden dürften und daher von diesem nicht verlangt werden könne, „stets ohne konkreten Anlass besondere Aufmerksamkeit auf allfällige Ausspähveruche zu richten und etwa Tastenfelder des Bankomaten, die im Allgemeinen recht leicht einsehbar angebracht sind, mit der zweiten Hand oder durch besondere Körperhaltung (Verrenkung?) vor seitlicher Einsicht zu schützen³⁵⁰“. Zudem könne vom Kunden bezüglich dessen Sorgfaltspflichten auch nicht erwartet werden, „über die Verwahrung in einem abgeschlossenen Behältnis in körperlicher Nähe [. . .] hinaus ständig die ungeteilte/konzentrierte Aufmerksamkeit der Abwehr möglicher Diebstahlsgefahren zu widmen oder besondere Sicherheitsvorkehrungen zu treffen³⁵¹“.

Nach der sog. „*Rucksack-Entscheidung*“ ist somit maßgeblich, dass unter Heranziehung von Punkt 2.4.3. der Kundenrichtlinien für das Maestro- und Quickservice in der Fassung 11/2004 der Kunde nur dann für einen missbräuchlich abgehobenen Betrag haftet, falls diesem die Bezugskarte in einer ihm vorwerfbaren Weise verloren gegangen ist oder die Kenntnis des Codes durch einen Dritten aufgrund einer Sorgfaltswidrigkeit ermöglicht hat. In Fortsetzung der bisherigen Judikaturlinie³⁵² stellt der OGH in dieser Entscheidung zudem auch neuerlich unmissverständlich klar, dass das Aufbewahren der Bezugskarte in einem abgestellten Fahrzeug eine Sorgfaltsverletzung begründe.

³⁵⁰ OGH 3 Ob 248/06a, ÖBA 2007, 570.

³⁵¹ OGH 3 Ob 248/06a, ÖBA 2007, 571.

³⁵² Siehe OGH 3 Ob 544/94 und 6 Ob 2363/96k zur Einlösung gestohlener Eurochecks; zur Risikoverteilung bei Eurocheckfälschungen vgl. *Haybäck*, ÖBA 1997, 251ff; zum Widerruf der Gutschrift bei Inkasso eines gefälschten Schecks siehe *Graf*, ZFR 2010, 411ff.

Im Gegensatz zum Berufungsgericht, welches davon ausgegangen ist, dass es eine Sorgfaltswidrigkeit darstelle, dass sich der Kunde nicht vergewissert habe, dass ihn bei der Eingabe des PIN-Codes offensichtlich niemand beobachtet und anschließend an die Behebung die Geldbörse mit der Bezugskarte in einem mit Reißverschluss verschlossenen, auf dem Rücken getragenen Rucksack während einer U-Bahn-Fahrt verwahrt, stellt der OGH in letzter Instanz klar, dass seitens des Kunden in diesem Fall kein sorgfaltswidriges Verhalten vorliege³⁵³.

Er unternimmt hier den Versuch, einen alltagstauglichen Sorgfaltsmaßstab festzulegen und kommt mit überzeugenden Argumenten zu dem Schluss, dass bei der aufgrund der Kundenrichtlinien geschuldeten Sorgfalt auf den gewöhnlichen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit eines maßgerechten Durchschnittsmenschen auf die objektiv geschuldete Sorgfalt iSd § 1297 ABGB abzustellen sei³⁵⁴. Eine über diesen Sorgfaltsmaßstab geschuldete Sorgfalt ließe sich aus dem Text der AGB nicht entnehmen.

Richtigerweise wird eine Verpflichtung des Kunden, durch eine besondere Körperhaltung die Tastenfelder bei der Eingabe des Codes vor seitlicher Einsicht zu schützen, abgelehnt, da davon auszugehen ist, dass die Bedienung eines Bankomaten durchaus volle Aufmerksamkeit und Konzentration erfordert. Der OGH verweist in diesem Zusammenhang auch völlig richtig auf jene Fälle hin, in welchen die Sichtverhältnisse auf den Display, zB durch Einfall von Sonnenlicht, äußerst ungünstig oder der Geldausgabeautomat schlecht positioniert sei. Kritikwürdig und nahezu unverständlich erscheint allerdings dessen Ansicht, dass es für den Kunden unzumutbar sein solle, die Tastenfelder bei der Bedienung des GAA mit der 2. Hand abzudecken.

³⁵³ Vgl auch *Gerhartinger*, ÖBA 2008, 336.

³⁵⁴ Vgl auch *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1297 Rz 1 mwN; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB, 37. Auflage (2009), Seite 2002f.

Auch lehnt der erkennende Senat in ausführlicher Argumentation ab, dass der Kunde seine Geldbörse oder Rucksack ständig an sich zu pressen habe, da dies eine unzumutbare Einschränkung der Bewegungsfreiheit darstelle und darüber hinaus ein solches Verhalten die Aufmerksamkeit potentieller Diebe ja erst erzeuge. Der mögliche Einwand, dass der Kunde in diesem Fall ja auch die Möglichkeit gehabt habe, die Geldbörse in seiner Hosen- oder Jackentasche zu verwahren, vermag nicht zu überzeugen. Es entspricht der praktischen Lebenserfahrung, dass gerade solche Taschendiebstähle in den städtischen, öffentlichen Verkehrsmitteln immer wieder vorkommen³⁵⁵.

Durch die vorliegende Entscheidung wird jedoch unweigerlich auch die Frage nach den eintretenden Rechtsfolgen aufgeworfen, wenn, wie im Anlassfall, ein Dritter ohne Verschulden des Kunden den Code ausspäht, diesem aber, im Gegensatz zum Anlassfall, am Verlust der Bankomatkarte ein Verschulden angelastet werden kann. Der OGH scheint davon auszugehen, dass in diesem Fall ausschließlich der Kunde für den abgehobenen Betrag zu haften und diesen dem Kreditinstitut zu ersetzen habe³⁵⁶.

³⁵⁵ Vgl dazu auch *Graf*, ÖBA 2007, 533, der sich der Ansicht des OGH vollinhaltlich anschließt.

³⁵⁶ AA *Graf*, aaO, 536f, der von einer Unvereinbarkeit der Ansicht des OGH mit dem Transparenzgebot des § 6 Abs. 3 KSchG ausgeht und unter Hinweis die Gefährdungshaftungsbestimmung des § 7 EKGH für eine Schadensteilung eintritt; zu dieser Problematik vgl auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 3. Auflage (1997), Rz 12/26.

Risikotragung bei im Geldausgabeschlitz des Bankomaten vergessenen Banknoten

Im Schrifttum noch wenig Beachtung hat auch jene für die Praxis relevante Frage gefunden, wie die Risikotragung bei im Ausgabeschlitz des GAA vergessenen Banknoten verteilt ist³⁵⁷. Aus diesem Grund soll die Risikotragung in diesen Fällen zwischen Kunde und Bank hier eingehender untersucht werden. Die sogleich im Anschluss vorgenommenen Untersuchungen können sich auf „Outdoorautomaten“ (GAA Typ A) beschränken, da, im Gegensatz zu den „Indoorautomaten“ (GAA Typ B), bei diesen der automatische Einzugsmechanismus seit dem Jahr 2000 aufgrund sich häufender Missbrauchsfälle nicht mehr aktiviert ist.

Schuldrechtlich betrachtet, wird bei der Abhebung vom Bankomaten ein Anspruch gegen das Kreditinstitut geltend gemacht. Je nachdem, ob das Konto im Haben oder im Soll geführt wird, handelt es sich dabei um die Ausübung eines girovertraglichen Weisungsrechts bzw eines kreditvertraglichen Abrufrechts, sofern der eingeräumte Kreditrahmen nicht überschritten wird³⁵⁸. Das GAA aufstellende Kreditinstitut nimmt dabei dann, die Auszahlungsverpflichtung des kontoführenden Kreditinstituts vor. Die Rechtslage ist, *Canaris* folgend, nicht anders als bei einer Barauszahlung der kontoführenden Bank durch einen Erfüllungsgehilfen zu beurteilen³⁵⁹.

Nach Auffassung des OGH sei für das Vorliegen einer Erfüllungsgehilfenhaftung einzig und allein entscheidend, dass sich der Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eines Dritten bediene, bei dem es sich sowohl um einen unselbständigen Arbeitnehmer wie auch um einen selbständigen Unternehmer handeln könne³⁶⁰.

³⁵⁷ In *Häyback*, Risikohaftung bei missbräuchlichen Bankomatbehebungen (2008), wird auf dieses Problem nur hingewiesen, es fehlt jedoch der inhaltliche Bezug.

³⁵⁸ So schon *Canaris*, Bankvertragsrecht, Band V, 3. Auflage (1988), Rz 527d.

³⁵⁹ Vgl auch *Dittrich/Tades*, ABGB, 22. Auflage (2007), Seite 617;

Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB, 37. Auflage (2009), Seite 2132ff mit zahlreichen Nachweisen aus der Jud.

³⁶⁰ Siehe OGH 10 Ob 119/07h; so auch schon 4 Ob 210/07x; zum Umfang der Gehilfenhaftung vgl auch 3 Ob 283/06y.

Von dieser Prämisse ausgehend, kann für die Beurteilung der vorliegenden Rechtsfrage eine Entscheidung des OGH herangezogen werden, in welcher sich dieser mit einer Barauszahlung eines Bankangestellten als Erfüllungshilfe an einen Kunden auseinandersetzen hatte. Der Kunde nahm im vorliegenden Fall nur einen Bruchteil der vor ihm am Schalter hingelegten Banknoten an sich. Die Feststellungen über den Verbleib des restlichen Betrages liefen ins Leere³⁶¹.

Das Höchstgericht stellte in Ermangelung spezieller Bestimmungen des KWG auf Basis der allgemeinen Regelungen des ABGB bezüglich Barabhebungen fest, dass es sich um Holschulden handle, bei welchen eine Bereithaltung zur Abholung ausreiche. Bei Vorliegen einer Holschuld gehe die Gefahr des zufälligen Untergangs oder Verlusts mit Gläubigerverzug oder Übergabe der Sache über. Der Gläubiger gerate dann in Verzug, wenn er die vom Schuldner zur rechten Zeit, am gehörigen Ort und auf die bedungene Weise angebotene Leistung nicht annehme³⁶².

In Bejahung des Gläubigerverzugs führt der OGH weiters aus, dass zu dessen Vorliegen bereits genüge, dass dem Gläubiger die Sache auf eine Weise nahe gebracht werde, dass dieser nur mehr zuzugreifen brauche. Folglich habe der Kunde im vorliegenden Fall das Risiko des Verlusts der griffbereiten, zur Abholung bereit liegenden Banknoten zu tragen.

Legt man nun diese Entscheidung auf die Abhebung bei einem GAA um, so kommt man zu dem Ergebnis, dass die GAA aufstellende Bank ihre Zahlungsverpflichtung bereits mit dem Erscheinen der Geldscheine im Ausgabeschlitz des Bankomaten erfüllt hat. Auch in diesem Fall braucht der Gläubiger nur mehr zuzugreifen. Wenn er dies unterlässt, liegt Annahmeverzug der gehörigen, zur rechten Zeit und am gehörigen Ort angebotenen Leistung vor und die widrigen Folgen fallen gemäß § 1419 ABGB auf ihn³⁶³.

³⁶¹ Vgl OGH 10 Ob 2035/96d.

³⁶² Siehe auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, 13. Auflage (2007), Seite 59; *Apathy*, JBl 1982, 561ff; *Rabl*, ÖJZ 1998, 688ff.

³⁶³ Vgl *Fenyves*, ÖBA 2009, 627.

Der Gläubiger hat somit die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache zu tragen³⁶⁴. Weiters wird die geschuldete Sorgfalt des Schuldners gemindert. Er haftet nur noch für grobes Verschulden³⁶⁵.

Ungerechtfertigte Bereicherung

Das ZaDiG lässt weiters die Frage unbeantwortet, wie in jenen Fällen zu verfahren ist, in denen der Zahlungsdienstnutzer aufgrund eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges ungerechtfertigt bereichert ist. Zur Lösung dieser Frage müssen somit die allgemeinen Bestimmungen sowie die einschlägige Rsp herangezogen werden.

Bei gänzlichem Fehlen eines Zahlungsauftrags hat der OGH in der Vergangenheit einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Zahlungsdienstleisters gegen den unberechtigten Zahlungsempfänger in mehreren Entscheidungen bejaht³⁶⁶. Diesem Fehlen eines Zahlungsauftrags sei nach höchstgerichtlicher Ansicht dessen Fälschung und sonstige Ungültigkeit gleichzustellen. Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung habe zwischen dem vermeintlich angewiesenen Kreditinstitut und dem Zahlungsempfänger stattzufinden³⁶⁷. Auch der gutgläubige Zahlungsempfänger wurde von hM und Rsp als nicht schutzwürdig angesehen³⁶⁸.

³⁶⁴ Siehe dazu *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1419 Rz 4.

³⁶⁵ Siehe *Heidinger* in *Schwimann*, ABGB, Band VI (2006), § 1419 Rz 14; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB, 37. Auflage (2009); Seite 2461ff; so auch *Koziol* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1419 Rz 5; aA *Rabl*, JBI 1997, 490; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, Band II, 3. Auflage (2007), § 1419 Rz 9, die beide keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Haftungseinschränkung erkennen können.

³⁶⁶ Siehe zB OGH 6 Ob 204/02x; 2 Ob 107/08m.

³⁶⁷ So OGH 9 Ob 3/08v.

³⁶⁸ Siehe OGH 2 Ob 107/08m; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 3. Auflage (2007), Rz 1/115.

8.3.4 § 37 Sperrung eines Zahlungsinstruments

Jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen, ist als Zahlungsinstrument iSd § 3 Z 21 zu qualifizieren.

Sofern dies im Rahmenvertrag ausdrücklich vereinbart wurde, kann ein Zahlungsdienstleister ein Zahlungsinstrument gemäß der taxativen Aufzählung in Abs. 1 Z 1 bis 3 in bestimmten Fällen bei Vorliegen objektiver Gründe sperren. Dies hat zur Folge, dass der Zahlungsdienstnutzer keine Verfügungen mehr mit dem Zahlungsinstrument treffen kann. Diese Gründe objektiver Natur betreffen die Sicherheit des Zahlungsinstruments, Verdachtsmomente einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung desselben sowie das Vorliegen eines erhöhten Dubiosenrisikos für den Zahlungsdienstleister.

Demgegenüber bedürfen die in Abs. 2 vorgesehenen gesetzlich begründeten Verpflichtungen zur Sperrung eines Zahlungsinstruments oder Kontos keiner Vereinbarung. Zu denken ist hier beispielsweise an eine Kontosperrung gemäß der strafrechtlichen Bestimmungen des § 109 StPO³⁶⁹ oder § 42 SPG³⁷⁰ sowie im Rahmen eines Konkursverfahrens³⁷¹.

Möglichst vor, jedoch spätestens unverzüglich nach der Sperrung des Zahlungsinstruments, ist der Zahlungsdienstleister durch den Zahlungsdienstnutzer in der im Rahmenvertrag vereinbarten Form über diesen Umstand begründend zu informieren. Diese begründende Information kann unterbleiben, wenn objektive Sicherheitserwägungen dagegen sprechen oder wenn damit ein Verstoß gegen eine Norm des Unionsrechts oder innerstaatlichen Rechts vorläge.

³⁶⁹ Zu der Ausgestaltung des § 109 StPO siehe *Schwaighofer*, Die Neue StPO (2008), Seite 236; vgl. hierzu auch *Fabrizy*, StPO, 10. Auflage (2008), § 109 Rz 3ff.

³⁷⁰ Zur Zugriffsbefugnis auf Sachen *Pürstl/Zirnsack*, SPG (2005), Seite 174ff; *Hauer/Kepplinger*, SPG, 2. Auflage (2001), Seite 381ff mit umfangreichen Nachweisen aus Lehre und Jud.

³⁷¹ Vgl. auch *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht, 2. Auflage (2004), Seite 80f; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht (2002), Seite 90ff.

Sobald die Gründe für die Sperrung nicht mehr vorliegen, ist der Zahlungsdienstleister verpflichtet, diese aufzuheben oder das Zahlungsinstrument durch ein neues zu ersetzen (Abs. 4).

Fraglich ist, wer den Nachteil zu tragen hat, wenn basierend auf dem gesperrten Zahlungsinstrument trotzdem Zahlungsvorgänge durchgeführt werden. In diesem Fall wird den Nachteil wohl der sperrende Zahlungsdienstleister treffen, da die Sperre auch den Schutz des Zahlungsdienstnutzers im Auge hat³⁷².

8.3.5 § 38 Eingangszeitpunkt von Zahlungsaufträgen

In Umsetzung von Art. 64 wird in § 38 jener Zeitpunkt festgelegt, ab dem maßgebliche Rechte und Pflichten gelten sollen. Der Eingangszeitpunkt wird in Abs. 1 als jener Zeitpunkt festgelegt, ab dem der Zahlungsdienstleister den Zahlungsauftrag erhält oder er ihm über die im Zahlungsdienstvertrag vereinbarten Kommunikationsmittel abrufbereit zugegangen ist.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Zahlungsvorgang vom Zahlungsempfänger oder vom Zahler ausgelöst wurde. Für Verbraucher und Unternehmer ist es für die Finanzplanung und für die fristgerechte Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen essentiell zu wissen, wie lange die Ausführung eines Zahlungsauftrags dauert³⁷³.

Für den Fall, dass der Zahlungsauftrag nicht an einem Geschäftstag einlangt, bedient sich der österreichische Gesetzgeber in Abs. 2 und 4 einer Fiktion. Der Zahlungsauftrag soll hier als am nächsten Geschäftstag eingegangen gelten. Als Geschäftstag iSd § 3 Z 24 ist jener Tag anzusehen, an dem der an der Ausführung eines Zahlungsvorgangs jeweils beteiligte Zahlungsdienstleister des Zahlers oder des Zahlungsempfängers den für die Ausführung von Zahlungsvorgängen erforderlichen Geschäftsbetrieb unterhält.

³⁷² So *Leixner*, ZaDiG (2009), § 37 Rz 3.

³⁷³ Siehe EG 37.

Der Zahlungsdienstleister kann, abweichend von Abs. 1, gemäß § 28 auch festlegen, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende des Geschäftstags eingehen, so behandelt werden, als seien sie erst am darauf folgenden Geschäftstag eingegangen (Abs. 3). Diese sog. Cut-off-Frist ist deswegen praktikabel, da Zahlungsaufträge, wie etwa auch Zahl-scheine in Papierform, nicht rund um die Uhr bearbeitet werden können. Was genau unter dieser Frist zu verstehen ist, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dem Regelungszweck entsprechend, wird sie aber jedenfalls am Ende des Ge-schäftstags liegen müssen³⁷⁴.

Nach der Sphärentheorie ist die Wirksamkeit des Zugangs des Zahlungs-auftrags dann gegeben, wenn dieser in die Sphäre des Zahlungsdienstleister gelangt ist³⁷⁵. Ab diesem Zeitpunkt beginnt dann die Ausführungsfrist des § 42 zu laufen.

Führen Zahler und Zahlungsempfänger ihr Konto beim gleichen Zahlungs-dienstleister, so fällt in diesem Sonderfall die Ausführungsfrist weg, da sich zum Zeitpunkt des Eingangs des Zahlungsauftrags der Geldbetrag ja bereits beim Zahlungsdienstleister befindet. Der Geldbetrag hat daher an jenem Tag am Empfängerkonto verfügbar gemacht und wertgestellt zu werden, an dem der Auftrag als eingegangen gilt³⁷⁶.

8.3.6 § 39 Ablehnung von Zahlungsaufträgen

In Implementierung des Art. 65 soll sich der Zahlungsdienstnutzer darauf ver-lassen können, dass sein gültiger Zahlungsauftrag auch ordnungsgemäß aus-geführt wird, sofern kein vertraglicher oder gesetzlicher Grund entgegensteht, dies abzulehnen. Weigert sich der Zahlungsdienstleister einen Zahlungsauftrag auszuführen, so hat er darüber den Zahlungsdienstnutzer unter Angabe von Gründen zu informieren³⁷⁷.

³⁷⁴ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 38.

³⁷⁵ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I, 13. Auflage (2007), Seite 111.

³⁷⁶ Siehe dazu die Erläuternden Bemerkungen zu § 675s BGB.

³⁷⁷ Vgl EG 37.

In diesem Sinne darf der Zahlungsdienstleister gemäß Abs. 1 die Ausführung eines autorisierten Zahlungsvorgangs auch nicht ablehnen, außer

- es sind nicht alle im Rahmenvertrag festgelegten Bedingungen erfüllt (Z 1),
- die Ausführung rechtswidrig wäre (Z 2) sowie
- bei begründetem Verdacht, dass die Ausführung eine strafbare Handlung darstellen würde (Z 3).

Der wirksame Eingang des Zahlungseingangs (§ 38) steht somit unter der auflösenden Bedingung, dass der Ausführung keine der angeführten tatsächlichen oder gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen.

Zu den Hindernissen iSd der Z 1 zählen etwa mangelnde Angaben zum Zahlungsauftrag, die erforderliche Kontodeckung oder technische Gebrechen. Ein weiterer Ablehnungsgrund besteht nach Z 2 bei einem Verstoß gegen eine unionsrechtliche oder innerstaatliche Norm oder gegen eine gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Anordnung.

Der Zahlungsdienstleister ist zudem bei begründetem Verdacht der Verwirklichung einer strafbaren Handlung nicht zur Ausführung des Zahlungsauftrags verpflichtet. In diesem Fall wird der Zahlungsdienstleister wohl auch unverzüglich Anzeige zu erstatten haben, um sich nicht der Beihilfe zum Delikt schuldig zu machen³⁷⁸.

Gemäß Abs. 2 hat der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer über die Ablehnung der Ausführung des Zahlungsauftrags unter Angabe von Gründen innerhalb der Ausführungsfristen des § 42, in der im Rahmenvertrag vereinbarten Form und unter Angabe von Verbesserungsmöglichkeiten und Gründen zu informieren.

³⁷⁸ Zur Täterschaft durch sonstigen Beitrag vgl. *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Auflage (2008), Seite 296ff; *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 12. Auflage (2007), Seite 238ff.

Die Begründung hat zu unterbleiben, wenn dies einen Verstoß gegen eine unionsrechtliche oder innerstaatliche Bestimmung oder gegen eine gerichtliche oder behördliche Anordnung darstellen würde.

Die Rechtsfolge einer rechtmäßigen Ablehnung besteht darin, dass der Zahlungsauftrag als nicht eingegangen gilt und somit der Fristenlauf des § 42 nicht ausgelöst wird.

8.3.7 § 40 Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags

Wie bereits ausgeführt, liegt beim Giroüberweisungsauftrag der Sonderfall einer Anweisung vor, der eine zweifache Ermächtigung innewohnt. Die Gutschrift kann, sofern nichts Anderes vereinbart wurde, nicht mehr widerrufen werden, sobald der transaktionsgegenständliche Betrag auf dem Empfängerkonto gutgeschrieben wurde und über das eingelangte Geld verfügt werden kann³⁷⁹.

Im Vergleich dazu werden in Umsetzung des Art. 66 in § 40 kürzere Widerrufsfristen des Zahlers für erteilte Zahlungsaufträge vorgesehen. Die Festlegung einer Widerrufsfrist ist im Zeitalter moderner vollautomatisierter Zahlungssysteme deswegen unerlässlich, da Zahlungen mit hoher Geschwindigkeit abgewickelt und ab einem gewissen Zeitpunkt nur mehr mit kostenintensiven Eingriffen widerrufen werden können³⁸⁰. Ein weiterer Grund ist in den verkürzten Ausführungsfristen im Vergleich zur geltenden Rechtslage zu sehen³⁸¹.

Der Zahlungsdienstleister kann gemäß Abs. 1 den Zahlungsauftrag nicht mehr widerrufen, wenn dieser beim ZDL des Zahlers eingegangen ist oder nach dem Ende des Geschäftstages vor dem vereinbarten Tag, im Falle der gesonderten Vereinbarung einer Ausführungsfrist³⁸².

³⁷⁹ So OGH 2 Ob 20/03k.

³⁸⁰ Vgl EG 38.

³⁸¹ Siehe Erläuternde Bemerkungen zu § 675p BGB.

³⁸² Vgl § 38 Abs. 4.

Für sog. Pull-Zahlungen³⁸³ gelten noch kürzere Fristen für den Widerruf, um die Besonderheiten bei garantierten Zahlungen hinreichend zu berücksichtigen³⁸⁴. Sobald der Zahler den Zahlungsauftrag oder dessen Zustimmung zur Ausführung dem Zahlungsempfänger übermittelt hat, ist eine Pull-Zahlung nicht mehr widerrufbar.

Dieser allgemeinen Regelung für Pull-Zahlungen steht Abs. 2 als *lex specialis*³⁸⁵ für Lastschriften gegenüber. Hier gilt, dass der Zahler den Zahlungsauftrag spätestens bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Tag der Belastung widerrufen kann.

Den Parteien steht frei, unterschiedliche Zeitpunkte für einen Widerruf zu vereinbaren, um auch nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit gemäß Abs. 1 und 2 den Zahlungsauftrag widerrufen zu können, um somit den jeweiligen Besonderheiten des konkret vorliegenden Zahlungsdiensts und -auftrags ausreichend berücksichtigen zu können (Abs. 3).

Ein exakter Zeitpunkt, bis zu dem eine solche Widerrufsfrist vereinbart werden kann, ist dem ZaDiG nicht zu entnehmen. Unter Heranziehung der hL und Rsp zur Rechtslage vor dessen In-Kraft-Treten wird davon auszugehen sein, dass spätestens ab Gutschrift des Transaktionsbetrags am Empfängerkonto die Unwiderruflichkeit eintritt³⁸⁶.

§ 33 Abs. 2 Z 4 sieht für Kleinbetragszahlungen eine zeitlich eingeschränkte Widerrufsmöglichkeit des Zahlers vor.

Die rechtlichen Folgen der Unwiderrufbarkeit bestehen im Interesse der Rechtssicherheit im Ausschluss von bestimmten Ansprüchen des Zahlungsdienstleisters gegen den Zahlungsdienstnutzer auf Rückabwicklung.

³⁸³ ZB Kreditkartenzahlungen

³⁸⁴ Vgl Erläuternde Bemerkungen zu § 675p BGB.

³⁸⁵ EK, Q&A on PSD Nr. 189.

³⁸⁶ Vgl OGH 9 Ob 3/08v; 2 Ob 20/03k; *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/45.

Bei vom Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgängen kann der Zahler jedoch unter gewissen Voraussetzungen selbst auch nach Widerruf Rückabwicklungsansprüche geltend machen³⁸⁷.

8.3.8 § 41 Transfer des Betrags in voller Höhe

§ 41 verfolgt das Ziel, die unbedingt notwendige Transparenz der tatsächlichen Kosten und Entgeltforderungen der Zahlungsdienste sicherzustellen³⁸⁸.

Dem entsprechend sind der Zahlungsdienstleister des Zahlers und jener des Zahlungsempfängers sowie alle zwischengeschalteten Stellen in Umsetzung des Art. 67 Abs. 1 verpflichtet, den transaktionsgegenständlichen Betrag, der Gegenstand des Zahlungsauftrages ist, in voller Höhe zu transferieren und keine Entgelte vom transferierten Betrag abzuziehen (Abs. 1).

Der vom Zahler transferierte Betrag soll im Interesse der Rechtssicherheit dem Konto des Zahlungsempfängers in voller Höhe gutgeschrieben werden. Keine an der Ausführung des Zahlungsauftrags zwischengeschaltete Stelle darf Abzüge vom transferierten Betrag vornehmen³⁸⁹. Werden widerrechtlich dennoch Entgelte oder Gebühren abgezogen, besteht ein Anspruch des Zahlers gegen seinen Zahlungsdienstleister auf Berichtigung gegenüber dem Empfänger.

Der Zahlungsempfänger und sein Zahlungsdienstleister können gemäß Abs. 2 jedoch auch vereinbaren, dass letzterer den transferierten Betrag abziehen darf, bevor er ihn ersterem gutschreibt. Wird der Zahlungsvorgang vom Zahler ausgelöst, hat dessen Zahlungsdienstleister sicherzustellen, dass der Zahlungsempfänger den Betrag des Zahlungsvorgangs, abgesehen von den gemäß Abs. 2 vorgesehenen Entgelten, in voller Höhe erhält (Abs. 3).

³⁸⁷ Vgl dazu die Ausführungen zu § 45 auf Seite 150ff.

³⁸⁸ Vgl EG 45.

³⁸⁹ Vgl EG 40.

8.3.9 § 42 Ausführungsfrist und Verfügbarkeit

§ 42 umfasst Regelungen zur Ausführungsfrist und Verfügbarkeit der verschiedenen Zahlungsarten. Unterschieden werden hier Pull-Zahlungen, die vom Zahlungsempfänger ausgelöst werden und sog. Push-Zahlungen³⁹⁰, welche vom Zahler ausgelöst werden.

In Abs. 1 wird für alle Zahlungsaufträge eine Ausführungsfrist von max. einem Tag festgelegt. Bis zum 1. Jänner 2012 kann jedoch durch Vereinbarung zwischen dem Zahler und seinem Zahlungsdienstleister eine Frist von max. drei Geschäftstagen zur Anwendung kommen. In Entsprechung des EG 43 können Zahlungsaufträge in Papierform um einen Tag erweitert werden. Diese Regelung berücksichtigt offenkundig jene Verbraucher, die gewohnt waren ihre Zahlungsaufträge immer in Papierform abzuwickeln.

Finden bestimmte Zahlungsvorgänge zwar im EWR und in einer EWR-Währung statt, bedarf es jedoch einer Währungsumrechnung und erfolgt der grenzüberschreitende Transfer nicht in Euro oder erfolgt die Transaktion nicht in der Währung des betreffenden MS, dann darf die vereinbarte Ausführungsfrist gemäß Abs. 1 letzter Satz vier Geschäftstage nicht überschreiten.

Der Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers hat unmittelbar nach Eingang oder Gutschrift³⁹¹ des Betrags diesen dem Zahlungsempfänger unverzüglich gutzuschreiben, verfügbar zu machen und wertzustellen (Abs. 2).

Wertstellungs-³⁹² und Verfügbarkeitsdatum sind somit grundsätzlich identisch. Die insbesondere für den Zahlungsdienstnutzer ungünstige bisherige Wertstellungspraxis ist somit unzulässig³⁹³.

³⁹⁰ ZB Überweisungen.

³⁹¹ Für Fälle von Geldtransferdienstleistern relevant.

³⁹² Freigabe durch die Bank.

³⁹³ So auch EG 45.

Die Fristen für die Übermittlung von Zahlungsaufträgen bei Pull-Zahlungen werden grundsätzlich durch Vereinbarung zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister bestimmt (Abs. 3).

Einem üblichen Kreditkartenzahlungsgeschäft, als eine Variante einer Pull-Zahlung, liegen drei Zahlungsvorgänge zugrunde³⁹⁴, deren Abwicklung schon alleine deshalb nicht an einem Tag möglich ist, weil der Informationsfluss zwischen den einzelnen Beteiligten dieses Zahlungsgeschäfts zwangsläufig länger als einen Tag dauert³⁹⁵. Für die Abwicklung der einzelnen Zahlungsvorgänge sind die Zahlungsfristen des Abs. 1 maßgeblich. Die Wertstellungsverpflichtungen haben nach Maßgabe des § 43 zu erfolgen.

Für das Lastschriftverfahren als eine weitere Variante einer Pull-Zahlung gilt, dass das Empfängerinstitut den Zahlungsauftrag an den Zahlungsdienstleister des Zahlers so zeitgerecht zu übermitteln hat, dass die Verrechnung des transaktionsgegenständlichen Betrags am vereinbarten Fälligkeitstermin möglich ist. In den Gesetzesmaterialien wird diesbezüglich zum einen auf die Fristen des Abs. 1, zum anderen aber auch Lastschriftübereinkommen und SEPA-Rulebooks verwiesen³⁹⁶.

Für Bareinzahlungen auf Zahlungskonten normiert Abs. 4 eine Sonderregelung zugunsten des Kontoinhabers. Diese sind auf Verbraucherkonten taggleich wertzustellen und auch verfügbar zu machen. Wenn der Kontoempfänger kein Konsument ist, sind Bareinzahlungen spätestens am Tag der Entgegennahme folgenden Geschäftstag wertzustellen und verfügbar zu machen.

Diese Sonderbestimmungen gelten jedoch gemäß § 1 Abs. 4 iVm § 42 jedoch nur für Konten in einer EWR-Währung, wenn eine Währungsumrechnung nicht erforderlich ist.

³⁹⁴ Zahlung Karteninhaber - Vertragsunternehmer, Acquirer - Vertragsunternehmen, Karteninhaber - Acquirer.

³⁹⁵ Siehe auch *Hillebrand*, *ecolex* 1995, 677.

³⁹⁶ Vgl. EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 42.

Verhältnis zu § 37 BWG

Im Anwendungsbereich des ZaDiG gelten für Überweisungsdauer, Wertstellung und Verfügbarkeit grundsätzlich die soeben thematisierten Fristen des § 42. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 42 ist für Verbraucher ausschließlich § 37 BWG maßgeblich.

Konkret bedeutet dies, dass alle Konten, welche nicht als Zahlungskonten iSd § 3 Z 13 definiert werden, oder deswegen nicht in den Anwendungsbereich des ZaDiG fallen, weil sie die geographischen Kriterien des § 1 Abs. 4 nicht erfüllen, spätestens am der Bareinzahlung folgenden Bankarbeitstag verfügbar zu machen sowie wertzustellen sind³⁹⁷.

8.3.10 § 43 Wertstellungsdatum

Viele Unternehmen überweisen die Gehälter ihrer Mitarbeiter oft einige Tage vor dem Zeitpunkt an die Kreditinstitute, zu dem sie den Kontoinhabern dann tatsächlich zur Verfügung stehen müssen. Auf dem Kontoauszug scheint zwar die Buchung zum Beispiel schon am 28. des Monats auf, jedoch ist das Geld erst virtuell auf dem Konto. Tatsächlich ausgegeben werden konnte es jedoch erst nach der Wertstellung am darauf folgenden Banktag.

Der OGH hat betont, dass der Girovertrag schon deswegen ein entgeltliches Geschäft sein müsse, da das Kreditinstitut in Form dieser sog. Wertstellungsgewinne stets eine Gegenleistung erhalte und gerade auch im Hinblick auf diese Giroverträge abschließe³⁹⁸.

³⁹⁷ Siehe hierzu *Kriegner*, wbl 2008, 413ff.

³⁹⁸ So OGH 1 Ob 536/86.

Wertstellungsgewinne wurden dergestalt generiert, dass Wertstellungen bei Belastungsbuchungen sofort, jedoch bei Gutschriften etwas später erfolgten³⁹⁹. Jenen Bankkunden, denen die Unterscheidung zwischen Wertstellung und Gutschrift nicht geläufig war, bezahlten, ohne es zu wissen, bei negativem Kontosaldo Überziehungszinsen⁴⁰⁰.

Diese kritikwürdige Praxis⁴⁰¹ ist seit der Erlassung des ZaDiG mit 1. November 2009 endgültig unzulässig. § 43 stellt klar, dass Kontobuchung und Wertstellung nicht mehr wie bisher zeitlich auseinander fallen dürfen, sondern vielmehr am selben Tag erfolgen müssen. Der Buchungstag einer Zahlung ist somit zugleich auch jener Tag, ab dem Zinsen gezahlt werden.

³⁹⁹ Ausführlich *Koziol*, ÖBA 1989, 643ff.

⁴⁰⁰ Siehe dazu *Borges*, WM 1998, 105ff.

⁴⁰¹ Vgl auch *Schinnerer*, ÖBA 1980, 258ff.

8.4 3. Abschnitt: Haftung und Erstattungspflichten

Regelungsinhalt des 3. Abschnitts (§§ 44 bis 48) ist die Haftung des Zahlungsdienstleiters gegenüber seinem Kunden im Falle einer fehlerhaften Dienstleistung. In den §§ 44 bis 46 werden drei Gruppen von Haftungsfällen geregelt:

- Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge;
- Erstattung eines autorisierten Zahlungsvorgangs;
- Haftung für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführungen.

Die Regressbestimmung in § 47 und jene zum Haftungsausschluss in § 48 komplettieren diesen Abschnitt des 3. Hauptstücks.

8.4.1 § 44 Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge

§ 44 Abs. 1 erster Satz ordnet an, dass der Zahlungsdienstleister, unbeschadet der Rügeobliegenheit des § 36 Abs. 3, dem Zahler im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs diesen Betrag unverzüglich zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen hat, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte.

Den Zahlungsdienstleister trifft somit in diesen Fällen eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs grundsätzlich eine Rückerstattungspflicht, und zwar mit Wertstellung der Belastung und entsprechender Wirkung auf die Verzinsung des Kontos und Ausgleich allfällig angefallener Entgelte⁴⁰². Die Ursache für die fehlende Autorisierung befindet sich entweder beim Zahlungsdienstleister oder beim Zahlungsdienstnutzer. Die Gründe für eine solche fehlende Autorisierung liegen in der fehlenden⁴⁰³ oder in Formmängeln der Zustimmung des Zahlers sowie auch in Verfahrensmängeln.

⁴⁰² Vgl. *Schrank/Marx-Rajal*, *ecolx* 2008, 808.

⁴⁰³ Missbrauchsfälle wie zB Diebstahl, Fälschung oder Verfälschung.

Zudem wird in Abs. 1 auch klargestellt, dass darüber hinaus gehende Ansprüche des Zahlers auf Ersatz des Interesses, die ihm auf vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage erwachsen, dadurch nicht berührt werden. Die Rom I-VO legt fest, welches Schadenersatzrecht eines Mitgliedstaats der EU mit Ausnahme Dänemarks auf die Vertragsverletzung Anwendung findet. Dadurch wird der Ausgang von Rechtsstreitigkeiten vorhersehbarer gestaltet⁴⁰⁴.

Nach den Materialien habe der Zahlungsdienstleister mangels wirksamer Beauftragung aus dem nicht autorisierten Zahlungsvorgang auch keinerlei Anspruch auf Aufwandsersatz gegen den Zahler⁴⁰⁵. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der OGH zur Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten des ZaDiG bereits den Standpunkt vertreten hat, dass aus § 1014 ABGB keine verschuldensunabhängige Haftung eines Kontoinhabers abgeleitet werden könne⁴⁰⁶.

Da § 44 Abs. 1 nach § 26 Abs. 6 zwingendes Recht darstellt und sowohl für Konsumenten wie für Nichtverbraucher gilt, sind Klauseln, die dem Zahlungsdienstnutzer das Risiko des unverschuldeten Verlusts auferlegen, unzulässig. Bereits in einer früheren Entscheidung hat der OGH die Risikoüberwälzung auf den Kunden, dem im Falle eines Karten- oder Codemissbrauchs kein Verschulden anzulasten ist, als sittenwidrig qualifiziert⁴⁰⁷.

Die Überwälzung des Risikos für den Fall des Verlusts der Karte wurde hingegen in einer früheren Entscheidung insoweit als zulässig angesehen, als dies nach höchstgerichtlicher Auffassung nicht auf eine Überwälzung des technischen Risikos hinauslaufe⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Im Detail *Berger*, AnwBl 2009/03, 113ff.

⁴⁰⁵ Vgl EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 44.

⁴⁰⁶ So OGH 3 Ob 248/06a; vgl auch *Apathy* in Schwimann, ABGB, Band IV, 3. Auflage (2006), § 1014 Rz 17.

⁴⁰⁷ So OGH 4 Ob 221/06p („*GP-Money-Urteil*“).

⁴⁰⁸ Vgl OGH 10 Ob 70/07b.

Die Haftung des Kunden wird in § 44 Abs. 2 und 3 abschließend geregelt⁴⁰⁹. Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments, so ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister bei Vorliegen schweren Verschuldens (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) oder wenn ihn dieser durch betrügerische Absicht ermöglicht hat, gemäß Abs. 2 zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der durch die Verletzung der Pflichten gemäß § 36 oder vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments entstanden ist. Bei Vorliegen leichter Fahrlässigkeit ist die Haftung auf 150 Euro eingeschränkt.

Im Gegensatz zum vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handeln, wo eine Schadensaufteilung nicht in Betracht kommt, sind bei leichtem Verschulden bei einer Schadensaufteilung ein Mitverschulden des Zahlungsdienstleisters sowie die Art der Umstände, unter welchen der Verlust, Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat, zu berücksichtigen. Die Beweislast, ob überhaupt oder welcher Grad des Verschuldens vorliegt, trägt der Zahlungsdienstleister⁴¹⁰.

Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers gegenüber seinem Zahlungsdienstleister ist für jene Schäden, welche nach der Verlust- oder Diebstahlmeldung an die vom Zahlungsdienstleister bezeichnete Stelle eintreten, nach Abs. 3 ausgeschlossen. Dies ist auch dann der Fall, wenn dem Zahlungsdienstnutzer seitens des Zahlungsdienstleisters gar nicht die Möglichkeit zu einer solchen Meldung eingeräumt wurde, da der Zahler seine Sorgfaltspflichten somit gar nicht verletzen konnte. Hat der Zahler jedoch in betrügerischer Absicht gehandelt, kommt dieser Haftungsausschluss nicht zur Anwendung.

Auf die Sorgfaltspflichten des Zahlers finden die bereits im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers bei der Nutzung von Zahlungsinstrumenten dargestellten, zu berücksichtigenden Erwägungen des OGH bezüglich der konkreten Umstände betreffend Schadensteilung bei Verlust, Diebstahl oder missbräuchlicher Verwendung von Bankomatkarten Anwendung.

⁴⁰⁹ Siehe auch *Haghofer*, *ecolex* 2010, 129.

⁴¹⁰ Vgl im Detail *Seidl*, *JusIT* 2008, 128; siehe auch EG 33.

Der österreichische Gesetzgeber hat vom nationalen Umsetzungswahlrecht des Art. 61 Abs. 3 Gebrauch gemacht und ist vom Haftungsmodell der Richtlinie abgewichen.

Diese RL-Bestimmung normiert, dass der Kunde in den zuvor genannten Fallkonstellationen verschuldensunabhängig bis zum Betrag von 150 Euro zu haften habe und räumt den einzelnen Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, diese Haftungsregeln zu mildern.

Sein deutsches Pendant hat sich demgegenüber für eine Regelung entschieden, die eine verschuldensunabhängige Haftung des Kunden im Bereich bis 150 Euro bei Diebstahl, Verlust oder sonstigem Abhandenkommen des Zahlungsinstruments vorsieht. Beim Missbrauch von personalisierten Sicherheitsmerkmalen wird gemäß § 675v BGB auf die sichere Verwahrung der Sicherheitsmerkmale durch den Kunden abgestellt.

Phishing

Kurz eingegangen werden muss in diesem Zusammenhang auch auf die teils komplexen bankrechtlichen Fragestellungen aufgrund der in jüngster Zeit vermehrt auftretenden Fälle von Internetkriminalität in Form von Phishing. Unter dem Kunstwort Phishing, welches sich aus den Wörtern Password und Fishing zusammensetzt, werden betrügerische Angriffe Dritter verstanden, bei welchen den Benutzern Zugangs- und Transaktionsdaten (PIN- und TAN-Codes) herausgelockt werden. Durch die Kenntnis dieser Daten wird dem Täter sodann ermöglicht, missbräuchliche Überweisungen über das Konto des Opfers durchzuführen⁴¹¹.

⁴¹¹ Vgl insb *Borges*, NJW 2005, 3313ff.

Nach stRsp des OGH finden beim Phishing die Grundsätze der Anscheinsvollmacht keine Anwendung⁴¹². Nach dessen Auffassung ließe sich mit dieser nur in jenen Fällen operieren, in welchen dem Dritten das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Machtgebers bekannt gewesen sei⁴¹³.

Weiters solle eine davon abhängige Risikozurechnung beim Phishing nach Ansicht des OGH nur bei ganz erheblicher Sorgfaltswidrigkeit in Betracht kommen⁴¹⁴. Nach Meinung des Höchstgerichts sei somit ein auf diese Weise zustande gekommener missbräuchlicher Überweisungsauftrag, der rein rechtlich gesehen einen gefälschten Überweisungsauftrag darstellt, immer unwirksam.

Diese Auffassung des OGH vermag jedoch nicht zu überzeugen. *Graf* folgend, kann eine Anscheinsvollmacht nämlich auch dann vorliegen, wenn das Verhalten des Geschäftsherrn, welches den Anschein verursacht hat, dem Dritten unbekannt war⁴¹⁵.

Durch folgendes Beispiel wird dies besonders deutlich: Angenommen ein Geschäftsherr verwahrt blanko unterschriebene Briefe in seinem üblicherweise sehr gut versperrten Schreibtisch. Sorgfaltswidrig lässt er jedoch eines Tages einige Formulare auf seinem Schreibtisch liegen. Ein Angestellter entwendet dann in der Folge ein Formular und füllt dieses zulasten des Geschäftsherrn als Erklärung, in welcher ihm Vollmacht erteilt wird, aus.

Wird nun unter Vorlage dieser Urkunde von diesem Angestellten ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen, ist für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht nicht entscheidend, dass dem Vertragspartner bekannt ist, dass der Geschäftsherr das Formular sorgfaltswidrig auf seinem Schreibtisch hat liegen lassen. Wesentlich ist vielmehr nur, dass der Vertragspartner die die Unterschrift des Geschäftsherrn aufweisende Erklärung kennt.

⁴¹² Zur Wiedergabe dieser Jud siehe *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 2. Auflage (2007), § 1029 Rz 7.

⁴¹³ Vgl OGH 2 Ob 107/08m.

⁴¹⁴ So OGH 9 Ob 3/08v.

⁴¹⁵ Vgl *Graf*, *ecolex* 2009, 577.

Diese Erklärung stellt somit den äußeren Tatbestand dar, auf den das Vertrauen des Vertragspartners basiert.

Ganz klar zu differenzieren ist somit einerseits zwischen dem äußeren Tatbestand und dem konkreten Verhalten seitens des Geschäftsherrn andererseits, welches schließlich zur Setzung des äußeren Tatbestands führt. Nur der äußere Tatbestand muss dem Dritten bekannt sein, nicht jedoch das Verhalten des Geschäftsherrn⁴¹⁶.

8.4.2 § 45 Erstattung eines autorisierten durch den Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungsvorgangs

§ 45 regelt die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bereits überwiesener Beträge im Falle von Pull-Zahlungen.

Durch Implementierung des Art. 62 Abs. 1 und 3 kommt dem Zahler gemäß Abs. 1 gegen seinen ZDL ein Anspruch auf Erstattung des vollständigen Betrags eines autorisierten, vom Zahlungsempfänger ausgelösten und auch schon ausgeführten Zahlungsvorgangs zu, wenn

- der genaue Betrag bei der Autorisierung nicht angegeben wurde und
- dieser Betrag jenen des Zahlungsvorgangs übersteigt, welchen der Zahler entsprechend
 - seinem bisherigen Ausgabeverhalten,
 - den Bedingungen seines Rahmenvertrags und
 - den jeweiligen Umständen des Einzelfalls
- vernünftigerweise hätte erwarten dürfen.

Sofern der Zahlungsdienstleister dies verlangt, hat der Zahler die Sachumstände bezüglich der eben angeführten Voraussetzungen darzulegen. In Abs. 1 wird jedoch auch die Möglichkeit eingeräumt, dass der Zahler mit seinem Zahlungsdienstleister vereinbaren kann, dass diese Voraussetzungen nicht vorzuliegen haben.

⁴¹⁶ Vgl *Graf*, *ecolex* 2009, 579.

Ein Erstattungsanspruch ist bei ungewöhnlichen Beträgen, welche mit einem etwaigen Währungsumtausch zusammenhängen, bei der Zugrundelegung eines vereinbarten Referenzwechsellkurses⁴¹⁷ ausgeschlossen (Abs. 2).

Der Anspruch auf Erstattung ist

- iSv Berichtigung des Kontostandes zu verstehen,
- innerhalb von acht Wochen ab Belastung des Zahlungskontos geltend zu machen (Abs. 3),
- lässt das Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger unberührt (Abs. 4) und
- besteht unabhängig vom Widerrufsrecht gemäß § 40 Abs. 5 (Abs. 5).

Zudem ist der Zahlungsdienstleister innerhalb von zehn Geschäftstagen nach Erhalt des Begehrens auf Erstattung verpflichtet, diese vorzunehmen. Sollte der Zahlungsdienstleister dies ablehnen, hat er diese Ablehnung zu begründen und den Zahler auf dessen Rechtsschutz- und Beschwerdemöglichkeiten hinzuweisen, worunter die Beschwerde bei der FMA nach § 13 AVG⁴¹⁸ sowie die außergerichtliche Geltendmachung bei der FIN-NET Schlichtungsstelle fallen.

Bestellte, verbrauchte und ordnungsgemäße verrechnete Waren oder Dienstleistungen sind zu bezahlen⁴¹⁹. Eine Rückerstattung unter dem Titel des unerwarteten Betrags ist bei gerichtlich oder behördlich angeordneten Einziehungen von Beträgen von Konten ausgeschlossen⁴²⁰.

8.4.3 § 46 Haftung für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung

Durch die Umsetzung der Art. 75 und 76 werden in § 46 die Haftungsregelungen im Falle nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung des Zahlungsvorgangs festgeschrieben. Ungeregelt lässt das ZaDiG die Rechtsfolgen be-

⁴¹⁷ Wechselkurs, der bei jedem Währungsumtausch zugrunde gelegt und vom Zahlungsdienstleister zugänglich gemacht wird oder aus einer öffentlich zugänglichen Quelle stammt (§ 3 Z 16).

⁴¹⁸ Zu den Formerfordernissen des Anbringens siehe *Hengstschläger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Auflage (2009), Seite 103f.

⁴¹⁹ Vgl EG 36.

⁴²⁰ EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 45.

züglich der Haftung für ungenaue Formulierungen sowie für Fehler, die bei der Übermittlung von Angaben auftreten.

In Abs. 1 wird die Haftung des Zahlungsdienstleisters des Zahlers bei Push-Zahlungen geregelt. Dem Zahlungsdienstleister des Zahlers kommt demnach die Verpflichtung zu, dass der transaktionsgegenständliche Betrag der Zahlung in voller Höhe (§ 41) und fristgerecht (§ 42) auf dem Zahlungskonto des Zahlungsempfängers gutgeschrieben wird. Diese Haftung kommt dann zum Tragen, wenn der Kundenidentifikator korrekt angegeben wurde und auch kein Haftungsausschluss nach § 48 vorliegt.

Im Falle einer fehlerhaften Transaktion hat der Zahlungsdienstleister das belastete Konto des Zahlers wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich vor dieser fehlerhaften Transaktion befunden hat, wobei gemäß Abs. 5 auch die Zinsen oder Entgelte, welche der Zahlungsdienstleister des Zahlers zu verantworten hat, zu berücksichtigen sind. Zu denken ist hier an auflaufende Soll- oder unterbleibende Habenzinsen aufgrund verspäteter Wertstellung.

Die Beweislast, dass der transaktionsgegenständliche Betrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsempfängers auch tatsächlich eingegangen ist, liegt beim Zahlungsdienstleister des Zahlers, was aus Schutzwürdigkeitsüberlegungen auch gerechtfertigt erscheint.

In Abs. 2 und 3 wird demgegenüber die Haftung des Zahlungsdienstleisters des Empfängers bei klassischen Überweisungen bzw. bei der Ausführung von Pull-Zahlungen normiert. Dem Zahlungsdienstleister des Empfängers hat den transaktionsgegenständlichen Betrag der Zahlung in voller Höhe (§ 41) unverzüglich gutzuschreiben (§§ 42, 43). Im Falle der fehlerhaften Ausführung des Zahlungsvorgangs ist der transaktionsgegenständliche Betrag an den Zahlungsdienstleister des Zahlers unverzüglich zurückzuerstatten.

Abs. 4 normiert die Haftung des Zahlungsdienstleisters des Zahlers bei Vorliegen von Pull-Zahlungen. Dem Zahler kommen nach dieser Bestimmung Ansprüche gegen seinen Zahlungsdienstleister zu.

Der haftende Zahlungsdienstleister hat nach den Gesetzesmaterialien, unabhängig von der Pflicht zur Rückerstattung des transaktionsgegenständlichen Betrags, die Verpflichtung, Nachforschungen über das Schicksal des jeweiligen Zahlungsvorgangs anzustellen und den Kunden darüber zu informieren⁴²¹. Sonstige Ansprüche des Zahlers richten sich gemäß Abs. 6 nach den allgemeinen Schadenersatzbestimmungen.

Zusammenfassend betrachtet ist auffallend, dass die Haftungsregelungen des ZaDiG keine Rechtsfolgen für eine verspätete Ausführung des Zahlungsvorgangs, insbesondere auch was die Überschreitung der zulässigen Durchführungsfrist betrifft, vorsehen. In der Zahlungsdienste-RL bleibt diese Frage ebenso unbeantwortet, sodass von einem Umsetzungsversäumnis des österreichischen Gesetzgebers auch nicht gesprochen werden kann.

Eine Rückerstattung des transaktionsgegenständlichen Betrags scheint auch nicht gerechtfertigt, weil der Zahlungsempfänger diesen ja erhalten hat, und eine Rückabwicklung des Zahlungsvorgangs seitens der beteiligten Zahlungsdienstleister nicht mehr erfolgen kann. Was beim Vorliegen eines verspäteten Zahlungsvorgangs bleibt, ist ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch⁴²².

Tiefgreifende Änderung des Status Quo

Durch die Implementierung des § 46 kam es zu einer Revolution des aktuellen Haftungsregimes. Es stellt ein absolutes Novum dar, dass außerhalb des sehr eingeschränkten Anwendungsbereichs des Überweisungsgesetzes das Auftragsgeberinstitut für eine erfolgreiche Überweisungskette bis zur Empfängerbank einzustehen hat.

Gegenwärtig kannte die österreichische Rechtsordnung außerhalb des ÜbG lediglich eine Haftung für die sorgfältige Auswahl der nachgeordneten Kreditinstitute in der jeweiligen Überweisungskette.

⁴²¹ Siehe EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 46.

⁴²² Vgl dazu auch die Erläuternden Bemerkungen zu § 675y BGB.

Im Falle der Einschaltung zwischengeschalteter Stellen trifft den Zahlungsdienstleister, im Gegensatz zur bisher hL⁴²³, bei einer mehrgliedrigen Überweisung nunmehr eine strenge vertragliche Erfüllungspflicht und eben kein bloßes Auswahlverschulden.

In Deutschland stellt sich die Situation insofern anders dar, als der dortige Gesetzgeber die Überweisungs-RL, welche die Basis für das Überweisungsgesetz bildete, auch für rein innerstaatliche Überweisungen umgesetzt hat.

Rechtsnatur der Haftung

Keine Aussage findet sich im ZaDiG über die Natur dieser Haftung des Zahlungsdienstleisters. Aufschluss geben jedoch die EG 46 und 47 sowie § 48. Nach diesen Bestimmungen ist davon auszugehen, dass den Zahlungsdienstleister wohl für den ordnungsgemäßen Eingang des transaktionsgegenständlichen Betrags auf das Konto des Zahlungsdienstleister des Empfängers eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung treffen wird.

8.4.4 § 47 Regress

Nach § 47 soll in Umsetzung des Art. 77 dem gegenüber dem Kunden haftenden Zahlungsdienstleister gegen andere Zahlungsdienstleister ein Regressanspruch zukommen, welche dann ihrerseits für die entsprechend zu ersetzenden Beträge aufzukommen haben.

Dem ZaDiG ist allerdings nicht zu entnehmen, an welche Voraussetzungen dieser Regress gekoppelt sein soll. Die Erklärung, warum dem so ist, lässt sich aus EG 47 entnehmen. Die PSD soll demnach nur solche Regelungen zum Gegenstand haben, welche die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kunden und seinem Zahlungsdienstleister zum Gegenstand haben. Betreffend die Haftungsverhältnisse zwischen den Zahlungsdienstleistern wird lediglich auf vertragliche Regelungen untereinander verwiesen.

⁴²³ Siehe *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/19.

Das ZaDiG stellt somit für den Zahlungsdienstleister zur Geltendmachung von diesen Regressansprüchen eine überaus dürftige Anspruchsgrundlage dar. Aus diesem Grund ist für die Praxis empfehlenswert und nahezu unerlässlich, diesen Fragen eine vertragliche Regelung zugrunde zu legen.

8.4.5 § 48 Haftungsausschluss

Die Haftung des Zahlungsdienstleisters nach den § 44 bis 46 ist bei vis major, im Falle des Eintritts ungewöhnlicher oder unvorhersehbarer Ereignisse, ausgeschlossen und stellt gemäß § 26 Abs. 6 zwingendes Recht dar. Dieser Haftungsausschluss erstreckt sich auch auf jene Fälle, in denen der Zahlungsdienstleister aufgrund gegenteiliger unionsrechtlicher, innerstaatlicher, gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Vorschriften gebunden ist.

Ob sich dieser Haftungsausschluss auch auf den Fall der Insolvenz eines zwischengeschalteten ZDL erstreckt, wird durch das ZaDiG nicht geregelt. Ob die Zahlungsunfähigkeit einer zwischengeschalteten Bank nach geltender Rechtslage einen Anspruch des Empfängers gegenüber seinem Kreditinstitut auf Gutschrift begründet, ist strittig⁴²⁴. Mit *Koch*⁴²⁵ wird für die Geltendmachung eines Haftungsausschlusses immer vom jeweiligen Einzelfall auszugehen sein. Wenn im konkreten Fall eine Insolvenzgefahr abzusehen war, wird § 48 wohl nicht zur Anwendung gelangen. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens für den haftenden Zahlungsdienstleister äußerst überraschend erfolgte. In diesem Fall wird sich dieser vertretbarerweise wohl auf den Haftungsausschluss berufen können.

⁴²⁴ Zum Meinungsstand vgl. *Koziol* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht, Band III, 2. Auflage (2008), Rz 1/75.

⁴²⁵ Siehe *Koch*, ÖBA 2009, 888.

9. 4. Hauptstück: Insolvenzbestimmungen, Aufsicht und internationale Zusammenarbeit

Die Regelungen des 4. Hauptstücks umfassen das Verfahren der Geschäftsaufsicht, Befugnisse der Aufsichtsbehörden, deren Zusammenarbeit sowie Sanktionsbestimmungen.

9.1 1. Abschnitt: Geschäftsaufsicht und Insolvenzbestimmungen

Die im 1. Abschnitt des 4. Hauptstücks geregelten Bestimmungen der §§ 49 bis 58 über das Geschäftsaufsicht- und Konkursverfahren folgen den im BWG und WAG 2007 vorgesehenen Regelungen, sodass an dieser Stelle auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden kann⁴²⁶.

9.2 2. Abschnitt: Aufsicht

Im 2. Abschnitt werden die Befugnisse und die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörde sowie die damit im Zusammenhang stehenden sanktionsrechtlichen Folgen bei Zuwiderhandeln normiert.

9.2.1 § 59 Zuständige Behörden

Durch die Implementierung der Art. 20 Abs. 1, 2, 4 und 5 sowie Art. 80 Abs. 1 iVm Art. 82 Abs. 1 und 2 wird in § 59 Abs. 1 die FMA explizit als zuständige Behörde für die Beaufsichtigung von Zahlungsinstituten vorgesehen, da diese auch alle in Art. 20 normierten Anforderungen, wie beispielsweise die Unabhängigkeit von Wirtschaftsgremien, erfüllt.

⁴²⁶ Ausführlich hierzu *Steinböck* in Dellinger, BWG, Band III (2008), § 81 Rz 1ff; *Ruhm* in Gruber/N. Raschauer, WAG (2009), § 80 Rz 1; zum IRÄG 2010 vgl. *Schumacher*, ÖBA 2009, 761ff; *Bauer*, VWT 2009, 226ff; *Mohr*, ecollex 2009, 848ff.

Die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 1 FMABG erklärt die FMA zu einer weisungsfreien Anstalt öffentlichen Rechts, der eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommen soll⁴²⁷. Als Anstalten werden jene juristischen Personen mit einem eigenen Bestand an Personal- und Sachmitteln verstanden, welche durch den Anstaltsträger dauerhaft für bestimmte Zwecke der öffentlichen Verwaltung eingerichtet werden⁴²⁸.

Was die Aufsicht über die FMA selbst betrifft, so normiert § 16 Abs. 1 FMABG, ohne auf deren Unabhängigkeit Einfluss zu nehmen, dass der BMF die Aufsicht über die FMA dahingehend auszuüben hat, dass diese ihre gesetzlich zukommenden Aufgaben erfüllt, nicht gegen Gesetze und Verordnungen verstößt sowie den festgelegten Aufgabenbereich nicht überschreitet⁴²⁹.

Die angesprochene Zuständigkeit der FMA zur Beaufsichtigung von Zahlungsinstituten umfasst gemäß Abs. 2 auch die Befugnis zur Verhängung von Verwaltungsstrafen bei Verstößen gegen die maßgeblichen aufsichtsrechtlichen Anforderungen des ZaDiG, der Überweisungsverordnung sowie der Verordnung über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers.

Für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben ist in Abs. 3 eine enge Kooperation mit der OeNB vorgesehen. Die Zuständigkeiten der OeNB bleiben jedoch durch die Bestimmungen des ZaDiG unberührt. Bezüglich der Zusammenarbeit mit anderen Behörden hat die Amtshilfebestimmung des § 72 BWG Anwendung zu finden, wonach alle Behörden dem Bundesminister für Finanzen sowie der OeNB bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Obliegenheiten Hilfe zu leisten haben.

⁴²⁷ Zur organisationsrechtlichen Einordnung der FMA vgl. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage (2009), Seite 31.

⁴²⁸ Zum Wesen der Anstalt siehe *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band IV (2009); Seite 33; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 152f.

⁴²⁹ Hierzu *Johler* in Dellinger, BWG, Band III (2008), § 69 Rz 82ff; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, Band I (2005), Seite 88; vgl. auch *Schefbeck*, JRP 2001, 170ff.

9.2.2 § 60 Kostenbestimmung

Der Mindestbetrag für jedes Zahlungsinstitut an den Kosten der Zahlungsdiensteaufsicht beträgt 1.000 Euro. Kostenpflichtig sind alle Zahlungsinstitute gemäß § 3 Z 4 lit. a und Zweigstellen gemäß § 12. Kosten der Zahlungsdiensteaufsicht über KI stellen Kosten im Rahmen der Bankenaufsicht dar.

9.2.3 § 61 Datenschutz

Durch diese Bestimmung über den Datenschutz wird festgelegt, dass die OeNB und die FMA zur Ermittlung und Verarbeitung von Daten iSd DSG 2000⁴³⁰ in dem ihrem nach dem ZaDiG zukommenden Aufgabenbereich ermächtigt sind und umfasst in Umsetzung des Art. 22 Abs. 2 und 3 unter anderem die Bereiche Eigenmittel, Konzessionswesen, Jahresabschluss und die interne Kontrolle von Zahlungsinstituten. Die in § 61 Abs. 1 vorgenommene Formulierung lehnt sich stark an jene des § 77 Abs. 4 BWG an.

9.2.4 § 62 Berufsgeheimnis

Für die von der FMA oder der OeNB beauftragten Sachverständigen ist die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 14 Abs. 2 FMABG maßgebend. Die Mitarbeiter der FMA oder der OeNB bräuchten jedoch grundsätzlich in dieser Bestimmung keine Erwähnung zu finden, da diese bereits gemäß § 14 FMABG bzw. § 45 NBG zur umfassenden Verschwiegenheit verpflichtet sind.

9.2.5 § 63 Untersuchungen und Prüfungen

Diese Bestimmung verpflichtet die FMA zur Überwachung der Aufsichtsanforderungen und der Einhaltung der Geldwäschebestimmungen durch Zahlungsinstitute und Zweigniederlassungen von Zahlungsinstituten aus anderen Mitgliedstaaten.

⁴³⁰ Zu den Kriterien der Datenverwendung siehe *Duschanek* in Holoubek/Potacs, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 313.

Zudem hat die FMA die Bestimmungen über die Einhaltung der Pflichten der Zahlungsdienstleister, die jene gegenüber ihren Zahlungsdienstnutzern haben, entsprechend zu sanktionieren⁴³¹.

9.2.6 § 64 Aufsichtsmaßnahmen und Veröffentlichungen

Neben dieser Befugnis der FMA zur Untersuchung und Prüfung im Rahmen der laufenden Aufsicht kommen dieser noch zusätzliche Befugnisse und Maßnahmen zu. In § 64 Abs. 1 bis 6 und Abs. 11 werden die generellen Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörde normiert.

Liegt eine Konzessionsvoraussetzung gemäß § 7 Abs. 1 nach Konzessionserteilung nicht mehr vor oder verletzt ein Zahlungsinstitut Bestimmungen nach § 59 Abs. 1⁴³², einer auf Basis des ZaDiG erlassenen Verordnung oder eines Bescheids, so verweist Abs. 7 bezüglich der von der FMA zu ergreifenden Maßnahmen auf jene in § 70 Abs. 4 Z 1 bis 3 BWG⁴³³, welche die Herstellung des rechtmäßigen Zustands unter Androhung einer Zwangsstrafe sowie die Untersagung der Geschäftsführung im Wiederholungsfall vorsehen (Z 1 und 2). Als ultima ratio ist gegebenenfalls nach Z 3 auch die Konzession gemäß § 8 zu entziehen.

Nach Auffassung des VwGH sei die Verhängung von Beugemitteln iSd § 70 Abs. 4 BWG nur für jene Unternehmen zulässig, die der Rechtsaufsicht der FMA als Finanzmarktaufsichtsbehörde unterliegen (§§ 1, 2 FMABG iVm § 69 BWG). Voraussetzung sei hierfür das Vorliegen einer aufrechten Konzession iSd § 4 BWG. Bei Erlöschen dieser Konzession komme der FMA keine Kompetenz für die Verhängung von Beugemaßnahmen mehr zu⁴³⁴. Gleiches wird wohl auch bezüglich einer Konzession iSd § 5 ZaDiG gelten.

⁴³¹ Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung der FMA vgl *Rabl*, ZFR 2009, 186ff; dazu auch *Kunst/Salburg*, *ecolex* 2008, 1092ff.

⁴³² §§ 5 bis 22, 23 Abs. 2, 24, 25 sowie §§ 33, 35 Abs. 1 lit. c und d, Z 2, Abs. 2, 36 und 40 bis 41 BWG.

⁴³³ Vgl *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, *BWG*, 3. Auflage (2008), § 70 Rz 12ff.

⁴³⁴ Zum Anwendungsbereich des § 70 Abs. 4 BWG siehe VwGH 20.03.2009, 2009/17/0033.

Der FMA kommt nach Abs. 8 die Befugnis zur Veröffentlichung bestimmter Maßnahmen zu, welche für (potentielle) Kunden von großem Interesse sind. Auffallend ist, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausdrückliche Erwähnung findet. Zulässig soll die Veröffentlichung somit nur dann sein, wenn dies „nach Art und Schwere des Verstoßes zur Information der Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig ist.“

Der FMA kommt gemäß Abs. 9 darüber hinaus die Befugnis zu, die Öffentlichkeit darüber zu informieren, dass eine namentlich genannte natürliche oder juristische Person, die in der Veröffentlichung eindeutig identifizierbar sein muss, Handlungen gesetzt hat, die auf einen unerlaubten Geschäftsbetrieb oder den Versuch eines solchen hindeuten. Die Information muss wiederum für die „Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig“ sein.

Um dem vorhandenen Rechtsschutzbedürfnis gerecht zu werden, sieht Abs. 10 vor, dass der von der Veröffentlichung Betroffene eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung nach Abs. 8 und 9 in einem bescheidmäßig zu erledigenden Verfahren bei der FMA beantragen kann. Um eine bestmögliche Transparenz zu gewährleisten, ist auch die Anhängigkeit eines solchen Überprüfungsverfahrens in gleicher Weise zu veröffentlichen⁴³⁵. Auch die Zuerkennung aufschiebender Wirkung eines nach Abs. 8 erlassenen Bescheides ist bekannt zu machen.

Tritt in diesem Verfahren, entweder im Rahmen der Überprüfung oder bei Aufhebung der zugrunde liegenden Maßnahmen oder Sanktion durch den UVS oder im Rahmen eines Verfahrens vor den Höchstgerichten, die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung zu Tage, so hat die FMA die Veröffentlichung richtig zu stellen oder zu widerrufen.

⁴³⁵ Vgl auch *Fletzberger*, ZFR 2009, 163.

Der in Abs. 8 und 9 normierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Veröffentlichung und die in Abs. 10 geregelte Überprüfungsmöglichkeit tragen dem VfGH-Erkenntnis G 164/08-12 vom 12. März 2009 Rechnung⁴³⁶.

In diesem richtungsweisenden Erkenntnis wurde der erste Satz der Verordnungsermächtigung des § 4 Abs. 7 BWG als verfassungswidrig aufgehoben, da dieser nach Ansicht des Höchstgerichts gegen den Gleichheitssatz und das rechtsstaatliche Prinzip verstoße. Die Aufhebung trat mit 31. Dezember 2009 in Kraft.

§ 4 Abs. 7 BWG lautete:

„(7) Die FMA ist berechtigt, im Einzelfall durch Kundmachung im ‚Amtsblatt zur Wiener Zeitung‘ oder in einem anderen bundesweit verbreiteten Bekanntmachungsblatt die Öffentlichkeit zu informieren, dass ein namentlich genanntes Unternehmen zur Vornahme bestimmter Bankgeschäfte nicht berechtigt ist. Die FMA hat auf individuelle Anfrage in angemessener Frist Auskünfte über den Konzessionsumfang von Kreditinstituten zu erteilen. Die FMA hat bis zum 1. Jänner 2004 eine Datenbank aufzubauen, die Informationen über den aktuellen Umfang der bestehenden Konzessionen der Kreditinstitute enthält, und hat über Internet eine Abfrage dieser Daten zu ermöglichen.“

Der VfGH geht davon aus, dass es sich bei der Warnmeldung nach § 4 Abs. 7 erster Satz BWG ungeachtet seines neutralen Wortlauts keineswegs um eine bloße Tatsachenmitteilung, sondern vielmehr um eine Information handle, der eine juristische Beurteilung und strafrechtliche Bewertung der Tätigkeit eines Unternehmens seitens der FMA zugrunde liege. Eine derartige Mitteilung sei jedenfalls geeignet, in grundrechtlich geschützte Positionen wie die Freiheit der Erwerbsausübung, die Unversertheit des Eigentums sowie in datenschutzrechtliche geschützte Güter einzugreifen⁴³⁷.

⁴³⁶ EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 64.

⁴³⁷ Zur Durchsetzung der Grundrechte *Jahnel* in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band VII/1 (2009), Seite 569ff.

Das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes und das Rechtsstaatsprinzip seien nach Auffassung des VfGH verletzt, wenn eine solche, ein einzelnes Unternehmen betreffende Information veröffentlicht werden dürfe, ohne dass diesem Unternehmen von der Rechtsordnung ein adäquates Instrumentarium zur Verfügung gestellt würde, welches geeignet sei, die Information auf ihre Berechtigung zu überprüfen, eventuell öffentlich zu korrigieren sowie allfällige Folgen einer rechtswidrigen Information zu beseitigen.

Anlassfall für das Gesetzesprüfungsverfahren war ein Bescheid des UVS Wien, mit dem eine Beschwerde gegen die Veröffentlichung einer als „Warnmeldung“ bezeichneten Information der FMA als unzulässig zurückgewiesen wurde⁴³⁸. Der UVS begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass bei einer solchen „Warnmeldung“ weder von unmittelbarem Zwang noch von einem verwaltungsbehördlichen Befehl die Rede sein könne, da sowohl ein unmittelbarer Befolgungsanspruch als auch die drohende Zwangsausübung im Fall der Nichtbefolgung fehle.

Dieser Ansicht des UVS, dass die Bekanntgabe von Informationen keinen Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt darstelle, ist im Ergebnis zuzustimmen⁴³⁹. Es handelt sich vielmehr um schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, das nicht als normativ angesehen werden kann. Dies wirft natürlich Rechtsschutzprobleme auf. § 64 Abs. 10 sieht deshalb eine Überprüfbarkeit von Investorenwarnungen explizit vor.

Bislang verblieb dem Betroffenen als einzige Möglichkeit Amtshaftungsansprüche geltend zu machen, wenn ein Schaden aus einer verfassungswidrigen Veröffentlichung nachgewiesen werden kann⁴⁴⁰. Das Instrumentarium des Amtshaftungsrechts sieht der VfGH im vorliegenden Erkenntnis als nicht ausreichend an, da es Verschulden und den Eintritt des Schadens voraussetze sowie nur Geldersatz vorsehe.

⁴³⁸ UVS Wien 17.08.2007, UVS-02/13/2281, 2284/2007.

⁴³⁹ So auch *N. Raschauer*, ZFR 2008, 147; *Kalss/Oelkers*, ÖBA 2009, 123.

⁴⁴⁰ Vgl. *N. Raschauer*, ÖZW 2008, 95.

9.2.7 § 65 Berichtspflicht von Abschlussprüfern

In Umsetzung von Art. 21 iVm Art. 15 wird bezüglich der Auferlegung einer Berichtspflicht des Abschlussprüfers auf die eine Berichtspflicht begründenden Tatsachen gemäß § 273 Abs. 2 und 3 UGB verwiesen⁴⁴¹. Dieser Bericht ist an die FMA sowie an die OeNB zu übermitteln.

Stellt der Abschlussprüfer einen erheblichen Verstoß gegen Bestimmungen des ZaDiG oder eine Verschärfung der Risikolage fest oder hat er begründete Zweifel an der Richtig- und Vollständigkeit der Unterlagen, so ist auch in diesem Fall gemäß Abs. 2 der FMA und der OeNB sowie den Geschäftsleitern und dem zuständigen Aufsichtsorgan unverzüglich schriftlich zu berichten.

Auch außerhalb dieser Prüfungsaufträge ist der Abschlussprüfer bei Vorliegen schwerer Ordnungswidrigkeiten zur Verständigung des Aufsichtsratsvorsitzenden verpflichtet. Eine Berichterstattung des Abschlussprüfers im guten Glauben führt für diesen zu einem Haftungsausschluss⁴⁴².

9.2.8 §§ 66 bis 70 Verfahrens- und Strafbestimmungen

Für den Fall des Zuwiderhandelns werden in diesen Bestimmungen in Umsetzung des Art. 81 die entsprechenden Sanktionen normiert, der in seinem Abs. 1 vorsieht, dass diese wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

Gemäß § 66 Abs. 1 ist jemand, der Zahlungsdienste ohne Berechtigung erbringt in Begehung einer Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis zu 50.000 Euro zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden, strafbaren Handlung erfüllt.

⁴⁴¹ Vgl. *Chini*, Aufsichtsrat akutell, 2008 H 3, 6. Dazu auch *Rauter*, JAP 2007/2008/23.

⁴⁴² Vgl. hierzu auch *Karollus*, JBI 2000, 623ff.

Vorgesehen wird zudem die Beschwerdemöglichkeit bei der außergerichtlichen FIN-NET Streitschlichtungsstelle, auf welche die FMA gemäß Abs. 5 Zahlungsdienstnutzer, die einen Verstoß eines Zahlungsinstituts gegen Bestimmungen des ZaDiG zum Schutz der Kundengelder oder einen Verstoß eines Zahlungsdienstleister gegen eine Bestimmung des 3. Hauptstücks (Zahlungsdienste) zur Anzeige bringen, zu verweisen hat.

Die außergerichtliche FIN-NET Streitschlichtungsstelle stellt eine Beschwerde- und Streitbeilegungseinrichtung gemäß Art. 83 dar, die in Österreich von der Gemeinsamen Schlichtungsstelle der Österreichischen Kreditwirtschaft als österreichisches Mitglied von FIN-NET wahrgenommen wird (§ 3 Z 9). Das Netz wurde 2001 auf Initiative der Europäischen Kommission geschaffen.

§ 67 enthält Strafbestimmungen für Verstöße gegen für Zahlungsinstitute und Zahlungsdienstleister maßgebliche Bestimmungen. Konkret werden in den Abs. 1 bis 11 die Verfahrens- und Strafbestimmungen für Verantwortliche iSd § 9 VStG⁴⁴³ eines Zahlungsinstituts, für dessen Abschlussprüfer und für Treuhänder eines Zahlungsdienstnutzers geregelt, die Geldstrafen für Verwaltungsübertretungen von 5.000 bis 50.000 Euro vorsehen, soweit die tatbestandsmäßige Begehung nicht in die Zuständigkeit der Strafgerichte fällt.

Die durchaus originelle Regelung des § 9 VStG zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Organen juristischer Personen dient als spezifisches Unterlassungsdelikt⁴⁴⁴ dazu, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen durch einen Wechsel des Adressatenkreises nicht ins Leere laufen zu lassen⁴⁴⁵. Für die Einhaltung der maßgeblichen Verwaltungsvorschriften durch diese juristische Personen sind nach dieser Bestimmung, soweit nicht sog. verantwortliche Beauftragte iSd § 9 Abs. 2 VStG bestellt sind, jene verantwortlich, die zur Vertretung nach außen befugt sind.

⁴⁴³ Vgl dazu *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage (2004), Seite 1279ff; *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze, 17. Auflage (2008), Seite 229ff.

⁴⁴⁴ So *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Auflage (2009), Seite 423.

⁴⁴⁵ Siehe dazu auch *Grabenwarter*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2008), Seite 146ff.

Als verantwortliche Beauftragte kommen gemäß § 9 Abs. 4 VStG nur Personen in Frage, die ihren Hauptwohnsitz im Inland haben⁴⁴⁶, strafrechtlich verfolgt werden können, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt haben⁴⁴⁷ und in Hinblick auf ihren klar abzugrenzenden Verantwortungsbereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis aufweisen⁴⁴⁸.

Zu den nach § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen befugten Organen zählen jene natürlichen Personen, welche nach dem Gesetz, der Satzung oder auch nach dem Gesellschaftsvertrag zur Außenvertretung berufen sind. Zu diesem Personenkreis zählen nicht nur die Vorstandsmitglieder einer AG oder die Geschäftsführer einer GmbH, ein Bürgermeister einer Gemeinde, sondern nach der Jud des VwGH auch der Masseverwalter der Konkursmasse⁴⁴⁹. Prokuristen sollen jedoch nicht vom Personenkreis der zur Vertretung der juristischen Person nach außen befugten Personen umfasst sein⁴⁵⁰. Die Bestellung, die in der Regel durch zivilrechtlichen Vertrag vonstatten gehen wird, hat zudem in eindeutiger und zweifelsfreier Weise zu erfolgen⁴⁵¹.

In § 68 Abs. 1 und 3 wurden die Sanktionen für Verstöße gegen die ÜberweisungsVO aus dem mit dem In-Kraft-Treten des ZaDiG aufgehobenen ÜbG übernommen, die ebenfalls Geldstrafen von 5.000 bis 50.000 Euro vorsehen.

Der VfGH leitet aus dem die Geschwornen- und Schöffengerichtsbarkeit regelnden Art. 91 B-VG ab, dass von Verfassungen wegen die Organe der Strafgerichtsbarkeit mit der Ahndung von strafbaren Handlungen, die mit schwerwiegender Strafe bedroht sind, zu betrauen sind⁴⁵².

⁴⁴⁶ Dieses Erfordernis gilt nicht für EWR-Bürger, sofern zB durch einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland gemäß § 9 ZustG die Zustellung im Verwaltungsstrafverfahren sichergestellt ist.

⁴⁴⁷ Siehe dazu VwSlg 12.375 A/1987, wonach der Nachweis durch ein Beweismittel geführt werden muss, welcher aus der Zeit vor der Tat stammt.

⁴⁴⁸ Zur Abgrenzung des Aufgabenbereiches vgl VwGH 21.05.2003, 2002/09/0021.

⁴⁴⁹ So VwGH 20.11.2008, 2007/09/0288.

⁴⁵⁰ Siehe VwGH 28.02.1992, 91/10/0187.

⁴⁵¹ Vgl VwGH 11.03.1993, 91/19/0158.

⁴⁵² Beginnend mit VfSlg 12.151/1989.

Für den VfGH sei demnach „nicht im Mindesten zweifelhaft“, dass auch bei außergewöhnlichen und besonders schwerwiegenden Normverstößen keine Verwaltungsstrafdrohung normiert werden solle, die die Grenze von 50.000 bis 60.000 Euro überschreite.

Das Höchstgericht hat diese Rsp in der Vergangenheit auch ausdrücklich gegen die Kritik aus der Lehre⁴⁵³ aufrecht erhalten, sodass es unwahrscheinlich erscheint, dass er von seiner Linie in absehbarer Zukunft abgehen wird, selbst wenn diese vom Schrifttum mit zutreffenden Argumenten angezweifelt wird und der nach dem derzeit geltenden Recht liegenden Höchstbetrag für Geldstrafen nach dem gerichtlichen Tagsatzsystem des § 19 StGB⁴⁵⁴ bei ca. 180.000 Euro liegt⁴⁵⁵.

Für die Verhängung dieser Verwaltungsstrafen ist gemäß § 69 in erster Instanz die FMA zuständig. Über Rechtsmittel gegen diesen Bescheid entscheidet der UVS Wien (§ 51 VStG)⁴⁵⁶. Bei den Verwaltungsübertretungen gemäß § 66 bis 68 kommt es außerdem an Stelle der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 31 Abs. 2 VStG zu einer Verdreifachung auf 18 Monate (§ 69 Abs. 2).

§ 70 rundet die Verfahrens- und Strafbestimmungen mit der Regelung ab, dass kein Anspruch auf Vergütungen, Kosten und Entgelte bei der unberechtigten Erbringung von Zahlungsdiensten, Kreditgewährung oder Entgegennahme von Einlagen besteht. Entgegenstehende Vereinbarungen sowie mit diesen Geschäften verbundene abgegebene Sicherheiten sind rechtsunwirksam. Die Rechtsunwirksamkeit dieser Vereinbarungen führt allerdings nicht zur Rechtsunwirksamkeit des ganzen Geschäfts.

⁴⁵³ Vgl. *Öhlinger*, ÖJZ 1991, 217ff; *Miklau*, ÖJZ 1991, 361ff; *Burgstaller* in Korinek/Holoubek, B-VG (2007), Art. 91 Rz 42 mit Nachweisen aus der Jud.

⁴⁵⁴ Zur Höhe des Tagsatzes siehe *Rosbaud/Tischler* in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, StGB, Band I (2009), § 19 Rz 13ff; *Lässig* in Höpfel/Ratz, StGB, Band I, 2. Auflage (2007), § 19 Rz 7ff.

⁴⁵⁵ Für diese Grenze eintretend *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 272.

⁴⁵⁶ Zum Rechtsschutzverfahren siehe *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage (2004), Seite 1619ff, mit umfangreichen Nachweisen aus der Rsp; vgl. hierzu auch *Walter/Thienerl*, Verwaltungsverfahrensgesetze, 17. Auflage (2008), Seite 145ff; zu den Besonderheiten des Verfahrens vor den UVS *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band IV (2009), Seite 358f; *Fasching/Schwartz*, Verwaltungsverfahrenrecht im Überblick, 4. Auflage (2009), Seite 77f.

9.2.9 § 71 Kontaktstelle und Informationsaustausch

§ 71 hat den Informationsaustausch zwischen der FMA und den anderen zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zum Inhalt. Dieser Informationsaustausch betrifft die Aufsicht über Zahlungs- und Abwicklungssysteme, den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Bei begründetem Anlass zur Vermutung, dass ein Verstoß gegen die Zahlungsdienste-RL seitens eines Unternehmens vorliegt, das nicht der Aufsicht der FMA unterliegt, so hat diese diesen Umstand der zuständigen Behörde des anderen Mitgliedstaats mitzuteilen.

Erhält die FMA ihrerseits eine solche Mitteilung von einer anderen zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates, so hat sie geeignete Maßnahmen zu treffen und diese Behörde dann über den Ausgang dieser Maßnahmen sowie über wesentliche zwischenzeitliche Entwicklungen zu informieren.

9.2.10 § 72 Zusammenarbeit bei der Überwachung, Überprüfung vor Ort und bei Ermittlungen

§ 72 regelt die Zusammenarbeit zwischen der FMA und den zuständigen Behörden in den anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf Überwachung, Vor-Ort-Prüfungen sowie Ermittlungen. Konkret kann die FMA nach Abs. 1 die zuständige Behörde im anderen MS zur Zusammenarbeit in diesen Punkten ersuchen. Die FMA wiederum hat der Partnerbehörde für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben die erforderlichen Informationen, die sich aus dem ZaDiG ergeben, zu übermitteln. Dies betrifft insbesondere Zuwiderhandlungen eines Agenten, einer Zweigstelle oder einer Geschäftseinheit, zu der Tätigkeiten ausgelagert werden.

Sofern der BMF zum Abschluss von Übereinkommen gemäß Art. 66 Abs. 2 B-VG berechtigt ist, kann er nach Abs. 3 auf gemeinsamen Vorschlag von FMA und OeNB mit zuständigen Behörden Abkommen über die genaue Ausgestaltung der Zusammenarbeit schließen⁴⁵⁷.

9.2.11 § 73 Befugnisse als Aufnahmemitgliedstaat

Die FMA kann als zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats in Ausübung der ihr nach dem ZaDiG zukommenden Befugnisse von den Zweigstellen der Zahlungsinstitute gemäß § 12 jene Angaben verlangen, die zur Kontrolle der Einhaltung der auf diese Unternehmen anwendbaren Bestimmungen erforderlich sind. Als Aufnahmemitgliedstaat ist gemäß § 3 Z 2 jener Mitgliedstaat anzusehen, in dem ein Zahlungsdienstleister einen Agenten oder eine Zweigstelle hat oder Zahlungsdienste erbringt und der nicht der Herkunftsmitgliedstaat dieses Zahlungsdienstleisters ist.

9.2.12 § 74 Sicherungsmaßnahmen

In Umsetzung der Art. 24 Abs. 1, 25 Abs. 2, 4 und 5 hat die FMA gemäß Abs. 1 als zuständige Behörde, wenn sie klare und nachweisliche Gründe zu der Annahme hat, dass ein in Österreich im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs tätiges Zahlungsinstitut gegen die aus dem ZaDiG oder aus der Verordnung (EG) über grenzüberschreitende Zahlungen oder aus der Verordnung (EG) über die Übermittlung von Angaben zum Auftraggeber bei Geldtransfers erwachsenen Pflichten verstößt, ihre Erkenntnisse der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats mitzuteilen.

Wenn die FMA als zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats eine Verletzung der österreichischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Zuständigkeit der FMA als Behörde des Aufnahmemitgliedstaats gemäß § 59 Abs. 1 und 2 durch ein Zahlungsinstitut feststellt, so hat diese gemäß Abs. 2 das betreffende Zahlungsinstitut aufzufordern, binnen drei Monaten den rechtmäßigen Zustand herzustellen.

⁴⁵⁷ Zu den Voraussetzungen dieser Kompetenz siehe *Raschauer* in Korinek/Holoubek, B-VG (2007), Art. 66 Rz 6f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 222.

Für den Fall, dass das Zahlungsinstitut dieser Aufforderung nicht nachkommt, so hat die FMA alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, damit dieses Zahlungsinstitut den rechtmäßigen Zustand wieder herstellt. Die Art der Maßnahme ist dann den zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaats mitzuteilen.

Durch Abs. 3 wird der FMA die Verpflichtung auferlegt, jede Maßnahme nach Abs. 1, 2 oder 3, welche Sanktionen oder Einschränkungen der Tätigkeit des Zahlungsinstituts zum Inhalt haben, ordnungsgemäß zu begründen und dem betreffenden Zahlungsinstitut mitzuteilen.

Falls ein Zahlungsinstitut, welches Tätigkeiten in einem MS durch eine Zweigstelle erbringt, trotz Aufforderung seitens der zuständigen Behörden den rechtmäßigen Zustand herzustellen, weiter die nationalen Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats verletzt, dann hat die FMA nach Verständigung der zuständigen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats geeignete Maßnahmen nach § 64 Abs. 8 zu setzen, um den rechtmäßigen Zustand im Aufnahmemitgliedstaat herzustellen⁴⁵⁸. Die zuständige Behörde des Aufnahmemitgliedstaats ist davon sodann unverzüglich schriftlich in Kenntnis zu setzen (Abs. 4).

Gleiches gilt nach Abs. 5 im Falle eines Konzessionsentzugs für ein Zahlungsinstitut gegenüber den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, in denen das Zahlungsinstitut seine Tätigkeit ausübt.

⁴⁵⁸ Vgl dazu auch die Ausführungen zu § 64 auf Seite 146ff.

9.2.13 § 75 Übergangsbestimmungen

Die Übergangsbestimmungen des § 75 ergehen in Umsetzung der Art. 88 Abs. 1 und 3, 93 und 94.

Die Übergangsbestimmung in Abs. 1 verfolgt den Zweck, es Kreditinstituten, deren Konzession auf das Finanztransfergeschäft beschränkt ist und ihre Konzession nach BWG am 1. Mai 2011 verlieren, aus Sachlichkeitsgesichtspunkten zu ermöglichen, die Zahlungsinstitutskonzession in einem vereinfachten Verfahren unter der Voraussetzung zu erlangen, dass die Konzessionsvoraussetzungen erfüllt sind⁴⁵⁹.

Zudem wurde in dieser Bestimmung auch die Übergangsbestimmung des Abs. 2 eingefügt, der bereits mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft trat. Danach können das Zahlungsinstrumentengeschäft und das digitalisierte Zahlungsgeschäft bis längstens 30. April 2011 weiter erbracht werden, sofern das betroffene Unternehmen bis spätestens 31. Oktober 2009 eine ZaDiG-Konzession beantragt hat⁴⁶⁰.

9.2.14 § 76 Verweise und Verordnungen

Diese Bestimmung hat die Geltung von Verweisen und Verordnungen zum Inhalt.

9.2.15 § 77 Sprachliche Gleichbehandlung

§ 77 sieht die sprachliche Gleichbehandlung von Frauen und Männern vor.

⁴⁵⁹ Vgl. EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 75.

⁴⁶⁰ Siehe hierzu auch *Fletzberger*, ZFR 2009, 164.

9.2.16 § 78 Vollziehung

Die Vollzugsklausel des § 78 bestimmt, dass mit der Vollziehung des ZaDiG teils das Bundesministerium für Justiz, teils der BMF im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Justiz sowie der BMF selbst betraut ist.

9.2.17 § 79 In-Kraft-Treten

Durch diese Regelung trat das ZaDiG richtlinienkonform mit 1. November 2009 in Kraft. Die einzige zeitliche Abweichung betrifft die Übergangsbestimmung des § 75 Abs. 2, die bereits mit dem der Kundmachung folgenden Tag (16. Juli 2009) in Kraft trat.

9.2.18 Änderungen BWG

§ 1 Abs. 1 Z 6:

Diese durch die Umsetzung der Zahlungsdienste-RL notwendige gewordene Änderung dient der Abgrenzung des bereits bestehenden Bankgeschäftes der Kreditausgabe und Kreditverwaltung zum Zahlungskartengeschäft, welches im § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b Z 3 und Z 3 geregelt ist⁴⁶¹. Sämtliche Dienste nach der Konzession gemäß § 1 Abs. 1 Z 6 BWG können nach § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b, Z 3 iVm Z 4 ohne die für Zahlungsinstitute maßgebliche zeitliche Einschränkung der Kreditierung auf zwölf Monate erbracht werden⁴⁶².

§ 1 Abs. 1 Z 23:

Diese Änderung des BWG hatte deswegen zu erfolgen, da es sich beim Konzessionstatbestand des Finanztransfergeschäfts um einen Zahlungsdienst handelt, für welchen eine Konzession als Zahlungsinstitut ausreicht und keine Konzession als Kreditinstitut mehr erfordert. Mit dem In-Kraft-Treten des ZaDiG entfällt somit die Konzessionspflicht nach § 1 Abs. 1 Z 23 BWG. Dieser Entfall und die angesprochene Neufassung des § 1 Abs. 1 Z 6 machten die in § 103j BWG normierte Konzessionsüberleitung notwendig.

§ 1 Abs. 2 Z 7:

Die Bestimmung dient der Aufnahme von Zahlungsdiensten in den Katalog der Geschäfte, die Finanzinstitute erbringen dürfen. Als Teil der KI-Gruppe sind Zahlungsinstitute nun in die Konsolidierung miteinzubeziehen, um eine unzulässige Mehrfachverwendung von Eigenmitteln auszuschließen⁴⁶³.

⁴⁶¹ Zu den Bankgeschäften des BWG siehe *Hlawati/Calice*, *ecolex* 1994, 270ff.

⁴⁶² Vgl auch *Karas/Traxler/Waldherr* in Dellinger, *BWG* (2008); § 1 Rz 54ff.

⁴⁶³ Siehe EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 1 Abs. 2 Z 7 BWG.

§ 1 Abs. 3:

Diese Bestimmung war entsprechend anzupassen, da die Konzession für das Giro- oder das Einlagen- und Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Z 1 bis 3 BWG) bereits durch die Konzession gemäß § 1 Abs. 3 BWG iVm § 1 Abs. 2 Z 1 bis 3 und 6 abgedeckt ist. Das Finanztransfergeschäft war schon bisher von der Legalkonzession dieser Bestimmung erfasst⁴⁶⁴.

§ 3 Abs. 1 Z 9:

Kreditinstitute, die lediglich über eine Konzession für das Finanztransfergeschäft verfügen, sind berechtigt, auf dessen Grundlage bis zum 30. April 2011 ihre Dienste auch weiterhin zu erbringen, sofern sie diese bereits vor dem 25. Dezember 2009 erhalten haben.

§ 23 Abs. 13 Z 3 und 4:

Durch diese Änderung des BWG wird klargestellt, dass auch sämtliche Zahlungsinstitute, ungeachtet dessen, ob sie FI iSd RL 2006/48/EG sind oder nicht, die in § 23 Abs. 13 angeführten Positionen von ihren Eigenmitteln abzuziehen haben, um eine unzulässige Mehrfachverwendung auszuschließen⁴⁶⁵.

§ 34:

Durch das ZaDiG kam es zu teilweisen inhaltlichen Überschneidungen bei den Informationspflichten des Verbrauchergirokontovertrags. Zur Klarstellung war eine entsprechende inhaltliche Reduzierung des § 34 BWG nötig, damit nicht gleichzeitig über dieselben Inhalte nach BWG und ZaDiG informiert werden muss⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Vgl auch *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG, Band I (2005); § 1 Rz 169ff.

⁴⁶⁵ Vgl auch *Göth*, aaO, § 23 Rz 95ff.

⁴⁶⁶ Vgl *Koch* in *Dellinger*, BWG, Band II (2008), § 34 Rz 16ff; *Laurer* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz*, BWG, 3. Auflage (2008), § 34 Rz 2ff.

§ 37 Abs. 3:

Die Ausführungsfrist, der gutzuschreibende Betrag, das Wertstellungsdatum sowie die Verfügbarkeit werden im ZaDiG einheitlich für alle Zahlungsdienstleister geregelt. Für Konten und Zahlungen, welche nicht in dessen Anwendungsbereich fallen, bleibt auch weiterhin die Wertstellungsverpflichtung des § 37 anwendbar. Nach den Gesetzesmaterialien soll dies für Bausparansparkonten oder für auch Kreditkonten, deren Inhaber das Kreditinstitut selbst ist, gelten⁴⁶⁷.

§ 40 Abs. 8:

In Ausübung des in Art. 15 Abs. 2 normierten Wahlrechts werden nunmehr auch Zahlungsinstitute als Dritte für Zwecke der Kundenidentifikation anerkannt.

9.2.19 Änderungen VAG

§ 73b Abs. 4a Z 1 und § 86i Abs. 9:

In Umsetzung des Art. 7 Abs. 2 werden in der angeführten Bestimmung nun sämtliche Zahlungsinstitute, unabhängig davon, ob diese auch die Eigenschaft eines Finanzinstituts iSd RL 2006/48/EG aufweisen oder nicht, umfasst.

9.2.20 Änderungen ÜbG

Art. 93 sieht die Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen vor, welche die Basis für das Überweisungsgesetz bildete. Das Überweisungsgesetz war deshalb aufzuheben. Die bisher im Überweisungsgesetz normierten Sanktionsbestimmungen und Informationsverpflichtungen wurden in § 68 Abs. 1 bis 3 des ZaDiG übergeleitet.

⁴⁶⁷ Vgl. EBRV 2007 BlgNR XXIV. GP zu § 37 BWG.

9.2.21 Änderungen FMABG

§ 2 Abs. 1:

Durch den geänderten § 2 Abs. 1 wird die Zuständigkeit für die Beaufsichtigung von Zahlungsinstituten innerhalb der FMA festgelegt.

§ 19 Abs. 5 und 5a:

Der OeNB wird, analog zu den Bestimmungen zur Vor-Ort-Prüfung von Banken, auch für die Vor-Ort-Prüfungen der Zahlungsinstitute ein Anspruch auf Erstattungsbeiträge eingeräumt.

§§ 22b, 22c und 22d:

Durch den neu eingefügten Verweis auf § 66 Abs. 1 ZaDiG wird die Kompetenz der FMA zur Verfolgung des unerlaubten Geschäftsbetriebs nunmehr auch auf Zahlungsinstitute erweitert.

9.2.22 Änderungen FernFinG

§ 5 Abs. 4:

In Umsetzung des Art. 90 Abs. 1 war auch diese Bestimmung an das ZaDiG anzupassen, da § 5 FernFinG auf Zahlungsdienste gemäß § 1 Abs. 2 nur sehr eingeschränkt Anwendung findet, weil dessen Informationspflichten nunmehr bereits durch § 28 abgedeckt werden.

9.2.23 Änderungen KSchG

§ 28a Abs. 1:

Verbraucherschutzverbänden werden in Umsetzung von Art. 80 Abs. 1 auch im Bereich der Zahlungsinstitute ausreichende Rechtsmittelmöglichkeiten eingeräumt.

§ 31a:

In Umsetzung von Art. 89 und Art. 90 Abs. 2 hatte diese Bestimmung, welche die missbräuchliche Verwendung von Zahlungskarten oder Daten bei einem Vertragsabschluss im Fernabsatz regelte, zu entfallen.

10. Zwischenzeitliche Novellierungen seit In-Kraft-Treten des ZaDiG idF BGBl I 2009/66

Seit dem In-Kraft-Treten des ZaDiG am 1. November 2009 wurde dieses im Rahmen verschiedenster Legistikprojekte bereits mehrfach novelliert, worauf im Folgenden eingegangen wird.

10.1 Novelle BGBl I 2009/152 (sog. Prozyklizitätsnovelle)

Im Zuge der am 31. Dezember 2009 in Kraft getretenen sog. Prozyklizitätsnovelle, dessen Zielsetzung in der Begrenzung prozyklischer Effekte im Bankwesen durch ein gezieltes Ausnützen nationaler Spielräume bestand, wurde neben einer marginalen redaktionellen Berichtigung des § 25 Abs. 3⁴⁶⁸ im Rahmen einer Verordnungsermächtigung in § 64 Abs. 12 für die FMA die Möglichkeit geschaffen, Informationsübermittlungen von Zahlungsinstituten ausschließlich in elektronischer Form zu erhalten. Damit wurde eine gesetzliche Grundlage für die von der Aufsicht betriebene sog. „incoming-platform“ geschaffen, wodurch Verwaltungsvereinfachungen bei den Instituten und der FMA erzielt wurden.

10.2 Novelle BGBl I 2010/28 (DaKRÄG)

Mit dem In-Kraft-Treten des DaKRÄG am 11. Juni 2010 wurden auch im ZaDiG Anpassungen vorgenommen, die sich in folgende 3 Gruppen gliedern lassen:

⁴⁶⁸ Das Wort „diese“ wurde durch das Wort „eine“ ersetzt.

10.2.1 Umsetzung Verbraucherkredit-RL

Durch den Entfall des § 33 BWG und der Änderungen der §§ 34 und 35 BWG aufgrund der Umsetzung der RL 2008/48/EG waren diese BWG-Verweise im ZaDiG anzupassen⁴⁶⁹.

10.2.2 Änderung durch Korrigendum

Des Weiteren wurden die Korrigenda zu Art. 54 und 88 der PSD umgesetzt, um die seitens des europäischen Gesetzgebers gewünschten Klarstellungen vorzunehmen⁴⁷⁰.

10.2.3 Umsetzung VO (EG) über grenzüberschreitende Zahlungen im Inland

Was eine Umsetzung von EG-Verordnungen betrifft, so normiert Art. 288 Abs. 2 AEUV, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt werden müssen. Eine Umsetzung ist vielmehr sogar unzulässig („Umsetzungsverbot“)⁴⁷¹. In manchen Fällen enthalten EG-Verordnungen, wie auch die ÜberweisungsVO, allerdings einzelne Artikel, welche Anpassungen seitens des nationalen Gesetzgebers an das innerstaatliche Recht ausdrücklich vorsehen.

Die Sanktionsbestimmungen der VO (EG) Nr. 924/2009⁴⁷² wurden in § 68 umgesetzt. Bei Verstoß gegen Bestimmungen dieser Verordnung sind nunmehr Geldstrafen bis zu 30.000 Euro vorgesehen. Auch wurden seitens des Gesetzgebers die in anderen Bestimmungen enthaltenen Verweise an diesen europäischen Rechtsakt angepasst⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Vgl §§ 2 Abs. 3, 6 Abs. 1 Z 10, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 und 5, 14 Abs. 1, 19 Abs. 2 und 5, 22 Abs. 2, 26 Abs. 7, 59 Abs. 1 sowie § 67 Abs. 6, 7, 8 und 11.

⁴⁷⁰ Vgl §§ 1 Abs. 3 Z 1, 2 Abs. 2 Z 1, 26 Abs. 6, 34 Abs. 4 sowie § 75 Abs. 1.

⁴⁷¹ Siehe EuGH Rs 34/73 *Variola*, Slg 1973, 981.

⁴⁷² Siehe Art. 3, 4, 6, 7, 8 und 13.

⁴⁷³ Vgl §§ 59 Abs. 2, 66 Abs. 3 sowie § 74 Abs. 1.

Im Zuge der Erlassung des DaKRÄG wurden darüber auch weitere geringfügige redaktionelle Berichtigungen und Klarstellungen im ZaDiG vorgenommen⁴⁷⁴.

10.3 Novelle BGBl I 2010/29 (IRÄG 2010)

Die mit 1. Juli 2010 in Kraft getretenen umfassenden Änderungen des Insolvenzrechts brachten auch eine Anpassung des ZaDiG an diese neuen Regelungen mit sich.

§ 275 Abs. 2 IRÄG 2010 normiert, dass in allen Bundesgesetzen und Verordnungen, in denen auf die „Konkursordnung“ verwiesen wird, dieser Begriff durch „Insolvenzordnung“ ersetzt werden soll.

In Folge dessen wurde auch im ZaDiG im Schlussteile des § 17 sowie in § 57 Abs. 4 und § 58 Abs. 1 der Begriff „Konkursordnung“ durch „Insolvenzordnung“ ersetzt.

10.4 Novelle BGBl I 2010/37 (Geldwäsche-Novelle)

Mit der am Tag nach deren Kundmachung (15. Juni 2010) in Kraft getretenen Geldwäsche-Novelle, die eine Ausweitung der Verdachtsmeldungen von Finanzinstituten, mehr Kompetenzen für die Geldwäschemeldeinstelle im BMI und die FMA sowie klarere Befugnisse für Geldwäschebeauftragte vorsieht, wurden auch im ZaDiG geringfügige Änderungen vorgenommen.

⁴⁷⁴ Vgl §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 1, 3 Z 4 lit. b (Punkt 2 bis 10), 64 Abs. 1 Z 2, 67 Abs. 6, 7, 8 und 11, 76 Abs. 2 Z 3 und 4 sowie § 78.

So wird in § 64 Abs. 11 bei Verdacht der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung seitens der FMA bezüglich der Meldepflicht bei der zuständigen Behörde durch die Änderung der Formulierung "Behörde (§ 6 SPG)" auf "Geldwäschemeldestelle (§ 4 Abs. 2 des Bundeskriminalamt-Gesetzes, BGBl I Nr. 22/2002)" nunmehr eindeutig klargestellt, dass die im Bundeskriminalamt eingerichtete Geldwäschemeldestelle (A-FIU) als nationale Zentralstelle für den Empfang von Verdachtsmeldungen betreffend Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung zuständig ist, wie dies von Empfehlung 26 der sog. „40+9 Empfehlungen“ der Financial Action Task Force (FATF) vorgesehen ist.

Weiters wurde in § 67 Abs. 11 bei Verstößen eines Verantwortlichen des Zahlungsinstituts iSd § 9 VStG gegen seine ihm aus der Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung erwachsenden Pflichten⁴⁷⁵ ein Strafrahmen von bis zu sechs Wochen Freiheitsstrafe oder ein eine Geldstrafe bis zu 75.000 Euro festgelegt, sofern die Tat nicht in die Zuständigkeit der Strafgerichte fällt.

Auffallend ist, dass die Höhe dieser Geldstrafe von 30.000 Euro auf den genannten Betrag mehr als verdoppelt wurde, was auch vor dem Hintergrund des internationalen Drucks auf Österreich in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu sehen ist.

Des Weiteren steht die Höhe dieser von der FMA als Verwaltungsbehörde zu verhängenden Geldstrafe mit der überholten Jud des VfGH nicht in Einklang⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Vgl §§ 40, 40a, 40b, 40c, 40d, 41 Abs. 1 bis 4 BWG.

⁴⁷⁶ Siehe dazu auch die Ausführungen auf Seite 153.

10.5 Novelle BGBl I 2010/58 (IRÄG-BG)

In Anpassung an das neue Insolvenzrecht wurde durch diese Sammelnovelle in § 7 Abs. 1 Z 9 der Begriff „Zwangsausgleich“ durch jenen des „Sanierungsplanes“ sowie in § 49 Abs. 1 die Termini „Ausgleichsverfahren“ durch „Sanierungsverfahren“ und „Zwangsausgleich“ durch „Sanierungsplanantrag“ ersetzt.

10.6 Novelle BGBl I 2010/107 (Umsetzung E-Geld-RL)

Auch aufgrund der bis 30. April 2011 vorzunehmenden Umsetzung der E-Geld-RL durch das E-Geldgesetz 2010, das neue Aufsichtsanforderungen für E-Geld-Institute unter Ausweitung des Tätigkeitsfeldes vorsieht, wird eine Novellierung des ZaDiG vorzunehmen sein.

Der Ministerialentwurf vom 19. Juli 2010 zu diesem Gesetzesprojekt sieht neben der Herstellung der Konsistenz des ZaDiG mit dem E-Geldgesetz 2010⁴⁷⁷, redaktionellen Anpassungen und Klarstellungen⁴⁷⁸ infolge der Umsetzung des Art. 5 der E-Geld-RL in § 15 Abs. 1 ein Verbot der mehrfachen Verwendung von Eigenmitteln vor, falls das E-Geld-Institut derselben Gruppe wie das Zahlungsinstitut angehört.

Weitere geplante Änderungen betreffen § 17. In dessen Abs. 1 soll künftig angeordnet werden, dass zur Sicherung der Kundengelder diese in sichere, liquide Aktiva mit niedrigem Risiko zu veranlagen sind.

⁴⁷⁷ Vgl §§ 7 Abs. 2 Z 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 1 Z 12 und 13, 12 Abs. 3 und 6, 23 Abs. 1 und 25 Abs. 3.

⁴⁷⁸ Vgl §§ 1 Abs. 3 Z 3, 2 Abs. 2 Z 2, 3 Z 9 und 14, 5 Abs. 1 und 3, 3 (Schlussteil), 6 Abs. 1 Z 1, 33 Abs. 3 Z 3 und Abs. 4.

In Abs. 4 soll hierzu eine Begriffsdefinition dieser sicheren, liquiden Aktiva vorgenommen werden, wonach darunter Aktiva, die unter eine der Kategorien gemäß Anhang I Nummer 14 Tabelle 1 der Kapitaladäquanz-RL⁴⁷⁹ fallen, zu verstehen sind. Die FMA soll jedoch in außergewöhnlichen Fällen mit Verordnung bestimmte Aktiva von dieser Qualifizierung ausnehmen können.

⁴⁷⁹ RL 2006/49/EG vom 14. Juni 2006 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten.

11. Die Umsetzung der Zahlungsdienste-RL in Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Zahlungsdienste-RL gegenüber seinem österreichischen Pendant insofern für eine andere Lösung entschieden, als der aufsichtsrechtliche Teil und der zivilrechtliche Teil in verschiedenen Gesetzen implementiert wurden⁴⁸⁰.

11.1 Aufsichtsrechtlicher Teil

Durch die Schaffung des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes⁴⁸¹ (ZAG) wurde Titel II der Zahlungsdienste-RL, die Erbringung von Zahlungsdiensten durch Zahlungsinstitute, in Deutschland umgesetzt. Notwendige Änderungen wurden darüber hinaus im Kreditwesengesetz⁴⁸² sowie in sonstigen Gesetzen mit Aufsichtsbezug durch marginale Änderungen entsprechend den Vorgaben der Zahlungsdienste-RL vorgenommen⁴⁸³. Angepasst wurde ferner die Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz⁴⁸⁴.

Wichtige Regelungsinhalte betreffen, in Verbindung mit der weitest gehenden Streichung des Girogeschäfts als Teil des Bankgeschäfts, die Überführung des Girogeschäfts als Teil des Bankgeschäfts in das ZAG. Im ZAG wird weiters auf den eng gefassten europäischen Kreditinstitutsbegriff abgestellt.

⁴⁸⁰ Vgl auch *Rösler/Werner*, BKR 2009, 1ff.

⁴⁸¹ Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz - ZAG) vom 31.10.2009 (BGBl I S. 1506).

⁴⁸² Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I S. 2776).

⁴⁸³ So das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 22. April 2002 (BGBl I S. 1310), das Geldwäschegesetz vom 13. August 2008 (BGBl I S. 1690), das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten, bereinigten Fassung, das Versicherungsaufsichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl 1993 I S. 2) sowie das Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank vom 4. September 2002 (BGBl I S. 3646).

⁴⁸⁴ Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 29. April 2002 (BGBl I S. 1690).

Dies hat zur Folge, dass Kreditinstitute, die keine Einlagenkreditinstitute sind und Zahlungsdienste iSd ZAG erbringen, sowohl den Anforderungen des dKWG als auch jenen des ZAG unterliegen.

11.2 Zivilrechtlicher Teil

Die Implementierung des zivilrechtlichen Teils der PSD erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienste-RL sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht⁴⁸⁵.

In den geänderten §§ 675c bis § 676c BGB⁴⁸⁶ werden Zahlungsdienste nunmehr als Sonderfall des Geschäftsbesorgungsvertrags geregelt. Maßgebliche Regelungsinhalte bestehen in den Vorschriften zum Zahlungsdienstesrahmenvertrag sowie dessen Änderung, in jenen zur Ausführung von Autorisierung von Zahlungen, Entgelten und Wertstellung sowie in den Vorschriften zur Haftung von Zahlungsdienstnutzern und Dienstleistern⁴⁸⁷.

Das ZAG, welches den rechtlichen Rahmen für die Umsetzung des aufsichtsrechtlichen Teil bildet, und die geänderten bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zur Umsetzung des zivilrechtlichen Teils der PSD traten richtlinienkonform einen Tag früher als in Österreich, mit 31. Oktober 2009, in Kraft⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Vgl hierzu auch *Rühl*, DStR 2009, 2256ff.

⁴⁸⁶ Bürgerliches Gesetzbuch idF vom 2. Februar 2002 (BGBl I S 42, 2909; 2003 I S. 738).

⁴⁸⁷ Zum Gesetzesentwurf vgl *Kulke*, VuR 2009, 12ff; zu den Sorgfaltspflichten im neuen Zahlungsdiensterecht siehe detailreich *Hossenfelder*, CR 2009, 790ff.

⁴⁸⁸ BGBl 2009, Teil I, Nr. 49, Seite 2355.

12. Die Richtlinie als Rechtsinstrument

Richtlinien stellen als Mittel zur Rechtsangleichung das zentrale Instrument des mittelbaren Vollzugs von Unionsrecht dar. Mit Blick auf die PSD und die damit angestrebte einheitliche europäische Zahlungsverkehrslandschaft war die Wahl des Rechtsinstruments Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 Abs. 3 EGV)) für ein einheitliches Zahlungsdiensteregime folgerichtig.

Durch die Zielvorgabe einheitlicher, gemeinschaftsweit einsetzbarer Instrumente und Verfahren für Zahlungen innerhalb der EG statuiert die Zahlungsdienste-RL einen verbindlichen SEPA-Rechtsrahmen. Mit Hilfe klarer, zeitlich definierter mitgliedstaatlicher Umsetzungspflichten sowie von Spielräumen zur Berücksichtigung und Erhaltung nationaler Besonderheiten fokussiert die Richtlinie, als „milderes Mittel“ im Gegensatz zur Verordnung (Art. 288 Abs. 1 AEUV (ex Art. 249 Abs. 2 EGV)), die schrittweise Rechtsangleichung. Die PSD vereinheitlicht auf EG-Ebene das vorhandene, aber lückenhafte Zahlungsverkehr-Sekundärrecht⁴⁸⁹.

Nachdem nunmehr die Trennung zwischen grenzüberschreitenden und inländischen Zahlungen innerhalb der EU entfällt, gelten auf Grundlage von EU-Preisverordnung und der Zahlungsdienste-RL einheitliche Gebühren und Entgelte für alle Überweisungen innerhalb des Binnenmarkts⁴⁹⁰.

12.1 Bindungswirkung von Richtlinien

Richtlinien entfalten gegenüber den Mitgliedstaaten grundsätzlich nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels Bindungswirkung. Sie können sich entweder an einen einzelnen Mitgliedstaat, an mehrere oder auch an alle Mitgliedstaaten richten.

⁴⁸⁹ Geändert werden die Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG.

⁴⁹⁰ Siehe EG 5; *Burgard*, WM 2006, 2065ff; vgl auch *Hoffmann*, EuZW 2002, 67ff.

Falls eine Richtlinie nicht⁴⁹¹ oder nicht ausreichend⁴⁹² umgesetzt worden ist, kann sich der Rechtsunterworfene dann gegenüber dem Staat, insb vor Gerichten und Verwaltungsbehörden, auf deren Bestimmungen berufen, wenn diese inhaltlich als „unbedingt und hinreichend genau“⁴⁹³ anzusehen sind.

Demgegenüber kann sich der Normunterworfene auf Vorschriften einer Richtlinie, welche Verpflichtungen für das Handeln anderer Privater zum Inhalt haben, gegenüber diesen nicht berufen (zB im Bereich des Konsumentenschutzes)⁴⁹⁴.

12.2 Gemeinschaftskonforme Auslegung

Eng mit der Verpflichtung zur unmittelbaren Anwendung des Unionsrechts hängt das Gebot der gemeinschaftskonformen Interpretation zusammen. Die de facto bedeutsamste Ausprägung dieser Interpretation stellt jene der richtlinienkonformen Auslegung dar, deren Begründung seitens des EuGH im Loyalitätsgebot der Mitgliedstaaten gesehen wird.

12.2.1 Richtlinienkonforme Auslegung

In stRsp hat der EuGH seit Beginn der achtziger Jahre die Verpflichtung der nationalen Instanzen zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts entwickelt⁴⁹⁵. Nach dessen Ansicht habe sich die Auslegung von innerstaatlichem Recht am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, damit das mit der Richtlinie verfolgte Ziel auch tatsächlich erreicht werde⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Vgl EuGH Rs 70/83 *Kloppenborg*, Slg 1984, 1075.

⁴⁹² Vgl EuGH Rs 13/83 *von Colson und Kamann*, Slg 1984, 1891.

⁴⁹³ EuGH Rs 8/81 *Becker*, Slg 1982, 53.

⁴⁹⁴ Vgl EuGH Rs C-91/92 *Faccini Dori*, Slg 1994, I-3347.

⁴⁹⁵ Vgl EuGH Rs 14/83 *von Colson und Kamann*, Slg 1984, I-1891; Rs C-456/98 *Centrosteeel*, Slg 2000, I-4941; vgl auch *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521ff.

⁴⁹⁶ Vgl EuGH Rs 79/83 *Harz*, Slg 1984, 1921, Rz 26; Rs C-421/32 *Habermann-Beltermann*, Slg 1994, I-1657, Rz 10; Rs C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo Editorial*, Slg 2000, I-4941, Rz 30; Rs C-379/01 bis C-403/01 *Pfeiffer*, Slg 2004, I-8835, Rz 113 mwN.

Die dem Richtlinien text beigefügten Erwägungsgründe stellen ein überaus bedeutendes Hilfsmittel für dessen Interpretation dar, weil sich aus diesen die einzelnen Grundüberlegungen und Regelungsziele der Bestimmungen erhellen.

Mit weiteren Materialien zu einer Richtlinie, wie beispielsweise Stellungnahmen eines Ausschusses oder eines Gremiums des Europäischen Parlaments, lassen sich in der Regel hingegen leider keine besonderen Auslegungsschritte erzielen.

Sehr viele Aspekte der richtlinienkonformen Interpretation finden sich somit in der ständigen Jud des EuGH und stoßen auch in der Lit auf meist einhellige Zustimmung. An dieser Stelle wird deshalb auf den Adressatenkreis und den bezogenen nationalen Regelungen nicht näher einzugehen sein⁴⁹⁷.

Im Schrifttum herrscht grundsätzliche Einigkeit darüber, dass zumindest jene nationalen Normen, die in Ausführung einer Richtlinie erlassen worden sind, unter Zuhilfenahme der Richtlinie auszulegen sind⁴⁹⁸. Dieser Ansicht kann nur vollinhaltliche Zustimmung zuteil werden, weil der nationale Gesetzgeber mit der Umsetzung in innerstaatliches Recht die Richtlinienvorgaben ja umsetzen wollte.

In diesem Sinne kommt auch der VfGH im „*Mineralwasser-Fall*“, seinem ersten Fall einer richtlinienkonformen Auslegung, zu dem Ergebnis, dass die unionsrechtskonforme Interpretation einer nachweislichen, im Gesetzestext jedoch unklar ausgedrückten Absicht des nationalen Normsetzers vorangehe⁴⁹⁹.

Ein österreichisches Gericht ist demnach verpflichtet, unabhängig von der sonstigen dogmatischen Behandlung der richtlinienkonformen Auslegung, diesen Willen des Normengebers in dessen Urteilsfindung zu berücksichtigen.

⁴⁹⁷ Siehe hierzu statt vieler *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht, 3. Auflage (2006), Seite 91f.

⁴⁹⁸ Siehe zB *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung (1994), Seite 127ff; *Klamert*, JBl 2008, 158; *B. Jud*, ÖJZ 2003, 521.

⁴⁹⁹ Vgl VfSlg 14.391/1995.

Dies kann aber freilich nur gelten, wenn das auszulegende Recht überhaupt einen Interpretationsspielraum offen lässt. Eine solche der Auslegung vorangehende Beurteilung bestimmt sich nach innerstaatlichem Recht und fällt in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte.

Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung?

Im Zusammenhang mit dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung stellt sich die Frage, ob der nationale Richter verpflichtet ist, die richtlinienkonforme Auslegung vorrangig anzuwenden. Der hM folgend, wird dies durchaus zu bejahen sein⁵⁰⁰. Der Mindermeinung, wonach die richtlinienkonforme Interpretation keinen Vorrang vor anderen nationalen Auslegungsmethoden, insb nicht vor der verfassungskonformen Auslegungsmethoden einnehmen könne, da die Richtlinie selber keinen normentheoretischen Vorrang im innerstaatlichen Bereich besitze, kann nicht gefolgt werden⁵⁰¹.

Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht ist seit der Rs *Costa/ENEL* grundsätzlich anerkannt⁵⁰². Zum Unionsrecht zählen auch Richtlinien, die daher ebenso wie das Primärrecht und Verordnungen Vorrang vor nationalem Recht einschließlich der Verfassung, mit Ausnahme des sog. „integrationsfesten Kerns“, beanspruchen⁵⁰³. Deswegen hat auch die richtlinienkonforme Interpretation Vorrang vor den nationalen Auslegungsmethoden, ebenso wie der verfassungskonformen Interpretation im österreichischen Recht Vorrang vor anderen Auslegungsmethoden zuteil wird, da der Verfassung ein höherer normativer Rang zukommt.

Kann dem Ziel einer Richtlinie auch durch eine richtlinienkonforme Auslegung nicht entsprochen werden, so greife nach Auffassung des EuGH die Staatshaftung.

⁵⁰⁰ Siehe zB *Frischhut/Ranacher*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009), Seite 114; *Fischer*, Europarecht, 4. Auflage (2002), Seite 634f. *Klamert*, JBI 2008; 159. *B. Jud*, ÖJZ 2003, 524.

⁵⁰¹ So aber *Rüffler* ÖJZ 1997, 121; *Herber*, EuZW 1991, 401; *Di Fabio*, NJW 1990, 947.

⁵⁰² Vgl EuGH Rs 6/64 *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1269; vgl auch EuGH Rs 106/77 *Simmenthal II*, Slg 1978, 643; *Reichelt*, Europarecht (2002), Seite 101ff.

⁵⁰³ Ausführlich hierzu *Balthasar*, Die österreichische bundesverfassungsrechtliche Grundordnung unter besonderer Berücksichtigung des demokratischen Prinzips (2006), Seite 325.

Dieser führt in der Rs *Adeneler* für den Fall der Nichterreicherung des vorgeschriebenen Richtlinienziels im Wege der Interpretation aus, dass das Unionsrecht die Mitgliedstaaten zum Ersatz der den Bürgern durch die Nichtumsetzung dieser Richtlinie verursachten Schäden verpflichtet⁵⁰⁴.

Funktion

Der richtlinienkonformen Interpretation kommen im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Richtlinienziele in den Mitgliedstaaten gleich mehrere Funktionen zu:

1. Sie genieße nach Ansicht des EuGH Vorrang vor einer unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie, solange das Ziel einer Richtlinie bei nicht rechtzeitiger oder fehlerhafter Umsetzung auch durch eine entsprechende Interpretation des nationalen Rechts erreicht werden könne⁵⁰⁵.
2. Einer Richtlinie komme nach Auffassung des EuGH sowie der österreichischen Höchstgerichte auch nach ihrer Umsetzung eine maßgebliche Auslegungsfunktion für die in ihrer Ausführung ergangenen nationalen Umsetzungsregelungen zu⁵⁰⁶.
3. Scheidet eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinie aufgrund nicht vorliegender, aus der Rsp des EuGH hervorgehenden Voraussetzungen aus, so erfüllt die richtlinienkonforme Interpretation eine maßgebliche Ersatzfunktion⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ So EuGH Rs C-212/04 *Adeneler*, Slg 2006, I-6057, Rz 112.

⁵⁰⁵ Vgl EuGH Rs C-462/99 *Connect Austria*, Slg 2003, I-5197, Rz 42.

⁵⁰⁶ Vgl EuGH Rs 14/83 *von Colson und Kamann*, Slg 1984, 1891, Rz 28; OGH 9 Ob 46/04m; VwGH 12.09.2006, 2005/03/0131.

⁵⁰⁷ So siehe *Frischhut/Ranacher*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009), Seite 109.

Grenzen

Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung von Rechtsnormen stößt jedoch auch auf Grenzen. So hat der EuGH bzgl. der richtlinienkonformen Interpretation von Strafvorschriften festgehalten, dass „ihre Grenze in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, ... insbesondere in dem Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot liegt⁵⁰⁸“.

Die Frage nach aus dem innerstaatlichen Recht resultierenden Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation ist höchst strittig⁵⁰⁹. Der EuGH geht davon aus, dass die Interpretation von zur Rechtsanwendung berufenen Organen „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt⁵¹⁰“, vorzunehmen sei. Daraus wird gefolgert, dass sich der Gerichtshof für eine richtlinienkonforme Auslegung ausschließlich innerhalb der Interpretationsregelungen des nationalen Rechts ausspreche⁵¹¹.

Die nationalen Gerichte sind folglich nicht dazu angehalten, eine nach nationalen Grundsätzen unzulässige Rechtsfortbildung im Wege der Rechts- oder Gesetzesanalogie vorzunehmen („contra legem“), was sich auch der Rsp des EuGH entnehmen lässt, wonach dieser kein Judizieren contra legem verlangt⁵¹².

Im Umkehrschluss hat dies jedoch zur Folge, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, wie bereits erwähnt, die Verdrängung aller anderen Regeln der Norminterpretation bewirkt⁵¹³.

⁵⁰⁸ EuGH Rs 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg 1987, 3969, Rz 13.

⁵⁰⁹ Zum Meinungsstand vgl. *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 3. Auflage (2006), Seite 93f.

⁵¹⁰ EuGH Rs 79/83 *Harz*, Slg 1984, 1921, Rz 28.

⁵¹¹ Siehe *B. Jud*, ÖJZ 2003, 522; *Rüffler*, ÖJZ 1997; 126; so auch VwGH 23.10.1995, 95/10/0108.

⁵¹² Siehe EuGH Rs C-212/04, *Adeneler*, Slg 2006, I-6057, Rz 110; Rs C-105/03 *Pupino*, Slg 2005, I-5285, Rz 47; aA *Auer*, NJW 2007, 1108, die das Verbot der Rechtsfortbildung contra legem als „in doppelter Weise hermeneutisch aufgehoben“ betrachtet.

⁵¹³ Vgl. *Klamert*, JBl 2008, 160.

Die Rechtsfortbildung dürfe nach der *Jud* des VwGH den mit dem Wortlaut der Rechtsnorm in Einklang stehenden Willen des Gesetzgebers nicht übergehen⁵¹⁴. Wenn somit sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die unmissverständliche Absicht des Gesetzgebers in die Gegenrichtung weisen, ist ein Analogieschluss jedenfalls unzulässig⁵¹⁵.

Ebenfalls umstritten ist, ob die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung schon bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie besteht⁵¹⁶. Bei differenzierter Betrachtungsweise wird man davon auszugehen haben, dass aufgrund einer teleologischen Auslegung eine bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassene Regelung zur Umsetzung einer Richtlinie diese in Einklang mit der RL auszulegen sein wird, da den Mitgliedstaaten die Verpflichtung zukommt das Ziel der Richtlinie nicht ernsthaft zu gefährden⁵¹⁷.

Vor Ablauf der Umsetzungsfrist erstreckt sich das Gebot der richtlinienkonformen Interpretation demgegenüber nicht auf das sonstige innerstaatliche Recht. Jenes ist vielmehr erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist durch richtlinienkonforme Auslegung an die Vorgaben des europäischen Unionsrechts anzupassen⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Vgl etwa VwGH 31.1.2006, 2005/12/0099.

⁵¹⁵ Siehe auch *P. Bydlinski* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 2. Auflage (2007), § 7 Rz 2 mwN; vgl auch *B. Jud*, ÖJZ 2003, 526.

⁵¹⁶ Vgl *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 3. Auflage (2006); Seite 95; *Ehricke*, EuZW 1999, 553ff.

⁵¹⁷ Vgl EuGH Rs C-212/04 *Adeneler*, Slg 2006, I-6057, Rz 121.

⁵¹⁸ So siehe *Schäffer* in Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht, Band VII (2006); Seite 49.

13. Die Umsetzung von Richtlinien

Spätestens mit dem Ablauf der in der Richtlinie statuierten Umsetzungsfrist muss die innerstaatliche Rechtslage mit dessen Inhalt in Einklang stehen. Um eine rasche und effektive Erreichung der Richtlinienziele sicherzustellen, wird das Umsetzungsverfahren regelmäßig formalisiert. In der Richtlinie wird den Mitgliedstaaten eine Frist eingeräumt, innerhalb derer die Umsetzung zu erfolgen hat.

Selbst wenn eine Richtlinienvorschrift zur unmittelbaren Anwendung geeignet wäre, entbindet dies den Mitgliedstaat nicht von der Verpflichtung zu ihrer Implementierung in das innerstaatliche Recht.

Was die Pflicht zur rechtzeitigen Umsetzung betrifft, so resultiert diese unmittelbar aus dem Loyalitätsgebot⁵¹⁹. Dieses besagt, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung ihrer unionsrechtlichen Verpflichtungen zu treffen bzw. alle Maßnahmen zu unterlassen haben, welche die Realisierung der Ziele des EG-Vertrags gefährden könnten⁵²⁰.

Zunächst handelte es sich bei der Loyalitätspflicht um eine bloße moralische Verpflichtung der Mitgliedstaaten. Durch den Vertragstext und auch nicht zuletzt durch die Jud des EuGH hat sich dieses mittlerweile zu einem hochpolitischen Grundsatz weiterentwickelt und stellt eines der Grundprinzipien des Europarechts im Zusammenhang mit dem europäischen Integrationsprozess dar.

Kein Mitgliedstaat darf sich bei einer etwaigen Verzögerung der Umsetzung auf faktische Probleme berufen, wie sie sich im Falle Österreichs beispielsweise aus seiner bundesstaatlichen Struktur ergeben können.

⁵¹⁹ Umfassend zu den Pflichten zur Durchführung im nationalen Bereich *von Bogdandy* in Gablitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I (2009), Art. 10 Rz 34ff; siehe auch *Fischer*, Europarecht, 4. Auflage (2002), Seite 410f.

⁵²⁰ Zu den Loyalitätspflichten nach anderen Verträgen siehe *Hatje* in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Auflage (2009), Art. 10 Rz 56.

Die Zuständigkeit zur Umsetzung von Richtlinien bestimmt sich nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung der Art. 10 bis 15 B-VG, welche die Zuständigkeiten zur Gesetzgebung und Vollziehung regelt⁵²¹. *Berka* bezeichnet diese sogar als „Herzstück einer bundesstaatlichen Verfassungsordnung“⁵²².

Das Bank- und Zivilrechtswesen ist gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 5 und 6 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung⁵²³. Der Bundesgesetzgeber war somit für die Erlassung des ZaDiG zuständig, und auch die Vollziehung dieses Gesetzes ist Sache des Bundes.

Da sich die einzelnen Kompetenztatbestände auf knappe Begriffe ohne nähere Definition beschränken, stellen sich unweigerlich bestimmte Zuständigkeitsfragen, deren Lösungen durch die Interpretation des Kompetenztatbestandes gefunden werden können.

Das B-VG normiert in dessen Art. 138 Abs. 2 die Zuständigkeit des VfGH zur Kompetenzfeststellung, um strittige Kompetenzfragen präventiv klären zu können. Damit soll bereits vor Erlassung eines Gesetzes die Kompetenz verbindlich geklärt werden können⁵²⁴.

Zur Auslegung dieser Kompetenzbestimmungen finden sich in der Rsp des VfGH verschiedene Theorien, die auch als „Kompetenztheorien“ bezeichnet werden⁵²⁵:

1. Versteinerungstheorie;
2. Gesichtspunktetheorie;
3. Berücksichtigungstheorie;
4. Föderalistische Kompetenztheorie.

Diese werden im Folgenden erläutert.

⁵²¹ Dazu *Mayer*, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 20ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht, Band I (1997), Seite 278ff.

⁵²² Siehe *Berka*, Verfassungsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 101ff.

⁵²³ Zur Abgrenzung zu anderen Kompetenztatbeständen siehe VfSlg 11.856/1988.

⁵²⁴ Dazu *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts (2008), Seite 118ff.

⁵²⁵ Dazu *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007), Rz 295ff.

13.1 Versteinerungstheorie

Die Versteinerungstheorie stellt die wichtigste Methode zur Interpretation der Kompetenzbestimmung dar und ist primär immer dann heran zu ziehen, wenn die Reichweite eines bestimmten Kompetenztatbestandes abgegrenzt werden soll. Den in den Kompetenzbestimmungen enthaltenen Begriffen kommt nach dieser Theorie, die eine Spielart der historisch-systematischen Interpretation darstellt⁵²⁶, jene Bedeutung zu, die sie nach dem Stand und der Systematik der einfachgesetzlichen Rechtsordnung zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hatten⁵²⁷. Der „Versteinerungszeitpunkt“ ist im Bereich des Bankwesens der 1. Oktober 1925, somit jener Tag, an dem die allgemeine Kompetenzverteilung des Bundes in Kraft gesetzt wurde.

Die höchstgerichtliche Jud postuliert, dass das „Versteinerungsmaterial“ nicht auf „Punkt und Beistrich“ versteinert werden solle, sondern dieses vielmehr nach seinem abstrakten Gehalt zu erfassen und zu versteinern sei. Es solle nach Auffassung des VfGH vielmehr darauf ankommen, ob die Neuregelung dem Rechtsgebiet systematisch zugehöre⁵²⁸.

Schwierigkeiten treten im Zusammenhang mit der Versteinerungstheorie immer wieder dann auf, wenn neue Entwicklungen kompetenzrechtlich zuzuordnen sind. Lehre und Rsp betonen, dass das versteinerte Begriffsbild eines Kompetenztatbestandes verschiedentlich eine „intrasystematische Fortentwicklung“ zulasse⁵²⁹.

⁵²⁶ Vgl *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 109, *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 135f.

⁵²⁷ Grundlegend VfSlg 4348/1963 (bzgl. der Zuständigkeit für Regelungen, die den Schutz des Waldes vor Wildschäden betreffen).

⁵²⁸ So VfSlg 17.000/2003.

⁵²⁹ Vgl dazu die kasuistische VfGH-Judikatur, zB VfSlg 2721/1954, 17.160/2004; dazu auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 135. Bemerkenswert zum Verfassungsverständnis *Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht (1991), Seite 111.

Von der hL abgelehnt wird die vom VfGH gelegentlich praktizierte Anwendung der Versteinerungstheorie auf Art. 15 Abs. 1 B-VG, da dies dem Sinn einer Generalklausel zuwider laufe⁵³⁰.

13.2 Gesichtspunktetheorie

Nach der Gesichtspunktetheorie kann ein bestimmter Lebenssachverhalt unter verschiedenen „Gesichtspunkten“ von verschiedenen Gesetzgebern geregelt werden. Dies führt natürlich unweigerlich vielfach zu einer Kumulation von Regelungen.

Welchem Auslegungsaspekt im konkreten Fall nun tatsächlich der Vorzug zu geben ist, lässt sich oft nicht mehr wissenschaftlich klären, sondern ist judikativ zu entscheiden. Bei genauerer Analyse der kasuistischen höchstgerichtlichen Rsp lässt sich jedoch sehr rasch und unschwer erkennen, dass die Anwendung der Gesichtspunktetheorie doch viele Zweifelsfragen aufwirft, die der VfGH dann wiederum durch Anwendung der Versteinerungstheorie zu lösen versucht⁵³¹.

⁵³⁰ Treffend *Pernthaler/Weber*, Versteinerung von Landeskompetenzen? in FS Melichar (1983), Seite 149, *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht (2008), Seite 9.

⁵³¹ Siehe VfSlg 2685/1954, 14.178/1995, 15.552/1999; zu den Entwicklungstendenzen in der Rsp des VfGH siehe auch *Mayer*, ÖJZ 1980, 337ff.

13.3 Berücksichtigungstheorie

Die Berücksichtigungstheorie geht davon aus, dass die enge Verzahnung der Kompetenzen von Bund und Ländern es erfordert, dass der jeweils zuständige Gesetzgeber auch die Regelungen der anderen Gebietskörperschaft berücksichtigt.

Die Interessen und Zwecke der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft sollen in den Regelungen des Bundes- und Landesgesetzgebers berücksichtigt werden⁵³². Diese Berücksichtigungsbefugnis darf aber nicht dazu missbraucht werden, die der anderen Gebietskörperschaft obliegende Regelung selbst vorzunehmen⁵³³.

Regelungen, die sich als sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigungen der Effektivität der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft darstellen, dürfen nicht getroffen werden („Torpedierungsverbot“). Diese Rücksichtnahmepflicht erfordert eine ausreichende Abwägung der eigenen Interessen mit jenen der anderen Gebietskörperschaft.

Nach Ansicht des VfGH sei die Rücksichtnahmepflicht auch von der Vollziehung zu beachten⁵³⁴. Ermessensbestimmungen und unbestimmte Gesetzesbegriffe dürften auf der Ebene der Vollziehung nicht in Widerspruch zu „gegenbeteiligten“ Regelungen und Vollzugsakten gehandhabt und ausgelegt werden⁵³⁵.

Wirklich überzeugende Argumente für eine dogmatische Begründung einer derartigen verfassungsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht bleiben vom VfGH wie von der differenzierten Lehre aber aus⁵³⁶.

⁵³² Siehe VfSlg 13.326/1993.

⁵³³ Vgl VfSlg 9543/1982.

⁵³⁴ Siehe VfSlg 14.534/1996, 15.281/1998, 17.212/2004.

⁵³⁵ VwSlg 11.386A/1984; VfSlg 14.534/1996.

⁵³⁶ Vgl VfSlg 15.552/1999; *Morscher*, JBl 1985, 479ff; *Schäffer*, ZfV 1985, 357ff.

Im Ergebnis wird man der Ansicht *Mayers* folgen müssen, wonach mit dieser Pflicht in Wahrheit eine präzise Anwendung der Versteinerungs- und der Gesichtspunktetheorie überspielt und ohne zwingenden Grund mit einer Abwägungsproblematik belastet werde, die den Spielraum des VfGH erheblich vergrößert⁵³⁷.

13.4 Föderalistische Kompetenztheorie

Nach der föderalistischen Kompetenzinterpretation sind die Kompetenztatbestände der Art. 10 bis 12 B-VG gegenüber Art. 15 B-VG einschränkend auszulegen⁵³⁸. Die Kompetenzverteilung richtet sich regelmäßig nicht nach dem Zweck einer Regelung, sondern nach deren Gegenstand und Inhalt⁵³⁹. Eine durchgehend eher länderfreundliche oder eher zentralistische Tendenz lässt sich der Jud aber nicht entnehmen.

⁵³⁷ So *Mayer*, ÖJZ 1986, 513ff.

⁵³⁸ Siehe VfSlg 2977/1956, VfSlg 8891, 9543, 14.266/1995 unter Hinweis auf das bundesstaatliche Bauprinzip.

⁵³⁹ Vgl VfSlg 10.403/1985, 14.597/1997.

13.5 Vollständigkeit der Umsetzung

Enthalten Richtlinien, wie das auch bei der Zahlungsdienste-RL der Fall ist, keinerlei Einschränkungen oder Übergangsregelungen, so sind sie grundsätzlich in den Mitgliedstaaten im vollen Umfang umzusetzen⁵⁴⁰. Nach Ansicht des EuGH „verlangt die Umsetzung einer Richtlinie nicht unumgänglich in jedem Mitgliedstaat ein Tätigwerden des Gesetzgebers⁵⁴¹.“

Bereits existentes nationales Recht kann, wie bereits erwähnt, den Anforderungen einer Richtlinienerfüllung zwar grundsätzlich gerecht werden, doch vertritt der EuGH, dass „das Bestehen nationaler Vorschriften die Umsetzung durch spezifische Gesetzes- oder Verordnungsmaßnahmen nur dann überflüssig macht, wenn diese Vorschriften tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie durch die nationale Verwaltung garantieren⁵⁴².“

Die Mitgliedstaaten haben jene Umsetzungsformen und -mittel zu ergreifen, welche die praktische Wirksamkeit der Richtlinie am besten gewährleisten. Die Umsetzung muss der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen⁵⁴³. Gestalten Richtlinien wie die PSD nationales Privatrecht, so müssen bei der Umsetzung subjektive Privatrechte eingeräumt werden⁵⁴⁴.

Nach der Rsp des EuGH dürfe eine Richtlinie, die dem Einzelnen subjektive Rechte einräume, nicht zur Gänze durch eine bloße Verweisung einer nationalen Rechtsnorm auf das Unionsrecht umgesetzt werden⁵⁴⁵.

In Anbetracht dieser höchstgerichtlichen Rsp sollten Verweisungen jedenfalls vermieden werden. Der österreichische Gesetzgeber hat dies in Umsetzung der Zahlungsdienste-RL nicht durchwegs beherzigt. Das ZaDiG nimmt einige Verweisungen auf das Unionsrecht vor.

⁵⁴⁰ Vgl EuGH Rs C-360/87 *Kommission/Italien*, Slg 1991, I-791.

⁵⁴¹ EuGH Rs 29/84 *Kommission/Deutschland*, Slg 1985, 1661, Rz 23.

⁵⁴² EuGH Rs C-102/02 *Kommission/Italien*, Slg 2004, I-9127, Rz 33.

⁵⁴³ Siehe EuGH Rs 48/75 *Royer*, Slg 1976, 497, Rz 69f.

⁵⁴⁴ Vgl EuGH Rs C-131/88 *Kommission/Deutschland*, Slg 1991, I-825.

⁵⁴⁵ EuGH Rs C-96/95 *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Slg 1997, I-1653, Rz 36.

Auf diese Verweisungstechnik zurückzugreifen, ist im Einzelfall dennoch durchaus vertretbar, nämlich speziell dann, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement durch eine umfassende Aufzählung in der zugrunde liegenden Richtlinie spezifiziert wird⁵⁴⁶. In diesem Sinne vertritt auch der VfGH die Auffassung, dass in der verweisenden Norm das Verweisungsobjekt ausreichend bestimmt festgelegt sei⁵⁴⁷.

Sofern keine Verfassungsgesetze oder Verfassungsbestimmungen nötig sind, sollten Richtlinien grundsätzlich durch (einfache) Gesetze umgesetzt werden. Dies gilt umso mehr dann, wenn eine gesetzliche Deckung für Umsetzung der betreffenden Richtlinie fehlt. In einem zur Umsetzung bestimmten Gesetz können dann für die Präzisierung und Anwendung weitere Rechtsakte (zB Verordnungen, Bescheide, Urteile) vorgesehen werden.

In diesem Zusammenhang darf allerdings keinesfalls unerwähnt bleiben, dass nach Auffassung des EuGH die bloße Einhaltung bzw. Anpassung einer „Verwaltungspraxis“⁵⁴⁸ oder ein „Rundschreiben“⁵⁴⁹ nicht ausreichen sollte, um den Anforderungen einer korrekten Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht zu entsprechen.

Richtlinien, die den Normadressaten Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen, sind aufgrund des Unionsrechts durch „zwingende Vorschriften“ – darunter versteht man Vorschriften, deren rechtsverbindlicher Charakter unbestreitbar ist⁵⁵⁰ – in jener Weise umzusetzen, dass „die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gericht geltend zu machen“⁵⁵¹.

Die Implementierung der betreffenden Richtlinie hat zudem auf jene Weise zu erfolgen, dass sie sich in begrifflicher und systematischer Hinsicht so weit wie möglich in die übrige innerstaatliche Rechtsordnung einfügt.

⁵⁴⁶ Umfassend zu den unionsrechtlichen Anforderungen an die österreichische Legistik *Obenaus*, JRP 1999, 121ff.

⁵⁴⁷ Siehe VfSlg 12.947/1991.

⁵⁴⁸ Siehe EuGH Rs 160/82 *Kommission/Königreich Niederlande*, Slg 1982, 4637, Rz 4.

⁵⁴⁹ Dazu EuGH Rs 239/85 *Kommission/Königreich Belgien*, Slg 1986, 3645, Rz 7.

⁵⁵⁰ Vgl hierzu *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage (2009), Seite 93f.

⁵⁵¹ EuGH Rs C-58/89 *Kommission/Deutschland*, Slg 1991, I-4983, Rz 13.

In Folge dessen sollte eine unreflektierte wörtliche Wiedergabe des Richtlinien textes vermieden und der innerstaatlichen Gesetzessprache der Vorzug eingeräumt werden.

Ungeachtet des Gebots richtlinienkonformer Interpretation hat aus Gründen der Rechtsklarheit die richtlinienkonforme Umsetzung durch innerstaatliche Rechtsvorschriften so unverkennbar zu erfolgen, dass ein Rückgriff auf die Richtlinie selbst entbehrlich wird. Die Frage, inwieweit Verweisungen auf Richtlinien aus verfassungsrechtlicher Sicht im Hinblick auf das Legalitätsprinzip zulässig sind, ist nicht allgemein, ohne Differenzierung zu beantworten.

Der EuGH vertritt in stRsp, dass die Umsetzung von Gemeinschaftsbestimmungen in innerstaatliches Recht nicht notwendiger Weise eine förmliche und wörtliche Übernahme der Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Rechtsvorschrift erfordere.

Der Umsetzungspflicht kann auch durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext entsprochen werden, doch muss dieser Kontext tatsächlich die vollständige Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen hinreichend klar und bestimmt gewährleisten⁵⁵².

Darüber hinaus hat die Implementierung von Richtlinien nach Ansicht des EuGH jedenfalls insoweit „in Vorschriften von gleichem Rang“ wie eine allenfalls zu ändernde innerstaatliche Vorschrift zu erfolgen, als die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie dazu verpflichtet sind, subjektive Rechte einzuräumen⁵⁵³. Richtlinien sind demgemäß so umzusetzen, „dass der Einzelne Gewissheit über den Umfang seiner Rechte haben kann, um sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend machen zu können“⁵⁵⁴.

⁵⁵² Vgl. EuGH Rs 252/85 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 1988, 2243, Rz. 5.

⁵⁵³ Dazu EuGH Rs 102/79 *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 1473, Rz. 12; ausführlich hiezu auch *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht, 3. Auflage (2006), Seite 122ff.

⁵⁵⁴ EuGH Rs C-361/88 *Kommission/Deutschland*, Slg. 1991, I-2567, Rz. 20.

Bei genauer Analyse dieser höchstgerichtlichen Jud zur Richtlinienumsetzung kann man zu dem e-contrario-Schluss kommen, dass es auch Fälle geben kann, in denen die Umsetzung einer Richtlinie dann nicht erforderlich ist, wenn sich ein in der Richtlinie vorgesehener Tatbestand in einem Mitgliedstaat auf gar keinen Fall realisieren kann⁵⁵⁵.

13.5.1 Unionsrechtliche Anforderungen an die Richtlinienumsetzung

Art. 288 Abs. 3 AEUV überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel zur Ausführung der Richtlinie. Diese muss innerhalb der Umsetzungsfrist so wirksam wie möglich im Bewusstsein des „effet utile-Prinzips“ umgesetzt werden⁵⁵⁶.

Gemäß des Grundsatzes des „effet utile“ darf die nützliche Wirkung einer Maßnahme, durch welche die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden, nicht dadurch abgeschwächt werden, dass bei dessen pflichtwidrigem Verhalten die Maßnahme nicht greifen kann.

13.5.2 Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Richtlinienumsetzung

Den österreichischen Gesetzgeber trifft bei der Implementierung von Richtlinien die Verpflichtung, neben den soeben angesprochenen unionsrechtlichen Determinanten auch auf die Vorgaben des österreichischen Verfassungsrechts Bedacht zu nehmen. Soweit das Gemeinschaftsrecht einen Spielraum zulässt, sind somit auch die inhaltlichen Anforderungen des österreichischen Verfassungsrechts zu beachten (sog. „doppelte Bindung“)⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Vgl dazu EuGH Rs C-441/00 *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 2002, I-4699, Rz 12.

⁵⁵⁶ Vgl dazu auch *Fischer*, Europarecht, 4. Auflage (2002), Seite 630.

⁵⁵⁷ Vgl *Frischhut/Ranacher*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009), Seite 281.

Das Legalitätsprinzip (Gesetzmäßigkeitsprinzip)

Art. 18 Abs. 1 und 2 B-VG ordnet die Bindung der Vollziehung an das Gesetz an. Daraus ist das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot abzuleiten, inhaltlich ausreichend determinierte Regelungen zu schaffen. Bei der Umsetzung ist daher auch das Legalitätsprinzip besonders zu berücksichtigen⁵⁵⁸. Der Grundsatz der ausreichenden Bestimmtheit von Gesetzen gilt als zentraler Inhalt dieses Gesetzmäßigkeitsprinzips⁵⁵⁹.

Der VfGH umschreibt diesen Grundsatz im Erkenntnis *Vergaberechtsschutz Sektorenbereich* folgendermaßen:

„Es ist nämlich in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass der Gesetzgeber bei der Ausführung von Unionsrecht jedenfalls insoweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden bleibt, als eine Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibiert wird. Der Gesetzgeber unterliegt in diesen Fällen aber einer doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Unionsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen [...]. Es ist auch unbestritten, dass – insoweit Bindung an die Verfassung gegeben ist – die Frage der Entsprechung gesetzlicher Regelungen mit der Verfassung der verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt, und zwar auch dann, wenn es sich um Auslegungsregelungen zum Gemeinschaftsrecht handelt [...]“⁵⁶⁰.

Der Gesetzgeber ist demnach angehalten, das Verwaltungshandeln in jenem Ausmaß zu determinieren, dass die wesentlichen Voraussetzungen und Inhalte des behördlichen Handelns aus dem Gesetz ersichtlich sind.

⁵⁵⁸ Vgl. Mayer, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 129ff.

⁵⁵⁹ Dazu auch Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage (2008), Seite 128ff.

⁵⁶⁰ VfSlg 15.106/1998.

Bei näherer Betrachtung der mannigfaltigen höchstgerichtlichen Jud kommt man unweigerlich zu dem Schluss, dass die Frage, wie exakt gesetzliche Regelungen tatsächlich sein müssen, um diesem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, nicht hinreichend genau zu beantworten ist⁵⁶¹. Des Öfteren findet man in der Rsp die doch sehr kryptische Aussage, wonach Art. 18 B-VG verlange, dass jeglicher Vollzugsakt am Gesetz auf seine Rechtmäßigkeit hin gemessen werden können müsse⁵⁶².

Nichtssagend erscheint auch die Ansicht des VfGH, wenn dieser meint, dass Gesetze so bestimmt sein müssten, dass der VwGH die Übereinstimmung behördlicher Verwaltungsakte mit dem Gesetz überprüfen könne⁵⁶³. Nicht viel erhellender wird vom Höchstgericht in einer anderen Entscheidung gefordert, dass der Inhalt einer Regelung „soweit bestimmbar sein müsse, dass der Rechtsunterworfenen seine Verhalten danach ausrichten könne“⁵⁶⁴.

Zur völligen Verwirrung tragen jene Erkenntnisse bei, in welchen dem Gesetzgeber dahingehend legislativer Spielraum eingeräumt wird, wonach dieser unbestimmte Gesetzesbegriffe verwenden dürfe, wenn sich nur unter Ausschöpfung aller Interpretationsmethoden noch ein ausreichend bestimmter Regelungsgehalt ableiten ließe⁵⁶⁵. Bei unbestimmten Gesetzesbegriffen sollten auch Beispiele, welche diese näher determinieren, Abhilfe schaffen können⁵⁶⁶.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der VfGH in seiner Rsp lange Zeit sehr strenge Maßstäbe an eine ausreichende Determinierung angelegt und infolge dessen auch zahllose Gesetze wegen Verletzung von Art. 18 B-VG aufgehoben hat.

⁵⁶¹ Siehe nur VfSlg 176/1923 - „von Fall zu Fall“.

⁵⁶² Siehe VfSlg 11.937/1988, 12.133/1989.

⁵⁶³ Siehe VfSlg 13.785/1994.

⁵⁶⁴ VfSlg 13.460/1993.

⁵⁶⁵ Siehe VfSlg 15.447/1999.

⁵⁶⁶ Vgl VfSlg 15.177/1998.

In jüngerer Zeit hat er jedoch durchblicken lassen, dass das Legalitätsprinzip letztlich differenziert zu betrachten und die Frage nach einer ausreichenden Determinierung von verschiedenen variablen Umständen abhängig sei. Demzufolge wird in diesem Zusammenhang in der Lehre auch zutreffend von einem differenzierten Legalitätsprinzip gesprochen⁵⁶⁷.

13.6 Rückwirkende Umsetzung

Im Falle der verspäteten Umsetzung der Richtlinie seitens des Mitgliedstaats, stellt sich die Frage einer rückwirkenden Umsetzung. Vorweg kann bereits festgestellt werden, dass diese Frage im Ergebnis sehr schwer und nur sehr differenziert zu beantworten ist. Einerseits sprechen die Grundsätze der Effektivität und der Einheitlichkeit des Unionsrechts zweifelsohne für eine rückwirkende Inkraftsetzung⁵⁶⁸. Andererseits ist auch evident, dass eine rückwirkende Umsetzung das Problem des Vertrauensschutzes für private Rechtspositionen aufwirft⁵⁶⁹.

Im innerstaatlichen Recht geht der VfGH davon aus, dass eine rückwirkende Umsetzung nur dann gestattet sei, wenn sie durch „besondere Umstände“ gerechtfertigt erscheine⁵⁷⁰. Diese differenzierende höchstgerichtliche Ansicht erscheint zutreffend. Es sollte auch hier, wie so oft, auf den Einzelfall, auf dessen spezielle Umstände abgestellt und eine bedachte Interessenabwägung vorgenommen werden.

Im Ergebnis ähnlich hat der EuGH als Ausfluss des Grundsatzes der Rechtssicherheit in seiner Rsp den Grundsatz des Rückwirkungsverbotens entwickelt, wonach die unionsrechtlichen Regeln prinzipiell nur für die Zukunft gelten sollen, wenn sich aus der Auslegung nichts Anderes ergebe⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Siehe zB *Winkler*, Die Prüfung von Verordnungen und Gesetzen durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen (2006), Seite 185.

⁵⁶⁸ So auch *Fischer*, Europarecht, 4. Auflage (2002), Seite 410.

⁵⁶⁹ Vgl *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht, 3. Auflage (2006), Seite 124.

⁵⁷⁰ Vgl VfSlg 12.186/1989.

⁵⁷¹ Siehe dazu EuGH 1987, Rs 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg 1987, 3982; Rs C-262/88 *Barber*, Slg 1990, I-1944.

In der zu dieser Rückwirkungsproblematik besonders beachtenswerten Rs *Racke* hat der EuGH seine Grundsatzjudikatur zum Rückwirkungsverbot bekräftigt und die sog „*Racke-Formel*“ entwickelt, wonach „der Grundsatz der Rechtssicherheit es zwar im Allgemeinen verbiete, den Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsaktes der Gemeinschaft auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung zu legen. Dies könne aber ausnahmsweise dann anders sein, wenn das angestrebte Ziel es verlange und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet sei“⁵⁷².

Eine rückwirkende Umsetzung erscheint jedoch in jenen Fällen ausgeschlossen, wo die rückwirkend umgesetzte Richtlinie Verpflichtungen für die Marktbürger enthält, die mit (verwaltungs-)strafrechtlichen Sanktionen bewehrt sind. Diese Auffassung lässt sich einerseits auf den Grundsatz der Rechtssicherheit und noch vielmehr auf das durch Art. 7 EMRK gewährleistete und vom EuGH auch im Unionsrecht als Rechtsgrundsatz anerkannte strafrechtliche Rückwirkungsverbot stützen⁵⁷³.

In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass nach Meinung des EuGH eine rückwirkende und vollständige Implementierung einer Richtlinie einen Schadenersatzanspruch nach seiner Staatshaftungsjudikatur dann ausschließen könne, sofern die Betroffenen nicht darlegen, dass sie nicht rechtzeitig in den Genuss der Gewährleistungen gelangen konnten und dadurch Einbußen erlitten hätten⁵⁷⁴.

Der Gerichtshof hat damit zum Ausdruck gebracht, dass auch eine rückwirkende Umsetzung den Mangel einer Vertragsverletzung nicht zu heilen vermag und daher auch einen Staatshaftungsanspruch begründen kann.

⁵⁷² EuGH Rs 98/78 *Racke*, Slg 1979, 69, Rz 20.

⁵⁷³ Siehe EuGH Rs 63/83 *Kirk*, Slg 1984, 2689, Rz 22; Rs C-168/95 *Arcaro*, Slg 1996, I-4705, Rz 42; zum strafrechtlichen Rückwirkungsverbot *Thienel* in Korinek/Holoubek, B-VG (2007), Art. 7 Rz 13ff; siehe auch *Dannemann*, Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), Seite 79ff; zu den allgemeinen Verfahrensgarantien siehe *Miehsler/Vogler* in Karl, IntKommEMRK (2007), Rz 282ff.

⁵⁷⁴ Vgl. EuGH Rs C-373/95 *Maso*, Slg 1997, I-4501, Rz 41.

13.7 Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Um diese nützliche Wirkung trotz eines rechtswidrigen Verhaltens eines Mitgliedstaats herbeizuführen, soll dem Einzelnen die Möglichkeit eingeräumt werden, sich unmittelbar auf die EU/EG-Maßnahme berufen zu können⁵⁷⁵.

Dieses Institut der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nahm seinen Ausgangspunkt in der Rs *Leberpfennig*⁵⁷⁶ und wurde seitdem in reichhaltiger Rsp seitens des Gerichtshofs in den letzten Jahren um einige Facetten verfeinert⁵⁷⁷.

Darüber hinaus besagt der Grundsatz des estoppel, dass der säumige Mitgliedstaat die von ihm nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinie dem Rechtsunterworfenen nicht entgegenhalten könne. Umgekehrt soll sich aber der Einzelne gegenüber innerstaatlichen Instanzen des säumigen Mitgliedstaats auf unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen berufen können („*no one should profit from his own wrong-doing*“)⁵⁷⁸.

Das Rechtsprinzip des estoppel wurde vom EuGH nicht von Anfang an zur Begründung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien herangezogen, sondern vielmehr erst später, nach erfolgter Anerkennung des grundsätzlichen Prinzips, gleichsam nachgeschoben⁵⁷⁹.

Nach ständiger Jud des EuGH solle wichtig und entscheidend sein, „dass jeder Mitgliedstaat die Richtlinie in einer Weise durchführt, die dem Erfordernis der Rechtsicherheit voll entspricht und bei der die Bestimmungen der Richtlinie daher in nationale Vorschriften umgesetzt werden, die zwingenden Charakter haben“⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Vgl auch *Fischer*, Europarecht, 4. Auflage (2002), Seite 640.

⁵⁷⁶ Siehe EuGH Rs 9/70 *Leberpfennig*, Slg 1970, 825.

⁵⁷⁷ Siehe zB EuGH Rs C-62/00 *Marks & Spencer*, Slg 2002, I-6325.

⁵⁷⁸ Vgl EuGH Rs 8/81 *Becker*, Slg 1982, 53.

⁵⁷⁹ Dazu EuGH Rs 41/74 *Van Duyn*, Slg 1974, 1337.

⁵⁸⁰ EuGH Rs 239/85 *Kommission/Belgien*, Slg 1986, 3645, Rz 7.

13.8 Horizontale Wirkung von Richtlinien?

Durchaus strittig ist die Frage, inwieweit Richtlinien nicht nur „vertikal“ zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, sondern auch Rechtsbeziehungen zwischen Unionsbürgern (Unternehmen) Wirkungen entfalten können (sog. horizontale Wirkung von RL)⁵⁸¹.

Für eine solche horizontale Wirkung wird vereinzelt wenig überzeugend die Verbesserung der Rechtslage des Einzelnen im Sinne des „effet-utile-Prinzips“ ins Treffen geführt. Weiters solle den durch die Richtlinie Begünstigten zu ihrem Recht verholfen und deren Position nicht auf unbestimmte Zeit in das Belieben des säumigen Mitgliedstaats gestellt werden⁵⁸².

Mit überzeugenderen Argumenten führt der EuGH in stRsp aus, dass Richtlinienbestimmungen keine unmittelbare horizontale Wirkung entfalten. Im Ergebnis kann sich also ein Einzelner vor den nationalen Instanzen nicht direkt auf eine Richtlinie berufen, um zu seinen Gunsten Rechte gegen einen anderen Marktbürger geltend zu machen. Aufgrund der Tatsache, dass Richtlinien eben nur an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, könne nach Auffassung des EuGH ein Einzelner nicht unmittelbar aus ihr verpflichtet werden, da dies dem Prinzip der Rechtssicherheit zuwiderlaufe⁵⁸³. Der EuGH hat konsequent auch in späteren Entscheidungen die Ablehnung einer horizontalen unmittelbaren Wirkung immer wieder zum Ausdruck gebracht⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Zum Meinungsstand vgl. *Frischhut/Ranacher*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009); Seite 99ff.

⁵⁸² So zB *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage (2008), Seite 155.

⁵⁸³ Grundsätzlich EuGH Rs 152/84 *Marshall*, Slg 1986, Rz 47f.

⁵⁸⁴ Siehe EuGH Rs C-106/89 *Marleasing*, Slg 1990, I-4135, Rz 6; Rs C-443/98 *Unilever Italia*, Slg 2000, I-7535, Rz 50.

13.9 Sperrwirkung von Richtlinien

Wird im Zusammenhang mit einer Richtlinienumsetzung von der „Sperrwirkung“ von Richtlinien gesprochen, so bedeutet dies, dass es ab der Erlassung der betreffenden Richtlinie für den nationalen Gesetzgeber auch für die Zukunft, solange diese gilt, unionsrechtlich unzulässig ist, dem Richtlinieninhalt widersprechendes mitgliedstaatliches Recht zu schaffen.

Einmal erlassene Richtlinien entfalten eine Vorwirkung dahingehend, dass der Mitgliedstaat bereits während der Umsetzungsfrist keine dem Richtlinieninhalt ernsthaft widersprechende Vorschriften erlassen darf⁵⁸⁵.

Fraglich ist, wie richtlinienwidriges späteres Recht der Mitgliedstaaten zu beurteilen ist. Nach der zu folgenden hM wird dieses nicht per se als nichtig anzusehen sein können⁵⁸⁶, da die RL im Gegensatz zur Verordnung in der Regel keine unmittelbare Wirkung innerhalb der Mitgliedstaaten entfaltet. Anderes wird wohl in jenen Fällen gelten, in denen Richtlinien ausnahmsweise eine verordnungsähnliche unmittelbare Wirkung zukommt⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Siehe EuGH Rs C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie*, Slg 1997, I-7411.

⁵⁸⁶ Vgl nur *Oppermann* in *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Auflage (2009), Seite 180ff.

⁵⁸⁷ Vgl EuGH Rs 8/81 *Becker*, Slg 1982, 53; vgl auch *Bieber*, Die Verfahrensordnung des EuGH, 18. Auflage (2007), Seite 384ff.

13.10 Nebenpflichten im Zuge der Richtlinienumsetzung

13.10.1 Der Umsetzungshinweis

Die PSD sieht, wie in der Regel auch andere Richtlinien, vor, dass die Mitgliedstaaten durch einen Hinweis im Zuge der Veröffentlichung der in Umsetzung der Richtlinie ergehenden nationalen Vorschriften auf die betreffende RL Bezug nehmen⁵⁸⁸. Der EuGH betrachtet diesen Umsetzungshinweis als Bestandteil einer vollständigen und korrekten Umsetzung⁵⁸⁹.

13.10.2 Die Notifizierung

Unter Notifizierung wird die Verpflichtung der Mitgliedstaaten verstanden, der Europäischen Kommission die in Ausführung der Richtlinie ergangenen innerstaatlichen Regelungen mitzuteilen. Dies gilt auch für bereits bestehende nationale Vorschriften, welche die Erfüllung der Richtlinienziele bereits gewährleisten⁵⁹⁰. Verstöße gegen diese Notifizierungsverpflichtung werden mit einem Vertragsverletzungsverfahren durch die EK sanktioniert.

⁵⁸⁸ Genau hiezu *Kleiser*, JRP 2001, 30ff.

⁵⁸⁹ Vgl. EuGH Rs C-137/96 *Kommission/Deutschland*, Slg 1997, I-6749 (Pflanzenschutzmittel-RL); vgl. auch *Eder/Zwitter-Tehovnik*, ÖBA 2003, 345ff.

⁵⁹⁰ Vgl. EuGH Rs C-69/90 *Kommission/Italien*, Slg 1991, I-6011; siehe auch *Frischhut/Ranacher*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009), Seite 315.

14. Die Überwachung der Richtlinienumsetzung

Die Europäische Kommission überwacht mittels des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258, 259 AEUV (ex Art. 226, 227 EGV) die Vertragstreue der Mitgliedstaaten und setzt die Einhaltung der daraus resultierenden Rechtspflichten gerichtlich beim EuGH durch. Ein Vertragsverstoß liegt bei jeder Verletzung einer Norm des Unionsrechts vor. Auf ein Verschulden kommt es nicht an⁵⁹¹.

Die EK hat grundsätzlich jeden ihr zur Kenntnis gelangten Vertragsverstoß zu verfolgen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 258 Abs. 1 AEUV⁵⁹² und aus ihrer Funktion als „Hüterin des Unionsrechts“. Hinsichtlich des konkreten Vorgehens wird ihr jedoch ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt. Dagegen steht die Klagerhebung im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission, was sich aus der Kann-Bestimmung des Art. 258 Abs. 2 AEUV ergibt⁵⁹³.

14.1 Sanktionen und Zwangsmittel bei mangelhafter Umsetzung von Richtlinien

Auf Basis des Unionsrechts besteht eine Verpflichtung zur angemessenen Sanktionierung von Umsetzungsmaßnahmen. Nicht selten enthalten Richtlinien auch ausdrücklich dieses Erfordernis. Viel öfter aber, wie dies auch bei der Zahlungsdienste-RL der Fall ist, enthalten diese jedoch überhaupt keine Aussage über die erforderlichen Sanktionsmechanismen.

⁵⁹¹ Siehe EuGH Rs 155/82 *Kommission/Belgien*, Slg 1983, 477.

⁵⁹² „gibt ab“.

⁵⁹³ Vgl. *Geiger*, EUV/EGV, 3. Auflage (2000), Seite 728; *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage (2008), Seite 118.

Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt in diesen Fällen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, „alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten“⁵⁹⁴.

Dabei müssen die MS, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, darauf achten, dass „die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, die denjenigen entsprechen, die für nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht gelten, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss“⁵⁹⁵. Die Sanktionen haben sich demnach an die Grundsätze der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Effektivität zu halten⁵⁹⁶.

14.2 Die Entwicklung der Richtlinie in der Gemeinschaftspraxis

Die Richtlinie kann somit wohl zutreffend als ein „eigentümlicher Rechtsakt des Unionsrechts“ bezeichnet werden, welcher auch eine gewisse Ähnlichkeit zum Rahmengesetz im deutschen Bundesstaat und zur französischen Loi-Cadre aufweist. Der Reformvertrag von Lissabon⁵⁹⁷ verwendet für die Richtlinie nun auch den Terminus „Europäisches Rahmengesetz“, was eine dem tatsächlichen Inhalt besser wiedergebende Bezeichnung darstellt⁵⁹⁸.

Aufgrund der Rsp des EuGH, der bestimmte Unmittelbarkeitswirkungen von Richtlinien anerkennt, ist die Richtlinie sehr stark in die Nähe der Verordnung gerückt worden⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ Siehe hierzu *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht, 3. Auflage (2006), Seite 126.

⁵⁹⁵ EuGH Rs C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Berlusconi*, Slg 2005, I-3565, Rz 65.

⁵⁹⁶ Siehe dazu auch *Obenaus*, JRP 1999ff, 121f; zum Rechtsschutz in der EU vgl auch *Kohler*, ÖJZ 1995, 724ff.

⁵⁹⁷ Zur neuen EU-Verfassung siehe *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage (2008), Seite 23; zum Lissabon-Urteil des BVerfG, der anders als der VfGH zum Vertrag inhaltlich Stellung genommen hat, vgl *Wiederin*, ÖJZ 2010, 398ff; siehe dazu auch *Bußjäger*, JBI 2010, 273ff.

⁵⁹⁸ Vgl auch *Obwexer*, ÖJZ 2010, 101ff.

⁵⁹⁹ So seit EuGH Rs 33/70 *Spa SACE*, Slg 1970, 1213.

Der Gemeinschaftspraxis ist schon seit längerem der Trend zu entnehmen, bei Formelwahlfreiheit „im Zweifel“ lieber eine VO als eine RL zu erlassen. Richtlinien sind auch häufig durch eine sehr perfektionistische Zielformulierung gekennzeichnet, wie dies auch bei der PSD der Fall ist.

Die Richtlinie bleibt jedenfalls auch zukünftig ein wichtiges Gemeinschaftsinstrument, das in zahlreichen Fällen und Sachbereichen zu einer niemals gekannten Annäherung der materiellen Rechtslage unter den Mitgliedstaaten geführt hat.

15. Staatshaftung wegen Nichtumsetzung oder fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien

Eine Haftung von Mitgliedstaaten wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht wurde vom EuGH 1991 im Zusammenhang mit der Nichtumsetzung von Richtlinien entwickelt. Die Rs *Francovich* muss deshalb als Meilenstein in der Rsp des EuGH angesehen werden, da erstmals der Grundsatz der Staatshaftung statuiert wird, wonach „die Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, (...) aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung folge⁶⁰⁰.“

In nachfolgenden Urteilen wurde dieser Grundsatz nicht nur bekräftigt, sondern auch im Detail näher ausgeführt⁶⁰¹. Demnach resultieren die Regeln der Staatshaftung sowohl bezüglich der Anspruchsgrundlagen wie auch der Anspruchsvoraussetzungen zur Gänze aus dem ungeschriebenen primären Unionsrecht. Die Haftungsfolgen richten sich demgegenüber grundsätzlich nach nationalem Recht, welches diesbezüglich allerdings bestimmte unionsrechtliche Vorgaben zu beachten hat⁶⁰².

Was die inhaltliche Ausgestaltung des Staatshaftungsrechts betrifft, hat sich der EuGH ausschließlich auf die aus dem Unionsrecht selbst resultierenden Rechtsgrundsätze gestützt⁶⁰³. Lediglich bei der Konkretisierung einzelner Anspruchsvoraussetzungen hat der Gerichtshof „vergleichend“ auf die Grundsätze der Amtshaftung der EG zurückgegriffen (Art. 340 AEUV (ex Art. 288 Abs. 2 EGV)).

⁶⁰⁰ EuGH Rs C-6/90 und C-9/90 *Francovich u.a.*, Slg 1991, I-5357, Rz 35; vgl auch *Fruhmann*, ÖJZ 1996, 409ff.

⁶⁰¹ Vgl EuGH Rs C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du pecheur*, Slg 1996, I-1029ff, Rz 20ff.

⁶⁰² Vgl EuGH Rs C-392/93 *British Telecommunications*, Slg 1996, I-1631; Rs C-4/94 und C-5/94 *Hedley Lomas*, Slg 1996, I-2553; Rs C-178, 179, 188, 189 und 190/94 *Dillenkofer u.a.*, Slg 1996, I-4845; Rs C-38/90 und C-151/90 *Lomas*, Slg 1992, I-1781; Rs C-140/97 *Rechberger*, Slg 1999, I-3499; Rs C-424/97 *Haim*, Slg 2000, I-5123; Rs C-127/95 *Norbrook Laboratories*, Slg 1998, I-1531.

⁶⁰³ Umfassend *König/Haratsch*, Europarecht, 4. Auflage (2003), Seite 90ff.

Nach dieser Bestimmung ersetzt die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind⁶⁰⁴.

Aus der einschlägigen Rsp des EuGH ergibt sich folgende Konzeption der Staatshaftung:

15.1 Anspruchsgrundlage

Die Anspruchsgrundlage für Schadenersatz aufgrund einer Verletzung von Unionsrecht muss sich unmittelbar dort finden. Die Anspruchsvoraussetzungen, auf die Anschluss gleich näher einzugehen sein wird, sind ebenfalls dem Unionsrecht zu entnehmen⁶⁰⁵.

15.2 Anspruchsvoraussetzungen

15.2.1 Verstoß eines Mitgliedstaats gegen Unionsrecht

Ein solcher Verstoß eines Mitgliedstaats liegt dann vor, wenn er dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. Diese Zurechnung liegt regelmäßig beim Handeln aller drei Staatsgewalten vor. Das Handeln nachgeordneter Gebietskörperschaften ist ebenso dem Gesamtstaat zuzurechnen⁶⁰⁶. Zutreffend judiziert der EuGH, dass sogar juristische Personen des Privatrechts, die im Eigentum des Staates stehen oder seiner Kontrolle unterliegen, dem Staat zuzurechnen seien⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Zur Amtshaftungsklage vgl. *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht, 5. Auflage (2005), Seite 213; zum Verfahrensablauf siehe *Hakenberg/Stix-Hackl*, Handbuch zum Verfahren vor dem EuGH, 3. Auflage, Teil 1 (2005), Seite 57ff.

⁶⁰⁵ Zu den Haftungsvoraussetzungen siehe auch *Kucsko-Stadlmayer* in Mayer, EUV und EGV, Art. 288 Rz 59ff.

⁶⁰⁶ Vgl. EuGH Rs C-302/97 *Konle*, Slg 1999, I-3099, Rz 61ff; siehe auch *Reichelt*, Europarecht (2002), Seite 187ff.

⁶⁰⁷ Vgl. zu diesem weiten Staatsbegriff EuGH Rs C-253/96 bis C-256/96 *Kampelmann u.a.*, Slg 1997, I-6907.

15.2.2 Verletzungen von bestimmaren Rechten Einzelner

Es muss außerdem ein Verstoß gegen eine Norm des Unionsrechts vorliegen, die den Zweck verfolgt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, welche auf der Grundlage des Unionsrechts inhaltlich bestimmbar sind⁶⁰⁸.

15.2.3 Hinreichend qualifizierter Verstoß

Diese Anspruchsvoraussetzung ist dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat⁶⁰⁹.

Bei Nichtumsetzung einer RL ist eine hinreichend qualifizierte Verletzung immer zu bejahen, da ein Ermessensspielraum des Mitgliedstaats gar nicht gegeben ist, da den Staat ja die Verpflichtung trifft Richtlinien umzusetzen. Demgegenüber ist der Fall der fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie differenzierter zu beurteilen. Hier gilt es alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen, die nach der Jud des EuGH unter anderem folgende seien⁶¹⁰:

- Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift;
- Umfang des Ermessensspielraums;
- vorsätzlicher oder nicht vorsätzlicher Verstoß;
- Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums;
- möglicherweise irreführende Verhaltensweise eines Gemeinschaftsorgans;
- Vorliegen oder Nichtvorliegen einer gefestigten einschlägigen Jud der Gemeinschaftsgerichte.

⁶⁰⁸ So EuGH Rs C-213/89 *Factortame*, Slg 1990, I-2433.

⁶⁰⁹ Vgl *Fruhmann*, ÖJZ 1996, 401.

⁶¹⁰ Vgl *Nettesheim* in Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 4. Auflage (2009), Seite 180ff.

Weiters sollen „die Besonderheiten der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit“ bei einer Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts, die einen Verstoß gegen das Unionsrecht darstellen soll, ebenso zu berücksichtigen sein. Der Staat hafte nach Auffassung des EuGH nämlich nur in jenem Ausnahmefall, wenn „eine solche gemeinschaftswidrige Entscheidung offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat“⁶¹¹.

15.2.4 Kausalzusammenhang

Weiters muss zwischen dem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen⁶¹².

Laut EuGH, welcher der nach hM vertretenen Adäquanztheorie folgt⁶¹³, sei ein Verstoß nur dann kausal, wenn er nach allgemeiner Lebenserfahrung typischerweise geeignet sei, einen Schaden wie den eingetretenen zu verursachen. Anders gelagert sei jener Fall, in welchem der Eintritt des Schadens als Folge der Handlung völlig inadäquat war, weil er außerhalb jeder Lebenserfahrung gelegen sei.

Fundamental unterscheidet sich das im Unionsrecht wurzelnde Staatshaftungsrecht vom Staatshaftungsrecht einzelner Mitgliedstaaten darin, dass das Verschulden lediglich ein Kriterium für die Prüfung eines qualifizierten Verstoßes, aber keine eigenständige Anspruchsvoraussetzung für einen Schadenersatz darstellt⁶¹⁴. Im AHG wird auf das schuldhafte Verhalten des Amtsträgers abgestellt⁶¹⁵.

⁶¹¹ EuGH Rs C-224/01 *Köbler*, Slg 2003, I-10239, Rz 59.

⁶¹² Vgl EuGH Rs C-213/89 *Factortame*, Slg 1990, I-2433.

⁶¹³ Vgl *Koenig/Pechstein/Sander*, EU-/EG-Prozessrecht, 2. Auflage (2002), Rz 744.

⁶¹⁴ Vgl VfGH A 1/09-18 zur Gleichbehandlungs-RL mit Verweis auf EuGH Rs C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pecheur*, Slg. 1996, I-1029; vgl auch *Fruhmann*, ÖJZ 1996, 402.

⁶¹⁵ Vgl OGH 1 Ob 49/05w; 1 Ob 188/02g; *Zankl*, Bürgerliches Recht, 4. Auflage (2008), Seite 151; *Schrägel*, AHG, 3. Auflage (2003), Seite 35ff, *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II, 13. Auflage (2007), Seite 385ff. *Apathy*, Bürgerliches Recht III, Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Auflage (2008) Seite 190.

15.3 Durchsetzung von Staatshaftungsansprüchen

Nach Ansicht des VfGH richte sich die Durchsetzung des im Unionsrecht begründeten Staatshaftungsanspruchs nach nationalem Recht. Dieses habe dabei dem Äquivalenzgrundsatz und dem Effektivitätsprinzip zu entsprechen. Das Höchstgericht führt in einem richtungsweisenden Erkenntnis aus, dass sich in Ermangelung einheitlicher unionsrechtlicher Vorschriften Gewährung, Umfang und Verfahren in Ansehung von Erstattungsansprüchen nach den jeweiligen innerstaatlichen Vorschriften richte.

Auch die Durchsetzung der Staatshaftungsansprüche habe im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu erfolgen, wobei die im Schadenersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürften als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und sie dürften weiters nicht so ausgestaltet sein, dass sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen⁶¹⁶.

15.3.1 Zuständigkeit zur Entscheidung über Staatshaftungsansprüche im Falle legislativen Unrechts

In seiner älteren Jud vertrat der OGH unter Berufung auf die hL die Auffassung, dass das AHG auf unionsrechtliche Staatshaftungsansprüche auch im Falle legislativen Unrechts, worunter gemeinschaftswidrige Handlungen der Legislative⁶¹⁷ zu verstehen sind, als Klagsgrund analog anzuwenden sei. Das AHG diene somit als unmittelbar anwendbare, materiellrechtliche Anspruchsgrundlage⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Siehe VfSlg 17.019/2003 unter Verweis auf EuGH Rs C-312/93 *Peterbroek*, Slg 1995, I-4599.

⁶¹⁷ Zu diesem Terminus vgl auch OGH 1 Ob 80/00x.

⁶¹⁸ So OGH 1 Ob 146/00b.

Später stellt er diese Ansicht klar und verdeutlichte, dass Art. 23 B-VG einen spezifischen Kompetenztatbestand für den Bereich der Amtshaftung geschaffen habe, der analog auf Staatshaftungsansprüche für legislatives Unrecht anzuwenden sei. Über die aus einem dieser beiden Titel erhobenen Ersatzansprüche hätten immer die ordentlichen Gerichte zu urteilen. Weiters führt der OGH aus, dass die Mitgliedstaaten Richtlinien in verbindliche Vorschriften umzusetzen hätten, die den Grundsätzen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entsprechen müssten.

Eine etwaige unionsrechtswidrige Umsetzung sei an der Jud des EuGH zu messen. Der OGH habe dann den vom Kläger erhobenen Staatshaftungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Umsetzung unionsrechtlicher Vorschriften zu prüfen⁶¹⁹.

Demgegenüber hat der VfGH bereits wiederholt klargestellt, dass die Beurteilung von Staatshaftungsansprüchen, die aus dem Titel „legislatives Unrecht“ geltend gemacht werden, in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs nach Art. 137 B-VG falle. Das Gleiche gelte für die Haftung aus gemeinschaftswidrigen höchstgerichtlichen Entscheidungen⁶²⁰.

Nach Art. 137 B-VG erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind⁶²¹.

Der VfGH führt insbesondere aus, dass die suppletorische Zuständigkeit dann gegeben sei, wenn die anspruchsbegründenden Handlungen oder Unterlassungen nicht einem hoheitlich tätig gewordenen Staatsorgan, sondern unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnen seien, wie dies zB bei Untätigkeit des Gesetzgebers bei der Umsetzung von Richtlinien vorliege⁶²².

⁶¹⁹ Vgl dazu OGH 1 Ob 80/00x, 1 Ob 146/00b.

⁶²⁰ Siehe zB VfSlg 16.107/2001, 17.019/2003.

⁶²¹ Dazu Mayer, B-VG, 4. Auflage (2007), Seite 454ff; Holzinger/Hiesel, Verfassungsgerichtsbarkeit, 3. Auflage (2009), Seite 35ff.

⁶²² Siehe VfSlg 17.095/2003.

Wenn jedoch der Kläger seinen Anspruch auf eine Verletzung des Unionsrechts stütze, die der Vollziehung zuzurechnen seien, falle dies in die Zuständigkeit der Amtshaftungsgerichte⁶²³.

Diese Auffassung des VfGH, wonach er unter den angeführten Voraussetzungen zur Entscheidung über Staatshaftungsansprüchen in Fällen legislativen Unrechts gemäß Art. 137 B-VG zuständig sei, deckt sich auch mit der überwiegenden Auffassung der Lehre⁶²⁴.

Nach der Rsp des EuGH sei es „Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen [staatshaftungsrechtlichen] Schadenersatz zuständig sei“⁶²⁵.

Verjährung

Nicht uninteressant und kontrovers diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch die Frage, ab welchem Zeitpunkt bei Staatshaftungsklagen wegen legislativem Unrecht die dem nationalen Recht folgende (dreijährige) Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Zu prüfen ist, wann dem Kläger der behauptete Schaden bekannt geworden ist. Nach dem klaren Wortlaut des § 6 Abs. 1 AHG ist weder die Kenntnis des Schädigers noch die Kenntnis der Handlung oder Unterlassung (Schadensursache) für den Beginn der Verjährung erforderlich. Es ist auch keineswegs erforderlich, dass dem Geschädigten bereits die gesamten Schadensfolgen bekannt sind⁶²⁶.

⁶²³ VfSlg 17.214/2004.

⁶²⁴ So zB *Zellenberg* in Korinek/Holoubek, B-VG (2007), Art 137 Rz 42ff; *Schoißwohl*, *ecolex* 1998, 963; aA *Dossi*, *ecolex* 2000, 337; zur Unterscheidung zwischen legislativem und administrativem Unrecht vgl *Frischhut/Ranacher*, *ÖJZ* 2005, 241ff.

⁶²⁵ EuGH Rs *Köbler*, C-224/01, Slg 2003, I-10239, Rz 59.

⁶²⁶ Siehe *Schragel*, AHG, 3. Auflage (2003), Seite 294ff.

Nach Meinung des OGH werde die dreijährige Verjährungsfrist in Gang gesetzt, sobald dem Geschädigten neben der Kenntnis des Schadens der gesamte Anspruch begründete Sachverhalt so weit bekannt sei oder zumutbarerweise bekannt sein müsse, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben könne. Bis zu einer völligen Gewissheit eines Prozesseserfolges werde der Beginn aber nicht hinausgeschoben.

Die Verjährung beginne nach Auffassung des Höchstgerichts mit dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Geschädigte ausreichend Gewissheit über ein rechtswidriges und schuldhaftes Organverhalten habe oder wisse, ohne eigene Aktivität seinen Wissensstand nicht mehr erhöhen zu können. Er dürfe nicht untätig bleiben, sondern müsse allenfalls sogar auch sachverständigen Rat einholen⁶²⁷.

Der VfGH rechnet demgegenüber den Beginn der Verjährungsfrist für Staatshaftungsklagen wegen legislativem Unrecht entsprechend den Bestimmungen des AHG. Eine dreijährige Verjährungsfrist mache nach dessen Ansicht auch die Geltendmachung einer Entschädigung nicht praktisch unmöglich und erschwere sie auch nicht übermäßig. Eine dreijährige Frist für Schadenersatzansprüche aus Staatshaftung entsprechend jener des AHG widerspreche somit auch nicht dem Unionsrecht.

Beruhet der behauptete Staatshaftungsanspruch auf einem Unterlassen des Gesetzgebers eine Richtlinie korrekt und fristgerecht zu implementieren, so beginne die Verjährungsfrist sobald dem Kläger bekannt sei, dass das Unterlassen des Gesetzgebers Vermögensnachteile für ihn bringen und der Klage mit Aussicht auf Erfolg gegen jene Gebietskörperschaft erheben könne, deren Gesetzgeber säumig sei. Die Kenntnis müsse auch den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Gesetzgeber anzulastenden Verhalten erfassen⁶²⁸.

⁶²⁷ Bemerkenswert OGH 1 Ob 286/03w.

⁶²⁸ Siehe VfSlg 17.576/2005.

Eine Klagsführung bei einem unzuständigen Gericht unterbreche nach Meinung des OGH die Verjährung nicht⁶²⁹. Nur im Falle einer Überweisung der Sache an das zuständige Gericht gemäß § 261 Abs. 6 ZPO tritt eine solche Unterbrechungswirkung ein⁶³⁰.

Bei Verletzung der Vorlagepflicht durch ein „Gericht“ kommt die Geltendmachung einer Staatshaftung wohl nicht in Betracht⁶³¹.

⁶²⁹ Siehe OGH SZ 42/193; vgl auch *McGuire*, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht (2004), Seite 243.

⁶³⁰ Zur prozessualen Behandlung der Unzuständigkeit *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren, 12. Auflage (2009), Seite 72f.

⁶³¹ So *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Auflage (2005), Seite 70.

16. Zusammenfassung

Die europäische Zahlungsverkehrslandschaft befindet sich durch treibende Kräfte wie verstärktem Kostendruck der Anbieter, erhöhtem Wettbewerb sowie nicht zuletzt auch aufgrund technologischer Fortschritte zunehmend in Bewegung. Das Interesse aller am Zahlungsverkehr Beteiligten liegt in einer schnellen, sicheren und kostengünstigen Durchführung ihrer Zahlungen.

Das ZaDiG trägt diesen Interessen Rechnung. Dieses infolge der Implementierung der Zahlungsdienste-RL ergangene eigene Bundesgesetz enthält umfangreiche Regelungen für sämtliche Zahlungsdienste. Angesichts der in der PSD festgelegten, zahlreichen neu entwickelten Zahlungsverfahren erscheint die durch den österreichischen Gesetzgeber vorgenommene, umfassende Regelung in einem eigenen Bundesgesetz aus legislativer Sicht auch mehr als geboten.

Demgegenüber hat sich sein deutsches Pendant dafür entschieden, den aufsichtsrechtlichen Teil der PSD im ZAG und den zivilrechtlichen Teil durch Änderungen des BGB zu implementieren. Auffallend sind jedoch die weitestgehenden Überschneidungen dieser beiden Mitgliedstaaten im Bereich der Ausübung der in der RL 2007/64/EG noch vereinzelt vorgesehenen Umsetzungswahlrechte, für die im Sinne eines gemeinsamen, europaweit harmonisierten europäischen Zahlungsverkehrsmarkt nur mehr sehr wenig Raum bleibt.

Die Struktur und Zielsetzungen des ZaDiG bauen in Entsprechung der EG 5 und 6 auf der Stärkung des Wettbewerbs im Zahlungsverkehrsmarkt, auf eine Erhöhung der Markttransparenz sowohl für Zahlungsdienstleister als auch für Zahlungsdienstnutzer sowie auf einer gesetzlichen Klarstellung sämtlicher Rechte und Pflichten aller an einem bestimmten Zahlungsvorgang Beteiligten auf.

Die einschlägigen Bestimmungen des ZaDiG finden sowohl für innerstaatliche als auch für alle grenzüberschreitend erbrachten Zahlungsdienste Anwendung, bei denen entweder der Zahlungsdienstnutzer oder der Zahlungsdienstleister in Österreich ansässig ist.

Zudem zielt dieses Bundesgesetz darauf ab, Zahlungssysteme kompatibel zu gestalten und eine verstärkte Standardisierung von Verfahren vorzunehmen. Die im übrigen Finanzmarktaufsichtsrecht geltende, bewährte Konzessions-systematik wurde auch für Zahlungsinstitute, dieser durch die Zahlungsdienste-RL kreierte, neue Kategorie von Zahlungsdienstleistern, aufrecht erhalten.

Ein erklärtes Ziel des ZaDiG besteht außerdem in einem angemessenen Schutz der Konsumentenrechte bei der Nutzung von Zahlungsdiensten, was sich in seinen §§ 26 bis 48 auch widerspiegelt. Diese für Verbraucher äußerst wesentlichen Bestimmungen normieren Regelungen im Bereich der Informationspflichten, Vertragsbedingungen, Entgelte, Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen, Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags, der Sperre von Zahlungsinstrumenten sowie der Risikotragung in Missbrauchsfällen. Aufgrund seiner großen praktischen Bedeutung verdient in diesem Zusammenhang § 27 Abs. 6 besondere Erwähnung, da dieser die Auferlegung von Zahlschein-gebühren verbietet.

Bei genauer Betrachtung der Regelungen des ZaDiG fällt zudem neben dem sehr weiten Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Bestimmungen, ein beachtlicher Eingriff in das für Zahlungsinstitute maßgebliche Auftragsrecht auf. In die Augen fallend sind ferner die äußerst moderaten Eigenmittelvorschriften für Zahlungsinstitute, was vor dem Hintergrund der jüngsten Turbulenzen an den Finanzmärkten sehr kritisch zu sehen ist. Es ist davon auszugehen, dass der europäische Richtliniengeber vor dem Hintergrund der jüngsten Turbulenzen an den Finanzmärkten wohl umfangreichere Eigenmittelanforderungen als jene des § 15 vorgesehen hätte.

Auch im aktuellen Haftungsregime kam es beispielsweise durch die Implementierung des § 46 zweifelsohne zu einer Revolution. Es stellt ein absolutes Novum dar, dass außerhalb des sehr eingeschränkten Anwendungsbereiches des Überweisungsgesetzes, das Auftragsgeberinstitut für eine erfolgreiche Überweisungskette bis zur Empfängerbank einzustehen hat. Im Falle der Einschaltung zwischengeschalteter Stellen trifft den Zahlungsdienstleister, bei einer mehrgliedrigen Überweisung nunmehr eine strenge vertragliche Erfüllungspflicht und kein bloßes Auswahlverschulden.

Das ZaDiG wurde im Sinne der Vollharmonisierung betont richtliniennah sowie vollständig umgesetzt und erfüllt die gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine korrekte Richtlinienumsetzung. Ein Vertragsverletzungsverfahren seitens der Europäischen Kommission ist somit nicht zu erwarten. Mangels Anspruchsvoraussetzungen ist eine Haftung des österreichischen Staates wegen fehlerhafter Umsetzung der Zahlungsdienste-RL daher ebenso wenig zu erwarten.

Deren Geltendmachung fiel gemäß Art. 137 B-VG in die Zuständigkeit des VfGH und unterliegt der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 6 AHG. Diese Verjährungsfrist beginnt sobald dem Kläger bekannt ist, dass das Unterlassen des Gesetzgebers Vermögensnachteile für ihn bringen und der Klage mit Aussicht auf Erfolg gegen jene Gebietskörperschaft erheben könnte, deren Gesetzgeber säumig ist.

Kritisch muss jedoch auch die Tatsache erwähnt werden, dass das ZaDiG in weiten Teilen überaus technische und somit schwer verständliche Regelungen enthält, die ein hohes Maß an Interpretationsspielraum aufweisen. Seitens des deutschen Gesetzgebers wurden einige Bestimmungen der PSD richtlinienkonform weit klarer umgesetzt.

Literaturverzeichnis

Abele/Berger/Schäfer: Kartenzahlungen im Euro-Zahlungsraum; – Heidelberg: Physica 2007

Adamovich/Funk/Holzinger: Staatsrecht: Band I; – Wien/New York: Springer 1997

Adamovich/Funk/Holzinger/Frank: Österreichisches Staatsrecht: Band IV; – Wien/New York: Springer 2009

Altmeppen, Holger: Die Grenzen der Zulässigkeit des Cash-Pooling, ZIP 2006, 1025

Apathy, Peter: Aktuelle Fragen des Dokumentenakkreditivs, ÖBA 2009, 199

Apathy, Peter: Das Schuldanerkenntnis nach österreichischem Recht, ÖBA 1999, 679

Apathy, Peter: Schadenersatz und Rücktritt beim Annahmeverzug, JBl 1982, 561

Apathy/Iro/Koziol: Österreichisches Bankvertragsrecht: Band I, II und III; 2. Aufl; – Wien/New York: Springer 2008

Apathy/Riedler: Bürgerliches Recht, Band III; 3. Aufl; – Wien/New York: Springer 2008

Aspöck, Florian: Erstes Urteil des EuGH zum EVÜ!, ecolex 2009, 1113

Aspöck, Florian: EuGH zur Rechtzeitigkeit von Überweisungen, ecolex 2008, 783

Auer, Meritta: Neues zu Umfang und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung, NJW 2007, 1106

Balthasar, Alexander: Die österreichische bundesverfassungsrechtliche Grundordnung unter besonderer Berücksichtigung des demokratischen Prinzips; – Wien/New York: Springer 2006

Ballon, Oskar: Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren; 12. Aufl.; – Leykam: Graz 2009

Bauer, David Christian: IRÄG 2009, VWT 2009, 226

Bauer/Reimer: Handbuch Datenschutzrecht; – Wien: Facultas 2009

Beiser, Reinhold: Steuern; 6. Aufl.; – Wien: Facultas 2008

Benke/Brandl: Die erforderlichen Erfahrungen des Geschäftsleiters eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens, ÖBA 2007, 303

Berger, Silvia: Die Rom I-Verordnung – was im Vergleich zum EVÜ anders wird, AnwBl 2009/03, 113

Berka, Walter: Lehrbuch Verfassungsrecht; 2. Aufl.; – Wien/New York: Springer 2008

Bichler, Hans: Rechtliche Aspekte des Kreditkartengeschäfts, ÖBA 1986, 594

Bichler/Bödenauer: Strafrechtlicher Schutz für Zahlungskarten, ÖBA 1996, 681

Bieber, Roland: Verfahrensordnung des EuGH; 18. Aufl.; – Baden-Baden: Nomos 2007

Bollenberger, Raimund: Neue Verbrauchercredit-RL: Drittfinanzierung und Einwendungsdurchgriff, ÖBA 2008, 782

Borges, Georg: Die Wertstellung im Giroverhältnis, WM 1998, 105

Borges, Georg: Rechtsfragen des Phishing – ein Überblick, NJW 2005, 3313

Brandl/Hohensinner: Das neue E-Geldgesetz – eine Übersicht, ÖBA 2002, 528

Brandl/Knoll: Datenschutzrechtliche Grenzen der FMA-Prüfung, ecolex 2009, 443

Brandl/Saria: Wertpapieraufsichtsgesetz: Praxiskommentar; – Wien/New York: Springer 2007

Brechmann, Winfried: Die richtlinienkonforme Auslegung; – München: Beck 1994

Breitenmoser, Stephan: Praxis des Europarechts; – Zürich: Schulthess 1996

Brodil/Risak/Wolf: Arbeitsrecht in Grundzügen; 5. Aufl; – Wien: Lexis Nexis 2008

Burgard, Ulrich: Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, WM 2006, 2065

Bürgler/Kanduth-Kristen/Wakounig: Umsatzsteuergesetz: Kommentar; – Wien: Manz: 2006

Bußjäger, Peter: Folgerungen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, JBl 2010, 273.

Bydlinski, Peter: Ausgewählte Rechtsfragen der Banküberweisung, insbesondere nach dem Überweisungsgesetz, ÖBA 2002, 872

Canaris, Claus-Wilhelm: Bankvertragsrecht: Band V; 3. Aufl; – Berlin/New York: Walter de Gruyter 1988

Chini, Leo W.: Das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008: Neue Normen für Abschlussprüfung und Aufsichtsrat (Teil II), Aufsichtsrat aktuell 2008 H 3, 6

Dannemann, Gerhard: Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention; – Köln: Heymann 1994

Dehn, Wilma: Die neue Verbraucherkredit-RL: Geltungsbereich – Umsetzungsoptionen – Sanktionen, ÖBA 2009, 185

Dehn/Birnbauer: Das neue Firmenrecht nach dem UGB – erste Erfahrungen, NZ 2008, 54

Dellinger, Markus: Bankwesengesetz: Kommentar; – Wien: Lexis Nexis 2008

Derleder, Peter: Die vollharmonisierende Europäisierung des Rechts der Zahlungsdienste, NJW 2009, 3195

Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947

Dittrich/Tades: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar; 22. Aufl; – Wien: Manz 2007

Diwok/Göth: Bankwesengesetz: Kommentar: Band I; – Wien: Österreich 2005

Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim: Datenschutzgesetz: Kommentar; 2. Aufl; – Wien: Manz 2009

Doralt, Werner: Steuerrecht; 10. Aufl; – Wien: Manz 2008

Doralt/Nowotny/Kalss: Aktiengesetz: Kommentar; – Wien: Linde 2003

Doralt/Ruppe: Grundriss des österreichischen Steuerrechts; 8. Aufl; – Wien: Manz 2003

Dossi, Harald: Geltendmachung der EU-Staatshaftung in Österreich: die Praxis in einem System unvollständiger Rechtsgrundlagen, ecolex 2000, 337

Dullinger, Silvia: Bankgeschäfte Minderjähriger, ÖBA 2005, 677

Eder/Zwitter-Tehovnik: Die Finanzsicherheitenrichtlinie und ihre Umsetzung: Ein Überblick, ÖBA 2003, 345

Ehricke, Ulrich: Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, EuZW 1999, 553

Eilmansberger/Herzig/Jaeger/Thyri: Materielles Europarecht; 2. Aufl.; – Wien: Lexis Nexis 2009

Eisenhuber/Schimka/Schlögel: Payment Institutions – die neuen Zahlungsdienstleister im Binnenmarkt, ÖBA 2005, 374

Ennöckl, Daniel: Die DSG-Novelle 2010, ÖJZ 2010, 293

Erhart, Michael: Finanzdienstleistungen, JRP 2006, 73

Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 2007 BlgNR XXIV. Gesetzgebungsperiode

Escher-Weingart, Christina: Keine Entledigung der Prüfungspflicht von Banken im Online-Verkehr, WM 2008, 1451

Europäische Kommission: Questions&Answers on Payment Service Directive; http://ec.europa.eu/internal_market/payment/docs/framework/transposition/faq-2009_08_05_en.pdf

Fabrizy, Ernst Eugen: Strafprozessordnung: Kommentar; 10. Aufl.; – Wien: Manz 2008

Fasching/Schwartz: Verwaltungsverfahrensrecht; 4. Aufl.; – Wien: WUV 2009

Fellner, Marie-Luise: Die Bankomatkarte; – Wien/New York: Springer 2006

Fenyves, Attila: Die Risikotragung bei im Geldausgabeautomaten vergessenen Banknoten, ÖBA 2009, 625

Fenyves/Kerschner/Vonkilch/Klang: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar; 3. Aufl.; – Wien: Österreich 2006

Fenyves/Rubin: Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 353

Fischer, Peter: Europarecht, 4. Aufl.; – Wien: Linde 2002

Fitz/Hacksteiner: Das Mißbrauchsrisiko des Karteninhabers bei Verlust der Kreditkarte, ÖBA 1992, 443

Fletzberger, Bernd: Verordnung der FMA über die Anlage zum Prüfungsbericht für Zahlungsinstitute (ZAPV), ZFR 2010, 45

Fletzberger, Bernd: Zahlungsdienstegesetz beschlossen, ZFR 2009, 163

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht: Band I; – Wien/New York: Springer 2009

Frischhut/Ranacher: Die Unterscheidung zwischen legislativem und administrativem Unrecht in Staatshaftungssachen, ÖJZ 2005, 241

Frischhut/Ranacher: Handbuch Anwendung des EU-Rechts; – Wien: Facultas 2009

Frizberg, Teresa: Der „politische“ gemeinsame Rechtsrahmen, ÖJZ 2009, 801

Fuchs, Helmut: Österreichisches Strafrecht: Allgemeiner Teil I; 7. Aufl; – Wien/New York: Springer 2008

Gablitz/Hilf: Das Recht der Europäischen Union: Band I; – München: Beck 2009.

Gapp/Lanschützer: Zahlungsdienstegesetz II: Aufsichtsrecht: Konzessionsstatbestände, Eigenmittel, interne Organisation, ZFR 2009, 170

Gapp/Lanschützer: Zahlungsdienstegesetz II: Informationspflichten, Rahmenvertrag und Zahlungsvorgänge, ZFR 2009, 176

Geiger, Rudolf: Vertrag über die Europäische Union / Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar; 3. Aufl; – München: Beck 2000

Gerhartinger, Hartwig: Schadenstragung bei missbräuchlichen Kontoverfügungen: Gibt es (noch) eine verschuldensunabhängige Haftung des Bankkunden?, ÖBA 2008, 329

Grabenwarter, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl; – München: Beck 2008

Grabenwarter, Christoph: Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit; – Wien/New York: Springer 2008

Graf, Georg: Datenschutzrecht im Überblick; – Wien: Facultas: 2004

Graf, Georg: Internetbetrug durch Phishing – Wer trägt den Schaden?, ecolex 2009, 577

Graf, Georg: Zur Zulässigkeit von Entgeltklauseln in Bank-AGB, ecolex 2009, 16

Graf, Georg: Wer haftet beim Bankomatkartenmissbrauch? Anmerkungen zu einem aktuellen OGH-Urteil sowie den Auswirkungen des Transparenzgebots auf die Auslegung von AGB, ÖBA 2007, 531

Graf, Georg: Widerruf der Gutschrift bei Inkasso eines gefälschten Schecks; ZFR 2010, 411.

Grau, Alexander: Die Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RdW 2009, 826.

Griller, Stefan: Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, ecolex 1996, 639

Gruber/N. Raschauer: Wertpapieraufsichtsgesetz: Kommentar; – Wien: Lexis Nexis 2009

Grubmann, Michael: Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar, 6. Aufl.; – Wien: Manz 2007

Haghofer, Thomas: Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz (Teil I), ecolex 2009, 747

Haghofer, Thomas: Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz (Teil II), ecolex 2010, 21

Haghofer, Thomas: Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz (Teil III), ecolex 2010, 128

Hakenberg, Waltraud: Grundzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 3. Aufl.; – München: Vahlen 2003

Hakenberg/Stix-Hackl: Handbuch zum Verfahren vor dem EuGH: Teil I, 3. Aufl.; – Wien: Österreich 2005

Haselberger, Rudolf: Konkordanzen und Disparitäten des Europarechts; ZfRV 2006, 98

Hauer, Andreas: Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts; – Linz: Pro Libris 2008

Hauer//Leukauf: Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens; 6. Aufl.; – Wien: Linde 2004

Hauer/Kepplinger: Sicherheitspolizeigesetz; 2. Aufl.; – Wien: Linde 2001

Häyback, Gerwin: Risikohaftung bei missbräuchlichen Bankomatbehebungen; Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2008

Haybäck, Gerwin: Zur Risikoverteilung bei Euroscheckfälschungen, ÖBA 1997, 251

Heidinger/Schneider: Aktiengesetz: Kommentar; – Wien: Manz 2007

Heilmann, Hans: Der Vertrag zugunsten Dritter – ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft, ÖJZ 1970, 177

Heißl, Gregor: Handbuch Menschenrechte; – Wien: Facultas 2009

Hengstschläger, Johannes: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl.; – Wien: Facultas 2009

Herber, Rolf: Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?, EuZW 1991, 401

Herdegen, Matthias: Europarecht, 9. Aufl.; – München: Beck 2007

Hillebrand, Manfred: Bankkonzession und Kreditkartengeschäft, ecolex 1995, 677

Hlawati/Calice: Das Bankwesengesetz, ecolex 1994, 270

Hoffmann, Jochen: Die VO über grenzüberschreitende Zahlungen in Euro, EuZW 2002, 67

Hofmann, Kurt: Bemerkungen zu den neuen Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte, ÖBA 2002, 371

Hohensinn, Sabine: Die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ecolex 2008, 188

Höllerer/Neubauer/Träxler: Das Finanztransfergeschäft als Bankgeschäft, ÖBA 2004, 897

Holley/Raschauer/Zleptnig: Niederlassungsfreiheit auch für öffentliche Ämter?, ÖJZ 2007, 44

Holoubek/Kalss/Kwapil/N. Raschauer: Der „qualifizierte Konkurs“ im Finanzdienstleistungsbereich, ÖBA 2005, 192

Holoubek/Lang: Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht: Band VII; – Wien Linde 2006

Holoubek/Potacs: Öffentliches Wirtschaftsrecht; 2. Aufl; – Wien/New York: Springer 2007

Holzinger/Hiesel: Verfassungsgerichtsbarkeit; 3. Aufl; – Wien: Manz 2009

Höpfel/Ratz: Strafgesetzbuch: Wiener Kommentar: Band I; 2. Aufl; – Wien: Manz 2007

Hossenfelder, Martin: Onlinebanking und Haftung – Zu den Sorgfaltspflichten des Bankkunden im Lichte des neuen Zahlungsdienstrechts, CR 2009, 790

Lang/Schuch/Staringer: Steuerrecht; 5. Aufl; – Wien: Facultas 2006

Iro/Koziol: Risikotragung bei gefälschten Aufträgen an die Bank, ÖBA 2003, 129

Ittner, Andreas: Vollständige Finanzmarktintegration und ihre Auswirkungen auf die Finanzmarktstabilität, ÖBA 2007, 583

Jacquelin, Jean-Yves: “Single European Payment Area” – Neue Standards im europäischen Zahlungsverkehr, VWT 2005 H 5, 58

Jabloner, Clemens: Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1995, 921

Jahnel, Dietmar: Handbuch Datenschutzrecht, – Wien: Jan Sramek 2010

Jud, Brigitta: Die Grenzen der richtlinienkonformen Interpretation, ÖJZ 2003, 521

Janisch, Sonja: Die Risikoverteilung beim Überweisungsverkehr via Internet, ÖBA 2001, 853

Judt, Ewald: Zahlungskartenverkehr quo vadis?, ÖBA 2005, 229

Judt/Scholz: 35 Jahre Geldausgabeautomat – 20 Jahre Bankomat in Österreich, ÖBA 2000, 839

Jungwirth, Julia: Zahlscheingebühren – (Unzulässiges) Zusatzentgelt für Unternehmer oder (zulässige) Bestrafung von altmodischen Zahlern?, ecolex 2010, 340

Kahl/Weber: Allgemeines Verwaltungsrecht; 2. Aufl; – Wien: Facultas 2008

Kalss, Susanne: Die Verwaltung von Vermögensfonds unter aufsichtlichen Aspekten, ÖBA 1999, 778

Kalss/Nowotny/Schauer: Österreichisches Gesellschaftsrecht; – Wien: Manz 2008

Kalss/Oelkers: Öffentliche Bekanntgabe – ein wirksames Aufsichtsinstrument im Kapitalmarktrecht?, ÖBA 2009, 123

Kalss/Oppitz/Zollner: Kapitalmarktrecht: Band I; – Wien: Linde 2005

Karl, Wolfram: Europäische Menschenrechtskonvention: Internationaler Kommentar; – Köln/Berlin/München: Heymanns 2007

Karollus, Martin: Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBI 2000, 623

Karollus/Riedler: Pflicht der Überweisungs-/Zwischen- bzw. Empfängerbank zum Konkordanzabgleich im beleglosen, mehrgliedrigen Überweisungsverkehr, JBI 2000, 345

Karpf/Weidinger-Sosdean/Zartl: Die EU-rechtliche (Un-)Zulässigkeit von „Golden Shares“, ZFR 2007, 145

Kellner, Markus: Der temporale Anwendungsbereich der Rom I-VO, RdW 2010, 193

Kienapfel/Höpfel: Grundriss des Strafrechts: Allgemeiner Teil; 12. Aufl.; – Wien: Manz 2007

Klamert, Marcus: Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, JBI 2008, 158

Kleiser, Christoph: Die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht aus legislativer Sicht: Der Umsetzungshinweis, JRP 2001, 28

Koch, Bernhard: Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz – ein Überblick, ÖBA 2009, 867

Koch, Bernhard: Informations-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten bei der Kreditvergabe nach der Richtlinie 2008/48/EG vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ÖBA 2009, 98

Koenig/Pechstein/Sander: EU-/EG-Prozessrecht; 2. Aufl; – Tübingen: Mohr Siebeck 2002

Kohler, Christian: Recht und Rechtsschutz in der EU nach dem Beitritt Österreichs, ÖJZ 1995, 721

Kolacny/Caganeck: Umsatzsteuergesetz; – 3. Aufl; Wien: Manz 2005

König/Haratsch: Europarecht; 4. Aufl; – Tübingen: Mohr Siebeck 2003

König/Reichel-Holzer: Das Unternehmensgesetzbuch; Wien: Linde 2006

Korinek/Holoubek: Bundesverfassungsgesetz: Kommentar; – Wien/New York: Springer 2007

Koziol, Helmut: Die rechtliche Problematik der Wertstellung im Zahlungsverkehr, ÖBA 1989, 643

Koziol, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht: Band I; 3. Aufl; – Wien: Manz 1997

Koziol/Bollenberger/Bydlinski: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kurzkomentar; 2. Aufl; – Wien/New York: Springer 2007

Koziol/Welser: Bürgerliches Recht: Band I und II; 13. Aufl; – Wien: Manz 2007

Krejci, Heinz: Handelsrecht; 3. Aufl; – Wien: Manz 2005

Krejci/Dehn: Das neue UGB; – Wien: Linde 2007

Kriegner, Johann: Taggleiche Valutierung gemäß § 37 BWG verpflichtend?, wbl 2008, 413

Kulke, Ulrich: Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherkredit-RL, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienste-RL sowie zur Neuordnung über das Widerrufs- und Rückgaberecht, VuR 2009, 12

Kümpel, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht; 3. Aufl.; – Köln: Dr. Otto Schmidt 2004

Kunst/Salburg: FMA: Amtshaftungsausschluss statt effizienter Aufsicht!, ecolex 2008, 1092

Lang/Schäfer: Die aufsichtsrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie und die Einführung des Zahlungsinstitutes, BKR 2009, 11

Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz: Bankwesengesetz: Kommentar; – 3. Aufl; Wien: Manz 2008

Leixner, Iris: Zahlungsdienstegesetz: Kurzkommentar: – Wien: Österreich 2009

Lohmann/Koch: Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt – Wesentliche Inhalte, Bewertung und mögliche Auswirkungen auf den europäischen Zahlungsverkehrsmarkt, WM 2008, 57

McGuire, Mary-Rose: Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht; – Tübingen: Mohr Siebeck 2004

Macher/Buchberger/Oppitz/Kalss: Investmentfondsgesetz: Kommentar; – Wien: Bank Verlag 2008

Mader, Peter: Gesellschaftsrecht; 5. Aufl.; – Wien: Lexis Nexis 2006

Manger-Nestler, Cornelia: Der einheitliche europäische Zahlungsverkehrsraum vor dem Hintergrund der Payment Service Directive, EuZW 2008, 332

Mankowski, Peter: Die Rom-I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, IHR 2008, 133

Mayer, Heinz: Bundesverfassungsgesetz: Kommentar; 4. Aufl.; – Manz: Wien 2007

Mayer, Heinz: Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 1980, 337

Mayer, Heinz: Neue Wege der Kompetenzinterpretation?, ÖJZ 1986, 513

Mayer, Heinz: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar; – Wien: Manz 2004

Mayer, Heinz: Zivilrechtsbegriff und Gerichtszuständigkeit, ZfV 1988, 473

Mendel, Heidemarie: Zur Rechtsnatur des Kreditkartengeschäfts, Zak 2007, 401

Merten/Papier: Handbuch der Grundrechte: Band VII/1; Heidelberg: C. F. Müller 2009

Miklau, Roland: Zur Funktion der Geldstrafe. Ist die Höhe der Strafdrohung ein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen dem Justiz- und dem Verwaltungsstrafrecht?, ÖJZ 1991, 361

Mohr, Franz: Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, ecolex 2009, 848

Morscher, Siegbert: Wechselseitige Rücksichtnahmepflicht Bund – Länder; JBl 1985, 479

Naderhirn, Johanna: Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis, RdW 2004, 388

Neumayr/Reissner: Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht; – Wien: Manz 2006

Novak, Richard: Lebendiges Verfassungsrecht; – Wien/New York: Springer 2008

Obenaus, Gregor: Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die österreichische Legistik, JRP 1999, 111

Obwexer, Walter: Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010, 101

Öhlinger, Theo: Die Geldstrafe im Verwaltungsstrafrecht, ÖJZ 1991, 217

Öhlinger, Theo: Verfassungsrecht; 8. Aufl; – Wien: WUV 2009

Öhlinger/Potacs: Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht; 3. Aufl; – Wien: Lexis Nexis 2006

Oppermann/Classen/Nettesheim: Europarecht; 4. Aufl; – München: Beck 2009

Oppitz, Thomas: Das Einlagengeschäft – Auffangtatbestand im Bankgeschäftskatalog?, ÖBA 2007, 797

Part/M. Schütz: Reform der nationalen und EU-Finanzmärkte: Endlich effiziente Rahmenbedingungen?, ÖBA 2010, 33

Pauli, Frank-Christian: Wenn der Empfänger zur (Konto-)Nummer wird – Ein kleiner Fehler des AG München und eine gravierender des europäischen Gesetzgebers, NJW 2008, 2229

Pernthaler/Weber: Festschrift Melichar; – Wien: Manz 1983

Pichler, Clemens: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, 216

Pichler, Herbert: Better Regulation im Finanzsektor – Die Sicht der Kreditwirtschaft, ÖBA 2007, 855

Piekenbrock/Schulze: Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung – autonomes Richterrecht oder horizontale Rechtsfortbildung, WM 2002, 521

Pollak, Robert-Christian: Rechtsfragen des Verkaufsauftrages, JBI 1985, 646

Pürstl/Zirmsack: Sicherheitspolizeigesetz; – Wien: Manz 2005

Rabl, Andreas: Beschränkung der Haftung der FMA verfassungsrechtlich zulässig?, ZFR 2009, 186

Rabl, Christian: Die Haftung des Händlers nach dem Produkthaftungsgesetz, JBI 1997, 490

Rabl, Christian: Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf und Preisgabe – Rechtsbehelfe im Annahmeverzug des Gläubigers, ÖJZ 1998, 688

Raschauer, Bernhard: „Kernaufgaben des Staates“: Rechtsfortbildung oder Rechtskreation?, ZfV 2005, 18

Raschauer, Bernhard: Allgemeines Verwaltungsrecht; 3. Aufl.; - Wien/New York: Springer 2009

Raschauer, Nicolas: Entscheidungsanmerkung zu VfGH G 164/08-12; ZFR 2008, 147.

Raschauer, Nicolas: Investorenwarnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht; ÖZW 2008, 95.

Rauter, Roman Alexander: Planmäßig maßvoll – das URÄG 2008; JPR 2007/2008/23

Rechberger/Simotta: Zivilprozessrecht; 7. Aufl.; – Wien: Manz 2009

Reichelt, Gerte: Europarecht; – Wien: Manz 2002

Rill/Schäffer: Bundesverfassungsgesetz: Kommentar; Wien: Österreich 2001

Rösler/Werner: Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht: Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie, BKR 2009, 1

Rubin, Daniel: Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, ecolex 2010, 24

Rüffler, Friedrich: Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121

Rühl, Wolfgang: Weitreichende Änderungen im Verbraucherdarlehensrecht und Recht der Zahlungsdienste, DStR 2009, 2256

Rummel, Peter: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar: Band II, 3. Aufl.; – Wien: Manz 2007

Ruppe, Hans Georg: Umsatzsteuergesetz; – 3. Aufl; Wien: WUV 2005

Schäffer, Heinz: Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat, ZfV 1985, 357

Schäffer, Heinz: Privatrecht und Gerichtsbarkeit, JBl, 1965, 502

Schefbeck, Günther: Legistik zwischen Kunst, Technik und Technologie, JRP 2001, 170.

Scheibengruber/Breidenstein: SEPA – eine Zumutung für Verbraucher) – Ein Beitrag zur Analyse der Veränderung der Verteilung des Rückerlangungsrisikos bei fehlgeleiteten Überweisungen durch die Zahlungsdiensterichtlinie, WM 2009, 1393

Schima, Bernhard: Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH; 2. Aufl.; – München: Beck 2005

Schinnerer, Erich: Bemerkungen zur Oberstgerichtlichen Entscheidung betreffend den Schutz der Gläubiger von Kreditinstituten, ÖBA 1980, 258

Schneider, Uwe H.: Hawala – Multikulti im Zahlungsverkehr, EuZW 2005, 513

Schoißwohl, Birgit: Zur Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsjudikatur, ecolex 1998, 963

Schragel, Werner: Amtshaftungsgesetz: Kommentar; 3. Aufl.; – Wien: Manz 2003

Schramm, Alfred: Novelle zur Verordnung der FMA über die Anlage zum Prüfbericht (AP-VO), ZFR 2009, 156

Schrank/Marx-Rajal: Das neue Zahlungsdienstegesetz, ecolex 2009, 808

Schulze/Zuleeg: Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis; – Baden-Baden: Nomos 2006

Schumacher, Hubertus: Insolvenzrechtsnovelle 2009 – Ein Schlag ins Wasser?, ÖBA 2009, 761

Schummer, Gerhard: Allgemeines Unternehmensrecht; 7. Aufl; – Wien: Lexis Nexis 2008

Schütz/Waldherr: Die Auslagerung bankgeschäftlicher Tätigkeiten aus bankaufsichtlicher Sicht, ÖBA 2007, 139

Schwaighofer, Klaus: Die Neue Strafprozessordnung; – Wien: Facultas 2008

Schwarze, Jürgen: EU-Kommentar; 2. Aufl; – München: Beck 2009

Schwimmann, Michael: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar: Band IV und VI; 3. Aufl; – Wien: Lexis Nexis 2005

Seidl, Julia: Die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, JusIT 2008, 126

Stabentheiner, Johannes: Legistik im europäischen Arbeitsumfeld, ÖJZ 2010, 263

Stabentheiner/Dimmel: Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696

Steiner, Johannes Wolfgang: Gebührenrechtliche Fragen bei Bankgeschäften, ÖBA 2009, 763

Streinz, Rudolf: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Maastricht, ZfRV 1995, 1.

Streinz, Rudolf: Europarecht, 8. Aufl; – Heidelberg: C. F. Müller 2008

Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar; 37. Aufl; – Wien: Manz 2009

Taupitz, Jochen: Zivilrechtliche Haftungsfragen bei Kartenmißbrauch nach österreichischem Recht, ÖBA 1997, 765

Tertak, Elemer: Wann kann man eine Aufsicht als erfolgreich bezeichnen?, ÖBA 2008, 675

Tessar, Hans: Der Einlagengeschäftsbegriff des Bankwesengesetzes, ÖZW 2004, 118

Thienel, Rudolf: Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609

Thienel/Schulev-Steindl: Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Aufl; – Wien: Österreich 2009

Thun-Hohenstein/Cede/Hafner: Europarecht; 5. Aufl; – Wien: Manz 2005

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer: Strafgesetzbuch: Salzburger Kommentar: Band I; Wien: Lexis Nexis 2009

Unger, Kaja: Kontoeröffnung durch „Private“: Ein Beitrag zum Kontoeröffnungsvertrag, ÖBA 2002, 472

Urbanitsch, Wolfgang: Zahlungsverkehr, ecolex 2008, 213

Wagner/Eigner: Aufsichtliche Aspekte der Zahlungsdiensterichtlinie, ÖBA, 2008, 633

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer: Bundesverfassungsrecht; 10. Aufl; – Wien: Manz, 2007

Walter/Thienel: Verwaltungsverfahrensgesetze: Kommentar; 17. Aufl; – Wien: Manz 2008

Weh, Wilfried Ludwig: Der Anwendungsbereich des Art. 6 MRK, EuGRZ 1988, 433

Wendehorst, Christiane: Die neue Verbraucherkredit-RL: Rücktritt, Kündigung, vorzeitige Rückzahlungen, ÖBA 2009, 30

Wiederin, Ewald: Deutschland über alles: Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ÖJZ 2010, 398.

Winkler, Günther: Die Prüfung von Verordnungen und Gesetzen durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen; – Wien/New York: Springer 2006

Winkler, Günther: Studien zum Verfassungsrecht; – Wien/New York: Springer 1991

Wolters, Martin: Prüfungspflichten der Empfängerbank im Überweisungsverkehr, VuR 2009, 16

Zankl, Wolfgang: Bürgerliches Recht; 4. Aufl; – Wien: Facultas 2008

Zankl/Stahov: Zahlungsdienstegesetz: Ermäßigung bei Einzugsermächtigung zulässig, ecolex 2010, 721

Anhang

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 97/5/EG

Quelle: Eur-Lex

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:319:0001:01:DE:HTML)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:319:0001:01:DE:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:319:0001:01:DE:HTML)

(abgerufen am 17. Juni 2010)

Lebenslauf

Anschrift: Brigittenauer Lände 144/14, 1200 Wien
Telefon: 0664 / 41 22 516
E - Mail: thomas.schmatzberger@gmx.at
Geburtsdatum: 16. Mai 1983
Geburtsort: 2130 Mistelbach

AUSBILDUNG:

2002 Bundeshandelsakademie Mistelbach, Reifeprüfung
Okt. 2003 – April 2007 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der
Universität Wien
Seit Okt. 2007 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der
Universität Wien

BERUFSERFAHRUNG:

Aug. 2007 – April 2008 Gerichtspraxis BG Hollabrunn, HG Wien
Sept. 2008 Praktikum DLA Piper Rechtsanwälte
Seit Dez. 2008 Bundesministerium für Finanzen, Abteilung Bank-
und Kapitalmarktrecht

PUBLIKATIONEN:

Huang/Schmatzberger: Ministerialentwurf vom 24. 9. 2010 zur Novelle des Bankwesengesetzes (BWG) in Umsetzung der „CRD III-Richtlinie“ hinsichtlich der aufsichtlichen Überprüfung der Vergütungspolitik von Kreditinstituten, ZFR 2010/165

Huang/Schmatzberger: Neue Bestimmungen für Bonizahlungen von Kreditinstituten, *ecolex* 2011, 149

Huang/Schmatzberger: Anlageprodukte für Kleinanleger: Regulierungsvorschlag der Europäischen Kommission, ZFR 2011/44

Huang/Schmatzberger: Überarbeitung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID), ZFR 2011/111

Huang/Schmatzberger: Novelle des Bankwesengesetzes (BWG) in Umsetzung des zweiten Teils der „CRD III“, ZFR 2012/22

VORTRAGSTÄTIGKEIT:

Bei der Akademie für Recht und Steuern (ARS) und Business Circle
Management Fortbildungs GmbH

FREMDSPRACHEN:

Englisch, Französisch

Wien, März 2012