

# Zahlungsdienstegesetz und Bearbeitungs-entgelte

Am 1. 11. 2009 trat das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) in Kraft. Seither ist die Frage der weiteren Zulässigkeit der Verrechnung eines Entgelts für die Bearbeitung von Zahlungen mittels Zahlschein (oder Onlinebanking) heftig umstritten. Während für die Gegner ein Bearbeitungsentgelt unzulässig ist, dieses Entgelt vielmehr in das Gesamtentgelt einzurechnen sei, ist für die Befürworter ein solches Entgelt für kostenintensive und damit ineffiziente Zahlscheine zulässig. Gegner wie Befürworter berufen sich hierbei auf § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG, den der folgende Beitrag analysiert.

## 1. Einleitung

Im Mittelpunkt des Streits um Bearbeitungsentgelte stehen die sog Zahlscheingebühren von Mobilfunkbetreibern; die Protagonisten dieses derzeit bei Gericht anhängigen Rechtsstreits sind der VKI und die Telekommunikationsbranche.<sup>1)</sup> Vermutlich wird nur der OGH – mit oder ohne EuGH – hierüber und damit über die Anwendung und die Geltung des ZaDiG, den Begriff des Zahlungsinstruments sowie die – richtlinien- und verfassungskonforme – Auslegung des § 27 Abs 6 ZaDiG entscheiden können.

Inzwischen ist hierüber eine heftige Kontroverse in der Literatur entbrannt: Während *Jungwirth* Zahlscheingebühren kategorisch – also auch zB die der Energie- und Versicherungsbranche – ablehnt und von einer „Bestrafung“ von Konsumenten spricht,<sup>2)</sup> befürworten *Görg* und *Valchar* unter Hinweis

auf die Gesetzwerdung derartige Gebühren.<sup>3)</sup> Demgegenüber – differenzierend – meinen *Zankl* und *Stahov*, dass Zahlscheingebühren (nur) unzulässig sind, wenn es sich um ein bestimmtes und effizientes Zahlungsinstrument handelt.<sup>4)</sup>

## 2. Anwendungsbereich und Geltung des ZaDiG

Die §§ 1–3 ZaDiG regeln den Anwendungsbereich, die Ausnahmen hiervon und die Begriffsbestimmungen. § 1 Abs 1 ZaDiG bestimmt den Umfang des Anwendungsbereichs – insb

- die Bedingungen, zu denen „Zahlungsdienstleister“ (ZaDi-Leister) Zahlungsdienste erbringen dürfen,

1) Vgl zum (erstinstanzlichen) „VKI-Sieg gegen mobilkom“ VRInfo 2010 H 9, 5.

2) *Jungwirth*, Zahlscheingebühren – (Unzulässiges) Zusatzentgelt für Unternehmer oder (zulässige) Bestrafung von altmodischen Zahlern? ecolex 2010, 340.

3) *Görg/Valchar*, Sein und (Zahl-)Schein, ecolex 2010, 651; vgl auch *Schopper/Fichtinger*, Das Zahlungsdienstegesetz, JAP 2009/2010, 176 (178); *Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz – Ein Überblick, ÖBA 2009, 869.

4) *Zankl/Stahov*, Zahlungsdienstegesetz: Ermäßigung bei Einzugsermächtigung zulässig, ecolex 2010, 741.

- die Rechte und Pflichten von ZaDi-Leistern sowie von Zahlungsdienstnutzern bei Zahlungsdiensten und
- den Zugang zu Zahlungssystemen.

Dh: § 1 Abs 1 ZaDiG legt fest, dass nur ZaDi-Leister in Österreich ZaDi gewerblich erbringen dürfen. Dies sind einerseits jene Personen, die eine Konzession nach dem ZaDiG halten (somit die Zahlungsinstitute), andererseits aber auch alle nach einem anderen Gesetz – wie zB BWG oder E-Geldgesetz – dazu Berechtigten.

§ 1 Abs 2 ZaDiG listet taxativ die Tätigkeiten (also das Was) auf, die „Zahlungsdienste“ (ZaDi) iSd ZaDiG sind. Neben Ein- und Auszahlungsgeschäften (§ 1 Abs 2 Z 1 ZaDiG), Zahlungsgeschäften mit Kreditgewährung (§ 1 Abs 2 Z 3 ZaDiG), Zahlungsinstrumentgeschäften (§ 1 Abs 2 Z 4 ZaDiG), Finanztransfergeschäften (§ 1 Abs 2 Z 5 ZaDiG) und digitalen Zahlungsgeschäften (§ 1 Abs 2 Z 6 ZaDiG) fallen gem § 1 Abs 2 Z 2 ZaDiG darunter die „Ausführung“ der in lit a–c aufgelisteten Zahlungsvorgänge, wie die Durchführung von Überweisungen (insb „Lastenschriftgeschäfte“). Wer den Zahlungsvorgang nicht aus- bzw durchführt (dh wenn die Ausführung bzw Durchführung den ZaDi-Leistern vorbehalten ist), wer also kein Zahlungsinstitut ist, fällt nicht unter den durch § 1 Abs 2 ZaDiG festgelegten sachlichen Anwendungsbereich.

§ 1 Abs 3 ZaDiG legt den persönlichen Anwendungsbereich (also das Wer) fest, indem darin taxativ die „Zahlungsdienstleister“ aufgelistet werden; ZaDi-Leister sind demnach nicht nur Banken, sondern ua auch „Zahlungsinstitute“ (Z 2), „E-Geld-Institute“ (Z 3) und die durch das ZaDiG neu geschaffenen Zahlungsinstitute (Z 7). Für Zahlungsinstitute gilt das ZaDiG zur Gänze. Hinsichtlich der übrigen ZaDi-Leister legt § 2 ZaDiG den genauen Anwendungsbereich fest, wobei – bei grober Betrachtung – öffentliche Institutionen zur Gänze, Banken, E-Geldinstitute, die Post und die OeNB jedoch nur von den Bestimmungen rund um die Konzessionserteilung ausgenommen sind und daher diese die übrigen Bestimmungen ergänzend zu den sonst für sie geltenden Gesetzen beachten müssen. Dh: Wessen Geschäftszweck nicht in der Erbringung von ZaDi iSd § 1 Abs 2 ZaDiG, sondern im Betrieb des Mobilkommunikationsgeschäfts liegt, fällt auch nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich des ZaDiG.

Der sich aus dem unmissverständlichen und eindeutigen Wortlaut des § 1 ZaDiG ergebende sachliche und persönliche Anwendungsbereich des ZaDiG wird auch durch die Systematik und den Zusammenhang mit anderen Normen des ZaDiG bestätigt: Salopp gesprochen ist das ZaDiG auf „klassische“ ZaDi-Leister wie Banken anzuwenden. Daran ändern auch die Begriffsbestimmungen gem § 3 ZaDiG nichts; denn – in rechtsstaatlichen Kategorien – wird durch Begriffe, die der Gesetzgeber wie in § 3 Z 8 ZaDiG bestimmt, nicht der Anwendungsbereich des Gesetzes geändert, sondern lediglich die in den §§ 1 und 2 ZaDiG festgelegte Anwendung konkretisiert. Dass § 27 Abs 6 Satz 2 iVm § 3 Z 8 ZaDiG nicht eine über den Anwendungsbereich der §§ 1 und 2 ZaDiG hinausgehende Wirkung zu entfalten vermag, hat auch der Gesetzgeber erkannt, indem er die im 3. Hauptstück des ZaDiG normierten Vorgaben, wie etwa die in § 27 Abs 6 ZaDiG, als bloße „Obliegenheiten der Zahlungsdienstnutzer“ qualifiziert und deshalb auch ein Verstoß gegen die Vorgaben in § 27 Abs 6 ZaDiG keine Verwaltungsübertretung für Mobilfunkbetreiber ist.

Gerade dieser – dem Zweck der ZaDi-RL entsprechende – Umstand ist dafür maßgebend, dass das ZaDiG einen Verstoß

der Mobilfunkbetreiber gegen § 27 Abs 6 ZaDiG nicht mit einer Sanktion verknüpft (sehr wohl aber ZaDi-Leister sanktioniert, wenn diese gegen § 27 Abs 6 ZaDiG verstoßen), sondern – folgerichtig – diesen Verstoß eben nur als eine Obliegenheitsverletzung qualifiziert, die aber weder im öffentlichen Recht noch im privaten Recht eine straf- bzw schadenersatzrechtliche Konsequenz zur Folge hat. § 27 Abs 6 ZaDiG gilt somit nur für ZaDi-Leister; diese sind Normadressaten, ihnen gegenüber ist diese Rechtsvorschrift sanktionsbewehrt – hingegen gilt § 27 Abs 6 ZaDiG nicht für Mobilfunkbetreiber, weil das ZaDiG (und damit die Voraussetzung für die Geltung) auf diese nicht anwendbar ist und allenfalls § 27 Abs 6 ZaDiG über (die verbindliche Geltung für) ZaDi-Leister eine (unverbindliche) Wirkung als Obliegenheit auf diese entfalten könnte.

Eine Anwendung des ZaDiG auf Mobilfunkbetreiber kann auch nicht infrage kommen, weil dann der durch die ZaDi-RL bestimmte Zweck der für ZaDi und ZaDi-Leister erforderlichen Maßnahmen – wie sie im ZaDiG festgelegt sind – entgegenstehen würde. Denn wie aus dem Wortlaut des 3., 4. und 5. Erwägungsgrundes der ZaDi-RL hervorgeht, sollen durch die ZaDi-RL

- die „Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr 2560/2001, die im Bereich der Entgelte einen Binnenmarkt für Euro-Zahlungen geschaffen hat, beibehalten werden“ und
- die „Bestimmungen der Richtlinie 97/5/EG und die in den Empfehlungen 87/598/EWG, 88/590/EWG und 97/489/EG formulierten Empfehlungen in einen einzigen verbindlichen Rechtsakt überführt werden“.

Keine dieser Richtlinien und Empfehlungen war auf Mobilfunkbetreiber anwendbar; vielmehr regelten diese Rechtsakte Zahlungsdienste im Finanzsektor und werden – zur Schaffung eines „modernen und kohärenten rechtlichen Rahmens für Zahlungsdienste“ – durch die ZaDi-RL neu (quasi im Sinn einer Kodifikation) geregelt. Diese Neuregelung bezweckt die Beibehaltung des Finanzcharakters und die Überführung in einen einzigen Rechtsakt.<sup>5)</sup> Der ZaDi-RL geht es um die „Zahlungsverkehrsmärkte“<sup>6)</sup> und die Zusammenführung der in diesem Bereich erlassenen Rechtsakte; dementsprechend bezieht sich darauf der sachliche Anwendungsbereich der ZaDi-RL und dementsprechend auch des ZaDiG, weil dieses – wie die Erl zur RV betonen (arg „erkennbare Rückführbarkeit auf den Richtlinientext“ und „keine über dem Harmonisierungsniveau liegende Vorschriften“) – nicht über den Inhalt der ZaDi-RL hinausgeht.

### 3. Zum Begriff „Zahlungsinstrument“

Gem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG ist ein Entgelt für die Nutzung eines bestimmten „Zahlungsinstruments“ unzulässig; ein „Zahlschein“ ist aber kein derartiges Instrument. Unter einem Zahlungsinstrument ist – gem Art 4 Z 23 ZaDi-RL (vgl auch § 3 Z 21 ZaDiG) – ein „personalisiertes Instrument“ bzw ein „personalisierter Verfahrensablauf“ zu verstehen; demgegenüber ist ein Zahlschein ein standardisierter Zahlungsvordruck bzw ein Formular zur Bareinzahlung auf ein Bankkonto. Davon zu unterscheiden ist das Ausfüllen und Unterschreiben eines Zahlscheins bzw die Verwendung einer TAN; diese Tätigkeiten haben nichts mit dem Begriff „Zahlungsinstrument“ gemein; sie setzen vielmehr dieses Instrument voraus und tragen

5) Vgl 5. Erwägungsgrund.

6) Vgl 2. Erwägungsgrund.

daher nichts zur Frage bei, ob Zahlscheine aus Papier und Telebankingüberweisungen „Zahlungsinstrumente“ iSd § 3 Z 21 ZaDiG sind. Im Übrigen ist das Ausfüllen und Unterschreiben eines Zahlscheins bzw die Verwendung einer TAN keine „Personalisierung“, sondern eine Autorisierung bzw Identifizierung.

Dass mit Zahlungsinstrumenten iSd ZaDi-RL technische Geräte, wie zB Karten, Lesegeräte oder mobile Handelsets („physical device“) bzw bestimmte Softwareprogramme, die die Einleitung von Zahlungsabläufen anhand von Zahlungsmechanismen und Eingabemasken erlauben („set of procedures“), gemeint sind, und dass keinesfalls ein Zahlschein darunter fällt, deckt sich auch mit der (sukzessive während und nach der Umsetzung der ZaDi-RL durch das ZaDiG entstandenen) Stellungnahme der Kommission.<sup>7)</sup> Dieser Umstand<sup>8)</sup> belegt, dass die für die richtlinienkonforme Interpretation maßgebende Stellungnahme der Europäischen Kommission der Auffassung entgegensteht, dass es sich bei Zahlscheinen aus Papier und bei Telebankingüberweisungen um „Zahlungsinstrumente“ handelt.

Zudem würde auch die Anwendung der übrigen auf Zahlungsinstrumente Bezug nehmenden Vorschriften der ZaDi-RL<sup>9)</sup> auf Zahlscheine keinen Sinn machen. Wie sinnlos eine Qualifikation von Zahlscheinen als Zahlungsinstrumente wäre, zeigt – bspw – Art 57 ZaDi-RL, der durch § 35 Abs 2 ZaDiG umgesetzt ist: Würden von der Unzulässigkeit der Zusendung eines Zahlungsinstrumentes gem § 35 Abs 2 Satz 2 ZaDiG auch Zahlscheine erfasst sein, so würde dadurch ein Wertungswiderspruch zu § 28a Abs 1 2. Halbsatz UWG, der eine Versendung von Zahlscheinen zulässt, erzeugt werden.

Ergänzend ist anzumerken, dass die Europäische Kommission – und damit ein für die Entstehung der ZaDi-RL wesentliches (weil federführendes) Organ der Gemeinschaft – den Tatbestand des „Zahlungsinstruments“ eindeutig und unmissverständlich interpretiert. So befürwortet am 6. 10. 2008 die Europäische Kommission in Beantwortung der am 18. 6. 2008 gestellten Frage 34 eine Auslegung, wonach ein Zahlschein („payment order form“) weder ein „physical device“ noch ein „set of procedures“ iSd Art 4 Z 23 ZaDi-RL ist. Die Kommission nennt vielmehr Beispiele für Mittel, die der Zahlungsdienstleister dem Zahler an die Hand gibt, um sich damit zu identifizieren. Ein Zahlschein ist hingegen nur ein standardisiertes Formular, dessen Einsatz im Zahlungsverkehr die Abwicklung und Bearbeitung von Einzahlungen und Überweisungsaufträgen erleichtert.

Dementsprechend kommt am 14. 12. 2009 die Europäische Kommission in Beantwortung der (in Ergänzung zur Frage 34 am 19. 10. 2009 gestellten) Frage 322 zum Schluss, dass Zahlscheine auch keine Instrumenteneigenschaft haben. Ein „set of procedures“ müsste bei Zahlscheinen das Ausfüllen der vorgegebenen Felder (Zahlungsempfänger, Kontonummer etc) und Unterschreiben des Zahlungsauftrags sein. Dieses Verfahren ist nach der Antwort jedoch nicht erfasst. Wörtlich heißt es: „Wenn ein Zahlungsvorgang mit Papier durchgeführt wird, kann weder der Papierbeleg noch der Überweisungsvorgang selbst als Zahlungsinstrument angesehen werden, wie es in Art 4 Z 23 der Richtlinie ausgeführt ist.“

Die Interpretation der Kommission deckt sich auch mit den – auf Zahlungsinstrumente Bezug nehmenden – Vorschriften der ZaDi-RL. Dass unter Zahlungsinstrumenten nur Geräte und Anwendungen mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen – welche ein Zahlschein nicht aufweist – gemeint sind, ergibt sich bspw auch aus Art 42 Abs 5 („Beschreibung der Vorkehrungen, die der Zahlungsdienstnutzer für die sichere Verwahrung eines Zahlungsinstruments zu treffen hat“), Art 55 (Sperrung eines Zahlungsinstruments, „wenn objektive Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit des Zahlungsinstruments dies rechtfertigen“) und Art 57 ZaDi-RL („personalisierte Sicherheitsmerkmale des Zahlungsinstruments“). Daraus – also aus dem Richtlinienkontext, wie auch aus der Interpretation der Europäischen Kommission als Verfasser dieses Textes – erhellt, dass unter Zahlungsinstrumenten nicht auch Zahlscheine, die ja über keine personalisierten Sicherheitsmerkmale verfügen, zu verstehen sind.

Einen Zahlschein als Zahlungsinstrument iSd Art 52 Abs 3 ZaDi-RL zu qualifizieren, würde auch einer teleologischen Interpretation nicht standhalten. Der Telos des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL ist – vor dem Hintergrund der Schaffung eines neuen „rechtlichen Rahmens für Zahlungsdienste“ – transparente und effiziente Zahlungsinstrumente zu schaffen.<sup>10)</sup> Soll § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG diesem Telos entsprechen, was bei richtlinienkonformer Interpretation geboten ist, so würde eine generelle Unzulässigkeit der Erhebung eines Entgelts das Gegenteil bewirken. Statt Transparenz käme es zu Intransparenz, weil die Mobilfunkbetreiber den anfallenden Bearbeitungsaufwand dann in die Grundentgelte „einpreisen“ bzw „hineinpacken“ müssten; statt Effizienz käme es zu Ineffizienz, weil dann der Zahlschein oder die Banküberweisung trotz des erheblichen Verwaltungs- und Manipulationsaufwands für die Mobilfunkbetreiber gefördert werden würde bzw ohne Bearbeitungsentgelt für Zahlscheine oder Banküberweisungen kein Anreiz für Zahler (Kunden) bestünde, auf effiziente Alternativen umzusteigen.

#### 4. Zur Auslegung von § 27 Abs 6 ZaDiG

§ 27 ZaDiG regelt „Entgelte“; hierbei wird zwischen Entgelten

- für bestimmte Informationen,<sup>11)</sup>
- für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag,<sup>12)</sup>
- für die Erbringung von sonstigen Nebenpflichten<sup>13)</sup> und
- für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments<sup>14)</sup>

differenziert und die Zulässigkeit der Verrechnung von diesen Entgelten von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig gemacht. § 27 Abs 6 ZaDiG hat folgenden Wortlaut: „Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ist unzulässig.“ Art 52 Abs 3 ZaDi-RL hat folgenden Wortlaut: „Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom

7) Vgl Fragen 34 und 322 samt Antworten unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/transposition/faq\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf).

8) Vgl insb die Beantwortung der Frage 322 am 14. 12. 2009.

9) Vgl Art 34 und 53, 42 Abs 5, 50, 55, 56 und 57 ZaDi-RL.

10) Vgl auch 42. Erwägungsgrund der ZaDi-RL.

11) § 27 Abs 1 Satz 2 ZaDiG.

12) § 27 Abs 2 ZaDiG.

13) § 27 Abs 3 ZaDiG.

14) § 27 Abs 4 ZaDiG.

*Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder ihm eine Ermäßigung anzubieten. Die Mitgliedstaaten können jedoch das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.“*

Dass § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG nur den ZaDi-Leister und nicht auch den ZaDi-Nutzer verpflichtet, ergibt sich aus der richtlinienkonformen Interpretation: Wie die Erl zur RV ausführen, soll § 27 Abs 6 ZaDiG den Art 52 Abs 3 ZaDi-RL umsetzen. Art 52 Abs 3 Satz 1 ZaDi-RL erlegt dem ZaDi-Nutzer eine Pflicht auf und räumt dem Zahlungsempfänger (gegenüber dem Zahler) ein Recht ein. Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL ermächtigt die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Art 52 Abs 3 Satz 1 ZaDi-RL, die dem ZaDi-Leister auferlegte Pflicht zu verschärfen (arg „*untersagen oder begrenzen*“). Die Ermächtigung des Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL zur Verschärfung der dem ZaDi-Leister auferlegten Pflicht könnte zwar auch das dem Zahlungsempfänger eingeräumte Recht betreffen und somit einem Mitgliedstaat nicht verwehren, dem Zahlungsempfänger das Recht auf Erhebung von Entgelten zu untersagen oder zu begrenzen. Allerdings ist Voraussetzung hierfür, dass den Vorgaben des 42. Erwägungsgrunds der ZaDi-RL entsprochen wird; dh dass der österr Gesetzgeber von dieser Ermächtigung gegenüber dem Zahlungsempfänger nur Gebrauch machen kann, wenn dies sachlich gerechtfertigt und zweckgebunden ist.

Der 42. Erwägungsgrund der ZaDi-RL hat folgenden Wortlaut: *„Im Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs sollte der Zahlungsdienstleister den Zahlungsempfänger nicht daran hindern, vom Zahler ein Entgelt für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments zu verlangen. Zwar sollte es dem Zahlungsempfänger freistehen, Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments zu erheben, doch können die Mitgliedstaaten beschließen, eine derartige Praxis zu verbieten oder einzuschränken, wenn dies ihrer Auffassung nach angesichts missbräuchlicher Preisgestaltung oder möglicher nachteiliger Auswirkungen der Preisgestaltung auf die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments gerechtfertigt ist, wobei der Notwendigkeit Rechnung zu tragen ist, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.“* Das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung des durch die Ermächtigung in Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessens (arg „*ihre Auffassung nach*“) ergibt sich aus dem letzten Satz des 42. Erwägungsgrunds der ZaDi-RL: Um einem – bestimmten (arg „*dem*“ Zahlungsempfänger im 1. und 2. Satz des 42. Erwägungsgrunds) – Zahlungsempfänger Entgelte für ein bestimmtes Zahlungsinstrument zu untersagen, hat der nationale Gesetzgeber diese Untersagung einerseits sachlich anhand des Kriteriums „*missbräuchliche Preisgestaltung*“ oder des Kriteriums „*möglicher nachteiliger Auswirkungen der Preisgestaltung auf die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments*“ zu begründen und andererseits in Kohärenz zu dieser Begründung (arg „*wobei*“) die Eignung und die Erforderlichkeit (arg „*Notwendigkeit*“) nachzuweisen, dass damit Wettbewerbsförderung und Förderung der Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente bezweckt wird.

Dass der österr Gesetzgeber bei der Umsetzung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL durch § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG dem Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung nicht entsprochen und damit nicht richtlinienkonform umgesetzt hat, ist aufgrund des Wortlauts und der Erl zur RV evident. Um richtlinienkonform

umzusetzen, um also von dem eingeräumten Ermessen richtlinienkonform Gebrauch zu machen, hätte der Gesetzgeber die Untersagung von Entgelten für bestimmte Zahlungsinstrumente iSd 42. Erwägungsgrunds der ZaDi-RL konkret begründen (erläutern) und somit sachlich rechtfertigen müssen. Der VfGH hat mit dem EuGH<sup>15)</sup> bei der Deutung gemeinschaftsrechtlich relevanter nationaler Regelungen jener Interpretation den Vorzug gegeben, die im Einklang mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung stand. Diesem Grundsatz (und dem Grundsatz der Effektivität, dem der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht entnommen wird)<sup>16)</sup> folgend ist richtlinienkonform § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG restriktiv zu interpretieren, was zur Folge hat, dass entsprechend dem Sinngehalt des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL für die Mobilfunkbetreiber § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG nicht gilt.

Im Übrigen hat – so wie der BGH<sup>17)</sup> – der OGH<sup>18)</sup> – weil das Einzugsermächtigungsverfahren (EEV) „*allen Beteiligten [beträchtliche] Vorteile bietet*“ – die Verrechnung einer Zahlscheingegebühr bei Nichterteilung einer Einzugsermächtigung (von 30 ATS im Jahr 2000) als „*geringfügig*“ und damit für „*nicht unangemessen*“ anerkannt. Gemessen an den 30 ATS, deren Entrichtung der OGH damals – weil „*mäßige Zahlscheingegebühr* („*Barzahleraufschlag*“)“ – als unbedenklich erachtete, ist das von den Mobilfunkbetreibern verrechnete Bearbeitungsentgelt<sup>19)</sup> jedenfalls adäquat;<sup>20)</sup> gemessen an dem Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL zugrunde liegenden Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung gem dem 42. Erwägungsgrund der ZaDi-RL ist ein derartiges Bearbeitungsentgelt betriebswirtschaftlich und damit sachlich gerechtfertigt. Wie erheblich – und folglich angemessen – der dem Bearbeitungsentgelt zugrunde liegende Aufwand ist, zeigt allein der Umstand, dass etwa im Fall von Zahlscheinen die Mobilfunkbetreiber (i) die Zahlscheine drucken, versenden und die dazu eingehenden Zahlungen zuweisen müssen und (ii) einen im Vergleich zu anderen Zahlungsarten wesentlich höheren Verwaltungsaufwand beim Mahnwesen haben.

Setzt § 27 Abs 6 ZaDiG den Art 52 Abs 3 ZaDi-RL um und geht – wie die Erl zur RV dokumentieren – das Gesetz nicht über die RL hinaus, so kann gem Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL nur die dem ZaDi-Leister auferlegte Pflicht iSd Art 52 Abs 3 Satz 1 ZaDi-RL verschärft werden und verpflichtet dementsprechend – bei gebotener richtlinienkonformer Auslegung – § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG nur den ZaDi-Leister, nicht aber den ZaDi-Nutzer. Aus Art 52 Abs 3 ZaDi-RL (mit und ohne Zusammenschau mit dem 42. Erwägungsgrund der ZaDi-RL) geht unmissverständlich hervor, dass zwischen „*Transparenz*“, „*Preisgestaltung*“ und „*Wettbewerb*“ zu unterscheiden ist (und nicht das eine durch das andere zu gewähren ist). Genau deshalb – also wegen „*Transparenz*“ und „*Wettbewerb*“ – sollte „*der Zahlungsdienstleister den Zahlungsempfänger nicht daran hindern, vom Zahler ein Entgelt für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments zu verlangen*“.<sup>21)</sup> Überdies hat die „*Förderung transparenter Preisgestaltung*“ nichts mit den beiden – die sachliche Rechtfertigung bildenden – Kriterien „*Wettbewerb*“ und „*Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente*“

15) Vgl ua VfSlg 14.391/1995 mit Hinweis auf die Jud des EuGH.

16) Vgl erstmals EuGH 15. 7. 1964 in der Rs 6/64 ua.

17) NJW 1996, 988 = dJZ 1997, 954.

18) OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g.

19) ZB in der Höhe von 3 € für „*Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte*“.

20) Inflationsbereinigt entsprechen 3 € im Jahr 2010 ungefähr dem Wert von 30 ATS im Jahr 2000.

21) Vgl 1. Satz des 42. Erwägungsgrundes.

te“ zu tun.<sup>22)</sup> Das Kriterium der „Preisklarheit“ kommt iZm Art 52 Abs 3 Satz 1 ZaDi-RL bzw § 27 Abs 6 Satz 1 ZaDiG zum Tragen;<sup>23)</sup> iZm Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL bzw § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG kommen hingegen andere (weitere) Kriterien zum Tragen.<sup>24)</sup>

Was den Telos betrifft, ist es der Zweck des – vom österr Gesetzgeber freiwillig implementierten – § 27 Abs 6 ZaDiG, Transparenz und Wettbewerb bei der Erbringung von Zahlungsdiensten zu fördern. Effiziente Zahlungsinstrumente sollen nicht unattraktiv gemacht werden. Dieser Zweck trägt eine Auslegung der Bestimmung, wonach Zahlungsempfängern auch die Verrechnung einer mäßigen Zahlscheingebühr für ihre mit der Nichterteilung einer Einzugsermächtigung tatsächlich verbundenen Kostennachteile untersagt ist, nicht. Eine solche Auslegung würde letztlich dazu führen, dass kostenintensivere und weniger effiziente Zahlungsmittel gefördert und (für den Zahlungsempfänger) effizientere Zahlungsmittel unattraktiv gemacht werden. Dies entspricht nicht dem Normzweck des § 27 Abs 6 ZaDiG.<sup>25)</sup> Selbst unter Außerachtlassung der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation kann also auch bei einer (nur) am Normzweck orientierten Auslegung der Zahlungsempfänger Kostennachteile, die ihm aufgrund eines bestimmten nachteiligen Zahlungsmittels tatsächlich entstanden sind, im Rahmen einer mäßigen Zahlscheingebühr verrechnen.

Im „Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs“ – so 1. Satz des 42. Erwägungsgrundes – können Mobilfunkbetreiber zwischen Entgelt (= positiver Preis) und Ermäßigung (= negativer Preis) wählen. Wenn Mobilfunkbetreiber daher – und gestützt auch auf die Rechtsprechung des OGH (4 Ob 50/00g) – ein zum administrativen Aufwand verhältnismäßiges Bearbeitungsentgelt verrechnen, überlassen es die Mobilfunkbetreiber – als wirtschaftliche Unternehmen – dem jeweiligen Kunden, wie dieser die von den Mobilfunkbetreibern ihm gegenüber erbrachten Leistungen bezahlt. Wählt ein Kunde zur Bezahlung statt einer üblichen Einzugsermächtigung einen Zahlschein, so verursacht er dadurch einen – im Vergleich zur Einzugsermächtigung – erheblichen Mehraufwand an Administration bei seinem Mobilfunkbetreiber. Dieser und nur dieser Aufwand kann – was billig und gerecht ist – dem Verursacher (also dem Kunden, der mit dem für die Bezahlung unüblichen Zahlschein zahlt) in Rechnung gestellt werden. Den Mobilfunkbetreibern ist es gleich, wie Kunden bezahlen; insofern zielt das einen realen Aufwand entsprechende Bearbeitungsentgelt nicht darauf ab, effiziente Zahlungsinstrumente unattraktiv zu machen. Was gewünscht bzw attraktiv ist, entscheiden die Kunden (Zahler); ihnen obliegt die Wahl zu entscheiden, ob sie sich einer typischen oder untypischen Bezahlungsart bedienen. Wünschen bzw wählen die Kunden den (untypischen) Erlagschein, so ist es allerdings bei verfassungskonformer Interpretation verursachergerecht und angemessen, wenn sie die den Mobilfunkbetreibern dadurch entstehenden (administrativen) Kosten tragen.

Wie auch immer die Effizienz eines Zahlungsinstruments beurteilt wird – darum (allein) geht es nicht. Vielmehr geht es um die „Nutzung“ effizienter Zahlungsinstrumente (genauer um die Förderung der Nutzung derselben) iVm der Förderung des Wettbewerbs. Daran ist ua – bei Beurteilung der richtlinienkonformen Umsetzung des Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL – § 27 Abs 6 Satz

2 ZaDiG zu messen. Und daraus erhellt, dass die Frage, ob die Untersagung oder Begrenzung der Erhebung von Entgelten notwendig ist, um Wettbewerb und Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern, objektiv und somit nicht nur (einseitig) aus dem Blickwinkel einer verschwindend kleinen Anzahl von Zahlern, sondern insb aus dem Blickwinkel des Zahlungsempfängers sowie einer überwältigenden Mehrheit von Verbrauchern, die sich der heute typischen Einziehungsaufträge bedienen, zu beurteilen ist. Diese Beurteilung hat – will sie vor dem Gemeinschaftsrecht bestehen – anhand der Vorgabe des 42. Erwägungsgrundes zu erfolgen; alles andere wäre richtlinienwidrig.<sup>26)</sup>

Richtlinienwidrig, aber auch verfassungswidrig ist auch die von Jungwirth vertretene Auffassung,<sup>27)</sup> dass es den Mobilfunkbetreibern unbenommen sei, die Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes durch gezielte Ermäßigungen zu fördern, dass ihnen aber der „umgekehrte“ Weg, Zahler für die Verwendung bestimmter Zahlungsinstrumente durch gesonderte Entgelte zu sanktionieren und so ihr Verhalten zu beeinflussen, verwehrt sei. Diese Auffassung ist nicht stichhaltig, weil die Zulässigkeit von Ermäßigungen bzw Preisnachlässen im Grunde genommen als „negative Preise“ nur die Kehrseite ein und derselben Medaille ist, die iSd 42. Erwägungsgrundes „Preisgestaltung“ heißt; insofern erinnert das Ganze ein wenig an den „Streit um des Kaisers Bart“. Auch wenn sich „unter dem Strich“ dasselbe Ergebnis sowohl mit einem positiven (und damit der Kostenwahrheit und dem Verursacherprinzip entsprechenden) Preis (= Bearbeitungsentgelt) als auch mit einem negativen Preis (= Ermäßigung) erreichen ließe bzw lässt, so ist es jedenfalls im Lichte des Gemeinschaftsrechts zweckentfremdend, § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG ausschließlich „durch die Brille“ einiger weniger Zahler und nur anhand von deren „Effizienz“ zu bewerten, was noch dazu kein eigenständiges Kriterium ist, sondern nur im Zusammenhang mit der „Nutzung“ beurteilt werden kann.

Will sich der Gesetzgeber nicht dem Verdacht der Willkür (und damit des Verstoßes gegen den Gleichheitssatz und das Rechtsstaatsprinzip) aussetzen und soll die Richtlinienkonformität nicht aufs Spiel gesetzt werden, so ist § 27 Abs 6 ZaDiG restriktiv zu interpretieren. Weil der Gesetzgeber keine objektive Bedarfserhebung durchgeführt hat und weil zudem im Lichte von 4 Ob 50/00g fraglich ist, ob hierfür überhaupt die gem dem 42. Erwägungsgrund geforderte Voraussetzung vorliegt (die da heißt: „wenn dies ihrer Auffassung nach angesichts missbräuchlicher Preisgestaltung oder möglicher nachteiliger Auswirkungen der Preisgestaltung auf die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes gerechtfertigt ist“), kommt uE § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG gegenüber Mobilfunkbetreibern nicht einmal – wie es offenbar der Gesetzgeber vor Augen hatte (vgl Erl zur RV) – als „Obliegenheit“ zum Tragen.

## 5. Zum Widerspruch zwischen § 27 Abs 4 und Abs 6 ZaDiG

Nach stRsp ist für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den

22) Vgl 2. Satz des 42. Erwägungsgrundes und Art 52 Abs 3 Satz 2 ZaDi-RL.

23) Vgl 1. Satz des 42. Erwägungsgrundes – arg „Transparenz“.

24) Vgl 2. Satz des 42. Erwägungsgrundes.

25) Vgl Zankl/Stahov aaO.

26) Dass das Preissystem im Lichte des zu fördernden Wettbewerbs gerade hierzulande vorbildlich funktioniert, dürfte allgemein bekannt sein (vgl <http://help.orf.at/?story=8795>): Österreich hat einen der niedrigsten Handytarife in der EU.

27) Jungwirth aaO 341.

diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Mitglieder von Organen über die Bedeutung der Bestimmung. Erheblich ist einzig und allein, dass die Gesetzesauslegung nicht bei der Wortinterpretation stehen bleiben darf. Der übliche formale Wortsinn ist nur ein Hinweis für die Auslegung der Norm, nicht mehr; erst der äußerste mögliche Wortsinn steckt die Grenze jeglicher Auslegung ab, die auch mit den sonstigen Interpretationsmethoden nicht überschritten werden darf.<sup>28)</sup> Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.

Der Geltung des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG steht schon nach dem Wortlaut § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG entgegen. Gem § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG kann der Zahlungsempfänger „Entgelte ... für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes“ vom Zahler verlangen. Im Unterschied zu § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG, der für einen Zahlungsempfänger eine Obliegenheit statuiert, normiert § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG ein Recht. Wird von diesem Recht Gebrauch gemacht, verrechnet also der Zahlungsempfänger dem Zahler ein Entgelt, so ist dies – idR „vor der Auslösung des Zahlungsvorgangs“ – dem Zahler mitzuteilen; dh dass mit dem Recht (Verrechnung von Entgelt) des Zahlungsempfängers eine Pflicht (Mitteilung an Zahler) verbunden ist. Würde mit *Jungwirth* dem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG ein nichtrichtlinienkonformer Inhalt beigemessen und § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG als „gesetzliches Verbot“ qualifiziert werden,<sup>29)</sup> so hätte das einen unlösbaren Normenwiderspruch zur Folge. Denn während ein Zahlungsempfänger zur Verrechnung von Entgelten allein schon nach dem Wortlaut des § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG berechtigt ist, wäre dann für denselben dasselbe gem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG verboten. Ginge es also nach *Jungwirth*, so wäre den Mobilfunkbetreibern ein und dieselbe Sache verboten und erlaubt.

Der Normenwiderspruch ist uE allerdings vermeidbar, wenn entweder

- (i) das ZaDiG überhaupt nicht – nämlich aufgrund des klaren Wortlauts des § 1 ZaDiG und der Entstehungsgeschichte der ZaDi-RL – auf das verrechnete Bearbeitungsentgelt von Mobilfunkbetreibern anwendbar ist oder
- (ii) § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG richtlinien- und gesetzeskonform – nämlich als eine aufgrund des § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG im Ermessen der Mobilfunkbetreiber liegende Obliegenheit – interpretiert wird.

Daher – also weil der Normenwiderspruch auflösbar ist (und dem Gesetzgeber nicht der Erlass von sinnlosen bzw inhaltsleeren Vorschriften unterstellt werden darf) – besteht für einen Verstoß gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG durch Mobilfunkbetreiber kein Raum. Die offensichtlich durch eingeklagte Unterlassungsansprüche zutage tretende Meinung des VKI, eine Regelung sei wünschenswert,<sup>30)</sup> rechtfertigt nicht die Annahme einer Gesetzeslücke oder eines legistischen „Hoppalas“. Ohne Vorliegen einer Gesetzeslücke gleichsam an die Stelle des Gesetzgebers zu treten und einen Regelungsinhalt (rechtsfortbildend) zu schaffen, dessen Herbeiführung ausschließlich diesem obläge, steht nämlich den Gerichten nicht zu.<sup>31)</sup>

28) Vgl OGH 23. 4. 2003, 9 Ob 241/02k.

29) *Jungwirth* aaO.

30) Vgl *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2010, 21 (23).

31) Vgl OGH 6. 6. 2000, 10 Obs 236/99z.

## 6. Zur Obliegenheit gem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG

Eine Rechtsnorm setzt sich – bekanntlich – zusammen aus mindestens einem Tatbestand und mindestens einer Rechtsfolge. Demgemäß statuiert § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG als „gesetzliches Verbot“ eine Unterlassungspflicht, die erzwingbar ist. Anders verhält es sich bei einer Norm ohne Rechtsfolge; hier fehlt das einer Rechtsnorm innewohnende Element der Vollstreckbarkeit. Und genau um eine solche – sprich: sanktionslose – Norm handelt es sich bei § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG. Im 3. Hauptstück des ZaDiG werden „sämtliche Rechte und Pflichten der Zahlungsdienstleister, die bei der Erbringung von Zahlungsdiensten zu beachten sind, einschließlich der Haftung gegenüber ihren Kunden festgelegt“ (Erl zur RV). Darüber hinaus werden „Rechte und Pflichten beziehungsweise Obliegenheiten der Zahlungsdienstnutzer normiert“ (ebendort). Dh dass – da unstrittig die Mobilfunkbetreiber keine ZaDi-Leister sind – § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG eine Obliegenheit ist, worunter eine Last zu verstehen ist, die nicht eingeklagt werden kann und bei deren Verletzung keine Schadenersatzpflicht besteht.<sup>32)</sup>

§ 27 Abs 6 Satz 1 ZaDiG verpflichtet ZaDi-Leister, Zahlungsempfänger nicht daran zu hindern, Zahlern eine Ermäßigung für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes zu gewähren. Gem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG sollen Zahlungsempfänger keine Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes erheben. Die Sollensanordnung gem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG stellt allerdings kein Verbot für Zahlungsempfänger dar. Dementsprechend verletzt ein Zahlungsempfänger keine Verwaltungsvorschrift, wenn Zahlern (Kunden) unbeschadet § 27 Abs 6 Satz 1 ZaDiG ein angemessenes Bearbeitungsentgelt verrechnet wird.<sup>33)</sup> Eine Verpflichtung besteht allenfalls für den ZaDi-Leister, weil dieser eine Verwaltungsübertretung begeht, wenn er „die Pflichten der § 27 ... verletzt“.<sup>34)</sup> MaW: In Ermangelung einer im Gesetz vorgesehenen Sanktion für den Fall, dass ein ZaDi-Nutzer den Zahlern ein Bearbeitungsentgelt verrechnet, kann § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG allenfalls eine Verpflichtung des in Betracht kommenden ZaDi-Leisters begründen; § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG richtet sich insoweit (also was die sanktionsbewährte Pflicht betrifft) nicht an Mobilfunkbetreiber. Dh selbst bei einem dem § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG widersprechenden Verhalten würde per se keine Sanktion bzw rechtliche Betroffenheit für einen Zahlungsempfänger ausgelöst werden.

## 7. Zur Verfassungswidrigkeit des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG

Wenn von einer Anwendbarkeit und Geltung des ZaDiG gegenüber Mobilfunkbetreibern ausgegangen wird, wenn überdies von einer Qualifikation eines Zahlscheins als Zahlungsinstrument idS ZaDi-RL bzw des ZaDiG ausgegangen wird, so ist uE § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG – gemessen am Gleichheitsgrundsatz und an der Eigentumsfreiheit idS StGG und der EMRK – verfassungswidrig. Wenn es nämlich zutreffen würde, dass nunmehr – also seit dem Inkrafttreten des ZaDiG am 1. 11.

32) § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG ist für Mobilfunkbetreiber kein gesetzliches Verbot, weil (i) § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG keine sanktionsbewährte Vorschrift ist und (ii) somit weder den Tatbestand des „gesetzlichen Verbots“ gem § 879 Abs 1 ABGB noch den des § 28 bzw § 28a KSchG erfüllt und (iii) daher auch dem VKI für die Geltendmachung eines Anspruchs jegliche Rechtsgrundlage entzogen ist.

33) Vgl § 67 ZaDiG.

34) § 67 Abs 9 Z 2 ZaDiG.

2009 – nur mehr eine Ermäßigung („negativer“ Preis) zulässig wäre, um die Verwendung effizienter Zahlungsinstrumente zu begünstigen, so wäre dies ein Eingriff in die verbrieft Privatautonomie der Mobilfunkbetreiber, der weder sachlich und adäquat noch erforderlich ist.

Die Mobilfunkbetreiber wären mangels Übergangsbestimmung im ZaDiG nicht nur gezwungen, künftige Verträge gegenüber Kunden, die als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sind, so zu gestalten, dass (laut Neuvertrag) bspw der Preis 10,00 € als vom Zahlungsinstrument unabhängiger Tarif angesetzt wird und davon – in Abhängigkeit zum konkreten Zahlungsinstrument – eine Ermäßigung (zB 1,00 €) gewährt oder verwehrt wird. Die Mobilfunkbetreiber wären überdies auch gezwungen, bestehende Verträge zu ändern, ohne hierbei den mit den Kunden bereits vereinbarten und daher die Mobilfunkbetreiber bindenden Preis von bspw (laut Altvertrag) 9,00 € auf 10,00 € hinaufsetzen zu können; vielmehr müssten die Mobilfunkbetreiber in Bezug auf die Altverträge unabhängig vom konkreten Zahlungsinstrument an dem vereinbarten Preis von 9,00 € bis zum Ende des Dauerschuldverhältnisses festhalten.

Dh dass aufgrund des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG die Altverträge und die Neuverträge unterschiedliche – und zulasten der Mobilfunkbetreiber gehende – Konsequenzen hätten. Denn während die Mobilfunkbetreiber bei Neuverträgen der Bezahlung durch Zahlschein durch Ermäßigung bei Zahlung durch „effizientere“ Zahlungsinstrumente Rechnung tragen können (wobei es sich insofern gewissermaßen bei der Unterscheidung zwischen „positiven“ und „negativen“ Preisen eher um eine philosophische Frage wie die, ob „das Glas nun halb voll oder halb leer“ sei, handelt), können sie dies bei Altverträgen nicht; hier müssten die Mobilfunkbetreiber nunmehr einheitlich (also ohne das vereinbarte Bearbeitungsentgelt weiterhin verrechnen zu können) sowohl demjenigen, der typische und effiziente Zahlungsinstrumente verwendet, als auch demjenigen, der untypische und ineffiziente Zahlungsinstrumente verwendet, den gleichen Preis (im Beispiel oben also 9,00 €) verrechnen, solange das Dauerschuldverhältnis läuft.

In verfassungsrechtlichen Kategorien hieße das, (i) dass Neu- und Altverträge durch § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG sachlich nicht gerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden und (ii) dass in Bezug auf Altverträge bei einem „Verbot“ der Verrechnung eines Bearbeitungsentgelts eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von effizienten und ineffizienten Zahlungsinstrumenten vorliegen würde. Im Zusammenhang mit der Eigentumsfreiheit hieße das weiter, dass die Mobilfunkbetreiber bei Altverträgen den tatsächlichen Mehraufwand, den bereits der OGH in 4 Ob 50/00g als geringfügig und angemessen qualifizierte (was verfassungsrechtlich nichts anderes als „geeignet“ und „verhältnismäßig“ heißt), nicht mehr verrechnen könnten und den ihnen dadurch entstehenden Schaden auch

nicht auf Dritte überwälzen könnten, sondern diesen selbst tragen müssten – was nicht nur dem Sinn und Zweck der ZaDi-RL zuwiderlaufen würde (nämlich: die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern), sondern auch ein Eingriff in das Vermögen und damit in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum der Mobilfunkbetreiber wäre.

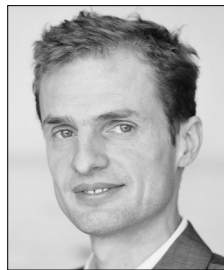
Auch würde § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG, wenn dieser auf die Mobilfunkbetreiber anwendbar wäre und somit für sie gelten würde, die Mobilfunkbetreiber gegenüber Versicherern sachlich nicht gerechtfertigt benachteiligen. § 41b VersVG lässt – ausdrücklich – die Einhebung einer Erlagscheingebühr zu,<sup>35)</sup> wenn sich der Versicherungsnehmer nicht des kostengünstigeren Abbuchungs- oder Einziehungsverfahrens bedient. MaW wäre das, was gem § 41b VersVG Versicherern erlaubt ist, gem § 27 Abs 6 Satz 2 den Mobilfunkbetreibern verboten. Beide, Versicherer und Mobilfunkbetreiber, sind wirtschaftliche Unternehmen, beide wollen wegen des mit einem Zahlschein verbundenen tatsächlichen Aufwandes dem Kunden ein Entgelt verrechnen, doch – obwohl in der Sache (= Zahlschein und Mehraufwand) gleich – können nur die Versicherer dies kraft § 41b VersVG tun; warum sollen hingegen die Mobilfunkbetreiber dies nicht tun dürfen? Dass ein Verbot für Mobilfunkbetreiber dem Gebot der Sachlichkeit nicht entspricht, weil dadurch Gleiches ungleich behandelt wäre, liegt auf der Hand; daher, also bei verfassungskonformer Interpretation, ist § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG, der bekanntlich nicht im Verfassungsrang steht, restriktiv zu interpretieren und kann daraus kein Verbot gegenüber den Mobilfunkbetreibern, was die Verrechnung bzw Einhebung eines Bearbeitungsentgelts betrifft, abgeleitet werden.

## 8. Zusammenfassung

Das ZaDiG setzt die ZaDi-RL um. Die Umsetzung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL durch § 27 Abs 6 ZaDiG iSd VKI ist weder richtlinien- noch verfassungskonform; daher ist eine restriktive (teleologische) Interpretation des § 27 Abs 6 ZaDiG geboten. Eine Untersagung oder Begrenzung des Rechts auf Erhebung von Entgelten ist nur zulässig, wenn dies aufgrund missbräuchlicher oder sich nachteilig auswirkender Preisgestaltung gerechtfertigt und zur Förderung des Wettbewerbs und der Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente notwendig ist. Zahlscheine von Mobilfunkbetreibern sind keine Zahlungsinstrumente, sondern lediglich „Zugangsschlüssel zu bestehenden Zahlungssystemen“,<sup>36)</sup> weshalb die Erhebung von Entgelten (Zahlscheingebühren) zulässig ist.

35) Vgl auch ErlRV zu § 41b VersVG (EB 1553 BlgNR 18. GP 19).

36) *Gapp/Lanschützer*, Zahlungsdienstegesetz I – Aufsichtsrecht: Konzessionstatabestände, Eigenmittel, interne Organisation, ZFR 2009, 170 (173).



### Der Autor:

Univ.-Doz. Dr. Martin Kind ist Mitarbeiter der Kanzlei Lansky, Ganzger + partner in Wien. Daneben Tätigkeit als Vortragender; langjährige Praxis insbesondere auch im Telekommunikationsrecht.

### Publikationen des Autors (zuletzt):

Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Novelle der Gastgartenregelung, RdU 2010, 112.



### Der Autor:

Dr. Klaus M. Steinmaurer MBA ist Leiter des Bereichs Recht und Regulierung bei T-Mobile Austria. In dieser Tätigkeit, die er seit 1996 ausübt, hat er aktiv an allen wesentlichen die Telekommunikationsbranche betreffenden Gesetzgebungsvorhaben mitgewirkt. Er ist Koautor des MANZ Kommentars zum TKG 2003 sowie Autor verschiedener Publikationen zum Thema Datenschutz und Überwachung. Daneben umfassende Vortragstätigkeit in den genannten Themengebieten.