

Univ.-Ass. Mag. Angelika Kurz
Universität Wien, Institut für Zivilrecht
Schottenbastei 10 - 16
1010 Wien

Mag. Dominik Freudenthaler
Bundesministerium für Finanzen
Abteilung III/5 – Banken- und Kapitalmarktrecht
Johannesgasse 5
A-1010 Wien

Wien, am 30. Oktober 2017

Betreff: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf: Zahlungsdienstegesetz 2018

**Zur vertragl. Ausgestaltungsbefugnis des Zahlungsdienstleisters
gemäß §§ 63 Abs 1, 68 Abs 1 idF des Ministerialentwurfs**

1. Geltendes Recht (ZaDiG 2009)

Das geltende Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG, StF: BGBl. I Nr. 66/2009) regelt in § 36 die Sorgfaltspflichten eines Zahlungsdienstnutzers. Die Bestimmung lautet wie folgt:

„§ 36. (1) Der Zahlungsdienstnutzer hat bei der Nutzung eines Zahlungsinstrumentes die Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung einzuhalten, insbesondere auch den Kundenidentifikator (§ 28 Abs. 1 Z 2 lit. b) korrekt anzugeben und unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsinstrumentes alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale und das Zahlungsinstrument vor unbefugtem Zugriff zu schützen. [...]“

Der Zahlungsdienstnutzer hat demnach unter anderem die vertraglichen Bedingungen einzuhalten, die der Zahlungsdienstleister in seinen AGB vorsieht und denen der Kunde bei Vertragsabschluss zustimmt.

Verstößt der Zahlungsdienstnutzer gegen seine Pflichten aus § 36, dh also unter anderem gegen die vertraglichen Sorgfaltspflichten, so schuldet er dem Zahlungsdienstleister gem § 44 Abs 2 Z 1 ZaDiG Schadenersatz, wenn der Verstoß zu einer missbräuchlichen Verwendung des Zahlungsinstruments führt, und dem Zahlungsdienstleister daraus ein Schaden entsteht:

„§ 44.[...] (2) Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments, so ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der diesem infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorganges entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung

1. einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 36

[...] herbeigeführt hat. [...]"

Diese Bestimmung führt im Ergebnis dazu, dass der Zahlungsdienstnutzer im Ergebnis seinen verschuldensunabhängigen Erstattungsanspruch gegen den Zahlungsdienstleister gem § 44 Abs 1 verliert:

„§ 44. (1) Unbeschadet des § 36 Abs. 3 hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers diesem im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorganges den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorganges unverzüglich zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Darüber hinaus gehende Ansprüche des Zahlers aus Vertrag oder Gesetz werden dadurch nicht ausgeschlossen. [...]"

2. Streitfrage zur Ausgestaltungsbefugnis nach geltendem Recht

In der Lehre ist strittig, wie weit die Ausgestaltungsbefugnis der Vertragsparteien (des Zahlungsdienstleisters) nach § 36 Abs 1 ZaDiG 2009 reicht.

Vertreten wird einerseits eine enge Auslegung, die kaum Spielraum zulässt. Dazu Kurz, *ecolex* 2017, 836 (mit weiteren Nachweisen):

„Nach einem Teil der Lehre unterliegt die Ausgestaltungsbefugnis der § 36 Abs 1 und § 44 Abs 2 Z 2 jedoch nicht nur der allgemeinen Inhaltskontrolle des ABGB, sondern weiteren Einschränkungen, die sich aus dem Zweck der genannten Bestimmungen des ZaDiG ergeben sollen. So wird vertreten, dass

nur eine Konkretisierung des Gesetzes, nicht aber eine Begründung weiterer Sorgfaltspflichten zulässig sei.“

Der OGH ist dieser einschränkenden Auslegung gefolgt bzw geht sogar über sie hinaus. Er sprach bereits in mehreren E aus, dass die Haftung des Kunden gegenüber der Bank im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen in § 44 Abs 2 ZaDiG 2009 "zwingend und abschließend geregelt" sei, siehe RIS-Justiz RS0128542.

Zu bemerken ist, dass die hier behandelte Streitfrage in den höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht ausführlich erörtert wurde und dem Höchstgericht möglicherweise nicht vollständig bekannt war. Außerdem wird nicht klar zwischen der Haftung nach § 44 Abs 2 und den Sorgfaltspflichten nach § 36 differenziert: Die Haftungstatbestände nach § 44 Abs 2 sind unstrittig abschließend. Unklar ist nur die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen nach § 36 Abs 1: Für ihre Beschränkung besteht kein Anlass. Aufgrund der fehlenden Differenzierung wird jedoch offenbar auch § 36 Abs 1 eng ausgelegt.

Im deutschen Recht wurde bei der Umsetzung der PSD I ein gänzlich anderer Weg beschritten (*Kurz, eolex 2017, 836 mwN*):

„[D]er deutsche Gesetzgeber sieht [hingegen] in den gesetzlichen Sorgfaltspflichten keine abschließende Regelung; im Gegenteil geht er geradezu davon aus, dass die im deutschen Umsetzungsgesetz nicht besonders geregelten Verwahrungspflichten bezüglich des Zahlungsinstruments vertraglich vereinbart werden. Dabei wird auf die Verschiedenheit der Zahlungsauthentifizierungsinstrumente hingewiesen, die einen generalisierten gesetzlichen Pflichtenkatalog nicht zulassen.“

Siehe dazu die Erläuterungen zum deutschen Umsetzungsgesetz (Drucksache des deutschen Bundestages 16/11643, 106 f):

„Ein anderer Teil der Pflichten des Zahlungsdienstnutzers wird sich aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen ihm und seinem Zahlungsdienstleister ergeben müssen, da nur diese naturgemäß die jeweiligen Besonderheiten des zu verwendenden Zahlungsauthentifizierungsinstruments gebührend berücksichtigen kann. Sowohl eine Verletzung der in § 675I BGB-E genannten als auch der sonstigen vertraglich vereinbarten Pflichten kann eine Haftung des Zahlers im Falle einer missbräuchlichen Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments nach § 675v Abs. 2 BGB-E begründen.“

Die dem Zahlungsdienstnutzer vertraglich auferlegten Pflichten sind im Streitfall gegebenenfalls durch die Gerichte am Maßstab der gesetzlichen Bestimmungen (§§ 305 ff. BGB, 675c ff. BGB-E) zu überprüfen.“

3. Die Neuregelung durch den Ministerialentwurf

§ 36 Abs 1 ZaDiG 2009 findet sich im aktuellen Gesetzesentwurf zur Umsetzung der PSD II inhaltsgleich in § 63 wieder. Neu aufgenommen wird § 63 Abs 1 zweiter Satz, der eine Inhaltskontrolle für Vertragsbedingungen vorsieht:

„Die Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung eines Zahlungsinstruments müssen objektiv, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig gestaltet sein.“

Die Haftung des Zahlungsdienstnutzers bei Verstoß gegen die Vertragsbedingungen (bisher § 44 Abs 2 Z 2) wird nunmehr in § 68 Abs 1 und 3 geregelt. Für die hier behandelte Frage ändert sich dabei nichts.

4. Auslegung der Neuregelung

In Bezug auf die oben beschriebene Streitfrage gebietet die Neufassung des ZaDiG noch klarer als die bisherige Rechtslage eine *weite* Auslegung der vertraglichen Ausgestaltungsbefugnis; der Zahlungsdienstnutzer wäre demnach zur Regelung *zusätzlicher* Sorgfaltspflichten, und nicht bloß zur Konkretisierung der gesetzlichen Pflichten berechtigt.

Dies folgt aus der neuen Bestimmung über die Inhaltskontrolle des § 63 Abs 1 Satz 2, der nun – anders als bisher – Beschränkungen der Ausgestaltung normiert, und dabei einerseits den Verbraucher schon dadurch ausreichend schützt, und andererseits gerade kein Verbot der Aufnahme neuer Sorgfaltspflichten vorsieht.

5. Vorgaben der PSD II

Gleiches gilt für die Neufassung der Bestimmung in der PSD II (RL (EU) 2015/2366), die in Artikel 69 (entspricht Artikel 56 PSD I) zusätzlich zur Pflicht der Einhaltung der Vertragsbedingungen nunmehr eine Vorschrift über die Inhaltskontrolle enthält. Darüber hinaus lässt sich der PSD II mE keine Einschränkung der Vertragsfreiheit entnehmen.

6. Regelungsvorschlag

Obwohl die Neufassung des ZaDiG einer weiten Auslegung zugänglich scheint, empfiehlt es sich angesichts der bestehenden und mE zu Unrecht restriktiven Judikatur, die Streitfrage einer klaren Regelung zuzuführen. Es sollte klargestellt werden, dass die Vertragsparteien neben den gesetzlichen Pflichten (Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung) *zusätzliche Pflichten* bei der Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments vorsehen dürfen.

„§ 63. (1) Der berechtigte Zahlungsdienstnutzer hat bei der Nutzung eines Zahlungsinstruments die gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung einzuhalten. Die Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung eines Zahlungsinstruments müssen objektiv, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig gestaltet sein.“

Um nicht in die Regelungsstruktur der Richtlinie einzugreifen, ist diese Ergänzung immer noch sehr offen gehalten. Daher ist es unerlässlich, den Zweck der Ergänzung in den Erläuterungen mit Blick auf die bisherige Unklarheit klarzustellen: Die vertraglichen Bestimmungen dürfen die gesetzlichen Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers (Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung) nicht nur konkretisieren, *sondern auch erweitern*.

Diese Erklärung in den Erläuterungen sollte auf den Meinungsstreit und die folglich für § 63 Abs 1 idF des Ministerialentwurfs nicht mehr beachtliche OGH-Judikatur explizit Bezug nehmen.

7. Begründung des Regelungsvorschlags

a. Neben der Klärung der beschriebenen Streitfrage (oben 2.) ist ein Bekenntnis zu einer flexiblen Ausgestaltungsbefugnis der Vertragsparteien wünschenswert. Dazu ist auf die Begründung des deutschen Gesetzgebers zur Umsetzung der PSD I zu verweisen.

b. Eine Abweichung der österreichischen Rechtslage von der deutschen Rechtslage ist aus Wettbewerbsgründen nicht empfehlenswert.

c. Der Zahlungsdienstnutzer ist durch den neuen § 63 Abs 1 zweiter Satz idF des Ministerialentwurfs ausreichend geschützt (oben 4.).

d. Die hier vorgeschlagene Ergänzung entspricht den europarechtlichen Vorgaben (oben 5.).

e. Darüber hinaus deckt die hier vorgeschlagenen Regelung einen Zweck der österreichischen Novelle, der ohne diese Ergänzung ansonsten gefährdet wäre. Der Ministerialentwurf streicht nämlich die Pflicht des Zahlungsdienstnutzers, das Zahlungsinstrument selbst sorgfältig zu verwahren – vgl die Erläuterungen des Ministerialentwurfs:

„Zu § 63:

[...] Eine gesetzliche Verpflichtung des Zahlungsdienstnutzers, das Zahlungsinstrument selbst vor unbefugtem Zugriff zu schützen, hat keine Grundlage im Text der Richtlinie. Aufgrund der Natur der Richtlinie (vollständige Harmonisierung gemäß Art. 107 der Richtlinie (EU) 2015/2366) wird daher vorgeschlagen, dieses Erfordernis zu streichen, wenngleich der Zweck der Bestimmung erwarten lässt, dass der Zahlungsdienstnutzer nicht nur zum Schutz der personalisierten Sicherheitsmerkmale sondern auch zum Schutz des Zahlungsinstruments verhalten ist. Eine derartige Pflicht ist aber auch einer vertraglichen Regelung zugänglich.“

Gerade diese von den Verfassern gewünschte vertragliche Regelung scheint nun nach der oben genannten Rsp des OGH zur geltenden Rechtslage ausgeschlossen. Auch aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Regelung zu befürworten, weil nur mit ihr die Aufnahme zusätzlicher vertraglicher Sorgfaltspflichten möglich ist.

8. Alternative Regelung

Sollte die Neuregelung in der hier vorgeschlagenen Form keine Zustimmung finden, so könnte wenigstens in den Erläuterungen darauf hingewiesen werden, dass § 63 Abs 1 ZaDiG die Vertragsfreiheit nicht weiter beschränken soll, als es § 63 Abs 1 zweiter Satz idF des Ministerialentwurfs vorschreibt. Angesichts der restriktiven OGH-Judikatur ist aber eine ausdrückliche Anpassung des Gesetzes äußerst empfehlenswert.

Mit freundlichen Grüßen



Angelika Kurz