

VERFASSUNGSGERICHTSHOF  
G 9/2018-24, G 10/2018-27  
9. Oktober 2018

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Präsidentin  
Dr. Brigitte BIERLEIN,

in Anwesenheit des Vizepräsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,  
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,  
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,  
Dr. Andreas HAUER,  
Dr. Christoph HERBST,  
Dr. Michael HOLOUBEK,  
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,  
Dr. Claudia KAHR,  
Dr. Georg LIENBACHER,  
Dr. Michael RAMI und  
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin  
Dr. Beate SÜNDHOFER  
als Schriftführerin,

über den Antrag (G 9/2018) 1.-471. \*\*\*\*\* , sowie über den Antrag (G 10/2018), 472.-495. \*\*\*\*\* , alle vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, §§ 4 Abs. 2 und 4a Verbraucherzahlungskontogesetz als verfassungswidrig aufzuheben, nach der am 26. Juni 2018 durchgeführten mündlichen Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters und der Ausführungen des Vertreters der antragstellenden Gesellschaften Rechtsanwalt Univ.-Prof. Dr. Raimund Bollenberger, sowie der Auskunftspersonen Dr. Natalie Harsdorf, LL.M., Dr. Peter Wanek und Dr. Karolina Payer, LL.M., am heutigen Tage gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. § 4a des Bundesgesetzes über die Vergleichbarkeit von Entgelten für Verbraucherzahlungskonten, den Wechsel von Verbraucherzahlungskonten und den Zugang zu Verbraucherzahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Verbraucherzahlungskontogesetz – VZKG), BGBl. I Nr. 35/2016 idF BGBl. I Nr. 158/2017, wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- III. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.
- IV. Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.
- V. Der Bund (Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz) ist schuldig, den antragstellenden Gesellschaften zu G 9/2018 zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 2.202,- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen sowie den antragstellenden Gesellschaften zu G 10/2018 zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 2.202,- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Entscheidungsgründe

### I. Anträge und Vorverfahren

Mit den vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG gestützten Anträgen 1  
begehren die antragstellenden Gesellschaften, der Verfassungsgerichtshof möge  
§ 4 Abs. 2 und § 4a Verbraucherzahlungskontogesetz (im Folgenden: VZKG),  
BGBl. I 35/2016 idF BGBl. I 158/2017 zur Gänze, in eventu lediglich § 4a VZKG,  
BGBl. I 35/2016 idF BGBl. I 158/2017 zur Gänze, in eventu § 26 Abs. 1 und 2 VZKG  
idF BGBl. I 35/2016 zur Gänze, als verfassungswidrig aufheben sowie gemäß  
Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG aussprechen, dass die aufgehobenen Bestim-  
mungen auch auf vor der Aufhebung verwirklichte Tatbestände nicht mehr  
anzuwenden sind.

### II. Rechtslage

1. Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar: 2

2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergleichbar- 3  
keit von Entgelten für Verbraucherzahlungskonten, den Wechsel von Verbrau-  
cherzahlungskonten und den Zugang zu Verbraucherzahlungskonten mit grund-  
legenden Funktionen (Verbraucherzahlungskontogesetz – VZKG), BGBl. I 35/2016  
idF BGBl. I 158/2017, lauten (die im Hauptantrag angefochtenen Bestimmungen  
sind hervorgehoben):

#### **"Unwirksame Vereinbarungen**

**§ 4.** Soweit in Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers von den Bestim-  
mungen dieses Bundesgesetzes abgewichen wird, sind sie unwirksam.

(2) Eine Vereinbarung, nach welcher der Verbraucher ein Entgelt für einzelne  
Bargeldabhebungen von seinem Zahlungskonto an Geldautomaten mit einer vom  
kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Zah-  
lungskarte zu zahlen hat, ist unwirksam, es sei denn der Zahlungsdienstleister  
beweist, dass die Vertragsbestimmung mit dem Verbraucher im Einzelnen  
ausgehandelt worden ist.

#### **Entgeltansprüche unabhängiger Betreiber von Geldautomaten**

**§ 4a.** Der Zahlungsdienstleister hat den Verbraucher von der Zahlung von Entgel-  
ten zu befreien, die ein Dienstleister gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG vom Verbrau-  
cher für Bargeldabhebungen mit der zum Zahlungskonto des Verbrauchers  
ausgegebenen Zahlungskarte beansprucht.

### **Entgelte**

**§ 26.** (1) Bei einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen darf das Entgelt, das mit dem Verbraucher für die in § 25 Abs. 1 genannten Dienste vereinbart wird, pro Jahr 80 Euro nicht überschreiten.

(2) Um sozial oder wirtschaftlich besonders schutzbedürftigen Verbrauchern den Zugang zu einem Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen zu erleichtern, hat der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz nach Anhörung der Bundesarbeitskammer und der Wirtschaftskammer Österreich durch Verordnung Gruppen von Verbrauchern festzulegen, bei denen die nach Abs. 1 maßgebliche Entgeltobergrenze für die Dauer ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit 40 statt 80 Euro beträgt.

(3) Die in Abs. 1 und 2 angeführten Beträge ändern sich erstmals mit 1. Jänner 2019 und dann im Abstand von zwei Jahren in dem Ausmaß, in dem sich die von der Bundesanstalt Statistik Österreich für den Monat August des vorangegangenen Kalenderjahres verlautbarte Indexzahl des Verbraucherpreisindex 2015 oder des an seine Stelle tretenden Index gegenüber der für August 2016 verlautbarten Indexzahl geändert hat. Die neuen Beträge sind kaufmännisch auf ganze Cent zu runden und vom Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz im Bundesgesetzblatt kundzumachen.

(4) Entgelte, die das Kreditinstitut vom Verbraucher aufgrund der Nichteinhaltung seiner Verpflichtungen aus dem Rahmenvertrag verlangt, müssen angemessen sein. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind insbesondere die durchschnittlichen Entgelte zu berücksichtigen, die von Kreditinstituten in Österreich in solchen Fällen verrechnet werden."

3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz – ZaDiG), BGBl. I 66/2009 idF BGBl. I 149/2017, lauten:

4

### **"1. Abschnitt Anwendungsbereich und Begriffe Anwendungsbereich**

**§ 1.** (1) [...]

(2) Zahlungsdienste sind folgende Tätigkeiten:

1. Dienste, mit denen Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto oder Barabhebungen von einem Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge (Ein- und Auszahlungsgeschäft);
2. die Ausführung folgender Zahlungsvorgänge einschließlich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Nutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister (Zahlungsgeschäft):
  - a) Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften (Lastschriftgeschäft);
  - b) Zahlungsvorgänge mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments (Zahlungskartengeschäft);
  - c) Überweisungen einschließlich Daueraufträgen (Überweisungsgeschäft);

3. die Ausführung der in Z 2 genannten Zahlungsvorgänge, wenn die Beträge durch einen Kreditrahmen für einen Zahlungsdienstnutzer gedeckt sind (Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung);
4. die Ausgabe von Zahlungsinstrumenten oder die Annahme und Abrechnung ('acquiring') von Zahlungsinstrumenten (Zahlungsinstrumentengeschäft);
5. Dienste, bei denen ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers ein Geldbetrag eines Zahlers ausschließlich zum Transfer eines entsprechenden Betrags an einen Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird oder bei dem der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird (Finanztransfergeschäft);
6. die Ausführung von Zahlungsvorgängen, bei denen die Zustimmung des Zahlers zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs über ein Telekommunikations-, Digital- oder Informationstechnologie (IT)-Gerät übermittelt wird und die Zahlung an den Betreiber des Telekommunikations- oder IT-Systems oder -Netzes erfolgt, der ausschließlich als zwischengeschaltete Stelle zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Lieferanten der Waren und Dienstleistungen fungiert (digitalisiertes Zahlungsgeschäft).

#### **Ausnahmen**

##### **§ 2. (1) [...]**

(3) Dieses Bundesgesetz ist auf folgende Tätigkeiten nicht anzuwenden:

1. [...]

15. Dienste von Dienstleistern, die keinen Rahmenvertrag mit dem von einem Zahlungskonto Geld abhebenden Kunden geschlossen haben, bei denen für einen oder mehrere Kartenemittenten an multifunktionalen Bankautomaten Bargeld abgehoben wird, vorausgesetzt, dass diese Dienstleister keine anderen der § 1 Abs. 2 genannten Zahlungsdienste erbringen."

4. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018 (Zahlungsdienstegesetz 2018 – ZaDiG 2018), BGBl. I 17/2018, lauten:

5

#### **"1. Abschnitt Anwendungsbereich und Begriffe Gegenstand**

##### **§ 1. (1) [...]**

(2) Zahlungsdienste sind folgende Tätigkeiten:

1. Dienste, mit denen Bareinzahlungen auf ein Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge (Einzahlungsgeschäft);

2. Dienste, mit denen Barabhebungen von einem Zahlungskonto ermöglicht werden, sowie alle für die Führung eines Zahlungskontos erforderlichen Vorgänge (Auszahlungsgeschäft);
3. Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich des Transfers von Geldbeträgen auf ein Zahlungskonto beim Zahlungsdienstleister des Zahlungsdienstnutzers oder bei einem anderen Zahlungsdienstleister (Zahlungsgeschäft):
  - a) Ausführung von Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften (Lastschriftgeschäft);
  - b) Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments (Zahlungskartengeschäft);
  - c) Ausführung von Überweisungen einschließlich Daueraufträgen (Überweisungsgeschäft);
4. Ausführung von Zahlungsvorgängen, wenn die Beträge durch einen Kreditrahmen für einen Zahlungsdienstnutzer gedeckt sind (Zahlungsgeschäft mit Kreditgewährung):
  - a) Ausführung von Lastschriften einschließlich einmaliger Lastschriften;
  - b) Ausführung von Zahlungsvorgängen mittels einer Zahlungskarte oder eines ähnlichen Instruments;
  - c) Ausführung von Überweisungen einschließlich Daueraufträgen;
5. Ausgabe von Zahlungsinstrumenten (Issuing) oder die Annahme und Abrechnung von Zahlungsvorgängen (Acquiring);
6. Dienste, bei denen ohne Einrichtung eines Zahlungskontos auf den Namen des Zahlers oder des Zahlungsempfängers ein Geldbetrag eines Zahlers nur zum Transfer eines entsprechenden Betrags an den Zahlungsempfänger oder an einen anderen, im Namen des Zahlungsempfängers handelnden Zahlungsdienstleister entgegengenommen wird oder bei denen der Geldbetrag im Namen des Zahlungsempfängers entgegengenommen und diesem verfügbar gemacht wird (Finanztransfergeschäft);
7. Dienste, die auf Antrag des Zahlungsdienstnutzers einen Zahlungsauftrag in Bezug auf ein bei einem anderen Zahlungsdienstleister geführtes Zahlungskonto auslösen (Zahlungsauslösedienste);
8. Online-Dienste zur Mitteilung konsolidierter Informationen über ein Zahlungskonto oder mehrere Zahlungskonten, das oder die ein Zahlungsdienstnutzer entweder bei einem anderen Zahlungsdienstleister oder bei mehr als einem Zahlungsdienstleister hält (Kontoinformationsdienste).

### **Ausnahmen**

#### **§ 3. (1) [...]**

(3) Dieses Bundesgesetz ist auf folgende Tätigkeiten nicht anzuwenden:

1. [...]

15. Dienste von Dienstleistern, die keinen Rahmenvertrag mit dem von einem Zahlungskonto Geld abhebenden Kunden geschlossen haben, bei denen für einen oder mehrere Kartenemittenten an multifunktionalen Bankautomaten Bargeld abgehoben wird, vorausgesetzt, dass
  - a) diese Dienstleister keine anderen der in § 1 Abs. 2 genannten Zahlungsdienste erbringen und

b) den Kunden alle Entgelte für Geldabhebungen gemäß den §§ 36, 41, 44 und 45 sowohl vor der Abhebung als auch auf der Quittung nach dem Erhalt von Bargeld mitgeteilt werden."

### III. Antragsvorbringen

1. Die zu G 9/2018 antragstellenden Gesellschaften legen ihre Bedenken wörtlich wie folgt dar (ohne die Hervorhebungen bzw. Randziffern im Original):

6

"I. Aufbau und Hauptpunkte des Antrags

Der vorliegende Antrag richtet sich gegen die kurz vor der Nationalratswahl 2017 auf Grundlage eines Initiativantrages (Beilage ./2) beschlossene und erst mit BGBl I 158/2017 vom 13.11.2017 kundgemachte Änderung des Verbraucherzahlungskontogesetzes (VZKG; Beilage ./1). Die Novelle betrifft 'Bankomatgebühren', womit genauer Entgelte für die Behebung von Bargeld bei Geldausgabeautomaten (im Folgenden nur: 'GAA' oder 'Bankomat') gemeint sind.<sup>1</sup> Motiviert war diese Anlassgesetzgebung lediglich durch Gebühren, die ein unabhängiger GAA-Aufsteller, nämlich Euronet 360 Limited (im Folgenden nur 'Euronet'), in Österreich vor einiger Zeit einführte. Bevor die verfassungsrechtlichen Bedenken dargestellt werden können (unten Punkt VI.), muss zunächst der Sachverhalt über das Bankomatsystem in Österreich und das internationale Verrechnungszentrum samt der bisherigen zivilrechtlichen Lage dargelegt werden (unten II. und III.), um die verfassungswidrige Wirkung der Neuregelung besser verständlich zu machen (unten IV. — VI.). Vorab sind als erster Überblick die Hauptbedenken zusammenzufassen:

Wenn es § 4a nF VZKG dem kartenausgebenden Kreditinstitut (im Folgenden 'KKI') — entgegen der bisherigen Rechtslage — verbietet, die vom Kunden mit unabhängigen GAA-Betreibern bei der Bargeldbehebung vereinbarten Entgelte am Kundenkonto als Aufwandsatz weiter zu verrechnen, dann

- werden Kunde und unabhängiger GAA-Betreiber gesetzlich ermächtigt, das KKI unlimitiert mit nicht verrechenbaren Aufwänden zu belasten, ohne dass das KKI das beeinflussen oder auch nur vorab kalkulieren kann (Vertrag zu Lasten des KKI als Eingriff in die Vertragsfreiheit und damit als Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums);

---

<sup>1</sup> Als 'Geldausgabegerät' werden zumeist die Automaten in den Bankfilialen und deren Foyers, als 'Bankomat' hingegen die außerhalb aufgestellten Geräte bezeichnet. Für die Zwecke dieser Beschwerde besteht zwischen diesen beiden Typen aber weder rechtlich noch technisch ein relevanter Unterschied, sodass die Begriffe hier zur Vereinfachung synonym verwendet werden können.

- wird dem KKI die Verantwortung für Kosten auferlegt, die vollständig außerhalb seiner Interessen- und Einflussosphäre liegen und von ihm nicht gesteuert werden können (Unsachlichkeit im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes);
- wäre die Novelle schon technisch bereits für Inlandstransaktionen nur mit einem hohen Aufwand umsetzbar, weil die von den GAA-Betreibern gegenüber dem KKI geltend gemachten Belastungsbeträge nach Kapital und Gebühr getrennt zu verbuchen wären, worauf die Datenverarbeitungssysteme erst eingerichtet werden müssten; die Vornahme solcher technischer Einbauten beinhaltet va um den Jahreswechsel, zu dem die IT für die Erstellung des Jahresabschlusses einwandfrei funktionieren muss, ein hohes operationales Risiko;
- wäre für Auslandstransaktionen (sofern das Gesetz hierauf anwendbar sein soll, wovon die Antragstellerinnen aber nicht ausgehen [...]) eine Umsetzung niemals denkbar, schon weil dem KKI nicht die Information geliefert wird, ob der ausländische GAA-Betreiber unabhängig ist oder nicht;
- wären weiters eine vollständige Neukalkulation der Entgelte für Girokonten — soweit eine solche überhaupt wirtschaftlich sinnvoll machbar wäre [...] — und die Implementierung entsprechender neuer Vertragswerke erforderlich, was bis zum Inkrafttreten am 13.1.2018 nicht bewerkstelligt werden konnte.

Der Hinweis in den Materialien, dh hier der Begründung des Initiativantrages, das KKI könne mit dem Kunden im Rahmenvertrag vorab eigene Entgelte auch für Behebungen bei dritten GAA-Betreibern vereinbaren (sodass es dann keines Aufwandersatzanspruches bedürfe), verkennt, dass

- eine solche Vereinbarung eigener Entgelte des KKI nach § 27 Abs 2 ZaDiG und § 6 Abs 3 KSchG ziffernmäßig erfolgen muss, jedoch dem KKI naturgemäß nicht bekannt ist, in welcher Höhe der Kunde sodann mit Dritten Behebungsentgelte vereinbaren wird, sodass das Entgelt — das wirtschaftlich der Abdeckung von Aufwandersatz dienen soll — insofern nicht kalkulierbar ist;
- § 4 Abs 2 VZKG laut den Materialien als Alternative zur Vereinbarung der Einzelverrechnung auch eine Pauschalvariante fordert und Kunden, die oft bei Dritt-Betreibern Geld beheben, eben diese wählen werden, sodass in Wahrheit das eigene Entgelt des KKI gerade kein Äquivalent für den Aufwandersatz bieten wird und nicht treffsicher ist;
- womit dann auch verbunden ist, dass über höhere Pauschalentgelte sämtliche Kunden für einige wenige, die oft bei unabhängigen Betreibern beheben, aufkommen müssen, sodass es zu einer bedenklichen Ungleichbehandlung von Kundenkreisen kommt.

Wenn § 4a VZKG nach den Materialien so zu verstehen sein sollte (wovon die Antragstellerinnen aber nicht ausgehen [...]), dass die Gebühren für alle Behebungen — bei eigenen und fremden GAA — gleich sein müssen, wäre das KKI



überdies gezwungen, entgegen der bisherigen Praxis für Behebungen bei eigenen GAA nur deshalb ein Entgelt zu fordern, um den Aufwandsersatz für Behebungen bei unabhängigen GAA-Betreibern sicherzustellen; damit würde auch die Lage der Konsumenten insgesamt, nur um einige wenige zu begünstigen, schon kurzfristig massiv verschlechtert.

Ganz besonders unsachlich ist die Neuregelung, soweit sie auch für die mit Kontrahierungszwang versehenen und unter Kündigungsschutz stehenden Basiskonten gemäß §§ 23 ff VZKG gilt, da das Entgelt für diese nach § 26 VZKG gesetzlich mit EUR 80 (bzw EUR 40 in bestimmten sozialen Härtefällen) pro Jahr betraglich beschränkt ist. Dazu kommt, dass jeder Verbraucher die Möglichkeit hat, sein bestehendes Konto zu kündigen und die Eröffnung eines solchen Basiskontos mit gesetzlich limitiertem Entgelt zu fordern, sohin § 26 VZKG potentiell auf sämtliche Girokonten 'durchschlägt'.

Als Ausweg stünden dem KKI abstrakt nur die — nicht realistischen — Wege zur Verfügung,

- die Geldbehebung auf die eigenen Bankomaten zu beschränken und damit die Bargeldversorgung ihrer Kunden drastisch einzuschränken, um eine Involvierung von unabhängigen GAA-Betreibern zu vermeiden;
- im Rahmen des Maestro-Systems auf eine Verweigerung der Lizenz an unabhängige GAA-Betreiber hinzuwirken, wofür jedoch die KKI als bloße Lizenznehmer über keine rechtliche Handhabe verfügen.

Diese bekämpfte Novelle zum VZKG wird jedenfalls — da sie eine Verdrängung der derzeit in Österreich 7.380 ohne gesondertem Entgelt benutzbaren GAAs durch solche unabhängiger Betreiber wie Euronet bewirken wird — mittelfristig zu einer Verschlechterung und Verteuerung der Bargeldversorgung in Österreich führen und kann daher nicht mit dem Interesse an Konsumentenschutz begründet werden (kein öffentliches Interesse). Angesichts der Anzahl der Bankomaten, die von den österreichischen KKI derzeit betrieben werden und eine völlig ausreichende Bargeldversorgung gewährleisten, ist sie auch bloß wegen der vergleichsweise wenigen, entgeltpflichtigen GAAs von unabhängigen Anbietern nicht erforderlich (Unverhältnismäßigkeit). Die Behauptung in den Materialien, dass Euronet zu massiven Beschwerden geführt habe, ist unrichtig (der überwiegende Teil der Kunden sieht vielmehr völlig ein, dass sie die Euronet-Gebühr, der sie im Behebungsprozess ausdrücklich zustimmen, auch selbst tragen müssen), ebenso wie die Unterstellung, dass es ohne Euronet in manchen Gebieten Österreichs keine ausreichende Bargeldversorgung gäbe.

Das neue Gebot in § 4 Abs 2 VZKG, Entgeltvereinbarungen im Einzelnen auszuhandeln, und dabei neben einer Einzelpreis-Variante auch eine Pauschalvariante anzubieten,

- verstärkt die beschriebene Unsachlichkeit des § 4a VZKG (siehe oben) und begegnet damit bei Gesamtbetrachtung den gleichen Bedenken wie dieser;

- macht dem KKI eine Kalkulation auch deshalb unmöglich, weil die Pauschalvariante eine unlimitierte Anzahl von Behebungen umfassen muss und, was auch bei einer Einzelvariante schlagend wird, vorab auch nicht bekannt ist, in welcher Höhe dritte GAA-Betreiber künftig Entgelte fordern werden, daher keinerlei Treffsicherheit des Aufwandsatzes erreicht werden kann;
- wäre — sofern die Norm hierauf anwendbar sein sollte (was die Antragstellerinnen aber nicht annehmen [...]) — bei Altverträgen nicht umsetzbar, weil das KKI nicht mit einer Unzahl von Kunden neue Vereinbarung aushandeln kann (Eingriff in Vertrauensschutz);
- Letzteres auch deshalb, weil angesichts der Judikatur des OGH keine wirksame Erklärungsfiktionsregelung zur Verfügung steht und daher nur mehr eine Änderungskündigung in Betracht käme, dem KKI es jedoch nicht zumutbar ist, wegen einer unvorhersehbaren Gesetzesnovelle gegenüber sämtlichen Kunden eine Kündigung zu erklären.
- Bei Neuverträgen ist schon aus technischen Gründen eine Umsetzung bis zum Inkrafttreten am 13.1.2018 kaum möglich und ist es zudem nicht zumutbar, binnen so kurzer Frist neue Konditionenmodelle zu kalkulieren und neue Vertragswerke für den Massenverkehr zu implementieren.

## II. Sachverhalt

### 1. Das derzeitige Bankomat-System in Österreich

Wie allgemein bekannt ist, können Bankkunden mit ihren Karten Bargeld zu Lasten ihres beim KKI geführten Kontos einerseits in den Bankfilialen am Schalter oder den dortigen GAAs, andererseits auch an Bankomaten außerhalb der Bankfilialen und in den Foyers anderer Banken beziehen. Die österreichischen Banken (und damit auch die Antragstellerinnen) stellen sicher, dass ihren Kunden — und zwar an jedem Tag zumeist über 24 Stunden hindurch — eine ausreichende Anzahl an GAAs zur Verfügung steht, bei denen ein Bargeldbezug ohne Behebungsentgelt möglich ist. Hierüber besteht eine technische Zusammenarbeit mit der Payment Service Austria GmbH (PSA), nach deren Regelwerk die von den österreichischen KKI und die von PSA selbst aufgestellten GAAs betrieben werden. Die PSA steht im Eigentum einiger österreichischer Kreditinstitute, wobei beispielsweise die \*\*\*\*\* 19,5 % und die \*\*\*\*\* etwa 4,5 % der Geschäftsanteile halten. PSA serviziert technisch alle im Umlauf befindlichen Bankomatkarten der österreichischen KKI und betreut deren Bankomatsystem, wobei über knapp 7.380 Bankomaten und GAAs jährlich mittels rund 10 Mio Debitkarten etwa 140 Mio. Transaktionen mit einem Gesamtvolumen von rund EUR 17,2 Mrd abgewickelt werden.

Das beschriebene System gewährleistet eine völlig ausreichende Versorgung der Karteninhaber mit Bargeld. Die in Anschaffung und Betrieb teuren GAAs bieten den Kunden gegenüber einem bloßen Filialbetrieb (zB durch Bargeldbezug an

den Kassenschaltern) den Vorteil, dass sie an weit mehr Orten und zu jeder Tages- und Nachtzeit Bargeld beheben können. Das in den Medien von Seite des Verbraucherschutzes vorgebrachte Argument, dass Bankomaten ausschließlich zum Vorteil der Banken dienen, indem diese damit Kosten sparen, trifft sohin nicht zu.

Beweis: [...]

## 2. Das Maestro-System und Euronet

Die Verrechnung zwischen den einzelnen Rechtsträgern, die GAAs betreiben, erfolgt über das 'Maestro'-System: Das ist der Markenname für einen weltweiten Debitkartendienst der Firma MasterCard Incorporated, einer privaten Aktiengesellschaft nach US-amerikanischem Recht. MasterCard Incorporated bietet über die Tochtergesellschaft MasterCard Europe SA die Nutzung dieser Debitkartendienste auch für europäische Kunden an. An MasterCard Incorporated und an MasterCard Europe SA sind weder die Antragstellerinnen noch andere österreichische Banken beteiligt, sondern besteht lediglich eine Vertragsbeziehung zwischen PSA und MasterCard, wodurch PSA von MasterCard eine Lizenz zur Teilnahme an dem weltweiten Zahlungssystem erhält. PSA erteilt an die österreichischen Banken, auch an die Antragstellerinnen, eine Sublizenz. Die Karten der österreichischen Bankkunden werden mit der Maestروفunktionalität ausgestattet, was am Maestro-Logo auf den Karten zu erkennen ist. Damit werden die Kunden berechtigt, mit der Karte weltweit Bargeld zu beheben, nämlich bei GAAs sämtlicher Betreiber, die ebenfalls von MasterCard eine Lizenz halten und daher ihre GAAs mit dem Maestro-Logo kennzeichnen; auf diesem Weg können die Kunden weltweit und rund um die Uhr auf ihr Guthaben bzw den verfügbaren Kreditrahmen auf ihren Girokonten zugreifen.

Das Unternehmen Euronet, das Stein des Anstoßes der medialen Diskussion über 'Bankomatgebühren' und ebenso der bekämpften Novelle zum VZKG ist, betreibt in Österreich hingegen nur rund 120 Bankomaten. Schon von daher ist klar, dass es für die ausreichende Versorgung der Kunden mit Bargeld nicht auf die wenigen Euronet-Bankomaten ankommt; Euronet stellt seine GAAs überdies nur in hochfrequentierten Tourismus-Zonen und Einkaufszentren auf und fördert nicht etwa den Zugang zu Bargeld in ländlichen Gebieten [...]. Unzutreffend ist die von Seiten des Verbraucherschutzes immer wieder kolportierte Meinung, dass sich die österreichischen Banken der Euronet zum Zweck der Bargeldversorgung der Kunden bedienen würden. Das ist nicht richtig und wäre auch nicht notwendig, da über die von den österreichischen KKI und der PSA betriebenen rund 7.380 GAAs ohnedies ein national völlig zureichendes Versorgungssystem besteht.

Zwischen den Antragstellerinnen (und anderen österreichischen Banken) einerseits und Euronet besteht keine gesellschaftliche Verbindung und keine Vertragsbeziehung. Die Stellplätze der Euronet-Bankomaten werden nicht von den Antragstellerinnen und auch nicht von PSA zur Verfügung gestellt, sondern mietet Euronet diese Plätze von dritten Unternehmen an, zB von Lebensmittelmärkten. Euronet hat schlicht von MasterCard (Maestro) ebenso eine Lizenz

erhalten, um an dem von MasterCard betriebenen Verrechnungssystem teilzunehmen. Der zwischen PSA und den österreichischen Banken mit MasterCard bestehende Vertrag untersagt es, die Verwendungsmöglichkeit der Maestro-Karte durch Kunden einzuschränken — andernfalls würde das internationale Zahlungssystem nicht funktionieren: ein offenes Zahlungskartensystem, das im Übrigen den stärksten Wettbewerb gewährleistet, muss auf der 'honour all cards-rule' beruhen, wonach jedes teilnehmende KKI sämtliche systemkonform an einem an das System angeschlossenen GAA eingeleiteten Transaktionen einzulösen hat und umgekehrt auch jeder GAA-Aufsteller alle zum System gehörenden Karten akzeptiert. Die Antragstellerinnen haben sohin keine wie immer geartete Möglichkeit eines Einflusses auf Euronet, können die von ihnen ausgegebenen Karten nicht für Euronet-Bankomaten sperren und sind auch nicht etwa in der Lage, MasterCard die Erteilung einer Lizenz an Euronet zu untersagen. Ein von Euronet mit dem Kunden allenfalls vereinbartes Behebungsentgelt fließt auch ausschließlich Euronet zu.

Die Antragstellerinnen oder andere österreichische Banken hätten auch nicht etwa die Möglichkeit, die Bargeldbehebung durch ihre Kunden bei Euronet-Bankomaten technisch zu sperren, weil diese Funktion, wie oben beschrieben, mit dem Maestro-System zwingend verbunden ist. Abstrakt denkbar wäre lediglich, dass die Antragstellerinnen die eigene Teilnahme am Maestro-System überhaupt beenden und stattdessen ein eigenes Kartensystem schaffen. Das hätte aber zur Folge, dass die Kunden (a) im Ausland kein Bargeld beziehen könnten, sowie (b) im Inland nur mehr ausschließlich an jenen GAAs, die mit dem Kartensystem des jeweiligen KKI selbst direkt betrieben werden, sohin nur mehr an einem Bruchteil der den Kunden im Inland aktuell zugänglichen rund 7.380 GAAs. Ferner wäre (c) den Kunden außerhalb eines solchen neuen 'Mini-Systems' keine Kartenzahlung an den, ebenso auf dem Maestro-System aufbauenden, Bankomat-kassen bei Händlern ('POS-Kassen') im In- und Ausland möglich. Auch aus Sicht des Verbraucherschutzes wäre das kein gangbarer Weg.

Die Teilnahme der KKI am Maestro-System auf Basis einer vertraglichen (Sub)Lizenz ist sohin auch für die Kunden weit vorteilhafter. Die Antragstellerinnen können aber freilich einerseits nicht verhindern, dass MasterCard Incorporated auch anderen Unternehmen Lizenzen erteilt, welche dann mit dem Kunden für Bargeldbehebungen Entgelte vereinbaren, und andererseits nicht veranlassen, dass MasterCard Incorporated diesen Unternehmen die erteilte Lizenz entzieht (zB weil diese etwa mit den Kunden ein Entgelt für die Behebung vereinbaren). Vereinbarungen in diese Richtung würden weder MasterCard Incorporated noch Euronet akzeptieren; sie wären zudem wegen des Marktabschottungseffektes wettbewerbsrechtlich bedenklich.

Daher ist schon an dieser Stelle festzuhalten: Die österreichischen Kreditinstitute haben nicht etwa die Möglichkeit, die Folgen der neuen — international singulären — restriktiven Regeln des VZKG für 'Bankomatgebühren' durch Einwirkung auf das Lizenzsystem von MasterCard in den Griff zu bekommen. Vielmehr wären Lösungen ausschließlich im Rahmen der Vertragsbeziehungen zu den Kunden

denkbar. Dass für diese nach der bekämpften Novelle allerdings ebenso kein vernünftiger Raum besteht, wird unten näher dargestellt werden [...].

[...]

### 3. Behebungsvorgang am Euronet-Geldausgabeautomaten

Hinsichtlich der Dreiecksbeziehung zwischen dem KKI, seinem Kunden und dem dritten GAA-Betreiber ist klarzustellen, dass der vorliegende Antrag Gebühren betrifft, welche der Kunde mit dem GAA-Betreiber — ohne jede Beteiligung des KKI — bewusst vereinbart: Wenn ein Kunde bei einem der rund 120 Euronet-GAAs in Österreich Geld beheben will, findet er vor Bestätigung der Transaktion folgende Information vor:

'DER EIGENTÜMER DIESES TERMINALS, EURONET 360 LIMITED, WIRD DEM KARTENINHABER FÜR DIE GEWÄHLTE TRANSAKTION EINE GEBÜHR VON EUR 1,95 BERECHNEN. DIESE GEBÜHR WIRD ZUSÄTZLICH ZU DEN EVENTUELL ANFALLENDEN GEBÜHREN, DIE IHR KARTENAUSGEBENDES KREDITINSTITUT VERANSCHLAGT, BERECHNET. WENN SIE MIT DER GEBÜHRENERHEBUNG EINVERSTANDEN SIND UND FORTFAHREN MÖCHTEN, DRÜCKEN SIE BITTE 'ANNEHMEN'. WENN SIE KEINE GEBÜHR BEZAHLEN UND DIESE TRANSAKTION ABBRECHEN MÖCHTEN, DRÜCKEN SIE BITTE 'ABBRUCH' AUF DEM BEDIENFELD.'

Der Kunde muss nach Erhalt dieser Information über die Entgeltspflicht am Display den Button 'Annehmen' drücken, um die Entgeltspflicht auszulösen, wobei dann, wenn der Kunde dieses Angebot von Euronet nicht annimmt, die Transaktion abgebrochen wird und es folglich zu keiner Entgeltbelastung kommt. Nimmt er aber das Angebot an, dann erhält er einen Transaktionsbeleg, der auch die Gebühr bzw das Entgelt von EUR 1,95 ausweist.

Die ganz überwiegende Mehrheit der Kunden, die an einem Euronet-GAA (nicht die Transaktion nach Hinweis auf die Gebührenpflicht abbrechen, sondern) eine Gebühr akzeptieren, tragen — trotz der von Seiten des Verbraucherschutzes initiierten medialen Kampagnen — die Gebühr dann auch willentlich selbst, beanstanden also die vom KKI am Konto vorgenommene Belastungsbuchungen nicht und fordern keine Refundierung. Denn redlichen Kunden ist klar, dass die Antragstellerinnen nicht etwa auch solche Behebungsgebühren tragen können, welche die Kunden im In- und Ausland mit dritten Bankomataufstellern im Zuge des Behebungsvorganges vereinbaren. Das von Euronet mit dem Kunden vereinbarte Behebungsentgelt fließt aufgrund der Anweisung des Kunden, zu Lasten des Kontos an Euronet zu zahlen, ausschließlich Euronet zu.

Wenn es in der Einleitung der Materialien zum hier bekämpften Gesetz heißt, dass in jüngster Zeit einzelne unabhängige Geldautomatenbetreiber damit begonnen haben, Verbrauchern für Abhebungen Entgelte in Rechnung zu stellen und dies 'zu massiven Beschwerden der betroffenen Verbraucher geführt habe' (Initiativantrag 2284/A vom 20.09.2017, 25. GP Seite 2 oben), so ist das unrichtig, sofern mit 'massiv' eine größere Zahl an Verbrauchern gemeint sein soll.

Klarzustellen ist schließlich, dass Euronet den Kunden die oben beschriebenen klaren Informationen über die Entgeltspflicht vor Bestätigung der Transaktion nicht etwa als freiwilliges 'Kundenservice' gibt, sondern hierfür einerseits eine gesetzliche Verpflichtung besteht: denn nach hA handelt es sich dabei um eine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrages iSd § 32 ZaDiG (siehe gleich unten Rz 24 ff);<sup>2</sup> selbst wenn man diese Meinung nicht teilt, folgt die Informationsverpflichtung des GAA-Betreibers aus § 27 Abs 4 Z 2 ZaDiG.<sup>3</sup> Andererseits gibt MasterCard Incorporated im System, nämlich in den Transaction Processing Rules, auch vertraglich vor, dass der Karteninhaber keine Entgelte bezahlen muss, die er nicht zuvor am GAA ausdrücklich akzeptiert hat. Daher können sich die Antragstellerinnen darauf verlassen, dass ihre Kunden nur mit solchen Drittgebühren belastet werden, über welche die Kunden vor der Transaktion auch korrekt informiert wurden. Der durchaus sinnvolle, politisch von manchen aber nicht als ausreichend empfundene Vorschlag des ehemaligen österreichischen Finanzministers Dr. Schelling, für entgeltspflichtige Bankomaten eine Kennzeichnung vorzuschreiben, hätte sohin nur mehr bewirkt, dass der Kunde auf die Entgeltspflicht schon aufmerksam wird, bevor er überhaupt eine Transaktion bei einem Euronet-GAA beginnt. Denn ein Schutz vor unerkennbaren Behebungsgebühren ist derzeit schon gegeben.

Beweis: [...]

An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass gemäß Art 3 lit o) der neuen, bis Mitte Jänner 2018 umzusetzenden und vollharmonisierenden Zahlungsdienste-RL II<sup>4</sup> Bargeldabhebungsdienste unabhängiger Betreiber weiterhin von der Anwendung ausgenommen bleiben, doch wird dort angeordnet, dass 'dem Kunden über alle Gebühren für Geldabhebungen nach den Artikeln 45, 48, 49 und 59 sowohl vor der Abhebung als auch auf der Quittung nach dem Erhalt von Bargeld mitzuteilen' sind. Die hier bekämpfte Novelle stimmt daher auch nicht mit dem europarechtlichen Modell überein, da dem Kunden die Höhe der Gebühr gleichgültig sein könnte, wenn diese ohnedies, wie § 4a VZKG anordnet, stets das KKI tragen muss. Wenn der Unionsgesetzgeber das neue österreichische Modell mitberück-

---

<sup>2</sup> Und § 32 ZaDiG sieht eine entsprechende Informationspflicht über Entgelte vor der Durchführung vor.

<sup>3</sup> Dieser lautet auszugsweise: 'Entgelte ... für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes sind ...jeweils vor der Auslösung des Zahlungsvorganges (§ 32 Abs. 1), im Falle einer Einzelzahlung innerhalb eines Rahmenvertrages auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers (§ 31 Abs. 1) ... mitzuteilen: ...'

2. falls die Entgelte vom Zahlungsdienstleister oder einem Dritten verlangt werden, dem Zahlungsdienstnutzer.'

<sup>4</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG.

sichtigen hätte wollen, hätte er zumindest eine Vorab-Information (auch) an das KKI vorgesehen — denn danach ist ja von der Gebühr ausschließlich das KKI betroffen. Die Richtlinie geht vielmehr davon aus, dass die Gebühren für Geldbehebungen der Karteninhaber bezahlt.

#### 4. Derzeitige Kontogebühren bei den Antragstellerinnen

Tarifwahlmodelle für Girokonten bieten heute schon die meisten KKIs an. Auch im Angebot der Antragstellerinnen gibt es verschiedene Varianten: Beim s Komfort Konto der \*\*\*\*\* fällt beispielsweise eine monatliche Gebühr von EUR 7,33 an, beim STEIERMARK-Paket der \*\*\*\*\* eine Gebühr von EUR 14,- pro Monat. Beim Konto Online der \*\*\*\*\* beträgt die monatliche Gebühr EUR 5,90, beim Kontomodell Panther.PLUS der \*\*\*\*\* fällt monatlich eine Gebühr von EUR 7,50 an und beim \*\*\*\*\* Privatkonto Klassik beträgt das Kontoführungsentgelt pro Monat EUR 6,-. Diese Entgelte für die gesamte Kontoführung wären also schon zur Gänze nur durch wenige Euronet-Behebungen aufgebraucht. Daher ist auch klar, dass alle österreichischen Kreditinstitute, wenn die hier bekämpfte Novelle Bestand behielte, die Preisbildung der Girokonten vollständig ändern müssten, wobei ihnen allerdings die für eine sinnvolle Kalkulation erforderlichen Informationen fehlen [...].

Beweis: [...]

#### 5. Zivilrechtliche Ausgangslage: Weiterverrechnung von Drittgebühren ist zulässig

Bei der Bargeldbehebung des Kunden an einem GAA eines Drittaufstellers (wie Euronet) handelt es sich um einen Zahlungsdienst iSd § 1 Abs 2 Z 1 ZaDiG, indem eine Barabhebung von einem Zahlungskonto ermöglicht wird (siehe ErläutRV 207 BlgNR 24. GP S. 8 zu § 1 Abs 2 Z 1 ZaDiG). Dieser Zahlungsdienst wird also nicht von den Antragstellerinnen erbracht und ist daher auch nicht Gegenstand der zwischen ihnen und ihren jeweiligen Kunden abgeschlossenen Rahmenverträge für Zahlungsdienste (Girokontoverträge). Vielmehr handelt es sich um eine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrages gemäß § 32 ZaDiG aufgrund einer Vereinbarung, die allein zwischen dem Kunden und Euronet zustande kommt. Denn der Gesetzgeber hat festgehalten (siehe ErläutRV 207 BlgNR 24. GP S. 38 zu § 32 ZaDiG), dass Abhebungen von einem unabhängigen GAA (dessen Betreiber auch keine anderen Zahlungsdienste erbringt, [...]) unter § 32 fallen; dabei wird unter 'Unabhängigkeit' verstanden, dass der Zahlungsdienstleister (hier Euronet) bisher in keinem Vertragsverhältnis mit dem Zahlungsdienstnutzer (dem Kunden) steht (Weilinger/Gratzl in Weilinger, ZaDiG § 32 Rz 5). Dass es sich hier um einen Einzelauftrag handelt, entspricht nicht nur den zitierten Gesetzesmaterialien, sondern auch der einhelligen Ansicht in der österreichischen und deutschen Literatur (zB Gapp/Lanschützer, ZFR 2009, 178 FN 44; Weilinger/Knauder in Weilinger, ZaDiG § 26 Rz 30; Weilinger/Gratzl in Weilinger, ZaDiG

§ 32 Rz 5; Haertlein in MünchKomm zum HGB, Band VI, Bankvertragsrecht<sup>3</sup> [2014] Rz E 170).

Selbst wenn man allerdings nicht von einem Einzelauftrag iSd § 32 ZaDiG ausgeht (sondern die Informationspflicht des GAA-Betreibers aus § 27 Abs 4 Z 2 ZaDiG ableitet, dazu oben Rz 21), ändert sich die rechtliche Beurteilung nicht: Denn der Kunde schließt mit Euronet jedenfalls nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen einen eigenen Vertrag ab, indem er nach dem Hinweis: 'Wenn Sie mit der Gebührenerhebung einverstanden sind und fortfahren möchten, drücken Sie bitte Annehmen' eben auf 'Annehmen' drückt und damit eine ausdrückliche zustimmende Willenserklärung nach § 863 ABGB abgibt. Damit wird eine Gebühr zwischen Euronet und dem Kunden vereinbart, nicht hingegen mit dem KKI. Schon deshalb liegt dann, neben den jeweiligen Rahmenverträgen mit den Antragstellerinnen, ein neuer Vertrag des Kunden mit einer anderen Partei vor. Ein solcher gesonderter Vertrag ist von einer Willenserklärung des Kunden getragen, nicht verboten und damit wirksam. Er verpflichtet den Kunden — nicht das KKI — das vereinbarte Entgelt von EUR 1,95 an Euronet zu bezahlen (was das KKI für den Kunden aufgrund dessen mit der Karte erteilten Anweisung erledigt).

Diese Sichtweise wird auch durch Art 35 Abs 2 der Zahlungsdienste-RL (RL 2007/64/EG) bestätigt, wonach bei einem Zahlungsauftrag für eine Einzelzahlung über ein rahmenvertraglich geregeltes Zahlungsinstrument der (unabhängige) Zahlungsdienstleister nicht verpflichtet ist, Informationen mitzuteilen, die der Zahlungsdienstnutzer bereits aufgrund eines Rahmenvertrags mit einem anderen Zahlungsdienstnutzer erhalten hat oder erhalten wird (gleichlautend Art 43 Abs 2 der neuen Zahlungsdienstrichtlinie II, RL EU/2015/2366). Daraus folgt, dass nach dem System des ZaDiG der Karteninhaber sehr wohl auch mit einem rahmenvertraglich geregelten Zahlungsinstrument (wie beispielsweise einer von einer der Antragstellerinnen ausgegebene Zahlungskarte) Zahlungsaufträge auslösen kann, die außerhalb des Rahmenvertrags und des Anwendungsbereichs des ZaDiG liegen, und damit auch, dass der unabhängige Zahlungsdienstleister gemäß § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG für solche eigenen Zahlungsdienste Entgelte vereinbaren kann.

Auch die EU-Kommission hat in einer offiziellen Anfragebeantwortung zur Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG, interne Fragen-Nummer 122) die richtige Meinung vertreten, dass Bankomataufsteller ('ATM' = 'Automated Teller Machine') ein gesondertes Entgelt verlangen können [...]:

'Relevant provisions: Article 52 (3)

Question: no 122

Charges — ATM surcharging

Question

Based on Article 52 (3) the prohibition of 'surcharging' of POS transactions (additional charge of the retailer to the cardholder) will be no longer allowed. Is this article also applicable to ATM transactions where today surcharging (by the ATM provider/owner to the cardholder for providing cash) is also often not allowed?



Answer

Article 52 (3) does only concern charges (or reductions) requested by the payee. As the definition of 'payee' under Article 4 (8) ('a natural or legal person who is the intended recipient of funds which have been the subject of a payment transaction') does not cover the ATM provider, Article 52 (3) does not apply to ATM transactions. However, in case a charge for the use of a given payment instrument through an ATM is requested, prior information has to be provided in accordance with Article 50 (2) so that the payment service user has not doubt on it prior to the payment transaction.'

Dies ist wie folgt zu übersetzen:

'Relevante Bestimmungen: Art 52 (3)

Frage: Nr 122

Gebühren - Bankomatgebühren

Frage:

Basierend auf Artikel 52 (3) wird das Verbot von Bankomatgebühren im Zusammenhang mit POS-Transaktionen (zusätzliche Gebühr des Händlers zulasten des Karteninhabers) zukünftig nicht mehr zulässig sein. Ist dieser Artikel auch anwendbar auf Bankomat-Transaktionen, bei denen es heute oftmals nicht zulässig ist, Gebühren (des Bankomatbetreibers/besitzers zulasten des Karteninhabers, um Bargeld anzubieten) zu veranschlagen?

Antwort:

Artikel 52 (3) betrifft nur Gebühren (oder Abschläge), die vom Zahlungsempfänger gefordert werden. Aufgrund der Tatsache, dass die Definition des Zahlungsempfängers gem Art 4 (8) ('eine natürliche oder juristische Person, die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll') den Bankomatbetreiber nicht umfasst, ist Art 52 (3) auf Bankomat-Transaktionen nicht anwendbar. Nichtsdestotrotz, muss, für den Fall, dass eine Gebühr für die Verwendung eines konkreten Zahlungsinstruments durch einen Bankomaten verlangt wird, in Entsprechung von Art 50 (2) im Vorfeld darüber informiert werden, sodass für den Verwender des Zahlungsservice vor Durchführung des Zahlungsvorganges keine Zweifel daran bestehen.'

Beweis: [...]

## 6. Anweisung und Aufwandsersatz

Schließlich ist noch der über MasterCard Incorporated abgewickelte Verrechnungsvorgang zwischen Euronet und den Antragstellerinnen kurz zivilrechtlich zu beschreiben: Euronet stellt, wie oben wiedergegeben, auf den Displays der GAAs richtigerweise klar, dass das Behebungsentgelt von € 1,95 nicht etwa dem KKI (hier einer der Antragstellerinnen), sondern 'dem Karteninhaber' berechnet wird, und zwar nicht etwa vom KKI, sondern von Euronet selbst. Euronet hebt auch hervor, dass diese Gebühr zusätzlich zu den Gebühren des KKI verrechnet wird.

Danach werden dem Kunden die Auswahloptionen 'Abbruch' oder 'Annehmen' angeboten. Wenn der Kunde der Transaktion zustimmt, indem er den Button 'Annehmen' drückt, schließt er nicht nur eine Einzelvereinbarung mit Euronet über die Auszahlung ab, sondern erteilt zugleich dem KKI (der jeweiligen Antragstellerin) die — von Euronet an das KKI zu übermittelnde — Anweisung iSd §§ 1400 ff ABGB, den Betrag von € 1,95 (ebenso wie den behobenen Geldbetrag) an Euronet zu Lasten des Kontos zu bezahlen. Der Sachverhalt ist ähnlich wie bei einer Kreditkartenzahlung: einerseits einigt sich der Karteninhaber mit dem leistungserbringenden Unternehmer auf ein Entgelt, andererseits erteilt er im Wege dieses Unternehmers an die Kreditkartengesellschaft die Anweisung, die Zahlung an den Unternehmer zu leisten (dazu zuletzt OGH 9 Ob 31/15x zu Klausel 34 mwN).

Die Bezahlung der vom Bankomataufsteller erbrachten Dienstleistung 'Barauszahlung mittels Bankomat' erfolgt unter Verwendung der Bankomatkarte und dem dazu gehörenden persönlichen Code, wobei der Karteninhaber durch Eingabe des persönlichen Codes über das Eingabefeld des Bankomaten oder der POS-Kassa und Betätigung der Taste 'OK' das kartenausgebende Kreditinstitut unwiderruflich anweist, den Rechnungsbetrag (in diesem Fall das zwischen Kunden und Bankomataufsteller vereinbarte Bankomatentgelt von EUR 1,95) an den Bankomataufsteller zu zahlen, welcher Anweisung das KKI nach dem Rahmenvertrag Folge leisten muss. Aufgrund dieser Anweisung hat das KKI dem Bankomataufsteller über das Maestro-System (neben dem behobenen Betrag auch) das Entgelt zu bezahlen und erwirbt folglich gegenüber dem Kunden einen Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB, welchen es dem Konto anlastet. Dieser Vorgang ist auch in Punkt 2.6. der Kundenrichtlinien für das Karten-Service, die Kontaktlos-Funktion und das Quick-Service der \*\*\*\*\*, sowie in Punkt 2.5. der Kundenrichtlinien für das Karten-Service, die Kontaktlos-Funktion und das Quick-Service der \*\*\*\*\*, ebenso in Punkt II.4.1. der Besonderen Bedingungen für Bezugskarten der \*\*\*\*\*, der \*\*\*\*\*,<sup>5</sup> und der drei teilnehmenden \*\*\*\*\* (\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*) und Punkt 1.8. und 1.9. der Kundenrichtlinien für das Maestro-Service, die Kontaktlos-Funktion und für das Quick-Service der \*\*\*\*\*, die jeweils einen Teil des Rahmenvertrages zwischen KKI und Kunde bilden, abgebildet. Die antragstellenden \*\*\*\*\* verwenden jeweils wortgleiche Besondere Bedingungen für Bezugskarten, weshalb hier beispielhaft jene der \*\*\*\*\* beigelegt werden. Auch die antragstellenden \*\*\*\*\* benutzen inhaltsgleiche Kundenrichtlinien für das Karten-Service, die Kontaktlos-Funktion und das Quick-Service der \*\*\*\*\*, weswegen auch diese nur einmal beigelegt werden. Das Gleiche gilt für die \*\*\*\*\*, die sich diesem Antrag angeschlossen haben.

---

<sup>5</sup> Die \*\*\*\*\* verwendet die inhaltsgleichen Besonderen Bedingungen für Bezugskarten wie die \*\*\*\*\*.

Beweis: [...]

Bei der zivilrechtlichen Lage muss man daher unterscheiden: Die vom KKI ausgegebenen Maestro-Karten berechtigen die Kunden zwar dazu, weltweit bei allen GAAs mit Maestro-Logo Bargeld zu Lasten ihres Kontos zu beheben, selbstverständlich aber nicht auch dazu, hierbei Gebührensahlungen an den jeweiligen GAA-Aufsteller zu Lasten des KKI zuzusagen. Andernfalls läge ein unwirksamer Vertrag zu Lasten Dritter vor, der das KKI zudem einem unabschätzbaren Kostenrisiko aussetzte [...].

## 7. Keine Erfüllungsgehilfenschaft des GAA-Betreibers

Unrichtig ist die Rechtsauffassung der Verbraucherschutzverbände, dass Euronet oder sonstige dritte GAA-Aufsteller Erfüllungsgehilfen des KKI bei der Barauszahlung seien. Für § 1313a ABGB kommt es nämlich nur auf die Pflichtenlage an. In den Kundenrichtlinien für das Karten-Service, die Kontaktlos-Funktion und das Quick-Service der \*\*\*\*\* (Punkt 1.8.1.), sowie in den Kundenrichtlinien für die Bankcard, das Kartenservice, die Kontaktlos-Funktion und das Quick-Service der \*\*\*\*\* (Punkt 1.8.1.), und ebenso in den Besonderen Bedingungen für Bezugskarten der \*\*\*\*\*, der \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*<sup>6</sup> und der drei teilnehmenden \*\*\*\*\* (je Punkt II.1.1.) sowie den Kundenrichtlinien für das Maestro-Service, die Kontaktlos-Funktion und für das Quick-Service der \*\*\*\*\* (Punkt 1.7.1.) wird jedoch lediglich festgelegt, dass der Karteninhaber 'berechtigt' ist, an GAAs im In- und Ausland, die mit einem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichnet sind, mit der Bezugskarte Bargeld zu beziehen. Das bedeutet aber natürlich nicht, dass sich jedes Mal dann, wenn ein Dritter einen neuen GAA aufstellt, der Pflichtenkreis der Antragstellerinnen (der Erfüllungsort) erweiterte und sie zu gewährleisten hätten, dass auch bei solchen GAAs gebührenfrei behoben werden könne. Zudem haben die Antragstellerinnen, wie oben vorgebracht, auf Euronet keinen Einfluss, sodass auch deshalb keine Erfüllungsgehilfenschaft vorliegen kann (ständige Rechtsprechung, siehe nur OGH RIS-Justiz RS0121745: 'Das Mindest-Zurechnungskriterium des § 1313a ABGB ist, dass der Beklagte das schuldhafte Verhalten des Dritten im Kontext mit der Erfüllung seiner Vertragspflichten veranlasste'). Auch in Deutschland wird das bankomataufstellende Institut nicht als Erfüllungsgehilfe des KKI qualifiziert (Haertlein in MünchKomm zum HGB, Bankvertragsrecht<sup>3</sup> Rz E 145).

Beweis: [...]

Hier ist auch nochmals zu erwähnen, dass es im österreichischen Bankomatsystem etwa 7.380 Geräte gibt, bei denen die Kunden ohne zusätzliche Entgelte und Gebühren Geld beheben können. Damit kommen die Banken der Verpflichtung

---

<sup>6</sup> Die \*\*\*\*\* verwendet die inhaltsgleichen Besonderen Bedingungen für Bezugskarten wie die \*\*\*\*\*.

zur Auszahlung von Kontoguthaben mehr als ausreichend nach. Die Kunden können aber freilich nicht einseitig bestimmen, dass jeder neue Bankomat, den ein Dritter aufstellt, ein weiterer für die Antragstellerinnen geltender Erfüllungsort iSd § 905 ABGB für Bargeldbehebungen sei; andernfalls käme man übrigens zu dem absurden Ergebnis, dass jedes KKI eine Pflichtverletzung gegenüber dem Kunden begeht, wenn irgendwer irgendwo einen GAA wieder demontiert. Die Anzahl jener Bankomaten, bei denen ohne Behebungsentgelt behoben werden kann, hat sich in den letzten Jahren übrigens — obwohl aus betriebswirtschaftlichen Gründen einige Filialen geschlossen werden mussten — nur geringfügig verringert; die österreichischen KKI haben das Leistungsangebot also trotz des schwierigen ökonomischen Umfeldes nicht etwa wesentlich reduziert.

Wenn im Allgemeinen Teil der Materialien behauptet wird, dass 'der Verbraucher sein auf dem Zahlungskonto befindliches, faktisch unverzinsliches Buchgeld nicht mehr bei Bedarf jederzeit in Bargeld umwandeln (kann), ohne dem Zahlungsdienstleister dafür neben dem Kontoführungsentgelt oder dem Entgelt für die Ausstellung der Bankomatkarte ein gesondertes zusätzliches Entgelt zahlen zu müssen' (Initiativantrag 2284/A vom 20.09.2017, 25. GP Seite 2 Absatz 3), so trifft das in mehrfacher Weise nicht zu: erstens können Konsumenten in Österreich bei 7.380 GAAs rund um die Uhr Bargeld beziehen und zweitens verlangen die österreichischen KKI dafür kein gesondertes Entgelt am GAA, sondern sehen nur einige Institute bereits in den Rahmenverträgen Entgelte vor, wobei aber stets auch Möglichkeiten eines unentgeltlichen Bargeldbezuges bestehen. Ebenso wenig existiert 'die Gefahr, dass in Zukunft Verbraucher, die hauptsächlich auf Geldautomaten unabhängiger Betreiber angewiesen sind, weil sich in der Nähe ihres Wohnorts keine anderen Geldautomaten mehr befinden, letztendlich höhere Entgelte für die Nutzung ihrer Bankomatkarte zahlen müssen' (so aber Initiativantrag aa0 Seite 3 Mitte). Wie unten [...] noch näher zu zeigen sein wird, würde vielmehr die hier bekämpfte Novelle zu einer Verschlechterung und Verteuerung der Bargeldversorgung in Österreich führen, weil hierzulande ein 'El Dorado' für unabhängige GAA-Aufsteller entstünde. Schon an dieser Stelle ist zu bemerken, dass die Euronet-GAAs — da Euronet natürlich nur an umsatzstarken Plätzen interessiert ist — in zentralen Gebieten aufgestellt sind, wo sich sonst auch genügende GAAs österreichischer KKI befinden.

Beweis: [...]

## 8. Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Umsetzung der Novelle

Wenn eine Weiterverrechnung von Bankomatgebühren durch das KKI an den Kunden ab 13.1.2018 unzulässig wäre, wäre für zahlreiche KKI eine fristgerechte Implementierung schon bei Inlandstransaktionen nur unter großem Aufwand und mit erheblichen Risiken möglich: Denn eine buchungsmäßige Trennung von 'bebobenem Betrag' und 'Entgelt des Dritten' war lange Zeit (nicht erforderlich und auch) technisch nicht möglich und wird erst jetzt mit beträchtlichem Aufwand einzurichten versucht. Viele österreichische KKI können daher eine Anlastung auch des Behebungsentgelts am Kundenkonto mit den derzeit bestehenden technischen Möglichkeiten noch nicht unterbinden, sondern müssten eine

Ausgleichsgutschrift des Entgeltsbetrages auf dem Kundenkonto im Einzelfall durch mühsame manuelle Nachbearbeitung der Buchung vornehmen. Die erforderlichen Eingriffe in die IT-Systeme stellten und stellen im Hinblick auf den eben vergangenen Jahreswechsel insbesondere wegen der parallelen Arbeiten an den Jahresabschlüssen ein hohes operationales Risiko dar; in rechtlicher Hinsicht kommt hinzu, dass Neukalkulationen und neue Vertragswerke erstellt werden müssten, was mangels entsprechender Informationen an sich unmöglich ist [...], aber jedenfalls nicht bis 13.1.2018 finalisiert werden konnte.

Zudem können die österreichischen KKI bei Behebungen im Ausland (zur Frage, ob diese von § 4a VZKG erfasst sind, [...]), nicht beurteilen, ob es sich um einen GAA einer ausländischen Bank (der von § 4a VZKG jedenfalls nicht erfasst ist) oder um einen Drittanbieter handelt. Denn diese rechtlichen Daten werden vom Maestro-System nicht bereitgestellt, zumal sie außerhalb Österreichs auch nicht relevant sind. Im Übrigen verfügen nicht einmal die Finanzmarkt-Aufsichtsbehörden über diese Informationen, weil unabhängige GAA-Betreiber von diesen eben keine Konzession benötigen, sondern schlicht mit Bewilligungen anderer Behörden (in Österreich der Gewerbebehörden) agieren.

Und schließlich seien hier noch die zahlreichen Rechtsunklarheiten erwähnt, welche die bekämpfte Novelle aufwirft und die in Punkt IV.3 [...] näher dargestellt werden. Auch diese verunmöglichen es, die mit beträchtlichem Aufwand verbundene Umsetzung in sinnvoller Weise bis Mitte Jänner 2018 zu realisieren.

## 9. Zur Rechtslage in Deutschland

Am Ende ist zum Vergleich einerseits der Rechtslage, andererseits der Gepflogenheiten kurz darzustellen, dass etwa in Deutschland — wo Verbraucherschutz ebenso hochgehalten wird wie in Österreich — Geldbehebungen bei institutsfremden GAAs, die nicht dem Verbund des eigenen Kreditinstituts angehören, generell entgeltspflichtig sind. Daher muss man sich in Deutschland auch nicht mit den Rechtsbeziehungen der Karteninhaber zu unabhängigen GAA-Betreibern auseinandersetzen, zumal es dort selbstverständlich ist, dass jeder GAA-Betreiber (mit Ausnahme des KKI selbst sowie der mit diesem verbundenen Kreditinstitute) für seinen Zahlungsdienst (die Bargeldbehebung) ein Entgelt verlangen kann. Nach der Judikatur des deutschen BGH (Urteil vom 7.5.1996, AZ XI ZR 217/95) ist ein Entgelt für die Behebung an einem GAA zulässig, da die Bereitstellung von GAA zur Bargeldbehebung nur eine zusätzliche Leistung der Bank darstellt.

Die deutschen KKI müssen mit ihren Kunden aber überhaupt nur die Entgelte für die Nutzung von Automaten des eigenen Instituts bzw Institutsverbunds vereinbaren; das Entgelt für die Nutzung eines institutsfremden GAA wird — wie bei Euronet — vor dem Geldabheben am GAA angezeigt und vom Karteninhaber akzeptiert. Wenn der Karteninhaber das Entgelt nicht direkt an den Automatenbetreiber bezahlt, sondern mittels Anweisung an sein KKI, welches damit in Vorlage tritt, kann dieses vom Karteninhaber Aufwandsersatz beanspruchen (siehe zu allem Maihold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>4</sup>

§ 54 Rn 24; Herresthal in Langenbucher/Bliesener, Bankrecht-Kommentar, Kapitel 7 Rn 25; Casper in MünchKomm-BGB<sup>6</sup> § 675 f Rn 62). Damit wird neuerlich klar, dass das mit der bekämpften Novelle in Österreich zwingend eingeführte umgekehrte Modell, wonach das KKI die Drittgebühren tragen soll, von den österreichischen Banken im internationalen Verkehr nicht durchgesetzt werden kann.

### III. Anhängige Verbandsprozesse — Rechtsauffassung des OLG Wien

Der Verein für Konsumenteninformation (VKI) hat im Jahr 2016 drei österreichische Kreditinstitute nach § 28a KSchG auf Unterlassung der Weiterverrechnung von Drittentgelten geklagt. Am weitesten fortgeschritten ist der Verbandsprozess gegen \*\*\*\*\*, in welchem das Oberlandesgericht Wien im Juli 2017 mit Teilurteil zu GZ 1 R 57/17k (nicht rechtskräftig) die Klage des VKI mit ausführlicher Begründung abgewiesen und in diesem Zug ua ausgeführt hat, dass das KKI nur verpflichtet ist, den Kunden den Zugang zu GAAs zu ermöglichen, es dann aber — im Sinne der obigen Rechtsausführungen — zu einem Vertragsabschluss zwischen dem Kunden und dem dritten GAA-Betreiber kommt, Zitat [...]:

'2.4. Die Verpflichtung des kartenausgebenden Kreditinstituts erschöpft sich — soweit nicht seine eigenen GAA betroffen sind — darin, dem Kunden den Zugang zum Bankomat- bzw Maestro-System zu ermöglichen (Koch aaO Rz 2/19)<sup>7</sup>. Es liegt außerhalb des Einflussbereichs des kartenausgebenden Kreditinstituts, welche anderen Kreditinstitute und welche Unternehmen an den jeweiligen Systemen überhaupt teilnehmen können oder dort allenfalls wieder ausscheiden (müssen). Die Verpflichtungen des kartenausgebenden Kreditinstituts gegenüber den Kunden beschränken sich daher hinsichtlich fremder GAA und POS-Terminals darauf, dem Kunden ganz generell den Zugang zu den von anderen Kreditinstituten im Rahmen der Systeme Bankomat und Maestro aufgestellten GAA sowie den POS-Terminals zu verschaffen. Der Vertrag über die Ausgabe der Bezugskarte begründet aber keine Verpflichtung des kartenausgebenden Kreditinstituts, dafür zu sorgen, dass ein anderes Institut an einem bestimmten Standort einen dort einmal aufgestellten Bankomaten auch tatsächlich uneingeschränkt weiterbetreibt oder dass bei einem bestimmten Unternehmer fortdauernd uneingeschränkt die Möglichkeit der Zahlung am POS-Terminal besteht. Insofern sind die GAA-aufstellenden Kreditinstitute ebenso wenig als Erfüllungsgehilfen des kartenausgebenden Kreditinstituts zu beurteilen wie der Unternehmer, der über ein POS-Terminal verfügt oder dessen Acquirer (Koch aaO Rz 2/37).

...

2.6. Wegen des österreichischen Bankomat-Systems stellte sich bislang mangels Existenz von Geldausgabeautomaten, die von Dritten betrieben werden, die Frage von Gebühren für die Geldabhebung an institutsfremden Geldautomaten — anders als in Deutschland — nicht. Dort entspricht es vielmehr der Regel, dass

---

<sup>7</sup> Gemeint ist Koch in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> III (2008).

für die Auszahlung an institutsfremde Kunden das den Geldautomaten betreibende Institut ein Entgelt verlangt. Die Zulässigkeit solcher Entgelte wird vom deutschen BGH bejaht (Koch aaO Rz 2/32 mwN).

Zum Teil haben sich die Institute in Deutschland zu Geldautomatenverbänden zusammengeschlossen, die für die Kunden ihrer Mitglieder untereinander die kostenfreie Nutzung ihrer Geldautomaten anbieten. Die im Zentralen Kreditausschuss zusammengeschlossenen Spitzenverbände der deutschen Kreditwirtschaft haben sich im August 2010 geeinigt, Interbankenentgelte für die Abhebung an Fremdautomaten abzuschaffen und stattdessen die Gebühren unmittelbar beim Kunden einzuheben. Den Kunden wird bereits vor dem Geldabheben am Automaten der Preis für die Transaktion angezeigt. Der Kunde hat so die Wahl, den für ihn günstigsten Geldautomaten zu benutzen. Die im Bundesverband Deutscher Banken zusammengeschlossenen Institute haben die Gebühr für Fremdadhebungen mit Wirkung vom 15.1.2011 auf 1,95 EUR gesenkt (Casper in Münch-Komm Band 46 (2012) § 675f Rz 62; Maihold in Schimansky/Bunte/Lwowsky, Bankrechts-Handbuch § 54 Rz 24 je mwN).

2.7. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Abhebung mit Bezugskarte an einem Geldausgabeautomaten, der von Dritten betrieben wird, insofern eine Leistung innerhalb des Rahmenvertrags iSd § 29 ZaDiG darstellt, als die Beschwerdeführerin verpflichtet ist, ihren Kunden den Zugang hierzu zu ermöglichen. Um die Leistung aber tatsächlich in Anspruch zu nehmen, bedarf es darüber hinaus eines Vertragsabschlusses zwischen dem Kunden und dem dritten GAA-Betreiber als Einzelzahlung iSd § 32 ZaDiG (vgl. Weilingner/Gratzl in Weilingner, ZaDiG § 32 Rz 5 mwN).'

Beweis: [...]

Weiters hat Mitte November 2017 der vierte Senat des OLG Wien im Verbandsprozess gegen die \*\*\*\*\* zu deren Gunsten (nicht rechtskräftig) entschieden, dabei die oben zitierten Ausführungen des ersten Senats im Wesentlichen wortgleich übernommen und ergänzt, dass wegen des Fehlens vertraglicher Beziehungen zwischen der Beklagten und Euronet die Abhebung bei diesem unabhängigen Geldautomatenbetreiber als 'Dritten' keinem Rahmenvertrag unterfällt, während Euronet ihren Kunden die Entgelte für die Nutzung ihrer Automaten direkt in Rechnung stellen darf und als 'Dritter' dem eingeschränkten (Informations)Pflichtenregime unterliegt; es bestehe hingegen keine Grundlage dafür, dass die Beklagte im Rahmen der mit ihren Kunden abgeschlossenen Rahmenverträge in Ansehung der von Euronet abgewickelten Abhebungen dem Pflichtenregime des ZaDiG, insbesondere der Informationspflichten über Entgelte unterliegt, wozu sie auch mangels vertraglicher Vereinbarungen mit den unabhängigen GAA-Betreibern gar nicht in der Lage wäre.

Beweis: [...]

Ebenso Mitte November 2017 erging im Verbandsprozess gegen die \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* eine Entscheidung des fünften Senats des OLG Wien, die va  
gestützt auf eine spezielle Gestaltung in der Vereinbarung der Konditionen,  
welche mittlerweile geändert wurde, zur Auffassung gelangte, dass die \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* nach § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG den Kunden auch über den  
Aufwandersatz vorab informieren müsse und sie mangels einer solchen Informa-  
tion das Euronet-Behebungsentgelt nicht weiterbelasten dürfe.<sup>8</sup> Obwohl die  
Entscheidung eine Konditionenvereinbarung betrifft, die nicht mehr in Verwen-  
dung steht, hat die \*\*\*\*\* dagegen Revision an den OGH  
erhoben. Hier ist aber nur wesentlich, dass selbst diese Entscheidung mit Selbst-  
verständlichkeit davon ausgeht, dass das KKI (bei entsprechender Information)  
für das auf Anweisung des Kunden an den dritten GAA-Betreiber bezahlte Entgelt  
vom Kunden Aufwandersatz fordern kann. Darin, dass es aus Sicht des KKI um  
Aufwandersatz und nicht um ein eigenes Entgelt geht, stimmen sohin alle drei  
Entscheidungen des OLG Wien überein. Auf dieser Grundlage ist nun auf die  
bekämpfte Novelle zum VZKG einzugehen:

Beweis: [...]

#### IV. Prüfungsgegenstand

##### 1. Die bekämpften Normen

Die Antragstellerinnen bekämpfen in erster Linie gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-  
VG die mit BGBl I 158/2017 (Beilage ./1) neu geschaffenen und mit 13.1.2018 in  
Kraft getretenen § 4 Abs 2 und § 4a Verbraucherzahlungskontogesetz BGBl I Nr.  
35/2016 (VZKG), welche wie folgt lauten:

##### § 4 Abs 2:

'(2) Eine Vereinbarung, nach welcher der Verbraucher ein Entgelt für einzelne  
Bargeldabhebungen von seinem Zahlungskonto an Geldautomaten mit einer vom  
kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Zah-  
lungskarte zu zahlen hat, ist unwirksam, es sei denn der Zahlungsdienstleister  
beweist, dass die Vertragsbestimmung mit dem Verbraucher im Einzelnen  
ausgehandelt worden ist.'

##### § 4a:

Entgeltansprüche unabhängiger Betreiber von Geldautomaten

'§ 4a. Der Zahlungsdienstleister hat den Verbraucher von der Zahlung von Entgel-  
ten zu befreien, die ein Dienstleister gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG vom Verbrau-  
cher für Bargeldabhebungen mit der zum Zahlungskonto des Verbrauchers  
ausgegebenen Zahlungskarte beansprucht.'

---

<sup>8</sup> Dass eine solche Vorabinformation über die Entgelte, die der Kunde mit einem  
Dritten vereinbart, dem KKI naturgemäß nicht möglich ist, wurde, ebenso wie  
zahlreiche weitere Argument der Beklagten, nicht berücksichtigt.



Lediglich eventualiter werden ferner der neue § 36 Abs 4 VZKG, der das Inkrafttreten per 13.1.2018 auch für bestehende Verträge anordnet, sowie § 26 Abs 1 und 2 VZKG, welcher eine Entgeltbegrenzung für Basiskonten vorsieht, angefochten.

## 2. Begründung des Initiativantrages

Da bei der Ausführung der verfassungsrechtlichen Bedenken darauf Bezug genommen werden wird, sei vorab auch die Begründung des dem Gesetz zugrundeliegenden Initiativantrages 2284/A vom 20.09.2017, 25. GP (Beilage ./2) vollständig wiedergegeben:

### 'Allgemeiner Teil

In jüngster Zeit haben einzelne unabhängige Geldautomatenbetreiber damit begonnen, Verbrauchern für Bargeldabhebungen von ihrem Zahlungskonto mit der zu diesem Konto ausgegebenen Bankomatkarte Entgelte in Rechnung zu stellen, die in der Folge vom kontoführenden Kreditinstitut vom Zahlungskonto des Verbrauchers abgebucht werden. Das hat zu massiven Beschwerden der betroffenen Verbraucher geführt.

Außerdem gehen immer mehr Kreditinstitute dazu über, mit dem Verbraucher im Zahlungskonto- oder Zahlungskarten-Rahmenvertrag neben dem Kontoführungsentgelt und einem allfälligen Kartenentgelt auch Entgelte für einzelne Bargeldabhebungen mit der Bankomatkarte zu vereinbaren. Eine derartige Praxis schränkt den Zugang des Verbrauchers zu Bargeld ein. Der Verbraucher kann sein auf dem Zahlungskonto befindliches, faktisch unverzinsliches Buchgeld nicht mehr bei Bedarf jederzeit in Bargeld umwandeln, ohne dem Zahlungsdienstleister dafür neben dem Kontoführungsentgelt oder dem Entgelt für die Ausstellung der Bankomatkarte ein gesondertes zusätzliches Entgelt zahlen zu müssen. Gleichzeitig ist aber anzuerkennen, dass Bargeldabhebungen an Geldautomaten Kosten verursachen, die letztendlich durch die vom Verbraucher im Zusammenhang mit dem Zahlungskonto zu zahlenden Entgelte abgedeckt werden müssen.

Um einen fairen Ausgleich dieser unterschiedlichen Interessen zu gewährleisten, soll in Zukunft die Vereinbarung von Entgelten für einzelne Geldabhebungen vom Zahlungskonto des Verbrauchers an Geldautomaten mit einer vom kontoführenden Kreditinstitut zum Konto ausgegebenen Bankomatkarte nur mehr dann zulässig sein, wenn dem Verbraucher als Alternative auch ein Zahlungskonto zu einem Pauschalentgelt angeboten wird, bei dem mit diesem Entgelt auch alle Bargeldabhebungen abgegolten sind, und der Verbraucher frei zwischen — zumindest diesen beiden — Kontotarifen wählen kann. Dadurch können Verbraucher je nachdem, ob sie ihre Bankomatkarte häufig für Bargeldabhebungen an Geldautomaten verwenden oder nicht, den für ihre persönlichen Bedürfnisse jeweils passenden Kontotarif auswählen.

Um den Verbraucher auch vor Entgelten zu schützen, die unabhängige Betreiber von Geldautomaten für Abhebungen mit der Bankomatkarte beanspruchen, soll

der kontoführende und kartenausgebende Zahlungsdienstleister verpflichtet werden, den Verbraucher von der Zahlung solcher Entgelte zu befreien.

...

Besonderer Teil

Zu § 4 Abs. 2:

Die Bestimmung betrifft nur Bargeldabhebungen mit der vom kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Debitkarte (Bankomatkarte), nicht aber Bargeldabhebungen mit einer Kreditkarte.

§ 4 Abs. 2 soll im Grundsatz gewährleisten, dass der Verbraucher sein auf dem Zahlungskonto befindliches Buchgeld bei Bedarf jederzeit in Bargeld umwandeln kann, ohne dem Zahlungsdienstleister dafür neben dem Kontoführungsentgelt oder dem Entgelt für die Ausstellung der Bankomatkarte ein gesondertes zusätzliches Entgelt zahlen zu müssen. Es wäre unangemessen, wenn der Verbraucher eine zusätzliche Vergütung dafür schuldet, dass er sein eigenes auf dem Zahlungskonto befindliches, in der Regel unverzinsliches Sichteinlagenkapital dem Zahlungsdienstleister nicht weiter belässt, sondern es zurückfordert.

Unberührt bleibt jedoch in jedem Fall die Möglichkeit, im Rahmenvertrag mit dem Verbraucher für die Ausstellung der Zahlungskarte ein Entgelt zu vereinbaren oder die zu erwartenden Kosten der Bargeldabhebungen bei der Kalkulation des mit dem Verbraucher vereinbarten Entgelts für die Kontoführung zu berücksichtigen. § 4 Abs. 2 dient daher auch der Preistransparenz, indem die Bestimmung den Zahlungsdienstleister grundsätzlich dazu zwingt, die Kosten der Bargeldabhebungen des Verbrauchers bereits bei der Kalkulation des Entgelts für die Kontoführung und/oder die Ausstellung der Bankomatkarte pauschal zu berücksichtigen.

Die Vereinbarung eines gesondertes Entgelts für Bargeldabhebungen soll jedoch dann wirksam sein, wenn die Vereinbarung mit dem Verbraucher im Sinne des § 6 Abs. 2 KSchG im Einzelnen ausgehandelt wird und der Verbraucher daher bei Abschluss des Rahmenvertrags die Möglichkeit hat, auch einen anderen Zahlungskontotarif zu wählen, der keine gesonderten Entgelte für Bargeldabhebungen mit der Bankomatkarte vorsieht, der Verbraucher sich aber freiwillig für den Tarif mit gesonderten Entgelten entscheidet. Von einem 'im Einzelnen Aushandeln', kann aber nur dann die Rede sein, wenn der Verbraucher nicht nur eine scheinbare Wahlmöglichkeit hat, sondern er zwischen zwei grundsätzlich gleich guten Tarifmodellen wählen kann, bei denen es vom jeweiligen Nutzungsverhalten des Verbrauchers abhängt, welches der beiden Modelle für ihn letztendlich günstiger sein wird.

§ 4 Abs. 2 berührt nicht andere gesetzliche Bestimmungen, welche die Zulässigkeit der Vereinbarung oder Verrechnung von Entgelten für Zahlungsdienste betreffen, wie insbesondere § 27 Abs. 2 ZaDiG oder § 6 Abs. 3 KSchG. Diese anderen Bestimmungen bleiben daher neben § 4 Abs. 2 weiterhin uneingeschränkt maßgeblich.

Zu § 4a:

Unabhängige Geldautomatenbetreiber gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG haben in letzter Zeit in vielen Mitgliedstaaten insbesondere in dünn besiedelten Gebieten, aber auch an stark frequentierten Stellen wie Flughäfen oder touristischen Hotspots an Bedeutung gewonnen (Erwägungsgrund 18 der Richtlinie (EU) 2015/2366). Auch in Österreich ist ihr Marktanteil gestiegen. Seit Sommer 2016 machen solche Dienstleister Bargeldabhebungen teilweise von der Vereinbarung eines Entgelts in der Höhe von derzeit 1,95 Euro abhängig.

Diese Praxis ist aus der Sicht des Verbraucherschutzes nicht nur aus den Gründen problematisch, wegen der die Vereinbarung von Behebungsgebühren in einem Rahmenvertrag gemäß § 4 Abs. 2 nur mehr eingeschränkt möglich sein soll. Es besteht auch die Gefahr, dass in Zukunft Verbraucher, die hauptsächlich auf Geldautomaten unabhängiger Betreiber angewiesen sind, weil sich in der Nähe ihres Wohnorts keine anderen Geldautomaten mehr befinden, letztendlich höhere Entgelte für die Nutzung ihrer Bankomatkarte zahlen müssen.

Mit der dem kontoführenden und kartenausgebenden Zahlungsdienstleister in § 4a auferlegten Verpflichtung, den Verbraucher von allfälligen Entgeltansprüchen unabhängiger Dienstleister gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG zu befreien, soll daher auch gewährleistet werden, dass die Kosten des Bargeldbezugs nicht vom Wohnort des Verbrauchers abhängen. Gleichzeitig hat der unabhängige Dienstleister weiterhin die Möglichkeit, bei Bedarf Entgelte zu vereinbaren. Damit besteht auch nicht die Gefahr einer Aufgabe von Bankomatstandorten, die ohne solche Entgelte nicht kostendeckend aufrechterhalten werden könnten.

§ 4a hindert den Zahlungsdienstleister selbstverständlich nicht daran, den Verbraucher für Bargeldabhebungen an Automaten unabhängiger Betreiber Entgelte zu verrechnen, die im Rahmenvertrag gemäß § 4 Abs. 2 wirksam vereinbart worden sind und die unabhängig davon anfallen, an welchem Geldautomaten die Abhebung erfolgt.<sup>1</sup>

### 3. Zur Auslegung und Wirkungsweise der bekämpften Normen

#### a) Unterschied zur geltenden Rechtslage

Die Freistellungsverpflichtung des § 4a VZKG bezieht sich nur auf Entgelte von Dienstleistern gemäß § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG, also der sogenannten unabhängigen GAA-Betreiber, die keinen Rahmenvertrag mit dem von einem Zahlungskonto Geld abhebenden Kunden abgeschlossen haben und sonst keine Zahlungsdienste erbringen [...]. Wie oben dargestellt, können die Antragstellerinnen nach derzeitiger Rechtslage, welche auch vom OLG Wien bestätigt wurde [...], das Konto des Kunden hingegen mit jenen Entgelten als Aufwandsatz belasten, welche dieser mit einem unabhängigen GAA-Betreiber vereinbart, müssen den Kunden also gerade nicht von einem solchen Entgelt befreien. Die neue Bestimmung des § 4a VZKG ordnet diesbezüglich das Gegenteil an.

b) Wer ist GAA-Dienstleister iSd § 4a VZKG ?

Unklar ist bereits, ob § 4a VZKG unter den erfassten GAA-Betreibern nur jene versteht, die, wie Euronet, über keine Konzession für Zahlungsdienste verfügen, oder ob auch jede konzessionierte Bank oder jedes konzessionierte Zahlungsinstitut erfasst sein soll, die bzw das nur mit dem behebenden Karteninhaber nicht in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste steht. Mit anderen Worten ist auslegungsbedürftig, ob das Verbot der Weiterbelastung von Entgelten nach § 4a VZKG beispielsweise für die \*\*\*\*\* nur gilt, wenn ihre Kunden bei Euronet beheben, oder sogar auch dann, wenn diese zB GAAs der \*\*\*\*\* benutzen. Nach dem letzten Satzteil der Definition in § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG, auf welche § 4a VZKG verweist, liegt die erstere Interpretationsvariante näher, weil danach vorausgesetzt ist, dass diese Dienstleister (auch an andere Kunden) keine anderen der in § 1 Abs 2 ZaDiG genannten Zahlungsdienste erbringen (wenngleich Verbraucherschützer bereits gesprächsweise für ein weitergehendes Verständnis plädieren und dieses wohl auch vor Zivilgerichten zu argumentieren versuchen werden). Für die unten auszuführenden verfassungsrechtlichen Bedenken kommt es darauf allerdings nicht an.

c) Geltung auch für GAAs im Ausland ?

Unklar ist weiters, ob § 4a VZKG nur für im Inland aufgestellte GAAs oder weltweit gelten soll. Wenngleich der Gesetzeswortlaut keine räumliche Begrenzung vorsieht, so sind doch in Rechte eingreifende Gesetze im Allgemeinen eng auszulegen und wird in der Novelle zum VZKG nicht etwa ausdrücklich angeordnet, dass sie auch Geldbehebungen im Ausland erfasse. Gegen eine Anwendung auch auf internationale Transaktionen spricht, dass im Ausland, zB auch in Deutschland [...], Gebühren für Geldbehebungen schon lange Praxis sind und dies, im Verhältnis zur Anzahl dieser Transaktionen, kaum jemals Anlass für Aktivitäten der Verbraucherschutzverbände und jedenfalls nie des Gesetzgebers war. Die Materialien nehmen offenbar auch nur auf (Euronet-)Bankomaten im Inland Bezug, wenn es einleitend heißt, dass in jüngster Zeit einzelne unabhängige Geldautomatenbetreiber damit begonnen hätten, Verbrauchern für Bargeldabhebungen Entgelte in Rechnung zu stellen — denn im Ausland war das immer schon der Fall. Für die verfassungsrechtlichen Bedenken spielt diese Auslegungsfrage zwar ebenso keine Rolle, zumal diese Bedenken auch dann in vollem Umfang bestehen, falls die Gerichte im Sinne der hier vertretenen Auslegungsalternative die Anwendung des § 4a VZKG auf das Inland beschränken. Allerdings ist klar, dass bei einer Einbeziehung auch von Auslandstransaktionen die unten zu beschreibenden Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte sogar noch intensiver wären.

d) Voraussetzungen für Entgeltvereinbarungen für das KKI

Wenn es in den Materialien im letzten Absatz heißt, dass § 4a VZKG den Zahlungsdienstleister nicht daran hindere, dem Verbraucher für Bargeldabhebungen an Automaten unabhängiger Betreiber Entgelte zu verrechnen, die im Rahmenvertrag gemäß § 4 Abs 2 VZKG wirksam vereinbart worden sind, so ist das unrichtig.

tig und irreführend: Der Gesetzgeber meint, dass das KKI zwar nicht — wie nach der geltenden Rechtslage — Drittgebühren als Aufwandsatz weiterbelasten dürfe, aber eben mit seinen Kunden generell eigene Entgelte für GAA-Behebungen vereinbaren könne, die dann auch die Behebungen bei dritten GAA-Aufstellern erfassen. Dabei wird jedoch § 27 Abs 2 ZaDiG übersehen, wonach Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag nur verrechnet werden, wenn sie vorher (für Rahmenverträge) gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a oder (für Einzelaufträge) § 32 Abs 1 ZaDiG wirksam vereinbart worden sind. Eine solche Entgeltvereinbarung müsste daher nach § 27 Abs 2 ZaDiG, und ebenso im Lichte des Transparenzgebotes des § 6 Abs 3 KSchG, ziffernmäßig erfolgen. Die Antragstellerinnen sind jedoch naturgemäß nicht in der Lage, bei Abschluss der Rahmenverträge mit den Kunden vorherzusehen, in welcher Höhe dritte GAA-Aufsteller im In- und Ausland künftig Entgelte für Bargeldbehebungen verlangen werden. Die Ersatzlösung, welche die Begründung des Initiativantrages andeutet, ist sohin schon von Rechts wegen kein gangbarer Ausweg. Die Lage ist nicht anders, als würde Rechtsanwältinnen verboten, Aufwandsatz für Gerichtsgebühren zu verrechnen, und sie insofern auf eine Honorarvereinbarung verwiesen, denn der Anwalt kann vorab nicht wissen, in welcher Höhe — insbesondere für wie viele Instanzen — Pauschalgebühren anfallen werden.

Neben § 27 Abs 2 ZaDiG und § 6 Abs 3 KSchG muss das KKI nach der bekämpften Novelle zusätzlich noch § 4 Abs 2 VZKG beachten, der Vereinbarungen verbietet, nach welchen 'der Verbraucher ein Entgelt für einzelne Bargeldabhebungen von seinem Zahlungskonto an Geldautomaten mit einer vom kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Zahlungskarte zu zahlen hat, es sei denn, der Zahlungsdienstleister beweist, dass die Vertragsbestimmung mit dem Verbraucher im Einzelnen ausgehandelt worden ist.' Dieser Wortlaut lässt zwar nicht direkt erkennen, in welchem Rahmen die verpönte Vereinbarung getroffen wird, nämlich ob es sich um die erst anlässlich der GAA-Behebung abgeschlossene (Einzel)Vereinbarung des Karteninhabers mit dem dritten GAA-Betreiber über die entgeltliche Bargeldbeschaffung durch den GAA-Betreiber oder um den Rahmenvertrag zwischen dem Karteninhaber und dem KKI handelt, in welchem Entgelte für Bargeldbehebungen am GAA vorzusehen sind. Nach dem Gesamtzusammenhang ist jedoch wohl davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Rahmenvertrag mit dem KKI meint, wäre doch ein 'Aushandeln' am Automaten kaum vorstellbar. Zudem soll mit der Neuregelung nach der oben zitierten Begründung offenbar verhindert werden, dass der Verbraucher mit Entgelten für die Behebung seines eigenen Kapitals belastet wird, und sollen die KKI dazu gezwungen werden, 'die Kosten der Bargeldabhebungen des Verbrauchers bereits bei der Kalkulation des Entgelts für die Kontoführung und/oder die Ausstellung der Bankomatkarte pauschal zu berücksichtigen'. Beide Aspekte beziehen sich auf die Relation des KKI zu seinem Kunden, also den Rahmenvertrag für Zahlungsdienste. Die Beziehung des GAA-Betreibers zum Karteninhaber wird hingegen in der Begründung erst im Zusammenhang mit § 4a angesprochen, nämlich die Vereinbarung des Entgelts zwischen dem GAA-Betreiber und dem Karteninhaber, und darauf hingewiesen, dass 'der unabhängige Dienstleister

weiterhin die Möglichkeit' hat, 'bei Bedarf Entgelte zu vereinbaren' (die das KKI dann seinem Kunden erstatten muss).

Der wesentliche Regelungsinhalt der bekämpften Normen lautet sohin, dass

- das KKI mit seinem Kunden eigene Entgelte für GAA-Behebungen nur vorab im Rahmen des 'Tarifwahlmodells' vereinbaren und Drittgebühren nicht mehr als Aufwandsersatz verrechnen darf;
- der GAA-Betreiber hingegen weiterhin im Zuge der Transaktion am GAA mit den Karteninhabern Behebungsentgelte vereinbaren kann, welche dem GAA-Betreiber zufließen, aber im Innenverhältnis zwischen Karteninhaber und KKI zwingend von Letzterem zu tragen sind, wenn es sich um einen unabhängigen GAA-Betreiber iSd § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG handelt.

e) Unmöglichkeit der Kalkulation der Entgelte

Schon an dieser Stelle ist die ökonomische Tatsache festzuhalten, dass weder eine Pauschal- noch eine Einzelbehebungsgebühr-Variante in der Lage sein wird, die sich aus § 4a VZKG ergebenden Kostennachteile des KKI zu vermeiden, noch die sachgerechte Lösung ermöglicht, dass jeder Kunde die jeweils von ihm verursachten Kosten [...]. Denn erstens hat das KKI naturgemäß auf das Nutzungsverhalten der Kunden keinen Einfluss und ist dennoch verpflichtet, jedem Kunden auch eine Pauschalvariante anzubieten. Und wenn ein Kunde die Pauschalvariante wählt und sodann EUR 100 in 10 Behebungsvorgängen á EUR 10 bei Euronet behebt, kann diesen Aufwand niemand im Voraus kalkulieren. Und selbst bei jenen Kunden, welche die Einzelvariante wählen, ist zweitens die Höhe der vom dritten GAA-Aufsteller künftig verlangten Gebühr unbekannt, sodass das KKI diese gerade nicht verlässlich einpreisen kann.

f) Was bedeutet 'im Einzelnen ausgehandelt' ?

Auslegungsbedürftig ist aber auch die Wendung in § 4 Abs 2 VZKG, wonach die Entgeltbestimmung 'im Einzelnen ausgehandelt' werden muss. Nach allgemeinem zivilrechtlichen Verständnis bedeutet das zwar, dass der Unternehmer auch zu einer Änderung des von ihm verwendeten Textes bereit gewesen sein (zB OGH 7 Ob 154/13t), er also dem Konsumenten Alternativen angeboten haben muss. Diese Alternativen werden allerdings in der Antragsbegründung auf ein 'Tarifwahlmodell' eingeschränkt, dh eine Wahlmöglichkeit nur beim Entgelt zwischen Pauschal- und Einzelvariante [...]. Ob eine weitere Alternativgestaltung, nämlich hinsichtlich des Leistungsumfanges, zulässig ist, wonach das KKI zwei verschiedene Kartenarten anbietet, wovon eine nur bei den eigenen GAAs des KKI, die andere bei allen Maestro-Geräten verwendbar ist, wird in der Begründung nicht angesprochen. Nach dem erklärten Ziel des Gesetzes, wonach es um eine (angebliche) 'Preistransparenz' und darum gehe, den Zahlungsdienstleister dazu zu zwingen, 'die Kosten der Bargeldabhebungen des Verbrauchers bereits bei der Kalkulation des Entgelts für die Kontoführung und/oder die Ausstellung der Bankomatkarte pauschal zu berücksichtigen', scheint das Angebot einer

Leistungsalternative nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 4 Abs 2 VZKG — anders als sonst — unzulässig zu sein.

Zur Preistransparenz ist hier nur anzumerken, dass diese immer schon bestand, weil der Kunde mit dem KKI (im Rahmenvertrag) und mit dem unabhängigen GAA-Betreiber (im Einzelvertrag bei der Behebung) konkrete Entgelte vereinbart und jeweils zuvor vollumfänglich informiert wird. Die bekämpfte Novelle führt demgegenüber nicht nur zu einer Verschleierung der Kosten, weil diese dem Kunden bei der Pauschalvariante nicht vor Augen geführt werden.<sup>9</sup> Vielmehr wird die bekämpfte Novelle bewirken, dass über höhere Pauschalentgelte sämtliche Kunden für einige wenige, die oft bei unabhängigen GAA-Betreibern beheben, aufkommen müssen, sodass es zu einer bedenklichen Ungleichbehandlung von Kundenkreisen kommt [...]. Hier war zunächst einmal nur klarzustellen, dass sich dies — entgegen den Materialien — gerade nicht mit dem Gesichtspunkt der Preistransparenz begründen lässt.

g) Sind unterschiedliche Behebungsentgelte unzulässig ?

Unklar ist schließlich die Bemerkung ganz am Ende der Materialien, wo es nach: 'die im Rahmenvertrag gemäß § 4 Abs 2 wirksam vereinbart worden sind' noch heißt: 'und die unabhängig davon anfallen, an welchem Geldautomaten die Abhebung erfolgt'. Möglicherweise will der Gesetzgeber — was allerdings im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag fand — andeuten, dass das KKI für Behebungen bei unabhängigen GAA-Betreibern nur dann ein Entgelt vorsehen dürfe, wenn es das gleiche Entgelt auch für Behebungen bei allen anderen GAAs, auch jenen des KKI selbst, verlangt. Näher liegt allerdings die Deutung, dass der Gesetzgeber nur zum Ausdruck bringt, dass es dann eben nicht mehr auf eine anlässlich der Transaktion am unabhängigen GAA getroffene Einzelvereinbarung ankommt.

Wenn hingegen § 4 Abs 2 VZKG tatsächlich so zu verstehen wäre, dass die Gebühren für alle Behebungen — bei eigenen und fremden GAAs — gleich hoch sein müssen, wäre das KKI sogar gezwungen, entgegen der bisherigen Praxis für Behebungen bei eigenen GAA nur deshalb ein Entgelt zu fordern, um den Auf-

---

<sup>9</sup> Der OGH erachtet hingegen eine Aufschlüsselung für vorteilhafter, wie etwa die E 6 Ob 13/16d zur Kreditbearbeitungsgebühr zeigt: '6.4. Der gesonderte Ausweis einer Bearbeitungsgebühr dient — ähnlich wie die Gegenstand der Entscheidung 6 Ob 253/07k bildende Depotübertragungsgebühr — der erhöhten Preistransparenz, weil die Bank den mit der Ausfolgung und Übertragung von Wertpapieren verbundenen Aufwand ebenso im Wege einer internen Kalkulation auf die sonstigen Depotgebühren und somit indirekt zusätzlich zu zahlende Beträge verrechnen könnte. Diese Überlegung gilt in gleicher Weise für die Bearbeitungsgebühr. An deren Stelle könnte die Bank zweifellos mit dem Kunden einen marginal erhöhten Zinssatz vereinbaren. Dass ein derartiger Gesamtzinssatz transparenter wäre (...), trifft nicht zu.'

wandersatz für Behebungen bei unabhängigen GAA-Betreibern sicherzustellen; damit würde die Lage der Konsumenten, nur um einige wenige zu begünstigen, insgesamt schon kurzfristig massiv verschlechtert werden. Sie stünde in diesem Fall auch schon aus diesem Grund im diametralen Gegensatz zum Anliegen des Konsumentenschutzes, der jedoch für die Regelung ins Treffen geführt wird [...].

#### V. Antragslegitimation

Gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG erkennt der VfGH über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Daher setzt die Antragslegitimation gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG einerseits voraus, dass der Antragsteller unmittelbar durch das angefochtene Gesetz — im Hinblick auf dessen Verfassungswidrigkeit — in seinen Rechten verletzt wird, und weiters, dass das Gesetz für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides, wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist also, dass das Gesetz in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese — im Falle seiner Verfassungswidrigkeit — verletzt. Darüber hinaus ist erforderlich, dass das Gesetz selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch das Gesetz selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des — behaupteter Weise — rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003).

Vorausgeschickt sei, dass die Antragstellerinnen davon ausgehen, dass die Regelungen des § 4a und § 4 Abs 2 VZKG vor dem Hintergrund der gehegten Bedenken und auch ausweislich der Regelungssystematik der Novelle BGBl I 158/2017 in einem untrennbaren Zusammenhang (zu diesem VfSlg 13.965/1997, 16.911/2003) stehen, da sich § 4a VZKG als *lex specialis* für bestimmte Ansprüche darstellt, die nach dem Willen des Gesetzgebers durch Entgelte iSd § 4 Abs 2 VZKG ersetzt werden sollen. Wie aus den folgenden Ausführungen ersichtlich, liegt auch die Antragslegitimation zur Bekämpfung zunächst dieser beiden Bestimmungen vor. Die Antragstellerinnen sind durch § 4a und § 4 Abs 2 VZKG unmittelbar und aktuell in ihren Rechten betroffen, da diese Bestimmungen zivilrechtliche Ansprüche der Antragstellerinnen, nämlich den Aufwandsatz für das zwischen Konsumenten und unabhängigen GAA-Betreibern vereinbarte Entgelt, gänzlich ausschließen (ähnlich für Ansprüche nach dem FAGG: VfGH 9.10.2016, G 164/2014). Der Verlust dieser zivilrechtlichen Ansprüche der Antragstellerinnen würde kraft Gesetzes und ohne weitere gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Entscheidung eintreten. Die Antragstellerinnen sind insofern betroffen, da sie als KKI regelmäßig Rechtsgeschäfte mit Verbrauchern tätigen, in diesem Rechtsverhältnis anfallende (Aufwandsatz)Ansprüche aber ab dem In-Kraft-Treten der angefochtenen Normen nicht mehr geltend machen



können und daher ein Bestandteil von derzeitigen Verträgen ex lege unzulässig wird, was bedeutet, dass durch das Gesetz in bestehende vertragliche Vereinbarungen eingegriffen wird. Das ist mehr als eine bloße Reflexwirkung, sondern betrifft das zwischen den KKI und ihren Kunden vertraglich vereinbarte Handeln in seinen zentralen Inhalten (vgl VfSlg 17.731/2005, 18.896/2009 uva).

Die Normen des § 4 Abs 2 und § 4a VZKG sind zwar nicht mit Strafen sanktioniert, doch ist es den Antragstellerinnen nicht zumutbar, das Gesetz nicht zu befolgen und die von ihren Kunden mit dritten, unabhängigen GAA-Betreibern vereinbarten Entgelte (zusammen mit den jeweils abgehobenen Kapitalbeträgen) den Konten der Kunden anzulasten, um damit eine Klage des Kunden oder eines Verbraucherschutzverbandes nach § 28a KSchG zu provozieren.

Es kommt hinzu, dass, wie oben vorgebracht [...], nicht alle Verrechnungssysteme der österreichischen KKI derzeit schon eine automatische Trennung von Kapitalbetrag und Gebühr bewerkstelligen, sondern zahlreiche KKI hierfür noch Modifikationen der IT-System vornehmen müssen, die viele KKI bis zum 13.1.2018 nur mit hohem Aufwand und unter erheblichen Risiken bewerkstelligen können. Daneben ist in rechtlich-wirtschaftlicher Hinsicht weiters erforderlich, dass die Antragstellerinnen jedenfalls für Neuverträge Ersatzmodelle für die Kostentragung und Tarifgestaltung kalkulieren und entwickeln, was angesichts der nicht vorhersehbaren Parameter [...] eine unmöglich zu erfüllende Aufgabe ist. Sodann erst sind die Verträge textlich umzuarbeiten; auch das wurde oben bereits erwähnt. Hier ist nun zu ergänzen, dass, falls die Neuregelung des § 4 Abs 2 VZKG auch für Altverträge gelten sollte [...], auch jeweils mit hunderttausenden Kunden neue Vereinbarungen getroffen werden müssten, wobei den Kunden — abgesehen davon, dass keine geeignete Erklärungsfiktionsregelung zur Verfügung steht und eine Massen-Änderungskündigung erforderlich wäre [...]— schon nach § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG eine Überlegungszeit von mindestens zwei Monaten einzuräumen ist. Daher ist bereits zum heutigen Zeitpunkt deshalb eine unmittelbare Betroffenheit gegeben, weil eine Umsetzung bis 13.1.2018 schon aus gesetzlichen Gründen unmöglich wäre.<sup>10</sup> Angesichts dieser Vorwirkungen liegt daher auch mit Blick auf § 36 Abs 4 VZKG eine unmittelbare rechtliche Betroffenheit vor.

Im Zusammenwirken mit den Entgeltbegrenzungen gemäß § 26 Abs 1 und 2 VZKG wird für Basiskonten einerseits eine Leistungserbringung zu einem Maximalentgelt von € 40 oder € 80 pro Jahr vorgeschrieben [...], andererseits für die Leistungen der Bank im Rahmen des Basiskontos keine quantitative Obergrenze bestimmt, sondern vielmehr dem Kunden die Macht verschafft, das KKI unlimi-

---

<sup>10</sup> Eine andere Sache ist, dass Erklärungsfiktionsregelungen — über die Erfordernisse des § 29 ZaDiG hinausgehend — nach dem OGH bereits vorab Grenzen für Entgeltänderungen enthalten müssten, sodass den österreichischen Banken gar keine taugliche Basis für die Umsetzung der Neuregelung im Massengeschäft zur Verfügung steht, [...].

tiert mit Drittgebühren zu belasten. Hierdurch wird die Rechtssphäre der Antragstellerinnen in besonderer Weise unmittelbar berührt, weil diese bei Basiskonten — selbst wenn sie es denn könnten — schon rechtlich überhaupt keine entsprechenden Dispositionen treffen dürfen, um exzessive Aufwendungen seitens der Bankkunden durch entsprechende Entgelte abzudecken.

Die Antragstellerinnen sind auch aktuell von diesen Bestimmungen betroffen, weil es ihnen nicht zumutbar ist, mit der Antragstellung bis zum Inkrafttreten am 13.1.2018 (vgl § 36 Abs 4 VZKG) zu warten, zumal die mit dieser Bestimmung verknüpften Rechtsfolgen, nämlich der Verlust von zivilrechtlichen Ansprüchen, mit Sicherheit eintreten (vgl etwa VfSlg 11.402/1987, 16.120/2001, zum Verlust bestimmter Gewerbeberechtigungen; siehe auch VfSlg 19.352/2011 zum verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen). Außerdem sind die Antragstellerinnen auch insoweit bereits zum Zeitpunkt der Einbringung des Antrags aktuell von den angefochtenen Regelungen betroffen, als diese Vorwirkungen zeitigen (VfSlg 20.002/2015). Der VfGH hat in den Erkenntnissen VfSlg 15.773/2000 und 18.896/2009 festgestellt, dass es sich bei Verpflichtungen, die durch das Gesetz auferlegt worden sind, dann nicht um bloße — in der Regel verfassungsrechtlich unerhebliche — wirtschaftliche Reflexwirkungen handelt, wenn sie ab einem bestimmten Stichtag zu erfüllen sind und es zur Vermeidung von (strafrechtlichen) Sanktionen tatsächlich unvermeidlich (weil auch gesetzlich vorgesehen) ist, vor diesem Stichtag administrative, technische oder sonstige Vorkehrungen, die mit ins Gewicht fallenden Aufwendungen verbunden sind, zu treffen, um ab dem Stichtag die Pflichten gesetzeskonform erfüllen zu können. Vielmehr ist in einem solchen Fall davon auszugehen, dass der gesetzlich vorgesehene nachteilige Eingriff bereits vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Gebotes eine aktuelle Beeinträchtigung der Rechtssphäre des von der Verpflichtung Betroffenen bewirkt. Die Zulässigkeit ist sohin ab jenem Zeitpunkt zu bejahen, der es erlaubt, über die Rechtmäßigkeit des beanstandeten Eingriffs eine Klärung derart herbeizuführen, dass die damit verbundenen Aufwendungen vermieden oder doch verringert werden können (vgl etwa VfSlg 20.002/2015, 20.065/2016). Die Antragstellerinnen müssten, wie bereits vorgebracht, schon während der kurzen Legisvakanz umfangreiche Vorkehrungen technischer, administrativer und rechtlicher Natur treffen, um das Gesetz beachten zu können.

Zudem besteht kein zumutbarer Umweg zur Herantragung der Bedenken an den VfGH. Dies hat der VfGH zB jüngst im Beschluss vom 14.3.2017, G 14/2016 (im gleichen Sinn schon VfGH 9.10.2015, G 164/2014), für Regelungen des FAGG bejaht, und zwar gerade auch für Bestimmungen, die — wie § 4 Abs 2 und § 4a VZKG — nicht mit Verwaltungsstrafe sanktioniert sind, [...]:

'4.3. § 18 Abs1 Z1 FAGG ist für sich genommen zwar nicht verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Es besteht allerdings kein zumutbarer Weg darin, in der Folge einer bewussten Unterlassung der Einholung eines Verlangens oder der Zustimmung die Ausführung der Dienstleistung vor Ablauf der Rücktrittsfrist nach § 11 FAGG zu beginnen und dadurch allenfalls ein Zivilverfahren zu provozieren. Die Verletzung der Obliegenheit würde zum Entfall des Entgeltanspruches der antragstellenden Gesellschaft für eine gänzlich oder teilweise erbrachte Dienst-

leistung führen. Mit Rücksicht auf das Gewicht dieser Rechtsfolge im Verhältnis zur gewollten Wirkung ist es nicht zumutbar, deren Eintritt zu provozieren und die gerichtliche Entscheidung abzuwarten (VfSlg 17.574/2005; VfGH 9.10.2015, G164/2014). Die antragstellende Gesellschaft müsste bewusst gegen eine konsumentenschutzrechtliche Pflicht verstoßen. Ein solcher Verstoß ist aber selbst dann nicht zumutbar, wenn ein solches rechtlich verpönte Verhalten keine Verwaltungsstrafsanktion zur Folge hat, das Zivilverfahren aber nur durch dieses Verhalten provoziert werden kann (VfSlg 12.379/1990, 13.659/1993 ua.)'.

Eben dies gilt auch hier: es ist den Antragstellerinnen nicht zumutbar, ein Zivilverfahren zu provozieren, sondern es bliebe ihnen mangels Aufhebung durch den VfGH nur die Möglichkeit, den Vorgaben der angefochtenen Bestimmungen zu entsprechen. Der Antrag ist sohin zulässig. Im Folgenden ist darzustellen, dass ihm auch Berechtigung zukommt:

#### VI. Darlegung der verfassungsrechtlichen Bedenken

##### 1. Zu § 4a VZKG

##### a) Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK)

Den Schutz des Art 5 StGG genießt jedes vermögenswerte Privatrecht (vgl zB VfSlg 8201/1977, 9887/1983, 10.322/1985 und 16.636/2002; dazu Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 868). Die jüngere Judikatur hat klargestellt, dass die verfassungsgesetzliche Eigentumsgarantie die Privatautonomie schlechthin schützt, im Besonderen das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge. Aus dieser grundrechtlichen Absicherung der Privatautonomie im Allgemeinen und der Vertragsfreiheit im Besonderen folgt, dass gesetzliche Eingriffe in privatrechtliche Verträge als Eingriff in das Eigentumsrecht beider Vertragsteile zu qualifizieren sind (VfSlg 12.227/1989, 14.075/1995, 14.500/1996, 17.071/2003, 17.817/2006). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl VfSlg 6780/1972 und die dort angeführte Vorjudikatur; VfSlg 12.227/1989, 15.367/1998, 15.771/2000) gilt der erste Satz des Art 5 StGG auch für Eigentumsbeschränkungen. Der Gesetzgeber kann aber angesichts des in Art 1 1. ZPEMRK enthaltenen Gesetzesvorbehalts Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes der Unversehrtheit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt (VfSlg 9189/1981, 10.981/1986 und 15.577/1999), soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt (zB VfSlg 9911/1983, 14.535/1996, 15.577/1999 und 17.071/2003) und nicht unverhältnismäßig ist (siehe etwa VfSlg 13.587/1993, 14.500/1996, 14.679/1996, 15.367/1998 und 15.753/2000).

Nach dem erwähnten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss eine im öffentlichen Interesse gelegene Eigentumsbeschränkung in einem angemessenen Verhältnis zu dem durch sie bewirkten Eingriff in das Eigentum stehen: Es muss zum einen bei einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und dem Interesse des Betroffenen an der Vermeidung des Eigentum-

seingriffes das öffentliche Interesse überwiegen und es darf ferner der zur Verwirklichung einer im überwiegenden öffentlichen Interesse getroffenen Regelung vorgenommene Eigentumseingriff nicht weiter gehen, als dies zur Erreichung des Regelungszieles notwendig ist (VfSlg 17.071/2003). Der Verfassungsgerichtshof hat daher zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und den Interessen der Betroffenen abzuwägen und zu untersuchen, ob der vorgenommene Eingriff in das Eigentum verhältnismäßig ist. Greift der Gesetzgeber in ein Vertragsverhältnis ein, so ist auch zu prüfen, ob dieser Eingriff einseitig, dh bloß zum Nachteil einer Partei des Vertragsverhältnisses, vorgenommen wird (VfSlg 17.817/2006).

Gegen diese Grundsätze verstößt die hier bekämpfte Novelle zum VZKG in mehrfacher Weise und belastet aufgrund des, wie aufgezeigt, untrennbaren Zusammenhanges sowohl § 4a als auch § 4 Abs 2 VZKG in der bezeichneten Fassung mit Verfassungswidrigkeit im Lichte des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Unversehrtheit des Eigentums: Zunächst wird durch die gesetzliche Konstruktion des § 4a VZKG ein Vertrag zu Lasten Dritter ermöglicht, indem das KKI als Zahlungsdienstleister den Verbraucher von der Zahlung von Entgelten befreien muss, zu deren Leistung sich dieser aus freien Stücken gegenüber dem dritten GAA-Betreiber verpflichtet hat. Die hier in Rede stehende Verpflichtung zur Tragung von Entgelten entsteht, wie oben näher dargestellt wurde [...], im Wege eines Einzelvertrages bei der Geldbehebungstransaktion ausschließlich im Verhältnis zwischen dem Verbraucher und dem GAA-Betreiber, nicht jedoch zwischen dem Verbraucher und dem KKI, wobei der Konsument, wenn er mit dem Behebungsentgelt nicht einverstanden ist, die Transaktion auch rechtzeitig abbrechen könnte [...]. Dennoch soll nach § 4a VZKG das KKI, welches nach den Maestro-Regelwerken an den GAA-Betreiber Zahlung leisten muss, den Konsumenten zwingend von der Tragung der Entgelte schadlos halten, die dieser bewusst dem GAA-Betreiber zugesagt hat und die Letzterem zufließen. Kurzum: Verbraucher und GAA-Betreiber werden durch § 4a VZKG ermächtigt, einen Vertrag zu Lasten des KKI zu schließen. Gleichzeitig werden durch diese Regelung zivilrechtliche Aufwandsersatzansprüche vernichtet, wodurch es auch in dieser Hinsicht zu einer entschädigungslosen und damit verfassungswidrigen Eigentumsbeschränkung auf Seiten des KKI kommt (vgl mutatis mutandis VfSlg 20.000/2015, s auch schon VfSlg 16.636/2002, 17.071/2003).

Dagegen räumt das Gesetz dem KKI nur unzureichende Einflussnahmemöglichkeiten ein, was zu einer laufenden und endgültigen Umschichtung dieser Entgelte auf das zwischen dem KKI und dem Verbraucher eingegangene Rechtsverhältnis führt. Die Materialien weisen zwar darauf hin, dass '§ 4a (VZKG) ... den Zahlungsdienstleister selbstverständlich nicht daran (hindert), den (sic!) Verbraucher für Bargeldabhebungen an Automaten unabhängiger Betreiber Entgelte zu verrechnen, die im Rahmenvertrag gemäß § 4 Abs. 2 wirksam vereinbart worden sind und die unabhängig davon anfallen, an welchem Geldautomaten die Abhebung erfolgt' (IA 2284/A 25. GP, Seite 3). Das KKI wird dadurch aber genötigt, ohne Kenntnis der individuell in einem anderen Rechtsverhältnis vereinbarten Gebühr ein (eigenes) Entgelt im Sinne des § 4 Abs 2 VZKG zu vereinbaren, in der Hoffnung, damit den Aufwandsersatz für die Drittgebühr abdecken zu können.

Allerdings kann das KKI nicht vorhersehen und nicht kalkulieren, in welcher Höhe der Konsument mit dritten GAA-Betreibern im In- und Ausland Behebungsentgelte vereinbaren wird. Damit werden aber wiederum alle Risiken, dass das vereinbarte Entgelt den aus der Behebung entstehenden, dem Einfluss des KKI entzogenen Aufwand nicht deckt, allein dem KKI überbunden. Die gesetzliche Regelung bewirkt somit, auch wenn das KKI eigene Entgelte aushandeln darf, weiterhin eine Situation, die — angesichts des Verhältnisses zwischen dem unabhängigen GAA-Betreiber und dem Bankkunden — ausschließlich zu Lasten eines Dritten geht. Soweit Konsumenten die von den KKIs vorzusehende Pauschalvariante wählen, kommt hinzu, dass die Anzahl der künftigen Behebungsvorgänge nicht kalkulierbar ist [...],

Überdies können die österreichischen KKIs und PSA bei Geldbehebungen im Ausland nicht beurteilen, ob der dortige GAA-Betreiber ein unabhängiger Dienstleister iSd § 4a VZKG ist oder nicht. In Österreich weiß man, dass Euronet unter diesen Begriff fällt, aber österreichische Banken sind naturgemäß nicht in der Lage, diese Beurteilung auch für sämtliche Dienstleister der Welt vorzunehmen, und erhalten diese rechtliche Qualifikation auch über das Maestro-System nicht mitgeteilt, weil sie sonst in der Welt für die Zulässigkeit von Behebungsgebühren keine Rolle spielt [...]. Dazu kommt die Unklarheit, welche inländischen GAA-Aufsteller überhaupt von § 4a VZKG erfasst werden [...].

Aus all diesen Gründen ergibt sich im Lichte der zitierten Judikatur des VfGH eine Unverhältnismäßigkeit der Regelung, weil sie bloß zum Nachteil einer Partei des Vertragsverhältnisses angeordnet wird. Schon dies bewirkt einen Verstoß gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums. Dazu kommt, dass es an einem öffentlichen Interesse überhaupt fehlt. Wie bereits oben vorgebracht wurde, bestehen für die Kunden österreichischer KKIs ausreichende Möglichkeiten, sich mit Bargeld zu versorgen, nämlich 7.380 Bankomaten, an denen gebührenfrei behoben werden kann [...]. Nun ist allerdings damit zu rechnen, dass die bekämpfte Novelle die Bargeldversorgung verschlechtern und verteuern wird. Denn Österreich wird sich durch die Novelle zum VZKG in ein 'El Dorado' der unabhängigen Bankomatenbetreiber verwandeln, da diese hierzulande hohe Gebühren generieren können, zumal die Kunden mit dem Wissen, dass die Gebühr ohnedies das KKI tragen muss, unüberlegt einwilligen werden; im Einzelnen:

Wenn man die mittelfristigen Wirkungen des § 4a VZKG durchdenkt, ist leicht erkennbar, dass die derzeit verhältnismäßig niedrige Zahl an entgeltspflichtigen GAAs unabhängiger Betreiber stark ansteigen und es ferner zu Preiserhöhungen kommen wird. Das wiederum wird zu einer Verdrängung der derzeit 7.380 ohne gesondertem Entgelt benutzbaren GAAs führen; denn es wird für die österreichischen Kreditinstitute und PSA nicht möglich sein, am Markt gegenüber den unabhängigen Betreibern, denen das Gesetz die Waffe der Ermächtigung zu Vertragsabschlüssen zu Lasten der KKIs in die Hand gibt, zu bestehen. Am Ende wird daher die Zahl der insgesamt zur Verfügung stehenden GAAs ohne Behebungsentgelt geringer werden und dies eine Verschlechterung und Vertauung der Versorgung der Konsumenten mit Bargeld bewirken. Dies wird absehbarer

Weise auch daraus folgen, dass sich eine gleichbleibende Anzahl von Behebungen auf eine größere Anzahl von GAAs verteilt, sodass die Transaktionen an den Bank-GAAs nicht mehr kostendeckend wären, während die Transaktionen an den unabhängigen GAAs von den KKI, dh den Banken, zu bezahlen sind. Daher werden die Banken gezwungen sein, die hohe Zahl an GAAs, welche sie gemeinsam mit PSA betreiben, zu reduzieren, wobei angesichts des Ausgangsverhältnisses von 7.380 zu 120 klar ist, dass diese Reduktion in absoluten Zahlen größer sein wird als die Zahl neuer, von unabhängigen Betreibern aufgestellter GAAs. Zu vernehmen ist übrigens, dass Euronet im Hinblick auf das hier bekämpfte Gesetz bereits versucht, österreichischen KKI Bankomaten abzukaufen — der Verdrängungsprozess hat heute bereits begonnen!

Die in den Materialien behauptete 'Gefahr, dass in Zukunft Verbraucher, die hauptsächlich auf Geldautomaten unabhängiger Betreiber angewiesen sind, weil sich in der Nähe ihres Wohnorts keine anderen Geldautomaten mehr befinden, letztendlich höhere Entgelte für die Nutzung ihrer Bankomatkarte zahlen müssen', wird also durch die bekämpfte Novelle nicht etwa beseitigt, sondern gerade umgekehrt vergrößert. Das Gesetz wird daher (auch) den Konsumenten Schaden zufügen und ist daher von keinem öffentlichen Interesse getragen.

Schließlich: Wenn § 4a VZKG nach den Materialien so zu verstehen sein soll, dass die Gebühren für alle Behebungen — bei eigenen und fremden GAA — gleich sein müssen [...], wäre das KKI überdies gezwungen, entgegen der bisherigen Praxis für Behebungen bei eigenen GAAs nur deshalb ein Entgelt zu fordern, um einen gewissen Aufwandsatz für Behebungen bei unabhängigen GAA-Betreibern sicherzustellen (ob das Entgelt den Aufwandsatz dann tatsächlich abdeckt, ist freilich, wie bereits dargestellt, nicht kalkulierbar). Die Lage der Konsumenten würde damit, nur um einige wenige Euronet-Nutzer zu begünstigen, schon kurzfristig insgesamt noch weiter massiv verschlechtert. Wenn darüber hinaus auch die Geldbehebung bei ausländischen GAA von der Regelung erfasst sein sollte, obwohl an den Entgelten hierfür bislang kaum jemand Anstoß nahm [...], dann würde das Kostenrisiko der österreichischen KKI noch weiter deutlich steigen und damit notgedrungen zugleich die Belastung aller Kunden im Rahmen der Pauschalentgelt-Variante: der 'kleine Mann' zahlt pauschal für jene mit, die oft und teuer in New York Geld beheben.

Wenn sich die Materialien auf das öffentliche Interesse des Konsumentenschutzes berufen, beruht dies sohin auf einem offensichtlichen Irrtum über ökonomische Zusammenhänge. Für den massiven Eingriff in die Eigentums- und Vertragsfreiheit fehlt somit überhaupt jede verhältnismäßige Grundlage. Es liegt daher eine massive Verletzung dieses verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes vor.

- b) Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG)

Der Gleichheitsgrundsatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) setzt dem Gesetzgeber insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen

gen zu treffen (vgl zB VfSlg 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (siehe etwa VfSlg 16.176/2001, 16.504/2002). Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann freilich nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (zB VfSlg 14.301/1995, 15.980/2000 und 16.814/2003). Der Verfassungsgerichtshof hat es aber schon in seinem Erkenntnis zur Haushaltsbesteuerung (VfSlg 5318/1966) als unsachlich angesehen, wenn jemand verhalten wird, 'für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet', also 'für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflussphäre liegen'. Dieser Gedanke wurde in unterschiedlichen Zusammenhängen auch in der Folgejudikatur vertieft und ausdifferenziert (siehe etwa VfSlg 15.080/1998, 18.726/2009; zu dieser Rechtsprechung näher Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 777).

Diese Judikatur ist auch im vorliegenden Zusammenhang einschlägig und belastet sowohl § 4a als auch § 4 Abs 2 VZKG aufgrund ihres untrennbaren Zusammenhangs mit Verfassungswidrigkeit: Die Regelung des § 4a VZKG bewirkt, dass das KKI im Prinzip unbeschränkt und ausschließlich vom Willen des Bankkunden abhängig für jene Entgelte zu haften hat, die im Vertragsverhältnis zwischen dem unabhängigen GAA-Betreiber und dem Kunden, der Geld an einem unabhängigen GAA behebt, vereinbart werden, ohne dass das KKI hier irgendeine Ingerenz hätte: das KKI wird nach § 4 Abs 2 VZKG genötigt, diese Entgelte in einem anderen Vertrag, nämlich im Rahmenvertrag zwischen sich und dem Bankkunden, vorab pauschal festzulegen. Die von der Novelle geforderte Pauschal-Variante ist für das KKI allerdings nicht kalkulierbar, weil es im Vorhinein zum einen keine Kenntnis von der Höhe der Drittgebühren, zum anderen von der Anzahl der künftigen Behebungsvorgänge haben kann. Wie bereits mehrfach erwähnt, kann das KKI das Entgelt nicht vernünftig kalkulieren — überdies nicht nur, aber doch auch, weil wegen der Novelle ein Steigerung der Zahl der unabhängigen GAAs und der an diese getätigten Transaktionen absehbar ist [...]. Dies wiederum bedeutet, dass die Vereinbarung der Entgelte bei GAAs unabhängiger Betreiber völlig außerhalb der Interessen- und Einflussphäre des KKI liegt, dieses aber trotzdem nach § 4a VZKG dafür einstehen soll, weil es den Verbraucher in unlimitierter Höhe von diesen Entgelten zu befreien hat.

Der Hinweis in den Materialien (IA 2284/A 25. GP, Seite 3), das KKI könne mit dem Kunden im Rahmenvertrag vorab eigene Entgelte auch für Behebungen bei dritten GAA-Betreibern vereinbaren (und damit den Aufwandsatz abdecken), verkennt, dass eine solche Vereinbarung eigener Entgelte des KKI nach § 27 Abs 2 ZaDiG und § 6 Abs 3 KSchG ziffernmäßig erfolgen muss, jedoch dem KKI naturgemäß nicht bekannt sein kann, in welcher Höhe der Kunde sodann mit Dritten Entgelte vereinbaren wird [...]. Das Entgelt — das insofern der Abdeckung von Aufwandsatz dienen soll — ist insofern nicht kalkulierbar. Da überdies laut den Materialien als Alternative zur Vereinbarung der Einzelverrechnung stets auch eine Pauschalvariante gefordert ist und Kunden, die oft bei Dritt-Betreibern Geld beheben, eben die Pauschale wählen werden, bietet das eigene Entgelt des KKI gerade kein Äquivalent für den Aufwandsatz und ist nicht treffsicher.

Vielmehr werden einfach über höhere Pauschalentgelte sämtliche Kunden für einige wenige, die oft bei unabhängigen Betreibern im In- und Ausland beheben, aufkommen müssen, sodass es zudem zu einer bedenklichen Ungleichbehandlung von Kundenkreisen, jedenfalls zu einer Verteuerung für eine klare Mehrheit von Bankkunden kommt, die derzeit keine Geldbehebungen bei GAA unabhängiger Betreiber vornehmen. Erwartungsgemäß wird damit übrigens gerade der 'kleine Mann' benachteiligt werden, der derzeit nur ein paar Mal pro Monat Geld bei einem GAA der PSA oder der Antragstellerinnen (ohne gesondertes Entgelt) bezieht, nach der Neukalkulation aber auch den Aufwand für alle Kunden mitzutragen haben wird, die oft im Ausland gebührenpflichtig Bargeld beheben.

Die gesetzliche Konstruktion lässt sich auch nicht etwa mit dem Argument retten, dass der GAA-Betreiber zivilrechtlich ein Erfüllungsgehilfe des KKI sei. Wie oben ausgeführt [...], ist dies nämlich gerade nicht der Fall. Wenn die Materialien meinen, es wäre unangemessen, 'wenn der Verbraucher eine zusätzliche Vergütung dafür schuldet, dass er sein eigenes auf dem Zahlungskonto befindliches, in der Regel unverzinsliches Sichteinlagenkapital dem Zahlungsdienstleister nicht weiter belässt, sondern es zurückfordert' und damit unterstellen, das KKI begehre eine zusätzliche Gebühr für eine Leistung, welche es schon aus dem Rahmenvertrag schuldet, wird übersehen, dass sich der Erfüllungsort für die Geldauszahlungspflicht des KKI nicht etwa um jeden Ort der Welt erweitert, an dem jemand einen GAA aufstellt. Das KKI muss dem Kunden nur Zugang zum weltweiten Maestro-System verschaffen [...]; seiner zivilrechtlichen Pflicht, dem Kunden Kontoguthaben auszuzahlen, könnte es hingegen auch allein mit den eigenen Filialen, GAAs und Bankomaten nachkommen.

Die einzige Abwehrmöglichkeit, die das Gesetz dem KKI theoretisch belässt, besteht sohin darin, dass das KKI die Geldbehebung auf die eigenen GAAs beschränkt und damit die Bargeldversorgung der Kunden — insbesondere im Ausland — drastisch einschränkt; das wäre jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes keine sinnvolle Alternative. Allerdings ist § 4 Abs 2 VZKG im Lichte der Materialien so zu verstehen, dass die KKI dem Verbraucher eine Tarifwahl anbieten müssen, eine Auswahlmöglichkeit bei der Reichweite der Karte hingegen nicht genügt [...]. Das Gesetz versperrt sohin auch diesen letzten denkbaren 'Fluchtweg' — abgesehen davon, dass dieser ohnedies zu einer Verschlechterung der Bargeldversorgung des Kunden führen würde [...].

Dass die österreichischen KKIs als bloße Lizenznehmer natürlich nicht in der Lage wären, im Rahmen des weltweiten Maestro-Systems, das auf dem 'honour all cards-prinzip' aufbauen muss, auf die Erteilung von Lizenzen an andere Betreiber einen Einfluss zu nehmen, und sie die von ihnen ausgegebenen Karten rechtlich und technisch nicht etwa für entgeltspflichtige GAAs sperren können, wurde bereits oben dargestellt [...].

Verdeutlicht werden mag die Parallele zu bisherigen Fällen der Verfassungswidrigkeit im Lichte des Gleichheitssatzes anhand der im Erkenntnis VfSlg 18.726/2009 geprüften Regelung eines Kanalräumungs- und Kanalgebührengesetzes: Danach wurde im Rahmen einer Wohnungseigentümergein-



schaft ein bestimmter Miteigentümer zur Haftung für Gebühren zu einem Objekt in Anspruch genommen, das von einem anderen Miteigentümer vermietet wurde. Der Verfassungsgerichtshof sprach aus, dass es keinen Einfluss der übrigen Wohnungseigentümer auf die Vermietung eines Wohnungseigentumsobjektes gibt, sodass daher 'nicht mehr davon gesprochen werden' konnte, 'dass ein Wohnungseigentümer in einer für den hier zu beurteilenden Sachverhalt rechtlich bedeutsamen Verbindung mit dem Mieter eines anderen Wohnungseigentümers steht'. Eine Haftung wäre daher in diesem Fall unsachlich und bedeutete einerseits einen Verstoß gegen das Recht auf Eigentum, andererseits auch im Lichte der angesprochenen Judikaturlinie gegen das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende allgemeine Sachlichkeitsgebot. Dieser Einfluss auf das Rechtsverhältnis, hier zwischen dem unabhängigen GAA-Betreiber und dem Kunden, fehlt im vorliegenden Zusammenhang des § 4a VZKG dem KKI vollständig; es wird aber durch die Regelung, die ausweislich des eindeutigen Wortlautes auch nicht — wie es im Fall VfSlg 18.726/2009 möglich war — verfassungskonform interpretiert werden kann, dazu explizit verpflichtet und kann diese Verpflichtung nicht abwenden. Dies zeigt, dass die Interessenabwägung vom Gesetzgeber in einer unverhältnismäßigen Weise vorgenommen wurde, womit ein Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot und damit gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz vorliegt.

Zudem liegt, was nur ergänzend zu erwähnen ist, insofern eine entschädigungslose Enteignung vor, als dem KKI nach § 1014 ABGB ein Anspruch auf Aufwandsersatz gegen den Kunden für die entrichteten Drittgebühren zusteht [...], dem KKI dieser Anspruch jedoch durch § 4a VZKG ohne tauglichen Ersatz genommen wird. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt darin, dass die durch die angefochtenen gesetzlichen Regelungen vorgenommenen Rechtseingriffe auch nicht abgewendet werden können, wie aus den Ausführungen zu § 4 Abs 2 VZKG [...], ersichtlich ist.

c) Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG)

Gegenstand der Erwerbsfreiheit ist jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, also jede Art, Vermögen zu erwerben (mwN Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 886). Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art 6 StGG (siehe beispielsweise VfSlg 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.734/2002, 19.033/2010) ist der Gesetzgeber zwar auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes ermächtigt, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen zu erlassen: Dem Gesetzgeber ist es nach dieser Judikatur (zB VfSlg 3968/1961, 4011/1961, 5871/1968, 9233/1981) gestattet, die Ausübung der Berufe dergestalt zu regeln, dass sie unter gewissen Voraussetzungen erlaubt oder unter gewissen Umständen verboten sind (also auch den Erwerbsantritt behindernde Vorschriften zu erlassen), sofern er dabei den Wesensgehalt des Grundrechtes und die sonstigen Vorschriften der Bundesverfassung nicht verletzt. Die jüngere Judikatur (zB VfSlg 10.179/1984, 10.386/1985, 10.932/1986, 11.276/1987, 11.483/1987, 11.558/1987) hat dies dahin ergänzt und präzisiert, dass dem

einfachen Gesetzgeber bei der Entscheidung, welche Ziele er mit seinen Regelungen verfolgt, innerhalb der Schranken der Verfassung ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist. Der VfGH hat nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines Zieles etwa aus wirtschaftspolitischen oder sozialpolitischen Gründen zweckmäßig ist. Er kann dem Gesetzgeber nur entgegentreten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind (vgl. VfSlg 9911/1983). Gesetzliche, die Erwerbsausübungsfreiheit beschränkende Regelungen sind jedoch nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind (siehe auch die in VfSlg 10.932/1986 zitierte Literatur); diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor:

An sich wäre zwar nicht zu bestreiten, dass der Verbraucherschutz, den die Materialien zur angefochtenen gesetzlichen Bestimmung als Leitmotiv nennen (IA 2284/A 25. GP, Seite 2), im Allgemeinen ein öffentliches Interesse darstellt, der bestimmte Eingriffe in die Erwerbsfreiheit rechtfertigt (dazu VfSlg 11.853/1988, 16.222/2001; aus dem Schrifttum mwN vgl etwa Eberhard/Spitzer, Verbraucherschutz und Verfassungsrecht, ÖJZ 2017, 308 (312 ff)). Wie bereits dargestellt [...], dienen die hier bekämpften Eingriffe jedoch, wenn man ihre Folgen bedenkt, in Wahrheit gar nicht den Interessen der Verbraucher, sondern ist vielmehr eine Verschlechterung und Verteuerung der Bargeldversorgung zu erwarten.

Nun ließe sich zwar vielleicht — einigermaßen einseitig — dagegen halten, dass die zu erwartenden höheren Kosten ohnedies nicht die Konsumenten, sondern die KKI's tragen müssen und die Regelung daher doch dem Verbraucherschutz diene. Das wäre allerdings zu kurz gedacht, da die Regelung ausweislich der Materialien (IA 2284/A 25. GP, 3) nicht ausschließt und auch nicht ausschließen kann, die entsprechenden Aufwendungen über die eigenen Entgelte der KKI's auf die (Gesamtheit der) Kunden zu überwälzen. Damit verlagert sich die Problematik nur auf eine andere Ebene, entlastet aber letztlich nicht die Gesamtheit der Kunden zur Tragung der Aufwendungen für das Bargeldversorgungssystem. Wie bereits erwähnt, werden allerdings die gesetzlich gewünschten Pauschalierungen innerhalb der Gruppe der Verbraucher gerade eine Benachteiligung des 'kleinen Mannes' bewirken [...]. Zudem werden, während bislang die Aufwendungen von österreichischen Bankunternehmen und der PSA getätigt und diesen vergolten wurden, in Zukunft vor allem internationale GAA-Betreiber wie Euronet daran verdienen, und werden damit die auf die Gesamtheit der Konsumenten zu verteilenden Kosten insgesamt steigen.

Hierbei geht es nicht etwa nur um wirtschaftliche Überlegungen, sondern rechtlich um das Verursacherprinzip. Der OGH betont mit Recht, dass in Österreich das Verursacherprinzip für vertragliche Regelungen mit Konsumenten als Zulässigkeitskriterium anerkannt ist und demnach 'Entgeltklauseln insbesondere dann sachgerecht (sind), wenn sie jenen Kunden belasten, der die damit abgegoltenen Kosten tatsächlich verursacht hat' (OGH 6 Ob 13/16d unter Punkt 6.6. der Entscheidungsgründe). Dieser Grundsatz wird durch § 4a und § 4 Abs 2 VZKG massiv

missachtet, was zugleich zeigt, dass die bekämpfte Novelle bei richtigem Verständnis eben nicht dem Verbraucherschutz dient.

Aus diesen Gründen ist bereits das erforderliche öffentliche Interesse nicht gegeben und der Eingriff zur Zielerreichung nicht geeignet. Zudem mangelt es bei § 4a VZKG an der Verhältnismäßigkeit i.e.S. schon deswegen, weil der Gesetzgeber das Risiko zur Tragung der entsprechenden Entgelte ausschließlich einer Partei zuweist, die auf die Vereinbarung der Entgelte selbst gar keinen Einfluss nehmen kann [...]. Er beschränkt damit die Erwerbstätigkeit der betroffenen KKI in unverhältnismäßiger Weise und belastet insofern seine Regelung mit Verfassungswidrigkeit.

## 2. Ergänzend zu § 4 Abs 2 VZKG

Das Gebot, Entgeltvereinbarungen im Einzelnen auszuhandeln, und daher neben einer Einzelpreis-Variante auch eine Pauschalvariante anzubieten [...], verstärkt nicht nur die Verfassungswidrigkeit des § 4a VZKG, sondern macht dem KKI eine Kalkulation auch deshalb unmöglich, weil die Pauschalvariante eine unlimitierte Anzahl von Behebungen umfassen muss, und sich daher — noch abgesehen davon, dass dem KKI die Höhe der Drittgebühr nicht bekannt sein kann — keine Treffsicherheit des Aufwendersatzes erreichen lässt.

Nebenbei sei hier nochmals erwähnt, dass nicht völlig klar ist, was der Gesetzgeber im vorliegenden Zusammenhang mit 'im Einzelnen ausgehandelt' meint [...]. Den KKI droht daher auch die Gefahr, dass die getroffenen Vereinbarungen später von den Zivilgerichten als unwirksam erkannt werden.

Ferner besteht das Problem, dass eine Neuvereinbarung von Kontogebühren bei bestehenden Verträgen — sollten die Gerichte die Novelle auch hierauf für anwendbar erachten — nicht umsetzbar wäre, weil das KKI nicht mit hunderttausenden Bestandskunden neue Vereinbarungen aushandeln könnte. Solche Neuvereinbarungen wären aber erforderlich, weil die KKI bei Abschluss der bestehenden Rahmenverträge die hier bekämpfte Neuregelung naturgemäß nicht voraussehen und nicht berücksichtigen konnten. Nach § 36 Abs 4 VZKG trat die Neuregelung mit 13.1.2018 in Kraft. Da sie sich auf das Aushandeln bei Vertragsabschluss bezieht, ist in verfassungskonformer Interpretation wohl davon auszugehen, dass zumindest § 4 Abs 2 VZKG nur für solche Verträge gilt, die seit dem Inkrafttreten neu abgeschlossen werden. Ginge man demgegenüber davon aus, dass die Neuregelung nach einem für Dauerschuldverhältnisse allgemein geltenden Grundsatz auch auf bestehende Verträge (OGH 6 Ob 41/13t; 4 Ob 32, 13d) und damit auf den gesamten Bestand an Rahmenverträgen für Zahlungsdienstleistungen mit Konsumenten anwendbar sein soll, dann würde das bekämpfte Gesetz auch in den Vertrauensschutz und damit in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (näher Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz 786 ff mwN) in unzulässiger Weise eingreifen. Denn damit würden Vereinbarungen, die in der Vergangenheit wirksam getroffen wurden, nachträglich für unwirksam erklärt, ohne dass die KKI aber eine realistische Möglichkeit hätten, dies zu sanieren.

Das zuletzt genannte Problem hängt auch damit zusammen, dass angesichts der Judikatur des OGH den österreichischen KKI keine wirksame Erklärungsfiktionsklausel zur Verfügung steht, welche jedoch — wie auch der Gesetzgeber in den Materialien zum VZKG anerkannte<sup>11</sup> — für die Umsetzung von Entgeltänderungen im Massengeschäft erforderlich wäre: Seit der Entscheidung 1 Ob 210/12g fordert der OGH in ständiger Rechtsprechung für Erklärungsfiktionsklauseln, nach denen entsprechend den speziellen Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und § 29 ZaDiG das zweimonatige Schweigen des Kunden nach Erhalt eines Angebotes als Zustimmung gilt, mit Berufung auf die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB und das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG für Änderungen von Leistung und Gegenleistung (Entgelt) die Vorab-Formulierung zusätzlicher inhaltlicher Grenzen (wobei allerdings völlig unklar bleibt, wo diese liegen sollen). Die österreichischen KKI konnten nun allerdings, als sie die Rahmenverträge für Zahlungsdienstleistungen mit den bestehenden Kunden abschlossen, die neue Regelung des § 4a VZKG nicht vorhersehen und folglich auch keine entsprechende Vorsorge in einer Erklärungsfiktionsklausel schaffen. Daher käme für die Umsetzung der hier bekämpften Novelle überhaupt nur mehr eine Änderungskündigung in Betracht (zum Thema zuletzt Bollenberger, ÖBA 2017, 741). Den österreichischen KKI ist es jedoch nicht zumutbar, wegen einer unvorhersehbaren Gesetzesnovelle gezwungen zu werden, gegenüber sämtlichen Kunden des Zahlungsverkehrsgeschäftes eine Kündigung zu erklären. Das wäre auch nationalökonomisch betrachtet kein sinnvoller Weg (weshalb es auch nicht wundert, dass die nunmehrige nationale österreichische Lösung gerade nicht durch die Zahlungsdienste-RL vorgezeichnet ist; [...]).

### 3. Ergänzend und eventualiter zu § 36 Abs 4 VZKG

Falls der Verfassungsgerichtshof die gegen § 4 Abs 2 und § 4a VZKG vorgetragenen Bedenken nicht teilen sollte, so wäre zumindest die Inkraftsetzungsnorm des § 36 Abs 4 VZKG aus den soeben dargelegten Gründen wegen Eingriffs in eine Vertrauensschutzlage verfassungswidrig: Die Regelung ist einerseits bei bestehenden Verträgen nicht umsetzbar [...], andererseits konnten die Antragstellerinnen bis 13.1.2018 auch für Neuverträge die technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Umsetzung der Norm auch nur betreffend Inlandstransaktionen nicht herstellen [...]. Die Regelung könnte daher jedenfalls nur für Neuverträge vorgesehen werden, wobei eine weit längere Legisvakanz vorzusehen wäre.

Beweis: [...]

---

<sup>11</sup> ErIRV 1059 BlgNR 25. GP 26: 'Das Kreditinstitut muss daher die nach § 29 ZaDiG vorgeschriebene Vorgangsweise einhalten. Da Vertragsänderungen im Massengeschäft faktisch nur auf diesem Weg vorgenommen werden können, muss sich das Kreditinstitut außerdem auf eine wirksame vertragliche Erklärungsfiktion berufen können..'

#### 4. Eventualiter zu § 26 VZKG

Kreditinstitute dürfen nach § 26 Abs 1 und 2 VZKG für ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen ('Basiskonto') ein Entgelt von höchstens € 80 pro Jahr bzw für durch eine Verordnung (BGBl II Nr. 255/2016) bestimmte, besonders schutzwürdige Personengruppen von höchstens € 40 pro Jahr verrechnen. Das Basiskonto muss gemäß § 25 Abs 1 Z 3 und 4 leg cit innerhalb des EWR auch Barabhebungen nicht nur an Schaltern der Bank, sondern auch außerhalb der Öffnungszeiten an Geldautomaten ermöglichen. Da die Antragstellerinnen als österreichische Kreditinstitute selbstverständlich nicht in der Lage sind, selbst im gesamten EWR Bankomaten aufzustellen, können sie ihren gesetzlichen Pflichten gegenüber Basiskonto-Kunden nur dadurch nachkommen, dass sie auch ihnen Karten mit (weltweiter) Maestro-Funktion zur Verfügung stellen. Die hier bekämpfte Novelle zum VZKG bewirkt nun, dass Banken einerseits Basiskonten um höchstens € 40 oder € 80 pro Jahr anbieten müssen, wofür Kontrahierungszwang und Kündigungsschutz besteht (§§ 23 f und 27 VZKG), und dabei sämtliche Behebungsgebühren, welche die Kunden im EWR mit Dritt-Bankomataufstellern bewusst und ausdrücklich gesondert vereinbaren, selbst zu tragen hätten. Mit etwa 20 oder 40 Euronet-Behebungen wäre das Jahresentgelt bereits vollständig aufgebraucht und die Banken hätten nicht einmal die Möglichkeit, diesen Kunden wegen überhöhter Kostenbelastung zu kündigen (§ 27 VZKG).

Es handelt sich um einen offenbar exzessiven Eingriff in das Eigentumsrecht (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP-EMRK), den Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) und das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG) und das darin enthaltene Verhältnismäßigkeitsgebot, wenn der Gesetzgeber einerseits die Leistungserbringung zu einem Maximalentgelt vorschreibt (§ 26 VZKG), andererseits für die Leistungen keine Obergrenze bestimmt, sondern vielmehr dem Kunden die Macht verschafft, das Kreditinstitut unlimitiert mit Gebühren zu belasten (§§ 4 Abs 2 und 4a VZKG); auf die nähere Ausführung der einzelnen verfassungsrechtlichen Bedenken wird verwiesen [...]. Hervorzuheben ist noch, dass bei der Festlegung der Höchstentgelte für Basiskonten von EUR 40 oder 80 durch den österreichischen Gesetzgeber die Behebungsentgelte von dritten GAA-Betreibern selbstverständlich keine Berücksichtigung fanden, weil sich nämlich der Gesetzgeber schlicht an den damals zum 'Bankenrechner' der Bundesarbeitskammer ([www.bankenrechner.at](http://www.bankenrechner.at)) eingemeldeten Angeboten der österreichischen Banken für Girokonten orientierte, welche diese Kosten, die bislang als Aufwandsatz an den Kunden weiterverrechnet wurden, naturgemäß nicht berücksichtigten;<sup>12</sup> zudem wurde dieser Bankenrechner bei weitem nicht von allen

---

<sup>12</sup> Siehe Erl Bem zu § 26 VZKG, 1059 BlgNR 25. GP 34: 'Geht man von den auf [www.bankenrechner.at](http://www.bankenrechner.at) erfassten Angeboten aus, liegen die durchschnittlichen jährlichen Kosten für ein Gehaltskonto mit Pauschalverrechnung, das nie überzogen wird, in Österreich derzeit bei etwa 90 Euro. Um sicherzustellen, dass die Bestimmung jedenfalls richtlinienkonform ist, soll daher ein Betrag von 80 Euro pro Jahr als absolute Obergrenze für das Entgelt vorgesehen werden, das für ein

österreichischen KKI beliefert und erfolgte keine Gewichtung danach, welche Entgeltsätze jeweils für wie viele Konten gelten. In den Bankenrechner fließen beim Vergleich der Girokonten die Angaben nur von etwa 30 Banken (von knapp 700) ein, die nämlich die Daten selbst einliefern. Anhand der Daten im Bankenrechner kann man zudem nicht feststellen, auf wie viele Konten die eingemeldeten Konditionen tatsächlich angewendet werden.

Wie oben im Einzelnen dargelegt, sind §§ 4a und 4 Abs 2 VZKG aber nicht etwa nur im Bereich der Basiskonten verfassungswidrig. Die neue Rechtslage beim Basiskonto zeigt lediglich, wie einseitig die bekämpfte Gesetzgebung vorgeht. Allerdings hat in Österreich jeder Verbraucher die Möglichkeit, sein bestehendes 'normales' Konto zu kündigen und sodann die Eröffnung eines solchen Basiskontos mit gesetzlich limitiertem Entgelt zu fordern. Denn nach § 23 Abs 4 VZKG dürfen Kreditinstitute, die in Österreich Verbrauchern Zahlungskonten anbieten, den Antrag eines gemäß Abs 1 oder 2 leg cit berechtigten Verbrauchers auf Eröffnung eines Basiskontos nur ablehnen, wenn einer der in § 24 Abs 1 leg cit angeführten Gründe vorliegt, sohin — abgesehen von Verbrauchern, die strafbare Handlungen gegen die Bank begangen haben — nur dann, wenn er bereits über ein nicht gekündigtes Zahlungskonto verfügt (§ 24 Abs 1 VZKG). Ein Basiskonto mit gesetzlich beschränktem Entgelt kann sohin potentiell jeder Konsument in Anspruch nehmen, sodann unlimitiert Bargeldbehebungen bei unabhängigen GAA-Betreibern tätigen und damit das KKI unlimitiert mit Behebungsgebühren belasten, wobei es dem KKI nach § 26 VZKG überhaupt gesetzlich verboten (und nicht nur durch § 4 Abs 2 VZKG faktisch verunmöglicht, [...]) ist, diese Kosten in seine Entgelte einzupreisen."

2. Die antragstellenden Gesellschaften in dem zu G 10/2018 protokollierten Verfahren legen ihre verfassungsrechtlichen Bedenken in ihrem insoweit wortidenten Antrag in gleicher Weise wie die antragstellenden Gesellschaften in dem zu G 9/2018 protokollierten Verfahren dar. 7

3. Die Bundesregierung hat keine Äußerung erstattet. 8

4. Die antragstellenden Gesellschaften in den zu G 9/2018 sowie zu G 10/2018 protokollierten Verfahren brachten zwei – jeweils wortidenten – ergänzende Vorbringen zu den Individualanträgen ein, in denen sie einerseits auf die einschlägige Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 18. Dezember 2017, 9 Ob 63/17f, hinweisen und andererseits betonen, dass sich der aktuelle Stand an Euronet-Bankomaten in Österreich in den letzten Monaten fast verdoppelt 9

---

Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen mit einem Verbraucher vereinbart werden darf.'

habe und nunmehr bereits etwa 210 betrage (Stand am 22. Jänner 2018: etwa 120 Euronet-Bankomaten).

5. Die antragstellenden Gesellschaften in den zu G 9/2018 sowie zu G 10/2018 protokollierten Verfahren brachten zwei – jeweils wortidentente – zweite ergänzende Vorbringen zu den Individualanträgen ein, in denen sie unter anderem auf einen aktuellen, einschlägigen Beitrag eines Referenten des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (*Haghofer*, Zur Regelung der Bankomatgebühren durch die VZKG-Novelle 2017, VbR 2018, 95) Bezug nehmen und ein Praxisbeispiel zur Gemeinde Rossatz ausführen. 10

6. Der Verfassungsgerichtshof führte am 26. Juni 2018 eine mündliche Verhandlung durch, in der insbesondere die Auslegung des § 4 Abs. 2 VZKG im Lichte der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu § 6 Abs. 2 Konsumentenschutzgesetz (KSchG) erörtert wurde. 11

#### **IV. Erwägungen**

Der Verfassungsgerichtshof hat über die in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs. 1 VfGG zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbundenen Anträge erwogen: 12

##### **1. Zur Zulässigkeit der Anträge**

1.1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. 13

Voraussetzung der Antragslegitimation gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. c B-VG ist einerseits, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch das angefochtene Gesetz – im Hinblick auf dessen Verfassungswidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, dann aber auch, dass das Gesetz für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist. Grundlegende Voraussetzung 14

der Antragslegitimation ist also, dass das Gesetz in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese – im Falle seiner Verfassungswidrigkeit – verletzt.

Nicht jedem Normadressaten aber kommt die Anfechtungsbefugnis zu. Es ist darüber hinaus erforderlich, dass das Gesetz selbst tatsächlich in die Rechtssphäre des Antragstellers unmittelbar eingreift. Ein derartiger Eingriff ist nur dann anzunehmen, wenn dieser nach Art und Ausmaß durch das Gesetz selbst eindeutig bestimmt ist, wenn er die (rechtlich geschützten) Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt und wenn dem Antragsteller kein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des – behaupteterweise – rechtswidrigen Eingriffes zur Verfügung steht (VfSlg. 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003). 15

1.1.1. Die antragstellenden Gesellschaften sind als Zahlungsdienstleister iSd §§ 4 Abs. 2 und 4a VZKG durch die – am 13. Jänner 2018 in Kraft getretenen – Bestimmungen aktuell und unmittelbar in ihren Rechten betroffen. 16

1.1.1.1. § 4a VZKG enthält eine Pflicht der Zahlungsdienstleister, Verbraucher von Entgelten zu befreien, die ein dritter, unabhängiger Betreiber von Geldausgabeautomaten vom Verbraucher für Bargeldbehebungen beansprucht. Durch diese Bestimmung wird unmittelbar in die Rechtssphäre der antragstellenden Gesellschaften eingegriffen. 17

1.1.1.2. Die von den antragstellenden Gesellschaften angefochtene Bestimmung des § 4 Abs. 2 VZKG sieht ergänzend zu dem von den antragstellenden Gesellschaften als verfassungswidrig erachteten Regelungsgehalt des § 4a VZKG die Unwirksamkeit bestimmter Vereinbarungen mit Verbrauchern vor und greift ebenfalls unmittelbar in die Rechtssphäre der antragstellenden Gesellschaften ein. § 4 Abs. 2 VZKG betrifft Zahlungsdienstleister dahingehend, dass die zu erwartenden Kosten der Bargeldbehebungen bei der Kalkulation des mit dem Verbraucher vereinbarten Entgelts für die Kontoführung nur dann berücksichtigt werden können, wenn dies "im Einzelnen ausgehandelt" wurde. Die antragstellenden Gesellschaften bringen gegen § 4 Abs. 2 VZKG – abgesehen von den im Zusammenhang mit § 4a VZKG formulierten Bedenken – auch eigenständige verfassungsrechtliche Bedenken vor. 18



1.1.2. Den antragstellenden Gesellschaften steht auch kein anderer zumutbarer Weg zur Verfügung, ihre Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen: Der bewusste Verstoß gegen eine strafbewehrte Bestimmung und die Provokation eines verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens stellt nach ständiger Rechtsprechung (VfSlg. 8396/1978, 14.585/1996, 19.719/2012) keinen zumutbaren Weg dar, um Bedenken an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. §§ 4 Abs. 2 und 4a VZKG sind für sich genommen zwar nicht verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Es besteht allerdings kein zumutbarer Weg darin, bewusst gegen die angefochtenen Bestimmungen zu verstoßen und die von den Verbrauchern mit dritten, unabhängigen Betreibern von Geldausgabeautomaten vereinbarten Entgelte den Konten der Verbraucher – ohne entsprechende Einzelvereinbarung im Rahmen des § 4 Abs. 2 VZKG – anzulasten, um damit ein Zivilverfahren auf Grund der Klage eines Verbrauchers oder eines Verbraucherschutzverbandes nach § 28a KSchG zu provozieren. Mit Rücksicht auf das Gewicht dieser Rechtsfolge im Verhältnis zur gewollten Wirkung ist es nicht zumutbar, deren Eintritt zu provozieren und die gerichtliche Entscheidung abzuwarten (VfSlg. 17.574/2005). Die antragstellenden Gesellschaften müssten bewusst gegen eine konsumentenschutzrechtliche Pflicht verstoßen. Ein solcher Verstoß ist aber selbst dann nicht zumutbar, wenn ein solches rechtlich verpöntes Verhalten keine Verwaltungsstrafsanktion zur Folge hat, das Zivilverfahren aber nur durch dieses Verhalten provoziert werden kann (VfSlg. 12.379/1990, 13.659/1993 ua.; VfGH 9.10.2015, G 164/2014).

19

1.2. Die Hauptanträge erweisen sich daher, soweit sie sich gegen § 4 Abs. 2 und § 4a VZKG richten, als zulässig.

20

## **2. In der Sache**

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

21

- 2.2. Die antragstellenden Gesellschaften bringen vor, dass die Regelungen des § 4a VZKG, der eine Pflicht der Zahlungsdienstleister zur Befreiung der Verbraucher von Entgelten vorsehe, die ein dritter, unabhängiger Betreiber von Geldausgabeautomaten vom Verbraucher für Bargeldbehebungen beanspruche, und des § 4 Abs. 2 VZKG, der die Möglichkeit der wirksamen Vereinbarung von Entgelten für Bargeldbehebungen einschränke und einen Ausgleich der dem Zahlungsdienstleister durch die Befreiungspflicht des § 4a VZKG entstandenen Kosten nur unzureichend ermögliche, sie in ihrem Recht auf Unversehrtheit des Eigentums gemäß Art. 5 StGG bzw. Art. 1 1. ZPEMRK verletzen würden. 22
- 2.2.1. Den Schutz des Art. 5 StGG genießt jedes vermögenswerte Privatrecht (vgl. zB VfSlg. 8201/1977, 9887/1983, 10.322/1985 und 16.636/2002). Auch das Recht, bestimmte Verträge abzuschließen oder nicht abschließen zu müssen, ist vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst. 23
- 2.2.2. Die angefochtenen Regelungen bewirken einen Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums. Gesetzliche Maßnahmen, die einen privatrechtlichen Vertrag unmittelbar verändern, greifen allein schon dadurch in das Eigentumsrecht beider Vertragsteile ein (vgl. VfSlg. 12.227/1989, 14.075/1995, 17.817/2006). 24
- 2.2.3. Für die Qualifikation der gesetzlichen Regelungen als Eingriff in das Eigentum ist der Umstand entscheidend, dass sich aus den angefochtenen Regelungen einerseits Vorgaben für die Vertragsgestaltung eines Vertragsverhältnisses zwischen Privaten, nämlich Zahlungsdienstleistern (Banken) und ihren Kunden (Verbrauchern), dahingehend ergeben, dass gemäß § 4 Abs. 2 VZKG Entgelte für einzelne Bargeldabhebungen von Zahlungskonten an Geldautomaten mit einer vom kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Zahlungskarte nicht wirksam vereinbart werden können, außer sie werden "im Einzelnen ausgehandelt". Andererseits verpflichtet die Regelung des § 4a VZKG Zahlungsdienstleister dazu, Verbraucher von Gebühren zu befreien, die ein dritter, unabhängiger Betreiber von Geldausgabeautomaten für Bargeldabhebungen mit der zum Zahlungskonto des Verbrauchers ausgegebenen Zahlungskarte beansprucht. Dies bewirkt im Ergebnis ein Verbot der kartenausgebenden Zahlungsdienstleister, Aufwandsersatz in der Höhe der von unabhängigen Drittanbietern geforderten Bargeldbehebungsentgelte geltend zu machen 25

(s. unten Punkt 2.4.1.). Die angefochtenen Bestimmungen greifen somit jeweils in das Grundrecht der antragstellenden Gesellschaften auf Unverletzlichkeit des Eigentums als Zahlungsdienstleister ein und bilden eine Eigentumsbeschränkung (vgl. VfSlg. 17.071/2003).

2.2.4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. dazu VfSlg. 6780/1972 und die dort angeführte Vorjudikatur; VfSlg. 12.227/1989, 15.367/1998, 15.771/2000) gilt der erste Satz des Art. 5 StGG auch für Eigentumsbeschränkungen. Der Gesetzgeber kann aber angesichts des in Art. 1 1. ZPEMRK enthaltenen Gesetzesvorbehalts Eigentumsbeschränkungen verfügen, soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. zB VfSlg. 9911/1983, 14.535/1996, 15.577/1999 und 17.071/2003) und nicht unverhältnismäßig ist (vgl. etwa VfSlg. 13.587/1993, 14.500/1996, 14.679/1996, 15.367/1998 und 15.753/2000).

26

2.2.5. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollen die angefochtenen Regelungen dem Verbraucherschutz dienen (vgl. IA 2284/A 25. GP, 2 f.). Dieses Ziel ist im öffentlichen Interesse gelegen. Damit im Zusammenhang steht die Gewährleistung, dass Verbraucher ihr auf einem Zahlungskonto befindliches Buchgeld bei Bedarf in Bargeld umwandeln können und damit die Versorgung mit Geldausgabeautomaten auch in ländlichen bzw. touristisch nicht stark frequentierten Gebieten sichergestellt ist. Diese Gewährleistung stellt ebenfalls ein im öffentlichen Interesse gelegenes Ziel dar, das mit den angefochtenen Bestimmungen erreicht werden soll.

27

2.2.6. Die angefochtenen Regelungen sind geeignet, dieses – im öffentlichen Interesse gelegene – Ziel des Verbraucherschutzes zu erreichen. § 4 Abs. 2 VZKG enthält konkrete Vorgaben für kartenausgebende Zahlungsdienstleister ("Aushandeln im Einzelnen"), wie Verträge mit Verbrauchern im Hinblick auf Entgelte für Bargeldabhebungen an Geldautomaten wirksam vereinbart werden können. § 4a VZKG ermöglicht unabhängigen Drittanbietern im Hinblick auf die Pflicht der Banken, Kunden von Bargeldbehebungsgebühren an von unabhängigen Drittanbietern betriebenen Geldausgabeautomaten zu befreien, die Festsetzung von Gebühren in flexibler Höhe. Dadurch wird für unabhängige Drittanbieter ein Anreiz geschaffen, um Geldausgabeautomaten auch in strukturschwachen

28

Gebieten zu betreiben, in denen wegen der geringeren Anzahl der Transaktionen nicht mit einem kostendeckenden Betrieb zu rechnen ist.

2.2.7. Die angefochtene Regelung des § 4 Abs. 2 VZKG stellt keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar: 29

2.2.7.1. § 4 Abs. 2 VZKG erklärt Vereinbarungen für unwirksam, denen zufolge Verbraucher ein Entgelt für einzelne Bargeldbehebungen von ihren Zahlungskonten an Geldautomaten mit einer vom kontoführenden Zahlungsdienstleister zum Zahlungskonto ausgegebenen Zahlungskarte zahlen müssen. Wirksam sind derartige Vertragsbestimmungen nur, wenn sie mit dem jeweiligen Verbraucher "im Einzelnen ausgehandelt" worden sind. Die Gesetzesmaterialien (vgl. IA 2284/A 25. GP, 2 f.) verweisen in diesem Zusammenhang auf § 6 Abs. 2 KSchG, der im Bereich des Konsumentenschutzrechts bestimmte Unangemessenheitstatbestände für wirksam erklärt, wenn sie mit dem Verbraucher "im Einzelnen ausgehandelt" worden sind. Eine vertragliche Bestimmung ist im Anwendungsbereich von § 6 Abs. 2 KSchG wirksam "im Einzelnen ausgehandelt", wenn sie zwischen den Vertragspartnern im Hinblick auf ein konkretes Rechtsgeschäft individuell erörtert und nach Abwägung ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen bewusst vereinbart worden ist. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes reicht es dabei nicht aus, dass die Klausel bloß erörtert und dem Verbraucher bewusst gemacht worden ist, vielmehr muss der Unternehmer zu einer Änderung des von ihm verwendeten Textes erkennbar bereit gewesen sein. Die Verwendung von AGB und Vertragsformblättern stellt idR eine einseitige Vorformulierung und kein "Aushandeln im Einzelnen" dar. Trotz Vorformulierung kann es zum Aushandeln einzelner Vertragsbestimmungen kommen, etwa wenn es dem Verbraucher möglich ist, zwischen verschiedenen Texten zu wählen und darüber mit dem Unternehmer zu verhandeln. Das erfolgte "Aushandeln" ist vom Unternehmer zu beweisen (OGH 21.9.2006, 2 Ob 142/06f; 11.10.2006, 7 Ob 78/06f; 16.10.2013, 7 Ob 154/13t; vgl. *Krejci*, Unzulässige Vertragsbestandteile, in: Rummel [Hrsg.], ABGB<sup>3</sup>, 2002, § 6 KSchG Rz 149 ff. und *Langer*, Unzulässige Vertragsbestandteile, in: Kosesnik-Wehrle [Hrsg.], KSchG<sup>4</sup>, 2015, § 6 Rz 80 ff. mwN zur Judikatur). 30

2.2.7.2. In Anlehnung an die Anforderungen des § 6 Abs. 2 KSchG kann daher auch im Rahmen von § 4 Abs. 2 VZKG von der Wirksamkeit von Vereinbarungen 31

eines gesonderten Entgeltes für Bargeldbehebungen dann ausgegangen werden, wenn der Verbraucher bei Abschluss des Rahmenvertrages die Möglichkeit hat, auch einen anderen Zahlungskontotarif zu wählen, der keine gesonderten Entgelte für Bargeldabhebungen mit der Bankomatkarte vorsieht, der Verbraucher sich aber freiwillig für den Tarif mit gesonderten Entgelten entscheidet. Von einem "im Einzelnen Aushandeln" ist aber nur dann auszugehen, wenn der Verbraucher nicht nur eine scheinbare Wahlmöglichkeit hat, sondern er tatsächlich zwischen mehreren Tarifmodellen wählen kann, bei denen es vom jeweiligen Nutzungsverhalten des Verbrauchers abhängt, welches dieser Modelle für ihn letztendlich günstiger sein wird (vgl. IA 2284/A 25. GP, 2 f.; *Haghofer*, Zur Regelung der Bankomatgebühren durch die VZKG-Novelle 2017, VbR 2018, 95 [98]).

2.2.7.3. Im Übrigen findet sich die gesetzliche Anforderung einer wirksamen Vereinbarung von Entgelten geknüpft an das Erfordernis der Angemessenheit mit einer Ausrichtung an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters auch an anderer Stelle in den gesetzlichen Vorgaben für die Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten. Eine derartige Anforderung ist etwa in § 56 Abs. 1 ZaDiG 2018 enthalten. Mit dieser Bestimmung wird Art. 62 Abs. 1 RL [EU] 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt umgesetzt, der fordert, dass bestimmte Entgelte nur dann in Rechnung gestellt werden können, wenn diese Entgelte zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer vereinbart wurden und sie angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sind (ähnlich bereits die Vorgängerbestimmung § 27 Abs. 2 ZaDiG 2009; s. dazu *Weilinger/Knauder*, Entgelte, in: *Weilinger* [Hrsg.], *ZaDiG*, 53. Lfg., 2017, § 27 Rz 7 mit Verweis auf *European Commission Services*, *Your questions on PSD*, Question no 66).

2.2.7.4. Die Vorgabe des § 4 Abs. 2 VZKG, Entgelte für einzelne Bargeldbehebungen mit den Verbrauchern "im Einzelnen aushandeln" zu müssen, um die Wirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung zu erreichen, stellt einen Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar, der im Hinblick auf das damit verfolgte Ziel des Verbraucherschutzes jedoch gerechtfertigt ist. Es ist nicht unverhältnismäßig, wenn kontoführenden Zahlungsdienstleistern die Pflicht auferlegt wird, Verbrauchern tatsächlich mehrere Zahlungskontotarifmodelle anzubieten, um das Erfordernis des "im Einzelnen Aushandelns" nach der Judika-

32

33

tur zu erfüllen (vgl. oben Punkt 2.2.7.1.). Insbesondere entfällt im Hinblick auf § 4 Abs. 2 VZKG auch das von den antragstellenden Gesellschaften ins Treffen geführte "unkalkulierbare Kostenrisiko", zumal mit diesem Erkenntnis (s. unten Punkt 2.4.2.) der Entfall der in § 4a VZKG enthaltenen Verpflichtung der kontoführenden Zahlungsdienstleister, Verbraucher von Entgelten für Bargeldbehebungen an Geldausgabeautomaten von unabhängigen Drittanbietern zu befreien, bewirkt wird.

2.3. Nichts anderes gilt im Hinblick auf das Vorbringen der antragstellenden Gesellschaften, dass § 4 Abs. 2 VZKG auf Grund der Verpflichtung zur Vereinbarung von Entgelten für Bargeldbehebungen mittels einer "nicht kalkulierbaren Pauschal-Variante" gegen das Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 2 StGG bzw. Art. 7 B-VG verstoße. Es ist nicht unsachlich, wenn der Gesetzgeber – analog zu bereits bestehenden vergleichbaren, Verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben (s. oben Punkt 2.2.7.3.) – die wirksame Vereinbarung von Entgelten für die Bargeldbehebung an die Voraussetzung des "im Einzelnen Aushandelns" knüpft. Dem Vorbringen der antragstellenden Gesellschaften, dass § 4 Abs. 2 VZKG "nicht umsetzbar wäre" bzw. gegen den aus dem Gleichheitsgrundsatz ableitbaren Vertrauensschutz verstoße, sofern sich die Bestimmung auch auf Verträge beziehe, die vor dem Inkrafttreten der bekämpften Regelungen geschlossen worden seien ("Altverträge"), ist entgegen zu halten, dass § 4 Abs. 2 VZKG gemäß § 5 ABGB iVm § 36 Abs. 4 VZKG erst auf Verträge, die nach Inkrafttreten der angefochtenen Bestimmungen geschlossen wurden, anwendbar ist. Auch insofern ist die angefochtene Bestimmung des § 4 Abs. 2 VZKG daher nicht verfassungswidrig.

34

2.4. Hinsichtlich der Bedenken der antragstellenden Gesellschaften im Hinblick auf eine Verletzung des Rechts auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG betreffend der Unwirksamkeit bestimmter Entgeltvereinbarungen in § 4 Abs. 2 VZKG ist – einen Eingriff vorausgesetzt – auf das zur Unversehrtheit des Eigentums Gesagte zu verweisen.

35

2.5. Die angefochtene Regelung des § 4a VZKG verletzt hingegen die antragstellenden Gesellschaften im Grundrecht auf Unversehrtheit ihres Eigentums:

36

2.5.1. § 4a VZKG normiert eine Pflicht für kartenausgebende Zahlungsdienstleister – wie die antragstellenden Gesellschaften –, "den Verbraucher von der Zahlung von Entgelten zu befreien, die ein Dienstleister gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG vom Verbraucher für Bargeldabhebungen mit der zum Zahlungskonto des Verbrauchers ausgegebenen Zahlungskarte beansprucht." Behebt ein Verbraucher mit einer zu seinem Zahlungskonto ausgegebenen Zahlungskarte Bargeld bei einem Geldausgabeautomaten, der von einem Dienstleister gemäß § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG (unabhängiger Drittanbieter) betrieben wird, entsteht zunächst zwischen dem Verbraucher und dem unabhängigen Drittanbieter ein Vertragsverhältnis (OGH 18.12.2017, 9 Ob 63/17f; 14.3.2018, 10 Ob 14/18h), das Entgeltansprüche des unabhängigen Bankomatbetreibers vorsieht. Der kartenausgebende Zahlungsdienstleister ist aus dem Rahmenvertrag (der zwischen dem kartenausgebenden bzw. kontoführenden Zahlungsdienstleister und dem Verbraucher geschlossen wird) gegenüber dem Verbraucher sowie aus den Lizenzvereinbarungen (die zwischen den Zahlungsdienstleistern und Lizenzgebern des Bankomatkartensystems [wie Maestro] geschlossen werden) gegenüber dem Lizenzgeber des Bankomatkartensystems dazu verpflichtet, die Forderungen des unabhängigen Bankomatbetreibers gegen den Verbraucher zu decken (vgl. *Koch*, Auszahlung am Geldausgabeautomaten ["Bankomat"], Zahlung am POS-Terminal ["Bankomatkasse"], E-Geld, in: *Apathy/Iro/Koziol* [Hrsg.], *Bankvertragsrecht*, Bd. III<sup>3</sup>, 2007, Rz 2/27). In der Folge kann der kartenausgebende Zahlungsdienstleister den behobenen Betrag auch weiterhin dem Kundenkonto als Aufwandersatz anlasten. Bezüglich des Entgeltes für die Bargeldbehebung verpflichtet die angefochtene Regelung des § 4a VZKG die kartenausgebenden Zahlungsdienstleister, Verbraucher davon zu befreien. Das bedeutet ein Verbot der kartenausgebenden Zahlungsdienstleister, Aufwandersatz in der – von ihnen nicht beeinflussbaren – Höhe der von unabhängigen Drittanbietern geforderten Bargeldbehebungsentgelte geltend zu machen (vgl. *Faber*, Bankomatgebühren, *ÖBA* 2018, 164 [177 ff.]; *Kurz*, Zur Zulässigkeit von Bankomatentgelten, *ÖJZ* 2018, 629 [636]).

37

2.5.2. § 4a VZKG enthält bezüglich der Höhe der Bargeldbehebungsentgelte, die von unabhängigen Drittanbietern gefordert und von kartenausgebenden Zahlungsdienstleistern nicht im Wege des Aufwandersatzes dem Kundenkonto des Verbrauchers angelastet werden können, keinerlei Beschränkungen. Unabhängige Drittanbieter können auf Grund dieser Bestimmung Entgelte für Bargeldbehe-

38

bungen frei festsetzen, mit denen in der Folge die kartenausgebenden Zahlungsdienstleister belastet werden, ohne dass eine Vertragsbeziehung mit unabhängigen Drittanbietern besteht. Dies bedeutet ein Kostenrisiko der betroffenen Zahlungsdienstleister, zumal für diese in aller Regel nicht vorhersehbar ist, wie häufig und in welchem Umfang Verbraucher Bargeldbehebungen bei Geldausgabautomaten von unabhängigen Drittanbietern tätigen werden. Dieses Kostenrisiko ist überdies von den kartenausgebenden Zahlungsdienstleistern zu tragen, weil unabhängige Drittanbieter die Entgelte für Bargeldbehebungen frei festsetzen können und kein Kostenrisiko tragen. Eine Änderung der Gestaltung der Verträge mit Verbrauchern ist den kartenausgebenden Zahlungsdienstleistern nicht ohne weiteres möglich, da § 4a VZKG sofortige Wirkung – somit auch für bereits bestehende Zahlungskontoverträge – zeitigt. Um entsprechende Entgelte für Bargeldabhebungen an Geldautomaten im Einklang mit den Vorgaben des § 4 Abs. 2 VZKG wirksam zu vereinbaren (s. oben Punkt 2.2.7. ff.), müssten alle bestehenden Zahlungskontoverträge "im Einzelnen" neu "ausverhandelt" werden. Angesichts dessen stellt § 4a VZKG einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht der antragstellenden Gesellschaften auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar.

2.5.3. Da die angefochtene Regelung schon aus diesem Grund verfassungswidrig ist, erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Antrag dargelegten Bedenken. Dabei kann es insbesondere dahin stehen, ob nach Inkrafttreten des Zahlungsdienstegesetzes 2018 die in § 4a VZKG vorgesehene Verweisung (im Sinne einer statischen Verweisung) auf § 2 Abs. 3 Z 15 ZaDiG, BGBl. I 66/2009 idF BGBl. I 149/2017, oder im Sinne einer dynamischen Verweisung auf die neue Bestimmung des § 3 Abs. 3 Z 15 ZaDiG 2018, BGBl. I 17/2018, verweist.

39

## V. Ergebnis

1. § 4a des Bundesgesetzes über die Vergleichbarkeit von Entgelten für Verbraucherzahlungskonten, den Wechsel von Verbraucherzahlungskonten und den Zugang zu Verbraucherzahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Verbraucherzahlungskontogesetz – VZKG), BGBl. I 35/2016 idF BGBl. I 158/2017, ist daher wegen Verstoßes gegen das auch den Gesetzgeber bindende Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums als verfassungswidrig aufzuheben. Bei

40



diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Antrag dargelegten Bedenken.

2. Im Übrigen werden die Anträge im darüber hinausgehenden Teil abgewiesen. 41
3. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 42
4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 43
5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 65a VfGG. In den zugesprochenen Kosten ist jeweils ein Streitgenossenzuschlag in Höhe von € 545,-, Umsatzsteuer in Höhe von € 327,- sowie jeweils der Ersatz der entrichteten Eingabengebühr in Höhe von € 240,- enthalten. 44

Wien, am 9. Oktober 2018

Die Präsidentin:

Dr. BIERLEIN

Schriftführerin:

Dr. SÜNDHOFER