



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seine Richterin HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 1041 Wien, Prinz-Eugen-Straße 20-22, vertreten durch RA Dr. Walter Reichholf, 1090 Wien, Universitätsstraße 6/2, wider die beklagte Partei Allianz Elementar Versicherungs-Aktiengesellschaft, 1030 Wien, Hietzinger Kai 101-105, vertreten durch BLS Rechtsanwälte Boller Langhammer Schubert KG, 1010 Wien, Kärntner Straße 10, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 34.000,-- sA) zu Recht:

- 1.) Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, im Rahmen des Abschlusses von Versicherungsverträgen und der Vorschreibung von Versicherungsprämien im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten von Kunden, die sich für die Zahlungsweise Zahlschein entscheiden, wie auch immer bezeichnete Entgelte, insbesondere eine Zahlscheingebühr von EUR 2,50, die bei anderen Zahlungsweisen wie etwa Einziehungsermächtigungen und Kundenkonto nicht erlangt werden, zu verlangen.
- 2.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Wochen ab Rechtskraft des Urteils einmal österreichweit im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der „Neuen Kronenzeitung“ auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.
- 3.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die Kosten des Verfahrens in Höhe von EUR 5.007,08 (darin enthalten EUR 727,68 an USt und

EUR 645,-- an Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die klagende Partei begehre wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte hiezu vor auf Grund von § 29 KSchG aktivlegitimiert zu sein. Die beklagte Partei sei eine im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter der FN 34004g eingetragene Aktiengesellschaft und betreibe ein Versicherungsunternehmen. Auf Grund ihrer Tätigkeit sei die beklagte Partei Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG und trete in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in ganz Österreich in rechtsgeschäftlichen Kontakt.

Die beklagte Partei verlange im Rahmen des Abschlusses von Versicherungsverträgen und der Vorschreibung von Versicherungsprämien im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten von Kunden, welche sich für die Zahlungsweise Zahlschein entscheiden, eine Zahlscheingebühr von EUR 2,50. Diese Gebühr falle bei anderen Zahlungsweisen wie etwa Einziehungsermächtigung und Kundenkonto nicht an. Diese Praxis verstoße gegen (gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG) zwingende Bestimmungen des ZaDiG, da § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG vorsehe, dass die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig sei. Die beklagte Partei sei Zahlungsempfänger iSd § 3 Z 8 ZaDiG und es komme daher § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG zur Anwendung. Dem stehe auch §41b VersVG schon deshalb nicht entgegen weil §27 Abs 6 ZaDiG als lex posterior und auch lex specialis vorgehe. Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, weil die beklagte Partei die Einhebung einer Zahlscheingebühr als zulässig betrachte. Ebenso sei die Beklagte der Aufforderung einer Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG nicht nachgekommen. Weiters bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern. Daher sei die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einem bundesweit erscheinenden Medium und im Hinblick auf die hohe gebotenen Aufklärungsdichte in der Tageszeitung mit der höchsten Auflage, in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ notwendig.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren und beantragte das Klagebegehren und die beantragte Ermächtigung kostenpflichtig abzuweisen. Die beklagte Partei brachte vor, dass ein Zahlschein kein Zahlungsinstrument im Sinne des ZaDiG sei und somit § 27 Abs 6 ZaDiG im gegebenen Fall nicht greifen würde. Dieser Umstand ergäbe sich daraus, dass es sich beim ZaDiG um die innerstaatliche Umsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG handle. Folglich sei der europarechtliche Hintergrund der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG (die beklagte Partei verweist auf Art 52 Abs 3 und Art 42 der Richtlinie) und die zur Richtlinie von der Europäischen Kommission erlassene Liste mit Fragen und Antworten (vorrangig angeführt Frage 34 und Frage 322) mit einzubeziehen. Weiters bringt die beklagte Partei vor, dass gemäß § 1 Abs 2 VersVG der Versicherungsnehmer die vereinbarte Prämie zu entrichten habe, wobei gemäß § 36 Abs 1 die Prämien auf Gefahr und Kosten des Versicherungsnehmers dem Versicherer zu übermitteln seien. In diesem Zusammenhang erlaube § 41b VersVG dem Versicherer neben den Prämien nur solche Gebühren zu verlangen, die der Abgeltung von Mehraufwendungen dienen, die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind. Im Bezug auf die weiterhin bestehende Geltung des § 41b VersVG wird von der beklagten Partei darauf verwiesen, dass im 5. Hauptstück des ZaDiG durch den Gesetzgeber keine Änderung des VersVG normiert worden sei. Selbst im Falle eines Widerspruchs der Bestimmungen des ZaDiG und § 41b VersVG, stelle § 41b VersVG die speziellere Norm dar. Die beklagte Partei verweist ebenso auf die Feststellung von *Görg/Valachar* (ecolex 2010, 651ff), dass bei der Übernahme einer Auslegungshilfe der Kommission in den erläuternden Bemerkungen (EB) zur Regierungsvorlage (207 BlgNR 24. GP, 16) gerade bei diesem Satz der Buchstabe „k“ entfallen sei und es anstatt **ein** Zahlungsinstrument – **k-ein** Zahlungsinstrument heißen sollte. In Kombination hiezu lasse sich in den Materialien zu ZaDiG kein Hinweis, Motiv oder Beweggrund für eine vom österreichischen beabsichtigte Andersregelung finden. Deshalb sei davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber die Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG eins zu eins umsetzen wollte. Für den Fall, dass die Bestimmungen des ZaDiG die Bestimmung des § 41b VersVG dennoch derogieren sollten und ein Verstoß gegen § 27 Abs 6 ZaDiG vorliegen sollte bringt die Beklagte vor, dass die Beklagte als Versicherungsunternehmen auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen des VersVG bis dato immer darauf vertrauen könnte, dass ein Mehraufwand den ihre

Versicherungsnehmer verursacht diesen weiterverrechnet werden darf. Sollte dies plötzlich nicht der Fall sein liege auf Grund fehlender Übergangsbestimmungen ein schwerer, verfassungswidriger, den Gleichheitsgrundsatz verletzender Eingriff in die Rechtsposition der Beklagten vor. Der plötzliche Wegfall der Möglichkeit einen Mehraufwand den Versicherungsnehmern in Rechnung zu stellen, würde eine erhebliche Vermögensbelastung für Versicherungsunternehmer mit sich bringen, die unter Bedachtnahme auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Versicherungswirtschaft insgesamt wirtschaftlich unzumutbar sei, sodass die mit Inkrafttreten des ZaDiG eintretende Eigentumsbeschränkung auf Grund des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Achtung des Eigentums unzulässig sei.

Auf Grund des durch Urkunden durchgeführten Beweisverfahrens steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteivorbringens folgender Sachverhalt fest:

Die klagende Partei ist die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte. Die beklagte Partei ist ein bundesweit operierendes Versicherungsunternehmen. Sie schließt laufend mit Konsumenten Versicherungsverträge ab. Bei der Prämienzahlung mittels Zahlschein verrechnet sie ihren Versicherungsnehmern einen Betrag von EUR 2,50. Der Aufforderung der klagenden Partei vom 06.12.2010 hinsichtlich des oben beschriebenen Verhaltens eine strafabwehrende, mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abzugeben, kam die beklagte Partei nicht nach.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf das Parteivorbringen und die vorgelegten Urkunden.

Rechtlich folgt:

Die klagende Partei ist gemäß § 29 KSchG für Verbandsprozesse aktivlegitimiert.

Die Passivlegitimation der beklagten Partei ergibt sich aus ihrer Tätigkeit als Versicherungsunternehmen, das laufend mit Verbrauchern iSd KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und Verträge abschließt.

§ 28 Abs 1 KSchG legt fest, dass jeder, der im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen

vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, auf Unterlassung geklagt werden kann. § 28 KSchG erweitert diese Haftung auf sonstige Geschäftspraktiken im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, die ua in Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen oder Zahlungsdiensten gegen die ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen (vgl Krejci in Rummel, ABGB, 3. Auflage, RZ 17aff zu § 28-30 KSchG).

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob das inkriminierte Verhalten der beklagten Partei gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher zur Unterlassungsklage berechtigt.

Zur Anwendbarkeit des Zahlungsdienstgesetzes (ZaDiG) ist auszuführen, dass § 1 Abs 1 ZaDiG die Bedingungen festsetzt, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten. § 3 Z 7 ZaDiG erfasst mit Zahlungsdienstnutzern Personen die einen Zahlungsdienst als Zahler oder Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nehmen. Unabhängig vom Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger wird gemäß § 3 Z 5 ZaDiG die vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags als Zahlungsvorgang erfasst. § 1 ZaDiG regelt ua die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten. So werden damit sowohl die Rechte als auch Pflichten von Zahlern als auch Zahlungsempfängern geregelt.

Die von der beklagten Partei vertretene Meinung, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt § 41b VersVG anzuwenden sei wird vom Gericht nicht geteilt. Abgesehen davon, dass es sich bei § 27 Abs 6 ZaDiG um die spätere Norm handelt ist *Jungwirth* (ecolex 2010, 340) zu folgen. Die Bestimmungen des III. Hauptstücks ZaDiG, dem auch die Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG angehört, stellen demnach ein „Sonderzivilrecht für Zahlungsdienste“ dar. Somit verdrängt § 27 Abs 6 ZaDiG als *lex specialis* § 41b VersVG und umfasst alle mit einem Zahlungsinstrument im Zusammenhang stehende Kosten und deren Verrechnung durch den Zahlungsempfänger. Der restliche Regelungsbereich des § 41 VersVG wird

durch § 27 Abs 6 ZaDiG nicht berührt. Demnach berechtigt § 41b VersVG den Versicherer vom Kunden die Abgeltung von Mehraufwendungen zu verlangen die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind, allerdings zählen durch das in Krafttreten des ZaDiG mittels Überweisung verursachte Kosten nicht zu den gesondert ersatzfähigen Kosten nach § 41b VersVG. Auch wenn die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig ist, kann dem Zahlungsempfänger gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG nicht verwehrt werden, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten. Etwaige Bearbeitungsentgelte sind bereits im Grundpreis einzurechnen, es besteht aber die Möglichkeit dem Verbraucher bei der Wahl eines, für den Zahlungsempfänger, besonders effizienten Zahlungsinstrumentes Ermäßigungen zu gewähren um auf diese Weise die Wahl dieses Zahlungsinstruments zu fördern. Dies soll einer für den Verbraucher intransparenten Preisgestaltung entgegenwirken und somit den fairen und freien Wettbewerb aufrechterhalten und fördern.

Zum Zahlschein als Zahlungsinstrument ist folgendes auszuführen: Ein Zahlungsinstrument ist nach § 3 Z 21 ZaDiG jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierter Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen. Für den vorliegenden Fall ist von Interesse, ob übliche Zahlscheine aus Papier unter diesen Begriff fallen. Dabei ist die Personalisierung des Instruments oder Verfahrensablaufs, die Vereinbarung zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister und die Einsetzbarkeit durch den Zahlungsdienstnutzer zu prüfen. Die letzten zwei Tatbestände sind bei der erwähnten Zahlungsform unproblematisch zu bejahen, da zwischen Zahlungsdienstnutzern und Zahlungsdienstleistern als offenkundig vereinbart ist, dass zur Zahlung Zahlscheine verwendet werden können. Dass Zahlscheine von Zahlungsdienstnutzern verwendet werden um einen Zahlungsauftrag zu erteilen gilt als unzweifelhaft. Bei individualisierten Geräten wie Kreditkarten ist von einer Personalisierung des Instruments oder Verfahrensablaufes auszugehen. Bei Zahlscheinen hingegen werden von einer großen Anzahl an Nutzern einheitliche Formulare verwendet, allerdings kommt es auch hier durchs Ausfüllen und Unterschreiben zu einer Individualisierung.

Das Argument der beklagten Partei, ebenso ausgeführt von *Görg/Valachar* (ecolex 2010, 651ff), bei den EB zur Regierungsvorlage (207 BlgNR 24. GP, 16) handle es sich um einen anscheinend unterlaufenen Tipp- oder Übertragungsfehler ist zu prüfen. So besagt die Regierungsvorlage zu § 3 Z 21:

„Setzt Art. 4 Nummer 23 der Richtlinie 2007/64/EG um. Das Zahlungsinstrument dient zu Initiierung eines Zahlungsvorganges, dessen Durchführung Teil eines Zahlungsdienstes (Lastschriftverfahren, Kartenzahlung, Überweisung etc.) ist, die ein Zahlungsdienstleister anbietet. Sollte der Zahlungsvorgang in Papierform in die Wege geleitet werden, so ist das Papier ein Zahlungsinstrument. § 3 Z 21 sollte im Zusammenhalt mit § 3 Z 19 und Z 23 gelesen werden.“ Dabei handle es sich um eine übernommene Passage aus dem Brief der europäischen Kommission vom 28.03.08 (ebenso übernommen im Guidance for the Implementation of the Payment Services Directive S. 12):

“This definition in the original Commission proposal was meant to include only “payment (verification) instruments”, which would cover physical devices (such as cards or SIM cards) and/ or set of procedures (such as PIN codes, TAN codes, digipass, login/password, etc.) which a payment service user can use to give instructions to his payment service provider in order to execute a payment transaction. This definition should be read together with definitions 19 (“authentication”) and 21 (“unique identifier”). So, a payment instrument is used to initiate a payment transaction whose execution is part of a payment service (a direct debit, a card payment, a credit transfer, etc.). If the payment transaction is initiated by paper, the paper slip itself is not considered as a payment instrument.”

Des Weiteren sei aus den von der Kommission erstellten „Questions and Answers“ zur Richtlinie 2007/64/EG erkenntlich, dass der Regelungsinhalt der Richtlinie Zahlscheine als Zahlungsinstrumente nicht mitumfasse. So laute die Antwort auf die Frage 34 zu Art 4 (23):

„This definition is meant to cover physical devices (such as cards or mobile phones) and/or set of procedures (such as PIN codes, TAN codes, digipass, login/password, etc) which a payment service user can use to give instructions to his payment service provider in order to execute a payment transaction. If the payment transaction is initiated by paper, the paper slip itself is not considered as payment instrument.“

Die zu Frage 34 konkretisierende Antwort der Frage 322 besagt:

„If a payment transaction is initiated on paper, neither the paper slip itself, nor the set of procedures used to initiate the payment transaction, can be considered as a payment instrument as defined in Article 4(23).“

Entgegen der von der beklagten Partei aufgestellten Behauptung Zahlscheine seien eindeutig nicht vom Begriff „Zahlungsinstrument“ umfasst stellt das Gericht fest, dass tatsächlich aus sämtlichen geprüften Materialien hervorgeht, dass das Papierformular selbst (Zahlschein, „paper slip“) kein Zahlungsinstrument darstellt. Ebenso stelle der damit verbundene Verfahrensablauf an sich kein Zahlungsinstrument dar (siehe Antwort zur Frage 322). Dies widerspricht aber nach Ansicht des Gerichts nicht der herrschenden österreichischen Lehre und Rechtsprechung. Der Zahlschein erlangt erst durch seine Autorisierung und Authentifizierung an Hand von personalisierten Merkmalen die Qualifikation des „Zahlungsinstruments“ gemäß Art 4 (23) der Richtlinie 2007/64/EG (Jungwirth in *ecolex* 2010,340; ErläutRV 207 BlgBR 24. GP 15). Folglich verstößt das von der beklagten Partei gesetzte Verhalten gegen § 27 Abs 6 ZaDiG. Die mit dem Verstoß verbundenen Rechtsfolgen ergeben sich aus § 28 Abs 1 KSchG.

Zu den von der beklagten Partei vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken ist folgendes anzumerken: Es ist nicht erkennbar, weshalb die Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG gegen den Gleichheitsgrundsatz bzw gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Eigentums verstoßen sollte. Wie bereits erläutert, stellt § 27 Abs 6 ZaDiG kein Verbot dar, entstehenden Mehraufwand weiterzuerrechnen. Es wird lediglich der Modus der Weiterverrechnung umgekehrt. Anstatt der Forderung von zusätzlichen Gebühren ist der Mehraufwand in den Grundpreis einzurechnen.

Die beklagte Partei verstößt im geschäftlichen Verkehr mit ihrem Verhalten gegen ein gesetzliches Verbot, indem sie entgegen des auf sie anwendbaren § 27 Abs 6 ZaDiG als Zahlungsempfänger von ihren Kunden ein Entgelt bei der Verwendung von Zahlscheinen verlangt, es besteht daher ein Unterlassungsanspruch gemäß § 28 Abs 1 KSchG. Da das inkriminierte Verhalten gegen das gesetzliche Verbot in § 27 Abs 6 ZaDiG verstößt und zweitens die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, als diese bei der Wahl der Zahlungsart von vornherein durch das Zusatzentgelt abgeschreckt und dadurch zur Wahl einer für den

Zahlungsempfänger günstigeren Zahlungsart gedrängt werden um der zusätzlichen Belastung durch das anfallende Entgelt zu entgehen, ist auch der Tatbestand des § 28a Abs 1 KSchG erfüllt. Diese Geschäftspraktik wird von der beklagten Partei bei einer sehr großen Anzahl von Verträgen im Massengeschäft angewendet wodurch in diesem Fall nicht nur die Individualinteressen einzelner Verbraucher, sondern Kollektivinteressen der Verbraucher berührt werden. Da die beklagte Partei nicht bereit war die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung mit einer Konventionalstrafe abzusichern war dem Unterlassungsbegehren im vollen Umfang stattzugeben.

Gemäß § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei bei berechtigtem Interesse auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Im vorliegenden Fall liegt schon deswegen ein berechtigtes Interesse vor, weil die Beklagte mit ihren Geschäftspraktiken einen großen Kreis an Konsumenten im gesamten Bundesgebiet erreicht. Im Verbandsprozess soll die Urteilsveröffentlichung Verbrauchern zudem Gelegenheit geben, sich zu informieren, um vor etwaigen Nachteilen geschützt zu sein (OGH 3 Ob 12/09z, JBl 2009,770). Im vorliegenden Fall könnten Konsumenten Rückforderungsansprüche für eventuell doch geleistete Zusatzgebühren stellen und unabhängig von drohenden Gebühren die von ihnen erwünschte Zahlungsart wählen. Ohne Urteilsveröffentlichung würde sich der Kreis der über diese Möglichkeit informierten Verbraucher deutlich reduzieren, was nachteilige Konsequenzen für diese Verbraucher hätte. Das notwendige berechtigte Interesse für die Urteilsveröffentlichung liegt daher auch in dieser Hinsicht vor. Die Zugesprochene Art der Urteilsveröffentlichung in einem bundesweiten Medium mit hoher Auflagezahl soll sicherstellen, dass möglichst viele Verbraucher über den Verstoß aufgeklärt werden und so ihre Rechte gegenüber der beklagten Partei wahrnehmen können (vgl OGH 2 Ob 153/08a, RdW 2009/720).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 18
Wien, 01. Juni 2011

HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof, Richterin
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG
