



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

4 R 122/11g

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie den Richter Mag. Thomas Rendl und die Richterin Mag. Martina Elhenicky in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **FINANCE LIFE Lebensversicherung AG**, Untere Donaustraße 21, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Georg Braunegg, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert daher EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 20.01.2011, 18 Cg 152/10g-5, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 454,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG befugter Verein.

Die Beklagte ist ein österreichweit tätiges Versicherungsunternehmen. Ihre „Allgemeinen Bedingungen für die Fondsgebundene Lebensversicherung mit unbestimmter Vertragslaufzeit“ (ALB; Stand vor August 2010) enthielten unter § 8.9. nachstehende Klausel:

*„Für durch Sie veranlasste Mehraufwendungen verrechnen wir angemessene Gebühren, und zwar  
- für Prämienzahlungen mittels Zahlschein EUR 2.--  
...“*

In der Praxis hat die Beklagte ihren Versicherungsnehmern nicht EUR 2,-- für Prämienzahlungen mittels Zahlschein verrechnet.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der genannten Klausel oder sinngleicher Klauseln sowie die Berufung auf solche Klauseln, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind, zu unterlassen. Er begehrt darüber hinaus die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils einer bundesweit erscheinenden Ausgabe der „Kronen-Zeitung“.

Der Kläger begründet sein Begehren im Wesentlichen damit, dass die beanstandete Klausel gegen die zwingende Bestimmung des § 27 Abs 6 zweiter Satz Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) verstoße. Danach sei die Einhebung von Entgelten durch die Beklagte als Zahlungsempfängerin im Falle der Nutzung eines bestimmten

Zahlungsinstrumentes verboten. Auch im Falle ihrer Nichtanwendung in der Praxis sei die Klausel unzulässig.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im Wesentlichen ein, sie falle nicht in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (im folgenden: Richtlinie 2007/64/EG) und des ZaDiG, weil sie nicht Zahlungsdienstleisterin sei und ihr Geschäftszweck nicht in der Erbringung von Zahlungsdiensten, sondern im Vertrieb von Versicherungen bestehe. Ein Zahlschein sei in Ermangelung personalisierter Sicherheitsmerkmale auch kein "Zahlungsinstrument" im Sinne des Art 4 Z 23 der Richtlinie 2007/64/EG bzw. des § 3 Z 21 ZaDiG, sondern lediglich ein standardisierter Zahlungsvordruck. Im Lichte des § 41b VersVG sei die Einhebung der Zahlscheingebühr auch gesetzeskonform. Im Übrigen habe sie von der inkriminierten Klausel keinen Gebrauch gemacht und ihren Kunden niemals eine Zahlscheingebühr verrechnet.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Es bejahte die Anwendbarkeit des ZaDiG auf die Beklagte als Zahlungsdienstnutzerin und führte aus, ein vom Zahler ausgefüllter und unterschriebener Zahlschein sei ein Zahlungsinstrument im Sinne des Art 4 Z 23 der Richtlinie 2007/64/EG bzw. des § 3 Z 21 ZaDiG. Die Klausel sei daher im Lichte des § 27 Abs 6 ZaDiG bedenklich. Im Übrigen schloss es sich der Argumentation des klagenden Vereins an.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus dem Berufungsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn

abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der erkennende Senat hat mit Beschluss vom 24.11.2011 das Berufungsverfahren unterbrochen, weil der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 08.11.2011 zu 10 Ob 31/11y dem EuGH mehrere Fragen zu Art 52 Abs 3 der Richtlinie 2007/64/EG zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte. Mit Urteil vom 09.04.2014, Rs C-616/11, hat der EuGH die Fragen des Obersten Gerichtshofs wie folgt beantwortet:

1. Art. 52 Abs. 3 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG ist dahin auszulegen, dass er auf die Nutzung eines Zahlungsinstruments im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Mobilfunkbetreiber als Zahlungsempfänger und seinem Kunden als Zahler Anwendung findet.

2. Art. 4 Nr. 23 der Richtlinie 2007/64/EG ist dahin auszulegen, dass es sich sowohl bei dem Verfahren zur Erteilung eines Überweisungsauftrags durch einen vom Zahler eigenhändig unterschriebenen Zahlschein als auch bei dem Verfahren zur Erteilung eines Überweisungsauftrags im Onlinebanking um Zahlungsinstrumente im Sinne dieser Bestimmung handelt.

3. Art. 52 Abs. 3 der Richtlinie 2007/64/EG ist dahin auszulegen, dass er den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumt, Zahlungsempfängern generell zu untersagen, vom Zahler für die Nutzung eines Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen, sofern die nationale Regelung insgesamt der Notwendigkeit Rechnung trägt, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter

Zahlungsinstrumente zu fördern, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist.

Nach Einlangen der Vorabentscheidung war das Berufungsverfahren nunmehr von Amts wegen fortzusetzen.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Aktenwidrig soll die Feststellung sein, dass die inkriminierte Klausel in den seit August 2010 verwendeten AGB der Beklagten Beilage ./3 enthalten sei.

Dass die beanstandete Klausel in den AGB der Beklagten in der Fassung vor August 2010 enthalten war, ist unstrittig. Der irrtümliche Verweis auf die eine spätere Fassung beinhaltende Beilage ./3 ist daher unbeachtlich.

Ausgehend davon kommt der Rechtsrüge keine Berechtigung zu:

Zunächst beharrt die Beklagte auf ihrem schon in erster Instanz erhobenen Einwand, dass sie die Klausel ihren Kunden gegenüber niemals „verwendet“ habe.

Nach den unbekämpften Feststellungen ist bloß die tatsächliche Verrechnung eines Zahlscheinentgeltes unterblieben, die Klausel war jedoch nach dem unstrittigen Sachverhalt in ihren AGB in der Fassung vor August 2010 enthalten. Soweit die Beklagte daher von einer fehlenden Verwendung der Klausel ausgeht, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt.

Mit Recht weist die Berufungsbeantwortung darauf hin, dass es unbeachtlich ist, ob im geschäftlichen Verkehr ein Rechtsgeschäft unter Verwendung von AGB oder Formblättern, die unzulässige Bedingungen als Vertragsbestandteile enthalten, tatsächlich abgeschlossen wurde; es genügt schon deren drohende Verwendung (RS0065718). Darüber hinaus ist der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, im Verbandsprozess unerheblich (RS0121943).

Auch ein Wegfall der Wiederholungsgefahr scheidet schon deshalb aus, weil die Beklagte noch während des laufenden Verfahrens auf der Zulässigkeit der Klausel beharrte (vgl. OGH 22.06.2011, 2 Ob 198/10x).

Ausgehend von den Ergebnissen des erwähnten Vorabentscheidungsverfahrens hat der Oberste Gerichtshof zu den auch in diesem Verfahren noch relevanten Fragen bereits mehrmals, insbesondere in seinen Entscheidungen vom 17.06.2014, 10 Ob 27/14i, und vom 09.07.2014, 7 Ob 78/14t, ausführlich Stellung genommen. Er kam zu dem Ergebnis, dass der Weg des österreichischen Rechts, die gesonderte Verrechnung etwaiger Zusatzkosten des Gläubigers im Zusammenhang mit der Zahlung gänzlich zu verbieten, es dem Gläubiger aber zu gestatten, solche Kosten bei der Kalkulation seiner Preise mit zu berücksichtigen und zugleich Ermäßigungen für bestimmte (effiziente) Zahlungsinstrumente zuzulassen, weder dem Wortlaut noch dem Zweck der Richtlinienvorgaben widerspricht. Der Gesetzgeber hat die Grenzen seines Ermessens im Sinn des § 52 Abs 3 und des 42. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2007/64/EG nicht überschritten. Er greift damit auch nicht in die Grundrechte des Zahlungsempfängers, insbesondere in dessen Eigentumsrecht, ein. Auch die Beklagte als Versicherer unterliegt § 27 Abs 6 ZaDiG. Eine Klausel, die es erlaubt, von Kunden im Fall der Überweisung von Versicherungsprämien mittels Zahlscheins ein gesondertes Entgelt zu verlangen, widerspricht dem Gesetz (vgl. OGH 09.07.2014, 7 Ob 78/14t).

Der Verweis auf die (ältere) Sonderbestimmung des § 41b VersVG hilft der Beklagten nicht weiter, weil durch § 27 Abs 6 ZaDiG ein für alle Sparten geltendes Sonderzivilrecht für Zahlungsdienste geschaffen wurde. Im Übrigen wurde durch § 41b VersVG in der Fassung des

VersRÄG 2013, BGBl I 12/2013, nunmehr ausdrücklich geregelt, dass das Recht des Versicherers nach dieser Bestimmung nur „vorbehaltlich des § 27 Abs 6 ZaDiG“ gelte.

Der Unterlassungsanspruch des Klägers besteht daher zu Recht.

Zum Veröffentlichungsbegehren wiederholt die Berufung ihren - unbeachtlichen - Standpunkt andersartiger praktischer Handhabung der beanstandeten Klausel.

Der unberechtigten Berufung war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Die Entscheidung über den Wert des Entscheidungsgegenstandes nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO beruht auf der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO), da das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der zitierten Rechtsprechung entschieden hat.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 15. Oktober 2014

**Dr. Curd Steinhauer**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG