

Kal. 9.3.2011

OG Revision  
Gegenseitig?



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

4 R 209/10z

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Richter des Oberlandesgerichtes Mag Hofmann als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichtes Mag Rendl und die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr Hofer-Zeni-Rennhofer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18,1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Werle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **T-Mobile Austria GmbH**, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch die LANSKY, GANZGER + partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 01.06.2010, 18 Cg 14/10p-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **n i c h t** 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 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

Abs 1 KSchG befugter Verein.

Die Beklagte ist einer der bundesweiten Anbieter von Mobiltelefondienstleistungen in Österreich. Sie schließt laufend mit Verbrauchern Telekommunikationsverträge ab und verwendet dabei von ihr stetig aktualisierte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), in welchen sich (Stand: November 2009) folgende Klausel findet:

„§ 23

...

*1.2. Alle Zahlungsarten werden als schuldbefreiend anerkannt, jedoch verrechnen wir Ihnen bei Zahlungen über Zahlschein oder Telebanking ein Bearbeitungsentgelt - der Betrag richtet sich nach den für sie geltenden Tarifbestimmungen.“*

Wenn ein Kunde der Beklagten den Tarif "Call Europe" anmeldet und verwendet, hat er dieser Klausel folgend EUR 3,-- pro Monat zusätzlich zu zahlen, wenn er eine "Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte" wählt. Eine solche Zahlung umfasst insbesondere die Zahlung über Zahlschein oder per Telebanking.

Im Dezember 2009 hatte der Kläger die erwähnte Klausel beanstandet und die Beklagte aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und oder eine sinngleiche Klausel abzugeben. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger begehrt die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung dieser oder einer sinngleichen Klausel sowie die Berufung darauf, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sei, zu unterlassen; weiters begehrt sie von der Beklagten die Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr mit

Verbrauchern Entgelte für die Durchführung von Zahlungen an die Beklagte mit bestimmten Zahlungsarten zu erheben, insbesondere ein Entgelt von EUR 3,-- pro Zahlung für "Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte" sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der Kronen-Zeitung. Die Klausel verstoße gegen zwingende Bestimmungen des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG). Nach dessen § 27 Abs 6 Satz 2 sei die Erhebung von Entgelten durch die Beklagte, die Zahlungsempfängerin iSd § 3 Z 8 ZaDiG sei, im Falle einer Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig. Da die Beklagte in ihrem Tarif „Call Europe“ ein Entgelt von EUR 3,-- für die „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ vorsehe, verlange sie entgegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG ein Entgelt für bestimmte Zahlungsarten, weshalb sie gemäß § 28a Abs 1 KSchG zur Unterlassung verpflichtet sei. Da die Beklagte die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr ebenso laufend verwende, wie sie laufend Entgelte auf die beschriebene Weise verlange und keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe, liege Wiederholungsgefahr vor.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens und erwidert, sie falle nicht unter den Anwendungsbereich des ZaDiG, ein Verstoß gegen das ZaDiG könne ihr demnach nicht zur Last fallen. § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG entspreche nicht der Zahlungsdiensterichtlinie (RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 - ZaDi-RL) und schaffe kein gesetzliches Verbot, sondern als sanktionslose Norm nur eine Obliegenheit. Zudem könne ein Zahlungsempfänger gemäß § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes vom Zahler verlangen.

Folge man der Auslegung des Klägers, stünde diese Bestimmung in einem unlöslichen Widerspruch zu § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG. Ein Zahlschein sei auch in Ermangelung personalisierter Sicherheitsmerkmale kein Zahlungsinstrument im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG, sondern nur ein standardisiertes Formular. § 27 Abs 6 ZaDiG sei auch verfassungswidrig, weil er zu einem Eingriff in die Privatautonomie der Beklagten führe, der weder sachlich und adäquat, noch erforderlich sei. Die Beklagte müsste insbesondere Alt- und Neuverträge unterschiedlich behandeln. Bei Ersteren käme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von effizienten und ineffizienten Zahlungsinstrumenten, weil die Beklagte sowohl demjenigen, der effiziente Zahlungsinstrumente verwende, als auch demjenigen, der ineffiziente Zahlungsinstrumente verwende, den gleichen Preis verrechnen müsste. Da die Beklagte den Schaden selbst tragen müsse, sei dadurch ihr verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum verletzt. Sie werde auch gegenüber Versicherern in sachlich ungerechtfertigter Weise benachteiligt, weil § 41b VersVG ausdrücklich die Erhebung einer Zahlscheingebühr zulasse, wenn sich der Versicherungsnehmer nicht des günstigeren Abbuchungsverfahrens bediene. Wenn der Beklagten als Mobilfunkbetreiberin dieses Recht nicht zustehe, würde dadurch das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Aus diesen Gründen verstoße die Beklagte bei Verrechnung eines Entgeltes von EUR 3,-- beim Tarif „Call Europe“ auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot. Wiederholungsgefahr sei ebenso wenig indiziert wie eine Urteilsveröffentlichung gerechtfertigt, weil die Beklagte sich rechtskonform verhalten werde, sollte der Klage rechtskräftig stattgegeben werden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem

Klagebegehren statt. Auf die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen (§ 5-6 der Urteilsausfertigung) wird verwiesen. Zur Rechtsfrage führte das Erstgericht aus, das Zahlungsdienstegesetz regle im Zusammenhang von Zahlungsdiensten die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern, unter welche auch Zahler und Zahlungsempfänger fielen. Der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränke sich demnach nicht auf Zahlungsdienstleister. Überweisungen in Form von Zahlscheinen und über Telebanking seien unter den Begriff des Zahlungsinstrumentes zu subsumieren, weil bei diesen Zahlungsformen der Zahler individualisiert werde und daher personalisierte Instrumente und Verfahrensabläufe verwendet würden. Es verneinte eine Richtlinienwidrigkeit des § 27 Abs 6 ZaDiG und legte dar, zu dieser Bestimmung stehe auch § 27 Abs 4 leg cit nicht unauflösbar in Widerspruch. Die Beklagte verstoße durch die inkriminierte Klausel und die Verrechnung von EUR 3,-- pro Zahlung für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ gegen das dem entgegenstehenden Verbot des § 27 Abs 6 ZaDiG. Eine Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung liege nicht vor, da ein gelinderes Mittel zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes der Aufrechterhaltung eines fairen Wettbewerbs und einer transparenten Preisgestaltung legislatorisch nicht möglich sei. § 27 Abs 6 ZaDiG gelte für alle Zahlungsempfänger, auch für Versicherer; in Zusammenhang mit § 41b VersVG werde demnach auch nicht der Gleichheitssatz verletzt. Da die Beklagte erst im Falle ihres rechtskräftigen Unterliegens in diesem Verfahren ihr Zuwiderhandeln aufzugeben bereit sei, sei auch das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr zu bejahen. Ohne Urteilsveröffentlichung reduziere sich auch der Kreis jener über das Bestehen von Rückforderungsansprüchen

informierter Betroffener. Es bestehe daher ein berechtigtes Interesse die Verbraucher in einem bundesweit veröffentlichten Medium aufzuklären.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Der Beweisrüge ist keine konkrete bekämpfte Feststellung, welcher eine bestimmte stattdessen zu treffende Ersatzfeststellung unter Anführung konkret darzulegender Erwägungen entgegengehalten wird, zu entnehmen. Diesbezüglich ist die Beweisrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl. RS0041835). Sie releviert in Wahrheit, vom Erstgericht sei überraschend und zu Unrecht als notorisch angenommen worden, dass „mit der Untersagung der Einhebung eines Entgeltes bei Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes für Verbraucher mit unregelmäßigem und niedrigem Einkommen ... individuelle Überweisungen effizienter als automatisierte Einziehungsaufträge“ seien. Diese die Tatsachen seien nicht notorisch, auch der Telekommunikationsmarkt sei nicht besonders umkämpft und der Preis nicht wichtigste Vergleichgrundlage wäre.

Allgemeinkundig sind nach der Rechtsprechung zu § 269 ZPO nur jene Tatsachen, die einer beliebig großen Anzahl von Menschen bekannt oder doch ohne Schwierigkeiten jederzeit zuverlässig wahrnehmbar sind (RS0110714). Da aber darüber hinaus auch die Allgemeinkundigkeit einer Tatsache bezweifelt werden kann

und der Beweis der Unrichtigkeit offenkundiger Tatsachen zulässig ist, sind zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auch offenkundige Tatsachen mit den Parteien zu erörtern; umso mehr muss das für nicht offenkundige Tatsachen gelten (vgl OGH 11.06.2008, 3 Ob 115/08w; RS0040219 [T6]; ähnlich *Rechberger/Rechberger*<sup>3</sup> § 269 ZPO Rz 4 mwN; für die Fälle bezweifelbarer Offenkundigkeit OGH 10.02.2004, 10 ObS 277/03p).

Der Rechtsmittelwerber ist zur Dartuung der abstrakten Eignung des Verfahrensmangels gehalten, wenn die Erheblichkeit des Mangels nicht offenkundig ist (RS0116273 [T1]). Welches konkrete Vorbringen die Beklagte bei Erörterung erstattet hätte, bleibt die Berufung jedoch schuldig, insoferne sie nur darauf verweist, ihr die „Möglichkeit“ zu geben, Vorbringen „zur Wettbewerbsförderung und Effizienz“ zu erstatten. Soweit eine Verfahrensrüge erhoben wurde, ist auch diese nicht gesetzmäßig ausgeführt. Wenn das Fehlen von Feststellungen moniert wird, fällt dies unter den im Rahmen der Rechtsrüge zu behandelnden Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

Das Berufungsgericht übernimmt die erstgerichtlichen Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

1.2. § 28a KSchG erweitert den Anwendungsbereich der

Verbandsklagen auf gesetzwidrige Geschäftspraktiken von Unternehmen im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern. Die Unterlassungsklage ist berechtigt, wenn der Unternehmer durch seine gesetzwidrige Praxis die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt.

2. Der Begriff Zahlung beinhaltet die zweckgerichtete Übertragung von Zahlungsmitteln, in der Regel Bar- oder Buchgeld, durch den Zahler an den Zahlungsempfänger, in der Regel zur Tilgung einer Verbindlichkeit. Der Zahlungsverkehr im weitesten Sinn umfasst alle Zahlungen. Im engeren Sinn gehört zu ihm alle Zahlungen im Rahmen des Geldtransfers an, durch oder unter Einschaltung von Geldinstituten, insbesondere jede Einzahlung von Geld auf ein bzw Auszahlung von Geld von einem Konto eines Geldinstitutes, gegebenenfalls auch unter Einschaltung eines anderen Geldinstitutes, sowie jede Übermittlung eines Geldbetrages durch den Zahler an den Begünstigten mithilfe eines oder mehrerer unabhängiger Zahlungsmittler (vgl *Sprau/Palandt*<sup>70</sup> Einf vor § 675c Rz 1).

2.1. Durch das am 01.11.2009 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz - ZaDiG, BGBl I 66/2009) sollen die sich aus der RL 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt ("Zahlungsdiensterichtlinie" - ZaDi-RL) ergebenden Anforderungen in innerösterreichisches Recht umgesetzt werden (vgl RV 207 der Beilagen XXIV. GP 1). Die Zahlungsdiensterichtlinie verfolgt den Zweck, die Grundlage für einen EU-weiten Binnenmarkt für den Zahlungsverkehr zu schaffen. Neben aufsichtsrechtlichen Elementen sieht sie umfassende zivilrechtliche Anforderungen vor, die für alle Zahlungsdienstleistungen



bis spätestens 31.10.2009 in der Europäischen Union und in den Staaten des europäischen Wirtschaftsraumes in nationales Recht umgesetzt werden mussten. Der EU-Gesetzgeber verfolgt mit der Richtlinie das Ziel, grenzüberschreitende Zahlungen so einfach, effizient und sicher zu machen wie nationale Zahlungen innerhalb eines Mitgliedstaates. Darüber hinaus soll der Wettbewerb dadurch erhöht werden, dass durch die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes neue Anbieter in den Zahlungsverkehrsmarkt eintreten können, was nach den Vorstellungen der EU-Kommission ebenfalls zu höherer Effizienz und geringeren Kosten führen soll. Durch den im wesentlichen unter dem Titel III. und IV. geregelten zivilrechtlichen Teil der Richtlinie soll die Schaffung eines einheitlichen Euro-Zahlungsraums (Single Euro Payment Area - SEPA) flankiert werden, indem EU- bzw. EWR-weit ein einheitlicher Rechtsrahmen dadurch geschaffen wird, dass die von der Richtlinie erfassten PAN-europäischen Zahlungsverfahren einer rechtlichen Vereinheitlichung unterzogen werden. Aufgrund dessen enthält die Richtlinie sehr detaillierte Regelungen und damit enge Vorgaben über die einzelnen Verfahren für den nationalen Gesetzgeber. Erfasst werden davon neben vorvertraglichen vertraglichen Informationspflichten auch Regelungen über Bereitstellung und Handhabung dieser Verfahren, wie zum Beispiel zu Entgelten, zur Autorisierung, zum Widerruf, zum Einsatz entsprechender Zahlungsinstrumente, zu Ausführungsfristen, zu Wertstellungszeitpunkten, zu Leistungsstörungen, zu Erstattungsansprüchen und zur Haftung (vgl. *Rösler/Werner/Erhebliche Neuerungen im zivilen Bankrecht* Umsetzung von Verbraucherkredit- und Zahlungsdiensterichtlinie BKR 2009/1 [6 ff]; *Koch/Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdiensteegesetz* - ein

Überblick/ÖBA 2009, 869 ff). Die Zahlungsdiensterichtlinie dient gemäß ihrem Art 87 - unbeschadet einiger Vorschriften, darunter Art 53 Abs 3 - einer vollständigen Harmonisierung entsprechender Regeln, sodass der nationale Gesetzgeber keinen Spielraum mehr für die Beibehaltung der bisherigen Vorschriften hat (vgl auch *Rösler/Werner/aaO* 7).

2.2.1. In sachlicher Hinsicht gilt die Richtlinie nach dessen Art 2 für Zahlungsdienste, worunter nach Art 4 Z 3 die im Anhang der RL aufgeführte gewerbliche Tätigkeit zu verstehen ist. Nach Z 3 des Anhanges fällt die Ausführung von Zahlungsvorgängen einschließlich des Transfers von Geldbeträgen darunter, wobei der 3. Spiegelstrich ausdrücklich die Ausführung von Überweisungen einschließlich Daueraufträgen nennt. Art 3 ZaDi-RL nimmt gewisse Tätigkeiten, bspw reine Barzahlungen vom Anwendungsbereich heraus. Was den persönlichen Anwendungsbereich betrifft, werden erst nach den aufsichtrechtlichen Vorschriften des II. Teils eingangs des die zivilrechtlichen Rechte und Pflichten bei Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten beinhaltenden III. Teils nach Art 51 einzeln genannten Vorschriften der zwingende Charakter genommen, wenn es sich beim Zahlungsdienstnutzer nicht um einen Verbraucher handelt.

2.2.2. Den Vorgaben der ZaDi-RL entsprechend legt das ZaDiG gemäß seinem § 1, der die Überschrift „Anwendungsbereich“ trägt, die Bedingungen, zu welchen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) ebenso fest, wie Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässigen Zahlungsdienstnutzern oder von in Österreich ansässigen

Zahlungsdienstleistungen erbracht werden. Gemäß § 2 Abs 2 Z 2 lit c ZaDiG fällt das Überweisungsgeschäft, das sind alle Überweisungen und Daueraufträge als dort angeführte Zahlungsvorgänge, unter den Begriff Zahlungsdienste. Unter Zahlungsdienstnutzern sind - wie schon das Erstgericht unwidersprochen darlegt - gemäß der gesetzlichen Definition des § 3 Z 10 ZaDiG Personen gemeint, die einen Zahlungsdienst als Zahler (das ist gemäß § 3 Z 7 ZaDiG eine Person, die Inhaber eines Kontos ist und welche einen Auftrag von diesem erteilt oder gestattet oder eine Person, die ohne Vorhandensein eines Kontos den Auftrag für einen Zahlungsvorgang erteilt) oder Zahlungsempfänger (das ist gemäß § 3 Z 8 ZaDiG eine Person, die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll) oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nehmen. Ähnlich dem Aufbau der ZaDI-RL finden sich auch im ZaDiG erst in die zivilrechtlichen Vorschriften beinhaltenden 3. Hauptstück Vorschriften über die (Un-)Zulässigkeit der Abdingbarkeit zum Nachteil von Verbrauchern (vgl § 26 Abs 6 ZaDiG).

2.3.1. Teil IV der ZaDi-RL regelt zivilrechtliche Rechte und Pflichten bei der Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten. Hervorzuheben sind die Bestimmungen über die Autorisierung von Zahlungsvorgängen (Kapitel 2), worunter gemäß Art 3 Z 19 ZaDi-RL ein Verfahren zu verstehen ist, mit dessen Hilfe der Zahlungsdienstleister die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments, einschließlich seiner personalisierten Sicherheitsmerkmale, überprüfen kann. Nach Art 54 ZaDi-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass eine Zahlungsaufforderung nur dann als autorisiert gilt, wenn der Zahler diesem zugestimmt hat. Diese Autorisierung kann vorher oder nach der Ausführung geschehen (Art 54 Abs 1 ZaDiG). Für diese Zustimmung kann sich der Zahler

eines Zahlungsinstrumentes bedienen, worunter nach der Definition der ZaDi-RL (Art 3 Z 23) jedes personalisierte Instrument und/oder eben personalisierte Verfahrensablauf verstanden wird, das bzw. der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das bzw. der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Auftrag zu erteilen. Art 55 ZaDi-RL sieht vor, dass Zahler und der Zahlungsdienstleister Ausgabenobergrenzen für Zahlungsdienste die durch bestimmte Zahlungsinstrumente ausgeführt werden, vereinbaren können; Art 56 und 57 normieren Pflichten des Zahlungsdienstnutzers bzw. Zahlungsdienstleisters in Bezug auf Zahlungsinstrumente: So hat nach Art 56 Abs 2 ZaDiG der Zahlungsdienstnutzer unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsinstruments insbesondere alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale vor unbefugtem Zugriff zu schützen, den Verlust oder den Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung des Zahlungsinstrumentes hat er dem Zahlungsdienstleister unverzüglich anzuzeigen, sobald er davon Kenntnis erhält. Der Zahlungsdienstleister hingegen hat nach Art 57 ZaDi-RL nach Aufgabe des Zahlungsinstrumentes sicherzustellen, dass die personalisierten Sicherheitsmerkmale des Zahlungsinstrumentes keiner anderen Person als den zur Nutzung des Zahlungsinstrumentes berechtigten Zahlungsdienstnutzer zugänglich sind und darf nicht unaufgefordert ein Zahlungsinstrument zusenden, es sei denn, ein bereits an den Zahlungsdienstnutzer ausgegebenes Zahlungsinstrument müsse ersetzt werden.

2.3.2. Die Umsetzung dieser Vorgaben über die Autorisierung findet sich §§ 34 ff ZaDiG. Nach der Legaldefinition des § 3 Z 21 ZaDiG ist unter

Zahlungsinstrument jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte Verfahrensablauf zu verstehen, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der von Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Auftrag zu erteilen.

2.4. Die weitwendigen Ausführungen, wonach die Verrechnung eines Entgeltes durch die Beklagte mangels ihrer Eigenschaft, Zahlungsdienstleister zu sein und wegen ihres Geschäftszwecks, der nicht im Finanzbereich liege, gemäß § 1 ZaDiG nicht unter den (persönlichen) Anwendungsbereich des (gesamten) Zahlungsdienstegesetzes falle, überzeugen nicht. Zahlungen mit Zahlschein oder mit Telebanking sind als Formen von Überweisungen zunächst ohne jeden Zweifel Zahlungsvorgänge iSd § 1 Abs 2 lit c ZaDiG. Ein bei Verwendung eines bestimmten Zahlungsvorganges vom Zahlungsempfänger eingehobenes Entgelt wird demnach in „Zusammenhang“ mit Zahlungsvorgängen begehrt, welche „Zahlungsdienste“ iSd § 1 Abs 1 ZaDiG sind. Ein von der Berufung aufgezeigter mangelhafter Bezug der Beklagten zu Zahlungsdienstleistern (ON 7, 5) - die Beklagte sei kein Zahlungsinstitut iSv § 1 Abs 3 ZaDiG und damit kein Zahlungsdienstleister iSv § 1 ZaDiG, ihr Geschäftsbetrieb bestehe nicht in der Erbringung von Zahlungsdienstleistungen, ändert am Vorhandensein allein dieses notwendigen Zusammenhanges nichts, weil § 1 ZaDiG eine persönliche Beschränkung aller Vorschriften auf Zahlungsdienstleister nicht zu entnehmen ist. Die Zulässigkeit der Verrechnung eines Entgeltes bei Zahlung mit Zahlschein oder Telebanking durch die Beklagte als Zahlungsempfängerin ist daher an der zivilrechtlichen Vorschrift des § 27 Abs 6 ZaDiG, der dem Zahlungsempfänger eine Pflicht - ein Verbot der Einhebung

eines Entgeltes - im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes auferlegt, bzw an der europarechtlichen Vorgabe des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL zu messen (siehe unten). Da die ZaDi-RL für Zahlungsdienste gilt (Art 2) und darunter wie erwähnt auch die Ausführung von Überweisungen fällt, steht der Anwendbarkeit auch nicht die ZaDi-RL entgegen.

3. Bei Nutzung eines Zahlungsinstrumentes hat der Zahlungsempfänger uU an einen Zahlungsdienstleister besondere Entgelte zu entrichten (zB bei Zahlungskarten der Händler an das Kartenunternehmen), eventuell entstehen ihm aber auch Vorteile (bspw die Vermeidung von Verwaltungsaufwand, schnelle, sichere Zahlung, etc). Der Empfänger wird bestrebt sein, diese Gebühren bzw. Vorteile durch einen Preisaufschlag (sog „Surcharging“) oder einen Preisnachlass an seinen Kunden (Zahler) weitergeben. Der Zahlungsdienstleister (bspw das Kartenunternehmen) hat wegen der Akzeptanz der Karte ein Interesse daran, dass der Zahlungsempfänger von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht.

3.1. Den genannten Vorschriften des 2. Kapitels der ZaDi-RL vorangestellt finden sich im 1. Kapitel des IV. Teils „Gemeinsame Bestimmungen“, ua Art 52 betreffend Entgelte. Nach dessen Abs 3 darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder ihm eine Ermäßigung anzubieten. Die Mitgliedstaaten können jedoch das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern. Wie erwähnt ist die jetzt genannte Bestimmung von der Vollharmonisierung ausgenommen (Art 86 Abs 1 ZaDi-RL). Hintergrund dieser

Regelungen ist Erwägungsgrund (42), welcher lautet:

*„Im Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs sollte der Zahlungsdienstleister den Zahlungsempfänger nicht daran hindern, vom Zahler ein Entgelt zu verlangen. Zwar sollte es dem Zahlungsempfänger freistehen, Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes zu erheben, doch können die Mitgliedstaaten beschließen, eine derartige Praxis zu verbieten oder einzuschränken, wenn dies ihrer Auffassung nach angesichts missbräuchlicher Preisgestaltung oder möglicher nachteiliger Auswirkungen der Preisgestaltung auf die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes gerechtfertigt ist, wobei der Notwendigkeit Rechnung zu tragen ist, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.“*

Unstrittig ist jedenfalls, dass die Mitgliedstaaten nach Art 52 Abs 3 ZaDi-RL Regelungen schaffen können, dass im das Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger Ersterer dem Zahlungsempfänger vertraglich untersagen kann, seinen Kunden (den Zahlern) Preisaufschläge zu verrechnen; die Gewährung eines Nachlasses soll der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht untersagen dürfen. Der deutsche Gesetzgeber hat in Umsetzung der ZaDi-RL durch § 675f (zur Systematik der Umsetzung siehe 3.3.2.) BGB genau diesen Weg gewählt: nach Abs 5 leg cit darf in einem Zahlungsdiensterahmenvertrag zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister das Recht des Zahlungsempfängers, den Zahlern für die Nutzung eines bestimmten Authentifizierungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten nicht ausgeschlossen werden. In das Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler wird durch diese Vorschrift nicht eingegriffen (vgl BGH WM 2010, 1564). Die Vorgabe des Art 52 Abs 3 letzter Satz

ZaDi-RL iVm Erwägungsgrund (42) hindert nicht, dass der innerstaatliche Gesetzgeber nicht auch das Verbot des Surcharging im Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler verbieten kann. Dies ergibt sich eindeutig aus dem zweiten Satz des Erwägungsgrund (42), wonach die Praxis, dass Zahlungsempfänger Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes verlangen, von den Mitgliedstaaten verboten oder eingeschränkt werden kann. Warum dies nur indirekt erfolgen soll, indem den Zahlungsdienstleistern die Möglichkeit gegeben wird, in ihren Verträgen mit den Zahlungsempfängern diesen die Erhebung eines Entgeltes zu untersagen, nicht aber mit einem direkten Surcharging-Verbot im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger, ist nicht ersichtlich. Auch die Berufung bestreitet das nicht grundsätzlich (vgl. ON 7, 13), ihrer Ansicht nach soll dies aber nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein (dazu sogleich).

3.2.3. Von der zuletzt genannten Möglichkeit des Art 52 Abs 3 letzter Satz ZaDiRL, auch im Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler ein Verbot des Surcharging zu normieren, hat der österreichische Gesetzgeber Gebrauch gemacht. Nach der Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG darf zwar der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten. Über die parallele dt Bestimmung des § 675c Abs 5 BGB hinaus ist die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes ist jedoch - mangels Differenzierung - allgemein und demnach auch im Verhältnis Zahlungsempfänger und Zahler - unzulässig.

Diese Bestimmung ist zwingend, sie ist nicht nur im Verhältnis zu einem Zahlungsdienstnutzer, der Verbraucher ist, nicht dispositiv (§ 26 Abs 6 iVm § 27 Abs 6 ZaDiG;



vgl *Leixner/ZahlungsdiensteG* § 26 Rz 23).

Die von der Berufung aufgestellte Forderung, ein von der Ermächtigung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL Gebrauch machender nationaler Gesetzgeber habe die Untersagung der Erhebung von Entgelten sachlich zu rechtfertigen und die Eignung der Maßnahme nachzuweisen (ON 7, 13) lässt sich jedoch dem Erwägungsgrund (42) nicht entnehmen, können die Mitgliedstaaten nach Erwägungsgrund (42) von der Ermächtigung Gebrauch machen, wenn sie „der Auffassung“ ihrer Erforderlichkeit sind. Demgegenüber kann es keinem Zweifel unterliegen, dass das Verbot der Verrechnung zusätzlicher Entgelte für die Verwendung bestimmter Zahlungsinstrumente nach § 27 Abs 6 ZaDiG im Hinblick auf eine wettbewerbsfördernde Transparenz bei Angeboten von Massenunternehmungen geschieht: Wettbewerb iSd Art 52 Abs 3 ZaDi-RL ist nicht auf effiziente Zahlungsinstrumente zu beziehen, sondern als eigenständige Zielvorgabe zu verstehen (vgl *Jungwirth/aaO* Fn 13). Es wird demnach nicht nur auf die Förderung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Zahlungsdienstleistern abgezielt, Gegenteiliges ist der RL nicht zu entnehmen. Der Förderung des Wettbewerbs dient ua ein funktionierendes Preissystem und eine gewisse Markttransparenz. Muss nun das Unternehmen Nebenkosten, die iZm der Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstruments stehen, in das Gesamtentgelt einrechnen, wird damit für den Kunden ein transparenteres Bild seiner vertraglichen Position gewährleistet, werden doch für den Kunden zusätzlich zu entrichtende Entgelte wenn nicht versteckt, so doch an anderer Stelle als die übrigen Entgeltsbestandteile wie Grund- und Gesprächsgebühren angeführt und damit verschleiert. Der Kunde kalkuliert diese Nebenkosten im Regelfall daher nicht in den tatsächlichen Preis für den Vergleich

unterschiedlicher Anbieter mit ein. Ein Verbot iSd § 27 Abs 6 ZaDiG wirkt sich iS einer erhöhten Preistransparenz jedenfalls wettbewerbsfördernd aus (vgl *Jungwirth/aaO*). Auch der zweite in Art 52 Abs 3 ZADiG genannte Zweck der Förderung effizienter Zahlungsinstrumente wird erreicht: Durch eine Belohnung des gewünschten Verhaltens in Form einer Ermäßigung wird das genannte Ziel der Förderung kostengünstiger Zahlungsinstrumente zweifellos besser erreicht als die übliche Bestrafung eines unerwünschten Verhaltens (vgl *Haghofer/Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz/ecolex 2010, 21 [23]*). Gegen die Argumentation der Berufung, Entgelt und Ermäßigung seien gleichwertige zwei Seiten einer Medaille, spricht schon die Vorgabe dieser Unterscheidung durch die ZaDi-RL. Dass mit dem in § 27 Abs 6 ZaDiG festgelegten Verbot, den in Art 52 Abs 3 letzter Satz ZaDi-RL genannten Zwecken der Förderung des Wettbewerbs und eines funktionierenden Preissystems gedient wird, wenn es auf das Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler ausgedehnt wird, wird von der Berufung demnach nicht stichhaltig widerlegt.

3.3. Die Rechtsrüge hält weiters die bereits in erster Instanz vorgetragenen Argumente aufrecht, wonach Zahlscheine bei richtlinienkonformer Auslegung von § 27 Abs 5 ZaDiG iVm mit § 3 Z 21 ZaDiG keine Zahlungsinstrumente seien.

3.3.1. Das Oberlandesgericht Wien hat in seiner Entscheidung vom 07.05.2010, 2 R 18/10x zu dieser Frage unter Bezugnahme auf die bisherigen Stellungnahmen der Lehre Nachstehendes dargelegt:

*„Den Erläuternden Bemerkungen (Erläut RV 207 BlgNr 24.GP 34) zufolge soll durch die Bestimmung Transparenz und Wettbewerb bei der Erbringung von Zahlungsdiensten gefördert und verhindert werden, dass effiziente*

Zahlungsinstrumente auf diese Weise unattraktiv gemacht werden.

Das Verbot des § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG bedeutet jedenfalls, dass keine Mehrgebühren für Zahlungen mittels Bankomat oder Kreditkarte gegenüber einer Barzahlung verlangt werden dürfen (VRInfo 2009 H 11, 3; Haghofer, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, ecollex 2010, 21; Koch, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, ÖBA 2009, 869). Nach der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung erfasst das Verbot auch die bislang üblichen „Erlagscheingebühren“, sodass eine solche Zahlscheingebühr nunmehr gegen § 27 Abs 6 ZaDiG verstößt (Hagmaier, aaO; Koch, aaO; VRInfo 2009 H 11, 3). Diese Auffassung trägt dem eindeutigen Gesetzeswortlaut Rechnung: Ausgehend von der Legaldefinition des Zahlungsinstruments in § 3 Z 21 ZaDiG als „jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte 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“, fällt zweifellos auch die Überweisung mittels Zahlscheines unter diesen Begriff. Die Auffassung von Schopper/Fichtinger (JAP 2009/2010/20), wonach ausgehend von der Überlegung, dass das Verbot einer Zahlscheingebühr dazu führen würde, dass kostenintensivere und weniger effiziente Zahlungsmittel gefördert und für den Zahlungsempfänger effizientere Zahlungsmittel unattraktiv gemacht würden, im Sinne einer am Normzweck orientierten Auslegung vertreten werden könnte, dass der Zahlungsempfänger Kostennachteile, die ihm aufgrund eines bestimmten nachteiligen Zahlungsmittels tatsächlich entstanden sind, im Rahmen

*einer mäßigen Zahlscheingebühr verrechnen kann, überzeugt nicht, steht ihr doch der eindeutige Gesetzeswortlaut und der fehlende Nachweis eines - für die vorgeschlagene teleologische Reduktion erforderlichen - der ratio legis widersprechenden überschießend weiten Gesetzeswortlauts entgegen. Die Zahlscheingebühr verstößt daher gegen § 27 Abs 6 ZaDiG."*

3.3.2. Nach der deutschen Rechtslage haben die aufsichtsrechtlichen Vorschriften der ZaDi-RL ihre innerdeutsche Umsetzung durch Schaffung des Zahlungsdiensteaufsichtsg (ZAG) und durch eine Novellierung des dBWG erfahren, hingegen wurden die privatrechtlichen Vorschriften der ZaDi-RL in einen neu geschaffenen Unterabschnitt des BGB eingefügt (§§ 675c ff), wobei die Begriffsbestimmungen des ZAG und des dBWG gemäß § 675c in das BGB übernommen wurden, wobei die Definitionen der ZaDi-RL weitestgehend in das nationale Recht übernommen wurden (*Sprau/Palandt*<sup>70</sup> § 675c Rz 9). Der innerdeutsche Begriff des Zahlungsinstrumentes des Art 4 Nr 23 ZaDi-RL findet sich in § 1 Abs 5 ZAG; nach dieser Bestimmung ist ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument "jedes personalisierte Instrument oder Verfahren, das zwischen den Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister für die Erteilung von Zahlungsaufträgen vereinbart wird und das vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt wird, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen." Nach den Gesetzesmaterialien sei der in der Richtlinie verwendete Begriff des Zahlungsinstrumentes zumindest missverständlich. Die Verwendung des Begriffes lege nahe, dass die Zahlungstransaktionen als solche von diesem Dienst erfasst seien. Gemeint sei jedoch nicht die Zahlungstransaktion, sondern das Instrument, mit dem sich der Nutzer zur Auslösung eines Zahlungsvorgangs gegenüber

dem Dienstleister als Kunde identifiziert. Ein solches Zahlungsauthentifizierungsinstrument im Sinne des § 1 Abs 5 ZAG könne unter anderem eine Zahlungskarte mit dazugehörigen PIN als sogenanntes personalisiertes Sicherheitsmerkmal sein (BT-Drucks 16/11613, 34). Die Materialien zu § 1 Abs 5 ZAG legen dar, dass mit der dort enthaltenen Definition des Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes Art. 4 Nr 23 der ZaDi-RL umgesetzt werde. Da Art 4 Nr 12 in der englischen Fassung von "payment instrument" spreche und dem deutschen Sprachgebrauch ein anderes Verständnis dieses Begriffes zu Grunde liege, werde der Definition in diesem Gesetz der Begriff Zahlungsauthentifizierungsinstrument zugrundegelegt. Der in der ZaDi-RL verwendete Begriff des Zahlungsinstruments sei nicht zu verwechseln mit dem des Zahlungsmittels wie beispielsweise die Nutzung von Bargeld oder Schecks. Auch seien reine Zahlungsverfahren wie Überweisungen oder Lastschriften keine Authentifizierungsinstrumente; ein Zahlungsauthentifizierungsinstrument im Sinne dieser Definition werde vom Zahlungsdienstnutzer vielmehr bei der Erteilung eines Zahlungsauftrages an seinen Zahlungsdienstleister als Authentifizierungsinstrument eingesetzt. Charakteristisch für ein Zahlungsinstrument sei mithin die Authentifizierung des Zahlungsvorgangs, d.h. die Erteilung eines Zahlungsauftrages unter Verwendung eines personalisierten Sicherheitsmerkmals (BT-Drucks 16/11613, 36).

Nach der deutschen Lehre handle es sich beim Begriff des Zahlungsauthentifizierungsinstruments nach § 1 Abs 5 ZAG im Verhältnis zur ZaDi-RL zwar um keine wort-, aber um eine inhaltsgleiche Definition (Scheibengruber/Zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Verlagerung des Missbrauchsrisikos bei Zahlungsdiensten auf die

Nutzer/BKR 2010, 15 [17]; dass eine abweichende Interpretation nicht ersichtlich sei, finden auch *Caspar/Pfeifle/Missbrauch der Kreditkarte im Präsenz- und Mail-Order-Verfahren*/WM 2009, 2343 [2344]). Nach *Sprau/Palandt*<sup>70</sup> § 675j Rz 6 f werde der Begriff des Zahlungsauthentifizierungsinstruments in den § 675c ff BGB vielfach verwendet, wobei nicht immer die Gesamtheit der das Instrument konstituierenden Bestandteile, sondern nur einzelne Komponenten (Karte, persönliche Sicherheitsmerkmale) angesprochen seien. Ziel eines Zahlungsauthentifizierungsinstruments sei es, durch den Einsatz eines formalisierten Verfahrens, unter Umständen auch unter Beschränkung auf eine bestimmte Art der Kommunikation und den Einsatz von Merkmalen, die nur diesem Nutzer eigen bzw bekannt sind, die Abwicklung eines Zahlungsvorganges zu erleichtern und den zu seiner Ausführung führenden Zahlungsauftrag eindeutig diesem Nutzer als Veranlasser zuordenbar zu machen (ihn zu „authentifizieren“). Dem diene zum einen die Unterschrift des Zahlers, idR in Verbindung mit einem den AGB des Zahlungsdienstleisters vorgeschriebenen Formular (etwa Kreditkartenbeleg im Präsenzgeschäft). Sie werde jedoch immer häufiger ersetzt durch personalisierte Sicherheitsmerkmale, d.h. vom Zahlungsdienstleister den Nutzer zugeteilte und nur diesem bekannte und oder zugängliche Codes bzw. Passwörter. Nicht hierher gehörten Merkmale, die der Zahlungsdienstnutzer zwangsläufig offenbaren müsse, wie Kontonummer und Prüfnr der Karte (aA *Oechsler* WM 2010, 1381 [1383]). Bei Unterschrift, biometrischen Merkmalen und Kodierungen, die auch in anderem Zusammenhang verwendet werden (Bsp: Chipkarte mit allgemeiner Signaturfunktion) sei die Zuordnung zweifelhaft (für Qualifizierung als personalisiertes Sicherheitsmerkmal *Scheibengruber/BKR* 2010, 15 [17]).

Zahlungsauthentifizierungsinstrument sei das Instrument/das Verfahren nur wenn es für die Erteilung eines Zahlungsauftrages genutzt werde, was bei der Kundenkennung nicht der Fall sei, wie nur zur eindeutigen Kennzeichnung und Ermittelbarkeit des Nutzers führe, nicht jedoch zu dessen Authentifizierung. Sprau nennt als Beispiele für Zahlungsauthentifizierungsinstrumente die Nutzung von Karten mit PIN (zB am Selbstbedienungsterminal, am Geldautomaten) und/oder Unterschrift (beleghaftes Verfahren) oder als E-Geld; Online(Direkt)banking mit PIN und TAN oder mit elektronischer Signatur; Telefonbanking mit Kennwort; DFÜ-Überweisungen mit elektronischer Signatur. Demgegenüber fielen reine Zahlungsmittel wie Bargeld oder Schecks ebenso wenig darunter wie der Einsatz von Formularen mit Unterschrift (zB für Überweisungen); insoweit wäre die Anwendung der §§ 675k ff BGB – das sind jene privatrechtlichen, die Rechte und Pflichten der Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer beinhaltenden Bestimmungen – kaum sachgerecht.

3.4. Die zuletzt referierte Stimme der dt Lehre ist überzeugend. Tatsächlich erscheint die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Rechte und Pflichten der Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer auf ausgefüllte und mit der Unterschrift des Zahlers versehene Zahlscheine nicht sachgerecht, würden diesem dann bspw die Meldepflichten iSd Art 56 Abs 1 lit b ZaDi-RL treffen; er müsste etwa den Verlust eines ausgefüllten Zahlscheins dem Zahlungsdienstleister anzeigen; hervorzuheben ist, dass die Zahlscheine oft gar nicht vom Zahlungsdienstleister, sondern vom Empfänger, stammen.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass Zahlscheine bei richtigem Verständnis nicht unter den Richtlinienbegriff „Zahlungsinstrument“ iSd Definition

des Art 4 Nr 23 ZaDI-RL fallen; dies entspricht auch - wie die Berufung richtig aufzeigt (ON 7, 8) - der Ansicht der Kommission (vgl [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/transposition/faq\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf)). Dass jedoch der ebenfalls inkriminierte Zahlungsvorgang in Form des Telebanking als ein Verfahren unter Verwendung von vom Zahlungsdienstleister ausgegebenen personalisierten Sicherheitsmerkmalen (PIN und TAN) unter den Begriff eines Zahlungsinstrumentes der Richtlinie (und demnach auch des ZaDiG) fällt, ist jedoch nicht anzuzweifeln und wird letztlich auch nicht von der Berufung, deren Argumentation diesbezüglich nur auf Zahlscheine abstellt, ernstlich behauptet.

3.5. Daraus folgt jedoch noch nicht, dass mit der Qualifizierung eines in Papierform in die Wege geleiteten Zahlungsvorganges iSd Gesetzesmaterialien (207 Beil XXIV. GP 16) als Zahlungsinstrument ein Verstoß gegen die ZaDi-RL vorliegt, insoweit dem Zahlungsempfänger gemäß § 27 Abs 6 ZaDiG ein Verbot der Erhebung eines Entgelts im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes auferlegt wird. Nach Art 87 Abs 1 ZaDi-RL ist die Bestimmung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung ausgenommen, weshalb innerstaatlich das Recht auf Schaffung eines Verbotes auf die Erhebung von Entgelten nicht nur hinsichtlich Zahlungsinstrumenten iSd ZaDi-RL, sondern auch weiterer Zahlungsvorgänge, bspw Überweisungen mit Zahlscheinen besteht. Es wäre auch nicht verständlich, den Mitgliedstaaten nur bei Zahlungsinstrumenten iSd ZaDi-RL zu gestatten, Zahlungsempfängern das Erheben von Entgelten zu untersagen, nicht aber bei anderen Zahlungsvorgängen, was durch die Herausnahme des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung vermieden wird. Soweit der



österreichische Gesetzgeber unter Zahlungsinstrument iSd Definition des § 3 Z 21 ZaDiG ein über die ZaDi-RL hinausgehendes Verständnis unterlegt, schadet dies beim Verbot des § 27 Abs 6 ZaDiG nicht.

5. Soweit die Berufung auf die Bestimmungen des § 41b VersVG und § 28a UWG abstellt, ist ihr zu entgegen, dass durch die Vorschrift des § 27 Abs 6 ZaDiG als *lex specialis* und *lex posterior* allfällig entgegenstehende Regelungen materiell derogiert werden (ähnlich *Jungwirth/ecolex* 2010, 340). Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt daher nicht vor.

6. Nach Auffassung der Berufung stelle § 27 Abs 6 letzter Satz ZaDiG nur eine Obliegenheit, nicht jedoch ein gesetzliches Verbot dar.

6.1. Die Bestimmungen über die Verbandsklage zielen darauf ab, gesetz- und sittenwidrige Vertragsbestimmungen "aus dem Verkehr zu ziehen" und gesetzwidrige Verhaltensweisen im geschäftlichen Verkehr zu unterbinden. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich wie erwähnt gegen alle gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern vgl *Kathrein/KBB*<sup>3</sup> § 28 KSchG Rz 3).

Als Obliegenheiten bezeichnet man nicht durchsetzbare Verhaltensregeln, deren Nichteinhaltung nicht Schadenersatzpflichtig macht, aber andere negative Rechtsfolgen auslöst (zB Mängelrüge nach § 377 UGB; Schadensminderung nach § 1304; *Kolmasch/Schwimann/Taschenkommentar* zum ABGB § 859 Rz 3).

6.2. Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage im 3. Hauptstück werden sämtliche Rechte und Pflichten der Zahlungsdienstleister, die bei der Erbringung von Zahlungsdiensten zu beachten sind, einschließlich der Haftung gegenüber ihren Kunden festgelegt. Hervorzuheben ist, dass weiters „Rechte und Pflichten beziehungsweise

Obliegenheiten der Zahlungsdienstnutzer“ normiert werden (vgl RV 207 der Beilagen XXIV. GP 31), demnach nicht nur Obliegenheiten. Da unter Zahlungsdienstnutzer wie erwähnt auch Zahlungsempfänger zu verstehen sind, ist alleine die Tatsache, dass die Beklagte kein Zahlungsdienstleister ist, nicht ausschlaggebend, dass § 27 Abs 6 ZaDiG nur eine bloße Obliegenheit sein kann. Dagegen spricht schon die Diktion des Gesetzes, zumal dieser in vergleichbaren Fällen – wie bei den ohne Zweifel das gesetzliche Verbot des § 6 KSchG fallenden Vertragsbestandteilen – gleichfalls die „Unzulässigkeit“ solcher Vertragsbestandteile anordnet (vgl die Überschrift zu § 6 KSchG), ohne – wie von der Berufung gefordert (ON 7, 24) – eigens eine Vollstreckbarkeit anzuordnen. Welche negativen Rechtsfolgen im Falle einer Obliegenheitsverletzung nach § 27 Abs 6 ZaDiG ausgelöst werden sollen, lässt die Berufung offen. Das Fehlen eines entsprechenden Verwaltungsstraftatbestandes hat auf den zivilrechtlichen Charakter keinen Einfluss.

7. Soweit § 27 Abs 4 ZaDiG im Rahmen der dort normierten Informationspflicht noch von der Zulässigkeit eines Entgeltes durch den Empfänger ausgeht, handelt es sich ganz offenkundig um ein Redaktionsversehen:

Wie vom Kläger behauptet hatte die entsprechende Bestimmung über „Entgelte“ im Ministerialentwurf (abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00021/fnameorig\\_148363.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00021/fnameorig_148363.html)) (dort noch § 26) nachstehenden Wortlaut:

#### **„Entgelte**

##### **§ 26.**

...

(4) Entgelte oder Ermäßigungen für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes sind – abgesehen von der

Information im Rahmenvertrag gemäß § 27 Abs. 1 Z 3 - jeweils vor der Auslösung des Zahlungsvorganges (§ 31 Abs. 1), im Falle einer Einzelzahlung innerhalb eines Rahmenvertrages auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers (§ 30 Abs. 1) oder bei Abweichen von den gemäß § 27 Abs. 1 Z 3 gemachten Angaben, mitzuteilen:

1. falls die Entgelte oder Ermäßigungen vom Zahlungsempfänger verlangt oder angeboten werden, dem Zahler;

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

...

(6) Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen oder eine Ermäßigung anzubieten.“

Nach Kritik (vgl S 3 f der Stellungnahme der Bundesarbeitskammer, abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00021\\_10/imfname\\_150732.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00021_10/imfname_150732.pdf)) im Begutachtungsverfahren, wonach der Gesetzgeber nicht von der in Art 52 Abs 3 ZaDiG-RL vorgesehenen Ermächtigung Gebrauch zu machen gedachte, wurde in der Regierungsvorlage (abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I\\_00207/fname\\_159441.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_00207/fname_159441.pdf)) lediglich (nunmehr) § 27 Abs 6 geändert. Die Argumentation der Berufung, der Normenwiderspruch lasse sich entkräften, wenn man § 27 Abs 6 ZaDiG als bloße Obliegenheit betrachtet, scheidet an dessen fehlendem Obliegenheitscharakter.

8. Auch eine Verfassungswidrigkeit in Bezug auf Altverträge vermag die Berufung nicht mit Erfolg aufzuzeigen.

Ein Eingriff in das Eigentum liegt stets dann vor,

wenn ein unter den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff subsumierbares Recht entzogen oder beschränkt wird. Eigentumseingriffe, die keine Enteignung darstellen, sind „bloße Eigentumsbeschränkungen“. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums gewährt nicht bloß Schutz vor dem Entzug des Vollrechts, sondern (jetzt) auch gegen bloße Eigentumsbeschränkungen (vgl. RS0038544). Innerhalb der Eigentumsbeschränkungen ist nach der Gravität der Eingriffswirkung zu differenzieren, und zwar sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen, die für ihre Zulässigkeit verlangt werden, als auch im Hinblick auf allenfalls bestehende Entschädigungspflichten. Dabei ist der Beurteilungsspielraum für den Eigentumsbeschränkungen verfügenden Gesetzgeber größer als bei der Verfügung von Enteignungen. Verfassungsrechtliche Anforderungen für eine Eigentumsbeschränkung sind ein nachweisliches öffentliches Interesse, das die Beschränkung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigt. Dabei kommt dem Staat ein großer Beurteilungsspielraum zu (OGH 19.03.2010, 6 Ob 32/10i mwN). Der Gesetzgeber kann demnach nach ständiger Rechtsprechung verfassungsrechtlich unbedenkliche Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums berührt und soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt, wobei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (RS0118711, RS0038544). Dem einfachen Gesetzgeber steht ein Gestaltungsspielraum verfassungsrechtlich insofern zu, als er in seinen rechtspolitischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen frei ist (RS0053889; RS0117654).

Es besteht kein Zweifel, dass der Gesetzgeber mit der angegriffenen, auf die Förderung des Wettbewerbs und

effizienter Zahlungsinstrumente abzielenden Bestimmung ein öffentliches Interesse verfolgt. Der Eingriff ist auch verhältnismäßig und überschreitet nicht den dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum, zumal es sich bei den Zahlscheingebühren aufgrund der absolut geringen Höhe um keinen ins Gewicht fallende Eigentumsbeschränkung handelt. Ein Eingriff in den Wesenskern des Grundrechtes liegt daher nicht vor.

#### 9. Wiederholungsgefahr

9.1. Ob ein Unterlassungsbegehren berechtigt ist, hängt nicht davon ab, ob sich der Beklagte im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz rechtswidrig verhält, sondern es kommt allein darauf an, ob die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen (Erstbegehungsgefahr, Wiederholungsgefahr) besteht (RS0114254). Bei der Gefahr des Zuwiderhandelns ist zu unterscheiden, ob der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt oder ob er sich bisher rechtmäßig verhalten hat. Im ersten Fall wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde (Wiederholungsgefahr); es ist daher Sache des Beklagten, Umstände zu behaupten und zu beweisen, denen gewichtige Anhaltspunkte dafür zu entnehmen sind, dass der Verletzer ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (vgl OGH 18.11.2008, 4 Ob 171/08p). Er hat daher jene besonderen Umstände darzutun, die eine Wiederholung seiner Handlung als völlig ausgeschlossen oder doch äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl RS0080065). Bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr ist nicht „engherzig“ vorzugehen (RS0010947 ua). Als Indiz für ihr Bestehen ist es auch zu werten, wenn der Beklagte im Prozess seine Unterlassungspflicht bestreitet (RS0012055, insb T3, T5). Bestreitet der Beklagte die Wiederholungsgefahr, so hat er besondere Gründe darzutun,

die eine solche Wiederholung in Zukunft als völlig ausgeschlossen oder doch zumindest als äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. RS0037673 [T3]). Stets ist bei der Beurteilung das Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit maßgebend (vgl. RS0012087). Dabei ist auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz abzustellen (vgl. 4 Ob 360/86; 4 Ob 215/05d ua).

9.2. § 28 Abs 1 KSchG begründet in seinem ersten Satz einen materiellrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung von gesetz- oder sittenwidrigen Bestimmungen in AGB oder Formblättern, der von den in § 29 KSchG genannten Einrichtungen mit Verbandsklage durchgesetzt werden kann. Nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann die Wiederholungsgefahr beseitigt werden. Hiezu kann die zu § 14 UWG ergangene Rechtsprechung herangezogen werden (RS0111637).

9.3. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßender Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, so ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er eine solche Unterlassungserklärung hingegen nicht ab, so wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (OGH 22.04.2010, 2 Ob 1/09z). Es sind dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die im Einzelfall für oder gegen eine solche Sinnesänderung des Verletzers sprechen (RS0079898;

RS0079899 T20, T23). Wer seine Handlung im Prozess verteidigt und weiterhin ein Recht zu diesem Verhalten behauptet, gibt in der Regel schon dadurch zu erkennen, dass es ihm um die Vermeidung weiterer Eingriffe nicht ernstlich zu tun ist. Ein solches Verhalten schadet nur dann nicht, wenn der Beklagte dem Kläger einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen (OGH 08.03.1994, 4 Ob 13/94; vgl auch OGH 28.05.2002, 4 Ob 82/02s).

9.4. Der unverbindliche Verweis, sich im Fall rechtskräftigen Unterliegens rechtskonform verhalten zu wollen (ON 2, 12), ist nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Eine Sinnesänderung der Beklagten trotz ihres Verhaltens im Prozess wäre daher nur anzunehmen, wenn sie der Klägerin einen vollstreckbaren Unterlassungsvergleich mit Ermächtigung zur Vergleichsveröffentlichung angeboten hätte.

#### 10. Urteilsveröffentlichung

Für die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage gilt gemäß § 30 Abs 1 KSchG auch § 25 Abs 3 bis 7 UWG. Somit verfolgt die Urteilsveröffentlichung im Verfahren über eine Verbandsklage nach § 28 KSchG grundsätzlich den gleichen Zweck wie die Urteilsveröffentlichung nach § 25 UWG. Deren Zweck ist es, eine durch den Wettbewerbsverstoß hervorgerufene unrichtige Meinung wieder richtigzustellen und zu verhindern, dass die Meinung weiter um sich greift. Sie dient daher der Aufklärung des Publikums über den Gesetzesverstoß, der auch in Zukunft noch nachteilige Auswirkungen besorgen lässt. Normzweck ist, den entstehenden Schaden gut zu machen und den Verletzten vor weiteren Nachteilen zu

bewahren, nicht hingegen die Bestrafung des Verletzers (OGH 19.11.2008, 3 Ob 180/08d). Das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr beziehungsweise die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetzlich beziehungsweise sittenwidrig sind (RS0079764 [T22]). Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträgen mit der beklagten Partei noch die klagsgegenständlichen Klauseln zugrunde gelegt worden sind (OGH 03.09.2009, 2 Ob 153/08a mwN).

Das Argument der Berufung, auch die begehrte Urteilsveröffentlichung wäre wegen des von der Beklagten zugesagten, zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führenden rechtskonformen Verhaltens nach rechtskräftiger Stattgabe der Klage „rückwärtsgerichtet“ und „vergangenheitsbezogen“ und demnach weder zweckmäßig noch angemessen, geht schon im Hinblick auf den dadurch nicht bewirkten Wegfall der Wiederholungsgefahr (vgl Pkt 8) ins Leere. Auch der Hinweis auf der Klägerin ohnehin zur Verfügung stehende eigene Möglichkeiten der Aufklärung durch mediale Berichterstattung (Presseaussendungen und Artikeln auf Homepage und in der Zeitschrift „Der Konsument“) ist nicht stichhaltig, wird doch eine bloße mediale Berichterstattung dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht (OGH 22.04.2010, 2 Ob 1/09z). Auch wenn die Beklagte mit gutem Grund von der Zulässigkeit ihres



Verhaltens habe ausgehen dürfen, führt dies nicht zur Abweisung des Veröffentlichungsbegehrens, resultiert daraus sogar ein erhöhtes Aufklärungsbedürfnis der Öffentlichkeit, zumal in einem solchen Fall davon auszugehen sein wird, dass diese einem ähnlichen Irrtum unterlag. Dass die Beklagte österreichweit ihre Dienste anbietet und demnach einen weit verbreiteten Kundenkreis besitzt, ist evident. Schon deshalb ist eine österreichweite Urteilsveröffentlichung angebracht.

Der Berufung war demnach ein Erfolg zu versagen.

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

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist zulässig (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO), weil AGB-Klauseln in aller Regel einen größeren Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage darstellt (OGH 07.02.2008, 7 Ob 257/07f).

Oberlandesgericht Wien  
1016 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 25. Jänner 2011

**Mag. Werner Hofmann**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

