



**Handelsgericht Wien**

**Adresse: Marxergasse 1a; 1030 Wien**

**Telefon: 01/ 515 28**

**Fax: 01/ 515 28-576**

**Bitte nachstehende Geschäftszahl  
in allen Eingaben anführen:**

18 CG 14/10 p

RECHTSSACHE:

**Kläger**

Verein für Konsumenteninformation  
Linke Wienzeile 18  
1060 Wien

**vertreten durch:**

Kosesnik-Wehrle & Langer  
Rechtsanwälte KEG  
Ölzeltgasse 4  
1030 Wien  
Tel: +43 1 713 61 92  
Zeichen: SG-10-0005  
FB 214452x  
000000010024

**Beklagter**

T-Mobile Austria GmbH  
Rennweg 97-99  
1030 Wien

**vertreten durch:**

Lansky, Ganzger & Partner  
Rechtsanwälte GmbH  
Rotenturmstraße 29/9  
1010 Wien  
Tel: 533 33 300

**WEGEN:** 41.500,00 EUR samt Anhang (Gewerblicher  
Rechtsschutz/Urheberrecht)

## **Im Namen der Republik**

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seine Richterin HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Koesesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger + Partner Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert € 41.500,00) zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,
  - a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt

und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

*„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.“*

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

b) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, Entgelte für die Durchführung von Zahlungen an die Beklagte mit bestimmten Zahlungsarten zu erheben, insbesondere ein Entgelt von € 3,00 pro Zahlung für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe der bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“ im redaktionellen Teil mit Fettdruckumrandung und mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien, ansonsten in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.
3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 5.025,80 (darin enthalten € 730,80 an USt und € 645,00 an Barauslagen) bestimmten Kosten dieses Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

### **Vorbringen**

Die klagende Partei beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte hiezu vor, sie sei aufgrund von § 29 KSchG aktivlegitimiert. Die Beklagte betreibe das Mobilkommunikationsgeschäft und biete ihre Leistungen bundesweit an. Aufgrund

ihrer Tätigkeit sei die Beklagte Unternehmer iSv § 1 KSchG.

Die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, die im Spruch genannte Klausel. Diese Klausel verstoße gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten (§ 28 KSchG).

Insbesondere verstoße die Klausel gegen zwingende Bestimmungen des Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG). Nach § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG sei die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig. Da die Beklagte Zahlungsempfänger iSd § 3 Z 8 ZaDiG sei, sei die inkriminierte Klausel gesetzwidrig.

Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Interesses der Verbraucher iSd § 28a Abs 1 KSchG liege vor, wenn eine Praxis im Massengeschäft verwendet wird, und sei daher bei der Beklagten, einem großen Mobilfunkbetreiber, jedenfalls gegeben.

Die Beklagte sehe ua in ihrem Tarif „Call Europe“ ein Entgelt für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ von € 3,00 vor. Damit verlange die Beklagte ein Entgelt für bestimmte Zahlungsarten und verstoße im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten gegen § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG.

Im Verbandsprozess scheide eine teleologische Reduktion der inkriminierten Klausel nach stRsp aus.

Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, weil die Beklagte die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr laufend verwende und laufend Entgelte für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ verlange. Zudem sei die Beklagte einer Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG nicht nachgekommen, was Wiederholungsgefahr indiziere.

Es bestehe berechtigtes Interesse der betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten. Aufgrund der hohen Kundenzahl der Beklagten ergebe sich, dass die inkriminierten AGB und damit die inkriminierte Verrechnung von „Zahlscheinentgelten“ zumindest hundertausenden Verträgen zugrunde liege. Daher sei die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einem bundesweit erscheinenden Medium und im Hinblick auf die hohe gebotene Aufklärungsdichte in der Tageszeitung mit der höchsten Auflage, daher in der

„Kronen Zeitung“, notwendig.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und die Ermächtigung, den Spruch des klagsabweisenden Urteils samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, in eventu: auf andere, vom Gericht für angemessen befundene Weise, auf Kosten der Klägerin mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in gleich großer Schrift wie im Fließtext redaktioneller Artikel zu veröffentlichen. Sie wandte ein:

Die Beklagte falle nicht in den Anwendungsbereich des ZaDiG und das ZaDiG sei daher im vorliegenden Fall nicht anwendbar. § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG entspreche zudem nicht der europäischen ZaDi-Richtlinie, weswegen diese Gesetzesstelle bei richtlinienkonformer Interpretation nicht gelte. Sie sei zudem kein „gesetzliches Verbot“, weil sie keine Sanktionsanordnung enthalte, sondern eine bloße Obliegenheit. Somit verstoße die Beklagte auch nicht gegen § 28 Abs 1 KSchG.

Zudem könne ein Zahlungsempfänger gem § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes vom Zahler verlangen. Dieses Recht des Zahlungsempfängers würde in einem unlösbaren Normwiderspruch zu § 27 Abs 6 2.Satz ZaDiG stehen, wenn man der klägerischen Auslegung folgte. Es wäre der Beklagten dann nämlich ein- und dieselbe Sache gleichzeitig verboten und erlaubt.

Weiters sei ein Zahlschein kein „Zahlungsinstrument“ iS des § 3 Z 21 ZaDiG, weil er nicht „personalisiert“ sei, sondern lediglich ein standardisiertes Formular. Es mangle an den personalisierten Sicherheitsmerkmalen. Weiters werde ein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH angeregt, um zu klären, ob ein aus Papier bestehender Zahlschein ein „Zahlungsinstrument“ iS der erwähnten Bestimmungen ist.

Sollte dennoch ein Verstoß gegen § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG geortet werden, so sei diese Bestimmung verfassungswidrig, weil sie zu einem Eingriff in die verbrieft Privatautonomie der Beklagten führe, der weder sachlich und adäquat noch erforderlich sei. Die Beklagte müsste insbesondere Alt- und Neuverträge

unterschiedlich behandeln. Bei Altverträgen käme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung 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, solange der bestehende Vertrag läuft. Den Schaden müsse die Beklagte selbst tragen, was ein Eingriff in ihr verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum sei. Weiters würde die Beklagte auch gegenüber Versicherern sachlich nicht gerechtfertigt benachteiligt, weil § 41b VersVG ausdrücklich die Erhebung einer Zahlscheingebühr zulasse, wenn sich der Versicherungsnehmer nicht des günstigeren Abbuchungsverfahrens bedient. Da der Beklagten als Mobilfunkbetreiberin dies nicht zustehe, sei sie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt.

Sollte der Klage rechtskräftig stattgegeben werden, werde sich die Beklagte rechtskonform verhalten. Eine Wiederholungsgefahr sei daher nicht indiziert, und es gäbe dann auch keinen Anlass zu einer Aufklärung durch Urteilsveröffentlichung. Die negative Urteilsveröffentlichung sei dagegen gerechtfertigt, weil durch eine solche Veröffentlichung die verunsicherten Verbraucher über die richtlinienkonforme Sach- und Rechtslage aufgeklärt würden und ein drohender Imageschaden von der Beklagten abgewendet werden könnte.

Aufgrund des durch Einsichtnahme in Urkunden (Beilagen ./A bis ./C) durchgeführten Beweisverfahrens steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteivorbringens folgender **Sachverhalt** fest:

Die Klägerin ist eine gesetzlich anerkannte Konsumentenschutzeinrichtung.

Die Beklagte ist ein bundesweit operierendes Mobilfunkunternehmen mit mehr als drei Millionen Netzteilnehmern (Blg ./A). Sie schließt laufend mit Konsumenten Telekommunikationsverträge ab und verwendet dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die sie immer wieder aktualisiert. In den aktuellen AGB (Stand November 2009; Blg ./B) findet sich folgende Klausel in § 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 € 3,00 pro Monat zusätzlich zu zahlen, wenn er eine „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ wählt (Blg ./C). Eine solche Zahlung umfasst insbesondere die Zahlung per Zahlschein oder per Telebanking.

Der Aufforderung der Klägerin, hinsichtlich dieser Klausel eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSv § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, kam die Beklagte nicht nach.

### **Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel und ist zwischen den Parteien unstrittig.

### **Rechtlich folgt:**

#### Allgemeines

Die Klägerin ist gem § 29 KSchG für Verbandsprozesse aktivlegitimiert.

Die Passivlegitimation der Beklagten ergibt sich aus ihrer Tätigkeit als Mobilfunkunternehmen, das laufend mit Verbrauchern iSd KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und Verträge unter Verwendung von AGB 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 hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, auf Unterlassung geklagt werden kann. § 28a KSchG erweitert diese Haftung auf sonstige Geschäftspraktiken im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, die ua in Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen oder Zahlungsdiensten gegen ein gesetzliches Gebot

oder Verbot verstoßen und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen (vgl. *Krejci* in Rummel, ABGB, 3. Auflage, Rz 17a ff zu § 28-30 KSchG).

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob die inkriminierte Klausel in den AGB der Beklagten gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher zur Unterlassungsklage berechtigt.

#### Zur Anwendbarkeit des ZaDiG

Das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) legt gem § 1 Abs 1 ZaDiG die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden, sowie den Zugang zu Zahlungssystemen. Unter „Zahlungsdienstnutzer“ ist gem § 3 Z 10 ZaDiG eine Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler oder Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt, zu verstehen. Der „Zahler“ ist nach § 3 Z 7 ZaDiG insbesondere die Person, die Inhaber eines Zahlungskontos ist und die einen Zahlungsauftrag von diesem Zahlungskonto erteilt oder gestattet. Ein „Zahlungsempfänger“ ist gem § 3 Z 8 ZaDiG eine Person, die den bei einem Zahlungsvorgang transferierten Geldbetrag als Empfänger erhalten soll, Schließlich ist ein „Zahlungsvorgang“ gem § 3 Z 5 ZaDiG ein(e) vom Zahler oder Zahlungsempfänger ausgelöste Bereitstellung, Transfer oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von etwaigen zugrunde liegenden Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungsempfänger.

Wenn daher das ZaDiG gem § 1 ua die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer erbracht werden, regelt, so umfasst dies nach der Legaldefinition sowohl die Rechte und Pflichten von Zahlern wie auch die von Zahlungsempfängern. „Zahlungsdienstnutzer“ ist der Oberbegriff für diese beiden Personen. Banken und Zahlungsinstitute werden zwar regelmäßig auch Zahler und Zahlungsempfänger sein, wenn sie in eigenem Namen Geschäfte abwickeln, die

gesetzliche Definition dieser Begriffe beschränkt sich aber nach ihrem klaren Wortlaut nicht auf diese Unternehmen, sondern ist weiter gefasst. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb das ZaDiG nur auf Zahlungsdienstleister anwendbar sein sollte – schließlich regelt es nach § 1 ZaDiG auch die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten. Zahlungsdienstnutzer iSd ZaDiG kann im Wirtschaftsleben jede Person sein, die an einem Zahlungsvorgang als Zahler oder Zahlungsempfänger beteiligt ist, also insbesondere auch Kunden der Beklagten als Zahler und die Beklagte selbst als Zahlungsempfänger, wenn die Kunden ihre monatlichen Rechnungen für in Anspruch genommene Telekommunikationsdienste begleichen.

Das ZaDiG ist daher im vorliegenden Fall anwendbar und stellt Rechte und Pflichten auf, an die auch die Beklagte sich gegebenenfalls zu halten hat, wenn sie als Zahlungsempfänger oder Zahler agiert.

#### Zum Begriff „Zahlungsinstrument“

Ein Zahlungsinstrument ist nach § 3 Z 21 ZaDiG 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.

Für den vorliegenden Fall ist von Interesse, ob auch übliche Zahlscheine aus Papier und Direktüberweisungen über Telebanking unter diesen Begriff fallen. Dabei sind folgende Tatbestandselemente zu prüfen: 1) die Personalisierung des Instruments oder des Verfahrensablaufs; 2) die Vereinbarung zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister; 3) die Einsetzbarkeit durch den Zahlungsdienstnutzer, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen.

Die Tatbestandselemente 2) und 3) sind bei den erwähnten Zahlungsformen unproblematisch zu bejahen. Zwischen Zahlungsdienstnutzern und ihren Zahlungsdienstleistern (idR Banken) ist gerichtsnotorisch vereinbart, dass zur Zahlung Zahlscheine oder Telebankingsysteme verwendet werden können. Dass diese Zahlungsformen in weiterer Folge auch vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden können, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen, ist ebenso unzweifelhaft.

Die Personalisierung des Instruments oder Verfahrensablaufes liegt bei Zahlungsformen wie Kreditkarten auf der Hand, da hier für den Zahler individualisierte Geräte zur Anwendung kommen. Bei Zahlscheinen dagegen werden von allen Zahlern idR einheitliche Formulare verwendet – gleiches gilt bei Telebankingsystemen, bei denen sich eine große Anzahl von Nutzern gleichartiger Online-Formulare und einheitlicher Verfahrensabläufe bedient.

Allerdings wird auch bei diesen Zahlungsformen der Zahler individualisiert, weil ein Zahlschein von ihm mit seinen Daten ausgefüllt und unterschrieben wird, und eine Telebankingüberweisung durch TAN oder TAC-SMS, die bei jedem Nutzer verschieden sind und ihn gegenüber der Bank als Kontoinhaber ausweisen, bestätigt und freigegeben wird.

Somit ist auch das Tatbestandselement 1) bei Zahlscheinen und Telebankingüberweisungen gegeben, weil personalisierte Instrumente und Verfahrensabläufe verwendet werden.

Dieses Auslegungsergebnis findet auch in den Materialien zum ZaDiG (207 der Beilagen zur 24. GP, 16) Deckung. Dort wird ausgeführt, dass ein Zahlungsinstrument zur Initiierung eines Zahlungsvorganges, dessen Durchführung Teil eines Zahlungsdienstes ist, dient. Dabei wird die „Überweisung“ als ein Beispiel für einen derartigen Zahlungsdienst angeführt. Eine Überweisung ist aber nur möglich, wenn dafür entweder ein Zahlschein oder eine Anweisung an die Bank per Telebanking erfolgt. Konsequenterweise halten die Materialien auch unmissverständlich fest: *„Sollte der Zahlungsvorgang in Papierform in die Wege geleitet werden, so ist das Papier ein Zahlungsinstrument.“*

Zahlscheine aus Papier und Telebankingüberweisungen sind daher „Zahlungsinstrumente“ iSd § 3 Z 21 ZaDiG.

#### Zur Auslegung von § 26 Abs 6 ZaDiG und zur Frage der Richtlinienwidrigkeit

Der Zahlungsdienstleister darf gem § 26 Abs 6 ZaDiG dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes ist unzulässig.

Diese Bestimmung geht auf Art 52 Abs 3 der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG

(ZaDi-RL) zurück. Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger demnach 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.

Das Recht auf Erhebung von Entgelten kann nach dem klaren Wortlaut der RL nur so verstanden werden, dass damit das Recht des Zahlungsempfängers gemeint ist, vom Zahler ein Entgelt zu verlangen, wenn dieser bestimmte Zahlungsinstrumente verwendet. Österreich hat mit seiner Umsetzung der ZaDi-RL folglich von der Ermächtigung im 3. Satz des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL Gebrauch gemacht und das Recht auf Erhebung von Entgelten durch Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes untersagt. Die Voraussetzung dafür ist nach der RL, dass damit der Notwendigkeit, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern, Rechnung getragen wird.

Nach den Materialien zum ZaDiG (207 der Beilagen zur 24. GP, 34) darf der Zahlungsempfänger vom Zahler kein Entgelt für die Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes verlangen, damit effiziente Zahlungsinstrumente nicht auf eine solche Weise unattraktiv gemacht werden. Wie die Klägerin zutreffend ausführt, kann nun ein- und dasselbe Zahlungsinstrument in unterschiedlichen Konstellationen effizient oder ineffizient sein. Während bei Zahlungsempfängern mit zahlreichen Geschäftsbeziehungen und einer großen Zahl an Zahlungseingängen, wie die Beklagte einer ist, naturgemäß automatisierte Zahlungsinstrumente wie Einziehungsaufträge besonders effizient sind, muss dies für Verbraucher, die als Zahler auftreten, nicht immer gelten. Vielmehr werden gerade Verbraucher mit unregelmäßigem oder niedrigem Einkommen es vorziehen, Rechnungen erst dann zu zahlen, wenn ihr Konto ausreichend gedeckt ist. Andernfalls käme es zu Kontoüberziehungen und entsprechenden Spesen und Überziehungszinsen. Daher sind für solche Verbraucher individuelle Überweisungen effizienter als automatisierte Einziehungsaufträge, die die beschriebenen Risiken bergen können.

Weiters ist es für Verbraucher wichtig, über möglichst transparente Vergleichsgrundlagen zu verfügen, um eine auf Fakten basierende Kaufentscheidung

treffen zu können. Die wichtigste dieser Vergleichsgrundlagen ist im gerichtsnotorisch besonders umkämpften Telekommunikationsmarkt der Preis für Telekommunikationsdienstleistungen. Nur wenn die Preisgestaltung ausreichend transparent ist, kann ein Verbraucher unter den im Wettbewerb stehenden Anbietern den preisgünstigsten auswählen.

Die Regelung des § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG hat nun zur Folge, dass Zahlungsempfänger keine gesonderten Entgelte dafür verlangen können, wenn Zahler bestimmte Zahlungsinstrumente verwenden. Dies führt dazu, dass etwaige „Bearbeitungsentgelte“ bereits im Grundpreis für die angebotene Ware oder Dienstleistung eingerechnet werden müssen. Sollte der Zahler ein Zahlungsinstrument verwenden, das für den Zahlungsempfänger besonders effizient ist, so kann dieser die Verwendung dieses bestimmten Zahlungsinstrumentes durch gezielte Ermäßigungen fördern. Diese Möglichkeit ist ihm kraft § 27 Abs 6 1. Satz unbenommen. Der „umgekehrte“ Weg, Zahler für die Verwendung bestimmter Zahlungsinstrumente durch gesonderte Entgelte zu sanktionieren und so ihr Verhalten zu beeinflussen, ist dem Zahlungsempfänger dagegen verwehrt.

In wertender Gesamtschau dient dieser Regelungskomplex (auch) dazu, intransparenter Preisgestaltung entgegenzuwirken. Nach dem dargestellten System kann es dem Verbraucher nicht passieren, dass zu dem Grundpreis für die Dienstleistung noch gesonderte Entgelte bei der Zahlung hinzukommen – es kann lediglich vorkommen, dass ihm bei Verwendung von bestimmten Zahlungsinstrumenten eine Ermäßigung eingeräumt wird. Diese Förderung transparenter Preisgestaltung dient aus den oben dargelegten Gründen, gerade auf dem Telekommunikationsmarkt, der Aufrechterhaltung und Förderung des fairen und freien Wettbewerbs.

Der Notwendigkeit, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern, wird daher nach dem gesetzgeberischen Willen und der Gestaltung der Bestimmung Rechnung getragen.

Eine, wie immer geartete, richtlinienkonforme Interpretation der Bestimmung im von der Beklagten dargelegten Sinn ist aber auch deswegen unzulässig, weil eine Interpretation auch im europarechtlichen Zusammenhang nur bis zur Wortlautgrenze

und nicht darüber hinaus erfolgen kann (so auch der EuGH, Rs C-212/04, Rn 110 - Adeneler). Die von der Beklagten angestrebte Auslegung führte allerdings dazu, dass der Wortlaut der Bestimmung geradezu ins Gegenteil verkehrt würde.

Es bliebe lediglich die direkte Anwendung der ZaDi-RL unter Außerachtlassung der österreichischen Bestimmung. Dies ist aber im Verhältnis Privater gegen Privater nach stRsp schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zulässig (vgl etwa EuGH, Rs. C-192/94, Rn 15 – El Corte Inglés).

Im Ergebnis besteht daher kein Anlass, § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG als unanwendbar und gemeinschaftsrechtswidrig zu qualifizieren. Die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH, wie von der Beklagten angeregt, kann daher ebenfalls unterbleiben.

#### Zum Verhältnis von § 27 Abs 4 und § 27 Abs 6 ZaDiG

Die Beklagte ortete in ihrem Vorbringen einen unauflösbaren Normwiderspruch zwischen § 27 Abs 4 und Abs 6 ZaDiG.

§ 27 Abs 4 ZadiG bestimmt im Wesentlichen:

*„Entgelte oder Ermäßigungen 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) oder bei Abweichen von den gemäß § 28 Abs. 1 Z 3 gemachten Angaben, mitzuteilen:*

- 1. falls die Entgelte oder Ermäßigungen vom Zahlungsempfänger verlangt oder angeboten werden, dem Zahler; (...)*“

Die Bestimmung legt also fest, unter welchen Umständen und zu welchen Zeitpunkten wer von wem informiert werden muss, wenn bei der Nutzung von bestimmten Zahlungsinstrumenten Entgelte oder Ermäßigungen verlangt bzw angeboten werden. Ob diese Entgelte und Ermäßigungen verlangt bzw angeboten werden dürfen, bestimmt allerdings der bereits erläuterte § 27 Abs 6 ZaDiG. Dort wird die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger in diesem Zusammenhang ausdrücklich untersagt.

Es mag zwar legislatorisch unsauber sein, eine Informationspflicht für etwas

anzuordnen, dass zwei Absätze später ohnehin untersagt wird – dies ändert aber nichts an der Geltung von § 27 Abs 6 ZaDiG.

Aufgrund ihres unterschiedlichen Gegenstandes (hier die Anordnung einer Informationspflicht, dort die Untersagung einer bestimmten Entgeltserhebung) stehen die beiden Bestimmungen daher nicht in einem Normwiderspruch. Die Ansicht der Beklagten, dass § 27 Abs 4 ZaDiG dem Zahlungsempfänger ein Recht auf Entgeltserhebung einräumen würde, ist dagegen im Wortlaut der Norm nicht unterzubringen.

#### Zur Einordnung von § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG als „Verbot“ iSd § 28 KSchG

Soweit die Beklagte anzweifelt, dass § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG ein „gesetzliches Verbot“ darstellt, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich schon aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung ergibt, dass der Gesetzgeber hier ein bestimmtes Handeln untersagt und damit verbietet (arg „ist unzulässig“).

Die Sanktion für die Übertretung dieser Bestimmung liegt im aus § 28 Abs 1 KSchG fließenden Unterlassungsanspruch bzw der Rückforderbarkeit etwaiger verbotswidriger Zahlungen im Zivilrechtsweg.

#### Zur Verfassungswidrigkeit von § 27 Abs 6 2. Satz

Die von der Beklagten geortete Verfassungswidrigkeit der Bestimmung kann das Gericht im vorliegenden Fall ebenfalls nicht orten.

Die Bestimmung verfolgt – wie oben dargelegt – mit der Aufrechterhaltung fairen Wettbewerbs und transparenter Preisgestaltung ein bestimmtes Ziel, das im öffentlichen Interesse liegt. Dafür ist sie aufgrund der oben angestellten Überlegungen auch geeignet. Ein gelinderes Mittel, um die Erhebung von zusätzlichen Bearbeitungsentgelten durch Zahlungsempfänger zu unterbinden, ist legislatorisch nicht möglich.

Soweit die Beklagte einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz ortet, weil Versicherern gem § 41b VersVG erlaubt werde, was Mobilfunkern verboten sei, so ist sie daran zu erinnern, dass § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG für sämtliche Zahlungsempfänger gilt und Gleiches somit gerade nicht ungleich behandelt wird.

### Wiederholungsgefahr und Unterlassungsanspruch

Die Beklagte verstößt im geschäftlichen Verkehr mit ihren AGB gegen ein gesetzliches Verbot, indem sie entgegen des auf sie anwendbaren § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG als Zahlungsempfänger von ihren Kunden ein Entgelt bei der Verwendung bestimmter Zahlungsinstrumente verlangt. Die Verwendung der inkriminierten Klausel vermittelt daher einen Unterlassungsanspruch gem § 28 Abs 1 KSchG.

Dadurch, dass sie für Zahlungen mit bestimmten Zahlungsarten Zusatzentgelte verlangt, insbesondere ein Entgelt von € 3,00 pro Zahlung für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“, stützt sich die Beklagte auf die inkriminierte und verbotswidrige Klausel. Dies ist ihr nach § 28 Abs 1 2. Satz KSchG aber ebenso untersagt wie die zukünftige Verwendung der Klausel in AGB.

Zudem ist durch die standardisierte Verrechnung von Zusatzentgelten für die „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten auch der Tatbestand des § 28a Abs 1 KSchG erfüllt, weil die Beklagte damit erstens gegen das gesetzliche Verbot in § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG verstößt und zweitens insofern die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, als sie diese Geschäftspraktik bei einer sehr großen Anzahl an Verträgen im Massengeschäft anwendet und damit Auswirkungen für eine große Anzahl von Verbrauchern veranlasst. Es sind daher in diesem Fall nicht nur Individualinteressen einzelner Verbraucher, sondern Kollektivinteressen der Verbraucher berührt (vgl RIS-Justiz RS0121961; RS0121962)

Da die Beklagte selbst angibt, erst bei rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung die Verwendung der inkriminierten Klausel einzustellen, und daher bis dahin mit der Verrechnung von zusätzlichen Bearbeitungsentgelte bei der Verwendung von Zahlscheinen fortfahren wird, ist auch Wiederholungsgefahr unzweifelhaft gegeben.

Dem Unterlassungsbegehren war daher im vollen Umfang stattzugeben.

### Urteilsveröffentlichung

Gem § 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 vorliegen Fall liegt schon deswegen ein berechtigtes Interesse vor, weil die Beklagte mit ihren

Geschäftspraktiken einen sehr großen Kreis von 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, JBI 2009, 770). Im vorliegenden Fall könnten Konsumenten etwa Rückforderungsansprüche für geleistete „Bearbeitungsentgelte“ stellen, denen die Beklagte die inkriminierte Klausel nicht entgegenhalten dürfte. 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 soll mit der Veröffentlichung in einem bundesweiten Medium mit hoher Auflagezahl sicherstellen, dass möglichst viele Verbraucher über den Verstoß aufgeklärt werden und so ihre Rechte gegenüber der Beklagten wahrnehmen können (vgl OGH 2 Ob 153/08a, RdW 2009/720).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt. 18, am 1.6.2010

**HR Dr.Maria Ch. Mautner-  
Markhof  
Richterin**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG