



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hradil als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Dr. Schramm und die Hofrätin Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei T-Mobile Austria GmbH, 1030 Wien, Rennweg 97-99, vertreten durch LANSKY, GANZGER + partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 41.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 25. Jänner 2011, GZ 4 R 209/10z-10, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 1. Juni 2010, GZ 18 Cg 14/10p-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Handen der Klagsvertreter die mit 11.936,34 EUR (darin enthalten 1.989,39 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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 Partei ist einer der bundesweiten Anbieter von Mobiltelefondienstleistungen in Österreich. Sie schließt laufend mit Verbrauchern Telekommunikationsverträge ab und verwendet dabei von ihr

laufend 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 Partei den Tarif „Call Europe“ anmeldet und verwendet, hat er dieser Klausel folgend 3 EUR pro Monat zusätzlich zu zahlen, wenn er eine „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ wählt. Eine solche Zahlung umfasst insbesondere die Zahlung mit Zahlschein oder über Onlinebanking (Telebanking).

Im Dezember 2009 hatte der klagende Verein die erwähnte Klausel beanstandet und die beklagte Partei aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung für diese und/oder eine sinngleiche Klausel abzugeben. Die beklagte Partei kam dieser Aufforderung nicht nach.

Der klagende Verein begehrt mit der vorliegenden Klage die beklagte Partei schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der erwähnten Klausel (§ 23 1.2 der AGB) oder einer sinngleichen Klausel sowie die Berufung darauf, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden seien, zu unterlassen. Weiters begehrt der Kläger von der beklagten Partei, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen,

Entgelte für die Durchführung von Zahlungen an die beklagte Partei mit bestimmten Zahlungsarten zu erheben, insbesondere ein Entgelt von 3 EUR pro Zahlung für „Zahlung ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe des redaktionellen Teils einer Tageszeitung.

Der Kläger brachte im Wesentlichen vor, die inkriminierte Klausel verstoße gegen zwingende Bestimmungen des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG). Nach § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG sei die Erhebung von Entgelten durch die beklagte Partei, die Zahlungsempfängerin im Sinne des § 3 Z 8 ZaDiG sei, im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments unzulässig. Da die beklagte Partei in ihrem Tarif „Call Europe“ ein Entgelt von 3 EUR 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 Partei die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr laufend verwende, Entgelte auf die beschriebene Weise verlange und keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe, liege Wiederholungsgefahr vor.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete im Wesentlichen ein, sie falle weder in den sachlichen noch persönlichen Anwendungsbereich des ZaDiG, weshalb dieses Gesetz im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG entspreche nicht der Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (ZaDi-RL) und schaffe kein gesetzliches Verbot, sondern nur eine Obliegenheit als sanktionslose Norm. Außerdem könne ein Zahlungsempfänger

gemäß § 27 Abs 4 Z 1 ZaDiG vom Zahler Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments verlangen. Folge man der Auslegung des Klägers, stünde diese Bestimmung in einem unlösbaren Widerspruch zu § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG. Ein Zahlschein sei in Ermangelung personalisierter Sicherheitsmerkmale kein Zahlungsinstrument im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG, sondern nur ein standardisiertes Formular. § 27 Abs 6 ZaDiG sei verfassungswidrig, weil er zu einem Eingriff in die Privatautonomie der beklagten Partei führe, der weder sachlich noch adäquat oder erforderlich sei. Die beklagte Partei müsste insbesondere Alt- und Neuverträge unterschiedlich behandeln. Bei Altverträgen könne es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von effizienten und ineffizienten Zahlungsinstrumenten kommen, weil sie sowohl denjenigen, der effiziente Zahlungsinstrumente verwende, als auch denjenigen, der ineffiziente Zahlungsinstrumente verwende, den gleichen Preis verrechnen müsste. Da sie den Schaden selbst tragen müsse, sei ihr verfassungsrechtlich geschütztes Eigentumsrecht verletzt. Sie werde auch gegenüber Versicherern in sachlich ungerechtfertigter Weise benachteiligt, weil § 41b VersVG die Erhebung einer Zahlscheingebühr zulasse, wenn sich der Versicherungsnehmer nicht des günstigeren Abbuchungsverfahrens bediene. Eine Wiederholungsgefahr sei nicht indiziert und eine Urteilsveröffentlichung sei nicht gerechtfertigt, weil sie sich im Falle einer rechtskräftigen Stattgebung des Klagebegehrens rechtskonform verhalten werde. Schließlich begehrte die beklagte Partei ihrerseits eine Urteilsveröffentlichung im Falle der Abweisung des Klagebegehrens.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren

vollinhaltlich statt. Es beurteilte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht dahin, dass das ZaDiG im Zusammenhang von Zahlungsdiensten die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstnutzern, unter welche auch Zahler und Zahlungsempfänger fielen, regle. Der Anwendungsbereich des Gesetzes beschränke sich demnach nicht auf Zahlungsdienstleister. Überweisungen in Form von Zahlscheinen und über Telebanking seien unter dem Begriff des „Zahlungsinstruments“ zu subsumieren, weil bei diesen Zahlungsformen der Zahler individualisiert werde und daher personalisierte Instrumente und Verfahrensabläufe verwendet würden. § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG stehe im Einklang mit der ZaDi-RL und stehe auch zu § 27 Abs 4 ZaDiG in keinem unauflösbaren Widerspruch. Die beklagte Partei verstoße daher durch die inkriminierte Klausel und die Verrechnung von 3 EUR pro Zahlung für „Zahlungen ohne Bankeinzug oder Kreditkarte“ gegen das Verbot des § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG. Eine Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung liege nicht vor, weil ein gelinderes Mittel zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks der Aufrechterhaltung eines fairen Wettbewerbs und einer transparenten Preisgestaltung legislativ nicht möglich sei. § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG gelte für alle Zahlungsempfänger, also auch für Versicherer. Es liege daher im Hinblick auf die Bestimmung des § 41b VersVG keine Verletzung des Gleichheitssatzes vor. Da die beklagte Partei erst im Falle ihres rechtskräftigen Unterliegens in diesem Verfahren ihr Zuwiderhandeln einstellen wolle, sei auch das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr zu bejahen. Schließlich bestehe auch ein berechtigtes Interesse der Verbraucher an der beantragten Urteilsveröffentlichung.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der

beklagten Partei keine Folge. Es verwies zur Frage der Anwendbarkeit des ZaDiG im vorliegenden Fall darauf, dass Zahlungen mit Zahlscheinen oder mit Telebanking als Formen von Überweisungen „Zahlungsvorgänge“ im Sinne des § 1 Abs 2 lit c ZaDiG seien. Ein bei Verwendung eines bestimmten Zahlungsvorgangs vom Zahlungsempfänger eingehobenes Entgelt werde demnach im „Zusammenhang“ mit Zahlungsvorgängen begehrt, welche „Zahlungsdienste“ im Sinn des § 1 Abs 2 ZaDiG seien. § 1 ZaDiG sei keine persönliche Beschränkung aller Vorschriften auf Zahlungsdienstleister zu entnehmen. Da die ZaDi-RL für Zahlungsdienste gelte (Art 2), stehe sie auch der Anwendbarkeit des ZaDiG im vorliegenden Fall nicht entgegen.

Die Mitgliedstaaten könnten nach Art 52 Abs 3 ZaDi-RL Regelungen schaffen, wonach im Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger vertraglich untersagen könne, seinen Kunden (den Zahlern) Preisaufschläge zu verrechnen. Von dieser Möglichkeit habe der österreichische Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG Gebrauch gemacht. Nach dieser Bestimmung dürfe zwar der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Einhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments sei aber unzulässig. Dieses Verbot diene den in Art 52 Abs 3 letzter Satz ZaDi-RL genannten Zwecken der Förderung des Wettbewerbs und eines funktionierenden Preissystems, wenn es auf das Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler ausgedehnt werde.

Abweichend vom Erstgericht vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, dass Zahlscheine keine „Zahlungsinstrumente“ im Sinne des Art 4 Z 23 ZaDi-RL seien. Da nach Art 87 (gemeint: Art 86) Abs 1 ZaDi-RL die Bestimmung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung ausgenommen sei, könne innerstaatlich das Recht auf Schaffung eines Verbots für die Einhebung von Entgelten nicht nur hinsichtlich der „Zahlungsinstrumente“ im Sinne der ZaDi-RL, sondern auch hinsichtlich weiterer Zahlungsvorgänge, beispielsweise der Überweisungen mit Zahlschein, bestehen. Soweit daher der österreichische Gesetzgeber dem „Zahlungsinstrument“ im Sinne der Definition des § 3 Z 21 ZaDiG ein über den Begriff des „Zahlungsinstruments“ im Sinne der ZaDi-RL hinausgehendes Verständnis unterstelle, schade dies dem Verbot des § 27 Abs 6 ZaDiG nicht.

Soweit § 27 Abs 4 ZaDiG im Rahmen der dort normierten Informationspflicht noch von der Zulässigkeit eines Entgelts für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ausgehe, handle es sich ganz offenkundig um ein Redaktionsversehen. § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG beinhalte keine bloße Obliegenheit, sondern ein gesetzliches Verbot, welches auch zum Gegenstand einer Verbandsklage gemacht werden könne. Durch die Vorschrift des § 27 Abs 6 ZaDiG als *lex specialis* und *lex posterior* würden allfällige entgegenstehende Regelungen (§ 41b VersVG, § 28a UWG) materiell derogiert. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liege daher nicht vor. Auch ein unzulässiger Eingriff in das Eigentumsrecht der beklagten Partei liege nicht vor. Der Gesetzgeber verfolge mit der Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG die Förderung des Wettbewerbs und effizienter Zahlungsinstrumente. Der

Eingriff sei verhältnismäßig und überschreite nicht den dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum. Der unverbindliche Hinweis der beklagten Partei, sich im Falle eines rechtskräftigen Unterliegens im gegenständlichen Rechtsstreit in Zukunft rechtskonform verhalten zu wollen, sei nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Auch die von der klagenden Partei begehrte Urteilsveröffentlichung sei gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision zulässig sei, weil AGB-Klauseln in aller Regel einen größeren Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage darstelle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Aktenwidrigkeit mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen bzw ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, weil die Klärung der relevierten Rechtsfragen die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH erforderte. Sie ist aber nicht berechtigt.

Die beklagte Partei macht in ihrer Revision umfangreiche Ausführungen geltend, welche sie selbst in ihrer Einleitung zum Rechtsmittel im Wesentlichen wie folgt zusammenfasst:

Die beklagte Partei falle nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich des ZaDiG, weil sie bei richtlinienkonformer Auslegung kein „Zahlungsdienstleister“

iSd Art 1 ZaDi-RL sei und sie auch keine der in Art 4 Z 3 und im Anhang zur ZaDi-RL aufgelisteten Tätigkeiten („Zahlungsdienste“) ausübe. Ein Zahlschein, mit dem ein Kunde von ihr seine Rechnung bezahle, sei kein „Zahlungsinstrument“, weil das einem „Zahlungsinstrument“ im Sinne des Art 4 Z 23 ZaDi-RL (= § 3 Z 21 ZaDiG) immanente personalisierte Sicherheitsmerkmal und die das „Zahlungsinstrument“ voraussetzende „Authentifizierung“ fehlten. Ein Zahlschein werde aber entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts auch nicht dadurch zu einem „Zahlungsinstrument“, indem § 3 Z 21 ZaDiG in Bezug auf § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG ein „darüber hinausgehendes Verständnis“ unterstellt werde. Würde für Zahlscheine von Kunden der beklagten Partei § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG gelten, würde durch die dadurch gebotene Unzulässigkeit der Verrechnung eines Bearbeitungsentgelts ein unlösbarer Normenwiderspruch zwischen § 27 Abs 6 ZaDiG und der die Verrechnung dieses Entgelts zulassenden Bestimmung des § 27 Abs 4 ZaDiG entstehen. Im Übrigen wären durch eine Geltung des § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG ihr gegenüber ihre verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit und Eigentumsfreiheit verletzt. Insbesondere würde die durch eine Geltung des § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG bedingte Änderung bestehender Verträge (durch Herabsetzung der Preise) ohne Möglichkeit der weiteren Berücksichtigung eines Bearbeitungsentgelts für Zahlscheine einer sachlichen Rechtfertigung entbehren.

Wegen der Nichtanwendbarkeit bzw der Nichtgeltung des ZaDiG ihr gegenüber sei aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (4 Ob 50/00g) das von ihr ihren Kunden verrechnete Bearbeitungsentgelt für Zahlscheine als geringfügig und somit

zur Deckung des damit verbundenen Verwaltungsaufwands angemessen anzusehen. Überdies werde durch dieses Entgelt im Lichte des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL und des 42. Erwägungsgrundes dieser Richtlinie die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente gefördert, ohne dadurch die Förderung des Wettbewerbs zu beeinträchtigen. Da § 27 Abs 6 ZaDiG für sie kein sanktioniertes „gesetzliches Verbot“ im Sinne des § 28 KSchG, sondern laut den Erläuterungen zur Regierungsvorlage lediglich eine sanktionslose „Obliegenheit“ darstelle, scheide die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs durch den beklagten Verein aus.

Aufgrund dieser Ausführungen der beklagten Partei hat der erkennende Senat - auch einer diesbezüglichen Anregung der beklagten Partei folgend - mit Beschluss vom 8. 11. 2011, 10 Ob 31/11y, dem Gerichtshof der Europäischen Union drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Mit seinem Urteil vom 9. 4. 2014, Rs C-616/11, hat der EuGH diese 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. 11. 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 Zahlungsinstrumentes 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 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 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 vorlegenden Gerichts ist.

Unter Berücksichtigung dieser Vorabentscheidung des EuGH ergeben sich somit für den folgenden Fall folgende rechtliche Konsequenzen:

1. Aufgrund der bindenden Rechtsansicht des EuGH ist davon auszugehen, dass Art. 52 Abs. 3 Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG (im Folgenden: RL 2007/64/EG) auf das Zahlungsverhältnis zwischen der beklagten Partei, einem Mobilfunkbetreiber, als Zahlungsempfänger und einem Kunden als Zahler Anwendung findet, durch Zahlschein oder per Onlinebanking eingeleitete Überweisungen Zahlungsinstrumente im Sinne der RL 2007/64/EG darstellen und ein generelles, nicht zwischen verschiedenen Zahlungsinstrumenten differenzierendes Verbot der Einhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger richtlinienkonform ist, sofern die nationale Regelung insgesamt der Notwendigkeit Rechnung trägt, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.

2. In Österreich wurde die RL 2007/64/EG mit dem am 1. 11. 2009 in Kraft getretenen ZahlungsdiensteG (ZaDiG), BGBl I 2009/66, umgesetzt. Ein besonderes Augenmerk wurde dabei auf die richtliniennahe Umsetzung

der Bestimmungen im Sinne einer Maximalharmonisierung gelegt (vgl RV 207 BlgNR 24. GP 1).

2.1 Nach § 27 Abs 6 ZaDiG darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ist unzulässig.

2.2 Nach den Gesetzesmaterialien (RV 207 BlgNR 24. GP 34) setzt die Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG Art 52 Abs 3 der RL 2007/64/EG um. Im Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs soll der Zahlungsdienstleister den Zahlungsempfänger nicht daran hindern, dem Zahler eine Ermäßigung für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments zu gewähren; allerdings darf der Zahlungsempfänger vom Zahler kein Entgelt für die Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstruments verlangen; effiziente Zahlungsinstrumente sollen nicht auf eine solche Weise unattraktiv gemacht werden.

3. Wie der EuGH im gegenständlichen Verfahren ausgesprochen hat, findet Art 52 Abs 3 RL-2007/64/EG auf die Nutzung eines Zahlungsinstruments im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen einem Mobilfunkbetreiber als Zahlungsempfänger und seinem Kunden als Zahler Anwendung. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Bestimmung des § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG, mit welcher die in Art 52 Abs 3 Satz 2 der RL 2007/64/EG erteilte Ermächtigung des Verbots der Entgelteinhebung für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments durch den Zahlungsempfänger umgesetzt wurde. Wie der EuGH weiters ausgesprochen hat, räumt Art 52 Abs 3 der RL 2007/64/EG

den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, 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.

3.1 Wie im gegenständlichen Verfahren der Generalanwalt *M. Wathelet* in seinen Schlussanträgen vom 24. 10. 2013, Rs C-616/11, Rz 70 ff, dargelegt hat, räumt Art 52 Abs 3 der RL 2007/64/EG den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen für die Entscheidung ein, ob und wie sie von der Möglichkeit Gebrauch machen möchten, die Berechnung von Aufschlägen zu verbieten oder zu begrenzen. Nach dem 42. Erwägungsgrund der RL 2007/64/EG „können die Mitgliedstaaten beschließen, [die Berechnung von Aufschlägen] zu verbieten oder einzuschränken, wenn dies ihrer Auffassung nach angesichts missbräuchlicher Preisgestaltung oder möglicher nachteiliger Auswirkungen der Preisgestaltung auf die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments gerechtfertigt ist“. Die Mitgliedstaaten können somit die Praxis der Berechnung von Aufschlägen verbieten oder begrenzen, selbst generell, um den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern oder einer missbräuchlichen Preisgestaltung vorzubeugen.

3.2 In den bereits zitierten Gesetzesmaterialien (RV 207 BlgNR 24. GP 34) wird als Begründung für das in § 27 Abs 6 ZaDiG vorgesehene Verbot der Entgelteinhebung durch den Zahlungsempfänger das Interesse der Transparenz und des Wettbewerbs angeführt. So verhindert das generelle Verbot der Berechnung von Aufschlägen, dass ein Unternehmen vom Kunden bei der Nutzung eines bestimmten

Zahlungsinstrumenten einen höheren Endpreis als den mitgeteilten fordert, den der Kunde mit anderen Preisangeboten vergleicht, da die Verbraucher für ihre Entscheidung, ein bestimmtes Abonnement zu kaufen, die Preise und nicht die Entgelte für die Nutzung von Zahlungsinstrumenten vergleichen. Hinsichtlich der Förderung der Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente ist zu berücksichtigen, dass Art 52 Abs 3 zweiter Satz der RL 2007/64/EG nicht definiert, welche Zahlungsinstrumente als effizient zu fördern sind. Ob ein Zahlungsinstrument effizient ist, ist aber aus Sicht des Zahlers und des Zahlungsempfängers oft unterschiedlich zu beurteilen, da manche Zahlungsinstrumente zwar für den Zahler, nicht aber für den Zahlungsempfänger effizient sind. So können beispielsweise Zahler aus Gründen, die mit der Art ihres Bankkontos oder ihrem Wunsch, die Rechnung vor der Zahlung zu prüfen, zusammenhängen, die Überweisung dem Lastschriftverfahren vorziehen. Daraus folgt, 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 mitzuberechnen und zugleich Ermäßigungen für bestimmte (effiziente) Zahlungsinstrumente zuzulassen, weder dem Wortlaut noch dem Zweck der Richtlinienvorgabe widerspricht (vgl. *P. Bydlinski*, Die „Zahlscheingebühr“ in FS Fenyves [2014] 75). Der österreichische Gesetzgeber hat daher die Grenzen des Ermessens, das ihm in Art 52 Abs 3 der RL 2007/64/EG und im 42. Erwägungsgrund dieser Richtlinie eingeräumt worden ist, nicht überschritten. Im Übrigen kann eine Vorschrift wie § 27 Abs 6 ZaDiG dadurch, dass sie Regeln und Praktiken vorschreibt, die zu einer Ausübung der

Berufsfreiheit unter Achtung des Wettbewerbs, der Effizienz und der Verbraucher notwendig sind, nicht die Grundrechte eines Zahlungsempfängers, insbesondere sein Eigentumsrecht und sein Recht auf Berufsfreiheit, die in den Art 15 und 17 GRC enthalten sind, beeinträchtigen (vgl die Ausführungen des Generalanwalts *M. Wathelet* in seinen Schlussanträgen vom 24. 10. 2013, Rs C-616/11 Rz 75 und 88).

4. Die in den Revisionsausführungen der beklagten Partei umfangreich relevierte Frage, ob es sich beim „Zahlschein“ um ein „Zahlungsinstrument“ im Sinne der RL 2007/64/EG bzw des § 3 Z 21 ZaDiG handelt, wurde vom EuGH dahin entschieden, 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 des Art 4 Nr 23 der RL 2007/64/EG - und damit auch um „Zahlungsinstrumente“ im Sinne des im Wesentlichen gleichlautenden § 3 Z 21 ZaDiG - handelt.

5. Dem weiteren Einwand der beklagten Partei, § 27 Abs 4 ZaDiG gehe im Rahmen der dort normierten Informationspflicht noch von der Zulässigkeit eines vom Zahlungsempfänger verlangten Entgelts aus, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass es sich dabei um ein offenkundiges Redaktionsversehen handelt. § 27 Abs 4 ZaDiG sieht eine Mitteilungspflicht in Bezug auf „Entgelte oder Ermäßigungen für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments“ vor, wobei in der Z 1 leg cit neben Ermäßigungen ausdrücklich auch vom Zahlungsempfänger verlangte Entgelte erwähnt werden. Dabei handelt es sich aber bloß um ein Redaktionsversehen. Die

Informations- bzw Mitteilungspflicht des Zahlungsempfängers gemäß Art 50 Abs 1 RL 2007/64/EG wurde im nationalen Recht schlicht fortgeschrieben, ohne zu beachten, dass es aufgrund des ganz bewusst normierten Entgeltausschlusses (in Wahrnehmung der Ermächtigung des Art 52 Abs 3 Satz 2 der RL 2007/64/EG) diese Fallgruppe nicht (mehr) gibt (*P. Bydlinski*, Die „Zahlscheingebühr“ aaO 78).

6. Auch der Einwand der beklagten Partei, wonach § 27 Abs 6 letzter Satz ZaDiG mangels verwaltungsrechtlicher Sanktion nur als Obliegenheit und nicht als gesetzliches Verbot zum Tragen komme, trifft, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht zu. Wie bereits oben dargelegt wurde, ist die beklagte Partei als Zahlungsempfängerin dem § 27 Abs 6 ZaDiG normunterworfen. § 27 Abs 6 ZaDiG erklärt eindeutig ein bestimmtes Handeln für unzulässig. Der Unterlassungsanspruch der klagenden Partei ergibt sich daher, soweit sich die Unzulässigkeit bestimmter Bearbeitungsentgelte ergibt, aus § 27 Abs 6 ZaDiG iVm § 28 bzw § 28a KSchG (vgl *Harrich*, ZaDiG [2011] 114).

7. Der Argumentation der beklagten Partei, § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG würde sie gegenüber Versicherern sachlich nicht gerechtfertigt benachteiligen, weil diese gemäß § 41b VersVG die Einhebung einer Erlagscheingebühr zulassen würde, ist zunächst entgegenzuhalten, das seit dem Inkrafttreten des VersRÄG 2013, BGBl I 2013/12, mit 1. 1. 2013 auch in § 41b VersVG klargestellt ist, dass das Verbot des § 27 Abs 6 ZaDiG auch im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zur Anwendung gelangt. Danach darf der Versicherer - vorbehaltlich des § 27 Abs 6 ZaDiG - neben der Prämie nur solche Gebühren verlangen, die der Abgeltung von Mehraufwendungen dienen,

die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind; die Vereinbarung davon abweichender Nebengebühren ist unwirksam.

7.1 Für den Zeitraum zwischen 1. 11. 2009 (Inkrafttreten des ZaDiG) und 1. 1. 2013 (Inkrafttreten des VersRÄG 2013) ist nach zutreffender Rechtsansicht des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG im Verhältnis zu § 41b VersVG als *lex specialis* und *lex posterior* allfällig entgegenstehenden Regelungen materiell derogiert. Insoweit bestehen daher wertungsmäßig keine Besonderheiten bei Zahlungen an Versicherungen. Es ist daher auch in Versicherungsverträgen, die ab dem 1. 11. 2009 abgeschlossen wurden, die Vereinbarung von Sonderentgelten für bestimmte Zahlungsvorgänge unwirksam (*P. Bydlinski*, Die „Zahlscheingebühr“ aaO 79 f). Es liegt somit auch die von der beklagten Partei in diesem Zusammenhang wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes geltend gemachte Verfassungswidrigkeit des § 27 Abs 6 ZaDiG nicht vor. Eine angebliche Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung im Hinblick auf § 28a Abs 1 UWG ist für den erkennenden Senat im Hinblick auf den völlig unterschiedlichen Zweck der beiden Verbotsnormen nicht nachvollziehbar.

8. Dem weiteren Vorbringen der beklagten Partei, § 27 Abs 6 ZaDiG verstoße in Bezug auf sogenannte „Altverträge“ gegen die Eigentumsfreiheit, hat bereits das Berufungsgericht zutreffend entgegengehalten, dass der Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung verfassungsrechtlich unbedenkliche Eigentumsbeschränkungen verfügen kann, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums berührt und somit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt, wobei der Grundsatz der

Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (RIS-Justiz RS0118711; RS0038544). Dem einfachen Gesetzgeber steht ein Gestaltungsspielraum verfassungsrechtlich insofern zu, als er in seinen rechtspolitischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen frei ist (RIS-Justiz RS0053889; RS0117654). Mit der auch auf die Förderung des Wettbewerbs abzielenden Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG verfolgt der Gesetzgeber ein öffentliches Interesse. Der Eingriff überschreitet nicht den dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum. Ein Eingriff in den Wesenskern des Grundrechts des Eigentums liegt nicht vor.

9. Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung auch das Vorliegen der Wiederholungsgefahr zutreffend bejaht, sodass auf diese Ausführungen verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Die beklagte Partei wurde vor Einleitung des Verfahrens vom Kläger abgemahnt und hat auf Aufforderung keine mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung (§ 28 Abs 2 KSchG) abgegeben. Sie verteidigt auch im gegenständlichen Verfahren die Zulässigkeit der Klausel, sodass die ernstliche Besorgnis, dass sie weiterhin derartige Klauseln verwendet, gegeben ist. Der bloße Hinweis, sich im Fall rechtskräftigen Unterliegens künftig rechtskonform verhalten zu wollen, ist nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

10. Gemäß § 30 Abs 1 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. Das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als

Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RIS-Justiz 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 Verträge mit der beklagten Partei noch die klagsgegenständlichen Klauseln zugrundegelegt worden sind (2 Ob 153/08a mwN).

10.1 Im vorliegenden Fall ist aufgrund der starken Verbreitung der AGB der beklagten Partei das berechtigte Interesse der klagenden Partei an der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung jedenfalls zu bejahen. Ob die beklagte Partei gute Gründe haben konnte, von der Zulässigkeit ihrer Vorgangsweise auszugehen, ist bei der Beurteilung des (verschuldensunabhängigen) Unterlassungsanspruchs nach § 28 KSchG ebenso irrelevant wie bei der Beurteilung des berechtigten Interesses der klagenden Partei an der Urteilsveröffentlichung.

11. Die von der beklagten Partei auch geltend gemachten Aktenwidrigkeiten liegen, wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat, nicht vor (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO).

Der Revision war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens - einschließlich des als Zwischenstreit anzusehenden Verfahrens vor dem EuGH (RIS-Justiz RS0109758) - gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens ist Sache des nationalen

Gerichts. Auch dabei sind die nationalen Kostenbestimmungen anzuwenden (17 Ob 7/10v ua). Mangels abweichender Bestimmung sind daher die Kosten der Beteiligung der klagenden Partei am Verfahren vor dem EuGH nach TP 3C RATG zu bestimmen. Auf § 8 Abs 1 AHK, der für die hier maßgeblichen Leistungen den doppelten Betrag dieser Tarifpost vorsieht, kann der begehrte Kostenersatz dem Prozessgegner gegenüber (§ 1 Abs 2 RATG) nicht gestützt werden (4 Ob 98/09d mwN). Der Kostenzuspruch für die beiden Schriftsätze ergibt sich aus der Anwendung des (einfachen) Satzes nach TP 3C RATG. Nur für die Teilnahme an der Verhandlung vor dem Gerichtshof gebührt das zweifache Honorar nach TP 3C RATG (17 Ob 3/10f).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. Juni 2014
Dr. H r a d i l
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG