



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-10-0036
FB 214452x
000000010489

Beklagter

FINANCE LIFE Lebensversicherung AG
Untere Donaustraße 21
1020 Wien

vertreten durch:

Dr. Georg BRAUNEGG Rechtsanwalt
Elisabethstraße 15
1010 Wien
Tel: 587 07 07

Fb 135700i

Wegen: 36.000,00 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 RA Dr. Stefan Langer, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, wider die beklagte Partei, FINANCE LIFE Lebensversicherung AG, Unterer Donaustraße 21, 1020 Wien, vertreten durch RA Dr. Georg Braunegg, Elisabethstrasse 15, 1010 Wien, wegen € 36.000,00 sA zu Recht:

1.) Die Beklagte 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 Klauseln:

§ 8.9 ALB: Für durch Sie veranlasste Mehraufwendungen verrechnen wir angemessene Gebühren, und zwar

- *für Prämienzahlungen mittels Zahlschein EUR 2,-*
- *(...)*

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) der klagenden Partei die Kosten des Verfahrens in Höhe von EUR 5.007,08 (darin enthalten EUR 3.634,40 Verdienst, Fahrkosten EUR 4,--, USt in Höhe von EUR 362,90 und Pauschalgebühren in Höhe von EUR 641,00, binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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 des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Vorbringen:

Die klagende Partei beehrte wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte hiezu vor

auf Grund von § 29 KSchG aktivlegitimiert zu sein. Die beklagte Partei betreibe das Versicherungsgeschäft, biete ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an und sei zu FN 135700i im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokolliert. Auf Grund ihrer Tätigkeit sei die Beklagte Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG und trete in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt.

Hierbei verwende sei in Allgemeinen Geschäftsbedingungen („Allgemeine Bedingungen für die Fondsgebundene Lebensversicherung mit unbestimmter Vertragslaufzeit“, Stand 11.09), die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, die im Spruch genannte Klausel. Diese Klausel verstoße gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten (§ 28 KSchG).

Die Möglichkeit, bei Prämienzahlungen mittels Zahlschein eine Gebühr vom Versicherungsnehmer iHv EUR 2,-- zu verlangen verstößt gegen (gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG) zwingende Bestimmungen des ZaDiG, da § 27 Abs 6 2. Satz ZaDiG vorsieht, dass die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig sei. Da die Beklagte Zahlungsempfänger iSd § 3 Z 8 ZaDiG sei, sei die inkriminierte Klausel gesetzwidrig.

Die Wiederholungsgefahr sei aufrecht, weil die Beklagte die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwendet. Ebenso sei die Beklagte der Aufforderung eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben nicht nachgekommen. Die beklagte sei bereit gewesen den Unterlassungsanspruch anzuerkennen, aber habe sich geweigert eine mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abzugeben. Dies sei gem § 28 Abs 2 KSchG nicht ausreichend um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern. Daher sei die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einem bundesweit erscheinenden Medium und im Hinblick auf die hohe gebotenen Aufklärungsdichte in der Tageszeitung mit der höchsten Auflage, in einer Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ notwendig.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte das Klagsbegehren und die beantragte Ermächtigung kostenpflichtig abzuweisen.

Die von der klagenden Partei beanstandete Klausel werde von der Beklagten nicht verwendet, da bis dato nie einem Versicherungsnehmer tatsächlich ein Betrag von EUR 2,-- für Prämienzahlungen mittels Zahlschein verrechnet worden sei. Eine Unterlassungsklage gemäß § 28 Abs 1 KSchG sei aber nur dann zulässig, wenn die bekämpfte Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch tatsächlich verwendet wird.

Des Weiteren bringt die Beklagte vor, dass auf die von der Beklagten geschlossenen Versicherungsverträge das Versicherungsvertragsgesetz (VersVG) anzuwenden sei. Gemäß § 1 Abs 2 VersVG habe der Versicherungsnehmer die vereinbarte Prämie zu entrichten, wobei gemäß § 36 Abs 1 die Prämien auf Gefahr und Kosten des Versicherungsnehmers dem Versicherer (Beklagten) zu übermitteln seien. In diesem Zusammenhang erlaube § 41b VersVG dem Versicherer neben den Prämien nur solche Gebühren zu verlangen, die der Abgeltung von Mehraufwendungen dienen, die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind. Mit der klagsgegenständlichen Klausel werde kein Entgelt für die Nutzung eines Zahlscheines eingehoben, sondern es sei lediglich möglich die gemäß § 41 VersVG zulässigen Mehraufwendungen für postalische Zahlschein-Vorschreibungen der laut Versicherungsvertrag fälligen Prämie weiterzuerrechnen.

Im Bezug auf die weiterhin bestehende Geltung des § 41b VersVG wird von der Beklagten darauf verwiesen, dass im 5. Hauptstück des ZaDiG durch den Gesetzgeber keine Änderung des VersVG normiert worden sei. Ebenso ergebe sich im Fall einer Aufhebung des § 41 VersVG durch das ZaDiG, dass im Fall der klagsgegenständlichen Klausel die Finanzmarktaufsicht (FMA) im Sinne § 104 VAG, zur Wahrung der Interessen der Versicherten, aktiv geworden sei. Dies sei allerdings niemals geschehen. Daraus ergebe sich klar und deutlich, dass § 41b VersVG nach wie vor in Geltung sei. Selbst im Falle eines Widerspruchs der Bestimmungen des ZaDiG und § 41b VersVG, stelle § 41b VersVG die speziellere Norm dar.

Sicherheitshalber wird von der Beklagten im Zusammenhang mit dem ZaDiG des Weiteren vorgebracht, dass ein Zahlschein kein Zahlungsinstrument im Sinne des ZaDiG sei und somit § 27 Abs 6 ZaDiG im gegebenen Fall nicht greifen würde. Dieser Umstand ergäbe sich daraus, dass es sich beim ZaDiG um die innerstaatliche

Umsetzung der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG handle. Folglich sei der europarechtliche Hintergrund der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG (die Beklagte verweist auf Art 52 Abs 3 und Art 42 der Richtlinie) und die zur Richtlinie von der Europäischen Kommission erlassene Liste mit Fragen und Antworten (vorrangig angeführt Frage 34 und Frage 322) mit einzubeziehen. Aus diesen ergebe sich, laut der Beklagten, dass ein Zahlschein weder ein „physical device“ noch ein „set of procedures“ im Sinne des Art 4 Abs 23 der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG sei.

Die Beklagte verweist ebenso auf die Feststellung von *Görg/Valachar* (ecolex 2010, 651ff) das bei der Übernahme einer Auslegungshilfe der Kommission in den erläuternden Bemerkungen (EB) zur Regierungsvorlage (207 BlgNR 24. GP, 16) gerade bei diesem Satz der Buchstabe „k“ entfallen sei und es anstatt **ein** Zahlungsinstrument – **k-ein** Zahlungsinstrument heißen sollte. In Kombination hiezu lasse sich in den Materialien zu ZaDiG kein Hinweis, Motiv oder Beweggrund für eine vom österreichischen beabsichtigte Andersregelung finden. Deshalb sei davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber die Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG eins zu eins umsetzen wollte. Daher werde von der Beklagten ein Vorabentscheidungsverfahren vorm EuGH angeregt um zu klären, ob ein aus Papier bestehender Zahlschein ein „Zahlungsinstrument“ im Sinne der erwähnten Bestimmungen ist.

Für den Fall, dass die Bestimmungen des ZaDiG die Bestimmung des § 41b VersVG dennoch derogieren sollten und ein Verstoß gegen § 27 Abs 6 ZaDiG vorliegen sollte bringt die Beklagte vor, dass die Beklagte als Versicherungsunternehmen auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen des VersVG bis dato immer darauf vertrauen könnte, dass ein Mehraufwand den ihre Versicherungsnehmer verursachen diesen weiterverrechnet werden darf. Sollte dies plötzlich nicht der Fall sein liege auf Grund fehlender Übergangsbestimmungen ein schwerer, verfassungswidriger, den Gleichheitsgrundsatz verletzender Eingriff in die Rechtsposition der Beklagten vor. Der plötzliche Wegfall der Möglichkeit einen Mehraufwand den Versicherungsnehmern in Rechnung zu stellen würde eine erhebliche Vermögensbelastung für Versicherungsunternehmer mit sich bringen, die unter Bedachtnahme auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Versicherungswirtschaft insgesamt wirtschaftlich unzumutbar sei, sodass die mit Inkrafttreten des ZaDiG eintretende

Eigentumsbeschränkung auf Grund des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Achtung des Eigentums unzulässig ist.

Im Bezug auf die vorgeworfene Wiederholungsgefahr wendet die Beklagte ein, dass bis dato keinem Versicherungsnehmer ein Entgelt für ein bestimmtes Zahlungsinstrument vorgeschrieben werde, sodass bereits aus diesem Grund keine Wiederholungsgefahr vorliege. Des Weiteren sei von der Beklagten über Aufforderung der klagenden Partei vor Klageeinbringung eine Unterlassungserklärung abgegeben worden.

Ähnlich verhalte es sich im Fall der beantragten Urteilsveröffentlichung. Es bestehe hiebei kein rechtliches Interesse an einer Urteilsveröffentlichung, da bis dato Versicherungsnehmern weder ein Entgelt für ein bestimmtes Zahlungsinstrument vorgeschrieben werde noch würde und die Urteilsveröffentlichung im Verbandsprozess darauf abziele den Verbraucher zu informieren, damit dieser sich vor einem etwaigen Nachteil schützen bzw. Rückforderungsansprüche für bereits geleistete unzulässige Entgelte stellen könne. Die Urteilsveröffentlichung hätte in diesem Fall weder positive noch negative Folgen für den Verbraucher, sodass ein berechtigtes Interesse in keiner Weise gegeben sei.

Auf Grund des durch Einsichtnahme in die Urkunden (Beilagen ./A bis ./B und der Beilagen ./1 bis ./3) durchgeführten Beweisverfahrens steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteivorbringens folgender **Sachverhalt** fest:

Die Klägerin ist eine gesetzlich anerkannte Konsumentenschutzeinrichtung.

Die Beklagte ist ein bundesweit operierendes Versicherungsunternehmen mit einem aktiven Vertragsbestand von über 550.000 Versicherungsnehmern (Beilage ./B). Sie schließt laufend mit Konsumenten Versicherungsverträge und verwendet dabei Allgemeine Bedingungen für die Fondsgebundene Lebensversicherung mit unbestimmter Vertragslaufzeit (AGB), die sie immer wieder aktualisiert. In den verfahrensrelevanten AGB (Stand vor August 2010; Beilage ./3) befand sich folgende Klausel in § 8 .9:

„Für durch Sie veranlasste Mehraufwendungen verrechnen wir angemessene Gebühren, und zwar

- für Prämienzahlungen mittels Zahlschein EUR 2,-
- (...)“

Die Klausel ermöglicht es der Beklagten bei Verträgen die vor August 2010 geschlossen wurden und bei Prämienzahlungen mittels Zahlschein dem Versicherungsnehmer einen Betrag von EURO 2,- zu verrechnen. Die Beklagte verrechnete tatsächlich ihren Versicherungsnehmern keinen Betrag von EURO 2,- für Prämienzahlungen mittels Zahlschein (Beilagen ./1a und ./1b).

Der Aufforderung der Klägerin vom 20.07.2010 (Beilage ./A), hinsichtlich dieser Klausel eine strafabwehrende, mit Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abzugeben kam die Beklagte nur bedingt nach, indem sie sich im Schreiben vom 30.07.2010 (Beilage ./2) bereiterklärte den Unterlassungsanspruch der Klägerin anzuerkennen es allerdings verweigerte eine Konventionalstrafe im Sinne der §§ 1336 ABGB iVm 28 Abs 2 KSchG für den Fall eines Zuwiderhandelns zu vereinbaren.

Beweiswürdigung

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

Rechtlich folgt:

Die Klägerin ist gemäß § 29 KSchG für Verbandsprozesse aktivlegitimiert.

Die Passivlegitimation der Beklagten ergibt sich aus ihrer Tätigkeit als Versicherungsunternehmen, 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 hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, auf Unterlassung geklagt werden kann. § 28 KSchG erweitert diese Haftung auf sonstige Geschäftspraktiken im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern, die ua in Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen oder Zahlungsdiensten gegen die ein

gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen (vgl Krejci in Rummel, ABGB, 3. Auflage, RZ 17aff zu § 28-30 KSchG).

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

Der Umstand, dass die Beklagte Partei die beanstandete Klausel in der Praxis anders handhabt und bis dato von keinem Versicherungsnehmer eine Gebühr für die Zahlung mittels Zahlschein verrechnet hat, ist für den Unterlassungsanspruch bedeutungslos. Die von der Beklagten angeführte Entscheidung (3 Ob 133/06i) ist nicht treffend. Es reicht bereits die drohende Verwendung der Klausel, solange die AGB oder Vertragsformblätter tatsächlich zum Einsatz gelangen (vgl Krejci in Rummel, ABGB, 3. Auflage, RZ 6ff zu §§ 28-30 KSchG).

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

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

Zusammenhang stehende Kosten und deren Verrechnung durch den Zahlungsempfänger. Der restliche Regelungsbereich des § 41 VersVG wird durch § 27 Abs 6 ZaDiG nicht berührt. Demnach berechtigt § 41b VersVG den Versicherer vom Kunden die Abgeltung von Mehraufwendungen zu verlangen die durch das Verhalten des Versicherungsnehmers veranlasst worden sind, allerdings zählen durch das in Krafttreten des ZaDiG mittels Überweisung verursachte Kosten nicht zu den gesondert ersatzfähigen Kosten nach § 41b VersVG.

Auch wenn die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig ist, kann dem Zahlungsempfänger gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG nicht verwehrt werden, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten. Etwaige Bearbeitungsentgelte sind bereits im Grundpreis einzurechnen, es besteht aber die Möglichkeit dem Verbraucher bei der Wahl eines, für den Zahlungsempfänger, besonders effizienten Zahlungsinstrumentes Ermäßigungen zu gewähren um auf diese Weise die Wahl dieses Zahlungsinstruments zu fördern. Dies soll einer für den Verbraucher intransparenten Preisgestaltung entgegenwirken und somit den fairen und freien Wettbewerb aufrechterhalten und fördern.

Die Argumentation nach der aus dem Nichteinschreiten der Finanzmarktaufsicht (FMA) auf die Geltung des VersVG geschlossen werden kann ist irrelevant. Ebenso lässt das Nichttätigwerden der FMA keine Schlüsse über die Zulässigkeit von Vertragsbedingungen zu.

Zum Zahlschein als Zahlungsinstrument ist folgendes auszuführen: Ein Zahlungsinstrument ist nach § 3 Z 21 ZaDiG jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierter Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen.

Für den vorliegenden Fall ist von Interesse, ob übliche Zahlscheine aus Papier unter diesen Begriff fallen. Dabei ist die Personalisierung des Instruments oder Verfahrensablaufs, die Vereinbarung zwischen Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister und die Einsetzbarkeit durch den Zahlungsdienstnutzer zu prüfen. Die letzten zwei Tatbestände sind bei der erwähnten Zahlungsform unproblematisch zu bejahen, da zwischen Zahlungsdienstnutzern und

Zahlungsdienstleistern als offenkundig vereinbart ist, dass zur Zahlung Zahlscheine verwendet werden können. Dass Zahlscheine von Zahlungsdienstnutzern verwendet werden um einen Zahlungsauftrag zu erteilen gilt als unzweifelhaft. Bei individualisierten Geräten wie Kreditkarten ist von einer Personalisierung des Instruments oder Verfahrensablaufes auszugehen. Bei Zahlscheinen hingegen werden von einer großen Anzahl an Nutzern einheitliche Formulare verwendet, allerdings kommt es auch hier durchs Ausfüllen und Unterschreiben zu einer Individualisierung.

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

„Setzt Art. 4 Nummer 23 der Richtlinie 2007/64/EG um. Das Zahlungsinstrument dient zu Initiierung eines Zahlungsvorganges, dessen Durchführung Teil eines Zahlungsdienstes (Lastschriftverfahren, Kartenzahlung, Überweisung etc.) ist, die ein Zahlungsdienstleister anbietet. Sollte der Zahlungsvorgang in Papierform in die Wege geleitet werden, so ist das Papier **ein Zahlungsinstrument**. § 3 Z 21 sollte im Zusammenhalt mit § 3 Z 19 und Z 23 gelesen werden.“

Dabei handle es sich um eine übernommene Passage aus dem Brief der europäischen Kommission vom 28.03.08 (ebenso übernommen im Guidance for the Implementation of the Payment Services Directive S. 12):

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

Des Weiteren sei aus den von der Kommission erstellten „Questions and Answers“ zur

Richtlinie 2007/64/EG erkenntlich, dass der Regelungsinhalt der Richtlinie Zahlscheine als Zahlungsinstrumente nicht mitumfasse. So laute die Antwort auf die Frage 34 zu Art 4 (23):

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

Die zu Frage 34 konkretisierende Antwort der Frage 322 besagt:

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

Entgegen der von der Beklagten aufgestellten Behauptung Zahlscheine seien eindeutig nicht vom Begriff „Zahlungsinstrument“ umfasst stellt das Gericht fest, dass tatsächlich aus sämtlichen vorgebrachten Materialien hervorgeht, dass das Papierformular selbst (Zahlschein, „paper slip“) kein Zahlungsinstrument darstellt. Ebenso stelle der damit verbundene Verfahrensablauf an sich kein Zahlungsinstrument dar (siehe Antwort zur Frage 322). Dies widerspricht aber nach Ansicht des Gerichts nicht der herrschenden österreichischen Lehre und Rechtsprechung. Der Zahlschein erlangt erst durch seine Autorisierung und Authentifizierung an Hand von personalisierten Merkmalen die Qualifikation des „Zahlungsinstruments“ gemäß Art 4 (23) der Richtlinie 2007/64/EG (Jungwirth in *ecolex* 2010,340; ErläutRV 207 BlgBR 24. GP 15).

Folglich verstößt die von der Beklagten verwendete Klausel gegen § 27 Abs 6 ZaDiG. Die mit dem Verstoß verbundenen Rechtsfolgen ergeben sich aus § 28 Abs 1 KSchG.

Zu den von der Beklagten vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken ist anzumerken, dass sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht erkennen lässt weshalb die Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen sollte und inwiefern die Beklagte davon betroffen sei. Ähnlich verhält es sich mit der vorgebrachten Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Achtung des Eigentums. Die Beklagte wendet ein, dass das plötzliche Inkrafttreten des Gesetzes eine erhebliche Vermögensbelastung für

Versicherungsunternehmen darstelle, obwohl die Beklagte mehrmals darauf hingewiesen, dass sie bis dato nie Gebühren für die Verwendung von Zahlscheinen verlangt habe und dies auch in Zukunft nicht möchte. Des Weiteren stellt, wie bereits erläutert, § 27 Abs 6 ZaDiG kein Verbot dar entstehenden Mehraufwand weiterzuerrechnen. Es wird lediglich der Modus der Weiterverrechnung umgekehrt. Anstatt der Forderung von zusätzlichen Gebühren ist der Mehraufwand in den Grundpreis einzurechnen.

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

Dadurch, dass sich die Beklagte vorbehält für Zahlungen mittels Zahlschein ein Entgelt in Höhe von EURO 2,-- zu verlangen, kann sich die Beklagte auf die inkriminierte Klausel jederzeit stützen. Die Tatsache, dass sie bis dato kein Entgelt für die Zahlung mittels Zahlschein verlangte ändert nichts daran, dass jene Klausel in Verwendung steht. Dies ist nach § 28 Abs 1 KSchG ebenso untersagt wie deren zukünftige Verwendung. Da die inkriminierte Klausel gegen das gesetzliche Verbot in § 27 Abs 6 ZaDiG verstößt und zweitens die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, als diese bei der Wahl der Zahlungsart von vornherein durch das Zusatzentgelt abgeschreckt und dadurch zur Wahl einer für den Zahlungsempfänger günstigeren Zahlungsart gedrängt werden um der zusätzlichen Belastung durch das anfallende Entgelt zu entgehen, ist auch der Tatbestand des § 28a Abs 1 KSchG erfüllt. Diese Geschäftspraktik wird von der Beklagten bei einer sehr großen Anzahl von Verträgen im Massengeschäft angewendet wodurch in diesem Fall nicht nur die Individualinteressen einzelner Verbraucher, sondern Kollektivinteressen der Verbraucher berührt werden. Da die Beklagte nicht bereit war die von ihr abgegebene Unterlassungserklärung mit einer Konventionalstrafe abzusichern war dem Unterlassungsbegehren im vollen Umfang stattzugeben.

Gemäß § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei bei berechtigtem Interesse auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Im vorliegenden Fall liegt schon deswegen ein berechtigtes Interesse vor, weil die Beklagte mit ihren

Geschäftspraktiken einen großen Kreis an Konsumenten im gesamten Bundesgebiet erreicht. Im Verbandsprozess soll die Urteilsveröffentlichung Verbrauchern zudem Gelegenheit geben, sich zu informieren, um vor etwaigen Nachteilen geschützt zu sein (OGH 3 Ob 12/09z, JBI 2009,770). Im vorliegenden Fall könnten Konsumenten Rückforderungsansprüche für eventuell doch geleistete Zusatzgebühren stellen und unabhängig von drohenden Gebühren die von ihnen erwünschte Zahlungsart wählen. Ohne Urteilsveröffentlichung würde sich der Kreis der über diese Möglichkeit informierten Verbraucher deutlich reduzieren, was nachteilige Konsequenzen für diese Verbraucher hätte. Das notwendige berechnete Interesse für die Urteilsveröffentlichung liegt daher auch in dieser Hinsicht vor. Die zugesprochene Art der Urteilsveröffentlichung in einem bundesweiten Medium mit hoher Auflagezahl soll sicherstellen, dass möglichst viele Verbraucher über den Verstoß aufgeklärt werden und so ihre Rechte gegenüber der Beklagten 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 20.01.2010



Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof
Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG