



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Teply und Mag. Zechmeister in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Al Telekom Austria AG (vormals mobilkom austria AG)**, Lassallestraße 9, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Peter Lösch Rechtsanwalt GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert somit EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27.8.2010, 30 Cg 29/10g-7, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss gefasst (I.) und zu Recht erkannt (II.):

I.) Die Berufung wegen Nichtigkeit wird **verworfen**.

II.) Der Berufung wird im übrigen **nicht Folge** gegeben.

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

Die Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--.

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 klagende Verein ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG legitimiert, die in § 28 KSchG geregelten Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

Die Beklagte ist ein bundesweit operierendes Mobilfunkunternehmen mit mehr als vier Millionen Netzteilnehmern. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen unter Zugrundelegung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Verträge. In den aktuellen AGB (AGB Mobil für Privatkunden, Stand: 6.11.2009) findet sich unter dem Punkt 20.9. folgende Klausel:

„Sie können Ihre Rechnung mit Einzugsermächtigung, Zahlschein oder sonstiger Überweisung bezahlen. Ohne Einzugsermächtigung können wir ein Entgelt für die Bearbeitung Ihrer Zahlung („Zahlschein-Entgelt“) nach unseren Entgeltbestimmungen verrechnen. Bei manchen Leistungen und Tarifen ist nach den Entgeltbestimmungen eine Einzugsermächtigung erforderlich.“

Wählt ein Kunde daher eine andere Zahlungsart als die Einzugsermächtigung, nämlich eine Zahlung mittels Zahlschein oder sonstiger Überweisung, so hat er pro Rechnung ein zusätzliches Entgelt in Höhe von EUR 2,50 zu entrichten.

Mit seiner Verbandsklage begehrt der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der oben

näher dargestellte Klausel oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen; ferner 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 EUR 2,50 pro Zahlung als „Entgelt für die Bearbeitung ihrer Zahlung (vormals Zahlschein-Entgelt)“.

Weiters begehrt der Kläger, ihm die Ermächtigung zu erteilen, 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 bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“ mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, auf Kosten der Beklagten zu veröffentlichen.

Der Kläger brachte zusammengefasst vor, die inkriminierte Klausel verstoße gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten (§ 28 KSchG). Insbesondere verstoße sie gegen zwingende Bestimmungen des Zahlungsdienstegesetzes (ZaDiG). Nach § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG sei die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes unzulässig. Die Beklagte sei Zahlungsempfänger im Sinn des § 3 Z 8 ZaDiG, die inkriminierte Klausel sei daher gesetzwidrig. Sie verstoße ferner gegen § 879 Abs 3 ABGB, da sie vorsehe, dass der Kunde bei bestimmten Tarifen

zwingend eine Einzugsermächtigung erteilen müsse. Dies könne nach der Rechtsprechung des OGH nicht wirksam vereinbart werden. Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Interesses der Verbraucher im Sinn des § 28a Abs 1 KSchG liege vor, wenn eine Praxis im Massengeschäft verwendet werde. Diese sei bei der Beklagten, einem großen Mobilfunkbetreiber, jedenfalls gegeben. Die Beklagte sehe in ihren Tarifen, beispielsweise beim Tarif „A1 SMART 350“, ein „Entgelt für die Bearbeitung ihrer Zahlung (vormals Zahlschein-Entgelt)“ von EUR 2,50 pro Zahlung vor. Dieses werde dann verrechnet, wenn die Zahlung nicht mit Einzugsermächtigung vorgenommen werde. Damit verlange die Beklagte ein Entgelt für bestimmte Zahlungsarten und verstoße im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG. Nach ständiger Rechtsprechung scheide im Verbandsklageverfahren eine teleologische Reduktion der inkriminierten Klausel aus. Die Wiederholungsgefahr sei gegeben, weil die Beklagte die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwende. Überdies sei die Beklagte der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung im Sinn des § 28 Abs 2 KSchG nicht nachgekommen, was als Indiz für das Vorliegen von Wiederholungsgefahr zu werten sei. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten. Die Beklagte sei der größte Anbieter von Mobiltelefonieleistungen in Österreich, die inkriminierten AGB und somit die inkriminierte Klausel liege jedenfalls Hunderttausenden, wenn nicht einer siebenstelligen Anzahl von Vertragsverhältnissen zugrunde. Daher sei die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im Hinblick auf

die bestmögliche Aufklärungsdichte in einer Samstagsausgabe der bundesweit erscheinenden „Kronen-Zeitung“ notwendig.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte Klagsabweisung. Sie verrechne keine Zahlscheingebühr und verstoße daher auch nicht gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG. Entgegen dem Begriff des Zahlscheinentgelts verrechne die Beklagte dieses nicht nur bei Zahlung/Überweisung mittels Erlagschein, sondern stets dann, wenn der Kunde eine andere Zahlform als jene der Einzugsermächtigung verwende. Es handle sich hierbei um ein Bearbeitungsentgelt. Sie gewähre lediglich, der Intention des Gesetzgebers entsprechend, auf eine bestimmte Zahlungsform - nämlich jene der Einzugsermächtigung - eine Ermäßigung im Sinn des § 27 Abs 6 Satz 1 ZaDiG. Außerdem handle es sich sowohl bei einer Onlinebanking-Überweisung als auch bei einem Zahlschein (Erlagschein) nicht um ein Zahlungsinstrument im Sinn des § 3 Z 21 ZaDiG. Diese Überweisungen seien lediglich verschiedene Zahlungsarten, welche sich aber nicht unter den Begriff „Zahlungsinstrumente“ subsumieren ließen, da ihnen das Tatbestandsmerkmal der Personalisierung fehle. Folge man der Argumentation der Klägerin, so bestünde ein eklatanter Widerspruch zwischen den Bestimmungen des § 27 Abs 4 ZaDiG und des § 27 Abs 6 ZaDiG. Der Gesetzgeber hätte dann in Abs 4 Informationspflichten für Entgelte oder Ermäßigungen, die vom Zahlungsempfänger verlangt oder angeboten werden, vorgesehen, wobei gemäß Abs 6 solche Entgelte oder Ermäßigungen verboten wären. Interpretiere man das ZaDiG wie die Klägerin, so wäre es richtlinienwidrig und daher gar nicht anwendbar.

Die Beklagte regte ein Vorabentscheidungsverfahren

beim EuGH an, um zu klären, ob ein aus Papier bestehender Zahlschein ein „Zahlungsinstrument“ im Sinne der erwähnten Bestimmungen sei, und ob § 27 Abs 6 ZaDiG der Richtlinie 2007/64/EG widerspreche.

Sollte dennoch ein Verstoß gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG festgestellt werden, so sei diese Bestimmung verfassungswidrig. Der Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse ohne Gewährung längerer Übergangsfristen zur entsprechenden Vertragsanpassung verstoße sowohl gegen den Gleichheitsgrundsatz als auch gegen das Grundrecht auf Eigentumsfreiheit.

Überdies verstoße die inkriminierte Klausel auch nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB, zumal nach den AGB der Beklagten auch bei Leistungen und Tarifen, bei denen eine Einzugsermächtigung erforderlich sei, andere Zahlungen ebenso mit schuldbefreiender Wirkung entgegengenommen würden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage zur Gänze statt. Es stellte den oben bereits wiedergegebenen Sachverhalt fest und traf folgende weitere Feststellungen:

„Überdies ist bei manchen Leistungen und Tarifen eine Einzugsermächtigung die einzig zulässige Zahlungsart.“

Der Aufforderung der Klägerin, hinsichtlich dieser Klausel eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung iSd § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, ist die Beklagte nicht nachgekommen.“

Rechtlich führte das Erstgericht – soweit für das Berufungsverfahren relevant – zusammengefasst aus, dass das ZaDiG auf den gegenständlichen Rechtsstreit anzuwenden sei. Zahlscheine und Onlinebanking-Überweisungen

seien Zahlungsinstrumente im Sinn des § 3 Z 21 ZaDiG. Bearbeitungsentgelte bei der Verwendung bestimmter Zahlungsinstrumente dürften nur unter der Voraussetzung verlangt werden, dass sie bereits im Grundpreis für die angebotene Ware oder Dienstleistung enthalten seien und dem Verbraucher damit die Möglichkeit gegeben sei, das für ihn günstigste Angebot auszuwählen. § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG sei nicht richtlinienwidrig und auch nicht verfassungswidrig. Der von der Beklagten geortete Widerspruch zwischen den Bestimmungen des § 27 Abs 4 ZaDiG und des § 27 Abs 6 ZaDiG sei nur ein scheinbarer. Die inkriminierte Klausel verstoße somit gegen § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG. Mit der in der inkriminierten Klausel enthaltenen Wendung *„Bei manchen Leistungen und Tarifen ist nach den Entgeltbestimmungen eine Einzugsermächtigung erforderlich.“* verstoße die Beklagte außerdem gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil im zur Gänze klagsabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihrer Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Beklagte wendet sich sowohl in ihrer Nichtigkeitsberufung als auch in ihrer Mängel- und Tatsachenrüge gegen folgende erstgerichtliche Feststellung: *„Überdies ist bei manchen Leistungen und Tarifen eine Einzugsermächtigung die einzig zulässige Zahlungsart.“*

Eine Nichtigkeit erblickt die Beklagte in diesem Zusammenhang darin, dass hinsichtlich dieser Feststellung

jegliche Beweiswürdigung oder Begründung fehle. Die Beklagte behauptet damit eine Nichtigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 9 dritter Fall ZPO.

Dieser Nichtigkeitstatbestand liegt vor, wenn für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind (*Pimmer in Fasching/Konecny*² IV/1 § 477 ZPO Rz 83). Dieser Nichtigkeitsgrund wird nach ständiger Rechtsprechung aber nur durch den völligen Mangel der Gründe, nicht jedoch durch eine mangelhafte Begründung, gebildet. Ein völliger Mangel an Begründung liegt nur dann vor, wenn die Entscheidung gar nicht oder so mangelhaft begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (*Pimmer* aaO Rz 84; *E. Kodek in Rechberger*, ZPO³ § 477 Rz 12, jeweils mwN).

Das Erstgericht hat in seiner Beweiswürdigung ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt auf die bei den getroffenen Feststellungen in Klammer angeführten Beweismittel gründet und zwischen den Parteien unstrittig ist. Damit hat das Erstgericht nachvollziehbar begründet, auf Grund welcher Überlegungen es seine Feststellungen getroffen hat. Diese Begründung stellt auch keine floskelhafte Scheinbegründung dar. Vielmehr ist im vorliegenden Fall die Rechtswidrigkeit einer in den AGB der Beklagten enthaltenen Klausel zu beurteilen. Der Inhalt dieser Klausel ist unstrittig. Diese Klausel enthält unter anderem folgenden Passus: „[...] Bei manchen Leistungen und Tarifen ist nach den Entgeltbestimmungen eine Einzugsermächtigung erforderlich.“ Offensichtlich im Hinblick auf diesen Wortlaut der Klausel in Verbindung mit dem dazu dem Erstgericht unstrittig erschienenen Parteivorbringen hat es die von der Beklagten beanstandete Feststellung getroffen. Daraus ergibt sich, dass es sogar nicht einmal hinsichtlich dieser Feststellung an einer

Begründung mangelt, um so weniger kann hier von einem völligen Mangel der Gründe gesprochen werden. Das angefochtene Urteil lässt sich an Hand der Begründung des Erstgerichtes vielmehr überprüfen, weshalb die Nichtigkeitsberufung zu verwerfen war.

Soweit die Beklagte diese Feststellung auch im Rahmen ihrer Mängelrüge und Tatsachenrüge beanstandet, kommt diesen Rügen keine Berechtigung zu, weil der beanstandeten Feststellung - ausgehend von der rechtlichen Beurteilung des erkennenden Senates (siehe unten) - keine maßgebliche rechtliche Relevanz zukommt. Auch unter Außerachtlassung dieser Feststellung hat das Erstgericht dem Klagebegehren zu Recht Folge gegeben.

In ihrer Rechtsrüge vertritt die Beklagte zusammengefasst die Auffassung, dass die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes unrichtig sei, weil

1.) ein Zahlschein oder eine Online-Überweisung kein Zahlungsinstrument sei,

2.) lediglich eine Ermäßigung für die Nutzung einer bestimmten Zahlungsart gewährt werde, eine allgemeine Bearbeitungsgebühr jedoch zulässig sei,

3.) ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB nicht vorliege und

4.) das ZaDiG für den Fall einer Interpretation wie vom Erstgericht vorgenommen richtlinien- und verfassungswidrig wäre.

Zum Begriff des „Zahlungsinstrumentes“:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beklagte in ihrer Berufung nicht bestreitet, dass das ZaDiG auf die Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und ihren Kunden, Erstere als Zahlungsempfänger, Letztere als Zahler, beide jedoch als Zahlungsdienstnutzer, anzuwenden ist

(siehe Seite 5 f der Berufung).

Mit der von der Beklagten aufgeworfenen Frage, ob eine Zahlung mittels Zahlscheins ein Zahlungsinstrument im Sinne von § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG ist, hat sich - soweit für das Berufungsgericht überblickbar - der OGH noch nicht, das OLG Wien allerdings bereits in drei Fällen beschäftigt.

Der hier erkennende Senat 2 des OLG Wien hat in seiner Entscheidung vom 7.5.2010, 2 R 18/10x (zu HG Wien 41 Cg 44/08s) diese Frage bejaht. Der Senat 4 des OLG Wien hat in seiner (zeitlich nachfolgenden) Entscheidung vom 25.1.2011, 4 R 209/10z (zu HG Wien 18 Cg 14/10p) die Auffassung vertreten, dass der unterschriebene Zahlschein zwar kein Zahlungsinstrument im Sinne der ZaDi-RL, jedoch ein Zahlungsinstrument im Sinne des ZaDiG sei. Der Senat 30 des OLG Wien ist in seinem Urteil vom 21.3.2011, 30 R 58/10k (zu HG Wien 22 Cg 8/10k) mit ausführlicher Begründung zu dem Ergebnis gekommen, dass der unterschriebene und dadurch personalisierte Zahlschein sowohl ein Zahlungsinstrument im Sinn der ZaDi-RL als auch des ZaDiG ist.

Der erkennende Senat hält seine bereits zu 2 R 18/10x zu dieser Frage vertretene Rechtsauffassung aufrecht, dies auch im Hinblick auf die im Folgenden auszugsweise wiedergegebene Begründung des OLG Wien zu 30 R 58/10k:

„[...]

5.2. § 27 Abs 6 ZaDiG lautet:

»Der Zahlungsdienstleister darf 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 Zahlungsinstru-**

menten ist unzulässig.«

Wesentlich ist der zweite Satz, der dem Zahlungsempfänger verbietet, bei Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu verlangen.

Der Begriff Zahlungsinstrument ist in § 3 Z 21 ZaDiG definiert: »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« .

Das Gesetz lehnt sich dabei an die Definition der Zahlungsdienste-Richtlinie (ZaDi-RL)¹ an, nach deren Art 4 Z 23 der Begriff Zahlungsinstrument »jedes personalisierte Instrument und/oder jeden personalisierten Verfahrensablauf, das bzw. der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das bzw. der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen«² bezeichnet.

Für das Verständnis ist zu ergänzen, dass sowohl der Zahler als auch der Empfänger Zahlungsdienstnutzer sind (§ 3 Z 10 ZaDiG) und dass der Zahlungsdienstleister nach § 1 ZaDiG jemand ist, der Zahlungsdienste gewerblich erbringen darf.

Zahlungsdienste sind nach § 1 Abs 2 ZaDiG folgende Tätigkeiten:

»[...]

4. die Ausgabe von Zahlungsinstrumenten oder die Annahme und Abrechnung („acquiring“) von Zahlungsinstrumenten (Zahlungsinstrumentege-

1 Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, Celex 32007L0064

2 englisch: „any personalised device(s) and/or set of procedures agreed between the payment service user and the payment service provider and used by the payment service user in order to initiate a payment order«

schäft); [...]«

5.3. Der Frage, ob ein unterschriebener Zahlschein ein Zahlungsinstrument, somit nach § 3 Z 21 ZaDiG ein „personalisiertes Instrument ist, das zwischen dem Zahlungsdienstnutzer (= Zahler) und dem Zahlungsdienstleister (im gegebenen Fall eine Bank) vereinbart wurde“, kommt entscheidende Bedeutung zu. (Anzumerken ist, dass der in § 3 Z 21 ZaDiG auch genannte Begriff „personalisierter Verfahrensablauf“ evident nicht passt.)

Die Analyse der Begriffe hilft hier nicht weiter, weil zum einen der Begriff „Instrument“ sehr weit reicht und wohl auch ein Dokument in Papierform umfasst und weil zum anderen das Wort „personalisiert“ je nach Standpunkt als vieldeutig oder als nichtssagend empfunden werden kann.

Dass ein leerer Zahlschein nicht „personalisiert“ ist, leuchtet ein. Fraglich ist, ob die (vorgedruckte) Bezeichnung des Zahlers sowie dessen Unterschrift das Papier zu einem „personalisierten“ Instrument macht.

5.4. Das OLG Wien bejahte das in 2 R 18/10x vom 7.5.2010 unter Hinweis auf den „eindeutigen Gesetzeswortlaut“ von § 3 Z 21 ZaDiG als „zweifellos“.

In 4 R 209/10z vom 25.1.2011 wurde die Frage verneint, was - gekürzt wiedergegeben - damit begründet wurde, dass der deutsche Gesetzgeber die ZaDi-RL unter anderem mit dem Zahlungsdiensteaufsichtsg - ZAG umgesetzt habe, in dem statt „Zahlungsinstrument“ synonym und zur Verdeutlichung der Begriff „Zahlungsauthentifizierungsinstrument“ verwendet werde. Auch in der privatrechtlichen Umsetzung durch Implementierung im BGB werde dieser Begriff verwendet.

Das OLG Wien schloss sich der Kommentarmeinung von

*Sprau/Palandt*⁷⁰ § 675j BGB Rz 6 f an, wonach als Zahlungsinstrument die Nutzung von Karten mit PIN (zum Beispiel am Selbstbedienungsterminal, am Geldautomaten) und/oder mit 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 in Frage kämen.

Als dortiges Zwischenergebnis hielt das OLG Wien in 4 R 209/10z fest, dass Zahlscheine bei richtigem Verständnis **nicht** unter den Richtlinienbegriff „Zahlungsinstrument“ nach Art 4 Z 23 ZaDi-RL fallen; dies entspreche auch der Ansicht der Kommission³.

6. Dieses Ergebnis ergibt sich für den hier zuständigen Senat aus dem Gesamtzusammenhang, in den die ZaDi-RL den Begriff Zahlungsinstrument stellt, nicht.

6.1. Einzuräumen ist, dass etliche Erwähnungen des Zahlungsinstruments in der ZaDi-RL in einem Zusammenhang stehen, der für Zahlscheine nicht passt.

Erwägungsgrund 32 erwähnt Diebstahl und Verlust des Zahlungsinstruments sowie den Missbrauch „seines“ Zahlungsinstruments, den der Nutzer anzuzeigen habe. Erwägungsgrund 33 spricht von „Bereitstellung“ eines Zah-

³ http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf: »Question: Does this mean that a payment order form (e.g. a payment order form which has been filled in by the receiver) is not a payment instrument? What exactly means personalised? - Answer: 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.«

lungsinstruments.

Art 4 Z 19 spricht von „personalisierten Sicherheitsmerkmalen“ von Zahlungsinstrumenten, worunter wohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine Unterschrift auf Papier nicht zu subsumieren ist.

Art 42 Z 5 lit a erwähnt die „sichere Verwahrung“ eines Zahlungsinstruments.

Art 61 spricht von „nicht autorisierter Nutzung“ des Zahlungsinstruments, vom „gestohlenen“ und „verlorenen“ Zahlungsinstrument und von der „missbräuchlichen Verwendung“ eines Zahlungsinstruments.

6.2. Jedoch enthält die ZaDi-RL auch Inhalte, die die Einschränkung des Begriffs Zahlungsinstrument auf „vorfabriziert“ personalisierte Instrumente oder auf Instrumente, die nur eine digitalisierte Kommunikation in Gang setzen, nicht zwingend nahe legen.

Zu erwähnen sind die Ausnahmen in Art 3 lit g, die Zahlungsvorgänge von der Geltung der Richtlinie ausnehmen, denen folgende Dokumente zugrundeliegen:

- »i) ein Papierscheck im Sinne des Genfer Abkommens vom 19. März 1931 über das einheitliche Scheckgesetz;
- ii) ein dem unter Ziffer i genannten Scheck vergleichbarer Papierscheck nach dem Recht der Mitgliedstaaten, die nicht Vertragspartei des Genfer Abkommens vom 19. März 1931 über das einheitliche Scheckgesetz sind;
- iii) ein Wechsel in Papierform im Sinne des Genfer Abkommens vom 7. Juni 1930 über das einheitliche Wechselgesetz;
- iv) Wechsel in Papierform, die den in Ziffer iii genannten ähnlich sind und dem Recht von Mitgliedstaaten unterliegen, die nicht Mitglied des Genfer Abkommens vom 7. Juni 1930 über das einheitliche Wechselgesetz sind;
- v) ein Gutschein in Papierform;

- vi) ein Reisescheck in Papierform; oder
- vii) eine Postanweisung in Papierform im Sinne der Definition des Weltpostvereins.«

Die Zahlung mittels Zahlscheins ist hier nicht erwähnt. Insbesondere ist der Begriff „Postanweisung“ nicht verallgemeinerungsfähig, denn dafür enthält Kapitel II Art 2 der Satzung des Weltpostvereins, BGBl. III 2008/53, eine Produktbeschreibung, die nicht für Zahlscheine passt.

6.3. Darüber hinaus spricht Erwägungsgrund 34 ohne sonst erklärbare Notwendigkeit von „elektronischen“ Zahlungsinstrumenten, woraus abzuleiten ist, dass nicht alle Zahlungsinstrumente elektronisch sein müssen. Mit der ZaDi-RL solle die Tatsache berücksichtigt werden, dass unterschiedliche Zahlungsinstrumente mit unterschiedlichen Risiken verbunden sind. Das Vertrauen in die Sicherheit elektronischer Zahlungsinstrumente solle gefördert werden, woraus zu schließen ist, dass nach der Einschätzung der ZaDi-RL nicht-elektronische Zahlungsinstrumente bisher ein größeres Vertrauen genossen haben. Der Schluss, dass jedenfalls nicht-elektronische Zahlungsinstrumente auch Zahlungsinstrumente im Sinne der Definition von Art Z 23 ZaDi-RL (§ 3 Z 21 ZaDiG) sind, liegt sehr nahe.

6.4. Schlussendlich ist auch auf Art 4 Z 16 ZaDi-RL (§ 3 Z 15 ZaDiG) zu verweisen, der den auch in der Definition des Zahlungsinstruments relevanten Begriff „Zahlungsauftrag“ definiert und dabei nicht auf eine bestimmte Form abstellt sondern „jeden Auftrag“ nennt, „den ein Zahler [...] seinem Zahlungsdienstleister [...] erteilt“.

Das Zahlungsinstrument wiederum wird als „personalisi-

siertes Instrument“ definiert, das eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen.

6.5. Die Auslegung spitzt sich somit wieder auf das Wort „personalisiert“ zu. Da - wie dargelegt wurde - nicht-elektronische Zahlungsinstrumente nicht von der Begriffswelt der ZaDi-RL ausgenommen sind und auch die Art des Zahlungsauftrags die Papierform nicht ausschließt, lässt sich in der Nennung des Zahlenden kombiniert mit dessen Unterschrift eine „Personalisierung“ des Instruments erblicken, mit dem ein Zahlungsauftrag erteilt wird.

Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (207 der Beilagen XXIV. GP, insbesondere Seite 16) deuten auch in diese Richtung: **»Das Zahlungsinstrument dient zur 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.«**

6.6. Die Beklagte stellt dies als einen Übersetzungsfehler dar und verweist auf die oben in einer Fußnote wiedergegebene Auskunft der Europäischen Kommission: **»physical devices (such as cards or mobile phones) [...] 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.«**

Überdies bezieht sich die Beklagte auf eine schriftliche Auskunft der Europäischen Kommission vom 28.3.2008 an die „PSD⁴ Expert Group“: **»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**

4 Payment Service Directive, www.europeanpaymentscouncil.eu

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.« (beglaubigte Übersetzung in Beilage./7).

Diese Auskunft bezieht sich - was dem Berufungsgerecht wesentlich erscheint - auf den ursprünglichen Entwurf der Europäischen Kommission, der folgendermaßen lautete (Celex 52005PC0603): »„Zahlungsverifikationsinstrument“: jedes personalisierte Instrument und/oder jeder personalisierte Verfahrensablauf, das bzw. den der Zahlungsdienstnutzer einsetzen kann, um dem Zahlungsdienstleister die Authentifizierung einer Zahlungsanweisung zu ermöglichen. Wird ein solches Instrument vom Zahlungsdienstleister nicht geliefert, so können Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer eine andere Form der Authentifizierung von Zahlungsanweisungen vereinbaren, die darüber hinaus auch anderen Zwecken dienen kann.⁵«

Die beschlossene Fassung der ZaDi-RL und die daraus übernommene Legaldefinition in § 3 Z 21 ZaDiG sind wesentlich kürzer und weiter, obwohl schon der Entwurf den kritischen Begriff „personalisiertes Instrument“ = „personalised device(s)“ enthält. Grundlegend unterschiedlich ist jedoch die Zweckbestimmung des „Zahlungs-

5 "payment verification instrument" means any personalised device(s) and/or set of procedures used by the payment service user in order to enable the payment service provider to authenticate a payment order. If it is not provided by the payment service provider, the payment service provider and the payment service user may agree on the use of any other instrument for the authentication of payment orders which may also serve other purposes

verifikationsinstruments" im Entwurf; es soll dem Zahlungsdienstleister (nur) „die Authentifizierung einer Zahlungsanweisung" ermöglichen.

Hingegen stellt die geltende Definition des Zahlungsinstruments auf den Zweck ab, „den Zahlungsauftrag zu erteilen". Dieser Unterschied bestärkt den Senat in seiner Einschätzung, dass auch der unterschriebene und dadurch personalisierte Zahlschein ein Zahlungsinstrument im Sinne des Gesetzes ist.

Daraus folgt auch, dass die Begriffe „Zahlungsverifikationsinstrument" im Sinne des Kommissionsentwurfs und „Zahlungsinstrument" im Sinne der ZaDi-RL und des ZaDiG nicht synonym verstanden werden könnten.

[...]"

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass der unterschriebene und dadurch personalisierte Zahlschein ein Zahlungsinstrument im Sinn des ZaDiG ist.

Soweit die Beklagte ausführt, dass eine Zahlscheinzahlung als Einzelzahlung mit Bareinzahlung des Überweisungsbetrages kein Zahlungsinstrument im Sinn des ZaDiG sei, ist dies zutreffend. Da die inkriminierte Klausel ganz generell für „Zahlscheinzahlungen" oder „sonstige Überweisungen" gilt, ist aber für die Beklagte rechtlich nichts gewonnen, zumal die von ihr angesprochene Zahlungsart gerichtsnotorisch in der Praxis eher selten vorkommt und der Standardfall auf der Grundlage eines Rahmenvertrages von einem Zahlungskonto erfolgt.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, dass eine „Online-Überweisung" kein Zahlungsinstrument im Sinn des ZaDiG sei, ist ihr die gegenteilige einhellige Rechtsprechung des OLG Wien entgegenzuhalten. So führt sogar

der Senat 4 in der zitierten Entscheidung 4 R 209/10z (in der die Zahlung mittels Erlagscheins nicht als Zahlungsinstrument im Sinn des ZaDi-RL beurteilt wurde) aus, dass der 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 ZaDi-RL und demnach auch des ZaDiG fällt, nicht anzuzweifeln ist (in diesem Sinne auch ausdrücklich OLG Wien 30 R 58/10k).

Zur angeblichen Ermäßigung für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes:

Zunächst ist festzuhalten, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des OGH die Einhebung von maßvollen „Erlagscheingebühren“ nicht rechtswidrig war (vgl. RIS-Justiz RS0113222). Diese Rechtsprechung ist aber vor der Geltung des ZaDiG ergangen, weshalb sie in dieser Form nicht mehr anwendbar ist.

Wie der Senat 2 des OLG Wien in seiner (bereits zitierten) Entscheidung 2 R 18/10x ausgesprochen hat, wird die Auffassung von *Schopper/Fichtinger* (in 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 auf Grund eines bestimmten nachteiligen Zahlungsmittels tatsächlich entstanden sind, im Rahmen einer mäßigen Zahlscheingebühr verrechnen kann, abgelehnt. Dieser Auffassung steht nämlich der eindeutige Gesetzeswortlaut und

der fehlende Nachweis eines - für die vorgeschlagene teleologische Reduktion erforderlichen - der ratio legis widersprechenden überschießend weiten Gesetzeswortlauts entgegen, weshalb eine Zahlscheingebühr gegen § 27 Abs 6 ZaDiG verstößt.

Gemäß Art 52 Abs 3 ZaDi-RL darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren, vom Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes (zB eines Zahlscheins) ein Entgelt zu verlangen oder eine Ermäßigung anzubieten. Allerdings wird den Mitgliedsstaaten freigestellt, die Einhebung von Entgelten bei der Benützung bestimmter Zahlungsinstrumente zu untersagen, um den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern. Das Anbieten von Ermäßigungen zu untersagen, steht den Mitgliedsstaaten nicht frei.

Österreich hat von dieser Freiheit Gebrauch gemacht und in § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG als unzulässig erklärt, dass der Zahlungsempfänger Entgelte für die Benützung bestimmter Zahlungsinstrumente erhebt.

Im Einklang mit der ZaDi-RL hat der österreichische Gesetzgeber in § 27 Abs 6 erster Satz ZaDiG normiert, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsempfänger nicht verwehren darf, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes eine Ermäßigung anzubieten. Mit der inkriminierten Klausel wird aber entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht eine Ermäßigung im Falle einer Zahlung mit Einzugsermächtigung im Sinn des § 27 Abs 6 erster Satz ZaDiG eingeräumt, sondern vielmehr unzulässigerweise die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung der Zahlungsinstrumente Zahlscheinzahlung oder sonstige Überweisung auferlegt. Das Berufungsgericht folgt zu dieser Frage den

Ausführungen von *Jungwirth* (in *ecolex* 2010, 340), wonach der Zahlungsempfänger die Kosten für die Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstrumentes in das Gesamtentgelt für die Leistungserbringung einrechnen muss und diese nicht gesondert auspreisen darf. In diese Richtung geht auch die zitierte Entscheidung des OLG Wien 4 R 209/10z. So wurden in dieser Entscheidung die im Nachfolgenden dargelegten Überlegungen angestellt, die auch der erkennende Senat teilt.

Art 52 Abs 3 ZaDi-RL ist gemäß § 86 Abs 1 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung ausgenommen. Das heißt, die Mitgliedsstaaten können das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern. Hintergrund dieser Regelungen ist der 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 Verhältnis zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsempfänger Ersterer dem Zahlungsempfänger vertrag-

lich untersagen kann, seinen Kunden (den Zahlern) Preis-
aufschläge 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 BGB genau diesen Weg gewählt. Nach Abs 5
leg cit darf in einem Zahlungsdiensterahmenvertrag zwi-
schen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienst-
leister das Recht des Zahlungsempfängers, den Zahlern für
die Nutzung eines bestimmten Authentifizierungsinstrumen-
tes eine Ermäßigung anzubieten, nicht ausgeschlossen wer-
den. 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 inner-
staatliche Gesetzgeber nicht auch das Verbot des Surchar-
ging im Verhältnis zwischen Zahlungsempfänger und Zahler
verbieten kann. Dies ergibt sich eindeutig aus dem zwei-
ten Satz des Erwägungsgrund (42), wonach die Praxis, dass
Zahlungsempfänger Entgelte für die Nutzung eines bestimm-
ten Zahlungsinstrumentes verlangen, von den Mitgliedstaa-
ten verboten oder eingeschränkt werden kann. Warum dies
nur indirekt erfolgen soll, indem den Zahlungsdienstleis-
tern die Möglichkeit gegeben wird, in ihren Verträgen mit
den Zahlungsempfängern diesen die Erhebung eines Entgel-
tes zu untersagen, nicht aber mit einem direkten Surchar-
ging-Verbot im Verhältnis zwischen Zahler und Zahlungs-
empfänger, ist nicht ersichtlich.

Von der zuletzt genannten Möglichkeit des Art 52 Abs
3 letzter Satz ZaDiRL, auch im Verhältnis zwischen Zah-
lungsempfänger 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 Zahlungsinstruments eine Ermäßigung anzubieten. Über die parallele Bestimmung des § 675c Abs 5 BGB hinaus ist die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Falle der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments 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).

Es kann auch 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]).

Aus diesen Gründen wird die gegenteilige Auffassung von *Zankl/Stahov* (in *ecolex* 2010, 741) abgelehnt, die im zitierten Artikel zwei Klauseln formulieren, die mit der inkriminierten Klausel im Wesentlichen ident sind, und diese als zulässig erachten.

Soweit die Beklagte mit dem Normwiderspruch innerhalb des ZaDiG, speziell zwischen § 27 Abs 6 zweiter Satz und § 27 Abs 4 argumentiert, ist ihr - wie auch schon das OLG Wien in seiner zitierten Entscheidung 30 R 58/10k vertreten hat - entgegenzuhalten, dass der Umstand, dass § 27 Abs 4 ZaDiG von der Zulässigkeit eines Entgeltes ausgeht, offenkundig auf einem Versehen im Gesetzwerdungsprozess beruht.

Die entsprechende Bestimmung über „Entgelte“ im

Ministerialentwurf⁶ (dort noch § 26) hat 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 Zahlungsinstrumentes ein Entgelt zu verlangen oder eine Ermäßigung anzubieten.“

Einen zweiten Satz enthielt § 26 Abs 6 des Entwurfs noch nicht.

Nach Kritik im Begutachtungsverfahren dagegen, dass der Gesetzgeber nicht von der in Art 52 Abs 3 ZaDi-RL vorgesehenen Ermächtigung Gebrauch zu machen gedachte, wurde in der Regierungsvorlage nur Abs 6 geändert (nun mit geänderter Nummerierung in § 27).

Eine Adaptierung des § 26 (nunmehr § 27) Abs 4 ZaDiG wurde offenbar dabei übersehen.

Zu den europarechtlichen Überlegungen der Beklagten:

Entgegen den Berufungsausführungen ist die vom Erstgericht vorgenommene Interpretation des ZaDiG sehr wohl konform mit der ZaDi-RL. In diesem Zusammenhang ist auch auf die bereits mehrfach zitierte und auszugsweise wie-

⁶ Bundesministerium für Finanzen, BMF-040407/0001-III/5/2009, vgl http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00021/index.shtml

dergegebene Argumentation des OLG Wien in der Entscheidung 2 R 18/10x zu verweisen.

Darüber hinaus hat der Senat 4 des OLG Wien in der zitierten Entscheidung 4 R 209/10z zutreffend dargelegt, dass nach Art 87 Abs 1 ZaDi-RL die Bestimmung des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung ausgenommen ist, weshalb innerstaatlich das Recht auf Schaffung eines Verbotes auf die Erhebung von Entgelten nicht nur hinsichtlich Zahlungsinstrumenten im Sinn der ZaDi-RL, sondern auch weiterer Zahlungsvorgänge, beispielsweise Überweisungen mit Zahlscheinen besteht. Es wäre nämlich nicht verständlich, die Mitgliedsstaaten nur bei Zahlungsinstrumenten im Sinn der ZaDi-RL zu gestatten, Zahlungsempfängern das Erheben von Entgelten zu untersagen, nicht aber bei anderen Zahlungsvorgängen, was durch die Ausnahme des Art 52 Abs 3 ZaDi-RL von der Vollharmonisierung vermieden wird. Soweit der österreichische Gesetzgeber unter Zahlungsinstrument im Sinn der Definition des § 3 Z 21 ZaDiG ein über die ZaDi-RL hinausgehendes Verständnis unterlegt, schadet dies daher beim Verbot des § 27 Abs 6 ZaDiG nicht.

Zur behaupteten Verfassungswidrigkeit:

Auch die von der Beklagten behauptete Verfassungswidrigkeit des § 27 Abs 6 ZaDiG ist nicht gegeben.

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 (in diesem Sinne auch OLG Wien 4 R 209/10z; OLG Wien 30 R 58/10k).

Zum Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB:

Auf die Frage, ob ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB vorliegt, ist nicht näher einzugehen, weil die inkriminierte Klausel - wie oben dargelegt - gegen § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG verstößt und damit der von der Klägerin mit ihrer Verbandsklage geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 28 Abs 1 KSchG schon aus diesem Grund berechtigt ist (vgl. *Kathrein* in *KBB*³ § 28 KSchG Rz 3 mwN; OLG Wien 4 R 209/10z ua).

Der Berufung der Beklagten war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Die ordentliche Revision war gemäß §§ 500 Abs 2 Z 3, 502 Abs 1 ZPO zuzulassen, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur im Wirtschaftsverkehr bedeutsamen Auslegung von § 27 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG fehlt und AGB-Klauseln in aller Regel einen größeren Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage darstellt (7 Ob 257/07f).

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 5.000,--. Das Berufungsgericht folgt insofern der nicht zu beanstandenden Bewertung durch den Kläger. Da die ordentliche Revision für zulässig erklärt wurde, war es nicht erforderlich auszusprechen, ob der Wert des Entscheidungsgegenstandes auch EUR 30.000,-- übersteigt

oder nicht (*E. Kodek* aaO § 500 ZPO Rz 8).

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 6. Juli 2011

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG