



**Im Namen der Republik**

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, wider die beklagte Partei DC Bank AG, Rainergasse 1, 1040 Wien, vertreten durch Lugger Bankler Rechtsanwälte, 1010 Wien, Jordangasse 7, wegen Unterlassung u.a.(StrW. EUR 36.000,-- samt Anhang) nach mündlicher Verhandlung zu Recht:

I. Die beklagte Partei ist schuldig,

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 Klauseln

1. Wir stellen Ihnen die Karte an die im Kartenauftrag genannte Adresse zu.

Die persönliche Identifikationsnummer (PIN) für ihre Karte erhalten Sie zeitlich versetzt ebenfalls an die von Ihnen im Kartenauftrag angegebene Adresse zugestellt.

2. Sie sind nicht berechtigt, von Partnerunternehmen Rückerstattungen in bar für Waren und Dienstleistungen, die mit der Karte erworben wurden, anzunehmen.

Rückerstattungen erfolgen ausnahmslos durch Gutschrift auf ihr Kundenkartenkonto.

3. Wir sind berechtigt, die Karte zu sperren, falls objektive Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit der Karte es rechtfertigen oder der Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung der Karte besteht oder ein beträchtlich erhöhtes Risiko besteht, dass Sie ihrer Zahlungspflicht nicht nachkommen können.

4. Ein Fremdwährungsumsatz wird von uns mit jenem Wechselkurs in EUR umgerechnet, der auf der Homepage [www.dinersclub.at](http://www.dinersclub.at) abrufbar ist und zum Stichtag des Eingangszeitpunktes (Punkt 13.3) Gültigkeit hat.

5. Wir haben Anspruch auf Ersatz der Mahnspesen gemäß Punkt 49. pro Schreiben an Sie, sowie jener Inkassospesen, Rechtsanwaltskosten, die zur zweckentsprechenden Betreuung bzw. Rechtsverfolgung notwendig sind.

Mahnspesen:

Erste Mahnung EUR 20,--

Zweite Mahnung EUR 40,--

Dritte Mahnung EUR 60,--

6. Werden zur Privathauptkarte Zusatzkarten ausgegeben, so haften Sie als Privatkartenhauptinhaber solidarisch mit dem Inhaber der Zusatzkarte für alle Verpflichtungen aus der Zusatzkarte.

7. Wir haften für grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachte Schäden sowie für Personenschäden unbeschränkt.

Für von uns leichte fahrlässig verursachte Schäden wird die Haftung für reine Vermögensschäden, Folgeschäden und der entgangene Gewinn ausgeschlossen.

8. Sie stimmen ausdrücklich zu, dass wir sämtliche im Kartenauftrag angegebenen Karten sowie ihre Bonitätsdaten (Höhe der Verbindlichkeiten,

Zahlungsverhalten, Mahnstufen etc.) an ihr kontoführendes Kreditinstitut, an die beim Kreditschutzverband von 1978 eingerichtete Kleinkreditevidenz und an die Warnliste sowie an Deltavista übermitteln. Zweck der Übermittlung ist einerseits die Feststellung Ihrer Bonität und Ihrer Zahlungsdisziplin sowie die Durchführung eines allfälligen von Ihnen in Auftrag gegebenen Einziehungsauftrages zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung gemäß Punkt 19. und andererseits die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe dieser Daten an Kreditinstitute, Leasing-Gesellschaften, andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.

9. Wir sind eine Bank im Sinne des Bankwesengesetzes und unterliegen den einschlägigen Bestimmungen, insbesondere dem Bankgeheimnis. Für die in Punkt 36. genannten Fälle der Datenübermittlung einschließlich der Übermittlung von Bonitätsauskünften durch das kontoführende Kreditinstitut an uns entbinden Sie uns und das kontoführende Kreditinstitut ausdrücklich vom Bankgeheimnis.

10. Die Zustellung der Kontoauszüge an Sie erfolgt rechtswirksam durch die Benachrichtigung über die Verfügbarkeit des Kontoauszuges an die zuletzt bekanntgegebene E-Mail-Adresse (bei Nichtvorhandensein per Post an die zuletzt bekannt gegebene Adresse). Die Registrierung zu diesem elektronischen Zustellservice muss von Ihnen selbständig über das E-Konto durchgeführt werden. Auf Ihren (jederzeit widerruflichen) Wunsch hin erfolgt auch bei Vorhandensein einer E-Mail-Adresse die Zustellung per Post, allerdings gegen Verrechnung von Versandkosten für jeden Kontoauszug und entsprechend Punkt 49.

Pkt. 40: Versandkosten EUR 2,--.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; und zwar der Klauseln 1. bis 3., 5., 6., 9. und 10. und sinngleicher Klauseln sofort, der Klauseln 4. und 7. oder sinngleicher Klauseln binnen 4 Monaten.

Sie ist ferner schuldig, es ab sofort zu unterlassen, sich auf sämtliche vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

II. Der Klägerin wird die Ermächtigung erteilt, Punkt 1. und 2. des Urteilsspruches binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal im redaktionellen Teil der Tageszeitung „Die Presse“ auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

III. Das Klagebegehren, die Beklagte schuldig zu erkennen, 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 Klausel:

Das Recht der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt Ihnen und uns jederzeit unbenommen,

oder einer sinngleichen Klausel zu unterlassen und es zu unterlassen, sich auf diese Klausel oder eine sinngleiche Klausel zu berufen, wird abgewiesen.

IV. Das Veröffentlichungshauptbegehren wird abgewiesen.

V. Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin die mit EUR 2.688,09 (darin EUR 727,68 an 20 % USt und EUR 1.322,-- an Pauschalgebühr) bestimmten Kosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Unbestritten ist, dass der Anteil der von der beklagten Partei ausgegebenen Kreditkarten rund 7 %, Umsatzanteil am Kreditkartenmarkt und 6 % in Österreich beträgt.

Die Klägerin beehrte wie im Spruch und brachte vor:

Zur Klausel 1:

Die Übersendung des personalisierten Sicherheitsmerkmals PIN auf den Postweg verstoße gegen die den Zahlungsdienstleister treffende Sorgfaltspflicht des § 35 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Die Vereinbarung, dass die Kreditkarte an die im Kartenauftrag genannte Adresse zugestellt werde, verstoße gegen § 35 Abs 2 zweiter Absatz ZaDiG.

Bei richtlinienkonformer Auslegung setze diese Bestimmung für die Zulässigkeit der Verwendung eine gesonderte Aufforderung des Zahlungsdienstnutzers voraus, die nicht bloß in der Unterwerfung unter eine versteckten AGB-Klausel liegen könne.

Die Aufforderung im Sinne dieser Bestimmung liege nur dann vor, wenn sich der Nutzer frei für oder gegen eine Versendung der Karte im Postwege entscheiden könne.

Die Klausel sei autonom zu interpretieren, was im Kartenantrag stehe, sei nicht erheblich.

Die Klausel Punkt 2. verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, da für das dem Karteninhaber auferlegte Verbot keine ausreichende sachliche Rechtfertigung erkennbar und kein Grund ersichtlich sei, warum der Kunde nicht berechtigt sein solle, von einem Vertragsunternehmen der Rückerstattung in bar anzunehmen.

Die Klausel 3 verstoße gegen § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG, von dem sie zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers wegen des Fehlens des Tatbestandselements „mit einer Kreditrichtlinie“ abweiche. Der letzte Teil der Klausel sei darüber hinaus intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Es sei für den Konsumenten nicht erkennbar, wann die Bank von einem beträchtlich hohen Risiko ausgehe, die Zahlungspflicht eventuell nicht erfüllen zu können.

Für die Sperre der Karte seien keine Kriterien angegeben.

Die Klausel 4 verstoße gegen § 29, Abs 3 ZaDiG und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da ein von der Kreditkartengesellschaft selbst gebildeter Wechselkurs nicht dem in den angeführten gesetzlichen Vorgaben verankerten Neutralitäts- und Willensunabhängigkeitsgebot entspreche.

Es seien die Wechselkurse neutral so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt würden.

Auf den Wechselkurs, den die Beklagte tatsächlich verwende, komme es im Verbandsprozess nicht an.

Die Klausel 5 widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB, da sie auf die Höhe der aushaftenden Forderungen keine Rücksicht nehme und pauschalierte Mahnspesen auch bei allfälligen Minimalforderungen unverhältnismäßig seien.

Darüber hinaus sei der Verbraucher auch dann zur Zahlung verpflichtet, wenn ihn am Verzug kein Verschulden treffe, was gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei.

Ebenso sei die Klausel 6 gröblich benachteiligend, da der Hauptkarteninhaber nicht für alle Umsätze mit der Zusatzkarte, sondern nur für Umsätze im Rahmen der nach Punkt 5.3. vereinbarten Ausgabenobergrenze hafte.

Ein genereller Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit (Klausel 7) sei gröblich benachteiligend

im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten betroffen sein könne.

Ein genereller Ausschluss sei daher nicht zulässig, wenn er aufgrund der wirtschaftlichen Übermacht des Vertragspartners, bei verdünnter Willensfreiheit, vorgegeben werde und unter Umständen auch die Hauptleistungspflichten umfasse.

Die Tragweite dieses Ausschlusses könne dem Verbraucher nicht bewusst sein.

Dies widerspreche auch § 44 Abs 1 ZaDiG.

Die Klausel laut III. sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da der bloße Hinweis auf ein Kündigungsrecht ohne Konkretisierung der Voraussetzungen dem Verbraucher nicht die nötige Klarheit verschaffe.

Eine Definition bzw. eine zumindest allgemeine Umschreibung der wichtigen Gründe sei möglich.

Die Klausel 8 widerspreche § 6 Abs 3 KSchG.

Sie sei unklar und unverständlich abgefasst, da die Information über die Verwendung der freigegebenen Daten nicht umfassend genug sei.

Die Warnliste und die Deltavista seien dem Konsumenten nicht bekannt.

Sie verstoße gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot des Datenschutzgesetzes und enthalte ausufernde Regelungen, was sie auch intransparent mache.

Klausel 9 widerspreche § 38 Abs 2 Z 5 BWG, wonach der Kunde ausdrücklich und schriftlich der Enthebung des Bankheimnisses zustimmen müsse.

Die bloße Unterfertigung von Unterschriftsblättern, in denen auf die Geltung der AGB hingewiesen werde, reiche nicht aus. Es müsse die Zustimmung selbst schriftlich unterfertigt werden und sichergestellt sein, dass auch ein Kunde, der das Schriftstück nur oberflächlich studiere, die

Entbindungserklärung zur Kenntnis nehmen, und sie im Bewusstsein ihrer Bedeutung unterzeichne.

Die Klausel 10 widerspreche § 31 Abs 5 ZaDiG. Die Mitteilung per E-Mail, dass der Kontoauszug verfügbar sei, genüge nicht, die Information sei in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln.

Sie verstoße auch insoweit gegen § 31 Abs 5 ZaDiG, als Punkt 40.1. in Verbindung mit Punkt 49. einen Kostenersatz von EUR 3,-- pro Beleg zuzüglich den Versandkosten vorsehe. Es sei lediglich, und das auf Wunsch des Zahlungsdienstnutzers, der Portoersatz erlaubt.

Die Beklagte habe die Unterfertigung einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung abgelehnt.

Im Hinblick auf den Umfang der Klauselverwendung sei die Veröffentlichung in der Kronen-Zeitung angemessen.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und führte aus, dass Wiederholungsgefahr und ein Anlass zur Klagsführung nicht gegeben sei.

Im Juni 2013 habe der Kläger die Beklagte zu einer strafbewehrten Unterlassungserklärung betreffend 35 Klauseln aufgefordert.

Am 26.6.2013 habe eine Besprechung mit Vertretern des Klägers stattgefunden, in welcher diesen mitgeteilt worden sei, dass die Beklagte mit ihrem Kunden die Geltung neuer AGB ab Herbst 2013 vereinbaren werde und die meisten beanstandeten Klauseln ohnehin bereits abgeändert worden seien. Hinsichtlich einzelner Klauseln habe die Beklagte die Meinung der Klägerin hinsichtlich der Gesetzwidrigkeit nicht geteilt.

Das Verlangen, auch die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, stelle die Beklagte vor das

Problem, Klauseln so umzuformulieren, dass sie dem Gesetz entsprächen, den gewünschten Sinn jedoch beibehielten. Im Hinblick auf die Vertragsstrafe habe die Beklagte die Unterlassungserklärung nur hinsichtlich jener 24 Klauseln, deren Neufassung sie nicht als sinngleich beurteilte, unterfertigt.

Hinsichtlich der weiteren Klausel habe sei die Meinung vertreten, dass die Klauseln 4 und 7 rechtskonform seien und dass sie hinsichtlich der übrigen Klauseln aus dem Grund der „Sinngleichheit“ keine Unterlassungserklärung abgeben werde. Es würden diese bereits seit 15.9.2013 in ihrer neuen Ausgestaltung verwendet und gelebt. Eine Absicht, die alte Fassung beizubehalten, oder wieder aufzunehmen habe die Beklagte nicht erkennen lassen. Die neuen Klauseln seien abweichend und gesetzeskonform. Anfang Juli 2013 habe sie die neuen AGB auf ihrer Homepage veröffentlicht und alle Kunden davon verständigt, dass - deren Einverständnis vorausgesetzt- ab 15.9.2013 die neuen Klauseln gälten.

Es fehle daher hinsichtlich neun der elf Klauseln die Wiederholungsgefahr, hinsichtlich der Klausel vier und sieben die Gesetzeswidrigkeit.

Die Klausel 4 sei rechtmäßig, da es sich bei dem von der Beklagten auf ihrer Homepage angegebenen Wechselkurs um einen Referenzwechselkurs handle. Die den Kurs bildenden österreichischen Banken seien an die marktwirtschaftlichen Vorgaben und die Vorgaben der EZB gebunden. Es handle sich bei dem von der Beklagten verwendeten nicht um einen von ihr selbst geschaffenen Wechselkurs.

Die Klausel 7 sei zulässig, da der Ausschluss der Haftung für reine Vermögensschäden und entgangenem Gewinn für nicht fahrlässig verursachte Schäden jedenfalls möglich sei.

Verschuldensunabhängige Haftung nach § 44 Abs 1 ZaDiG bestehe lediglich für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge und umfasse das Rückgängigmachen dieses Vorganges. Über Folgeschäden treffe die Bestimmung keine Regelung.

Wenn das Gericht nicht vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ausgehe, so verteidige die Beklagte die Klauseln 1, 2, 3, 5, 6, III, 9, 10 und 11 als zulässig.

Zur Klausel 1:

Der Gesetzeswortlaut des § 35 Abs 2 ZaDiG lasse eine Versendung sowohl der Karte als auch der personalisierten Sicherheitsmerkmale ausdrücklich zu.

Das Risiko für missbräuchliche oder nicht autorisierte Nutzung trage im Falle der Verwendung der Zahlungsdienstleister.

Lediglich eine unaufgeforderte und nicht vereinbarte Zusendung eines Zahlungsinstrumentes sei unzulässig. Dies treffe hier nicht zu, da der Karteninhaber im Kartenauftrag die Zusendung der Karte an die von ihm genannte Adresse ordere.

Nur aufgrund eines solchen Kartenauftrages übersende die Beklagte Karten.

Zur Klausel 2:

Diese sei sachlich insofern berechtigt, als damit verdeckte Barabhebungen durch „Abzocker“ verhindert und der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vorgebeugt werden solle.

Es könne sonst ein illiquider Kreditkartenkunde Bargeldbehebungen durchführen, von denen er ansonsten ausgeschlossen wäre. Er könne bei jedem beliebigen Partnerunternehmen Bargeld beziehen, im Wege der Rückerstattung, und sämtliche Schutzmechanismen aushebeln.

Ehrliche Kunden seien nicht benachteiligt, wenn

Rückabwicklungen durch Gutschrift auf dem Kartenkonto zu erfolgen hätten.

Zur Klausel 3:

Diese widerspreche nicht den Zahlungsdienstegesetz.

Bei einer Kreditkarte handle es sich um ein Zahlungsinstrument ohne Kreditlinie, sodass in analoger Anwendung der Sperrgrund des „beträchtlich erhöhten Risikos“ herangezogen werden könne.

Kreditkarten fielen unter den Ausnahmetatbestand des § 4 Abs 2 Z 1 VKrG, da bei Verwendung der Karte der gewährte Kredit innerhalb eines Monats zurückzuzahlen sei.

Die Sperre der Karte durch den Zahlungsdienstleister aufgrund des beträchtlich erhöhten Risikos, dass der Zahlungsdienstnutzer seiner Zahlungspflicht nicht nachkomme, sei für Kreditkarten zulässig. Die Klausel sei nicht intransparent, da der Gesetzeswortlaut genau wiedergegeben würde.

Genauere Formulierungen als der Gesetzgeber selbst wähle, könnten nicht verlangt werden.

Zur Klausel 5 führt sie aus, dass Mahnspesen bei der Beklagten unabhängig von der Höhe der aushaftenden Summe in stets gleicher Höhe anliefen, sodass sie auch der Höhe nach sachlich gerechtfertigt seien. Sie seien daher jedenfalls, als am Aufwand des Mahnverfahrens orientiert, angemessen.

Dass Verschulden des Kunden am Zahlungsverzug vorausgesetzt sei, komme in der Formulierung der Klausel hinreichend zum Ausdruck.

Zur Klausel 6 führte sie aus, dass eine uneingeschränkte Haftung des Hauptkarteninhabers für Verbindlichkeiten der Zusatzkarte trotz vereinbarter Ausgabenobergrenze aufgrund der AGBS wieder begründet, noch bei kundenfeindlichster Auslegung aus der

Formulierung der Klausel herausgelesen werden könne.

Für den Fall, dass auch für eine Zusatzkarte eine Ausgabenobergrenze vereinbart worden sei, bestehe auch eine Haftung nur bis zu diesem Ausmaß.

Die Klausel III sei nicht intransparent, da sie dem Gesetzestext entspreche.

Auch hinsichtlich der Klausel 9 sei Intransparenz nicht gegeben.

Die Klausel 10 sei nicht gesetzwidrig, da die Entbindungserklärung auch im Kartenauftrag selbst angeführt und vom Kunden unterschrieben werden müsse, bevor es überhaupt zu einem Vertragsabschluss komme. Die AGBs seien insofern nur klarstellend zur bereits erteilten Datenübermittlungserklärung.

Die Klausel 11 sei nicht unzulässig, da das elektronische Zustellservice einen dauerhaften Datenträger schaffe, E-Mails seien speicherbar.

Das Veröffentlichungsbegehren in der Kronenzeitung sei unbegründet, da es nicht den Kundenkreis der Beklagten anspreche.

Es handle sich bei den Kunden der Beklagten um solche, die an bundesweit erscheinenden Tageszeitungen eher die Presse, respektive den Standard läsen.

Die Beklagte stellte ein Veröffentlichungsbegehren hinsichtlich der abweislichen Teile.

Hinsichtlich der Klauseln 4 und 7, die von der Beklagten noch nicht abgeändert worden seien, beantragte sie eine Leistungsfrist von 6 Monaten.

Es sei die Abänderung der Klausel mit Aufwand verbunden und nehme wesentliche Ressourcen der Beklagten in Anspruch, verursache auch erhebliche Kosten. Darüber hinaus sei es dem Verbraucher nicht zumutbar, innerhalb kurzer Zeit wiederholt mit Änderungen von AGBs konfrontiert zu werden.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die vorgelegten Urkunden (Beilagen ./A bis ./C bis ./3).

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Die Beklagte verwendete im Juni 2013 die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der hier gegenständlichen Form(./B).

Ein den Punkten 36 und 37 (Klauseln 8 und 9 im Spruch) sinngemäss entsprechender Text findet sich auch im Antragsformblatt oberhalb der Unterschrift(./3)

Mit Schreiben vom 18.10.2013 forderte der Kläger die Beklagte hinsichtlich dieser und weiterer 24 Geschäftsbedingungen zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Beilage ./A). Nach einer Besprechung, in der der Kläger es ablehnte, sich mit der Rechtmäßigkeit der Ersatzklauseln auseinander zu setzen, gab die Beklagte hinsichtlich 24, nicht aber hinsichtlich der klagsgegenständlichen 11 Klauseln eine Unterlassungserklärung, verknüpft mit einem Pönale von EUR 720,-- pro Klausel und Zuwiderhandlung, ab (Beilage ./C).

Im Begleitschreiben ersuchte sie um Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht sichergestellt sei, dass der Kläger hinsichtlich der übrigen Ersatzklauseln deren Sinnlichkeit nicht beanstanden und ein Verfahren einleiten werde.

ES bestehe daher ein Interesse der Beklagten an einer Bestätigung des Klägers, dass er die abgeänderten Klauseln nicht als sinnlich qualifiziere (Beilage ./1). Zugleich veröffentlichte sie die, per 15.9.2013 gültige, neue Fassung der AGBs.

Diese Feststellungen gründen sich auf die zitierten Urkunden.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

**Zur Wiederholungsgefahr:** Gemäß § 28 Abs 1 KSchG kann derjenige, der im Geschäftsverkehr gesetz- oder sittenwidrige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet, auf Unterlassung geklagt werden. Gemäß Abs 2 besteht die Gefahr einer Verwendung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Nach ständiger Rechtsprechung beseitigt nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr (5 Ob 227/98p). Die von der beklagten Partei abgegebene Erklärung, in Hinkunft nur nach den neuen AGB vorzugehen, stellt keine einer unbedingten und vollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar (8 Ob 110/08x). Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnimmt (RIS-Justiz RS0119007). In der bloßen inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich macht, ist nicht die von der Judikatur stets streng geforderte ausreichende Sicherheit gegen Wiederholungen von Gesetzesverstößen durch die beklagte Partei gegeben (8 Ob 110/08x). Dazu, zu Ersatzklauseln eine Stellungnahme abzugeben, ist der Kläger nicht verpflichtet. Die Verantwortung für die Gesetzmässigkeit von AGBs obliegt allein dem Unternehmer. Eine Verbindung von Unterlassungserklärungen mit Ersatzklauseln beseitigt

die Wiederholungsgefahr nicht ( OGH 11.9.2012, 6 Ob 24/11i, verst. Senat). Auf die in eventu erfolgte Bestreitung aller Klauseln in diesem Verfahren kommt es nicht mehr an.

Zu den Klauseln:

Mit **Klausel 1** räumt sich die Beklagte das Recht auf postalische Zustellung der Karte sowie des PIN ein. Nach § 35 Abs 2 ZaDiG ist die Versendung eines Zahlungsinstruments oder von personalisierten Sicherheitsmerkmalen nur zulässig, wenn sie entweder mit dem Kunden vereinbart ist oder der Kunde den Zahlungsdienstleister dazu auffordert (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 35 Rz 28*). Damit ist eine ausdrückliche Erklärung des Kunden vorausgesetzt. Die einseitige Aufnahme durch den Dienstleister in seine AGB reicht nicht aus. Die Bestimmung verstößt somit gegen § 35 Abs 2 ZaDiG. Zusätzlich geschlossene Vereinbarungen oder tatsächlicher Gebrauch ist im Verbandsprozess unbeachtlich.

**Klausel 2** ist für den Verbraucher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Sie verbietet jegliche Rückerstattungen in bar, selbst wenn diese vom Partnerunternehmen selbst angeboten werden. Damit wird die schnelle und einfache Rückabwicklung fehlerhafter Buchungen, welche gleich im Anschluss an die Bezahlung entdeckt und aufgeklärt werden, unmöglich gemacht, etwa wenn Rabatte nicht berücksichtigt werden oder eine Ware doppelt verbucht wurde. Gleicherweise ist die sofortige Rückabwicklung des Geschäftes in Gewährleistungsfällen nicht möglich. Eine sachliche Rechtfertigung besteht nicht, da sich die von der Beklagten behaupteten Gründe auf Fälle des -zweifellos seltenen und auch auf andere Art möglichen- dolosen Zusammenwirkens des Händlers mit dem Kunden beschränken.

**Klausel 3** weicht vom Gesetzestext des § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG ab, da dieser den Zusatz „im Fall eines Zahlungsinstrumentes mit einer Kreditlinie“ enthält. Die Beklagte gesteht zu, dass es sich bei Kreditkarten, bei welchen der Saldo innerhalb maximal eines Monats zurückzubezahlen ist, um Zahlungsinstrumente ohne Kreditlinie handelt. Sie beruft sich jedoch auf eine planwidrige Lücke des Gesetzes und deren Schließung durch analoge Anwendung von § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG, der Art 55 der Richtlinie 64/2007 EG wortgleich übernimmt und richtlinienkonform auszulegen ist. Dagegen spricht, dass Kreditkarten unter die in Art 4 Z 23 der Richtlinie fallen und nur der Sperrgrund der Ziffer 3 die Einschränkung auf Zahlungsinstrumente mit einer Kreditlinie enthält, die Ziffern 1 und 2 jedoch nicht. Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber diese Einschränkung bewusst gewählt hat und für Zahlungsinstrumente ohne Kreditlinie, bei dem das Debet - unter Berücksichtigung der Vereinbarung betraglicher Obergrenzen - im Folgemonat abzudecken ist, durch den Sperrgrund Z 2 ausreichend gesichert ansah. Damit liegt keine planwidrige Lücke vor und kann keine Analogie erfolgen, die Klausel ist gesetzwidrig.

**Klausel 4** verstößt gegen § 29 Abs 3 ZaDiG. Danach sind die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten Wechselkurse neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden. Der Verweis, dass die Abrechnung zu dem auf der auf der Homepage der Beklagten abrufbaren Wechselkurs erfolgt, widerspricht dem Gebot der Neutralität. Bei verbraucherfeindlicher trifft die Beklagte die Auswahl des dort veröffentlichten Wechselkurses nach ihrem Ermessen, ohne dass auf objektive Gültigkeit Rücksicht zu nehmen ist. Wie der Wechselkurs tatsächlich

berechnet wird bleibt unberücksichtigt, es kommt auf den Wortlaut der Bestimmung an.

**Klausel 5** setzt die Kosten für das erste, zweite und dritte Mahnschreiben für den Fall des Schuldnerverzuges betraglich fest. Damit widerspricht sie § 1333 Abs 2 ABGB, da die Kosten auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung nicht Bedacht nehmen (7 Ob 84/12x). Des Weiteren ergibt sich bei verbraucherfeindlicher Auslegung aus der Bestimmung, dass der Kunde auch dann zur Zahlung verpflichtet ist, wenn ihn kein Verschulden trifft. Dies führt zu einer gröblichen Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB (7 Ob 84/12x). Dass der Anspruch der Mahnspesen „selbstverständlich“ ein Verschulden des Kunden am Zahlungsverzug voraussetzt, ist aus der Bestimmung ebensowenig ableitbar wie aus dem vorhergehenden Punkt der AGB „Kommen Sie Ihrer Zahlungsverpflichtung nicht rechtzeitig nach, so gilt..“.

Die Formulierung von **Klausel 6** ist gegenüber dem Kunden gröblich benachteiligend. Bei konsumentenfeindlicher Auslegung könnte die Bestimmung als über eine vereinbarte Ausgabenobergrenze hinausgehende Haftung interpretiert werden. Dies verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB, da eine Haftung bei Vereinbarung einer solchen Grenze eben nur bis zu dieser besteht. Die Klausel ist somit sittenwidrig.

Mit **Klausel 7** weicht die Beklagte vom positiven Recht zu Lasten des Verbrauchers ab. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist einerseits auf das Ausmaß, den Grund und die sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Vertragspartners vorgenommenen Abweichung vom dispositiven Recht und andererseits auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit jenes Vertragspartners abzustellen, der die für ihn nachteiligen

Vertragsbestandteile nicht verhindern konnte (4 Ob 179/02f). Die Beklagte agiert dem Verbraucher gegenüber als übermächtiger Vertragspartner und verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche der Verbraucher keinen Einfluss nehmen kann. Daher ist seine Willensfreiheit erheblich verdünnt. Dagegen ist das Ausmaß der Abweichung vom dispositiven Recht, insbesondere durch den Ausschluss für reine Vermögens- sowie Folgeschäden, doch erheblich, besonders da die Freizeichnung auch bei Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten zum Tragen kommt. Zudem sind wohl die am wahrscheinlichsten durch ein Bankinstitut verursachten Schäden solche im bloßen Vermögen des Kunden. Daher wird die Haftung erheblich zum Nachteil des Verbrauchers eingeschränkt und ist unzulässig.

**Klausel 8** enthält die Zustimmung zur Übermittlung „aller im Kartenauftrag angegebenen Daten“ sowie der Bonitätsdaten. Die Bestimmung ist intransparent und auch überschwiessend formuliert, da das Kreditinstitut selbst bestimmt, welche Daten sie im Kartenauftrag von den Kunden verlangt und das Recht alle darin enthaltenen Daten erfasst. Die Zustimmung zur Übermittlung bestimmter Daten wie Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des Kreditinstituts im Zusammenhang mit der Fälligstellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten wäre zulässig (4 Ob 179/02f). Die Bestimmung ist im vorliegenden Fall jedoch zu weit gefasst, da die Datenarten nicht näher beschrieben werden. Damit verstößt sie gegen § 6 Abs 3 KSchG und muss auf den Bekanntheitsgrad von Deltavista nicht gesondert eingegangen werden.

**Klausel 9** verstößt gegen § 38 Abs 2 Z 5 BWG. Dieser

besagt, dass der Kunde zur Enthebung vom Bankgeheimnis ausdrücklich und schriftlich zustimmen muss. Der OGH hat ausgesprochen, dass die Aufnahme der Klausel in - regelmäßig nicht unterfertigte - allgemeine Geschäftsbedingungen für das Erfordernis der Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit nicht genügt (4 Ob 28/01y). Dass der Kunde auf dem Kartenauftrag die Beklagte ebenfalls vom Bankgeheimnis entbindet, tut für die Unzulässigkeit der Bestimmung (auch) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts zur Sache.

An **Klausel 10** beanstandete die Klägerin sowohl einen Verstoß gegen die vorgeschriebene Form der Bereitstellung der Informationen als auch die Kosten für deren Übermittlung in Papierform. Gemäß §§ 31 Abs 2, 3 iVm 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG hat das Bankinstitut seinem Kunden die dort genannten Informationen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Nach § 31 Abs 4 ZaDiG kann der Rahmenvertrag vorsehen, dass die Informationen nach Abs 2 und Abs 3 mindestens einmal monatlich und nach einem vereinbarten Verfahren so mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden, dass sie der Kunde unverändert aufbewahren und reproduzieren kann. Hierfür reicht die Abrufbarkeit der Informationen im Internet aus (ErläutRV 207 BlgNR 24 GP 37). In dieser Hinsicht widerspricht die Bestimmung nicht dem ZaDiG. Gemäß § 31 Abs 5 ZaDiG kann der Zahlungsdienstnutzer verlangen, dass die Informationen gemäß Abs 2 und 3 einmal monatlich gegen angemessenen Kostenersatz übermittelt werden. Hierfür darf kein Entgelt, sondern lediglich ein Aufwandsatz (Porto) verrechnet werden (ErläutRV 207 BlgNR 24 GP 38). € 3,-- je Beleg sowie € 2,-- an Versandkosten decken jedoch mehr als nur das Porto ab, daher wird hier unzulässiges Entgelt verlangt. Damit

ist die Bestimmung gesetzwidrig.

Die **Klausel III** des Spruches verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des KSchG. Dauerschuldverhältnisse können durch einseitige Erklärung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für einen der Vertragsteile unzumutbar erscheinen lässt (RS0027780). Dieses außerordentliche Kündigungsrecht besteht schon ohne Aufnahme in die AGB, die Klausel hat daher nur deklarative Wirkung. Eine Aufzählung von Kündigungsgründe würde ebenfalls nur deklarative Wirkung entfalten und kann daher unterbleiben, abgesehen davon, dass sie immer beispielhaft bleiben müsste und daher nichts zur Transparenz beitrüge. Die Wiedergabe des vollständigen Gesetzestextes mag für die Transparenz erforderlich sein(4 Ob 221/06p), seine Erläuterung ist es nicht.

Im Hinblick auf den gehobenen Kundenkreis der Beklagten ist die Veröffentlichung in der Tageszeitung „Die Presse“ zur Aufklärung angemessen. Bei Obsiegen mit nur einer von 11 Klauseln kommt ein Veröffentlichungsanspruch der Beklagten nicht in Betracht(1 Ob 244/11f).

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO. Die Klägerin unterlag lediglich mit 9,1 % ihres Anspruchs und verursachte dieser keinen zusätzlichen Verfahrensaufwand. Die Kostennote war lediglich dahingehend zu korrigieren, dass die verzeichneten Kosten nach dem geänderten Streitwert von € 32.727,27 zu bemessen sind.

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG