



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin HR Dr. Maria Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Rechtsanwälte in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei ING-DiBa AG, 1020 Wien, Praterstraße 31, Galaxy Tower, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Rechtsanwälte in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000) nach öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1.a) Die beklagte Partei ist schuldig, 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:

Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016

4. 3.12 (3) *Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:*
 - *Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.*
 - *Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.*
 - *Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex.[sic]*
5. 3.13 (3) *Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1)*

beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergäbe.

6. 3.14 (1) Bindet eine Anpassungsklausel einen Sollzinssatz an einen Referenzzinssatz (wie zB den 3-Monats-EURIBOR-Satz), so werden Änderungen unmittelbar, ohne vorherige Benachrichtigung des Kunden wirksam. Für den Fall, dass der vereinbarte Referenzzinssatz negativ wird, gilt ein Referenzzinssatz von 0% (null Prozent) als vereinbart.

7. 3.14 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Absatz (2) ist frühestens zwei Monate nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung zulässig.

8. 3.16 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlagungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde

liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzherabsetzung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

Allgemeine Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher, Stand: April 2016

9. 2.5 Ist es im Rahmen einer von der ING-DiBa zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich, Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die ING-DiBa anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die ING-DiBa ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag auf der Website der österreichischen Nationalbank unter <https://www.oenb.at/isoweb/report.do?lang=DE&report=2.14.9> zum Abruf bereit.
10. 6.2 Ein Zahlungsauftrag gilt als bei der ING-DiBa noch am selben Tag eingegangen, wenn der Auftrag bei der ING-DiBa an einem Geschäftstag bis zu den aus der nachstehenden Aufstellung ersichtlichen Zeitpunkten einlangt.

SEPA-Überweisung EUR bis 14:30 Uhr

Auslandsüberweisung Fremdwährung bis 14:00 Uhr

Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016

11. 4 (2) Bei regelmäßigen Gehalts- oder Pensionseingängen fallen keine Kontoführungsgebühren (Kondition Gehalt) an. Gibt es für den Zeitraum von drei Monaten keine entsprechenden Eingänge, behält sich das Kreditinstitut das Recht vor, Kontoführungsgebühren zu verrechnen (Konditionen Giro).
- 4 (3) Umgekehrt entfällt auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen wieder die Kontoführungsgebühr.
13. 5.9 (1) Änderungen dieser BGB werden dem Kunden vom Kreditinstitut spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens unter Hinweis auf die betroffenen Bestimmungen angeboten. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Außerdem wird das Kreditinstitut eine Gegenüberstellung der von der Änderung der BGB betroffenen Bestimmungen sowie die vollständige Fassung der neuen BGB auf seiner Internetseite veröffentlichen und die Gegenüberstellung dem Kunden auf sein Verlangen zur Verfügung stellen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen. Das Änderungsangebot ist dem Kunden mitzuteilen.

14. 7.6.1 Wenn nach Ablauf der Gültigkeit auf der Elektronischen Geldbörse noch ein Betrag geladen ist, ersetzt das Kreditinstitut diesen Betrag, wenn er innerhalb von sieben Jahren nach Ablauf der Gültigkeit geltend gemacht wird. Danach ist dieser Anspruch verjährt.

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.

1.b) Die Frist, binnen welcher die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der Klauseln 4 bis 11 und 13 bis 14 in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, wird mit vier Monaten festgesetzt.

2. Das weitere Klagebegehren des Inhalts:

„Die beklagte Partei ist schuldig, 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:

Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016

1. 3.2.4 (2) Die Postbox ist ein elektronischer Briefkasten, in den Erklärungen und Informationen des Kreditinstituts eingehen. Die Postbox ist über das Online-Banking und das Mobile-Banking/die Banking App abrufbar. Sämtliche Konto- und Depotinformationen sowie den Kunden betreffende Mitteilungen werden vom Kreditinstitut in elektronischer Form in die vom Kunden aktivierte Postbox übermittelt, worüber der Kunde mittels E-Mail gesondert verständigt wird. Mit der Nutzung der Postbox verzichtet der Kunde ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Wenn gesetzliche Vorgaben es erfordern oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist, ist das Kreditinstitut ermächtigt, Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen. Nachrichten, deren Empfang zu bestätigen ist, werden unmittelbar nach dem Online-Banking- bzw Mobile-Banking/Banking-App-Login angezeigt. Der Kunde muss diese beim Einstieg in das Online-Banking bzw Mobile-Banking/die Banking App bestätigen. Die Erklärungen des Kreditinstituts gelten spätestens am Tag der Verständigung des Eingangs in die Postbox mittels E-Mail als zugestellt.
2. 3.2.4 (3) Das Kreditinstitut stellt dem Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente für die Dauer von mindestens 3 Jahren elektronisch zur Verfügung. Nach dem Ablauf dieser Frist, kann das Kreditinstitut die betroffenen Dokumente entfernen, ohne, dass der Kunde darüber eine gesonderte Benachrichtigung erhält. Der Kunde hat die gewünschte Dokumente rechtzeitig selbst zu archivieren: Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung.
3. 3.7.2 (2) Ein wichtiger Grund, der das Kreditinstitut zur Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn
 - Der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht.

Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016

12. 5.6 Wird an einem Geldausgabe/Geldeinzahlungsautomaten oder einer POS-Kasse viermal hintereinander ein unrichtiger persönlicher Code eingegeben, kann das Kreditinstitut veranlassen, dass die Bezugskarte aus Sicherheitsgründen eingezogen und unbrauchbar gemacht wird.

oder die Verwendung sinngleicher Klausel zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klausel zu berufen“ wird abgewiesen.

3) 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 Samstagausgabe 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.

4) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.043,62 (darin enthalten EUR 342,90 USt und EUR 986,19 Barauslagen) bestimmten anteiligen Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger stellte das aus dem Spruch ersichtliche Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren und brachte dazu im Wesentlichen vor, die Beklagte verwende im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, bzw in Vertragsformblättern Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen würden (§ 28 KschG).

Zum Unterlassungsbegehren

Die 1. inkriminierte Klausel (= Klausel 3.2.4 (2) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C) und die 2. inkriminierte Klausel (= Klausel 3.2.4 (3) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C) lauten wie folgt:

1. 3.2.4 (2) *Die Postbox ist ein elektronischer Briefkasten, in den Erklärungen und Informationen des Kreditinstituts eingehen. Die Postbox ist über das Online-Banking und das Mobile-Banking/die Banking App abrufbar. Sämtliche Konto- und Depotinformationen sowie den Kunden betreffende Mitteilungen werden vom*

Kreditinstitut in elektronischer Form in die vom Kunden aktivierte Postbox übermittelt, worüber der Kunde mittels E-Mail gesondert verständigt wird. Mit der Nutzung der Postbox verzichtet der Kunde ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Wenn gesetzliche Vorgaben es erfordern oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist, ist das Kreditinstitut ermächtigt, Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen. Nachrichten, deren Empfang zu bestätigen ist, werden unmittelbar nach dem Online-Banking- bzw Mobile-Banking/Banking-App-Login angezeigt. Der Kunde muss diese beim Einstieg in das Online-Banking bzw Mobile-Banking/die Banking App bestätigen. Die Erklärungen des Kreditinstituts gelten spätestens am Tag der Verständigung des Eingangs in die Postbox mittels E-Mail als zugestellt.

2. *3.2.4 (3) Das Kreditinstitut stellt dem Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente für die Dauer von mindestens 3 Jahren elektronisch zur Verfügung. Nach dem Ablauf dieser Frist, kann das Kreditinstitut die betroffenen Dokumente entfernen, ohne, dass der Kunde darüber eine gesonderte Benachrichtigung erhält. Der Kunde hat die gewünschte Dokumente rechtzeitig selbst zu archivieren: Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung.*

Der Kläger brachte dazu vor, diese Klauseln seien unzulässig, weil diese Form der Zustellmöglichkeit gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sei, da die Nachrichten in der Postbox bereits mit dem „Tag der Verständigung“ via E-Mail als zugestellt gelten sollen. Mit diesem Tag beginnen somit auch sämtliche Fristen zu laufen, unabhängig davon, ob der betreffende Konsument die E-Mail überhaupt erhalten hat bzw die Möglichkeit zur Einsichtnahme hatte. Durch die Formulierung der Klausel behalte sich die Beklagte zudem vor, auch in jenen Fällen, in denen gesetzlich zwingend zB die Papierform bzw ein dauerhafter Datenträger vorgeschrieben ist, eine Zustellung über die Postbox vorzunehmen. Diese vorbehaltene Ermächtigung sei jedoch ebenfalls gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Durch diese Formulierung würden dem beklagten Unternehmen außerdem ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume eingeräumt, wodurch Intransparenz im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Die gröbliche Benachteiligung ergäbe sich auch daraus, dass sämtliche Erklärungen und Informationen des beklagten Kreditinstituts über die Postbox mitgeteilt werden können. Der Textierung der Klausel zufolge könnten somit auch Vertragsänderungen über die Postbox durchgeführt werden. Bei der im Verbandsprozess maßgeblichen konsumentenfeindlichsten Auslegung verstoße diese Klausel auch gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Gemäß § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG müsse ein Zahlungsdienstleister gewisse Informationen nicht nur zur Verfügung stellen, sondern von sich aus mitteilen. Diese Pflicht zur Mitteilung zeichne sich dadurch aus, dass die erforderlichen Informationen vom Zahlungsdienstleister zu den gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkten von sich aus übermittelt werden sollen, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer sie ausdrücklich anfordern müsse (Erwägungsgrund 27 RL 2007/64/EG sowie ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 32). Insofern liege eine Bringschuld des Zahlungsdienstleisters vor, wobei dieser für den Zugang der Information beim Zahlungsdienstnutzer beweispflichtig sein soll. Vereinbarungen, nach denen der

Konsument Informationen elektronisch (beispielsweise in der Postbox) abzurufen hat, seien nicht ausreichend (vgl. Koch, ÖBA 2009, 874). Zudem würde auch seitens des Gesetzgebers hinsichtlich der Mitteilungspflicht im Fall eines Rahmenvertrages explizit darauf hingewiesen, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer die Information (von sich aus) in Papierform oder – falls vereinbart – auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln muss (vgl. Weilingner/Knauder in Weilingner, ZaDiG § 26 Rz 49-50). Ein solcher liege lediglich dann vor, wenn es dem Zahlungsdienstnutzer möglich sei, die an ihn gerichteten Informationen so zu speichern, dass diese für „die Zwecke der Informationen angemessene Dauer“ eingesehen werden können, sowie die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen ermöglicht werde. Der in der 2. inkriminierten Klausel vorgesehene Zeitraum von mindestens drei Jahren sei jedoch in der Vertragsbeziehung mit Banken zu kurz, wodurch kein dauerhafter Datenträger im Sinne der gesetzlichen Anforderungen vorliege. Dies würde insbesondere auch durch den letzten Satz der 2. inkriminierten Klausel („Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung“) bestätigt.

Die 3. inkriminierte Klausel (= Klausel 3.7.2 (2) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C) lautet wie folgt:

3. 3.7.2 (2) *Ein wichtiger Grund, der das Kreditinstitut zur Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn*
- *Der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht.*

Der Kläger brachte dazu vor, diese Klausel würde den Unternehmer zur sofortigen Kündigung berechtigen, wobei als wichtiger Grund „unrichtige Angaben“ über die Vermögensverhältnisse angeführt sind. Dies würde jedoch auch die Fälle erfassen, in denen einerseits lediglich unwesentliche unrichtige Angaben getätigt werden und andererseits auch jene Konstellationen, in denen zwar unrichtige, jedoch zu geringe Angaben über die Vermögensverhältnisse getätigt werden. Weder aus der Mitteilung unwesentlich unrichtiger Angaben, noch aus der zu geringen Darstellung des Vermögens könnten die Forderungen des beklagten Unternehmens gefährdet werden. Mangels Einschränkung auf wesentliche unrichtige Angaben bzw unrichtige Angaben, bei denen „zu wenig“ Vermögen angegeben werde sei die Klausel zu weit gefasst. Eine sachliche Rechtfertigung dafür sei nicht ersichtlich. Sie verstoße daher gegen § 879 Abs 3 ABGB, §§ 6 Abs 2 Z 1 und 6 Abs 3 KschG.

Zudem sei die von der Beklagten zur Begründung ihres Standpunktes herangezogene Entscheidung des OGH in 4 Ob 179/02f nicht mehr aufrecht zu erhalten, weil sich die Rechtslage seit damals entscheidend geändert habe. Im Jahr 2010 wurde § 987 ABGB eingeführt, wonach (auch) das Kreditinstitut und damit im vorliegenden Fall die Beklagte eine Kreditvereinbarung nur dann außerordentlich kündigen kann, wenn ihm die Aufrechterhaltung

des Vertrages aus wichtigen Gründen unzumutbar sei. Eine Einschränkung auf diese Unzumutbarkeit, die aber Zulässigkeitsvoraussetzung für die außerordentliche Kündigung der Kreditvereinbarung sei, fehle im Wortlaut der vorliegenden Klausel. Die Literatur verlange, dass nur jene unrichtigen Angaben zur Kündigung berechtigen sollen, die für das Kreditinstitut „von ausschlaggebender Bedeutung sind“. Nur „geringfügige Abweichungen“ würden nicht zur Kündigung berechtigen (dazu unter anderem *Iro/Koziol*: ABB-Kommentar [2001], Z 23 Rz 4). Zwar könnte dem Willen des Verfassers der Klausel bzw. der Beklagten zugebilligt werden, dass mit den „unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse“ gerade diese „ausschlaggebende Bedeutung“ dargestellt werden soll, dies sei aber im Verbandsverfahren aufgrund der hier anzuwendenden konsumentenfeindlichsten Auslegung unerheblich, weil sich daraus eben gerade nicht „eindeutig“ ergebe, dass die fehlerhaften Angaben wesentlich sein müssen. Schon allein nach dem Satzbau der Klausel handle es sich entweder um „unrichtige Angaben zu den Vermögensverhältnissen“ oder „andere sonstige wesentliche Umstände“. Hätte die Beklagte regeln wollen, dass nur „wesentliche unrichtige Angaben zu den Vermögensverhältnissen“ zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen sollen, hätte sie dies im Text der Klausel entsprechend klarstellen können.

Die Klausel sei darüber hinausgehend gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB, da sie jedenfalls nach der im Verbandsprozess maßgeblichen konsumentenfeindlichsten Auslegung des Textes auch jene Fälle erfassen würde, in denen der Verbraucher seine Vermögensverhältnisse deutlich zu gering angibt, z.B. Verschweigung weiterer Einkommensquellen oder von Sach- und Vermögenswerten. Dies würde die Bank zur Kündigung des Vertrages berechtigen, obwohl sie den Vertrag sehr wohl auch bei Kenntnis dieser Umstände geschlossen hätte und ein Umstand, der ihr die Aufrechterhaltung des Vertrages aus wichtigen Gründen unzumutbar macht im Sinne des § 987 ABGB jedenfalls nicht vorliege. Die Klausel sei auch deshalb gröblich benachteiligend, weil sie nicht darauf abstelle, aus welchen Gründen es zur unrichtigen Angabe von Vermögensverhältnissen gekommen ist und ob den Verbraucher daran ein Verschulden trifft; auch nicht schuldhaft gemachte oder nur leicht fahrlässige unrichtige Angaben werden erfasst. Darüber hinaus sei die Klausel intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da unklar bliebe, ob die Klausel auf unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse nur hinsichtlich wesentlicher oder auch unwesentlicher Umstände abstellt. Der Kläger verwies zudem auf die deutschen Musterbedingungen für Geschäftsbeziehungen und Banken, die das Thema der Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist klar, deutlich und ohne die in der inkriminierten Klausel gegebene Intransparenz regeln würden.

Die 4., 5., 7. und 8. inkriminierte Klausel (= Klausel 3.12 (3), 3.13 (3), 3.14 (3) und 3.16 (3) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner

2016, Beilage ./C) lauten wie folgt:

4. 3.12 (3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.
 - Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.
 - Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex. [sic]
5. 3.13 (3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.
 - Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.
 - Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergäbe.
7. 3.14 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.
 - Eine Zinssatzanhebung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot

nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Absatz (2) ist frühestens zwei Monate nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung zulässig.

8. 3.16 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlagungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzherabsetzung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

Bei diesen Klauseln liege insbesondere aufgrund der fehlenden Zweiseitigkeit eine gröbliche Benachteiligung der Konsumenten vor. Die Klausel beinhalte Regelungen zur Entgelterhöhung, jedoch fehle eine Regelung zur Entgeltsenkung, wodurch keine Zweiseitigkeit gegeben sei. Eine sachliche Rechtfertigung für diese gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB sei nicht ersichtlich. Außerdem sei die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, ua da auf unternehmensinterne Umstände, wie etwa Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes, abgestellt würde.

Die Klauseln seien zudem so formuliert, dass die Bank berechtigt sei, eine entsprechende Entgeltanpassung vorzunehmen. Wollte man dies zweiseitig verstehen, müsste sich die Bank gleichzeitig verpflichten, im Falle einer unter dem VPI liegenden Kostensteigerung (oder gar einer Senkung der wesentlichen Faktoren) die Entgeltänderung auf Basis dieser geringeren Steigerung vorzunehmen.

Die Klauseln würden auch jeweils gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen, da keinerlei Parameter angeführt werden, welche den analog anzuwendenden Bestimmungen der § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen (siehe dazu *Haghofer*, *ecolex* 214, 507 und

LG Klagenfurt 18.11.2016, 21 Cg 85/15g – nicht rechtskräftig).

Die 6. inkriminierte Klausel (= Klausel 3.14 (1) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C) lautet wie folgt:

6. *3.14. (1) Bindet eine Anpassungsklausel einen Sollzinssatz an einen Referenzzinssatz (wie zB den 3-Monats-EURIBOR-Satz), so werden Änderungen unmittelbar, ohne vorherige Benachrichtigung des Kunden wirksam. Für den Fall, dass der vereinbarte Referenzzinssatz negativ wird, gilt ein Referenzzinssatz von 0% (null Prozent) als vereinbart.*

Der Kläger brachte dazu vor, gegenständliche Klausel würde gegen §§ 29 Abs 2 und Abs 3 ZaDiG verstoßen. Gem § 29 Abs 2 ZaDiG dürfen – unter bestimmten Voraussetzungen – Änderungen der Zinssätze und Wechselkurse „unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt“ werden. Gem § 29 Abs 3 ZaDiG müsse es zu einer neutralen Ausführung kommen und dürfe keine Benachteiligung von Zahlungsdienstnutzern eintreten. Zudem bleibe § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unberührt. Die der Klausel zugrunde gelegte Berechnungsart benachteilige Zahlungsdienstnutzer jedoch gravierend, da bei einem negativen Referenzzinssatz eine Untergrenze von „0% (Null Prozent)“ als vereinbart gelten sollte. Durch diese Untergrenze komme es zu einer Benachteiligung, sowie fehle eine neutrale Ausführung iSd § 29 Abs 3 ZaDiG, wodurch die Klausel unzulässig sei. Es liege zudem ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor, da die Änderung des Zinssatzes gerade keine „zweiseitige Handhabung“ aufweise (vgl diesbezüglich auch *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, *KSchG*⁴ (2015), § 6, Rz 32a). Außerdem liege eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vor, da die Klausel zwar eine Untergrenze von 0% vorsehe, jedoch eine Obergrenze fehle. Eine sachliche Rechtfertigung sei nicht gegeben, wodurch die Klausel unzulässig würde. Dies sei zudem überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB.

Es könne als notorisch vorausgesetzt werden, dass zahlreiche Indikatoren, die gerade in Kreditverhältnissen mit Verbrauchern vereinbart seien, seit längerer Zeit einen negativen Wert aufweisen (so etwa der 3-Monats-CHF-LIBOR oder 3-Monats-EURIBOR). Werde ein derartiger Indikator vereinbart, werde für den Vertrag (unwiderleglich) fingiert, dass dieser Indikator die tatsächliche Refinanzierungssituation der Bank abbilde, ohne dass es auf die tatsächliche Refinanzierungssituation der Bank ankomme. Dies habe allerdings in beide Richtungen zu gelten (sowohl, falls die Bank sich günstiger refinanzieren könne als auch, falls ihre konkrete Refinanzierung ungünstiger sei als der Indikator abbilde). Es möge zwar richtig sein, dass einige Autoren zu begründen versuchen, dass der Mindestzinssatz eines Kreditverhältnisses bei Null liegen müsse und auch im Fall, dass der vereinbarte Indikator zzgl. des Aufschlages ein negatives Ergebnis bildet, keine Negativzinsen dem Kreditnehmer ausbezahlt oder gutgeschrieben werden müssten. Die entsprechenden Überlegungen seien aber schon deshalb unzutreffend, weil auch in die andere Richtung keine Höchstzinssätze

vorgesehen werden, falls die Indikatoren entsprechend steigen würden.

Ohne eine in Relation zur vorgesehenen Untergrenze sachgerechte Zinssatzobergrenze seien die mit der Zinsgleitklausel für die beiden Vertragsparteien verbundenen Chancen und Risiken nicht mehr fair verteilt, wodurch die Klausel gemäß § 879 Abs 3 ABGB (dazu OGH 3 Ob 47/16g) und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unwirksam sei. Das ergebe sich zwangsläufig aus folgenden Überlegungen: Mit einer den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechenden Zinsgleitklausel, bei der der vereinbarte anfängliche Sollzinssatz zweiseitig an die Entwicklung eines sachlich gerechtfertigten, vom Willen des Kreditinstituts unabhängigen und vom Verbraucher feststellbaren Geld- oder Kapitalmarktindikators gebunden werden müsse, seien für beide Parteien auch Risiken verbunden, die für die jeweils betroffene Partei gravierende wirtschaftliche Auswirkungen haben können. Einerseits könne der vom Kreditnehmer zu zahlende Zinssatz bei einer entsprechenden Entwicklung des vereinbarten Indikators nach oben hin unbegrenzt ansteigen und dadurch eine für den Kreditnehmer wirtschaftlich nicht mehr verkräftbare Höhe erreichen. Andererseits trage das Kreditinstitut das Risiko, dass sich der Sollzinssatz, wenn der Indikator entsprechend negativ wird, bis auf Null reduzieren könne, was im Fall einer überwiegenden Refinanzierung des Kredits mit Spareinlagen zur Folge habe, dass der Kreditgeber den kalkulierten Gewinn und die mit der Kreditvergabe verbundenen Kosten ganz oder teilweise nicht mehr lukrieren könne. Wenn nun die Beklagte dieses für sie bestehende Risiko durch die Vereinbarung eines Mindestzinssatzes in der Höhe des vereinbarten Aufschlags ausschließt, könne es mit Blick auf eine faire und ausgewogene Verteilung der mit der Zinsgleitklausel verbundenen Chancen und Risiken nicht zulässig sein, das Risiko des Kreditnehmers überhaupt nicht zu begrenzen, sondern es in voller Höhe aufrecht zu belassen. Anders gesagt könne, wenn sich das Kreditinstitut eines Teils des Risikos entledigt, den es nach den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eigentlich zu tragen hätte, das nur dann zulässig sein, wenn auch das Risiko des Verbrauchers begrenzt werde.

Eine einseitige Zinssatzuntergrenze wäre auch deshalb sachlich nicht zu rechtfertigen, weil sich das Kreditinstitut durch eine Zinssatzuntergrenze die Kosten eines Absicherungsgeschäfts (z.B. Kauf eines Zins-Floors) ersparen würde, das es ohne eine solche Vereinbarung im Kreditvertrag abschließen müsste, um sich vor dem Risiko negativer Referenzzinssätze zu schützen. Gleichzeitig würden durch die Zinssatzuntergrenze die für den Verbraucher mit der Zinsgleitklausel verbundenen Chancen eingeschränkt. Es wäre daher unbillig, wenn das Kreditinstitut die auf Kosten des Verbrauchers erzielte Ersparnis diesem nicht im Wege einer Begrenzung des Risikos des Verbrauchers herausgeben müsste.

Die mit der Zinssatzuntergrenze erzielte Kostenersparnis sei auch die Richtschnur für die Bestimmung einer fairen Zinssatzobergrenze. Die Obergrenze müsse in etwa dem Zinssatz

entsprechen, der – ausgehend von den dem Kreditinstitut im Zeitpunkt der Kreditvergabe am Markt zur Verfügung stehenden Absicherungsgeschäften (z.B. Kauf eines Zins-Caps) – mit dem ersparten Entgelt für die Dauer der Kreditlaufzeit gegen eine Überschreitung abgesichert werden könne.

Sogenannte „objektive Schutznormen“ wie etwa das Verbot der Verkürzung über die Hälfte oder der Wuchertatbestand oder auch die Ausbeutungsverordnung aus dem Jahr 1933 können eine solche vertraglich vereinbarte Zinssatzobergrenze schon deshalb nicht ersetzen weil im Fall eines starken Anstiegs des Referenzzinssatzes das Zinsniveau am Geldmarkt ja auch tatsächlich entsprechend hoch wäre. Insofern könne dann auch keine Verkürzung über die Hälfte oder Wucher gegeben sein.

Hinsichtlich der fehlenden Obergrenze sei noch auf ein Urteil des HG Wien hinzuweisen (2.8.2016, 57 Cg 14/16h, nicht rechtskräftig). Das HG Wien habe hier wegen eines Verstoßes gegen die Anpassungssymmetrie folgende Klausel als gesetzwidrig gem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eingestuft: *„Der Zinssatz sinkt jedoch niemals unter 0%.“* Das HG Wien führte dazu aus: *„Die Klausel sieht eine Untergrenze für den Zinssatz von 0 % vor, jedoch keine Obergrenze, sodass es sich auch nicht um eine dem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechende zweiseitige Klausel handelt, zumal die Klausel dadurch auch nicht dem von der Rechtsprechung geforderten Gebot der Anpassungssymmetrie gerecht wird.“* In einem weiteren Urteil habe das HG Wien erst kürzlich eine Klausel verboten, die einen Mindestzinssatz in einem variabel verzinsten Verbraucherkreditvertrag in Höhe des vereinbarten Aufschlages (ohne Festlegung eines Höchstzinssatzes) festlegte (HG Wien 10.1.2017, 19 Cg 60/16v – nicht rechtskräftig).

Die 9. inkriminierte Klausel (= Klausel 2.5 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher, Stand: April 2016, Beilage ./D) laute wie folgt:

9. 2.5 *Ist es im Rahmen einer von der ING-DiBa zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich, Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die ING-DiBa anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die ING-DiBa ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag auf der Website der österreichischen Nationalbank unter <https://www.oenb.at/isoweb/report.do?lang=DE&report=2.14.9> zum Abruf bereit.*

Der Kläger brachte vor, diese Klausel enthielte eine unvollständige, abschließende Regelung hinsichtlich Fremdwährungstransaktionen. Insbesondere würde kein konkreter Umrechnungsstichtag mitgeteilt und daher gegen §§ 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG verstoßen. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend, überraschend und nachteilig sowie intransparent (§§ 879 Abs 3, 864a ABGB, 6 Abs 3 KSchG). Aus den AGB-Regelungen, wann Aufträge

durchgeführt würden, könne der Vertragspartner der Beklagten gerade nicht den Schluss ziehen, dass auch der Devisenkurs dieses Tages herangezogen würde, wenn in der Klausel keine entsprechende Vereinbarung dazu getroffen wurde. Ähnliche Klauseln würden regelmäßig vom OGH als unzulässig erklärt (zuletzt 9 Ob 31/15x).

Die 10. inkriminierte Klausel (= Klausel 6.2 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher, Stand: April 2016, Beilage ./D) lautet wie folgt:

10. 6.2 Ein Zahlungsauftrag gilt als bei der ING-DiBa noch am selben Tag eingegangen, wenn der Auftrag bei der ING-DiBa an einem Geschäftstag bis zu den aus der nachstehenden Aufstellung ersichtlichen Zeitpunkten einlangt.

SEPA-Überweisung EUR bis 14:30 Uhr

Auslandsüberweisung Fremdwährung bis 14:00 Uhr

Der Kläger brachte vor, diese Klausel verstoße gegen § 38 Abs 3 ZaDiG, da die vereinbarten Cut-off-Zeitpunkte von 14 Uhr und 14.30 Uhr nicht nahe am Ende des Geschäftstages liegen (vgl OGH 1 Ob 244/11f zu Klausel 12), insbesondere da es sich um Überweisungsaufträge im Bereich des Online-Banking handle, bei denen eine Entgegennahme und Bearbeitung gerade nicht die für den Kundenverkehr geöffneten Geschäftsstellen benötigt werde. Die Einstellung von Bearbeitungen der Online-Überweisungsaufträge schon um 14.00 Uhr und 14.30 Uhr stehe daher in grobem Widerspruch mit dem Wesen des Online-Banking, sowie den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers, welcher diese Kommunikationsschiene nutzen möchte und auch mit der Bank vereinbart hat. Dies sei zudem überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB.

In der Erwartungshaltung der Kunden, gerade jener, die ihre Bankgeschäfte (wie heute für einen Großteil der Bankkunden üblich) online erledigen, würden die (sehr restriktiven) Schalteröffnungszeiten, wie sie viele Banken (vor allem früher) hatten, keine Rolle spielen. Hingegen seien Zeitpunkte von 14:00 Uhr oder 14:30 Uhr weit vom Ende des gewöhnlichen Arbeitstages entfernt, sodass die Kunden nicht damit rechnen, dass schon Aufträge ab 14:00 Uhr (also im tatsächlichen Geschäftsleben „Mitten am Tag“) nicht mehr am selben Tag ausgeführt würden. Es möge schon sein, dass § 38 ZaDiG darauf abstellen soll, dass Zahlungsdienstleister Zahlungsaufträge nicht rund um Uhr verarbeiten müssen, aber zwischen „rund um die Uhr“ und „direkt nach dem Mittagessen“ sei ein großer Unterschied. Gerade Verbraucher würden Zahlungen in der Erwartung leisten, dass die Zahlung so durchgeführt werde, dass damit konkrete Zahlungsfristen auch eingehalten werden und Gelder so bei ihren Vertragspartnern einlangen, dass damit vertragliche Verpflichtungen erfüllt sind. Diese berechnete Erwartungshaltung werde nicht zuletzt durch die Beklagte selbst erzeugt: Für die Beurteilung komme es auf die regulären Schließzeiten des Kreditinstitutes für den physischen

Publikumsverkehr an (siehe dazu z.B. Koch, ÖBA 2009, 883). Der Publikumsverkehr der Beklagten ende an Werktagen jedoch erst um 19.00 Uhr. Die Klausel sehe ein „Cut-Off“ fünf oder viereinhalb Stunden vor diesem Zeitpunkt vor und sei auch deshalb nicht gerechtfertigt.

Die 11. inkriminierte Klausel (= Klausel 4 (2) und (3) der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E) lautet wie folgt:

11. 4 (2) Bei regelmäßigen Gehalts- oder Pensionseingängen fallen keine Kontoführungsgebühren (Kondition Gehalt) an. Gibt es für den Zeitraum von drei Monaten keine entsprechenden Eingänge, behält sich das Kreditinstitut das Recht vor, Kontoführungsgebühren zu verrechnen (Konditionen Giro).

4 (3) Umgekehrt entfällt auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen wieder die Kontoführungsgebühr.

Der Kläger brachte vor, hier liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor, da eine verbindliche zweiseitige Ausgestaltung des Entgeltsänderungsvorbehalts nicht vorliege. Dies würde insbesondere durch Absatz 3 deutlich, wonach die Gebühr erst „auf Ansuchen des Kunden“ entfallen soll. Die Klausel sei jedenfalls neben den in der Klage angeführten Gründen auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG, weil in keiner Weise dargelegt werde, unter welchen Voraussetzungen Entgelte in genau welcher Höhe anfallen sollen.

Die 12. inkriminierte Klausel (= Klausel 5.6 der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E) lautet wie folgt:

12. 5.6 Wird an einem Geldausgabe/Geldeinzahlungsautomaten oder einer POS-Kasse viermal hintereinander ein unrichtiger persönlicher Code eingegeben, kann das Kreditinstitut veranlassen, dass die Bezugskarte aus Sicherheitsgründen eingezogen und unbrauchbar gemacht wird.

Der Kläger brachte vor, diese Klausel sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, da hier eine reine „kann“-Bestimmung vorliege, wonach die Bank dazu „berechtigt“ sei die Karte bei viermaliger falscher Bedienung einzuziehen. Die beklagte Bank träfen jedoch hinsichtlich der Sperre der Bezugskarte nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, weswegen dem Konsumenten hier kein klares und zutreffendes Bild seiner vertraglichen Position vermittelt würde. Es liege somit Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG vor. Eine ähnliche Klausel sei bereits vom OGH als unzulässig beurteilt worden (vgl 10 Ob 70/07b). Die Klausel würde dem beklagten Unternehmen zudem einen ungerechtfertigten Spielraum hinsichtlich des Einzugs der Karte gewähren, wobei dies im konsumentenfeindlichsten Fall zu Lasten der Konsumenten gehen würde. Laut Klausel wäre die Beklagte nicht verpflichtet, die Karte einzuziehen, auch wenn zB im Fall eines Diebstahls mehr als viermal der falsche Code eingegeben würde. Eine sachliche Rechtfertigung für diese gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB sei nicht ersichtlich.

Inwiefern die Beklagte meinte, dass sich aus der Entscheidung 10 Ob 70/07p nicht zweifelsfrei ergäbe, dass die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG ist, erschließe sich dem Kläger nicht: Wie in der dortigen Entscheidung sei die Sperre der Karte (dort durch das Kreditkartenunternehmen, hier durch die Beklagte) lediglich als „Kann-Bestimmung“ ausgestaltet, womit sich aus der Klausel nicht ergäbe, dass die Beklagte auch die Verpflichtung treffe, mit einer entsprechenden Sperre vorzugehen, obwohl dies ihren Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber ihrem Vertragspartner entsprechen würde.

Wenn die Beklagte meine, dass an anderer Stelle ihrer AGB die Rechte und Pflichten hinsichtlich einer Sperre der Bezugskarte klar geregelt wären, sei umso weniger verständlich, warum sie in Punkt 5.6. ihrer Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) hier ein „kann“ (also dem mit Ermessen ausgestatteten Recht der Beklagten, eine Sperre zu veranlassen, aber ohne dazu verpflichtet zu sein) vorsieht. Die Klausel selbst beinhalte keine Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters die Karte zu sperren bzw diese einzuziehen um etwaige weitere betrügerische Aktivitäten zu unterbinden. Punkt 6.6 „Sperre“ der Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) regle die Sperrmöglichkeit der Bezugskarte des Kreditinstituts zB im Falle von „objektiven Gründen im Zusammenhang mit der Sicherheit“ bzw bei „Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung der Bezugskarte“. Hier gelte es zu betonen, dass auch im Punkt 6.6 „Sperre“ keine Sperrverpflichtung geregelt werde. Der OGH-Entscheidung zu 10 Ob 70/07p sei jedoch zu entnehmen, dass es sehr wohl eine Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters zur Vornahme einer Sperre bzw derartigen Maßnahmen gäbe. Derartige Verpflichtungen würden auch seitens der Zahlungsdienstleister nicht bestritten.

Bei konsumentenfeindlichster Auslegung enthielten somit weder die inkriminierte Klausel, noch Punkt 6.6. der Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) eine Verpflichtung. Gibt es keine entsprechende Sperre, könne gerade im Diebstahlsfall jede weitere Eingabemöglichkeit das Risiko betrügerischer Transaktionen für den Konsumenten erhöhen. Das Fehlen einer Verpflichtung zur Sperre ließe bei konsumentenfeindlichster Auslegung aber den Schluss zu, dass noch weitere Eingabeversuche möglich seien, bzw die Karte nicht eingezogen oder gesperrt werde.

Klausel 6.4.2. „Sperrmeldung und sonstige Anzeigen“ der Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) verweise darauf, dass der Karteninhaber nach Kenntniserlangung unverzüglich die Sperre der Bezugskarte veranlassen müsse. Dazu stehen ihm lt Klausel 6.4.2 folgende Möglichkeiten offen: „über die Servicenummer“, „im Online-Banking“, über das „Mobile-Banking/die Banking App“. Gemäß Punkt 6.6 „Sperre“ könne die Sperre der Bezugskarte jederzeit mit den

persönlichen Zugangsdaten über das Online- bzw Mobile-Banking/die Banking App, welche auf der Homepage des KI aufrufbar ist“ sperren. Die Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zur Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) regeln unter Punkt 5.2.2 die „Sperrung durch den Kunden“ die Möglichkeit zur Sperrung des Zugangs zum Online-Banking „während eines Zugriffs dreimal in Folge falsche persönliche Identifikationsmerkmale oder mTANs einzugeben“.

Für Verbraucher sei es daher auch überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, dass bei viermaliger falscher Eingabe der PIN die Bezugskarte nicht gesperrt wird. Darüber hinaus werde bei konsumentenfeindlichster Auslegung den Konsumenten suggeriert, eine Sperrung der Karte bzw deren Einzug könne evtl auch durch viermalige falsche Eingabe des PIN erreicht werden, wie dies etwa auch für das Online- und Mobile-Banking bzw die App gelte. Daher sei die Klausel auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

Es wäre aber durchaus auch denkbar, dass es Situationen gäbe, in denen der Konsument eine Sperrmeldung abgeben müsste, weil der Kunde etwa eine mögliche missbräuchliche Verwendung bzw sonst nicht autorisierte Nutzung eines Zahlungsinstruments anzeigen müsse, zB wenn der Verdacht einer Kopie der Karte und dringende Missbrauchsgefahr bestehe. Falls der Verbraucher in dieser Situation gerade über kein einsatzfähiges Mobiltelefon verfügt, könne die Sperrhotline telefonisch nicht kontaktiert werden oder es könnte die Beklagte vielleicht sogar geschlossen haben. Einer Sperrverpflichtung könnte der Verbraucher in diesem Fall dann nicht nachkommen und es würde die Karte trotz zum Zweck der Sperrung vorgenommener mehrfacher Eingabeversuche nicht gesperrt bzw eingezogen werden.

Die 13. inkriminierte Klausel (= Klausel 5.9 (1) der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E) lautet wie folgt:

13. 5.9 (1) *Änderungen dieser BGB werden dem Kunden vom Kreditinstitut spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens unter Hinweis auf die betroffenen Bestimmungen angeboten. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Außerdem wird das Kreditinstitut eine Gegenüberstellung der von der Änderung der BGB betroffenen Bestimmungen sowie die vollständige Fassung der neuen BGB auf seiner Internetseite veröffentlichen und die Gegenüberstellung dem Kunden auf sein Verlangen zur Verfügung stellen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen. Das Änderungsangebot ist dem Kunden mitzuteilen.*

Gegenständliche Klausel beinhalte – mangels entsprechender Einschränkung – eine Ermächtigung zur unbeschränkten Änderung von Punkt 5.2 (Benutzungsmöglichkeiten der

Bezugskarte) und somit auch der vom Kreditinstitut aufgrund des Kartenvertrags geschuldeten Hauptleistungen im Wege einer bloßen Zustimmungsfiktion. Dies sei jedoch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, sowie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

Es sei inzwischen durch die auf 1 Ob 210/12g zurückgehende, in zahlreichen seitdem ergangenen Entscheidungen bestätigte ständige Rechtsprechung des OGH unzweifelhaft, dass Klauseln, die eine inhaltlich unbeschränkte Vertragsänderung mit Erklärungsfiktion vorsehen, (zumindest) gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB verstoßen.

Die 14. inkriminierte Klausel (= Klausel 7.6.1 der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage .I/E) lautet wie folgt:

14. 7.6.1 Wenn nach Ablauf der Gültigkeit auf der Elektronischen Geldbörse noch ein Betrag geladen ist, ersetzt das Kreditinstitut diesen Betrag, wenn er innerhalb von sieben Jahren nach Ablauf der Gültigkeit geltend gemacht wird. Danach ist dieser Anspruch verjährt.

Der Kläger brachte dazu vor, § 18 E-GeldG sehe explizit vor, dass ein Rücktausch von E-Geld jederzeit möglich sein müsse. Nach Ablauf eines Jahres könne jedoch ein Entgelt verlangt werden (vgl § 19 Abs 2 Z 3 E-GeldG). § 18 E-GeldG sehe jedoch keine Verjährungsfrist vor, weshalb die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren zum Tragen komme. Die bei sonstigen Verjährungsbeschränkungen zur Anwendung kommenden Interessensabwägungen kämen hier nicht zur Anwendung, da § 18 E-GeldG ausdrücklich bestimme, dass vom jederzeitigen (mithin mindestens 30jährigen) Erstattungsrecht des E-Geld-Inhabers zu dessen Lasten nicht abgewichen werden dürfe. § 18 E-GeldG sei somit lex specialis zu § 1502 ABGB, der lediglich dann zur Anwendung komme, wenn nicht gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen verstoßen wird. Dies sei hier nicht der Fall, weswegen eine Unzulässigkeit der Klausel vorliege. Der OGH hätte zu einer ähnlichen Klausel auch ausgeführt, dass selbst bei einer (hier nicht vorzunehmenden) Interessensabwägung ein solches Interesse des beklagten Unternehmens an einer Verkürzung der Frist nicht vorliegen würde (vgl diesbezüglich auch 4 Ob 252/14h, vgl auch 1 Ob 88/14v).

Welcher Bezug zwischen dem von der Beklagten ins Treffen geführte Auslaufen der „elektronischen Geldbörse“ und den Verjährungsfristen betreffend der Ansprüche daraus bestehen soll, erschließe sich dem Kläger nicht. Insbesondere könne es für die Zulässigkeit der Verjährungsfrist keine Bedeutung haben, ob noch andere Personen als jene, die konkret Ansprüche aus einer (ehemaligen) elektronischen Geldbörse geltend macht, derartige Vertragsverhältnisse haben oder nicht.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren.

Zur 1. und 2. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte im Wesentlichen vor, nur jene

Kunden, die über die entsprechenden (telekommunikations-)technischen Voraussetzungen/Einrichtungen verfügen und im Umgang mit modernen Mitteln der Telekommunikation vertraut seien, würden die entsprechenden Produkte der Beklagten, die eine Kommunikation über die Postbox vorsähen, wählen. Von einem verständigen und informierten Konsumenten sei zu erwarten, dass er die Tragweite seiner Entscheidung, ob er mit der Bank mittels Postbox kommunizieren möchte oder nicht, erfassen und ein entsprechendes Nutzungsverhalten an den Tag legen werde. Für diese Kunden sei die Nutzung der Postbox jedenfalls eine Erleichterung und Vereinfachung der Verwaltung ihrer Bankgeschäfte. Die Zustellmöglichkeit über eine Verständigung per E-Mail, wonach eine Nachricht in die Postbox übermittelt wurde, sei für den Kunden keineswegs gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang zunächst meine, eine gröbliche Benachteiligung liege darin, dass der Kunde das E-Mail möglicherweise nicht erhielt, die Nachricht aber dennoch als zugestellt gelte, unterliege sie einem Fehlschluss: Die Verständigung sei eine empfangsbedürftige Erklärung gemäß § 862a ABGB. Wenn das E-Mail nie in die Sphäre des Kunden gelangt sei, sei er auch nicht verständigt worden, die Zustellfiktion würde daher mangels Verständigung gar nicht eintreten.

Dass das Risiko bestünde, dass der Kunde ein E-Mail am Tag des Eingangs nicht lese, könne ebenfalls nicht als gröblich benachteiligend angesehen werden, weil auch eine Zustellung per Post nicht garantiere, dass der Kunde am Tag des Einwurfs des Schriftstücks in den Postkasten Kenntnis vom Schriftstück erlangt. Dieselbe Überlegung gelte auch für eine Zustellung mit rekommandierten Schreiben, weil auch hier keine Gewähr bestünde, dass mit dem ersten Tag der Frist der Hinterlegung, welcher gemäß § 17 Abs 3 Zustelle als Tag der Zustellung gilt, der Kunde die Möglichkeit hat, das Schriftstück zu beheben, um dann Kenntnis davon zu erlangen. Im Regelfall würde der im Umgang mit moderner Kommunikationstechnologie vertraute Kunde (und nur dieser wird das entsprechende Produkt samt Postbox wählen) das E-Mail früher zur Kenntnis nehmen als eine Postsendung.

Der Vorwurf des Klägers, die Bank behalte sich vor, auch in jenen Fällen, in denen gesetzlich die Papierform oder ein dauerhafter Datenträger vorgeschrieben sei, per Postbox zuzustellen, sei gänzlich unrichtig. Denn genau das Gegenteil sei der Fall: In jenen Fällen, in denen dies gesetzlich vorgesehen ist, stelle die Bank auf die gesetzlich vorgegebene Weise zu. Gerade aus diesem Grund enthielte die Bestimmung den Hinweis auf eine andere Zustellart in diesem Fall. Damit entspräche die Beklagte den gesetzlichen Vorgaben, der Hinweis auf eine postalische oder anderweitige Zustellung sei damit nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Ebenso wenig liege Intransparenz iSd § 6 Abs 3 KSchG vor, weil der Beklagten gerade kein unangemessener Beurteilungsspielraum eingeräumt sei. Wenn dies gesetzliche Vorgaben erforderten, solle eben gerade nicht per

Postbox, sondern entsprechend den (abweichenden) gesetzlichen Vorgaben zugestellt werden.

Der nicht näher präzierte Vorwurf des Klägers, dass eine gröbliche Benachteiligung darin liegen würde, dass sämtliche Mitteilungen, einschließlich Vertragsänderungen, mittels Postbox kommuniziert werden können, sei in keiner Weise nachvollziehbar. Vielmehr sei es für Kunden, die bewusst und aus freien Stücken die Postbox-Funktion wählen, ein Vorteil, wenn sämtliche Erklärungen, für die kein zwingendes abweichendes Zustellerfordernis besteht, per Postbox übermittelt werden.

Selbst bei konsumentenfeindlichster Auslegung liege auch kein Verstoß gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG vor. Die in Erwägungsgrund 27 zur RL 2007/64/EG angesprochene „Mitteilung“ bestimmter Informationen, ohne dass der Kunde sie von sich aus anfordern muss, sei bei der Postbox-Funktion samt E-Mail-Benachrichtigung erfüllt. Gerade durch das Versenden des E-Mails werde dem Kunden mitgeteilt, dass neue Informationen vorliegen. Dass der Kunde das Dokument in der Postbox öffne und einsehe, sei ein rein technischer Schritt, der ein Teil des Mitteilungsvorgangs sei. Erwägungsgrund 27 sei klar zu entnehmen, dass es Zweck der Bestimmung sei, dass der Zahlungsdienstleister von sich aus tätig werde und nicht der Kunde bestimmte Informationen anfordern müsse. Es gehe also um das Initiativwerden, wenn bestimmte Informationen vorliegen und dem Kunden mitzuteilen seien. Diesem Zweck, wonach die Bank von sich aus initiativ werden soll, sei mit der Benachrichtigung per E-Mail durch die Bank entsprochen.

Die ErläutRV 207 BlgNR XXIV. GP 32 würden ausführen, dass das Erfordernis des "dauerhaften Datenträgers" unter anderem auch durch Internetseiten, auf denen Informationen für einen angemessenen Zeitraum konsultiert und reproduziert werden können, erfüllt sein könne. Internetseiten seien klar der Sphäre der Bank zuzurechnen. Wenn also selbst Datenträger in der Sphäre der Bank als ausreichend erachtet werden, dann müsse dies umso mehr für einen Datenträger in der Sphäre des Kunden gelten.

Im Übrigen würden weder das ZaDiG noch die RL 2007/64/EG erwähnen, was unter „dauerhaft“ zu verstehen sei. Die Beklagte sei der Ansicht, dass eine Aufbewahrungsmöglichkeit von drei Jahren diesem Kriterium der Dauerhaftigkeit entspreche, da beispielsweise auch die für Geschäfte des täglichen Lebens geltende Verjährungsfrist gemäß § 1486 ABGB nur drei Jahre betrage. Dass die Beklagte darauf hinweise, dass sich die Postbox nicht für eine „langfristige Dokumentenaufbewahrung“ eigne, bedeute nicht, dass der Datenträger nicht als dauerhaft anzusehen wäre. Dieser Hinweis sei nicht relevant für die Beurteilung, ob die von der Beklagten eingerichtete Postbox samt Download-Möglichkeit als "dauerhafter Datenträger" iSd RL 2007/64/EG bzw des ZaDiG zu qualifizieren sei. Auch ein normaler Briefkasten eigne sich nicht für eine „langfristige Dokumentenaufbewahrung“, und

hier sei gar kein entsprechender Hinweis erforderlich und werde auch nicht erwartet. So wie der Kunde ein Schriftstück in Papierform dem Briefkasten entnehme und dann bei sich aufbewahre, so werde ein technologisch versierter Kunde (der sich für das Produkt samt Nutzung der Postbox-Funktion entscheide) die Information aus der Postbox downloaden und entsprechend auf einem Datenträger abspeichern. Hierfür stünden ihm drei Jahre zur Verfügung, dies sei jedenfalls eine „zum Zwecke der Information angemessene Dauer“.

Die Beklagte verwies zudem auf zwei anhängige Gerichtsverfahren, die für die hier gegenständliche Postbox von Relevanz seien. So sei derzeit das Revisionsverfahren in einem Verfahren zwischen der Arbeiterkammer und der Beklagten vor dem OGH anhängig. Im Berufungsurteil vom 31.5.2016 seien mehrere Klauseln im Zusammenhang mit der Postbox erörtert worden. Die Beklagte wies insbesondere auf Urteilsseite 137ff hin, wonach das Berufungsgericht die Übermittlung von Nachrichten in die Postbox samt Benachrichtigungsservice durch E-Mail seitens der Bank als „Mitteilen“ iSd ZaDiG qualifiziert habe. Eine auf diese Art erfolgte Übermittlung von Informationen widerspreche daher weder dem ZaDiG noch § 6 Abs 1 Z 3 KschG. Darüber hinaus sei auch ein Vorabentscheidungsverfahren betreffend des Klägers und die BAWAG PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG anhängig. Dort habe der Generalanwalt mit seiner Stellungnahme vom 15.9.2016 ausgeführt, unter welchen Bedingungen er die Einrichtung und Nutzung einer Postbox für Mitteilungen von Zahlungsdienstleistern als zulässig erachte. Diese Kriterien seien im gegenständlichen Fall erfüllt. In ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 25.1.2017 verwies die Beklagte zudem auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des EuGH, in der sich der Gerichtshof der Meinung des Generalanwalts angeschlossen habe.

Im Übrigen habe die Beklagte im Zuge der jährlichen Anpassung ihrer Geschäftsbedingungen auch die hier gegenständliche Bestimmung präzisiert, was nicht als Zugeständnis, sondern als Entgegenkommen zu werten sei. Die Änderungen betreffen die abweichende Zustellung von Dokumenten (postalisch oder per E-Mail) bei Bestehen gesetzlicher Vorgaben oder Erforderlichkeit aufgrund anderer Umstände, die Zustellfiktion und die Dauer der Zurverfügungstellung von Dokumenten in der Postbox, die auf sieben Jahre verlängert wurde.

Zu 3. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, schon aus dem Wortlaut der Klausel („*unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände*“) folge eindeutig, dass nicht nur die „sonstigen Umstände“, sondern auch die unrichtigen Angaben des Kunden über seine Vermögensverhältnisse wesentlich sein müssen, um das Rücktrittsrecht auszulösen. Die Beklagte verwies diesbezüglich auf die Entscheidung 4 Ob 179/02f, in welcher der OGH eine wortgleiche Klausel als zulässig beurteilt habe. Der

OGH habe dazu ausgeführt, dass das Rücktrittsrecht nach dieser Bestimmung voraussetze, dass die unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse des Kunden für das konkrete Vertragsverhältnis maßgebend waren und die Bank den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht abgeschlossen hätte; waren die unrichtigen Angaben jedoch nicht für den Vertragsabschluss maßgebend, mit anderen Worten, hätte die Bank den Vertrag auch in Kenntnis der wahren Sachlage abgeschlossen, wäre eine vorzeitige Vertragsbeendigung weder nach der beanstandeten Klausel noch nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen möglich, da es in einem solchen Fall schon an einem wichtigen Grund mangle. Die Klausel sei daher weder gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, noch verstoße sie gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, der (nur) ein Rücktrittsrecht ohne sachliche Rechtfertigung hindern würde, oder gegen § 6 Abs 3 KschG.

Zur Einwendung des Klägers, die Entscheidung, 4 Ob 179/02f sei nicht mehr einschlägig, weil sich die Rechtslage zwischenzeitlich geändert habe, brachte die Beklagte vor, der Kläger verkenne, dass in § 987 ABGB für Darlehensverträge (lediglich) das normiert wurde, was allgemein für Dauerschuldverhältnisse gelte (vgl *Aichberger-Beig* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 987, Rz 1). Die Rechtslage habe sich seit der Entscheidung 4 Ob 179/02f sohin nicht „entscheidend“ geändert (abgesehen davon, dass sich § 987 ABGB ohnehin nur auf Darlehensverträge beziehe). Die Beklagte argumentierte weiters, dass der Kläger seinen Standpunkt auch nicht auf *Iro/Koziol*, ABB-Kommentar (2001), Z 23 stützen könne.

Die Klausel sei auch keineswegs gröblich benachteiligend, weil sie nicht darauf abstelle, aus welchen Gründen es zu unrichtigen Angaben über Vermögensverhältnisse gekommen sei. Darauf komme es bei der Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht notwendigerweise an. Zudem sei eine Bezugnahme auf die deutschen Muster-AGB hier irrelevant. Im Übrigen habe die Beklagte auch die hier gegenständliche Klausel im Zuge der jährlichen Anpassungen ihrer Geschäftsbedingungen Anfang Jänner 2017 neu formuliert, was nicht als Zugeständnis, sondern als Entgegenkommen zu werten sei.

Zur 4., 5., 7. und 8. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, diese seien nicht einseitig und gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Der (jeweils) erste Spiegelstrich bzw Bullet-point spreche davon, dass die Entwicklung der der Bank entstehenden Kosten im maßgeblichen Zeitraum von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweiche. Die Formulierung sei eindeutig neutral gehalten, weil sowohl eine Abweichung nach oben (Entwicklung der entstandenen Kosten ist über jener des Verbraucherpreisindex) als auch nach unten (Entwicklung der entstandenen Kosten ist unter jener des Verbraucherpreisindex) erfasst seien. Im Zusammenhang mit dem ersten Spiegelstrich dieser Klauseln sei dann auch der zweite Spiegelstrich zu lesen. Hier würde lediglich die Entgelterhöhung zulasten des Verbrauchers gedeckelt, diese würde mit dem Dreifachen einer Erhöhung nach dem

Verbraucherpreisindex begrenzt sein. Es wäre absurd und sinnwidrig, wenn auch eine Verpflichtung zur Deckelung einer Entgeltherabsetzung erforderlich wäre, zumal die den Interessen der Kunden klar widersprechen würde, nur um dem Erfordernis der Zweiseitigkeit formal zu entsprechen.

Davon abgesehen handle es sich bei den gegenständlichen Klauseln um Bestimmungen, nach denen eine Entgeltanpassung erst vereinbart würde. Die Klauseln stünden unter dem Vorbehalt, dass dem Kunden eine Entgeltanpassung vorgeschlagen werde und der Kunde – sei es auch durch eine Zustimmungsfiktion – zustimmen müsse. Deshalb fielen die hier inkriminierten Klauseln ausschließlich in den Anwendungsbereich des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Eine über die dort normierten Voraussetzungen hinausgehende Anwendung des in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG enthaltenen Kriterienkatalogs sei nicht geboten (siehe etwa *Mayrhofer/Nemeth* in Klang³ § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 13 und *Weilinger/Knauder* in Weilinger, ZaDiG, 47. Lfg (2014) § 29 Rz 15a). Auch der Verweis der Klägerin auf das nicht rechtskräftige Urteil des LG Klagenfurt vom 18.11.2016, 21 Cg 85/15g sei nicht stichhaltig. Der vom LG Klagenfurt als unzulässig beurteilten Klausel lag eine „Erhöhung der mit dem Kunden vereinbarten Entgelte“ zugrunde (Z 44 Abs 2 und 3 der dortigen AGB, Hervorhebung hinzugefügt). Im Gegensatz dazu spreche die hier gegenständliche Klausel von „Entgeltanpassung“ (Hervorhebung hinzugefügt), was unzweifelhaft eine neutrale Formulierung sei, so dass auch aus diesem Grund die Klausel dem Gebot der Zweiseitigkeit entspreche.

Die Beklagte verwies weiters darauf, dass die vier hier gegenständlichen Klausel im Zuge der jährlichen Anpassung ihrer Geschäftsbedingungen modifiziert wurden.

Zur 6. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, die gegenständliche Zinsanpassungsklausel sei grundsätzlich zweiseitig ausgestaltet, weil sowohl Zinserhöhungen als auch Zinssenkungen an den Kunden weitergegeben werden. Aus diesem Grund liege kein Verstoß gegen § 29 Abs 3 ZaDiG und § 6 Abs 1 Z 5 KschG vor. Auch die Regelung, dass im Falle eines negativen Referenzzinssatzes ein Referenzzinssatz von 0% als vereinbart gilt, stehe nicht im Widerspruch zu den genannten Bestimmungen: In der Literatur sei übereinstimmend anerkannt, dass vereinbarte Zinsgleitklauseln, die den Vertragszins nach einem variablen Referenzzinssatz und einem fixen Aufschlag berechnen, nicht zu einem negativen Indikator oder negativen Vertragszins führen können. Dies werde im Wesentlichen damit begründet, dass es nicht der Wille der Vertragsparteien gewesen sein kann, eine vertragliche Situation herbeizuführen, in der der Kreditgeber dem Kreditnehmer Zinsen zahle. Eine solche Auslegung könne nicht dem Parteiwillen unterstellt werden, weil es dem gesetzlichen Leitbild eines – entgeltlichen – Kreditvertrages widerspreche (siehe dazu insb *G. Graf*, ÖBA 2016, 722; *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63; *Kronthaler*, Zak 2016, 128; *Zöchling-Jud*, ÖBA 2015, 318, *B. Koch*, VbR 2015, 140). Folglich widerspreche die Anwendung eines

Nullzinssatzes (sei es als Indikator oder als Vertragszins) auch nicht dem Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 29 Abs 3 ZaDiG, weil ein negativer Zinssatz gerade kein Entgelt und ein negativer Indikator gerade kein Entgeltindikator sei (in diesem Sinn *Kronthaler*, Zak 2016, 128; *Ch. Rabl*, VbR 2016, 63). In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, dass ein negativer Referenzzinssatz im Interbankenmarkt die Kosten der Verwahrung von Kapital zwischen den Banken indiziere; es würde sich somit um Kosten eines Verwahrungsvertrages handeln. Der zwischen einem Kreditgeber und einem Kreditnehmer vereinbarte Sollzinssatz spiegle hingegen die Kosten für die Verwendung von Kapital wieder, eben ein Entgelt für die Inanspruchnahme des Kredits. Auch aus diesem Grund komme ein negativer Referenzzinssatz nicht als Indikator für die Entgeltbestimmung in Betracht (siehe *Rabl*, VbR 2016, 63). Gerade bei Banken, die sich durch Einlagen finanzieren, würde die Anknüpfung an einen negativen Sollzinssatz zu nachhaltigen Verlusten und letzten Endes binnen kurzer Zeit zu Abwicklungsszenarien führen (siehe *G. Graf*, ÖBA 2016, 722 unter Berufung auf eine bankwirtschaftliche Studie von *Pichler/Jankowitsch*). In Judikatur und Lehre sei allgemein anerkannt, dass der Schuldner von der Verpflichtung zur Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht befreit werde, wenn dies für ihn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar, von ihm nicht verschuldet wurde und die veränderten Umstände auch nicht seiner Sphäre zuzuordnen sind („Unerschwinglichkeit“). Auch aus diesem Grund wäre ein (Referenz-)Sollzinssatz von unter Null in keiner Weise rechtfertigbar. Wenn aber selbst in jenen Fällen, in denen keine Mindestdeckung vereinbart wurde, das Absinken unter Null nicht in Betracht käme, dann müssten Klauseln, die eine Deckelung des Referenzzinssatzes bei Null vorsehen, jedenfalls als zulässig angesehen werden. Ein Verstoß gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG liege aber auch deswegen nicht vor, weil durch die Festlegung oder Vereinbarung eines „Null-(referenz-)zinssatzes“ keine Verschiebung der ursprünglich vereinbarten subjektiven Äquivalenz vorgenommen werde. Diese subjektive Äquivalenz bleibt erhalten, solange der Kreditgeber bestimmte Mindestkosten der Refinanzierung zu tragen hat. Aus diesem Grund sei eine Zinsgleitklausel, die die tatsächlichen Mindestkosten der Refinanzierung widerspiegelt, auch sachlich gerechtfertigt iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (vgl. *G. Graf*, ÖBA 2016, 731). Zweck des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei es im Übrigen, den Verbraucher vor unvorhersehbaren und nicht kalkulierbaren Preisänderungen zu schützen (siehe *Krejci* in Rummel, ABGB³ § 6 KSchG Rz 73). Vorhersehbarkeit und leichte Kalkulierbarkeit seien hier gegeben, weil der Kunde auf der Website der Bank den Referenzzinssatz leicht nachsehen könne.

Zudem gebe es mit dem (nicht rechtskräftigen) Urteil des LG Klagenfurts zu 21 Cg 85/15g bereits ein Urteil, in dem die Vereinbarung eines Referenzzinssatzes von Null als Untergrenze des Sollzinssatzes für zulässig erachtet wurde. Das zitierte Urteil lege unter Hinweis auf *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016/2269 ausführlich dar, dass die Überprüfung der Angemessenheit der

beiderseitigen Hauptleistungspflichten weder Normzweck von § 6 Abs Z 5 KSchG sei noch § 879 Abs 3 ABGB unterliege. In gewissem Widerspruch hierzu stehe zwar, dass die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes, der unzweifelhaft eine Hauptleistungspflicht beim Kreditvertrag betreffe, dennoch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen soll. Dieser Widerspruch könne nur so gelöst werden, dass der Anwendungsbereich der zitierten Bestimmung eng auszulegen sei und die Beurteilung der eigentlichen Hauptleistungspflicht eben keiner Inhaltskontrolle unterliege. In diesem Sinne und als Konsequenz einer solchen Auslegung nehme auch der OGH die ziffernmäßige Umschreibung der Hauptleistungspflicht (etwa bei Kreditbearbeitungsgebühren) von der Inhaltskontrolle aus. Nichts anderes als eine individuelle ziffernmäßige Umschreibung sei auch der Mindestreferenzzinssatz im vorliegenden Fall: Die Vereinbarung eines Mindestreferenzzinssatzes ist die Vereinbarung eines Mindestentgelts, das nicht dem Zweiseitigkeitsgebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unterliege (siehe *Zöchling-Jud*, aaO).

Entgegen der Ansicht der Klägerin bedürfe es auch keiner Vereinbarung eines Höchstzinssatzes, zumal das Zweiseitigkeitsgebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Im Übrigen scheine aber auch im Hinblick auf objektives Rechts, insbesondere aufgrund von § 934 ABGB, des WucherG und der AusbeutungsVO, die Festlegung eines Höchstzinssatzes nicht erforderlich (siehe auch hierzu die nicht rechtskräftige Entscheidung des LG Klagenfurt vom 18.11.2016 zu 21 Cg 85/15g). Das Argument der Klägerin, wonach bei einer Entwicklung des Indikators nach oben der Kreditnehmer einem unbegrenzten wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt sei, gehe schon aus den dargestellten Gründen ins Leere.

Die Klägerin hätte auch verschwiegen, dass in einem von ihr geführten Verfahren das OLG Innsbruck in einer (nicht rechtskräftigen) Entscheidung vom 28.6.2016 zu 4 R 58/16k ausgeführt hat, dass die Zulässigkeit einer Untergrenze des Sollzinssatzes von Null schon aus dem Wesen des entgeltlichen Kreditvertrages abzuleiten sei.

Die Auswirkungen eines „Negativzinssatzes“ bzw. „Null-(referenz)zinssatzes“ auf den Bankensektor sei von Univ.Prof. Mag. Dr. Stefan Pichler und Assoz.Prof. Rainer Jankowitsch, beide Wirtschaftsuniversität Wien, in einem Gutachten analysiert worden. Das Gutachten widerlege klar die Argumentation der Klägerin, dass eine Sollzinssatzuntergrenze sachlich nicht zu rechtfertigen sei, zumal sich die Bank diesfalls die Kosten eines Absicherungsgeschäftes erspare. Was die Beklagte betreffe, sei im Übrigen noch zu bedenken, dass diese im Unterschied zu fast allen anderen österreichischen Banken keine Kreditbearbeitungsgebühr verlange und ihre Kosten daher allein aus dem Aufschlag auf den Referenzzinssatz finanzieren müsse.

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die Beklagte auch bei dieser Klausel eine

Anpassung mit Jahresbeginn vorgenommen habe, um ihr Entgegenkommen zu demonstrieren.

Zur 9. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, der Klausel sei klar zu entnehmen, dass der Kauf oder Verkauf der Devisen „anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses“ erfolge. Der Zeitpunkt der Auftragsdurchführung sei wiederum Punkt 6.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING DiBa zu entnehmen. Diese Bestimmung befinde sich im selben Klauselwerk wie die inkriminierte Bestimmung. Gemäß Punkt 6.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa erbringe die Bank eine taggleiche Bearbeitung, wenn der jeweilige Auftrag bei SEPA-Überweisungen bis 14.30 Uhr und bei Auslandsüberweisungen in einer Fremdwährung oder Euro bis 14.00 Uhr einlange. Aus dem Zusammenspiel dieser Klauseln könne daher der Kunde im Vorhinein klar erkennen, welcher Stichtag für die Umrechnung herangezogen werde. Werde eine SEPA-Überweisung bis 14.30 Uhr bzw eine Auslandsüberweisung in einer Fremdwährung bis 14.30 Uhr in Auftrag gegeben, würde der Referenzwechsellkurs des Tags des Auftrags herangezogen; für danach erteilte Aufträge der Referenzwechsellkurs des nachfolgenden Geschäftstags. Der Kunde wisse daher nicht nur, zu welchem Stichtag umgerechnet werde, sondern kenne auch aufgrund der Voraussetzungen für eine taggleiche Bearbeitung die Parameter zur Bestimmung dieses Stichtages. Die gegenständliche Klausel unterscheide sich somit wesentlich von jener, die der vom Kläger zitierten Entscheidung 9 Ob 31/15x zugrunde lag, sodass die dortige Begründung für die hier vorliegende Klausel nicht maßgeblich sei. Entgegen der Behauptung des Klägers sei die Klausel auch weder überraschend noch intransparent. Der Referenzwechsellkurs werde von der Oesterreichischen Nationalbank festgesetzt und publiziert; die Beklagte habe keinerlei Einfluss auf die Festsetzung oder Publikation dieses Wechselkurses. Darüber hinaus enthielte die Klausel einen Link zur Seite der Oesterreichischen Nationalbank, sodass der Kunde auch keine Nachforschungen anstellen müsse. Die Klausel sei somit weder gröblich benachteiligend, überraschend noch intransparent.

Auch die Grundlage für die Berechnung des Referenzwechsellkurses könne der Klausel entnommen werden: Es handelt sich um den „aktuellen marktkonformen Devisenkurses“, der mit einem expliziten URL-Hinweis auf die Website der Österreichischen Nationalbank versehen sei. Der von der Beklagten angewendete Wechselkurs basiere daher auf einem öffentlich zugänglichen Referenzwechsellkurs, der gänzlich unabhängig vom Willen und Einfluss der Beklagten festgelegt werde. Der Kunde könne also ohne weitergehende Recherchen den maßgeblichen Wechselkurs selbst feststellen. Entgegen den Behauptungen der Klägerin sei der gegenständlichen Klausel auch klar zu entnehmen, dass der Devisenkurs im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung herangezogen werde. Die Klausel entspreche somit

auch dem Transparenzgebot.

Im Übrigen habe die Beklagte diese Klausel zwischenzeitig insofern modifiziert, als darauf hingewiesen werde, dass am Tag der Auftragserteilung der anzuwendende Devisenkurs noch nicht bekannt gegeben werden könne. Dies liege nicht am Unwillen oder Unvermögen der Beklagten, sondern an der Veröffentlichung durch die Österreichische Nationalbank.

Zu 10. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, diese würde nicht gegen § 38 Abs 3 ZaDiG verstoßen. Diese Bestimmung sehe vor, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende des Geschäftstages eingehen, so behandelt werden können, als seien sie am darauffolgenden Geschäftstag eingegangen. Unter Verweis auf die Entscheidung 1 Ob 244/11f (Klausel 12) vermeine der Kläger, ein so genannter „Cut-off“-Zeitpunkt von 14.00 Uhr bzw 14.30 Uhr sei kein Zeitpunkt „nahe dem Ende des Geschäftstages“. Diese Rechtsansicht sei unrichtig und könne nicht auf die zitierte Entscheidung gestützt werden. In 1 Ob 244/11f führte der OGH nämlich aus, dass das „Ende des Geschäftstages“ so zu verstehen sei, dass auf die üblichen Schließungszeiten für den „physischen Publikumsverkehr“ abgestellt werden könne. Der „physische Publikumsverkehr“ finde in Österreich üblicherweise Bankfilialzeiten von 8.00 Uhr bis 15.00 Uhr vor. Ein „Cut-off“-Zeitpunkt um 14.30 Uhr (für SEPA-Überweisungen) und um 14.00 Uhr (für Auslandsüberweisungen in einer Fremdwährung) liege also unzweifelhaft „nahe dem Ende des Geschäftstages“ für den physischen Publikumsverkehr. Selbst wenn manche Banken einzelne ausgewählte Filialen etwas länger offen hielten, was allerdings keineswegs repräsentativ sondern der Ausnahmefall sei, liege ein „Cut-off“-Zeitpunkt von 14.00 Uhr bzw 14.30 Uhr noch immer weit in der zweiten Hälfte des Geschäftstages und somit „nahe dem Ende des Geschäftstages“ iSd § 38 Abs 3 ZaDiG. Der OGH stelle gerade nicht auf das Online-Banking ab. Denn beim Online-Banking können die Kunden rund um die Uhr Zahlungsaufträge abschicken. Wie der OGH – in Übereinstimmung mit den Materialien (ErläutRV 207 Big XXIV.GP 42) – in der zitierten Entscheidung ausführe, wurde § 38 ZaDiG gerade deswegen geschaffen, damit Zahlungsdienstleister Zahlungsaufträge nicht rund um die Uhr verarbeiten müssen. Im Übrigen sei aus dem vollständigen Text der Klausel und der dazugehörigen Tabelle klar ersichtlich, dass der wesentliche Regelungsinhalt der Klausel die taggleiche Durchführung des Zahlungsauftrags sei, vorausgesetzt der Auftrag lange bis zu einer bestimmten Zeit ein. Die noch taggleiche Bearbeitung eines Zahlungsauftrags sei eine besonders angebotene Dienstleistung der Beklagten, zu der sie gesetzlich nicht verpflichtet wäre. Selbst im Bereich des Online-Banking schreibe das ZaDiG nicht vor, dass Zahlungsaufträge noch am Tag des Auftrags durchgeführt werden müssen. Dass der Kläger eine solche Klausel beanstande, sei weder verständlich noch den Interessen von Konsumenten in irgendeiner Weise dienlich.

Zudem sei das Vorbringen des Klägers widersprüchlich, weil er einerseits auf die Online-Erledigung von Bankgeschäften verweise, für die die – von ihm selbst als „sehr restriktiv“ bezeichneten – Schalteröffnungszeiten keine Rolle spielen würden, und andererseits auf die Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr abstelle. Den Gesetzeserläuterungen zu § 38 Abs 3 ZaDiG sei zu entnehmen, dass die so genannte „Cut-off“-Frist „*am Ende des Geschäftstages*“ festzusetzen sei. Allein dem Begriff „Geschäftstag“ sei schon zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber gerade nicht an einer 24-Stunden-Verfügbarkeit orientiere, wie sie für Online-Erledigungen typisch seien, sondern an – naturgemäß beschränkten – Geschäftsstunden. Der Begriff „Geschäftstag“ könne im vorliegenden Kontext nur branchenspezifisch verstanden werden. Diesbezüglich habe die Beklagte bereits in der Klagebeantwortung dargelegt, dass österreichische Bankfilialen üblicherweise um 15.00 Uhr schließen. Dass die Klägerin nun die Öffnungszeiten einer Filiale der Beklagten heranziehe, die ausnahmsweise um 19.00 Uhr schließe, überzeuge nicht. Die Klägerin selbst verweise in Punkt 5 ihres vorbereitenden Schriftsatzes auf 525.000 Kunden der Beklagten in ganz Österreich. Dass für all diese Kunden die Öffnungszeiten einer einzigen Filiale der Beklagten als Maßstab heranzuziehen sein sollte, sei nicht sachgerecht. Vielmehr sei auf den Horizont des Kunden abzustellen, aus dessen Sicht die banküblichen Öffnungszeiten für den Publikumsverkehr regelmäßig um 15:00 Uhr enden. Es sei zudem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte auch hier eine Anpassung vorgenommen habe und die „Cut-off-Frist“ auf 21:00 Uhr geändert habe.

Zu 11. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, hier liege gar kein Fall einer Entgeltänderungsklausel iSd § 6 Abs 1 Z 5 KschG vor. Es gehe hier nicht um eine Änderung der Höhe des bei Vertragsabschluss bestimmten Entgeltes (Kontoführungsgebühr). Die Klausel beinhalte vielmehr eine Regelung, wann die bei Vertragsabschluss bestimmte Kontoführungsgebühr, die dem vereinbarten Konditionenblatt für das Girokonto zu entnehmen ist, anfällt (bzw verrechnet werden kann) und wann sie (wieder) entfällt. Dass sich die Beklagte das Recht vorbehalte, Kontoführungsgebühren zu verrechnen, wenn es für den Zeitraum von drei Monaten keine Gehalts- oder Pensionseingänge gibt, sei für den Kunden zudem günstiger, als wenn in diesem Fall jedenfalls Kontoführungsgebühren verrechnet würden. Dass (erst) auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen die Kontoführungsgebühr wieder entfalle, sei auch der einzig praktikable Weg, da der Kunde selbst den besten Überblick über seine Gehaltszahlungen habe und rasch reagieren könne (was für ihn von Vorteil sei), während die Beklagte regelmäßig überprüfen müsse, ob auf dem Konto (auf das auch andere Zahlungen erfolgen können) Gehalts- oder Pensionszahlungen eingehen. Abgesehen davon sei es schon deshalb unerheblich, dass hier auf ein Ansuchen des Kunden auf Wiederentfall der Kontoführungsgebühr abgestellt werde, da die beanstandete Klausel – wie ausgeführt –

keine Entgeltänderung iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG regle. Ebenso wenig sei die Klausel gröblich benachteiligend.

Soweit die Klägerin meine, dass die Klausel auch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG wäre, weil in keiner Weise dargelegt werden würde, unter welchen Voraussetzungen Entgelte in welcher Höhe anfallen sollen, sei auch dies unrichtig: Die Kontoführungsgebühren sowie alle anderen Entgelte im Zusammenhang mit dem Konto seien – worauf in Absatz 1 der Klausel 4 der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria hingewiesen werde – dem Konditionenblatt für das Girokonto zu entnehmen. Auch seien die von der Klägerin beanstandeten Absätze 2 und 3 der Klausel klar und verständlich formuliert und gäben dem Kunden ein klares Bild seiner vertraglichen Position

Zu 12. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte im Wesentlichen vor, die vom Kläger in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung 10 Ob 70/07b stütze ihren Standpunkt nicht, weil der OGH im vorliegenden Fall die Modalitäten einer Kartensperre, nicht jedoch die Modalitäten der Karteneinzahlung beanstandet habe. Auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB sei durch diese Bestimmung nicht gegeben. Ein Karteninhaber würde häufig gar kein Interesse daran haben, dass die Karte nach viermaliger Falscheingabe des Codes immer (automatisch) eingezogen werde.

Die Beklagte wies zudem darauf hin, dass in den Klauseln 6.4.2 und 6.6 der Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) Rechte und Pflichten hinsichtlich einer Sperre der Bezugskarte klar geregelt seien: Bei Verlust, Diebstahl, missbräuchlicher Verwendung oder sonstiger nicht autorisierter Nutzung der Bezugskarte habe der Karten- bzw. Kontoinhaber, sobald er davon Kenntnis erlangt, eine Sperre, der Bezugskarte zu veranlassen. Eine Sperre werde unmittelbar mit Einlagen des Sperrauftrages wirksam. Das Kreditinstitut werde die Bezugskarte ohne Mitwirkung des Konto- oder Karteninhabers sperren, wenn – unter anderem – der Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung der Bezugskarte bestehe. Daraus ergebe sich für den Kunden unzweifelhaft, dass die Beklagte in diesem Fall auch die Verpflichtung zur Durchführung der Sperre treffe.

Gemäß Punkt 6.6 der BGB ING-DiBa stünden dem Kunden zur Sperre der Bezugskarte folgende Möglichkeiten offen: Jederzeit telefonisch über die Sperrhotline, jederzeit mit den persönlichen Zugangsdaten über das online- bzw. Mobile-Banking/die Banking App, zu den jeweiligen Öffnungszeiten des Service Points der ING-DiBa.

Warum es für den Kunden (auch) überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sein sollte, dass bei viermaliger falscher Eingabe des PIN- Codes nicht immer automatisch eingezogen wird, erschließe sich nicht. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang auf die

Bestimmung der 5.2.2 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zur Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) verweise, nach der der Zugang zum Online- und Mobile Banking /zur Banking App sowie zum Telefonbanking durch den Kunden selbst gesperrt werden kann, wenn während eines Zugriffs dreimal in Folge falsche persönliche Identifikationsmerkmale oder mTANS eingegeben werden, und daraus auf eine Intransparenz der beanstandeten Klausel 5.6 der BGB ING-DiBa schließen wolle, sei ebenfalls nicht nachvollziehbar. Klausel 5.2.2 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zur Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) regle die Möglichkeit der Sperre des Zugangs zum Online- und Mobile Banking /zur Banking App sowie zum Telefonbanking durch den Kunden selbst. In diesem Fall werde der Zugang auf Wunsch des Kunden sofort gesperrt.

Auch eine gröbliche Benachteiligung sei durch die beanstandete Klausel nicht gegeben. Wie bereits ausgeführt, werde ein Karteninhaber im Regelfall gar kein Interesse daran haben, dass die Karte nach viermaliger Falscheingabe des Codes immer (automatisch) eingezogen wird. Der Kunde möge etwa den Code selbst mehrmals falsch eingeben, z. B. weil er unkonzentriert oder sonst beeinträchtigt ist. Wüsste er eine Sperre, könne er diese jederzeit veranlassen. Soweit die Beklagte meinte, dass es durchaus denkbar sei, dass es Situationen gibt, in denen der Kunde eine Sperrmeldung abgeben will, aber gerade über kein einsatzfähiges Mobiltelefon verfüge und die Sperrhotline daher telefonisch nicht kontaktieren könne oder die Beklagte sogar geschlossen habe, sei dem entgegenzuhalten, dass heutzutage kaum Situationen denkbar seien, in denen der Kunde in der Nähe eines Bankornats nicht auf ein einsatzfähiges (Mobil)Telefon zurückgreifen könne.

Im Übrigen habe die Beklagte die beanstandete Klausel im Zuge der jährlichen Anpassung ihrer Geschäftsbedingungen mit Anfang Jänner 2017 modifiziert, um ihr Entgegenkommen zu demonstrieren.

Zu 13. inkriminierten Klausel brachte die Beklagte vor, die Zustimmungsfiktion des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sollte gerade eine Reaktion auf künftige Entwicklungen ermöglichen, die bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar waren. Bei der Wirksamkeitsprüfung einer Zustimmungsfiktionsklausel sollte es daher grundsätzlich nicht darauf ankommen, welche inhaltlichen Änderungen mit dieser Klausel herbeigeführt werden können und ob diese für sich genommen möglicherweise gröblich benachteiligend sein könnten. Eine über eine Zustimmungsfiktion herbeigeführte konkrete Vertragsanpassung unterliege ohnehin dem gesamten zivilrechtlichen Kontrollinstrumentarium. Soweit die Klägerin hier auf die Entscheidung 1 Ob 210/12 g sowie „seitdem ergangene Entscheidungen“ verweist, ist anzumerken, dass es – soweit ersichtlich – in den darin beurteilten Klauseln vorrangig um Änderungen von Entgeltleistungen im Wege einer Zustimmungsfunktion ging. Im Übrigen

habe die Beklagte bei dieser Bestimmung mit Jahresbeginn 2017 eine Anpassung vorgenommen.

Zu 14. inkriminierten Klausel verwies die Beklagte zunächst auf die aktuellste Information der „Payment Services Austria“, wonach die E-Geld-Funktion im Jahr 2017 wie folgt ausläuft: Das Laden der Elektronischen Geldbörse und Zahlungen mit der Elektronischen Geldbörse seien nur mehr bis 31.7.2017 möglich. Das Entladen von Guthaben der Elektronischen Geldbörse sei bis 31.12.2017 am Geldausgabeautomaten und danach nur mehr beim kontoführenden Institut möglich. Allein aus diesem Grund wäre eine Verjährungsfrist, die über die hier festgelegten sieben Jahre hinausginge, völlig sach- und realitätsfremd. In den vom Kläger zitierten Entscheidungen, in denen der OGH Vertragsbestimmungen als unzulässig erachtete, betrug die verkürzten Verjährungsfristen ein Jahr (4 Ob 252/14h) bzw drei Jahre (1 Ob 88/14v). Die hier inkriminierte Klausel sehe hingegen eine Verjährungsfrist von sieben Jahren vor, was einen mehr als doppelt so langen Zeitraum wie die als unzulässig qualifizierte Klausel bedeutet. In der letztgenannten Entscheidung habe der OGH selbst ausgesprochen, dass unter Berücksichtigung der technischen und elektronischen Gegebenheiten (Verwendung der Software über einen bestimmten Zeitraum sowie Gewährleistung der Sicherheit des kryptographischen Algorithmus) eine Verjährungsfrist von sieben Jahren als sachlich gerechtfertigt anzusehen sei. Im Übrigen fände sich in den Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweis darauf, dass § 18 E-Geldgesetz als *lex specialis* zur allgemeinen Regelung des § 1502 ABGB anzusehen sei. Ganz im Gegenteil sei den Erläuterungen zur Regierungsvorlage sogar zu entnehmen, dass selbst eine für den Kunden nachteilige Kündigungsfrist nicht grundsätzlich unzulässig, sondern genau zu prüfen sei (siehe ErlRV 982 BlgNR 24.GP 19). Wenn daher nach den Intentionen des Gesetzgebers eine Kündigung möglich sein soll, müsse dies auch für eine Beschränkung der Verjährungsfrist gelten. In Übereinstimmung mit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung sei es daher zulässig, die Verjährungsfrist (auch in AGB) auf sieben Jahre einzuschränken.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren

Der Kläger beehrte die Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, weil ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten bestünde, und auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die Beklagte wandte ein, Zweck einer Urteilsveröffentlichung sei es, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden sei, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt würden. Dies wären – im Fall eines (teilweise) klagsstattgebenden Urteils – die Kunden der Beklagten. Die beehrte

Veröffentlichung in einem Massenmedium sei daher weit überschießend. Zudem sei zu bedenken, dass die Beklagte eine Direktbank sei, ihre Leistungen würden online angeboten. Kunden einer Direktbank seien in der Regel Personen, die „internet-affin“ seien und entsprechend Online-Medien nutzen, also auch Online-Zeitung lesen. Eine Urteilsveröffentlichung in einem Printmedium, insbesondere der Kronen-Zeitung, wäre auch unter diesem Gesichtspunkt nicht sachgerecht, zumal damit ein anderer Adressatenkreis erreicht würde.

Der Kläger erwiderte, Zweck der Urteilsveröffentlichung sei es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Durch die Aufklärung werde die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es werde ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Dies gelte insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher deren Verträge noch die inkriminierten Klauseln zugrunde gelegt worden seien. Das berechnete Interesse an der Urteilsveröffentlichung liege bei der Verbandsklage nach KSchG aber auch darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen und Geschäftspraktiken gesetz- bzw sittenwidrig seien (vgl. RIS-Justiz RS0121963). Insbesondere könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass sämtliche Kunden der Beklagten sich ausschließlich über das Internet informieren würden. Das gelte insbesondere für solche Kunden, die das Vertragsverhältnis mit der Beklagten vielleicht schon beendet haben, aber noch Ansprüche gegenüber der Beklagten haben, sodass sie keinen Grund hätten, sich auf der Website ihrer (ehemaligen) Bank zu informieren, ob sich dort eine Urteilsveröffentlichung finde. Die reine Veröffentlichung im Internet würde auch dem Zweck der Aufklärung gegenüber potentiellen Kunden der Beklagten und deren Konkurrenten nicht gerecht werden. Die Beklagte habe nach ihrer eigenen Darstellung auf ihrer Website www.ing-diba.at in Österreich für über 525.000 Kunden insgesamt EUR 7,9 Mrd. aus Einlagen von Privatkunden, Krediten an Privatkunden sowie verwalteten Depotvolumen mit Stand Ende Dezember 2015 verwaltet. Wie die Beklagte selbst schreibe, sei sie eine Direktbank und erreiche dementsprechend über das Internet Kunden im gesamten österreichischen Bundesgebiet. Die hohe Zahl der bestehenden Vertragsverhältnisse rechtfertige jedenfalls die Veröffentlichung im auflagenstärksten Medium Österreichs, was notorisch die „Kronen-Zeitung“ sei.

Zur Leistungsfrist

Die Beklagte begehrte die Festsetzung einer **Leistungsfrist** gem § 409 Abs 2 ZPO durch das Gericht. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, angesichts der Zahl an Klauseln und des Zeitbedarfs im Zusammenhang mit den in den Klauselwerken zur Vertragsänderung

vorgesehenen Fristen wäre jedenfalls eine Leistungsfrist von sechs Monaten festzusetzen (vgl zuletzt 9 Ob 26/15m, 6 Ob 120/15p, 9 Ob 31/15x). Auch im Hinblick auf die in § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG vorgesehene Zweimonatsfrist für Änderungen des Rahmenvertrags sei im vorliegenden Fall eine Leistungsfrist von sechs Monaten erforderlich und angemessen. Anders als die Klägerin vermeine, ergäbe sich aus der Begründung eines – klagsstattgebenden – Urteils auch nicht notwendigerweise, wie inkriminierte Klauseln anzupassen seien, sondern stünden dann üblicherweise mehrere denkbare (und zulässige) alternative Formulierungsmöglichkeiten zur Verfügung. Auch dieser Umstand spreche für eine Leistungsfrist von sechs Monaten.

Der Kläger wandte ein, die Rechtsprechung habe hier zumeist eine dreimonatige Leistungsfrist als ausreichend angesehen; die Beklagte habe in keiner Weise dargelegt, warum im konkreten Fall eine sechsmonatige Leistungsfrist eingeräumt werden sollte. Nur der Umstand, dass anderen Beklagten aufgrund konkreter Sachverhalte eine derartige Leistungsfrist zugestanden wurde, bedeute nicht, dass diese auch im konkreten Fall angemessen sei. Insbesondere ergäbe sich aus dem Urteil im Rahmen der Verbandsklage ohnedies, aus welchen Gründen bestimmte Klauseln als unzulässig angesehen wurden, was auch eine konkrete Anleitung für die Frage der Neugestaltung der AGB bieten würde, welche Regelungen nicht nur vorgesehen werden dürfen. Es sei daher maximal eine dreimonatige Leistungsfrist angemessen.

Beweise wurden aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden ./A-./H und ./1-./5.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht unter Berücksichtigung unstrittigen Parteinvorbringens folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Beklagte hat im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die inkriminierten Klauseln 1-14 verwendet.

Rechtliche Beurteilung

Zur 1. und 2. inkriminierten Klausel (= Klausel 3.2.4 (2) und (3) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C):

1. *3.2.4 (2) Allgemeine Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria
Die Postbox ist ein elektronischer Briefkasten, in den Erklärungen und Informationen des Kreditinstituts eingehen. Die Postbox ist über das Online-*

Banking und das Mobile-Banking/die Banking App abrufbar. Sämtliche Konto- und Depotinformationen sowie den Kunden betreffende Mitteilungen werden vom Kreditinstitut in elektronischer Form in die vom Kunden aktivierte Postbox übermittelt, worüber der Kunde mittels E-Mail gesondert verständigt wird. Mit der Nutzung der Postbox verzichtet der Kunde ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Wenn gesetzliche Vorgaben es erfordern oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist, ist das Kreditinstitut ermächtigt, Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen. Nachrichten, deren Empfang zu bestätigen ist, werden unmittelbar nach dem Online-Banking- bzw Mobile-Banking/Banking-App-Login angezeigt. Der Kunde muss diese beim Einstieg in das Online-Banking bzw Mobile-Banking/die Banking App bestätigen. Die Erklärungen des Kreditinstituts gelten spätestens am Tag der Verständigung des Eingangs in die Postbox mittels E-Mail als zugestellt.

2. *3.2.4 (3) Allgemeine Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria*
Das Kreditinstitut stellt dem Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente für die Dauer von mindestens 3 Jahren elektronisch zur Verfügung. Nach dem Ablauf dieser Frist, kann das Kreditinstitut die betroffenen Dokumente entfernen, ohne, dass der Kunde darüber eine gesonderte Benachrichtigung erhält. Der Kunde hat die gewünschte Dokumente rechtzeitig selbst zu archivieren: Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung.

Gem § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, die Informationen und Vertragsbedingungen im Fall eines Rahmenvertrages gemäß § 28 ZaDiG in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen. Nach Ansicht des Klägers verstoßen die 1. und 2. inkriminierte Klausel gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG, weil die elektronische Bereitstellung dem Kriterium der Mitteilung auf einem dauerhaften Datenträger iSd § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG nicht genügen würde.

Durch das ZaDiG wurde die RL 2007/64/EG umgesetzt. Das Erfordernis der Mitteilung auf einem dauerhaften Datenträger ist in verschiedenen Bestimmungen der RL 2007/64/EG betreffend die Information des Zahlungsdienstnutzers über vertragliche Änderungen vorgesehen (vgl Art 36 Abs 1, Art 41 Abs 1, Art 43 und Art 44 der RL). Der EuGH hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Auslegung des Erfordernisses, die betreffenden Informationen auf einem dauerhaften Datenträger festzuhalten, sowie des Erfordernisses, diese Informationen dem Zahlungsdienstnutzer mitzuteilen, auseinandergesetzt (EuGH 25.01.2017, Rs C-375/15, ECLI:EU:C:2017:38, vorläufige Fassung).

In Art 4 Nr 25 der RL 2007/64/EG wird ein „dauerhafter Datenträger“ als „jedes Medium, das es dem Zahlungsdienstnutzer gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann und das die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen ermöglicht“ definiert. Nach Ansicht des Gerichtshofs sind Websites dann als

„dauerhafte Datenträger“ iSd Art 4 Nr. 25 der RL 2007/64/EG anzusehen, *„wenn eine Website es dem Zahlungsdienstnutzer gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Information angemessene Dauer einsehen kann, und die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen ermöglicht. Außerdem muss [...] jede Möglichkeit der einseitigen Änderung ihres Inhalts durch den Zahlungsdienstleister oder durch einen mit der Verwaltung der Website betrauten Administrator ausgeschlossen sein.“* (vgl EUGH Rs C-375/15, Rz 44). Die „Postbox“ der Beklagten erfüllt diese vom EuGH geforderten Anforderungen. Sie ist eine nur für den jeweiligen Kunden zugängliche Website, über die der Kunde ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellte Informationen abrufen und herunterladen kann. Der EuGH verlangt dabei nicht, dass die Informationen ewig, sondern nur für eine „angemessene Dauer“ einsehbar sein müssen. Nach der 2. inkriminierten Klausel stehen die Dokumente dem Bankkunden für einen Zeitraum von drei Jahren zur Verfügung. Dieser Zeitraum ist angemessen, weil sich in Vertragsbeziehungen mit Banken Änderungen ergeben können und sich auch die AGB erfahrungsgemäß häufig ändern (so sind beispielsweise die inkriminierten AGB der Beklagten zum Stand Jänner 2016, es gibt aber bereits AGB zum Stand Jänner 2017). Gem Punkt 3.2.4 (4) der inkriminierten AGB garantiert die Beklagte dem Kunden zudem, dass die Daten in der Postbox nach deren Einstellung nicht verändert werden, wodurch die Beklagte die Möglichkeit der einseitigen Änderung ihres Inhalts ausgeschlossen hat.

Betreffend die Auslegungsfrage, wann ein „Mitteilen“ seitens des Zahlungsdienstleisters iSd RL 2007/64/EG vorliegt, hielt der Gerichtshof fest, wesentliches Kriterium des „Mitteilens“ sei die Tatsache, dass die betreffenden Informationen *„vom Zahlungsdienstleister von sich aus übermittelt werden, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer sie ausdrücklich anfordern muss“* (vgl EUGH Rs C-375/15, Rz 47). Eine Benachrichtigung über eine E-Banking-Website ist nach Ansicht des EuGH zulässig, wenn *„mit einer solchen Übermittlung einhergeht, dass der Zahlungsdienstleister von sich aus tätig wird, um den Zahlungsdienstnutzer davon in Kenntnis zu setzen, dass die Informationen auf der Website vorhanden und verfügbar sind“* (vgl EUGH Rs C-375/15, Rz 50). Dies könne auch *„durch die Übersendung eines Schreibens oder einer E-Mail an die vom Zahlungsdienstnutzer üblicherweise für die Kommunikation mit Dritten verwendete Adresse geschehen, deren Nutzung die Parteien in einem zwischen dem Zahlungsdienstleister und dem Nutzer geschlossenen Rahmenvertrag vereinbart haben. Dabei darf es sich jedoch nicht um die Adresse handeln, die dem Nutzer auf der vom Zahlungsdienstleister oder einem von ihm beauftragten Administrator verwalteten E-Banking-Website zugeteilt wurde, da diese Website, auch wenn sie eine elektronische Mailbox enthält, vom Nutzer nicht üblicherweise für seine Kommunikation mit anderen Personen als dem Zahlungsdienstleister genutzt wird.“* (vgl EUGH Rs C-375/15, Rz 51). Diese Vorgaben des EuGH werden in der inkriminierten Fassung der Geschäftsbedingungen eingehalten. Die

Beklagte informiert von sich aus den Kunden mit einem E-Mail, dass eine ihn betreffende Nachricht in der Postbox abrufbereit ist. Der Kunde muss bei Verwendung der „Postbox“-Funktionen eben nicht selbst aktiv werden, sich die Informationen selbst verschaffen oder sie von der Beklagten anfordern. Er kann sich darauf verlassen, dass relevante Informationen von der Beklagten mitgeteilt werden, indem die Bank ein E-Mail an den Kunden verschickt, mit dem dieser verständigt wird, dass (neue) Dokumente in der Postbox vorhanden sind.

Weil das ZaDiG die nationale Umsetzung der RL 2007/64/EG ist, ist die Auslegung der RL maßgeblich für die Auslegung des § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Die 1. und die 2. inkriminierte Klauseln verstoßen daher auch nicht gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG.

Der Kläger brachte darüber hinaus vor, die 1. inkriminierte Klausel sei gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3, weil per Postbox übermittelte Nachrichten bereits am Tag der Verständigung via E-Mail als zugestellt gelten sollten und sich die Beklagte vorbehalten habe, auch in jenen Fällen, in denen gesetzlich zwingende Formerfordernisse – wie zB Papierform – bestünden, die Zustellung dennoch per Postbox erfolgen dürfe. Dem ist nicht zu folgen. Dass das Risiko besteht, dass der Kunde ein E-Mail am Tag des Eingangs nicht liest, kann nicht als gröblich benachteiligend angesehen werden. Dasselbe Risiko besteht nämlich bei Zustellung per Post, was bei hinterlegten Schriftstücken, bei denen der erste Tag der Frist der Hinterlegung gem § 17 Abs 3 ZustellG als Tag der Zustellung gilt, besonders deutlich wird. Die Beklagte behält sich auch nicht vor, auch in jenen Fällen, in denen gesetzlich zwingende Formerfordernisse bestehen, eine Zustellung über die Postbox vorzunehmen. Vielmehr verzichten die Kunden der Beklagten gem der 1. inkriminierten Klausel mit der Nutzung der Postbox ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Die Beklagte muss ihre Kunden daher darauf aufmerksam machen, dass der Verzicht dort nicht gilt, wo sie gesetzliche Verpflichtungen zur postalischen Zustellung treffen und dass sie diese gegebenenfalls einhalten wird. Diesen Zweck erfüllt die Ermächtigung in der 1. inkriminierten Klausel, wonach es sich die Bank vorbehält Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen, wenn es gesetzliche Vorgaben erfordern. Die inkriminierte Klausel ist daher auch nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KschG.

Zur 3. inkriminierten Klausel (= Klausel 3.7.2 (2) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C):

3. *3.7.2 (2): Ein wichtiger Grund, der das Kreditinstitut zur Kündigung berechtigt, liegt insbesondere vor, wenn*
 - *Der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht.*

Nach Ansicht des Klägers ist diese Klausel so zu verstehen, dass die Beklagte jedenfalls zur Kündigung berechtigt ist, wenn ein Kunde unrichtige Angaben über seine

Vermögensverhältnisse gemacht hat, selbst wenn diese Angaben nur unwesentlich unrichtig waren oder der Kunde seine Vermögensverhältnisse als geringer angegeben hat, als sie tatsächlich sind. Nach Ansicht der Beklagten ergibt sich aus der Formulierung der Klausel jedoch, dass nur wesentlich unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse zur Kündigung berechtigen würden. Der OGH war bereits mit der Auslegung einer wortgleichen Klausel befasst. Demnach sei eine solche Klausel – und damit im Einklang mit der hier vorgebrachten Auslegung der Beklagten – *„schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung“* so zu verstehen, dass *„nicht nur die angeführten 'sonstigen Umstände', sondern auch die unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse des Kunden wesentlich sein müssen, um das Rücktrittsrecht auslösen zu können. Die geforderte Wesentlichkeit dieser Angaben kann aber nur in Bezug auf den Abschluss des konkreten Vertragsverhältnisses verstanden werden. Das Rücktrittsrecht nach dieser Bestimmung setzt daher voraus, dass die unrichtigen Angaben für den Vertragsabschluss ausschlaggebend waren und die Bank den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht abgeschlossen hätte. Waren die unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse des Kunden jedoch nicht für den Vertragsabschluss maßgebend, mit anderen Worten, hätte die Bank den Vertrag auch in Kenntnis der wahren Sachlage abgeschlossen, wäre eine vorzeitige Vertragsbeendigung weder nach der beanstandeten Klausel noch nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen möglich, weil es in einem solchen Fall schon an einem wichtigen Grund mangelt.“* (4 Ob 179/02f) Wenn die Klägerin vorbringt, die Auslegung des OGH sei nicht mehr maßgeblich, weil sich die Rechtslage seitdem geändert habe, übersieht sie, dass es Zweck des § 987 ABGB idGF ist, den allgemein anerkannte Grundsatz über die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund zu kodifizieren (vgl ErlRV 650 BlgNR 24. GP, 10). Insofern kann nicht von einer entscheidenden Änderung der Rechtslage die Rede sein. Zudem besteht nach der zitierten Auslegung des OGH ein wichtiger Grund gerade dann, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse gemacht hat und diese für den Vertragsabschluss maßgebend waren. Der Ansicht des OGH folgend verstößt die 3. inkriminierte Klausel daher nicht gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG und ist auch nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, denn der OGH hat den Wortlaut einer solchen Klausel als „eindeutig“ beurteilt. Da die Klausel daher nicht so ausgelegt werden kann, dass sie auch Fälle erfassen würde, in denen der Verbraucher seine Vermögensverhältnisse zu gering angibt und dies die Bank zur Kündigung des Vertrages berechtigen würde, obwohl sie den Vertrag auch bei Kenntnis dieser Umstände geschlossen hätte, und ein Umstand, der ihr die Aufrechterhaltung des Vertrages aus wichtigen Gründen unzumutbar macht, nicht vorliegt, ist sie auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Zur 4., 5., 7. und 8. inkriminierten Klausel (= Klausel 3.12 (3), 3.13 (3), 3.14 (3) und 3.16 (3) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner

2016, Beilage ./C):

4. 3.12 (3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.
 - Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.
 - Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex. [sic]
5. 3.13 (3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.
 - Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.
 - Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergäbe.
7. 3.14 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:
 - Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.
 - Eine Zinssatzanhebung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot

nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Absatz (2) ist frühestens zwei Monate nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung zulässig.

8. 3.16 (3) Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzherabsetzung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sind Klauseln, die die Möglichkeit für Entgeltänderungen vorsehen, nur dann verbindlich, wenn bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorgesehen ist. Dabei reicht nicht schon die Vereinbarung der Möglichkeit einer Entgeltsenkung, sondern es muss eine Verpflichtung dazu bestehen (vgl OGH 4 Ob 28/01y). Den inkriminierten Klauseln kann diese Zweiseitigkeit nicht eindeutig entnommen werden. Tatsächlich sind die Formulierungen – wie die Beklagte vorbringt – insoweit neutral gehalten, als die Begriffe Entgeltanpassung und Entgeltänderung verwendet werden. Allerdings enthält jeweils der dritte Spiegelstrich der inkriminierten Klauseln die Verpflichtung des Beklagten im Änderungsangebot darauf hinzuweisen, dass die angebotene Entgeltänderung *höher* sei als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde oder dass die angebotene Zinssatzänderung *höher* sei als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergeben würde. Daraus wird ersichtlich, dass die Beklagte selbst nicht vom Fall einer Entgeltreduktion ausgeht. Die inkriminierten Klauseln erfüllen daher das in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG normierte Zweiseitigkeitserfordernis nicht. Zudem ergibt sich aus der Formulierung der Klauseln keine

Verpflichtung zur Entgeltsenkung. Die Beklagte behält sich lediglich das Recht vor, eine Entgeltanpassung vornehmen zu *dürfen*. Auch aus diesem Grund genügen die inkriminierten Klauseln den Erfordernissen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht.

Dass die inkriminierten Klauseln, wie die Beklagte vorbringt, aufgrund einer Änderung der AGB derzeit in dieser Form nicht in Verwendung sind, vermag nach der gefestigten Judikatur zur Wiederholungsgefahr diese nicht zu beseitigen (vgl RIS-Justiz RS0124304). Dazu waren deswegen keine Feststellungen zu treffen.

Die Beklagte wandte ein, die inkriminierten Klauseln fielen gar nicht in den Anwendungsbereich des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da dieser nur Bedingungen für einseitige Entgeltänderungen durch Unternehmer enthalte, die inkriminierten Klauseln die Entgeltanpassung jedoch allesamt (= 3.12 (1), 3.13 (1), 3.14 (2) und 3.16 (2) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Beilage ./C) von der Zustimmung des Bankkunden abhängig machen würden und diese als einverständliche Entgeltänderungen nicht von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfasst wären (vgl *Eccher* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar, KSchG³ [2006] § 6 Abs 1 Z 5 Rz 13; *Krejci* in Rummel, ABGB³ [2002] § 6 KSchG, Rz 82). Tatsächlich sehen die inkriminierten Klauseln vor, dass dem Bankkunden Entgeltänderungen spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Entgegen der Auffassung der Beklagten wird die Entgeltänderung durch diese Vorgehensweise nicht schon einverständlich. Die Beklagte ist vielmehr gem § 29 Abs 1 ZaDiG zu dieser Vorgehensweise gesetzlich verpflichtet (vgl zur Reichweite von § 29 Abs 1 ZaDiG OGH 3 Ob 107/11y). Hinter der Einführung des ZaDiG steht ua anderem das Ziel, den Kundenschutz und das Kundenvertrauen zu stärken (vgl ErlRV 207 BlgNR 24. GP, 4). Es widerspräche dem Zweck des ZaDiG, würde durch die Normierung zusätzlicher Kriterien, die bei der Änderung der Geschäftsbedingungen zu beachten sind – wie die in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Notwendigkeit, die Kunden zu informieren und ihnen eine Ablehnungsfrist einzuräumen – gleichzeitig der Schutz des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verloren gehen.

Zur 6. inkriminierten Klausel (= Klausel 3.14 (1) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: Jänner 2016, Beilage ./C):

6. *3.14 (1) Bindet eine Anpassungsklausel einen Sollzinssatz an einen Referenzzinssatz (wie zB den 3-Monats-EURIBOR-Satz), so werden Änderungen unmittelbar, ohne vorherige Benachrichtigung des Kunden wirksam. Für den Fall, dass der vereinbarte Referenzzinssatz negativ wird, gilt ein Referenzzinssatz von 0% (null Prozent) als vereinbart.*

Diese Klausel steht im Spannungsverhältnis zwischen §§ 29 Abs 2 und Abs 3 ZaDiG sowie

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 988 ABGB. Gem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG müssen Entgeltänderungsklauseln zweiseitig gestaltet sein. § 29 Abs 3 ZaDiG normiert darüber hinaus, dass Änderungen von Zinssätzen und Wechselkursen „neutral“ auszuführen sind, was ebenfalls als Verpflichtung zur zweiseitigen Handhabung der entsprechenden Änderungsklausel zu verstehen ist (vgl ErlRV 207 BlgNR 24. GP, 36). Der Kläger bringt im Wesentlichen vor, dass es gegen die Verpflichtung zur Zweiseitigkeit verstoßen würde, wenn Änderungen des Sollzinssatzes nach oben hin unbeschränkt möglich wären, nach unten hin jedoch eine Begrenzung bestünde. Die Zweiseitigkeit gebiete vielmehr, dass im Falle eines negativen Referenzzinssatzes keine Zinsen oder sogar Negativzinsen von den Banken an ihre Kunden bezahlt werden müssten. Die Beklagte stützt ihre Argumentation im Wesentlichen auf das Wesen des Kreditvertrags. § 988 ABGB definiert diesen als „entgeltlichen Darlehnsvertrag über Geld. [...] Das Entgelt besteht in der Regel in den vom Kreditnehmer zu zahlenden Zinsen“. Es könne nicht Wille der Vertragsparteien sein, eine vertragliche Situation herbeizuführen, in welcher der Kreditgeber dem Kreditnehmer Zinsen zahlen müsse, weil dies schon dem gesetzlichen Leitbild eines Kreditvertrags widersprechen würde.

Der Beklagten ist dahingehend zuzustimmen, dass die Entgeltlichkeit Wesensmerkmal des Kreditvertrags ist. Selbst in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG wird von der grundsätzlichen Entgeltlichkeit der Leistung des Unternehmers ausgegangen. Die Zweiseitigkeitsverpflichtung in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG kann daher nicht so ausgelegt werden, dass dadurch auch ein entgeltliches Geschäft zu einem unentgeltlichen Geschäft würde. Die Beklagte übersieht jedoch, dass nicht jede Verpflichtung zur Auszahlung von Negativzinsen schon dazu führt, dass die Entgeltlichkeit des Kreditvertrags verloren geht. Vielmehr ist für die Beurteilung, ob Entgeltlichkeit vorliegt, die Gesamtlaufzeit des Kredits zu betrachten. Insofern muss eine kurzfristige negative Verzinsung nicht zwingend dazu führen, dass das Wesen des Kreditvertrags, wonach der Kreditnehmer dem Kreditgeber ein Entgelt für die Überlassung der Kreditvaluta bezahlt und nicht umgekehrt, verloren geht. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Negativzinsen die vom Kunden entrichteten Zinsen insgesamt übersteigen würden. Müsste der Kreditgeber dem Kreditnehmer aber für die Inanspruchnahme eines Kredits bezahlen, stünde das zudem im Widerspruch mit § 983 Satz 2 ABGB, wonach der Darlehnsnehmer verpflichtet ist, dem Darlehnsgeber „ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzugeben“. Es würde daher dem Wesen des Kreditvertrags und § 983 Satz 2 ABGB widersprechen, wenn selbst bei Vereinbarung eines variablen Zinses die Summe positiver und negativer Zinszahlungen einen negativen Betrag ergeben würde, der gleichzeitig die effektiv rückzuzahlende Kreditvaluta verringert (vgl *Leupold*, VbR 2015, 53 Fußnote 10).

Innerhalb dieser absoluten, sich aus dem Wesen des Kreditvertrags ergebenden Grenzen muss die Beklagte jedoch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und §§ 29 Abs 2 und Abs 3 ZaDiG beachten.

Wenn die Beklagte daher eine Grenze für Zinssatzreduktionen, jedoch keine Obergrenze für Zinssatzerhöhungen vorsieht, erfüllt sie die Verpflichtung zur Zweiseitigkeit von Entgeltanpassungen nicht. Die inkriminierte Klausel ist daher zu pauschal und verstößt gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und §§ 29 Abs 2 und Abs 3 ZaDiG.

Dass die inkriminierten Klausel, wie die Beklagte vorbringt, aufgrund einer Änderung der AGB derzeit in dieser Form nicht in Verwendung ist, vermag nach der gefestigten Judikatur zur Wiederholungsgefahr diese nicht zu beseitigen (vgl RIS-Justiz RS0124304). Dazu waren deswegen keine Feststellungen zu treffen.

Zur 9. inkriminierten Klausel (= Klausel 2.5 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher, Stand: April 2016, Beilage ./D):

9. 2.5 *Ist es im Rahmen einer von der ING-DiBa zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich, Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die ING-DiBa anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die ING-DiBa ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag auf der Website der österreichischen Nationalbank unter <https://www.oenb.at/isoweb/report.do?lang=DE&report=2.14.9> zum Abruf bereit.*

Gem § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG muss der Zahlungsdienstleister dem Kunden über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse die zugrunde gelegten Zinssätze und Wechselkurse oder – bei Anwendung von Referenzzinssätzen oder -wechsellkursen – die Methode für die Berechnung der tatsächlichen Zinsen sowie den maßgeblichen Stichtag und den Index oder die Grundlage für die Bestimmung des Referenzzinssatzes oder –wechsellkurses mitteilen. Die Klägerin beanstandet insbesondere, dass in der inkriminierten Klausel kein konkreter Umrechnungsstichtag mitgeteilt würde. Die Beklagte wendet im Wesentlichen ein, dass sich der Umrechnungsstichtag aus Klausel 6.2. der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktanlagen Austria zur Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) ergebe. Diese Klausel regelt jedoch laut Überschrift den Eingangszeitpunkt von Zahlungsaufträgen. Für die Ermittlung des anzuwendenden Wechselkurses ist aber gemäß der inkriminierten Klausel nicht der Zeitpunkt des Auftragseingangs, sondern der Zeitpunkt der Auftragsdurchführung maßgeblich, der in Klausel 6.3 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktanlagen Austria zur Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) geregelt ist. Demnach ist allein für Zahlungsaufträge innerhalb des EWR, die nicht auf Euro, sondern auf eine andere Währung eines EWR-Vertragsstaates lauten, eine Ausführungsfrist von maximal vier Geschäftstagen veranschlagt. Bei Zahlungsaufträge in anderen Währungen verpflichtet sich die Beklagte sogar nur, für die schnellstmögliche Bearbeitung Sorge zu tragen. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten kann der Kunde daher aus dem Klauselwerk

keineswegs klar erkennen, welcher Stichtag für die Umrechnung herangezogen wird. Die inkriminierte Klausel genügt daher allein mangels Mitteilung des maßgeblichen Stichtags nicht den Anforderungen des § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG.

Dass die inkriminierte Klausel, wie die Beklagte vorbringt, aufgrund einer Änderung der AGB derzeit in dieser Form nicht in Verwendung ist, vermag nach der gefestigten Judikatur zur Wiederholungsgefahr diese nicht zu beseitigen (vgl. RIS-Justiz RS0124304). Dazu waren deswegen keine Feststellungen zu treffen.

Zur 10. inkriminierten Klausel (= Klausel 6.2 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher, Stand: April 2016, Beilage ./D):

10. 6.2 Ein Zahlungsauftrag gilt als bei der ING-DiBa noch am selben Tag eingegangen, wenn der Auftrag bei der ING-DiBa an einem Geschäftstag bis zu den aus der nachstehenden Aufstellung ersichtlichen Zeitpunkten einlangt.

SEPA-Überweisung EUR bis 14:30 Uhr

Auslandsüberweisung Fremdwährung bis 14:00 Uhr

Gem § 38 Abs 1 ZaDiG gilt der Zeitpunkt, zu dem der unmittelbar vom Zahler oder mittelbar von einem oder über einen Zahlungsempfänger übermittelte Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingeht, als der Eingangszeitpunkt. Gem § 38 Abs 3 ZaDiG kann der Zahlungsdienstleister abweichend davon gem § 28 ZaDiG festlegen, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende eines Geschäftstages eingehen, so behandelt werden, als seien sie am darauf folgenden Geschäftstag eingegangen. Strittig ist nun, ob 14.00 oder 14.30 als Zeitpunkte, ab denen Zahlungsaufträge als am nächsten Tag eingegangen gelten, überhaupt als Zeitpunkte nahe dem Ende des Geschäftstages gem § 38 Abs 3 ZaDiG in Frage kommen. Der OGH hat dazu festgehalten, das „Ende des Geschäftstages“ sei so zu verstehen, „*dass auf die üblichen Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr abgestellt werden kann*“ (OGH 1 Ob 244/11 f). Wie die üblichen Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr zu ermitteln sind, hat der OGH offen gelassen. Nach Ansicht des Klägers ist hier insbesondere auf die üblichen Schließzeiten der Beklagten abzustellen, während nach Ansicht der Beklagten auf die branchenüblichen Schließzeiten abzustellen ist. Allerdings gibt es im Bankensektor nicht die eine allgemeingültige, branchenübliche Schließzeit. Vielmehr lassen sich je nach Institutsgröße und Standort große Unterschiede – insbesondere zwischen dem städtischen und dem ländlichen Raum – feststellen. Es kann daher kein einheitliches Verbraucherverständnis von der branchenüblichen Schließzeit geben. Demgegenüber wird der Verbraucher über die Schließzeit seiner Bank sehr wohl Bescheid wissen. Für die Ermittlung der üblichen Schließzeiten für den Publikumsverkehr ist daher auf die

Schließzeiten des konkreten Zahlungsdienstleisters abzustellen. Wie der Kläger festhält, ist die Schließzeit der einzigen Filiale der Beklagten 19.00. Hinzu kommt, dass es sich bei der Beklagten – wie diese an anderer Stelle in der Klagebeantwortung selbst einräumt – um eine Direktbank handelt. Darunter werden Kreditinstitute verstanden, die Bankgeschäfte ohne eigenes Filialnetz sondern zumeist per Internet, Fax oder per Telefon betreiben. Die Beklagte wirbt sogar auf ihrer Homepage damit, 24 Stunden am Tag über diese Kanäle für Kunden erreichbar zu sein. Es ist daher fraglich, ob bei diesem Geschäftsmodell für die Ermittlung des „Cut-Off“-Zeitpunkts überhaupt die „üblichen Schließzeiten für den physischen Publikumsverkehr“ maßgeblich sein können. Gem § 38 Abs 3 ZaDiG steht es auch der Beklagten grundsätzlich offen, „Cut-Off“-Zeitpunkte festzulegen. Dieser muss allerdings nahe dem Ende des Geschäftstages liegen, was bei „Cut-Off“-Zeitpunkten um 14.00 und 14.30 bei einer Direktbank, die über eine einzige, zudem bis 19.00 geöffnete Filiale verfügt, jedenfalls nicht der Fall ist.

Dass die inkriminierten Klausel, wie die Beklagte vorbringt, aufgrund einer Änderung der AGB derzeit in dieser Form nicht in Verwendung ist, sondern der „Cut-Off“-Zeitpunkt nunmehr mit 21.00 festgelegt wurde, vermag nach der gefestigten Judikatur zur Wiederholungsgefahr diese nicht zu beseitigen (vgl RIS-Justiz RS0124304). Dazu waren deswegen keine Feststellungen zu treffen.

Zur 11. inkriminierten Klausel (= Klausel 4 (2) und (3) der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E):

11. 4 (2) Bei regelmäßigen Gehalts- oder Pensionseingängen fallen keine Kontoführungsgebühren (Kondition Gehalt) an. Gibt es für den Zeitraum von drei Monaten keine entsprechenden Eingänge, behält sich das Kreditinstitut das Recht vor, Kontoführungsgebühren zu verrechnen (Konditionen Giro).

4 (3) Umgekehrt entfällt auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen wieder die Kontoführungsgebühr.

Nach Ansicht des Klägers verstößt diese Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil eine verbindliche zweiseitige Ausgestaltung des Entgeltsänderungsvorbehalts nicht vorliegt. Tatsächlich behält sich die Beklagte mit dieser Klausel vor, bei Fehlen entsprechender Gehalts- oder Pensionseingängen Kontoführungsgebühren zu verrechnen. Die Gebühr kann demnach ohne Zutun des Kunden anfallen, während für den Entfall der Gebühr ein Tätigwerden des Kunden erforderlich ist.

Die Beklagte bringt demgegenüber im Wesentlichen vor, die Klausel falle nicht unter § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil sie nicht auf die Änderung der Höhe des bei Vertragsabschluss bestimmten Entgelts gerichtet ist, sondern darauf, ob dieses überhaupt verrechnet werden

kann. Dem ist nicht zuzustimmen. Auch in der inkriminierten Klausel geht es im Endeffekt um die Höhe des Entgelts und zwar darum, ob für die Kontoführung kein Entgelt – das heißt ein Entgelt in Höhe von null – oder ein Entgelt in Höhe der vertraglich vereinbarten Kontoführungsgebühr erhoben wird. Die Verrechnung einer Kontoführungsgebühr ist, wenn zuvor keine solche erhoben wurde, einer Entgeltänderung in Höhe der Kontoführungsgebühr, weil die Gebühr davor faktisch null betragen hat. Dasselbe gilt für den umgekehrten Fall. Für die Beantwortung der Frage, ob § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auf eine bestimmte Klausel anwendbar ist, kann es aber nur darauf ankommen, was die Klausel bewirkt und nicht, wie sie formuliert ist. Die Anwendung der inkriminierten Klausel bewirkt aber jedenfalls eine Entgeltänderung, wobei die Beklagte die Entgelterhöhung (von null auf die Höhe der vertraglich vereinbarten Kontoführungsgebühr) von sich aus vornehmen kann, während sie die Entgeltsenkung (von der Kontoführungsgebühr auf null) vom Tätigwerden des Kunden abhängig macht. Damit verstößt die Klausel gegen das Zweiseitigkeitsgebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Die Beklagte kann sich hier auch nicht darauf stützen, es sei für den Kunden praktischer, die Bank selbst zu informieren, sobald die Voraussetzungen für den Entfall der Kontoführungsgebühr vorliegen. Schließlich kann die Beklagte offensichtlich auch ohne Zutun des Kunden erkennen, ob die Voraussetzungen für die Erhebung einer Kontoführungsgebühr vorliegen. Warum das im umgekehrte Fall nicht möglich sein soll, kann die Beklagte nicht begründen.

Zur 12. inkriminierten Klausel (= Klausel 5.6 der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E):

12. 5.6 Wird an einem Geldausgabe/Geldeinzahlungsautomaten oder einer POS-Kasse viermal hintereinander ein unrichtiger persönlicher Code eingegeben, kann das Kreditinstitut veranlassen, dass die Bezugskarte aus Sicherheitsgründen eingezogen und unbrauchbar gemacht wird.

Der Kläger brachte zu dieser Klausel im Wesentlichen vor, sie sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil die Beklagte dem Wortlaut nach bloß berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, die Bezugskarte bei Eingabe eines falschen Codes einzuziehen. Dabei stützt sich der Kläger insbesondere auf die Entscheidung des OGH zu 10 Ob 70/07b. Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung – wie die Beklagte vorbringt – eine ähnliche Klausel jedoch gerade nicht als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG beurteilt. Die in 10 Ob 70/07b inkriminierte Klausel regelte in ihrem ersten Satz verschiedene Fälle, in denen die Beklagte „insbesondere“ zur Kartensperre berechtigt war. Im zweiten Satz wurde festgehalten, dass die Beklagte berechtigt sei, die Nummern gesperrter Karten den Vertragsunternehmen bekannt zu geben. Im dritten und letzten Satz der Klausel wurde noch festgehalten, dass die Karte aus Sicherheitsgründen vom Automaten eingezogen werden könne, wenn ein Terminal wie zB ein Bargeldautomat mehrmals, etwa durch Eingabe eines unrichtigen PIN-Codes durch den

Karteninhaber, falsch bedient wird. Hinsichtlich dieses dritten und letzten Satzes der in 10 Ob 70/07b inkriminierte Klausel, welche als einzige der hier inkriminierten Klausel ähnlich ist, hat der OGH eine Verpflichtung des beklagten Unternehmens zum Einzug der Karte verneint: *„Hinsichtlich des dritten Satzes der Klausel (betreffend die Einziehung von Karten durch Automaten, wenn ein Terminal mehrmals falsch bedient wird) ist eine darauf gerichtete Verpflichtung der Beklagten hingegen zu verneinen. In diesem Umfang ist die klageabweisende Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.“* (OGH 10 Ob 70/07b) Der Rsp des OGH folgend ist die inkriminierte Klausel daher nicht intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, wenn sie im Falle der mehrmaligen falschen Eingabe des Codes eine Berechtigung, aber keine Verpflichtung der Beklagten zum Einzug der Karte vorsieht.

Der Kläger brachte zudem vor, die Klausel würde der Beklagten einen ungerechtfertigten Spielraum hinsichtlich des Einzugs der Karte gewähren und sei daher gröblich benachteiligen iSd § 879 Abs 3 ABGB. So wäre die Beklagte nach dieser Klausel auch dann nicht zum Einzug der Karte verpflichtet, wenn im zB im Falle eines Diebstahls mehr als vier mal der falsche Code eingegeben würde. Die Modalitäten der Kartensperre sind jedoch – worauf die Beklagte richtig hinweist – an anderen Stellen der Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria (Beilage ./E) als Verpflichtung der Beklagten genau geregelt (vgl 6.6 der Beilage ./E). Sobald der Kunde dies beauftragt, ist die Kartensperre durch die Beklagte verpflichtend durchzuführen (vgl 6.6 (1) der Beilage ./E), wobei den Kunden bei Verlust, Diebstahl, missbräuchlicher Verwendung oder sonstiger nicht autorisierter Nutzung der Bezugskarte eine unverzügliche Mitteilungspflicht trifft (vgl 6.4.2 der Beilage ./E). Bei Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung der Bezugskarten kann die Beklagte die Karte zudem von sich aus sperren, selbst wenn der Kunde diesbezüglich noch keine Meldung gemacht hat (vgl 6.6 (3) der Beilage ./E). Anders als der Kläger annimmt, hat die Beklagte diesen Klauseln zufolge keinen ungerechtfertigten Spielraum hinsichtlich der Sperre der Karte, insbesondere im Fall eines Diebstahls. Die Klausel ist daher auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Inwiefern es für den Kunden – wie der Kläger ausführt – darüber hinaus überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sein soll, dass die Bezugskarte bei viermaliger falscher Eingabe des PIN-Codes nicht immer automatisch eingezogen wird, erschließt sich nicht. Der Kläger führt in diesem Zusammenhang die Klausel 5.2.2 der Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./D) ins Treffen, wonach der Zugang zum Online- und Mobile-Banking/zur Banking App sowie zum Telefonbanking durch den Kunden selbst gesperrt werden kann, wenn während eines Zugriffs dreimal in Folge falsche persönliche Identifikationsmerkmale oder mTANS eingegeben werden. In Anbetracht dieser Klausel sei es für den Verbraucher überraschend und nachteilig,

dass die Bezugskarte nicht auch bei mehrmalig falscher Eingabe des PIN-Codes automatisch gesperrt würde. Wieso diese unterschiedlichen Sperrmodalitäten für die Bezugskarte und den Zugang zum Online- und Mobile-Banking/zur Banking App sowie zum Telefonbanking bereits überraschend und nachteilig sein sollen, vermag der Kläger jedoch nicht zu begründen. Insoweit der Kläger beanstandet, dass ein Mobiltelefon zur Durchführung der Sperre der Bezugskarte notwendig ist, ist festzuhalten, dass die Modalitäten für die Vornahme einer Kartensperre durch den Verbraucher nicht Gegenstand der inkriminierten Klausel ist. Diesbezüglich waren daher keine Feststellungen zu treffen.

Zur 13. inkriminierten Klausel (= Klausel 5.9 (1) der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E):

13. 5.9 (1) *Änderungen dieser BGB werden dem Kunden vom Kreditinstitut spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens unter Hinweis auf die betroffenen Bestimmungen angeboten. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Außerdem wird das Kreditinstitut eine Gegenüberstellung der von der Änderung der BGB betroffenen Bestimmungen sowie die vollständige Fassung der neuen BGB auf seiner Internetseite veröffentlichen und die Gegenüberstellung dem Kunden auf sein Verlangen zur Verfügung stellen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen. Das Änderungsangebot ist dem Kunden mitzuteilen.*

Entgegen der Ansicht der Beklagten unterliegt auch eine Klausel, mit der eine Zustimmungsfiktion vereinbart wird – selbst wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht – für ihre Zulässigkeit der Inhaltskontrolle und ist daher nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen (OGH 9 Ob 40/06g). Wie der Kläger ins Treffen führt, verstößt eine Klausel dann gegen das Transparenzgebot, wenn sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulässt (OGH 1 Ob 210/12g; RIS-Justiz RS0128865). Dies trifft auf die gegenständliche Klausel zu, wo schlicht von „Änderungen der BGB“ die Rede ist. Die Klausel lässt damit völlig unbestimmt, welche Leistungen die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann und verstößt daher gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Dass die inkriminierten Klausel, wie die Beklagte vorbringt, aufgrund einer Änderung der AGB derzeit in dieser Form nicht in Verwendung ist, vermag nach der gefestigten Judikatur zur Wiederholungsgefahr diese nicht zu beseitigen (vgl RIS-Justiz RS0124304). Dazu waren deswegen keine Feststellungen zu treffen.

Zur 14. inkriminierten Klausel (= Klausel 7.6.1 der Besondere Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria, Stand: März 2016, Beilage ./E):

14. 7.6.1 *Wenn nach Ablauf der Gültigkeit auf der Elektronischen Geldbörse noch ein*

Betrag geladen ist, ersetzt das Kreditinstitut diesen Betrag, wenn er innerhalb von sieben Jahren nach Ablauf der Gültigkeit geltend gemacht wird. Danach ist dieser Anspruch verjährt.

Gem § 18 Abs 1 E-GeldG hat der E-Geld-Emittent dem E-Geld-Inhaber auf Verlangen jederzeit den monetären Wert des gehaltenen E-Geldes zum Nennwert, unter Berücksichtigung von § 19 E-GeldG, zu erstatten. Der Kläger brachte dazu im Wesentlichen vor, die Erstattung des E-Gelds unterliege der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren, wogegen die inkriminierte Klausel mit einer Verjährungsfrist von sieben Jahren verstoße. Tatsächlich hat der OGH in 4 Ob 252/14h ausdrücklich ausgesprochen, dass im Anwendungsbereich des § 18 E-GeldG eine Verjährungsfrist von 30 Jahren gilt: *„Da § 18 E-Geldgesetz keine Verjährungsfrist nennt, kommt die allgemeine Frist des § 1478 ABGB von 30 Jahren zum Tragen [...] Die Rechtsprechung, wonach eine Verkürzung der Verjährungsfrist - bei Vorliegen eines sachlichen Grundes und keiner übermäßigen Erschwerung der Anspruchsverfolgung – auch in AGB – zulässig ist (vgl RIS-Justiz RS0034782; RS0034404; RS0016688), ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, zumal § 18 Abs 1 E-Geldgesetzes ausdrücklich vorsieht, dass vom jederzeitigen (mithin mindestens 30 jährigen) Erstattungsrecht des E-Geld-Inhabers zu dessen Lasten nicht abgewichen werden darf.“* Dabei spielte die Dauer der Verjährungsfrist im konkreten Fall – entgegen der Einwendung der Beklagten – für den Gerichtshof keine erkennbare Rolle. Die Beklagte bringt darüber hinaus vor, der OGH habe in 1 Ob 88/14v eine Verjährungsfrist von sieben Jahren für angemessen erachtet. Allerdings begegnete der OGH mit dieser Aussage bloß mit dem faktischen Einwand, die Verjährungsfrist müsse aufgrund der zeitlich begrenzten Verwendbarkeit des Chips auf drei Jahre verkürzt werden. Mit dem Verhältnis von § 18 Abs 1 E-GeldG und dem Verjährungsrecht des ABGB hat sich der OGH demgegenüber in 1 Ob 88/14v nicht auseinandergesetzt. Dies tat der Gerichtshof erst in der später ergangenen Entscheidung 4 Ob 252/14h. Die inkriminierte Klausel ist damit rechtswidrig.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG). Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG immanent darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit – und nicht bloß die Kunden der Beklagten – das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind (vgl RIS-Justiz RS RS0121963 [T7]). Den beteiligten Verkehrskreisen ist Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (vgl RIS-Justiz RS0121963).

Die begehrte Veröffentlichung ist angemessen und die Beklagte zur Veröffentlichung im Bundesgebiet zu verpflichten, weil sie ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet (jedenfalls online) anbietet sowie bewirbt. Die Veröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden

auflagenstarken Zeitung steht daher im Verhältnis zu den Gesetzesverstößen.

Zur Leistungsfrist:

Der Kläger beehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es – ohne weitere Frist – zu unterlassen, die genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich darauf zu berufen. Die Beklagte beantragte demgegenüber angesichts der Zahl an Klauseln und des Zeitbedarfs im Zusammenhang mit den in den Klauselwerken zur Vertragsänderung vorgesehenen Fristen das Festsetzen einer Leistungsfrist von sechs Monaten.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann das Gericht auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (vgl RIS-Justiz RS0041260 [T2]). Zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte alle Änderungen ihrer AGB anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen hat. Schon daraus ergibt sich das Erfordernis einer Fristsetzung. Der OGH hat dabei wiederholt berücksichtigt, wenn gem § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG oder gem Bestimmungen in den AGB selbst besondere Fristen für Vertragsänderungen beachtet werden müssen. Dafür wurde in den von der Beklagten zitierten Entscheidungen 9 Ob 26/15m, 6 Ob 120/15p und 9 Ob 31/15x jeweils eine Leistungsfrist von sechs Monaten als angemessen erachtet. Allerdings bestand in diesen Verfahren, wo zwischen 16 und 47 Klauseln anzupassen waren, jeweils ein weitaus größerer Anpassungsbedarf als im gegenständlichen Verfahren, wo hinsichtlich zehn Klauseln Anpassungsbedarf besteht, wovon bei vier Klauseln – den inkriminierten Klauseln 4-5 und 7-8 – ähnliche Änderungen vorgenommen werden müssen. Eine Leistungsfrist von vier Monaten erscheint daher angemessen.

Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO und das Kostenverzeichnis des Klagsvertreters, wogegen keine Einwendungen gem § 54 Abs 1a ZPO erhoben wurden. Der Kläger hat das Unterlassungsbegehren mit EUR 30.500 und das Veröffentlichungsbegehren mit EUR 5.500 beziffert. Von insgesamt 14 inkriminierten Klauseln wurden vier als zulässig erachtet und das Klagebegehren daher zum Teil abgewiesen (29 %). Der Kläger hat demnach hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zu 71 % obsiegt, weshalb ihm 42% der Kosten und 71% seiner Barauslagen zustehen. Hinsichtlich des Veröffentlichungsbegehrens hat der Kläger zur Gänze obsiegt.

Handelsgericht, Abteilung 18

Wien, 23. März 2017

HR Dr. Mautner-Markhof, Richterin

Elektronische Ausfertigung

gemäß § 79 GOG

