



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

53 Cg 25/18z - 15

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528 104

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Mag. Christiane Kaiser in der Rechtssache der gefährdeten Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG, Ölzeltgasse 4, 1030 Wien, gegen den Gegner der gefährdeten Partei **Avanzia Bank S.A.**, Lparc d'Activité Syrdall 2, L-5365 Munsbach, Luxemburgh, vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert € 36.000,00 s.A.) zu Recht

I. Die beklagte Partei ist **schuldig**,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern mit Wohnsitz in Österreich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Zur Wahrung der Rücktrittsfrist genügt die rechtzeitige Absendung der Rücktrittserklärung, wenn die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger (z.B. Brief, Telefax, E-Mail) erfolgt. Der Rücktritt ist zu richten an: Avanzia Bank S.A., 9, rue Gabriel Lippmann, L-5365 Munsbach; Fax: +352 26 38 75 699, E-Mail: service@free.at.

2. Für Ihre Kartenverfügungen gilt aus Sicherheitsgründen ein tägliches Verfügungslimit, das sie bei unserem Telefonservice jederzeit erfragen können.

3. Abhängig von der Nutzung der Karte für Einkäufe oder für Barabhebungen/Überweisungen fallen unterschiedliche Sollzinssätze an.

4. Änderungen der vereinbarten Entgelte und Zinsen werden Ihnen von uns spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens angeboten.

5. Beanstandungen gegen die Richtigkeit der jeweiligen Rechnungsabschlüsse sind uns unverzüglich nach Zugang des Rechnungsabschlusses schriftlich mitzuteilen. Werden Einwendungen gegen den

ordnungsgemäßen Rechnungsabschluss nicht innerhalb von zwei Monaten nach dessen Zugang schriftlich erhoben, gilt er als genehmigt; die Absendung innerhalb der Zwei-Monats-Frist ist fristwährend. Auf diese Folge werden wir Sie jeweils gemeinsam mit dem Rechnungsabschluss gesondert hinweisen. Sie können auch nach Fristablauf eine Berichtigung des Rechnungsabschlusses verlangen, müssen dann aber beweisen, dass Ihr Konto zu Unrecht belastet wurde.

6. Sofern ein gesichertes Authentifizierungsverfahren angeboten und von der Kartenakzeptanzstelle unterstützt wird, ist dieses von Ihnen einzusetzen. Bei der Online-Datenweitergabe (Fernabsatz) sind Sie dazu verpflichtet, auf eine end-to-end-verschlüsselte Verbindung (https://...) zu achten.

7. Die Regelungen bezüglich Beanstandungen gemäß Ziffer 9 dieser Bedingungen gelten entsprechend. Beruht eine nicht autorisierte Kartenzahlung auf der missbräuchlichen Nutzung der Karte, insbesondere, wenn die Daten oder der PIN (Kennung verloren gegangen, gestohlen oder sonst missbräuchlich verwendet wurden, haften Sie nur, wenn Sie in betrügerischer Absicht gehandelt oder Ihre Sorgfaltspflichten gem Ziffer 10 vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt haben. In diesem Fall sind Sie uns zum Ersatz des gesamten daraus entstandenen Schadens verpflichtet. War Ihr Verschulden nur leicht fahrlässig, ist die Haftung auf € 150 begrenzt.

Sollten bei einer Transaktion Fehler auftreten, die von uns zu vertreten sind, machen wir die Belastung unverzüglich rückgängig und stellen Ihr Kartenkonto wieder so, als ob die Transaktion nicht stattgefunden hätte. Wir behalten uns das Recht vor, den korrekten Transaktionsbetrag erneut anzureichen, soweit sich nach erfolgter Prüfung kein Beanstandungsrecht (Ziffer 9) ergibt. Zur Erwirkung der Berichtigung eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges durch uns haben Sie uns unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges, der zur Entstehung eines Anspruches geführt hat, jedoch spätestens dreizehn Monate nach dem Tag der Belastung hiervon zu unterrichten, es sei denn, wir haben Ihnen die Kreditkartenabrechnung nicht ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt.

Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von Ihrer PIN oder der Kennung für das gesicherte Verfahren erlangt

Sobald Sie Kenntnis erlangen vom Verlust der Karte oder einer missbräuchlichen Nutzung der Karte oder der Kartendaten ist die Karte unverzüglich beim Telefonservice zu sperren, dessen Telefonnummer finden Sie am Ende dieser Bedingungen und auf unserer Homepage www.free.at. Verlust oder missbräuchliche Nutzung sind auch bei den zuständigen Behörden anzuzeigen.

8. (12.) Zahlungsaufträge, die uns nach 12.00 Uhr zugehen, gelten als am darauffolgenden Geschäftstag zugegangen.

9. (12.) Wir haften gem § 46 ZaDiG insbesondere für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorganges bis zum Eingang des Betrages, der Gegenstand des Zahlungsvorganges ist, beim Zahlungsdienstleister in der Regel dem Kreditinstitut) des Empfängers

10. (12.) Unsere Haftung für einen wegen nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung eines Zahlungsauftrags entstandenen Schadens, der nicht bereits von § 46 ZaDiG erfasst ist, ist auf € 12.500 beschränkt; dies gilt nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, den Zinsschaden und Gefahren, die wir besonders übernommen haben.

11. Fremdwährungsumrechnung: Kartentransaktionen, die nicht in Euro erfolgen, werden zu den von MasterCard International täglich festgesetzten Wechselkursen umgerechnet. Der Fremdwährungsumsatz, der Euro-Betrag und der sich draus ergebende Kurs werden Ihnen auf der monatlichen Rechnung mitgeteilt. Dieser Kurs stellt zugleich den Referenzwechsellkurs dar. Die Umrechnung findet an dem Tag statt, an dem die Belastung von der Kartenakzeptanzstelle, bei der der Umsatz getätigt wurde, bei MasterCard eingereicht wurde. Dieser Tag kann von dem Tag abweichen, an dem die Transaktion getätigt wurde. Änderungen der von MasterCard festgesetzten Wechselkurse werden unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung wirksam und sind im Internet unter <https://www.mastercard.com/global/currencyconversion/> abrufbar).

12. Einzelne Vertragsunternehmen können selbstständig ein Entgelt für die Verwendung von Kreditkarten verrechnen.

13. (17) Änderungen werden Ihnen spätestens zwei Monate vor dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens per E-Mail vorgeschlagen (insbesondere auch gemeinsam mit dem monatlichen Rechnungsabschluss) und sind des Weiteren unter www.free.at einzusehen.

14. (20) Wir erheben, verarbeiten und speichern personenbezogene Daten in Bezug auf unsere Kunden gemäß Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. April 2016 (die „Datenschutz-Grundverordnung“) und auch gemäß jeglicher ergänzender oder sonstiger für uns geltenden Gesetze und Verordnung in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten.

15. Die Art und Weise in der wir personenbezogene Daten verarbeiten könnte sich ändern. Sofern wir aufgrund dieser Änderungen gehalten sind die Datenschutzerklärung zu aktualisieren, werden wir Ihnen dies beispielsweise per E-Mail, Brief oder einem Hyperlink zu unserer Website, zur Kenntnis bringen. Die neueste Fassung der Datenschutzerklärung ist verfügbar unter www.free.at.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen sechs Monaten zu unterlassen; sie ist ferner ab sofort schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen und

b) der klagenden Partei z.H. des KV die mit € 6.666,52 (darin € 844,52 USt und € 1.609,40 Barauslagen sowie € 4,- an ustpflichtigen Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu Händen des Klagevertreters binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. 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.

Entscheidungsgründe

Außerstreitstellungen:

Die beklagte Partei hat die inkriminierten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zumindest bis 28.2.2019 verwendet. Unstrittig ist ferner, dass die Beklagte für die verfahrensgegenständlichen Klauseln keine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 KSchG abgegeben hat.

Parteienvorbringen:

Die Klägerin bringt zusammengefasst vor: In ihren Vertragsbeziehungen mit in Österreich wohnhaften Verbrauchern verwende die Beklagte Allgemeine Geschäftsbedingungen (./A), die nach Ansicht der Klägerin gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen. Mit der ggst Verbandsklage vor dem Handelsgericht Wien begehrt die Klägerin gemäß § 28 KSchG die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der Verwendung der streitigen Vertragsklauseln in Verträgen mit österreichischen Kunden.

Die Beklagte bestreitet das Vorbringen der Klägerin und bringt zusammengefasst vor, dass die rechtlichen Ausführungen der Klägerin unrichtig seien. Die Klage sei unschlüssig, weil die Klage sich auf das ZaDiG 2018 stütze, dass jedoch nicht für Sachverhalte vor dem 01.06.2018 relevant sei. Daher sei die Klagebegehren, soweit es sich auf das ZaDiG 2018 stütze abzuweisen.

Weiters bringt die beklagte Partei vor, dass der Unterlassungsanspruch nicht mehr begründet sei, weil mit 1.3.2019 neue Allgemeine Geschäftsbedingungen mit Stand 12/2018 ("AGB") in Kraft gesetzt worden seien und ab diesem Zeitpunkt ausschließlich diese zur Anwendung kämen. Die Kunden seien darüber bereits am 17.12.2018 informiert worden. Da die alten klagsgegenständlichen AGB somit nicht mehr in Verwendung seien und auch von der Website entfernt worden seien, bestünde auch nicht Gefahr, dass diese wiederverwendet würden. Damit sei auch ein weiteres Sich-Berufen auf die Klauseln ausgeschlossen. Es bestünde damit auch keine Wiederholungsgefahr, die einen Unterlassungsanspruch begründen würde.

Aus diesem Grunde sei auch das Veröffentlichungsbegehren nicht mehr gerechtfertigt, da die inkriminierten AGB nicht mehr in Kraft seien und damit auch gar nicht in Verwendung stünden.

Eine Veröffentlichung hätte lediglich zur Folge, dass ein breites Publikum, welches überwiegend nicht Kunde der Beklagten sei, von einem allfälligen Gesetzesverstoß Kenntnis erlange, der durch die Außerkraftsetzung der alten AGB längst behoben worden sei.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens, nämlich Einsicht in die vorgelegten Beilagen ./A bis ./F und 1./ bis ./6 wird **folgender Sachverhalt festgestellt**:

Die beklagte Partei ist eine in Luxemburg protokollierte Bank. Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft, schließt Kreditverträge mit Verbrauchern und bietet ihre Leistungen auch im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. (Beilage ./C)

Die beklagte Partei entfaltet konkret eine auf die Schließung von Verträgen in Österreich gerichtete Tätigkeit und schließt laufend Verträge mit Verbrauchern ab, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb Österreichs haben.

Die Beklagte vertreibt nach eigenen Angaben im Inland insbesondere zwei Produkte, die „free Mastercard Gold“ und das „Advanziakonto Tagesgeld“. Diese Produkte werden ua über die Homepage www.free.at, sohin einer österreichischen Top-level Domain vertrieben. Diese Webseite richtet sich speziell an österreichische Verbraucher. So setzen die AGB der free Mastercard Gold einen Wohnsitz in Österreich voraus.(Beilage ./B.)

In den AGB erfolgt eine Rechtswahl zugunsten österreichischen Rechts. (Beilage ./A.)

Unstrittig ist ferner, dass die Beklagte für die verfahrensgegenständlichen Klauseln keine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 KSchG abgegeben hat.

Mit 1.3.2019 wurden neue Allgemeine Geschäftsbedingungen mit Stand 12/2018 ("AGB") in Kraft gesetzt die ab diesem Zeitpunkt ausschließlich zur Anwendung kommen. Die Kunden wurden darüber bereits am 17.12.2018 informiert. Da die alten klagsgegenständlichen AGB somit nicht mehr in Verwendung sind wurden diese auch von der Website entfernt.

Die Klägerin ist ein ideeller Verein, deren Zweck im Verbraucherschutz und in der Vertretung der Interessen der Verbraucher besteht.

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die oben in Klammer angeführten unbedenklichen Urkunden. Von der Einvernahme der Zeugin [REDACTED] [REDACTED] die zum Beweis dazu geführt wurde, dass von der Beklagte mit 1.3.2019 neue Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Stand 12/2018 (AGB) in Kraft gesetzt werden und ab diesem Zeitpunkt ausschließlich zur Anwendung kommen und die Kunden darüber bereits ab 17.12.2018 informiert würden, war abzusehen. Denn unstrittig ist, dass die Beklagte keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat, die Unzulässigkeit der Klauseln bestritten hat, sodass die Änderung der AGB, wo bei de Beklagte nicht einmal behauptet hat, dass sie im begehrten Sinn geändert wurden, kann dahingestellt bleiben, wie auch in der

rechtlichen Beurteilung noch weiter ausgeführt wird.

Rechtlich folgt daraus:

Zuständigkeit

Die vom EuGH in C-167/00, Henkel aufgestellten Erwägungen sind auf die vorliegende Verbandsklage anwendbar. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das angerufene Gericht für die vorliegende Verbandsklage gemäß Art 7 Nr 2 EuGVVO international zuständig ist (EuGH 1.10.2002, C-167/00 *Henkel*). Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes für die vorliegende Klage gründet sich auf § 83c JN.

Anzuwendendes Recht

Die gegenständlichen Verträge unterliegen, soweit die Beklagte mit Verbrauchern mit gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich Verträge schließt, bereits nach der eigenen Rechtswahl zur Gänze österreichischem Recht. Selbiges ergibt sich aus Art 6 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation der klagenden Partei ergibt sich aus § 29 KSchG.

Zur Unschlüssigkeit der Klage aufgrund des Wegfalls der Wiederholungsgefahr

Die Beklagte bringt vor, dass der Unterlassungsanspruch wegfalle, da die Beklagte mit 1.3.2019 neue Allgemeine Geschäftsbedingungen mit Stand 12/2018 ("AGB") in Kraft gesetzt werden und ab diesem Zeitpunkt ausschließlich zur Anwendung kämen. Da die alten klagsgegenständlichen AGB somit nicht mehr in Verwendung seien und auch von der Website entfernt wurden, besteht auch nicht die Gefahr, dass diese wiederverwendet werden. Daher falle die Wiederholungsgefahr weg.

Da der Unterlassungsanspruch unbegründet sei, sei auch das Veröffentlichungsbegehren nicht mehr gerechtfertigt. Selbst im Falle des Obsiegens habe die Klägerin gar kein schutzwürdiges Interesse an der Veröffentlichung des Urteils mehr, da die inkriminierten AGB nicht mehr in Kraft seien und damit auch gar nicht in Verwendung stehen. Eine

Veröffentlichung hätte lediglich zur Folge, dass ein breites Publikum von einem allfälligen Gesetzesverstoß Kenntnis erlange, der durch die Außerkraftsetzung der alten AGB längst behoben wurde.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass dem zu entgegen sei, dass eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung berufe, nach ständiger Rechtsprechung keinesfalls ausreiche, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen (RS0124304).

Außerdem sei im gegenständlichen Fall bereits durch die (vorprozessuale) Nichtabgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung durch die Beklagte und deren Prozesstandpunkt das Vorliegen von Wiederholungsgefahr evident.

Die Wiederholungsgefahr ergebe sich aber auch daraus, dass die beklagte Partei im gegenständlichen Prozess die Gesetzwidrigkeit der beanstandeten Klauseln bestreitet und Rechtsansicht vertritt, diese seien rechtlich zulässig.

Der Klägerin ist beizupflichten, dass eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen nicht ausreicht, damit die Wiederholungsgefahr wegfällt. Dies entscheidet der Oberste Gerichtshof in stRsp entschieden, hierzu (vergl. 8 Ob 110/08x; 2 Ob 153/08a und RS0124304):
„Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen“

Somit ist die Wiederholungsgefahr noch immer vorhanden, zumal die Beklagte die Klauseln weiterhin bestreitet und auch keine Unterlassungsverpflichtung gem § 28 Abs 2 KSchG abgegeben hat. Somit ist die Klage nicht un schlüssig und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind anschließend zu prüfen.

Die beklagte Partei tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Aufgrund ihrer Tätigkeit ist die Beklagte Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG.

Zur Beurteilung der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendeten Klauseln

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder

gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089).

Die Ungewöhnlichkeit eines Inhaltes iSd § 864a ABGB ist nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Objektiv ungewöhnlich ist nur eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte; der Klausel muss also ein Überrumpelungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont der angesprochenen Kreise an (RIS-Justiz RS0014646). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

Gemäß § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die einem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914; RS0014676).

Nach der Rsp müssen AGB so gestaltet sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0122169 [T2]).

§ 28 Abs 1 KSchG bezieht sich auf gesetz- oder sittenwidrige Vertragsbedingungen, worunter im Kern die Kontrolle von Willenserklärungen zu verstehen ist. Dient ein Satz bloß der Aufklärung des Verbrauchers, ist er grundsätzlich unbedenklich (RIS-Justiz RS0131601). Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt an sich noch nicht zur Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Weiters führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum. Ziel des KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der

Praxis verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Der Richter hat nicht die Aufgabe, sich durch geltungserhaltende Reduktion zum Sachwalter des Verwenders der AGB zu machen (RIS-Justiz RS0038205).

1. Zur Wahrung der Rücktrittsfrist genügt die rechtzeitige Absendung der Rücktrittserklärung, wenn die Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger (z.B. Brief, Telefax, E-Mail) erfolgt. Der Rücktritt ist zu richten an: Advanzia Bank S.A., 9, rue Gabriel Lippmann, L-5365 Munsbach; Fax: +352 26 38 75 699, E-Mail: service@free.at.

Die Klägerin bringt hierzu vor, dass die inkriminierte Klausel sowohl gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB als auch intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG sei, da sie die – zwingende – Rechtslage falsch darstelle, weil der Rücktritt gem § 9 VKrG sowohl mündlich als auch telefonisch erklärt werden könne und verweist hierbei auf die EB RV 650 BlgNR 24. GP 22. Weiters führte die Klägerin aus, dass der Gesetzeswortlaut des § 12 Abs 1 VKrG keinerlei Formerfordernisse für die Abgabe der Rücktrittserklärung vorsehe und es daher unzulässig sei, zu Lasten des Verbrauchers von der Formfreiheit abzuweichen, sodass der Verbraucher dann nicht mehr zwischen mehreren ihm an sich zustehenden Kommunikationsformen wählen könne.

Die Beklagte bringt dazu vor, dass der Rücktritt lediglich in § 12 VKrG geregelt sei und die Klägerin eine unrichtige Rechtsansicht vertrete, die auf einer falschen Auslegung des Gesetzes beruhe. Dabei argumentierte die Beklagte mit dem Gesetzeswortlaut, insbesondere die Formulierung des § 12 Abs 2 VKrG, nach der der „Rücktritt jedenfalls gewahrt sei, wenn er auf Papier oder einem dauerhaften Datenträger erfolge“, spreche für ihre Ansicht. Daher sehe das Gesetz nicht vor, dass der Rücktritt mündlich oder telefonisch erklärt werden könne. Vielmehr gehe der Gesetzgeber davon aus, dass der Rücktritt in Papierform oder mit einem dauerhaften Datenträger erfolgen müsse. Zudem seien die EB RV 650 BlgNR 24. GP 22 lediglich als Auslegungshilfe anzusehen und können den Gesetzeswortlaut nicht ersetzen. Zudem sei ein mündlicher oder telefonischer Rücktritt nur möglich, wenn dieser in den Kreditbedingungen vereinbart wurde.

Der Klägerin ist darin zu folgen, dass ein Rücktritt gem § 12 VKrG keinerlei Formvorschriften vorgibt, weshalb auch mündliche oder telefonische Rücktrittserklärungen wirksam sind (vergl. *Pesek* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang), § 12 VKrG, Rz 27 und Rz 32, ebenso *Wendehorst* in Wendehorst/Zöchling-Jud, VKrG § 12 Rz 19). Daher ist es unzulässig von der Formfreiheit abzuweichen, sodass der Verbraucher nicht mehr zwischen allen Kommunikationsmöglichkeiten wählen kann. (dazu *Pesek* in

Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang), § 12 VKrG, Rz 32). Die Abgabe der Rücktrittserklärung in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger dient lediglich der einfacheren Beweisbarkeit.

Grundsätzlich müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen das Vereinbarte klar und verständlich mitteilen. Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot; zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann. (OGH 10 Ob 60/17x; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007/1450 (*Rummel*)). Da die Beklagte in dieser Bestimmung die Rechtslage unrichtig darstellt, entspricht die inkriminierte Klausel nicht dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Auf eine Verletzung des § 879 Abs 3 ABGB muss daher nicht mehr eingegangen werden.

2. Für Ihre Kartenverfügungen gilt aus Sicherheitsgründen ein tägliches Verfügungslimit, das sie bei unserem Telefonservice jederzeit erfragen können.

Die Klägerin bringt vor, dass die inkriminierte Klausel sowohl gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB als auch intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG sei. Der Zahlungsdienstleister habe den Zahlungsdienstnutzer gem § 48 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG (ehem. § 28 Abs 1 Z 2 lit a) über die wesentlichen Merkmale des zu erbringenden Zahlungsdienstes zu informieren. Dies habe gemäß § 47 ZaDiG (ehem. § 26 ZaDiG) in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erfolgen, und zwar rechtzeitig, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Rahmenvertrag oder ein Vertragsangebot gebunden sei. Bei dem täglichen Verfügungslimit handle es sich um eine solche wesentliche Information. Der Argumentation der Beklagten, dass es sich lediglich um ein Zusatzservice handle, da das Verfügungslimit im Kreditvertrag ersichtlich sei, sei nicht zu folgen, da eine Mitteilung gemäß §§ 47 und 48 ZaDiG 2018 (ehem. § 28 und 29 ZaDiG) vor einer allfälligen Bindung des Verbrauchers zu erfolgen habe.

Weiters führt die Klägerin aus, dass selbst wenn man der Ansicht wäre, dass es sich um eine zusätzliche Serviceleistung der Beklagten handle, die Klausel intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG sei, da die Formulierung suggeriere, dass man lediglich telefonisch Auskunft über das tägliche Verfügungslimit erhalten könne. Die Klausel täusche daher den Verbraucher über seine gesetzlichen Rechte.

Zuletzt bringt die Klägerin vor, dass selbst bei „kundenfeindlichster“ Auslegung die Klausel sich

so verstehen lasse, dass sich das Unternehmen damit vorbehalten möchte, das Verfügungslimit täglich zu verändern. Dies sei gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB.

Die Beklagte bringt vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin unrichtig sei, weil sie auf einem offensichtlich irrigen Verständnis der Klausel beruhe, das dieser nicht einmal bei „kundenfeindlicher“ Auslegung zugrunde gelegt werde könne.

Die Klausel stelle lediglich eine Zusatzleistung der Beklagten dar, durch welche der Kunde täglich seinen noch verfügbaren Kreditrahmen taggenau telefonisch erfragen könne. Der Kreditrahmen ergebe sich unmissverständlich aus den Informationen und Vertragsbedingung des Kreditvertrags selbst.

Der Klägerin ist darin zu folgen, dass die wesentlichen Informationen gem § 48 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG nach § 47 ZaDiG (ehem. § 28f ZaDiG) bekanntzugeben sind, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch ein Vertragsangebot oder einen Rahmenvertrag gebunden ist. Unter diesen Informationspunkt fallen sämtliche Angaben über Funktionsweise (Merkmale des Dienstes) und Verfahren (Kundenidentifikatoren, Ablauf des Verfahrens über die Ausführung des Zahlungsdienstes inklusive Zustimmung, Widerruf, Ausgabenobergrenzen, Ablehnungsgründe) des vertragsgegenständlichen Zahlungsdienstes. (zur alten Rechtslage: *Leixner*, ZaDiG § 28 Rz 3). Somit handelt es sich bei dem täglichen Verfügungslimit um eine wesentliche Information gem § 48 Abs 1 Z 2 lit a (ehem. § 28 Abs 1 Z 2 lit a)

Da erst im Kreditvertrag selbst die Information erfolgte, gab es keine Mitteilung gem §§ 47 und 48 ZaDiG (ehem. §§ 26 und 28 ZaDiG) vor einer allfälligen Bindung des Verbrauchers. Bei kundenfeindlicher Auslegung suggeriert die Klausel, dass das Verfügungslimit lediglich telefonisch zu erfragen ist und täuscht den Verbraucher über seine Rechte. Daher liegt Intransparenz gem § 6 Abs 3 KSchG vor. Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot. Da die Beklagte in dieser Bestimmung die Rechtslage undeutlich bzw schleierhaft darstellt, entspricht die inkriminierte Klausel nicht dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Auf § 879 Abs 3 ABGB muss daher nicht mehr eingegangen werden.

3. Abhängig von der Nutzung der Karte für Einkäufe oder für Barabhebungen/Überweisungen fallen unterschiedliche Sollzinssätze an.

Die Klägerin bringt vor, dass die inkriminierte Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 9 Abs 2 Z 6 VkrG verstoße, da der Verbraucher sich erst aus den Vertragsbedingungen entsprechende Informationen selbst herausfiltern und einen Kontext herstellen müsse. Weiters würde dem Verbraucher auch kein Hinweis gegeben, wo die entsprechenden Sollzinssätze zu finden sein. Zuletzt verstoße die Klausel gegen § 9 Abs 2 Z 6 VkrG, da der Sollzinssatz nicht klar und prägnant angegeben sei.

Die Beklagte bringt vor, dass dem Kunden vor Abschluss des Kreditvertrags durch das mitgeteilte Preisverzeichnis als auch im Kreditvertrag selbst klar und prägnant mitgeteilt werde, welche Sollzinssätze bei welcher Leistung anfallen würden, zumal keine anderen Kosten oder Zinsen vorgesehen seien. Ein zusätzlicher Hinweis sei daher gar nicht notwendig, die Sollzinssätze auch aus der beigegebenen Preisliste ersichtlich seien.

In seiner Entscheidung vom 27.06.2016 zu 6 Ob 17/16t hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, dass es gegen das Transparenzgebot verstößt, wenn der Verbraucher gezwungen ist, sich die notwendigen Informationen aus dem Vertrag, der Broschüre und der Homepage „zusammenzusuchen“, um an allgemeine Informationen zu kommen. (vgl auch Ris-Justiz RS0122040 [T16]) Im gegenständlichen Fall findet sich jedoch kein Verweis auf das Preisverzeichnis, wodurch dem Verbraucher ein erheblicher Aufwand entsteht um herauszufinden welche Sollzinssätze bei den jeweiligen Leistungen anfallen.

Aus diesem Grund ist die Tragweite und Inhalt der obigen Klausel für den Verbraucher nicht verständlich und die inkriminierte Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot gem § 6 Abs 3 KSchG.

Auf einen Verstoß gegen § 9 Abs 2 Z 6 VkrG muss daher nicht mehr eingegangen werden.

4. Änderungen der vereinbarten Entgelte und Zinsen werden Ihnen von uns spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens angeboten.

Die Klägerin bringt vor, dass diese Klausel intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG sowie gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB sei, da sie eine unbeschränkte und schrankenlose Änderungsmöglichkeit der Entgelte und Zinsen im Rahmen einer Erklärungsfiktion vorsehe. Es handle sich um eine uneingeschränkte Vertragsanpassung die mangels Schranken unzulässig sei.

Die Beklagte bringt hierzu vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin auf einer falschen Darstellung der Klausel beruhe, da mit der Formulierung "*der vereinbarten Entgelte und*

Zinsen" ein Verweis auf das jeweils zum Vertragsschluss gültige Preisverzeichnis gemeint sei, welches bei Vertragsabschluss ausgehändigt werde. Auch sehe selbst das Gesetz in § 50 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG 2018 (ehem. § 29 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG) vor, dass Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor der geplanten Anwendung dem Kunden mitgeteilt werden müssen und enthalte das Gesetz in § 50 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG 2018 (ehem. § 29 Abs 1 Z 2 lit a ZaDiG) eine Zustimmungsfiktion. Somit sei die inkriminierte Klausel weder gröblich benachteiligend noch intransparent, da sie die Gesetzeslage wiedergebe.

Der Klägerin ist darin zu folgen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig ist, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (vgl OGH 11.04.2013, 1 Ob 210/12g; OGH 27.05.2015, 8 Ob 58/14v; OGH 25.04.2018, 9 Ob 11/18k). Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung ermöglicht die Klausel der Bank, Entgelte und Leistungsumfang ohne jede inhaltliche Schranke im Weg einer Zustimmungsfiktion zu ändern. Die vorliegende Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG (8 Ob 58/14h), weil sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulässt. Welche Entgelte die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibt völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte.

Auf § 879 Abs 3 ABGB muss daher nicht mehr eingegangen werden.

5. Beanstandungen gegen die Richtigkeit der jeweiligen Rechnungsabschlüsse sind uns unverzüglich nach Zugang des Rechnungsabschlusses schriftlich mitzuteilen. Werden Einwendungen gegen den ordnungsgemäßen Rechnungsabschluss nicht innerhalb von zwei Monaten nach dessen Zugang schriftlich erhoben, gilt er als genehmigt; die Absendung innerhalb der Zwei-Monats-Frist ist fristwährend. Auf diese Folge werden wir Sie jeweils gemeinsam mit dem Rechnungsabschluss gesondert hinweisen. Sie können auch nach Fristablauf eine Berichtigung des Rechnungsabschlusses verlangen, müssen dann aber beweisen, dass Ihr Konto zu Unrecht belastet wurde.

Die Klägerin bringt vor, dass die gegenständliche Klausel eine von der gesetzlich zwingenden Vorgabe der §§ 67 u 68 ZaDiG 2018 (ehem §§ 44-46 ZaDiG) abweichende Haftungsregelung des Kunden vermittele. Die Klausel suggeriere, dass missbräuchliche Transaktionen lediglich 2 Monate ab Rechnungszugang gem § 67 ZaDiG bestritten werden können und nach Fristenablauf eine Beweislastumkehr vorgesehen sei. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei die Haftung nicht unabhängig vom Rechnungsabschluss, da der Verbraucher die Genehmigung des Rechnungsabschlusses vornehme, falls er keine

Beanstandungen tätige. Dadurch käme es aufgrund von Punkt 9 der AGB zu einer Beweislastumkehr.

Zudem erfasse die Klausel dem Wortlaut nach auch nicht autorisierte Zahlungsvorgänge iSd § 67 ZaDiG 2018 (ehem. § 46 ZaDiG). Daher liege Intransparenz gem § 6 Abs 3 KSchG vor, da der durchschnittliche Verbraucher von der Durchsetzung seiner ihm zustehenden Rechte abgehalten werde. Weiters liege ein Widerspruch zu Punkt 11 der AGB vor, der bei nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgängen eine 13-monatige Frist vorsehe. Die Klausel sei auch intransparent, da eine Kontobelastung bloß deklarativ wirke und der Verbraucher aufgrund des Rechts auf eine richtige Kontoführung jederzeit die Berichtigung seines Kontos verlangen könne. Auch liege kein Verweis auf Punkt 11 der AGB vor und der Verbraucher käme somit nicht auf die Idee, dass es neben der gegenständlichen Klausel noch eine andere Klausel geben könne, die einschlägig sein könnte.

Die Beklagte bringt vor, dass die Klägerin übersehe, dass es in der Klausel lediglich um die allgemeine Richtigkeit des Rechnungsabschlusses gehe, was bereits aus dem Wortlaut erkennbar sei. Die Richtigkeit des Abschlusses sei an sich unabhängig von einer etwaigen Haftung der Beklagten für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge. Zudem sei die Haftung der Beklagten für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge explizit unter Punkt 11 der AGB geregelt, wodurch dem Kunden klar sei, dass solche Beanstandungen gesondert geregelt sind.

Der Klägerin ist dahingehend zu folgen, dass die Haftung untrennbar mit der Genehmigung des Rechnungsabschlusses in Verbindung steht. Insbesondere die Beweislastumkehr ist für die Einfachheit der Durchsetzung der Rechte der Verbraucher essentiell. Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung erfasst die Klausel auch auch nicht autorisierte Zahlungsvorgänge gem § 67 ZaDiG 2018 und steht auch in Widerspruch mit Punkt 11 der AGB, welcher bei nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgängen an der dreizehnmonatige Frist festhält. Somit stehen die beiden Klauseln in Widerspruch, zumal in keiner der beiden Klauseln ein Verweis vorliegt, der dem Verbraucher helfen könnte, den Überblick zu bewahren. Die wichtigste Ausprägung des Transparenzgebots ist sicherlich das Verständlichkeitsgebot. Vertragsklauseln müssen demnach so ausgestaltet sein, dass ein durchschnittlicher Verbraucher seine Rechte und Pflichten möglichst problemlos erfassen kann. Durch die gegenständliche Klausel und den fehlenden Verweis auf Klauselpunkt 13 der AGB wird die Rechtslage verschleiert und die gegenständliche Klausel verstößt somit gegen das Transparenzgebot gem § 6 Abs 3 KSchG.

6. (10.) Sofern ein gesichertes Authentifizierungsverfahren angeboten und von der Kartenakzeptanzstelle unterstützt wird, ist dieses von Ihnen einzusetzen. Bei der Online-Datenweitergabe (Fernabsatz) sind Sie dazu verpflichtet, auf eine end-to-end-verschlüsselte

Verbindung (<https://...>) zu achten.

Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von Ihrer PIN oder der Kennung für das gesicherte Verfahren erlangt.

Sobald Sie Kenntnis erlangen vom Verlust der Karte oder einer missbräuchlichen Nutzung der Karte oder der Kartendaten ist die Karte unverzüglich beim Telefonservice zu sperren, dessen Telefonnummer finden Sie am Ende dieser Bedingungen und auf unserer Homepage www.free.at. Verlust oder missbräuchliche Nutzung sind auch bei den zuständigen Behörden anzuzeigen.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG vorstoße, da die Beklagte nicht näher definiere, welches Authentifizierungsverfahren als gesichert ist. Die Klausel zu verstehen sei. Außerdem dürfe dem Zahlungsdienstnutzer keine derartige Verpflichtung hinsichtlich der Authentifizierungsverfahren auferlegt werden, da hierfür der Zahlungsdienstleister verantwortlich sei. Die Klausel suggeriere auch, dass den Karteninhaber eine Haftung für den Fall der Nichtverwendung dieser gesicherten Authentifizierungsverfahren treffe, wobei die Haftung des Zahlers gem §§ 67 und 68 ZaDiG (ehem.- §§ 44-46 ZaDiG) abschließend und zwingend geregelt sei. Auch die Vorgabe bloß „https“ Verbindungen verwenden zu dürfen sei überschießend, da solche EDV-Kenntnisse von einem durchschnittlichen Bankkunden nicht vorausgesetzt werden können. Weiters verstoße die gegenständliche Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, da sie entgegen des § 63 Abs 3 ZaDiG den Verbraucher verpflichte, dass keine andere Person Kenntnis von PIN oder Kennung des gesicherten Verfahrens erlange. Es handle sich um eine unzumutbare Vorkehrung, die der Verbraucher nicht mit zumutbaren Mitteln erfüllen könne.

Zuletzt sei die Klausel intransparent, da sie gegen § 63 Abs 2 ZaDiG verstoße, weil sie eine abweichende Anzeigepflicht bei der „zuständigen Behörde“ vorsehe. Die Klausel sei intransparent, da einerseits unklar sei, wer die zuständige Behörde sei und andererseits in welchem Verhältnis die Anzeige beim Zahlungsdienstleister zu der Anzeigepflicht bei den zuständigen Behörden stehe.

Die Beklagte bringt hierzu vor, dass die („https-Verbindung“) lediglich als Empfehlungen zu sehen sei, da sie an keinerlei Rechtsfolgen geknüpft sei. Auch der Wortlaut der Klausel suggeriere keine Haftung des Kunden der Beklagten gegenüber, daher sei die Argumentation der Klägerin nicht schlüssig. Zudem sei die Rechtsansicht der Klägerin, hinsichtlich der Geheimhaltung des PINs oder der personalisierten Kennung für ein gesichertes Verfahren unrichtig, da es dem Kunden zumutbar sei, diese geheimzuhalten, weshalb die Klausel auch gültig sei und die Klausel daher nicht intransparent sei.

Außerdem sei die Mitteilung an die zuständigen Behörden bloß eine Empfehlung an den Kunden, die auch im Interesse des Kunden liege. In diesem Zusammenhang sei auch eine Aufzählung aller Behörden im Rahmen der Geschäftsbedingungen nicht möglich, weil dies den Rahmen von AGBs sprengen würde. Soin liege keine Intransparenz vor.

Der Klägerin ist dahingehend zuzustimmen, dass die Sorgfalts- und

Mitwirkungspflichten des Kunden sehr wohl mit der Haftung des Zahlers in Verbindung stehen, insbesondere deshalb, weil die Beklagte in Klauselpunkt 11 auf die gegenständliche Klausel verweist. Dass es sich hierbei um eine von der Beklagten festgesetzte Sorgfaltspflicht handeln soll und in weiterer Folge auch eine Haftungsregelung damit verknüpft ist, ist daher bereits deswegen zu bejahen. Zudem dürfen die Anforderungen an den Zahlungsdienstnutzer nicht zu hoch sein, weshalb die Passage „*Sie haben dafür Sorge zu tragen, dass keine andere Person Kenntnis von Ihrer PIN oder der Kennung für das gesicherte Verfahren erlangt*“ überschießend ist. Nach dem Obersten Gerichtshof ist eine solche Klausel unzumutbar streng und daher gem § 879 Abs 3 ABGB unwirksam. (vgl *Haghofer* in Weillinger (Hrsg), ZaDiG § 36 Rz 23 und OGH, 3 Ob 248/06a, da es durchaus Fälle gibt in denen dem Zahler kein Vorwurf zu machen ist, wenn Dritte an den PIN gelangen).

Zuletzt ist die Klausel auch aufgrund der Anzeigepflicht bei der „zuständigen Behörde“ gem § 6 Abs 3 KSchG intransparent, da unklar ist welche Behörde dies sein könnte und in welchem Verhältnis die beiden Anzeigepflichten (gegenüber der Bank und gegenüber der Behörde) zueinander stehen. Eine solche Klausel ist nach der OGH-Entscheidung 8 Ob 128/17g intransparent, weshalb auch nicht mehr näher auf einen Verstoß gem § 879 Abs 3 ABGB eingegangen werden muss.

7. (11.)Die Regelungen bezüglich Beanstandungen gemäß Ziffer 9 dieser Bedingungen gelten entsprechend. Beruht eine nicht autorisierte Kartenzahlung auf der missbräuchlichen Nutzung der Karte, insbesondere, wenn die Daten oder der PIN (Kennung verloren gegangen, gestohlen oder sonst missbräuchlich verwendet wurden, haften Sie nur, wenn Sie in betrügerischer Absicht gehandelt oder Ihre Sorgfaltspflichten gem Ziffer 10 vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt haben. In diesem Fall sind Sie uns zum Ersatz des gesamten daraus entstandenen Schadens verpflichtet. War Ihr Verschulden nur leicht fahrlässig, ist die Haftung auf € 150 begrenzt.

Sollten bei einer Transaktion Fehler auftreten, die von uns zu vertreten sind, machen wir die Belastung unverzüglich rückgängig und stellen Ihr Kartenkonto wieder so, als ob die Transaktion nicht stattgefunden hätte. Wir behalten uns das Recht vor, den korrekten Transaktionsbetrag erneut anzureichen, soweit sich nach erfolgter Prüfung kein Beanstandungsrecht (Ziffer 9) ergibt. Zur Erwirkung der Berichtigung eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges durch uns haben Sie uns unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorganges, der zur Entstehung eines Anspruches geführt hat, jedoch spätestens dreizehn Monate nach dem Tag der Belastung hiervon zu unterrichten, es sei denn, wir haben Ihnen die Kreditkartenabrechnung nicht ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass die gegenständliche Klausel, die die Haftung des Verbrauchers bei nicht autorisierten oder missbräuchlichen Zahlungsvorgängen regelt, intransparent sei. Die Klausel verstoße gegen 68 Abs 1 und Abs 2 ZaDiG 2018, weil der Verbraucher nach dieser bloß mit einem Maximalbetrag von € 50 hafte, wenn eine

missbräuchliche Verwendung vorliege, sofern dem Zahler bloß leichte Fahrlässigkeit gemäß seiner Pflichten nach § 63 ZaDiG 2018 vorwerfbar sei. Die inkriminierte Klausel nehme keine Rücksicht auf die Ausnahmebestimmungen in § 68 Abs 1, Abs 2 Abs 5 und Abs 6 ZaDiG 2018. Daher werde die Rechtslage unrichtig dargestellt, zumal auch die gesetzliche Haftungsobergrenze von EUR 50 überschritten werde, da eine Haftungsobergrenze von EUR 150 angeführt ist. Da die geltende Rechtslage falsch dargestellt werde, sei die Klausel intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG.

Zuletzt sehe die Klausel eine Rügefrist, zur Erwirkung der Berichtigung eines nicht autorisierten oder fehlerhaften Zahlungsvorgangs, wobei die Rüge spätestens dreizehn Monate nach dem Tag der Belastung durchzuführen sei, vor, es sei denn das Unternehmen habe die Kreditkartenabrechnung nicht ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt. Insbesondere aufgrund des Wortlauts „*nicht ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt*“ sei diese Klausel intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG und stelle die Rechtslage gem § 65 Abs 1 ZaDiG 2018 falsch dar.

Die Beklagte bringt vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin unrichtig sei, weil die Geschäftsbedingungen eindeutig auf die Rechtsfolgen hinweisen würden, falls ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang auf Diebstahl, Verlust der Karte oder missbräuchlicher Verwendung der Karte beruhe. Somit bestehe keine Haftung, wenn die Pflichten gem Punkt 10 eingehalten worden seien. Aufgrund des Wortlautes sei dem Verbraucher klar, dass er im Falle der Ausnahmen nicht hafte. Der Klägerin sei darin nicht beizupflichten, dass eine unterlassene Meldung des Verlusts als leichte Fahrlässigkeit der Verletzung der Sorgfaltspflichten gelten, vielmehr liege grobe Fahrlässigkeit vor, zumal eine Schadensminderungspflicht auch im Sinne des Verbrauchers sei.

Weiters bringt die Beklagte vor, dass die Formulierung „*nicht ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt*“ nicht intransparent sei, da damit gemeint sei, dass sie entsprechend der getroffenen Vereinbarung zur Verfügung gestellt werden und ein Abschreiben der gesetzlichen Bestimmungen nicht gefordert werde, um den Kunden vor Intransparenz zu schützen.

Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass die inkriminierte Klausel nicht auf alle Ausnahmebestimmungen Rücksicht nimmt, wie bspw den Haftungsausschluss gem § 68 Abs 2 Z 1 leg cit ZaDiG, wenn der Verlust/Diebstahl/missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstrumentes für den Zahler vor einer Zahlung nicht bemerkbar war. Somit wird der Verbraucher darüber getäuscht, dass er auch in Fällen haftet, die gesetzlich ausgeschlossen sind. Die geltende Rechtslage wird somit unrichtig dargestellt. Auch die Haftungsobergrenze für leichte Fahrlässigkeit, die mit € 150 angeführt ist, verstößt gegen das geltende Recht, da diese seit dem Inkrafttreten des § 68 Abs 1 ZaDiG 2018 bei nunmehr € 50 liegt. Die Beklagte hat sich offensichtlich an der alten Rechtslage orientiert.

Grundsätzlich müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen das Vereinbarte klar und verständlich mitteilen. Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (vergl. OGH 10 Ob 60/17x; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007/1450 (*Rummel*)). Da die Beklagte in dieser Bestimmung die Rechtslage unrichtig darstellt, entspricht die inkriminierte Klausel nicht dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

8. (12.) Zahlungsaufträge, die uns nach 12.00 Uhr zugehen, gelten als am darauffolgenden Geschäftstag zugegangen.

Die Klägerin bringt hierzu vor, dass eine Cut-Off-Frist vereinbart werden könne, diese habe aber nahe am Ende des Geschäftstages gesetzt zu werden. Bei einer Cut-Off-Frist von 12.00 könne nicht von nah am Ende des Geschäftstages gesprochen werden, somit sei diese Fristsetzung willkürlich. Die Klausel verstoße daher gegen § 72 Abs 3 ZaDiG 2018, wobei auf die Entscheidung des OGH zu 4 Ob 58/18k bei der ein Cut-Off-Zeitpunkt von 14 Uhr beanstandet und auch als unzulässig beurteilt wurde, verwiesen werde. Daher sei die Klausel überraschend und nachteilig iSd § 864 ABGB, sowie gröblich benachteiligend gem § 879 Abs 3 ABGB, da Zahlungsaufträge eines auch online agierenden Zahlungsdienstleisters, die nach 12 Uhr zugehen, erst am nächsten Tag bearbeitet werden.

Weiters sei die Argumentation der Beklagten hinsichtlich des Herkunftslandsprinzip unschlüssig, da die AGB eine Rechtswahl zugunsten des österreichischen Rechts enthalten. Zudem seien die Cut-Off-Zeitpunkte in Luxemburg auch zwischen 15 und 17 Uhr. Die Beklagte habe sehr wohl österreichisches Recht anzuwenden, da es nicht auf das Filialnetz in Österreich ankäme (OGH in 4 Ob 58/18k).

Die Beklagte bringt vor, dass sie ihre Dienstleistung in Österreich im Wege der Dienstleistungsfreiheit erbringe und daher das Herkunftslandprinzip hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen gelte. In Ermangelung einer entsprechenden Regelung im ZaDiG 2018 müsse daher die Formulierung „nahe am Ende des Geschäftstages“ nach luxemburgischem Recht beurteilt werden. In Luxemburg sei dieser Cut-Off-Zeitpunkt weder ungewöhnlich noch nachteilig, weshalb der Kunde damit rechnen müsse. Auch der Verweis auf die OGH-Entscheidung sei unpassend, da diese eine österreichische Bank mit österreichischem Filialnetz betreffe.

Zuletzt argumentierte die Beklagte, dass mit der Kreditkarte der Beklagten keine Überweisungen möglich seien, weshalb der Cut-Off-Zeitpunkt irrelevant sei.

Rechtlich folgt, dass der Geschäftstag nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, da einerseits eine Rechtswahl zugunsten des österreichischen Rechts getroffen wurde und andererseits die Bestimmung des § 72 Abs 3 ZaDiG (ehem. § 38 Abs 3 ZaDiG) auch für die Beklagte gilt, da es bei der Anwendung dieser Bestimmung nicht auf das Vorhandensein oder Fehlen eines Filialnetzes ankommt (OGH 4 Ob 58/18k).

Der Cut-Off-Zeitpunkt darf aber laut OGH keinesfalls willkürlich festgesetzt werden, sondern muss tatsächlich „nahe dem Ende des Geschäftstages“ liegen. (OGH 1 Ob 244/11f) Ein Cut-Off-Zeitpunkt von 12.00 liegt definitiv nicht nahe am Ende des Geschäftstages. Da der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 4 Ob 58/18k einen Cut-Off-Zeitpunkt von 14:00 für unzulässig erklärte, gilt dies erst Recht für einen Cut-Off-Zeitpunkt von 12:00.

Daher verstößt die Bestimmung gegen § 72 Abs 3 ZaDiG (ehem. § 38 Abs 2 ZaDiG) und ist unzulässig.

9. (12.) Wir haften gem § 46 ZaDiG insbesondere für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorganges bis zum Eingang des Betrages, der Gegenstand des Zahlungsvorganges ist, beim Zahlungsdienstleister in der Regel dem Kreditinstitut) des Empfängers.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass diese Klausel auf § 46 ZaDiG (aF) verweise, weswegen die geltende Rechtslage falsch dargestellt werde und somit Intransparenz gem § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Es sei auch irrelevant, dass die Klausel allenfalls der alten Fassung des ZaDiG entspreche, da sie die geltende Rechtslage verschleierte und den Konsumenten davon abhalte seine Rechte durchzusetzen.

Die Beklagte bringt vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin unrichtig sei, denn der Inhalt der Klausel entspreche auch weiterhin dem Gesetz und könne daher nicht intransparent sein.

Rechtlich folgt daraus:

Ganz allgemein gilt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen das Vereinbarte klar und verständlich mitzuteilen haben, wobei auch Verweise auf gesetzliche Bestimmungen erlaubt und unproblematisch sind, zumal sie den Verbraucher auch über die relevanten Bestimmungen aufklären können. AGB müssen also so formuliert sein, dass der Verbraucher durch ihre Lektüre eine klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (vergl. *Apathy* in Schwimann/Kodek (Hrsg) ABGB Praxiskommentar § 6 KSchG Rz 84f). Es ist damit ein Verweis auf die alte Rechtslage in einer einer Bestimmung irreführend, wenn sie mit

dem Inhalt der verweisenden Klausel nicht in Einklang gebracht werden kann. Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen widersprechen dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann und davon abgehalten werden kann, seine Rechte durchzusetzen. ((OGH 10 Ob 60/17x; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007/1450 (*Rummel*)).

Daher entspricht die inkriminierte Klausel nicht dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

10. (12.) Unsere Haftung für einen wegen nicht erfolgter oder fehlerhafter Ausführung eines Zahlungsauftrags entstandenen Schadens, der nicht bereits von § 46 ZaDiG erfasst ist, ist auf € 12.500 beschränkt; dies gilt nicht für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, den Zinsschaden und Gefahren, die wir besonders übernommen haben.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass es sich hierbei um eine unzulässige betragsmäßige Haftungsbeschränkung gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG handle. Auch verstoße die gegenständliche Klausel gegen die Haftungsbestimmungen aus den §§ 67 und 68 ZaDiG 2018, wobei auch offenbleibe welchen Anwendungsbereich außerhalb des § 46 ZaDiG (aF) diese weite Klausel habe, da aufgrund des Wortlauts unklar sei, welche Tragweite die Klausel habe. Vor allem die Formulierung der „Gefahren, die wir besonders übernommen haben“ sei intransparent. Daher sei die Klausel als intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG einzustufen.

Die Beklagte bringt hierzu vor, dass die Ausführungen der Klägerin auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, da sich die Klausel auf Fälle beziehe, die eben nicht vom ZaDiG 2018 umfasst seien und daher die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit beschränkt werden könne. Außerdem sei die Klausel nicht intransparent, da sie die klar und deutlich aufliste wann die Haftungsbeschränkung nicht zur Anwendung komme. Auch die Gefahren seien klar, da die Klausel lediglich zeige, dass die Beklagte in besonderen Fällen bestimmte Gefahren, welche nicht im ZaDiG 2018 geregelt sind übernehme und entsprechend vereinbare.

Der Klägerin ist dahingehend zuzustimmen, dass eine betragsmäßige Haftungsbeschränkung gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstößt (vergl. *Kronthaler* in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg) *GeKo Wohnrecht II* § 6 KSchG Rz 171 und *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg) *ABGB Praxiskommentar* § 6 KSchG Rz 43; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle KSchG⁴ (2015)* § 6, Rz 51). Damit verstößt diese Bestimmung gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Außerdem findet sich ebenso wie in der vorherigen Klausel ein Verweis auf die veralteten Haftungsbestimmungen des ZaDiG. Diesbezüglich kann auf die diesbezüglichen obigen Ausführungen verwiesen werden. Durch die weite und unklare Formulierung, welche

Haftungen beschränkt werden sollen, verstößt die gegenständliche Klausel auch gegen das Transparenzgebot aus § 6 Abs 3 KSchG. Es ist einerseits unklar welche Haftungen es außerhalb des ZaDiG für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführungen eines Zahlungsauftrags gibt und andererseits konnte bzw hat die Beklagte keine auch keine Beispiele bzw Fälle dafür genannt, weshalb diese Klausel intransparent ist. Für den Verbraucher besteht im Zweifelsfall das Problem nicht zu wissen, ob in seinem Fall eine derartige „bestimmte Gefahr“ oder ein „besonderer Fall“ iSd Klausel vorliegt, oder nicht.

Die Klausel ist daher insgesamt intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

11. Fremdwährungsumrechnung: Kartentransaktionen, die nicht in Euro erfolgen, werden zu den von MasterCard International täglich festgesetzten Wechselkursen umgerechnet. Der Fremdwährungsumsatz, der Euro-Betrag und der sich draus ergebende Kurs werden Ihnen auf der monatlichen Rechnung mitgeteilt. Dieser Kurs stellt zugleich den Referenzwechselkurs dar. Die Umrechnung findet an dem Tag statt, an dem die Belastung von der Kartenakzeptanzstelle, bei der der Umsatz getätigt wurde, bei MasterCard eingereicht wurde. Dieser Tag kann von dem Tag abweichen, an dem die Transaktion getätigt wurde. Änderungen der von MasterCard festgesetzten Wechselkurse werden unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung wirksam und sind im Internet unter <https://www.mastercard.com/global/currencyconversion/> abrufbar).

Hierzu brachte die Klägerin vor, dass die Klausel gegen § 50 ZaDiG 2018 verstoße. (ehem. § 29 ZaDiG). Zwar könnten Änderungen der Zinssätze und Wechselkurse unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden, wenn dies im Rahmenvertrag entsprechend vereinbart worden sei und die Änderungen auf den gem § 48 Abs 1 Z 3 lit b und c ZaDiG 2018 vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhten. Aus § 48 Abs 1 Z 3 ZaDiG ergebe sich die Informationsverpflichtung des Zahlungsdienstleisters hinsichtlich der Wechselkurse und Referenzzinssätze. Bei Referenzwechselkursen haben der Stichtag, der Index sowie dessen Bestimmunggrundlage angegeben zu werden. Werde die Basis zur Wechselkursbildung nicht offengelegt, so sei die Referenzwechselkursberechnung nicht überprüfbar oder nachvollziehbar und die Klausel daher unzulässig. Derartige Klauseln seien vor allem dann unzulässig, wenn ein Referenzwechselkurs oder der Index bzw dessen Grundlage für die Bestimmung nicht angegeben werde. In der inkriminierten Klausel würden die Grundlagen für die Wechselkursbildung nicht offengelegt, weshalb diese unzulässig sei. Weiters fehle die Nennung eines Stichtags für die Umrechnung, womit der abschließenden Regelung über die Fremdwährungstransaktion nicht genüge getan werde. Zuletzt sei es auch - entgegen der Ansicht der Beklagten- irrelevant, dass die Beklagte den Wechselkurs gar nicht selbst bilde. Nichtsdestotrotz müsse die Beklagte die Basis zur Wechselkursbildung offenlegen bzw. entsprechende Informationen betreffend die Berechnung der Referenzwechselkurse und deren Grundsätze zur Verfügung stellen. Dies schon deshalb, weil die einschlägigen Bestimmungen des ZaDiG 2018 (§ 48 Abs. 1 Z 3 und § 50 Abs. 2 und 3

ZaDiG 2018) nicht darauf abstellten, ob der Zahlungsdienstleister den Wechselkurs selbst bilde, oder sich an einen von einem Dritten gebildeten Wechselkurs halte.

Die Beklagte bestritt und brachte dazu vor, dass sie den Wechselkurs nicht selbst bilde, sondern sich an den von Mastercard gebildeten Wechselkurs halte, ohne selbst einen solchen zu bilden. Da die Beklagte daher den Wechselkurs gar nicht selbst bilde, können sie die Wechselkurse auch nicht in den Geschäftsbedingungen regeln. Vielmehr sei dieser herangezogene Wechselkurs, der gemäß § 4 Z 25 ZaDiG 2018 aus einer öffentlich-zugänglichen Quelle stamme, mit einem öffentlich-zugänglichen Index vergleichbar und entspreche somit den Anforderungen des § 48 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG 2018. Eine Angabe über die Methoden für die Berechnung und den Index oder die Grundlage für die Bestimmung des Referenzzinssatzes sei daher gar nicht notwendig. Auch erfolge die Umrechnung zu dem Wechselkurs, der am Tag der jeweiligen Transaktion bestanden habe. Damit sei entgegen der Meinung der Klägerin ein genauer Stichtag für die Umrechnung gegeben.

Rechtlich folgt:

Nach § 29 Abs 2 ZaDiG aF können Änderungen der Wechselkurse unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die Änderungen auf den gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit b und lit c vereinbarten Referenzwechselkursen beruhen. Nach § 29 Abs 3 ZaDiG aF sind die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse unbeschadet des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden.

Nach der Rechtsprechung verstößt eine Klausel gegen § 50 Abs 3 ZaDiG 2018 (ehem. § 29 Abs 3 ZaDiG), die keinen Referenzwechselkurs nennt und auch den Index oder die Grundlage für dessen Bestimmung nicht angibt (RIS-Justiz RS0129620). Für Referenzwechselkurse wird die Darlegung der Berechnungsmethoden zwar nicht explizit gefordert, aber es verlangen sowohl § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG aF als auch Art 42 Z 3 lit b ZaDi-RL, dass neben dem maßgeblichen Stichtag und dem Index auch die Grundlage für die Bestimmung des Referenzwechselkurses mitgeteilt wird (vergl. 9 Ob 31/15x; 9 Ob 26/15m). Dies ist unabhängig davon, ob der Zahlungsdienstleister den Referenzwechselkurs eines Dritten heranzieht.

Ohne Darlegung der für die Änderung maßgeblichen Umstände könnte die Klausel dahingehend verstanden werden, dass der Beklagten eine praktisch beliebige Festsetzung der Wechselkurse und damit insbesondere die Lukrierung versteckter Entgelte möglich wäre, die § 6 Abs 1 Z 5 KSchG widerspricht. Eine Offenlegung allfälliger mit der Umrechnung in Fremdwährungen verbundener Entgelte wird – neben dem zugrunde gelegten Wechselkurs –

ausdrücklich in § 36 Abs 2 ZaDiG 2018 verlangt (vergl. OGH in 8 Ob 128/17g).

Aus den genannten Gründen ist diese Klausel daher unzulässig.

12. Einzelne Vertragsunternehmen können selbstständig ein Entgelt für die Verwendung von Kreditkarten verrechnen.

Die Klägerin bringt vor, dass die gegenständliche Klausel suggeriere, dass es zulässig wäre ein Entgelt für die Verwendung von Kreditkarten zu verrechnen. § 56 Abs 3 ZaDiG 2018 sehe jedoch vor, dass es dem Zahlungsempfänger nicht erlaubt sei, für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu erheben, wovon auch die Zahlung mit Kreditkarte erfasst sei. Die Klausel stelle also bereits die Rechtslage falsch dar und führe somit zur Intransparenz gem § 6 Abs 3 KSchG, da dem Verbraucher ein unrichtiges Bild seiner ihm zustehenden Rechte und Ansprüche vermittelt werde.

Die Klausel suggeriere jedoch, dass es zulässig wäre, ein Entgelt für die Verwendung von Kreditkarten zu verrechnen. Dies insbesondere durch die Formulierung „[...] Vertragsunternehmen können [...] Entgelt [...] verrechnen“. Der Terminus „können“ suggeriere den Kunden aber ein rechtlich zulässiges Verrechnen, wodurch Verbraucher von der Durchsetzung ihrer Rechte abgehalten werden können.

Die Beklagte bringt hierzu vor, dass der Verweis auf mögliche zusätzliche Kosten, die durch von dritten Vertragspartnern festgesetzte Entgelte entstehen können, nach dem Wortlaut der Geschäftsbedingungen offensichtlich nur als Hinweis an den Kunden zu verstehen sei, sich im Vorfeld selbst bei Kartennutzung über mögliche Zusatzkosten, die Dritte in Rechnung stellen würden, zu informieren. Ob die Verrechnung solcher zusätzlichen Entgelte rechtmäßig sei, könne aber von der Beklagten weder geprüft noch beurteilt werden, zumal die Karte in verschiedenen Ländern genutzt werden könne.

Rechtlich folgt daraus:

Die Beklagte argumentierte, dass bei diesem Hinweis Dritte gemeint sind, wobei der Wortlaut der Klausel, explizit von „Vertragsunternehmen“ spricht, das heißt der Argumentation der Beklagten ist bereits der Wortlaut der Klausel entgegenzuhalten. Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung ermöglicht die Klausel Vertragsunternehmen der Bank Entgelte für die Verwendung der Kreditkarte zu verrechnen. Hingegen sieht § 56 Abs 3 ZaDiG ein ausdrückliches Verbot vor, für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments ein Entgelt zu erheben.

Der beklagten Partei ist im Sinne der „kundenfeindlichsten“ Auslegung entgegen zu halten, dass es ihr jedenfalls zumutbar ist, ihre AGB so zu formulieren, dass ihre AGB, die ihren Kunden nach dem Gesetz (insbesondere § 56 Abs 3 ZaDiG 2018) zustehenden Rechte richtig darstellen bzw. diese nicht verschleiert.

Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (vergl. OGH 10 Ob 60/17x; OGH 4 Ob 221/06p = ÖBA 2007/1450 (*Rummel*)). Da die Beklagte in dieser Bestimmung die Rechtslage unrichtig darstellt, entspricht die inkriminierte Klausel nicht dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

13. (17) Änderungen werden Ihnen spätestens zwei Monate vor dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens per E-Mail vorgeschlagen (insbesondere auch gemeinsam mit dem monatlichen Rechnungsabschluss) und sind des Weiteren unter www.free.at einzusehen.

Hierzu bringt die Kklägerin die gleichen Argumente wie zu Klausel 4 vor, weshalb an dieser Stelle darauf verwiesen wird.

Die Beklagte verweist hier ebenfalls auf die Ausführungen zu Klausel 4, weshalb an dieser Stelle darauf verwiesen wird.

Der Klägerin ist darin zu folgen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig ist, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (vergl. OGH 11.04.2013, 1 Ob 210/12g; OGH 27.05.2015, 8 Ob 58/14v; OGH 25.04.2018, 9 Ob 11/18k). Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung ermöglicht die Klausel der Bank, insb. auch Entgelte und Leistungsumfang ohne jede inhaltliche Schranke im Wege einer Zustimmungsfiktion zu ändern. Die vorliegende Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG (vergl. 8 Ob 58/14h), weil sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulässt. Welche Inhalte die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibt völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der AGB.

Auf § 879 Abs 3 ABGB muss daher nicht mehr eingegangen werden.

14. (20) Wir erheben, verarbeiten und speichern personenbezogene Daten in Bezug auf unsere Kunden gemäß Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. April 2016 (die „Datenschutz-Grundverordnung“) und auch gemäß jeglicher ergänzender oder sonstiger für uns geltenden Gesetze und Verordnung in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass diese Klausel keine gültige Datenschutzeinwilligung iSd DSGVO darstelle. Die Datenschutzklausel befinde sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Jedoch müssen gem Art 12 Abs 1 DSGVO die Informationen gem Art 13 DSGVO in einer klaren und einfachen Sprache übermittelt werden, wobei die Aufnahme in AGB dazu nicht ausreiche. Es liege somit ein Verstoß gegen die Transparenzanforderungen gem Art 12 DSGVO vor, da die Informationserteilung für die Datenverarbeitung gerade nicht in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache erfolge.

Zudem sei unklar, welche konkreten personenbezogenen Daten verarbeitet würden. Gem Art 5 Abs 1 lit a DSGVO müssten personenbezogene Daten jedoch in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden. Die Klausel verstoße somit auch gegen Art 5 Abs 1 lit a DSGVO, weil es durch die Klauselformulierung gerade nicht zu einer Datenverarbeitung auf rechtmäßige und nachvollziehbare Weise komme.

Zuletzt befinde sich in dem Absatz, in dem sich die gegenständliche Klausel befindet, noch ein Verweis auf die Datenschutzerklärung, „die zu Beginn der Vertragsbeziehung zur Verfügung gestellt wird.“ Jedoch befinde sich kein Hinweis auf die Widerrufsmöglichkeit gem Art 7 Abs 3 und Art 21 DSGVO. Die Klausel führe dazu, dass der Verbraucher von der Ausübung seiner Rechte abgehalten werde und sei sie daher intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG. Zudem sei ein „zur Verfügung stellen“ nicht ausreichend, da dadurch keine Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten erfolge. Zudem verstoße es gegen Art 5 Abs 1 lit a DSGVO, wenn der Verbraucher die relevanten Informationen in der Datenschutzerklärung „zusammensuchen“ müsse.

Die Klausel sei aber bereits schon deswegen als unzulässig, weil sie als intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG anzusehen sei, da nicht nur auf eine Datenverarbeitung gem DSGVO, sondern auch auf eine solche „gemäß jeglicher ergänzender oder sonstiger für uns geltenden Gesetze und Verordnungen“ verwiesen werde. Welche weiteren Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung noch in Frage kämen, sei für den typischen Verbraucher nicht zu errahnen, die Klausel sei daher zu unklar und folglich intransparent.

Weiters sei die Klausel auch intransparent, da die auf eine Datenschutzerklärung im Internet verweise, wobei dort mehrere Dokumente zum Thema „Privacy Policy“ abrufbar seien. Somit bleibe weiters unklar, ob es sich bei diesen Datenschutzhinweisen auf der Homepage nun um die „Datenschutzerklärung“ handle, auf welche die gegenständliche Klausel verweise.

Außerdem gäbe es beim Kartenantrag keinen Verweis auf die Datenschutzerklärung.

Die Beklagte bringt dazu vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin unrichtig sei, da es eine separate Datenschutzerklärung gäbe, die der Kunde bei Vertragsabschluss erhalte, in der auch der Widerrufshinweis zu finden sei. Zudem seien in dieser Erklärung auch die personenbezogenen Daten und die Verarbeitung näher erläutert. Daher sei der Kunde ausreichend aufgeklärt iSd DSGVO.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist aus dem Wortlaut der Klausel zu schließen, dass der Kunde bei Vertragsabschluss eine Datenschutzerklärung ausgehändigt bekommt. Der Klägerin ist aber zuzustimmen, dass aus dem der Wortlaut „zur Verfügung gestellt“ keine Einwilligung folgen kann und dies auch kein Nachweis dafür ist, dass der Verbraucher diese auch tatsächlich erhält. Durch diese Klausel wird die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten umgangen ohne alle Bestimmungen der DSGVO einzuhalten. Eine solche „Koppelungsklausel“ hat der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung zu 6 Ob 140/18h für unzulässig erklärt.

Zudem ist die Klausel intransparent gem § 6 Abs 3 KSchG, da der Verbraucher bei der „kundenfeindlichsten“ Auslegung nicht darüber im klaren sein kann welche „gemäß jeglicher ergänzender oder sonstiger für uns geltenden Gesetze und Verordnungen“ Datenverarbeitungen gemeint sein können. Welche weiteren Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung noch in Frage kommen ist für den typischen Verbraucher nicht zu erahnen, die Klausel daher zu unklar und daher intransparent.

15. Die Art und Weise in der wir personenbezogene Daten verarbeiten könnte sich ändern. Sofern wir aufgrund dieser Änderungen gehalten sind die Datenschutzerklärung zu aktualisieren, werden wir Ihnen dies beispielsweise per E-Mail, Brief oder einem Hyperlink zu unserer Website, zur Kenntnis bringen. Die neueste Fassung der Datenschutzerklärung ist verfügbar unter www.free.at.

Hierzu bringt die Klägerin vor, dass sich das Unternehmen mit der gegenständlichen Klausel vorbehalte, die Datenschutzerklärungen einseitig ändern zu können, wobei dies via Mail, Brief oder sogar nur Link auf die Homepage geschehen könne. Dies verstoße gegen Art 7,12,13 und 21 DSGVO.

Da es sich um einen dynamischen Verweis handle sei die Klausel auch gem § 6 Abs 3 KSchG intransparent, weil der Verbraucher nicht genau eruieren könne, welche Fassung der Datenschutzerklärung nun überhaupt gültig wäre.

Zudem sei auf der Hauptseite des Unternehmers die Datenschutzerklärung schwer zu finden, da auf der Unterseite „Privacy Policy“ mehrere Dokumente abrufbar seien und diese auch

ähnliche Überschriften haben, womit dem Verbraucher unklar sei, welches Dokument die Datenschutzbestimmung sei.

Außerdem widerspreche die Formulierung „werden wir Ihnen dies beispielsweise per E-Mail, Brief oder einem Hyperlink zu unserer Website, zur Kenntnis bringen“ auch den Transparenzpflichten gem Art 5 Abs 1 lit a DSGVO iVm Art 12 DSGVO, weil offen bleibe auf welche Art der Kommunikation die Änderung tatsächlich mitgeteilt werde.

Zuletzt verstoße die Klausel gegen Art 13 DSGVO, da die Informationen gem Art 13 Abs 2 DSGVO im Falle einer Änderung der Datenschutzerklärung aufgrund zB einer Zweckänderung der Information abermals zu erteilen seien.

Die Beklagte bringt vor, dass die Rechtsansicht der Klägerin unrichtig sei, da in den Geschäftsbedingungen gemachten Angaben zur DSGVO und der damit verbundene notwendige Datenschutzhinweis lediglich als Information an den Kunden gedacht seien, um ihn über die DSGVO zu informieren. Änderungen seien dem Kunden aber aktiv mitzuteilen. Aus diesem Grund sei die Klausel daher zulässig.

Im Sinne der „kundenfeindlichsten“ Auslegung ist die gegenständliche Klausel, so zu verstehen, dass die Beklagte die Datenschutzerklärung auf möglichst einfache Art und Weise ändern möchte. Nach dem Wortlaut behält sich die Beklagte ein Änderungsrecht vor. Daher verstößt die Bestimmung gegen Art 7,12,13 und 21 DSGVO.

Zudem handelt es sich um einen dynamischen Verweis, da der Kunde nicht ermitteln kann, welche Fassung der Datenschutzerklärung für ihn gültig ist. Solch ein dynamischer Verweis ist intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG weshalb die inkriminierte Klausel unzulässig ist.

Zur Angemessenheit der Leistungsfrist

Die Bestimmung des § 409 ZPO ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden. Die urteilsmäßige Verpflichtung zu einer reinen Unterlassung – also nicht zu einer Unterlassung, die auch ein positives Tun, wie etwa eine Beseitigung, umfasst – tritt daher sofort mit der Wirksamkeit des Urteiles (§ 416 ZPO) ein (RIS-Justiz RS0041265).

Die Verpflichtung, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ändern, stellt nach gefestigter Rechtsprechung keine reine Unterlassung dar, sodass gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen ist, dab ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Klauseln geändert werden müssen, auch hier entsprechend die website angepasst werden muss und den offenkundig unternehmensinternen erforderlichen Prozess und der erforderlichen Systemanpassung. Die Beklagte erklärt selbst eine Frist von 6 Monaten dafür zu benötigen. Die Angemessenheit der Dauer der Leistungsfrist von sechs Monaten,

erscheint in Anbetracht der Größe und der Aufstellung der Beklagten in mehreren Ländern als angebracht.

Zur Wiederholungsgefahr und dem Anspruch auf Urteilsveröffentlichung

Die Beklagte verwendet die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass Wiederholungsgefahr besteht. Es wurde von der Beklagten auch keine strafbewehrte Unterlassungserklärung iSd § 28 Abs 2 KSchG abgegeben. Gibt der Verwender der Klauseln keine oder nur eine unzureichende Unterlassungserklärung ab, wird dies im Allgemeinen das Vorliegen der Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indizieren (RV zur KSchG-Novelle 1996, 31). Dabei hilft es – entgegen der Ansicht der Beklagten – auch nicht, wenn sie ausführt, sie habe ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Stand 12/2018 (AGB), welche mit 1.3.2019 in Kraft gesetzt worden seien und ab diesem Zeitpunkt ausschließlich zur Anwendung kämen, worüber die Kunden bereits am 17.12.2018 informiert worden seien, geändert. Denn kommen die die alten Geschäftsbedingungen auf bis dahin abgeschlossene Verträge und bis dahin verwirklichte Sachverhalte zur Anwendung. Auch ist es nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte ihre AGB wiederum ändert. Es kann nicht sein, dass der Verwender von unzulässigen Klauseln deren Unzulässigkeit bestreitet, sich aber gleichzeitig darauf beruft, er habe eh die AGB bzw Klauseln schon geändert, sodass die Wiederholungsgefahr und der Unterlassungsanspruch weggefallen sei, ohne jedoch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben zu haben. Damit würde das „Klauselverfahren“ ad absurdum geführt, zumal der Bestreitende „straflos“ seine Bedingungen diesfalls wieder sogar auf die gesetzwidrige Version ändern könnte

Die Verbraucher als Gesamtheit haben ein Recht, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte von der Beklagten in deren Geschäftsverkehr verwendete Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind. Es besteht somit ein berechtigtes Interesse gemäß § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG an der Urteilsveröffentlichung durch die Klägerin. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es grundsätzlich eine Breitenwirkung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs zu ermöglichen und die Verbraucher auf diesem Weg über die Rechtslage aufzuklären. Der Anspruch auf Urteilsveröffentlichung besteht zu Recht, zumal auch wenn die Beklagte vermeint, die individuelle Verständig sei ausreichend. Zum einen ist weder sichergestellt, dass diese tatsächlich erfolgt, jeder Kund wird für die beklagte Partei nicht erreichbar sein, es wird zahlreiche Kunden oder auch zahlreiche ehemalige Kunden geben, die weder eine aufrechte Mail-Adresse, noch eine aktuelle Postadresse haben, auch besonders betreffend ehemaligen Kunden, die nun nicht mehr Kunden der Beklagten sind, möglicherweise aber noch Ansprüche aus der Anwendung unzulässiger Klauseln auf ihren Vertrag haben könnten.

Die Beklagte hat derzeit 160 Mitarbeiter. Sie ist in Deutschland, Luxemburg, Frankreich, Österreich und Spanien tätig. Ihr Kreditkartengeschäft umfasst 1,4 Millionen Kunden europaweit. In Österreich hat die Beklagte 76.000 Kunden. Die Banklizenz wurde im Dezember 2005 erteilt und damit erfolgte die rechtskräftige Gründung, die Zulassung für den Österreichischen Markt erfolgte später (eigene Angaben der Beklagten in ON14, VH 6.3.2019)

Die Auswahl des zur Urteilsveröffentlichung bestimmten Mediums hat sich grundsätzlich nach dem Verbreitungsmaßstab der inkriminierten Veröffentlichung zu bemessen. Die inkriminierte Klausel wurde von der Beklagten auf der Website <https://www.free.at/>, veröffentlicht. Die Beklagte verkennt, dass grundsätzlich die Verbraucher als Gesamtheit ein Recht darauf haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte von der Beklagten in deren Geschäftsverkehr verwendete Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind. Es besteht ein berechtigtes Interesse gemäß § 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG an der Urteilsveröffentlichung durch den Kläger. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es grundsätzlich eine Breitenwirkung des klagsstattgebenden Urteilsspruchs zu ermöglichen und die Verbraucher auf diesem Weg über die Rechtslage aufzuklären. Die Beklagte ist eine in Luxemburg protokollierte Bank die Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet anbietet. Die Beklagte bietet ihre Leistungen über das Internet an. Es ist aber davon auszugehen, dass nicht alle aktuelle wie ehemaligen Kunden der Beklagten, die ein objektives Interesse an der Information über deren bedenkliche Geschäftspraktiken bei Vertragsabschlüssen haben, neuerlich die Website <https://www.free.at/>, aufrufen werden bzw. eine noch aktuelle Post- bzw e-mail-Adresse bei der Beklagten hinterlegt haben. Auch hat die Beklagte nach eigenen Angaben zumindest 76.000 Kunden allein in Österreich. Eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben, vielmehr hat sie Unzulässigkeit der beanstandeten Klauseln bestritten. Der Klägerin ist darin zu folgen, dass grundsätzlich eine Interessenabwägung stattfinden muss und eine Veröffentlichung in einer Samstagausgabe der bundesweit erscheinenden Kronen-Zeitung angemessen erscheint. Die Veröffentlichung in der Kronenzeitung ist in Hinblick auf den hier schwer wiegenden Verbraucherschutz als verhältnismäßig anzusehen. Da die Interessen an einer umfassenden und funktionierenden Aufklärung des Verbrauchers in diesem Fall überwiegen, ist eine alleinige Veröffentlichung in Form von persönlicher Verständigung der Kunden, die jedenfalls auch nicht durchgehend greifen wird oder nur auf der Website der Beklagten auch nicht als ausreichend anzusehen.

Zur Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO. Einwendungen gegen die Kostennote wurden nicht erhoben.

Handelsgericht, Abteilung 53
Wien, 26. September 2019
Mag. Christiane Kaiser, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG