



TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn sowie die Hofrätin Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, 1010 Wien, Georg-Coch-Platz 2, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Revisionsinteresse 32.950 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 11. April 2014, GZ 1 R 5/14h-14, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Oktober 2013, GZ 11 Cg 65/13s-6, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert sowie das Ergänzungsurteil des Handelsgerichts Wien vom 19. November 2013, GZ 11 Cg 65/13s-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden in den Punkten A 1. bis 7. und 9. (Klauseln 1 bis 7 und 9), B und C des erstgerichtlichen Urteils sowie in seiner Ergänzung dahin teilweise abgeändert, dass die Entscheidung unter Einschluss des bereits rechtskräftig erledigten Anspruchs als Teilurteil zu lauten hat:

„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

a) Die PIN ist vom Kunden regelmäßig, jedoch spätestens jeweils nach Ablauf von zwei Monaten, selbstständig zu ändern, sofern der Kunde BAWAG P.S.K. eBanking per Internet nutzt.

b) Der Kunde darf seine persönlichen Identifikationsmerkmale und TANs nicht auf anderen Webseiten Dritter eingeben; dies gilt insbesondere dann, wenn sich diese unter Verwendung der vom Kunden angegebenen Daten Zugang in das BAWAG P.S.K. eBanking des Kunden verschaffen können.

c) Der Kunde hat regelmäßig, mindestens einmal pro Monat, alle im Wege des eBankings zugegangenen Mitteilungen und Erklärungen der BAWAG P.S.K. abzurufen.

d) Bei der Nutzung von BAWAG P.S.K. eBanking per APP ist der Kunde zudem verpflichtet, ein Sicherheitsmuster zu definieren, welches, wenn die APP im eingeloggten Zustand verlassen wird, für den neuerlichen Zugang einzugeben ist. Bei Nutzung von BAWAG P.S.K. eBanking per APP ist der Kunde verpflichtet, seine APP sowie das Betriebssystem seines mobilen Endgerätes immer auf dem neuesten Stand (Version) zu halten.

e) Weichen die Daten in der SMS vom beabsichtigten Auftrag bzw. von der beabsichtigten rechtsverbindlichen Willenserklärung ab, hat der Kunde dies unverzüglich der Bank unter der Telefonnummer +43 (0) 5 99 05 995 mitzuteilen.

f) Haftet die Bank für Schäden, die einem Kunden durch einen Fehler in den Einrichtungen der Bank zur automatisierten Datenverarbeitung verursacht wurden, ohne

dass ein von der Bank zu vertretendes Verschulden vorliegt, so ist diese Haftung pro schädigendem Ereignis gegenüber jedem einzelnen Kunden auf höchstens EUR 10.000,-- und insgesamt gegenüber allen Kunden auf höchstens EUR 1.000.000,-- beschränkt. Übersteigt der Gesamtschaden die Höchstgrenze, so verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilmäßig.

Der Austausch von Daten erfolgt über private Netzwerkanbieter. Für die dem Kunden infolge von Übermittlungsfehlern, technischen Mängeln, Leitungsunterbrechungen, Verspätungen, Störungen oder rechtswidrigen Eingriffen in Einrichtungen privater Netzwerkanbieter entstehenden Schäden und/oder entgangenen Gewinn ist jede Haftung der Bank ausgeschlossen.

Für den aus Übermittlungsfehlern, Irrtümern, Unterbrechungen, Verspätungen, Auslassungen oder Störungen irgendwelcher Art sowie aus - auch rechtswidrigen - Eingriffen in technische Einrichtungen der Bank oder ins übrige System entstehende Schäden haftet die Bank nicht, es sei denn, sie hat den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, und auch dann nur in dem Maße, in dem sie im Verhältnis zu anderen Ursachen an der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.

g) Eine Änderung der gegenständlichen Bedingungen muss zwischen der Bank und dem Kunden vereinbart werden. Dies erfolgt durch ein Anbot der Bank an den Kunden und durch die Nichterhebung eines Widerspruches durch diesen, wobei folgende Form eingehalten werden muss: Das Angebot über die Änderung der Bedingungen erlangt nach Ablauf des zweiten Monats ab Erhalt des Angebotes Rechtsgültigkeit, sofern nicht bis zum

Ablauf des zweiten Monates ab Erhalt des Angebotes ein schriftlicher Widerspruch des Kunden bei der Bank einlangt.

Das Angebot an den Kunden kann in jeder Form (Brief, Kontoauszug oder dauerhafter Datenträger bzw durch Einstellen einer elektronischen Nachricht in das ePostfach) erfolgen, die mit ihm im Rahmen der Geschäftsverbindung vereinbart worden ist. Eine mit dem Kunden getroffene Vereinbarung über den Zugang von Erklärungen oder Verständigungen der Bank gilt auch für das Angebot über Änderungen der Bedingungen. Die Bank wird dem Kunden in dem Angebot über die Tatsache der Änderung der Bedingungen aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf von zwei Monaten ab Erhalt des Angebotes als Zustimmung zur Änderung gilt und der Kunde das Recht hat, die Vereinbarung zur Teilnahme am BAWAG P.S.K. eBanking vor Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen;

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;

B. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei 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:

a) Die Bank hat darüber hinaus das Recht, die Vereinbarung über die Teilnahme am eBanking jederzeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit sofortiger Wirkung schriftlich zu kündigen.

b) Nach erfolgter Auftragsfreigabe ist die SMS, mit welcher dem Kunden die mobile TAN mitgeteilt wurde,

umgehend zu löschen.

c) Für allfällige Schäden, die im Zusammenhang mit der Hard- oder Software des Kunden oder durch das Nichtzustandekommen des Verbindungsaufbaues mit dem Rechenzentrum der Bank entstehen können, haftet die Bank nur, wenn sie diese Schäden schuldhaft verursacht hat;

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

C. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruches mit Ausnahme der Kostenentscheidung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der 'Kronen Zeitung', bundesweite 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.

Das Begehren der beklagten Partei, ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsabweisenden Teil des Urteilspruches auf Kosten der klagenden Partei zu veröffentlichen, wird abgewiesen.“

D. Die Entscheidung über das Mehrbegehren (Punkt A. 8. des Ersturteils, „Klausel 9“) sowie die Kostenentscheidung bleiben der Endentscheidung vorbehalten.

II. den Beschluss gefasst:

Das Revisionsverfahren wird im Umfang des Punktes A. 8. der erstgerichtlichen Entscheidung (Klausel 8)

bis zum Einlangen der mit gesondert ausgefertigtem Beschluss eingeholten Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

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

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG klageberechtigter Verband.

Die Beklagte betreibt bundesweit das Bankgeschäft und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern allgemeine Geschäftsbedingungen für die „Teilnahme am eBanking“, die in ihrer Fassung Februar 2013 unter anderem die hier strittigen Klauseln enthalten.

Ihr genauer Inhalt, das nähere Parteinvorbringen und die Rechtsansicht der Vorinstanzen werden der besseren Übersicht wegen bei der Behandlung der jeweiligen Klausel wiedergegeben.

Der Kläger beehrte, der Beklagten die Verwendung dieser oder sinngleicher Klauseln und die Berufung darauf zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) und die guten Sitten; einige seien nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte wandte ein, die beanstandeten Klauseln seien ausreichend klar formuliert, nicht gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten im Einklang. Sie beantragte, ihr die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils des Urteilsspruchs zu erteilen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 1 bis 7, 9 und 10 statt und

ermächtigte die Klägerin insoweit zur Urteilsveröffentlichung. Das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Klausel 8 wies es ebenso ab wie (mit Ergänzungsurteil) das Veröffentlichungsbegehren der Beklagten.

Das Berufungsgericht verwarf die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit und gab dem Rechtsmittel der Klägerin nicht, jenem der Beklagten nur teilweise, nämlich in Ansehung der Leistungsfrist für die Unterlassungsverpflichtung, Folge.

Im Rahmen der Verbandsklage habe die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen, eine geltungserhaltende Reduktion sei nicht möglich. Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB gehe der Inhaltskontrolle vor. Eine Klausel sei objektiv ungewöhnlich, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweiche, sodass er nach den Umständen vernünftigerweise damit nicht zu rechnen brauche und ihr ein „Überrumpelungseffekt“ innewohne; auf eine grobe Benachteiligung komme es insoweit nicht an. Inhaltliche Nichtigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB liege vor, wenn die Klausel unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteilige. Das Verbot wende sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei der Verwendung von AGB und Vertragsformblättern.

Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - sei möglichst eng zu verstehen und solle auf die individuelle, zahlenmäßige

Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, sodass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen. Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränkten, veränderten oder aushöhlten, unterlägen ebenfalls der Inhaltskontrolle.

Nach § 6 Abs 3 KSchG sei eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung schließlich unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst sei. Durch diese Bestimmung werde die Zahlungsdienste-Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses solle dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz sei das Verständnis der für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden.

Die Klauseln 1, 3 und 6 seien im Sinn des § 864a ABGB nachteilig und überraschend. Die Klausel 2 verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel 9 verstoße gegen die zwingende Vorschrift des § 26 Abs 1 Z 1 iVm § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Die Klauseln 4 und 10 seien sowohl intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG als auch gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Letzteres treffe auch auf die Klausel 5 zu. Auch die Klausel 7 sei in mehrfacher Hinsicht intransparent und verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 3 KSchG.

Ein Anspruch auf Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils eines Urteilsspruchs setze ein

berechtigtes Interesse im Sinn des § 25 Abs 2 UWG voraus, das die Beklagte, die nur zu einem geringen Teil obsiegt habe, nicht darlegen könne.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil die vorliegenden Klauseln einen großen Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO darstelle.

Die Revision der Beklagten strebt die Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung sowie die Veröffentlichung des klagsabweisenden Teiles an.

Die Klägerin hat eine Revisionsbeantwortung erstattet.

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht ausgeführten Gründen zulässig. Sie ist teilweise auch berechtigt.

1. Die behaupteten Mängel des Berufungsverfahrens liegen nicht vor.

Die Frage, ob das Berufungsgericht von der Beklagten begehrte Feststellungen unterlassen hat, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich wären, betrifft nicht den Revisionsgrund des § 503 Abs 2 ZPO. Die Geltendmachung „sekundärer“ Feststellungsmängel ist Teil der Rechtsrüge.

Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Einwand, eine für gesetzwidrig erachtete Klausel werde in der Praxis ohnedies anders gehandhabt, im Verbandsprozess unerheblich ist. Wenn nach dem Konzept der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch eine andere Vertragsgestaltung möglich ist, kommt es auf die tatsächliche Geschäftsabwicklung nicht an (RIS-Justiz RS0121943 [T1]). Aus diesem Grund ist die Rechtsansicht des

Berufungsgerichts, dass die (überdies jederzeit einseitig änderbare) Gestaltung und tatsächliche Handhabung der Onlinebanking-Anwendungen der Beklagten für die Auslegung der Klauseln nicht relevant sein kann, nicht zu beanstanden. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klauseln kommt nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0038205).

2. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, von der abzuweichen hier kein Anlass besteht, dass die Auslegung von Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage im „kundenfeindlichsten“, also im für den Verbraucher ungünstigst möglichen Sinn zu erfolgen hat, selbst wenn allenfalls auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar wäre (RIS-Justiz RS0016590; RS0038205 [T4]). Dabei ist entsprechend der Rechtsprechung zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG auf das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden abzustellen (RIS-Justiz RS0126158).

Die Entscheidung des Berufungsgerichts entspricht überwiegend diesen Grundsätzen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die wenigen Ausnahmen werden im Folgenden bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargelegt.

2.1. Klausel 1

„Die PIN ist vom Kunden regelmäßig, jedoch spätestens jeweils nach Ablauf von zwei Monaten, selbstständig zu ändern, sofern der Kunde BAWAG P.S.K. eBanking per Internet nutzt.“

Das Berufungsgericht beurteilte diese Klausel als objektiv ungewöhnlich und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB, weil der durchschnittliche Kunde mit einer Verpflichtung, die ihm zugewiesene PIN eigeninitiativ ändern zu müssen, überdies in so kurzen Abständen, nicht rechnen.

Die Revision führt dagegen ins Treffen, die

regelmäßige Änderung von Passwörtern sei eine allgemein übliche und einem durchschnittlichen Internetnutzer selbstverständliche Sicherheitsmaßnahme und ebenso wie das vorgeschriebene Intervall von zwei Monaten weder ungewöhnlich noch überraschend.

Es trifft zu, dass Sicherheitsaspekten im Bereich des Onlinebankings ganz besondere Bedeutung zukommt, dass der durchschnittliche Internetnutzer sich dessen auch bewusst ist und bei Abschluss eines Onlinebankingvertrags daher mit Verhaltensanweisungen zur Geheimhaltung seiner Zugangsdaten grundsätzlich rechnen muss. Die Vorinstanzen haben dies nicht verkannt. Sie haben die Unzulässigkeit der Klausel nicht schon darin gesehen, dass dem Kunden die regelmäßige Änderung seiner PIN in kurzen Abständen aufgetragen wird, sondern darin, dass er - bei der gebotenen strikten Auslegung - für die regelmäßige Einhaltung dieser Sicherheitsmaßnahme allein verantwortlich ist und die genau vorgegebenen Zeitpunkte des PIN-Wechsels selbst evident halten muss.

Die beanstandete Klausel lässt es zu, den Aufwand für die wünschenswerte regelmäßige Erneuerung der Zugangsdaten ohne erkennbare Notwendigkeit zur Gänze auf den Kunden zu überwälzen, obwohl die technische Sicherheit eines Zahlungsinstruments im Allgemeinen in den Verantwortungsbereich des Anbieters fällt und es der Beklagten durch eine einmalige Anpassung der von ihr zur Verfügung gestellten Software ohne weiteres möglich wäre, automatisch bei Einstieg in das Onlinebanking nach Ablauf von jeweils zwei Monaten eine Änderung der PIN abzuverlangen. Damit erfüllt die beanstandete Klausel jedenfalls das Kriterium der gröblichen Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB (allgemein: RIS-Justiz

RS0127535; RS0126571). Auf eine vom strikten Auslegungsergebnis abweichende Praxis kommt es, wie bereits dargelegt, für die Beurteilung der Klausel nicht an, sodass dahingestellt bleiben kann, ob die Onlinebanking-Webseite der Beklagten in ihrer aktuellen Gestaltung den Kunden möglicherweise Erinnerungshilfen anbietet.

2.2. Klausel 2

„Der Kunde darf seine persönlichen Identifikationsmerkmale und TANs nicht auf anderen Webseiten Dritter eingeben; dies gilt insbesondere dann, wenn sich diese unter Verwendung der vom Kunden angegebenen Daten Zugang in das BAWAG P.S.K. eBanking des Kunden verschaffen können.“

Das Berufungsgericht hat die Klausel 2 als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt, weil sie bei kundenfeindlichster Auslegung auch dann gelte, wenn der Kunde ohne sein Wissen unter Vorspiegelung falscher Tatsachen auf eine Webseite gelockt bzw umgeleitet werde und nicht erkenne, dass es sich nicht um die Webseite der Beklagten handelt. In diesem Fall mangelnder Erkennbarkeit fehle dem Verbot eine sachliche Rechtfertigung.

Die Revisionswerberin argumentiert dagegen, es entspreche dem notwendigen Sicherheits- und Sorgfaltsmaßstab, Identifikationsmerkmale nicht auf fremden Webseiten einzugeben, um eine jederzeit drohende missbräuchliche Verwendung dieser sensiblen Informationen zu verhindern.

Der Revision ist darin beizupflichten, dass das in der Klausel ausgesprochene Verbot offenkundig dem Schutz des Kunden dient und von einem durchschnittlichen Onlinebanking-Teilnehmer auch erwartet werden darf,

sorgfältig mit seinen Identifikationsmerkmalen umzugehen und gegenüber Phishing-Attacken und anderen Formen der Internetkriminalität wachsam zu sein.

Dies haben jedoch die Vorinstanzen nicht verkannt. Die Klausel 2 geht über ein bloßes Sorgfaltsgebot hinaus, denn es wird damit zum Ausdruck gebracht, dass der Kunde nicht nur für zumutbare Sorgfalt, sondern letztlich für einen Erfolg einzustehen habe. Die Klausel ist nicht auf das Kriterium der Erkennbarkeit der fremden Webseite beschränkt, sodass sich der Kunde im Fall eines unverschuldeten Schadens freibeweisen müsste.

Für die Annahme der Beklagten, eine gefälschte Webseite sei aufgrund ihres Erscheinungsbildes für einen durchschnittlichen Onlinebankingkunden bei gebotener Aufmerksamkeit immer erkennbar, fehlt eine empirische Grundlage. Auch wenn bislang noch keine „perfekten“ Fälschungen von Bankenwebseiten im Internet aufgetaucht sein sollten, kann dies für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden. Dabei ist auch an die Verwendung von Online-Zahlungsinstrumenten (EPS) zu denken. Hier muss der Kunde darauf vertrauen, dass die auf der Webseite seines Geschäftspartners angekündigte Umleitung zum Onlinebanking seiner Bank tatsächlich korrekt und sicher erfolgt, obwohl sich das äußere Erscheinungsbild der Seite, auf die weitergeleitet wird, von jenem, das der Kunde gewöhnlich beim Direkteinstieg über die Bankwebseite vorfindet, unterscheidet. Bei strengster Auslegung der beanstandeten Klausel müsste ein Kunde der Beklagten von der Nutzung solcher - von Banken autorisierten und beworbenen - Zahlungsinstrumente vorsorglich Abstand nehmen.

Die Klausel 2 ist aber auch unklar im Sinn des

§ 6 Abs 3 KSchG, weil nicht eindeutig abgrenzbar ist, welche der vielen im Rahmen der Vertragsbeziehung zwischen Kunde und Bank verwendeten personenbezogenen Angaben auf fremden Webseiten eingegeben werden dürfen und welche konkret zu jenen „persönlichen Identifikationsmerkmalen“ gehören, die von der Eingabe ausgeschlossen sind.

Nach dem strikten Wortlaut der Klausel kann schon die Eingabe der IBAN des Kunden unter das Verbot fallen, weil es ja nur „insbesondere“ dann gilt, wenn sich Fremde unter Verwendung der vom Kunden angegebenen Daten Zugang in das eBanking des Kunden verschaffen können. Daraus ist zu folgern, dass es auch Eingaben gibt, mit denen ein Zugang zum e-Banking *nicht* verschafft werden kann, die aber dennoch unter das Verbot fallen. Nun ist es möglich, dass die Beklagte damit nur den Fall einer Eingabe von unvollständigen Onlinebanking-Zugangsdaten (nur Verfügernummer bzw nur PIN) im Sinn hatte, die Klausel lässt aber auch andere Auslegungen zu.

2.3. Klausel 3

„Der Kunde hat regelmäßig, mindestens einmal pro Monat, alle im Wege des eBankings zugegangenen Mitteilungen und Erklärungen der BAWAG P.S.K. abzurufen.“

Die Vorinstanzen haben die in Klausel 3 statuierte Verpflichtung des Kunden (nur) insofern als überraschend im Sinn des § 864a ABGB beurteilt, als sie sich in den AGB der Beklagten unter der Überschrift „Sorgfaltspflicht“ in der Rubrik „Geheimhaltungs- und Sperrverpflichtung“, unterhalb der Regeln über den Umgang mit PIN/TANs befinde, zu der sie keinen inhaltlichen Bezug habe und wo sie leicht übersehen werden könne.

Die Revision führt dagegen ins Treffen, unter den dem Kunden elektronisch übermittelten Mitteilungen und

Erklärungen seien immer wieder auch Warnungen vor aktuell gefährlichen Phishing- und Betrugsversuchen, sodass die in Klausel 3 normierte Pflicht, den elektronischen Posteingang abzurufen, unter der Überschrift „Sorgfaltspflicht“ durchaus passend platziert sei. Im Übrigen sei eine regelmäßige Abrufverpflichtung im Zusammenhalt mit der Zugangsfiktion nach § 31 Abs 4 ZaDiG unbedingt notwendig, sie gehöre zu den „ungeschriebenen“ Sorgfaltspflichten des Onlinebanking.

Mit diesen Ausführungen räumt die Revisionswerberin letztlich selbst ein, dass sich die Klausel 3 nicht nur, ja nicht einmal vorwiegend auf Mitteilungen zur Prävention gegen Internetbetrug bezieht, sondern auf Nachrichten jeglichen vertragsrelevanten Inhalts.

Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass in einem vom Vertragspartner stammenden Regelungswerk über die speziellen Geheimhaltungspflichten des Kunden eine Klausel über die Pflicht zum regelmäßigen Abruf von Nachrichten aller Art nicht zu erwarten und ungewöhnlich ist, ist zuzustimmen. Ein Kunde rechnet mit einer Klausel, die den Zugang von Mitteilungen regelt, an die unter Umständen eine Zustimmungsfiktion geknüpft sein kann, nach durchschnittlichem Verständnis nicht unter der Überschrift „Sorgfaltspflicht“ und umso weniger unter der Subrubrik „Geheimhaltungs- und Sperrverpflichtung“.

Die Klausel ist nicht dort eingeordnet, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss (RIS-Justiz RS0105643 [T2]; *Bollenberger* in KBB⁴ § 864a ABGB Rz 10) und insofern „versteckt“. Die weitere Frage, ob der Inhalt der Klausel 3 an sich zulässig wäre, ist nach Bejahung eines Verstoßes gegen das Überraschungsverbot nicht mehr zu prüfen.

2.4. Klausel 4

„Bei der Nutzung von BAWAG P.S.K. eBanking per APP ist der Kunde zudem verpflichtet, ein Sicherheitsmuster zu definieren, welches, wenn die APP im eingeloggten Zustand verlassen wird, für den neuerlichen Zugang einzugeben ist.

Bei Nutzung von BAWAG P.S.K. eBanking per APP ist der Kunde verpflichtet, seine APP sowie das Betriebssystem seines mobilen Endgerätes immer auf dem neuesten Stand (Version) zu halten.“

Das Berufungsgericht hat diese Klausel, mit der der Kunde beim Verwenden einer mobilen Onlinebanking-App zum „Definieren“ und Eingeben eines „Sicherheitsmusters“ verpflichtet wird, als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG beurteilt. Es bleibe im Dunkeln, worin dieses geforderte Sicherheitsmuster bestehe, wie es beschaffen sein müsse und wie es herzustellen sei. Dasselbe gelte auch für die Verpflichtung, die App und das Betriebssystem immer auf einem nicht näher definierten neuesten Versionsstand zu halten. Die letztere Obliegenheit sei zudem gröblich benachteiligend nach § 879 ABGB, weil sie den Konsumenten bei kundenfeindlichster Auslegung sogar zur Anschaffung eines neuen Endgerätes verpflichte, wenn eine neue Version der App oder des Betriebssystems auf einem älteren Gerät nicht mehr installiert werden könne.

Die Revision hält dieser Beurteilung entgegen, das in der Klausel gemeinte „Sicherheitsmuster“ sei in der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Onlinebanking-App ohnehin bereits vorgesehen, der Kunde werde schon im Zuge der Installation detailliert aufgefordert, es festzulegen.

Auf den Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, kann sich die

Beklagte im Verbandsprozess grundsätzlich nicht stützen (RIS-Justiz RS0121943 [T1]). Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung ist nach § 6 Abs 3 KSchG unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist; es genügt nicht eine formelle Textverständlichkeit, sondern es ist zu verlangen, dass Inhalt und auch Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0122169), um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (RIS-Justiz RS0115217 [T3 und T8]). Zweck des Verbandsprozesses ist es nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (3 Ob 57/14z; 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153; RIS-Justiz RS0115219 [T1]).

Vor diesem Hintergrund und den Revisionsausführungen ist aber der Beurteilung der Klausel 4 durch die Vorinstanzen beizupflichten.

Die dem Kunden auferlegte Verpflichtung, ein „Sicherheitsmuster zu definieren“, ist für einen durchschnittlichen Leser der Klausel gerade nicht so aufzufassen, dass es sich dabei um einen vom System automatisch verlangten Code handeln soll, zu dessen Eingabe der Kunde beim Einrichten der App angeleitet wird. Bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung wird vielmehr der Anschein erweckt, dass der Benutzer neben den Systemanforderungen zusätzlich noch eine eigene Sicherheitsvorkehrung zu „definieren“ hätte, um seine

Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Die Klausel vermittelt dem Kunden damit ein unklares Bild seiner vertraglichen Position.

Von einem überschießenden Gebrauch des Transparenzgebots, wie in der Revision ausgeführt (vgl. *Fenyves*, VR 2007 H 1-2, 36; *P. Bydlinski*, Thesen zur praktischen Handhabung des „Transparenzgebots“ JBl 2011, 141) kann hier nicht gesprochen werden. Die Klausel 4 verfehlt das Ziel des Gebots, möglichst klare und verständliche Formulierungen sicherzustellen, nicht nur geringfügig (vgl. *P. Bydlinski* aaO; RIS-Justiz RS0115217; RS0122169).

Auch den zweiten Absatz der Klausel 4, der Verpflichtung des Kunden, die App und das Betriebssystem auf dem neuesten Stand zu halten, hat das Berufungsgericht nicht unzutreffend beurteilt.

Es kann als selbstverständlich gelten, dass ein Kunde Onlinebanking-Angebote nur dann in Anspruch nehmen kann, wenn er über geeignete, technisch kompatible Endgeräte verfügt, und dass die Beschaffung und Wartung der Endgeräte in seinen Verantwortungsbereich fällt. Dies gilt nicht nur für den Zeitpunkt des Abschlusses des Onlinebankingvertrags, sondern auch während der Abwicklung dieses Dauerschuldverhältnisses. Diese Obliegenheit des Kunden steht in Wechselwirkung mit der vertraglichen Nebenpflicht der Bank, ihre bereitgestellte Software zu warten und laufend auf einem zeitgemäßen Sicherheitsstandard zu halten.

Bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung bringt der zweite Absatz der Klausel 4 jedoch nicht nur zum Ausdruck, dass die Bank eben keinen Zugang zum Onlinebanking auf veralteten oder nicht mit der aktuellsten Software ausgestatteten Endgeräten gewährleistet. Entgegen den Revisionsausführungen besagt die Klausel auch nicht,

dass sich die Verpflichtung des Kunden zur Aktualisierung der App und des Betriebssystems nur auf die für sein vorhandenes Endgerät verfügbaren neuesten Versionen beziehen soll. Bei der gebotenen strengen Auslegung wird vielmehr vermittelt, dass der Kunde stets ein Endgerät verwenden muss, auf dem die neuesten auf dem Markt angebotenen Betriebssystem- und Softwareversionen installiert werden können, und er andernfalls, wenn er nur die für sein älteres Gerät verfügbaren Aktualisierungen durchführt, gegen die vereinbarten Geschäftsbedingungen verstößt und ihm daraus Nachteile erwachsen können. Die bei diesem Verständnis der Klausel bewirkte Risikoüberwälzung wurde von den Vorinstanzen ohne Rechtsirrtum als gröblich benachteiligend beurteilt.

2.5. Klausel 5

„Weichen die Daten in der SMS vom beabsichtigten Auftrag bzw von der beabsichtigten rechtsverbindlichen Willenserklärung ab, hat der Kunde dies unverzüglich der Bank unter der Telefonnummer +43 (0) 5 99 05 995 mitzuteilen.“

Die Vorinstanzen haben diese Verpflichtung als unverhältnismäßig und gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 ABGB gewertet.

Den dagegen in der Revision vorgebrachten Bedenken ist insoweit beizupflichten, als es im wohlverstandenen eigenen Interesse des Onlinebankingkunden liegt, die richtige Erfassung eines von ihm in das System eingegebenen Auftrags vor der Zeichnung zu kontrollieren. Dieser Zweck vermag aber noch nicht die Rechtfertigung der beanstandeten Klausel zu begründen, zumal sie nicht dazu geeignet ist, das erwünschte Kundenverhalten zu fördern. Gerade der sorglose Kunde, der seine Aufträge vor der Zeichnung nicht mehr kontrolliert und Abweichungen deshalb

gar nicht bemerkt, kann dem Gebot nicht Folge leisten.

Hat der Kunde eine Abweichung zwischen beabsichtigtem Auftrag und im SMS genannten Auftrag aber erkannt, kann er den Fehler selbst beheben, indem er den Auftrag nicht mit der übermittelten TAN zeichnet, sondern nochmals bearbeitet oder löscht. Die Verpflichtung, in diesem Fall außerdem unverzüglich einen Anruf bei der Beklagten zu tätigen, ist jedoch überschießend.

Sollte die Klausel 5 aber dem Zweck dienen, die Beklagte zeitgerecht über aufgetretene Fehler in ihrem System zu informieren, ist sie unklar geblieben, weil sie mangels Einschränkung den Kunden auch dann zu einem Anruf verpflichtet, wenn die Abweichung zwischen „beabsichtigtem“ und erfasstem Auftrag auf seinen eigenen Eingabefehler zurückzuführen ist.

2.6. Klausel 6

„Nach erfolgter Auftragsfreigabe ist die SMS, mit welcher dem Kunden die mobile TAN mitgeteilt wurde, umgehend zu löschen.“

Die Vorinstanzen haben die Klausel 6 als überraschend im Sinn des § 864a ABGB beurteilt. Die Revision verweist zu ihrer Rechtfertigung auf Missbrauchsgefahren, die trotz der primären Sicherheitsvorkehrung der Einmaligkeit bestünden, umgekehrt habe der Kunde auch kein berechtigtes Interesse daran, die SMS aufzubewahren.

Von der Unwirksamkeit einer Klausel im Sinn des § 864a ABGB ist dann auszugehen, wenn sie für den Vertragspartner nachteilig ist *und* er mit ihrem Inhalt den Umständen nach auch nicht zu rechnen brauchte (ua *Riedler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg) ABGB⁴ IV, § 864a Rz 35 ff). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden

Geschäftstyp üblich ist und ob sie den redlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht (RIS-Justiz RS0014646 [T21]).

Hier ist der Beklagten beizupflichten, dass von einem durchschnittlichen Kunden mit Interesse am Abschluss eines Onlinebankingvertrags durchaus erwartet wird, in den Geschäftsbedingungen der Anbieterin Anweisungen zum sicheren Umgang mit dem Zahlungsinstrument vorzufinden. Solche Anweisungen sind bei diesem Geschäftstyp allgemein nicht unüblich, noch weniger kann von einem Überrumpelungs- bzw. Übertölpelungseffekt (vgl. RIS-Justiz RS0014646) durch die Klausel 6 die Rede sein.

Richtig ist, dass die Beklagte im Verfahren nicht dargelegt hat, inwiefern aus der Kenntnis einer gebrauchten, nicht mehr gültigen TAN für unbefugte Dritte sicherheitsrelevante Informationen zu gewinnen wären. Eine fehlende Konkretisierung der Missbrauchsmöglichkeit bedeutet aber noch nicht, dass sie technisch auszuschließen und der Beklagten von vornherein jegliches Interesse an der Einhaltung der Klausel abzusprechen wäre.

Aus Sicht des Kunden ist die Klausel 6 aber auch nicht nachteilig. Das Löschen von gegenstandslos gewordenen SMS ist für jeden Handybenutzer ein alltäglicher Vorgang, der keine nennenswerte Mühe bereitet. Welches allgemein schützenswerte Interesse am Aufbewahren einer SMS mit bereits verbrauchtem TAN bestehen sollte, vermochte der Kläger seinerseits nicht darzulegen. Auch wenn es in Einzelfällen Gründe geben mag, eine TAN-SMS nicht sofort zu löschen, wird insgesamt mit der Klausel 6 die für ihre Unwirksamkeit im Sinn des § 864a ABGB erforderliche Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht. Der Revision ist in diesem Punkt daher Folge zu geben.

2.7. Klausel 7

„Für allfällige Schäden, die im Zusammenhang mit der Hard- oder Software des Kunden oder durch das Nichtzustandekommen des Verbindungsaufbaues mit dem Rechenzentrum der Bank entstehen können, haftet die Bank nur, wenn sie diese Schäden schuldhaft verursacht hat. Haftet die Bank für Schäden, die einem Kunden durch einen Fehler in den Einrichtungen der Bank zur automatisierten Datenverarbeitung verursacht wurden, ohne dass ein von der Bank zu vertretendes Verschulden vorliegt, so ist diese Haftung pro schädigendem Ereignis gegenüber jedem einzelnen Kunden auf höchstens EUR 10.000,- und insgesamt gegenüber allen Kunden auf höchstens EUR 1.000.000,00 beschränkt. Übersteigt der Gesamtschaden die Höchstgrenze, so verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilmäßig. (...)

Der Austausch von Daten erfolgt über private Netzwerkanbieter. Für die dem Kunden infolge von Übermittlungsfehlern, technischen Mängeln, Leitungsunterbrechungen, Verspätungen, Störungen oder rechtswidrigen Eingriffen in Einrichtungen privater Netzwerkanbieter entstehenden Schäden und/oder entgangenen Gewinn ist jede Haftung der Bank ausgeschlossen.

Für den aus Übermittlungsfehlern, Irrtümern, Unterbrechungen, Verspätungen, Auslassungen oder Störungen irgendwelcher Art sowie aus - auch rechtswidrigen - Eingriffen in technische Einrichtungen der Bank oder ins übrige System entstehende Schäden haftet die Bank nicht, es sei denn, sie hat den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, und auch dann nur in dem Maße, in dem sie im Verhältnis zu anderen Ursachen an der

Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. (...)“

Die Klausel 7 verstößt nach Auffassung des Berufungsgerichts gegen § 6 Abs 1 Z 9 und Abs 3 KSchG. Es bleibe für den Kunden unklar, inwiefern aus einem Verschulden der Beklagten Schäden im Zusammenhang mit der Hard- und Software des Kunden entstehen könnten. Im zweiten Satz werde eine verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vorausgesetzt, sodass der konkret geregelte Haftungsumfang nicht erkennbar sei.

Für den Kunden entstehe der seine Rechtsposition verschleiernde Eindruck, dass die Haftungshöchstbeträge des zweiten und dritten Satzes auch für die Haftungsregel des ersten Satzes gelten sollen. Das Ausmaß seines Schadenersatzanspruchs und eine etwaige Kürzung durch die Bank könne er nicht nachvollziehen. Es werde der Eindruck eines hohen Haftungsfonds erweckt, während sich der Ersatz bei großen Schadensfällen für den Einzelnen tatsächlich auf einen bloßen Bruchteil reduzieren könne.

Die Haftungsbeschränkung für Fehler im Umfeld privater Netzwerkanbieter erstrecke sich bei kundenfeindlichster Auslegung unzulässigerweise auch auf Erfüllungsgehilfen der Beklagten. Der letzte Satz der Klausel sei mehrfach intransparent, weil die aufgezählten Haftungsgründe ebenso missverständlich und unklar blieben wie die Kriterien einer verhältnismäßigen Haftungsbeschränkung und dem Verhältnis zu „anderen Schadensursachen“.

Entgegen den Revisionsausführungen sind die Vorinstanzen nicht davon ausgegangen, dass die Verwendung allgemeiner oder unbestimmter Rechtsbegriffe generell zur Intransparenz einer Klausel führt, vielmehr kann die Verständlichkeit zwangsläufig immer nur einzelfallbezogen

geprüft werden. Der Rechtsansicht der Vorinstanzen ist hier nicht entgegenzutreten.

Es kommt insbesondere nicht, wie die Beklagte argumentiert, nur darauf an, ob der Inhalt der Klausel die Kunden gegenüber der geltenden Rechtslage benachteiligt. Ist eine Klausel nicht hinreichend klar formuliert, dann ist es im Verbandsprozess nicht maßgeblich, welches Verständnis ihr vom Anbieter beigemessen wird (RIS-Justiz RS0016590 [T23]) oder wie sie in der Praxis gehandhabt wird (RIS-Justiz RS0121943 [T1]; RS0115219 [T1]).

Die Klausel 7 besteht in Wirklichkeit aus mehreren Aussagen, die jeweils für sich alleine Bestand haben können; ihre getrennte Beurteilung ist möglich, ohne dabei auf eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion zurückzugreifen.

a) Mit dem ersten Satz (*„Für allfällige Schäden, die im Zusammenhang mit der Hard- oder Software des Kunden oder durch das Nichtzustandekommen des Verbindungsaufbaues mit dem Rechenzentrum der Bank entstehen können, haftet die Bank nur, wenn sie diese Schäden schuldhaft verursacht hat“*), erklärt die Beklagte den Ausschuss einer verschuldensunabhängigen Haftung für Schäden, deren technische Ursache im Bereich des Kunden selbst oder des Verbindungsaufbaus zum Rechenzentrum gelegen ist. Dieser Satz der Klausel entspricht der geltenden Rechtslage und ist auch nicht unklar formuliert.

b) Nicht gefolgt werden kann der Revision jedoch in Ansehung der nächstfolgenden Sätze der Klausel 7. Das Argument, der Kunde werde damit gegenüber der Gesetzeslage besser gestellt, weil die Beklagte bei fehlendem Verschulden nach dispositivem Recht überhaupt nicht, nach der Klausel aber bis zu Höchstgrenzen hafte, ist nämlich bei

näherer Betrachtung unzutreffend.

Die Formulierung „*Haftet die Bank ... ohne dass ein ... zu vertretendes Verschulden vorliegt, so ist ...*“ bietet geradezu ein Lehrbeispiel für Intransparenz. Die Beklagte übernimmt damit gerade keine verschuldensunabhängige Haftung, sondern stellt sie nur als mögliches Ereignis hin (wenn ich hafte - dann). Dem Kunden wird damit der Eindruck eines in Wahrheit nicht gegebenen Versprechens vermittelt, weil - wie die Revision einräumt - das dispositive Recht im hier relevanten Bereich eine verschuldensunabhängige Haftung eben nicht vorsieht.

c) Hinsichtlich des Haftungsausschlusses für Schäden infolge von „Übermittlungsfehlern, technischen Mängeln, Leitungsunterbrechungen, Verspätungen, Störungen oder rechtswidrigen Eingriffen in Einrichtungen privater Netzwerkanbieter“ kann auf die zutreffende Beurteilung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Bei der gebotenen strikten Auslegung der Klausel ist von dem Ausschluss auch die Haftung für Erfüllungsgehilfen der Beklagten umfasst.

d) Die folgende Einschränkung der Haftung der Bank auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei „*Störungen irgendwelcher Art*“ sowie „*Eingriffen in technische Einrichtungen der Bank oder ins übrige System*“ lässt keine nachvollziehbare Abgrenzung erkennen, welche Schadensursachen dann überhaupt noch übrig bleiben. Dieser Teil der Klausel steht mit dem ersten Satz in logischem Konflikt und kommt praktisch einem generellen Ausschluss einer Haftung für leichte Fahrlässigkeit gleich.

Klauseln, wonach eine bundesweit agierende Bank nur für sämtliche Schäden, die sie oder ihre Erfüllungsgehilfen grob schuldhaft verursacht haben, nicht

jedoch für leichte Fahrlässigkeit haften sollte, wurden vom Obersten Gerichtshof jedoch bereits mehrmals (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153, dazu *Apathy*, Die neuen ABB auf dem Prüfstand, ÖBA 2003, 177 [180 f]; 4 Ob 221/06p; 1 Ob 105/14v) als gemäß § 879 Abs 3 ABGB unzulässig beurteilt und eine sachliche Rechtfertigung verneint (RIS-Justiz RS0117267). Für den erkennenden Senat besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung im vorliegenden Fall abzuweichen.

2.8. Klausel 10

„Eine Änderung der gegenständlichen Bedingungen muss zwischen der Bank und dem Kunden vereinbart werden. Dies erfolgt durch ein Anbot der Bank an den Kunden und durch Nichterhebung eines Widerspruches durch diesen, wobei folgende Form eingehalten werden muss: Das Angebot über die Änderung der Bedingungen erlangt nach Ablauf des zweiten Monates ab Erhalt des Angebotes Rechtsgültigkeit, sofern nicht bis zum Ablauf des zweiten Monates ab Erhalt des Angebotes ein schriftlicher Widerspruch des Kunden bei der Bank einlangt.

Das Angebot an den Kunden kann in jeder Form (Brief, Kontoauszug oder dauerhafter Datenträger bzw durch Einstellen einer elektronischen Nachricht in das ePostfach) erfolgen, die mit ihm im Rahmen der Geschäftsverbindung vereinbart worden ist. Eine mit dem Kunden getroffene Vereinbarung über den Zugang von Erklärungen oder Verständigungen der Bank gilt auch für das Angebot über Änderungen der Bedingungen. Die Bank wird dem Kunden in dem Angebot über die Tatsache der Änderung der Bedingungen aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen nach Ablauf von zwei Monaten ab Erhalt des Angebotes als Zustimmung zur Änderung gilt und der Kunde das Recht hat,

die Vereinbarung zur Teilnahme am (...) eBanking vor Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen.“

Das Berufungsgericht erblickte in der Klausel 10 einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB, da sie keinerlei inhaltliche Determinierung des Änderungsvorbehalts enthalte, sodass sogar in Hauptleistungspflichten eingegriffen werden und sich das Verhältnis der gegenseitigen Leistungen erheblich zugunsten der Beklagten verschieben könnte. Der Oberste Gerichtshof habe eine per Klausel vereinbarte unbegrenzte Zustimmungsfiktion bereits in seiner Entscheidung 1 Ob 210/12g als gemäß § 879 ABGB unzulässig beurteilt. Dieser Einschränkung stehe auch Art 44 der Zahlungsdienste-Richtlinie nicht entgegen.

Die Revision führt dagegen ins Treffen, dass unter den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG auch Vereinbarungen und Änderungen zu vertraglichen Hauptleistungspflichten mittels Erklärungsfiktion zulässig seien. Eine inhaltliche Beschränkung der Zustimmungsfiktion auf bestimmte Erklärungsinhalte widerspreche den zwingenden Bestimmungen der Zahlungsdienste-Richtlinie.

Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. Zutreffend ist, dass die Richtlinie das Ziel verfolgt, einen europaweit einheitlichen („kohärenten“) rechtlichen Rahmen für Zahlungsdienste zu schaffen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Zahlungssysteme zu gewährleisten. Zu diesem Zweck weicht die Richtlinie vom Prinzip der Mindestharmonisierung ab. Mitgliedstaaten sollen keine von den Vorgaben der Richtlinie abweichenden Anforderungen für Zahlungsdienstleister festlegen, eine Abweichung ist bei der Richtlinienumsetzung nach Art 86 der zitierten Richtlinie nur dort zulässig, wo sie dies explizit

vorsieht (3 Ob 107/11y mwN = EvBl 2012/5 [*Fichtinger*] = ÖBA 2012/1768, 53 [*Koch*]; 1 Ob 244/11f; 1 Ob 210/12g).

Im Sinn des Art 42 Nr 6 lit a der ZaDi-RL ist dem Zahlungsdienstnutzer, soweit vereinbart, mitzuteilen, dass seine Zustimmung zu einer Änderung der Bedingungen nach Art 44 als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat. Wurde dies vereinbart, muss der Zahlungsdienstleister nach Art 44 Nr 1 zweiter Satz der ZaDi-RL den Zahlungsdienstnutzer davon in Kenntnis setzen, dass seine Zustimmung zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat.

Art 42 Nr 6 lit a der ZaDi-RL wurde durch § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG in österreichisches Recht umgesetzt, Art 44 Nr 1 zweiter Satz der zitierten Richtlinie durch § 29 Abs 1 ZaDiG. Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind vertragliche Erklärungsfiktionen, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gewertet wird, nur zulässig, wenn der Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hat.

Dass Zustimmungsfiktionen nach dem ZaDiG, das nur auf die in seinem § 1 Abs 2 definierten Tätigkeiten der Bank anzuwenden ist, und dem KSchG nicht grundsätzlich verboten sind, macht die hier verwendete konkrete Klausel aber nicht bereits zulässig. 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, weil sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zulässt. Welche Leistungen die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibt völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte.

Die Klausel ist aus diesem Grund auch gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil die dem Kunden zugedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition der Beklagten steht, zumal sie ihr uneingeschränkt ermöglicht, das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen über die Zustimmungsfiktion erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten. Es ist nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig, sondern nur eine völlig uneingeschränkte (1 Ob 210/12g mwN).

Weder Art 42 Z 6 lit a noch Art 44 Abs 1 Zahlungsdienste-Richtlinie regeln das Zustandekommen der Vereinbarung über die Möglichkeit einer Vertragsänderung per Zustimmungsfiktion, sondern setzen das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraus. Die einer Anwendung vorausgehende Beurteilung, ob eine Vereinbarung über die Zustimmungsfiktion nach den allgemeinen Regelungen des nationalen Rechts wirksam abgeschlossen wurde, ist nicht Gegenstand der Richtlinie. Den Einwänden der Beklagten kommt daher keine Berechtigung zu, ebensowenig bedarf es in diesem Punkt der Klärung einer Auslegungsfrage des

Unionsrechts durch den EuGH.

2.9. Klausel 9

„Mitteilungen und Erklärungen (insbesondere Kontonachrichten, Kontoauszüge, Kreditkartenabrechnungen, Änderungsmitteilungen, etc), die die Bank dem Kunden zu übermitteln oder zugänglich zu machen hat, erhält der Kunde, der eBanking vereinbart hat, per Post oder durch Abrufbarkeit oder Übermittlung elektronisch im Wege des BAWAG P.S.K. eBankings.“

Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klausel 9 stellt sich die Vorfrage, ob Informationen, die nicht in ein vom Kunden bekanntgegebenes E-Mail-Postfach, sondern in ein nur über die Homepage der Bank zugängliches Onlinebanking-Postfach eingestellt werden, im Sinne des Erwägungsgrundes 27 der RL 2007/64/EG als auf einem dauerhaften Datenträger „mitgeteilt“ gelten, verneinendenfalls ob Informationen auf diesem Weg auf einem dauerhaften Datenträger zugänglich gemacht werden, oder ob es sich nur um ein Zugänglichmachen der Information ohne Verwendung eines dauerhaften Datenträgers handelt.

Zur Klärung dieser Fragen hat der erkennende Senat mit gesondert ausgefertigtem Beschluss ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den EuGH gestellt. Bis zum Einlangen der Vorabentscheidung ist das Teilverfahren über diesen Spruchpunkt (Klausel 9) gemäß § 90a Abs 1 GOG auszusetzen.

3. Urteilsveröffentlichung

Die Urteilsveröffentlichung hat im Klauselprozess den Zweck, das Unterlassungsgebot zu sichern und nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung des Adressatenkreises zu unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen zu verhindern und das durch

rechtswidrige Maßnahmen irreführende Publikum aufzuklären (RIS-Justiz RS0079764 mwN; 10 Ob 47/08x).

Auch im Fall der Abweisung des Unterlassungsbegehrens ist dem Beklagten bei berechtigtem Interesse ein Anspruch auf Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils der Entscheidung zuzugestehen, insbesondere um einen beim Publikum durch die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils der Entscheidung entstehenden „falschen Eindruck“ richtigzustellen (RIS-Justiz RS0079624; 10 Ob 70/07b; zust *Kathrein* in KBB³ § 30 KSchG Rz 2; aA *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ [2010] §§ 28 bis 30 Rz 10b; allgemein dazu *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ [2006] Rz 34) oder weil gerade die betroffenen Klauseln zu den gesetzlich zwingenden Angaben in Verbraucherverträgen gehören (6 Ob 24/11i - verstärkter Senat). Der Schutz des wirtschaftlichen Rufs der obsiegenden Beklagten kann eine Veröffentlichung rechtfertigen, wenn das Infragestellen ihrer Klauseln einem breiten Publikum bekannt geworden ist oder die Entscheidung in einem öffentlich ausgetragenen Meinungsstreit von allgemeinem Interesse ist.

Im Fall eines nur geringfügigen Obsiegens muss dem Beklagten aber nicht generell die gleiche Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit geboten werden wie dem Kläger (1 Ob 244/11f).

Es entspricht einer selbstverständlichen allgemeinen Rechtspflicht, dass Klauseln und Geschäftspraktiken rechtskonform gestaltet werden (10 Ob 28/14m), die mit der Erwartungshaltung der Verbraucher einhergeht, im Regelfall gültige Klauseln vorzufinden. Im vorliegenden Fall würde das Publikum aus einer Veröffentlichung (auch) des in eher geringem Umfang

klagsabweisenden Teils des Urteilsspruchs lediglich erfahren, dass die Beklagte zahlreiche, aber nicht ausschließlich rechtswidrige Klauseln verwendet hat. Ein besonderer Bedarf an dieser Information ist bezüglich der mit dem vorliegenden Teilurteil erledigten Spruchpunkte nicht zu erkennen, auch nicht aus Sicht der Beklagten. Andere berücksichtigungswürdige Gründe, die für ein Veröffentlichungsinteresse sprechen könnten, wurden nicht geltend gemacht.

Der Kostenvorbehalt stützt sich auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. Mai 2015
Dr. S p e n l i n g
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG