REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1041 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei card complete Service Bank AG, Invalidenstraße 2, 1030 Wien, vertreten durch Dr. Walter Pfliegler, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: 4.400 EUR; Gesamtstreitwert 34.900 EUR sA), über die Revision der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Wien vom 27. Mai 2013, GZ 4 R 96/13m-14, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Jänner 2013, GZ 11 Cg 51/12f-10, teilweise Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass hinsichtlich der bekämpften Klauseln 1. und 24. Satz 2 das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Im Übrigen, dh hinsichtlich der bekämpften Klausel 2., wird der Revision nicht Folge gegeben.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

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

Die Beklagte betreibt das Kreditkartengeschäft. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern die „Geschäftsbedingungen für die elektronische Zusendung der Monatsrechnung per E-Mail der card complete Service Bank AG“ (Beil ./1; Fassung November 2009) sowie „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Kreditkarten der card complete Service Bank AG“ (Beil ./2 - ./6; Fassungen November 2009 bis März 2012). Die Klägerin ist ein gemäß § 29 KSchG klagebefugter Verband.

Soweit revisionsgegenständlich, strebt die Klägerin mit ihrem Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren an, die Beklagte schuldig zu erkennen, die Verwendung folgender oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen sowie es zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese bereits Inhalt der von der Beklagten mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträge geworden sind:

Aus den Geschäftsbedingungen für die elektronische Zusendung der Monatsrechnung:

1.) Etwaige automatisierte elektronische Antwortscheiben an card complete (zB Abwesenheitsnotiz) können nicht berücksichtigt werden und stehen einer gültigen Zustellung nicht entgegen.

2.) Der KI (= Karteninhaber, Anm) hat eine Änderung der E-Mail-Adresse unverzüglich schriftlich unterfertigt (per Brief oder Fax) card complete mitzuteilen.

Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Kreditkarten:

24.) Der KI hat sich bei Verwendung von Kartendaten in elektronischen Datennetzen ausschließlich verschlüsselter Systeme zu bedienen, welche auf der Website www.cardcomplete.com bekanntgegeben werden. Die Verwendung von Kartendaten in unverschlüsselten Systemen kann zu Schäden führen, die ein Mitverschulden des KI begründen können.

Die von der Klägerin zuletzt weiters bekämpften Klauseln 3.-21., 23., 25.-28., 29.-30. sind nicht revisionsgegenständlich.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung.

Das nähere Parteienvorbringen und die Rechtsansicht der Vorinstanzen werden bei der Behandlung der jeweiligen Klausel wiedergegeben.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren zur Gänze statt.

Das **Berufungsgericht** gab der dagegen gerichteten Berufung der Beklagten hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zu Klausel 24. erster Satz keine Folge, hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens zu den Klauseln 1., 2. und 24. zweiter Satz hingegen im klagsabweisenden Sinn Folge und behielt die Entscheidung über das Veröffentlichungsbegehren und die Verfahrenskosten der Endentscheidung vor. Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteige 5.000 EUR, nicht auch 30.000 EUR. Die Revision sei zulässig, weil es sich um höchstgerichtlich bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handle.

Mit ihrer dagegen gerichteten **Revision** ficht die Klägerin das Berufungsurteil im Umfang des klagsabweisenden Ausspruchs zu den Klauseln 1., 2. und 24. zweiter Satz an und beantragt dessen Abänderung im

klagsstattgebenden Sinn.

Die Beklagte beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

Die Revision ist **zulässig**, weil die vorliegenden Klauseln einen größeren Personenkreis betreffen und nicht nur eine einzige Deutungsmöglichkeit eröffnen (vgl RIS-Justiz RS0121516 [T17]), sodass sie einer Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs bedürfen. Sie ist auch **teilweise berechtigt**.

1. Für sämtliche Klauseln sind folgende Grundsätze im Verbandsprozess maßgebend:

1.1. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iSd § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (stRsp; RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

1.2. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (stRsp; zB RIS-Justiz RS0115217 [T8]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219).

1.3. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (stRsp; RIS-Justiz RS0016590 [T1, T15]; RS0038205 [T11]; *Kathrein* in KBB[3] § 28 KSchG Rz 5; *Bollenberger* in KBB[3] § 879 ABGB Rz 26 mwN).

1.4. Im Hinblick auf die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB ist neben ihrem Inhalt auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts (ihre Einordnung in den AGB) maßgebend. Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (vgl RIS-Justiz RS0014659).

2. Zu Klausel 1.

1.) Etwaige automatisierte elektronische Antwortscheiben an card complete (zB Abwesenheitsnotiz) können nicht berücksichtigt werden und stehen einer gültigen Zustellung nicht entgegen.

Nach Auffassung der **Klägerin** verstößt diese Klausel gegen § 879 Abs 3, § 864a ABGB und § 6 Abs 1 Z 3, § 6 Abs 1 Z 11 und § 6 Abs 3 KSchG. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, dass selbst in dem Fall, in dem das Unterbleiben der elektronischen Zustellung der Monatsabrechnung durch eine Abwesenheitsnotiz dokumentiert sei, die Zustellung trotzdem als bewirkt gelten solle. Eine wirksame elektronische Zustellung liege nicht bereits vor, sobald aus technischer Sicht die Möglichkeit für den Karteninhaber bestehe, das an ihn übermittelte E-Mail einzusehen. Sich Zugang zum Internet zu verschaffen, sei nicht stets und überall möglich. Überdies sei ein Karteninhaber nicht bereit, eine wesentliche Schlechterstellung gegenüber jener Rechtssituation hinzunehmen, wie sie sich im Fall der postalischen Zustellung an seine Abgabestelle aufgrund der Bestimmungen des Zustellgesetzes ergebe. Danach könne eine Zustellung im Zeitraum der Abwesenheit des Empfängers von der Abgabestelle nicht erfolgen. Hinzu komme eine gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zugangsfiktion, weil der Zugang der Monatsabrechnung ohne Rücksicht darauf fingiert werde, ob sie in den Machtbereich des Karteninhabers gelangt sei und er sich davon Kenntnis verschaffen habe können. Die Klausel versuche entgegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auch, die Beweislast für den Zugang der Erklärung auf den Kunden als Erklärungsempfänger zu überwälzen und lege entgegen § 6 Abs 3 KSchG nicht offen, dass das Risiko der rechtzeitigen

Kenntnisnahme der Erklärung auf den Verbraucher überwälzt werden solle. Sie sei daher auch intransparent.

Die **Beklagte** wendet ein, der Karteninhaber habe freiwillig für die elektronische anstelle der postalischen Zusendung der Monatsrechnung optiert. Die Klausel normiere keine Zustellfiktion, sondern solle dem Karteninhaber in der Gesamtheit des Klauseltextes vor Augen führen, dass nach der erfolgten Zustellung generierte automatische Antwortmails nicht geeignet seien, die davor erfolgte Zustellung unwirksam zu machen. Die Klausel regle nicht solche Fälle, in denen der Karteninhaber vor der Zustellung seine Abwesenheit mitteile, sondern solche, in denen er nach durchgeführter Zustellung ein von ihm beliebig setzbares, in der Dauer beliebig wählbares und in der Frequenz beliebig oft wiederholbares maschinelles Antwortverhalten generiere. Die örtliche Abwesenheit von jenem Computer, auf den die E-Mails üblicherweise einlangten, sei im Hinblick auf die weltweite Abrufbarkeit von Mailboxen über Webmail und die hohe Durchdringung mit mobilen Geräten irrelevant. Der Vorgang sei der gewöhnlichen postalischen Zustellung vergleichbar. Ein elektronisches Postfach sei nichts anderes als das Hausbrieffach, in das die Post eingelegt werde. Postalische Zustellungen an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers seien iSd § 6 Abs 1 Z 3 KSchG jedoch zulässig.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil eine Zustellfiktion bei Abwesenheit die Interessen des Konsumenten gröblich benachteilige.

Das **Berufungsgericht** erachtete die Klausel hingegen für zulässig. Die Klägerin unterstelle der Klausel einen nicht entnehmbaren Inhalt. Sie regle, dass automatisierte Antwortschreiben bedeutungslos sein sollen. Die Wirksamkeit der Zustellung sei demnach genauso zu

beurteilen, als ob der Konsument das automatisierte Antwortschreiben gar nicht verschickt hätte. Dass derartigen E-Mails per se rechtliche Bedeutung zukäme, sei im dispositiven Recht nicht geregelt, die Klausel könne von diesem daher nicht abweichen. Maßgeblich sei, ob die Monatsrechnung in den Machtbereich des Konsumenten gelangt sei. Diesfalls sei die Zustellung wirksam, andernfalls nicht. Sei sie in seinen Machtbereich gelangt und die Zustellung wirksam, ändere es nichts, ob er automatisierte Antworten welchen Inhalts immer eingerichtet habe. Auch eine sonstige Zustellung sei bei Abwesenheit unwirksam, ohne dass es darauf ankäme, ob der Konsument in einem zeitnahen Antwortschreiben seine Abwesenheit - zutreffend oder fälschlich - behaupte. Letztlich liege es in der Hand des Konsumenten, den Auftrag auf elektronische Zusendung der Monatsrechnung von vornherein nicht zu erteilen oder ihn zu widerrufen.

2.1. Nach allgemeinem Zivilrecht setzt der Zugang einer Erklärung ihr Einlangen in den Machtbereich des Empfängers voraus. Sobald er sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann, jedenfalls aber mit tatsächlicher Kenntnisnahme, gilt die Erklärung als zugegangen (vgl nur *Bollenberger* in KBB[3], § 862a Rz 4 mwN). (Erst) ab diesem Zeitpunkt ist auch die Erwartung des Erklärenden, seine Erklärung sei dem Empfänger zugegangen, berechtigt. Dementsprechend sieht § 12 E-Commerce-Gesetz (ECG) vor, dass elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen als zugegangen gelten, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann.

Für den Zugang elektronischer Willenserklärungen in den Machtbereich des Empfängers ist anerkannt, dass die Mailbox des Empfängers jedenfalls dann zu seinem Machtbereich gehört, wenn er zu erkennen gegeben hat, dass er über die E-Mail-Adresse erreichbar ist (vgl *Zankl,* Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, ecolex 2001, 344 mwN; *M. G. Tichy*, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001, 518 mwN; *Mader*, Willenserklärung und Vertragsabschluss im Internet, in Internet und Recht [2002], 185).

In der Entscheidung 2 Ob 108/07g wurde der Zugang dahin präzisiert, dass eine E-Mail für den Empfänger in dem Zeitpunkt abrufbar ist, in dem sie in seiner Mailbox eingelangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann, dh, sobald ein Abruf durch den Empfänger möglich ist. Zur strittigen Frage, ob die Abrufbarkeit unter „gewöhnlichen Umständen“ iSd § 12 ECG eine Einschränkung auf Geschäfts- oder bestimmte Tageszeiten bedeutet (so die ErlRV zu § 12 ECG, abgedruckt bei *Brenn*, E-Commerce-Gesetz - ECG [2002], 252; ebenso *Janisch* in *Jahnel/Mader/Staudegger*, IT-Recht[3] [2012], 79; vgl auch *Mottl* in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-commerce [2003], 18; aA *Brenn* aaO, 255; *Pichlmair*, Vertragsrecht im Internet [2002] 57), war dabei ebenso wenig Stellung zu nehmen wie zur Bedeutung einer Abwesenheitsnotiz.

2.2. Zweck des von der Klägerin angesprochenen Verbots der Zugangsfiktion des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG ist es zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmenserklärungen auf den Verbraucher überwälzt wird. Daher ist eine Vertragsbestimmung für den Verbraucher

nicht verbindlich, nach der eine für ihn rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm trotzdem zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift pflichtwidrig nicht bekannt gegeben hat. Es ist dem Unternehmer aber verwehrt, den Zugang für jegliche vorübergehende Ortsabwesenheit des Verbrauchers wie etwa Fälle krankheits- oder urlaubsbedingter Abwesenheit oder für einen bestimmten Zeitpunkt zu fingieren. Denn in diesen Fällen hat die vorübergehende Ortsabwesenheit nichts mit der Pflicht zur Mitteilung der geänderten Wohnadresse zu tun (7 Ob 131/06z; 7 Ob 140/06y; 10 Ob 47/08x; *Kathrein* in KBB[3] § 6 KSchG Rz 8).

Ob § 6 Abs 1 Z 3 KSchG auch auf E-Mails anwendbar ist (dafür etwa *M. G. Tichy* aaO, Pkt. 3.3.), wurde in der Entscheidung 7 Ob 84/12x offen gelassen. Auch im vorliegenden Fall braucht die Frage nicht beantwortet werden, weil sich die Unwirksamkeit der Klausel bereits aus folgenden Erwägungen ergibt:

2.3. Nicht nur bei kundenfeindlichster Lesung kann ein Adressat die bekämpfte Klausel dahin verstehen, dass die Beklagte für die Wirksamkeit der Zustellung einer von ihr per E-Mail versandten Monatsrechnung nicht darauf Bedacht nehmen will, ob beim Empfänger ein Zugangshindernis vorliegt und ob sie davon mit automatisiertem elektronischen Antwortschreiben benachrichtigt wird. Eine Auslegung dahin, dass der Klausel nur der Inhalt zukomme, ein automatisiertes Antwortschreiben für bedeutungslos zu erklären, ohne damit eine Aussage über die Wirksamkeit der Zustellung zu treffen, ist mit der

Beifügung „... stehen einer gültigen Zustellung nicht entgegen“ nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen, wird dem Adressaten damit doch suggeriert, dass die Beklagte eine Zustellung sogar dann als gültig ansehen will, wenn sie mit einer automatisierten elektronischen Antwort über ein Zugangshindernis informiert wird.

2.4. Eine Differenzierung nach dem Grund des Antwortschreibens enthält die Klausel nicht. Da eine Abwesenheitsnotiz nur beispielhaft genannt wird, kann nicht fraglich sein, dass sie auch sonstige automatisierte elektronische Antwortschreiben erfassen soll.

Automatisierte elektronische Antwortschreiben können schon dann generiert werden, wenn eine E-Mail überhaupt nicht in die Mailbox des Empfängers gelangt, so etwa aufgrund absender- oder empfängerseitiger technischer Probleme oder bei Zurückweisung einer E-Mail wegen Überfüllung des Mailaccounts des Empfängers, ohne dass in jedem Fall eine Zugangsvereitelung durch diesen vorliegen müsste (zB Massen-Spam). Eine E-Mail des Absenders ist in diesen Fällen gerade nicht im Sinne der Entscheidung 2 Ob 108/07g jederzeit abrufbar.

Selbst wenn die Monatsrechnung der Beklagten dem Karteninhaber technisch abrufbar auf seiner Mailbox zur Verfügung steht, ist für den Fall, dass durch diesen Vorgang eine Abwesenheitsnotiz generiert wird, aber nicht zu übersehen, dass der Absender eben dadurch in der Regel nahezu zeitgleich darüber verständigt wird, dass der Empfänger - wegen Krankheit, Urlaub oa - seinen E-Mail-Account vorübergehend nicht oder nicht regelmäßig überprüfen wird. Der Absender darf daher auch nicht erwarten, dass der Empfänger die Monatsrechnung zeitnah mit dem Eingang in seine Mailbox zur Kenntnis nimmt.

Richtig ist zwar, dass die Abrufbarkeit einer E-Mail - anders als die Zustellung einer Papierrechnung per Post - nicht immer eine Anwesenheit des Empfängers an seinem Wohnort voraussetzt, weil E-Mails in vielen Fällen über jeden Internetzugang abgerufen werden können, woraus *Janisch* aaO 79, in Entsprechung zum herkömmlichen Postverkehr (Nachsendungen) eine Obliegenheit des Empfängers ableitet, seine Mailbox von anderen Orten aus zu überprüfen. Der erkennende Senat teilt diese Ansicht jedoch nicht, weil einem Karteninhaber nicht stets und überall ein Abruf seiner E-Mails möglich oder zumutbar ist, könnte er doch aus verschiedenen Gründen (Erkrankung, fehlender Empfang, Erholung etc) von ihrem Abruf abgehalten sein. Nicht anders als bei Postzustellung ist daher auch einem Karteninhaber, der sich mit der Zusendung der Monatsrechnung per E-Mail einverstanden erklärt hat, zuzugestehen, der Wirksamkeit einer Zustellung von E-Mails zu einem Zeitpunkt, in dem von ihm unter solchen Umständen ein Abruf von E-Mails nicht erwartet werden kann, durch Bekanntgabe seiner Abwesenheit mittels automatisierter Reply-Funktion vorzubeugen (ebenso *Brenn* aaO S 256).

2.5. Auch wenn eine E-Mail bereits technisch von der Mailbox des Empfängers abrufbar ist, liegt zusammenfassend keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für eine Vertragsklausel vor, nach der eine von der Beklagten versandte elektronische Monatsrechnung selbst dann als zugegangen gilt, wenn dem Absender mittels einer automatisiert generierten Abwesenheitsnotiz bekannt gegeben wird, dass der Empfänger von der E-Mail vorübergehend keine Kenntnis nehmen kann (im Ergebnis ebenso OLG München, Beschluss vom 15. 3. 2012, Verg 2/12, wonach es dem Absender bei einer automatisch generierten

Abwesenheitsnotiz nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf den Zugang einer E-Mail beim Empfänger zu berufen).

2.6. Auf Fälle einer arglistigen Zugangsvereitelung des Empfängers, zB durch bewusstes Unterlassen des Freihaltens von Speicherkapazität im Mailaccount (vgl RIS-Justiz RS0047277; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 862a Rz 11; *Spindler/Anton* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[2] [2011] § 130 BGB Rz 16), ist mangels einer entsprechenden Differenzierung der Klausel nicht näher einzugehen. Sie ist damit insgesamt als unwirksam iSd § 879 Abs 3 ABGB anzusehen.

3. Zu Klausel 2.

2.) Der KI hat eine Änderung der E-Mail-Adresse unverzüglich schriftlich unterfertigt (per Brief oder Fax) card complete mitzuteilen.

Die **Klägerin** erachtet es als gröblich benachteiligend und auch überraschend, dass eine Änderung der E-Mail-Adresse des Kunden nicht wirksam per E-Mail bekannt gegeben werden könne. Im Fall der elektronischen Bekanntgabe rechne der Karteninhaber nicht damit, dass das Kartenunternehmen darauf nicht Bedacht nehme und die Monatsrechnung weiter an die alte E-Mail-Adresse übermittle. Rechtswirksame Mitteilungen der Beklagten per E-Mail seien hingegen zulässig. Diese habe überdies die Möglichkeit, Zustellungen statt auf elektronischem Weg per Post an die Anschrift des Karteninhabers vorzunehmen, sodass sie nicht nur auf die Zustellung auf elektronischem Weg verwiesen sei.

Die **Beklagte** meint, wie der Auftrag zur elektronischen Zusendung der Monatsrechnung bedürfe auch dessen Änderung der speziellen Schriftform. Dies stehe mit

§ 6 Abs 1 Z 4 KSchG in Einklang und sei zum Schutz des Karteninhabers auch sachgerecht, weil nur eine von ihm selbst schriftlich unterfertigte Erklärung ein ausreichender Nachweis dafür sei, dass die Willenserklärung von ihm stamme.

Nach Ansicht des **Erstgerichts** verstößt die Klausel gegen § 879 Abs 3 ABGB, weil die Beklagte Mitteilungen an die Konsumenten formlos vornehmen könne, die Konsumenten hingegen nicht.

Das **Berufungsgericht** verwies auf die Entscheidung 10 Ob 70/07b, wonach der Annahme gröblicher Benachteiligung im Kern entgegenstehe, dass die Klausel vom dispositiven Recht, etwa § 4 Signaturgesetz (SigG), gar nicht abweiche. Ein Überraschungseffekt gehe nicht von der Klausel selbst oder ihrer Positionierung im Textgefüge aus, sondern trete nur dann ein, wenn der Konsument die Klausel schlicht missachte. Dass die Parteien nicht in jedem Detail gleich behandelt würden, führe noch zu keinem wahrzunehmenden Ungleichgewicht der wechselseitigen Rechtspositionen in ihrer Gesamtheit.

3.1. In der Entscheidung 10 Ob 70/07b hatte der Oberste Gerichtshof eine Klausel (dort: Klausel 24.) zu beurteilen, nach der der Karteninhaber die Teilnahme an der elektronischen Zusendung der Monatsrechnung per E-Mail „jederzeit auf folgende Weise widerrufen kann: schriftlich und rechtsgültig unterfertigt (per Brief oder Fax)“. Die Klausel wurde als zulässig erachtet, weil sie nicht vom dispositiven Recht, insbesondere nicht von § 4 Abs 1 SigG, abweicht, der das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift auch bei Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur als erfüllt ansieht, sofern durch Gesetz „oder Parteienvereinbarung“ nichts anderes bestimmt

ist. Die Beklagte sei daher eben nicht verpflichtet, von der durch § 4 Abs 1 SigG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch zu machen.

3.2. Nichts anderes kann im vorliegenden Fall gelten. Die Obliegenheit des Karteninhabers, eine Änderung der E-Mail-Adresse unverzüglich schriftlich unterfertigt (per Brief oder Fax) der Beklagten mitzuteilen, korrespondiert auch nur mit dem in Punkt 1. erster Satz der AGB für die elektronische Zusendung von Monatsrechnungen statuierten Bedingung, dass der Karteninhaber bereits den Auftrag für die elektronische Zusendung der Monatsrechnung eigenhändig zu unterschreiben hat. Ein Vergleich der Unterschriften ermöglicht der Beklagten damit die Feststellung, ob die geänderte E-Mail-Adresse auch von demjenigen Karteninhaber bekanntgegeben wird, der die Zustellung der Monatsrechnung per E-Mail beantragt hat - ein Sicherheitsaspekt, der auch im Interesse des Karteninhabers selbst gelegen ist. Ein gröblich benachteiligendes auffallendes Missverhältnis zu einer „vergleichbaren Rechtsposition“ der Beklagten ist hier nicht ersichtlich. Darüber hinaus kann das Schriftformerfordernis für den Karteninhaber aber auch nicht überraschend sein, wenn er bereits den Auftrag zur Zustellung der Monatsrechnung eigenhändig zu unterschreiben hatte. Das Berufungsgericht hat Klausel 2. danach zu Recht als zulässig angesehen.

4. Zu Klausel 24. zweiter Satz

24.) Der KI hat sich bei Verwendung von Kartendaten in elektronischen Datennetzen ausschließlich verschlüsselter Systeme zu bedienen, welche auf der Website www.cardcomplete.com bekanntgegeben werden. Die Verwendung von Kartendaten in unverschlüsselten Systemen

kann zu Schäden führen, die ein Mitverschulden des KI begründen können.

Die **Klägerin** erachtet Klausel 24. zur Gänze für unzulässig, weil der Karteninhaber nicht damit zu rechnen brauche, dass die Kreditkarte ohne besonderen Hinweis nur in verschlüsselten Netzen genutzt werden dürfe. Die Klausel sei auch intransparent, weil hinsichtlich der verwendbaren verschlüsselten Systeme nur auf die Homepage verwiesen und der Konsument somit de facto verpflichtet werde, sich vor jeder Transaktion darüber zu informieren. Die Homepage enthalte zwar Sicherheitstipps und -hinweise, jedoch keine leicht auffindbare und abschließende Bekanntgabe der in Betracht kommenden verschlüsselten Systeme. Die Homepage könne überdies fortlaufend geändert werden und dadurch verschiedene Inhalte haben. Die Klausel verstoße auch gegen § 26 Abs 2 ZaDiG iVm § 44 Abs 2 Z 2 ZaDiG, weil die Haftung des Konsumenten für Missbrauchsschäden des Zahlungsdienstleisters dort zwingend und abschließend geregelt sei und für eine Verletzung anderer Pflichten des Kunden als die der sorgfältigen Aufbewahrung der personalisierten Sicherheitsmerkmale keinen Raum lasse.

Die **Beklagte** erwiderte, die Anordnung, nur verschlüsselte Systeme zu benützen, entspreche den an die Kartengesellschaften regelmäßig herangetragenen Forderungen, für sichere Systeme Sorge zu tragen. Ihr Homepage-Verweis sei ausreichend klar.

Das **Erstgericht** meinte, die Klausel sei zur Gänze gröblich benachteiligend, weil die Konsumenten die Karte im Zahlungsverkehr nur eingeschänkt verwenden dürften.

Das **Berufungsgericht** erklärte Klausel 24. erster Satz unbekämpft für intransparent und deshalb unzulässig,

weil die Beklagte auf ihrer Website keine einfachen Querverweise auf die bedingungsgemäß verwendbaren verschlüsselten Systeme und auch keine konkrete Auflistung in ihren „Sicherheitstipps“ anbiete. Die Verwendung von Klausel 24. zweiter Satz sei dagegen zulässig. § 44 Abs 2 Z 2 ZaDiG biete Raum für eine (Mit-)Haftung des Konsumenten, wenn er gegen vereinbarte Nutzungsbedingungen verstoße, hier bedingungswidrig unverschlüsselte Systeme verwende. Nichts anderes bringe die Klausel zum Ausdruck.

4.1. Gemäß § 26 Abs 2 ZaDiG sind die Informationen und Vertragsbedingungen klar und verständlich abzufassen (…).

Gemäß § 44 Abs 2 Z 2 ZaDiG ist der Zahler dann, wenn nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments beruhen, seinem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der diesem infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung

1. …

2. einer oder mehrerer vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments

herbeigeführt hat. Wurden die in Z 1 und 2 genannten Pflichten und Bedingungen vom Zahler nur leicht fahrlässig verletzt, so ist seine Haftung für den Schaden auf den Betrag von 150 Euro beschränkt. Bei einer allfälligen Aufteilung der Schadenstragung sind insbesondere die Art der personalisierten Sicherheitsmerkmale sowie die Umstände, unter denen der Verlust, Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat, zu berücksichtigen.

4.2. Die Beklagte argumentiert, dass Klausel 24. zweiter Satz keine Haftungsregelung enthalte und auch keine gesetzlichen Haftungstatbestände modifiziere, sondern im Ergebnis nur einen Warnhinweis beinhalte. Damit übersieht sie jedoch, dass § 44 Abs 2 Z 2 ZaDiG eine Haftung aus der missbräuchlichen Verwendung von Zahlungsinstrumenten dann vorsieht, wenn der Zahler eine oder mehrere *vereinbarte Bedingungen* für die Nutzung des Zahlungsinstruments verletzt. Ohne den ersten Satz der Klausel 24. besteht nach den verbleibenden AGB aber keine Vereinbarung mit dem Karteninhaber, sich bei Verwendung der Kartendaten ausschließlich verschlüsselter Systeme zu bedienen. Da damit unklar bleibt, inwiefern schon aus der Verwendung von Kartendaten in unverschlüsselten Systemen als solche ein Mitverschulden ableitbar sein sollte, ist auch Klausel 24. zweiter Satz als intransparent und folglich unzulässig anzusehen.

5. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 2 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. Jänner 2014
Dr. H o p f
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG