



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

33 R 26/20s

Teilurteil

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie die Richter Dr. Schober und Mag. Janschitz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG**, Am Belvedere 1, 1100 Wien, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 30.815) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28.11.2019, 39 Cg 2/19s-10, in nichtöffentlicher Sitzung (zu I.) beschlossen und (zu II.) zu Recht erkannt:

I. Das Berufungsverfahren wird bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über das vom Obersten Gerichtshof zu 8 Ob 24/18i gestellte Vorabentscheidungsersuchen in Ansehung des Unterlassungs- und Veröffentlichungsanspruchs der Klausel 1 unterbrochen.

Die Fortsetzung des Verfahrens erfolgt nur über Antrag einer Partei.

II. Im übrigen wird der Berufung der beklagten Partei nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über das Mehrbegehren (Klausel 1) und die Kostenentscheidung bleiben der Endentscheidung vorbehalten.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe und Begründung

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG klageberechtigter Verband.

Die Beklagte betreibt bundesweit das Bankgeschäft und ist Unternehmerin im Sinn des § 1 KSchG. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen unter anderem Rahmenverträge für Girokonten und Kreditverträge. Hierfür verwendet sie Allgemeine Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblätter, welche die strittigen Klauseln enthalten.

Der **Kläger** begehrt die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Klauseln sowie die Urteilsveröffentlichung und brachte im Wesentlichen vor, dass diese Klauseln gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) und gegen die guten Sitten verstoßen; einige seien zudem nicht ausreichend transparent. Er habe die Beklagte mit Mahnschreiben vom 16.11.2018 aufgefordert, eine Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Beklagte habe dies jedoch verweigert, weshalb Wiederholungsgefahr bestehe.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die beanstandeten Klauseln seien ausreichend klar formuliert, nicht gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz sowie den guten Sitten im Einklang. Im Falle einer Stattgebung der Klage sei die Unterlassungspflicht der Beklagten nach dem gesetzlichen Umfang gemäß § 28 Abs 1 Satz 2 KSchG zu beschränken und eine Leistungsfrist von sechs Monaten zur Erfüllung ihrer Unterlassungsverpflichtung einzuräumen. Die

Veröffentlichung des Urteils in einem Massenmedium sei weit überschießend und in einem Printmedium aufgrund des Adressatenkreises nicht sachgerecht. Eine Vielzahl der vom Kläger beanstandeten Klauseln betreffe Geschäfte, die online abgewickelt werden; die betroffenen Kunden seien daher in der Regel „internet-affin“ und nutzten eher Online- als Print-Medien.

Mit dem nunmehr angefochtenen Urteil gab das **Erstgericht** dem Unterlassungs- und dem bezughabenden Veröffentlichungsbegehren in Bezug auf 15 Klauseln (Klauseln 1 bis 15) statt und wies es in Bezug auf drei Klauseln (Klauseln 16 bis 18) ab. Dabei ging es von dem auf der Seite 8 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen aus, auf die verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte es die Klauseln 1 bis 15 zum Teil als gröblich benachteiligend und/oder gesetzlichen Verboten entgegenstehend, insbesondere dem ZaDiG; in Bezug auf die Klauseln 16 bis 18 sei eine gröbliche Benachteiligung nicht gegeben.

Gegen die Stattgebung des Unterlassungs- und des Veröffentlichungsbegehrens in Bezug auf die Klauseln 1 bis 15 richtet sich die **Berufung** der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Klage gänzlich abzuweisen; hilfsweise wird ein Abänderungsantrag dahingehend gestellt, dass die Frist, binnen welcher die Beklagte schuldig sei, es zu unterlassen, sich auf die als zu unterlassen befundenen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblätter im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu berufen, mit sechs Monaten festgesetzt und das Veröffentlichungsbegehren abgewiesen werde.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Zu I.: Zur Unterbrechung in Bezug auf Klausel 1:

Klausel 1:

«Z 44c (2) Wurde keine Anpassungsklausel vereinbart, so bietet das Kreditinstitut dem Kunden eine Änderung des Zinssatzes spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an. Die Zustimmung des Kunden zu dieser Änderung gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderung darzustellen ist, hinweisen. Das Kreditinstitut kann das Änderungsangebot auf eine mit dem Kunden vereinbarte Weise zum Abruf bereithalten. Sollte das Änderungsangebot jedoch ein Konto, über das Zahlungsdienste abgewickelt werden, betreffen, so ist es dem Kunden mitzuteilen und der Kunde hat das Recht, den diesbezüglichen Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch auf dieses Kündigungsrecht wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen.

(3) Auf dem in Abs. 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht bei einer Anpassung von Sollzinssätzen der sich aus den Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt ergebenden Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung.
- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht bei einer Anpassung von Habenzinssätzen der sich aus den Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt ergebenden Entwicklung der Kosten und Wiederveranlagungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung.
- Eine Zinssatzänderung nach Abs. 2 darf 0,5 %-Punkte pro Jahr nicht übersteigen.
- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die der Verzinsung zugrundeliegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Abs. 2 ist frühestens ein Jahr nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung zulässig.»

Nach Ansicht des Erstgerichts handle es sich bei dieser Klausel um eine Zustimmungsfiktion gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, die sich aber nicht nur auf Zahlungsdienste beschränke, sondern auch andere Dienste der Beklagten regle, die nicht in den Anwendungsbereich des ZaDiG 2018 fallen. Eine geltungserhaltende Reduktion nur auf den zulässigen Teil der Klausel im Verbandsprozess sei unzulässig; eine Unterbrechung des Verfahrens, um die Entscheidung der Vorlagefrage in 8 Ob 24/18i abzuwarten, sei nicht angebracht.

In der Berufung trägt die Beklagte nochmals vor, dass diese Klausel keine unbeschränkte verpönte Zustimmungsfiktion enthalte und sie auch nicht intransparent sei. Die Kriterien für eine zukünftige Vertragsänderung seien inhaltlich determiniert und für den Verbraucher nachvollziehbar. Zudem habe der Kunde die Möglichkeit, der Anpassung zu widersprechen. Im Hinblick auf die Klausel 1 werde nochmals angeregt, das Verfahren bis zum Vorliegen einer Vorabentscheidung des EuGH zur Vorlagefrage 1 im Verfahren 8 Ob 24/18i des OGH zu unterbrechen.

Der Kläger hielt dem entgegen, dass eine AGB-Klausel für alle denkbaren Fälle zulässig sein müsse, um einer Überprüfung standzuhalten. Die Klausel 1 sei nach ihrem Wortlaut keineswegs so zu verstehen, dass getroffene Sondervereinbarungen ausgeschlossen seien und mit dem in dieser Klausel vorgesehenen Mechanismus eingegriffen werde. Dem durchschnittlichen Verbraucher sei auch nicht bewusst, unter welchen Umständen die Beklagte zur Zinsanpassung berechtigt sei. Sie stelle letztendlich auch auf interne Kostenänderungen ab, welche von einem außenstehenden Verbraucher überhaupt nicht überprüfbar oder einsehbar seien. Für eine Unterbrechung des Verfahrens gäbe es keinen

Anlass; im Übrigen beziehe sich die Vorlagefrage nur auf eine Teilmenge des Regelungsbereichs der Klausel 1.

In der Entscheidung 8 Ob 24/18i hat der OGH nachstehende Klausel zu beurteilen:

«Änderungen der Kundenrichtlinien: Änderungen dieser Kundenrichtlinien werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde der D***** AG seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens mitgeteilt hat. Der oben genannte Änderungsvorschlag wird dem Kunden in Papierform oder, sofern er damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitgeteilt. Die D***** AG wird den Kunden in [ihrem] Änderungsvorschlag darauf hinweisen und aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Außerdem wird die D***** AG eine Gegenüberstellung über die von der Änderung der Kundenrichtlinien betroffenen Bestimmungen auf ihrer Internetseite veröffentlichen und diese Gegenüberstellung dem Kunden auch übermitteln. Gegenüber einem Unternehmer ist es ausreichend, das Angebot über die Änderung auf eine mit dem Unternehmer vereinbarte Weise zum Abruf bereit zu halten. Im Falle einer solchen beabsichtigten Änderung der Kundenrichtlinien hat der Kunde, der Verbraucher ist, das Recht seine Rahmenverträge für Zahlungsdienste (insbesondere den Girokontovertrag) vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen. Auch hierauf wird die D***** AG in ihrem Änderungsvorschlag an den Kunden hinweisen.»

Der OGH hat bereits wiederholt judiziert, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht allein deshalb automatisch zulässig ist, weil sie die Formalerfordernisse erfüllt, sondern dass auf diesem Wege ermöglichte Vertragsänderungsklauseln zusätzlich der Kontrolle im Sinne der RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sowie deren nationaler Umsetzung (§ 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG) unterliegen. Besonders weitreichende Vertragsänderungen, die die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien

betreffen, können nach dieser Auffassung nicht durch Zustimmungsfiktion zustande kommen; lässt eine Klausel praktisch uneingeschränkte Änderungen zugunsten des Unternehmens zu Lasten des Verbrauchers über eine bloße Zustimmungsfiktion zu, wird sie als gröblich benachteiligend angesehen (vgl 8 Ob 24/18i mwN).

Darüber hinaus erachtet die Rechtsprechung eine Klausel für intransparent, wenn nicht nur völlig unbestimmt bleibt, welche Leistungen der Zahlungsdienstleister mit fingierter Zustimmung einschränken könnte, sondern auch, in welchem Umfang eine Änderung der vom Verbraucher entrichteten Entgelte vorgenommen werden kann. Zulässig wäre es aber wohl, wenn die Änderungsbefugnis etwa dahin konkretisiert wird, dass sie durch gesetzliche Änderungen oder durch behördliche oder gerichtliche Vorgaben erzwungene Änderungen oder solche zugunsten der Nutzer umfasst oder für bestimmte Bereiche deren Zielrichtung festlegt ist.

Hinter dieser Rechtsprechung steht die Überlegung, dass die vertragliche Zustimmungsfiktion in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinausläuft, weil sich Verbraucher erfahrungsgemäß in aller Regel mit Änderungsangeboten gar nicht auseinandersetzen. Die §§ 48 Abs 1 Z 6 lit a, 50 Abs 1 ZaDiG 2018 regeln in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Zahlungsdienste-RL 2015/2366/EU, welche Informationen der Unternehmer zu erteilen sind und worauf er bei geplanten Änderungen hinzuweisen hat, sofern eine Vereinbarung über eine Zustimmungsfiktion geschlossen wird. Nach Auffassung des OGH setzt diese Formulierung das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraus, ohne aber deren Inhalt zu regeln. Es sei danach dem Zahlungsdienstleister - im Unterschied zum Anbieter von Telekommunikationsleistungen nach Art 20 (Abs 4) der Universaldienst-RL 2002/22/EG - nicht

unmittelbar durch die Richtlinie gestattet, für sämtliche denkbaren allgemeinen Vertragsbedingungen eine einseitige Änderungsmöglichkeit per Zustimmungsfiktion zu vereinbaren.

Der OGH stellte daher zu 8 Ob 24/18i die nachstehende Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH:

«Sind die Artikel 52 Nummer 6 Buchstabe a in Verbindung mit Artikel 54 Absatz 1 der RL 2015/2366/EU (Zahlungsdienste-RL), wonach die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer vorgeschlagenen Änderung der Vertragsbedingungen als erteilt gilt, außer der Zahlungsdienstnutzer zeigt dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen an, dahin auszulegen, dass eine Zustimmungsfiktion auch mit einem Verbraucher völlig uneingeschränkt für sämtliche denkbaren Vertragsbedingungen vereinbart werden kann?»

Zur Beurteilung der in diesem Verfahren vorliegenden Klausel 1 ist die Entscheidung des EuGH über diese Vorlagefrage abzuwarten, weil mit dieser Klausel in Anbetracht ihrer weiten Fassung in vergleichbarer Weise - ähnlich wie eine uneingeschränkte Zustimmungsfiktion - auf für die Kunden ungünstige Zinsänderungen umgestellt werden kann und dabei auf die mangelnde Auseinandersetzung mit Änderungsangeboten, auf das fehlende Verständnis der Auswirkungen oder darauf vertraut werden kann, dass die Verbraucher das Änderungsangebot wegen der andernfalls nur möglich erscheinenden Kündigung als alternativlos hinnehmen.

Es ist aus prozessökonomischen Gründen angezeigt, das Berufungsverfahren bis zur Entscheidung des EuGH über die gestellten Vorabentscheidungsersuchen in diesem Umfang zu unterbrechen: Die Entscheidung des EuGH binden nämlich alle Gerichte der Mitgliedstaaten auch für andere Fälle; sie schaffen objektives Recht (RS0110582, RS0109951).

Zu II.: Im Übrigen ist die Berufung nicht berechtigt.

Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses ist Folgendes vorzuschicken: Nach § 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 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 (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 (RS0014676).

§ 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RS0123234). Diese Bestimmung erfasst nur jene Fälle, in welchen nach Vertragsabschluss nachteilige Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern hervorkommen, mit denen nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen war (RS0105643).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB 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 RS0115217 [T8]).

Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot oder das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]).

Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden.

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590). Im Gegensatz zur jeweiligen Vertragsauslegung im Individualprozess kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RS0038205).

Das ZaDiG (BGBl I 2009/66 idgF) setzt die Zahlungsdienste-Richtlinie (RL 2007/64/EG vom 13.11.2007, ABl 2007 L 319/1) in innerstaatliches Recht um. Ziel der Richtlinie war es, einen europaweit einheitlichen („kohärenten“) rechtlichen Rahmen für Zahlungsdienste zu schaffen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Zahlungssysteme zu gewährleisten (Erwägungsgrund 4). Zu diesem Zweck weicht die ZaDi-RL vom Prinzip der Mindestharmonisierung ab. Mitgliedstaaten sollen keine von den Vorgaben der ZaDi-RL abweichenden Anforderungen für Zahlungsdienstleister festlegen (Grundsatz der Vollharmonisierung). Nach Art 86 ZaDi-RL ist eine Abweichung bei der Umsetzung der Richtlinie nur dort zulässig, wo die Richtlinie dies explizit vorsieht (9 Ob 26/15m).

Ein Abweichen vom ZaDiG kann im Rahmen einer Verbandsklage aufgegriffen werden (§ 28a KSchG). Zudem bestimmt § 26 Abs 6 Satz 1 ZaDiG ausdrücklich, dass in

Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 26 bis 46 und 48 betreffend Informationspflichten, Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen sowie Haftung nicht abgewichen werden darf, andernfalls diese abweichenden Bestimmungen unwirksam sind. Nach § 26 Abs 2 ZaDiG sind Vertragsbestimmungen klar und verständlich abzufassen.

Am 1.6.2018 ist das ZaDiG 2018 in Kraft getreten. Es setzt die Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt um und tritt an die Stelle des ZaDiG aus dem Jahr 2009, dessen kurzer Bestand auf die rasche Digitalisierung des Zahlungsverkehrs zurückzuführen ist. Es sind neue elektronische Zahlungsdienste entstanden, die nicht in den bestehenden Rechtsrahmen integriert waren. Das ZaDiG 2018 sieht für elektronische Zahlungen neue zusätzliche Obliegenheiten und Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters vor, um Betrugsrisiken zum Schutz der Zahlungsdienstnutzer so weit wie möglich zu begrenzen (*Haghofer*, Starke Kundenauthentifizierung nach dem ZaDiG 2018, VbR 2018/95).

Zu den Klauseln 2 bis 15:

(Darauf hingewiesen wird, dass sich die Behandlung der einzelnen Klauseln an der von der Beklagten in der Berufung vorgenommenen Gliederung orientiert.)

Klausel 2:

«8.1 Der Karteninhaber hat bei der Nutzung und nach Erhalt der Karte alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen um den persönlichen Code, Passwörter, Kartendaten und die Karte vor unbefugtem Zugriff zu schützen.»

Das Erstgericht befand die Klausel § 63 Abs 1 ZaDiG 2018 entgegenstehend; sie sei überdies intransparent und verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG. Dem Verbraucher müsse klar sein, welche Tragweite eine vorformulierte Klausel tatsächlich habe. Die Klausel hier umschreibe nicht, wie ein Verbraucher die (nicht geheimen) Kartendaten schützen müsse, um seiner Verpflichtung nachzukommen.

Die Berufung bringt dagegen vor, dass es gerechtfertigt sei, dem Kunden einen Schutz der Kartendaten aufzuerlegen, um eine ungewollte Autorisierung von Kreditkartenzahlungen zu verhindern. Der Kunde wäre in diesem Zusammenhang in seinem eigenen Interesse sensibilisiert, die Kartendaten sorgfältig zu schützen. Wenn der Kunde die Karte zur Zahlung in einem Restaurant einem Dritten übergibt, verwende er das Zahlungsinstrument in sozial adäquater Weise und sei ihm dies nicht verboten. Dem Kunden werde auch keine Verpflichtung auferlegt, welche das in sich geschlossene und abschließend geregelte Haftungssystem des § 68 ZaDiG 2018 erweitern würde. Die Klausel sei auch nicht intransparent.

Der Kläger hielt dem entgegen, dass die auf der Kreditkarte abgedruckten Daten nicht geheim gehalten werden könnten. Der Zahlungsdienstnutzer könne daher nicht wirksam zu einem Schutz dieser Daten, die keine personalisierten Sicherheitsmerkmale darstellen, verpflichtet werden.

Aus Sicht des Berufungsgericht kann der Klausel nicht mit ausreichender Bestimmtheit entnommen werden, dass die Verwendung des Zahlungsinstruments in einer sozial adäquaten Weise, beispielsweise durch Vorlage der Karte zur Zahlung in einem Restaurant, nicht doch auch verboten wäre. Die auf der Kreditkarte abgedruckten Daten können dann nicht geheim gehalten werden, wenn der Verbraucher die Karte zur Zahlung nur an Hand der Kartendaten einem Dritten aushändigt.

Es ist auch nicht klar ersichtlich, was mit *zumutbaren Vorkehrungen* in Bezug auf den Schutz der Kartendaten gemeint ist. Insoweit ist auch dem Kläger zuzustimmen, dass in den Nutzungsbedingungen für das Zahlungsinstrument nur die gesetzliche Sorgfaltspflichten des § 63 ZaDiG 2018 konkretisiert, nicht aber erweitert werden dürfen. § 63 Abs 3 ZaDiG 2018 spricht von *zumutbaren Vorkehrungen* in Bezug auf die persönlichen

Sicherheitsmerkmale, worunter die reinen Kartendaten wohl nicht fallen.

Zutreffend weist auch der Kläger darauf hin, dass auch Zahlungen nur an Hand der Kartendaten gesicherte Kreditkartenzahlungen seien, die nur durch die Angabe der Kreditkartennummer, des Verfallsdatums und der Prüfnr autorisiert werden (sogenannte Mail-Order- oder Telefon-Order-Transaktionen = MOTO-Transaktionen). Das damit verbundene Missbrauchsrisiko gemäß § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 im Verhältnis zum Zahlungsdienstnutzer hat - außer im Betrugsfall - zwingend zur Gänze der Zahlungsdienstleister zu tragen und diese gesetzliche Risikoverteilung kann nicht durch die Begründung von Sorgfaltspflichten des Karteninhabers vertraglich abgeändert werden (vgl RS0128542), die sich auf diese offenen Kreditkartendaten beziehen (vgl 9 Ob 46/16d zur Klausel 4 und 20; 9 Ob 31/15x zu den Klausel 6 und 20; 9 Ob 32/18y).

Die Klausel bleibt auch insoweit intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, als sie nicht einmal beispielhaft umschreibt, wie der Verbraucher vorgehen müsste, um die offen aufgedruckten Kartendaten geheimzuhalten.

Die Beurteilung des Erstgerichts ist daher nicht korrekturbedürftig.

Klauseln 3 und 6:

«8.7. Den Verlust, Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung des Zahlungsinstrumentes hat der Kunde unverzüglich, sobald er davon Kenntnis hat, der Erste Bank oder der Sparkasse anzuzeigen und eine Sperre der Karte zu veranlassen. Dies gilt auch, wenn Umstände vermuten lassen, dass ein unbefugter Dritter Kenntnis vom persönlichen Code oder Passwörtern erlangt hat.»

«3. (...) Bei Verlust der persönlichen Identifikationsmerkmale oder bei Bestehen des Verdachtes, dass eine unbefugte Person von den persönlichen Identifikationsmerkmalen Kenntnis erhalten hat, ist der Kunde verpflichtet, dies dem Kreditinstitut unverzüglich telefonisch via 24h Service – unter

+43 (0) 5 0100 und der Bankleitzahl seines Kreditinstitutes – oder dem Kundenbetreuer mitzuteilen.»

Nach Ansicht des Erstgerichts könne dem Verbraucher eine Anzeigeverpflichtung bei bloßem Verdacht schon nach dem Wortlaut des § 63 Abs 2 ZaDiG 2018 nicht auferlegt werden. Die Klauseln seien daher unzulässig.

Die Beklagte hielt dem in der Berufung entgegen, dass aus teleologischer Sicht zu berücksichtigen sei, dass bei Vorliegen eines Falls des § 63 Abs 2 ZaDiG die Grenze zwischen tatsächlicher Kenntnis auf der einen und dem Verdacht auf der anderen Seite aus praktischer Sicht kaum gezogen werden könne und es somit praktisch kaum zu Fällen kommen werde, in denen nicht ohnehin die tatsächliche Kenntnis eines Missbrauchs vorliege. Weil somit auf faktischer Ebene im Wesentlichen idente Fallkonstellationen vorlägen, könnten beide Fallkonstellationen durch Subsumtion unter § 63 Abs 2 ZaDiG gelöst werden. Es sei auch das Kriterium der Verhältnismäßigkeit erfüllt, weil einerseits die Regelungen im Interesse des Kunden liegen. Der Kunde werde in seinem eigenen Interesse sensibilisiert, dass das Zahlungsinstrument sorgfältig zu schützen sei, um nachteilige Folgen vorsorglich zu verhindern. Andererseits werde durch die gegenständlichen Klauseln nur ein dem in § 63 Abs 2 ZaDiG geregelter Fall im Wesentlichen gleichwertiger Fall gleich geregelt. Es würde mit den Klauseln einem Kunden auch keine Verpflichtung auferlegt, welche das Haftungssystem des § 68 ZaDiG in unzulässiger Weise erweitern würde.

Der Kläger hielt dem entgegen, dass nur eine Konkretisierung der gemäß § 55 Abs 2 ZaDiG 2018 zu Gunsten des Verbrauchers einseitig zwingenden Sorgfaltspflichten zulässig sei, nicht aber eine Erweiterung oder Verschärfung dieser Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers. Die Klauseln verstießen auch gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil es völlig unklar bleibe, ab wann sich eine Vermutung oder ein

Verdacht derart erhärtet habe, dass eine Anzeigepflicht entstehe.

Nach § 63 Abs 2 ZaDiG 2018 müssen der Verlust, der Diebstahl, die missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung des Zahlungsinstruments durch den Zahlungsdienstnutzer unverzüglich dem Zahlungsdienstleister angezeigt werden, sobald er davon Kenntnis hat. Jedoch sieht diese Bestimmung nicht vor, dass auch bei Umständen, die dies bloß vermuten lassen/bei einem (bloßen) Verdacht – so wie in den Klauseln 3 und 6 formuliert – eine derartige Anzeigepflicht gesetzlich vorgegeben wäre. Insoweit ist dem Kläger zuzustimmen, dass eine Erweiterung der in § 63 Abs 2 ZaDiG 2018 vorgesehenen Anzeigepflicht jedenfalls unzulässig ist. Dass zwischen *Verlust, Diebstahl und missbräuchlicher Verwendung* und einem Verdacht darauf nicht nur ein sprachlicher, sondern ein faktischer (sowie praktischer) Unterschied besteht, liegt auf der Hand.

Eine Erweiterung ist auch in Bezug auf die Klausel 2 nicht erforderlich, zumal der Zahlungsdienstnutzer ohnedies die personalisierten Sicherheitsmerkmale nach § 63 ZaDiG 2018 vor dem unbefugten Zugriff Dritter zu schützen hat.

Die Klausel bleibt auch insoweit intransparent, als nicht näher konkretisiert ist, ab wann ein derartiger Verdacht oder eine derartige haftungseinschränkende Vermutung die Anzeigepflicht auslösen soll. Unbestimmt bleibt auch, ob auf die subjektive oder auf die objektive Kenntnis des Zahlungsdienstnutzers abzustellen ist. Es kann auch nicht nachvollzogen werden, wie der Verbraucher in seinem eigenen Interesse dadurch sensibilisiert werden soll, das Zahlungsinstrument sorgfältiger zu schützen.

Klauseln 4, 5, 7 und 8:

«8.8. Sofern der Karteninhaber in betrügerischer Absicht gehandelt hat oder eine oder mehrere seiner in diesen Bedingungen festgelegten Sorgfaltspflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, wird dem

Kontoinhaber der Betrag (samt Kosten und Zinsen) des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs nicht erstattet.»

«8.10. Hat der Karteninhaber leicht fahrlässig gehandelt, so trägt die Erste Bank jedenfalls den EUR 50,00 übersteigenden Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs.»

«4.1.1. Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung von „George“, so wird dem Kontoinhaber, wenn der Kunde in betrügerischer Absicht gehandelt hat oder eine oder mehrere seiner in diesen Bedingungen festgelegten Sorgfaltspflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, der Betrag (samt Kosten und Zinsen) des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs nicht erstattet.»

«4.1.2. Hat der Kunde, der Verbraucher ist, nur leicht fahrlässig gehandelt (ist ihm also eine Sorgfaltswidrigkeit unterlaufen, die auch einem durchschnittlich sorgfältigen Kunden unterlaufen kann), so trägt das Kreditinstitut jedenfalls den EUR 50,-- übersteigenden Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs.»

Nach Ansicht des Erstgerichts habe eine starke Kundenauthentifizierung schon ab 1.6.2018 durchgeführt werden können, weil sie schon gesetzlich definiert gewesen sei. § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 sei bereits am 1.6.2018 in Kraft getreten und diese Klauseln verstoßen dagegen. Im Übrigen liege ein Verstoß gegen § 67 Abs 2 ZaDiG 2018 vor oder führe der Verweis auf andere (unwirksame) Klauseln zu einer Unwirksamkeit der verweisenden Klausel.

Die Beklagte hält dem in der Berufung entgegen, dass bis 14.9.2019 keinesfalls ein Verstoß gegen die Bestimmung des österreichischen Rechts vorliege. § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 könne nicht vor dem Inkrafttreten der diese Bestimmung flankierenden Bestimmungen, insbesondere § 87 ZaDiG 2018 oder die Delegierte VO (EU) 2018/389 vor dem 14.9.2019 angewendet werden. Daher könne ein Unterlassungsgebot - wenn überhaupt - nur in diesem Umfang erlassen werden. Jedenfalls sei vor dem 14.9.2019 eine starke Kundenauthentifizierung weder eine Verpflichtung noch eine Obliegenheit des Zahlungsdienstleisters gewesen. Sollten

Zweifel an der Auslegung der unionsrechtlichen Grundlagen bestehen, werde ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH angeregt.

Der Kläger wies darauf hin, dass die starke Kundenauthentifizierung bis 14.9.2019 für Internetzahlungen durch § 4 Z 28 ZaDiG 2018 und die EBA-Leitlinien geregelt gewesen sei. Das bedeute, dass es bereits vor dem 14.9.2019 nach der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers in § 68 Abs 5 iVm § 119 Abs 1 ZaDiG 2018 zu einer Haftungsfreistellung des Zahlers gekommen sei und es daher eine Obliegenheitsverletzung gewesen sei, wenn der Zahlungsdienstleister keine starke Kundenauthentifizierung verlangt habe, die dem bis dahin maßgeblichen Vorgaben entsprochen habe.

Aus Sicht des Berufungsgerichts ist der Beklagten Folgendes entgegenzuhalten: Das ZaDiG 2018 sieht für elektronische Zahlungen neue zusätzliche Obliegenheiten und Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters vor, um Betrugsrisiken zum Schutz der Zahlungsdienstnutzer soweit wie möglich zu begrenzen. Werden Sicherheitsstandards nicht eingehalten, stellt das Gesetz den Zahlungsdienstnutzer im Fall von Missbräuchen (nicht autorisierten Zahlungsvorgängen) selbst dann vollständig haftungsfrei, wenn er selbst die ihn treffenden Sorgfaltspflichten verletzt hat.

Die Kundenauthentifizierung wird ab 1.6.2018 zunächst in § 4 Z 28 und § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 erstmals genauer geregelt. In der Begriffsbestimmung des § 4 Z 28 ZaDiG 2018 werden die grundsätzlichen Anforderungen an eine starke Kundenauthentifizierung festgelegt. Bei ihr muss die Berechtigung des Nutzers anhand von mindestens zwei Elementen der Kategorie Wissen (etwas, was nur der Nutzer weiß), Besitz (etwas, was nur der Nutzer besitzt) oder Inharanz (etwas, das nur der Nutzer ist) überprüft werden.

Die gemäß § 4 Z 28 ZaDiG 2018 notwendigen Vorkehrungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Authentifizierungsdaten

werden in den EBA-Leitlinien für Internetzahlungen und ab 14.9.2019 für alle elektronischen Zahlungsvorgänge in den Art 22 bis 27 VO (EU) 2018/389 näher präzisiert. Ab 14.9.2019 erweitern sich die inhaltlichen Vorgaben für die starke Kundenauthentifizierung gegenüber § 4 Z 28 ZaDiG 2018 zwar wesentlich, weil sie nach Art 4 VO (EU) 2018/389 dann nicht mehr nur auf mindestens zwei Elemente der Kategorien Wissen, Besitz und Inhärenz beruhen muss, sondern auch die Generierung eines Authentifizierungscodes nach sich ziehen, der nur einmal verwendet werden kann und für dessen Berechnung die Delegierte VO in Art 4 Abs 2 umfangreiche Sicherheitsmaßnahmen vorschreibt.

Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 vorsieht, dass der Zahler dem Zahlungsdienstleister nicht zum Schadenersatz verpflichtet ist, wenn der Zahlungsdienstleister keine starke Kundenauthentifizierung verlangt hat. War es zunächst nur eine haftungsrechtliche Obliegenheit, welche nicht auf elektronische Zahlungsvorgänge beschränkt war, wurde es mit 14.9.2019 eine in Kraft getretene (gesetzliche) Sorgfaltspflicht für elektronische Zahlungsvorgänge (vgl. *Haghofer*, Starke Kundenauthentifizierung nach dem ZaDiG 2018, VbR 2018/95 mwN).

Die starke Kundenauthentifizierung ist daher seit 1.6.2018 eine haftungsrechtliche Obliegenheit des Zahlungsdienstleisters, deren Verletzung im Fall einer missbräuchlichen Verwendung des Zahlungsinstruments zum Verlust von Schadenersatzansprüchen führt, die er ansonsten gegenüber dem Zahler geltend machen könnte, wenn dieser den Schaden schuldhaft verursacht.

Im Ergebnis ist daher dem Erstgericht beizupflichten, dass diese Klauseln § 68 Abs 5 ZaDiG 2018 entgegenstehen, weil eine Haftung des Zahlers nur bei Handeln in betrügerischer Absicht möglich ist. Ebenfalls steht der Erstattungs Ausschluss des Zahlungsdienstleisters bei grober

Fahrlässigkeit sowie bei grob fahrlässiger Verletzung von Nutzungsbedingungen § 67 Abs 2 ZaDiG 2018 entgegen.

Da diese Klauseln bereits auf Grund der damals bestandenen Rechtslage unwirksam sind, erübrigt sich eine Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH in Bezug auf die angeregte Auslegung der Richtlinie (EU) 2015/2366 oder der Delegierten VO (EU) 2018/389.

Klausel 9:

«4.2 Sonstige Haftung des Kunden bzw. des Kreditinstituts (gilt nicht für Zahlungsdienste)

4.2.1 Sofern der Kunde seine persönlichen Sicherheits- und Identifizierungsmerkmale einem Dritten überlässt oder sofern ein unberechtigter Dritter infolge einer Sorgfaltswidrigkeit des Kunden Kenntnis von den persönlichen Sicherheits- und Identifikationsmerkmalen erlangt, trägt der Kunde bis zur Wirksamkeit der Sperre (siehe Punkt 3.) alle Folgen und Nachteile infolge der missbräuchlichen Verwendung. Ab der Wirksamkeit einer Sperre haftet der Kunde nicht mehr.»

Das Erstgericht erachtete diese Klauseln in der Gesamtheit als intransparent. Beim Begriff „Zahlungsdienst“ sei für einen Kunden nicht klar, welchen Bedeutungsgehalt dieser haben soll, sodass ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vorliege. Wiewohl Punkt 4.2.1 weder gegen § 879 Abs 3 ABGB noch gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoße, schlage auf Grund des Umstand, dass Punkt 4.2 und Punkt 4.2.1 eine Einheit bilden, diese Intransparenz auf den Unterpunkt durch.

Die Beklagte trägt in der Berufung dagegen vor, dass der Begriff *Zahlungsdienste* gesetzlich exakt definiert sei, nach welchem - insbesondere auch durch das ZaDiG 2018 - klar abgegrenzt werde, für welche Leistungen welche Regelungen gelten müssen. Aus der Klausel gehe unzweifelhaft hervor, dass sie für jene Dienstleistungen gelte, die keine Zahlungsdienste seien, nämlich für andere Formen der Dienstleistungen der Beklagten im Rahmen des Geschäftsverhältnisses mit dem Kunden. Es sei keine unnötig komplizierte oder irreführende Terminologie, sondern setze

einen gesetzlich exakt definierten Begriff ein, unter dem sich der Kunde auch eine eigene Vorstellung bilden könne. Weil schon bei Punkt 4.2 keine Intransparenz vorliegen, könne diese auch nicht auf den Unterpunkt 4.2.1 durchschlagen.

Dem kann nicht gefolgt werden, weil dem Verbraucher in der Regel nicht klar ist, welche der zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang von „George“ gehörenden Dienste (siehe Punkt 1. „George“, Beilage ./H) „Zahlungsdienste“ sind. Die Verwendung des Begriffs „Zahlungsdienste“ ist für den Verbraucher nicht ausreichend klar bestimmt. Das ZaDiG 2018 beschreibt in § 1 Abs 2 Tätigkeiten als Zahlungsdienste, jedoch müsste der Kunde rechtlich beurteilen, ob die dann von der Beklagten durchgeführte Dienstleistung darunter fallen würde. Es wäre daher notwendig, den verwendeten Fachbegriff verständlich zu erklären. Dass diese Klausel als intransparent beurteilt wurde, ist daher nicht korrekturbedürftig. Aus diesem Grund erübrigt es sich, auf den Unterpunkt 4.2.1 näher einzugehen.

Klausel 10:

«4.2.1 Erteilung von Aufträgen mittels George (...) Das Kreditinstitut behält sich das Recht vor, mittels Internet bzw. Telekommunikation erteilte Aufträge abzulehnen und den Kunden zur persönlichen Vorsprache und Legitimierung einzuladen.»

Nach Ansicht des Erstgerichts sei diese Klausel gröblich benachteiligend, weil die der Beklagten zgedachte Rechtsposition in einem auffälligen Missverhältnis zur Rechtsposition ihres Vertragspartners stehe. Etwa beim Wertpapiergeschäft sei es ein wichtiges Anliegen des Kunden, dass die Order sofort mit Aufgabe platziert werde, um beispielsweise den Schluss der Märkte nicht zu verpassen, damit keine Kursverluste eintreten. Eine sachliche Rechtfertigung der Regelung durch Verbraucherschutzaspekte sei nicht zu sehen, weil die Klausel nicht auf eine Missbrauchsvermutung seitens der Bank abstelle,

sondern von dieser schlechthin alle Aufträge abgelehnt werden könnten.

Die Beklagte beanstandet in der Berufung, dass das Erstgericht keine entsprechende Interessensabwägung vorgenommen habe. Der Vorteil der Klausel liege in der Autorisierungskontrolle, verhindere die persönliche Vorsprache und Legitimierung doch, dass dem Kunden tatsächlich nicht autorisierte Aufträge zugerechnet werden, die in der Folge nur mehr schwer oder gar nicht mehr rückabzuwickeln seien.

Die von der Beklagten hervorgehobene Autorisierungskontrolle (durch persönliche Vorsprache und Legitimierung der Auftragsdurchführung) geht aus dem Text der Klausel jedoch in dieser Form nicht hervor. Vielmehr ist es der Entscheidungsbefugnis der Bank überlassen, ob sie einen solchen Auftrag ausführt oder nicht oder allenfalls durch eine persönliche Vorsprache und Legitimierung verzögert. Derartige Handlungsspielräume, die diese Klausel zulässt, bewirken eine gröbliche Benachteiligung und sind zudem auch intransparent, weil dem Verbraucher nicht klar ist, unter welchen Voraussetzungen sein durch Internet oder Telekommunikation erteilter Auftrag abgelehnt und/oder einer Autorisierungskontrolle unterzogen wird.

Klausel 11:

«4.4. Bei Sparkonten, bei welchen ab dem 15.04.2009 eine individuelle Zinssatzvereinbarung zwischen dem Kunden und dem Kreditinstitut getroffen wird, wird sich das Kreditinstitut mit dem Kunden darauf einigen, dass der entsprechende Zinssatz nur für die jeweils vereinbarte Dauer von zwölf Monaten gewährt, die erste Anpassung des Zinssatzes gemäß der oben angeführten Zinsgleitklausel

- a) im Falle, dass die Eröffnung vom 01. – 14. des ersten Monats eines Quartals vorgenommen wird, zum Anpassungstermin im nächsten Quartal (z. B. Vereinbarung am 10.01.2013 → 1. Anpassung am 15.04.2013)

- b) b) im Falle, dass die Eröffnung nach dem 14. des ersten Monats eines Quartals vorgenommen wird, zum Anpassungstermin im übernächsten Quartal (z. B. Vereinbarung am 17.01.2013 → 1. Anpassung am 15.07.2013) erfolgen und dass nach Ablauf dieser Laufzeit eine Herabsetzung dieses Zinssatzes um 0,5 % erfolgen wird.»

Nach Ansicht des Erstgerichts bewirke die in dieser Klausel vorgesehene Herabsetzung des Zinssatzes um 0,5 % in Zusammenschau mit Punkt 4.5 der Bestimmungen für das *s Individual Sparen/Sparbuch*, der vorsehe, dass die Beklagte auf die Herabsetzung des Zinssatzes verzichten könne, ein einseitiges Leistungsänderungsrecht im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, das dem Verbraucher nicht zumutbar sei.

Die Beklagte trägt in der Berufung dagegen vor, dass ihr diese Klausel keinen Änderungsspielraum einräume. Vielmehr sehe die Klausel vor, dass sich ein vereinbarter Zinssatz nach Ablauf der vereinbarten Zinsperiode um einen von vornherein bestimmten Prozentsatz (konkret: 0,5 %) ändere. Dabei handle es sich um kein einseitiges Leistungsänderungsrecht. Diese Regelung sei auch sachlich gerechtfertigt. Es sei nichts anderes vorgesehen, als dass nach Ablauf einer Zinsvereinbarung nicht mehr der vereinbarte, sondern eben ein um 0,5 % niedrigerer Zinssatz gelten soll. Ausgangspunkt für eine Herabsetzung des Zinssatzes (nach Ablauf einer Zinssatzvereinbarung) sei der entsprechend der Zinsgleitklausel auf Basis des 3-Monats Euribor angepasste (vereinbarte) Zinssatz. Unberücksichtigt geblieben sei, dass der Kunde vor Vertragsabschluss stets eine persönliche Erklärung des Produkts und eine individuelle Beratung erhalte. Der Zinssatz werde immer individuell für 12 Monate vereinbart. Vor Ablauf der 12-Monatsfrist werde der Kunde verständigt. Somit werde der Kunde nicht nur im Rahmen des Abschlusses dieses Sparprodukts, sondern auch während der Laufzeit individuell betreut und beraten. Es könne auch jederzeit eine neue individuelle Zinssatzvereinbarung in der Filiale getroffen

werden. Wenn dann vor Ablauf der bestehenden Zinssatzvereinbarung eine neue Vereinbarung getroffen werde, komme es zu keiner Herabsetzung der Verzinsung um 0,5 %.

Der Kläger weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass eine Herabsetzung auf 0,5 % nicht geringfügig ist. Wie das Erstgericht schon richtig ausgeführt hat, liegt eine Geringfügigkeit deshalb nicht vor, weil 0,5 % höher sind als der 3-Monats-Euribor im Zeitraum Jänner 2019 bis September 2019 zu irgendeinem Zeitpunkt je war. Weil auch die Zinsgleitklausel in Punkt 4.3 der Bestimmungen für das *s Individual Sparen/Sparbuch* den 3-Monats-Euribor als Referenzzinssatz heranzieht und dieser somit maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Zinsen hat, kann eine Senkung um einen Betrag, der den 3-Monats-Euribor übersteigt, keinesfalls geringfügig sein. Dem kann das Berufungsgericht nicht mehr hinzufügen.

Klausel 12:

«6.3. (...) Vorschusszinsfreie Behebungen sind in der Zeitspanne von 28 Tagen vor bis 7 Tage nach Ablauf des ein- oder mehrfachen der im Buch eingetragenen Frist für den entsprechenden Betrag jeweils möglich.»

Nach Ansicht des Erstgerichts sei bei kundenfeindlichster Auslegung dieser Klausel nicht ersichtlich, dass eine Nichtbehebung der Einlage automatisch zu einer neuen Bindung der Einlage führe und der Konsument davon ausgehen werde, dass es sich bei den Vorschusszinsen um „Verzugszinsen“ handle, die anfallen, wenn der angesparte Betrag nicht rechtzeitig behoben werde. Auf den Umstand, dass bei „Liegenlassen“ des angesparten Betrages eine neue Bindung in Form einer neuen Veranlagung statfinde, werde auch sonst in den AGB an keiner Stelle hingewiesen.

Die Beklagte trägt dagegen in der Berufung vor, dass dem Kunden wegen der ausschließlichen persönlichen Beratung bewusst sei, dass es sich um ein Sparprodukt mit revolvingierend gebundenen Einlagen handle und dass, sofern die jeweilige Einlage nach Ablauf der Bindung nicht

innerhalb der Behebungsfrist behoben werde, diese wieder neu veranlagt werde. Es liege weder eine Intransparenz noch ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor. Dem Kunden entstehe aus der Wiederveranlagung auch kein Nachteil. Da jeweils mehrere Einlagen parallel laufen, werde zumeist eine frei, welche der Kunde dann vorschusszinsfrei beheben könne. Wenn der Kunde nach Wiederveranlagung die Einlage vorzeitig behebe, verliere er die für die vorangegangene Veranlagungsperiode angefallene Verzinsung nicht; nur für die laufende Veranlagungsperiode würden Vorschusszinsen verrechnet werden.

Aus Sicht des Berufungsgerichts überzeugen die Argumente der Beklagten nicht, vielmehr ist auf die zutreffende Beurteilung des Erstgerichts zu verweisen (§ 500a ZPO), welches einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG annahm, weil auf die wesentlichen Rechtsfolgen (= automatische Verlängerung der Bindung bei Nichtbehebung) nicht ausreichend hingewiesen wird. Zu ergänzen ist nur, dass aus der Klausel auch nicht hervorgeht, dass eine vorschusszinsfreie Behebung nach Ablauf der Bindungsvereinbarung – und nicht nur bis 7 Tage danach – stets möglich sein soll. Bei der in der Verbandsklage gebotenen Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn kann die Klausel nur so verstanden werden, dass eine (vorschuss-)zinsfreie Abhebung nur bis 7 Tage nach Ablauf der Bindungsvereinbarung möglich ist. Dies wäre auch noch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 13:

«6.4 Das Kreditinstitut behält sich vor, Spareinlagen unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist zu kündigen [...]. Die Verzinsung hört mit dem Ende dieser Kündigungsfrist auf, nicht behobene Beträge können auf Kosten und Gefahr eines Kunden bei Gericht hinterlegt werden.»

Nach Ansicht des Erstgerichts sei diese Klausel gröblich benachteiligend, überraschend und verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 1 ABGB, weil betreffend die einzelnen Einlagen

befristete Dauerschuldverhältnisse vorliegen und durch die Kündigungsmöglichkeit für die Beklagte zu ihren Gunsten vom dispositiven Recht abgewichen werde.

Nach Ansicht der Beklagten treffe die Beklagten bereits mit dem Zustandekommen des Vertrags die in den Bestimmungen s *Individual Sparen/Sparbuch* geregelten Pflichten, die sie insbesondere zur Verzinsung der Einlagen verpflichtete. Diese vertragliche Verpflichtung bestehe auch nach Ablauf einer befristet getroffenen Zinsvereinbarung und nach Ablauf der die einzelne Einlage betreffenden Bindungsfrist weiter. Dass unbefristete Dauerschuldverhältnisse durch eine ordentliche Kündigung beendet werden können, sei ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz. Eine Kündigungsfrist von zwei Monaten sei jedenfalls angemessen.

Aus Sicht des Berufungsgerichts weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass dieses Kündigungsrecht unbeschränkt zu Gunsten der Beklagten formuliert ist. Es ist auch sachlich nicht gerechtfertigt, weil es Sache der Beklagten ist, die Vereinbarung der Spareinlagen so zu konstruieren, dass nach Ablauf der ursprünglichen Bindung wiederum eine Bindung auf bestimmte Zeit eintreten soll. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung kann eine vorschusszinsfreie Auszahlung von befristeten Einlagen dann nicht möglich sein, wenn die Beklagte selbst die Einlage vor dem Ende der Laufzeit kündigt. Aus diesem Grund hat das Erstgericht zu Recht die Klausel als gröblich benachteiligend beurteilt. Zudem ist sie auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil bei befristeten Verträgen auch von nur kurzer Laufzeit der durchschnittlich verständige Verbraucher nicht damit rechnen wird, dass eine Kündigungsmöglichkeit des Vertragspartners besteht.

Klausel 14:

«2.4 Darüber hinaus ist der Mieter, der die Miete für das laufende Kalenderjahr bezahlt hat, nur zur jederzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses

**durch formlose Aufkündigung und Rückgabe des Schließfachschlüssels
berechtigt. Eine Rückvergütung anteiliger Mietbeträge findet nicht statt.»**

Aus Sicht des Erstgerichts sei bei kundenfeindlichster Auslegung der Mietzins niemals anteilig zurückzuerstatten, selbst bei einer Auflösung des Vertrags aus wichtigem Grund. Dies führe zu einer unzulässigen generellen Abbedingung eines anteiligen Rückforderungsanspruchs.

In der Berufung trägt die Beklagte dagegen vor, dass die Kündigung aus wichtigem Grund ohnedies nicht abbedungen werden könne. Eine derartige Kündigung habe zur Folge, dass das Rechtsverhältnis ex nunc aufgelöst werde, was folglich eine Rückabwicklung der für die zukünftigen Vertragsdauer bestimmten Vorleistungen führe. Diese Grundsätze gelten, ohne dass sie vereinbart werden müssten. Somit könne der Klausel eine generelle Abbedingung eines anteiligen Rückforderungsanspruchs nicht unterstellt werden. Der Kunde habe für die Nutzung des Sparbuchschießfachs nur EUR 16,60 an Jahresentgelt zu entrichten. Dieses Entgelt sei als äußerst gering anzusehen, insbesondere wenn man berücksichtige, dass dies einem Entgelt pro Tag von EUR 0,04547945 entspreche. Setze man diese geringen Beträgen in Relation zum Verwaltungsaufwand bei der Beklagten, wenn man diese zu einer kleinteiligen Aliquotierung des ohnehin geringen Jahresentgelts verpflichten würde, werde deutlich, dass die Vorteile des Kunden klar überwiegen.

Diese Argumentation überzeugt nicht, zumal aus dieser Klausel nicht hervorgeht, dass selbst bei der Auflösung aus wichtigem Grund vor Vertragsende eine Rückerstattung des bereits geleisteten Mietzinses erfolgt. Der angeführte Verwaltungsaufwand ist für das Berufungsgericht auch nicht nachvollziehbar, zumal ohnedies die Auflösung des Mietverhältnisses in der Regel dokumentiert wird.

Klausel 15:

«3.1 Der Mietzins richtet sich nach den im Kassenraum durch Aushang verlautbarten Sätzen.»

Nach Ansicht des Erstgerichts verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, weil diese weder die Umstände nenne, unter denen die Beklagte das Entgelt erhöhen könne, noch eine umstandsbedingte Entgeltssenkung vorsehe. Z 44b der allgemeinen AGB gelte für den Sparbuchschießfachvertrag nicht.

Die Beklagte führt diesbezüglich in der Berufung an, dass die Klausel nur so verstanden werden könne, dass sie das Entgelt im Zeitpunkt des Abschlusses des Sparbuchschießfachvertrags regeln wolle; es handle sich somit um einen statischen Verweis auf den im Kassenraum befindlichen Aushang. Die gegenständliche Klausel werde durch Z 44b der allgemeinen AGB ergänzt, weil diese eine Anpassungsklausel für das Entgelt in Dauerverträgen enthalte, die keine Zahlungsdienste betreffen. Diese Klausel sei somit jedenfalls auch auf den Sparbuchschießfachvertrag anzuwenden, handle es sich dabei doch evidenterweise um keine Zahlungsdienste.

Das Erstgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass diese in den Bedingungen für die Überlassung von Sparbuchschießfächern enthaltene Klausel als Sonderbedingung im Verhältnis zu den allgemeinen AGB der Beklagten nach Z 1 Abs 1 letzter Satz der allgemeinen AGB Vorrang beansprucht, sodass sich die Beklagte auch nicht darauf berufen kann, dass es sich nur um eine Ergänzung der Regelung in Z 44b der allgemeinen AGB handelt. Bei kundenfeindlichster Auslegung wäre es daher möglich, dass eine Änderung des Kassenaushangs und der darin verlautbarten Entgelte auch zu einer Änderung der auf die Vereinbarung mit dem Vertragspartner der Beklagten anzuwendenden Entgelte führen soll/könnte. Dafür, dass der Verweis bloß statisch wäre, gibt es keine Anhaltspunkte.

Der Umstand, dass hier mehrere denkbare Auslegungsvarianten gegeben sind, führt auch aus Sicht des Berufungsgerichts dazu, dass Intransparenz vorliegt. Die Beurteilung des Erstgerichts ist daher nicht korrekturbedürftig.

Soweit die Beklagte ausführt, dass bis auf die Klauseln 11, 12, 13, 15 und 18 (Klausel 18 ist ohnedies nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens) sämtliche anderen Klauseln mit 11.2.2019 – also vor Schluss der mündlichen Verhandlung – adaptiert oder ersatzlos gestrichen worden seien, übersieht sie den Umstand, dass die bloße Änderung der AGBs die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt. Auch die weitere Verteidigung der beanstandeten Klauseln in der Berufung zeigt, dass die Beklagte nach wie vor davon ausgeht, dass diese Klauseln zulässig waren. Zudem ist auch nicht gewährleistet, dass sich die Beklagte gegenüber Kunden für den Zeitraum vor dem 11.2.2019 nicht auf die diesbezüglich geltenden AGB beruft, welche auch die inkriminierten Klauseln enthalten.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS Justiz RS0041265/[T2]).

Der OGH hat sich erst jüngst in zwei Entscheidungen (9 Ob 82/17z [Pkt. III]; 9 ObA 73/17a [Pkt. 5.] mit der Frage der Leistungsfrist für Unterlassung der Verwendung der unzulässigen Klauseln einerseits und jener für das Verbot der Berufung auf diese Klausel andererseits ausführlich auseinandergesetzt. Dabei gelangte er zusammengefasst zum Ergebnis, dass die Frage der Zulässigkeit einer Leistungsfrist für das „Sich-Berufen“ auf unzulässige Klauseln nicht generell nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip zu beantworten ist. Vielmehr kann es Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandnehmen von einem Sich-Darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses

Unterlassungsgebots eine weitere aktiven Vorkehrungen erfordern, aber auch Klauselwerke, die bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern, dass sie weiter er Gestion von Altverträgen zu Grunde gelegt werden. Dieser Rechtsauffassung sind mittlerweile weitere Entscheidungen gefolgt (6 Ob 56/18f; 1 Ob 57/18s). Da die Klauseln zum einen Zinsgleitklauseln und zum anderen auch Bestimmungen enthalten, die die Rechtsposition des Vertragspartners einschränken, bedürfen sie einer knapp bemessenen Leistungsfrist, um zu verhindern, dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zu Grunde gelegt werden. Nach Ansicht des Berufungsgerichts erscheint daher die vom Erstgericht gewählte Leistungsfrist von drei und sechs Monaten (bezogen auf die jeweils betroffenen Klauseln) durchaus angemessen.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass die Urteilsveröffentlichung in einem Massenmedium wie der „Kronen-Zeitung“ weit überschießend sei. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Vielzahl der nach Spruchpunkt I. des erstinstanzlichen Urteils zu unterlassenden Klauseln Leistungen betreffen, die online abgewickelt werden.

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RS0121963). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr und die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen rechtswidrig sind (RS0121963 [T7]).

Eine Veröffentlichung in der bundesweit erscheinenden Samstag-Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (6 Ob

169/15v; 4 Ob 110/17f uwN). Die Ermächtigung, das gesamte stattgebende Urteil zu veröffentlichen, umfasst dabei auch die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung (zu alledem jüngst 9 Ob 16/18w mwN).

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 4 ZPO.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der Bewertung des Klägers.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die vorliegende Entscheidung eine Vielzahl an Verbrauchern unmittelbar betrifft und auch wesentliche Rechtsfragen im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO umfasst (RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 33, am 9. September 2020

Dr. Reinhard Hinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG