



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 101/17f

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Mag. Janschitz und Mag. Fitz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **DenizBank AG**, Thomas-Kleist-Platz 1, 1030 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger + Partner, Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-), sowie wegen des Urteilsveröffentlichungsantrags der beklagten Partei, über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 4.500,--) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 31.500,--) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 28.4.2017, 11 Cg 60/16k-13, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

1.1. Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

1.2. Der Berufung der klagenden Partei **wird Folge** gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt wie folgt zu lauten hat (die Abänderungen des Ersturteiles sind unterstrichen):

„1. 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:

- Aus Sicherheitsgründen (zB wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass persönliche Identifikationsmerkmale eines größeren, nicht konkretisierbaren Kundenkreises durch Unberechtigte missbraucht werden könnten) kann die Bank ein bankweit geltendes Transaktionslimit pro ITan einführen. Über die Einführung und die Dauer eines solchen Transaktionslimits für ITan wird die Bank den Kunden mittels Nachricht unmittelbar nach dem Einstieg in das Onlinebanking informieren.

- Die Bank ist berechtigt die Benutzernummer(n) eines Kunden zu sperren, wenn der Kunde seine aus diesen Bedingungen resultierenden Pflichten verletzt oder ein Missbrauch von persönlichen Identifikationsmerkmalen bereits erfolgt (oder insbesondere aufgrund der Bank von Dritten zugekommenen Informationen) zu befürchten ist.

- Sind persönliche Identifikationsmerkmale missbräuchlich verwendet worden, ist vom Kunden auf Verlangen der Bank, überdies unverzüglich Anzeige bei der Polizei zu erstatten und der Bank eine Anzeigenbestätigung vorzulegen.

- Die Bank hat für die von ihr im Rahmen des Onlinebanking erbrachten Leistungen Anspruch auf Entgelt und Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Aufwendungen. Die Höhe dieser Entgelte und Aufwandsätze sind dem in den Filialen der Bank aufliegenden Aushang zu entnehmen.

- Bei derzeit entgeltfrei angebotenen Dienstleistungen kann die Bank nach entsprechender Ankündigung ein Entgelt verrechnen. Diese Entgeltsankündigung wird dem Onlinebanking-Kunden von der Bank rechtzeitig vor Wirksamwerden des Entgeltes mittels Brief, über Kontoauszug oder elektronisch im Rahmen des Onlinebanking über Internet bekannt gegeben und gilt als genehmigt, sofern der Kunde nicht binnen 6 Wochen nach Erhalt der entsprechenden Ankündigung widerspricht.

- Sofern ein Kunde seiner Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN zuwider handelt oder sofern ein unberechtigter Dritter infolge einer Sorgfaltswidrigkeit des Kunden Kenntnis von den persönlichen Identifikationsmerkmalen des Kunden erlangt, trägt der Kontoinhaber bis zur Wirksamkeit der Sperre der Verfügernummer des Kunden (siehe Punkt 7.1) alle Folgen und Nachteile infolge einer missbräuchlichen Verwendung von PIN und TAN im Rahmen des Onlinebanking.

- Für Schäden, die aus unvollständigen oder unrichtigen Angaben bei der Vornahme von Dispositionen resultieren, haftet der Kontoinhaber.

- Bei Schäden eines Kontoinhabers durch einen Fehler in den Einrichtungen der Bank zur automatisierten Datenverarbeitung, für welche die Bank ohne ein von ihr zu vertretendes schuldhaftes Verhalten haftet, ist diese Haftung pro schädigendem Ereignis gegenüber jedem einzelnen Kunden mit einem Betrag von höchstens EUR 10.000,- und überdies insgesamt gegenüber allen Kunden auf höchstens EUR 1.000.000,- begrenzt. Übersteigt der Gesamtschaden die Höchstgrenze, so verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilmäßig.

- Änderungen dieser Geschäftsbedingungen durch die

Bank werden dem Kunden zur Kenntnis gebracht. Dies kann mittels Brief über einen Kontoauszug oder im Rahmen des Onlinebanking auch auf elektronische Weise geschehen.

Änderungen gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht binnen 6 Wochen nach Zugang eines solchen Briefes, Kontoauszuges oder einer elektronischen Nachricht über Onlinebanking schriftlich widerspricht. Die Bank wird den Kunden anlässlich der Benachrichtigung auf diese Genehmigungswirkung ausdrücklich hinweisen.

- Mit Zustellung eines Kontoauszuges beginnen allfällige Reklamations- und Widerspruchsfristen von 6 Wochen zu den zugestellten Erklärungen und Nachrichten der Bank zu laufen.

- Den Kontoinhaber trifft die Obliegenheit der regelmäßigen Abrufung.

- 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 Deniz-Bank 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 DenizBank AG wird den Kunden in seinem Änderungsvorschlag darauf hinweisen und aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Außerdem wird die DenizBank AG eine Gegenüberstellung über die von der Änderung der Kundenrichtlinien betroffenen Bestimmungen auf ihrer Internetseite veröffentlichen und diese Gegen-

überstellung 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 DenizBank AG in ihrem Änderungsvorschlag an den Kunden hinweisen.

- **Kein Nachweis der Autorisierung:** Da der Zweck von Zahlungen von Kleinbetragsbeträgen ohne Eingabe des persönlichen Codes in einer vereinfachten, ohne Autorisierung erfolgenden Abwicklung eines Zahlungsvorgangs liegt, muss die DenizBank AG nicht nachweisen, dass der Zahlungsvorgang autorisiert war, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Störung beeinträchtigt wurde.

- **Keine Haftung für nicht autorisierte Zahlungen:** Da bei Verwendung der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes die DenizBank AG nicht nachweisen kann, dass der Zahlungsvorgang vom Karteninhaber autorisiert wurde, besteht keine Verpflichtung der DenizBank AG, im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Auch darüber hinausgehende Ansprüche gegen die DenizBank AG sind - sofern sie auf leichter Fahrlässigkeit der DenizBank AG

beruhen - ausgeschlossen.

- Warnhinweis: Das Risiko eines Missbrauchs der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes trägt der Kontoinhaber

- Keine Sperre für Kleinbetragszahlungen bei Abhandenkommen der Bezugskarte möglich: Eine Sperre der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ist technisch nicht möglich. Bei Abhandenkommen (zB Verlust, Diebstahl der Bezugskarte können weiterhin auch nach einer Sperre gemäß Punkt 2.7 Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes bis zum Betrag von EUR 75,00,-- vorgenommen werden: Diese Beträge werden nicht erstattet. Da es sich um Kleinbetragszahlungen im Sinne des § 33 ZaDiG (Zahlungsdienstegesetz) handelt, nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens EUR 25,00 möglich sind und eine Möglichkeit, die Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes zu sperren, nicht besteht, ist § 44 Abs 3 ZaDiG nicht anwendbar.

- Soweit für Kleinbetragszahlungen nicht ausdrücklich in Punkt 3. eine Sonderregelung enthalten ist, gelten für diese auch die Regelungen des Punktes 2 (Kartenservice).

- Neben den im Preisaushang ausgewiesenen Entgelten der DenizBank AG fallen unter Umständen noch Barauslagen an, die die DenizBank AG in Ausführung der Kundenaufträge an Dritte zu bezahlen hat. Auch diese Barauslagen sind vom Kunden zu tragen.

- Ist es im Rahmen einer von der DenizBank AG zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die DenizBank AG anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonfor-

men Devisenkurses, den die DenizBank AG ihren Kunden, allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag in ihrem Schalteraushang zum Abruf bereit und sind unmittelbar anwendbar. Die anlässlich dieses Vorgangs anfallenden weiteren Entgelte der DenizBank AG sind dem Preisverzeichnis zu entnehmen.

- Die PIN ist regelmäßig zu ändern.

- Alle übrigen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträge kann das Kreditinstitut jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen.

- Auf Grund eines solchen Auftrages des Kunden wird die Bank unverzüglich die Sperre der Benutzernummer(n) veranlassen.

- Die Aufhebung dieser Sperren ist nur durch den Kunden schriftlich oder persönlich in einer Filiale der Bank möglich.

- Vorzeitige Fälligstellung: Der Kontoinhaber kann eine vorzeitige Fälligstellung des Festgeldkontos beantragen. Der Antrag muss schriftlich erfolgen. Dabei wird der Zinssatz für die neu errechnete Laufzeit rückwirkend auf derzeit 0,5% p.a. herabgesetzt. Der Anlagebetrag sowie die sich so errechnenden Zinsen werden auf das Stammkonto (Pkt II./1) übertragen.

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

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den Urteilsspruch im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zei-

tung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 9.231,60 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 1.389,-- Pauschalgebühren und EUR 1.307,10 USt) zu ersetzen.“

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei deren mit EUR 1.274,97 (darin EUR 121,83 USt und EUR 544,- Barauslagen) bestimmte Kosten der Berufung und deren mit EUR 2.723,52 (darin EUR 453,92 USt) bestimmte Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein im Sinne des § 29 KSchG. Die Beklagte betreibt österreichweit das Bankgeschäft und tritt dabei auch mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KschG in rechtsgeschäftlichen Kontakt. Sie verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen („AGBs“) und Vertragsformblätter sowie massenhaft vervielfältigte gleichlautende schriftliche Informationsblätter, die sie Verbrauchern aushändigt, darunter auch

- „Teilnahmebedingungen Internet Banking“
- „Kundenrichtlinien für Bezugskarten - Fassung Oktober 2015“
- „Sonderbedingungen Online Sparen“
- „Allgemeine Geschäftsbedingungen der DenizBank AG

- Fassung Jänner 2016"

- „Allgemeine Infomationen zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher"
- „Allgemeine Infomationen zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher außerhalb eines Girokontovertrages"

Der **Kläger** strebt mit seinem Unterlassungsbegehren an, der Beklagten die Verwendung von im Einzelnen konkret dargelegten (im Spruch dieser Entscheidung genannten) oder sinngleichen Klauseln zu verbieten und sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen. Die Klauseln würden gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG), sowie die guten Sitten verstoßen. Einige Klauseln seien auch überraschend und für den Vertragspartner des Verwenders der ABGs nachteilig und/oder nicht ausreichend transparent. Es wird auch ein Veröffentlichungsbegehren erhoben.

Die **Beklagte** beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln seien weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz (insbesondere dem ZaDiG) und den guten Sitten in Einklang. Die Beklagte beantragt auch, ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsabweisenden Teil des Urteilsspruchs auf Kosten des Klägers zu veröffentlichen.

Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit werden der Wortlaut der einzelnen Klauseln, das dazu erstattete Parteivorbringen sowie die Erwägungen des Erstgerichts nicht vorweg, sondern bei der Behandlung der Rechtsmittel der jeweiligen Partei dargestellt.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich der - laut Bezeichnung im angefochte-

nen Urteil - Klauseln 1, 3 , 5 - 19, und 21 bis 24 statt (ohne Setzung einer Leistungsfrist) und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der Klauseln 2, 4 und 20 wies das Erstgericht die Klage ab. Den Gegenveröffentlichungsantrag der Beklagten wies es ebenfalls ab.

Gegen die Abweisung des Klagebegehrens im oben aufgezeigten Umfang richtet sich die **Berufung des Klägers**. Die **Berufung der Beklagten** wendet sich gegen den klagsstattgebenden Teil des angefochtenen Urteils sowie die Abweisung des Gegenveröffentlichungsantrages. Der Kläger macht den Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend, mit dem Antrag, der Klage zur Gänze stattzugeben; die Beklagte macht den Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung sowie einen Verfahrensmangel geltend, mit dem Antrag, das Urteil im gänzlich klagsabweisenden Sinn abzuändern und dem Antrag auf Gegenveröffentlichung im beantragten Umfang Folge zu geben; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Parteien beantragen, der Berufung des jeweiligen Prozessgegners nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt.

Die Berufung des Klägers ist berechtigt.

I. Vorbemerkungen:

1. Voranzustellen ist, dass - wie im Wesentlichen bereits das Erstgericht festgehalten hat (§ 500a ZPO) - im Verbandsprozess nach § 28 KSchG von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist (in jüngerer Zeit zusammenfassend etwa 10 Ob 28/14m):

1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde

legt, oder in dabei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

1.2 Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein "Überrumpelungseffekt" innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln.

1.3. 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 Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen. Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachli-

che Rechtfertigung gibt. Das 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).

1.4. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klausel 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 RS0038205; RS0016590). Für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RIS-Justiz RS0016590 [T1, T15]).

1.5. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGBs enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert von einander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187).

1.6. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klau-

seln in Verbraucherverträgen enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RIS-Justiz RS0037107). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219 [T9]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0037107 [T6]). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115217 [T12]). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (4 Ob 221/06p, Punkt 2.23 = ÖBA 2007, 981 [Rummel] = ecolex 2007, 601 [Wilhelm]).

1.7 Von besonderer Relevanz ist auch im vorliegenden Fall das am 1. 11. 2009 in Kraft getretene Zahlungs-

dienstegesetz (ZaDiG), BGBl I 2009/66, mit dem insoweit die Zahlungsdienste-Richtlinie RL 2007/64/EG vom 13. 11. 2007, ABl 2007 L 319/1 (in der Folge ZaDi-RL), in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde. 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. Das Zahlungsdienstegesetz legt die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden (§ 1 Abs 1 ZaDiG). Ein Abweichen von diesem Gesetz 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 (6 Ob 120/15p mwN).

II. Zur Berufung der Beklagten:

A. Klauseln betreffend die „Teilnahmebedingungen Internetbanking“

1. Zu Klausel 1 :

1.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Aus Sicherheitsgründen (zB wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass persönliche Identifikationsmerkmale eines größeren, nicht konkretisierbaren Kundenkreises durch Unberechtigte missbraucht werden könnten) kann die Bank ein bankweit geltendes Transaktionslimit pro ITan einführen. Über die Einführung und die Dauer eines solchen Transaktionslimits für ITan wird die Bank den Kunden mittels Nachricht unmittelbar nach dem Einstieg in das Onlinebanking informieren.“

1.2. Der Kläger argumentiert zusammengefasst, die Klausel benachteilige Konsumenten gröblich im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Es handle sich um ein einseitiges Leistungsänderungsrecht, es weise mit nicht näher definierten Sicherheitsgründen keine sachliche Rechtfertigung auf und könnte beliebig niedrig angesetzt werden. Da es betragslich nicht eingeschränkt sei, sei es auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG. Im übrigen stelle es eine Änderung des Rahmenvertrages dar und verstoße damit gegen § 29 Abs 1 ZaDiG. Es sei auch keine adäquate Lösung im Fall des Auftretens von Sicherheitslücken, keinesfalls dürfe dieses Risiko auf den Konsumenten abgewälzt werden.

1.3. Die Beklagte entgegnet, die Klausel beschränke sich nur auf die eine Möglichkeit der Freigabe von Transaktionen mittels ITan, der Kunde müsse sich nicht für ein solches Verfahren entscheiden und habe jedenfalls sämtliche anderen Möglichkeiten der elektronischen Überweisung weiterhin offen. Sie diene der Erhöhung der Sicherheit

vor allem der Kunden, weil Hacker-Angriffe lediglich auf Endgeräten erfolgen könnten. Die Beklagte selbst würde von dieser Klausel nicht profitieren; vor dem Hintergrund des § 39 BWG sei sie erforderlich. Die Einhaltung der zweimonatigen Frist des § 29 Abs 1 ZaDiG wäre in den hier interessierenden Fällen nicht sinnvoll, da das kurzfristig und anlassbezogen zu handhaben wäre.

1.4. Das Erstgericht erachtet die Klausel als in mehrfacher Hinsicht intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG. Es wäre unklar, in welchen konkreten Fällen die Ermächtigung der Bank bestünde, das Transaktionslimit zu ändern, welche Limits es gäbe, wie lange das möglich sei und ob es von einem Verschulden der Beteiligten unabhängig sei.

1.5. Die Berufung wiederholt im Wesentlichen das erstinstanzliche Vorbringen und weist neuerlich auf die Schutzfunktion für den Kunden und die Verpflichtung hin, Vorkehrungen gegen Cyberkriminalität sowie Terrorismus zu treffen. Im Ernstfall könnten durch diese Klausel Kundengelder gesichert werden.

1.6. Das Berufungsgericht erachtet die Rechtsansicht des Erstgerichts als zutreffend (§ 500a ZPO).

Auf den Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, kann sich die Beklagte im Verbandsprozess grundsätzlich nicht stützen (8 Ob 58/14h mwN). Ebensowenig ist daher von Relevanz, ob diese Klausel tatsächlich noch in Verwendung steht oder dem Kunden ohnehin andere Überweisungsformen zur Verfügung stehen.

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.

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, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden. 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 (8 Ob 58/14h mwN).

Die hier verwendete Bestimmung ist in mehrfacher Hinsicht intransparent: Weder ist klar wodurch ein „begründeter Verdacht“ definiert wird noch was ein „größerer Kundenkreis“ ist und welche Art von Transaktionslimit für welchen Zeitraum eingeführt werden würde. Bei der gebotenen verbraucherfeindlichen Auslegung wäre die Beschränkung des Limits gegen null auf unbestimmte Zeit nach beliebiger Einschätzung durch die Beklagte, inwieweit ein begründeter Verdacht auf Missbrauch von persönlichen Identifikationsmerkmalen eines größeren, nicht näher konkretisierbaren Kundenkreises besteht, möglich.

Das Erstgericht hat diese Klausel daher zutreffend als intransparent beurteilt.

Überdies würde die Klausel auch der Bestimmung des

§ 35 Abs 1 Z 2 ZaDiG widersprechen, wonach der Zahlungsdienstleister, der ein Zahlungsinstrument ausgibt, unbeschadet der Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers (§ 36) sicherzustellen hat, dass der Zahlungsdienstnutzer durch geeignete Mittel jederzeit die Möglichkeit hat, die Anzeige gemäß § 36 Abs 2 ZaDiG vorzunehmen oder die Aufhebung der Sperrung gemäß § 37 Abs 4 ZaDiG zu beantragen. Die eigenmächtige Reduktion des Transaktionslimits (theoretisch auch auf null) durch die Bank ist wohl im Ergebnis einer Sperre gleichzusetzen, deren jederzeitige Aufhebung über Kundenantrag hier auch nicht gewährleistet ist.

2. Zu Klausel 3 :

2.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: *„Die Bank ist berechtigt die Benutzernummer(n) eines Kunden zu sperren, wenn der Kunde seine aus diesen Bedingungen resultierenden Pflichten verletzt oder ein Missbrauch von persönlichen Identifikationsmerkmalen bereits erfolgt (oder insbesondere aufgrund der Bank von Dritten zugekommenen Informationen) zu befürchten ist.“*

2.2. Der Kläger bringt zusammengefasst vor, die Klausel widerspreche dem § 37 Abs 1 ZaDiG, wonach ein Zahlungsinstrument seitens des Zahlungsdienstleisters nur aus den vom Gesetz aufgezählten Gründen gesperrt werden könne. Hier wäre eine Sperre aufgrund jedweder Pflichtverletzung möglich.

2.3. Die Beklagte entgegnet, § 37 Abs 1 ZaDiG erlaube die Sperre von Zahlungsinstrumenten, wenn objektive Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit des Zahlungsinstrumentes dies rechtfertigen bzw wenn der begründete Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung des Zahlungsinstruments bestünde. Gegenständ-

liche Klausel könne nur so verstanden werden, dass die „aus diesen Bedingungen resultierenden Pflichten“ nur Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Abwehr nicht autorisierter oder betrügerischer Verwendung meinen würden.

2.4. Das Erstgericht erachtet die Klausel als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG, da unklar bliebe, welche Art von „Pflichtverletzungen“ die Bank zur Sperre berechtigen sollten.

2.5. Die Berufung wiederholt ausschließlich das erstinstanzliche Vorbringen.

2.6. Die Ansicht der Berufungswerberin, die Klausel sei im Sinne des § 37 Abs 1 ZaDiG zu verstehen, überzeugt nicht. Wie bereits das Erstgericht zutreffend ausführt, ist die Klausel im Sinne des § 6 Abs 3 KschG unklar, da nur von „aus diesen Bedingungen resultierenden Pflichten“ die Rede ist.

Die Auslegung von Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage hat im kundenfeindlichsten, also im für den Verbraucher ungünstigst möglichen Sinn zu erfolgen, selbst wenn allenfalls auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar wäre. Es verbietet sich daher, die Auslegung in der von der Berufungswerberin gewünschten Weise vorzunehmen. Die Bezugnahme auf die Vorschrift des § 37 Abs 1 ZaDiG lässt sich im besten Fall dem zweiten Teil der Klausel entnehmen, die von einem bereits erfolgten Missbrauch spricht, der erste Teil, der durch die Verwendung des Wortes „oder“ klar vom zweiten Satzteil abgegrenzt ist, bleibt mit der Erwähnung einer nicht näher bestimmten Pflichtverletzung völlig unklar.

Es widerspricht auch dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen ist, sich die notwendigen In-

formationen aus dem Vertrag, der Broschüre und der Homepage „zusammenzusuchen“, um an allgemeine Informationen zu kommen (RIS-Justiz RS0122040 [T16]; 6 Ob 17/16t). Die hier nur ganz allgemein angesprochenen „aus diesen Bedingungen resultierenden Pflichten“ beziehen sich zwar formal auf ein Regelwerk, würden den Verbraucher allerdings dennoch dazu zwingen, mögliche - in den AGB an unterschiedlichen Stellen statuierte Pflichtverletzungen - als für den konkreten Fall maßgeblich herauszufinden.

Auch die in der Klausel statuierte „Befürchtung des Missbrauches von persönlichen Identifikationsmerkmalen“ der Beklagten als Anknüpfungspunkt weist nicht die erforderliche Transparenz und Nachvollziehbarkeit auf.

Die Einzelwirkungen des Transparenzgebots, vor allem Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Bestimmtheitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (vgl RIS-Justiz [RS0115217](#) [T12]) sind hier durch die Verwendung mehrerer unbestimmter Begriffe jedenfalls verletzt.

Das Erstgericht hat daher zu Recht dem Unterlassungsbegehren in diesem Punkt stattgegeben.

3. Zu Klausel 5 :

3.1. Die bekämpfte Klausel (als Teil der gesamten wiedergegebenen Klausel unterstrichen) lautet wie folgt: *„Erlangt ein Kunde Kenntnis über einen Missbrauch seiner persönlichen Identifikationsmerkmale oder werden dem Kunden Umstände bekannt, die auf eine Missbrauchsmöglichkeit durch Dritte schließen lassen, hat er dies unverzüglich der Bank zu melden und seine Benutzernummer(n) gemäß Punkt 7. sperren zu lassen. Sind persönliche Identifikationsmerkmale missbräuchlich verwendet worden, ist vom Kunden auf Verlangen der Bank, überdies unverzüglich An-*

zeige bei der Polizei zu erstatten und der Bank eine Anzeigenbestätigung vorzulegen."

3.2. Der Kläger argumentiert, die hier angesprochenen persönlichen Identifikationsmerkmale dienten dem Erteilen von Zahlungsaufträgen, es handle sich dabei um ein Zahlungsinstrument und käme daher § 36 Abs 2 ZaDiG zur Anwendung. Über diese Regelung hinausgehende Verpflichtungen dürften dem Konsumenten nicht auferlegt werden.

3.3. Die Beklagte erwidert, aus § 36 Abs ZaDiG ergebe sich kein Verbot zur Vereinbarung weiterer Anzeigepflichten, es sei auch keine generelle Pflicht auferlegt, sondern nur dann, wenn es von der Beklagten für sinnvoll erachtet und deshalb verlangt werde. Auch würden dem Kunden keine Konsequenzen aus der Nichtbefolgung drohen.

3.4. Das Erstgericht erachtet die Klausel als überraschend im Sinne des § 864a ABGB, der Durchschnittskonsument rechne weder mit einer ihn treffenden Anzeigepflicht für Staftaten Dritter, noch mit einer diesbezüglichen Nachweispflicht.

3.5. Die Berufung moniert, die Klausel diene ausschließlich dem Interesse des Konsumenten und sei für ihn deshalb auch nicht nachteilig und verweist neuerlich darauf, dass keine Rechtsfolgen drohen würden. Durch ihre Platzierung zwischen den Überschriften „Sorgfalt“ und „Sperrern“ sei sie auch keineswegs überraschend.

3.6. Mit *Haghofer* (in *Weilinger*, ZaDiG [2017] § 36 ZaDiG Rz 22) ist davon auszugehen, dass die zwingende Bestimmung des § 36 Abs 2 ZaDiG dem Karteninhaber nur eine Anzeige beim Zahlungsdienstleister oder einer von diesem betrauten Stelle abverlangt. Dadurch wird Art 56 der RL 2007/64/EG umgesetzt, wonach der Zahlungsdienstnutzer dem Zahlungsdienstleister oder einer von diesem benannten

Stelle den Verlust oder Diebstahl unverzüglich anzeigen muss, sobald er davon Kenntnis erhält. Nach Erwägungsgrund 32 dieser Richtlinie bezweckt die Anzeigepflicht eine Verringerung des Risikos nicht autorisierter Zahlungen. Die Anzeigepflicht dient demnach der Risikobeherrschung und der Schadenszurechnung. Sie soll es dem Zahlungsdienstleister ermöglichen, Maßnahmen zur Schadensabwendung zu setzen (*Linardatos*, Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie [2013] 232). Durch die rechtzeitige Anzeige an das Kreditkartenunternehmen kann ein Missbrauch unterbunden bzw der daraus drohende Schaden gering gehalten werden. Als Maßnahme des Kreditkarteninstituts zur Schadensvermeidung bzw -minderung kommt vor allem eine Kartensperre in Betracht (*Schmalenbach* in *Bamberger/Roth*, BGB³ [2012] § 6571 BGB Rz 6; *Linardatos* aaO; *Harrich*, Zivilrechtliche Aspekte des Zahlungsdienstegesetzes [2011] 326; vgl auch *Gößmann* in *Langenbacher/Gößmann/Werner*, Zahlungsverkehr [2004] 149). Eine solche kann neben einer elektronischen Sperre oder einem physischen Einzug der Karte vor allem durch eine Verweigerung der Durchführung des Zahlungsauftrags erfolgen (*Schmalenbach* aaO § 675k BGB Rz 3). Dann ist es aber ausreichend, den Verlust der Kreditkarte dem Kartenaussteller anzuzeigen. Zwar mag im Einzelfall auch eine polizeiliche Anzeige im Interesse der Beklagten liegen. Aufgrund der Möglichkeit des Zahlungsdienstleisters, die Durchführung missbräuchlich erteilter Zahlungsaufträge zu verweigern, kommt polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen vor Ort aber bloß untergeordnete Bedeutung zu.

Zusammengefasst begründet die inkriminierte Pflicht zur Anzeigeerstattung nach Ansicht des Berufungsgerichts

keine bloß sachgerechte Konkretisierung bzw Ergänzung der gesetzlich vorgesehenen Meldepflicht des § 36 Abs 2 ZaDiG, sondern vielmehr eine eigenständige Sorgfaltspflicht, die von dieser gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG zwingenden Bestimmung abweicht. Wäre neben der gesetzlichen Meldepflicht des § 36 Abs 2 ZaDiG jegliche vom AGB-Verwender vorgegebene weitere Meldeverpflichtung einzuhalten, wäre das Verbot des § 26 Abs 6 ZaDiG sinnentleert. Der vereinzelt und ohne überzeugende Begründung in der (deutschen) Literatur vertretenen Ansicht, einem Kreditkartennutzer könne bei erwiesenem Diebstahl oder Verlust die Pflicht auferlegt werden, die Polizei zu verständigen (so *Graf von Westphalen* in *Ermann*, Bürgerliches Gesetzbuch¹⁴ [2014] § 675l BGB Rz 17; auch dieser gesteht aber zu, dass dies eine zusätzliche Belastung des Nutzers begründet), wird nicht beigetreten.

Das Argument der Berufungswerberin, die vertragliche Pflicht zur Anzeigeerstattung bliebe bei Nichtbeachtung ohne Rechtsfolge, findet keine Stütze in der inkriminierten Klausel. Vielmehr ist diese vom durchschnittlichen Kunden dahingehend zu verstehen, dass eine zusätzliche Sorgfaltspflicht statuiert wird, deren Nichtbefolgung rechtliche Konsequenzen (insbesondere eine Haftung für missbrauchsbedingte Schäden) nach sich zieht. Insoweit verstößt die Klausel auch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Klausel ist daher ebenso intransparent wie benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weshalb es auf die Frage ihrer örtlichen Platzierung nicht ankommt.

Das Erstgericht hat daher im Ergebnis zu Recht die Unterlassungsverpflichtung bejaht.

4. Zu Klausel 6:

4.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Die Bank hat für die von ihr im Rahmen des Onlinebanking erbrachten Leistungen Anspruch auf Entgelt und Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Aufwendungen. Die Höhe dieser Entgelte und Aufwandsätze sind dem in den Filialen der Bank aufliegenden Aushang zu entnehmen.“

4.2. Der Kläger bringt vor, pauschale Entgeltverweise auf Aushänge seien unzulässig. Es werde damit § 27 und § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG widersprochen, Entgelte müssten ordnungsgemäß mitgeteilt und aufgeschlüsselt werden.

4.3. Die Beklagte erwidert, die Klausel beziehe sich nur auf die zusätzlichen Leistungen im Internetbanking, die von der klagenden Partei angeführten Bestimmungen kämen daher gar nicht zur Anwendung. Pauschalverweise seien auch nicht schlechthin rechtswidrig, sondern nur dann, wenn sie generell auf bestimmte AGB oder Regelungen verweisen würden, nicht aber, wenn sie - wie hier - das konkrete Rechtsgeschäft näher regeln würden.

4.4. Das Erstgericht sieht die Klausel als intransparent gemäß § 6 Abs 3 KschG an, da sie einen „dynamischen“ Verweis auf seitens der Bank jederzeit änderbare Aushänge enthalte.

4.5. Die Berufung wiederholt die Argumentation aus dem erstinstanzlichen Verfahren und verweist neuerlich darauf, dass die Preisaushänge als Teil des Produktes bereits im Rahmenvertrag vereinbart seien und dem Kunden mit dieser Klausel nur erklärt würde, wo er die konkret für das Onlinebanking geltenden Entgelte finden würde.

4.6. Das Berufungsgericht teilt diese Ansicht nicht.

§ 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG lautet: „Der Zahlungsdienstleister hat dem Zahlungsdienstnutzer folgende Informationen und Vertragsbedingungen mitzuteilen:

...

3. Über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse:

a) alle Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Zahlungsdienstleister zu entrichten hat, und deren Aufschlüsselung; insbesondere auch Entgelte für eine Mitteilung über die Ablehnung der Ausführung eines Zahlungsvorganges gemäß § 39 Abs 2 oder für den Widerruf gemäß § 40 Abs 3 oder für die Wiederbeschaffung eines Geldbetrages wegen fehlerhafter Kundenidentifikatoren gemäß § 35 Abs 4 Z 4;“

Erst lit b) und c) nehmen Bezug auf Wechselkurse und Zinsen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wieso diese Bestimmung hier nicht relevant sein soll, gilt sie doch für alle Entgelte und deren Aufschlüsselung, und führt danach spezielle Anwendungsfälle an (arg. „insbesondere“). Wie die Berufungswerberin zu Recht anführt, hat die gegenständliche Klausel zwar mit Wechselkursen und Zinsen nichts zu tun, die Bestimmung des § 28 Abs 1 Z 3 lit a) ZaDiG allerdings auch nicht.

Ob die in Rede stehende Klausel nur die Entgelte für Onlinebanking regelt, ändert an den Anforderungen an ihre Transparenz nichts.

Der Verweis auf den „jeweils gültigen Aushang“ für eine „gegebenenfalls“ erfolgende Verrechnung weiterer Kosten verstößt nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs schon gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG; eine derartige Klausel räumt dem Unternehmer bei kundenfeindlichem Verständnis ein von den Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle unabhängiges, einseitiges Preisänderungsrecht nach Art einer „dynamischen Verweisung“ ein. Im Übrigen widerspricht es dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen ist, sich die notwendigen Informatio-

nen aus dem Vertrag, der Broschüre und der Homepage „zusammenzusuchen“, um an allgemeine Informationen zu kommen; der Verweis auf Preisinformationen mithilfe des „Schalteraushangs“ ist dem durchaus vergleichbar (4 Ob 143/17h).

Aus § 26 Abs 1 iVm § 27 Abs 2, § 28 Abs 1 Z 3 lit a und § 32 Abs 1 ZaDiG folgt, dass die Gültigkeit einer Entgeltvereinbarung im Anwendungsbereich dieses Gesetzes von der Einhaltung der Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters zu einem Zeitpunkt, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, abhängt.

Richtig ist, dass der Oberste Gerichtshof in jüngeren Entscheidungen (6 Ob 17/16t) Intransparenz bei Klauseln angenommen hat, die generell auf bestimmte AGB verweisen. Ein Pauschalverweis führe typischerweise dazu, dass sich der Kunde aus den AGB erst jene Regelung herausuchen muss, die auch für das mit ihm geschlossene Vertragsverhältnis gelten sollen. Dieser Grundsatz kommt jedoch nicht zur Anwendung, wenn nicht völlig allgemeine AGB zum Vertragsbestandteil gemacht werden, sondern lediglich solche, die das konkrete Rechtsgeschäft näher regeln. In einem solchen Fall bedarf es ja eines „Herausnehmens“ der konkret maßgeblichen Bestimmungen nicht.

Allerdings hat der Oberste Gerichtshof zu 1 Ob 88/14v (Klausel 30) eine vergleichbare Klausel für intransparent angesehen, weil aus der Klausel nicht einmal hervorging, wo die AGB aufzufinden sind. Auch der Hinweis, dass die weiteren Nutzungsbedingungen „im Internet ersichtlich“ seien, stelle nicht sicher, dass der Verbraucher diese zuverlässig in ihrer für das konkrete Vertragsverhältnis gültigen Form auffinden kann. Unklar

ist auch, ob diese Bedingungen in der zum Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses gültigen Fassung auf das Vertragsverhältnis Anwendung finden sollen oder aber in der zu jenem Zeitpunkt gültigen Fassung, in der der Kunde Einzelleistungen der Bank in Anspruch nimmt bzw Transaktionen durchführt (6 Ob 120/15p mwN).

Legt man all diese Wertungen hier zugrunde, ergibt sich die Intransparenz dieser Klausel. Die Fälle, in denen das anders gesehen wurde, betrafen - wie die Berufungswerberin grundsätzlich richtig anführt - nur Verweise auf Klauseln, die das konkrete Rechtsgeschäft näher regeln. Das beinhaltet eine Präzision im Bezug auf Auffindbarkeit, zeitliche Geltung und den materiellen Regelungsbereich der Bestimmungen, auf die verwiesen wird. Genau diese Anforderungen erfüllt diese Klausel aber nicht.

Die Verwendung der Klausel wurde daher insgesamt zu Recht untersagt.

5. Zu Klausel 7:

5.1. Die bekämpfte Klausel (als Teil der gesamten wiedergegebenen Klausel unterstrichen) lautet wie folgt:
„Bei derzeit entgeltfrei angebotenen Dienstleistungen kann die Bank nach entsprechender Ankündigung ein Entgelt verrechnen. Diese Entgeltsankündigung wird dem Onlinebanking-Kunden von der Bank rechtzeitig vor Wirksamwerden des Entgeltes mittels Brief, über Kontoauszug oder elektronisch im Rahmen des Onlinebanking über Internet bekannt gegeben und gilt als genehmigt, sofern der Kunde nicht binnen 6 Wochen nach Erhalt der entsprechenden Ankündigung widerspricht. Auf diese Genehmigungswirkung wird die Bank den Kunden anlässlich der Ankündigung des Entgelts hinweisen.“

5.2. Der Kläger argumentiert zusammengefasst, die Klausel sei sowohl überraschend als auch gröblich benachteiligend und würde jedenfalls § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG widersprechen.

5.3. Die Beklagte hält entgegen, die Klausel sei im Gesamtkontext zu verstehen, überdies hätte der Kunde sechs Wochen Zeit zu widersprechen.

5.4. Das Erstgericht beurteilt sie als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

5.5. Die Berufung verweist darauf, dass Entgelt- und Leistungsänderungsklauseln im Wege der Zustimmungsfiktion nur dann intransparent seien, wenn sie Änderungen eines Vertrages nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zuließen. Das sei hier nicht der Fall.

5.6. Die Argumente der Berufung vermögen nicht zu überzeugen. Die Berufungswerberin verweist darauf, die Änderungsmöglichkeit sei nicht unbeschränkt, da sie sich nur auf das Internetbanking beziehe. Gerade das Internetbanking betreffende Klauseln sind hier zu beurteilen, diesen Bereich trifft die Klausel jedenfalls zur Gänze.

Auch ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Berufungswerberin - für den Fall zukünftig aus welchen Gründen auch immer notwendig werdender Änderungen - ausschließlich auf Vertragsänderungen mittels Zustimmungsfiktion zurückgeworfen sein wird bzw ohne diese Möglichkeit Entgeltsbestimmungen nicht zu verändern vermag.

Es entspricht zwischenzeitig ständiger, auf der Entscheidung 1 Ob 210/12g basierender Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass eine nicht näher konkretisierte und unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG zu beurteilen ist. Der an den Entschei-

dungen 1 Ob 210/12g und 2 Ob 131/12x geübten Kritik der Literatur (vgl die ausführliche Darstellung in 9 Ob 26/15m) ist der Oberste Gerichtshof nicht gefolgt (6 Ob 17/16t mwN).

Einen Anlass die hier verwendete Klausel anders zu beurteilen, sieht das Berufungsgericht nicht.

Das Erstgericht ist daher zu Recht von einer Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KschG ausgegangen.

6. Zu Klausel 8:

6.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Sofern ein Kunde seiner Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN zuwider handelt oder sofern ein unberechtigter Dritter infolge einer Sorgfaltswidrigkeit des Kunden Kenntnis von den persönlichen Identifikationsmerkmalen des Kunden erlangt, trägt der Kontoinhaber bis zur Wirksamkeit der Sperre der Verfügernummer des Kunden (siehe Punkt 7.1) alle Folgen und Nachteile infolge einer missbräuchlichen Verwendung von PIN und TAN im Rahmen des Onlinebanking.“

6.2. Der Kläger verweist darauf, dass diese Klausel bei konsumentenfeindlichster Betrachtung eine von § 44 Abs 2 ZaDiG abweichende und somit unzulässige Regelung statuiere. Dort sei eine Haftungshöchstgrenze von EUR 150,- im Falle des Vorliegens nur leichter Fahrlässigkeit seitens des Zahlungsdienstnutzers vorgesehen. Aus der gegenständlichen Klausel ergebe sich hingegen, dass der Konsument auch bei leicht fahrlässiger Sorgfaltspflichtverletzung für den gesamten entstandenen Schaden ohne Einschränkung haften würde. Damit würde auch die Regelung des § 44 Abs 3 ZaDiG übergangen, wonach für Schäden missbräuchlicher Nutzung, die nach Einlangen der

Verlustanzeige beim Zahlungsdienstleister entstanden sind, keine Haftung des Zahlungsdienstnutzers mehr normiert sei.

6.3. Die Beklagte wendet ein, die Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN ergebe sich sowohl aus den allgemeinen Sorgfaltsbestimmungen des § 36 ZaDiG als auch aus den Sorgfaltsbestimmungen unter Punkt 5. der „Teilnahmebedingungen Internetbanking“. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN stelle daher jedenfalls eine grob fahrlässige Pflichtverletzung im Sinne des § 44 Abs 1 ZaDiG dar, es könnten daher in der gegenständlichen Klausel nur Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit erfasst sein, weshalb diese weder gröblich benachteiligend noch intransparent sei.

6.4. Das Erstgericht beurteilt die Klausel als unzulässig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da hier Schadenersatzregeln widersprechend dem dispositiven Recht statuiert würden. Dies sei grundsätzlich unzulässig, bei kundenfeindlichster Auslegung wäre sogar eine verschuldensunabhängige Haftung für den Kunden aus dieser Klausel herauszulesen.

6.5. Die Berufung wiederholt die bereits in erster Instanz ins Treffen geführten Argumente. Die vom Erstgericht in der Klausel auch gesehene verschuldensunabhängige Haftung sei dieser tatsächlich nicht zu entnehmen. Die Klausel würde insgesamt mit den Bestimmungen der §§ 36 und 44 ZaDiG in Einklang stehen.

6.6. § 44 ZaDiG lautet:

„(1) Unbeschadet des § 36 Abs 3 hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers diesem im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorganges den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorganges unverzüglich zu erstatten

und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Darüber hinaus gehende Ansprüche des Zahlers aus Vertrag oder Gesetz werden dadurch nicht ausgeschlossen.

(2) Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments, so ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der diesem infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorganges entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung

1. einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 36 oder
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.

(3) Abweichend von Abs 2 ist der Zahler nicht zum Ersatz von Schäden verpflichtet, die aus der Nutzung eines nach der Anzeige gemäß § 36 Abs 2 verwendeten Zahlungsinstruments entstanden sind. Der Zahler ist auch nicht zum Ersatz von Schäden im Sinne des Abs 2 verpflichtet, wenn der Zahlungsdienstleister seinen Pflichten gemäß § 35 Abs 1 Z 2 oder Z 3 nicht nachgekommen ist.

Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn der Zahler in betrügerischer Absicht gehandelt hat.“

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Klauseln auch deshalb unwirksam sein können, weil sie - gegebenenfalls durch Unvollständigkeit - den Verbraucher über seine Rechte und Pflichten im Unklaren lassen.

Die generelle Einschränkung der Haftung des Zahlers auf einen Höchstbetrag von EUR 150,-, soweit ihm nur ein leicht fahrlässiger Verstoß gegen Sorgfaltspflichten vorzuwerfen ist, stellt eine entscheidende Haftungseinschränkung im Vergleich zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ZaDiG dar. Das Transparenzgebot erfordert zwar in der Regel nicht die vollständige Wiedergabe des Gesetzestextes. Der Unternehmer kann aber bei Beachtung des Transparenzgebots auch dann zur Vollständigkeit verpflichtet sein, wenn andernfalls die Auswirkungen einer Klausel für den Verbraucher unklar blieben (9 Ob 26/15m mwN).

In Anlegung dieses Beurteilungsmaßstabes ist die Klausel jedenfalls als intransparent anzusehen. Sie vermittelt dem Verbraucher ein völlig anderes (und auch unklares) Bild der Rechtslage als jenes gemäß § 44 ZaDiG.

Bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung ist die Klausel auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da sie keine der in § 44 ZaDiG vorgesehenen Einschränkungen einer Haftung des Kunden im Falle der Verletzung einer Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN berücksichtigt. Die Bestimmung des § 44 Abs 3 ZaDiG, die die Haftung des Kunden nach der Anzeige gemäß § 36 Abs 2 ausschließt sofern dieser nicht in betrügerischer Absicht gehandelt hat, wird völlig außer Acht gelassen, die Haftungseinschränkung bei leichter Fahrläs-

sigkeit ebenso. Die Argumentation der Berufungswerberin, es würde die Formulierung „sofern ein Kunde seiner Verpflichtung zur Geheimhaltung von PIN und TAN zuwiderhandelt“ ohnehin nur Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit umfassen, überzeugt nicht. Die angeführte Zuwiderhandlung beschreibt ein objektives Geschehen, diese Beschreibung sagt nichts über die subjektive Vorwerfbarkeit aus und differenziert eben gerade nicht zwischen einzelnen Verschuldensformen, weshalb sie den zwingenden Regeln des § 44 ZaDiG nicht entspricht.

Das Erstgericht hat daher im Ergebnis zu Recht die Verwendung dieser Klausel untersagt.

7. Zu Klausel 9:

7.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: *„Für Schäden, die aus unvollständigen oder unrichtigen Angaben bei der Vornahme von Dispositionen resultieren, haftet der Kontoinhaber.“*

7.2. Der Kläger bringt vor, bei konsumentenfeindlichster Auslegung sei hiemit auch jener Fall erfasst, bei dem ein fehlerhafter Zahlungsvorgang aufgrund von nicht kohärenten Kundenidentifikatoren zu Schäden führe. Dies widerspreche § 35 Abs 4 Z 3 ZaDiG, wonach ein Zahlungsdienstleister bei nicht kohärenten Kundenidentifikatoren den Zahlungsauftrag zurückweisen und den Zahler davon unterrichten müsse. Die Klausel wäre ebenso überraschend, wie gröblich benachteiligend.

7.3. Die Beklagte bringt vor, die inkriminierte Klausel beziehe sich lediglich auf jene Fälle, in denen der Kunde bei der Durchführung einer Online-Transaktion fehlerhafte Eingaben tätige. Die für die Durchführung einer Online-Transaktion notwendigen Identifikationsmerkmale seien gemäß den „Teilnahmebedingungen Internetban-

king“ die Benutzernummer sowie der PIN. Die in § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG vorgeschriebene Kohärenzprüfung umfasse nur den Kundenidentifikator. Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ergebe sich eindeutig, dass der Kundenidentifikator nur aus dem IBAN des Empfängers bzw aus Kontonummer und BIC des Zahlungsdienstleisters des Empfängers bestünde. Nur diese Identifikatoren müssten gemäß § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG überprüft werden. Wenn nur ein Identifikator vereinbart sei, müsse nur überprüft werden, ob dieser in sich kohärent sei, bei zwei Identifikatoren müsse der Zahlungsdienstleister auch deren Übereinstimmung überprüfen. Da sich die beschriebene Kohärenzprüfung daher nur auf die Überprüfung des IBAN bzw dessen Übereinstimmung mit dem Empfängername beziehen könne, liege ein Widerspruch der gegenständlichen Klausel zu § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG nicht vor.

7.4. Das Erstgericht verweist auch hier auf eine mögliche der Klausel zu entnehmende verschuldensunabhängige Haftung und die Unzulässigkeit des Statuierens anderer Schadenersatzregelungen als der gesetzlichen.

7.5. Die Berufung wiederholt die bereits angeführten Argumente und wendet sich gegen die Ansicht des Erstgerichtes, der Klausel sei eine verschuldensunabhängige Haftung zu entnehmen.

7.6. Der Berufungswerberin ist darin zuzustimmen, dass die Kohärenzprüfung des § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG sich auf die sogenannten Kundenidentifikatoren bezieht, im Fall des Vereinbarens von zwei Identifikatoren (wie Kontonummer und Empfängername) muss daher der Zahlungsdienstleister überprüfen, ob diese miteinander übereinstimmen, im Fall Verwendung des IBAN als ausschließlicher Identifikator ist dieser in sich auf Basis der zu Beginn

enthaltenen zweistelligen Prüfziffer zu überprüfen (vgl dazu ausführlich insbesondere auch zu den damit im Zusammenhang stehenden Risiken *Haghofer* in *Weilinger* (Herausgeber) ZaDiG § 35, Rz 32 ff).

Die Berufungswerberin übersieht aber, dass sich aus der von ihr verwendeten Klausel und deren Formulierung „für Schäden, die aus unvollständigen oder unrichtigen Angaben bei der Vornahme von Dispositionen resultieren“ in keiner Weise - wie von ihr geltend gemacht - ergibt, dass hier lediglich die Benutzernummer und der PIN des Kunden gemeint wären. Die Formulierung könnte durchaus auch die oben angeführte der Kohärenzprüfung unterliegende Eingabe von Kontonummer und Empfängername oder den IBAN umfassen.

Es ist daher die Klausel intransparent und lässt den Verbraucher über seine Rechte im Unklaren, wobei dazu auf das oben zu Klausel 8 Ausgeführte verwiesen werden kann.

Der Zahlungsdienstleister des Zahlers hat gemäß § 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten und - soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich - zu überprüfen, ob der Kundenidentifikator kohärent ist; gemäß § 35 Abs 4 Z 3 ZaDiG hat er, wenn der Kundenidentifikator nicht kohärent ist, den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten.

Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung würde die Klausel auch den Verpflichtungen des Zahlungsdienstleisters gemäß § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG zuwiderlaufen und ist deshalb im übrigen als gröblich benachteiligend anzusehen.

Ihre Verwendung wurde daher im Ergebnis vom Erstgericht zu Recht untersagt.

8. Zu Klausel 10:

8.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt:

„Bei Schäden eines Kontoinhabers durch einen Fehler in den Einrichtungen der Bank zur automatisierten Datenverarbeitung, für welche die Bank ohne ein von ihr zu vertretendes schuldhaftes Verhalten haftet, ist diese Haftung pro schädigendem Ereignis gegenüber jedem einzelnen Kunden mit einem Betrag von höchstens EUR 10.000,- und überdies insgesamt gegenüber allen Kunden auf höchstens EUR 1.000.000,- begrenzt. Übersteigt der Gesamtschaden die Höchstgrenze, so verringern sich die Ersatzansprüche der einzelnen Geschädigten anteilmäßig.“

8.2. Der Kläger bringt dazu vor, diese Klausel sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da hier eine verschuldensunabhängige Haftung suggeriert werde, welche in Wahrheit nicht vorliege. Weiters widerspräche diese Klausel auch den §§ 44 und 46 ZaDiG, da die Haftung aus diesen Bestimmungen nicht durch Haftungshöchstbeträge beschränkt werden dürfe. Auch werde § 46 ZaDiG dadurch ausgeschlossen bzw unzulässig beschränkt.

8.3. Die Beklagte bringt vor, es handle sich lediglich um eine Haftungsbeschränkung und keinen Ausschluss.

Überdies werde die inkriminierte Klausel von der Beklagten nicht verwendet und läge daher keine Wiederholungsgefahr vor.

8.4. Das Erstgericht sieht diese Klausel als unzulässig im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB unter Verweis auf die Begründung zu den Klauseln 8 und 9 an.

8.5. Die Berufung verweist neuerlich auf die sehr hoch angesetzten Haftungsgrenzen.

8.6. Der Berufungswerberin ist zuzustimmen, dass die vom Erstgericht auch hier angeführte Begründung, die

Klausel enthielte bei kundenfeindlichster Auslegung sogar eine verschuldensunabhängige Haftung für den Kunden, für diese Klausel nicht überzeugt. Allerdings trifft zu, dass die Einführung von Schadenersatzregeln, die dem dispositiven Recht (zum Nachteil des Konsumenten) widersprechen, für den Kunden gröblich benachteiligend ist.

Eingangs ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt oder gar nicht verwendet, im Verbandsprozess nicht von Relevanz ist.

Die Wiederholungsgefahr wäre nur dann ausgeschlossen, wenn die Beklagte das Unterlassungsbegehren vollständig anerkennen würde. Das derzeitige Nichtverwenden der Klausel lässt keine Rückschlüsse auf eine Wiederholungsgefahr zu. Nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung kann aber die Wiederholungsgefahr beseitigen (RIS-Justiz RS0111637).

Inhaltlich entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass es in der Frage der Zulässigkeit von Klauseln nicht nur darum geht, ob diese Kunden gegenüber der geltenden Rechtslage benachteiligen.

Ist eine Klausel nicht hinreichend klar formuliert, dann ist es im Verbandsprozess nicht maßgeblich, welches Verständnis ihr vom Anbieter beigemessen wird oder wie es in der Praxis gehandhabt wird (8 Ob 58/14h mwN).

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]).

Hier steht für die Beurteilung der Intransparenz dieser Klausel im Vordergrund, dass eine in den gesetzli-

chen Bestimmungen nicht festgeschriebene verschuldensunabhängige Haftung der Bank suggeriert wird, ohne dass diese durch diese Klausel etwa festgelegt würde. Bei Schäden eines Kontoinhabers ... für welche die Bank ohne ein von ihr zu vertretendes schuldhaftes Verhalten haftet ... lässt den Eindruck entstehen, dass eine solche Haftung vorgesehen ist, statuiert diese aber nicht und ist daher bereits aus diesem Grund als intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG einzustufen. Soweit die hier völlig allgemein gehaltene Haftungshöchstgrenze auch die Bestimmungen der §§ 44 und 46 ZaDiG betrifft - das ist nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung wohl der Fall - widerspricht sie diesen Bestimmungen und ist daher auch aus diesem Grund unzulässig.

9. Zu Klausel 11:

9.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Änderungen dieser Geschäftsbedingungen durch die Bank werden dem Kunden zur Kenntnis gebracht. Dies kann mittels Brief über einen Kontoauszug oder im Rahmen des Onlinebanking auch auf elektronische Weise geschehen. Änderungen gelten als genehmigt, wenn der Kunde nicht binnen 6 Wochen nach Zugang eines solchen Briefes, Kontoauszuges oder einer elektronischen Nachricht über Onlinebanking schriftlich widerspricht. Die Bank wird den Kunden anlässlich der Benachrichtigung auf diese Genehmigungswirkung ausdrücklich hinweisen.“

9.2. Der Kläger argumentiert, diese Klausel verstoße gegen § 29 Abs 1 ZaDiG, da sie eine Änderung des Rahmenvertrages vorsehe, ohne die vom Gesetz dafür vorgesehenen Voraussetzungen zu erfüllen.

9.3. Die Beklagte wendet ein, es handle sich nur um die Zusatzbedingungen für die Teilnahme am Onlinebanking.

In den übrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei die Änderung des Rahmenvertrages ohnehin an § 29 ZaDiG geknüpft.

9.4. Das Erstgericht bejaht den Verstoß gegen § 29 Abs 1 ZaDiG, es werde weder auf das kosten- und fristlose Sonderkündigungsrecht hingewiesen, noch die zweimonatige gesetzliche Frist eingehalten.

9.5. Die Berufung wiederholt das erstinstanzliche Vorbringen.

9.6. Gemäß § 29 Abs 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister

1. dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrages spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in der in § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 2 vorgesehenen Weise vorzuschlagen und,

2. sofern eine Vereinbarung gemäß § 28 Abs 1 Z 6 lit a getroffen wurde, darauf hinzuweisen,

a) dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt der Anwendung der Änderungen angezeigt hat, und

b) dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen.

Vorauszuschicken ist, dass für das Berufungsgericht kein Grund ersichtlich ist, warum diese Regelung des § 29 ZaDiG auf die Bedingungen zur Teilnahme am Internetbanking nicht anwendbar sein soll. Die Beklagte schafft damit einen eigenen Geschäftskreis, für den es abgegrenzte Regeln gibt, die selbstverständlich den gesetzlichen Voraussetzungen für AGB genügen müssen. Dass diese Teilnah-

mebedingungen ohne den Rahmenvertrag mit einem Kunden gültig vereinbart werden könnten, hat die Beklagte weder vorgebracht, noch erscheint dies möglich.

Unabhängig von diesem Widerspruch zu § 29 ZaDiG ist die Klausel aber auch, selbst wenn der Rahmenvertrag - wie das die Berufungswerberin vermeint - keine Rolle spielen sollte, sowohl intransparent als auch gröblich benachteiligend.

Der Oberste Gerichtshof beruft sich in 2 Ob 131/12x auf die bereits zu 1 Ob 210/12g herausgearbeiteten Grundsätze zur Begründung der Intransparenz einer vergleichbaren Klausel, die derartige Änderungen über eine Zustimmungsfiktion ermöglicht: Die Klausel lasse Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Welche Leistungen die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibe völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte. Eine gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner der beklagten Partei (Verbraucher) liege darin, dass die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lasse eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Bank in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte werde ermöglicht; geändert werden könnten auch ohne irgendeine Einschränkung alle von der Bank geschuldeten Leistungen (2 Ob 131/12x mwN).

Diese Überlegungen treffen auf die inkriminierte Klausel zu. Nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB

vereinbarte Zustimmungsfiktion ist nach dem Gesagten unzulässig, jedenfalls aber eine derart völlig uneingeschränkte. Die Klausel verstößt somit gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Das Erstgericht hat daher dem Unterlassungsanspruch im Ergebnis zu Recht stattgegeben.

10. Zu Klausel 12:

10.1. Die bekämpfte Klausel (als Teil der gesamten wiedergegebenen Klausel unterstrichen) lautet wie folgt:

„Für die Zustellung von Kontopost sieht die Bank grundsätzlich den Kontoauszug vor. Im Rahmen des Online-banking kann die Kontopost auch elektronisch übermittelt werden. Sofern vertraglich vereinbart, gelten derart übermittelte Erklärungen und Nachrichten als dem Kunden zugegangen, sobald die Kontopost im Online-Banking dem Kunden zur Verfügung gestellt worden ist. Mit Zustellung eines Kontoauszuges beginnen allfällige Reklamations- und Widerspruchfristen von 6 Wochen zu den zugestellten Erklärungen und Nachrichten der Bank zu laufen.“

10.2. Der Kläger bringt dazu vor, diese Klausel sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG und verkürze unzulässig die in § 36 Abs 3 ZaDiG normierte Rügefrist von 13 Monaten auf sechs Wochen.

10.3. Die Beklagte wendet ein, gemäß § 28 Abs 1 Z 5 lit d) ZaDiG wäre vorgesehen, den Kunden über die Rügefrist bei fehlerhaften Zahlungen zu informieren, dies geschehe daher gesetzeskonform mit dieser Klausel. Sie sei klar formuliert und deshalb auch nicht intransparent.

Es werde zum Vorteil des Kunden die „unverzügliche“ Verpflichtung des § 36 Abs 3 ZaDiG verlängert, die 13-monatige Frist gelte jedoch trotzdem.

10.4. Das Erstgericht beurteilt diese Klausel als

intransparent. § 28 Abs 1 Z 5 lit d) ZaDiG regle nur die Frage, wie und innerhalb welcher Frist der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsdienstleister über nicht autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge nach Maßgabe des § 36 Abs 3 ZaDiG informieren müsse. Die Klausel ginge nach ihrer Formulierung weit darüber hinaus und erfasse sämtliche denkbare Reklamationen und Widersprüche. Sie lasse den Kunden im unklaren darüber, welche Art von Widersprüchen überhaupt denkbar wären.

10.5. Die Berufung macht geltend, dass die Klausel aufgrund ihrer Formulierung nur Fristen betreffen könne, die durch die Zustellung des Kontoauszuges ausgelöst würden. Sie sei deshalb nicht intransparent. Neuerlich wird auf die zulässige Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgabe des § 28 Abs 1 Z 5 lit d) ZaDiG verwiesen.

10.6. Gemäß 28 Abs 1 Z 5 lit d) ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer über Schutz- und Abhilfemaßnahmen folgende Informationen und Vertragsbedingungen mitzuteilen:

Angaben dazu, wie und innerhalb welcher Frist der Zahlungsdienstnutzer dem Zahlungsdienstleister nicht autorisierte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsvorgänge nach Maßgabe des § 36 Abs 3 anzeigen muss, sowie Informationen über die Haftung des Zahlungsdienstleisters bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen nach Maßgabe des § 44 Abs 1.

§ 36 Abs 3 ZaDiG normiert:

Zur Erwirkung einer Berichtigung durch den Zahlungsdienstleister hat der Zahlungsdienstnutzer den Zahlungsdienstleister unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges, der zur Entstehung eines Anspruches einschließ-

lich eines solchen nach § 46 geführt hat, zu unterrichten (Rügeobliegenheit). Hat der Zahlungsdienstleister die Angaben gemäß §§ 31 bis 33 mitgeteilt oder zugänglich gemacht, so endet die Frist für den Zahlungsdienstnutzer zur Unterrichtung des Zahlungsdienstleisters zur Erwirkung einer Berichtigung spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift. Die Verjährung der dem Zahlungsdienstnutzer aufgrund einer fristgerechten Rüge offen stehenden Ansprüche richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer bleiben unberührt.

Die vom Erstgericht hier angenommene Intransparenz dieser Klausel zeigt sich bereits im Vorbringen der Beklagten selbst. Die allgemein gehaltene Formulierung *„beginnen allfällige Reklamations- und Widerspruchfristen von 6 Wochen zu den zugestellten Erklärungen und Nachrichten der Bank zu laufen“* bezieht sich zwar logisch betrachtet auf Dinge, die sich aus einem Kontoauszug ergeben können, zwingend ist bereits das (bei kundenfeindlichster Auslegung) nicht. Auch könnte sich der Satz überhaupt nur auf bereits unabhängig davon bestehende sechswöchige Fristen beziehen (arg. *„beginnen allfällige Reklamations- und Widerspruchfristen von 6 Wochen“*). Grammatikalisch ist hier „6 Wochen“ als Beifügung verwendet, die die allfälligen Reklamations- und Widerspruchfristen näher beschreibt, und müssten diese die Eigenschaft, sechs Wochen zu dauern, bereits besitzen. Eine sechswöchige Frist statuiert wird damit strenggenommen eigentlich nicht. Nichts desto trotz wird das ein Durchschnittsverbraucher wohl so verstehen.

Das führt zur weiteren Unklarheit, die die Beklagte selbst aufzeigt, wenn sie meint, die „unverzügliche“ Ver-

pflichtung des § 36 Abs 3 ZaDiG werde damit verlängert, die 13-monatige Frist gelte jedoch trotzdem.

Die Betrachtung dieser vermeintlichen „Fristverlängerung“ durch die Beklagte überzeugt nicht, da hier einander nicht zwei gleich sanktionierte Fristen gegenüberstehen, sondern eine Rügeobliegenheit einer absoluten Frist.

§ 36 Abs 3 ZaDiG setzt Art 58 RL 2007/64/EG um, der zu den konsumentenpolitisch umstrittensten Regelungen der Richtlinie gehörte, da in einigen Mitgliedstaaten keine derartige gesetzliche Rügeobliegenheit bei Verbrauchergeschäften bestand und die legitimen Interessen des Zahlungsdienstleisters eigentlich bereits durch die dem Kunden in Art 56 leg cit auferlegten Sorgfaltspflichten gewahrt sein sollten. Angesichts dieser Kritik wurde die Obliegenheit durch eine Reihe von Einschränkungen weitgehend entschärft. In der Praxis wird es dadurch wohl nur sehr wenige Ausnahmefälle geben, in denen der Kunde seine Berichtigungsansprüche wegen einer Verletzung der Obliegenheit tatsächlich verliert.

Der Zahlungsdienstnutzer muss den Zahlungsdienstleister „unverzüglich“ und somit lediglich ohne unnötigen Verzug unterrichten (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41), sobald er einen von ihm nicht autorisierten oder vom Zahlungsdienstleister fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgang festgestellt hat. Der Kunde muss also nach Feststellung des Mangels im Rahmen des Zumutbaren zwar rasch rügen. Unverschuldete Verzögerungen, die sich bspw durch Unfall, Krankheit, Störungen der Kommunikationsmittel oder durch fehlenden Zugang zu diesen ergeben, schaden ihm aber nicht (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41).

Den Kunden trifft nach dem Wortlaut des Gesetzes

(„nach Feststellung“; ebenso Art 58 RL 2007/64/EG) und dem Willen des Gesetzgebers (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41) zwar eine Rüge-, nicht jedoch eine Prüfpflicht. Der Zahlungsdienstnutzer muss nur nach der - vom Zahlungsdienstleister nachzuweisenden (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41) - tatsächlichen Kenntnis des Mangels diesen anzeigen, ohne dass es darauf ankäme, ob ihm die Feststellung schon früher zumutbar gewesen wäre, etwa weil er einen Kontoauszug erhalten hat, bei dessen Lektüre er den Mangel erkennen hätte können (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG [2017] § 36 ZaDiG Rz 34 ff*).

Selbst wenn man die von der Beklagten vorgebrachte, ihrer Ansicht nach dem Vorteil des Kunden dienende Interpretation in die Klausel hineinlesen würde, ließe sie bereits ihrem Wortlaut nach die subjektive Komponente von „unverzüglich“ völlig außer acht und würde die Stellung des Kunden mit einer objektiven sechswöchigen Frist verschlechtern. Dass die 13 Monate jedenfalls weiter gelten sollen, kann aber auf gar keinen Fall der Bedeutungsgehalt dieser Klausel sein.

Dem Zahlungsdienstnutzer steht nach dem Gesetz ein Anspruch auf Berichtigung bzw Erstattung nicht nur dann zu, wenn er seiner Rügeobliegenheit nachkommt (1 Ob 244/11f mwN). Das vermittelt die Klausel nicht. Es besteht daher die Gefahr, der Kunde würde von der Verfolgung von Ansprüchen absehen.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in 1 Ob 244/11f eindeutig klargelegt, dass nach § 36 Abs 3 ZaDiG der Zahlungsdienstnutzer nur zur unverzüglichen Rüge nach Feststellung der Fehlerhaftigkeit verpflichtet ist; ihn trifft aber keine Prüfpflicht - auch nicht implizit.

Da die Klausel eine solche stark insinuiert, wider-

spricht sie daher auch deshalb den gesetzlichen Vorgaben.

Der Kunde darf insbesondere durch die Formulierung einer Klausel in Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich 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 (RIS-Justiz RS0115219 [T1]).

Die Klausel wurde daher vom Erstgericht insgesamt zu Recht als intransparent gewertet.

11. Zu Klausel 13:

11.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „*Den Kontoinhaber trifft die Obliegenheit der regelmäßigen Abrufung.*“

11.2. Der Kläger argumentiert, diese Klausel verstoße gegen §§ 36 und 44 ZaDiG, da hier keine Abruf- oder Prüfpflichten im Hinblick auf Kontoauszüge vorgesehen seien.

11.3. Die Beklagte wendet ein, die Klausel sei als eine zumutbare Vorkehrung im Sinn des § 36 Abs 1 ZaDiG zu verstehen, um das Zahlungsinstrument vor unbefugten Eingriffen zu schützen.

11.4. Das Erstgericht verneint bereits, dass eine solche Klausel gemäß § 864a ABGB Vertragsinhalt geworden sei, da kein Kunde mit einer Verpflichtung zur Abrufung eigener Kontoauszüge rechnen würde. Überdies wäre sie intransparent.

11.5. Die Berufung moniert, die Klausel würde lediglich eine Empfehlung enthalten, den Kontostand regelmäßig abzurufen. Da an diese Empfehlung keine

rechtlichen Konsequenzen geknüpft seien, sei sie weder nachteilig noch müsse der Begriff „regelmäßig“ näher definiert werden. Sie wiederholt ansonsten das erstinstanzliche Vorbringen zur Erfüllung einer zumutbaren Vorkehrung gemäß § 36 Abs 1 ZaDiG.

11.6. Dem Erstgericht ist dahingehend zuzustimmen, dass der Kunde im Sinne des § 864a ABGB nicht damit zu rechnen braucht, zum regelmäßigen Durchsehen seiner Kontoauszüge verpflichtet zu werden. Das lässt diese Klausel bereits bei der Geltungskontrolle scheitern. Dass sie eine „Empfehlung“ statuiert, ergibt sich bei der gebotenen kundenfeindlichsten Betrachtung nicht, im Gegenteil, sie normiert ausdrücklich eine Obliegenheit. Eine solche zeichnet sich dadurch aus, dass an ihre Nichteinhaltung - im Gegensatz zu einer Empfehlung - für den Kunden negative Rechtsfolgen dahingehend geknüpft sind, dass er eigene Ansprüche verlieren kann.

Die Haftung des Kunden (Verbrauchers) gegenüber der Bank im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ist in § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelt. Eine Haftung aufgrund der Verletzung einer vertraglich auferlegten Prüfpflicht ist darin aber nicht vorgesehen (1 Ob 244/11f mwN).

Ebenso wie die vom Obersten Gerichtshof in dieser Entscheidung geprüfte Klausel hat die hier gegenständliche Klausel nicht, wie das die Berufungswerberin verstanden wissen möchte, eine der in § 36 Abs 1 (bzw § 44 Abs 2 Z 2) ZaDiG angesprochenen ergänzenden Nutzungsbedingungen zum Gegenstand, sondern betrifft im Regelungsgegenstand § 36 Abs 3 ZaDiG, der nur eine Rügeobliegenheit, nicht jedoch eine Prüfpflicht vorsieht. Davon kann nach § 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden. § 36 Abs 1 ZaDiG ist dafür ge-

dacht, mit dem Kunden die in dieser Bestimmung geregelte allgemeine Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung des jeweiligen Zahlungsinstruments zu ergänzen und zu konkretisieren, um damit Missbrauchsrisiken eindämmen zu können. Der Zahlungsdienstnutzer nutzt aber kein bestimmtes Zahlungsinstrument, wenn er seine Kontoauszüge durchsieht. Außerdem treten bei der Rechnungslegung über ausgeführte Zahlungsdienste keine je nach Zahlungsinstrument unterschiedlichen Missbrauchsrisiken auf, für die es besonderer Nutzungsbedingungen im Sinn des § 36 Abs 1 ZaDiG bedürfte. Die in Z 16 Abs 1 AGB 2009 normierte Prüfpflicht ist daher kein Anwendungsfall der Vereinbarung besonderer Nutzungsbedingungen im Sinn des § 36 Abs 1 ZaDiG (aaO).

Die Unzulässigkeit des Statuierens von über die gesetzlichen Vorschriften des ZaDiG hinausgehenden Verpflichtungen wurde seither in der höchstgerichtlichen Judikatur bereits mehrfach bestätigt (9 Ob 31/15x ua).

Die Klausel ist daher im Sinne des oben Aufgezeigten jedenfalls auch intransparent und gröblich benachteiligend.

B. Klauseln betreffend die „Kundenrichtlinien für Bezugskarten - Fassung Oktober 2015“:

12. Zu Klausel 14:

12.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „*Änderungen der Kundenrichtlinien: Änderungen dieser Kundenrichtlinien werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorge schlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde der Deniz-Bank AG seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens mit-*

geteilt hat. Der oben genannte Änderungsvorschlag wird dem Kunden in Papierform oder, sofern er damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitgeteilt. Die DenizBank AG wird den Kunden in seinem Änderungsvorschlag darauf hinweisen und aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Außerdem wird die DenizBank 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 DenizBank AG in ihrem Änderungsvorschlag an den Kunden hinweisen."

12.2. Der Kläger bringt dazu vor, diese Klausel sei sowohl intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG als auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

12.3. Die Beklagte wendet ein, es handle sich hier um Sondervorschriften für Kunden, die eine Bezugskarte beantragt hätten. Weiters verweist sie auf die zweimonatige Frist und das fristlose Kündigungsrecht des Verbrauchers. Die Klausel sei daher sachlich gerechtfertigt.

12.4. Das Erstgericht beurteilt diese Klausel als gröblich benachteiligend. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung könnten von ihr auch Änderungen der

Hauptleistungen des Vertrages betroffen sein, das sei jedenfalls unzulässig.

12.5. Die Berufung verweist neuerlich darauf, dass es hier nur um die Kundenrichtlinien für Bezugskarten ginge, daher die Klausel nicht isoliert zu betrachten sei. Sie würde überdies § 29 ZaDiG Rechnung tragen.

12.6. Zum Einwand der Beklagten betreffend einen abgegrenzten Geschäftskreis ist sie auf das bereits zu den Teilnahmebedingungen für Internetbanking bei der Klausel 11 Ausgeführte zu verweisen.

Es ist weiters auf die nunmehr bereits ständige Judikatur zu verweisen, die derartige Zustimmungsfiktionen ohne inhaltliche Beschränkungen als jedenfalls gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ansieht.

Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers liegt darin, dass die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lässt eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Bank in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte wird ermöglicht; geändert werden könnten auch ohne irgendeine Einschränkung alle von der Bank geschuldeten Leistungen (2 Ob 131/12x mwN).

Das trifft auch hier zu, weshalb die Klausel bereits deshalb gröblich benachteiligend ist.

Zum Einwand, die Klausel erfülle die Vorgaben des § 29 ZaDiG, ist der Berufungswerberin Folgendes zu entgegen:

§ 28 Abs 1 Z 6 ZaDiG regelt betreffend Informationen

und Mitteilungen des Zahlungsdienstleisters über Änderungen und Kündigung des Rahmenvertrags in lit a), dass soweit ausdrücklich vereinbart, die Angabe, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung der Bedingungen nach § 29 Abs 1 als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat, wobei die Änderung innerhalb der Frist des § 29 Abs 1 Z 1 dem Zahlungsdienstnutzer mitzuteilen ist.

Im Zahlungsdienstrecht wurden die gesetzlichen Grundlagen für einen besonderen Vertragsanpassungsmechanismus für Rahmenverträge, der durch spezifische Informationspflichten, eine zweimonatige Wartefrist, die allfällige Zustimmungsfiktion des Zahlungsdienstnutzers und die Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsbeendigung seitens des Zahlungsdienstnutzers gekennzeichnet ist (vgl § 29), sowie für eine ordentliche Kündigung des Rahmenvertrages (vgl § 30) geschaffen.

Die entsprechenden Informationen über Änderungen und Kündigung des Rahmenvertrages sind dem Zahlungsdienstnutzer zum Zweck der Vereinbarung gemäß § 28 Abs 1 Z 6 lit a-c iVm §§ 29, 30 ZaDiG mitzuteilen. Dazu zählen insbesondere Angaben zur Vertragslaufzeit sowie die Hinweise auf das Kündigungsrecht des Zahlungsdienstnutzers oder des Zahlungsdienstleisters und sonstige kündigungsrelevante Vereinbarungen gemäß §§ 29, 30 ZaDiG. Vor diesem Hintergrund muss auch die Möglichkeit zur fristlosen Änderung von Zinssätzen und Wechselkursen im Sinne des § 29 Abs 2 ZaDiG im Rahmenvertrag vereinbart werden. Im Hinblick auf eine ausdrücklich zu vereinbarende Erklärungsfiktion (Schweigen als Zustimmung zu Vertragsänderungen)

ist zudem die Angabe erforderlich, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung als erteilt gilt, wenn er diese nicht vor dem Zeitpunkt ihres geplanten Inkrafttretens ablehnt. Nur unter dieser Voraussetzung gilt die Obliegenheit zum Widerspruch bei Vertragsänderungen als vereinbart (*Weilinger/Knauder in Weilinger (Hrsg) ZaDiG § 28 Rz 35f*).

Dass so eine Vereinbarung gemäß § 28 ZaDiG hier vorliegt, wurde gar nicht vorgebracht, weshalb auch die Vorgaben des § 29 ZaDiG nicht eingehalten sind.

Das Erstgericht hat die Klausel daher insgesamt zu Recht als gröblich benachteiligend angesehen.

13. Zu den Klauseln 15 - 19:

13.1. Die bekämpften Klauseln lauten wie folgt:

Klausel 15: *„Kein Nachweis der Autorisierung: Da der Zweck von Zahlungen von Kleinbetragsbeträgen ohne Eingabe des persönlichen Codes in einer vereinfachten, ohne Autorisierung erfolgenden Abwicklung eines Zahlungsvorgangs liegt, muss die DenizBank AG nicht nachweisen, dass der Zahlungsvorgang autorisiert war, ordnungsgemäß aufgezeichnet und verbucht wurde und nicht durch einen technischen Zusammenbruch oder eine andere Störung beeinträchtigt wurde.“*

Klausel 16: *„Keine Haftung für nicht autorisierte Zahlungen: Da bei Verwendung der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes die DenizBank AG nicht nachweisen kann, dass der Zahlungsvorgang vom Karteninhaber autorisiert wurde, besteht keine Verpflichtung der DenizBank AG, im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich*

ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Auch darüber hinausgehende Ansprüche gegen die DenizBank AG sind - sofern sie auf leichter Fahrlässigkeit der DenizBank AG beruhen - ausgeschlossen."

Klausel 17: „Warnhinweis: Das Risiko eines Missbrauchs der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes trägt der Kontoinhaber.“

Klausel 18: „Keine Sperre für Kleinbetragszahlungen bei Abhandenkommen der Bezugskarte möglich: Eine Sperre der Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ist technisch nicht möglich. Bei Abhandenkommen (zB Verlust, Diebstahl der Bezugskarte können weiterhin auch nach einer Sperre gemäß Punkt 2.7 Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes bis zum Betrag von EUR 75,00,-- vorgenommen werden: Diese Beträge werden nicht erstattet. Da es sich um Kleinbetragszahlungen im Sinne des § 33 ZaDiG (Zahlungsdienstegesetz) handelt, nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens EUR 25,00 möglich sind und eine Möglichkeit, die Bezugskarte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes zu sperren, nicht besteht, ist § 44 Abs 3 ZaDiG nicht anwendbar.“

Klausel 19: „Soweit für Kleinbetragszahlungen nicht ausdrücklich in Punkt 3. Eine Sonderregelung enthalten ist, gelten für diese auch die Regelungen des Punktes 2 (Karten-Service).“

Die Klauseln 15-19 statuieren Regelungen für die Zahlung mittels des auch für andere Zahlungsweisen zur Verfügung gestellten Zahlungsmittels per NFC (für: near field communication). Das bedeutet, dass mit einer sonst nur mit PIN-Code zu verwendenden Karte bei technisch dafür geeigneten Vorrichtungen bis maximal EUR 25,-- pro Vorgang eine Zahlung ohne Eingabe eines Codes erfolgen

kann.

13.2. Der Kläger argumentiert zusammengefasst zu diesen Klauseln, die Ausnahmebestimmung des § 33 Abs 1 und 2 ZaDiG sei nicht erfüllt, da diese sich nur auf die dort beschriebenen Zahlungsinstrumente beziehen würde.

Die Anwendung der Ausnahmeregelung für Kleinbetragszahlungen gemäß § 33 ZaDiG wäre auch deshalb unzulässig, weil diese nur dann herangezogen werden dürfe, wenn das Instrument es nicht ermögliche, es zu sperren oder eine weitere Nutzung zu verhindern. Die hier interessierende Bankomatkarte könne jederzeit auch für die NFC-Funktion gesperrt werden, sie werde als solche auch nicht anonym genutzt. Der Nachweis, ob ein Zahlungsvorgang autorisiert gewesen wäre, wäre dem Zahlungsdienstleister daher möglich. Das wiederum verbiete gemäß § 33 ZaDiG die Anwendung der Ausnahmeregelungen.

13.3. Die Beklagte wendet ein, es handle sich bei der Bankomatkarte, die auch mit NFC-Funktion ausgestattet sei, um ein multifunktionales Zahlungsinstrument. Ein solches unterliege hinsichtlich der Kleinbetragszahlungsfunktion den Ausnahmeregelungen des § 33 ZaDiG, hinsichtlich der übrigen Funktionen dem normalen Regime des ZaDiG.

13.4. Das Erstgericht sieht die Klauseln 15-19 deshalb als unzulässig an, da § 33 ZaDiG auf ein Zahlungsinstrument, welches nicht ausschließlich Kleinbetragszahlungen ermögliche, nicht anwendbar sei. Hinsichtlich der Auslegungsvariante, die einzelnen Kartenfunktionen getrennt als jeweils ein Zahlungsinstrument zu verstehen, wäre dieses nicht personalisiert und somit kein Zahlungsinstrument im Sinne des § 3 ZaDiG.

13.5. Die Berufung macht geltend, dass mit der Ver-

wendung der Bezugskarte mit NFC Funktion ein anonymes Zahlungsinstrument verwendet wird. Dessen Natur ermögliche es nicht, nachzuweisen, dass ein Vorgang autorisiert gewesen sei. Die Heranziehung der Ausnahmebestimmungen müsse daher zulässig sein.

13.6. Die Haftung des Kunden (Verbrauchers) gegenüber dem Zahlungsdienstleister im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ist in § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelt (RIS-Justiz RS0128542).

Die hier inkriminierten Klauseln, die von dieser Bestimmung abweichen, könnten daher nur im Falle der Geltung der Ausnahmeregelungen des § 33 ZaDiG für Kleinbetragszahlungen zulässig sein.

§ 33 ZaDiG regelt für Zahlungsinstrumente, die gemäß dem Rahmenvertrag nur einzelne Zahlungsvorgänge bis höchstens 30 Euro betreffen oder die entweder eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro haben oder Geldbeträge speichern (Zahlungsinstrumente auf Guthabenbasis), die zu keiner Zeit 150 Euro übersteigen, in seinem Abs 2 Folgendes:

Im Fall von Zahlungsinstrumenten im Sinne des Abs 1 können die Zahlungsdienstleister mit ihren Zahlungsdienstnutzern vereinbaren, dass

1. § 35 Abs 1 Z 2 und 3, § 36 Abs 2 sowie § 44 Abs 3 betreffend Sperrung, Anzeige und Haftung nach Anzeige nicht anzuwenden sind, wenn es das Zahlungsinstrument nicht ermöglicht, es zu sperren oder eine weitere Nutzung zu verhindern;

2. die § 34 Abs 3 (Nachweis der Autorisierung) sowie § 44 Abs 1 und 2 (Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge) nicht anzuwenden sind, wenn das Zahlungsinstrument anonym genutzt wird oder der Zahlungsdienstleister

aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstrumentes ergeben, nicht nachweisen kann, dass ein Zahlungsvorgang autorisiert war;

Unstrittig ist, dass die Klauseln 15-19 nur zulässig wären, wenn die Verwendung des Zahlungsinstruments Bankomatkarte in seiner speziellen Funktion mit NFC als Zahlungsinstrument anzusehen wäre, das vom § 33 Abs 1 iVm Abs Z 1 und 2 ZaDiG als ein solches definiert wird, das eine Sperre nicht ermöglicht (Klauseln 18-19) oder anonym genutzt wird (Klauseln 15-17).

Das Vorliegen beider Ausnahmegruppen (§ 33 Abs 2 Z 1 und 2 ZaDiG) hängt von der Beantwortung der hier ausschlaggebenden Frage ab, ob die NFC-Funktion auf einem an sich sonst nicht dem Regime des § 33 für Kleinzahlungen unterliegenden Zahlungsinstrument (Bankomatkarte mit PIN Code) als ein eigenes Zahlungsinstrument angesehen werden kann oder die Regelungen des § 33 nur das Zahlungsinstrument als solches meinen. Dann wäre die Ausnahmeregelung nicht anwendbar, da hier ja unstrittig die NFC-Funktion nur zusätzlich auf einer Bankomatkarte mit Verschlüsselung durch PIN vorhanden ist.

Die Frage, ob der Träger oder die konkrete Funktion über die Anwendbarkeit des § 33 ZaDiG für Kleinbetragszahlungen entscheidet, wird in der Literatur - wie die Streitteile auch aufzeigen - unterschiedlich beantwortet:

Seit 2013 sind neu ausgegebene Bankomat- und Kreditkarten mit der Funktion „Kontaktloses Bezahlen“, auch Near Field Communication (NFC) genannt, ausgestattet, mit welcher der Karteninhaber Beträge bis € 25,- ohne PIN oder Unterschrift bezahlen kann, indem er die Karte an Terminals, die mit dem Contactless-Logo gekennzeichnet sind, an die so genannte „Landing Zone“ des Lesegeräts

hält. Die NFC-Funktion wird automatisch aktiviert, sobald der Kunde mit der neuen Karte erstmals irgendeine „klassische“ Transaktion durch Stecken und Eingabe der PIN durchführt. Allerdings muss nach einer bestimmten Anzahl kontaktloser Zahlungen (idR sind es fünf) neuerlich irgendeine „klassische“ Transaktion durch Stecken der Karte und Eingabe der PIN oder Unterschrift vorgenommen werden, damit wieder kontaktlos und ohne Verwendung personalisierter Sicherheitsmerkmale bezahlt werden kann. Bei der NFC-Funktion sind die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 33 Abs 2 Z 2 ZaDiG nicht erfüllt: Zum einen wird die Zahlungskarte nicht anonym genutzt. Zum anderen kann der Zahlungsdienstleister, da ja eine Kredit- oder Bankomatkarte ein mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen ausgestattetes Zahlungsinstrument ist, auch nicht aus anderen Gründen, die sich aus der Natur des Zahlungsinstruments ergeben, daran gehindert werden, gemäß § 34 Abs 3 Z 1 nachzuweisen, dass ein Zahlungsvorgang authentifiziert war. Soweit es um die Verteilung des Missbrauchsrisikos geht, ist die NFC-Funktion daher gleich wie eine MOTO-Transaktion zu beurteilen (*Haghofer in Weilinger (Hrsg), ZaDiG § 35 Rz 12*).

Zur MOTO Transaktion wird ausgeführt:

Ohne personalisierte Sicherheitsmerkmale autorisierte Zahlungsvorgänge, die nicht unter die Ausnahmebestimmung für Kleinbetragszahlungen und elektronisches Geld fallen, kommen in der Praxis bei Kreditkarten vor, die zwar mit einer PIN und Unterschrift ausgestattet sind, mit denen aber im Internet oder am Telefon teilweise auch durch bloße Angabe der Kreditkartennummer, des Verfallsdatums und der Prüfnzahl bezahlt werden kann (sog Mail Order- oder Telefone Order-Transaktionen, abgekürzt

MOTO-Transaktionen). Alle drei Daten sind auf der Karte aufgedruckt und damit zwangsläufig nicht geheim. Dass mit einer solchen ungesicherten Zahlungsmöglichkeit ein beträchtliches Missbrauchsrisiko verbunden ist, liegt auf der Hand. Da MOTO-Transaktionen mangels Verwendung persönlicher Sicherheitsmerkmale nicht im Sinne des § 3 Z 17 authentifiziert sind (vgl. *Bitter*, WM 2010, 1775 f; *Casper/Pfeifle*, WM 2009, 2344), trägt dieses Risiko im Verhältnis zum Zahler zur Gänze die Kreditkartengesellschaft, sofern der berechtigte Nutzer nicht betrügerisch gehandelt hat. Eine Haftung des Kunden für den Missbrauchsschaden setzt nach § 44 Abs 2 ZaDiG immer voraus, dass der Missbrauch auf der Verwendung eines Zahlungsinstrumentes im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG beruht. Eine Kreditkarte ist zwar grundsätzlich ein solches Instrument. Wenn sie aber ohne Verwendung der diese rechtliche Qualifikation begründenden personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN oder Unterschrift) eingesetzt wird, kann sie bezogen auf diesen Zahlungsvorgang nicht als Zahlungsinstrument angesehen werden, zumal dann der Zahlungsvorgang gerade nicht mit der Karte im Sinne des § 3 Z 17 ZaDiG authentifiziert wurde (*Haghofer*, aaO Rz 11).

Die gegenteilige Ansicht vertritt *Leixner* in ZaDiG², § 35 Rz 1. Multifunktionale Zahlungsinstrumente wie etwa eine Zahlungskarte (Bankomatkarte) mit E-Geldfunktion (Quick) unterlägen hinsichtlich der E-Geldfunktion bzw Kleinbetragszahlungsfunktion dem Regime des § 33 ZaDiG, hinsichtlich der übrigen Funktionen dem normalen Regime des ZaDiG. Sie beruft sich dabei auf eine Anfragebeantwortung betreffend die ZaDi-RL (EK, Questions & Answers, Question 301 zu Article 34 und 53).

Diese Ansicht überzeugt für die NFC-Funktion nicht.

Das hier erwähnte Quick System unterscheidet sich gravierend von NFC, da es eine PrePaid Funktion hat. Zwar muss bei NFC nach fünf Transaktionen auch wieder autorisiert werden, dennoch ist PrePaid als System viel unabhängiger (arg: elektronische Geldbörse). Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass das elektronische Geld in Guthaben-Form auf einem Chip gespeichert wird und bereits ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Teil des Kontoguthabens des Kunden ist und auch eine Sperre nicht mehr möglich ist. Diesem Umstand trägt § 33 Abs 2 Z 1 und Abs 4 ZaDiG Rechnung.

Es ist daher entgegen der Ansicht der Berufungswerberin auch nicht unbillig, diese beiden Funktionen unterschiedlich zu behandeln. Gerade der Umstand, dass nach fünf Transaktionen die Autorisierung wieder erfolgen muss, lässt den Schluss zu, dass hier immer noch dasselbe Zahlungsinstrument verwendet wird und daher grundsätzlich auch die dafür geltenden Regelungen und nicht die Ausnahmebestimmung des § 33 ZaDiG zu gelten haben.

Die von der Berufungswerberin angeführte Aufzählung in *Weilinger/Gratzl* in *Weilinger* (Hrsg), ZaDiG § 33, Rz 14: wenn das konkrete Zahlungsinstrument anonym genutzt wird (wie zB elektronische Geldbörsen, kontaktlose Karten, SIM-Karten, „Palm Pilots“) bezieht sich lediglich auf die Ausnahme von § 33 Abs 1 Z 3 ZaDiG und kann daher die hier relevanten Tatbestände der Z 1 und 2 *leg cit* nicht betreffen.

Das Berufungsgericht teilt die Ansicht von *Haghofer* in *Weilinger* (Hrsg), ZaDiG § 35 Rz 12, dass die NFC-Zahlungsfunktion im Hinblick auf die Verteilung des Missbrauchsrisikos wie die MOTO-Transaktion zu beurteilen ist. Auch die von *Haghofer* (in *Weilinger* (Hrsg), ZaDiG §

44 Rz 26) vertretene sachliche Rechtfertigung ist überzeugend: Das ist sachlich nicht zuletzt auch deshalb gerechtfertigt, weil die NFC-Funktion vom Karteninhaber nicht gesondert und bewusst, sondern zwangsläufig und unabhängig von seinem Willen aktiviert wird, sobald er mit der neuen Karte erstmals an einem Bankomat Geld behebt oder an einer POS-Kassa durch Eingabe der PIN bezahlt. Dadurch unterscheidet sich die NFC-Funktion etwa von der „Elektronischen Geldbörse“. Diese Funktion befindet sich zwar auch auf jeder Bankomatkarte. Sie kann vom Karteninhaber aber erst dann genutzt werden, wenn er sie zuvor durch eine gesonderte Eingabe der PIN aufgeladen hat.

Festzuhalten ist, dass das im Fall der Zahlung mittels NFC-Funktion verwendete Zahlungsinstrument eine Bankomatkarte mit personalisierten Merkmalen und einem persönlichen Code - unabhängig von der Nutzung der NFC-Funktion - ist und dieses die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen des § 33 Abs 1 Z 1 und 2 ZaDiG als solches nicht erfüllt.

Würde man nur auf die Funktion abstellen, wäre - wie auch das Erstgericht zutreffend ausführt - daraus letztlich für den Standpunkt der Beklagten auch nichts zu gewinnen.

Ungeachtet der Unterschiede in diesen beiden Verfahren ist die Schlussfolgerung des Obersten Gerichtshofes in 9 Ob 31/15x zur MOTO-Transaktion auch hier zu ziehen:

Wenn sie (Anm: die Kreditkarte) aber ohne Verwendung der diese rechtliche Qualifikation begründenden personalisierten Sicherheitsmerkmale (PIN oder Unterschrift) eingesetzt wird, kann sie bezogen auf diesen Zahlungsvorgang nicht als Zahlungsinstrument angesehen werden, zumal

dann der Zahlungsvorgang gerade nicht mit der Karte im Sinne des § 3 Z 17 ZaDiG authentifiziert wurde.

§ 3 Z 21 definiert als Zahlungsinstrument: jedes personalisierte Instrument oder jeder personalisierte Verfahrensablauf, das oder der zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart wurde und das oder der vom Zahlungsdienstnutzer eingesetzt werden kann, um einen Zahlungsauftrag zu erteilen.

Würde man der von *Leixner* vertretenen Ansicht - die sich allerdings *expressis verbis* nicht auf die NFC-Funktion, sondern Kleinzahlungen, insbesondere die Quick Geldbörse bezieht, folgen und das Zahlungsinstrument als das gerade in seiner Funktion Verwendete definieren und daher getrennte Regime zulassen, würde man dem oben beschriebenen Problem begegnen: es wird dann in der NFC-Nutzung die Karte nicht in dem von § 3 Z 21 definierten Sinn als Zahlungsinstrument verwendet.

Bei Zahlungsvorgängen, die nicht auf der Verwendung eines Zahlungsinstruments im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG beruhen, trifft von vornherein grundsätzlich immer den Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko, soweit der Zahler nicht betrügerisch handelt. Da ein Zahlungsinstrument im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG nur dann vorliegt, wenn es mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen ausgestattet ist, betrifft diese weitgehende Haftungsfreistellung des Kunden Zahlungsvorgänge, die ohne Verwendung solcher Merkmale autorisiert werden und bei denen daher der Zahlungsdienstleister im Fall einer Bestreitung der Autorisierung nicht den ihm in § 34 Abs 3 Z 1 ZaDiG auferlegten Nachweis erbringen kann, dass der Zahlungsvorgang im Sinne des § 3 Z 17 ZaDiG authentifiziert war (9 Ob 31/15x).

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

Auf die Bankomatkarte als solche treffen die Voraussetzungen des § 33 ZaDiG, um die dort beschriebenen Ausnahmebestimmungen festlegen zu dürfen, nicht zu.

Der „Ausweg“, nicht die Bankomatkarte als Anknüpfungspunkt zu sehen, sondern die konkret verwendete Funktion (NFC) das von § 33 ZaDiG umschriebene Zahlungsinstrument sein zu lassen, führt allerdings in eine Sackgasse, jedenfalls betreffend die von der Beklagten gewünschten Klauseln:

Ein Zahlungsinstrument im Sinne des § 3 Z 21 ZaDiG kann nur eines sein, das mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen ausgestattet ist. Wird ein anderes „Zahlungsinstrument“ verwendet, trifft aber grundsätzlich den Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko, soweit der Zahler nicht betrügerisch handelt (aaO). Mit diesem Grundsatz sind die Klauseln 15-19 keinesfalls vereinbar.

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Unzulässigkeit der Klausel 19 in ihrer Bezugnahme auf die Sonderregelungen des Punktes 3. besteht.

Es hat daher das Erstgericht zu Recht die Klauseln 15-19 als unzulässig angesehen.

C. Klauseln betreffend die „Allgemeinen Informationen zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher“

14. Zu Klausel 21:

14.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Neben den im Preisaushang ausgewiesenen Entgelten der DenizBank AG fallen unter Umständen noch Barauslagen an, die die DenizBank AG in Ausführung der Kundenaufträge an Dritte zu bezahlen hat. Auch diese Barauslagen sind vom Kunden zu tragen.“

14.2. Der Kläger bringt dazu vor, diese Klausel

widerspreche als pauschale Entgeltvereinbarung § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG.

14.3. Die Beklagte bestreitet nur die Verwendung.

14.4. Das Erstgericht beurteilt diese Klausel als intransparent, sie statuiere der Höhe nach nicht bekannt-gegebene Entgeltansprüche.

14.5. Die Berufung verweist darauf, dass es hier nur um Barauslagen ginge, die die Beklagte an Dritte zu entrichten habe, auf deren Höhe sie keinen Einfluss habe.

14.6. Diese Ausführungen sind schon deshalb unbeachtlich, weil sie gegen das Neuerungsverbot verstoßen.

Grundsätzlich ist Folgendes festzuhalten:

Die Klausel widerspricht bereits § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG, wonach der Kunde über alle Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Zahlungsdienstleister zu entrichten hat, zu informieren ist und diese aufzuschlüsseln sind. Dass unter Entgelt auch Aufwandsersatz zu verstehen ist, ergibt sich aus § 27 ZaDiG.

Der Oberste Gerichtshof hat in 1 Ob 244/11f ausgeführt: Sowohl der RL 2007/64/EG als auch dem ZaDiG liegt ein weiter Entgeltbegriff zu Grunde. § 27 ZaDiG spricht pauschal von Entgelten, meint aber damit zwei Arten solcher Entgelte: zum einen den Aufwandsersatz nach Abs 1 und 3 und zum anderen das Entgelt im engeren Sinn nach Abs 2. § 27 ZaDiG schränkt den in Abs 1 und 3 genannten Aufwandsersatz auf jenes „Entgelt“ ein, das „angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet“ ist. In § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG ist abschließend geregelt, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten (§ 27 Abs 2 ZaDiG) einen Aufwandsersatz- bzw Kostenersatzanspruch geltend machen kann. Aus dem Inhalt und

Zweck des § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG ergibt sich, dass - auch wenn der Begriff „Entgelt“ verwendet wird - damit eine abschließende Regelung über den Aufwandsersatz getroffen wird.

Die Unzulässigkeit dieser Klausel ergibt sich daher bereits aus ihrem Widerspruch zu den §§ 27, 28 ZaDiG.

Sie ist unabhängig davon auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG:

Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RIS-Justiz RS0122169).

Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes folgt aus § 26 Abs 1 iVm § 27 Abs 2, § 28 Abs 1 Z 3 lit a und § 32 Abs 1 ZaDiG, dass die Gültigkeit einer Entgeltvereinbarung im Anwendungsbereich dieses Gesetzes von der Einhaltung der Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters zu einem Zeitpunkt, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, abhängt (6 Ob 120/15p mwN).

Diese Voraussetzung ist bei dieser Klausel nicht gegeben. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ermöglicht sie die Überwälzung von Barauslagen in unbegrenzter Höhe nach Belieben der Beklagten. Das ist keinesfalls zulässig. Auch die Verwendung des Begriffes „unter Umständen“ lässt den Kunden völlig im unklaren über die Voraussetzungen für eine solche Vorgangsweise.

Betreffend das (in der Berufung gar nicht mehr wiederholte) ursprüngliche Vorbringen zur mangelnden Wiederholungsgefahr ist zu entgegnen:

Die Wiederholungsgefahr wäre nur dann ausgeschlos-

sen, wenn die Beklagte das Unterlassungsbegehren vollständig anerkennen würde. Das derzeitige Nichtverwenden der Klausel lässt keine Rückschlüsse auf eine Wiederholungsgefahr zu (9 Ob 26/15m mwN).

Das Erstgericht hat daher insgesamt zu Recht die Klausel als unzulässig beurteilt.

15. Zu Klausel 22:

15.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: *„Ist es im Rahmen einer von der DenizBank AG zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die DenizBank AG anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die DenizBank AG ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag in ihrem Schalteraushang zum Abruf bereit und sind unmittelbar anwendbar. Die anlässlich dieses Vorgangs anfallenden weiteren Entgelte der DenizBank AG sind dem Preisverzeichnis zu entnehmen.“*

15.2. Der Kläger argumentiert, diese Klausel verstoße gegen § 29 Abs 2 ZaDiG, die vom Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen seien nicht erfüllt, insbesondere fehle ein konkreter Umrechnungsstichtag.

15.3. Die Beklagte bestritt ursprünglich nur die Verwendung der Klausel.

15.4. Das Erstgericht bejaht den Verstoß gegen § 29 Abs 2 ZaDiG. Es bliebe unklar, wie der offenbar von der Beklagten selbst gebildete „marktkonforme Devisenkurs“ errechnet werde und nach welchen Grundsätzen er sich gegebenenfalls verändere. Es fehle auch der Stichtag für die Umrechnung.

15.5. Die Berufung macht geltend, es sei nicht mög-

lich, den Devisenkurs genauer zu bezeichnen, da dieser sich täglich ändere.

15.6. Vorauszuschicken ist, dass das erstmals in der Berufung aufgeworfene Thema, ob es möglich sei, den Devisenkurs täglich zu ändern, gegen das Neuerungsverbot verstößt, da in erster Instanz nur die Verwendung der Klausel bestritten wurde.

Unabhängig davon ist die Verwendung der Klausel unzulässig:

Gemäß § 29 Abs 2 ZaDiG können Änderungen der Zinssätze oder der Wechselkurse unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die Änderungen auf den gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit. b und c vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhen.

Die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse sind neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bleibt unberührt (§ 29 Abs 3 ZaDiG).

Die Bestimmung setzt Art 44 Abs 3 der ZaDi-RL um. Entgeltänderungsklauseln müssen inhaltlich so ausgestaltet werden, dass Zahlungsdienstnutzer bei der Berechnung der neuen Entgelte (Zinssätze, Wechselkurse) nicht benachteiligt werden und dass die Änderungen neutral ausgeführt werden. Unter der neutralen Ausführung ist eine „zweiseitige Handhabung“ der Entgeltänderungsklausel zu verstehen (ErläutRV 207 BlgNr 24. GP 36).

Nach § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer Informationen und Vertragsbedingungen über die zugrunde gelegten Zinssätze und

Wechselkurse oder - bei Anwendung von Referenzzinssätzen oder -wechselkursen - die Methode für die Berechnung der tatsächlichen Zinsen sowie den maßgeblichen Stichtag und den Index oder die Grundlage für die Bestimmung des Referenzzinssatzes oder -wechselkurses mitzuteilen.

Die gesetzliche Formulierung entspricht dem wortgleichen Art 42 Abs 3 lit b ZaDi-RL. Der Referenzwechselkurs wird in § 3 Z 16 ZaDiG als der Wechselkurs definiert, der bei jedem Währungsumtausch zugrunde gelegt und vom Zahlungsdienstleister zugänglich gemacht wird oder aus einer öffentlich zugänglichen Quelle stammt.

Für Referenzwechselkurse wird die Darlegung der Berechnungsmethoden daher zwar nicht explizit in § 3 Z 16 ZaDiG gefordert, aber es verlangen sowohl § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG als auch Art 42 Abs 3 lit b ZaDi-RL, dass neben dem maßgeblichen Stichtag und dem Index auch die Grundlage für die Bestimmung des Referenzwechselkurses mitgeteilt wird.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass vergleichbare Klauseln gegen § 29 Abs 3 ZaDiG verstoßen, wenn sie überhaupt keinen Referenzwechselkurs beinhalten und auch den Index oder die Grundlage für dessen Bestimmung nicht nennen, sondern allein auf einen Wechselkurs abstellen, der auf einer Homepage abrufbar ist (zuletzt etwa 9 Ob 31/15x mwN).

Dasselbe muss für einen Wechselkurs gelten, der am Schalterausgang zu finden ist.

In der inkriminierten Klausel bleibt - wie das Erstgericht zutreffend ausführt - völlig unklar, wie der von der Beklagten ermittelte Devisenkurs errechnet wird und nach welchen Grundsätzen er sich gegebenenfalls verändert. Allein der Hinweis auf einen aktuellen marktkonfor-

men Devisenkurs macht die Grundlagen für den verwendeten Kurs nicht transparent.

Dem Erstgericht ist auch darin zuzustimmen, dass Klausel 22 schon deshalb als gesetzwidrig anzusehen ist, da aus ihr kein Stichtag für eine Umrechnung abzuleiten ist, wodurch die abschließende Regelung über die Fremdwährungstransaktionen unvollständig ist.

Nur ergänzend sei erwähnt, dass auch der im letzten Satz enthaltene Hinweis auf ein nicht näher definiertes Preisverzeichnis als „dynamischer Verweis“ im Hinblick auf das dazu bereits Ausgeführte wohl unzulässig ist.

Zur Wiederholungsgefahr ist auf das zur Klausel 21 Gesagte zu verweisen.

Das Erstgericht hat daher zu Recht dem Unterlassungsbegehren stattgegeben.

16. Zu Klausel 23:

16.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „Die PIN ist regelmäßig zu ändern“.

16.2. Der Kläger bringt vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend. Es werde ohne sachliche Rechtfertigung der gesamte Aufwand in diesem Zusammenhang auf den Kunden übertragen.

Überdies sei die Klausel auch intransparent, da „regelmäßig“ zu wenig präzise sei.

16.3. Die Beklagte verweist darauf, dass es sich nur um eine Obliegenheit handeln würde, die im Übrigen dem Schutz des Kunden diene.

16.4. Das Erstgericht sieht die Klausel aufgrund der Unbestimmtheit von „regelmäßig“ als jedenfalls intransparent an, bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung könnte sie eine unüblich häufige Änderungspflicht statuieren, dann wäre sie auch gröblich benachteiligend.

16.5. Die Berufung macht geltend, die Klausel stelle jedenfalls eine zumutbare Vorkehrung im Sinne des § 36 Abs 1 ZaDiG dar, um das Zahlungsinstrument vor unbefugtem Zugriff zu schützen und wiederholt das erstinstanzliche Vorbringen zur Obliegenheit.

16.6. Der Oberste Gerichtshof hatte zu 8 Ob 58/14h folgende Klausel zu beurteilen: „Die PIN ist vom Kunden regelmäßig, jedoch spätestens jeweils nach Ablauf von zwei Monaten, selbstständig zu ändern, sofern der Kunde B***** eBanking per Internet nutzt.“

Er hat dazu folgende Erwägungen angestellt:

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.

Diese Überlegungen treffen auch auf die hier vorliegende Klausel zu. Hier ist die Situation noch verschärft, da überhaupt kein Anhaltspunkt, wie das Wort „regelmäßig“ zu verstehen ist, enthalten ist.

Es kann daher bei kundenfeindlichster Auslegung dem Kunden noch eine viel kurzfristigere Änderung abverlangt werden, weshalb die Klausel sowohl gröblich benachteiligend als auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KschG ist.

Das Erstgericht hat ihre Verwendung daher zu Recht untersagt.

D. Klauseln betreffend die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DenizBank AG - Fassung Jänner 2016“

17. Zu Klausel 24:

17.1. Die bekämpfte Klausel (als Teil der gesamten wiedergegebenen Klausel unterstrichen) lautet wie folgt:
„2. Ordentliche Kündigung in der Geschäftsverbindung mit Verbrauchern

Z 23. (1) Der Kunde kann einen Rahmenvertrag für Zahlungsdienste, insbesondere den Girokontovertrag, jederzeit zum letzten Tag des laufenden Monats kostenlos kündigen, wobei aber Kündigungen, die am letzten Geschäftstag eines Monats ausgesprochen werden, erst zum ersten Geschäftstag des folgenden Monats wirken. Das Recht zur kostenlosen und fristlosen Kündigung eines Rahmenvertrags für Zahlungsdienste, insbesondere des Giro-

kontovertrags, anlässlich einer vom Kreditinstitut vorgeschlagenen Änderung der AGB der eines Rahmenvertrags für Zahlungsdienste, insbesondere des Girokontovertrags (Z 2) bleibt unberührt.

(2) Kreditverträge mit unbestimmter Laufzeit kann der Kunde jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kostenlos kündigen.

(3) Alle übrigen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträge mit dem Kreditinstitut kann der Kunde jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen.

(4) Das Kreditinstitut kann auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Rahmenverträge für Zahlungsdienste (insbesondere Girokontoverträge) und Kreditverträge unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten kündigen.

(5) Alle übrigen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträge kann das Kreditinstitut jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen.

17.2. Der Kläger argumentiert, die Klausel sei intransparent, da sie nur von einer „angemessenen“ Kündigungsfrist spreche. Dies eröffne ungerechtfertigte Ermessensspielräume.

17.3. Die Beklagte wendet ein, die Klausel müsse als Gesamtes gelesen werden. Sie enthalte für verschiedene Verträge genau festgelegte Fristen. Es komme daher dem inkriminierten Teil ohnehin kein Bedeutungsgehalt mehr zu, im Übrigen könne „angemessen“ aus den sonstigen Bestimmungen durchaus abgeleitet werden.

17.4. Das Erstgericht wertet die Klausel aufgrund der Unbestimmtheit von „angemessen“ als jedenfalls intransparent und daher unzulässig.

17.5. Die Berufung macht geltend, aus der Systematik

der Klausel als Ganzes würde hervorgehen, dass sich der Absatz 5 nur auf nicht dem ZaDiG unterworfenen Verträge beziehen könne. Dafür seien aber die allgemeinen Regeln für Dauerschuldverhältnisse anwendbar, weshalb diese Klausel nicht rechtswidrig sei. Im übrigen könne auch der Kunde kündigen.

17.6. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Zwei unabhängige Regelungen können in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (5 Ob 217/16x mwN).

Der hier inkriminierte Abs 5 ist jedenfalls als eine isolierte Bestimmung anzusehen. Er kann als eigene Regelung wahrgenommen werden. Der Einwand der Berufungswerberin, er besitze eigentlich keinen Bedeutungsgehalt, ist im Verbandsprozess unerheblich, dazu kann auf die bereits mehrfach erwähnten Grundsätze verwiesen werden.

Für sich genommen ist die Klausel jedenfalls intransparent, es überzeugt keineswegs, dass hier Fristen für die in Abs 1 bis 4 geregelten Verträge als eine Art Richtschnur dienen sollen, macht doch die Beklagte selbst geltend, die Klausel betreffe Verträge, die nicht dem ZaDiG unterlägen, also ein von den anderen Klauseln zu unterscheidendes Regime.

Dass der Begriff „angemessene Kündigungsfrist“ unbestimmt ist, braucht nicht näher erläutert zu werden. Bei kundenfeindlichster Auslegung müsste sie wohl nur aus Sicht der Bank angemessen sein.

Das Erstgericht hat daher auch diese Klausel zu Recht als intransparent beurteilt.

18. Zur fehlenden Leistungsfrist:

18.1. Der Kläger stellte das Unterlassungsbegehren ohne Leistungsfrist.

18.2. Die Beklagte beantragte im erstinstanzlichen Verfahren keine Leistungsfrist.

18.3. Das Erstgericht setzte auch über Berichtigungsantrag der Beklagten keine Leistungsfrist fest, da die Beklagte sich gegen das nicht erfolgte Aufnehmen einer Leistungsfrist in das Urteilsbegehren des Klägers nicht gewendet habe.

18.4. Die Berufung moniert das Fehlen der Leistungsfrist im Rahmen der Rechtsrüge und als Verfahrensmangel.

18.5. § 409 ZPO verpflichtet den Richter zur Setzung einer Leistungsfrist, ohne dass es auf einen Antrag ankommt. Enthält das Klagebegehren keine Leistungsfrist, so hat das Gericht sie von Amts wegen festzusetzen. Eine andere als die beantragte Leistungsfrist zu setzen ist daher kein Verstoß gegen § 405 ZPO. Dennoch liegt in der Setzung einer anderen als der sich aus § 409 ZPO ergebenden Leistungsfrist ebenso wie im Unterlassen der Setzung einer Leistungsfrist ein Verfahrensmangel. Er kann nur auf ausdrückliche Anfechtung hin wahrgenommen werden (*Fucik in Fasching/Konecny*² § 409 ZPO Rz 5).

Gegenständlich liegt der behauptete Verfahrensmangel daher vor, aus Gründen der Übersichtlichkeit wird er dennoch im Rahmen der Rechtsrüge behandelt.

18.6. 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. Nach gefestigter

Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat. In einigen Entscheidungen (Nachweise in 7 Ob 44/13s) wurde eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten.

In 1 Ob 105/14v wurde dazu ausgeführt: Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte gemäß § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorzuschlagen hat, woraus sich das Erfordernis einer Fristsetzung ergibt. Eine Leistungsfrist von vier Monaten zur Umgestaltung der beiden Klauseln ist hier aber durchaus angemessen und sachgerecht.

Die Beklagte kann das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert.

Auch gilt es - wie in dem 1 Ob 105/14v zugrundeliegenden Fall - die Frist des § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG für die Vertragsänderung zu beachten.

In der Entscheidung 4 Ob 130/03a wurde bei zehn zu ändernden Klauseln eine Frist von drei Monaten für angemessen erachtet (vgl auch 6 Ob 24/11i [verst Senat]; 7 Ob 44/13s = RIS-Justiz RS0041265 [T5]: jeweils drei Monate).

Dass in manchen Entscheidungen auch eine Frist von sechs Monaten gewährt wurde, wurde mit der hohen Zahl der zu ändernden Klauseln begründet (4 Ob 107/17i mwN).

Angesichts der Menge der zu unterlassenden Klauseln und des Umstands, dass diese in mehreren unterschiedlichen Vertragsbedingungen enthalten sind, erscheint hier die von der Beklagten eingeforderte Frist von sechs Monaten angemessen.

Unterschiedlich beantwortet wurde in der jüngeren höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Frage, ob auch für das bloße „Sich-Berufen“ eine Leistungsfrist zu setzen ist oder dieses Gebot sofort vollstreckbar wird.

In 9 Ob 7/15t wird unter Berufung auf 2 Ob 131/12x dazu ausgeführt: Zwischen den Tatbeständen des „Verwendens“ einer Klausel oder sinngleicher Klauseln in Neuverträgen und des „Sich-Berufens“ auf den unzulässigen Inhalt der Klausel in Altverträgen ist dabei (im Hinblick auf die Leistungsfrist, *Anm. des Berufungsgerichts*) nicht zu unterscheiden. Dies wird mit *Kathrein* (in KBB³ § 28 KSchG Rz 6) begründet, der ausführt, das Verbot des „Verwendens“ gemäß § 28 Abs 1 zweiter Satz KSchG schließe auch das Verbot des „Sich-Berufens“ ein.

Das ist unzweifelhaft richtig, überzeugt nach Ansicht des Berufungsgerichtes aber im Hinblick auf die Leistungsfrist insoweit nicht, als unabhängig davon die Leistungsfrist eine andere sein kann (va eine kürzere), wenn beide Verbote getrennt statuiert werden.

Kathrein/Schoditsch (in KBB⁵ § 28 KSchG Rz 3) gehen auch selbst offenbar nicht davon aus, dass das „Miteinschließen“ Auswirkungen auf die Leistungsfrist hat: Ist der beklagte Unternehmer nicht nur zu einer „reinen“ Unterlassung, sondern auch zu einer Handlung, nämlich zur Änderung seiner AGB, verpflichtet, so hat das Gericht hiefür auch von Amts wegen eine angemessene Frist festzusetzen (gemeint offenbar auch: nur dann).

In 6 Ob 235/15z geht der Oberste Gerichtshof eingehend auf die Frage der Differenzierung im Hinblick auf die Leistungsfrist ein und führt aus:

„Während in den Entscheidungen 4 Ob 130/03a und 10 Ob 70/07b nicht nur für die Unterlassung der Verwendung

der gesetzwidrigen Klauseln, sondern auch für die Unterlassung der Berufung auf diese Klauseln eine „Leistungsfrist“ eingeräumt wurde, räumte die Entscheidung 5 Ob 118/13h die Leistungsfrist nur für die Verwendung der Klauseln, nicht jedoch für die Unterlassung der Berufung auf diese Klauseln ein. Keine dieser Entscheidungen thematisierte jedoch konkret die Frage, ob jene Erwägungen, welche eine Leistungsfrist für das Verbot der Verwendung solcher Klauseln rechtfertigen, auch auf das Verbot zutreffen, sich auf diese Klauseln zu berufen.

Durch die in §§ 28 ff KSchG statuierte Verbandsklage soll eine vorbeugende Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblättern ermöglicht werden, um die Verwendung unlauterer Vertragsklauseln möglichst von vornherein zu verhindern (RIS-Justiz RS0110990 [T2]). Das Rechtsinstitut der Verbandsklage beruht auf dem Umstand, dass dem einzelnen Verbraucher eine Rechtsdurchsetzung angesichts des damit verbundenen Kostenaufwandes nicht zumutbar ist (EBRV 744 BlgNR 14. GP 41). Das Verbot, sich auf eine gesetzwidrige Klausel zu berufen, wurde erst durch BGBl 1997/6 eingeführt. Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein Unternehmer zunächst - von den klagslegitimierten Stellen unbemerkt oder zumindest unbeanstandet - eine Vielzahl von Verträgen mit gesetz- oder sittenwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen schließt, eine Verbandsklage in der Folge aber dadurch vereitelt, dass er sich auf die erste Beanstandung einer befugten Stelle hin verpflichtet, die Geschäftsbedingungen für künftige Vertragsschlüsse nicht mehr zu verwenden, dann aber seine Rechtsposition aus den „Altverträgen“ weiterhin auf Grundlage der inkriminierten Klauseln ausübt (EBRV 311 BlgNR 20. GP 31).

Wird deshalb dem Unternehmer im Verbandsprozess die Verwendung von Klauseln untersagt, so widerspräche es dem Zweck der Verbandsklage und den Absichten des Gesetzgebers, wenn er sich vorerst nach wie vor auf die als gesetzwidrig erkannten Klauseln berufen dürfte. Das Unterlassen einer weiteren Berufung auf solche Klauseln bedarf als „reine Unterlassung“ auch keiner Vorbereitungsfrist, wie dies auf die Neufassung von Vertragsformblättern und Geschäftsbedingungen zutreffen mag. Der erkennende Senat schließt sich somit dem Ergebnis der Entscheidung 5 Ob 118/13h an.“

Diesen überzeugenden Argumenten schließt sich das Berufungsgericht an, weshalb die Leistungsfrist von sechs Monaten nur für das Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Verwendung der Klauseln zu setzen war.

19. Zum Veröffentlichungsbegehren:

19.1. Die Klägerin begehrt die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teiles des Urteilsspruches einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe.

19.2. Die Beklagte wehrte sich gegen das Veröffentlichungsbegehren dahingehend, dass es in einer bundesweiten Zeitung erfolgen sollte. Sie beantragt für den Fall der Stattgebung die Veröffentlichung auf ihrer Homepage.

19.3. Das Erstgericht gab dem Veröffentlichungsbegehren in dem vom Kläger gewünschten Ausmaß statt.

19.4. Die Berufung moniert, das stünde in keinem Verhältnis zum Kundenkreis der Beklagten.

19.5 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).

Die von der Beklagten gewünschte Veröffentlichung auf ihrer Homepage würde ein weiteres Umsichgreifen wohl kaum verhindern und ist daher jedenfalls nicht ausreichend.

Mit Rücksicht auf die von der beklagten Partei österreichweit angebotenen Leistungen (dazu bedarf es keiner Feststellungen, da die Beklagte zu keinem Zeitpunkt behauptet hat, ein regionaler Anbieter von Finanzdienstleistungen zu sein und auch die diesbezüglichen Angaben des Klägers nicht bestritten hat) ist die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung angemessen. Die Beklagte hat lediglich auf den Vorrang des Online-Geschäftes hingewiesen. Das rechtfertigt aber nicht die begehrte Reduktion der Veröffentlichung nur auf der eigenen Homepage der Beklagten. Das Berufungsgericht sieht daher keinen Grund von der bisherigen Spruchpraxis des Obersten Gerichtshofes in vergleichbaren Fällen abzugehen (RIS-Justiz RS0079764).

Dementsprechend ist das Veröffentlichungsinteresse zu bejahen und die Stattgebung des Klagebegehrens im beantragten Umfang nicht zu beanstanden.

19.6. Aus der Entscheidung über die Berufung des Klägers ergibt sich der geänderte Umfang des Veröffentlichungsbegehrens, da nunmehr der gesamte Urteilsspruch klagsstattgebend ist, weshalb eine diesbezügliche Einschränkung entfallen kann.

19.7. Im Hinblick darauf erübrigen sich auch Ausführungen zum Gegenveröffentlichungsbegehren.

III. Zur Berufung des Klägers:

A. Klauseln betreffend die „Teilnahmebedingungen Internetbanking“

1. Zu Klausel 2:

1.1. Die bekämpfte Klausel (als Teil der gesamten wiedergegebenen Klausel unterstrichen) lautet wie folgt:

„Jeder Kunde hat die Möglichkeit, seine Benutzernummer(n) persönlich während der Schalteröffnungszeiten, schriftlich in jeder Filiale der Bank oder telefonisch über das Call Center sperren zu lassen. Auf Grund eines solchen Auftrages des Kunden wird die Bank unverzüglich die Sperre der Benutzernummer(n) veranlassen.“

1.2. Der Kläger wendet sich gegen die Verwendung des Wortes „unverzüglich“ und sieht darin die Überwälzung einer vom Zahlungsdienstleister nicht verschuldeten Verzögerung bei der Sperre auf den Zahlungsdienstnutzer und damit einen Verstoß gegen § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG. Das Wort unverzüglich bedeute im rechtlichen Kontext nämlich „ohne schuldhaftes Verzögerung“. Es müsse das Wort „unverzüglich“ durch „sofort“ ersetzt werden.

1.3. Die Beklagte wendet ein, „unverzüglich“ habe dieselbe Bedeutung wie „sofort“, der Einwand betreffend § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG sage nichts über diese Wörter aus. Die von *Haghofer* (in *Weilinger* (Hrsg), ZaDiG § 35 Rz 21) kritisierte Klausel habe das dort verwendete Wort „unverzüglich“ mit „spätestens eine Stunde nach Einlangen der Meldung“ definiert und sei deshalb als unzulässig angesehen worden. Das wäre hier nicht der Fall.

1.4. Das Erstgericht erachtet die beiden Wörter ebenfalls als gleichbedeutend und weist das Unterlassungsbegehren in diesem Punkt daher ab.

1.5. Die Berufung wiederholt zuerst das erstinstanzliche Vorbringen und verweist auf die Wortbedeutung von „unverzüglich“ als ohne unnötigen Verzug. Die Klausel verstoße gegen § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG, in dem von einer sofortigen Sperre die Rede sei. Das Wort „unverzüglich“ habe im rechtlichen Kontext die Bedeutung, eine Handlung werde „ohne schuldhaften Verzug“ vorgenommen.

1.6. Nach § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG muss der Zahlungsdienstleister sicherstellen, dass jede Nutzung des Zahlungsinstruments ausgeschlossen ist, sobald eine Anzeige nach § 36 Abs 2 erfolgt ist. Dabei kommt es – sofern die Anzeige nicht ohnehin telefonisch oder persönlich vorgenommen wird und sich diese Frage daher von vornherein nicht stellt – auf den Zeitpunkt des Einlangens der Erklärung des Kunden beim Zahlungsdienstleister an, da der Dienstleister vorher keine Möglichkeit hat, die nach § 35 Abs 1 Z 3 erforderlichen Veranlassungen zu treffen. Sobald die Anzeige beim Zahlungsdienstleister eingelangt ist, trifft ihn jedoch eine sofortige Sperrpflicht, da die Vorgabe in § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG dem Zahlungsdienstleister keinen zeitlichen Spielraum lässt.

Vertragliche Vereinbarungen im Rahmenvertrag, welche die sofortige Sperrpflicht und die sofortige Befreiung des Zahlungsdienstnutzers von einer allfälligen bis dahin nach § 44 Abs 2 ZaDiG bestehenden Haftung für eine missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments ausschließen wollen, sind gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam. Das gilt etwa für folgende Vertragsklausel: „Die Sperre kann unter der Telefonnummer [. . .] beauftragt werden und wird unverzüglich (spätestens eine Stunde nach Einlangen der Meldung) wirksam.“ Diese Klausel kann auch nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, sie entschuldigte

eine verzögerte Sperre ohnehin nur in Fällen, in denen dem Zahlungsdienstleister eine sofortige Sperre ausnahmsweise ohne sein Verschulden nicht möglich war (arg „unverzüglich“). Nach den zwingenden Regelungen in § 35 Abs 1 Z 3 iVm § 44 Abs 3 S 1 ZaDiG kommt es nicht darauf an, ob Verzögerungen, die nach dem Einlangen der Verlustanzeige bei der Sperre des Zahlungsinstruments auftreten, dem Zahlungsdienstleister vorwerfbar sind oder nicht. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass das Sperrsystem vom Zahlungsdienstleister ausgestaltet wird und seine Zuverlässigkeit letztendlich in erster Linie davon abhängt, welche finanziellen Mittel er bereit ist aufzuwenden. Nur dann, wenn allfällige Verzögerungen jedenfalls ihm zur Last fallen, besteht für den Zahlungsdienstleister auch ein ausreichend starker Anreiz, die für ein möglichst sicheres Sperrsystem notwendigen finanziellen Mittel bereit zu stellen (*Haghofer in Weillinger* (Hrsg), ZaDiG § 35 Rz 19 f).

Aus dem oben Angeführten erschließt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber zumindest in diesem Zusammenhang eine Unterscheidung zwischen „sofort“ und „unverzüglich“ trifft, unverzüglich insinuiert jedenfalls eine Komponente, die auf ein Verschuldensmoment an der Verzögerung abstellt, genau das schließen die Regelungen der §§ 35 und 36 iVm 44 ZaDiG für den Zahlungsdienstleister aber aus.

Die Bestimmung des § 36 Abs 2 ZaDiG verwendet das Wort „unverzüglich“, um die Verpflichtung zur Meldung des Zahlungsdienstnutzers zu beschreiben. Auch daraus ergibt sich exakt die hier getroffene Unterscheidung zwischen diesen beiden Begriffen.

Da der Zahlungsdienstnutzer die Anzeige des Verlusts oder der missbräuchlichen Verwendung des Zahlungsinstru-

ments lediglich unverzüglich (dh ohne unnötigen Verzug; ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41) vornehmen muss, haftet er nicht notwendigerweise für eine sofortige Anzeige.

Es muss daher im gegebenen Kontext eine „sofortige“ und nicht eine „unverzügliche“ Sperrverpflichtung festgeschrieben werden, die hier verwendete Formulierung ist unzulässig.

Es war daher in Abänderung des Ersturteiles die Beklagte auch zur Unterlassung der Verwendung dieser Klausel zu verpflichten.

2. Zu Klausel 4:

2.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt:

„Die Aufhebung dieser Sperrungen ist nur durch den Kunden schriftlich oder persönlich in einer Filiale der Bank möglich.“

2.2. Der Kläger bringt vor, die Klausel verstoße einerseits gegen § 37 ZaDiG, da der Zahlungsdienstleister eine von ihm veranlasste Sperre, wenn die Gründe nicht mehr vorlägen, aufheben müsse. Andererseits müsse ein Konsument gemäß § 35 Abs 1 Z 2 ZaDiG die jederzeitige Möglichkeit haben, die Aufhebung der Sperre gemäß § 37 Abs 4 ZaDiG zu beantragen.

2.3. Die Beklagte wendet ein, es würde § 37 ZaDiG keine Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters enthalten, die Sperre von sich aus aufzuheben, sondern nur dann, wenn die Gründe nicht mehr vorlägen. Dies wäre auch sinnvoll, da die Gründe für eine Sperre regelmäßig in der Sphäre des Kunden lägen. Das Recht des Kunden, die Aufhebung zu beantragen, werde nicht eingeschränkt.

2.4. Das Erstgericht geht ebenfalls davon aus, dass § 37 ZaDiG keine Verpflichtung enthält, die Sperre ohne Zutun des Kunden aufzuheben und sieht die Klausel daher

als zulässig an.

2.5. Die Berufung wiederholt das erstinstanzliche Vorbringen und verweist neuerlich auf die Verpflichtung des Zahlungsdienstleisters, von sich aus tätig zu werden. Es wären durchaus Fälle - wie eine durch einen Dritten aufgefundene Karte - denkbar, wo dies sinnvoll und wichtig wäre. Überdies sei die Art der Beschränkung unzulässig; weiters läge im Bezug auf die geforderte Schriftlichkeit Intransparenz vor.

2.6 Gemäß § 37 Abs 1 ZaDiG kann der Zahlungsdienstleister, sofern dies im Rahmenvertrag (§ 28 Abs 1 Z 5 lit b) ausdrücklich vereinbart wurde, ein Zahlungsinstrument (ua) sperren, wenn

1. objektive Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit des Zahlungsinstrumentes dies rechtfertigen;

Gemäß Abs 4 dieser Bestimmung hat der Zahlungsdienstleister die Sperrung des Zahlungsinstrumentes aufzuheben oder dieses durch ein neues Zahlungsinstrument zu ersetzen, sobald die Gründe für die Sperrung nicht mehr vorliegen.

Gemäß § 35 Abs 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister, der ein Zahlungsinstrument ausgibt, unbeschadet der Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstnutzers (§ 36) sicherzustellen, dass (ua)

2. der Zahlungsdienstnutzer durch geeignete Mittel jederzeit die Möglichkeit hat, die Anzeige gemäß § 36 Abs 2 vorzunehmen oder die Aufhebung der Sperrung gemäß § 37 Abs 4 zu beantragen.

Aus der Zusammenschau dieser Bestimmungen ergibt sich nach Ansicht des Berufungsgerichtes bereits die Unzulässigkeit dieser Klausel:

Wenn es für den Gesetzgeber offensichtlich denkbare

Fälle gibt, in denen die objektive Notwendigkeit einer Sperre besteht, die rein im Zusammenhang mit dem Zahlungsinstrument selbst steht und daher zumindest denkbar auch vom Zahlungsdienstleister verursacht worden sein könnte, erscheint es zwingend, die Wortfolge „*hat der Zahlungsdienstleister die Sperrung des Zahlungsinstrumentes aufzuheben*“ so zu verstehen, dass sie – was sich auch sprachlich aufdrängt – ein eigenes Tätigwerden des Zahlungsdienstleisters normiert. Dagegen verstößt diese Klausel.

Sie verstößt aber auch gegen § 35 Abs 1 Z 2 ZaDiG.

Unzulässig sind Vertragsklauseln, nach denen die Aufhebung einer aufgrund einer Vereinbarung nach § 37 Abs 1 ZaDiG vorgenommenen Sperre vom Kunden nur schriftlich oder persönlich in einer Filiale der Bank veranlasst werden kann. Derartige Beschränkungen und Auflagen sind mit der in § 35 Abs 1 Z 2 ZaDiG verankerten zwingenden Verpflichtung unvereinbar, sicherzustellen, dass der Nutzer jederzeit die Möglichkeit hat, die Aufhebung einer vom Zahlungsdienstleister vorgenommenen Sperre zu beantragen, bei der die Gründe für die Sperre weggefallen oder tatsächlich nie vorgelegen sind (*Haghofer in Weilinger (Hrsg), ZaDiG § 35 Rz 27*).

Insoweit widerspricht die Klausel den zitierten Bestimmungen und ist daher unzulässig. Das Ersturteil war daher in diesem Punkt abzuändern und dem Unterlassungsbegehren stattzugeben.

B. Klauseln betreffend die „Sonderbedingungen Online Sparen“:

3. Zu Klausel 20:

3.1. Die bekämpfte Klausel lautet wie folgt: „*Vorzeitige Fälligestellung: Der Kontoinhaber kann eine vor-*

zeitige Fälligestellung des Festgeldkontos beantragen. Der Antrag muss schriftlich erfolgen. Dabei wird der Zinssatz für die neu errechnete Laufzeit rückwirkend auf derzeit 0,5% p.a. herabgesetzt. Der Anlagebetrag sowie die sich so errechnenden Zinsen werden auf das Stammkonto (Pkt II./1) übertragen."

3.2. Der Kläger bringt vor, die Klausel sei gröblich benachteiligend. Das Zurückfallen auf einen Zinssatz von 0,5% unabhängig von der davor bereits vergangenen Laufzeit sei sachlich nicht gerechtfertigt.

3.3. Die Beklagte wendet ein, die Klausel sei sachlich gerechtfertigt. Es handle sich um ein Festgeldkonto, bei dem eine Bindungsfrist und darauf abgestimmte Zinsen vereinbart würden. Es müsse gar keine Kündigungsmöglichkeit zugelassen werden. Es liege im alleinigen Gutdünken des Kunden, eine Kündigung vorzunehmen. Dafür müsse die Reduktion in Kauf genommen werden.

3.4. Das Erstgericht folgt dieser Argumentation und weist das Klagebegehren in diesem Punkt ab.

3.5. Die Berufung verweist auf § 32 Abs 8 BWG und die dort gefundene Lösung, im Fall der vorzeitigen Rückzahlung die Reduktion des Zinssatzes in Bezug zur bereits vergangenen Laufzeit zu setzen. Diese Bestimmung sei zwar nicht unmittelbar auf das Onlinesparen anzuwenden, sie müsse aber analog herangezogen werden.

Auch wird auf eine Intransparenz dieser Klausel durch die Verwendung des Wortes „derzeit“ verwiesen.

3.6. Gemäß § 32 Abs 8 BWG können Spareinlagen auf eine bestimmte Laufzeit gebunden werden. Vor Fälligkeit geleistete Zahlungen sind als Vorschüsse zu behandeln und zu verzinsen. Für diese Vorschüsse ist 1 vT pro vollem Monat für die nicht eingehaltene Bindungsdauer zu berech-

nen. Es ist jedoch an Vorschußzinsen nicht mehr zu berechnen, als insgesamt an Habenzinsen auf den hereingekommenen Betrag vergütet wird, wobei auch bereits ausbezahlte Habenzinsen des Vorjahres im erforderlichen Ausmaß rückzuverrechnen sind, wenn die Habenzinsen des laufenden Jahres nicht ausreichen. Laufzeitbindungen können nach dem 30. Juni 2002 nur dann vereinbart werden, wenn zuvor die Identitätsfeststellung gemäß den Bestimmungen des FM-GwG erfolgt ist.

Die Argumente der Berufungswerberin überzeugen. Eine Möglichkeit Festgeld früher zu beheben muss gewährleistet werden. Ganz unabhängig von einer analogen Anwendung der Bestimmungen des BWG auf das Online-Sparen bietet doch die vorliegende Regelung eine gute Richtschnur im Hinblick auf die Sachlichkeit einer im Fall von früher ausbezahltem Festgeld zu treffenden Regelung. Die Berücksichtigung der bisherigen Laufzeit beim Abschlag trägt dem berechtigten Interesse des Kunden Rechnung, der sein Geld unter Umständen davor viele Jahre gebunden hat und nun - aus welchen Gründen auch immer - darauf vor Ablauf zurückgreift.

Die hier zu beurteilende Regelung trägt dem Kundeninteresse im Fall der vorzeitigen Beendigung von längeren Bindungen zumindest einen Teil des Zinsertrages gemessen an der Laufzeit zu erhalten, keinerlei Rechnung, wie die Berufungswerberin zutreffend aufzeigt.

Das Berufungsgericht schließt sich daher der Ansicht der Berufungswerberin an, dass es sich bei dieser Regelung um eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB handelt.

Überdies ist auch der weiters aufgezeigte Verstoß gegen § 6 Abs 3 KschG gegeben. Hinsichtlich der Verwen-

dung des Wortes „derzeit [0,5%]“ und die daraus folgende Intransparenz kann auf das bisher zu diesem Thema bereits mehrfach Ausgeführte verwiesen werden.

In Abänderung des Ersturteiles war daher auch die Verwendung dieser Klausel zu untersagen.

IV. Zur erstinstanzlichen Kostenentscheidung:

Aufgrund der Abänderung der angefochtenen Entscheidung war auch die erstinstanzliche Kostenentscheidung neu zu fassen. Sie gründet sich auf § 41 ZPO. Einwendungen gemäß § 54 Abs 1a ZPO wurden nicht erhoben, sodass insofern das Kostenverzeichnis des Klägers der Entscheidung zugrundezulegen war. Eine aufzugreifende offenkundige, von der Beklagten nicht kritisierte Unrichtigkeit liegt nicht vor.

V. Zu den Kosten des Berufungsverfahrens:

1. Im Berufungsverfahren sind infolge der von beiden Seiten erhobenen Rechtsmittel zwei Kostenentscheidungen zu treffen (*Obermaier*, Kostenhandbuch² Rz 406).

Der Kläger drang mit seiner Berufung zur Gänze durch, weshalb ihm die Beklagte nach den §§ 41, 50 ZPO die Kosten seiner Berufung zu ersetzen hat.

Die Beklagte dagegen war mit ihrer Berufung nicht erfolgreich, weshalb sie dem Kläger die Kosten seiner Berufungsbeantwortung zu ersetzen hat.

Die Ersatzansprüche waren auf Basis des jeweiligen Berufungsinteresses zu berechnen.

VI. Zum Bewertungsausspruch/Revisionszulässigkeit:

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der Bewertung des Klägers. Da das erstinstanzliche Urteil von beiden Parteien angefochten wurde, waren die jeweiligen Berufungsinteressen zusammenzurechnen (RIS-Justiz RS0042408).

Es liegt eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vor, weil es sich zumindest teilweise um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 20. November 2017

Dr. Regine Jesionek

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG