



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

## Im Namen der Republik!

Das Oberlandesgericht Wien als Berufungsgericht hat durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichtes Mag. Guggenbichler und MMag. Matzka in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **DC Bank AG**, FN 57273a, 1040 Wien, Rainergasse 1, vertreten durch Mag. Stefanie Lugger und Mag. Kersten Bankler, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500,-- Euro) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500,-- Euro), über die Berufungen beider Parteien (Berufungsinteresse der klagenden Partei 5.500,- Euro; Berufungsinteresse der beklagten Partei 27.727,27 Euro) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 22.11.2013, 19 Cg 77/13i-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der klagenden Partei wird **Folge** gegeben; der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass Spruchpunkt IV. ersatzlos entfällt und Spruchpunkt II. wie folgt lautet:

„II. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, die Punkte I. und II. des Urteilsspruches binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal im redaktionellen Teil der Tageszeitung „Kronen Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der be-

klagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.594,83 Euro (darin 508,47 Euro USt und 544,- Euro Gerichtsgebühren) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt 30.000,-- Euro.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### **Entscheidungsgründe:**

Der Kläger ist ein klagebefugter Verein im Sinne des § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist ein zu FN 57273a protokolliertes Kreditkartenunternehmen mit rund 70 Dienstnehmern; sie bietet als Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG in ganz Österreich „Diners Club“-Kreditkarten an, tritt mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge. Der Anteil der Beklagten an ausgegebenen Kreditkarten beträgt rund 7 %, ihr Umsatzanteil am Kreditkartenmarkt in Österreich 6 %.

Der **Kläger** beehrte mit seiner am 26.7.2013 gerichtsanhängig gewordenen Klage zuletzt (Seite 2 in ON 5, AS 152),

**I.** die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die folgenden oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf sie zu berufen:

**1.** Wir stellen Ihnen die Karte an die im Kartenauftrag genannte Adresse zu. Die persönliche Identifikationsnummer (PIN) für Ihre Karte erhalten

Sie zeitlich versetzt ebenfalls an die von Ihnen im Kartenauftrag angegebene Adresse zugestellt.

**2.** Sie sind nicht berechtigt, von Partnerunternehmen Rückerstattungen in bar für Waren und Dienstleistungen, die mit der Karte erworben wurden, anzunehmen. Rückerstattungen erfolgen ausnahmslos durch Gutschrift auf Ihr Kartenkonto.

**3.** Wir sind berechtigt, die Karte zu sperren, falls objektive Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit der Karte dies rechtfertigen oder der Verdacht einer nicht autorisierten oder betrügerischen Verwendung der Karte besteht oder ein beträchtlich erhöhtes Risiko besteht, dass Sie Ihrer Zahlungspflicht nicht nachkommen können.

**4.** Ein Fremdwährungsumsatz wird von uns mit jenem Wechselkurs in Euro umgerechnet, der auf der Homepage [www.dinersclub.at](http://www.dinersclub.at) abrufbar ist und zum Stichtag des Eingangszeitpunktes (Punkt 13.3) Gültigkeit hat.

**5.** Wir haben Anspruch auf Ersatz der Mahnspesen gemäß Punkt 49. pro Schreiben an Sie, sowie jener Inkassospesen und Rechtsanwaltskosten, die zur zweckentsprechenden Betreuung bzw Rechtsverfolgung notwendig sind.

Mahnspesen:            1. Mahnung: EUR 20,00  
                             2. Mahnung: EUR 40,00  
                             3. Mahnung: EUR 60,00

**6.** Werden zur Privathauptkarte Zusatzkarten ausgegeben, so haften Sie als Privathauptkarteninhaber solidarisch mit dem Inhaber der Zusatzkarte für alle Verpflichtungen aus der Zusatzkarte.

**7.** Wir haften für grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachte Schäden sowie für Personenschäden unbeschränkt. Bei von uns leicht fahrlässig verursachten Schäden wird die Haftung für reine Vermögensschäden, Folgeschäden und den entgangenen Gewinn ausgeschlossen.

**8.** Das Recht der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt Ihnen und uns jederzeit unbenommen.

**9.** Sie stimmen ausdrücklich zu, dass wir sämtliche im Kartenauftrag angegebene Daten sowie Ihre Bonitätsdaten (Höhe der Verbindlichkeiten, Zahlungsverhalten, Mahnstufen etc) an Ihr kontoführendes Kreditinstitut, an die beim Kreditschutzverband von 1870 eingerichtete Kleinkreditevidenz und an die Warnliste sowie an Deltavista übermitteln. Zweck der Übermittlung ist einerseits die Feststellung Ihrer Bonität und Ihrer Zahlungsdisziplin sowie die Durchführung eines allfälligen von Ihnen in Auftrag gegebenen Einziehungsauftrages zur Erfüllung der Zahlungsverpflichtung gemäß Punkt 19. und andererseits

die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe dieser Daten an Kreditinstitute, Leasinggesellschaften, andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.

**10.** Wir sind eine Bank im Sinne des Bankwesengesetzes und unterliegen den einschlägigen Bestimmungen, insbesondere dem Bankgeheimnis. Für die in Punkt 36. genannten Fälle der Datenübermittlung einschließlich der Übermittlung von Bonitätsauskünften durch das kontoführende Kreditinstitut an uns entbinden Sie uns und das kontoführende Kreditinstitut ausdrücklich vom Bankgeheimnis.

**11.** Die Zustellung der Kontoauszüge an Sie erfolgt rechtswirksam durch die Benachrichtigung über die Verfügbarkeit des Kontoauszuges an die zuletzt bekannt gegebene E-Mail-Adresse (bei Nichtvorhandensein per Post an die zuletzt bekannt gegebene Adresse). Die Registrierung zu diesem elektronischen Zustellservice muss von Ihnen selbständig über das E-Konto durchgeführt werden. Auf Ihren (jederzeit widerruflichen) Wunsch hin erfolgt auch bei Vorhandensein einer E-Mail-Adresse die Zustellung per Post, allerdings gegen Verrechnung von Versandkosten für jeden Kontoauszug und entsprechend Punkt 49.

Pkt 40:                    Versandspesen EUR 2,00

**II.** ihm die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe – in eventu: in einer vom Gericht zu bestimmenden Ausgabe einer österreichweit verbreiteten Tageszeitung –, 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.

Der Kläger brachte zusammengefasst vor, die inkriminierten Klauseln fänden sich in den AGB der Beklagten vom Oktober 2012 und würden von ihr trotz Abmahnung durch den Kläger vom 18.6.2013 laufend verwendet. Von einer vorprozessualen Unterlassungserklärung der Beklagten betroffene

Klauseln seien nicht Gegenstand der Klage; es bestehe Wiederholungsgefahr, zumal die Beklagte auch im Prozess die gegenständlichen Klauseln verteidige. Im Einzelnen würden die Klauseln aus folgenden Gründen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen (§ 28 KSchG):

Die in Klausel 1. vereinbarte Übersendung des personalisierten Sicherheitsmerkmals PIN auf dem Postweg verstoße gegen die den Zahlungsdienstleister treffende Sorgfaltspflicht des § 35 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Die Vereinbarung, dass die Kreditkarte an die im Kartenauftrag genannte Adresse zugestellt werde, verstoße gegen § 35 Abs 2 Satz 2 ZaDiG, da diese Bestimmung bei einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (vgl Art 57 Abs 1 lit b RL 2007/64/EG) für die Zulässigkeit der Versendung eine gesonderte „Aufforderung“ des Zahlungsdienstnutzers voraussetze, die nach dem Schutzzweck der Norm nicht bloß in der Unterwerfung unter eine versteckte AGB-Klausel liegen könne. Eine Aufforderung im Sinne des Gesetzes läge nur dann vor, wenn sich der Nutzer im Kartenantrag frei für oder gegen eine Versendung der Karte am Postweg entscheiden könnte.

Klausel 2. verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB, da keine ausreichende sachliche Rechtfertigung erkennbar sei, warum der Kunde nicht berechtigt sein sollte, von einem Vertragsunternehmen eine Rückerstattung in bar anzunehmen, wenn er seinen Zahlungsverpflichtungen nach Punkt 19. der AGB gegenüber der Beklagten nachkomme.

Klausel 3. über das Recht der Beklagten, die Karte zu sperren, verstoße gegen die zwingende Bestimmung des § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG, von der sie zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers wegen des Fehlens des Tatbestandselementes „mit einer Kreditlinie“ abweiche. Weiters sei der letzte Teil der Klausel mangels Kriterien für die Sperre der Karte intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da für den

Konsumenten nicht erkennbar sei, wann die Bank von einem beträchtlich erhöhtem Risiko ausgehe.

Klausel 4. verstoße - nach ihrem im konsumentenfeindlichsten Sinne zu verstehenden Wortlaut - gegen § 29 Abs 3 ZaDiG und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da ein von der Kreditkartengesellschaft (oder einer Bankengruppe) selbst gebildeter und einseitig festgesetzter Wechselkurs nicht dem in den angeführten gesetzlichen Vorgaben verankerten Neutralitäts- und Willensunabhängigkeitsgebot entspreche.

Klausel 5. widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB, da pauschalierte Mahnspesen unter Berücksichtigung allfälliger Minimalforderungen unverhältnismäßig seien, zumal der Verbraucher auch zur Zahlung verpflichtet sei, wenn ihn am Verzug kein Verschulden treffe. Dies führe zu einer gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB.

Klausel 6. sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da der Hauptkarteninhaber nicht für alle Umsätze mit der Zusatzkarte, sondern nur für Umsätze im Rahmen der nach Punkt 5.3. vereinbarten Ausgabenobergrenze hafte.

Betreffend Klausel 7. könne aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass im Bereich anderer als Personenschäden der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit generell zulässig wäre. Ein genereller Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit könne - je nach den Umständen - nach § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sein, etwa wenn die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten betroffen sei, die wirtschaftliche Tragfähigkeit oder Versicherbarkeit gegen den Haftungsausschluss spreche oder eine ausgesprochene Vormachtstellung mit der Verdünnung der Willensfreiheit zusammentreffe. Die gegenständliche Klausel sei in diesem Sinne gröblich benachteiligend, weil sie einen völligen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit (außer für Personenschä-

den) vorsehe, der Unternehmer wirtschaftlich übermächtig, die Willensfreiheit der Kunden verdünnt sei, und eine Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten zum Tragen komme. Außerdem werde unzulässigerweise die verschuldensunabhängige Haftung nach § 44 Abs 1 ZaDiG eingeschränkt.

Klausel 8. sei intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil der bloße Hinweis auf ein hinsichtlich der Voraussetzungen inhaltlich nicht näher konkretisiertes sofortiges Kündigungsrecht dem durchschnittlichen Verbraucher nicht die notwendige Klarheit darüber verschaffe, welche Interessenlage grundsätzlich vorliegen müsse, damit dieses Kündigungsrecht schlagend werde. Diese Klausel erkläre die „wichtigen Gründe“ nicht.

Eine Zustimmung wie in Klausel 9. vorgesehen müsse frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden (§ 869 ABGB). Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zum Datenschutzgesetz verlange für eine gültige Zustimmung eine klare Regelung, welche Datenarten für welchen Zweck verarbeitet und an wen diese übermittelt würden. Gemäß § 6 Abs 3 KSchG seien Vertragsbestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie unverständlich oder unklar abgefasst seien. Die vorliegende Klausel verstoße gegen all diese gesetzlichen Regelungen, da zumindest die Warnliste sowie Deltavista dem Konsumenten nicht bekannt sein würden. Fraglich sei, ob der KSV den Konsumenten allgemein bekannt sei. Weiter verstoße die Klausel gegen das vom DSG festgelegte Verhältnismäßigkeitsgebot. Sie enthalte ausufernde Regelungen, an wen die Daten übermittelt werden dürften. Dies sei auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da der Konsument nicht wissen könne, an wen seine Daten weitergeleitet werden könnten.

Klausel 10. widerspreche § 38 Abs 2 Z 5 BWG, wonach der Kunde ausdrücklich und schriftlich der Enthebung von

der Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses zustimmen müsse; eine pauschale Regelung wie in der beanstandeten Klausel sei daher unzulässig, zumal nach der Rechtsprechung des Höchstgerichtes eine Freizeichung in AGB diesen Voraussetzungen nicht genüge.

Klausel 11. widerspreche § 31 Abs 5 ZaDiG, wonach eine monatliche Mitteilung gegen die Zahlung des Aufwandsatzes (= Porto) übermittelt werden könne. Unzulässig sei jedenfalls die Mitteilung nur per E-Mail, dass der Kontoauszug verfügbar sei. Wenn der Kontoauszug auf einer Internetseite dauerhaft nur für eine bestimmte Zeit zur Verfügung stehe, könne nicht von einer Dauerhaftigkeit ausgegangen werden. Weiter sei die Klausel insofern unwirksam, als Punkt 40.1. in Verbindung mit Punkt 49 einen Kostenersatz von 3,- Euro pro Beleg zuzüglich der Versandkosten vorsehe. Erlaubt sei aber nur ein Ersatz des Portos, und dies nur dann, wenn gemäß § 31 Abs 5 ZaDiG der Zahlungsdienstnutzer dies wünsche.

Generell bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern. Deshalb werde primär Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“ beantragt. Die von der Beklagten begehrte Veröffentlichung eines klagsabweisenden Urteilsteiles wäre nicht gerechtfertigt.

Die Beklagte bestritt, beantragte die Abweisung der Klage sowie das abweisende Urteil auf Kosten Klägers in einer österreichweiten Samstagsausgabe der Tageszeitung Krone zu veröffentlichen. Sie brachte zusammengefasst vor, Für die begehrte Unterlassung der Verwendung der Klauseln 1., 2., 3., 5., 6., 8., 9., 10. und 11. fehle es

schon formal an der für den Unterlassungsanspruch unabdingbaren Voraussetzung der Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte keine fortgesetzte Störungshandlung begehe, sondern sich im Gegenteil, ersichtlich durch die neuen - den Vorgaben des Klägers im Abmahnschreiben vom 18.6.2013 entsprechenden -, seit 15.9.2013 geltenden, gesetzeskonform abgeänderten AGB-Klauseln (im Einzelnen dargestellt auf den Seiten 8 bis 13 in ON 2, AS 45 bis 55) dem Anspruch des Klägers unterworfen hätte; „darüber hinaus“ werde „das diesbezügliche Rechtsvorbringen“ des Klägers bestritten (ausdrücklich Seite 2 in ON 2, AS 33).

Klausel 4. sei weder intransparent noch grob benachteiligend. Nach § 3 Z 16 ZaDiG sei ein Referenzwechselkurs jener Wechselkurs, der bei jedem Währungsumtausch zugrunde gelegt und vom Zahlungsdienstleister zugänglich gemacht werde oder aus einer öffentlich zugänglichen Quelle stamme. § 29 Abs 3 ZaDiG sehe vor, dass die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse neutral auszuführen und so zu berechnen seien, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt würden; § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bleibe unberührt. Sowohl die Bildung als auch die Veränderung der Wechselkurse bzw Referenzwechselkurse hingen von Angebot und Nachfrage der jeweiligen, auf dem Devisenmarkt agierenden, Institutionen ab. Österreichische Banken, die sich auf Referenzwechselkurse bezögen, hätten somit nicht die Möglichkeit, die Kurse selbst und frei festzusetzen, sondern seien an die marktwirtschaftlichen Vorgaben und die Vorgaben der EZB gebunden. Diese Vorgaben stellten sehr wohl objektive Kriterien zur Nachvollziehbarkeit für den Kunden dar, da dieser die aktuellen Werte jederzeit auf diversen Internetseiten, beispielsweise auf jener der EZB, abrufen und einsehen könne. Im Gegensatz zu den von einer Bankengruppe oder einem Kreditinstitut selbst in Eigenregie festgelegten Ein-

lagezinsen seien Referenzwechselkurse somit sehr wohl an objektive Kriterien wie Angebot und Nachfrage oder Marktsituation am Devisenmarkt gebunden.

Klausel 7. sei gesetzeskonform, weil nur eine genereller Haftungsausschluss für leicht fahrlässig verursachte Schäden unzulässig sei, nicht jedoch eine Einschränkung des Haftungsausschlusses auf leicht fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden und entgangene Gewinne. Dies stehe auch im Einklang mit § 44 Abs 1 ZaDiG, der eine verschuldensunabhängige Haftung des Zahlungsdienstleisters für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge vorsehe, nicht jedoch für darüber hinausgehende reine Vermögensschäden und entgangene Gewinne, die allenfalls möglicherweise durch den nicht autorisierten Zahlungsvorgang verursacht worden seien.

In der Folge brachte die Beklagte in ON 4 vor, sie bestreite das Rechtsvorbringen des Klägers zu den Klauseln Klauseln 1., 2., 3., 5., 6., 8., 9., 10. und 11. zur Gänze, und zwar „für den Fall, dass das Gericht entgegen den in diesem Schriftsatz und ausführlich auch in der Klagebeantwortung [...] vorgebrachten und unter Beweisanbot gestellten Umständen dennoch zu der Auffassung des Vorliegens von Wiederholungsgefahr gelangen sollte“. Dies sei „ein nach der ZPO zulässiges Eventualvorbringen“ (Seite 2 in ON 5, AS 152).

Klausel 1. sei zulässig, „weil der zukünftige Karteninhaber selbstverständlich auf dem ihm vorliegenden Kartenauftrag die Zusendung der Karte an die von ihm genannte Adresse beordert“.

Mit Klausel 2. sollten einerseits verdeckte Barbehebungen durch „Abzocker“ bzw illiquide Kreditkartenkunden verhindert werden. Andererseits diene sie der Vorbeugung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung; sie sei damit sogar „gesetzlich geboten“.

Zu Klausel 3. sei auszuführen, dass die Kreditkarten der Beklagten kein Zahlungsinstrument mit Kreditlinie im Sinne des § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG darstellten, für das § 37 Abs 1 ZaDiG im Einklang mit Art 55 Abs 2 der RL 2007/64/EG eine vertraglich vereinbarte Sperre zulasse, wenn ein beträchtlich erhöhtes Risiko bestehe, dass der Zahler seiner Zahlungspflicht nicht nachkommen könne. Auch das VKrG nehme kurzfristige Kreditverträge wie die Kreditkarten der Beklagten von seiner Anwendung aus, weil offene Beträge binnen weniger als drei Monaten zu begleichen seien. Allerdings sei § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG analog anzuwenden, die Klausel gebe dessen Wortlaut genau wieder und sei daher nicht intransparent.

Klausel 5. widerspreche nicht § 1333 Abs 2 ABGB, da die im Falle verschuldeten Zahlungsverzuges anfallenden Mahnkosten für die Beklagte unabhängig vom geschuldeten Betrag gleich seien.

Zu Klausel 6. sei Punkt 5.3. der AGB der Beklagten zu beachten, wonach der Kunde das Recht habe, mit der Beklagten eine Ausgabenobergrenze zu vereinbaren. Daraus gehe klar hervor, dass sich diese - je nach Vereinbarung - sowohl auf Hauptkarten als auch auf Zusatzkarten beziehen könne. Für den Fall, dass für eine Zusatzkarte eine Ausgabenobergrenze vereinbart worden sei, dann hafte der Privatkarteninhaber auch nur für diese Verpflichtung aus der Zusatzkarte. Nichts anderes besage die Wendung „für alle Verpflichtungen aus der Zusatzkarte“. Eine „uneingeschränkte“ Haftung des Hauptkarteninhabers für Verbindlichkeiten der Zusatzkarte trotz vereinbarter Ausgabenobergrenze könne aufgrund der AGB der Beklagten weder begründet noch bei kundenfeindlichster Auslegung aus der Formulierung der Klausel herausgelesen werden.

In Bezug auf Klausel 8. sei allgemein bekannt, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt wer-

den könnten; sie sei nicht intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

In Klausel 9. werde ohnehin den Anforderungen der Rechtsprechung folgend auf die Möglichkeit hingewiesen, die Zustimmungserklärung jederzeit zu widerrufen.

Zu Klausel 10. bedenke der Kläger nicht, dass die Beklagte „eine entsprechende Entbindungserklärung auch auf dem Kartenauftrag selbst anführt“, die der Kunde unterschreiben müsse, bevor es überhaupt zu einem Vertragsabschluss komme. Die Klausel sei daher zulässig.

Klausel 11. widerspreche nicht § 31 Abs 5 ZaDiG, weil nach Abs 4 dieser Bestimmung der Zahlungsdienstnutzer mit dem Zahlungsdienstleister im Rahmenvertrag vereinbaren könne, dass die Zustellung der Kontoauszüge im Wege eines besonderen (beispielsweise elektronischen) Verfahrens erfolge. In diesem Fall müssten die Kontoauszüge vom Kunden unverändert aufbewahrt und reproduziert werden können. Im Falle des elektronischen Zustellservices der Beklagten handle es sich um ein Medium, bei dem die Kontoauszüge der Kunden unverändert aufbewahrt und reproduziert werden könnten. In der Literatur werde vertreten, dass auch ein E-Mail als speicherbares Medium gelte. Umso mehr müsse ein persönliches elektronisches Konto, auf welches (ausschließlich) der Kunde Zugriff habe und wo er die gewünschten Kontoauszüge auch jederzeit abrufen und ausdrucken könne, als speicherbares Medium gelten. Eine Zurverfügungstellung der Kontoauszüge per elektronischem Zustellservice sei somit zulässig.

Hinsichtlich der Klauseln 4. und 7. werde für den Fall der Klagsstattgebung eine Leistungsfrist von sechs Monaten beantragt, im Übrigen seien die Klauseln bereits im Sinne des klägerischen Vorbringens geändert worden.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren zu den Klauseln 1. bis 7. und 9. bis

11. statt, und zwar betreffend die Klauseln 1. bis 3., 5., 6., 9. und 10. ab sofort, die Klauseln 4. und 7. binnen vier Monaten (Punkt I. des erstgerichtlichen Urteilstenors). Weiters erteilte es dem Kläger im Sinne des Eventualbegehrens die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteiles in der Tageszeitung „Die Presse“ (Punkt II. des erstgerichtlichen Urteilstenors). Das Unterlassungsbegehren betreffend Klausel 8. (Punkt III. des erstgerichtlichen Urteilstenors) sowie das Veröffentlichungshauptbegehren in Bezug auf die „Kronen Zeitung“ (Punkt IV. des erstgerichtlichen Urteilstenors) wies das Erstgericht ab und verpflichtete die Beklagte gemäß § 43 Abs 2 erster Fall ZPO zum gänzlichen Kostenersatz auf Basis des Obsiegten im Höhe von 32.727,27 Euro (gemeint: 32.227,27 Euro) an den Kläger (Punkt V. des erstgerichtlichen Urteilstenors).

Das Erstgericht stellte folgenden Sachverhalt fest:

„Die Beklagte verwendete im Juni 2013 die allgemeinen Geschäftsbedingungen in der hier gegenständlichen Form (Beilage ./B).

Ein den Punkten 36 und 37 (Klauseln 8 und 9 im Spruch) sinngemäß entsprechender Text findet sich auch im Antragsformblatt oberhalb der Unterschrift (Beilage ./3).

Mit Schreiben vom 18.10.2013 forderte der Kläger die Beklagte hinsichtlich dieser und weiterer 24 Geschäftsbedingungen zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Beilage ./A).

Nach einer Besprechung, in der der Kläger es ablehnte, sich mit der Rechtmäßigkeit der Ersatzklauseln auseinander zu setzen, gab die Beklagte hinsichtlich 24, nicht aber hinsichtlich der klagsgegenständlichen 11 Klauseln eine Unterlassungserklärung, verknüpft mit einem Pönale von 720,- Euro pro Klausel und Zuwiderhandlung, ab (Beilage ./C).

Im Begleitschreiben ersuchte sie um Berücksichtigung des Umstandes, dass nicht sichergestellt sei, dass der Kläger hinsichtlich der übrigen Ersatzklauseln deren Sinnleichheit nicht beanstanden und ein Verfahren einleiten werde.

Es bestehe daher ein Interesse der Beklagten an einer Bestätigung des Klägers, dass er die abgeänderten Klauseln nicht als sinngleich qualifiziere

(Beilage ./1). Zugleich veröffentlichte sie die, per 15.9.2013 gültige, neue Fassung der AGB.“

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, gemäß § 28 Abs 1 KSchG könne derjenige, der im Geschäftsverkehr gesetz- oder sittenwidrige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwende, auf Unterlassung geklagt werden. Gemäß § 28 Abs 2 KSchG bestehe die Gefahr einer Verwendung derartiger Bedingungen nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 KSchG klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgebe. Nach ständiger Rechtsprechung beseitige nur die vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung die Wiederholungsgefahr. Die von der Beklagten abgegebene Erklärung, in Hinkunft nur nach den neuen AGB vorzugehen, stelle keine einer unbedingten und vollständigen Unterwerfungserklärung gleichwertige Handlung dar. Die Wiederholungsgefahr könnte nur verneint werden, wenn es geradezu ausgeschlossen wäre, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnehme. In der bloßen inhaltlichen Änderung der Klauseln, die eine neuerliche umfassende rechtliche Prüfung erforderlich mache, sei nicht die von der Judikatur stets streng geforderte ausreichende Sicherheit gegen Wiederholungen von Gesetzesverstößen durch die Beklagte gegeben. Zur Abgabe von Stellungnahmen zu Ersatzklauseln sei der Kläger nicht verpflichtet. Die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit von AGB obliege allein dem Unternehmer. Eine Verbindung von Unterlassungserklärungen mit Ersatzklauseln beseitige die Wiederholungsgefahr nicht. Auf die in eventu erfolgte Bestreitung aller Klauseln in diesem Verfahren komme es nicht mehr an.

Im Einzelnen führte das Erstgericht zu den (in weiterer Folge ausnahmslos wie in der Klage bezeichneten) Klauseln zusammengefasst das Folgende aus:

Bei Klausel 1. sei nach § 35 Abs 2 ZaDiG die Versendung eines Zahlungsinstrumentes oder von personalisierten Sicherheitsmerkmalen nur zulässig, wenn sie entweder mit dem Kunden vereinbart sei oder der Kunde den Zahlungsdienstleister dazu auffordere. Damit werde eine ausdrückliche Erklärung des Kunden vorausgesetzt. Die einseitige Aufnahme durch den Dienstleister in seine AGB reiche nicht aus. Die Klausel verstoße somit gegen § 35 Abs 2 ZaDiG. Zusätzlich geschlossene Vereinbarungen oder tatsächlicher Gebrauch seien im Verbandsprozess unbeachtlich.

Klausel 2. sei für den Verbraucher gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, indem sie jegliche Rückerstattungen in bar verbiete, selbst wenn diese vom Partnerunternehmen selbst angeboten würden. Damit werde die schnelle und einfache Rückabwicklung fehlerhafter Buchungen, welche gleich im Anschluss an die Bezahlung entdeckt und aufgeklärt würden, unmöglich gemacht, etwa wenn Rabatte nicht berücksichtigt würden oder eine Ware doppelt verbucht worden sei. Gleicherweise sei die sofortige Rückabwicklung des Geschäftes in Gewährleistungsfällen nicht möglich. Eine sachliche Rechtfertigung dafür bestehe nicht, da sich die von der Beklagten behaupteten Gründe auf Fälle des - zweifellos seltenen und auch auf andere Art möglichen - dolosen Zusammenwirkens des Händlers mit dem Kunden beschränkten.

Klausel 3. weiche vom Gesetzestext des § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG ab, da dieser den Zusatz „im Fall eines Zahlungsinstrumentes mit einer Kreditlinie“ enthalte. Die Beklagte gestehe zu, dass es sich bei Kreditkarten, bei welchen der Saldo innerhalb maximal eines Monats zurückzubezahlen sei, um Zahlungsinstrumente ohne Kreditlinie handle. Sie berufe

sich jedoch auf eine planwidrige Lücke des Gesetzes und deren Schließung durch analoge Anwendung von § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG. Dagegen spreche, dass Kreditkarten „Zahlungsinstrumente“ gemäß Art 4 Z 23 der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG seien. Allerdings enthalte nur der Sperrgrund in § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG die Einschränkung auf Zahlungsinstrumente mit einer Kreditlinie, die Sperrgründe nach § 37 Abs 1 Z 1 und Z 2 ZaDiG jedoch nicht. Dies lasse darauf schließen, dass der Gesetzgeber diese Einschränkung bewusst gewählt habe und er Zahlungsinstrumente ohne Kreditlinie, bei denen das Debet - unter Berücksichtigung der Vereinbarung betraglicher Obergrenzen - im Folgemonat abzudecken sei, als durch den Sperrgrund nach § 37 Abs 1 Z 2 ZaDiG ausreichend gesichert angesehen habe. Damit könne mangels planwidriger Lücke keine Analogie erfolgen, die Klausel sei gesetzwidrig.

Klausel 4. verstoße gegen § 29 Abs 3 ZaDiG. Danach seien die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten Wechselkurse neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt würden. Der Verweis, dass die Abrechnung zu dem auf der Homepage der Beklagten abrufbaren Wechselkurs erfolge, widerspreche dem Gebot der Neutralität. Bei verbraucherfeindlicher Auslegung treffe die Beklagte die Auswahl des dort veröffentlichten Wechselkurses nach ihrem Ermessen, ohne dass auf objektive Gültigkeit Rücksicht zu nehmen sei. Wie der Wechselkurs tatsächlich berechnet werde, bleibe unberücksichtigt, es komme auf den Wortlaut der Bestimmung an.

Klausel 5. über die Mahnkosten widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB, da auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung nicht Bedacht genommen werde. Des weiteren ergebe sich bei verbraucherfeindlicher Auslegung aus der Bestimmung, dass der Kunde auch dann zur Zahlung verpflichtet sei, wenn ihn kein Verschulden treffe, was zu

einer gröblichen Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB führe. Dass der Anspruch auf Mahnspesen ein Verschulden des Kunden am Zahlungsverzug voraussetze, sei aus der Bestimmung ebenso wenig ableitbar wie aus dem vorhergehenden Punkt der AGB („Kommen Sie Ihrer Zahlungsverpflichtung nicht rechtzeitig nach, so gilt...“).

Die Formulierung von Klausel 6. sei gegenüber dem Kunden gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Bei konsumentenfeindlicher Auslegung könnte die Bestimmung als über eine vereinbarte Ausgabenobergrenze hinausgehende Haftung interpretiert werden, obwohl eine Haftung bei Vereinbarung einer solchen Grenze eben nur bis zu dieser bestehe. Die Klausel sei somit sittenwidrig.

Mit Klausel 7. weiche die Beklagte vom positiven Recht zu Lasten des Verbrauchers ab. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens sei einerseits auf das Ausmaß, den Grund und die sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Vertragspartners vorgenommenen Abweichung vom dispositiven Recht und andererseits auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit jenes Vertragspartners abzustellen, der die für ihn nachteiligen Vertragsbestandteile nicht habe verhindern können. Die Beklagte agiere dem Verbraucher gegenüber als übermächtiger Vertragspartner und verwende Allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche der Verbraucher keinen Einfluss nehmen könne. Daher sei seine Willensfreiheit erheblich verdünnt. Dagegen sei das Ausmaß der Abweichung vom dispositiven Recht, insbesondere durch den Ausschluss für reine Vermögens- sowie Folgeschäden, doch erheblich, besonders da die Freizeichnung auch bei Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten zum Tragen komme. Zudem seien wohl die am wahrscheinlichsten durch ein Bankinstitut verursachten Schäden solche im bloßen Vermögen des Kunden. Daher schränke die Klausel die Haftung erheb-

lich zum Nachteil des Verbrauchers ein und sei somit unzulässig.

Klausel 8. (= Punkt III. des erstgerichtlichen Urteilstenors) verstoße nicht gegen das Transparenzgebot des KSchG. Dauerschuldverhältnisse könnten durch einseitige Erklärung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliege, der die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für einen der Vertragsteile unzumutbar erscheinen lasse. Dieses außerordentliche Kündigungsrecht bestehe schon ohne Aufnahme in die AGB, die Klausel habe daher nur deklarative Wirkung. Eine Aufzählung von Kündigungsgründen würde ebenfalls nur deklarative Wirkung entfalten und könne daher unterbleiben, abgesehen davon, dass sie immer beispielhaft bleiben müsste und daher nichts zur Transparenz beitrüge. Die Wiedergabe des vollständigen Gesetzestextes möge für die Transparenz erforderlich sein, seine Erläuterung sei es nicht. Das Unterlassungsbegehren betreffend Klausel 8. sei daher abzuweisen.

Klausel 9. (= Punkt I.8. des erstgerichtlichen Urteilstenors) sei intransparent und auch überschießend formuliert, da das Kreditinstitut selbst bestimme, welche Daten es im Kartenauftrag von den Kunden verlange und das Recht alle darin enthaltenen Daten erfasse. Die Zustimmung zur Übermittlung bestimmter Daten wie Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des Kreditinstitutes im Zusammenhang mit der Fälligstellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten wäre zulässig. Die Bestimmung sei im vorliegenden Fall jedoch zu weit gefasst, da die Datenarten nicht näher beschrieben würden. Damit verstoße sie gegen § 6 Abs 3 KSchG, weshalb auf den Bekanntheitsgrad von Deltavista nicht gesondert eingegangen werden müsse.

Klausel 10. (= Punkt I.9. des erstgerichtlichen Urteilstenors) verstoße gegen § 38 Abs 2 Z 5 BWG. Dieser besage, dass der Kunde der Enthebung vom Bankgeheimnis ausdrücklich und schriftlich zustimmen müsse. Nach der Rechtsprechung genüge die Aufnahme der Klausel in - regelmäßig nicht unterfertigte - allgemeine Geschäftsbedingungen für das Erfordernis der Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit nicht. Dass der Kunde auf dem Kartenauftrag die Beklagte ebenfalls vom Bankgeheimnis entbinde, ändere nichts für die Unzulässigkeit der Bestimmung (auch) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Zu Klausel 11. (= Punkt I.10. des erstgerichtlichen Urteilstenors) sei auszuführen, dass gemäß § 31 Abs 2 und 3 ZaDiG in Verbindung mit § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG das Bankinstitut seinem Kunden die dort genannten Informationen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen habe. Nach § 31 Abs 4 ZaDiG könne der Rahmenvertrag vorsehen, dass die Informationen nach § 31 Abs 2 und 3 ZaDiG mindestens einmal monatlich und nach einem vereinbarten Verfahren so mitgeteilt oder zugänglich gemacht würden, dass sie der Kunde unverändert aufbewahren und reproduzieren könne; hierfür reiche die Abrufbarkeit der Informationen im Internet aus (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 37). In dieser Hinsicht widerspreche die Klausel nicht dem ZaDiG. Gemäß § 31 Abs 5 ZaDiG könne der Zahlungsdienstnutzer verlangen, dass die Informationen gemäß § 31 Abs 2 und 3 ZaDiG einmal monatlich gegen angemessenen Kostenersatz übermittelt werden. Hierfür dürfe kein Entgelt, sondern lediglich ein Aufwandsatz (Porto) verrechnet werden (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 38). 3,- Euro je Beleg sowie 2,- Euro an Versandkosten würden jedoch mehr als nur das Porto abdecken, daher werde hier unzulässiges Entgelt verlangt, womit die Bestimmung gesetzwidrig sei.

Im Hinblick auf den „gehobenen Kundenkreis“ der Beklagten sei die Veröffentlichung in der Tageszeitung „Die Presse“ zur Aufklärung angemessen (Punkte II. und IV. des erstgerichtlichen Urteilstenors). Bei Obsiegen mit nur einer von elf Klauseln komme ein Veröffentlichungsanspruch der Beklagten nicht in Betracht.

Während die teilweise Klagsabweisung in Bezug auf die Klausel 8. (= Punkt III. des erstgerichtlichen Tenors) unangefochten blieb, richtet sich gegen die Abweisung des Hauptbegehrens auf Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ die rechtzeitige **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil in Spruchpunkt II. (und erkennbar IV.) dahin abzuändern, dass dem Hauptbegehren insofern stattgegeben werde.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Urteiles richtet sich die rechtzeitige **Berufung der Beklagten** erkennbar wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtigen Tatsachenfeststellungen und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es dahin abzuändern, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde und „das der Berufung stattgebende Urteil bzw die der Berufung stattgebenden Urteilsteile auf Kosten der klagenden Partei in einer österreichweiten Samstagausgabe der Tageszeitung die Presse zu veröffentlichen“, in eventu auf Abänderung der Leistungsfrist zu den Klauseln 4. und 7. auf sechs Monate; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Beide Parteien beantragen jeweils, der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist berechtigt, die der Beklagten ist nicht berechtigt.

#### **1. Zur Aktenwidrigkeit:**

Als Aktenwidrigkeit bezeichnet die Beklagte die Feststellung des Erstgerichtes, das Abmahnschreiben des Klä-

gers Beilage ./A datiere vom 18.10.2013 (Seite 13 der Berufung ON 9; ähnlich auch Seite 12 FN 46, wo auf - nirgends ausgeführte - „Tatsachenrügen“ verwiesen wird).

Der rechtlichen Beurteilung ist jedoch der zwischen den Parteien völlig unstrittige und sich aus der insofern nicht in Frage gestellten Urkunde Beilage ./A ergebende Umstand zugrunde zu legen, dass dieses Abmahnschreiben am 18.6.2013 erging. Die Beklagte hat die Übereinstimmung dieser Urkunde mit dem echten Original zugestanden und ausgeführt, auf „die nachfolgenden abgegebenen Erklärungen“ zu verweisen (Seite 3 in ON 5, AS 153), womit sie offensichtlich ihre Unterlassungserklärung Beilage ./C ansprach.

Soweit die Berufung der Beklagten nicht von diesem unstrittigen Sachverhalt ausgeht, ist sie unbeachtlich.

## **2. Zur Mängelrüge der Beklagten:**

In Punkt 1. ihrer Berufung gibt die Beklagte an, das angefochtene Urteil beruhe *„neben einem wesentlichen Verfahrensmangel und unrichtigen Tatsachenfeststellungen auch und vor allem auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung“*. In der Folge wird allerdings nur eine Rechtsrüge (Punkt 5. der Berufung, Seiten 16 ff) ausgeführt, jedoch keine Mängelrüge. Eine solche wird in einer „Kurzzusammenfassung der Berufungsgründe“ (Punkt 4. der Berufung, Seiten 13 bis 16) dahin angesprochen, dass das Erstgericht *„sämtliches Vorbringen zu den nicht mehr gelebten Klauseln 1,2,3,5,6,8,9,10 und 11“* ignoriere, *„obwohl es Umstände, welche den Ausschluss der Annahme begründen könnten, dass der Unternehmer die beanstandeten gesetz- oder sittenwidrigen Bedingungen oder sinngleiche Bedingungen in seine Geschäftsbedingungen aufnehme, zu berücksichtigen und darüber ein Beweisverfahren abzuführen gehabt hätte (siehe dazu die Verfahrensrüge unter Punkt 6)“* (Seite 14 der Berufung). Später wird nochmals dargelegt, dass ein Beklag-

tenvorbringen, wonach die beanstandeten AGB seit Anfang Juni „*gerade nicht mehr verwendet und gelebt werden*“, vom Erstgericht ignoriert und nicht für wert befunden worden sei, hierüber ein Beweisverfahren durchzuführen „(siehe dazu die *Verfahrensrüge ausführlich unter Punkt\_*)“ (Seite 16 der Berufung).

Eine solche Verfahrensrüge wird aber an keiner anderen Stelle der Berufung mehr erwähnt, geschweige denn ausgeführt; Punkt 6. der Berufung beschäftigt sich mit der Leistungsfrist. Von einer gesetzmäßigen Ausführung des Rechtsmittelgrundes ist die Berufung insofern daher weit entfernt. Dennoch sei angemerkt, dass die Relevanz eines solchen Verfahrensfehlers nicht erkennbar wäre, zumal die soeben zitierten Umstände - insbesondere, ob die Beklagte ihre AGB „gelebt“ habe (was immer das im Einzelnen bedeuten mag) - an der Bejahung der Wiederholungsgefahr nichts zu ändern vermöchten. Dies wird im Rahmen der Behandlung der Rechtsrüge eingehend zu erörtern sein (unten Punkt 4.2.), hier genügt der Hinweis, dass die neuen AGB nach den unbekämpften Feststellungen erst im September 2013 in Kraft traten.

### **3. Zur Beweistrüge der Beklagten:**

Bereits erwähnt wurde, dass die Beklagte in Punkt 1. ihrer Berufung bemängelt, das angefochtene Urteil beruhe „*neben einem wesentlichen Verfahrensmangel und unrichtigen Tatsachenfeststellungen auch und vor allem auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung*“. Ebenfalls bereits erwähnt wurde, dass auf Seite 12 in FN 46 auf „*Tatsachenrügen*“ verwiesen wird, die sich im Rechtsmittel nicht finden.

An keiner Stelle der Berufung ist eine gesetzmäßig ausgeführte Beweistrüge erkennbar, welche konkreten Feststellungen bekämpft werden, welche Beweise das Erstgericht unrichtig gewürdigt habe, aus welchen Erwägungen sich dies

ergebe und welche Tatsachenfeststellungen bei richtiger Beweismwürdigung an Stelle der angefochtenen zu treffen gewesen wären (RIS-Justiz RS0041835).

Auf Seite 16 der Berufung wird zwar dargelegt, im Urteil werde darüber hinaus „aus dem Nichts heraus“ unrichtig festgestellt, die beklagte Partei hätte die verfahrensgegenständlichen AGB im Juni 2013 verwendet. Eine konkrete Ersatzfeststellung wird nicht angestrebt. Es ist auch nicht erkennbar, aus welchem Beweisergebnis sich eine alternative Feststellung ergeben sollte. Vielmehr wird in weiterer Folge geltend gemacht, das Erstgericht habe hierzu kein Beweisverfahren durchgeführt, wozu oben zur Mängelrüge (Punkt 3.) bereits Stellung genommen wurde.

Die rechtliche Beurteilung hat daher anhand des unstrittigen (vgl oben Punkt 1.) und des vom Erstgericht festgestellten Sachverhaltes zu erfolgen.

#### **4. Zur Rechtsrüge der Beklagten:**

**4.1.1.** Generell ist der Behandlung der Rechtsrüge vorzuschicken, dass derjenige, der im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, von einem der in § 29 KSchG genannten Verbände - darunter der Kläger - auf Unterlassung geklagt werden kann. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist (§ 28 Abs 1 KSchG).

**4.1.2.** 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 Berück-

sichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene „bewegliche System“ berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleiches für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

**4.1.3.** 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 wurde die Vertragsklausel-RL 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das so genannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert (RIS-Justiz RS0037107). Dieses soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (10 Ob 70/07b mwN). Mit dem Verbandsprozess soll nicht nur das Verbot von gesetzwidrigen Klauseln erreicht, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln. Es soll verhindert werden, dass er durch ein solches Bild von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten auferlegt werden (RIS-Jus-

tiz RS0115217 [T3, T8]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219; 10 Ob 70/07b).

**4.1.4.** Nach ständiger Rechtsprechung hat die Auslegung von Klauseln im Rahmen einer Verbandsklage stets im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen; danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann auch auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen nicht Rücksicht genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum (RIS-Justiz RS0038205, RS0111641), was im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben (RL 93/13/EWG, ABl L 1993/95, 29) steht (EuGH 14.6.2012, C-618/10, ABl C 2012/227, 5).

**4.1.5.** Voranzustellen sind weiters folgende Grundsätze der Rechtsprechung zum Kreditkartengeschäft (10 Ob 70/07b mwN), das im österreichischen Recht bisher keine eigene gesetzliche Regelung erfahren hat:

Beim Kreditkartengeschäft werden sowohl Rechtsbeziehungen zwischen dem Aussteller der Kreditkarte (der Kreditkartengesellschaft) und dem Vertragsunternehmen (Vertragshändler) als auch zwischen der Kreditkartengesellschaft und dem Kreditkarteninhaber und schließlich zwischen dem Kreditkarteninhaber und dem Vertragsunternehmen hergestellt. Es handelt sich somit um ein dreipersonales Verhältnis, bei dem die Kreditkartengesellschaft dem Kreditkarteninhaber gegen eine Jahresgebühr eine Kreditkarte zur Verfügung stellt, die diesen berechtigt, unter Vorlage dieser Karte bei einem Vertragsunternehmen Leistungen ohne sofortige Bezahlung in Anspruch zu nehmen. Das Vertragsunternehmen erhält keine Barzahlung. An ihre Stelle tritt ein abstrakter Zahlungsanspruch des Vertragsunternehmens

gegen die Kreditkartengesellschaft. Dieser abstrakte Anspruch findet seine Grundlage im Anweisungsrecht: In der Vereinbarung zwischen Kreditkartengesellschaft und Vertragsunternehmen wird festgelegt, dass die Kreditkartengesellschaft schon im Voraus künftige Anweisungen des berechtigten Karteninhabers gegenüber dem Vertragsunternehmen annimmt. Unterschreibt der Karteninhaber beim Vertragsunternehmen unter Vorlage seiner Kreditkarte seinen Rechnungsbeleg, so erteilt er damit eine konkrete Anweisung, die aufgrund der antizipierten Annahme der Kreditkartengesellschaft zugleich eine abstrakte Zahlungspflicht der Kreditkartengesellschaft gegenüber dem Vertragsunternehmen entstehen lässt.

**4.2.** Zur Wiederholungsgefahr vertritt die Beklagte die Auffassung, diese läge nicht vor. Das Erstgericht habe sich nicht „mit den Rechtsfolgen des ‚faktischen Aufgebens‘, also der Nicht-Anwendung der Klauseln beschäftigt“, und das Kriterium der Wiederholungsgefahr unrichtig ausgelegt. Die Beklagte habe keine Unterlassungserklärung hinsichtlich der klagsgegenständlichen Klauseln unterfertigt, sondern nur hinsichtlich jener Klauseln, die sie nicht mehr habe verwenden wollen. Wo eine vorbehaltlose Unterlassungserklärung nicht möglich gewesen sei, habe sie überhaupt keine Unterlassungserklärung abgegeben. Die Beklagte sei an einer „konstruktiven Verbesserung der AGB interessiert“ gewesen und habe aus diesem Grund versucht, sich mit dem Kläger „auf eine einvernehmliche Neufassung zu einigen“.

Ein Wegfall der Wiederholungsgefahr wäre jedoch von der Beklagten zu behaupten und zu beweisen (*Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>3</sup> §§ 28-30 Rz 34). Sie verkennt, dass die Wiederholungsgefahr nur durch vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung beseitigt werden kann (RIS-Justiz

RS0111637). Die Verwendung der Klauseln muss für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (RIS-Justiz RS0119007), und zwar sowohl für neu abzuschließende Verträge als auch durch eine Berufung darauf in bereits bestehenden Verträgen. Das kann sich zwar auch aus anderen Formen einer Unterwerfungserklärung ergeben (etwa aus dem Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleiches: RIS-Justiz RS0079899; RS0079966); weiters ist es denkbar, dass auch tatsächliche Umstände diesen Schluss erlauben. Eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, reicht aber keinesfalls aus (10 Ob 25/09p mwN). Nach einer Abmahnung nach § 28 Abs 2 KSchG kann der Wegfall der Wiederholungsgefahr daher auch nicht schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klauseln vor Klagseinbringung aus seinen AGB entfernte und keine Anzeichen dafür bestehen, dass er sie in Zukunft neuerlich verwenden oder sich darauf berufen wird (7 Ob 118/13y mwN). Auch wenn ein Unternehmer eine Unterwerfungserklärung nur hinsichtlich der Verwendung „sinngleicher“ Vertragsklauseln nicht abgibt, bietet er damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht (RIS-Justiz RS0111640, RS0111638). Zu Recht hat das Erstgericht auch auf die Entscheidung des verstärkten Senates 6 Ob 24/11i verwiesen, wonach nicht einmal dann eine vollständige Unterwerfung vorliegt, wenn der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln beifügt, selbst wenn diese neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln auch nicht „sinngleich“ wären (RIS-Justiz RS0128187, RS0125395).

Die Beklagte hatte vor Klagseinbringung keine neuen AGB hinausgegeben, und sie unterwarf sich auch nicht vollständig dem Begehren des Klägers auf Unterlassung der Verwendung der gegenständlichen AGB. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, wie diese AGB „gelebt“ oder wie sie „faktisch angewendet“ worden wären, weil nur die uneingeschränkte Verpflichtung zur Unterlassung die Wiederholungsgefahr beseitigt hätte. Im Verbandsprozess ist nämlich der Einwand, eine Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ebenso unbeachtlich wie eine klärende Erläuterung des Unternehmers (RIS-Justiz RS0121943, RS0121726). Dass es der Beklagten nicht daran gelegen war, die uneingeschränkte Verpflichtung zur Unterlassung zu dokumentieren, folgte aber nicht zuletzt auch aus ihrem zwiespältigen, gerade keine ernstliche Willensänderung nahelegenden Prozessverhalten (vgl. RIS-Justiz RS0080007), in welchem sie vertrat, alle gegenständlichen Klauseln seien ohnehin nicht rechtswidrig, womit auch zufolge Beharrens auf dem eigenen Rechtsstandpunkt die Wiederholungsgefahr naheliegt (RIS-Justiz RS0119007 [T8, T13]).

Zusammengefasst bejahte das Erstgericht die Wiederholungsgefahr somit zu Recht.

**4.3.** Zu den inkriminierten Klauseln ist vorab auf die vom Berufungsgericht im Kern als zutreffend erachtete Rechtsauffassung des Erstgerichtes zu verweisen (§ 500a ZPO). Im Einzelnen ist ergänzend auszuführen und auf die Berufungsausführungen punktuell das Folgende zu erwidern:

**4.3.1.** Zu Klausel 1. meint die Beklagte, bereits aus der Klausel selbst ergebe sich, dass einer Zusendung von Zahlungsinstrumenten durch sie ein diesbezüglicher Auftrag des Kunden vorausgehen und zugrunde liegen müsse. „Wozu sonst als nicht für die Erklärung zur Zustimmung zur postalischen Zusendung sollte der Kunde in Zeiten elektronischer Kommunikation seine Adresse angeben?“

Schon die Bezugnahme auf „die“ im „Kartenauftrag“ (gemeint wohl Beilage ./3) angegebene Adresse ist indes nicht eindeutig, weil dort zwei Adressangaben (Privat-, Geschäftsadresse) möglich sind. Schon die Frage, auf welche sich die Klausel bezieht, ist somit nicht eindeutig beantwortbar. Zudem enthält der „Kartenauftrag“ selbst keine eigene Rubrik, in welcher der Kunde ausdrücklich angeben könnte, ob und an welche Adresse er die Zusendung von Zahlungsinstrumenten und deren personalisierten Merkmalen (§ 35 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ZaDiG in Verbindung mit Art 57 Abs 1 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.11.2007, ABl L 2007/319, 1) wünscht. Die Notwendigkeit der Angabe der Adresse des Kunden ergibt sich im Übrigen nicht zuletzt aus den von der Beklagten an anderer Stelle hervorgehobenen Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (§ 40b Abs 1 Z 1 lit b BWG; vgl dagegen den „Normalfall“ in § 40 Abs 1 BWG). Es kann also auch keine Rede davon sein, dass die Angabe „der“ Adresse keinen anderen Zweck haben könnte, als die Zustimmung zur postalischen Zusendung zu erteilen. Die Klausel verstößt somit gegen die genannten Bestimmungen.

**4.3.2.** Zu Klausel 2. vertritt die Berufung die Auffassung, durch das Verbot der Barrückzahlung entstehe dem Kunden aufgrund des Umstandes, dass der Belastung eine entsprechende Gutschrift gegenüberstehe, kein Nachteil. Dagegen werde durch das verbreitet praktizierte kostenlose Rücktrittsrecht aber auch durch „illiquide Abzocker“, die die Kreditkarte zu sonst gebührenpflichtigen Bargeldabhebungen missbrauchten, die Beklagte geschädigt, was zu höheren Gebühren für „brave“ Kreditkarteninhaber führe. Außerdem sei die Klausel zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung nach den §§ 40 ff BWG geboten.

Letzteres ist nicht nachvollziehbar, zumal die Beklagte ja ihrem „Kartenauftrag“ Beilage ./3 gemäß ohnehin sogar die (erst in Fällen, in denen ihrem Wesen nach ein erhöhtes Risiko der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung besteht) verstärkten Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden zu befolgen scheint, indem sie anscheinend routinemäßig auch die gemäß § 40b Abs 1 Z 1 lit b BWG erforderlichen Daten abfragt. Sie kennt also ihren Kunden im Sinne der §§ 40 ff BWG, sodass es hierfür des Verbotes der baren Rückerstattung nicht bedarf.

Im Kern scheint es der Beklagten darum zu gehen, das Geschäftsfeld für die von ihr vorgesehen gebührenpflichtige Bargeldbehebung (Punkt 6. ihrer AGB) zu bewahren. Dem Kläger ist jedoch zuzustimmen, dass die Bestimmung insofern überschießend ist, als sie den Verbraucher, dem für eine völlig legitime gänzliche oder teilweise Rückabwicklung eines Geschäftes von seinem Vertragspartner eine Rückerstattung des Preises angeboten wird, darauf verweisen will, dies abzulehnen und darauf zu vertrauen und abzuwarten, dass der Vertragspartner - auf Wegen und unter Bedingungen, die soweit ersichtlich in den AGB sonst nicht erwähnt (Pkt 13.1. der AGB betrifft nur Gutschriften „aus dem Vertragsverhältnis“ zwischen der Beklagte und dem Kunden [vgl Präambel der AGB]) und auch von der Beklagten nicht näher dargelegt werden - veranlasst, eine „Gutschrift“ für den Kunden bei der Beklagten zu erwirken. Angemerkt sei, dass dies nicht zuletzt in einem Spannungsverhältnis zu Punkt 11. der AGB steht. Demnach habe der Kunde Leistungsstörungen im Grundgeschäft direkt mit dem „Partnerunternehmen“ zu regeln, und Leistungsstörungen hätten keinen Einfluss auf die Leistungspflicht des Kunden gegenüber der Beklagten. Abgesehen von allenfalls entgehenden Gebühren der Beklagten für Bargeldbehebungen ist auch kein Grund nachvollziehbar dargelegt worden, welcher

Schaden ihr entstehen könnte. Auch im Falle, dass ein illiquider Kunde eine Ware mit Kreditkarte beschafft und das Grundgeschäft nicht rückabwickelt, sondern die Ware behält, wäre die Beklagte zur Begleichung des Preises beim „Partnerunternehmen“ verpflichtet; welcher Zusatzschaden durch die Rückabwicklung selbst entstünde, ist somit nicht plausibel.

Insgesamt widerspricht die Klausel mangels sachlicher Rechtfertigung § 879 Abs 3 ABGB, zumal sie weit über das erkennbare Ziel, Scheingeschäfte zur Umgehung der „Bargeldbehebungsgebühren“ der Beklagten zu verhindern, hinauschießt.

**4.3.3. Klausel 3.** sei laut Berufung zulässig. Zwar sei unter Zugrundlegung der Regelungen des VKrG sowie nach Teilen der Lehre eine klassische Kreditkarte als „Zahlungsmittel ohne Kreditlinie“ anzusehen. Die Beklagte gehe jedoch davon aus, dass sich die Beschränkung des Sperrgrundes auf „Zahlungsmittel mit Kreditlinie“ nur aufgrund einer planwidrigen Lücke ergebe und diese Lücke per analogiam zu schließen sei.

Die hierfür ins Treffen geführten Argumente überzeugen indes nicht.

Die Beklagte erkennt selbst, dass auf ihre „Kreditkarten“ im Regelfall weder das VKrG (§ 4 Abs 2 Z 1) noch die Richtlinie 2008/48/EG (Art 2 Abs 2 lit e und f) anzuwenden sind; die Bestimmungen des ABGB, des KSchG und des VKrG betreffend den Verbraucherkredit werden umgekehrt durch § 26 Abs 7 ZaDiG auch ausdrücklich unberührt gelassen.

Nach dem Standpunkt der Berufungswerberin handelt es sich bei ihrer Kreditkarte um eine Chargekarte, bei der Transaktionen des Kunden binnen eines Monats auf einmal zurückzuzahlen sind, im Regelfall ohne dass der ausstehende Saldo von der Beklagten weiter kreditiert wird (vgl

Punkt 19.1. der AGB über die - entgeltliche - Zahlungszielverlängerung). Zweck der Kartensperre nach dem - Art 55 Abs 2 der RL 2007/64/EG wortgleich entsprechenden - § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG ist es aber, dem Zahlungsdienstleister bei beträchtlicher Erhöhung des Kreditrisikos von Finanzinstrumenten (§ 3 Z 21 ZaDiG), welche mit einer Kreditierung (Kreditlinie) verbunden sind, die Sperre des Finanzinstrumentes zu erlauben. Gerade diese Abwägung in Bezug auf ein spezifisches Kreditrisiko (vgl *Leixner*, ZaDiG<sup>2</sup> [2011] § 27 Rz 1) fehlt dagegen bei einer kurzfristigen Zahlungsstundung wie hier (wenn im Übrigen nach den vertraglichen Vereinbarungen der Beklagten mit ihren „Partner“-Unternehmen die Auszahlung an diese überhaupt vor tatsächlicher Zahlung durch den Kunden erfolgt, wozu es weder Vorbringen noch Beweisergebnisse oder Feststellungen gibt). Auch der Umstand, dass die Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG und das VKrG mit den Einschränkungen bezüglich der kurzfristigen Kredite zeitlich nach der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG und dem ZaDiG ergingen, spricht dagegen, dass europäischem und nationalem Gesetzgeber entgangen wäre, dass das Sperrrecht nach § 37 Abs 1 Z 3 ZaDiG für die gegenständlichen Chargekarten nicht anwendbar wäre.

Da die Gründe für eine Sperre in § 37 Abs 1 ZaDiG taxativ aufgezählt werden (*Leixner* aaO), widerspricht die Klausel dieser Bestimmung. Die Klausel lässt außerdem offen, welche Umstände über die in § 37 Abs 1 Z 1 und 2 ZaDiG genannten objektiven Gründe im Zusammenhang mit der Sicherheit des Zahlungsinstrumentes hinaus dazu führen können, dass die Beklagte die Kreditkarte sperrt. Insofern ist die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Dass im Übrigen die von der Beklagten angestellten Überlegungen, auf welche Weise ein Missbrauch mit der Karte betrieben werden könnte, mit der gesetzeskonformen Ge-

staltung der Klausel nichts zu tun haben, zeigt die Berufungsbeantwortung des Klägers zutreffend auf.

**4.3.4. Klausel 4.** soll zulässig sein, weil die Wechselkurse auf der Homepage der Beklagten im Sinne einer Minderung ebenso wie einer Erhöhung veränderlich und daher neutral seien. Die Beklagte berechne die Kurse auch nicht selbst, sondern „beziehe“ einen Referenzwechselkurs, der sich wiederum auf die von der EZB festgesetzten Vorgaben beziehe und somit nicht frei gewählt sei.

Diese Ausführungen sind nicht nachvollziehbar, zumal sich in den AGB selbst keinerlei Vorgaben dazu finden, wie und von wem dieser Wechselkurs gebildet wird und aus welchen Quellen er gespeist würde (vgl 10 Ob 70/07b). „Neutralität“ bedeutet im Übrigen nicht nur, dass der Wechselkurs in beide Richtungen schwanken kann (RIS-Justiz RS0117365), sondern dass die Festlegung unabhängig von Willen und Einfluss der Beklagten erfolgt (*Langer in Kosesnik-Wehrle*, KSchG<sup>3</sup> § 6 Rz 25 f; *Weilinger/Knauder in Weilinger*, ZaDiG § 29 [2013] Rz 26 ff). Die Klausel widerspricht somit § 29 Abs 3 ZaDiG und dem durch diese Bestimmung unberührten § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

**4.3.5. Klausel 5.** soll nach der Berufung zulässig sein, weil im Zusammenhang klar sei, dass den Verbraucher nur Mahnspesen träfen, wenn ihn am Verzug Verschulden treffe.

Woraus die Beklagte dies ableiten will, hat sich dem Berufungsgericht indes nicht erschlossen, weil die Klausel nur auf die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen, nicht jedoch auf vom Verbraucher schuldhaft verursachte (§ 1333 Abs 2 ABGB) Kosten abstellt, die überdies in angemessenem Verhältnis zur betriebenen Forderung zu stehen hätten. Die Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz ohne Verschulden stellt eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB dar (7 Ob 84/12x mwN). Die

Überlegungen der Berufung, warum der Sachverhalt dieser Entscheidung mit dem gegenständlichen nicht vergleichbar wäre, sind nicht nachvollziehbar; Rechenübungen, welche Kosten bei hypothetischen Klauseln, welche hier nicht zur Beurteilung anstehen, vom Verbraucher zu zahlen wären, verlieren sich im Spekulativen.

**4.3.6.** Die Berufungsausführungen zu Klausel 6. verfehlen den Kern des Problems. Es geht nicht darum, dass der Hauptkarteninhaber nur im Rahmen der Ausgabenobergrenze für die Zusatzkarte solidarisch haftet, sondern darum, dass nach dem Wortlaut der Klausel - und keineswegs über deren Wortsinn hinausgehend, wie die Berufung vermeint - der Hauptkarteninhaber für die Zusatzkarte unbegrenzt haften könnte, auch wenn er mit der Beklagten für sich eine Ausgabenobergrenze vereinbart hätte. Das Erstgericht hat daher zu Recht eine gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB verwirklicht gesehen. Die Klausel ist zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil nicht klar ist, wer welche Obergrenzen mit Wirkungen für wen vereinbaren kann.

**4.3.7.** Den Haftungsausschluss in Klausel 7. für durch leichte Fahrlässigkeit verursachte „reine Vermögensschäden, Folgeschäden und den entgangenen Gewinn“ erachtet die Beklagte als zulässig.

Die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch in AGB wird zwar grundsätzlich als zulässig angesehen (RIS-Justiz RS0050109). Lediglich die Auffassung, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sei eine starre Regelung, die die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit (mit den dort angeführten Ausnahmen) ganz generell zulasse, wird von Rechtsprechung und Lehre abgelehnt, zumal allgemein anerkannt ist, dass ein in AGB enthaltener Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit grob benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein kann (10 Ob 70/07b mwN).

Was bundesweit agierende Banken betrifft, wurden Klauseln, wonach diese für (sämtliche) Schäden, die sie oder ihre Erfüllungsgehilfen grob schuldhaft verursacht haben, nicht jedoch für leichte Fahrlässigkeit haften sollten, vom Obersten Gerichtshof als unzulässig beurteilt (4 Ob 179/02f, 4 Ob 221/06b). Dabei wurde im Sinne des von der Lehre postulierten „beweglichen Systems“ auf Ausmaß, Grund und sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Kunden vorgenommenen Abweichung vom positiven Recht ebenso Rücksicht genommen wie auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit des Vertragspartners, der den für ihn nachteiligen Vertragsbestandteil nicht verhindern kann. Die Beurteilung ergab eine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten, die aus dem völligen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit, der wirtschaftlichen Übermacht der Beklagten, der verdünnten Willensfreiheit des Bankkunden sowie dem Umstand folgte, dass die Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kam. Der Oberste Gerichtshof hat auch von den beklagten Banken geltend gemachte Rechtfertigungsgründe geprüft, eine sachliche Rechtfertigung der den Kunden gröblich benachteiligenden Klauseln aber verneint (RIS-Justiz RS0117267).

Zu 10 Ob 70/07b (Klauseln 11 bis 13, und nicht die von der Beklagten zitierte Klausel 7) hat das Höchstgericht dagegen den Verstoß eines Kreditkartenunternehmens gegen § 879 Abs 3 ABGB verneint, weil anders als in den oben zitierten Entscheidungen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht generell ausgeschlossen war, sondern nur in den bestimmten in den AGB genannten (Missbrauchs-)Fällen, die durch eine infolge Verletzung der Geheimhaltungspflicht ermöglichte Erlangung des PIN-Codes durch Dritte, also ein Fehlverhalten des Karteninhabers, gekennzeichnet waren. Da dort der Karteninhaber von

der „vollen Haftung“ außerdem nach Ablauf von 24 Stunden nach Einlangen der Meldung der Verletzung der Geheimhaltungspflicht bei der Beklagten oder der kontoführenden Bank befreit wurde, erfasste die Klausel somit lediglich den Fall, dass zwar innerhalb von 24 Stunden gesperrt wird, die Sperre aber früher hätte erfolgen können. In einem solch spezifischen Fall hegte das Höchstgericht keine Bedenken gegen die sachliche Rechtfertigung einer gemäß § 6 Abs 1 Z 9 KSchG (mit den dort angeführten Ausnahmen) zulässigen Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit und sah keinen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Ein solcher Fall liegt indes hier nicht vor, weil der Haftungsausschluss wiederum generell jede Art von Schadensfall betrifft, egal welche Ursache er hätte und in welchem Zusammenhang er stattfände und welche Pflichten die Beklagte verletzt hätte. Eine Einschränkung der Haftungsfreizeichnung erfolgt in der Klausel nur hinsichtlich der Art des verursachten Schadens, wofür die Beklagte aber - außer floskelhaften Wendungen und weitwendigen Referaten bisheriger Judikatur - weder in erster Instanz noch in der Berufung konkrete Argumente ins Treffen führt: Klausel 7. habe sie *„deshalb in die AGB mit einbezogen, um den Anforderungen des ZaDiG gerecht zu werden, aber gleichzeitig für die Kunden der [Beklagten] klarzustellen, wie weit die Haftung der kartenausstellenden [Beklagten] gehen soll.“* Dass sie Punkt 28.2. in die AGB aufgenommen habe, um § 44 Abs 1 ZaDiG zu entsprechen, tut hier nichts zur Sache; dass diese Bestimmung *lex specialis* zum ABGB in dem Sinne wäre, dass die generelle Regelung der Haftung für jede Art von Fahrlässigkeit nicht gesetzlich geboten wäre, wie die Beklagte anzudeuten scheint, ist nicht nachvollziehbar. Warum aus der verschuldensunabhängigen Verpflichtung, nach unautorisierten Zahlungsvorgängen das Konto der Verbrauchers wieder aufzufüllen, folgen sollte, dass die Beklagte

bei generell allen Schadensursachen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit hinsichtlich bestimmter Arten von Schäden ausschließen dürfe, bleibt somit im Dunkeln (zumal § 44 Abs 1 letzter Satz ZaDiG ausdrücklich normiert, dass darüber hinausgehende Ansprüche aus Vertrag oder Gesetz nicht ausgeschlossen werden).

Es liegt daher aus den oben dargelegten Erwägungen, die auch auf den vorliegenden Fall zutreffen, eine gröbliche und sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB vor.

**4.3.8. Klausel 8.** ist nicht berufungsgegenständlich (unangefochtener Punkt III. des Ersturteiles).

**4.3.9. Klausel 9.** (I.8. des Ersturteiles) erachtet die Berufungswerberin als zulässig, weil ohnehin nur auf die im Kartenauftrag bekanntgegebenen Daten Bezug genommen werde. Sowohl in den AGB als auch im Kartenauftrag sei auf das Widerrufsrecht hingewiesen worden.

Dies überzeugt nicht.

§ 8 Abs 1 Z 2 DSG bestimmt, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn der Betroffene der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. § 4 Z 14 DSG definiert die „Zustimmung“ als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwillige. Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen (RIS-Justiz RS0115216). Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ zustimmt (4 Ob 28/01y, 6 Ob 16/01y, 6 Ob 275/05t).

In der Entscheidung 4 Ob 28/01y beurteilte der Oberste Gerichtshof eine Klausel, in der als Datenempfänger „eine zentrale Evidenzstelle und/oder Gemeinschaftseinrichtungen von Kreditunternehmungen“ genannt wurden, als intransparent. Offen bleibe nicht nur die genaue Bezeichnung dieser Einrichtungen; der Kunde werde vor allem über ihre Aufgaben und damit darüber im Unklaren gelassen, von wem und zu welchem Zweck auf die Daten zugegriffen werden könne.

Bereits in der Entscheidung 7 Ob 170/98w hatte der Oberste Gerichtshof eine Klausel als unwirksam iSd § 6 Abs 3 KSchG beurteilt, durch die sich der Kunde eines Lebensmittelkonzerns mit der Weitergabe persönlicher Daten an andere Unternehmen des näher bezeichneten Konzerns einverstanden erklärte. Es sei nicht bestimmbar, welche Unternehmen derzeit und künftig dem Konzern (allenfalls auch im Ausland) zugehörig seien bzw sein würden.

Zu 2 Ob 1/09z wurde ein Verstoß gegen das Transparenzgebot bejaht, weil schon die Feststellung der in Frage kommenden Adressaten von Daten auf Schwierigkeiten stoßen, zumal die Klausel keine Einschränkung auf die wenigen bevorrechteten Gläubigerschutzverbände enthielt. Ähnliches gelte aber auch für die als Datenempfänger genannten „Abteilungen“ und „Geschäftsstellen“, weil offen blieb, ob darunter „Dritte“, also etwa selbständige konzernzugehörige Unternehmen, zu verstehen seien, hinsichtlich derer dem Verbraucher das Widerrufsrecht zukommen solle. Für den Kunden sei nicht durchschaubar, an wen seine Daten letztlich weitergegeben würden und welche Auswirkungen dies für ihn haben könne.

Ähnlich wurde zu 2 Ob 198/10x eine - wenn auch noch allgemeiner gehaltene - Klausel unter anderem deshalb als intransparent beurteilt, weil bei eine Vielzahl der in Frage kommenden Unternehmer nicht durchschaubar sei, an

wen Daten letztlich weitergegeben würden und welche Auswirkungen dies für den Konsumenten haben könne. Es würden keine nachvollziehbaren sinnhaften Abgrenzungen vorgenommen, sondern in Wahrheit Leerfloskeln benutzt, ohne dass eine ernsthafte Beschränkung auf den konkret berechtigten Zweck und die schutzwürdigen Interessen des Verbrauchers im Sinne des § 17 DSGVO erfolgt wäre.

Im Lichte dieser Rechtsprechung verstößt auch die vorliegende Klausel gegen das Transparenzgebot. Schon die Feststellung der in Frage kommenden Adressaten von Daten wird auf Schwierigkeiten stoßen, weil die Klausel als Zweck der Übermittlung „Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe dieser Daten an Kreditinstitute, Leasing-Gesellschaften, andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen“ anspricht. Damit ist für den Kunden nicht durchschaubar, an wen seine Daten letztlich weitergegeben werden und welche Auswirkungen dies für ihn haben kann. Die Formulierung „zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen“ verschafft dem durchschnittlichen Kreditkartenkunden hierüber keinen hinreichenden Aufschluss.

Die Klausel erweist sich somit als intransparent. Ein Hinweis auf ein Widerrufsrecht vermöchte daran nichts zu ändern (2 Ob 1/09z, 6 Ob 16/01y).

**4.3.10.** Zu Klausel 10. (I.9. des Ersturteiles) führt die Berufung aus, sie widerspreche nicht dem § 38 Abs 2 Z 5 BWG, zumal auf dem Kartenauftrag eine ausdrückliche Entbindungserklärung abgegeben worden sei.

Die Klausel verweist indes auf die oben als intransparent erachtete Klausel 9. und die dort geregelten Fälle, sodass schon deshalb aus den oben genannten Gründen eine wirksame Entbindung vom Bankgeheimnis nicht vorliegen kann. Die Klausel ist schon deshalb unzulässig, weil sie ihrerseits auf eine unzulässige Klausel verweist (RIS-Justiz

RS0122040). Eine wirksame Entbindung vom Bankgeheimnis setzt voraus, dass die Erklärung vom Kunden unterschrieben wird. Die Aufnahme einer solchen Klausel in Allgemeine Geschäftsbedingungen erweckt den irreführenden Eindruck, die Klausel werde bereits dadurch Vertragsinhalt; sie ist daher als AGB-Klausel unzulässig (RIS-Justiz RS0115218). Auf den Umstand, dass eine derartige Erklärung an anderer Stelle allenfalls gültig abgegeben worden wäre, kommt es somit nicht an.

**4.3.11. Klausel 11.** (I.10. des Ersturteiles) sei zulässig - so die Beklagte -, weil die Übermittlung per E-Mail erlaubt sei und angemessener Kostenersatz im Sinne des § 31 Abs 5 ZaDiG nicht nur 2,- Euro Versandkosten, sondern auch den - von ihr auch aufgeschlüsselten - Verwaltungsaufwand von 3,- Euro als „Gebühr für die Bereitstellung von Kontoauszügen“ umfasse.

Nach § 31 Abs 2 ZaDiG haben die dort genannten Informationen dem Zahler „auf die in § 26 Abs 1 Z 1 vorgesehene Weise“ mitgeteilt zu werden, also „in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger“ (*Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 31 [2012] Rz 19). Der Rahmenvertrag kann vorsehen, dass diese Informationen mindestens einmal im Monat auf andere vereinbarte Weise so mitgeteilt (*Leixner*, ZaDiG<sup>2</sup> § 26 Rz 10) oder zugänglich gemacht (*Leixner* aaO Rz 13) werden, dass sie unverändert aufbewahrt und reproduziert werden können (§ 31 Abs 4 ZaDiG). Der Zahlungsdienstleister hat also die Wahl, transaktionsrelevante Daten (hier Kontoauszüge) entweder dem Kunden mitzuteilen oder ihm - wenn dies vereinbart wurde - in unverändert aufbewahrbarer bzw reproduzierbarer Form zugänglich zu machen (*Leixner* aaO Rz 15); nur in letzterem Fall kann nach § 31 Abs 5 ZaDiG der Zahlungsdienstleister für eine vom Kunden (statt der bzw zusätzlich zur vereinbarten Zugäng-

lichmachung nach § 31 Abs 4 ZaDiG) verlangte monatliche Übermittlung Kostenersatz verlangen.

Die inkriminierte Klausel sieht vor, dass die Zustellung der Kontoauszüge rechtswirksam durch die Benachrichtigung über die Verfügbarkeit des Kontoauszuges an die zuletzt bekannt gegebene E-Mail-Adresse (bei Nichtvorhandensein per Post an die zuletzt bekannt gegebene Adresse) erfolge.

Grundsätzlich ist also die Mitteilung darüber, dass der Kontoauszug zur Verfügung stehe, als Zugänglichmachung im Lichte des § 31 Abs 4 ZaDiG zulässig. Dem Kläger ist allerdings dahin Recht zu geben, dass aus der Klausel nicht erkennbar und somit auch nicht vereinbart ist, in welcher Form die Kontoauszüge zugänglich sind, und ob dies in unverändert aufbewahrbarer bzw reproduzierbarer Form geschieht.

Dass Kunden, die keine E-Mail-Adresse haben, die Kontoauszüge kostenfrei per Post erhielten, wie die Berufung ausführt, ist der Klausel ebenfalls nicht zu entnehmen.

Nicht geregelt ist auch der Fall, dass ein Kunde gar keinen Internetzugang hat. Nach dem Wortlaut der Klausel bekommt er dann zwar an die zuletzt bekanntgegebene Adresse per Post (statt an die zuletzt bekanntgegebene E-Mail-Adresse) die Benachrichtigung über die Verfügbarkeit des Kontoauszuges, wie er dann zum Kontoauszug kommt, ist indes nicht erkennbar. Nach dem Wortlaut müsste er eine Registrierung zu einem elektronischen Zustellservice selbstständig über das E-Konto durchführen, könnte dies aber mangels Internetzugang nicht. Allenfalls könnte auch ein Kunde, der über kein Internet verfügt, gegen Aufwandsersatz generell die Postzustellung verlangen, was jedoch dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist, was aber wohl der Intention des Gesetzes entspräche (*Weilinger/Knauder in Weilinger, ZaDiG § 31 [2012] Rz 25*), und was gemäß den Mat auch

„von der österreichischen Kreditwirtschaft ausdrücklich mitgetragen“ werde (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 38).

Dem Kläger ist dahin Recht zu geben, dass nach der Klausel nicht klar ist, welche Spesen nun anfallen, wenn ein Kunde keinen Internetanschluss zur Verfügung hätte und die postalische Zusendung wünscht. Nach dem Gesetz dürfte hier lediglich ein Aufwandsatz verrechnet werden (womit nach den Mat das Porto gemeint ist: ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 38; zust *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 31 [2012] Rz 25). Im Übrigen hat nach den Vorgaben der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG (vgl Erwägungsgründe 26 und 28; Art 32, Art 41 und Art 43) der Zahlungsdienstnutzer das Recht, einschlägige Informationen kostenlos zu erhalten. Die entsprechende Umsetzung findet sich in § 27 Abs 1 erster Satz ZaDiG, wonach die Bereitstellung von Informationen gemäß § 26 Abs 1, 3 und 4 in Verbindung mit §§ 28 bis 30, § 31 Abs 1 bis 4, Und §§ 32 f durch den Zahlungsdienstleister an den Zahlungsdienstnutzer unentgeltlich zu erfolgen hat (1 Ob 244/11f mwN). In welchem Fall wann welche über das Porto hinausgehenden „Versandspesen“ anfallen sollten, ist der Klausel nicht zweifelsfrei zu entnehmen; ebenso wenig ist ersichtlich, warum (auch) in einem solchen Fall eine zusätzliche Gebühr für die „Bereitstellung von Kontoauszügen“ von 3,- Euro anfallen sollte.

Die Klausel widerspricht somit im Ergebnis § 31 Abs 2, 4 und 5 ZaDiG im erläuterten Sinne, und ist überdies intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG.

**4.4.** In Bezug auf die Klauseln 4. und 7. begehrt die Beklagte weiterhin eine Leistungsfrist von sechs statt vier Monaten. Sie beruft sich hierzu auf 10 Ob 70/07b. Die Verpflichtung zur sofortigen Unterlassung, sich auf die übrigen Klauseln zu berufen (RIS-Justiz RS0041265), wird in der Berufung nicht in Frage gestellt.

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht - anders als bei „reinen Unterlassungsklagen“ - die Pflicht zur Änderung eines Zustandes einschließt. Das trifft im vorliegenden Fall zu. Die Beklagte kann das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert. Ihr wird aber nicht untersagt, im Verkehr mit Verbrauchern allgemeine Geschäftsbedingungen zu verwenden, sondern ihr ist nur die Verwendung bestimmter Klauseln verboten. Die Beklagte kann daher auch nicht darauf verwiesen werden, ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen etwa durch Stampiglienaufdruck gegenüber Verbrauchern für unanwendbar zu erklären.

In der Rechtsprechung wurden in solchen Fällen Fristen von drei (4 Ob 130/03a; 6 Ob 24/11i) bis zu sechs Monaten (10 Ob 70/07b, 1 Ob 244/11i) eingeräumt, wobei es sich in allen zitierten Fällen um die Änderung einer Vielzahl von Klauseln handelte. Im vorliegenden Fall steht jedoch nur eine ohne großen Aufwand herzustellende Bezugnahme auf einen konkreten Währungswechselkurs sowie eine gesetzeskonforme Ausgestaltung von Haftungsausschlüssen in Frage. Die Beklagte macht auch keine konkreten Argumente geltend, welche Verrichtungen zwei Monate mehr als vom Erstgericht zugestanden in Anspruch nähmen, oder warum es ihr sonst nicht möglich sein sollte, dem Urteilsauftrag binnen der vom Erstgericht gesetzten Frist zu entsprechen. Angesichts des geringen Änderungsbedarfes erscheint, auch unter Berücksichtigung der mit zwei Monaten vergleichsweise eher langen Fristen nach Punkt 44. der (alten wie auch der aktuellen) AGB zu deren Änderung, ein Zeitrahmen von insgesamt vier Monaten, wie vom Erstgericht angeordnet, angemessen.

**4.5.** Insgesamt war daher der Berufung der Beklagten zur Gänze nicht Folge zu geben. Die Frage der Veröffentlichung eines der Berufung stattgebenden Urteiles stellte sich daher nicht mehr.

**4.6.** Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass das Erstgericht über den in erster Instanz gestellten Antrag der Beklagten, (erkennbar) sie zur Veröffentlichung des klagsabweisenden Teiles des Urteiles zu ermächtigen, nicht formell absprach; lediglich im Rahmen der Entscheidungsbegründung führte es unter Hinweis auf 1 Ob 244/11f aus, angesichts des Obsiegens nur in Bezug auf eine von elf Klauseln komme ein Veröffentlichungsanspruch „nicht in Betracht“.

Versteht man dies als Abweisung des Antrages der Beklagten an, so blieb dies unangefochten. Sieht man es hingegen als unvollständige Erledigung eines Sachantrages an, so wäre ein diesbezüglicher Verfahrensmangel ebenso wenig geltend gemacht worden wie ein Antrag auf Fällung eines Ergänzungsurteiles nach § 423 ZPO, womit der Anspruch als aus dem Verfahren ausgeschieden anzusehen wäre (vgl RIS-Justiz RS0042365; *E. Kodek in Rechberger*<sup>3</sup> § 496 ZPO Rz 2). In keinem Fall wurde daher der Veröffentlichungsantrag der Beklagten Gegenstand des Berufungsverfahrens.

#### **5. Zur Rechtsrüge des Klägers:**

Der Kläger vertritt zusammengefasst die Auffassung, im Hinblick auf den Marktanteil der Beklagten sei die Ermächtigung zu Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung angemessen. Hinzu komme das Informationsinteresse auch potenzieller Vertragspartner und auch der Konkurrenten, sodass nicht nur auf den aktuellen Kundenkreis der Beklagten abzustellen sei. Um diesen Zwecken zu genügen, sei eine Veröffentlichung in der notorisch bei weitem auflagenstärksten Tageszeitung, der „Kronen Zeitung“, geboten.

Die Urteilsveröffentlichung beruht auf dem „nicht engherzig“ umzusetzenden Gedanken (*Kathrein* in *KBB*<sup>3</sup> § 30 KSchG Rz 1; vgl. *Donath* in *Schwimann*, *TaKomm*<sup>2</sup> § 30 KSchG Rz 2), es liege im Interesse der Allgemeinheit, unlautere Wettbewerbshandlungen in aller Öffentlichkeit aufzudecken, die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (RIS-Justiz RS0079820, RS0079764). Die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung hängt also davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaße besteht (RIS-Justiz RS0079737). Der Zweck der Urteilsveröffentlichung nach § 30 KSchG in Verbindung mit § 25 UWG besteht darin, den Rechtsverkehr bzw die Verbraucher in ihrer Gesamtheit darüber aufzuklären, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind (RIS-Justiz RS0079764 [T 22]), und den beteiligten Verkehrskreisen die Gelegenheit zur Information zu geben, damit sie vor Nachteilen geschützt sind (RIS-Justiz RS0121963).

Abgesehen vom Umstand, dass der „gehobene“ Kundenkreis der Beklagten nicht festgestellt wurde, ist auch notorisch, dass die Beklagte mit Handelsunternehmungen wie etwa „Wein & Co“ kooperiert, wo die „Vinocard“ Diners Club Kreditkarte im Übrigen ebenso kostenlos erhältlich ist<sup>1)</sup> wie für Abonnenten der Tageszeitung „Die Presse“<sup>2)</sup>. Auch der Sportartikelhändler „Hervis“ bietet seinen „Hervis-Club“-Mitgliedern (Gratismitgliedschaft) eine „Hervis Diners Club Card“ mit Rückvergütung der Jahresgebühr in Höhe von 25,- Euro in Form von Gutscheinen an<sup>3)</sup>. Das Reisebüro „Tai Pan“ bietet seinen Kunden eine „Tai Pan Diners Club

---

1 [http://www. weinco.at/vinocard/vinocard-normal/](http://www.weinco.at/vinocard/vinocard-normal/)

2 <https://diepresse.com/abo/presseclub/clubDetail.do?act=0&id=33&type=-1>

3 <https://www.hervis.at/HERVIS-CLUB/Der-Club-im-Ueberblick/Hervis-Diners-Club-Card.Cms.Html?cms.page=hdcc.clubvorteile>

Card“ mit diversen Vergünstigungen an<sup>4</sup>). Aus diesen illustrativen Überlegungen erhellt, dass die Beklagte durchaus auch breitenwirksame Aktivitäten entfaltet, die sich keineswegs auf exklusive Kreise beschränkt. In ihrer Berufsbeantwortung führt die Beklagte aus, 225.000 Karten ausgegeben zu haben, und legt Wert darauf, dass nicht dies, sondern die geringere Zahl ihrer Kunden relevant sei; gerade diese Zahl verschweigt sie jedoch. Die von ihr ins Treffen geführte regionale Beschränkung zu 10 Ob 92/11v war darauf zurückzuführen, dass die dortige Beklagte ihren Tätigkeitsbereich mit 28 Filialen auf den Raum Wien und Niederösterreich fokussierte. Die Beklagte agiert dagegen österreichweit. Schließlich könnte auch nicht gesagt werden, dass eine „gehobene“ Klientel nicht zur Leserschaft der „Kronen Zeitung“ gehören würde, zumal Meinungsmacht und wirtschaftliche Kraft dieses Blatt auch für Meinungsführer und Entscheidungsträger relevant machen. Letztlich könnte angesichts des Vorhandenseins mehrerer österreichweit erscheinender Qualitätszeitungen auch nicht ernsthaft gesagt werden, „gehobene“ Kundenschichten seien primär über die Tageszeitung „Die Presse“ zu erreichen, sodass die Auswahl gerade dieses Blattes eher beliebig erschiene. Insgesamt erscheint es daher bei nicht engherziger Betrachtung hier durchaus gerechtfertigt, eine Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ anzuordnen. Der Berufung des Klägers war in diesem Sinne spruchgemäß stattzugeben.

6. Dies erforderte keine Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung, weil das Erstgericht die Teilabweisung nur mit dem Elftel des Unterlassungsbegehrens streitwertmindernd berücksichtigt und den Kläger als mit dem Veröffentlichungsbegehren ohnehin gänzlich obsiegend behandelt hatte.

---

4 [http://www.taipan.at/Infos\\_Service/Tai\\_Pan\\_Diners\\_Card.aspx](http://www.taipan.at/Infos_Service/Tai_Pan_Diners_Card.aspx)

7. Die Beklagte hat dem Kläger nach §§ 50, 41 ZPO die Kosten der Berufung (auf Basis von 5.500,- Euro; insgesamt 1.358,27 Euro, darin 135,71 Euro USt und 544,- Euro Gerichtsgebühren) und der Berufungsbeantwortung - jedoch auf Basis von 30.500,- Euro  $\times \frac{10}{11} = 27.727,27$  Euro (Ansatz TP 3B 744,80 Euro; insgesamt 2.236,56 Euro, darin 372,76 Euro USt) - zu ersetzen. Schriftsätze im Berufungsverfahren sind nicht verfahrenseinleitend im Sinne des § 23a RATG.

8. Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes bestand keine Veranlassung, von der Bewertung des Streitgegenstandes durch den Kläger abzuweichen. Der Wert der nicht mehr im Berufungsverfahren relevierten Klausel 8. war mit einem Elftel von 30.500,- Euro anzusetzen, sodass das verbliebene Unterlassungsbegehren mit restlichen 27.727,27 Euro zu Buche stand. Zuzüglich des mit 5.500,- Euro bewerteten Veröffentlichungsbegehrens überstieg der Entscheidungsgegenstand daher 30.000,- Euro.

9. Die ordentliche Revision ist zulässig, weil die vorliegenden Klauseln einen großen Personenkreis betreffen und die Beurteilung bisher noch nicht geprüfter AGB grundsätzlich eine erhebliche Rechtsfrage darstellt (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 1, am 25. März 2014

**Dr. Regine Jesionek**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG