



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei UniCredit Bank Austria AG, Wien 1, Schottengasse 6-8, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 15. September 2011, GZ 2 R 207/10s-9, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 28. Juni 2010, GZ 19 Cg 226/09w-5, groÙtenteils bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

I.1. Die Zurückziehung der Revision der beklagten Partei hinsichtlich der Klauseln 1, 2, 3, 7, 8 und 11 wird zur Kenntnis genommen.

2. Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden im stattgebenden Ausspruch über die Klausel 13 [lit a) 13.) des erstinstanzlichen Urteilsspruchs] dahin abgeändert, dass die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

„Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der

Klausel:

13. (Z 42a Abs 1)

Der Kunde stimmt der Belastung seines Kontos mit Beträgen, die von ihm ermächtigte Dritte zu Lasten seines Kontos beim Kreditinstitut einziehen, zu. Diese Zustimmung kann vom Kunden jederzeit schriftlich widerrufen werden. Ein derartiger Widerruf wirkt ab dem seinem Eingang beim Kreditinstitut folgenden Geschäftstag.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen;

sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf diese Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind;

wird abgewiesen.“

3. Der Antrag der beklagten Partei, sie zu ermächtigen, den klagsabweisenden Teil des Urteilsspruchs, im Umfang der Abweisung des Unterlassungsbegehrens samt der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal bundesweit im redaktionellen Teil der Samstagausgabe der „Neuen Kronen-Zeitung“ auf Kosten der klagenden Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in fetter Umrandung in Normallettern zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

4. Der Antrag der beklagten Partei auf Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH wird zurückgewiesen.

II. Die Revision der klagenden Partei wird zurückgewiesen.

III. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei an Verfahrenskosten aller drei Instanzen 9.019,81 EUR (darin 1.396,47 EUR USt und 641 EUR Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Kläger ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 und § 28a KSchG berechtigter Verein. Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet an. Im Rahmen dieser Geschäftstätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern seit 1. 9. 2009 in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB 2009) unter anderem die hier strittigen Klauseln.

Der Klage ging eine Beanstandung der verfahrensgegenständlichen Klauseln durch den Kläger voraus, der die Beklagte aufforderte, eine Unterlassungserklärung für diese und/oder sinngleiche Klauseln abzugeben. Dieser Aufforderung kam die Beklagte nicht nach.

Der **Kläger** beehrte mit seiner Klage, der Beklagten die Verwendung oder Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln zu untersagen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden seien, und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der „Kronen-Zeitung“ zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) und die guten Sitten; einige seien auch nicht ausreichend transparent.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln seien weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang. Für den Fall der Klagsabweisung stellte die Beklagte in diesem

Umfang auch ein Veröffentlichungsbegehren.

Der genaue Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung der Vorinstanzen werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Das **Erstgericht** gab der Klage zur Gänze statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge und änderte das Ersturteil hinsichtlich der Unterlassungsbegehren dahin ab, dass es eine Leistungsfrist von sechs Monaten festsetzte.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Auslegung von Klauseln in AGB bestimmter Geschäftsbranchen regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern von Bedeutung sei und Klauseln, die das ZaDiG umsetzten, vom Obersten Gerichtshof noch nicht beurteilt worden seien.

Gegen die Abänderung der Leistungsfrist auf sechs Monate durch das Berufungsgericht richtet sich die **Revision des Klägers** mit einem Abänderungsantrag.

Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision des Klägers zurückzuweisen bzw ihr nicht Folge zu geben.

Gegen den klagsstattgebenden Teil des Urteils des Berufungsgerichts richtet sich die **Revision der Beklagten** mit einem Abänderungsantrag samt Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung im Umfang der Abweisung des Unterlassungsbegehrens; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt in der

Revisionsbeantwortung, die Revision der Beklagten zurückzuweisen bzw ihr nicht Folge zu geben.

Mit dem am 30. 3. 2012 beim Obersten Gerichtshof eingebrachten Schriftsatz zog die Beklagte ihre Revision betreffend die Klauseln 1, 2, 3, 7, 8 und 11 zurück.

Die Revision des Klägers ist nicht zulässig. Die Revision der Beklagten ist zulässig und teilweise berechtigt.

I. Zur Revision der Beklagten:

1. Wie dargelegt zog die Beklagte mit dem im WEB-ERV eingebrachten Schriftsatz vom 30. 3. 2012 ihre Revision teilweise, und zwar hinsichtlich der Klauseln 1 (Z 2 Abs 1 erster Satz AGB 2009), 2 (Z 2 Abs 1 letzter Satz AGB 2009), 3 (Z 15 AGB 2009), 7 (Z 17 AGB 2009), 8 (Z 22 AGB 2009) und 11 (Z 39 Abs 7 AGB 2009) zurück.

Gemäß § 484 Abs 1 ZPO iVm § 513 ZPO ist die Zurückziehung der Revision bis zur Entscheidung über diese zulässig und mit deklarativem Beschluss zur Kenntnis zu nehmen (*Zechner in Fasching/Konecny*² § 513 Rz 4 mwN; RIS-Justiz RS0042041 [T2, T3]).

2. Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses:

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

Nach herrschender Rechtsprechung (4 Ob 221/06p; 4 Ob 227/06w = SZ 2007/38; 9 Ob 66/08h; 8 Ob 119/08w; 7 Ob 173/10g; 2 Ob 198/10x) unterliegen Klauseln im Verbandsprozess auch dem Prüfmaßstab des

§ 864a ABGB. 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 „Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt“ 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. Eine grobe Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234; zu allem 7 Ob 173/10g mwN).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Durch diese Bestimmung wurde - wie in den einschlägigen Entscheidungen formuliert wird - ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). § 879 Abs 3 ABGB wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere auf AGB und Vertragsformblätter abzustellen,

liegt in der zwischen den Verwendern von AGB und deren Vertragspartnern typischerweise anzutreffenden Ungleichgewichtslage. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeengt, muss er sich doch zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert (7 Ob 173/10g mwN). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914 [T3, T4, T6]). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676 [T7, T13]).

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 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen umgesetzt und damit das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll dem Kunden ermöglichen, sich aus den AGB oder Vertragsformblättern zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der

Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (7 Ob 173/10g mwN).

Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (7 Ob 173/10g mwN).

3. Allgemeines zur Zahlungsdienste-Richtlinie und zum Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG):

Das ZaDiG (BGBl I 2009/66 idgF) setzt die Zahlungsdienste-Richtlinie (RL 2007/64/EG vom 13. 11. 2007, ABl 2007 L 319/1) in innerstaatliches Recht um. Ziel der RL 2007/64/EG ist 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 RL 2007/64/EG vom Prinzip der Mindestharmonisierung ab. Mitgliedstaaten sollen keine von den Vorgaben der Richtlinie abweichenden Anforderungen für Zahlungsdienstleister festlegen (Grundsatz der Vollharmonisierung). Eine Abweichung ist bei der Richtlinienumsetzung nach Art 86 RL 2007/64/EG nur dort zulässig, wo die Richtlinie dies explizit vorsieht (3 Ob 107/11y mwN = EvBl 2012/5 [Fichtinger] = ÖBA 2012/1768, 53 [Koch]).

Das ZaDiG 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).

4. Zu den Klauseln im Einzelnen, wobei sich die erste Nummerierung am Klagebegehren orientiert, die zweite jener der AGB 2009 entspricht:

4.1. Klausel 4:

Z 16 (1) *Der Kunde hat Erklärungen des Kreditinstituts, wie zB Bestätigungen von ihm erteilter Aufträge, Anzeigen über deren Ausführung, Kontoauszüge, Depotaufstellungen, Rechnungsabschlüsse und sonstige Abrechnungen aller Art, sowie Sendungen und Zahlungen des Kreditinstituts auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und etwaige Einwendungen unverzüglich zu erheben.*

Zum besseren Verständnis wird auch noch Z 10 AGB wiedergegeben, mit der Abschnitt E der AGB 2009 über die „Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden“ - in diesem Abschnitt befindet sich auch Z 16 AGB 2009 - eingeleitet wird.

[E Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden

1 Einleitung

Z 10 *Der Kunde hat im Verkehr mit dem Kreditinstitut insbesondere die im Folgenden angeführten Mitwirkungspflichten zu beachten; deren Verletzung führt zu Schadenersatzpflichten des Kunden oder zur Minderung seiner Schadenersatzansprüche gegen das Kreditinstitut.]*

Zur Klausel Z 16 Abs 1 AGB 2009 brachte der **Kläger** vor, die Prüfpflicht sei nicht im die Sorgfaltspflichten

der Kunden abschließend regelnden § 36 ZaDiG enthalten, weshalb eine darüber hinausgehende Regelung nicht zulässig sei. Gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG treffe den Kunden eine Rüge-, aber keine Prüfpflicht. In Verbindung mit Z 10 AGB 2009 verstoße die Klausel gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 36, 44 Abs 1 und 2 sowie 46 Abs 1 ZaDiG. Die Rügeobliegenheit des § 36 Abs 3 ZaDiG löse bei Nichtbeachtung keine Ersatzpflicht des Kunden aus; weiters beziehe sich die Klausel nicht auf ein bestimmtes Zahlungsinstrument und könne schon allein deshalb nicht Bedingung für deren Nutzung sein. Auch die Nichterwähnung der Überprüfungsfrist von dreizehn Monaten sowie die Regelung einer Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Prüfpflicht durch den Kunden gehe über das Regelwerk des § 44 Abs 2 ZaDiG hinaus, was eine unzulässige Erweiterung des Haftungskatalogs für Kunden darstelle.

Die **Beklagte** entgegnete, die Kundenpflichten seien in § 44 Abs 2 ZaDiG nicht abschließend geregelt. Vielmehr bestehe dem Gesetz nach die Pflicht, die Abrechnungen zu überprüfen, sowie das Recht des Kunden, diese binnen zwei Monaten berichtigen zu lassen. Auch die Bedingungen des § 36 ZaDiG unterlägen der freien Vertragsgestaltung. Der Versuch, die in Z 16 Abs 3 AGB 2009 (Klausel 6) im unmittelbaren textlichen und sachlichen Zusammenhang für den Fall nicht autorisierter Zahlungsvorgänge eindeutig geregelte und dem ZaDiG entsprechende Rechtsfolge mit einer Kombination aus Z 16 Abs 1 und Z 10 AGB 2009 aufzuheben, sei selbst bei kundenfeindlichster Interpretation nicht konstruierbar.

Das **Erstgericht** folgte im Wesentlichen der Rechtsansicht des Klägers. Die Sorgfalts- und Anzeigepflichten des Zahlungsdienstnutzers seien in § 36

ZaDiG abschließend geregelt. Inhalt und Aufbau der Z 16 AGB wiesen darauf hin, dass Abs 1 und 2 (Klausel 5) auch auf Fälle des Abs 3 (Klausel 6) anzuwenden sei und hinsichtlich der dort geregelten, nicht autorisierten Zahlungen zusätzliche Anforderungen aufgestellt würden und Abs 3 auch dann gelte, „wenn die nicht autorisierte Belastung nicht einer Erklärung im Sinn des [Z 16] Abs 1 [AGB 2009] zu entnehmen“ gewesen sei.

Das **Berufungsgericht** führte aus, § 36 ZaDiG beinhalte einen Pflichtenkatalog der Zahlungsdienstnutzer. Dieser sei abschließend und zwingend. Darüber hinausgehende Pflichten könnten dem Kunden nicht auferlegt werden. In Z 16 Abs 1 AGB 2009 werde der Kunde zusätzlich mit der Pflicht bedacht, Kontoauszüge, Auftragsbestätigungen und dergleichen auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls unverzüglich Einwendungen zu erheben. Die Pflichten des Kunden beschränkten sich jedoch auf eine Rügeobliegenheit hinsichtlich nicht autorisierter oder fehlerhaft ausgeführter Zahlungen gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG. Weitere Pflichten, wie sie die gegenständliche Klausel vorsehe, seien „nicht in der Disposition der Parteien“. Eine implizite Prüfpflicht könne in die Rügeobliegenheit nicht hineingelesen werden, spreche doch Z 16 Abs 3 AGB 2009 (Klausel 6) lediglich von der Rügeobliegenheit und nicht von der Prüfpflicht. Darüber hinaus sei eine Haftung des Kunden nur in den engen Schranken des § 44 Abs 2 ZaDiG vorgesehen. Die Beklagte dürfe keine darüber hinausgehende Haftung des Kunden - wie es in Z 16 Abs 1 AGB 2009 der Fall sei - zum Vertragsinhalt machen. Die Klausel verstoße gegen die § 36 und § 44 (Abs 2) ZaDiG.

Zur **Revision** der Beklagten ist Folgendes

festzuhalten:

Z 16 Abs 1 AGB 2009 beinhaltet eine vertragliche Prüfpflicht des Zahlungsdienstnutzers (Kunden). Schon nach allgemeinen Grundsätzen würde der Zahlungsdienstnutzer schadenersatzpflichtig werden, wenn dem Zahlungsdienstleister - der Beklagten - aufgrund der Verletzung dieser Pflicht ein Schaden entstünde. Diese Rechtsfolge wird auch durch die Überschrift zu dem diese Klausel enthaltenden Abschnitt E („Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden“) und der Z 10 AGB 2009 ausdrücklich normiert. Schlagend könnte diese Bestimmung etwa dann werden, wenn der Zahler in Entsprechung des § 36 Abs 3 ZaDiG die Rückbuchung einer zu Unrecht erfolgten Zahlung fordert, die Beklagte ihrerseits die Zahlung aber nicht mehr rückerlangen kann. Stellt sich heraus, dass der Bank die Rückerlangung der Zahlung zu einem früheren Zeitpunkt möglich gewesen wäre, wenn der Zahlungsdienstnutzer den Kontoauszug sofort geprüft und die Rückbuchung begehrt hätte, so würde er aufgrund Z 16 Abs 1 iVm Z 10 AGB 2009 schadenersatzpflichtig werden. Die Haftung des Kunden (Verbrauchers) gegenüber der Bank im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ist aber in § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelt (*Leixner, Zahlungsdienstegesetz² [2011] § 44 Rz 9; auch Harrich, ZaDiG [2011] 295*). Eine Haftung aufgrund der Verletzung einer vertraglich auferlegten Prüfpflicht ist darin aber nicht vorgesehen. Z 16 Abs 1 AGB 2009 verstößt daher gegen § 44 Abs 2 ZaDiG.

Die Klausel hat - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht eine der in § 36 Abs 1 (bzw § 44 Abs 2 Z 2) ZaDiG angesprochenen ergänzenden Nutzungsbedingungen zum Gegenstand, sondern betrifft vom Regelungsgegenstand

her § 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 gedacht, mit dem Kunden die in dieser Bestimmung geregelte allgemeine Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung des jeweiligen Zahlungsinstrumentes zu ergänzen und zu konkretisieren, um damit Missbrauchsrisiken eindämmen zu können. Der Zahlungsdienstnutzer nutzt aber kein bestimmtes Zahlungsinstrument, wenn er beispielsweise 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.

Nach § 36 Abs 3 ZaDiG ist der Zahlungsdienstnutzer nur zur unverzüglichen Rüge nach Feststellung der Fehlerhaftigkeit verpflichtet; ihn trifft aber keine Prüfpflicht - auch nicht implizit. Dies halten die Materialien zum ZaDiG (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41) ausdrücklich fest. Auch in der Lehre wird dargelegt, dass dem Zahlungsdienstnutzer durch diese Bestimmung nur eine Rüge-, nicht jedoch eine Prüfpflicht auferlegt wird (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 36 Rz 36; Leixner aaO § 36 Rz 6; Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken [2011] 110*).

Die in Z 16 Abs 1 AGB 2009 normierte Prüfpflicht verstößt gegen § 36 Abs 3 iVm § 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG und in Kombination mit der damit

einhergehenden Schadenersatzpflicht gegen § 44 Abs 2 ZaDiG.

4.2. Klausel 5

***Z 16 (2)** Gehen dem Kreditinstitut innerhalb von zwei Monaten keine schriftlichen Einwendungen zu, so gelten die angeführten Erklärungen und Leistungen des Kreditinstituts als genehmigt; das Kreditinstitut wird den Kunden jeweils bei Beginn der Frist auf diese Bedeutung seines Verhaltens hinweisen.*

Der **Kläger** beanstandete, die Klausel verstoße gegen § 34 Abs 3 ZaDiG, weil nach Ablauf der Frist die Beweislast auf den Kunden überwältzt werde, die einschlägige Norm jedoch die Beweislast hinsichtlich der Autorisierung einer Zahlung zwingend dem Zahlungsdienstleister auferlege. Schon aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der in der Klausel fingierten Genehmigung um eine reine Wissensmitteilung handle, könne es zu keiner nachträglichen Autorisierung eines Zahlungsvorgangs kommen.

Die **Beklagte** erwiderte, dass die Klausel Z 16 Abs 3 AGB 2009 (Klausel 6) die Risikotragung im Sinn des ZaDiG regle und wies auf § 34 Abs 1 ZaDiG hin, wonach der Kunde auch nachträglich die Zustimmung zu einem Zahlungsvorgang erteilen könne. Im Lichte dieser Regelung sei die inkriminierte Klausel unbedenklich. Weiters beinhalte die Klausel keine unzulässige Beweislastumkehr, sondern regle lediglich die Genehmigung von Zahlungsvorgängen.

Das **Erstgericht** nahm bei der Beurteilung der Klausel Bezug auf die Argumentation zur Klausel 4 und führte weiters aus, dass bei kundenfeindlicher Auslegung auch nicht autorisierte Zahlungsvorgänge von dieser Bestimmung umfasst seien. In diesem Kontext widerspreche die Genehmigung durch Stillschweigen sowie das Schriftlichkeitserfordernis der Anzeige dem § 36 ZaDiG.

Das **Berufungsgericht** schloss sich der erstgerichtlichen Rechtsansicht an. Schon allein das Schriftlichkeitserfordernis der Einwendungserhebung, insbesondere jedoch die Genehmigungsfiktion sei eine unzulässige Verschärfung gegenüber dem zwingenden § 36 ZaDiG.

In der **Revision** wiederholt die Beklagte ihre Argumente im erstinstanzlichen Verfahren.

Iro (in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I² Rz 1/140) vertritt zur diesbezüglich beinahe gleichlautenden Klausel in Z 16 Abs 2 der „Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte“ 2000 idF 2003, dass es sich, soweit seitens der Bank eine Wissensmitteilung abgegeben werde, auch beim darauffolgenden Schweigen des Kunden nur um eine Wissenserklärung handeln könne. Eine Zustimmung zu einer Wissenserklärung könne auch ihrerseits nur als Wissenserklärung verstanden werden, weshalb durch sie die Rechtslage prinzipiell nicht geändert werde. Als Beispiel nennt *Iro*, dass dadurch ein mitgeteiltes Geschäft zwischen Bank und Kunde, das in Wirklichkeit nicht abgeschlossen wurde, nicht saniert werde. Gleiches gelte auch für Sendungen und Zahlungen des Kreditinstituts.

Z 16 Abs 2 AGB 2009 ist sehr allgemein formuliert und dessen Anwendungsbereich geht über die „Genehmigung“ von in Kontoauszügen aufgelisteten Zahlungsvorgängen hinaus. Intendiert - dafür spricht der Wortlaut der Klausel (arg: „gelten ... als genehmigt“) - ist eine Genehmigung im Sinn einer Willenserklärung; das heißt eine Genehmigung, welche die Rechtslage zu verändern vermag. Geht der „Genehmigung“ (durch Schweigen) allerdings eine Wissenserklärung der Bank voraus, so kann

mit *Iro* auch jene nur als Wissenserklärung angesehen werden. Bei der Auflistung der Zahlungsvorgänge auf dem Kontoauszug handelt es sich jedenfalls um eine bloße Wissenserklärung, wird der Kunde dadurch doch bloß über die Kontoumsätze informiert. Demnach kann es sich auch bei der darauffolgenden Genehmigung durch Schweigen nur um eine „bloße“ Wissenserklärung handeln, der aber insofern Bedeutung zukommt, als sie die Beweislast auf den Zahlungsdienstnutzer überwälzt. Gerade diese Überwälzung der Beweislast ist nach § 34 Abs 3 ZaDiG allerdings unzulässig. Denn nach dieser Norm trifft grundsätzlich den Zahlungsdienstleister die Beweislast dafür, dass der Zahlungsvorgang autorisiert ist (*Lindemayr/Muri* in *Weilinger*, ZaDiG § 34 Rz 13; *Leixner* aaO § 34 Rz 8).

Selbst wenn man der Ansicht der Beklagten folgte und zum Ergebnis käme, dass es sich bei der Genehmigungsfiktion um eine Willenserklärung und damit um eine die Rechtslage ändernde Genehmigung handle, wäre die Klausel unzulässig. Dann würde nämlich der nach § 44 Abs 1 ZaDiG zustehende Berichtigungsanspruch völlig ausgehebelt, weil damit jeder unautorisierte Zahlungsvorgang nach Ablauf der zweimonatigen Reklamationsfrist autorisiert wäre. Aber auch § 36 Abs 3 ZaDiG stünde der in diesem Sinn verstandenen Klausel entgegen. Denn nach dieser Bestimmung kann der Zahlungsdienstnutzer bis längstens dreizehn Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift die Rückbuchung eines unautorisierten Zahlungsvorgangs verlangen. Wie bereits dargelegt ergibt sich aus der genannten Bestimmung keine Prüfpflicht für den Zahlungsdienstnutzer. Durch Z 16 Abs 2 AGB 2009 würde dem Zahlungsdienstnutzer de facto aber sehr wohl eine Prüfpflicht auferlegt werden. Er müsste seine Zahlungsvorgänge binnen zwei Monaten auf ihre

Richtigkeit und Vollständigkeit überprüfen, weil er ansonsten Gefahr liefe, dass unautorisierte Zahlungsvorgänge nachträglich genehmigt würden und er damit keine Rückbuchung mehr verlangen könnte.

Die Klausel verstößt daher gegen § 34 Abs 3 ZaDiG. Auch wenn man ihr das Verständnis der Beklagten zugrunde legt, ist sie immer noch wegen § 36 Abs 3 ZaDiG unzulässig.

4.3. Klausel 6

Z 16 (3) *Im Falle einer aufgrund eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges erfolgten Belastung kann der Kunde nur dann eine Berichtigung durch das Kreditinstitut erwirken, wenn er das Kreditinstitut unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorganges, jedoch spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung hiervon unterrichtet hat, es sei denn das Kreditinstitut hat dem Kunden die in Z 39 (8) dieser Bedingungen vorgesehenen Informationen zu dem betreffenden Zahlungsvorgang nicht in der von ihm vereinbarten Form mitgeteilt oder zugänglich gemacht. [...]*

Der **Kläger** brachte vor, die Klausel verstoße aufgrund der abschließenden Formulierung („nur dann“) gegen die zwingende Bestimmung des § 36 Abs 3 ZaDiG, der im letzten Satz vorsehe, dass andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer unberührt blieben. Weiters dürfe sich die Bank gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG nicht auf eine Verletzung der Rügepflicht berufen, wenn ihr durch die Verspätung kein Nachteil erwachsen sei. In so einem Fall behalte der Kunde seinen Berichtigungsanspruch, weshalb die Klausel auch aus diesem Grund unwirksam sei.

Den Zahlungsdienstleister treffe nach § 44 Abs 1 ZaDiG eine Berichtigungspflicht, weshalb der Berichtigungsanspruch auch dann weiter bestehe, wenn die Bank auf eine andere Art als durch den Kunden von der

fehlenden Autorisierung erfahre. Die Klausel sei auch intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Es sei nicht klar, wann und in welchen Fällen den Verbraucher die Rügepflicht treffe, sowie wann ein Zahlungsvorgang fehlerhaft sei und wann ein solcher als autorisiert gelte.

Die **Beklagte** replizierte, die Wortfolge „nur dann“ beziehe sich auf § 36 Abs 3 erster und zweiter Satz ZaDiG. Andere Ansprüche gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG regelten die AGB 2009 überhaupt nicht; ebenso wenig umfasse die Klausel auch Schadenersatzansprüche. In Art 58 der RL 2007/64/EG käme die Wortfolge „nur dann“ noch vor, lediglich der österreichische Gesetzgeber habe die Wendung ausgespart. Im Hinblick auf eine richtlinienkonforme Auslegung des ZaDiG sei der Verweis in § 44 Abs 1 ZaDiG in diesem Licht zu lesen. § 44 Abs 1 ZaDiG regle die Vornahme der Berichtigung durch die Bank ohne Aufforderung des Kunden, die Klausel hingegen regle die Erwirkung der Berichtigung durch den Kunden. Es sei weiters nicht möglich, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Verbraucher Rechtsbelehrungen oder detaillierte Erörterungen zukommen zu lassen.

Das **Erstgericht** folgte im Wesentlichen der Argumentation des Klägers, wonach die Verletzung einer Obliegenheit einen Anspruch nur dann ausschließe, wenn sie für seine Erfüllung von kausaler Bedeutung sei. Könne eine nicht genehmigte Zahlung auch bei einer verspäteten Rüge rückgängig gemacht werden, bleibe die Verletzung der Obliegenheit ohne Folgen. Den Zahlungsdienstleister treffe gemäß § 44 Abs 1 ZaDiG bei Missbräuchen eine Berichtigungspflicht, weshalb eine Verletzung der Rügepflicht den Berichtigungsanspruch des Kunden nicht ausschließe, wenn der Zahlungsdienstleister auf anderem Weg

als durch die Rüge des Kunden von der fehlenden Autorisierung des Zahlungsvorgangs Kenntnis „erlang(en) hätte können“.

Das **Berufungsgericht** teilte die Ansicht des Erstgerichts. Verfehlt sei die Ansicht der Beklagten, die Formulierung „nur dann“ beziehe sich auf die ersten beiden Sätze des § 36 Abs 3 ZaDiG. Der letzte Satz des § 36 Abs 3 ZaDiG, wonach (sämtliche) „anderen Ansprüche zwischen Dienstleister und Dienstinutzer unberührt“ bleiben, beziehe sich nämlich nicht nur auf Satz 1 und 2, sondern auf den gesamten Regelungsinhalt des Abs 3, was sich allein schon durch den Aufbau der Gesetzesstelle ergebe. Auch das Argument der Beklagten, der Gesetzgeber habe die RL 2007/64/EG falsch umgesetzt, weil in dieser noch die Wortfolge „nur dann“ enthalten sei, treffe nicht zu. Insbesondere aufgrund der „Hintertüre“ des letzten Satzes des § 36 Abs 3 ZaDiG könne „dies gerade nicht dem Regelungszweck genügen“. Entweder könne der Kunde ausschließlich aufgrund seiner Mitwirkung eine Berichtigung erwirken oder es stünden ihm - wie vom ZaDiG geregelt - auch andere Maßnahmen offen. Die „Verwertung“ beider Standpunkte wäre widersprüchlich. § 44 Abs 1 ZaDiG besage, dass der Zahlungsdienstleister zur Erstattung des Betrags eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs verpflichtet sei; dies unbeschadet des § 36 Abs 3 ZaDiG. Schon aufgrund dieser Bestimmung treffe die Beklagte die Pflicht, von sich aus tätig zu werden, und zwar unabhängig von Einwendungen oder Rügen von Kundenseite.

In der **Revision** bekämpft die Beklagte entsprechend ihrem erstinstanzlichen Vorbringen die Argumentation der Vorinstanzen.

Der dem Zahlungsdienstinutzer bei einem

unautorisierten Zahlungsvorgang zustehende Berichtigungsanspruch wird sowohl in § 36 Abs 3 als auch in § 44 Abs 1 ZaDiG genannt. § 36 Abs 3 ZaDiG gibt dem Zahlungsdienstnutzer einen Anspruch auf Berichtigung, so er den Zahlungsdienstleister unverzüglich nach Feststellung eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs davon unterrichtet. Die Frist dafür endet spätestens dreizehn Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift. Nach § 36 Abs 3 letzter Satz ZaDiG bleiben andere Ansprüche zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer davon unberührt. Dazu zählen jedenfalls Schadenersatzansprüche (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 36 Rz 40; Gelbmann/Jungwirth/Kolba aaO 110; vgl ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 42*). Nach § 44 Abs 1 ZaDiG ist der Zahlungsdienstleister ganz allgemein zur Berichtigung des Kontostands im Fall der Belastung aufgrund eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs verpflichtet. Insofern gibt - worauf *Haghofer (in Weilinger, ZaDiG § 44 Rz 11 [sinngemäß]; ders, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz [II], ecolex 2010, 128 [129])* hinweist - diese Norm nur die allgemeine Rechtslage wieder, nach der dem Zahlungsdienstleister bei Ausführung eines nicht autorisierten Zahlungsauftrags kein Aufwendersatz zusteht und er daher aufgrund der Verpflichtung zur richtigen Kontoführung zur Richtigstellung des Kontostands verpflichtet ist, wenn er von der fehlenden Autorisierung erfährt (vgl 3 Ob 234/04i = SZ 2005/10). Die Berichtigungspflicht trifft den Zahlungsdienstleister nach dem Gesetzeswortlaut des § 44 Abs 1 ZaDiG „unbeschadet des § 36 Abs 3“. Eine Verletzung der Rügeobliegenheit nach § 36 Abs 3 ZaDiG (auf den § 44 Abs 1 ZaDiG verweist) führt - wie aus dem letzten Satz des § 36 Abs 3 ZaDiG abzuleiten ist -

nicht zum Verlust jeglicher Ansprüche auf Berichtigung bzw Erstattung, sondern nur jener, die sich aus dem ZaDiG selbst ergeben (vgl *Haghofer in Weilinger*, ZaDiG § 36 Rz 41; *ders*, Kundenschutz [II], *ecolex* 2010, 131: ausschließlich Verlust der aus § 44 und § 46 ZaDiG abgeleiteten Ansprüche). Dementsprechend kann auch die Verletzung der Rügepflicht den Zahlungsdienstleister nur dann von der nach allgemeinen Regeln bestehenden Berichtigungspflicht befreien, wenn er mangels Rüge nicht von der fehlenden Autorisierung wusste oder auch nicht davon hätte wissen müssen (*Haghofer in Weilinger*, ZaDiG § 44 Rz 11; vgl *Gelbmann/Jungwirth/Kolba aaO* 110). Zudem soll dem Zahlungsdienstleister - worauf die ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 41 verweisen - die Berufung auf die Verletzung der Rügeobliegenheit verwehrt sein, wenn ihm daraus kein Schaden entstanden ist und die Berufung darauf deswegen rechtsmissbräuchlich wäre. Aus dem Gesagten ist ersichtlich, dass dem Zahlungsdienstnutzer nach dem Gesetz ein Anspruch auf Berichtigung bzw Erstattung nicht nur dann zusteht, wenn er seiner Rügeobliegenheit nachkommt.

Der letzte Satz des Erwägungsgrundes 31 der RL 2007/64/EG stellt klar, dass im Fall der Verletzung der Rügeobliegenheit andere Ansprüche zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister unberührt bleiben sollen. Diese Einschränkung ist in § 36 Abs 3 letzter Satz ZaDiG ausdrücklich und richtlinienkonform verankert. Dass § 36 Abs 3 ZaDiG - anders als Art 58 RL 2007/64/EG - die Wendung „nur dann“ nicht enthält, ist aufgrund des zitierten Erwägungsgrundes 31 von der Richtlinie gedeckt.

Wie bereits dargelegt steht dem Zahlungsdienstnutzer ein Berichtigungsanspruch nicht nur dann zu, wenn er seiner Rügeobliegenheit nachkommt,

sondern auch in anderen Fällen. Abgeleitet werden kann diese Pflicht des Zahlungsdienstleisters zur Berichtigung sowohl aus Vertrag als auch aus bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (vgl. *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 36 Rz 40). Aufgrund der nach § 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG für Verbraucher zwingenden Regelung des § 36 Abs 3 letzter Satz ZaDiG bleiben diese anderen Ansprüche zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer unberührt. Legt man die in Z 16 Abs 3 AGB 2009 verwendete Formulierung „nur dann“ im kundenfeindlichsten Sinn aus, werden damit überhaupt alle darüber hinausgehenden Ansprüche auf Berichtigung, auf welcher Rechtsgrundlage auch immer, ausgeschlossen. Damit verstößt die Klausel aber gegen § 36 Abs 3 letzter Satz ZaDiG.

Selbst wenn man Z 16 Abs 3 AGB 2009 nicht im Sinn des Ausschlusses aller anderen Berichtigungsansprüche verstünde, verstieße die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG. Die Rechtslage würde dann unrichtig wiedergegeben. Von dieser Klausel geht die Gefahr aus, dass der rechtsunkundige Verbraucher von der Verfolgung seiner ihm trotz Verletzung der Rügeobliegenheit zustehenden Ansprüche abgehalten wird.

Durch die von der Beklagten hilfsweise angestrebte Streichung der Wortfolge „nur dann“ wäre die Klausel immer noch intransparent, weil weiterhin nicht darauf hingewiesen würde, dass andere Ansprüche auf Berichtigung dadurch nicht ausgeschlossen werden.

4.4. Klauseln 9

Z 39 (1) *Überweisungsaufträge müssen den Zahlungsdienstleister des Empfängers (Bankleitzahl bzw Bank Identifier Code = BIC) und die Kontonummer bzw die International Bank Account Number (IBAN) enthalten. Diese Angaben stellen den „Kundenidentitätsfaktor“ dar;*

...

Z 39 (5) Macht der Kunde weiter gehende Angaben als in Absatz 1 festgelegt, so wird der Überweisungsauftrag ausschließlich auf Grundlage des vom Kunden angegebenen Kundenidentitätsfaktors (Absatz 1) durchgeführt.

Der **Kläger** bewertete die Klausel als nachteilig und überraschend im Sinn des § 864a ABGB, weil die Bank dadurch das Recht habe, Angaben, die der Kunde neben IBAN und BIC mache, nicht zu beachten. Es bestehe nach dem ZaDiG grundsätzlich die Möglichkeit auch andere Identifikatoren, etwa den Empfängernamen, zu vereinbaren, weshalb beispielsweise bei mangelnder Übereinstimmung zwischen dem Identifikator „Empfängername“ und dem Identifikator „IBAN“ der Auftrag nach der Klausel dennoch durchzuführen wäre. Zwar seien in Überweisungsvordrucken regelmäßig auch die Empfänger auszufüllen, dennoch fände sich in dieser Klausel plötzlich das Recht der Bank, den Empfängernamen ignorieren zu dürfen. Dies widerspreche auch der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, die einer Überprüfung der Übereinstimmung zwischen Empfängernamen und Kontonummer vorschreibe.

§ 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG regle die Pflicht der Bank dahin, dass sie die Kontonummer und den Empfängernamen in gewissen Fällen einer Kohärenzprüfung zu unterziehen habe. Wenn dies nicht der Fall sei, habe die Bank die Überweisung zurückzuweisen, widrigenfalls sie dadurch schadenersatzpflichtig werde. Die Klausel sei somit auch inhaltlich unzulässig und verstoße auch gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil sie intransparent sei; der Kunde werde im Unklaren darüber gelassen, welche Identifikatoren von der Bank als maßgeblich herangezogen würden. Die Klausel sei daher auch aufgrund § 6 Abs 3 KSchG iVm § 35 Abs 4 Z 2 und 3 sowie Abs 5 ZaDiG gesetzwidrig.

Die **Beklagte** entgegnete, dass gemäß § 42 Abs 1 ZaDiG der Bank nur äußerst kurze Fristen zur Durchführung der Buchungen offen stünden, weshalb eine händische Bearbeitung nicht möglich sei. Nach der dem ZaDiG zu Grunde liegenden RL 2007/64/EG sei ein Zahlungsauftrag dann korrekt durchgeführt, wenn er anhand des Kundenidentifikators ausgeführt werde und dem durch diesen Identifikator bezeichneten Zahlungsempfänger zukomme. Ein Empfängername gehöre zulässigerweise nicht zum Kundenidentifikator, weshalb dessen Abgleich mit der Kontonummer nicht erforderlich sei. Ein Konkordanzabgleich sei aufgrund der kurzen Frist eben nicht möglich. Zwar sei es durchaus richtig, dass bei einem Zahlensturz und sich daraus ergebender Inkohärenz mit dem Kundenidentifikator eine Zurückweisung erfolge. Diesbezüglich erfolge auch eine Prüfung. Hinsichtlich des Empfängernamens sei jedoch eine solche Prüfung einerseits unmöglich, andererseits sei sie gesetzlich nicht gefordert. Weiters betreffe § 35 Abs 5 ZaDiG nicht die Zurückweisung, sondern lege nur fest, auf welcher Basis eine Durchführung erfolge. Nach den deutschen Gesetzesmaterialien sei die „Bebuchbarkeit“ nach der Kundenkennung erforderlich, um die verkürzten Ausführungsfristen zu ermöglichen, die nur vollautomatisch erfolgen könne. Festzustellen, ob die Angaben zum Empfänger passen, könne nicht Aufgabe der Kohärenzprüfung sein, zumal diese Informationen ohnehin nur bei Kunden derselben Bank als Empfänger nachvollziehbar seien. Weiters lasse die klare Regelung der Zahlungsdienste-Richtlinie kein Abgehen im Sinn einer weitergehenden Prüfung zu. Die „ältere“ Judikatur, die einen Abgleich von Kontodaten und Empfängername vorgesehen habe, sei mit Einführung des ZaDiG irrelevant geworden. Diese widerspreche

offensichtlich dem geltenden Recht, wonach eine Prävalenz des Kundenidentifikators gelte. Darüber hinaus sei der IBAN ein Schutzmechanismus immanent, der das Risiko des Verschreibens gerade minimiere.

Ein Verstoß gegen § 864a ABGB liege nicht vor. Diese Klausel gebe lediglich korrekt die gesetzlichen Vorgaben wieder. Die Vordrucke für Überweisungen seien „nicht gegenständlich“; weiters werde in zusätzlichen Informationsblättern darauf hingewiesen, dass die Überweisung lediglich auf BIC/Bankleitzahl und IBAN/Kontonummer beruhe. Die Überweisungsbelege seien von externen Unternehmen gestaltet worden.

Das **Erstgericht** erachtete die Klauseln als gegen § 35 Abs 4 ZaDiG verstoßend, weil sie bei kundenfeindlichster Auslegung jedenfalls nicht so zu verstehen seien, dass die Überweisung nur erfolge, wenn die Angaben kohärent seien. Die Sorgfaltspflichten in § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG könnten dadurch als ausgeschlossen verstanden werden. Da die Klauseln schon aus diesem Grund gesetzwidrig seien, könne die Frage, ob die Unbeachtlichkeit des Empfängernamens zulässig sei, dahingestellt bleiben.

Das **Berufungsgericht** nahm ebenfalls, wengleich mit einer im Detail anderen Argumentation, einen Verstoß gegen das ZaDiG an: Aus § 35 Abs 4 Z 2 und 3 iVm § 3 Z 19 ZaDiG ergebe sich, dass eine Überweisung nicht erfolgen dürfe, wenn die Bank bei einer technisch möglichen Überprüfung mittels Kundenidentifikatorvergleichs feststelle, dass diese Identifikatoren nicht übereinstimmten. Missachte sie diese Prüfpflicht und überweise sie dennoch, werde sie schadenersatzpflichtig. Die bisherige österreichische Rechtsprechung sei davon ausgegangen, dass hinsichtlich einer Übereinstimmung von Kontonummer und

Empfängernamen eine „Abgleichungspflicht“ der Bank bestehe. Art 74 RL 2007/64/EG stehe mit dieser Rechtsprechung in Widerspruch, weil dieser Artikel den Zahlungsdienstleister zur Durchführung des Kundenauftrags ausschließlich anhand des Kundenidentifikators ermächtige. Werde dieser Kundenidentifikator falsch angegeben, hafte die Bank nicht. Die Festlegung der relevanten Kundenidentifikatoren erfolge mittels Rahmenvertrags durch die Banken. Diese hätten sich für die Festsetzung der IBAN sowie des BIC als Kundenidentifikatoren entschlossen und nicht für den Empfängernamen, der ebenfalls eine taugliche Identifikation dargestellt hätte. Aufgrund der Verschlechterung gegenüber den innerstaatlichen Konsumentenschutzbestimmungen und „den daraus hervorgehenden Verhandlungen“ sei - wie aus dem Erwägungsgrund 48 der Richtlinie hervorgehe - den Mitgliedstaaten ausdrücklich freigestellt, vom Zahlungsdienstleister des Zahlers zusätzliche Überprüfungsmodalitäten (soweit möglich) hinsichtlich der Kohärenz der Daten zu verlangen. Diese Möglichkeit habe der Gesetzgeber in Anspruch genommen und in § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG diese Sorgfaltspflichten der Banken festgesetzt. Dass eine Übereinstimmungsprüfung aufgrund der derzeitigen Frist von drei Werktagen kaum und innerhalb der ab 1. 1. 2012 geltenden Frist von einem Werktag überhaupt nicht möglich sei, überzeuge nicht. Eine vollautomatische Überprüfung sei mit komplexen Zahlen- und Buchstabenfolgen ebenso durchzuführen wie mit einer Namensüberprüfung, die abstrakt betrachtet nichts anderes darstelle als eine Buchstabenfolge. Dies gelte ebenso für Empfängernamen, die verschiedene Schreibweisen aufwiesen. Es sei kein vernünftiger Grund erkennbar, warum die Prüfung der Übereinstimmung von Name und Kontonummer nicht

elektronisch ohne nennenswerten Zeit- und Kostenaufwand möglich sein sollte. Dazu müsste lediglich ein Programm entwickelt werden, das den Kundenidentifikator nicht gleich bei geringfügigen Schreibfehlern oder Auslassungen in der Empfängerbezeichnung als nicht kohärent einstuft, weil dadurch die Zahl der zurückgestellten Überweisungen zu groß werden würde (vgl. *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 774 [751]). Die von der Beklagten ergänzend begehrten Feststellungen, es sei einerseits nicht möglich, aufgrund der kurzen Ausführungsfristen eine händische Bearbeitung der Aufträge durchzuführen, andererseits sei eine derartige Überprüfung nur unter enormen personellen wie zeitlichen Aufwand möglich, seien rechtlich nicht erforderlich. Aus der Formulierung der Klausel, wonach ein Überweisungsauftrag ausschließlich auf Grundlage des Kundenidentifikators durchzuführen sei und weitergehende Angaben unbeachtlich seien, ergebe sich bei kundenfeindlichster Auslegung ein Nachteil gegenüber der in § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG auferlegten Sorgfaltspflicht, die „gegebenenfalls“ eine Überprüfung des Empfängernamens beinhalte. Eine Prüfung der Klausel hinsichtlich eines etwaigen Verstoßes gegen § 864a ABGB könne unterbleiben.

In der **Revision** releviert die Beklagte als Verfahrensmangel, dass das Berufungsgericht ohne erstinstanzliche Feststellungen und ohne ergänzendes Beweisverfahren ergänzende Feststellungen getroffen habe. Da die Frage, ob ein Abgleich von Kontonummer und Empfängername (sogenannte Konkordanzprüfung) technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich ist, für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit der Klauseln 9 rechtlich nicht bedeutsam ist, ist die geltend gemachte

Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens jedoch nicht entscheidungsrelevant.

Der Oberste Gerichtshof vertrat bisher die Rechtsansicht, dass die Bank verpflichtet ist, die Übereinstimmung von Kontonummer und Kontowortlaut/Bezeichnung des Empfängers zu überprüfen („Abgleichungspflicht“), um mögliche Fehlüberweisungen zu vermeiden, sollte sich der Kunde verschrieben oder vertippt haben (1 Ob 672/90 = SZ 63/187 = ÖBA 1991, 525 [*Canaris*]; 1 Ob 580/94; zuletzt 4 Ob 179/02f = SZ 2002/153 = ÖBA 2003, 141 [*Iro/Koziol* 129]). Diese Rechtsprechung kann im Hinblick auf die RL 2007/64/EG und nach Inkrafttreten des ZaDiG nicht aufrecht erhalten werden, wenn - wie hier - der Empfängerwortlaut nicht als maßgeblicher Kundenidentifikator vereinbart wurde (aA *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* aaO 91; vgl auch *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 747 [750]). Nach Art 74 Abs 1 RL 2007/64/EG gilt der Zahlungsauftrag im Hinblick auf den durch den Kundenidentifikator bezeichneten Zahlungsempfänger als korrekt ausgeführt, wenn ein Zahlungsauftrag in Übereinstimmung mit dem Kundenidentifikator ausgeführt wird. Macht der Zahlungsdienstnutzer weitergehende Angaben als in Art 37 Abs 1 lit a oder Art 42 Abs 2 lit b (vom Zahlungsdienstnutzer mitzuteilende Informationen oder Kundenidentifikatoren, die für die ordnungsgemäße Ausführung eines Zahlungsauftrags erforderlich sind) festgelegt, so haftet der Zahlungsdienstleister nur für die Ausführung von Zahlungsvorgängen in Übereinstimmung mit dem vom Zahlungsdienstnutzer angegebenen Kundenidentifikator (Art 74 Abs 3 der Richtlinie). Die RL 2007/64/EG geht davon aus, dass der

Zahlungsdienstleister einen Überweisungsauftrag ausschließlich auf Basis der Kundenidentifikatoren durchzuführen hat und weitergehende Angaben des Kunden ignorieren darf (*Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, ÖBA 2009, 869 [887]; die Richtlinie betreffend so auch noch *Haghofer* aaO 750). Hintergrund dieser Regelung ist die mit der Richtlinie intendierte Beschleunigung des Zahlungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union (*Burghardt* in *Ellenberger/Findeisen/Nobbe*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht § 675r Rn 1; siehe Erwägungsgrund 43 der Richtlinie).

Nach § 35 Abs 4 Z 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers unmissverständlich anzugeben, welche Angaben (§ 28 Abs 1 Z 2 lit b ZaDiG) für die ordnungsgemäße Ausführung eines Zahlungsauftrags erforderlich sind. Durch den Verweis auf die Informationspflichten in § 28 Abs 1 Z 2 lit b ZaDiG ist trotz der etwas unklaren Formulierung („anzugeben“) klargestellt, dass der Zahlungsdienstleister nicht befugt ist, den für die Auftragsausführung maßgeblichen Kundenidentifikator einseitig zu bestimmen. Vielmehr muss er ihn mit dem Zahlungsdienstnutzer im Rahmenvertrag vereinbaren (*Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 32). Was unter dem Kundenidentifikator zu verstehen ist, legt Art 4 Z 21 RL 2007/64/EG und diesem folgend § 3 Z 19 ZaDiG fest. Dieser ist eine Kombination aus Buchstaben, Zahlen oder Symbolen, die dem Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister mitgeteilt wird und die der Zahlungsdienstnutzer angeben muss, damit der andere am Zahlungsvorgang beteiligte Zahlungsdienstnutzer oder dessen Zahlungskonto zweifelsfrei ermittelt werden kann.

In Z 39 Abs 1 AGB 2009 wird der Kundenidentifikator festgelegt. Dieser muss den Zahlungsdienstleister des Empfängers (Bankleitzahl bzw Bank Identifier Code/BIC) und die Kontonummer bzw die International Bank Account Number (IBAN) enthalten. Zwar wäre auch der Empfängername - auch zusätzlich - ein zulässiger Kundenidentifikator (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 35 Rz 33; Harrich aaO 156*), jedoch wird dieser nach der Klausel nicht als maßgeblicher Kundenidentifikator bestimmt (so auch *Harrich aaO*).

Erwägungsgrund 48 RL 2007/64/EG ermöglicht den Mitgliedstaaten vom Zahlungsdienstleister des Zahlers zu verlangen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten und - soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich - zu überprüfen, ob der Kundenidentifikator kohärent ist, und wenn dies nicht der Fall ist, den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten. Der Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und die im Erwägungsgrund 48 angeführten Sorgfaltspflichten in § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG wörtlich übernommen. Nach diesen Bestimmungen ist der Zahlungsdienstleister des Zahlers nur zur Kohärenzprüfung hinsichtlich des maßgeblichen Kundenidentifikators verpflichtet, gefordert wird aber - entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts - keine Überprüfung weitergehender Angaben, insbesondere kein Abgleich von Kontonummer und Kontowortlaut/Empfängername (*Harrich aaO 156 f; Koch aaO 887; European Commission services, Your questions on PSD, Question no 151 zu Art 74 Abs 1, Question no 304 und Question no 370 zu Art 66 und 74 der RL 2007/64/EG; nunmehr auch Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 35 Rz 31, sofern IBAN und BIC die maßgeblichen*

Kundenidentifikatoren sind).

Ein Verstoß von Z 39 Abs 5 AGB 2009 gegen § 6 Abs 3 KSchG, den der Kläger mit denselben Argumenten wie *Haghofer* (in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 47) argumentiert, liegt nicht vor. Der Beklagten könnte diesbezüglich nur der Vorwurf gemacht werden, dass sie in dieser Klausel nicht anführt, gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, den Kundenidentifikator unter gewissen Voraussetzungen auf Kohärenz zu prüfen (§ 35 Abs 4 Z 2 ZaDiG) und bei einem nicht kohärenten Kundenidentifikator den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten (§ 35 Abs 4 Z 3 ZaDiG). Z 39 Abs 5 AGB 2009 regelt aber nur den Fall, dass der Kunde über den Kundenidentifikator hinaus weitergehende Angaben macht, nicht jedoch die Ansprüche bei Durchführung eines Zahlungsauftrags trotz Angabe eines inkohärenten Identifikators. In der Klausel wird festgelegt, dass ausschließlich der in Z 39 Abs 1 AGB 2009 vereinbarte Identifikator maßgeblich ist und etwaige weitergehende Angaben bei der Durchführung der Überweisung nicht berücksichtigt werden. Die Klausel gibt insofern lediglich das gesetzliche Modell wieder. Sie behandelt einen thematisch abgrenzbaren Bereich, nämlich die Maßgeblichkeit des Kundenidentifikators. Diesbezüglich wird dem Verbraucher ein vollständiges und klares Bild über seine Rechtsposition vermittelt. Die Pflicht zur (konkreten) Kohärenzprüfung ist ein davon abgrenzbarer Regelungsbereich, den die AGB 2009 (zulässigerweise) aussparen. Die Klausel ist daher im Licht des Transparenzgebots des § 6 Abs 3 KSchG nicht zu beanstanden.

Nach der Idee des europäischen und österreichischen Gesetzgebers (Erwägungsgrund 48 RL 2007/64/EG und dessen Umsetzung in § 35 Abs 4 Z 2 und

3 ZaDiG) soll der Zahlungsvorgang nach Maßgabe des Kundenidentifikators ausgeführt werden dürfen, um nicht die Automatisierungsvorteile - insbesondere die rasche Ausführung innerhalb der verkürzten Ausführungsfrist - zu gefährden. Der Schutz des Kunden soll dafür aber auf einer vorgelagerten Ebene stattfinden, nämlich durch eine Verhinderung der Ausführung von nicht kohärenten Zahlungsaufträgen ex ante. Die erforderliche Begrenzung des Risikos des Kunden soll über eine möglichst sichere Ausgestaltung der Kundenkennungen erreicht werden. Angesichts der von der Richtlinie und dem ZaDiG angesprochenen Kohärenzprüfung zur Reduzierung der hohen Risiken, die für den Kunden mit der alleinigen Anknüpfung des Überweisungsvorgangs an den von ihm angegebenen Kundenidentifikator einhergehen, und der Beachtung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ ist § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG dahin auszulegen, dass der Kundenidentifikator in diesem Sinn eine Struktur voraussetzt, die eine wirksame automatische Vorabprüfung der Kundenkennung einschließlich der Zuordnung zu einem bestimmten Nutzer ermöglicht. Es geht darum, auch ohne manuelle Eingriffe durch eine Plausibilitätsprüfung der Kundenkennung seitens des überweisenden Instituts die zweifelsfreie Ermittlung des Zahlungsempfängers soweit es geht zu ermöglichen und das Fehlleitungsrisiko für den Überweisenden zu minimieren (vgl. *Mayen* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch⁴ [2011] § 49 Rn 75; *Bitter*, Problemschwerpunkte des neuen Zahlungsdiensterechts [Teil I], WM 2010, 1725 [1729 f]). Dies setzt voraus, dass der Kundenidentifikator überhaupt einer Kohärenzprüfung (Plausibilitätsprüfung) zugänglich ist. Ein Kundenidentifikator, der bei ex ante-Betrachtung keinen Prüfmechanismus enthält und die Ausführung von

Zahlungsaufträgen mit einem nicht kohärenten Kundenidentifikator nicht verhindern würde, verstieße gegen § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG. Mit einem solchen Kundenidentifikator würde vom Zahlungsdienstleister des Zahlers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet und es könnte von vornherein die - wenn auch eingeschränkte - Kohärenzprüfung nicht stattfinden.

Die International Bank Account Number (IBAN) ist eine standardisierte internationale Bankkontonummer für Zahlungskonten. Sie setzt sich zusammen aus dem Länderkennzeichen (zwei Stellen) und zwei für alle Systemteilnehmer validierbaren Prüzfziffern sowie einer national festgelegten Komponente, die für Österreich Bankleitzahl und Kontonummer enthält und 20 Ziffern aufweist (*Harrich* aaO 152). Die für die SEPA-Überweisung (SEPA = Single Euro Payments Area [„Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum“]) maßgebliche International Bank Account Number (IBAN) wird durch einen international standardisierten Algorithmus berechnet, wobei hierbei eine zweistellige Prüzfziffer vorgesehen ist, welche die Aufdeckung von Zahlendrehern und einzelnen Fehlern umfassend gewährleisten soll. Die statistische Erkennungsrate von Fehlern soll sich hiedurch auf 99 % belaufen (*Harrich* aaO 157 mwN). Der Bank Identifier Code (BIC) ist ein international standardisierter Bank-Code, auch SWIFT Code (SWIFT = Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) genannt - vergleichbar mit der österreichischen Bankleitzahl -, welcher die Identifikation der Banken weltweit ermöglicht (*Harrich* aaO 152). Im Revisionsverfahren ist unstrittig, dass mit der in der IBAN enthaltenen zweistelligen Prüzfziffer eine Kohärenzprüfung durchgeführt werden kann. Dadurch wird der gesetzlich

geforderten Plausibilitätskontrolle (Überprüfung der Stimmigkeit der Kundenangaben) entsprochen (*Harrich* aaO 157; *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 34; *Koch* aaO 887).

Ob bei der inländischen Kontonummer von vornherein eine Kohärenzprüfung durchgeführt werden kann ist strittig und kann mangels erstgerichtlicher Feststellungen nicht beurteilt werden. Der Kläger bestreitet - ebenso wie *Haghofer* (in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 34) - die Möglichkeit einer solchen Kohärenzprüfung, weil die Kontonummer keine Prüfziffer enthalte. *Harrich* (aaO 154) stellt bei der nationalen Kontonummer in Frage, ob es dem Zahlungsdienstleister anhand der verlangten Angaben möglich ist, Fehler wie Zahlendreher mit hoher Wahrscheinlichkeit aufzudecken und demnach festzustellen, ob die Kundenkennung kohärent ist, weil die jeweiligen Prüfziffernberechnungsmethoden institutsspezifisch sind. Demgegenüber behauptet die Beklagte, dass bei der Verwendung der Kontonummer statt der IBAN eine Kohärenzprüfung durchgeführt werden könne, weil auch die Kontonummer eine (etwas weniger komplexe) Prüfziffernlogik enthalte. Aufgrund des „internen Aufbaus“ von Bankkontonummern bestehe ein System, wonach statistisch die Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Ziffernsturz eine Kontonummer existiere, außerordentlich gering sei.

Jedenfalls setzt eine wirksame automatische Kohärenzprüfung voraus, dass dem überweisenden Institut das vom jeweiligen Empfängerinstitut verwendete Prüfziffernverfahren bekannt ist (*Mayen* aaO § 49 Rn 75). Die Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen wegen fehlender Feststellungen zur Beurteilung des behaupteten Verstoßes der Verwendung der inländischen Kontonummer als

Kundenidentifikator mangels tauglicher Kohärenzprüfung (§ 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG) erübrigt sich aber, weil Z 39 Abs 1 und 5 AGB 2009 hinsichtlich der Verwendung ausschließlich der Kontonummer und der Bankleitzahl des Empfängers bei inländischen Überweisungen („nationaler“ Kundenidentifikator) gegen § 864a ABGB verstößt.

In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (1 Ob 672/90; 1 Ob 580/94; 4 Ob 179/02f) wurde die in Bankklauseln vorgesehene Abweichung von der „Abgleichungspflicht“ (Übereinstimmung von Kontonummer und Kontoinhaber) als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB eingestuft. Diese Rechtsprechung betraf Bankklauseln, in denen das Kreditinstitut Überweisungsaufträge ausschließlich anhand der Bankleitzahl des Empfängerkreditinstituts und der Kontonummer des Empfängers durchführt. Im Zusammenhang mit der Bankleitzahl und der Kontonummer konnte der Kunde vor Inkrafttreten des ZaDiG davon ausgehen, dass der Name des Empfängers/Kontowortlaut sehr wohl relevant war und die Bank auf seiner Grundlage eine „Konkordanzprüfung“ vornahm. Diese Rechtsprechung betraf allerdings nicht Fälle, in denen die IBAN sowie der BIC als Kundenidentifikator vereinbart wurden. Insofern bestand keine Vertrauenslage des Zahlers (vgl zur zukünftigen Entwicklung: Verordnung [EU] Nr 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung [EU] Nr 924/2004, ABl L 94/22 vom 30. 3. 2012). Bei einer SEPA-Überweisung bestand daher, auch wenn in diesbezüglichen Zahlscheinen der Name des Empfängers anzugeben ist, beim Kunden keine berechnete Erwartung,

dass für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsauftrags neben der IBAN und dem BIC auch der Empfängername relevant war. Dies war und ist auch nicht möglich, hat sich doch die europäische Kreditwirtschaft entschieden, für SEPA-Überweisungen die Internationale Bankkontonummer (IBAN) zusammen mit der Internationalen Bankleitzahl (BIC) als maßgebliche Kundenidentifikatoren zu verwenden (*Haghofer in Weilinger, ZaDiG § 35 Rz 36*).

Die nachstehenden Ausführungen zu § 864a ABGB beziehen sich daher auf Überweisungsaufträge, für die ausschließlich die Kontonummer sowie die Bankleitzahl als Kundenidentifikator gilt (*Z 39 Abs 1 iVm Abs 5 AGB 2009*). Unstrittig muss der Zahler im Giroverkehr in den Zahlscheinen - so auch in den Zahlscheinvordrucken der Beklagten („Überweisung - Inland“) - weiterhin sowohl die Kontonummer als auch den Namen des Zahlungsempfängers angeben, ohne dass sich darauf ein Hinweis findet, dass der Empfängername für die Ausführung der Überweisung irrelevant ist. Die Überweisungsbelege werden von einer Gesellschaft („Stuzza“), an der unter anderem mehrere österreichische Kreditinstitute beteiligt sind, einheitlich genormt und inhaltlich determiniert. Dass es Überweisungsformulare ohne Empfängerbezeichnung gäbe und diese im Zahlungsverkehr Verwendung fänden, wurde von keiner Partei behauptet. Finden aber im Giroverkehr ausschließlich Zahlscheinvordrucke Anwendung, in denen neben der Kontonummer des Empfängers und dessen Bankleitzahl auch der Name des Zahlungsempfängers anzugeben ist, ist ein Kundenidentifikator, bestehend allein aus Kontonummer und Bankleitzahl objektiv ungewöhnlich und nachteilig im Sinn des § 864a ABGB. *Z 39 Abs 1 iVm Abs 5 AGB 2009*, der der Beklagten das Recht einräumt, den

Namen des Empfängers bei der Ausführung des Auftrags zu ignorieren, ist für den Zahler überraschend, wenn er durch eine entsprechende Gestaltung der Überweisungsvordrucke dazu aufgefordert und veranlasst wird, auch den Namen des Empfängers anzugeben, obwohl diesem bei der Durchführung des Zahlungsauftrags keine Relevanz zukommt. Darauf, dass die Angabe des Empfängernamens lediglich zu Dokumentationszwecken erfolgt, wird der Kunde nicht hingewiesen. Die Handhabung der Klausel ist aber auch nachteilig, weil weder das ZaDiG noch die RL 2007/64/EG festlegen, auf der Grundlage welches oder welcher Kundenidentifikatoren Überweisungsaufträge durchzuführen sind. Legt sich die Beklagte in Abkehr von der Rechtsprechung zur „Abgleichungspflicht“ auf einen Kundenidentifikator fest, der den Empfängernamen/Kontowortlaut nicht umfasst, verlangt aber gleichzeitig in den Zahlscheinvordrucken die Angabe dessen Namens, so muss sie den Kunden im Sinn des § 864a ABGB auf den ungewöhnlichen Inhalt der genannten Klausel besonders hinweisen. Ein solcher Hinweis im Sinn des § 864a ABGB findet sich weder in den AGB 2009 (Z 39 findet sich auf Seite 7 der 15-seitigen AGB 2009) noch in der Information der Beklagten zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher (Beilage ./2), in der der akribische Kunde in Punkt IV.3. inmitten des siebenseitigen Kleingedruckten nur die Information erhält, dass die Durchführung eines Überweisungsauftrags ausschließlich auf Grundlage des Kundenidentifikators erfolgt. Ein direkter Hinweis darauf, dass der in den Zahlscheinen anzugebende Empfängername irrelevant ist, findet sich darin aber nicht. Z 39 Abs 1 und 5 AGB 2009 verstößt daher hinsichtlich der Festlegung des Kundenidentifikators auf die Kontonummer und die

Bankleitzahl gegen § 864a ABGB.

4.5. Klausel 10

Z 39 (6) *Beim Kreditinstitut eingelangte Überweisungsaufträge können vom Kunden nicht einseitig widerrufen werden. [...]*

Der **Kläger** monierte, die Klausel stelle hinsichtlich des Zeitpunkts, ab dem der Auftrag vom Kunden nicht mehr widerrufen werden könne, ausschließlich auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Einlangens bei der Bank ab. Diese Bestimmung verstoße gegen § 40 Abs 1 iVm § 38 ZaDiG, weil dieser Zeitpunkt bei einem Großteil der Aufträge nicht mit dem tatsächlichen Eingangszeitpunkt übereinstimme. Ein Auseinanderfallen dieser Zeitpunkte sei beispielsweise gegeben, wenn der Auftrag nicht an einem Geschäftstag oder nahe am Ende eines Geschäftstags einlange. Das „Einlangen“ der Klausel meine den Eingang bei der Bank, weshalb bei einem Teil der Aufträge ein Verstoß gegen § 40 Abs 1 Z 1 iVm § 38 ZaDiG vorliege.

Die **Beklagte** erwiderte, dass die Beanstandung lediglich einen Ausnahmefall betreffe. Einem durchschnittlichen Verbraucher falle die Diskrepanz zwischen dem in der Klausel verwendeten „Einlangen“ und dem vom ZaDiG verwendeten „Eingehen“ nicht auf, weshalb dem keine Bedeutung beizumessen sei. Eine Irreführung sei jedenfalls nicht gegeben, weil aus dem zweiten Satz der Klausel Z 39 Abs 6 AGB 2009 geschlossen werden könne, dass die an Wochenenden erteilten Aufträge erst mit Montag 00:00 Uhr als eingegangen gelten und bis dahin auch das Widerrufsrecht bestünde.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel als gesetzwidrig. Die Widerrufsmöglichkeit bestehe entgegen der gesetzlichen Regelung in § 38 ZaDiG, wonach ein

Zahlungsauftrag mit Eingang bei der Bank unwiderruflich werde, nach Z 39 Abs 6 AGB 2009 lediglich bis zum Einlangen, also nach dem Sprachgebrauch der „Abgabe der Kundenerklärung“.

Das **Berufungsgericht** führte aus, dass § 38 Abs 1 ZaDiG als Eingangszeitpunkt jenen Zeitpunkt definiere, zu dem der Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingehe. Nach diesem Eingangszeitpunkt könne ein Zahlungsauftrag nach § 40 Abs 1 Z 1 ZaDiG nicht mehr widerrufen werden. Die Klausel stelle diesbezüglich jedoch auf den Zeitpunkt ab, zu dem der Auftrag beim Zahlungsdienstleister einlange. Dies könne ein Kunde mit durchschnittlichem Sprachverständnis so verstehen, dass er nach Versand oder Abgabe des Auftrags an die Bank diesen Auftrag einseitig nicht mehr widerrufen könne. Dass nach den in § 38 Abs 2 und 3 ZaDiG geregelten Fällen zwischen dem Auftragsabgabezeitpunkt und dem Eingangszeitpunkt nach § 38 Abs 1 ZaDiG mehrere Stunden liegen können, erschließe sich dem Kunden nicht. Die Klausel verstoße gegen § 38 ZaDiG.

Die **Revision** der Beklagten, in der sie einräumt, „dass in einer künftigen Neufassung der AGB die Widerrufsmöglichkeit für den Kunden noch etwas klarer geregelt werden könnte“, ist nicht berechtigt. Gemäß § 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO kann auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden. Dass es sich bei der Beanstandung bloß um Ausnahmefälle handeln soll, trifft im Hinblick auf die Fälle des § 38 Abs 2 und 3 ZaDiG nicht zu und ist auch nicht rechtlich bedeutsam. In Z 39a Abs 1 AGB 2009 (Klausel 12) wird zwischen dem Einlangen und dem Eingang unterschieden. Daraus ergibt sich, dass in Z 39 Abs 6 AGB 2009 mit dem Einlangen der Zeitpunkt des

tatsächlichen Zugangs des Zahlungsauftrags beim Kreditinstitut und unter Eingang der in § 38 Abs 1 bis 3 ZaDiG definierte Zeitpunkt gemeint ist. Damit ordnet Z 39 Abs 6 AGB 2009 bei kundenfeindlichster Auslegung in den Fällen des § 38 Abs 2 und 3 ZaDiG eine zeitlich im Vergleich zu § 40 Abs 1 Z 1 ZaDiG eingeschränkte Widerrufbarkeit von Zahlungsaufträgen an. Der Zeitpunkt, ab dem der Zahlungsauftrag für den Zahler gemäß § 40 Abs 1 Z 1 ZaDiG unwiderruflich wird, richtet sich nach dem in § 38 ZaDiG festgelegten Eingangszeitpunkt, der bei einem Teil der Fälle nicht dem Zeitpunkt entspricht, zu dem der Auftrag beim Kreditinstitut tatsächlich eingelangt ist. Zu einem derartigen Auseinanderfallen kommt es dann, wenn der Auftrag nicht an einem Geschäftstag des Kreditinstituts einlangt (§ 38 Abs 2 ZaDiG) oder wenn der Auftrag nach einem gemäß § 38 Abs 3 ZaDiG vereinbarten Zeitpunkt nahe dem Ende des Geschäftstags einlangt. In diesen Fällen kann der beim Kreditinstitut bereits „eingelangte“, im rechtlichen Sinn gemäß § 38 ZaDiG aber noch nicht „eingegangene“ Auftrag vom Kunden noch widerrufen werden. Da Z 39 Abs 6 AGB 2009 allein auf das Einlangen der Überweisungsaufträge abstellt und nicht auf den rechtlich bedeutsamen Eingangszeitpunkt, liegt ein Verstoß gegen § 40 Abs 1 Z 1 iVm § 38 ZaDiG vor. Von diesen Bestimmungen kann zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden (§ 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG).

4.6. Klausel 12

Z 39a (1) *Zahlungsaufträge, die nach den für die jeweilige Zahlungsart festgelegten Zeitpunkten oder an einem Tag, der kein Geschäftstag ist, bei dem Kreditinstitut einlangen, werden so behandelt, als seien sie am folgenden Geschäftstag eingegangen. [...]*

Der **Kläger** brachte dazu vor, dass sich die

Beklagte mit dieser Klausel faktisch die Ermächtigung einräume, die Zeitpunkte für die jeweiligen Zahlungsarten festzulegen, ab denen der Auftrag erst am nächsten Geschäftstag als eingegangen gelte. Die zwingende Regelung des § 38 Abs 3 ZaDiG, wonach dies nur bei Zahlungen, die „nahe am Ende eines Geschäftstages“ eingingen, möglich sei, erwähne die Beklagte im „Klauselwerk“ nicht. Die Klausel verstoße darüber hinaus auch gegen das aus § 6 Abs 3 KSchG ableitbare Vollständigkeitsgebot. Weiters ergebe sich aus dem Verweis der Gesetzesstelle auf § 28 ZaDiG, dass der „Cut-off“-Zeitpunkt Bestandteil der vorvertraglichen Information sein müsse, weil dieser die Frist bestimme, innerhalb derer die Bank ihre Leistungspflicht zu erfüllen habe. Eine einseitige Festlegungsbefugnis durch die Bank sei damit gesetzwidrig; vielmehr habe sich die Bank an die vereinbarten Zeitpunkte zu halten, die sie nur in den Fällen des § 29 Abs 1 ZaDiG ändern könne.

Die **Beklagte** erwiderte, dass es gerade das Transparenzgebot erforderlich mache, die Wortfolge „nahe am Ende des Geschäftstages“ nicht in die Klausel aufzunehmen, weil der „Cut-off“-Zeitpunkt allein von der Bank einseitig festgelegt werde. § 38 Abs 3 ZaDiG stelle hinsichtlich dieses Termins eine *lex specialis* dar, die eine einseitige Festlegung durch die Bank vorsehe. Aufgrund verschiedener äußerer Umstände sei gegebenenfalls der „Cut-off“-Termin vorzuverlegen. Eine separate Festlegung verschiedener Termine für jeden Kunden sei daher unmöglich. Weiters beträfen die Änderungen nicht die Hauptleistungen und seien darüber hinaus jedenfalls zumutbar, sodass § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht anzuwenden sei.

Das **Erstgericht** erkannte, dass aus der inkriminierten Klausel das Tatbestandselement „nahe am Ende

des Geschäftstages“ nicht ableitbar sei und diese insofern dem § 38 Abs 3 ZaDiG widerspreche. Auch wenn kein fixer Zeitraum normiert sei, ließe sich durch Auslegung ein angemessener Zeitraum festlegen. Innerhalb dieser Maßgabe dürfe die Bank den Zeitpunkt bestimmen.

Das **Berufungsgericht** führte aus, dass sich bereits aus § 28 Abs 1 Z 2 lit d und § 38 Abs 3 ZaDiG die Gesetzwidrigkeit dieser Klausel ergebe, weil diese den Zeitpunkt, ab dem der Auftrag erst als am folgenden Geschäftstag als eingegangen gelte, „nach den für die jeweilige Zahlungsart festgelegten Zeitpunkten“ definiere und damit - anders als in § 38 Abs 3 ZaDiG zwingend vorgesehen - nicht „nahe dem Ende des Geschäftstages“. Feststellungen dazu, dass es unmöglich sei, die Zustimmung der Kunden einzuholen und mit jedem Einzelnen einen unterschiedlichen „Cut-off“-Termin zu vereinbaren, seien nicht erforderlich, weil sich dadurch die rechtliche Beurteilung nicht ändere.

Die **Revision** der Beklagten ist nicht berechtigt. Gemäß § 38 Abs 3 ZaDiG, mit dem Art 64 Abs 1 letzter Satz RL 2007/64/EG umgesetzt wird, kann der Zahlungsdienstleister abweichend von § 38 Abs 1 ZaDiG (dem „regulären“ Zahlungseingangszeitpunkt) gemäß § 28 ZaDiG festlegen, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende eines Geschäftstags eingehen, so behandelt werden, als seien sie am darauffolgenden Geschäftstag eingegangen. Nach § 28 Abs 1 Z 2 lit d ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister - in Umsetzung von Art 42 Z 2 lit d der Richtlinie - dem Zahlungsdienstnutzer den Zeitpunkt, ab dem ein Zahlungsauftrag gemäß § 38 ZaDiG als eingegangen gilt, mitzuteilen. Diese Regelung wurde geschaffen, weil ansonsten rund um die Uhr Zahlungsaufträge verarbeitet werden müssten. Insbesondere bei kleineren

Instituten und bei händischer Verarbeitung von Zahlscheinen wäre dies nicht praktikabel. Die „Cut-off“-Frist (synonym der „Cut-off“-Zeitpunkt), bis zu der Zahlungsaufträge als am selben Tag eingegangen gelten, kann zwar nach den Umständen variieren, hat aber jedenfalls nahe dem Ende des Geschäftstags zu sein. Die Festlegung muss aus Gründen der Transparenz dem Nutzer des Zahlungsdienstes ausreichend bekannt sein und zur Kenntnis gebracht werden (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 42). Die Bestimmung eines „Cut-off“-Zeitpunkts ist teilweise auch beim Zahlungsverkehr über das Internet (zB Online-Banking) erforderlich, weil es in diesem Fall dem Nutzer zwar möglich ist, rund um die Uhr Zahlungsaufträge „abzuschicken“, diese jedoch gegebenenfalls vom Zahlungsdienstleister nicht rund um die Uhr bearbeitet werden. „Ende des Geschäftstages“ ist so zu verstehen, dass auf die üblichen Schließungszeiten für den physischen Publikumsverkehr abgestellt werden kann (so die Erläuterungen zu § 675n BGB, Bundestags-Drucksache 16/11643, 107; *Koch* aaO 883; *Gapp/Lanschützer*, Zahlungsdienstegesetz II: Informationspflichten, Rahmenvertrag und Zahlungsvorgänge, ZFR 2009, 176 [181]; *Harrich* aaO 164). Der „Cut-off“-Zeitpunkt darf nicht willkürlich festgesetzt sein, vielmehr muss dieser Zeitpunkt tatsächlich „nahe dem Ende des Geschäftstages“ liegen (*Lindemayr/Muri* in *Weilinger*, ZaDiG § 38 Rz 12). Dabei kommt den Zahlungsdienstleistern ein gewisser Gestaltungsspielraum zu (*Harrich* aaO). Gemäß § 28 Abs 1 Z 2 lit d ZaDiG ist der „Cut-off“-Zeitpunkt Bestandteil der vorvertraglichen Information, im Rahmenvertrag konkret anzuführen und dem Zahlungsdienstnutzer zur Kenntnis zu bringen (*Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 28 Rz 19). Erforderlich ist eine „konkrete uhrzeitgenaue“ Information

über die „Cut-off“-Frist gemäß § 38 Abs 3 ZaDiG im Rahmenvertrag (*Leixner* aaO § 28 Rz 3). Dies ergibt sich schon daraus, dass § 38 Abs 3 ZaDiG ausdrücklich von einem bestimmten Zeitpunkt spricht.

Nach Z 39a Abs 1 AGB 2009 werden Zahlungsaufträge, die „nach den für die jeweilige Zahlungsart festgelegten Zeitpunkten“ beim Kreditinstitut einlangen, so behandelt, als seien sie am folgenden Geschäftstag eingegangen. Da in dieser Klausel dem Kunden nicht mitgeteilt wird, für welche Zahlungsart welcher (konkrete) genaue Eingangszeitpunkt nahe dem Ende des Geschäftstags vorliegen muss, ab dem der Zahlungsauftrag erst am folgenden Geschäftstag als eingegangen gilt, verstößt sie gegen § 38 Abs 3 iVm § 28 Abs 1 Z 2 lit d ZaDiG. Wenn die Beklagte für jede einzelne Zahlungsart einen „Cut-off“-Zeitpunkt gemäß § 38 Abs 3 ZaDiG (Zeitpunkt bis zu dem Zahlungsaufträge am Tag des tatsächlichen Einlangens beim Zahlungsdienstleister eingegangen gelten) festlegen möchte, muss sie im Rahmenvertrag diese Zeitpunkte jeweils konkret anführen.

Da die Klausel schon aus diesem Grund unzulässig ist, braucht nicht auf die von den Parteien unterschiedlich beurteilte Frage eingegangen zu werden, ob der „Cut-off“-Zeitpunkt mit dem Kunden vereinbart werden muss (so *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz [I] aaO 23; *Gelbmann/Jungwirt/Kolba* aaO 96 Fn 417; *Weilinger/Knauder* aaO § 28 Rz 19; unklar *Harrich* aaO 164; *Gapp/Lanschützer* aaO 181) oder dieser bestimmte Zeitpunkt vom Zahlungsdienstleister festgesetzt werden kann (so wohl ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 42; *Leixner* aaO § 38 Rz 3; *Lindemayr/Muri* aaO § 38 Rz 12).

4.7. Klausel 13

Z 42a (1) *Der Kunde stimmt der Belastung seines Kontos mit Beträgen, die von ihm ermächtigte Dritte zu Lasten seines Kontos vom Kreditinstitut einziehen, zu. Diese Zustimmung kann vom Kunden jederzeit schriftlich widerrufen werden. Ein derartiger Widerruf wirkt ab dem seinem Eingang beim Kreditinstitut folgenden Geschäftstag.*

Der **Kläger** brachte vor, der Zweck der Klausel sei, dass die Einzugsermächtigung, die dem Zahlungsempfänger erteilt werde, auch im Verhältnis zwischen Zahler und Bank solange als autorisiert gelte, solange der Zahler die Ermächtigung nicht gegenüber seiner Bank schriftlich widerrufen habe. Die Autorisierung sei von Bedeutung, da der Zahler bei nicht autorisierten Einzügen über die achtwöchige Berichtigungsfrist hinaus auch Berichtigungsansprüche nach § 44 ZaDiG habe. Die Klausel sei daher nachteilig und überraschend im Sinn des § 864a ABGB, und zwar hinsichtlich der Fälle, bei denen im Widerrufszeitpunkt nur eine Innenvollmacht vorliege, entweder weil noch kein Einzug erfolgt sei oder der Zahler dem widersprochen habe. Eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht könne in diesen Fällen noch nicht entstanden sein und dementsprechend sei auch kein Widerruf gegenüber seiner Bank erforderlich. Im Gegensatz dazu verlange die Klausel jedoch sehr wohl einen Widerruf beim Kreditinstitut des Zahlers. Überraschend sei diese Abweichung vom dispositiven Recht zum Nachteil des Kunden insofern, als der Kunde, der lediglich seinem Vertragspartner gegenüber die Einzugsermächtigung erteilt habe, den Widerruf zusätzlich zu diesem nun auch dem Kreditinstitut mitzuteilen habe. Unproblematisch sei die Klausel hinsichtlich der Fälle, in denen es zu vom Verbraucher bereits akzeptierten Einzügen gekommen sei; die Klausel sei jedoch nicht auf diese Fälle eingeschränkt,

weshalb sie nicht zulässig sei.

Hinsichtlich des Schriftformvorbehalts verstoße die Klausel weiters gegen § 879 Abs 3 ABGB. Selbst wenn keine Zweifel an der Abgabe in elektronischer oder fernmündlicher Form bestünden, müsse die Bank den Widerruf nicht befolgen. Dies ergebe sich auch aus § 1026 ABGB. Die Bank könne sich nicht auf den Fortbestand der Einzugsermächtigung berufen, wenn sie vom Widerruf auf andere als auf schriftliche Art verständigt worden sei.

§ 40 Abs 2 ZaDiG sei weiters nicht auf Einzugsermächtigungen anzuwenden, sondern regle lediglich den Widerruf konkreter „Pull“-Zahlungen. Wende man diese Norm auch auf den Widerruf einer dem Zahlungsempfänger bereits übermittelten Einzugsermächtigung an, könne diese gegenüber der Zahlstelle jedenfalls nicht mehr widerrufen werden.

Die **Beklagte** erwiderte, es sei immer schon bei Einzugsermächtigungen in der Kundenerklärung eine Ermächtigung an die Bank enthalten gewesen. Diese stelle der Kunde mit Wissen und Willen darüber aus, dass sie der Bank zur Kenntnis gebracht werde, weshalb die Klausel völlig im Einklang mit § 40 Abs 2 ZaDiG stehe. Es lägen gemäß der herrschenden österreichischen Ansicht zwei Ermächtigungen im Einzugsermächtigungsverfahren vor, die sowohl dem Gläubiger als auch der Zahlstelle zur Kenntnis gelangten. Es bestehe gerade keine reine Innenvollmacht; ebenso sei unrichtig, dass ein Widerruf beim Empfänger genüge, weil § 40 Abs 2 ZaDiG auch ausdrücklich vorsehe, dass Unwiderruflichkeit mit dem Zeitpunkt eintrete, nach dem der Zahler den Auftrag oder die Zustimmung zur Durchführung an den Zahlungsempfänger übermittelt habe.

Ebenso wenig sei es überraschend, dass die Bank

vom Widerruf zu verständigen sei. Zum Schriftformverbot führte die Beklagte aus, ein Vorbehalt gemäß § 6 Abs 1 Z 4 KSchG sei zulässig und nicht nachteilig für den Kunden, weil genau diese Vorsichtsmaßnahme eine gewisse Fälschungssicherheit gewährleiste. Der vom Kunden gesetzte Rechtsscheintatbestand gegenüber der Bank sei auch von ihm wieder zu beseitigen.

Das **Erstgericht** erwog dazu, dass ein Widerruf gemäß § 40 Abs 2 ZaDiG nicht mehr möglich sei, sobald der Kunde dem Empfänger den Zahlungsauftrag oder seine Zustimmung zu dessen Ausführung übermittelt habe. Bei verbraucherfeindlicher Auslegung erfasse die Klausel jedoch nicht nur formelle Zahlungsaufträge, sondern auch materielle Ermächtigungen zum Einzug, die nicht den vereinbarten Formalvoraussetzungen entsprächen, womit sie aus dem Anwendungsbereich des § 40 ZaDiG fielen. Somit sei der Widerruf der Einzugsermächtigung nach dem ABGB zu beurteilen, wonach der Widerruf gegenüber dem Zahlungsempfänger zu erfolgen habe, um wirksam zu sein. Selbst wenn die inkriminierte Klausel nur die Fälle erfasse, in denen eine schriftliche Ermächtigung erteilt worden sei und die Ermächtigung auch Kontozahlungen der Bank umfasse, so könne dennoch die Mitteilung über den Widerruf formfrei erfolgen, weshalb das Schriftlichkeitserfordernis dieser Klausel überraschend im Sinn des § 864a ABGB sei. Die Rechtsposition des Zahlers werde im Hinblick auf die Bestimmung des § 1026 ABGB nicht wirksam beschränkt, weil die Formulierung zu schwammig und zu ausufernd sei.

Das **Berufungsgericht** schloss sich der rechtlichen Begründung des Erstgerichts an und führte ergänzend aus, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Anspruch genügen müssten,

sämtliche denkbare Fälle insofern zu berücksichtigen, als sie auch die Sonderfälle gesetzeskonform zu regeln hätten. Hinsichtlich Z 42a Abs 1 AGB 2009 gestehe die Beklagte in der Berufung zu, dass jene Einzugsermächtigungen, die nicht unter die einschlägigen Bestimmungen des ZaDiG fielen und somit den allgemeinen zivilrechtlichen Normen unterlägen, in einer Neuregelung der AGB zu adaptieren seien. Da eine geltungserhaltende Reduktion in Verbandsprozessen nicht vorgesehen sei und bereits bei minimalen Änderungserfordernissen die Klausel zu entfallen habe, sei „in diesem Sinne vorzugehen“.

Die **Revision** der Beklagten ist berechtigt.

Jeder Zahlungsvorgang bedarf nach § 34 Abs 1 ZaDiG einer Zustimmung durch den Zahler. Diese muss jener Form und dem Verfahren entsprechen, welche(s) im Rahmenvertrag nach § 28 Abs 1 Z 2 lit c ZaDiG vereinbart wurde. Nach § 34 Abs 2 ZaDiG kann die bereits erteilte Zustimmung vom Zahler bis zu dem in § 40 ZaDiG definierten Zeitpunkt widerrufen werden. Der Zahlungsauftrag ist in diesem Fall so zu behandeln, als wäre er nie autorisiert worden (*Lindemayr/Muri* in *Weilinger*, ZaDiG § 40 Rz 5; *Leixner* aaO § 34 Rz 2). Wird der Auftrag trotzdem ausgeführt, so kann der Zahler in diesen Fällen die Erstattung des Betrags des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs und die Rückversetzung des Kontos auf den Stand, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte, verlangen (§ 44 Abs 1 ZaDiG). Nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit kann die Rückabwicklung des Zahlungsvorgangs vom Zahlungsdienstleister grundsätzlich - mit Ausnahmen - abgelehnt werden, soweit der Zahlungsvorgang autorisiert wurde (*Lindemayr/Muri* aaO § 40 Rz 6).

Beim Lastschriftverfahren existieren in Österreich zwei Typen: Zum Einen das sogenannte Abbuchungsverfahren und zum anderen das Einzugsermächtigungsverfahren (*Koziol/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III² [2008] Rz 1/123). Beim Abbuchungsverfahren ermächtigt der Zahlende seine Bank, sein Konto über Aufforderung des Zahlungsempfängers zu belasten. Darüber hinaus ermächtigt er auch seinen Gläubiger, fällige Verbindlichkeiten zu Lasten seines Kontos einzuziehen (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/124). Das Einzugsermächtigungsverfahren unterscheidet sich dadurch, dass keine Ermächtigung des Zahlenden an seine Bank vorliegt, sondern eine „interne Ermächtigung des Gläubigers durch den Schuldner“ (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/125). Diese beiden Formen des Lastschriftverfahrens unterscheiden sich nur geringfügig: Auch wenn der Zahlende die Ermächtigung hier grundsätzlich nur dem Zahlungsempfänger gegenüber erklärt, so bezieht sich dieser dann, wenn er den geschuldeten Betrag bei der Bank des Zahlenden einzieht, jedenfalls schlüssig auch auf diese Ermächtigung. Die Ermächtigung beinhaltet auch die Ermächtigung der Bank des Zahlenden, auf dessen Rechnung dem Zahlungsempfänger zu leisten (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/130). Zieht der Zahlungsempfänger den geschuldeten Betrag ein, so fungiert er zugleich als Bote, der der Bank des Zahlenden deren Ermächtigung überbringt (*Koziol/Koch* aaO Rz 1/128).

Der Begriff „Lastschrift“ wird in Art 4 Z 28 RL 2007/64/EG als auch dessen Umsetzung in § 3 Z 25 ZaDiG sehr umfassend verstanden. Nach der Legaldefinition in § 3 Z 25 ZaDiG ist die Lastschrift ein vom Zahlungsempfänger ausgelöster Zahlungsdienst zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers aufgrund einer Zustimmung des Zahlers zu einem

Zahlungsvorgang, die der Zahler gegenüber dem Zahlungsempfänger, dessen Zahlungsdienstleister oder seinem eigenen Zahlungsdienstleister erteilt. Darunter sind, und dies macht § 1 Abs 2 Z 2 lit a ZaDiG deutlich, auch auf diesem Weg ausgelöste einmalige Lastschriften zu verstehen. Insbesondere Zahlungen mittels Lastschriftverfahren werden als sogenannte „Pull“-Zahlungen abgewickelt, bei denen der Zahlungsempfänger die Zahlung zu sich „zieht“ (englisch: „pull“; ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 44). Die vorhin beschriebenen nationalen „Lastschriftprodukte“ (Abbuchungs- und Einzugsermächtigungsverfahren) erfüllen die Definition der Lastschrift und unterliegen daher dem ZaDiG (vgl *Broucek in Weilinger, ZaDiG § 3 Rz 67*).

Während allgemein sogenannte „Pull“-Zahlungen, die vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöst wurden, ab dem Zeitpunkt, ab dem der Zahler den Zahlungsauftrag oder seine Zustimmung zur Ausführung an den Zahlungsempfänger übermittelt hat, unwiderruflich sind (§ 40 Abs 2 erster Satz ZaDiG), sieht § 40 Abs 2 zweiter Satz ZaDiG Abweichendes im Fall der Lastschrift vor. Bei dieser kann der Zahler den Zahlungsauftrag bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Belastungstag widerrufen. Der Widerruf muss demnach dem Zahlungsdienstleister des Zahlers spätestens an dem der Belastung vorangehenden Geschäftstag zugehen (*Harrich aaO 174*). Bei § 40 Abs 2 zweiter Satz ZaDiG handelt es sich um eine Sonderregelung für Lastschriften, die Satz 1 als *lex specialis* vorgeht (*Harrich aaO 174*; [jeweils sinngemäß] *Lindemayr/Muri in Weilinger, ZaDiG § 40 Rz 15*; *Leixner aaO § 40 Rz 1*). Beim Lastschriftverfahren bleibt demzufolge kein Anwendungsbereich für die allgemeine Regelung zur generellen Unwiderruflichkeit von „Pull“-Zahlungen,

gleichgültig, ob die Ermächtigung dem Zahlungsdienstleister des Zahlers direkt oder mittelbar über den Zahlungsempfänger mitgeteilt wird (zutreffend *Harrich* aaO; aA *Koch* aaO 884). Beide vorhin beschriebene Arten des Lastschriftverfahrens unterliegen daher dem § 40 Abs 2 zweiter Satz ZaDiG, sodass ein Widerruf bis zum Ende des Geschäftstages vor dem - zwischen Zahler und Zahlungsempfänger vereinbarten (*Lindemayr/Muri* in *Weilinger*, ZaDiG § 40 Rz 15) - Belastungstag erfolgen kann.

Z 42a Abs 1 AGB 2009 hat klar Regelungen des Lastschriftverfahrens zum Inhalt. Nach Satz 1 der Klausel stimmt der Kunde zu, sein Konto „mit Beträgen, die von ihm ermächtigte Dritte zu Lasten seines Kontos beim Kreditinstitut einziehen“, zu belasten. Dieser Teil der Klausel ist unverdächtig; zu ihr führt der Kläger auch nichts aus. Der Widerruf dieser Zustimmung (Ermächtigung) und dessen Wirkung (Satz 2 und 3 der Klausel) steht im Einklang mit § 40 Abs 2 zweiter Satz ZaDiG. Entspricht aber eine Regelung dessen Anforderungen, ist sie nicht zu beanstanden. Lediglich das Schriftformgebot für den Widerruf findet sich nicht im ZaDiG.

Der Kläger stößt sich daran, dass nach Z 42a Abs 1 AGB 2009 vom Zahlungsempfänger aufgrund einer ihm (schriftlich) erteilten Einzugsermächtigung „angestoßene“ Zahlungen auch im Verhältnis zwischen dem Zahler und seinem Kreditinstitut solange als autorisiert gelten, solange der Zahler die Ermächtigung nicht gegenüber seinem Kreditinstitut (ebenfalls) schriftlich widerrufen hat. Dadurch würden missbräuchliche Einzüge als autorisiert gelten, obwohl der Zahler die bloß gegenüber dem Zahlungsempfänger erteilte Ermächtigung bereits zuvor widerrufen habe. Unstrittig ist zwischen den Parteien, dass

gemäß Z 42a Abs 3 AGB 2009 der Kunde im Einzugsermächtigungsverfahren - auch wenn er die Einziehungsermächtigung gegenüber der Beklagten nicht schriftlich widerrufen hat - jedenfalls binnen acht Wochen nach der Vornahme der Belastungsbuchung auf seinem Konto der Belastung widersprechen und die Erstattung (Rückgängigmachung der Kontobelastung) verlangen kann (vgl § 45 ZaDiG). Wenn der Kläger mit § 1026 ABGB argumentiert und darauf verweist, dass ein Widerruf der Ermächtigung beim Empfänger genüge und sich daraus die Unzulässigkeit der Schriftform ergebe, so ist dies nicht zutreffend.

Über die Schriftform enthält § 1026 ABGB keine Aussage. Selbst wenn man die analoge Anwendung des § 1026 ABGB im Einzugsermächtigungsverfahren bejahte (der Zahlungsempfänger tritt gegenüber der Bank nicht als Stellvertreter, sondern als Bote auf), muss zur Beseitigung der Wirkung dieser Bestimmung der dadurch Belastete (Zahler) den äußeren Tatbestand des Fortbestehens der Vollmacht (hier: Ermächtigung) zerstören, zum Beispiel durch Abnahme einer allfälligen Vollmachtsurkunde (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1026 Rz 2). Der bloße Widerruf der Einzugsermächtigung gegenüber dem Zahlungsempfänger würde daher nicht ausreichen.

Unter dem Gesichtspunkt des § 6 Abs 1 Z 4 KSchG ist der Schriftformvorbehalt in Z 42a Abs 1 zweiter Satz AGB 2009 jedenfalls nicht zu beanstanden, weil diese Norm nur auf den Vorbehalt einer strengeren Form als der Schriftform abzielt. Das Schriftformgebot hält auch der Geltungskontrolle des § 864a ABGB stand. Es ist für den Kunden nicht ungewöhnlich, wenn er die bloß dem Zahlungsempfänger (schriftlich) erteilte - an den

Zahlungsempfänger und den Zahlungsdienstleister des Kunden gerichtete - Ermächtigung zum Einzug bzw zur Einlösung gegenüber seiner Bank wiederum schriftlich widerrufen muss (vgl zum Erfordernis der schriftlichen Ermächtigung im Einzugsermächtigungsverfahren *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 44 Rz 4). Die Klausel weicht von den Erwartungen des Zahlers nicht ab, muss er doch gerade dann, wenn eine schriftliche Ermächtigung für die Autorisierung erforderlich ist, vernünftigerweise damit rechnen, dass auch der Widerruf der Zustimmung (Ermächtigung) gegenüber der Bank in der gleichen Form erfolgen muss. Die Schriftformklausel ist aber auch nicht sittenwidrig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Die Schriftform lässt sich mit der Fälschungs- und Beweissicherheit rechtfertigen, die sowohl im Interesse des Kreditinstituts als auch des Kunden liegt. Ein etwaiger „nicht autorisierter“ Widerruf und das dadurch verursachte Ausbleiben von Zahlungen könnten dem Kunden - etwa durch einen Verzug mit der Bezahlung von Wohnungsmieten - großen Schaden zufügen. Zwar könnte die Berufung der Beklagten auf das Schriftformgebot bei gesicherter Kenntnis vom Widerruf der Einzugsermächtigung durch den Zahler rechtsmissbräuchlich sein (zB Beklagte akzeptiert den vom Zahler bloß mitgeteilten Widerruf, beruft sich aber nachträglich auf die Einhaltung der Schriftform), jedoch macht dies die Klausel nicht sittenwidrig.

Aus den dargelegten Gründen ist Z 42a Abs 1 AGB 2009 daher nicht zu beanstanden.

4.8. Klauseln 14

Z 43 (1) *Das Kreditinstitut ist berechtigt, für seine Leistungen vom Kunden Entgelte, insbesondere Zinsen, Gebühren und Provisionen, zu verlangen.*

...

Z 43 (3) *Absatz 1 gilt nicht für die einmalige Bereitstellung von Informationen an Verbraucher über das*

Kreditinstitut, über die Nutzung des Zahlungsdienstes, über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse, über die Kommunikation, über Schutz- und Abhilfemaßnahmen, über Änderungen und Kündigung des Kontovertrags und über Rechtsbehelfe, sofern die Bereitstellung in einer mit dem Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung vereinbarten Form erfolgt.

...
Z 44 *Das Kreditinstitut hat für seine Leistungen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, dessen Höhe das Kreditinstitut für bestimmte typische Leistungen in einem Preisaushang festlegen wird. Entgelte für Leistungen, die im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrages oder Verbrauchergirokontovertrages erbracht werden, fallen nur dann an, wenn sie mit dem Kunden vereinbart wurden.*

Der **Kläger** brachte vor, Z 43 Abs 3 AGB 2009 sehe vor, dass lediglich die einmalige Bereitstellung der in § 28 Abs 1 ZaDiG verpflichtend dem Kunden zu übermittelnden Informationen entgeltfrei erfolgen müsse; jede weitere Bereitstellung könne hingegen nach der Klausel zu Kostenersatz verpflichten. Dies verstoße aus drei Gründen gegen § 27 Abs 1 ZaDiG: Erstens ergebe sich aus § 26 Abs 4 ZaDiG, dass die gewünschte Information von der Bank dem Kunden auf Wunsch ein zweites Mal kostenlos zur Verfügung gestellt werden müsse. Zweitens lege Z 44 erster Satz AGB 2009 die Höhe des Kostenersatzes mit dem „angemessenen Entgelt, dessen Höhe das Kreditinstitut für bestimmte typische Leistungen in einem Preisaushang festlegen“ werde, fest. Aus der Unterscheidung zwischen Entgelt und Aufwandsersatz in den AGB 2009 ergebe sich, dass hier ein Entgeltanspruch „im engeren Sinn“ gemeint sei (inklusive Gewinnanteil und Gemeinkostenanteil der Bank). Diese dürfe jedoch für Informationen lediglich einen Aufwandsersatz verlangen. Drittens setze § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG voraus, dass die Bank die vom Gesetz nicht geschuldeten Leistungen mit dem Kunden separat vereinbaren müsse. Die Klausel lege jedoch ein Entgelt im Voraus fest,

weshalb sie § 27 Abs 1 ZaDiG widerspreche. Weiters widerspreche sie auch dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG, weil der Kunde die Klausel nicht so verstehen müsse, dass auch die zweite Bereitstellung der Information kostenlos sein solle. Die Unwirksamkeit der Klauseln ergebe sich, soweit es um die Höhe des Ersatzanspruchs für gesetzlich nicht geschuldete Informationen gehe, aus dem Zusammenspiel von Z 43 Abs 1 und 3 iVm Z 44 AGB 2009.

Die **Beklagte** entgegnete, dass Z 43 Abs 3 AGB 2009 erst mit bzw nach Vertragsabschluss eingreife und zu diesem Zeitpunkt die erste Information in Vollzug des § 26 Abs 1 ZaDiG bereits ausgehändigt worden sei, weshalb die Regelung, wonach nur eine (weitere) Bereitstellung der Information kostenlos erfolge, zulässig sei. Ferner liege kein Verstoß gegen § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG vor, weil die Formulierung, ein Entgelt sei an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet, nicht bedeute, dass dieses nicht auch einen Gewinnanteil bzw einen Anteil an den Gemeinkosten enthalten dürfe. Aufwendungen entstünden durch Zahlungen an Dritte, wohingegen in das Entgelt auch der „Werteverzehr in der inneren Organisation des Unternehmens“ einzurechnen sei. Auch sei § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG, wonach „Entgelte vereinbart werden“ nicht dahingehend aussagekräftig, wann und in welchem Zusammenhang die Vereinbarung erfolgen könne bzw müsse.

Das **Erstgericht** gab dem Unterlassungsbegehren statt und vertrat die Auffassung, „diese Klausel“ widerspreche den gesetzlichen Anforderungen, weil einerseits aus dem Gesetz hervorgehe, dass die Bank nicht nur vor, sondern auch während der Vertragslaufzeit Informationen kostenlos zur Verfügung stellen müsse; andererseits regle das Gesetz das Erfordernis, gesonderte Vereinbarungen hinsichtlich des

Kostenfaktors für zusätzliche Bereitstellung von Informationen mit dem jeweiligen Kunden zu treffen. Selbst wenn man „die Klausel“ so verstehe, dass nur eine einmalige Bereitstellung kostenlos sei, müsse vorab eine Vereinbarung über den Entgeltanspruch sowie dessen Höhe getroffen werden.

Das **Berufungsgericht** folgte der Rechtsansicht des Erstgerichts und ergänzte, eine Formulierung, die Information werde einmalig kostenlos zur Verfügung gestellt, sei hinsichtlich der Tatsache, dass gegebenenfalls die Information bereits im Sinn des § 27 Abs 1 ZaDiG vor Vertragsabschluss ausgehändigt worden sei, intransparent und entspreche nicht den Anforderungen des § 6 Abs 3 KSchG. Für einen durchschnittlichen Kunden sei aus Z 43 Abs 3 AGB 2009 jedenfalls nicht eindeutig zu erkennen, dass er zusätzlich zur vorvertraglichen Information eine weitere kostenlose Bereitstellung der Information begehren könne.

Die **Revision** der Beklagten ist nicht berechtigt.

Nach den Vorgaben der RL 2007/64/EG (vgl Erwägungsgründe 26 und 28; Art 32, Art 41 und Art 43) hat 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 iVm §§ 28 bis 30, 31 Abs 1 bis 4, 32 und 33 durch den Zahlungsdienstleister an den Zahlungsdienstnutzer unentgeltlich zu erfolgen hat. § 26 Abs 1 ZaDiG normiert die Pflicht des Zahlungsdienstleisters, den Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig, bevor dieser durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, die Informationen und Vertragsbedingungen in der dort genannten Form mitzuteilen. Nach § 26 Abs 4 ZaDiG kann der Zahlungsdienstnutzer

jederzeit während der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrags die Vorlage der Informationen und Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger verlangen. Aus der Bezugnahme in § 27 Abs 1 ZaDiG sowohl auf die Informationsbereitstellung gemäß § 26 Abs 1 als auch auf § 26 Abs 4 ZaDiG ergibt sich, dass der Zahlungsdienstleister dem Kunden die betreffenden Informationen zum einen jedenfalls vor Abgabe der Vertragserklärung und zum anderen (auf Verlangen) neuerlich während der Vertragslaufzeit kostenlos zur Verfügung stellen muss (*Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 27 Rz 11; § 28 Rz 23).

In Z 43 Abs 3 AGB 2009 ist für die „einmalige“ Bereitstellung bestimmter Informationen an Verbraucher eine Ausnahme vom Grundsatz der Entgeltlichkeit für Leistungen des Kreditinstituts (Z 43 Abs 1 AGB 2009) geregelt. Die AGB 2009 bedürfen zwar einer Vereinbarung, dies schließt jedoch nicht aus, dass sich die in Z 43 Abs 3 AGB 2009 genannte „einmalige“ Bereitstellung auf die bereits zuvor erfolgte vorvertragliche Information bezieht. Bei kundenfeindlichster Auslegung würde sich ergeben, dass einschließlich der Vorabinformation nur eine einmalige Bereitstellung der angeführten Informationen unentgeltlich sein soll. Dies stünde im Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben in § 27 Abs 1 iVm § 26 Abs 4 ZaDiG, weil der Verbraucher das Recht auf zumindest zweimalige kostenlose Bereitstellung der Informationen hat (so *Weilinger/Knauder* aaO; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* aaO 78).

Jedenfalls verstößt diese Klausel gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Für den Verbraucher kommt nicht klar und verständlich zum Ausdruck, dass auch die (nochmalige) Bereitstellung während der Vertragslaufzeit

der bereits vor Vertragsabschluss ausgefolgten Informationen kostenlos sein soll. Der Ausdruck „einmalige Bereitstellung“ erweckt beim - auch verständigen - Durchschnittsverbraucher den Eindruck, dass nur die ihm vor Vertragsabschluss bereits zur Verfügung gestellte Information unentgeltlich ist. Damit lässt diese Klausel den Zahlungsdienstnutzer aber über seine Rechtsposition im Unklaren (einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG erwägend auch *Weilinger/Knauder* aaO).

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 (*Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz [I], *ecolex* 2010, 22; *Blaschitz*, Die Verrechnung von Entgelten im Zahlungsdienstegesetz, *ÖJZ* 2011, 1061 [1062]; *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 27 Rz 8, § 28 Rz 22 f; *Leixner* aaO § 27 Rz 2 ff): zum einen den Aufwandersatz 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 Aufwandersatz 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 Aufwandersatz- 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 Aufwandersatz getroffen wird. Für § 1014 ABGB bleibt in diesem Anwendungsbereich insofern kein Platz mehr (*Haghofer* aaO; *Blaschitz* aaO; *Leixner* aaO § 27 Rz 2; vgl *Weilinger/Knauder* aaO § 28 Rz 23).

Gemäß § 27 Abs 1 zweiter und dritter Satz ZaDiG kann der Zahlungsdienstleister im Hinblick auf gesetzlich nicht geschuldete Informationen mit dem Kunden vor der Informationsbereitstellung ein Entgelt vereinbaren, das angemessen und an seinen tatsächlichen Kosten ausgerichtet sein muss. Eine darüber hinausgehende Verrechnung von Entgelten für Informationen ist unwirksam. Art 32 Abs 3 RL 2007/64/EG spricht in diesem Zusammenhang ebenfalls von einem Entgelt, das „angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet“ sein muss (englische Fassung: „*they shall be appropriate and in line with the payment service provider's actual costs*“). Für die über Satz 1 von § 27 Abs 1 ZaDiG hinausgehenden Informationen, deren häufigere Bereitstellung oder Übermittlung in anderer als im Rahmenvertrag vorgesehener Weise kann der Zahlungsdienstleister dafür vom Kunden ein Entgelt verlangen, das angemessen und den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters entspricht. Damit steht dem Zahlungsdienstleister kein Gewinnanteil zu.

Nach Z 43 Abs 1 AGB 2009 ist die Beklagte berechtigt, für ihre Leistungen vom Kunden Entgelte zu verlangen. Der Verbraucher schuldet dieses Entgelt für die nicht von Z 43 Abs 3 AGB 2009 erfassten Informationen im Sinn des § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG. Nach der allgemein formulierten Z 44 erster Satz AGB 2009 hat die Beklagte für ihre Leistungen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt, dessen Höhe sie für bestimmte typische Leistungen in einem Preisaushang festlegen wird. Hinsichtlich der Höhe der Entgelte für Leistungen, die im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrags oder Verbrauchergirokontovertrags erbracht werden, ordnet Z 44 zweiter Satz AGB 2009 an, dass diese nur dann anfallen, wenn sie mit dem Kunden vereinbart

wurden. Die Beklagte verrechnet daher Verbrauchern für gesetzlich nicht geschuldete Informationen ein Entgelt, das - wie sich aus der nur beispielhaften Bezugnahme auf Zinsen und Provisionen in Z 43 Abs 1 AGB 2009 ergibt - auch einen Gewinnanteil beinhaltet. In der Revision beruft sich die Beklagte gerade darauf, dass ein an den „tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtetes“ Entgelt auch einen Gewinnanteil und einen Anteil an den Gemeinkosten enthalten dürfe. In Z 46 AGB 2009 (dazu Klausel 17) wird dem Entgelt der Aufwandsatz gegenübergestellt. Z 46 AGB 2009 betrifft den Ersatz sowohl intern als auch aufgrund von Zahlungen an Dritte anfallender Kosten des Kreditinstituts und umfasst dadurch konkret entstehende Kosten. Diese Unterscheidung zeigt, dass die in Z 43 Abs 1 und Z 44 AGB 2009 genannten Entgelte im Gegensatz zum Aufwandsatz nicht nur die Kosten, sondern jedenfalls auch einen Gewinnanteil des Kreditinstituts beinhalten. Damit räumen diese Klauseln der Beklagten gegenüber Verbrauchern das Recht ein, für die in Satz 2 des § 27 Abs 1 ZaDiG genannten Fälle ein einen Gewinnanteil enthaltendes Entgelt zu verlangen. Ob die Beklagte in diesem Zusammenhang auch einen Anteil an den Gemeinkosten verrechnen darf, kann hier nicht geklärt werden, weil sie diesen Begriff nicht näher definiert. Beispielsweise nennt § 16 Abs 1 Z 1 ZaDiG in anderem Zusammenhang die „fixen Gemeinkosten“, wogegen auch der Begriff der „unechten Gemeinkosten“ (Wikipedia „Gemeinkosten“ <http://de.wikipedia.org/wiki/Gemeinkosten>) gebräuchlich ist. Dadurch, dass der Verbraucher für die mehrmalige Bereitstellung der vorvertraglichen Informationen oder für die Bereitstellung anderer, gesetzlich nicht zwingend vorgesehener Informationen ein - einen Gewinnanteil enthaltendes - Entgelt nach Z 43 Abs 1 AGB 2009 schulden

soll und die Höhe des Entgelts für diese freiwilligen Informationen weder in Z 43 Abs 1 noch in Z 44 AGB 2009 auf die nach den zwingenden gesetzlichen Vorgaben des § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG zulässige Höhe eingeschränkt wird, verstoßen diese Klauseln gegen diese Bestimmung.

Nicht zutreffend ist dagegen die Ansicht des Klägers, dass der Kostenersatz für Informationen, die über die nach § 27 Abs 1 erster Satz ZaDiG kostenfreien Informationen hinausgehen, nach § 27 Abs 1 zweiter Satz ZaDiG - aus Anlass der Informationsanfrage - gesondert vereinbart werden müsste. Das diesbezügliche Entgelt kann bereits vorweg im Rahmenvertrag vereinbart werden; es genügt aber auch die Vereinbarung vor Informationsbereitstellung (*Leixner* aaO § 27 Rz 15).

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist Z 44 erster Satz AGB 2009 nicht deshalb zulässig, weil deren zweiter Satz „für Leistungen im Rahmen eines Verbrauchergirokontovertrags ausdrücklich eine Vereinbarung voraussetzt“. Dass Z 44 erster Satz AGB 2009 nur gegenüber Unternehmern gelten sollte, ergibt sich weder aus dieser Regelung noch im Umkehrschluss aus Z 44 zweiter Satz AGB 2009 und wird auch von der Beklagten nicht konkret behauptet. Z 44 erster Satz AGB 2009 verbleibt auch - außerhalb eines Verbraucherkreditvertrags oder Verbrauchergirokontovertrags - ein Anwendungsbereich für sonstige Zahlungsdienste eines Verbrauchers (zB Sparkonto als Zahlungskonto).

4.9. Klausel 15

Z 44 (zweiter Satz) [...] *Entgelte für Leistungen, die im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrages oder eines Verbrauchergirokontovertrages erbracht werden, fallen nur dann an, wenn sie mit dem Kunden vereinbart wurden.*

Die von den Vorinstanzen infolge Verstoßes

gegen § 27 Abs 2 ZaDiG - zusätzlich - für gesetzwidrig erkannte Klausel ist schon aus den zu Punkt 4.8. dargelegten Gründen unzulässig. Auf die Ausführungen in der **Revision** der Beklagten zu dieser Klausel ist daher nicht näher einzugehen.

4.10. Klausel 16

Z 45 (2) *Mangels anderer Vereinbarung werden die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut erbrachten Dauerleistungen (ausgenommen Zinsen), jährlich mit Wirkung ab dem 1. April jedes Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2000 (VPI) angepasst (erhöht oder gesenkt). Die Anpassung wird in jenem Verhältnis vorgenommen, in dem sich der Jahresdurchschnitt des VPI für das letzte Kalenderjahr vor der Anpassung gegenüber dem Jahresdurchschnitt des VPI für das vorletzte Kalenderjahr vor der Anpassung geändert hat. Erfolgt im Falle der Erhöhung des VPI eine Anhebung der Entgelte aus welchen Gründen immer nicht, so ist dadurch das Recht auf Anhebung in den Folgejahren nicht verloren gegangen. [...]*

Der **Kläger** brachte dazu vor, dass gemäß § 29 Abs 2 erster Satz ZaDiG eine einseitige Änderung der Wechselkurse bzw Zinssätze nur aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und dem KSchG entsprechenden Klausel vorgenommen werden könne. Aus der einschlägigen, dem ZaDiG zu Grunde liegenden Richtlinie sowie dem Gesetzeswortlaut und dem Regelungszusammenhang ergebe sich eindeutig, dass die in Abs 2 aufgezählten Maßnahmen Ausnahmen vom Grundsatz des Abs 1 leg cit darstellten, wodurch für alle nicht im Abs 2 angeführten Fälle hinsichtlich einer Entgeltänderung § 29 Abs 1 ZaDiG zu beachten sei, wonach der Kunde zuzustimmen habe. Keinesfalls sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Regelung angestrebt habe, in der Gleitklauseln für Zinssätze und Wechselkurse zwar bedacht worden seien, die Preisgleitklauseln, gültig für alle anderen Entgelte

hinsichtlich der Zahlungsdienste, jedoch völlig übersehen habe. Somit sei die Absicht des nationalen Gesetzgebers für die Auslegung der Gesetzesstelle nicht beachtlich, weil diese im Widerspruch mit der europarechtlichen Vorgabe des Art 44 RL 2007/64/EG stehe und daher eine einschränkende Auslegung des Abs 1 *leg cit* nicht in Frage komme. Die Richtlinie bezwecke die Wettbewerbsförderung und die Förderung des automatisierten Zahlungsverkehrs. Diesen Zweck umgehe die Möglichkeit, Rahmenvertragsvereinbarungen abzuschließen, die jährliche automatische Preisanhebungen vorsehen. Es sei auch das zwingende sachliche Bedürfnis, die VPI-Anpassung jährlich durchzuführen, nicht gegeben, weshalb nicht von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen sei.

Die **Beklagte** entgegnete, der Wortlaut der Richtlinie beschränke die Erleichterung für Vertragsänderungen auf Änderungen der Zinssätze bzw Wechselkurse. Weder seien andere Entgeltänderungen erwähnt, noch sei ein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb diese Art der Preisanpassung gerade den Banken verwehrt bleiben solle. Diese planwidrige Lücke der Zahlungsdienste-Richtlinie werde daher im Sinn der Vertragsklausel-Richtlinie zu schließen sein. Eine Indexanpassung werde vom Gesetzgeber ausdrücklich als zulässig erachtet. Es bestehe demnach auch ein sachliches Bedürfnis, die Kosten des Zahlungsverkehrs am allgemeinen Preisniveau zu orientieren. Hiezu sei auch auf andere Branchen wie beispielsweise Vermietungen von Liegenschaften verwiesen, wo eine Indexanpassung gesetzlich anerkannt sei.

Das **Erstgericht** vertrat zu dieser Klausel die Auffassung, dass in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgeschrieben sei,

Änderungen des Rahmenvertrags dem Kunden vorzuschlagen, welche dieser bei Vorliegen einer Vereinbarung ablehnen könne. Bei Zinssätzen bzw Wechselkursen könne eine Änderung unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung erfolgen, wenn dies im Rahmenvertrag vereinbart worden sei und die Änderungen auf den Referenzzinssätzen/Referenzwechselkursen beruhten (§ 29 Abs 2 ZaDiG). Die Entgeltanpassung aufgrund - dem KSchG entsprechender - Wertsicherungsklauseln sei als Änderung im Sinn des § 29 Abs 1 ZaDiG anzusehen; dies deshalb, weil eine Sonderregelung hinsichtlich der Zinsen andernfalls nicht erforderlich wäre. Eine planwidrige Lücke liege daher nicht vor. Die Änderungen von Zinssätzen und Wechselkursen (§ 29 Abs 2 ZaDiG) stellten in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art 44 Abs 2 RL 2007/64/EG Ausnahmen für die in § 29 Abs 1 ZaDiG sowie in Art 44 Abs 1 der Richtlinie genannten Tatbestände dar. Alle Fälle, die nicht in Abs 2 aufgezählt seien, seien somit unter Abs 1 einzuordnen.

Das **Berufungsgericht** führte - der Rechtsansicht von *Haghofer* (Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 748 f) folgend - zusammengefasst aus, die Beklagte ordne in Z 45 Abs 2 AGB 2009 einen von § 29 Abs 1 ZaDiG abweichenden Änderungsmodus an, weshalb die Klausel gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam sei. Feststellungen dazu, dass die Kosten des Zahlungsverkehrs mit dem allgemeinen Preisniveau stiegen, seien nicht erforderlich.

Der **Revision** der Beklagten kommt keine Berechtigung zu.

Die Entscheidung 3 Ob 107/11y betrifft eine inhaltsähnliche Klausel einer anderen Bank. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass nach § 29 Abs 1 ZaDiG der

Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in einer bestimmten Weise vorzuschlagen hat, wobei Schweigen unter gewissen Voraussetzungen wieder als Zustimmung gilt. In § 29 Abs 2 erster Satz ZaDiG sei vorgesehen, dass „Änderungen der Zinssätze oder der Wechselkurse ... unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden“ können, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die Änderungen auf den vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhen. In allen nicht in § 29 Abs 2 erster Satz ZaDiG angeführten Fällen (Anpassung von Zinssätzen und Wechselkursen) müsse bei einer Änderung der Entgelte nach dem Abschluss des Rahmenvertrags die in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene (und zweifellos umständliche) Vorgangsweise eingehalten werden, also insbesondere die (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden. Eine Bankklausel über die einseitige Entgeltanpassung nach dem VPI (Indexklausel) verstoße daher gegen § 29 Abs 1 ZaDiG.

Seit dieser Entscheidung hat sich weder Art 44 RL 2007/64/EG, noch dessen Umsetzung in § 29 ZaDiG geändert. Die in 3 Ob 107/11y geäußerte Rechtsansicht deckt sich im Wesentlichen mit den Meinungen von *Haghofer* (Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 748 f), *Weilinger/Knauder* (in *Weilinger*, ZaDiG § 29 Rz 23 f), *Leixner* (aaO § 29 Rz 5), *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* (aaO 88), *Harrich* (aaO 96 ff) und *Rummel* (in *ÖBA* 2012, 178 [Glosse zu 6 Ob 85/11k], der von einer Klarstellung spricht). Sie entspricht auch dem Standpunkt der *European Commission services* (Your questions on PSD, Question no 248 zu Art 44: Auf die Frage,

ob die Zweimonatsfrist auch auf Kontoführungs- oder Zahlungsverkehrsentgelte anwendbar ist, wird festgehalten, dass Art 44 Abs 1 RL 2007/64/EG auf „alle Änderungen des Rahmenvertrags“ zur Anwendung gelangt). *Koch* (ÖBA 2012/1768, 53; bereits zuvor *ders.*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick aaO ÖBA 2009, 875) und *Fichtinger* (EvBl 2012/5) kritisieren die Entscheidung des 3. Senats.

Der erkennende Senat schließt sich der Entscheidung 3 Ob 107/11y an. Im Folgenden wird nur auf jene Argumente der Beklagten eingegangen, die nicht bereits Gegenstand der genannten Entscheidung waren. Ergänzende Feststellungen dazu, dass die Kosten des Zahlungsverkehrs mit dem allgemeinen Preisniveau steigen, sind nicht von rechtlicher Bedeutung. Die Argumente der Beklagten, die sich mit der Rechtsansicht von *Koch* (in ÖBA 2012/1768) decken, zeigen nicht auf, dass kein „acte clair“ vorliegt. Wenn *Koch* (ÖBA 2012, 56) auf Rundfragen in anderen europäischen Ländern verweist, denen zufolge die Preisindexierung im Bankgeschäft außerhalb Österreichs weder nötig noch üblich war, ist nicht recht verständlich, warum gerade die in Österreich verwendeten Preisindexierungsklauseln dazu führen sollen, dass in Art 44 der Richtlinie diesbezüglich eine planwidrige Lücke besteht.

Aus der weder vom Wortlaut des § 29 Abs 2 ZaDiG noch von Art 44 Abs 2 RL 2007/64/EG gedeckten Aussage in den Materialien zum ZaDiG (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 36 zu § 29 Abs 2: „In diesem Rahmen ist auch die Anpassung der Konto- und Zahlungsverkehrsentgelte an den Verbraucherpreisindex ohne Zustimmung des Kunden weiterhin zulässig.“) leiten *Koch* und die Beklagte ab, dass selbst jenes Ministerium (gemeint: Bundesministerium für

Finanzen), das die Republik in den Arbeitsgruppen des Europäischen Rates, in dem die Richtlinie verhandelt worden sei, vertreten und danach die Regierungsvorlage zum ZaDiG verantwortet habe, die Meinung vertrete, die VPI-Anpassung der Kontoführungs- und Zahlungsverkehrsentgelte sei auch unter dem Regime des Art 44 der Richtlinie weiter zulässig. Dies sei zumindest ein Hinweis darauf, welche Vorstellungen österreichischer Regierungsvertreter bei der Verhandlung des Art 44 der Richtlinie gehabt hätten. Dadurch sei die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Sinn der Unzulässigkeit der Preisindexierung nicht derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibe. Bei dieser Beurteilung wird aber nicht berücksichtigt, wie es zur dieser Aussage in der Regierungsvorlage gekommen ist. Der Ministerialentwurf des Bundesministeriums für Finanzen (21/ME 24. GP) enthielt in § 28 Abs 2 bereits die nunmehr in § 29 Abs 2 ZaDiG unverändert übernommene Bestimmung. In den Erläuterungen zu diesem Ministerialentwurf (21/ME 24. GP 31 [zu § 28 Abs 2]) findet sich kein Bezug auf den Verbraucherpreisindex. In der Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich vom 24. 2. 2009 (18/SN-21/ME 24. GP) zu § 28 Abs 2 des Entwurfs findet sich die Aussage, dass trotz des engen Wortlauts des Art 44 Abs 2 der Richtlinie weiterhin von der Zulässigkeit der automatischen VPI-Anpassung auszugehen sei. Im Hinblick auf Z 2 lit d des Anhangs der Vertragsklausel-RL 93/13/EWG weise Art 44 Abs 2 eine planwidrige Lücke auf, „die im Sinne der Vertragsklausel-RL zu schließen ist, ohne dass dadurch das Schutzniveau für den Kunden leiden würde. Die Zulässigkeit der VPI-Anpassung muss zumindest in den Erläuternden Bemerkungen ihren entsprechenden Niederschlag finden“. Ohne dass sich der Gesetzeswortlaut in

§ 29 Abs 2 ZaDiG gegenüber dem Ministerialentwurf geändert hat, findet sich nunmehr in den Gesetzesmaterialien die vorstehend zitierte Aussage. Unter Berücksichtigung dieser Entwicklungsgeschichte ist höchst zweifelhaft, ob die Regierungsvertreter jemals eine solche Ansicht vertreten haben; zudem kommt den Gesetzesmaterialien angesichts des klaren Gesetzeswortlauts und der eindeutigen Richtlinienbestimmung nicht die Bedeutung zu, dass begründete Zweifel an der richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts bestünden.

Der Erörterung der Bedenken der Beklagten und von *Koch* (ÖBA 2012, 56 f) im Hinblick auf die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes ist voranzustellen, dass von der Vorschrift des § 29 ZaDiG über Änderungen des Rahmenvertrags im Verkehr mit Unternehmern abgewichen werden darf (§ 26 Abs 6 zweiter Satz ZaDiG e contrario; *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 29 Rz 23). § 29 ZaDiG ist nur im Verhältnis zum Verbraucher relativ zwingend (§ 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (21. 7. 2011, C-21/10, *Károly Nagy/Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal*, Rn 47 mwN) verlangt der in Art 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist. Z 2 lit d des Anhangs zur RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen regelt, dass Z 1 lit l des Anhangs dieser Richtlinie Preisindexklauseln nicht entgegensteht, „wenn diese rechtmäßig sind und der Modus der Preisänderung darin

ausdrücklich beschrieben wird“. Die Beklagte verweist - ebenso wie *Koch* - darauf, dass die Möglichkeit der Indexbindung von Entgelten in Dauerschuldverhältnissen in der RL 93/13/EWG allen anderen Unternehmern zugebilligt werde und nur den Zahlungsdienstleistern durch die RL 2007/64/EG vorenthalten werde. Eine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von Zahlungsdienstleistern einerseits und allen anderen Unternehmern andererseits sei nicht gegeben. Der Umstand, dass Zahlungsdienstleister aufgrund Art 44 Abs 1 der Richtlinie und deren Umsetzung in § 29 Abs 1 ZaDiG die Änderung von Entgelten nicht länger einseitig, basierend auf einer Entgeltanpassungsklausel vornehmen können, sondern den darin beschriebenen Vertragsanpassungsmechanismus einzuhalten haben, belegt aber keinen Verstoß gegen Art 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. § 29 Abs 1 ZaDiG schließt die Möglichkeit der Preisindexierung von Entgelten für Zahlungsdienstleister nicht aus, bleibt doch die Geltung und Wirksamkeit von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG über die Ausgestaltung von Zinsgleitklauseln von dieser Regelung unberührt (vgl 207 BlgNR 24. GP 36 - wenn auch zu § 29 Abs 2 ZaDiG). Zwar ist die Einhaltung der in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehenen Vorgangsweise zweifellos umständlicher als eine einseitige Erhöhung der Entgelte nach dem Verbraucherpreisindex, jedoch verstößt lediglich die Einhaltung dieses Modus nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Darauf, dass die Kreditinstitute dadurch neu entstehende Kosten voraussichtlich auf die Verbraucher überwälzen werden, weist *Fichtinger* (EvBl 2012/5) hin. Zudem dürften sämtliche österreichische Kreditinstitute Verbraucherpreisindexklauseln verwenden (siehe den Sachverhalt von 3 Ob 107/11y) und unterliegen diesbezüglich

der Verpflichtung nach § 29 Abs 1 ZaDiG, sodass insofern alle Zahlungsdienstleister untereinander gleich behandelt werden.

Da ein „acte clair“ vorliegt, besteht keine Vorlageverpflichtung nach Art 267 AEUV. Das von der Beklagten in diesem Zusammenhang beantragte Vorabentscheidungsersuchen ist daher nicht erforderlich. Dieser Antrag ist im Übrigen schon aus formalen Gründen zurückzuweisen, weil allein das Gericht von Amts wegen zu entscheiden hat, ob der Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen ist. Die Parteien können ein solches Ersuchen nur anregen (RIS-Justiz RS0058452 [T14, T16]).

4.11. Klausel 17

***Z 46 (1)** Der Kunde trägt alle aufgrund der Geschäftsverbindung mit ihm entstehenden, notwendigen und nützlichen Aufwendungen, Auslagen, Spesen und Kosten, insbesondere Stempel- und Rechtsgebühren, Steuern, Porti, Kosten für Versicherung, Rechtsvertretung, Betreuung und Einbringung, betriebswirtschaftliche Beratung, Telekommunikation sowie Bestellung, Verwaltung und Verwertung oder Freigabe von Sicherheiten. Kann das Kreditinstitut eine Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchführen oder muss es aufgrund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werden, ist es zur Einhebung eines angemessenen pauschalen Aufwandersatzes gemäß Aushang berechtigt.*

Der **Kläger** brachte dazu vor, die Bank dürfe dem Kunden nur in den drei Fällen des § 27 Abs 3 ZaDiG Entgelt für die Erfüllung von Nebenpflichten verrechnen. Diese Regelung stelle nicht auf einen Entgeltanspruch der Bank im engeren Sinn ab, sondern auf die Frage, wann der Bank ein Kostenersatz zustehe. Die Kosten seien demnach vorweg im Rahmenvertrag zu vereinbaren. Daraus ergebe sich, dass die Bank einerseits gesetzwidrig über die abschließend aufgezählten Fälle hinaus einen Aufwandersatz regeln wolle, andererseits werde die Art der Vereinbarung (Mitteilung

einerseits im Vorvertrag, andererseits im Rahmenvertrag) nicht eingehalten. Könne die Bank für alle nicht in § 27 Abs 3 ZaDiG erwähnten Dienste Aufwandersatz nach § 1014 ABGB verrechnen, wäre der Schutzzweck der Bestimmung untergraben. § 27 Abs 3 ZaDiG gehe dieser Bestimmung jedoch hinsichtlich „Alter und Spezialisierung“ vor.

Die **Beklagte** replizierte, § 27 Abs 3 ZaDiG regle die Fälle, in denen der Bank eine Vergütung für die Erbringung von Nebenpflichten zustehe, nicht abschließend. Vielmehr handle es sich um eine klare Grenzziehung zwischen Aufwandersatz und Entgelt. Da das Gesetz von „Entgelt“ spreche, nehme es eben keine Begrenzung des Aufwandersatzes vor.

Das **Erstgericht** folgte der Rechtsansicht des Klägers und vertrat die Ansicht, die Klausel widerspreche der in § 27 Abs 3 ZaDiG taxativ geregelten Aufzählung. Diese Bestimmung regle nicht das Entgelt im engeren Sinn, sondern einen pauschalierten Aufwandersatz. Als *lex specialis* gehe sie weiters auch dem § 1014 ABGB vor. Kundenfeindlich ausgelegt sehe die Klausel auch bei in § 27 Abs 3 ZaDiG nicht erwähnten Fällen einen Ersatzanspruch der Bank vor. Die Bank umgehe mit dieser Klausel die abschließend geregelten vereinbarungsfähigen Fälle.

Das **Berufungsgericht** führte unter Bezugnahme auf *Haghofer* (Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz [I], *ecolex* 2010, 21 ff) aus, dass in § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG abschließend geregelt werde, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten (§ 27 Abs 2 ZaDiG) einen Kostenersatzanspruch geltend machen könne, wenn er dem Kunden Informationen zur Verfügung stelle oder Nebenleistungen erbringe, die er vertraglich oder nach dem

Gesetz schulde. § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG stellen eine lex specialis dar und verdrängen in ihrem Anwendungsbereich § 1014 ABGB. Obwohl auch hier der Begriff „Entgelt“ verwendet werde, ergebe sich aus dem Inhalt und dem Zweck der Absätze 1 und 3, dass in ihnen - anders als in Abs 2 des § 27 ZaDiG - der Aufwandsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters abschließend geregelt werden solle. Könnte der Zahlungsdienstleister für die nicht in § 27 Abs 3 ZaDiG angeführten Nebenpflichten einen Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB geltend machen, verlöre die Bestimmung ihren Sinn. Das ZaDiG halte sich nur deswegen nicht an die in Österreich bislang übliche Unterscheidung, weil es den weiten Entgeltbegriff der RL 2007/64/EG übernehme, der sowohl das Entgelt im engeren Sinn als auch den Aufwandsersatz einschließe.

Die **Revision** der Beklagten ist nicht berechtigt.

Zum Entgeltbegriff des § 27 Abs 3 ZaDiG kann zunächst auf die Ausführungen zu Punkt 4.8. (Klauseln 14) verwiesen werden. Gemäß § 27 Abs 3 ZaDiG dürfen dem Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister lediglich für drei Nebenleistungen Entgelte verrechnet werden. Nach der taxativen Aufzählung dieser Bestimmung sind dies Entgelte für Mitteilungen des Zahlungsdienstleisters über die Ablehnung der Ausführung von Zahlungsvorgängen (§ 39 Abs 2 ZaDiG), für den Widerruf eines Zahlungsauftrags nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit (§ 40 Abs 3 ZaDiG) oder für die Wiederbeschaffung eines Geldbetrags, der wegen fehlerhafter Kundenidentifikatoren verloren gegangen ist (§ 35 Abs 4 Z 4 ZaDiG). In diesen drei Fällen der Erbringung bestimmter sonstiger Nebenpflichten setzt das Bestehen des Entgeltanspruchs des Zahlungsdienstleisters nach § 27 Abs 3 letzter Satz ZaDiG voraus, dass das Entgelt bereits im

Rahmenvertrag oder im „Einzelzahlungsvertrag“ ausdrücklich vereinbart wurde (§ 28 Abs 1 Z 3 lit a, § 32 Abs 1 ZaDiG). Solche Entgelte sind zudem nur zulässig, wenn sie angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sind. Daraus folgt, dass es sich bei diesen Ansprüchen nicht um ein Entgelt im engeren Sinn handelt. Vielmehr geht es um die Frage eines Aufwand-/Kostenersatzanspruchs, der bereits vorweg festgelegt (dies setzt eine Pauschalierung voraus) und ausdrücklich vereinbart werden muss (*Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 27 Rz 12, § 28 Rz 23; *Haghofer*, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz [I], *ecolex* 2010, 22 FN 17: pauschalierter Aufwandsatz). Das Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Ausgaben des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein, darf diese also nicht überschreiten. Aufgrund dieser „Kostenbasiertheit“ muss sich das Entgelt an den gewöhnlich für die Erfüllung der spezifischen Nebenpflicht anfallenden Aufwendungen orientieren, darf sich also von den tatsächlich zu erwartenden Kosten nicht allzu weit entfernen (*Harrich* aaO 108).

Aus § 27 Abs 3 ZaDiG folgt des Weiteren im Umkehrschluss, dass die Zahlungsdienstleister die ihnen im ZaDiG im Zusammenhang mit der Durchführung konkreter Zahlungen vorgeschriebenen sonstigen Nebenpflichten grundsätzlich unentgeltlich zu erfüllen haben (*Weilinger/Knauder* aaO § 27 Rz 12, § 28 Rz 23; *Koch*, ÖBA 2009, 878; vgl *Haghofer* aaO 22 FN 11; *Leixner* aaO § 27 Rz 8; *Harrich* aaO 106; *Blaschitz* aaO 1062; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* aaO 81). Für Nebenpflichten, die sich nicht aus dem Gesetz (ZaDiG) ableiten lassen, aber vertraglich vorgesehen sind, soll allerdings die Vereinbarung eines Entgelts zulässig sein, weil es sich dabei um eine

freiwillige Sonderleistung handelt (*Harrich* aaO 106; in diesem Sinn wohl auch *Haghofer* aaO 22 FN 10: für „freiwillige Zusatzleistungen“).

Gemäß § 26 Abs 6 erster Satz ZaDiG darf in Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers insbesondere von § 27 Abs 3 ZaDiG nicht abgewichen werden; die abweichenden Bestimmungen sind unwirksam. § 27 Abs 3 ZaDiG ist Verbrauchern gegenüber relativ zwingend. Die Unwirksamkeit von rechtswidrig vereinbarten Vertragsbestimmungen dient der Absicherung der wirksamen Umsetzung und ist gleichzeitig ein geeignetes Sanktionsmittel, das vom betroffenen Zahlungsdienstnutzer besonders einfach, nämlich mittels bloßer Einrede geltend gemacht werden kann (ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 33).

Schon das Erstgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass Z 46 Abs 1 AGB 2009 aus zwei Gründen gegen § 27 Abs 3 ZaDiG verstößt (so auch *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 27 Rz 12, § 28 Rz 23; *Gelbmann/Jungwirth/Kolba* aaO 82 [zu Satz 1 der Klausel]). Nach dem ersten Satz der Klausel trägt der Kunde „alle aufgrund der Geschäftsverbindung mit ihm entstehenden, notwendigen und nützlichen Aufwendungen, Auslagen, Spesen und Kosten“. Damit räumt die Klausel bei kundenfeindlicher Auslegung der Beklagten gegenüber einem Verbraucher einen Aufwandersatzanspruch auch dann ein, wenn sie ihre im ZaDiG - außerhalb des Anwendungsbereichs des § 27 Abs 3 ZaDiG - gesetzlich vorgeschriebenen sonstigen Nebenpflichten erfüllt. Auch enthält die Klausel keine Einschränkung, dass sie nur auf Fälle anwendbar sein soll, die nicht dem ZaDiG unterliegen. Für die Erfüllung gesetzlicher Nebenpflichten darf nur in den drei in § 27 Abs 3 ZaDiG genannten Fällen „Entgelt“ (Ersatz von

Aufwendungen) verlangt werden. Jedenfalls für den Rahmenvertrag wird mit der Klausel in den Fällen des § 27 Abs 3 ZaDiG die ausdrückliche Vereinbarung (Pauschalierung des Aufwandsatzes bereits im Rahmenvertrag), wobei dem Kunden dieses „Entgelt“ und dessen Aufschlüsselung mitzuteilen ist (§ 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG), nicht erfüllt. Für die Aufwandsatzfälle des § 27 Abs 3 Z 2 und 3 ZaDiG enthält der erste Satz der Klausel überhaupt keine konkrete Entgeltbestimmung, für den Fall, dass die Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchführbar ist (gemeint dürfte damit der Fall des § 27 Abs 3 Z 1 iVm § 39 Abs 2 ZaDiG sein), wird im zweiten Satz der Klausel unzulässig auf die Einhebung „gemäß Aushang“ verwiesen. Ein Preisaushang genügt den gesetzlichen Anforderungen jedoch nicht.

Für die von der Beklagten angestrebte geltungserhaltende Reduktion der Klausel „bei jenen Bankgeschäften, auf welche das ZaDiG nicht anwendbar ist“, ist im Verbandsprozess kein Raum (RIS-Justiz RS0038205).

5. Zum Veröffentlichungsbegehren:

Der **Kläger** verwies auf ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten. Die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in der auflagenstärksten österreichischen Tageszeitung entspreche der Judikatur. Bloß über die Homepage www.verbraucherrecht.at könnten nur jene Verkehrskreise erreicht werden, die aktiv solche Informationen suchten. Zweck sei es aber, dass auch Personenkreise erreicht würden, die sich diese Informationen gerade nicht selbständig aktiv beschaffen.

Die **Beklagte** entgegnete, dass der Kläger die Allgemeinheit ohne Zugangsbeschränkungen kostenfrei auf

seiner Homepage www.verbraucherrecht.at eingehend über das Prozessgeschehen informiere und auch entsprechende Presseaussendungen vornehme. Daher werde auch über die Medien entsprechend berichtet werden, sodass eine gesonderte Urteilsveröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ durch den Kläger nicht mehr erforderlich sei. Es wäre ausreichend, wenn in dieser Zeitung der Urteilskopf mit Hinweis darauf, wo der Volltext der Entscheidung bezogen werden könne, publiziert werde.

Das **Erstgericht** ordnete die begehrte Urteilsveröffentlichung an. Dazu führte es aus, dass schon deswegen ein berechtigtes Interesse gemäß § 30 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG vorliege, weil die Beklagte einen sehr großen Kreis von Konsumenten im gesamten Bundesgebiet erreiche. Zweck der Urteilsveröffentlichung sei, dass auch Personenkreise erreicht würden, die sich diese Informationen gerade nicht selbständig aktiv beschaffen.

Das **Berufungsgericht** bestätigte das Urteil des Erstgerichts und schloss sich dessen Rechtsansicht an. Ausgehend vom Zweck der Urteilsveröffentlichung sei die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenen Klauseln zweckmäßig und angemessen. Eine Veröffentlichung auf der Homepage des Klägers sowie die zu erwartende Berichterstattung in diversen Medien täte dem Informationsrecht der Verbraucher nicht Genüge, weil dazu einerseits ein aktives Tun der Verbraucher erforderlich sei, um die Informationen von einer Website zu beziehen, andererseits die Medienberichterstattung jedenfalls keine wertneutrale Information darstelle, sondern diese nur durch eine offizielle Urteilsveröffentlichung gewährleistet sei.

Zur **Revision** der Beklagten ist zu erwägen:

Dem ergänzenden Vorbringen der Beklagten im

Berufungs- und Revisionsverfahren zum Veröffentlichungsbegehren und den dazu beehrten Feststellungen steht das Neuerungsverbot (§ 482 Abs 1, § 504 Abs 2 ZPO) entgegen.

§ 30 Abs 1 KSchG ordnet an, dass unter anderem § 25 Abs 3 bis 7 UWG für die Verbandsklage sinngemäß zu gelten hat. Gemäß § 25 Abs 3 UWG hat das Gericht der obsiegenden Partei, wenn diese daran ein berechtigtes Interesse hat, auf Antrag die Befugnis zuzusprechen, das Urteil innerhalb einer bestimmten Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruchs und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen hindern, also der Aufklärung des Publikums dienen (RIS-Justiz RS0079764). Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären (vgl RIS-Justiz RS0079820). Die Berechtigung des Begehrens hängt davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im beehrten Ausmaß besteht (RIS-Justiz RS0079737). Das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit - also nicht nur unmittelbar betroffene Geschäftspartner - das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbedingungen geschärft und es wird ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (2 Ob 215/10x mwN).

Unter Berücksichtigung der österreichweiten

Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken bestehen gegen die angeordnete Form der Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln keine Bedenken. Dazu kann auf die zutreffende Begründung des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Veröffentlichungen des Klägers - sei es auch auf einer Homepage - und eine allgemeine mediale Berichterstattung werden dem Bedürfnis der Verbraucher nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das Argument der Beklagten, es reiche aus, wenn in der Tageszeitung lediglich der Urteilskopf mit einem Hinweis darauf publiziert werde, wo der Volltext der Entscheidung bezogen werden könne, ist nicht zielführend. Eine Vielzahl von Verbrauchern, die der Informationsaufnahme mittels elektronischer Medien noch reserviert gegenüberstehen, erhielten dadurch vom Inhalt (Spruch) der Entscheidung keine Kenntnis.

Das Veröffentlichungsbegehren des Klägers erweist sich somit als berechtigt.

Die Beklagte beantragte schon im Verfahren erster Instanz die Veröffentlichung eines „klageabweisenden Teils“ des Urteilsspruchs und wiederholt diesen Antrag in der Revision. Nach der Rechtsprechung (10 Ob 70/07b; zust *Kathrein* in KBB³ § 30 KSchG Rz 2; aA *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG³ [2010] §§ 28 bis 30 Rz 10b; allgemein dazu *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ [2006] Rz 34) kann im Einzelfall auch dem Unternehmer ein Anspruch auf Veröffentlichung (des klagsabweisenden Teils der Entscheidung) zustehen, sofern er daran ein „berechtigtes Interesse“ im Sinn des § 25 Abs 3 UWG hat. Ein solches Interesse kann etwa darin liegen, einem beim Publikum durch die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils der

Entscheidung entstehenden „falschen Eindruck“ richtigzustellen. Dies wurde in der Entscheidung 10 Ob 70/07b deshalb bejaht, weil der Verband letztlich nur gegen 12 von 24 Klauseln - der Hälfte seines Begehrens - durchdrang. Die hier insgesamt 17 Klauseln bekämpfende Klage hat sich letztlich mit 16 Klauseln als erfolgreich erwiesen. Der Kläger ist nur gegenüber der Klausel 13 unterlegen. In diesem Fall gebietet es weder die Billigkeit noch der Umstand, dass die Verbandsklage eine gewisse Publizität erlangte, und auch nicht die Abwendung eines „falschen Eindrucks“ durch die Veröffentlichung lediglich des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs, dem Beklagten die gleiche Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit zu bieten wie dem Kläger.

Das Urteilsveröffentlichungsbegehren der Beklagten ist demnach nicht gerechtfertigt und daher abzuweisen.

II. Zur Revision des Klägers:

Der **Kläger** stellte sein Unterlassungsbegehren ohne Leistungsfrist.

Die **Beklagte** beantragte in der Klagebeantwortung für den Fall der Klagsstattgebung die Setzung einer angemessenen Leistungsfrist von sechs Monaten für die Erfüllung des Unterlassungsanspruchs. Sie benötige diese Leistungsfrist, weil die Überarbeitung ihrer AGB 2009 (Adaptierung an die Entscheidungsgründe) sowie die Erstellung und Verteilung neuer Drucksorten der AGB und die Vornahme der Eingaben in ihre Datenverarbeitungssysteme geraume Zeit in Anspruch nehmen werde. Dazu sei auch eine Verständigung der Kunden notwendig, wobei eine Vorlaufzeit von dreieinhalb Monaten erforderlich sei, nämlich sechs Wochen bis die per

Kontoauszugsdrucker zugestellte Erklärung den Kunden als zugegangen gelte und sodann weitere zwei Monate Widerspruchsfrist gemäß Z 2 Abs 1 AGB 2009.

Das **Erstgericht** gab dem Unterlassungsbegehren (ohne Setzung einer Leistungsfrist) statt.

Das **Berufungsgericht** gab insofern der Berufung der Beklagten Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es für das Unterlassungsbegehren eine Leistungsfrist von sechs Monaten festsetzte. Rechtlich führte es unter Bezugnahme auf die Entscheidung 10 Ob 70/07b aus, § 409 ZPO, der den Richter zur Setzung einer Leistungsfrist verpflichte, ohne dass es auf einen Antrag ankomme, sei auf „reine“ Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden. Immer dann, wenn die Beklagte nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet sei, die auch ein positives Tun (wie hier bei der Abänderung der AGB 2009) enthalte, sei gemäß § 409 Abs 2 ZPO vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen. Nach § 409 Abs 2 ZPO könne der Richter somit auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließe. Dies treffe insbesondere bei Verbandsklagen zu, weil die Beklagte das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen könne, dass sie ihre AGB ändere (4 Ob 130/03a). Eine sechsmonatige Leistungsfrist sei - auch angesichts des mit einzubeziehenden Zeitbedarfs im Zusammenhang mit den Klauseln, die eine Verständigung der Kunden und eine Widerspruchsfrist vorsehen - nicht unangemessen.

Die **Revision** des Klägers ist mangels einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO und überdies jedenfalls hinsichtlich der Klauseln 1, 2, 3, 7, 8 und 11 infolge nunmehr fehlender Beschwer nicht zulässig.

Der Kläger behauptet, der Oberste Gerichtshof habe „bisher dem AGB-Verwender in den Verfahren nach § 28 KSchG keine Leistungsfrist“ eingeräumt, es fehle Judikatur, „ob subjektive Schwierigkeiten der Beklagten, AGB neu zu fassen, eine bestimmte Leistungsfrist“ rechtfertigten, und das Berufungsurteil stehe hinsichtlich der Setzung einer Leistungsfrist in Widerspruch zu einer nicht genannten Judikatur des Obersten Gerichtshofs, die bei „reinen“ Unterlassungen keine Leistungsfrist für die Beklagte vorsehe. Die Revision des Klägers lässt jegliche Auseinandersetzung mit der vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Setzung einer Leistungsfrist für die Anpassung der Geschäftsbedingungen unzulässiger Klauseln vermissen (4 Ob 130/03a = SZ 2003/115 [dreimonatige Leistungsfrist]; 10 Ob 70/07b [sechsmonatige Leistungsfrist]), die auch in der Lehre Zustimmung findet (*Rechberger* in *Rechberger*³ § 409 ZPO Rz 1). Zudem handelt es sich bei der Bestimmung einer Leistungsfrist, wenn der Kläger - wie hier - keine „reine“ Unterlassung begehrt, weil die Beklagte das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen kann, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert, um eine Frage des Einzelfalls, die vom Berufungsgericht in vertretbarer Weise gelöst wurde.

Das Berufungsurteil wurde dem Kläger am 27. 9. 2011 zugestellt. Mit der am 30. 3. 2012 beim Obersten Gerichtshof eingelangten Eingabe zog die Beklagte ihre Revision in Ansehung der Klauseln 1, 2, 3, 7, 8 und 11 zurück. Damit fehlt dem Kläger nunmehr, nach Ablauf der Leistungsfrist von sechs Monaten gemäß § 409 Abs 3 ZPO in diesem Umfang die für jedes Rechtsmittel erforderliche Beschwer. Es ist nicht Sache der übergeordneten Instanz, rein

theoretische Fragen zu entscheiden. Kann ein Rechtsmittel seinen eigentlichen Zweck, die Rechtswirkungen der bekämpften Entscheidung durch deren Abänderung oder Aufhebung zu verhindern oder zu beseitigen, nicht mehr erreichen, dann fehlt es an dem notwendigen Rechtsschutzinteresse. Die Beschwer muss zur Zeit der Einleitung des Rechtsmittels gegeben sein und zur Zeit der Entscheidung über das Rechtsmittel noch fortwirken (4 Ob 524/88; *Kodek* in *Rechberger*² Vor § 461 ZPO Rz 9 mwN). Hier ist der Unterlassungsanspruch des Klägers hinsichtlich der genannten Klauseln infolge der Zurückziehung der Revision der Beklagten jedenfalls bereits in Rechtskraft erwachsen. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Leistungsfrist von sechs Monaten ist nunmehr längst abgelaufen. Die Rechtsposition des Klägers könnte daher hinsichtlich der Entscheidung über die Leistungsfrist keinesfalls mehr beeinträchtigt werden, weil er seinen Unterlassungsanspruch in diesem Umfang bereits exekutiv verfolgen könnte (vgl 4 Ob 524/88 [keine Beeinträchtigung bei Verlängerung der Leistungsfrist, wenn infolge Teilrechtskraft diesbezüglich bereits Exekution geführt werden kann]).

Die Revision des Klägers ist daher insgesamt zurückzuweisen.

III. Kosten:

Die neu zu fassende Kostenentscheidung gründet sich auf § 41, § 43 Abs 2 erster Fall und § 50 ZPO.

Der Kläger hat im Verfahren aller drei Instanzen mit 16 von 17 Klauseln sowie in entsprechendem Umfang mit dem Veröffentlichungsbegehren obsiegt, sodass ihm ein Kostenzuspruch gemäß § 43 Abs 2 erster Fall ZPO - auf Basis des Streitwerts der erfolgreichen Ansprüche (RIS-Justiz

RS0116722) - zusteht. Das geringfügige Obsiegen der Beklagten hinsichtlich der Verlängerung der Leistungsfrist im Berufungsverfahren ist kostenmäßig zu vernachlässigen. Die Beklagte hat daher dem Kläger die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungs- und Revisionsverfahrens (Revision der Beklagten) zu ersetzen. Dagegen hat die Beklagte gemäß § 41 iVm § 50 ZPO Anspruch auf die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung zur Revision des Klägers.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 1. August 2012
Dr. S a i l e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG