



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Dr. Rassi und MMag. Matzka 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 ING-DiBA Austria Niederlassung der ING-DiBA AG, Wien 2, Galaxy Tower, Praterstraße 31, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.500 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 5.500 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 13. Dezember 2017, GZ 1 R 79/17w-13, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 23. März 2017, GZ 18 Cg 69/16k-7, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das im Unterlassungsbegehren zu den Klauseln 6, 13 und 14 rechtskräftig ist und zu den Klauseln 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10 und 11 sowie zum Veröffentlichungsbegehren bestätigt wird, wird in Punkt 1b dahin abgeändert, dass die Frist, binnen der die beklagte Partei schuldig ist, die Verwendung der Klauseln 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 und 14 oder sinngleicher Klauseln zu unterlassen, mit sechs Monaten festgesetzt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit insgesamt 9.570,87 EUR (darin enthalten 1.734,57 EUR an Barauslagen und 1.306,05 EUR an USt)

bestimmten Kosten aller drei Instanzen 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 gemäß § 29 Abs 1 KSchG klagebefugter Verein. Die Beklagte ist ein in Österreich tätiges Kreditunternehmen und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Im Revisionsverfahren sind noch folgende neun Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (einschließlich der „*Allgemeinen Informationen der ING-DiBa Direktbank Austria zu Zahlungsdienstleistungen für Verbraucher*“ und der „*Besonderen Geschäftsbedingungen für das Girokonto der ING-DiBa Direktbank Austria*“) streitgegenständlich (die Nummerierung orientiert sich an jener in der Klage):

1. Die Postbox ist ein elektronischer Briefkasten, in den Erklärungen und Informationen des Kreditinstituts eingehen. Die Postbox ist über das Online-Banking und das Mobile-Banking/die Banking App abrufbar. Sämtliche Konto- und Depotinformationen sowie den Kunden betreffende Mitteilungen werden vom Kreditinstitut in elektronischer Form in die vom Kunden aktivierte Postbox übermittelt, worüber der Kunde mittels E-Mail gesondert verständigt wird. Mit der Nutzung der Postbox verzichtet der Kunde ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Wenn gesetzliche Vorgaben es erfordern oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist, ist das Kreditinstitut ermächtigt, Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen. Nachrichten, deren Empfang zu bestätigen ist, werden unmittelbar nach dem Online-Banking- bzw Mobile-Banking/Banking-App-Login angezeigt. Der Kunde muss diese beim Einstieg in das Online-Banking bzw Mobile-Banking/die Banking App bestätigen. Die Erklärungen des Kreditinstituts gelten spätestens am Tag der Verständigung des Eingangs in die Postbox mittels E-Mail als zugestellt.

2. Das Kreditinstitut stellt dem Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente für die Dauer von mindestens drei Jahren elektronisch zur Verfügung. Nach dem Ablauf dieser

Frist kann das Kreditinstitut die betroffenen Dokumente entfernen, ohne dass der Kunde darüber eine gesonderte Benachrichtigung erhält. Der Kunde hat die gewünschten Dokumente rechtzeitig selbst zu archivieren. Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung.

4. Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergäbe.

5. Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergäbe.

7. Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Absatz (2) ist frühestens zwei Monate nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung zulässig.

8. Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlagungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzherabsetzung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

9. Ist es im Rahmen einer von der ING-DiBa zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich, Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die ING-DiBa anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die ING-DiBa ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten

Geschäftstag auf der Website der österreichischen Nationalbank unter

<https://www.oenb.at/isoweb/report.do?lang=DE&report=2.14.9>
zum Abruf bereit.

10. Ein Zahlungsauftrag gilt als bei der ING-DiBa noch am selben Tag eingegangen, wenn der Auftrag bei der ING-DiBa an einem Geschäftstag bis zu den aus der nachstehenden Aufstellung ersichtlichen Zeitpunkten einlangt. [...] SEPA-Überweisung EUR bis 14:30 Uhr, Auslandsüberweisung Fremdwährung bis 14:00 Uhr

11. Bei regelmäßigen Gehalts- oder Pensionseingängen fallen keine Kontoführungsgebühren (Kondition Gehalt) an. Gibt es für den Zeitraum von drei Monaten keine entsprechenden Eingänge, behält sich das Kreditinstitut das Recht vor, Kontoführungsgebühren zu verrechnen (Konditionen Giro).

Umgekehrt entfällt auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen wieder die Kontoführungsgebühr.

Der Kläger beantragt, der Beklagten ohne weitere Frist zu untersagen, die genannten oder sinngleiche Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich zu verwenden oder sich darauf zu berufen, und begehrt die Veröffentlichung des darüber ergehenden Urteils in einer auflagenstarken Tageszeitung. Die beanstandeten Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten; sie seien gröblich benachteiligend und nicht ausreichend transparent.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Die beanstandeten Klauseln seien klar formuliert und weder gröblich benachteiligend noch gesetzwidrig. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei nicht berechtigt und auch überschießend. Für den Fall der (teilweisen) Stattgebung beantragte sie eine angemessene Leistungsfrist von sechs Monaten.

Das Erstgericht gab der Klage hinsichtlich der (im drittinstanzlichen Verfahren noch relevanten) Klauseln 4,

5, 7, 8, 9, 10 und 11 statt, wobei es die Leistungsfrist für die Verwendung der Klauseln mit vier Monaten festlegte. Es ermächtigte den Kläger bezüglich des stattgebenden Teils zur beantragten Urteilsveröffentlichung. Bezüglich der Klauseln 1 und 2 wies es die Klage ab. Die Unzulässigkeit der Klauseln stützte es im Wesentlichen auf Verstöße gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 6 Abs 3 KSchG bzw auf die Bestimmungen des ZaDiG.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Aufgrund der Berufung des Klägers änderte es das Ersturteil dahin ab, dass es der Klage auch hinsichtlich der Klauseln 1 und 2 stattgab. Auch bezüglich der Verwendung dieser beiden Klauseln bestimmte es eine Leistungsfrist von vier Monaten und ermächtigte den Kläger zur Urteilsveröffentlichung.

Das Berufungsgericht stützte das Unterlassungsgebot auf § 6 Abs 1 Z 5 bzw § 6 Abs 3 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und auf Normen des ZaDiG. Die Bestimmung des § 409 Abs 2 ZPO zur angemessenen Leistungsfrist sei bei einem erforderlichen positiven Tun auch bei Unterlassungsverpflichtungen anzuwenden, wobei hier eine Frist von vier Monaten angemessen sei. Die Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung entspreche der ständigen Rechtsprechung.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige. Es ließ die ordentliche Revision zu, weil es sich zum Teil um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handle, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die

Revision der Beklagten. Diese ist aus dem vom Berufungsgericht herangezogenen Grund zulässig und nur bezüglich der Entscheidung über die Leistungsfrist auch berechtigt.

1. Das Berufungsgericht hat die nach der ständigen Rechtsprechung bei der Prüfung von Klauseln im Verbandsprozess zu beachtenden Grundsätze (insbesondere zu § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 3 KSchG, zur Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn bzw nach dem Verständnis des typischen Durchschnittskunden etc) zutreffend und umfassend referiert (vgl jüngst etwa 2 Ob 155/16g). Diese Grundsätze werden vom Rechtsmittel ebenso wenig in Frage gestellt wie die Ausführungen des Zweitgerichts zum Aufgreifen von Verstößen gegen das ZaDiG im Rahmen einer Verbandsklage (vgl auch 2 Ob 155/16g, 9 Ob 46/16d, 8 Ob 14/17t uva).

2. Zu den Klausel 1 und 2

2.1 Diese Klauseln lauten:

Die Postbox ist ein elektronischer Briefkasten, in den Erklärungen und Informationen des Kreditinstituts eingehen. Die Postbox ist über das Online-Banking und das Mobile-Banking/die Banking App abrufbar. Sämtliche Konto- und Depotinformationen sowie den Kunden betreffende Mitteilungen werden vom Kreditinstitut in elektronischer Form in die vom Kunden aktivierte Postbox übermittelt, worüber der Kunde mittels E-Mail gesondert verständigt wird. Mit der Nutzung der Postbox verzichtet der Kunde ausdrücklich auf den postalischen Versand der hinterlegten Dokumente. Wenn gesetzliche Vorgaben es erfordern oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist, ist das Kreditinstitut ermächtigt, Dokumente postalisch oder auf eine andere Weise zuzustellen. Nachrichten, deren Empfang zu bestätigen ist, werden unmittelbar nach dem Online-Banking- bzw Mobile-Banking/Banking-App-Login angezeigt. Der Kunde muss diese beim Einstieg in das Online-Banking bzw Mobile-Banking/die Banking App bestätigen. Die Erklärungen des Kreditinstituts gelten spätestens am Tag der Verständigung des Eingangs in die Postbox mittels E-Mail als zugestellt.

2. Das Kreditinstitut stellt dem Kunden die in der Postbox enthaltenen Dokumente für die Dauer von mindestens drei

Jahren elektronisch zur Verfügung. Nach dem Ablauf dieser Frist kann das Kreditinstitut die betroffenen Dokumente entfernen, ohne, dass der Kunde darüber eine gesonderte Benachrichtigung erhält. Der Kunde hat die gewünschten Dokumente rechtzeitig selbst zu archivieren. Die Postbox eignet sich daher nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung.

2.2 Der Kläger sah in den Klauseln einen Verstoß gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG, weil ein Zahlungsdienstleister gewisse Informationen nicht nur zur Verfügung stellen müsse, sondern auch mitzuteilen habe. Die Information müsse in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen. Die Postbox eigne sich schon wegen der Frist von drei Jahren in der Klausel 2 nicht zur langfristigen Dokumentenaufbewahrung. Zudem verstoße die Klausel 1 wegen der Ermächtigung, Dokumente postalisch oder auf andere Weise zuzustellen, wenn dies gesetzliche Vorgaben erfordern oder andere Umstände zweckmäßig machen, gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

2.3 Die Beklagte bestritt einen Verstoß gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Die im Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (im Folgenden: Zahlungsdienste-RL) angesprochene „Mitteilung“ bestimmter Informationen sei bei der Postbox-Funktion samt E-Mail-Benachrichtigung erfüllt. Dass die Klausel 1 einen Hinweis auf eine andere Zustellart enthalte, wenn dies gesetzlich vorgesehen sei, sei weder gröblich benachteiligend noch intransparent.

2.4 Das Berufungsgericht bejahte die Unzulässigkeit beider Klauseln. Die Klausel 1 sei intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil sich die Beklagte ihrem Gutdünken vorbehalte, ob sie eine andere Zustellung als die, für die der Kunde optiert habe, für zweckmäßig erachte. Die Klausel 2 sei mit § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG und der

dazu heranzuziehenden Judikatur des EuGH zum Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ nicht vereinbar.

2.5 Die Revisionswerberin wendet dagegen ein, dass der Begriff „zweckmäßig“ in der Klausel 1 gerade ausschließe, dass der Modus der Zustellung im Gutdünken der Beklagten liege. Dieser Begriff werde auch regelmäßig in österreichischen Gesetzen verwendet. Die Ermächtigung der Beklagten sei daher nicht intransparent. Die Klausel 2 verstoße wegen der Frist von drei Jahren nicht gegen § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG, weil das Erfordernis eines dauerhaften Datenträgers bereits dann erfüllt sei, wenn dem Kunden die Möglichkeit eingeräumt werde, die Mitteilung in unveränderter Form dauerhaft zu speichern.

2.6 Zur Klausel 1:

2.6.1 Das Transparenzgebot soll dem Kunden im Rahmen des Möglichen und Überschaubaren ermöglichen, sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RIS-Justiz RS0115217 [T6, T7, T8, T41]), damit er nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden kann und ihm nicht unberechtigte Pflichten abverlangt werden. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Als Einzelwirkungen des Transparenzgebots werden das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit genannt (vgl 6 Ob 16/01y, 4 Ob 28/01y, 9 Ob 12/06i jeweils mwN). Auch wenn das Transparenzgebot generell nicht überspannt werden darf, ist doch von einer Verletzung auszugehen, wenn eine wesentliche Information weggelassen wird und ihr

Fehlen geeignet ist, beim Adressaten eine unrichtige Vorstellung von seinen Rechten zu erwecken und ihn von der Verfolgung berechtigter Ansprüche abzuhalten (8 Ob 24/17p).

2.6.2 Entgegen den Rechtsmittelausführungen räumt die Klausel 1 wegen der Wortfolge „*oder wenn es aufgrund anderer Umstände zweckmäßig ist*“ sowie „*postalisch oder auf andere Weise*“ der Beklagten einen Ermessensspielraum ein. Für einen Verbraucher ist nicht erkennbar, unter welchen anderen Umständen (als den gesetzlich zwingenden) eine andere Art der Zustellung von der Beklagten für zweckmäßig angesehen wird oder mit welcher anderen Form der Zustellung er neben einer solchen per Post noch rechnen muss. Mit dem Begriff der Zweckmäßigkeit wird keine für den Kunden nachvollziehbare sinnhafte Abgrenzung vorgenommen, sondern in Wahrheit eine Leerfloskel benutzt, ohne dass eine ernsthafte Beschränkung auf den konkret berechtigten Zweck und die schutzwürdigen Interessen des Verbrauchers im Zusammenhang mit den gesetzlichen Informationspflichten eines Zahlungsdienstleisters nach dem ZaDiG erfolgte (vgl etwa auch 2 Ob 198/10x zur „*zweckmäßigen*“ bzw „*notwendigen*“ Weitergabe von Daten, oder 7 Ob 78/06f im Zusammenhang mit einer Klausel, die einem Vermieter bestimmte Rechte unter der Prämisse einräumt „*wenn dies zur Erreichung einer gerechten Kostenaufteilung zweckmäßig ist*“).

2.6.3 Der Umstand, dass in § 6 Abs 1 Z 15 KSchG auf Kosten zur zweckentsprechenden Betreuung oder Einbringung abgestellt wird, vermag die Beklagte nicht zu entlasten, weil der Adressat des Transparenzgebots nicht der Gesetzgeber, sondern ein mit Verbrauchern kontrahierender Unternehmer ist. Zudem will das Transparenzgebot gerade

einen Auslegungsbedarf bei einem unbestimmten Begriff vermeiden. Schließlich hat der Oberste Gerichtshof auch im Zusammenhang mit § 6 Abs 1 Z 15 KSchG die Transparenz einer Klausel verneint, wonach ein Verbraucher die von ihm verschuldeten, zur „*zweckentsprechenden Rechtsverfolgung*“ notwendigen Kosten zu ersetzen hat. Dabei wurde klargestellt, dass schon das Transparenzgebot für eine Klausel über die Verpflichtung zur Tragung von Betriebskosten – unbeschadet der Bestimmung des § 16 Abs 1 Z 15 KSchG – verlangt, dass der nach ihr zu leistende Betrag entweder selbst genannt oder sein Auffinden durch eine unmittelbar zielführende, auch dem Durchschnittsverbraucher leicht verständliche Verweisung ermöglicht wird (6 Ob 233/15f).

2.6.4 Die Klausel 1 vermittelt aus diesen Erwägungen dem Verbraucher ein unklares Bild des Vertragsinhalts (vgl RIS-Justiz RS0122040 [T3]), was auch für die nicht näher erklärte „*andere Weise*“ der Zustellung zutrifft. Die Entscheidung des Berufungsgerichts bedarf daher keiner Korrektur.

2.7 Zur Klausel 2:

2.7.1 § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG verpflichtet den Zahlungsdienstleister, dem Zahlungsdienstnutzer die Informationen und Vertragsbedingungen im Fall eines Rahmenvertrags gemäß § 28 in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen. Nach der maßgeblichen Begriffsbestimmung des § 3 Z 23 ZaDiG ist ein dauerhafter Datenträger jedes Medium, das es dem Zahlungsdienstnutzer ermöglicht, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann und das die unveränderte Wiedergabe

gespeicherter Informationen ermöglicht. Das ZaDiG setzt in § 26 Abs 1 Z 1 den Art 41 Abs 1 Zahlungsdienste-RL über Zahlungsdienste im Binnenmarkt um.

2.7.2 Zu einer vergleichbaren Bestimmung hat der EFTA-Gerichtshof bei Internet-Websites zwischen „gewöhnlichen“ und „fortgeschrittenen“ Seiten unterschieden (Urteil vom 27. 1. 2010, E-4/09, *Inconsult Anstalt*). Demnach dient eine gewöhnliche Internet-Website als dynamischer elektronischer Host oder als Portal für die Bereitstellung von Informationen, die im Allgemeinen vom Betreiber der Internetseite beliebig geändert werden können. Eine derartige Internetseite kann nach dieser Entscheidung daher nicht als dauerhafter Datenträger iSd genannten Artikels angesehen werden (EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 63).

Davon unterscheidet der EFTA-Gerichtshof zwei Kategorien von fortgeschrittenen Internet-Websites. Die erste Unterkategorie fortgeschrittener Internet-Websites erlaubt dem Benutzer im Wesentlichen den Zugriff auf Informationen, zum Beispiel in Form einer E-Mail mit Anhang, die er kopieren und auf seinem eigenen Computer speichern kann. Damit diese Methode der Kommunikation als Bereitstellung von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger gelten kann, muss die Internet-Website Elemente enthalten, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern (EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 65).

Die zweite Unterkategorie fortgeschrittener Internet-Websites enthält einen sicheren Speicherbereich für einzelne Nutzer, auf welchen mittels Benutzernamen und Passwort zugegriffen werden kann. Vorausgesetzt, dass dieses Verfahren zur Speicherung von Informationen jede

Möglichkeit der Änderung durch den Versicherungsvermittler ausschließt, ist diese Art von Speicher mit der eigenen Festplatte des Nutzers vergleichbar. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Verbraucher die Informationen aus der Ferne über das Internet abrufen kann. Nach dem EFTA-Gerichtshof kann diese Unterkategorie einer fortgeschrittenen Internet-Website das Kriterium der Gewährleistung einer unveränderten Wiedergabe erfüllen, das erforderlich ist, damit ein dauerhafter Datenträger vorliegt (EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 66).

2.7.3 Der EuGH hat sich in seinem Urteil vom 5. 7. 2012, C-49/11, *Content Services Ltd*, in Rn 45 und 47 der referierten Differenzierung durch den EFTA-Gerichtshof angeschlossen (vgl auch *Fischer/Kaindl*, Banken und das Internet – Banken-Portallösungen als dauerhafter Datenträger, JBl 2013, 772).

Auch im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Website als dauerhafter Datenträger iSd Zahlungsdienste-RL knüpfte der EuGH im Urteil vom 25. 1. 2017, C-375/15, *BAWAG PSK*, in Rn 43 an die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs an. Ähnlich wie im hier zu beurteilenden Fall lag auch der EuGH-Entscheidung eine für Verbraucher auf einer Website einer Bank eingerichtete elektronische Mailbox zugrunde, die ein Zahlungsdienstnutzer auf elektronischem Weg konsultieren konnte. Der EuGH sprach aus, dass Änderungen der Informationen und Vertragsbedingungen sowie Änderungen des Rahmenvertrags, die der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer über eine Mailbox auf einer E-Banking-Website übermittelt, (immerhin, aber nur) dann auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt werden, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

– Die Website gestattet es dem Zahlungsdienstnutzer, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine angemessene Dauer einsehen kann und ihm die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen möglich ist, ohne dass ihr Inhalt durch den Zahlungsdienstleister oder einen Administrator einseitig geändert werden kann, und,

– sofern der Zahlungsdienstnutzer die Website besuchen muss, um von den betreffenden Informationen Kenntnis zu erlangen, geht mit ihrer Übermittlung einher, dass der Zahlungsdienstleister von sich aus tätig wird, um den Zahlungsdienstnutzer davon in Kenntnis zu setzen, dass die Informationen auf der Website vorhanden und verfügbar sind.

2.7.4 Die Regelung über die Postbox im Internetauftritt der Beklagten widerspricht diesen Anforderungen nicht per se. Der Senat 8 hat zur gebotenen Inkenntnissetzung durch den Zahlungsdienstleister (iSd zweiten vom EuGH aufgestellten Voraussetzung) ausgeführt, dass eine Mitteilung an den Kunden in einer Form erforderlich sei, die seine tatsächliche Kenntnisnahme wahrscheinlich macht (8 Ob 14/17t). Dem entspricht in der hier zu beurteilenden Konstellation die gesonderte Verständigung des Kunden mittels E-Mail (vgl Klausel 1), zumal es dabei nicht auf die tatsächliche Kenntnis ankommt (vgl auch EuGH C-375/15 Rn 51 [„kann dies ua durch die Übersendung ... einer E-Mail an die vom Zahlungsdienstnutzer üblicherweise für die Kommunikation verwendete Adresse geschehen“]). Die eingestellten Nachrichten werden dem Zahlungsdienstnutzer daher mitgeteilt.

2.7.5 Allerdings widerspricht der Umstand, dass die Beklagte dem Kunden die in der Postbox enthaltenen

Dokumente gesichert (arg „mindestens“) nur für drei Jahre zur Verfügung stellt und die Beklagte danach die Möglichkeit hat, die Dokumente ohne gesonderte Benachrichtigung zu entfernen, den vom EuGH gestellten Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger.

2.7.6 Wie im Urteil des EuGH C-375/15 kommt hier nur die zweite Unterkategorie von fortgeschrittenen Websites iSd Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs (vgl oben 2.7.2) in Betracht, die einen sicheren Speicherbereich für einzelne Nutzer enthalten.

2.7.7 Die Anforderungen des EuGH an eine Website mit Mailbox als dauerhaftem Datenträger werden nicht bereits dann erfüllt, wenn die erforderlichen Informationen dem Kunden dort für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellt werden, damit er sie selbst (extern, etwa auf der eigenen Festplatte) speichern oder ausdrucken kann. Die bloße Abrufbarkeit einer Information auf der Website entspricht nicht dieser Anforderung (*Dehn* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 3 FAGG Rz 27). Stellt man (ohne weitere Voraussetzungen) allein auf die bloße Abspeicherbarkeit ab, wären auch „gewöhnliche“ Internetseiten (iSd Diktion des EFTA-Gerichtshofs) für den vorsichtigen Verbraucher ein dauerhafter Datenträger, weil deren Inhalt etwa mit Screenshots, Fotos, Ausdrucken oder allenfalls auch einem Download gesichert werden könnte.

Es kommt aber nicht (allein) darauf an, ob der Kunde die Möglichkeit hat, die entsprechenden Inhalte der Website (vorsorglich) abzuspeichern. Der dauerhafte Datenträger muss vielmehr garantieren, dass der Kunde gegebenenfalls seine Rechte geltend machen kann (EuGH C-49/11 Rn 42). Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang zutreffend festgehalten, dass der Verbraucher (gerade) „am

Ende des Tages – ohne sich selbst darum kümmern zu müssen – etwas Handfestes bei sich haben und nicht darauf angewiesen sein [soll], nachträglich – insbesondere im Streitfall – Erkundigungen ausgerechnet beim Vertragspartner einholen zu müssen.“ (Spitzer/Wilfinger, Dauerhafter Datenträger und Kundenkommunikation beim Online-Banking, ÖBA 2017, 231). Allein die Speichermöglichkeit erfüllt die Anforderung an einen dauerhaften Datenträger noch nicht (vgl zur RL 97/7: EuGH C-49/11 Rn 43 [„sowie die Gewähr dafür bietet, dass ...“]).

Der Umstand, dass es eine Website mit einer für Kunden eingerichteten Mailbox dem Verbraucher gestattet, die an ihn persönlich gerichteten Informationen nach Art 4 Nr 25 der Zahlungsdienste-RL zu speichern, reicht daher nicht aus, um die vom EuGH vorausgesetzten Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger zu erfüllen.

2.7.8 Die Website muss in diesem Zusammenhang selbst als Speichermedium qualifiziert werden, damit ein dauerhafter Datenträger vorliegt (vgl *Heinrich* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 2 VKrG Rz 56 [„*kennwortgeschützter Speicherbereich, auf den der Unternehmer nicht mehr zugreifen kann*“]). Sonst wäre die Vorgabe nicht verständlich, dass dem Verbraucher in der Folge für eine angemessene Dauer die Einsicht und die unveränderte Wiedergabe in die gespeicherten Informationen möglich sein muss, ohne dass ihr Inhalt durch den Zahlungsdienstleister oder einen Administrator einseitig geändert werden kann (so im Ergebnis auch *Fischer/Kaindl*, Banken und das Internet – Banking-Portallösungen als dauerhafter Datenträger? JBl 2013, 767, 773, wonach die bloße [externe] Abspeicherbarkeit nur bei gesichertem und durch die Bank unveränderbarem Speicherbereich auf der

Website ausreichend ist). Das Gesagte korrespondiert auch mit dem Erwägungsgrund 24 der Zahlungsdienste-RL, der von Websites als dauerhafte Datenträger spricht, „sofern sie für einen dem Zweck der Information angemessenen Zeitraum konsultiert und unverändert reproduziert werden können“ (idS auch die Materialien zum ZaDiG: ErläutRV 207 BlgNR 24. GP 16 und 32). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Kundenmailbox einer Website als „erweiterte Festplatte“ des Kunden ein dauerhafter Datenträger, andernfalls nicht (EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 66; *Spitzer/Wilfinger*, ÖBA 2017, 233).

2.7.9 Das bedeutet nicht, dass die Informationen auf der Website dem Zahlungsdienstnutzer ad infinitum zur Verfügung gestellt werden müssen. Sie müssen nach Art 4 Nr 25 der Zahlungsdienste-RL aber „für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer“ unverändert eingesehen werden können, also so lange sie zur Wahrung der Interessen des Verbrauchers notwendig sind (EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 44; EuGH C-375/15 Rn 44). Ein Speichermedium muss bei länger andauernden Verträgen, wie dies im hier zu prüfenden Bereich typischerweise der Fall ist, regelmäßig auch eine längere Zeitspanne überdauern (*Heinrich* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 2 VKrG Rz 53). Aufgrund des Umstands, dass die Beklagte die Informationen bereits nach drei Jahren (ohne weitere Verständigung des Kunden) löschen kann, ist – bei kundenfeindlichster Auslegung – nicht gewährleistet, dass der Verbraucher noch während des aufrechten Vertragsverhältnisses Zugriff auf die Daten hat. Das aufrechte Vertragsverhältnis umfasst nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts jedenfalls jenen Zeitraum, bei dem zur Wahrung der Interessen des Verbrauchers eine Einsicht notwendig sein kann (vgl

EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 44). Aus diesem Grund ist die Postbox der Beklagten kein dauerhafter Datenträger (vgl auch EFTA-Gerichtshof E-4/09 Rn 44, wonach der angemessene Zeitraum der Abrufbarkeit zudem über das Vertragsende hinaus andauern kann; idS auch *Spitzer/Wilfinger*, ÖBA 2017, 234; ähnlich bereits zum FernFinG *Wieser*, Zu den Rechtsbegriffen „dauerhafter Datenträger“ und „Textform“ im Fernabsatz, ÖJZ 2010/84 802). Das Berufungsgericht ist daher zutreffend von der Unwirksamkeit der Klausel ausgegangen.

3. Zu den Klauseln 4, 5, 7 und 8

3.1 Die Klauseln 4 (ident mit der Klausel 5), 7 und 8 lauten:

4. Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf die in Absatz (1) beschriebene Weise nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die im Zeitraum, der nach Absatz (2) für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Eine Entgelterhöhung entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltänderung höher ist als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex.

7. Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt,

Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Absatz (2) ist frühestens zwei Monate nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung zulässig.

8. Auf die in Absatz (2) beschriebene Weise darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrunde liegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzherabsetzung nach Absatz (2) darf 0,5 Prozentpunkte je Änderungsangebot nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

Die Klauseln regeln Änderungen der mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für Zahlungsdienste (Klausel 4) bzw der Entgelte außerhalb Zahlungsdienste (Klausel 5) sowie die Änderung vereinbarter Sollzinsen (Klausel 7) bzw Habenzinsen (Klausel 8).

3.2 Der Kläger rügte hier die fehlende Zweiseitigkeit. Die Klauseln enthielten nur Regelungen zur Entgelterhöhung, jedoch fehle eine Regelung zur Entgeltsenkung. Die Klauseln seien gröblich benachteiligend

und auch intransparent, weil auf unternehmensinterne Umstände abgestellt werde.

3.3 Die Beklagte wandte ein, dass die Formulierung eindeutig neutral gehalten sei und sowohl eine Abweichung nach oben als auch nach unten erfasst sei.

3.4 Die Vorinstanzen bejahten eine gröbliche Benachteiligung der Verbraucher gemäß § 879 Abs 3 KSchG und eine Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG. Die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte (aufgrund weiterer Bestimmungen in den AGB) Vertragsänderungen auch mittels Zustimmungsfiktion (mangels Widerspruchs eines Verbrauchers) erreichen kann, ist unstrittig. Das Berufungsgericht ging ua davon aus, dass die Zustimmungsfiktion der Kontrolle des § 6 Abs 3 KSchG nicht standhält. Es wies zur Intransparenz insbesondere darauf hin, dass die in den Klauseln genannte Kostenentwicklung, insbesondere im Zusammenhang mit Veränderungen auf dem Geld- und Kapitalmarkt und der Refinanzierungskosten, für den Verbraucher genauso wenig überprüfbar seien wie die Änderung von Personal- und Sachaufwand.

3.5 Den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Intransparenz, denen das Rechtsmittel argumentativ nicht weiter entgegentritt, ist zuzustimmen. Nach gesicherter Rechtsprechung muss eine Klausel, die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion ermöglicht, dem Transparenzgebot entsprechen (RIS-Justiz RS0128865). Wengleich die möglichen Änderungen betragsmäßig gedeckelt sind, liegt für die Voraussetzungen, unter denen die Beklagte Änderungen vornehmen kann, die gebotene durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung im Sinn des Transparenzgebots nicht vor (RIS-Justiz RS0122169 [T7]).

Die Voraussetzungen, die eine Vertragsänderung hier möglich machen, knüpfen an die „*Entwicklung der Kosten*“ der Beklagten an und zwar „*unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände*“. Der Hinweis auf den nur beispielhaft angeführten „*Personal- und Sachaufwand*“ betrifft unternehmensinterne Umstände, die von einem Verbraucher kaum überprüft werden können. Für den Verbraucher ist damit aber nicht absehbar, wann die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Klauseln vorliegen, zumal nicht klar ist, welche anderen Umstände allenfalls „*sachlich gerechtfertigt*“ sein können. Es bleibt für einen Kunden unklar, wann die Entwicklungen ein Maß erreicht haben, das eine Anwendung der Klauseln rechtfertigt. Darüber hinaus ist für den Kunden auch nicht erkennbar, ob eine vorgenommene Erhöhung, selbst wenn sie sich im Rahmen der Deckelung hält, der Höhe nach auch den Umständen angemessen ist. Es bleibt somit unbestimmt, unter welchen Voraussetzungen Vertragsänderungen vorgenommen werden können. Aus diesen Gründen liegt der von den Vorinstanzen bejahte Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vor, sodass die Klauseln bereits aus diesem Grund unzulässig sind. Ob die Klauseln auch noch aus anderen Gründen unwirksam sind, muss nicht mehr geprüft werden.

4. Zur Klausel 9

4.1 Die Klausel 9 lautet:

9. Ist es im Rahmen einer von der ING-DiBa zu erbringenden Zahlungsdienstleistung erforderlich, Beträge in fremder Währung zu kaufen oder zu verkaufen, erfolgt der Kauf oder Verkauf durch die ING-DiBa anhand des im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung aktuellen marktkonformen Devisenkurses, den die ING-DiBa ihren Kunden allgemein in Rechnung stellt. Diese Kurse stehen spätestens am nächsten Geschäftstag auf der Website der österreichischen Nationalbank unter

<https://www.oenb.at/isoweb/report.do?lang=DE&report=2.14.9>
zum Abruf bereit.

4.2 Der Kläger rügte, dass die Klausel eine unvollständige, abschließende Regelung hinsichtlich Fremdwährungstransaktionen enthalte, § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG verletze sowie gröblich benachteiligend, überraschend, nachteilig und intransparent sei.

4.3 Die Beklagte entgegnete, dass der konkrete Umrechnungstichtag einer anderen Klausel im selben Klauselwerk zu entnehmen sei. Die Klausel sei daher weder überraschend noch intransparent.

4.4 Die Vorinstanzen bejahten die Unzulässigkeit der Klausel wegen eines Verstoßes gegen § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG, weil aus der Klausel kein Stichtag zu entnehmen sei. Das Berufungsgericht führte weiters aus, dass die Bestimmung dem Transparenzgebot widerspreche, weil der Verbraucher die erforderlichen Informationen mangels Querverweises selbst aus den übrigen Vertragsbedingungen herausfiltern und den Kontext selbst herstellen müsse.

4.5 Nach § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG sind dem Zahlungsdienstnutzer die für die Umrechnung von Fremdwährungen zugrunde gelegten Referenzwechsellkurse unter Angabe sowohl des Stichtags für die Umrechnung als auch der Grundlage für die Bestimmung des Kurses mitzuteilen. Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Prüfung des § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG eine Klausel dann für gesetzwidrig angesehen, wenn aus ihr kein Stichtag für eine Umrechnung abzuleiten ist, wodurch die abschließende Regelung über die Fremdwährungstransaktionen unvollständig ist (9 Ob 31/15x; vgl auch 9 Ob 26/15m).

4.6 Daran ist auch hier anzuknüpfen. Aus der

Klausel selbst lässt sich kein Stichtag ableiten. Der Hinweis der Beklagten, dass sich der Stichtag aus einer anderen Klausel (Klausel 10) ergibt, macht die Klausel im Anlassfall nicht zulässig, weil die andere Klausel unwirksam ist (vgl unten Punkt 5). Nach der Judikatur führt zwar ein Querverweis in einem Klauselwerk noch nicht zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings hat die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung zur Folge (RIS-Justiz RS0122040). Umso mehr ist eine Intransparenz nach § 6 Abs 3 KSchG zu bejahen, wenn die erforderlichen Informationen – wie hier – nur in einer gesetzwidrigen Bestimmung enthalten sind, auf die nicht verwiesen wird.

5. Zur Klausel 10

5.1 Die Klausel 10 lautet:

10. Ein Zahlungsauftrag gilt als bei der ING-DiBa noch am selben Tag eingegangen, wenn der Auftrag bei der ING-DiBa an einem Geschäftstag bis zu den aus der nachstehenden Aufstellung ersichtlichen Zeitpunkten einlangt. [...] SEPA-Überweisung EUR bis 14:30 Uhr, Auslandsüberweisung Fremdwährung bis 14:00 Uhr.

5.2 Der Kläger macht hier einen Verstoß gegen § 38 Abs 3 ZaDiG geltend und warf der Beklagten vor, die vereinbarten Cut-off-Zeitpunkte von 14:00 Uhr und 14.30 Uhr lägen nicht nahe am Ende des Geschäftstages.

5.3 Die Beklagte bestritt einen Verstoß gegen § 38 Abs 3 ZaDiG und verwies auf die in Österreich üblichen Bankfilialzeiten von 8 Uhr bis 15 Uhr.

5.4 Ausgehend vom unstrittigen Umstand, dass die Geschäftsstelle der Beklagten erst um 19 Uhr schließt, gingen die Vorinstanzen davon aus, dass der in der Klausel festgelegte „Cut-off“-Zeitpunkt von 14 Uhr bzw 14:30 Uhr nicht nahe am Ende des Geschäftstages liege.

5.5 Das Rechtsmittel ist auch hier nicht berechtigt.

Nach § 38 Abs 1 ZaDiG gilt der Zeitpunkt, zu dem der unmittelbar vom Zahler oder mittelbar von einem oder über einen Zahlungsempfänger übermittelte Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingeht, als der Eingangszeitpunkt. Der Zahlungsdienstleister kann nach § 38 Abs 3 ZaDiG abweichend von Abs 1 gemäß § 28 ZaDiG festlegen, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende eines Geschäftstages eingeht, so behandelt werden, als seien sie am darauf folgenden Geschäftstag eingegangen. Dieser „Cut-off“-Zeitpunkt darf nicht willkürlich festgesetzt sein, vielmehr muss dieser Zeitpunkt tatsächlich „nahe dem Ende des Geschäftstages“ liegen (RIS-Justiz RS0128549).

Mit dem Hinweis, dass auf die Schließzeiten der gesamten Bankenbranche abzustellen sei, entfernt sich das Rechtsmittel von der Feststellung des Erstgerichts, wonach es im Bankensektor keine allgemein gültige, branchenübliche Schließzeit gibt, sodass das Rechtsmittel hier nicht gesetzmäßig ausgeführt ist (RIS-Justiz RS0043312). Dass sich die Vorinstanzen im Anlassfall mangels branchenüblicher Schließzeit an der Schließzeit der Geschäftsstelle der Beklagten orientiert haben, ist nicht zu beanstanden.

Es bedarf auch keiner höchstgerichtlichen Korrektur, wenn die Vorinstanzen im Hinblick auf das Schließen der Filiale um 19 Uhr bei einem „Cut-off“-Zeitpunkt von 14 Uhr bzw 14:30 Uhr das Tatbestandsmerkmal „nahe dem Ende eines Geschäftstages“ verneint haben.

Insoweit die Beklagte die Ansicht vertritt, dass sie sich in der Klausel zu mehr verpflichtet, als sie nach § 42 ZaDiG müsste, ist dem entgegenzuhalten, dass die Klausel

gerade nicht die Auftragsdurchführung nach § 42 ZaDiG regelt, sondern nur den Eingangszeitpunkt von Zahlungsaufträgen iSd § 38 ZaDiG, wobei die Beklagte von der in Abs 3 leg cit genannten Möglichkeit Gebrauch macht.

6. Zur Klausel 11

6.1 Die Klausel 11 lautet:

11. Bei regelmäßigen Gehalts- oder Pensionseingängen fallen keine Kontoführungsgebühren (Kondition Gehalt) an. Gibt es für den Zeitraum von drei Monaten keine entsprechenden Eingänge, behält sich das Kreditinstitut das Recht vor, Kontoführungsgebühren zu verrechnen (Konditionen Giro).

Umgekehrt entfällt auf Ansuchen des Kunden nach drei Monaten mit entsprechenden Gehalts- oder Pensionseingängen wieder die Kontoführungsgebühr.

6.2 Nach Ansicht des Klägers verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und sei auch deshalb intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG, weil nicht hervorgehe, unter welchen Voraussetzungen Entgelte in genau welcher Höhe anfallen sollen.

6.3 Die Beklagte bestritt mangels Vorliegens einer Entgeltänderungsklausel einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Auch eine Intransparenz sei zu verneinen, weil die Gebühren dem Konditionenblatt zu entnehmen seien. Die Klausel sei klar und verständlich formuliert.

6.4 Die Vorinstanzen bejahten einen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Das Berufungsgericht wies darauf hin, dass die Klausel zwar eine Entgeltsenkung vorsehe, doch trete eine solche nicht durch das Tätigwerden der Beklagten, sondern nur durch das Tätigwerden ihrer Kunden ein. Eine Entgeltsenkung erfordere ein darauf gerichtetes Ansuchen des Kunden, weshalb die Klausel dem Zweiseitigkeitsgebot widerspreche.

6.5 Ein allfälliger Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG muss hier nicht geprüft werden, weil die Klausel

jedenfalls intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG ist. Die in Frage stehenden Kontoführungsgebühren ergeben sich weder aus der Klausel selbst, noch wird dem Verbraucher (durch einen Verweis) gezeigt, wo er die entsprechenden Informationen findet. Es widerspricht aber dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen ist, sich die notwendigen Informationen selbst aus den schriftlichen Unterlagen der Beklagten „zusammenzusuchen“ (RIS-Justiz RS0122040 [T16]; zB 6 Ob 17/16t zum Verweis auf Preisinformationen mithilfe des „Schalteraushangs“; vgl auch 1 Ob 88/14v oder 5 Ob 217/16x). Damit erweist sich im Ergebnis die angefochtene Entscheidung auch in diesem Punkt als fehlerfrei.

7. Zur Leistungsfrist

7.1 Das Rechtsmittel richtet sich auch gegen die vom Berufungsgericht gesetzte Leistungsfrist von vier Monaten. Eine Frist von sechs Monaten sei angemessen und gerechtfertigt.

7.2 Die Verpflichtung, die AGB zu ändern, ist keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO – von Amts wegen – eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (RIS-Justiz RS0041265 [T3]). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Beklagte gemäß § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrags spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorzuschlagen hat. Dafür wurde bereits in mehreren Entscheidungen (10 Ob 70/07b, 9 Ob 56/13w, 9 Ob 7/15t, 9 Ob 26/15m, 8 Ob 14/17t) eine Frist von sechs Monaten als angemessen erachtet. Zu berücksichtigen ist der Zeitaufwand für den allfälligen Entwurf einer neuen Klausel, die Kommunikation von Änderungen des Rahmenvertrags iSd § 29 ZaDiG und die

Umstellung der Drucksorten. Der bloße Umstand, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung einzelner Klauseln verpflichteten und diese daher eine Art „Vorwarnfrist“ zur Verfügung hatte, vermag daran nichts zu ändern, weil gerichtliche Entscheidungen in der Regel erst nach deren Rechtskraft vollstreckbar sind und die Beklagte vor Ausschöpfung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten keine Veranlassung zur Änderung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte (s ausführlich 6 Ob 24/11i mwN).

8. Insoweit das Rechtsmittel die Urteilsveröffentlichung und deren Umfang betrifft, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanzen verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Ein Unterlassungsurteil ist im Regelfall nicht nur auf der Website des beklagten Unternehmens zu veröffentlichen, wenn voraussichtlich nicht alle ehemaligen Kunden eines Unternehmens, die ein objektives Interesse an der Information über dessen bedenkliche Geschäftspraktiken bei Vertragsabschlüssen haben, neuerlich die Internetseiten dieses Unternehmens aufsuchen (RIS-Justiz RS0123550). Deshalb ist die Ermächtigung zur Veröffentlichung in einer auflagenstarken Tageszeitung nicht zu beanstanden, zumal es der Rechtsprechung entspricht, dass eine solche Veröffentlichung auch dann sinnvoll ist, wenn der Fokus der Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens im Internet liegt (RIS-Justiz RS0121963 [T13]).

9. Zusammenfassend war der Revision der Beklagten daher nur insoweit Folge zu geben, als die Leistungsfrist im angestrebten Sinne abzuändern war.

10. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 43, 50 ZPO. Die Änderung der Leistungsfrist ist nicht

kostenwirksam (8 Ob 14/17t), weshalb die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts bezüglich des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens im Ergebnis nicht zu ändern war. Mit den Kosten für die Revisionsbeantwortung waren dem Kläger daher insgesamt 9.570,87 EUR an Kosten für alle Instanzen zuzusprechen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. Mai 2018
Dr. V o g e l
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG