



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden und die Richter des Oberlandesgerichtes Dr. Tepy und Mag. Zechmeister in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagte Partei **UniCredit Bank Austria AG**, Schottengasse 6-8, 1010 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--) über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 36.000,--) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 28.6.2010, GZ 19 Cg 226/09w-5, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss gefasst (Punkt I.) und zu Recht erkannt (Punkt II.):

- I. Der Antrag der beklagten Partei auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung wird **zurückgewiesen**.
- II. Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass hinsichtlich der Unterlassungsbegehren (lit a) des Urteilspruchs) eine Leistungsfrist von sechs Monaten festgesetzt wird.

Im Übrigen wird der Berufung **nicht** Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 (darin enthalten EUR 454,01 an USt) be-

stimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der klagende Verein ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG legitimiert, die in § 28 KSchG geregelten Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

Die Beklagte ist zu FN 150714p im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokolliert. Sie betreibt das Bankgeschäft, bietet ihre Leistungen bundesweit an und tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Aufgrund ihrer Tätigkeit ist sie Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG.

Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet die beklagte Partei in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (kurz AGB), die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, seit 1.9.2009 unter anderem die im Spruch des angefochtenen Urteil ersichtlichen Klauseln.

Die Tätigkeit der Beklagten, auf die sie diese Vertragsklauseln anwendet, unterliegt dem Zahlungsdienstegesetz.

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

Der Kläger begehrte mit seiner Klage, der Beklagten die Verwendung oder Berufung auf diese oder sinngleiche Klauseln zu untersagen, soweit sie unzulässiger Weise vereinbart worden seien, und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstag-Ausgabe der Kronen-Zeitung zu erteilen. Die Klau-

seln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz 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.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage im vollen Umfang statt und ermächtigte den Kläger zur begehrten Urteilsveröffentlichung.

Der genaue Inhalt der Klauseln, das nähere Vorbringen der Parteien in beiden Instanzen und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes werden zur besseren Übersichtlichkeit bei der Behandlung der einzelnen Klauseln wiedergegeben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten einerseits aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung hinsichtlich der vom Kläger beanstandeten Klauseln sowie andererseits aus dem Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens hinsichtlich des von der Berufungswerberin beantragten und vom Erstgericht nicht ausgesprochenen Leistungsfrist, binnen der die AGB zu ändern seien. Die Beklagte bekämpft das Urteil im vollen Umfang und beantragt, das Urteil im zur Gänze klagsabweisenden Sinn abzuändern. Sie stellt insofern auch ein Veröffentlichungsbegehren. In eventu beantragt sie, die Leistungsfrist für die Umsetzung des Urteils mit sechs Monaten festzulegen. Weiters beantragt sie die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung.

Der Kläger beantragt in seiner Berufungsbeantwortung, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist soweit in ihr in eventu beantragt wird, die Leistungsfrist für die Umsetzung des angefochtenen Urteils mit sechs Monaten festzulegen, berechtigt. Im übrigen ist sie nicht berechtigt.

I. Zum Antrag auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung:

Das in § 492 ZPO verankerte Recht der Parteien, die Anberaumung einer Berufungsverhandlung zu beantragen, ist durch Art 15 Z 16 iVm Art 16 Abs 3 des Budgetbegleitgesetzes 2009 (BGBl I 2009/52) in Ansehung aller nach dem 30.6.2009 gefällten erstinstanzlichen Urteile beseitigt worden. Der vorliegende Antrag ist deshalb mangels einer Antragslegitimation der Beklagten als unzulässig zurückzuweisen.

Gemäß § 480 Abs 1 ZPO, der gemäß Art 15 Z 14 iVm mit Art 16 Abs 3 leg cit ebenfalls für nach dem 30.6.2009 gefällte erstinstanzliche Urteile gilt, hält es der erkennende Senat auch nicht für erforderlich, von Amts wegen eine Berufungsverhandlung anzuberaumen.

II. Zur Berufung:

Vor Erörterung der einzelnen Klauseln sei vorangestellt, dass im Verbandsprozess von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist:

Im Verbandsprozess hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (4 Ob 130/03a; RIS-Justiz RS0016590). Anders als bei der Vertragsauslegung im Einzelfall kann im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist daher kein Raum (RS0038205). Die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, führt zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RS0122040). Auch der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, ist im Verbandsprozess unerheblich (RS0121943).

Zum von der Berufungswerberin als berücksichtigungswürdig vorgebrachten Zeitdruck bei der Umsetzung des Zahlungsdienstegesetzes und deren Berücksichtigung in den AGB:

Die Beklagte brachte hierzu vor, eine Adaptierung ihrer AGB sei unter enormem Zeitdruck erfolgt, da sie aufgrund der Vorlauffrist für die Verständigung der Kunden lediglich einen Monat Zeit gehabt habe; dies zwischen Juli und August 2009, somit in der Urlaubszeit.

Das europäische Parlament und der Rat verabschiedeten am 13.11.2007 die Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG, welche bis spätestens 1.11.2009 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen war. Österreich setzte die Richtlinie fristgemäß um und wurde mittels BGBl I 2009/66, ausgegeben am 15.7.2009, umgesetzt und das Zahlungsdienstegesetz trat mit 1.11.2009 in Kraft. Die Beklagte hatte somit - eine Vorlauffrist ist rechtlich unbeachtlich - 3 ½ Monate Zeit, ihre AGB auf die neue Gesetzeslage abzustimmen. Weiters war ihr das Datum der fristgerechten Umsetzung mit dem spätestmöglichen Termin 1.11.2009 gleichermaßen bereits seit Verabschiedung der Richtlinie ebenso bekannt wie der Inhalt dieser Richtlinie, der (bis auf wenige Ausnahmen) eine Vollharmonisierung auf diesem Sektor vorsieht. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber hat somit einen äußerst geringen Spielraum hinsichtlich der Umsetzung, weshalb der Beklagten im Hinblick auf ihren Zeitbedarf bei der Umsetzung eine materiellrechtliche Befassung mit der Materie bereits vor der nationalen Gesetzgebung möglich gewesen wäre. Den Einwand des Zeitdrucks kann die Beklagte somit nicht erfolgreich zu ihren Gunsten ins Treffen führen.

Zu den einzelnen Klauseln (die Bezeichnung folgt der Nummerierung im erstinstanzlichen Urteil):

- 1.) **Z 2 (1) Satz 1** *Änderungen der AGB oder des Girokontovertrages erlangen nach Ablauf von zwei Monaten ab der Verständigung des Kunden Rechtsgültigkeit für alle gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsbeziehungen des Kunden zum Kreditinstitut, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt.*

Der Kläger führte dazu aus, die Klausel verstoße gegen die zwingende Bestimmung des § 29 Abs 1 ZaDiG, aus dem abzuleiten sei, dass vom Zahlungsdienstleister Änderungen des Rahmenvertrages für jeden einzelnen Vertrag gesondert mitgeteilt und mit dem Kunden vereinbart werden müsse. Weiters ergebe sich aus § 27 Abs 2 iVm § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG, dass der Kunde nur diejenigen Entgelte schulde, die mit ihm aus Anlass des Abschlusses des einzelnen Rahmenvertrages in aufgeschlüsselter Form vereinbart würden, weshalb eine Regelung, die festlege, dass zu einem bestehenden Rahmenvertrag mitgeteilte Entgelte auch für alle zukünftig abgeschlossenen Verträge maßgeblich seien, nicht zulässig sei. Darüber sei die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da die angefochtene Klausel bewirke, dass mit dem Kunden, der schon länger in Geschäftsverbindung mit der Beklagten stehe, bei Abschluss eines neuen Vertrages nicht der maßgebliche Inhalt vereinbart werden müsse, sondern sich nach den alten AGB richte. Dem Verbraucher werde dadurch der maßgebliche Inhalt des neuen Vertrages verschleiert. Auch sei die Regelung nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, da der Verbraucher nicht damit zu rechnen brauche, dass die vereinbarte Vertragsänderung auch für sämtliche anderen gegenwärtigen und zukünftigen Verträge maßgeblich sei. Schließlich sei die Klausel auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da nicht erkennbar sei, weshalb das Kreditinstitut nicht bei Abschluss eines neuen Vertrages dem Verbraucher nicht die neuen AGB mitteilen könne.

Die Beklagte entgegnete, dass § 29 Abs 1 ZaDiG lediglich vorschreibe, dass dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrages spätestens zwei Monate vor Anwendung vorzuschlagen sind. Nicht verboten werde durch diese Regelung jedoch, dass dieser Vorschlag im Zusammenhang mit einem weiteren Rahmenvertrag erfolge. Darüber hinaus sei es unzweckmäßig, einem Kunden mit mehreren Geschäftsbeziehungen zur Beklagten dieselben Änderungen mehrfach zur Kenntnis zu bringen. Weiters sei der Vorwurf der Intransparenz nicht gegeben, da sich die Änderung auf

bestehende und danach abgeschlossene Verträge beziehe. Aus dem selben Grund sei die Klausel auch nicht überraschend, da dies auf die Einordnung im Vertragswerk abstelle, nicht jedoch, ob die Vereinbarungen für die Zukunft festgelegt werden.

Das Erstgericht stellte einerseits einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 ZaDiG, andererseits die Intransparenz der Klausel fest, da diese zu umfassend formuliert sei und nicht spezifisch auf einen bestimmten Rahmenvertrag abstelle. § 29 leg.cit. sei so auszulegen, dass für den konkreten Rahmenvertrag Änderungen vorangekündigt werden müssten, wonach eine Klausel, die für alle zukünftigen Rahmenverträge maßgeblich sein solle, unzulässig sei. Bei kundenfeindlichster Auslegung seien derartige Änderungen weder bezüglich eines bestimmten noch bei beliebig vielen zukünftig zu schließenden Verträgen mittels konkreter Absprachen zulässig. Weiters widerspreche die Klausel § 26 Abs 2 ZaDiG, wonach Änderungsvorschläge klar und verständlich sein müssen, was hier in Ermangelung einer Auflistung, für welche Verträge die Klausel Gültigkeit erhalten solle, nicht gegeben sei.

In der Berufung brachte die Beklagte vor, § 29 Abs 1 ZaDiG spreche pauschal von „Änderungen des Rahmenvertrages“, weshalb Vorschläge im Zusammenhang mit einem weiteren Rahmenvertrag nicht verboten seien. Weiters sei die Klausel ausreichend bestimmt, da dem Kunden klar sei, dass sämtliche Verträge gemeint seien. Auch eine den Kunden benachteiligende Überraschung liege nicht vor, da die Klausel unter der Überschrift „Änderungen der AGB“ geführt sei. Der Berufung sei daher hinsichtlich dieses Vertragspunktes Folge zu geben, in eventu beantrage die Beklagte die Streichung der Wortfolge „und zukünftiger“ sowie die Abweisung des übrigen Klagebegehrens.

Darüber hinaus sei bei jedem neuen Girokontovertragsabschluss (Rahmenvertrag) auch die Vereinbarung der jeweils in Geltung befindlichen AGB enthalten, was bereits im erstgerichtlichen Verfahren vorgebracht worden, jedoch nicht berücksichtigt wor-

den sei. Es liege somit insofern ein sekundärer Feststellungsmangel vor.

Aus der höchstgerichtlichen Judikatur zum Transparenzgebot in § 6 Abs 3 KSchG ergibt sich, dass sich dieses nicht mit formeller Textverständlichkeit begnügt, sondern vielmehr verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind, und dass dem Kunden die wirtschaftliche Tragweite der Bestimmung oder die Tatsache, dass ihm künftig entstehende Kosten aufgebürdet werden, nicht verschleiert wird (RS0122169 [T6]). Es kann einem Verbraucher gerade nicht zugemutet werden, selbstständig und aktiv die dem jeweiligen Rahmenvertrag zu Grunde gelegten Vertragsbedingungen zu eruieren, da genau dies den Horizont eines durchschnittlichen Verbrauchers übersteigt und die Tragweite seines Handelns jedenfalls nicht bewusst sein muss. Es trifft gerade nicht zu, dass dem Kunden, mit dem mehrere Geschäftsbeziehungen bestehen, völlig klar sein muss, welche Verträge von den Änderungen betroffen sind. Selbst bei Entfall der Wendung „und zukünftigen“, sodass die Änderungen lediglich auf alle gegenwärtigen Rahmenverträge anzuwenden wäre, erfüllt die Klausel die Anforderungen des Transparenzgebotes nicht, weshalb dieser Punkt der Berufung ins Leere geht.

Auch kann sich die Beklagte nicht aus ihrer Pflicht befreien, indem sie vorbringt, sie werde ohnehin bei jedem Neuabschluss eines Girokontovertrages dem Kunden die AGB in der jeweils geltenden Fassung vorschlagen. Einerseits würde diese Klausel Vertragsinhalt werden und steht es der Beklagten frei, ihre Gewohnheiten zu ändern. Andererseits erschließt sich dem Berufungsgericht nicht die Notwendigkeit, über die Rechtskonformität dieser Klausel abzusprechen, wenn die Klausel schon allein nach dem Vorbringen der Beklagten keine Aufgabe erfüllt.

2.) **Z 2 (1)** *Hat der Kunde dem Kreditinstitut keine Anschrift bekannt gegeben und wurde auch keine Vereinbarung über die Zustellung getroffen, so ist der Aushang der geänderten AGB*

im Schalterraum des Kreditinstitutes maßgebend; der erste Satz dieses Absatzes gilt entsprechend.

Der Kläger brachte vor, die Klausel verstoße gegen § 29 Abs 1 iVm § 26 Abs 1 ZaDiG, da diese regelten, der Dienstleister müsse dem Kunden die Änderung des Vertrages mitteilen, was gleichzusetzen sei mit einer „Übermittlung“. Dem Kriterium entspreche ein reiner Aushang der AGB in der Schalterhalle nicht, da dies ein bloßes „Zugänglichmachen“ darstelle. Die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG, der Zugangsfiktionen verbiete und in weiterer Folge aufgrund der unzulässigen Erklärungsfiktion gegen § 6 Abs 1 Z 2 leg.cit. Ein rechtzeitiger Zugang der Information an den Kunden sei dadurch nicht gewährleistet.

Die Beklagte entgegnete, die Klausel sei zulässig und verstoße nicht gegen die erwähnten Gesetzesstellen, da mit Kunden auch die Vereinbarung der schalterlagernden Abholpost getroffen werden könne. Weiters sei es unmöglich, Kunden zu verständigen, von denen keine Adresse bekannt sei. Dies betreffe ausschließlich einige wenige Altfälle, die die absolute Ausnahme darstellten. Diese Fälle seien offensichtlich von den Regelwerken nicht bedacht worden, wodurch sich auch daraus eine Zulässigkeit des Aushangs ergebe. Ansonsten bestehe für die Bank keine Möglichkeit, eine Änderung der gesetzeskonformen AGB herbeizuführen.

Das Erstgericht folgte im Wesentlichen dem Kläger, indem es in der Klausel einen Verstoß gegen § 29 Abs 1 iVm § 26 Abs 1 ZaDiG erblickte. „Mitteilen“ sei im Sinne einer Übermittlung, also einem aktiven Tun des Dienstleisters zu lesen; ein „zur Verfügung stellen“ reiche für Änderungsvorschläge im Sinne des ZaDiG nicht aus. Bei kundenfeindlichster Auslegung würde dies eine Zugangsfiktion im Zeitpunkt des Aushangs im Schalterraum bedeuten, was in Widerspruch zu § 6 Abs 1 Z 3 KSchG stünde. Weiters obliege es der Bank, Sorge zu tragen, dass Kunden ihre Anschrift bekannt geben.

Die Berufungswerberin verweist in ihrer Berufung neuerlich

darauf, dass auch schalterlagernde Abholpost erlaubt sei, weshalb auch der Aushang in der Schalterhalle zulässig sei. Dies sei wichtig, da ansonsten die alten AGB, die inhaltlich auf alter Rechtslage basierten, hinsichtlich dieser Verträge weiterhin Gültigkeit behielten und dadurch gegen geltendes Recht verstoßen würden. Die Beklagte verlange seit vielen Jahren von ihren Kunden Adressangaben, allerdings gebe es einige wenige Altkunden, insbesondere Inhaber von Sparbüchern, von denen eben keine Adresse bekannt sei. Sie beantrage daher auch eine ergänzende Feststellung dahingehend, dass die Beklagte seit vielen Jahren von allen Kunden, die bei ihr ein Girokonto führen, eine Adressangabe verlange. Es bestehe keine andere Möglichkeit, die neuen AGB auch hinsichtlich dieser Altverträge in Gültigkeit erwachsen zu lassen.

Die vom Kläger zitierte Entscheidung 6 Ob 128/09 f sei anders gelagert gewesen, da die dort kassierte Klausel undifferenziert vom Mangel von Adressdaten ausgehe, während die gegenständliche Klausel nur die Fälle erfasse, in denen der Kunde dem Kreditinstitut keine Anschrift bekannt gegeben hat und auch keine Vereinbarung über die Zustellung getroffen wurde.

Auch die Differenzierung des Erstgerichtes zwischen „mitteilen“ und „zugänglich machen“ ginge insofern ins Leere, als die einschlägigen Gesetze offenbar die Altfälle, in denen Kunden nie eine Adresse bekannt gegeben haben, nicht bedacht hätten, weshalb die in den Materialien zu § 26 ZaDiG ausgeführten Grundsätze der Kosteneffizienz und der praktischen technischen Aspekte heranzuziehen seien und eben der beschriebene Weg der sachgerechte sei.

Das Erstgericht hat die Klausel zu Recht als unzulässigen Vertragsbestandteil im Sinne des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG beurteilt. Aus der einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur (vgl. 6 Ob 128/09 f, 3 Ob 238/05 d) ergibt sich, dass eine Klausel, wonach der Bankkunde innerhalb einer Frist Widerspruch gegen eine Änderung von AGB erheben muss, von denen er nur durch Schalter-

aushang verständigt wird, sittenwidrig ist. Die von der Berufungswerberin aufgegriffene Argumentation, die Entscheidung sei nicht einschlägig, da diese auf eine Klausel abstelle, die nicht differenziere, warum keine Adresse vorliege, geht ins Leere. Es kommt auch hier auf den aus Sicht des Kunden denkbar schlechtesten Fall an. Gerade im gegenständlichen Fall beruft sich die Beklagte darauf, dass die Klausel auf einige wenige Altkunden anzuwenden sei, die niemals eine Adresse bekannt gegeben haben. Es kann jedoch nicht zum Nachteil der Altkunden sein, dass die Vertragspartnerin ursprünglich nicht Sorge getragen hat, eine Adresse zu verlangen und dann, ohne dass der Kunde in irgend einer Form damit zu rechnen hat, Änderungen mittels Aushangs in der Schalterhalle zum Vertragsinhalt werden.

Demzufolge liegen auch die behaupteten Feststellungsmängel nicht vor.

3.) **Z 15** *Werden vom Kunden mittels Telekommunikation Aufträge erteilt oder sonstige Erklärungen abgegeben, so hat er geeignete Vorkehrungen gegen Übermittlungsfehler und Missbräuche zu treffen.*

Der Kläger erachtet diese Klausel, die den Kunden bei Verletzung einer pauschalen Sorgfaltspflicht schadenersatzpflichtig mache, als Verstoß gegen § 44 Abs 2 ZaDiG, der die Haftung der Kunden abschließend regle. Eine Haftung bestehe nur dann, wenn der Kunde die Sorgfaltspflicht nach § 36 ZaDiG oder Bedingungen hinsichtlich Ausgabe und Benutzung eines Zahlungsinstrumentes verletze. Die Klausel überschreite den Rahmen des § 36 leg.cit. sowie den des § 44 Abs 2 Z 2 ZaDiG, welcher sich auf ein bestimmtes Zahlungsinstrument beziehe. Die monierte Klausel hingegen spreche pauschal von Zahlungsinstrumenten und von pauschalen „geeigneten Vorkehrungen“, weshalb sie nicht nur gegen den zwingenden § 44 Abs 2 ZaDiG sondern auch gegen das aus § 6 Abs 3 KSchG abgeleitete Bestimmtheitsgebot verstoße.

Die Beklagte entgegnete, dass die Klausel nicht gegen § 44

Abs 2 und § 36 Abs 1 ZaDiG verstoße, da das ZaDiG zu Übermittlungsfehlern schweige. § 44 Abs 2 ZaDiG. verweise hinsichtlich des Missbrauchsrisikos in Z 2 leg.cit. auf die Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstrumentes, nicht jedoch auf Bedingungen für die Nutzung von Telekommunikation. Die Klausel stelle daher eine zulässige Regelung der Ausgabe bzw. Nutzung eines Zahlungsinstrumentes dar.

Unter dem vom Kläger beanstandeten Wort „geeignet“ sei nichts anderes zu verstehen als „zumutbar“, da dem Kunden unzumutbare Vorkehrungen selbstverständlich nicht abverlangt würden. Des Weiteren sei die Wendung „geeignete Vorkehrungen“ keinesfalls intransparent; eine genaue Determinierung sei nicht möglich, weshalb die Klausel die von der höchstgerichtlichen Judikatur geforderte maximal mögliche Transparenz erfülle.

Das Erstgericht folgte im Wesentlichen der Rechtsansicht des Klägers und führte aus, die Klausel widerspreche der im § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelten Haftung des Dienstenutzers, nach der der Kunde für Schäden aus Missbrauch nur hafte, wenn er die in § 36 Abs 1 ZaDiG geregelten Sorgfaltspflichten verletze. Die allgemeine Formulierung der Klausel sei somit nicht gesetzeskonform.

In der Berufung wiederholt die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen und präzisiert dieses dahingehend, dass der Urteilsspruch des Erstgerichtes die Klausel betreffend überschießend sei und schon deshalb eine Einschränkung, etwa durch Streichung der Wortfolge „gegen Übermittlungsfehler und“ zu erfolgen habe. Hinsichtlich des Missbrauchsrisikos beziehe sich § 36 Abs 2 ZaDiG nur auf den Schutz der personalisierten Sicherheitsmerkmale und des Zahlungsinstrumentes vor unbefugtem Zugriff und enthalte keine Regelung über die Bedingungen der Nutzung von Telekommunikation. Diese unterliege der freien Vertragsgestaltung. Zur Durchführung von mittels Telekommunikation erteilten Aufträgen sei die Bank nur verpflichtet, wenn dies mit dem Kunden vereinbart werde. Diesbezüglich beantragt die

Berufungswerberin eine ergänzende Feststellung.

Weiters wendet sie ein, dass die Klausel nicht die einzelnen Voraussetzungen einer Haftung regle, sondern lediglich gewisse Pflichten bei der Nutzung von Telekommunikation auferlege. Hinsichtlich der monierten Intransparenz der Wortfolge „geeignete Vorkehrungen“ weise sie neuerlich darauf hin, dass die Klausel eine maximal mögliche Transparenz biete.

Gemäß § 44 ZaDiG haftet grundsätzlich der Zahlungsdienstleister für nicht autorisierte Zahlungsaufträge, es sei denn den Kunden trifft daran ein Verschulden. Der Kunde haftet für vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflichten gemäß § 36 ZaDiG oder die Verletzung vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments.

§ 44 ZaDiG regelt die Haftung des Verbrauchers zwingend und abschließend. Eine darüber hinausgehende Vereinbarung, welche auch die inkriminierte Klausel darstellt, verstößt daher gegen diese Regelung.

Wenn die Beklagte vermeint, dass eine derartige Regelung wie die inkriminierte Klausel dem Kunden lediglich Pflichten auferlege, diese jedoch nicht zwangsweise zu einer Schadenersatzpflicht des Kunden führten, stehen dieser Ansicht die AGB, in denen sich auch die angeführte Klausel findet, entgegen. Diese findet sich in der Kategorie „Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden“, in deren Einleitung es heißt: „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.“ Es wird daher in der Gesamtschau die Verletzung dieser Mitwirkungspflicht in Form von „geeigneten Vorkehrungen“ zweifelsohne eine Haftung angedroht.

Die von der Beklagten begehrte ergänzende Feststellung (siehe oben) ist demzufolge rechtlich nicht relevant.

4.) **Z 16 (1)** *Der Kunde hat Erklärungen des Kreditinstituts, wie z.B. 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.*

Zu dieser Klausel brachte der Kläger zunächst vor, die Prüfpflicht sei nicht in die Sorgfaltspflichten der Kunden abschließend regelnden § 36 ZaDiG enthalten, weshalb eine darüber hinaus gehende Regelung nicht zulässig sei. Gemäß § 36 Abs 3 leg.cit. treffe den Kunden eine Rüge-, aber keine Prüfpflicht. In Verbindung mit Z 10 der AGB 2009 verstoße die Klausel gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 36, 44 Abs 1 und 2 sowie 46 Abs 1 ZaDiG. Die erwähnte 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 13 Monaten sowie die Regelung einer Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Prüfpflicht durch den Kunden gehe über das Regelwerk des § 44 Abs 1 ZaDiG hinaus, was eine unzulässige Erweiterung des Haftungskatalogs für Kunden darstelle.

Die Beklagte entgegnete, die Kundenpflichten seien im § 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 Absatz 3 AGB 2009 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 (gegenständliche Klausel) und Z 10 AGB 2009 auszuhebeln, sei selbst bei kundenfeindlichster Inter-

pretation nicht konstruierbar.

Das Erstgericht folgte im Wesentlichen der Rechtsansicht des Klägers. Die Sorgfalts- und Anzeigepflichten des Kunden seien in § 36 ZaDiG abschließend geregelt. Inhalt und Aufbau der Klausel wiesen darauf hin, dass Abs 1 und 2 auch auf Fälle des Abs 3 anzuwenden seien und hinsichtlich der dort geregelten autorisierten Zahlungen zusätzliche Anforderungen aufgestellt würden und dieser Abs 3 auch dann gelte, wenn die nicht autorisierte Belastung keiner Erklärung im Sinne der Klausel zu entnehmen gewesen sei.

Die Beklagte pflichtete dem Erstgericht in der Berufung in dem Punkt bei, dass § 36 ZaDiG die Sorgfalts- und Anzeigepflichten abschließend regle, teilte jedoch nicht dessen Ansicht, dass Abs 1 und 2 der Klausel auch auf nicht autorisierte Zahlungen anzuwenden sei. Sollte die Ansicht des Erstgerichts dennoch zulässig sein, stelle dieses lediglich einen Redaktionsfehler fest, welcher bei Überarbeitung der AGB entsprechend geändert werde. Allerdings sei die Klausel ohnehin zulässig, da sich im Kontext der Absätze klar ergebe, dass lediglich Abs 3 nicht autorisierte Zahlungen behandle und dieser ganz im Sinne des § 36 Abs 3 ZaDiG sei. Jedoch sei auch eine Prüfpflicht des Kunden mit dem ZaDiG vereinbar, da § 36 Abs 1 ZaDiG regle, dass die Bedingungen für dessen Ausgabe und Nutzung einzuhalten seien, woraus sich keine Einschränkungen ergäben. Weiters impliziere die Rügeobliegenheit der vorgenannten Bestimmung eine Prüfpflicht, da einer Rüge immer eine Prüfung vorauszugehen habe. Darauf deute bereits das normierte Berichtigungsrecht binnen 13 Monaten hin. Nach Ablauf dieser Frist sei der Kunde nicht mehr berechtigt, die Belastungsbuchung zu berichtigen, was gegebenenfalls sogar eine Ersatzpflicht gegenüber der Bank auslöse, wodurch die Regelung viel strenger sei als eine bloße verschuldens- und kausalitätsabhängige Schadenersatzpflicht. Dieser Berichtigungsanspruch sei ein primärer Erfüllungsanspruch. Bei Vorliegen der Berichtigungs Voraussetzungen sei es ausgeschlossen, dass die Bank auch sekundär schadenersatzbe-

rechtmäßig sei, woraus sich ergebe, dass der Kläger durch seine Kombination der Absätze der Klausel Z 16 die gesetzeskonforme Regelung auszuhebeln versuche.

Schließlich sprächen die EB zur Regierungsvorlage hinsichtlich § 44 ZaDiG gegen eine abschließende Regelung, da sich darin ein Hinweis fände, wonach zur Feststellung einer möglichen Fahrlässigkeit des Kunden alle Umstände, die zur Haftung des Nutzers führen, zu berücksichtigen seien und sich diese Prüfung nach den allgemeinen Schadenersatzregeln richte.

§ 36 ZaDiG beinhaltet einen Pflichtenkatalog der Zahlungsdienstnutzer. Dieser ist abschließend und zwingend. Darüber hinaus gehende Pflichten können dem Kunden daher nicht auferlegt werden. In Z 16 Abs 1 der AGB 2009 wird der Kunde zusätzlich mit der Pflicht, Kontoauszüge, Auftragsbestätigungen und dergleichen auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls unverzüglich Einwendungen zu erheben, bedacht. Die Pflichten des Kunden beschränken sich jedoch auf eine Rügeobliegenheit hinsichtlich nicht autorisierter oder fehlerhaft ausgeführter Zahlungen gemäß Abs 3 leg.cit.. Weitere Pflichten, wie sie die gegenständliche Klausel vorsieht, sind daher nicht in der Disposition der Parteien. Die Ansicht der Berufungswerberin, eine implizite Prüfpflicht in die Rügeobliegenheit zu lesen, ist schon aus der Tatsache, dass Abs 3 der Klausel lediglich von der Rügeobliegenheit und nicht von einer Prüfpflicht spricht, nicht zu teilen.

Darüber hinaus ist eine Haftung des Kunden nur in den engen Schranken des § 44 Abs 2 ZaDiG vorgesehen. Die Beklagte darf daher keine diese überschreitende Haftung des Kunden – wie es jedoch in der Klausel der Fall ist – zum Vertragsinhalt machen.

Die Klausel verstößt daher gegen die §§ 36 und 44 ZaDiG.

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 in seiner Klage, die Klausel verstoße gegen § 34 Abs 3 ZaDiG, da 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 Zahlungsvorganges kommen.

Die Beklagte erwiderte, dass die Klausel Z 16 Abs 3 AGB 2009 die Risikotragung im Sinne 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 daher 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 zu Klausel 4 und führte weiter aus, dass bei kundenfeindlicher Auslegung auch nicht autorisierte Zahlungsvorgänge von dieser Bestimmung umfasst seien. In diesem Kontext widerspreche diese Genehmigung durch Stillschweigen sowie das Schriftlichkeitserfordernis der Anzeige dem § 36 ZaDiG.

In der Berufung wiederholte die Beklagte im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Wie vom Erstgericht zutreffend festgestellt, ist schon allein das Schriftlichkeitserfordernis der Einwendungserhebung, insbesondere jedoch die Genehmigungsfiktion eine unzulässige Verschärfung gegenüber dem zwingenden § 36 ZaDiG, weshalb die Beklagte auch in diesem Punkt mit ihrer Berufung nicht durchdringt.

6.) **Z 16 (3)** *Im Falle einer auf Grund 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 mit ihm vereinbarten Form mitgeteilt oder zugänglich gemacht.*

Der Kläger brachte in seiner Klage dazu 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 Grunde 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 Sinne 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 Satz 1 und 2 ZaDiG. Andere Ansprüche gemäß § 36 Abs 3 ZaDiG regelten die AGB überhaupt nicht; ebensowenig umfasse die Klausel auch Schadenersatzansprüche. In der Zahlungsdienste-Richtlinie käme in Art 58 die Wortfolge „nur dann“

noch vor, lediglich der nationale Gesetzgeber hätte die Wendung ausgespart. Im Hinblick auf eine richtlinienkonforme Auslegung des ZaDiG sei der Verweis in § 44 (gemeint) Abs 1 ZaDiG in diesem Lichte 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 AGB dem Verbraucher Rechtsbelehrungen oder detaillierte Erörterungen zukommen zu lassen.

Auch hinsichtlich dieser Klausel folgte das Erstgericht 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, bliebe die Verletzung der Obliegenheit ohne Folgen. Die Bank treffe gemäß § 44 Abs 1 ZaDiG bei Missbräuchen eine Berichtigungspflicht, weshalb schon daraus abzuleiten sei, dass wenn die Bank auf anderem Wege als durch die Rüge des Betreffenden von einer fehlenden Autorisierung erfahre, ein Berichtigungsanspruch nicht von vornherein ausgeschlossen sei.

Die Beklagte führt in ihrer Berufung aus, die vom Erstgericht offenbar beanstandete Formulierung „nur dann“ beziehe sich lediglich auf § 36 Abs 3 1. und 2. Satz ZaDiG, in denen die Berichtigung geregelt sei. Andere Ansprüche greife die Beklagte in den AGB nicht auf und verwende weiters gesetzeskonform den Terminus „Berichtigung“. Die intransparenten Norm § 36 Abs 3 letzter Satz ZaDiG, die regle, dass „andere Ansprüche unberührt bleiben“, bedürfe detaillierter Erläuterungen. Diese könnten jedoch aufgrund des daraus resultierenden Umfangs nicht in das Vertragswerk aufgenommen werden. Weiters weist die Beklagte erneut auf die richtlinienwidrige Auslegung des ZaDiG hin, wonach der Berichtigungsanspruch von einer fristgerechten Rüge abhängige. Etwaige Berichtigungsansprüche nach Ablauf der Frist könne die Beklagte den gesetzlichen Regelungen nicht entnehmen. Das

Erstgericht widerspreche sich auch hinsichtlich der Argumentation zu dieser und der Klausel 16. Es bestehe überdies keine Verpflichtung der Beklagten, genaue Modalitäten der Berichtigung zu regeln.

Das Berufungsgericht teilt die Rechtsansicht des Erstgerichtes. Zunächst ist die (nicht weiter präzisierete) Argumentation der Berufungswerberin, die Formulierung „nur dann“ beziehe sich nur auf die ersten beiden Sätze des § 36 Abs 3 ZaDiG, verfehlt. Der letzte Satz des Abs 3 leg.cit., wonach (sämtliche) „anderen Ansprüche zwischen Dienstleister und Dienstinutzer unberührt“ bleiben, bezieht 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 ergibt. Es ist für das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesetzgeber den letzten Satz der Bestimmung an diese Stelle setzt, wenn dieser nicht Gültigkeit für das Vorstehende haben sollte.

Auch bezüglich der Argumentation der Beklagten, der österreichische Gesetzgeber habe die Richtlinie falsch umgesetzt, da in der Richtlinie noch die Wortfolge „nur dann“ enthalten gewesen sei, kann nicht gefolgt werden. Insbesondere aufgrund der „Hintertüre“ des letzten Satzes des § 36 Abs 3 ZaDiG kann dies gerade nicht dem Regelungszweck genügen. Entweder kann der Kunde ausschließlich aufgrund seiner Mitwirkung eine Berichtigung erwirken, oder es stehen ihm auch - wie vom Gesetz geregelt - auch andere Maßnahmen offen. Die Verwertung beider Standpunkte wäre widersprüchlich.

§ 44 Abs 1 ZaDiG besagt, dass der Zahlungsdienstleister des Zahlers diesem im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs unverzüglich zu erstatten hat; dies unbeschadet des § 36 Abs 3 ZaDiG. Es trifft die Bank daher schon aufgrund dieser Bestimmung die Pflicht, von sich aus tätig zu werden, und zwar unabhängig von Einwendungen oder Rügen von Kundenseite.

7.) **Z 17** Der Kunde hat das Kreditinstitut unverzüglich zu benachrichtigen, falls ihm regelmäßige Mitteilungen des Kreditinstituts (wie z.B. Rechnungsabschlüsse oder Depotaufstellungen) oder sonstige Mitteilungen oder Sendungen des Kreditinstituts, mit denen der Kunde nach Lage des Falles rechnen musste, nicht innerhalb der Frist, die üblicherweise für die vereinbarte Übermittlung zu veranschlagen ist, zugehen.

Der Kläger moniert, die Klausel verstoße im Zusammenhalt mit Z 10 AGB 2009 gegen § 35 Abs 2 ZaDiG, wonach der Zahlungsdienstleister zwingend das Risiko der Versendung von Zahlungsinstrumenten und deren personalisierte Sicherheitsmerkmale zu tragen habe. Weiter verstoße die Klausel gegen §§ 44 Abs 2 Z 1 iVm § 36 Abs 1 und 2 ZaDiG, da der Kunde nur für Sorgfaltpflichtverletzungen nach Erhalt des Zahlungsmittels hafte.

Die Beklagte entgegnete, dass das ZaDiG zu der - nur für Schadenersatz und nicht auch für die Risikotragung relevanten - Frage einer Benachrichtigungspflicht des Kunden bezüglich eines Nichterhaltes der zu erwartenden Sendungen schweige. Zwar trage die Bank das Risiko, den Kunden könnten dennoch Sorgfaltpflichten treffen, weshalb die Z 17 AGB zulässig sei.

Das Erstgericht qualifizierte die Klausel als intransparent. Weder würden die Mitteilungen noch Zeitpunkte der Zusendungen klar definiert, weshalb die dem Kunden durch die Klausel auferlegten Pflichten für diesen nicht ausreichend begreiflich seien. Auch über die Sanktionen bei Verletzung der Pflichten schweige sie. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die Klausel auch gegen das ZaDiG verstoße.

Die Beklagte hielt dem in ihrer Berufung entgegen, dass das Erstgericht unberücksichtigt lasse, dass aufgrund der ständigen Geschäftsbeziehungen auch die Bank nicht vorhersehen könne, wann welche Mitteilungen an den Kunden erforderlich würden. Es sei daher keine größere Transparenz möglich, weshalb diese Formulierung zulässig sei. Hinsichtlich des vom Kläger vorgebrachten Verstoßes gegen das ZaDiG wiederholte die Berufungswerberin

ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Das Berufungsgericht schließt sich im Ergebnis dem Erstgericht an, allerdings hat die Prüfung zunächst auf Grundlage des ZaDiG, das gegenüber den allgemeinen Bestimmungen eine *lex specialis* ist, zu erfolgen:

Die gegenständliche Klausel firmiert unter dem Kapitel E „Mitwirkungspflichten und Haftung des Kunden“; als erster Punkt dieses Regelungsblockes findet sich als Einleitung Z 10, der regelt, dass der Kunde im Verkehr mit dem Kreditinstitut insbesondere die im Folgenden angeführten Mitwirkungspflichten zu beachten hat; deren Verletzung führt zu Schadenersatzpflichten des Kunden oder zur Minderung seiner Schadenersatzansprüche gegen das Kreditinstitut. Die in den darauf folgenden Klauseln aufgelisteten Pflichten des Kunden stehen somit pauschal unter Androhung einer Haftung bei Verstößen gegen das Regelwerk. Wie bereits zu anderen Klauseln erörtert, findet sich in § 44 Abs 2 ZaDiG abschließend und zwingend ein Haftungskatalog, der in Verbindung mit § 36 Abs 1 ZaDiG regelt, dass der Kunde nach Erhalt des Zahlungsinstrumentes alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen hat, um unbefugten Zugriff zu vermeiden. Eine Haftung für Sorgfaltswidrigkeiten vor Erhalt des Zahlungsinstrumentes ist somit ausgeschlossen, weshalb diese Klausel klar dem ZaDiG widerspricht.

8.) **Z 22 (1)** *Soweit keine Vereinbarung auf bestimmte Dauer vorliegt, können das Kreditinstitut und der Kunde die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Teile davon jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigen;*

Z 22 (2) *Abweichend davon kann bei einem Verbrauchergirokonto der Kunde einen auf unbestimmte Dauer oder einen auf mehr als 12 Monate befristeten Girokontovertrag jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen.*

In der Klage brachte der Kläger zur gegenständlichen Klausel vor, im Umkehrschluss bedeute dies, ein Kunde mit einer Ver-

tragslaufzeit unter 12 Monaten habe kein ordentliches Kündigungsrecht. Dies verstoße gegen § 30 Abs 1 ZaDiG, und zwar einerseits, weil dieser ein ordentliches Kündigungsrecht auch vor Ablauf von 12 Monaten vorsehe, andererseits, weil sie nur bei einem befristeten Girokontovertrag ein ordentliches Kündigungsrecht einräume, nicht jedoch bei anderen Rahmenverträgen.

Die Beklagte entgegnete, dass der Kläger nicht berücksichtige, dass sie ausschließlich unbefristete Girokontoverträge abschließen, weshalb die Bezugnahme auf Verträge mit einer Laufzeit von 12 Monaten hinfällig sei. Weiter treffe es nicht zu, dass die Kündigungsmöglichkeit nur für Girokontoverträge bestehe, da § 3 Z 12 ZaDiG regle, dass ein Rahmenvertrag im Ergebnis der Legaldefinition ein Girokontovertrag sei.

Das Erstgericht wertete die Klausel als Verstoß gegen § 30 Abs 1 ZaDiG, der dem Kunden ein Kündigungsrecht einräumt, sofern die Parteien nicht eine Kündigungsfrist vereinbart haben, welche maximal ein Monat betragen dürfe. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass der Kunde berechtigt sei, jederzeit zu kündigen, unabhängig davon, ob er einerseits einen befristeten oder unbefristeten Vertrag abgeschlossen habe und andererseits, ob die Dauer der Befristung zwölf Monate über- oder unterschreite. Darüber hinaus sei es völlig unerheblich, ob die Vertragsabschlusspraxis der Beklagten keine befristeten Verträge vorsehe, da in Verbandsverfahren generell nur auf den objektiven Wortlaut der Klauseln abgestellt werde.

In der Berufung beanstandet die Beklagte zunächst, dass das Erstgericht nicht festgestellt habe, dass sie ausschließlich Girokontoverträge auf unbestimmte Zeit abschließen, sodass die streitgegenständlichen AGB niemals zur Anwendung kämen. Diesbezüglich beantrage sie ergänzende Feststellungen. Weiters spricht sich die Beklagte gegen den Standpunkt des Erstgerichtes hinsichtlich der Inhaltskontrolle aus und dass es hierbei nur auf den objektiven Wortlaut der einzelnen Klausel ankomme. Die Klausel sei ohnehin nur aufgrund der Regelung in § 30 Abs 2

Z 2 ZaDiG aufgenommen worden, der auch befristete Rahmenverträge behandle. In weiterer Folge wiederholt die Berufungswerberin das bereits in der Klagebeantwortung erstattete Vorbringen zur inhaltlichen Identität der Bezeichnungen „Girokonto“ und „Rahmenvertrag“ und beantragt diesbezüglich ergänzende Feststellungen. Darüber hinaus sei es ohnehin irrelevant, ob noch andere Rahmenverträge als Girokontoverträge vorlägen, da die von Giroverträgen verschiedenen Verträge ohnehin in den jeweiligen Sonderverträgen geregelt seien. Diesbezüglich sei in erster Instanz bereits Vorbringen erstattet worden, weshalb eine entsprechende ergänzende Feststellung beantragt werde.

Auch hinsichtlich dieses Punktes ist die Berufung der Beklagten nicht berechtigt, da die inkriminierte Klausel eindeutig dem § 30 Abs 1 ZaDiG entgegensteht, der normiert, dass der Kunde den Rahmenvertrag jederzeit kündigen kann, sofern die Parteien nicht eine Kündigungsfrist vereinbart haben. Die Rüge des sekundären Feststellungsmangels vermag aufgrund der zur Klausel konträren gesetzlichen Regelung am Ergebnis nichts zu ändern. Vielmehr geht aus der Klausel eindeutig eine Differenzierung der Kündigungsrechte zwischen unter und über zwölf Monate befristeten Verträgen hervor. Selbst wenn die Feststellung antragsgemäß getroffen würde, wäre die Klausel dennoch gesetzwidrig.

Das Begehren auf Feststellung, bei Girokontoverträgen und Rahmenverträgen handle es sich um dieselben Verträge, ist ebenfalls nicht erfolgreich. Die Identität ist nach Auffassung des Berufungsgerichtes gerade nicht gegeben, da der Begriff „Rahmenvertrag“ schon aus dem Gesetzeswortlaut weiter gesteckt ist, als ein unter die Rahmenverträge einordenbarer „Girokontovertrag“.

9.) **Z 39 (1)** *Überweisungsaufträge müssen den Zahlungsdienstleister des Empfängers (BLZ bzw. Bank Identifier Code = BIC) und die Kontonummer bzw. die International Bank Account Number (IBAN) enthalten. Diese Angaben stellen den „Kundeniden-*

tifikator" dar;

Z 39 (5) Macht der Kunde weitergehende Angaben als in Abs. 1 festgelegt, so wird der Überweisungsauftrag ausschließlich auf Grundlage des vom Kunden angegebenen Kundenidentifikators (Abs. 1) durchgeführt.

Der Kläger bewertet die Klausel als nachteilig und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, da 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 eine Überprüfung der Übereinstimmung zwischen Empfängernamen und Kontonummer vorschreibe.

§ 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG regle die Pflicht der Bank dahingehend, 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, da sie intransparent sei; der Kunde werde im Unklaren darüber gelassen, welche Identifikatoren nun als maßgeblich von der Bank herangezogen würden. Die Klausel sei daher aufgrund der §§ 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 Zahlungsdienste-Richtli-

nie sei ein Auftrag dann korrekt durchgeführt, wenn dem im Auftrag angeführten Zahlungsidentifikator auch die Überweisung zukomme.

Ein Empfängername gehöre weiters zulässigerweise nicht zum Kundenidentifikator, weshalb ein Abgleich mit der Kontonummer nicht erforderlich sei. Der Kläger übersehe in seinem Vorbringen, dass ein Konkordanzabgleich aufgrund der kurzen Frist eben nicht möglich sei. 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 die Fälle, auf welcher Basis eine Durchführung erfolge.

Auch der Ministerialentwurf sehe vor, dass die Bebuchbarkeit nach der Kundenkennung erforderlich sei, um die verkürzten Ausführungsfristen zu ermöglichen, die nur vollautomatisch erfolgen könne. Es könne nicht Aufgabe der Kohärenzprüfung sein festzustellen, ob die Angaben zum Empfänger passen, zumal diese Informationen ohnehin nur bei Kunden derselben Bank als Empfänger nachvollziehbar seien. Weiters lasse die klare Regelung der Richtlinie kein Abgehen im Sinne 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 dem IBAN ein Schutzmechanismus immanent, der das Risiko des Verschreibens im Gegensatz zur Meinung des Klägers eben gerade minimiere.

Hinsichtlich des monierten Verstoßes gegen § 864a ABGB sei zu sagen, dass diese Klausel lediglich korrekt die gesetzlichen Vorgaben wiedergebe. 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 weiters von externen Unternehmen gestaltet worden.

Das Erstgericht erachtete die Klausel als Verstoß gegen § 35 Abs 4 ZaDiG, da bei kundenfeindlichster Auslegung die Klausel jedenfalls nicht so zu verstehen sei, 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 Klausel von vornherein gegen das Gesetz verstoße, könne auch eine darüber hinausgehende Frage der Zulässigkeit, den Empfängernamen als unbeachtlich zu werten, dahingestellt bleiben.

Die Berufung wiederholt im Wesentlichen das Vorbringen aus der Klagebeantwortung und beantragt darüber hinausgehend die ergänzende Feststellung, eine händische Bearbeitung der Aufträge sei aufgrund der kurzen Ausführungsfristen nicht möglich. Es sei unstrittig, dass nach dem ZaDiG der Kundenidentifikator frei vereinbar sei, was durch die inkriminierte Klausel zulässigerweise erfolge. Dass der Empfängername jedenfalls nicht zum Identifikator gehöre, sei ebenfalls unzweifelhaft. Auch wenn derzeit noch eine Frist von längstens drei Geschäftstagen vorgesehen sei, gelte doch ab 1.1.2012 die neue Frist von einem Bearbeitungstag. Im Falle der Stattgebung der Klage sei die Unzulässigkeit der Klausel zumindest mit 31.12.2011 zu befristen.

Das Erstgericht übersehe, dass die gegenständliche Klausel, entgegen seiner Argumentation in seinem Urteil, die Kohärenzprüfung gar nicht regle und diese auch nicht regeln müsse. Die Klausel regle den Fall, dass die Überweisung durchgeführt werde, nicht dass bei fehlender Kohärenz die Durchführung unterlassen werde. Die Anträge auf Einvernahme der Zeugen Machacek sowie Einholung eines Sachverständigengutachtens seien daher noch aufrecht und beantrage die Beklagte die diesbezüglichen

ergänzenden Feststellungen. Aus der nach Meinung der Berufungswerberin verfehlten Rechtsansicht des Erstgerichtes ergebe sich weiters, dass die Bank auch bei Inkohärenz der Identifikatoren den Auftrag durchführe; dies sei jedoch gar nicht Regelungsinhalt. Vielmehr regle die Klausel das Vorgehen der Bank beim Vorhandensein „weitergehender Angaben“ des Kunden.

Die Beklagte beantrage weiters ergänzende Feststellungen zu dem in der Berufung wiederholten Vorbringen, dass der IBAN eine Prüfziffer enthalte, die im Falle eines Zahlensturzes automatisch eine Zurückweisung auslöse und diesbezüglich eine größtmögliche Sicherheit gewährleiste. Auch werde die Feststellung begehrt, dass bei Verwendung der Kontonummer eine Prüfoperation vorgesehen sei, die gegebenenfalls eine Inkohärenz aufdecke. Der Kläger vertrete demgegenüber jedoch die gegenläufige Kritik, BIC und IBAN seien zu lang und deshalb unsicher, was jedenfalls nicht der Realität entspreche, da die Länge in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sicherheit des Identifikators stehe. Weiters gehe die Argumentation des Klägers, wonach der innerstaatliche Überweisungsverkehr überwiegend über Kontonummer und Bankleitzahl abgewickelt werde, ins Leere, da die Klausel ausdrücklich die Kontonummer mit dem IBAN gleichstelle. Die Kontonummer stelle daher eine zulässige Alternative zum IBAN dar.

Der Kläger fordere eine Konkordanzprüfung und beziehe sich diesbezüglich auf die Regelung der § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG, welche jedoch bereits aus dem Wortlaut, „... soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich...“ eine Überprüfung des Empfängernamens ausschließe. Diesbezüglich beantrage die Beklagte ergänzende Feststellungen, dass der vom Kläger geforderte Konkordanzabgleich nur unter enormem personellen und zeitlichen Aufwand möglich sei, was jedoch mit den Fristen in § 42 ZaDiG unvereinbar sei. Konsequenz daraus wäre ein unvermeidbarer Gesetzesverstoß seitens der Beklagten, weil ihr keine Möglichkeit der gesetzeskonformen Ausführung der Tätigkeit mehr gelassen werde. Dieser Standpunkt sei getragen einerseits vom

deutschen Umsetzungsgesetz der Richtlinie, andererseits von den Erwägungsgründen zur Richtlinie sowie von der von der EU-Kommission herausgegebenen Darstellung zu Zweifelsfragen zur Richtlinie.

Der Konkordanzabgleich werde zusätzlich erschwert bei Ähnlichkeiten in der Schreibweise des Empfängernamens; die Konsequenz wäre bei Irrtum bei einem Buchstaben, dass der Auftrag zurückzuweisen sei und die Bank noch Nachforschungen zum Zwecke der Richtigkeit durchführen müsse. Dies könne keinesfalls der Wille des Gesetzgebers sein.

Die Klausel sei im Gegensatz zur Ansicht des Klägers auch nicht überraschend im Sinne des § 864a ABGB. Auf den Zahlscheinen sei kein Hinweis enthalten, der auf die Überprüfung mit dem Empfängernamen hinweise. Der Kunde könne auch nicht davon ausgehen, dass alle seine Vermerke von der Bank überprüft würden.

Sollte daher das Berufungsgericht der Berufung in diesem Punkt nicht stattgeben, möge das Urteil dahingehend eingeschränkt werden, dass die Klausel nur hinsichtlich der Verwendung von Zahlscheinvordrucken, die die Angabe eines Empfängernamens vorsehen, unzulässig sei.

§ 35 ZaDiG normiert die Sorgfaltspflichten des Zahlungsdienstleisters. Dieser hat gemäß Abs 4 leg.cit. einerseits die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten und - soweit technisch und ohne manuelles Eingreifen möglich - zu überprüfen, ob der Kundenidentifikator kohärent ist (Z 2) und andererseits, wenn der Kundenidentifikator nicht kohärent ist, den Zahlungsauftrag zurückzuweisen und den Zahler davon zu unterrichten (Z 3).

Ein Kundenidentifikator ist gemäß § 3 Zif 19 ZaDiG 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.

Das ZaDiG besagt daher, dass eine Überweisung nicht erfolgen darf, wenn die Bank bei einer technisch möglichen Überprüfung mittels Kundenidentifikatorvergleiches feststellt, dass diese Identifikatoren nicht übereinstimmen. Missachtet sie diese Prüfpflicht und überweist sie dennoch, wird sie schadenersatzpflichtig.

Die ständige österreichische Rechtsprechung ging bisher davon aus, dass hinsichtlich einer Übereinstimmung von Kontonummer und Empfängername eine Abgleichungspflicht der Bank besteht. Artikel 74 der Zahlungsdienste-Richtlinie steht mit dieser Rechtsprechung im Widerspruch, da dieser Artikel den Zahlungsdienstleister zur Durchführung des Kundenauftrags ausschließlich anhand des Kundenidentifikators ermächtigt. Wird dieser Kundenidentifikator falsch angegeben, haftet die Bank nicht. Die Festlegung der relevanten Kundenidentifikatoren erfolgt mittels Rahmenvertrages durch die Banken. Diese entschlossen sich für die Festsetzung des IBAN sowie des BIC als Kundenidentifikatoren und nicht für den Empfängername, der ebenfalls eine taugliche Identifikation dargestellt hätte. Aufgrund der Verschlechterung gegenüber der innerstaatlichen Konsumentenschutzbestimmungen und den daraus hervorgehenden Verhandlungen wurde - wie aus dem Erwägungsgrund 48 der Richtlinie hervorgeht - den Mitgliedstaaten ausdrücklich freigestellt, vom Zahlungsdienstleister des Zahlers zusätzliche Überprüfungsmodalitäten (soweit möglich) hinsichtlich der Kohärenz der Daten zu verlangen. Diese Möglichkeit hat der nationale Gesetzgeber in Anspruch genommen und in § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG diese Sorgfaltspflichten der Banken festgesetzt.

Das Argument der Berufungswerberin, eine Übereinstimmungsüberprüfung sei aufgrund der derzeitigen Frist von drei Werktagen kaum, und innerhalb der ab 1.1.2012 geltenden Frist von einem Werktag überhaupt nicht möglich, überzeugt nicht. Eine vollautomatische Überprüfung ist mit komplexen Zahlen- und

Buchstabenabfolgen ebenso durchzuführen wie mit Namensüberprüfung, die abstrakt betrachtet nichts anderes darstellt als eine Buchstabenabfolge. Dies gilt ebenso für Empfängernamen, die verschiedene Schreibweisen aufweisen. Gibt der Kunde beispielsweise anstatt „Maier“ als Empfängername „Meier“ ein, soll dies ebenso eine Zurückweisungs- und Warnpflicht seitens der Bank auslösen, wie wenn sich der Kunde aufgrund eines Zahlensturzes in der Eingabe einer Zahlenabfolge (Kontonummer, BIC) irrt. Es ist daher kein vernünftiger Grund erkennbar, warum die Prüfung der Übereinstimmung von Name und Kontonummer nicht elektronisch ohne nennenswerten Zeit- und Kostenaufwand möglich sein sollte. Es geht lediglich darum, ein Programm zu entwickeln, das den Kundenidentifikator nicht gleich bei geringfügigen Schreibfehlern oder Auslassungen in der Empfängerbezeichnung als nicht kohärent einstuft, da dadurch die Zahl der zurückgestellten Überweisungen zu groß werden würde (vgl. Haghofer, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, *ecolex* 2009, 747 [751] mwN). Schon aus den genannten Argumenten sind die von der Beklagten begehrten ergänzenden Feststellungen, es sei einerseits nicht möglich, aufgrund der kurzen Ausführungsfristen eine händische Bearbeitung der Aufträge durchzuführen, andererseits dass eine derartige Überprüfung nur unter enormem personellen wie zeitlichen Aufwand möglich sei, rechtlich nicht erforderlich.

Es ergibt sich schon aus der Formulierung der Klausel, wonach ein Überweisungsauftrag ausschließlich auf Grundlage des Kundenidentifikators durchzuführen ist und weitergehende Angaben unbeachtlich seien, bei kundenfeindlichster Auslegung ein Nachteil gegenüber der Bestimmung des § 35 Abs 4 Z 2 und 3 ZaDiG, da diese Bestimmungen der Bank eine Sorgfaltspflicht auferlegen, die eine Überprüfung des Empfängernamens gegebenenfalls beinhaltet.

Die weiteren begehrten Ersatzfeststellungen, der IBAN enthalte ein Prüfziffer bzw. die Kontonummer eine Prüfoperation, die bei einem Zahlensturz automatisch eine Zurückweisung zur Folge haben, und dadurch eine größtmögliche Sicherheit gewährleistet

sei, sind aus den oben genannten Gründen ebenfalls rechtlich nicht erforderlich.

Eine Prüfung der Klausel hinsichtlich eines etwaigen Verstoßes gegen § 864a ABGB kann unterbleiben, weil die Klausel bereits gegen das ZaDiG verstößt.

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

Der Kläger moniert, die Klausel stelle hinsichtlich des Zeitpunktes, ab dem der Auftrag nicht mehr von Kundenseite zu widerrufen sei, ausschließlich auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Einlangens (§ 38 ZaDiG) bei der Bank ab. Diese Bestimmung verstoße gegen § 40 Abs 1 iVm § 38 ZaDiG, da dieser Zeitpunkt bei einem Großteil der Aufträge nicht mit dem tatsächlichen Einlangenszeitpunkt übereinstimme. Ein Auseinanderfallen dieser Zeitpunkte sei beispielsweise gegeben, wenn der Auftrag nicht an einem Geschäftstag oder nahe am Ende eines Geschäftstages 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, da aus dem zweiten Satz der Klausel Z 39 Abs 6 ABG geschlossen werden könne, dass die an Wochenenden erteilten Aufträge erst mit Montag 00:00 Uhr als eingegangen gälten und bis dahin auch das Widerrufsrecht bestünde.

Das Erstgericht erachtete die vorliegende Klausel als gesetzwidrig. Die Widerrufsmöglichkeit bestehe entgegen der gesetzlichen Regelung in § 38 ZaDiG, wonach ein Zahlungsauftrag mit Eingang bei der Bank unwiderruflich werde, nach der Klausel le-

diglich bis zum Einlangen, also nach dem Sprachgebrauch der Abgabe der Kundenerklärung.

Die Berufungswerberin wiederholt in ihrer Berufung ihr bisheriges Vorbringen, wonach sich der Kläger und das Erstgericht lediglich auf einen Ausnahmefall beziehen würden. Selbst in einem solchen Fall könne der bereits eingelangte, gemäß § 38 ZaDiG jedoch noch nicht eingegangene Auftrag widerrufen werden, jedoch nur maximal bis zum Beginn des nächsten Geschäftstages. Die Klausel sei daher im Sinne des Gesetzes zulässig, die Berufungswerberin räume jedoch ein, dass bei einer Neufassung der AGB die Widerrufsregelung durchaus klarer formuliert werden könne.

Der Zeitpunkt, zu dem der unmittelbar vom Zahler oder mittelbar von einem oder über einen Zahlungsempfänger übermittelten Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingeht, gilt gemäß § 38 Abs 1 ZaDiG als der Eingangszeitpunkt.

§ 40 Abs 1 Z 1 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstnutzer einen Zahlungsauftrag nicht mehr widerrufen kann, wenn der Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister des Zahlers eingegangen ist. In der inkriminierten Klausel legt die Beklagte jedoch fest, dass die Aufträge vom Kunden nicht mehr widerrufen werden können, wenn sie beim Kreditinstitut eingelangt sind. Dies kann ein Kunde mit durchschnittlichem Sprachverständnis so verstehen, dass er nach Versand oder Abgabe des Auftrages an die Bank diesen Auftrag einseitig nicht mehr widerrufen kann. Dass jedoch 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, erschließt sich dem Kunden nicht. Die Klausel ist somit hinsichtlich des Verstoßes gegen § 38 ZaDiG unzulässig. Dass die Klausel im Sinne der Intransparenz nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, gestand im Übrigen sogar die Beklagte in ihrer Berufung zu.

11.) **Z 39 (7)** *Sofern das Kreditinstitut die Durchführung eines Überweisungsauftrages ablehnt, wird es den Kunden in der mit dem Kunden vereinbarten Form über die Ablehnung und darüber informieren, wie der Überweisungsauftrag berichtigt werden kann, um die Durchführung künftig zu ermöglichen.*

Der Kläger brachte vor, die Klausel lasse einerseits das in § 39 Abs 2 ZaDiG geregelte Tatbestandselement „so rasch als möglich, jedenfalls aber innerhalb der Fristen gemäß § 42“ vermissen, andererseits verstoße es gegen das aus § 6 Abs 3 KSchG ableitbare Vollständigkeitsgebot.

Die Beklagte replizierte, es sei nicht erforderlich, den Gesetzestext vollständig in AGB wiederzugeben. Gerade die Wiedergabe des Gesetzestextes hätte zu Intransparenz geführt, weshalb dies unterlassen worden sei.

Die erstgerichtliche Entscheidung stufte die Klausel als gesetzwidrig ein, da diese den gesetzlich zwingend vorgegebenen zeitlichen Rahmen für die den Dienstleister treffenden Verständigungs- und Belehrungspflichten nicht enthalte.

In der Berufung wiederholt die Beklagte ihren Standpunkt und weist erneut darauf hin, dass die Wiedergabe eines Gesetzestextes nicht Aufgabe des Vertragswerkes sein könne und die Wiedergabe des Gesetzestextes weder notwendig sei, noch die Transparenz der Klausel erhöhe.

§ 39 Abs 2 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstleister, wenn er die Ausführung des Zahlungsauftrages ablehnt, dem Zahlungsdienstnutzer dies so rasch wie möglich, jedenfalls aber innerhalb der Fristen gemäß § 42 ZaDiG mitzuteilen oder zugänglich zu machen hat. Die Klausel verschweigt somit einen für den Kunden maßgeblichen und vom Gesetzgeber eindeutig geregelten Faktor, und zwar, dass die Bank verpflichtet ist, diese Mitteilung so rasch wie möglich zu vollziehen. Das Transparenzgebot erfordert in aller Regel nicht die vollständige Wiedergabe des Gesetzestextes samt dessen Erläuterungen; der bloße Hinweis auf

eine in einem bestimmten Paragraphen geregelte Ausnahme kann aber den aus dem Transparenzgebot abzuleitenden Geboten der Erkennbarkeit, Verständlichkeit und Vollständigkeit der Regelung nicht Genüge tun (RS0121951). Da sich in der Klausel noch nicht einmal ein Hinweis auf die einschlägige Gesetzesstelle findet, wie es in der von ihr herangezogenen Judikatur der Fall ist, verstößt die Klausel somit gegen die zitierte Gesetzesstelle.

*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“ eingehen, 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, da dieser die Frist mitbestimme, innerhalb derer die Bank ihre Leistungspflicht zu erfüllen habe. Eine einseitige Festlegungsbefugnis durch die Bank sei somit 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 gerade das Transparenzgebot erforderlich mache, die Wortfolge „nahe am Ende des Geschäftstages“ nicht in die Klausel aufzunehmen, da 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 es 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.

Nach Meinung der Berufungswerberin gehe das Erstgericht zutreffend davon aus, dass die Bank den Cut-off-Zeitpunkt selbst bestimmen könne, nicht zutreffend sei jedoch, dass die Formulierung „nahe am Ende des Geschäftstages“ zu ergänzen sei. Dies sei gerade aus Transparenzgründen nicht geboten. Die Beklagte räumt jedoch ein, bei einer Neufassung der AGB die erwähnte Wendung zu ergänzen.

Weiters bedürfe es hinsichtlich des Cut-off-Zeitpunktes jedenfalls keiner Vereinbarung mit dem Kunden, sondern werde dieser von der Bank einseitig festgelegt. Da § 28 ZaDiG der Bank nur Informationspflichten auferlege und nicht, wie der Kläger irrig anführe, die dort angeführten Punkte einer Vertragsänderung mit formeller Zustimmung des Kunden bedürften, sei auch § 29 ZaDiG auf diese Regelung nicht anzuwenden. Auch sei es unmöglich, die Zustimmung der Kunden einzuholen und mit jedem einzelnen einen unterschiedlichen Cut-off-Termin zu vereinbaren, wozu ergänzende Feststellungen begehrt werden. Im Übrigen wiederholt die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen.

§ 38 Abs 3 ZaDiG regelt, dass der Zahlungsdienstleister ab-

weichend von Abs 1 (also dem regulären Zahlungseingangszeitpunkt) gemäß § 28 ZaDiG festlegen kann, dass Zahlungsaufträge, die nach einem bestimmten Zeitpunkt nahe dem Ende eines Geschäftstages eingehen, so behandelt werden, als seien sie am darauf folgenden Geschäftstag eingegangen.

In § 28 Abs 1 Z 2 lit. d) ZaDiG wird die Pflicht des Zahlungsdienstleisters geregelt, dem Zahlungsdienstnutzer die Informationen und Vertragsbedingungen hinsichtlich des Zeitpunktes, ab dem ein Zahlungsauftrag gemäß § 38 ZaDiG als eingegangen gilt, mitzuteilen.

Bereits aus diesen beiden Bestimmungen ergibt sich die Gesetzwidrigkeit der bekämpften Klausel, da diese den Zeitpunkt, ab dem der Auftrag erst als am folgenden Geschäftstag als eingegangen gilt, „nach den für die jeweilige Zahlungsart festgelegten Zeitpunkten“ definiert und dadurch den Kunden – anders als im § 38 Abs 3 ZaDiG zwingend vorgesehen – den Zeitpunkt nicht als „nahe dem Ende des Geschäftstages“ definiert. Die Argumentation der Berufungswerberin ist zudem unschlüssig, da sie einerseits vorbringt, gerade die Aussparung der Wortfolge erzeuge bessere Transparenz, jedoch im selben Satz einräumte, die Wortfolge bei der Neufassung der AGB aufnehmen zu wollen. Im Ergebnis schließt sich damit sogar die Berufungswerberin der Rechtsansicht des Erst- und des Berufungsgerichtes an.

Da sich durch die begehrte Feststellung in rechtlicher Hinsicht nichts ändert, ist insofern kein Feststellungsmangel gegeben.

*13.) **Z 42a (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.*

Der Kläger brachte vor, der Zweck der Klausel sei, dass die

Einzugsermächtigung, die dem Zahlungsempfänger erteilt werde, auch im Verhältnis zwischen Zahler und Bank so lange 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 8-wöchige Berichtigungsfrist hinaus auch Berichtigungsansprüche nach § 44 ZaDiG habe. Die Klausel sei daher nachteilig und überraschend im Sinne 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 ja 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 beschränkt, 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 es 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 herrschender österreichischer Ansicht zwei Ermächtigungen im Einzugsermächtigungsverfahren vor, die sowohl dem Gläubiger als auch der Zahlstelle zur Kenntnis gelangten. Es liege gerade keine reine Innenvollmacht vor und es sei ebenso unrichtig, dass ein Widerruf beim Empfänger genüge, da § 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.

Ebensowenig 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, da genau diese Vorsichtsmaßnahme eine gewisse Fälschungssicherheit gewährleiste. Der vom Kunden gesetzte Rechtsscheintatbestand gegenüber der Bank sei eben 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 diese Bestimmung jedoch nicht nur formelle Zahlungsaufträge, sondern auch materielle Ermächtigungen zum Einzug, die nicht den Formalvoraussetzungen entsprächen, womit sie aus dem Anwendungsbereich des § 40 ZaDiG fielen. Somit sei der Widerruf der Einzugsermächtigung nach dem ABGB zu beurteilen, wonach der Wi-

derruf 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 Sinne des § 864a ABGB sei. Die Rechtsposition des Zahlers werde im Hinblick auf die Bestimmung des § 1026 ABGB nicht wirksam beschränkt, da die Formulierung zu schwammig und zu ausufernd sei.

Die Berufungswerberin wiederholt in der Berufung im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und führt weiters aus, dass der Kunde nach § 45 Abs 3 ZaDiG, welcher in ihren AGB umgesetzt worden sei, in jedem Fall, also auch wenn die Ermächtigung der Bank gegenüber nicht widerrufen worden sei, binnen acht Wochen die Möglichkeit habe, der Belastung zu widersprechen.

Es lägen überdies zwei Ermächtigungen vor, wobei sich schon daraus ergebe, dass die Ermächtigung keine reine Innenvollmacht sei, da sie ja gerade zum Zwecke ausgestellt werde, dass sich der Zahlungsempfänger gegenüber der Bank darauf berufen könne. Diesbezüglich beantrage die Beklagte daher ergänzende Feststellungen.

§ 40 Abs 2 ZaDiG sehe ausdrücklich vor, dass ab Übermittlung an den Zahlungsempfänger Unwiderruflichkeit eintrete. Die Klausel sei daher mit den Gesetzen im Einklang.

Gegen die Argumentation des Erstgerichtes, wonach nicht nur formelle Zahlungsaufträge, sondern auch materielle Einzugsermächtigungen, die nicht die Formalvoraussetzungen erfüllten und somit nicht dem ZaDiG unterlägen, erfasst und daher nach ABGB zu beurteilen seien, bringt die Berufungswerberin weiter vor, dass das Erstgericht unberücksichtigt lasse, dass jene von ihr geschilderten Fälle kaum denkbar seien und es nicht Aufgabe der AGB sei, jeden Sonderfall zu regeln. Die Klausel sei daher zu-

lässig, wenngleich die Beklagte einräume, in der Neufassung der AGB einen Einschub „soferne die Bank kein Verschulden trifft“ o.ä. aufzunehmen.

Entgegen der Ansicht der Berufungswerberin haben die von ihr verwendeten Klauseln dem Anspruch zu genügen, sämtliche denkbaren Fälle insofern zu berücksichtigen, als sie auch die Sonderfälle gesetzeskonform zu regeln haben. Hinsichtlich dieser Klausel gesteht sie zu, dass die vom Erstgericht geschilderten Fälle, und zwar jene Einzugsermächtigungen, die nicht unter die einschlägigen Bestimmungen des ZaDiG fallen und somit den allgemeinen zivilrechtlichen Normen unterliegen, zwar Sonderfälle darstellen, diese jedoch in einer Neuregelung der AGB zu adaptieren seien. Da eine geltungserhaltende Reduktion in Verbandsprozessen nicht vorgesehen ist und bereits bei minimalen Änderungserfordernissen die Klausel zu entfallen hat, ist in diesem Sinne vorzugehen. Im Übrigen schließt sich das Berufungsgericht der rechtlichen Begründung des Erstgerichts vollinhaltlich an.

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

***Z 43 (3)** Abs. 1 gilt nicht für die jeweilige 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 Kontovertrages und über Rechtsbehelfe, sofern die Bereitstellung in einer mit dem Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung vereinbarten Form erfolgt;*

Der Kläger brachte vor, dass die inkriminierte Klausel vorsehe, 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 gegenständlichen Informationen von der Bank dem Kunden auf Wunsch ein zweites Mal kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen. Zweitens lege die Klausel 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 vorliegenden AGB ergebe sich, dass hier ein Entgeltanspruch im engeren Sinn gemeint sei, also inklusive Gewinnanteil und Gemeinkostenanteil der Bank. Diese dürfe jedoch hinsichtlich der Informationen lediglich einen Aufwandsersatz verlangen. Drittens setze § 27 Abs 1 2. Satz ZaDiG voraus, dass die Bank die vom Gesetz nicht geschuldeten Leistungen mit dem Kunden separat vereinbart werden müsse. Die inkriminierte Klausel lege jedoch ein Entgelt im Voraus fest, weshalb sie § 27 Abs 1 ZaDiG widerspreche. Weiters widerspreche die Klausel auch dem Transparenzgebot gemäß § 6 Abs 3 KSchG, da der Kunde die Klausel nicht so verstehen müsse, dass auch die zweite Bereitstellung der Information kostenlos sein solle.

Die Beklagte entgegnete, dass die inkriminierte Klausel erst mit bzw. nach Vertragsabschluss eingreife und zu diesem Zeitpunkt die erste Information ja 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 läge kein Verstoß gegen § 27 Abs 1 2. Satz ZaDiG vor, da 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 seien. Auch sei § 27 Abs 1 2. Satz ZaDiG, wonach „Entgelte vereinbart werden“ nicht dahingehend aussagekräftig, wann und in welchem Zusammenhang die Vereinbarung erfolgen könne bzw. müsse.

Das Erstgericht vertrat die Auffassung, diese Klausel widerspreche den gesetzlichen Anforderungen, da 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.

Die Berufungswerberin führt zu diesem Themenkreis aus, dass sowohl Erstgericht als auch Kläger offenbar davon ausgingen, dass die jeweilige Information ein zweites Mal zur Verfügung gestellt werden müsse. Die inkriminierte Klausel greife jedoch erst mit oder nach Vertragsabschluss. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kunde jedoch gemäß § 26 Abs 1 ZaDiG die Information bereits erhalten. Ein weiteres Mal werde dem Kunden die Information mit/nach Vertragsabschluss, sohin bereits ein zweites Mal kostenlos zur Verfügung gestellt. Die Regelung sei daher gesetzeskonform und transparent.

Hinsichtlich des monierten Verstoßes gegen § 27 Abs 1 2. Satz ZaDiG (tatsächliche Kosten sowie Entgeltvereinbarung) wiederholt die Beklagte in ihrer Berufung ihr erstinstanzliches Vorbringen.

§ 27 Abs 1 ZaDiG lautet: Die Bereitstellung von Informationen gemäß § 26 Abs. 1, 3 und 4 in Verbindung mit §§ 28 bis 30, 31 Abs. 1 bis 4, 32 und 33 durch den Zahlungsdienstleister an den Zahlungsdienstnutzer hat unentgeltlich zu erfolgen. Für darüber hinausgehende Informationen sowie deren häufigere Bereitstellung oder Übermittlung in anderer als im Rahmenvertrag vorgesehener Weise, kann ein angemessenes und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtetes Entgelt vereinbart werden, sofern diese Leistungen auf Verlangen des Zah-

lungsdienstnutzers erbracht und gesondert vereinbart werden. Eine darüber hinausgehende Verrechnung von Entgelten für Informationen ist unwirksam.

§ 26 Abs 4 ZaDiG besagt, dass der Zahlungsdienstnutzer jederzeit während der Vertragslaufzeit des Rahmenvertrages die Vorlage der Informationen und Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger verlangen kann.

Eine Formulierung, die Information werde einmalig kostenlos zur Verfügung gestellt, ist somit hinsichtlich der Tatsache, dass gegebenenfalls die Information ja bereits im Sinne des § 27 Abs 1 ZaDiG vor Vertragsabschluss ausgehändigt wurde, intransparent und entspricht somit nicht den Anforderungen des § 6 Abs 3 KSchG. Für einen durchschnittlichen Kunden ist aus Absatz 3 der angefochtenen Klausel jedenfalls nicht eindeutig zu erkennen, dass er zusätzlich zur vorvertraglichen Information eine weitere kostenlose Bereitstellung der Information begehren kann. Auch hinsichtlich dieser Klausel war somit der Rechtsansicht des Erstgerichtes zu folgen.

*15.) **Z 44 2. Satz** Entgelte für Leistungen, die im Rahmen eines Verbraucherkreditvertrages oder eines Verbrauchergirokontovertrages erbracht werden, fallen nur dann an, wenn sie mit den Kunden vereinbart wurden.*

In der Klage beanstandete der Kläger die Gesetzwidrigkeit dieser Klausel insofern, als § 27 Abs 2 ZaDiG vorschreibe, der Kunde schulde für Zahlungsdienste nur die Entgelte, die mit ihm vorher gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a ZaDiG vereinbart worden seien. Hierbei handle es sich um vorvertragliche Informationen, weshalb ihm nur die Entgelte verrechnet werden dürften, die bereits vor Vertragsabschluss mitgeteilt worden seien. Im Vergleich zu der inkriminierten Klausel stelle die gesetzliche Regelung höhere Anforderungen an die wirksame Vereinbarung von Entgelt. Weiters verstoße die Klausel gegen das Transparenzge-

bot des § 6 Abs 3 KSchG. Bei einem durchschnittlichen Kunden bestehe die Gefahr, dass dieser der Bank gegenüber ersatzpflichtig werde, wenn im Antrag nur ein Verweis auf den Preisaushang zu finden sei bzw. wenn die Entgelte nicht für den jeweiligen Zahlungsdienst aufgeschlüsselt worden seien.

Zwar gesteht die Beklagte in ihrer Klagebeantwortung zu, dass gemäß der vom Kläger zitierten Gesetzesstellen Entgelte nur verrechnet werden dürfen, solange diesen eine Vereinbarung vorausgehe, die Klausel regle aber lediglich, dass eine Vereinbarung erforderlich sei. Hingegen gehe aus dem ZaDiG nicht hervor, dass Entgeltvereinbarungen nur dann wirksam seien, wenn die vorvertragliche Information erfolgt sei.

Das Erstgericht folgte der Rechtsansicht des Klägers und qualifizierte die Klausel als Verstoß gegen die zwingenden Voraussetzungen in § 27 Abs 2 ZaDiG. Es dürften daher nur jene Entgelte von der Bank verlangt werden, die dem Kunden bereits vor Vertragsabschluss mitgeteilt worden seien. Darüber hinaus müsse dem Kunden auch ein Entgeltschlüssel im Zuge der vorvertraglichen Information bereitgestellt werden. Nachdem die Kunden über diese Bedingungen durch die Klausel nicht in Kenntnis gesetzt worden seien, widerspreche sie dem § 27 Abs 2 ZaDiG.

Auch hinsichtlich dieser Klausel wiederholt die Beklagte in der Berufung ihr bis dato erhobenes Vorbringen. Es gebe keinen Grund, weshalb ein Kunde nur in Ermangelung eines Hinweises auf zu entrichtendes Entgelt vor Vertragsabschluss dieses dennoch vertraglich vereinbarte Entgelt nicht zu entrichten habe.

§ 27 Abs 2 ZaDiG regle, dass Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag nur verrechnet werden dürfen, wenn sie vorher gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit. a oder § 32 Abs 1 ZaDiG wirksam vereinbart worden sind.

Gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer folgende Informationen und Vertragsbedingungen mitzuteilen: alle Entgelte, die der Zahlungs-

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

Der Berufungswerberin ist zwar insofern hinsichtlich der Argumentation in der Berufung zu folgen, als sie konstatiert, die Klausel regle, dass für die Forderung von Entgelten eine Vereinbarung erforderlich sei. Der Ansatz, die Klausel regle lediglich die Tatsache, dass Entgelte zu vereinbaren sind, ist hingegen verfehlt. Vielmehr erwähnt die Klausel mit keinem Wort, dass diese - wie es gesetzlich vorgeschrieben ist - bereits vor Vertragsabschluss zu vereinbaren sind. Hinsichtlich dieser zeitlichen Komponente schweigt die Klausel und widerspricht somit dem § 27 Abs 2 ZaDiG, weshalb sie unangewendet zu bleiben hat.

*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 jeden 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 Verbraucherpreisindex 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 1. 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 zustimmen habe. Keinesfalls sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Regelung angestrebt habe, in der Gleitklauseln 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, da diese im Widerspruch mit der europarechtlichen Vorgabe, genauer des Art 44 der Richtlinie 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 vorsähen.

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 Zahlungsdienste-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 Sinne der Vertragsklauselrichtlinie zu schließen sein.

Eine Indexanpassung werde vom Gesetzgeber ausdrücklich als

zulässig erachtet. Es bestehe demnach auch ein sachliches Bedürfnis, die Kosten des Zahlungsverkehrs am allgemeinem Preisniveau zu orientieren. Hierzu sei auch auf andere Branchen wie beispielsweise Vermietungen von Liegenschaften verwiesen, wo eine Indexanpassung gesetzlich anerkannt sei.

Das Erstgericht erkannte hinsichtlich dieser Klausel, dass gesetzlich vorgeschrieben sei, Änderungen des Rahmenvertrages dem Kunden vorzuschlagen, welche dieser bei Vorliegen einer Vereinbarung ablehnen könne. Hinsichtlich Änderungen von Zinssätzen bzw Wechselkursen könne eine Änderung ohne vorherige Information an den Kunden erfolgen, wenn dies im Rahmenvertrag vereinbart worden sei und die Änderungen auf Referenzzahlen beruhe.

Das Erstgericht qualifizierte die Entgeltanpassung aufgrund von dem KSchG entsprechenden Wertsicherungsklauseln als Änderung im Sinne des § 29 Abs 1 ZaDiG. Dies deshalb, weil eine Sonderregelung hinsichtlich der Zinsen nicht erforderlich wäre. Eine planwidrige Lücke liege daher nicht vor.

Weiters ergebe sich aus dem Wortlaut des ZaDiG, dass die Änderungen von Zinssätzen und Wechselkursen in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art 44 der Richtlinie 2007/64/EG Ausnahmen für die in § 29 Abs 1 sowie in Art 44 Abs 1 der Richtlinie genannten Tatbestände darstellten. Alle Fälle, die nicht in Abs 2 aufgezählt seien, seien somit unter Abs 1 einzuordnen.

Die Beklagte bekämpft in ihrer Berufung die Ansicht des Erstgerichtes, die VPI-Anpassung stelle eine Vertragsänderung dar, die mit den Kunden vertraglich vereinbart werden müsse. Eine automatische Anpassung sei jedenfalls hinsichtlich der Konto- und Zahlungsentgelte zulässig und erfordere nicht die Zustimmung des Kunden. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb diese Anpassungsmöglichkeit, die so vielen Wirtschaftssektoren offenstehe, gerade den Banken nicht zur Verfügung stehen solle. Im Übrigen wiederholte die Beklagte ihr Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren.

§ 29 Abs 2 ZaDiG regle lediglich, dass der Zahlungsdienstleister, falls eine Anpassungsklausel vereinbart worden sei, das Privileg habe, von der Verständigung des Kunden abzusehen. In § 29 Abs 1 Z 2 ZaDiG sei die Änderung des Rahmenvertrages geregelt, welche jedenfalls dann vorliege, wenn die Bank dem Kunden eine Änderung einseitig vorschlage. Diesfalls erfordere die Änderung die Zustimmung des Kunden. Nichts anderes regle Abs 3 der gegenständlichen Klausel. Wenn hingegen bereits der Rahmenvertrag eine Anpassungsklausel vorsehe, handle es sich nicht um eine derartige Änderung des Rahmenvertrages, sondern werde lediglich die Vertragsbestimmung eingehalten.

Weiters werde die Feststellung beantragt, dass die Kosten des Zahlungsverkehrs mit dem allgemeinen Preisniveau steigen, da sich der Personal- und Sachaufwand verteuere, sodass eine Indexanpassung sachgerecht sei. Finanzdienstleistungen seien auch im Warenkorb des VPI enthalten, der auch als Basis für Lohnverhandlungen herangezogen werde.

Auch die einschlägige Regelung des KSchG hinsichtlich der Anpassungsklauseln, die trotz Inkrafttretens des ZaDiG unberührt bleibe, fordere sachlich gerechtfertigte, vom Unternehmerwillen unabhängige Eintrittsbedingungen für die Erhöhung. Der Kläger hingegen stelle auf persönliche Rationalisierungs- und Automatisationsgrade ab, weshalb die Entgeltänderung eben unzulässig wäre.

§ 29 Abs 2 ZaDiG normiert, 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 gemäß § 28 Abs. 1 Z 3 lit. b und c ZaDiG vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechsellkursen beruhen. Der Zahlungsdienstnutzer ist so rasch wie möglich in der in § 26 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ZaDiG vorgesehenen Weise von jeder Änderung des Zinssatzes zu unterrichten, es sei denn, die Parteien haben eine davon abweichende Vereinbarung darüber getroffen, wie oft und wie die In-

formationen mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden sollen. Für den Zahlungsdienstnutzer günstigere Zinssätze oder Wechselkurse bedürfen keiner Benachrichtigung.

§ 29 Abs 1 ZaDiG sieht vor, dass der Zahlungsdienstleister dem Kunden die geplante Änderung des Rahmenvertrages mindestens zwei Monate vor Änderung vorzuschlagen hat. Auch im Falle einer Erklärungsfiktion, der sich der Kunde gemäß § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG unterwerfen kann, hat dieser daher mindestens zwei Monate die Möglichkeit, eine Erklärung dazu abzugeben.

Zu klären ist nun, ob eine Wertanpassungsklausel unter den Tatbestand des Abs 1 oder unter jenen des Abs 2 leg.cit. fällt: Haghofer (Kundenschutz im neuen Zahlungsdiensteugesetz, *ecolex* 2009, 747) argumentiert diesbezüglich schlüssig, dass nach § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG ab sofort nur mehr Änderungen der Wechselkurse und der Zinssätze aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechenden Entgeltänderungsklausel einseitig vorgenommen werden könnten. In allen anderen Fällen einer Änderung der Entgelte müsse die im § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise eingehalten werden, also insbesondere die (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden. Die in der RV enthaltenen Erläuterungen zu § 29 Abs 2 ZaDiG (EB zur Regierungsvorlage 207 BlgNr. 24.GP), auf die sich die Beklagte beruft, gehen zwar (ohne nähere Begründung) davon aus, dass die geltende Praxis, nämlich die vertragliche Bindung der Entgelte im Zusammenhang mit dem Girokonto (Kontoführungsgebühr, Bankomatkartengebühr, Buchungsgebühr, etc.) an den Verbraucherpreisindex und deren jährliche automatische Erhöhung, weiterhin zulässig bleibe, sofern die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eingehalten würden. Doch findet diese subjektive Absicht des Gesetzgebers im Wortlaut des Gesetzes keinen Niederschlag und steht vor allem auch im Widerspruch zu den abschließenden Vorgaben des Art 44 der Zahlungsdienste-Richtlinie (Haghofer, aaO, 748). Aus dem Wortlaut und dem Regelungszusammenhang des Gesetzes und der RL ergibt sich jeweils eindeutig, dass die in § 29

Abs 2 Satz 1 ZaDiG und Art 44 Abs 2 Satz 1 ZaDiG aufgezählten Fälle (Änderungen der Zinssätze und der Wechselkurse) Ausnahmen vom im § 29 Abs 1 ZaDiG und Art 44 Abs 1 ZaDiG geregelten Grundsatz sind. Das führt bei Anwendung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze zwangsläufig dazu, dass für alle im jeweiligen Abs 2 nicht angeführten Fälle der jeweilige Abs 1 maßgeblich ist.

Darüber hinaus ist zu erwähnen, dass die von der Beklagten ins Treffen geführte Entscheidung des HG Wien zu 11 Cg 17/10 b, auf die sie sich bezüglich einer gleichlautenden Klausel beruft, einerseits noch nicht rechtskräftig beendet wurde, andererseits die Berufungsentscheidung des OLG Wien dem Erstgericht hinsichtlich der die Indexanpassung betreffenden Klausel nicht folgte und im Sinne der klagenden Partei dem Unterlassungsbegehren stattgab.

Im Ergebnis ordnet die Beklagte in der gegenständlichen Klausel daher einen von § 29 Abs 1 ZaDiG abweichenden Änderungsmodus an, weshalb die Klausel gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam ist. Aus diesen Gründen sind auch die begehrten zusätzlichen Feststellungen nicht erforderlich.

*17.) **Z 46 (1)** Der Kunde trägt alle auf Grund 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 auf Grund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werden, ist es zur Einhebung eines angemessenen pauschalen Aufwandersatzes gemäß Aushang berechtigt.*

Der Kläger brachte in der Klage 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 im § 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. Die Norm regle nicht das Entgelt im engeren Sinn, sondern einen pauschalierten Aufwandersatzanspruch. 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 der Klausel die abschließend geregelten vereinbarungsfähigen Fälle.

Die Berufungswerberin vermeint, es gebe im Gegensatz zur Ansicht des Erstgerichtes keine klare Grenzziehung zwischen Aufwandersatz und Entgelt, weiters unterstelle es zu Unrecht, dass § 27 Abs 3 ZaDiG Fälle des pauschalierten Aufwandersatzes regle. Unklar sei weiters die Argumentation des Erstgerichtes,

dass die Klausel die vorgeschriebene Art der Vereinbarung der Fälle des § 27 Abs 3 ZaDiG umgehe. Vielmehr entspreche die Klausel den gesetzlichen Bestimmungen.

§ 27 Abs 3 ZaDiG lautet: Entgelte für die Erbringung von sonstigen Nebenpflichten dürfen dem Zahlungsdienstnutzer vom Zahlungsdienstleister nur für folgende Leistungen verrechnet werden: 1. Mitteilungen über die Ablehnung gemäß § 39 Abs 2 ZaDiG; 2. einen Widerruf eines Zahlungsauftrages nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit gemäß § 40 Abs 3 ZaDiG; 3. Die Wiederbeschaffung eines Geldbetrages, der wegen fehlerhafter Kundenidentifikatoren verloren gegangen ist (§ 35 Abs 4 Z 4 ZaDiG).

Solche Entgelte sind überdies nur zulässig, wenn sie zwischen den beiden Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart (§ 28 Abs. 1 Z 3 lit. a oder § 32 Abs. 1) worden sowie angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sind.

Im § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG wird abschließend geregelt, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten (§ 27 Abs 2) einen Kostenersatzanspruch geltend machen kann, wenn er dem Kunden Informationen zur Verfügung stellt oder Nebenleistungen erbringt, die er vertraglich oder nach dem Gesetz schuldet. Die Bestimmungen des § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG stellen somit eine *lex specialis* dar und verdrängen daher in ihrem Anwendungsbereich § 1014 ABGB. Obwohl auch hier der Begriff "Entgelt" verwendet wird, ergibt sich aus dem Inhalt und dem Zweck der Abs 1 und 3, dass in ihnen - anders als im Abs 2 des § 27 ZaDiG - der Aufwandsersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters abschließend geregelt werden soll. Könnte der Zahlungsdienstleister für die nicht im § 27 Abs 3 ZaDiG angeführten Nebenpflichten einen Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB geltend machen, verlöre die Bestimmung ihren Sinn. Das ZaDiG hält sich nur deswegen nicht an die in Österreich bislang übliche Unterscheidung, weil es den weiten

Entgeltbegriff der Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG übernimmt, der sowohl das Entgelt im engeren Sinn als auch den Aufwandsatz einschließt (vgl. Haghofer, Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, ecollex 2010, 21).

Die Berufung der Beklagten ist somit auch hinsichtlich dieser Klausel nicht erfolgreich.

Zum von der Beklagten ebenfalls bekämpften Veröffentlichungsbegehren ist auszuführen, dass Zweck der Urteilsveröffentlichung ist, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. An diesem Zweck gemessen ist die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen. Bei der Verbandsklage liegt das berechnigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung insbesondere darin, dass der Rechtsverkehr bzw. die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw. sittenwidrig sind (RS0121963 [T7]).

Schon daraus ergibt sich, dass der Berufungswerberin in ihrer Argumentation, eine Veröffentlichung auf der Homepage des Klägers sowie die zu erwartende Berichterstattung in diversen Medien täte dem Informationsrecht der Verbraucher Genüge, nicht zu folgen ist, da - wie das Erstgericht im Urteil sowie der Kläger in seiner Berufungsbeantwortung richtigerweise anführen - einerseits ein aktives Tun der Verbraucher erforderlich ist, um die Informationen von einer Website zu beziehen, andererseits die Medienberichterstattung (möge sie auch noch so umfassend sein) jedenfalls keine wertneutrale Information darstellt, sondern diese nur durch eine offizielle Urteilsveröffentlichung im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur gewährleistet ist.

Auf das Veröffentlichungsbegehren der Beklagten sowie die in diesem Zusammenhang begehrten Ersatzfeststellungen ist nicht weiter einzugehen, da die Beklagte bezüglich des Unterlassungsbegehrens des Klägers in allen Punkten unterlegen ist und sich

somit die Frage einer Veröffentlichung „zu ihren Gunsten“ nicht stellt.

Die Berufungswerberin machte weiters hinsichtlich der von ihr beantragten Festlegung einer Leistungsfrist, binnen derer die AGB überarbeitet und an die gerichtliche Entscheidung angepasst werden mögen, den Berufungsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend.

In ihrer Klagebeantwortung beantragte die Beklagte im Falle einer Klagsstattgebung die Setzung einer angemessenen Frist zur Erfüllung des Urteils. Das Erstgericht sprach über diesen Antrag weder ab, noch findet sich eine Behandlung dieses Antrags in den Entscheidungsgründen. Gemäß § 496 Abs 1 Z 1 ZPO ist die Rechtssache vom Berufungsgericht an das Erstgericht zur Verhandlung und Urteilsfällung zurückzu(ver)weisen, wenn die Sachanträge durch das angefochtene Endurteil nicht vollständig erledigt wurden.

Ein Antrag auf Setzung einer Leistungsfrist stellt einen Sachantrag dar, der unerledigt geblieben ist, womit die Voraussetzungen des § 496 Abs 1 ZPO gegeben wären. § 496 Abs 3 ZPO eröffnet jedoch dem Berufungsgericht die Möglichkeit, statt der Zurück(ver)weisung das erstinstanzliche Verfahren zu ergänzen und in der Sache selbst zu erkennen (vgl. RS0042125), wovon das Berufungsgericht aus folgenden Gründen Gebrauch macht:

§ 409 ZPO, der den Richter zur Setzung einer Leistungsfrist verpflichtet, ohne dass es auf einen Antrag ankommt, ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden. Nach ständiger Rechtsprechung ist aber immer dann, wenn die Beklagte nicht zu einer „reinen“ sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet ist, die auch ein positives Tun (wie auch gegenständlich bei der Abänderung der AGB) enthält, gemäß § 409 Abs 2 ZPO vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen (10 Ob 70/07b mwN). Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter somit auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung ei-

nes Zustandes einschließt. Dies trifft insbesondere bei Verbandsklagen zu, da die Beklagte das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen kann, dass sie ihre AGB ändert (4 Ob 130/03 a).

Hinsichtlich der Dauer der Leistungsfrist, die das Gericht nach Ermessen festsetzen kann, führte die Beklagte an, dass eine Leistungsfrist von sechs Monaten angemessen sei, da Überarbeitung der AGB, Erstellung und Verteilung der Drucksorten, Datenverarbeitung und dergleichen diesen Zeitraum in Anspruch nehmen würden. Entgegen dem Standpunkt des Klägers erscheint dabei eine sechsmonatige Leistungsfrist - auch angesichts des mit einzubeziehenden Zeitbedarfs im Zusammenhang mit den Klauseln, die eine Verständigung der Kunden und eine Widerspruchsfrist vorsehen - nicht unangemessen lang. Daher ist die Leistungsfrist mit dieser Länge zu bestimmen, die Berufung hinsichtlich dieses Punktes erfolgreich und die angefochtene Entscheidung insofern spruchgemäß abzuändern.

Aufgrund der Abänderung des angefochtenen Urteils ist auch über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden. Der Kläger ist lediglich geringfügig unterlegen, weshalb sich die Kostenentscheidung in erster Instanz auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO gründet. Die Beklagte hat dem Kläger damit dessen gesamten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ersetzen. Die Kostenzuspruch des Erstgerichtes an den Kläger war somit nicht abzuändern.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 43 Abs 2 1. Fall, 50 ZPO. Auch in zweiter Instanz ist der Kläger lediglich geringfügig unterlegen. Die Beklagte hat demzufolge dem Kläger die Kosten seiner Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

Der Wertausspruch folgt dem vom Kläger angegebenen Interesse.

Die Zulässigkeit der Revision richtet sich nach den Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO, wonach die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Ver-

fahrensrechts abhängen muss, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RS0121516). Nachdem der Oberste Gerichtshof bis dato noch nicht wegen der Beurteilung von AGB-Klauseln, die das ZaDiG umsetzen, angerufen wurde, ist die ordentliche Revision somit zulässig.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 15. September 2011

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG