



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hopf als Vorsitzenden, den Hofrat Dr. Hargassner und die Hofrätinnen Dr. Dehn, Mag. Korn und Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter und Richterinnen in der Rechtssache der klagenden Partei Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1041 Wien, vertreten durch Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei PayLife Bank GmbH, Marxergasse 1B, 1030 Wien, vertreten durch Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die Revisionen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 24. Februar 2015, GZ 30 R 11/14d-27, mit dem den Berufungen der klagenden Partei und der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 27. Dezember 2013, GZ 18 Cg 66/12p-20, jeweils teilweise Folge gegeben wurde, nach nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. Den Revisionen der klagenden Partei und der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben.

II. Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die beklagte Partei schuldig ist, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zusätzlich zu den vom Berufungsgericht untersagten Klauseln nachstehende Klauseln in Vertragsformblättern und allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden und sich gegenüber Verbrauchern auf diese zu berufen:

1. Klausel 5 (Punkt 3.3.2. AGB alt):

„PayLife ist ferner berechtigt, das Vertragsverhältnis mit dem Karteninhaber aus wichtigem Grund, insbesondere bei wesentlicher Verschlechterung seiner

Bonität, mit sofortiger Wirkung aufzulösen und die Karte durch jedes Vertragsunternehmen einziehen zu lassen.“

2. Klausel 12 (Punkt 15.1. AGB alt):

„Änderungen dieser Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfanges sowie der Entgelte werden dem Karteninhaber an die zuletzt schriftlich bekannt gegebene Adresse zur Kenntnis gebracht. Diese Verständigung hat in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erfolgen, sofern dies mit dem Karteninhaber vereinbart wurde.“

Die Leistungsfrist beträgt sechs Monate ab Rechtskraft dieses Urteils.

Die Ermächtigung der klagenden Partei zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs wird auf diese Klauseln ausgeweitet.

4. Die Leistungsfrist wird hinsichtlich sämtlicher untersagter Klauseln in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen mit sechs Monaten festgesetzt.

III.1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 8.718,54 EUR (darin 1.282,02 EUR USt und 1.026,35 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 2.525,09 EUR bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.463,14 EUR bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Klägerin ist ein zur Unterlassungsklage

gemäß § 29 Abs 1 KSchG berechtigter Verband. Die Beklagte betreibt ein Kreditinstitut iSd BWG. Sie tritt in ganz Österreich regelmäßig in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern und verwendet dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Beklagte legte bis zum Dezember 2012 ihren Verträgen mit Verbrauchern ein „Kartenantragsformular“, das „Informationen nach § 26 iVm § 28 Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“ und Allgemeine Geschäftsbedingungen enthielt, zugrunde (in der Folge: „AGB alt“).

Im Dezember 2012 änderte die Beklagte ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Folge: „AGB neu“) dahin, dass die „Informationen nach § 26 iVm § 28 Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“ in diese - und nicht in das Kartenantragsformular - integriert waren.

Die Klägerin begehrt, der Beklagten die Verwendung einzelner in den AGB alt, den Informationen und den AGB neu enthaltenen oder sinngleicher Klauseln, die im Folgenden gesondert dargestellt werden, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ebenso zu verbieten, wie die Berufung auf diese Klauseln, soweit sie bereits Inhalt der von der Beklagten geschlossenen Verbraucherverträge geworden sind. Weiters begehrt sie, ihr die Ermächtigung zu einer Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe einer bestimmten Tageszeitung zu erteilen. Die Klauseln verstießen gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das ZaDiG, und gegen die guten Sitten. Einige der Klauseln seien nicht ausreichend transparent oder

seien nach § 864a ABGB unwirksam.

Die Beklagte bestritt die Unzulässigkeit der Klauseln und machte geltend, dass im Fall einer Klagsstattgebung die Leistungsfrist mit sechs Monaten zu bemessen sei, da aufgrund des für eine Änderung der AGB nach dem Gesetz vorgeschriebenen Verfahrens eine Anpassung in kürzerer Zeit nicht möglich sei. Soweit die Klägerin Klauseln der AGB neu, die sie selbst als Nachfolgeklauseln zu den AGB alt bezeichne, für unzulässig erachte, fehle ihr das Rechtsschutzinteresse an einem darauf bezogenen Exekutionstitel, da das Begehren auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln in AGB oder Vertragsformblättern auf „sinngleiche“ Klauseln zu erstrecken sei. Von solchen sei dann zu sprechen, wenn bei anderer Formulierung die Klauseln denselben verpönten Regelungsgehalt aufwiesen, was die Klägerin im konkreten Fall behauptete.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren hinsichtlich eines Teils der Klauseln unter Setzung einer Leistungsfrist von 14 Tagen statt. Hinsichtlich der anderen Klauseln wies es das Klagebegehren ab.

Das **Berufungsgericht** gab den Berufungen beider Parteien teilweise Folge. Die Leistungsfrist für den klagsstattgebenden Teil wurde auf drei Monate verlängert. Der Antrag der Beklagten auf Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union wurde zurückgewiesen.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht zu, weil es sich teilweise um bisher noch nicht vom Obersten Gerichtshof beurteilte Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen handle, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung seien.

Gegen das Berufungsurteil richten sich die Revisionen beider Streitteile. Die Klägerin beantragte die Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer gänzlichen Klagsstattgebung. Die Revision der Beklagten ist auf eine Abänderung des Berufungsurteils im Sinn einer gänzlichen Klagsabweisung und Ermächtigung der Beklagten zur Urteilsveröffentlichung gerichtet. In eventu stellen beide Parteien Aufhebungsanträge.

In ihren Revisionsbeantwortungen beantragen die Parteien wechselseitig, der Revision der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die beiden Revisionen sind aus dem vom Berufungsgericht angegebenen Grund zulässig und teilweise auch berechtigt.

I. Das Berufungsgericht hat die ständige, auf die Beurteilung einschlägiger Verbandsklagen grundsätzlich anwendbare Rechtsprechung ausführlich und zutreffend dargestellt (§ 510 Abs 3 ZPO). Sie lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Das so erwirkte Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG ist nicht allein auf die Kontrolle und Durchsetzung der Verbote des § 6 KSchG (und des § 879 ABGB) beschränkt, sondern umfasst auch die Verletzung weiterer zivilrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Vorschriften (9 Ob 66/08h mwN).

2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ (RIS-Justiz RS0016914).

Die Beurteilung, ob eine Vertragsbestimmung gröblich benachteiligend ist, hat sich am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676 [T7, T13, T43]). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung jedenfalls dann vor, wenn die dem Vertragspartner zugeordnete Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (RIS-Justiz RS0014676 [T21]). § 879 Abs 3 ABGB will vor allem dem Missbrauch der Privatautonomie durch Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen seitens eines typischerweise überlegenen Vertragspartners entgegenwirken (4 Ob 141/11f).

3. Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des

Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Der Klausel muss also ein Überrumpelungs- oder gar Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den rechtlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts iSd § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RIS-Justiz RS0014627). Der Inhalt der Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstextes eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (RIS-Justiz RS0014659). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

4. Im Rahmen einer AGB-Kontrolle im Verbandsprozess nach § 28 KSchG erfolgt zunächst eine Geltungskontrolle nach § 864a KSchG (RIS-Justiz RS0037089). Nur wenn die Klausel auch Vertragsbestandteil wurde, erfolgt eine Inhaltskontrolle anhand von § 879 Abs 3 ABGB und § 6 KSchG.

5. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichergestellt werden. Der typische Verbraucher soll nicht von der Durchsetzung seiner Rechte dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird

(RIS-Justiz RS0115217 [T3]) oder ihm unberechtigte Pflichten auferlegt werden (RIS-Justiz RS0115217 [T8]).

Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot oder das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]).

Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden.

6. Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf die für den Verbraucher ungünstigste Auslegung wird im Verbandsprozess deshalb abgestellt, weil befürchtet wird, dass der einzelne Verbraucher die wahre Rechtslage und die ihm zustehenden Rechte nicht erkennt und sich daher auch nicht auf diese beruft (1 Ob 244/11f).

7. Auf eine etwaige bloß teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klauseln kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RIS-Justiz RS0038205).

II. Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 5 Ob 227/98p in Anlehnung an die wettbewerbsrechtliche Judikatur für den Verbandsprozess nach § 28 KSchG die Aufnahme „sinngleicher“ Klauseln in das Unterlassungsgebot für zulässig erachtet. Dem Zweck, eine Umgehung des Verbots nicht allzu leicht zu machen, könne nur dann entsprochen werden, wenn das Verbot auch auf die Verwendung sinngleicher Klauseln ausgedehnt werde, also auf solche, die denselben verpönten Regelungszweck zum Inhalt hätten.

Das Verbot sinngleicher Klauseln umfasst in der

Regel alle Vertragsbestimmungen, die aus den gleichen Gründen wie die im Spruch angeführten Klauseln unzulässig sind (2 Ob 215/10x mwN).

Das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers an einer Unterlassungsklage ist daher dann zu verneinen, wenn er über einen Exekutionstitel verfügt, mit dem er auch wegen des neuen Sachverhalts Exekution führen kann (RIS-Justiz RS0037297, RS0002451). Bildet das im ersten Verfahren bereits erwirkte Gebot einen tauglichen Exekutionstitel zur Abstellung auch des gesamten im zweiten Verfahren behaupteten Verhaltens, fehlt dem Kläger insoweit das Rechtsschutzbedürfnis (2 Ob 215/10x).

Im konkreten Fall verwendet die Beklagte in den AGB neu Klauseln, die von den von der Klägerin beanstandeten Klauseln der AGB alt teilweise nur geringfügig abweichen. Ob es sich dabei um „sinngleiche“ Klauseln handelt, kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Klägerin bislang noch über keinen Exekutionstitel verfügt. Es kann ihr daher das Rechtsschutzbedürfnis nicht abgesprochen werden, verschiedene, wenn auch in der Formulierung ähnliche Klauseln, auf deren Zulässigkeit die Beklagte beharrt, einer gerichtlichen Prüfung zu unterziehen.

III. Von besonderer Relevanz ist im vorliegenden Fall das am 1. 11. 2009 in Kraft getretene Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG) BGBl I 2009/66, mit dem die Zahlungsdienste-Richtlinie RL 2007/64/EG vom 13. 11. 2007, ABl 2007 L 319/1 (in der Folge ZaDi-RL), in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde. Ziel der Richtlinie war es, einen europaweit einheitlichen („kohärenten“) rechtlichen Rahmen für Zahlungsdienste zu schaffen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Zahlungssysteme zu gewährleisten (Erwägungsgrund 4). Zu diesem Zweck weicht die ZaDi-RL vom Prinzip der Mindestharmonisierung ab.

Mitgliedstaaten sollen keine von den Vorgaben der ZaDi-RL abweichenden Anforderungen für Zahlungsdienstleister festlegen (Grundsatz der Vollharmonisierung). Nach Art 86 ZaDi-RL ist eine Abweichung bei der Umsetzung der Richtlinie nur dort zulässig, wo die Richtlinie dies explizit vorsieht (9 Ob 26/15m).

Das ZaDiG legt die Bedingungen fest, zu denen Personen Zahlungsdienste gewerblich in Österreich erbringen dürfen (Zahlungsdienstleister) und regelt die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsdienstnutzern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht werden (§ 1 Abs 1 ZaDiG).

Ein Abweichen von diesem Gesetz kann im Rahmen einer Verbandsklage aufgegriffen werden (§ 28a KSchG). Zudem bestimmt § 26 Abs 6 Satz 1 ZaDiG ausdrücklich, dass in Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 26 bis 46 und 48 betreffend Informationspflichten, Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen sowie Haftung nicht abgewichen werden darf, andernfalls diese abweichenden Bestimmungen unwirksam sind. Nach § 26 Abs 2 ZaDiG sind Vertragsbestimmungen klar und verständlich abzufassen.

IV. Zu den einzelnen Klauseln:

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird die von den Parteien gewählte und von den Vorinstanzen beibehaltene Nummerierung verwendet. Zugleich wird auf die in den AGB enthaltene Nummerierung hingewiesen. Die Klauseln der AGB alt und der AGB neu, die sinngemäß zusammengehören, werden soweit als möglich gemeinsam behandelt.

**A. Zur Revision der Klägerin:**

**1.) Klauseln 1, 15, 16**

**Klausel 1** (altes Antragsformular 5. I. „Informationen gemäß § 26 iVm § 28 Zahlungsdiensteegesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“):

*„Soweit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts anderes festgehalten ist, erfolgt die Kommunikation zwischen Ihnen und uns schriftlich. Dabei bedienen wir uns in der Regel der Papierform. Mit Ihrer Zustimmung kommunizieren wir mit Ihnen auch über andere dauerhafte Datenträger (wie zB E-Mail). Wir gehen in diesem Fall davon aus, dass Sie über die notwendigen technischen Einrichtungen verfügen.“*

**Klausel 15** (Nachfolgeklausel: „Informationen gemäß § 26 iVm § 28 Zahlungsdiensteegesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“ - 6. Punkt, 1. Satz):

*„Soweit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nichts anderes festgehalten ist, erfolgt die Kommunikation zwischen Ihnen und uns schriftlich in Papierform.“*

**Klausel 16** (Nachfolgeklausel: „Informationen gemäß § 26 iVm § 28 Zahlungsdiensteegesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“ - 6. Punkt, 2. Satz):

*„Sofern Sie uns ihre Zustimmung erteilen, kommunizieren wir mit Ihnen über E-Mail. Soweit dies vereinbart ist, stehen Ihnen auch andere Kommunikationsmittel, wie zB Telefon und Fax, für die Kommunikation mit uns zur Verfügung. So können Sie etwa Ihre Wünsche, Karten zu sperren, telefonisch bekannt geben.“*

Die **Klägerin** brachte vor, die Klausel 1 verstoße gegen § 26 Abs 1, § 28 Abs 1 Z 4 ZaDiG und § 6 Abs 3

KSchG. Zweck der Informationspflicht nach dem ZaDiG sei, dem Zahlungsdienstnutzer vor einer vertraglichen Bindung die Informationen und Vertragsbedingungen über den zu schließenden Vertrag zu verschaffen. Diese seien klar und verständlich abzufassen. Im vorliegenden Fall werde das Schriftformerfordernis für die Kommunikation unter den Vorbehalt einer anderwertigen Vereinbarung in den AGB gestellt, ohne dass sich dazu eine Notwendigkeit ergebe. Mit der Formulierung „mit Ihrer Zustimmung“ würde der Zahlungsdienstnutzer im Unklaren gelassen, ob die Zustimmung vorausgesetzt werde, durch die AGB erteilt werde oder es einer separaten Zustimmung bedürfe. Der Inhalt der Mitteilungen werde auch Inhalt des abzuschließenden Vertrags, ihnen komme damit ein normativer Inhalt zu.

Bei den Klauseln 15 und 16 handle es sich um die Nachfolgeklauseln, es bestünden die gleichen Bedenken. Klausel 15 informiere nicht über die vertraglich vereinbarten Kommunikationsmittel. In Klausel 16 werde nicht abschließend festgelegt, welche Kommunikationsmittel zur Verfügung stehen.

Die **Beklagte** brachte vor, dass es sich nicht um Klauseln, sondern um Wissenserklärungen handle, die nicht Gegenstand einer Verbandsklage sein könnten. Der Kunde erhalte sämtliche Informationen iSd § 26 ZaDiG in Papierform vor Vertragsabschluss. Eine Vereinbarung über die Mitteilung auf einem anderen dauerhaften Datenträger sei nicht erforderlich. Zu diesem Zeitpunkt sei noch keine Vereinbarung getroffen worden, über welches Medium eine Kommunikation erfolgen solle. Daher seien mehrere Möglichkeiten beispielhaft angeführt.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** sahen die Klauseln als zulässig an. Zu den mitzuteilenden Informationen und Vertragsbedingungen über die

Kommunikation gehörten auch die Kommunikationsmittel, die zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart würden, einschließlich ihrer Anforderungen an die technische Ausstattung des Zahlungsdienstnutzers. Da auch verschiedene Kommunikationsmittel kumulativ vereinbart werden könnten, seien die Klauseln unbedenklich. Es werde ein Regel-Ausnahme-Verhältnis festgelegt, wobei sich eindeutig ergebe, dass eine von der Regel abweichende Kommunikation vereinbart werden müsse. Der Zustimmungsvorbehalt führe dazu, dass im Ergebnis keine Mitteilungen über ein ausdrücklich vereinbartes Kommunikationsmittel gemacht werden müssten.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, dass zu den vom Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer mitzuteilenden Informationen auch die Kommunikationsmittel gehörten, die zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart würden, einschließlich ihrer Anforderungen an die technische Ausstattung des Zahlungsdienstnutzers. Die Formulierung, dass die Kommunikation „auch über andere dauerhafte Datenträger (wie zB E-Mail)“ stattfinden solle, entspreche diesem Erfordernis nicht. Es bleibe offen, welche Kommunikationsmittel tatsächlich für die Kommunikation zwischen der Beklagten und ihren Kunden zur Verfügung stehen.

Jedenfalls seien die Klauseln aber intransparent, da der Zahlungsdienstnutzer keine konkreten Informationen über die vereinbarten Kommunikationsmittel erhalte. Weiters sei das Schriftformerfordernis für die Kommunikation unter den Vorbehalt einer anderweitigen Vereinbarung in den AGB gestellt, ohne dass sich dazu eine Notwendigkeit ergebe. Es bleibe unklar, ob die Klauseln selbst die Zustimmung des Verbrauchers bewirkten oder eine solche separat zu erteilen

sei.

Dazu ist auszuführen:

1.1. Nach § 26 Abs 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig, bevor dieser durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, die Informationen und Vertragsbedingungen im Falle eines Rahmenvertrags gemäß § 28 ZaDiG in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen. Zu diesem Zweck darf auch eine Kopie eines Vertragsentwurfs bereitgestellt werden.

Zu diesen Informationen gehören nach § 28 Abs 1 Z 4 lit a ZaDiG die Kommunikationsmittel, die zwischen den Parteien für die Informationsübermittlung und Anzeigepflichten nach Maßgabe dieses Gesetzes ausdrücklich vereinbart werden, einschließlich ihrer Anforderungen an die technische Ausstattung des Zahlungsdienstnutzers.

Ziel der Vorschrift ist eine umfassende Information des Zahlungsdienstnutzers vor Abschluss des Rahmenvertrags, um diesem im Sinn der europarechtlichen Vorgaben zur Wettbewerbsförderung eine Vergleichsmöglichkeit zwischen den unterschiedlichen - als Anbieter auftretenden - Zahlungsdienstleistern zu eröffnen und solcherart die Transparenz zu erhöhen (*Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, Zahlungsdienstegesetz § 28 Rz 4; Erwägungsgrund 21 ZaDi-RL).

1.2. Bei Rahmenverträgen werden aufgrund ihrer größeren wirtschaftlichen Bedeutung gemäß § 28 ZaDiG umfassende Vorabinformationen über die gesamte Vertragsbeziehung geschuldet (*Weilinger/Knauder* aaO § 28 Rz 3). Wird in der Folge ein entsprechender Rahmenvertrag abgeschlossen, so werden die vor Vertragsabschluss gegebenen Vertragsbedingungen und Informationen

grundsätzlich Vertragsinhalt (*Leixner*, ZaDiG § 26 Rz 3; *Weilinger/Knauder* aaO § 28 Rz 7).

Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei diesen Informationen daher nicht um bloße Wissenserklärungen, sondern um Formblätter über die Konditionen, zu denen die Beklagte einen Vertrag abschließen will. Sie regeln den zukünftigen Vertragsinhalt und sind einer Kontrolle nach § 28 KSchG zugänglich.

1.3. Die Informationspflichten beziehen sich zunächst auf die Angabe jener Kommunikationsmittel, die zwischen den Parteien für die Informationsübermittlung und Anzeigepflichten nach Maßgabe der Vorschriften des ZaDiG vereinbart werden. Dabei bestreitet auch die Klägerin nicht, dass für verschiedene Zwecke verschiedene Kommunikationsmittel kumulativ vereinbart werden können. Sofern der Zahlungsdienstnutzer mit der Wahl einer besonderen Kommunikation nicht einverstanden ist, darf vom Grundsatz der Informationsmitteilung in Papierform nicht abgewichen werden (*Weilinger/Knauder* aaO § 28 Rz 28).

Den Vorinstanzen ist darin zuzustimmen, dass die in den vorvertraglichen Informationen enthaltenen Klauseln 1, 15 und 16 selbst bei kundenfeindlichster Auslegung keine Regelung über die Form des Zugangs der vorvertraglichen Information selbst beinhalten, da der Zahlungsdienstnutzer zu dem Zeitpunkt, zu dem ihm die Klausel bekannt wird, bereits über die vorvertraglichen Informationen verfügt.

Geregelt ist vielmehr, in welcher Form die zukünftige Kommunikation (nach Vertragsabschluss) zu erfolgen hat, wobei dem Gesetz entsprechend darauf verwiesen wird, dass diese Kommunikation grundsätzlich in Papierform erfolgt, eine andere Form der Kommunikation wie etwa E-Mail der Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers bedarf. Aufgrund der Formulierung enthalten die Klauseln

auch keine Zustimmung zu einer solchen anderweitigen Kommunikation, sondern weisen nur darauf hin, dass eine solche gesondert vereinbart werden muss. Eine solche Option für einen abzuschließenden Vertrag kann aber damit auch nicht Inhalt der vorvertraglichen Information sein, sondern nur als Möglichkeit angeführt werden.

1.4. Richtig ist, dass die Klauseln 1 und 15 zusätzlich darauf verweisen, dass die AGB andere Kommunikationsmöglichkeiten neben der Papierform beinhalten können. Dies macht aber die vorvertragliche Information nicht grundsätzlich unvollständig, da auch die AGB Teil dieser vorvertraglichen Information sind. Dass die in den beanstandeten Klauseln enthaltene Information über die grundsätzliche Art der Kommunikation im Sinn eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht zugleich all jene Fälle aufzählt, in denen diese Ausnahme zum Tragen kommt, sondern ganz allgemein auf die AGB verweist, macht die Klauseln nicht intransparent. Vielmehr wird klargestellt, dass, sofern die AGB keine abweichenden Regelungen beinhalten, die Schriftform gilt, und andere Arten der Kommunikation nur dann möglich sind, wenn sie ausdrücklich genannt werden.

Der Revision der Klägerin war daher in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

## **2.) Klauseln 2 und 17**

**Klausel 2** (altes Kartenantragsformular, Punkt I. „Informationen nach § 26 iVm § 28 Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“):

„Gerne stellen wir Ihnen über Aufforderung eine Kopie dieser Information und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Verfügung.“

Die **Klägerin** brachte vor, dass die Klausel 2 gegen § 26 Abs 1 ZaDiG verstoße. Die vorvertragliche

Information sei dem Kunden ohne ausdrückliche Anforderung vor Vertragsabschluss zu übermitteln.

Die **Beklagte** wandte ein, dass die vorvertraglichen Informationen gemeinsam mit dem Kartenantrag übermittelt würden und nicht gesondert abgefordert werden müssten. Sie stünden dem Kunden daher vor Vertragsabschluss zur Verfügung. Mit der Information erfülle die Beklagte nur ihre Pflicht gemäß § 26 Abs 1 iVm § 28 Abs 1 Z 4 lit d ZaDiG.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß gegen § 26 Abs 2 ZaDiG, da das bloße Vorliegen eines Vertragsentwurfs, der beim Zahlungsdiensteanbieter verbleibe, dem Gebot, die Informationen gemäß § 28 ZaDiG vor Vertragsabschluss mitzuteilen, nicht gerecht werde.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten Folge. Der Zahlungsdienstleister habe die Informationen und Vertragsbedingungen nach § 28 ZaDiG dem Zahlungsdienstnutzer von sich aus, ohne Anforderung seitens des Zahlungsdienstnutzers, zu übermitteln. Dem Zahlungsdienstnutzer die dauerhafte Aufbewahrung der Informationen zu ermöglichen, sei dagegen nicht geschuldet.

**Klausel 17** (Nachfolgeklausel: *„Informationen nach § 26 iVm § 28 Zahlungsdienstgesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungsgesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG“* - Punkt 8):

*„Gerne stellen wir Ihnen jederzeit nach Vertragsabschluss über Aufforderung eine Kopie dieser Information und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unentgeltlich zur Verfügung.“*

Die **Klägerin** brachte vor, dass gegen diese Klausel dieselben Bedenken bestünden wie gegen Klausel 2.

Die **Beklagte** bestritt.

Das **Erstgericht** wies das Unterlassungsbegehren

hinsichtlich dieser Klausel mit der Einschränkung ab: „sofern diese Klausel nicht auf Vertragsformblättern, die widmungsgemäß nicht beim Verbraucher bleiben, verwendet wird.“ Die Klausel 17 wiederhole nur die den Zahlungsdienstleister treffende Verpflichtung, während der Vertragslaufzeit auf Wunsch des Kunden weitere Kopien der Information zu übermitteln. Der Beklagten sei daher nur die Verwendung in Formblättern, die nicht beim Kunden verbleiben, zu verbieten.

Der Berufung der Klägerin gab das **Berufungsgericht** nicht Folge. Der Zahlungsdienstleister sei verpflichtet, dem Zahlungsdienstnutzer während der Vertragslaufzeit die Informationen und Vertragsbedingungen auf Verlangen zu übermitteln. Die Pflichten hinsichtlich der vorvertraglichen Information würden durch die Klausel 17 nicht eingeschränkt.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, dass sich die Klauseln 2 und 17 explizit auf die vorvertragliche Information beziehen. Diese sei aber nicht auf Aufforderung zur Verfügung zu stellen, sondern „mitzuteilen“. Eine Klausel, die eine Ausfolgung nur über Aufforderung vorsehe, sei daher rechtswidrig. Verbleibe die Information nicht dauerhaft beim Verbraucher, sei der Informationszweck nicht erfüllt.

Dazu ist auszuführen:

2.1. Wie bereits zur Klausel 1 dargestellt, ist der Zahlungsdienstleister nach § 26 Abs 1 ZaDiG verpflichtet, dem Zahlungsdienstnutzer vor Vertragsabschluss die Informationen und Vertragsbedingungen des Rahmenvertrags in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen. Nach § 26 Abs 4 ZaDiG kann der Zahlungsdienstnutzer jederzeit während der Vertragslaufzeit

des Rahmenvertrags die Vorlage der Informationen und der Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger verlangen. Aus der Bezugnahme in § 27 Abs 1 ZaDiG sowohl auf die Informationsbereitstellung gemäß § 26 Abs 1 ZaDiG als auch auf § 26 Abs 4 ZaDiG ergibt sich, dass der Zahlungsdienstleister dem Kunden die betreffenden Informationen zum einen jedenfalls vor Abgabe der Vertragserklärung, zum anderen (auf Verlangen) neuerlich während der Vertragslaufzeit kostenlos zur Verfügung stellen muss (1 Ob 244/11f mwN).

2.2. Dabei unterscheidet das ZaDiG hinsichtlich der Art der Informationsweitergabe zwischen Informationsmitteilung und Zugänglichmachen der Information. Ist ihm die Information „mitzuteilen“, ist sie dem Kunden in Papierform oder, sofern vereinbart, auf einem anderen dauerhaften Datenträger vom Zahlungsdienstleister von sich aus zu übermitteln. Für das Zugänglichmachen reicht es aus, wenn der Zahlungsdienstleister die Informationen zur Abholung bereitstellt oder bereithält (vgl *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 26 Rz 47; *Harrich*, ZaDiG 78 f).

Daher sind die Informationen über den Rahmenvertrag, die vor Vertragsabschluss „mitgeteilt“ werden müssen, ohne ausdrückliche Aufforderung durch den Kunden vom Zahlungsdienstleister aus Eigeninitiative zu übermitteln. Da die Klausel 2 als Teil der vorvertraglichen Informationen im Antragsformular enthalten ist und mit dieser dem Kunden vor Vertragsabschluss zukommt, kann ausgeschlossen werden, dass sie auf die erstmalige Übergabe dieser Informationen bezogen wird. Das Gleiche gilt für Klausel 17, die ausdrücklich auf Übermittlung von Kopien „dieser Information“ nach Vertragsabschluss Bezug nimmt.

2.3. Die Klägerin macht auch geltend, dass, soweit die Information auf dem Antragsformular enthalten ist,

sie nicht dauerhaft beim Kunden verbleibt. Das Gesetz sieht die Übermittlung in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer zustimmt, auf einem dauerhaften Datenträger vor. § 3 Z 23 ZaDiG definiert den dauerhaften Datenträger als jedes Medium, das es dem Zahlungsdienstnutzer ermöglicht, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann und das die unveränderte Wiedergabe gespeicherter Informationen ermöglicht. Auch die Übermittlung der Informationen auf dem Antragsformular ermöglicht es dem Kunden, sofern dies in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger erfolgt, eine Kopie anzufertigen bzw die Daten zu speichern. Ob der Kunde von dieser Möglichkeit, die Information aufzubewahren oder technisch zu speichern, Gebrauch macht, ist letztlich ihm überlassen.

Der Anspruch auf Erhalt einer Kopie der Informationen nach Vertragsabschluss ist davon unabhängig zu sehen. Nur dieser ist aber, entsprechend dem ZaDiG, in den beanstandeten Klauseln geregelt.

### **3.) Klausel 5:**

**Klausel 5** (Punkt 3.3.2. AGB alt):

*„PayLife ist ferner berechtigt, das Vertragsverhältnis mit dem Karteninhaber aus wichtigem Grund, insbesondere bei wesentlicher Verschlechterung seiner Bonität, mit sofortiger Wirkung aufzulösen und die Karte durch jedes Vertragsunternehmen einziehen zu lassen.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass diese Klausel dem Transparenzgebot widerspreche. Sie stelle nicht auf die für die Zulässigkeit der vorzeitigen Vertragsbeendigung maßgeblichen Kriterien ab, nämlich die Gefährdung der Erfüllung der Verpflichtungen des Karteninhabers.

Die **Beklagte** wandte ein, dass dem Kartennutzer nur ein kurzer Laufzeitkredit zur Verfügung gestellt werde, um den Zahlungsvorgang überhaupt zu ermöglichen. Der Karteninhaber dürfe über das Vermögen der Beklagten nur verfügen, wenn er auf seinem Konto für ausreichende Deckung Sorge trage, was eine entsprechende Bonität voraussetze. Bonität und Kreditwürdigkeit ergäben sich aus dem VKrG. Bonität sei danach die Fähigkeit, die Verpflichtung aus dem Kreditvertrag zu erfüllen. Die Klausel 5 diene auch dem Schutz des Karteninhabers vor Überschuldung und dem Verdacht der Untreue.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß der Klausel 5 gegen § 879 Abs 3 ABGB, da die bloße Bonitätsverschlechterung eines Kreditnehmers, insbesondere angesichts der moderaten Kreditlinie die Interessen des Kreditgebers nicht per se gefährdeten.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren in diesem Punkt ab. Zwar habe der Oberste Gerichtshof bei Beurteilung von Klauseln zur vorzeitigen Auflösung von Kreditverträgen darauf verwiesen, dass § 6 Abs 2 Z 1 KSchG die nicht ausgehandelte Vereinbarung eines Rücktrittsrechts des Unternehmers ohne sachliche Rechtfertigung, insbesondere ohne Leistungsstörung des Verbrauchers, untersage. Ein wichtiger Grund für eine vorzeitige Beendigung sei erst dann verwirklicht, wenn die in der Klausel angeführten Umstände die Erfüllung der Verbindlichkeit gegenüber der Bank tatsächlich gefährdeten. Diese Grundsätze könnten jedoch nicht ohne weiteres auf das Kreditkartengeschäft übertragen werden. Die Auflösung des Kreditkartenvertrags bedeute nur, dass für die Zukunft kein weiterer „Kredit“ in Anspruch genommen werden könne. Eine Bestellung von Sicherheiten sei nicht vorgesehen. Damit reiche aber die wesentliche

Verschlechterung der Bonität des Karteninhabers aus, um die Einbringlichkeit der Forderung und damit die Rechtsstellung der Beklagten zu gefährden.

In ihrer **Revision** wiederholt die Klägerin, dass die Klausel 5 nicht auf die Gefährdung der Position des Kreditkartenunternehmens abstelle, sondern nur auf die Verschlechterung der Bonität des Karteninhabers. Es sei nicht nur eine Sperre, sondern sogar eine Vertragsauflösung vorgesehen. Für den Konsumenten sei auch nicht ersichtlich, wann mit einer Kündigung zu rechnen sei. Die Beklagte selbst sehe die Verschlechterung der Bonität in der mangelnden Deckung des Kundenkontos. Auch das ergebe sich nicht aus der Klausel 5, sei aber jedenfalls nicht mit einer Verschlechterung der Bonität gleichzusetzen.

Dazu ist auszuführen:

3.1. § 30 Abs 5 ZaDiG sieht ausdrücklich vor, dass die allgemeinen Regelungen über die vorzeitige Aufhebung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund durch das ZaDiG unberührt bleiben.

3.2. § 6 Abs 2 Z 1 KSchG untersagt die (im Anlassfall nicht einzeln ausgehandelte) Vereinbarung eines Rücktritts-(Kündigungs-)rechts des Unternehmers ohne sachlichen Grund. In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen wichtiger Gründe vorzeitig aufgelöst werden können, wobei als wichtige Gründe Umstände angesehen werden, die es für eine Partei unzumutbar erscheinen lassen, das Dauerschuldverhältnis weiter aufrechtzuerhalten (*Rummel in Rummel/Lukas ABGB<sup>4</sup> § 859 Rz 47; Würth in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 1118 Rz 2 f; RIS-Justiz RS0018305, RS0027780*).

Zwar verweist § 6 Abs 2 Z 1 KSchG auf einen sachlich nicht gerechtfertigten Vertragsrücktritt, der Begriff „Rücktritt“ ist für Dauerschuldverhältnisse aber teleologisch

dahin auszudehnen, dass darunter gerade auch die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund zu verstehen ist (3 Ob 12/09z). Die sachliche Rechtfertigung für diesen „wichtigen Grund“ ist daher nach § 6 Abs 2 Z 1 KSchG überprüfbar.

3.3. Ob der nicht individuell vereinbarte Auflösungsgrund sachlich gerechtfertigt ist, ist danach zu beurteilen, ob ein anerkennenswertes Interesse des Unternehmers an der vorzeitigen Vertragsbeendigung zu bejahen ist. Dafür kommen zum einen Gründe in Betracht, die die Vertrauenswürdigkeit des Verbrauchers in Frage stellen, aber auch, dass dem Unternehmer aus anderen Gründen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Darunter sind unter anderem auch Hindernisse zu verstehen, die, jedenfalls wenn sie vom Unternehmer nicht zu vertreten sind, einer weiteren Vertragsabwicklung nachhaltig entgegenstehen (vgl 3 Ob 12/09z).

3.4. Richtig hat schon das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass der Oberste Gerichtshof wiederholt vergleichbare Klauseln für unwirksam erachtete, die als wichtigen Grund für die Vertragsauflösung zwar die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden nannten, jedoch nicht darauf abstellten, ob diese Verschlechterung zu einer Gefährdung der Rechtsstellung des Unternehmers führt. Diesen Entscheidungen lagen Kreditverträge (vgl 4 Ob 221/06p; 6 Ob 24/11i) bzw Finanzierungsleasingverträge (3 Ob 12/09z; 4 Ob 59/09v) zugrunde. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass bei solchen Verträgen die Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers bei einer Auflösung des Vertrags in der Regel schwerwiegender ist als bei einem Kreditkartenvertrag. Dies ändert aber nichts daran, dass bei einem Dauerschuldverhältnis eine Auflösung aus

wichtigem Grund voraussetzt, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Auflösenden, im konkreten Fall den Zahlungsdienstleister, unzumutbar ist. Daraus folgt aber, dass auch bei diesen Verträgen eine vorzeitige Vertragsauflösung nur bei einer solchen Verschlechterung der Vermögenssituation in Betracht kommt, die einer weiteren Vertragsabwicklung nachhaltig entgegensteht. Auch wenn die Kreditierung durch ein Kreditkartenunternehmen in der Regel kurzfristig erfolgt und die Sicherstellung der Position des Zahlungsdienstleisters nicht mit der einer Bank vergleichbar ist, kann dennoch nur eine Verschlechterung der Bonität des Kunden, die die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gefährdet, eine Vertragsauflösung rechtfertigen. Diese wird zwar im Einzelfall bei einer wesentlichen Verschlechterung der Bonität regelmäßig vorliegen, ist aber - bei kundenfeindlichster Auslegung - nicht notwendig damit verbunden. Die allgemein gehaltene Formulierung der Klausel 5 lässt für den Kunden auch nicht erkennen, welche Beeinträchtigungen der Bonität der Zahlungsdienstleister als für eine Vertragsauflösung relevant ansieht, dies vor dem Hintergrund, dass die Beklagte noch in der Revisionsbeantwortung davon ausgeht, dass die Nichtdeckung des Kontos, auf das der Einziehungsauftrag lautet, jedenfalls eine solche Verschlechterung der Bonität darstellt. Gerade eine oft nur kurzfristige Kontoüberziehung sagt aber nicht notwendigerweise etwas über die sonstigen Vermögensverhältnisse des Verbrauchers aus.

Die Klausel 5 verstößt daher gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, da durch sie bei kundenfeindlichster Auslegung eine Kündigung des Vertrags durch den Zahlungsdienstleister auch in Fällen ermöglicht wird, in denen kein ausreichend sachlicher Grund dafür vorliegt.

In diesem Punkt war daher der Revision der

Klägerin Folge zu geben.

#### **4.) Klausel 12**

**Klausel 12** (Punkt 15.1. AGB alt)

*„Änderungen dieser Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfanges sowie der Entgelte werden dem Karteninhaber an die zuletzt schriftlich bekannt gegebene Adresse zur Kenntnis gebracht. Diese Verständigung hat in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erfolgen, sofern dies mit dem Karteninhaber vereinbart wurde.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass nach der Klausel 12 die Bekanntgabe einer neuen Adresse nur beachtlich sei, wenn sie schriftlich erfolgt. Dies sei gröblich benachteiligend. Die Klausel 12 enthalte auch eine gemäß § 6 Abs 1 Z 3 KSchG unzulässige Zustellfiktion. Würden einem Unternehmer Postanschrift und E-Mail-Adresse bekannt gegeben, müsse er, wenn er die Zustellfiktion in Anspruch nehmen wolle, eine Zustellung an beide vereinbarungsgemäß zuletzt bekannt gegebenen Adressen veranlassen. Unklar sei auch, ob die Klausel 12 auf eine Änderung der E-Mail-Adresse überhaupt anzuwenden sei.

Die **Beklagte** wandte ein, dass nach dem ZaDiG keine Formvorschriften bestünden. Nach der Klausel 12 seien auch Erklärungen durch E-Mail möglich. Eine Zugangsfiktion lasse sich aus der Klausel 12 nicht ableiten. Es handle sich um eine Wissenserklärung, aus der keine Folgen für den Karteninhaber abgeleitet würden.

Das **Erstgericht** verneinte eine Benachteiligung des Karteninhabers. Der Berufung der Klägerin gab das **Berufungsgericht** nicht Folge. Die Vereinbarung der Schriftform sei nicht gröblich benachteiligend, da dies dem dispositiven Recht entspreche. Auf eine Unzulässigkeit der Zustellfiktion habe sich die Klägerin in erster Instanz nicht

berufen.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, dass die Rechtssache materiell-rechtlich in jede Richtung zu prüfen sei, das Berufungsgericht hätte daher von einer unzulässigen Zustellfiktion auszugehen gehabt.

Dazu ist auszuführen:

4.1. Die Klägerin hat sich, was das Berufungsgericht offenbar übersehen hat, auch hinsichtlich der Klausel 12 auf eine unzulässige Zustellfiktion nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG berufen (vgl ON 8).

Zweck des § 6 Abs 1 Z 3 KSchG ist es zu verhindern, dass das Risiko des Zugangs von Unternehmererklärungen auf den Verbraucher überwältzt wird (9 Ob 15/05d mwN).

Vom Verbot der Vereinbarung von Zustellfiktionen sind nur Vertragsbestimmungen ausgenommen, nach denen der Zugang einer Erklärung an der vom Verbraucher zuletzt bekannt gegebenen Anschrift eintritt, sofern der Verbraucher pflichtwidrig eine Anschriftsänderung nicht mitgeteilt hat.

4.2. Das Verbot nach § 6 Abs 1 Z 3 KSchG betrifft rechtlich bedeutsame Erklärungen - nicht nur Willenserklärungen - des Unternehmers an den Verbraucher, also solche, die nachteilige Folgen für den Verbraucher haben, wie zB Mahnung, Fristsetzung, Kündigung, Rechnung, Rücktrittserklärung (*Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> 5a § 6 KSchG Rz 16; vgl auch *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 6 Abs 1 Z 3 KSchG Rz 4).

Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei den dem Zahlungsdienstnutzer „zur Kenntnis gebrachten“ Änderungen der Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfangs sowie des Entgelts, also auf die Änderung

der Geschäftsbedingungen gerichteten Willenserklärungen des Zahlungsdienstleisters, um derartige rechtlich bedeutsame Erklärungen. Immerhin sieht die Beklagte selbst diese Zustellung als fristauslösend für die in der gesondert zu prüfenden Klausel 13 enthaltene Zustimmungsfiktion an.

Auch ohne diese Verknüpfung ist bei kundenfeindlichster Auslegung nicht auszuschließen, dass mit der Fiktion eines tatsächlich nicht erfolgten Zugangs einer solchen Erklärung für den Karteninhaber nachteilige Folgen, wie Fristversäumnisse bei der Wahrnehmung von Kündigungsmöglichkeiten, verbunden sind.

4.3. Richtig hat das Berufungsgericht zu Klausel 27 darauf verwiesen, dass nach der Rechtsprechung bereits die Formulierung „an die zuletzt bekannt gegebene Adresse“ ohne Spezifizierung, dass diese Bekanntgabe vom Verbraucher selbst erfolgt, bei kundenfeindlichster Auslegung auch die Möglichkeit der Zustellfiktion an einer Adresse eröffnet, die nicht vom Verbraucher bekannt gegeben wurde (RIS-Justiz RS0106801; RS0106804; 7 Ob 68/11t; 7 Ob 173/10g). Da die Klausel 12 schon aus diesem Grund unzulässig ist, muss auf die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Argumente nicht eingegangen werden.

Der Revision der Klägerin war hinsichtlich dieser Klausel daher Folge zu geben.

#### **5.) Klausel 25**

**Klausel 25** (Punkt 11.1. und 18.10. AGB neu):

*„11.1. (...) Der Karteninhaber kann für die Übermittlung der Monatsabrechnung zwischen der Zusendung in Papierform oder der Zugänglichmachung als Download von der Homepage der PayLife [www.kreditkarte.at](http://www.kreditkarte.at) wählen. Sofern der Karteninhaber eine Zusendung der Monatsabrechnung in Papierform verlangt, ist PayLife berechtigt, dafür einen angemessenen Kostenersatz in*

*Rechnung zu stellen (Punkt 18.10.). PayLife ist nicht berechtigt, diesen Kostenersatz in Rechnung zu stellen, wenn der Karteninhaber angibt, dass er über keine Einrichtungen verfügt, um sich Zugang zur Homepage der PayLife zu verschaffen. Besteht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser AGB mit dem Karteninhaber bereits ein aufrechtes Vertragsverhältnis, so kommt die jeweils bisher vereinbarte Übermittlungsart zur Anwendung. (...)*“;

*„18.10. Kostenersatz für Übermittlung der Monatsabrechnung in Papierform gemäß Punkt 11.1.: EUR 1,10.“*

Die **Klägerin** macht geltend, die Ausstellung einer Papierrechnung gehöre zu den vertraglichen Nebenpflichten, es stelle daher eine gröbliche Benachteiligung dar, wenn dafür ein gesondertes Entgelt verlangt werde. Die Klausel sei daher gemäß § 27 Abs 3 ZaDiG und § 879 Abs 3 ABGB unzulässig. Jedenfalls müsste ein solches Entgelt im Rahmenvertrag vorgesehen werden. Die Bestimmung sehe den Kostenersatz aber nicht nur für Neuabschlüsse, sondern auch im Rahmen von durch Zustimmungsfiktion implementierten AGB-Änderungen für Altverträge vor. Selbst bei Zulässigkeit der Kostenüberwälzung seien jedenfalls nur Portospesen angemessen.

Die **Beklagte** wandte ein, die Klausel beziehe sich nicht auf Entgelte, sondern auf Aufwandsersatz, der nach dem Gesetz für die Übermittlung der Papierrechnung zulässig sei.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** sahen die Klausel 25 im Hinblick auf die Entscheidung 1 Ob 105/14v als zulässig an. Das Verlangen eines angemessenen Kostenersatzes sei nicht an eine Vereinbarung im Rahmenvertrag gebunden, weshalb es auf die Möglichkeit

der Anwendung dieser Bestimmung auf Altverträge nicht ankomme. Das Unterlassungsbegehren der Klägerin habe sich nicht auf die Höhe des Kostenersatzes bezogen. Zwar habe das Erstgericht ungerügt diese Klausel in den Urteilsspruch aufgenommen, die Bestreitung der Angemessenheit der Höhe des Aufwandsersatzes in der Berufung widerspreche jedoch dem Neuerungsverbot.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, die Wertungen der Entscheidung 7 Ob 84/12x seien, auch wenn diese zum Telekommunikationsbereich ergangen sei, auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Art 52 ZaDi-RL verpflichte den Zahlungsdienstleister, seinen Nebenpflichten mit Ausnahme der dort angeführten Fälle unentgeltlich nachzukommen. Auch § 31 ZaDiG biete keine Grundlage für die Verrechnung eines gesonderten Entgelts. Die Anwendung der Klausel auf Altverträge sei jedenfalls unzulässig, die Höhe des Kostenersatzes unangemessen.

Dazu ist auszuführen:

5.1. Nach § 31 Abs 4 ZaDiG kann der Rahmenvertrag vorsehen, dass die Informationen über die Zahlungsvorgänge (§ 31 Abs 2 und 3 ZaDiG) mindestens einmal monatlich und nach einem vereinbarten Verfahren so mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden, dass der Zahler und der Zahlungsempfänger die Informationen unverändert aufbewahren und reproduzieren kann. Nach § 31 Abs 5 ZaDiG kann der Zahlungsdienstnutzer jedoch vom Zahlungsdienstleister verlangen, dass die Informationen einmal monatlich gegen angemessenen Kostenersatz übermittelt werden.

Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass Personen, die nicht mobil sind (und daher nicht in der Lage sind, einen Kontoauszugsdrucker aufzusuchen) und Electronic-Banking nicht nutzen, dennoch regelmäßig mit

Informationen über ihren Kontostand versorgt werden. Der Zahlungsdienstleister darf hierfür auch kein Entgelt, sondern lediglich einen Aufwandsersatz (Porto) verrechnen (RV 207 BlgNr 24. GP 38).

Die Gesetzesmaterialien sprechen weiters davon, dass mit dieser Bestimmung Art 47 Abs 3 und Art 48 Abs 3 der ZaDi-RL umgesetzt werden.

Art 47 Abs 2 und 3 ZaDi-RL lautet:

„(2) Der Rahmenvertrag kann eine Klausel enthalten, wonach die Informationen nach Abs 1 mindestens einmal monatlich und nach einem vereinbarten Verfahren so mitgeteilt oder zugänglich gemacht werden, dass der Zahler die Informationen unverändert aufbewahren und reproduzieren kann.

(3) Die Mitgliedstaaten können jedoch vom Zahlungsdienstleister verlangen, dass die Informationen dem Zahler einmal monatlich kostenlos in Papierform mitgeteilt werden.“

5.2. Bereits in der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 1 Ob 105/14v wurde darauf hingewiesen, dass, während in der Richtlinie den Mitgliedstaaten freigestellt wird, eine monatlich kostenlose Mitteilung in Papierform vorzuschreiben, § 31 Abs 5 ZaDiG eine Regelung zur Übermittlung der Informationen gegen „angemessenen Kostenersatz“, ohne ausdrücklich die Papierform zu verlangen, enthält (vgl auch *Weilinger/Knauder* in *Weilinger* § 31 Rz 25; *Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, ÖBA 2009, 869 [877, FN 63]). Eine nähere Erörterung der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Entgelts war in der zitierten Entscheidung nicht erforderlich, weil die dort zu beurteilende Klausel bereits aufgrund der Höhe des vorgesehenen Ersatzbetrags jedenfalls gesetzwidrig und damit ungültig war.

5.3. Sowohl der Richtlinie als auch dem ZaDiG liegt ein weiter Entgeltbegriff zugrunde (1 Ob 244/11f). Dies zeigt sich insbesondere daran, dass § 27 ZaDiG pauschal von Entgelten entspricht, damit aber zum einen das Entgelt im engeren Sinn nach § 27 Abs 2 ZaDiG (Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten) und zum anderen einen Aufwands- bzw Kostenersatz nach § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG (Entgelte für die Bereitstellung besonderer Informationen sowie für die Erbringung von sonstigen Nebenpflichten) meint (*Weilinger/Knauder, Weilinger § 27 Rz 6a*).

5.4. Inwieweit dadurch, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, eine monatliche Übermittlung von Informationen vorzusehen, dies jedoch kostenlos, das Gesetz aber dem Zahlungsdienstleister einräumt, für diese Mitteilung einen Aufwandsersatz zu verrechnen, allenfalls eine unzureichende Umsetzung der Richtlinie liegt, muss hier nicht geprüft werden.

Eine Richtlinie ist grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern muss von den Mitgliedstaaten in das innerstaatliche Recht umgesetzt werden. Der Einzelne kann durch die Richtlinie nicht unmittelbar verpflichtet werden; ebensowenig besteht eine unmittelbare Wirkung von Bestimmungen nicht umgesetzter Richtlinien im Verhältnis zwischen Privatpersonen; es gibt also keine direkte horizontale Wirkung von Richtlinienbestimmungen. Die innerstaatlichen Behörden haben aber die inhaltlich von der Richtlinie berührten Normen soweit wie möglich im Einklang mit der Richtlinie („richtlinienkonform“) auszulegen (RIS-Justiz RS0111214). Eine richtlinienkonforme Auslegung einer Bestimmung kann aber nur soweit erfolgen, als das nationale Recht dem Rechtsanwender einen Spielraum einräumt. Sie darf einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung keinen durch die nationalen

Auslegungsregeln nicht erzielbaren abweichenden oder gar entgegengesetzten Sinn geben (9 ObA 20/14b; RIS-Justiz RS0114158). Dies wäre aber der Fall, wenn man dem Zahlungsdienstleister für die Übermittlung der monatlichen Abrechnung entgegen der klaren Anordnung des nationalen Gesetzes keinen Anspruch auf Ersatz der angemessenen Aufwendungen zuerkennen würde.

Die von der Klägerin zitierte Entscheidung 7 Ob 84/12x bezieht sich auf einen nach dem TKG zu beurteilenden Sachverhalt und kann auf dem ZaDiG unterliegende Rechtsverhältnisse, das die Möglichkeit der Verrechnung eines Aufwandsersatzes ausdrücklich vorsieht, nicht übertragen werden.

Die in den AGB vorgesehene Verrechnung eines Aufwandsersatzes entspricht daher grundsätzlich § 31 Abs 5 ZaDiG.

5.5. Richtig verweist das Berufungsgericht auch darauf, dass das ZaDiG die Möglichkeit einer Verrechnung eines Aufwandsersatzes nicht von einer Vereinbarung im Rahmenvertrag abhängig macht. Die Möglichkeit einer Implementierung in Altverträge macht die Klausel 25 daher nicht unzulässig.

5.6. In erster Instanz hat sich die Klägerin nicht gegen die Höhe des von der Beklagten in den AGB vorgesehenen Aufwandsersatzes gewendet. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Rechtsmitteln stellen eine unzulässige Neuerung da, auf die nicht weiter einzugehen ist.

Der Revision der Klägerin war daher zu dieser Klausel nicht Folge zu geben.

#### **6.) Klausel 30**

**Klausel 30** (Punkt 18.6. AGB neu):

*„Verzugszinssatz gemäß Punkt 13: 10 % über dem*

*jeweiligen Basiszinssatz (= Referenzzinssatz) der Oesterreichischen Nationalbank).*“

Die **Klägerin** brachte vor, dass der gesetzliche Zinssatz nach § 1000 ABGB 4 % betrage. Die Klausel 30 sehe einen wesentlich höheren Zinssatz vor, ohne dass dafür eine sachliche Grundlage erkennbar wäre. Sie sei daher nach § 879 Abs 3 ABGB ungültig.

Die **Beklagte** bestritt, der Verzugszinssatz nach § 1000 ABGB sei nur eine gesetzliche Mindestpauschale. Den Parteien stehe es frei, einen höheren Zinssatz zu vereinbaren.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** erachteten die Klausel 30 als zulässig. Der gesetzliche Zinssatz komme nur mangels abweichender, grundsätzlich freier Parteienvereinbarung zur Anwendung. Eine gröbliche Benachteiligung liege nicht vor, weil der Karteninhaber durch die Verzugszinsenregelung davon abgehalten werden solle, auf Kosten der Beklagten vergleichsweise günstig Kredit in Anspruch zu nehmen und bei Kontoüberziehungen erfahrungsgemäß höhere Zinsen zu erwarten seien.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, dass der vereinbarte Verzugszinssatz ohne sachliche Rechtfertigung weit über dem gesetzlichen liege. Ein Abgehen von dispositivem Recht indiziere aber eine gröbliche Benachteiligung. Verzugszinsen seien kein vertragliches Entgelt, sondern eine Konventionalstrafe. Die Abschreckungsfunktion rechtfertige nicht den finanziellen Vorteil, den sich die Beklagte dadurch verschaffe. Eine ähnliche Klausel (12 %) sei vom Obersten Gerichtshof bereits als gröblich benachteiligend angesehen worden.

Dazu ist auszuführen:

6.1. Auch auf Vertrag beruhende Verzugszinsen unterliegen den Grenzen der Sittenwidrigkeit. Die Bestimmung des § 1335 ABGB enthält eine Art

„Wuchergrenze“, weil rückständige Zinsen das eingeklagte Kapital nicht übersteigen dürfen. Abgesehen von dieser Bestimmung bestehen nach der österreichischen Rechtsordnung zufolge der Vertragsfreiheit bei vertragsmäßigem Zinssatz keine Schranken, solange nicht die Voraussetzungen des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB (Wucher) vorliegen (7 Ob 128/13v).

Aber auch bei Fehlen der in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB genannten Voraussetzungen kann bei auffallendem Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB vorliegen, wenn ein zusätzliches, diesen Mangel ausgleichendes Element der Sittenwidrigkeit hinzutritt, wie etwa die für den anderen erkennbare Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des Anfechtenden (RIS-Justiz RS0119802). Das Vorliegen solcher Umstände behauptet auch die Klägerin nicht.

6.2. Soweit sie sich auf die Entscheidung 7 Ob 84/12x beruft, wurde die dort zu beurteilende Verzugszinsenklausel deshalb für unwirksam erachtet, weil sie den Verbraucher auch zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtete, wenn ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Die Höhe der mit 12 % angegebenen Verzugszinsen spielte dabei keine Rolle. Dagegen wurde etwa in der Entscheidung 7 Ob 94/11s die Vereinbarung von 9 % Verzugszinsen als zulässig erachtet.

6.3. Berücksichtigt man, dass der Verzugsschaden gemäß § 1333 ABGB schadenersatzrechtlich als Mindestpauschale zu qualifizieren ist (RIS-Justiz RS0109502), kann von einer gröblichen Benachteiligung des Karteninhabers iSd § 879 Abs 3 ABGB bei der vorliegenden Klausel 30 nicht ausgegangen werden.

Der Revision war daher in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

### **7.) Klausel 34**

**Klausel 34** (Punkt 14.1. AGB für Business Kreditkarten - nur der hervorgehobene Teil ist Gegenstand des Unterlassungsbegehrens):

*„14. Firmenkarten (Business Cards)*

*14.1. Firmenkarten sind Karten, die über Antrag des künftigen Karteninhabers und einer mitantragstellenden Person (als Firma bezeichnet) ausgestellt werden.*

*14.2. Der Karteninhaber und die Firma haften solidarisch für alle Verpflichtungen, die sich aus dem Firmenkartenvertrag ergeben, insbesondere für die rechtzeitige Bezahlung der Abrechnung. Die Haftung für die Privatausgaben des Karteninhabers ist bei entsprechendem Nachweis auf 10 % der Rechnungssumme begrenzt, wenn die Firma innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungslegung unter gleichzeitiger Beibringung der Nachweise der Abrechnung (Punkt 11.) schriftlich widerspricht.“*

Die **Klägerin** machte geltend, die Klausel sehe eine Haftung des Arbeitnehmers für Verbindlichkeiten vor, die er im Rahmen des Arbeitsverhältnisses im Interesse und mit Vollmacht des Arbeitgebers eingegangen sei. Der Arbeitnehmer hafte voll für Aufwendungen des Unternehmens, das Unternehmen aber nur bis zu 10 % der Rechnungssumme für Privataufwendungen. Die Haftung des Arbeitnehmers könne insbesondere im Konkursfall zu hohen Ansprüchen gegen ihn führen. Die Klausel sei daher gröblich benachteiligend. Das Kreditkartenunternehmen könne so seinen Einsatzbereich zu Lasten des Arbeitnehmers erweitern.

Die **Beklagte** wendete ein, dass der Firmenkarteninhaber nur insoweit Verbraucher sei, als er Privatausgaben tätige, sonst sei er Gehilfe des Unternehmens im Zusammenhang mit dem Abschluss von Unternehmensgeschäften. Gegenüber Privatkarteninhaber sei

er sogar privilegiert, weil die Firma bis zu 10 % mithaftete. Bei Forderungen aus unternehmerisch veranlassten Kosten bestehe im Übrigen Anspruch auf Insolvenzzentgelt.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel 34 als zulässig, weil das dispositive Recht gestatte, dass der Dienstnehmer mit Aufwendungen für den Dienstgeber in Vorlage trete.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Die Klausel 34 erfasse nach ihrem Wortlaut Verbraucher als Karteninhaber zwar auch dann, wenn diese unternehmensbezogene Ausgaben der „mitantragstellenden Person“ tätigten. Da die Zahlungsverpflichtung des Karteninhabers aber seine Hauptleistung aus dem Kreditkartenvertrag darstelle und die Klausel 34 keine von den allgemeinen wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen im Kreditkartengeschäft abweichende Regelung enthalte, sei sie nicht ungewöhnlich iSd § 864a ABGB. Ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG sei ebenfalls zu verneinen, weil kein unzutreffendes oder unklares Bild der vertraglichen Position des Karteninhabers geschaffen werde. Daher sei die Klausel 34 aber auch nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Hinsichtlich der „unternehmensbezogenen“ Ausgaben begründe die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber der Beklagten zwar im Ergebnis eine Interzession zugunsten des Arbeitgebers. Auch ohne die inkriminierte Klausel bestehe jedoch ein Aufwandsersatzanspruch der Beklagten nach § 1014 ABGB gegen den Karteninhaber aus dessen Anweisung, Zahlung an das einreichende Unternehmen zu leisten.

In ihrer **Revision** macht die Klägerin geltend, dass in der Begründung der Haftung des Arbeitnehmers für Aufwendungen, die er im Interesse und mit Vollmacht des Arbeitgebers eingehe, eine gröbliche Benachteiligung des

Arbeitnehmers liege. Die Klausel 34 sei auch überraschend und intransparent, weil der Karteninhaber darüber bei der Kartenbeantragung im Unklaren gelassen werde. Sie sei auch gröblich benachteiligend und sittenwidrig, da die Solidarhaftung bei konsumentenfeindlichster Auslegung so interpretiert werden könne, dass die Haftung unbeschränkt über die vereinbarte Ausgabenobergrenze hinausgehe. Bei Firmenkarten sei dem Kartenunternehmer bewusst, dass der Karteninhaber regelmäßig im Auftrag des Unternehmens handle. Dieser sei daher auch Gewaltgeber iSd § 1014 ABGB, nicht der Karteninhaber. Auch § 1403 ABGB sehe die Geltung der Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen nur für den Fall vor, dass kein anderer Rechtsgrund bestehe. Das treffe aber hier nicht zu, da in der vorliegenden Klausel 34 der Anspruch auf Bezahlung der Abrechnung der Beklagten geregelt werde.

Dazu ist auszuführen:

7.1. Ausgangspunkt des einzelnen Zahlungsvorgangs bildet nach dem ZaDiG stets der vom Zahler erteilte Zahlungsauftrag, der zum einen auf die Übertragung von Buchgeldern an einen Dritten, zum anderen auf die Barauszahlung bzw -einzahlung gerichtet sein kann. Dieser stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Weisung im Rahmen des zwischen Kunden und Zahlungsdienstleister bestehenden Auftragsverhältnisses dar, welcher der Zahlungsdienstleister bei ordnungsgemäßer Erteilung Folge zu leisten hat. Eine rechtsdogmatische Einordnung des Zahlungsauftrags im ZaDiG unterbleibt, weshalb dieser weiterhin als (mit Besonderheiten ausgestattete) bürgerlich-rechtliche Anweisung iSd § 1400 ABGB anzusehen ist, deren Bestimmungen subsidiär heranzuziehen sind (*Harrich*, Das neue Zahlungsverkehrsrecht im Überblick, ZAK 2010, 123).

Verwendet der Karteninhaber gegenüber dem Vertragsunternehmen seine Kreditkarte zu Zahlungszwecken, erteilt er damit eine konkrete Anweisung, die aufgrund der antizipierten Annahme der Kreditkartengesellschaft zugleich eine abstrakte Zahlungspflicht der Kreditkartengesellschaft gegenüber dem Vertragsunternehmen entstehen lässt (vgl. RIS-Justiz RS0121043). Zentrale Verpflichtung des Karteninhabers ist es, der Kartengesellschaft die von ihr aufgrund der Verwendung der Kreditkarte beglichenen Rechnungsbeträge zu erstatten (6 Ob 94/07b mwN).

7.2. Bei Firmenkarten wird der Antrag auf Ausstellung der Kreditkarte nach der Konstruktion der Klausel 34 vom zukünftigen Karteninhaber, in der Regel daher vom Arbeitnehmer gestellt, die Firma ist mitantragstellende Partei. Vertragspartner des Karteninstituts werden daher der Arbeitnehmer und die „Firma“, der Arbeitnehmer als Karteninhaber.

Damit treffen aber den Arbeitnehmer schon grundsätzlich sämtliche Verpflichtungen eines Karteninhabers. Die Klausel 34 regelt nicht diese Pflichten, sondern nur eine zusätzliche Haftung des mitantragstellenden Unternehmens. Dementsprechend würde ein Wegfall der Klausel zwar diese Mithaftung des Unternehmens entfallen lassen, an den Pflichten des Arbeitnehmers als Karteninhaber aber nichts ändern (vgl. auch 6 Ob 94/07b).

7.3. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass unabhängig davon, ob es sich bei der Zahlungspflicht des Karteninhabers aus von ihm erteilten Zahlungsanweisungen um eine Hauptleistungspflicht handelt, die für einen Karteninhaber typischen Verbindlichkeiten weder überraschend noch gröblich benachteiligend sind. Da die Klausel 34 in ihrem Regelungsgehalt eindeutig ist, ist sie auch nicht intransparent.

7.4. Auch dass die Klausel 34 die Haftung nicht mit der Ausgabenobergrenze beschränkt, macht sie nicht gröblich benachteiligend. Anders als bei der solidarischen Haftung des Hauptkarteninhabers für Zusatzkarten (vgl 1 Ob 105/14v bei Zusatzkarten) hat der Karteninhaber einer Businesskarte alleinige Verfügungsmacht über diese Karte und damit die Kontrolle darüber, in welchem Umfang die Karte verwendet wird. Damit begründet die Klausel keine Haftung für eine Überschreitung der Ausgabenobergrenze, die nicht auf Verfügungen des Haftenden selbst beruhen.

7.5. Insgesamt sind zwar die Bedenken der Klägerin gegen die Vereinbarung, die eine unbeschränkte Haftung des Arbeitnehmers vorsieht, der wie dem Kreditkarteninstitut bekannt ist, wirtschaftlich nur Interzedent ist, zwar durchaus nachvollziehbar, sie resultieren jedoch aus der Gesamtkonstruktion des Vertrags, dessen Überprüfung hier nicht Gegenstand ist. Die hier allein zu beurteilende Klausel 34, die die Mithaftung des Unternehmens regelt, ist für sich genommen dagegen nicht zu beanstanden.

## **B. Zur Revision der Beklagten:**

### **1.) Klausel 3**

**Klausel 3** (altes Kartenantragsformular, „Abbuchungsauftrag für Lastschriften und Erklärungen des Karteninhabers“):

*„Mit der Bekanntgabe meiner E-Mail-Adresse gegenüber PayLife stimme ich zu, dass PayLife mit mir zu Geschäftszwecken auch per E-Mail kommuniziert.“*

Die **Klägerin** macht geltend, die Klausel 3 sei überraschend und intransparent. Offenbar werde eine Vereinbarung iSd § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG angestrebt. Der Verbraucher müsse aber nicht damit rechnen, dass er mit der Angabe seiner E-Mail-Adresse einer solchen Kommunikation zustimme. Die Klausel 3 verstoße auch gegen § 6 Abs 1 Z 2

KSchG. Bei der verpflichtenden Angabe der E-Mail-Adresse im Antragsformular handle es sich nur um eine Wissens-, keine Willenserklärung, die in eine Erklärungsfiktion umgedeutet werde.

Die **Beklagte** führte aus, dass sich schon aus der Überschrift ergebe, dass es sich um eine Willenserklärung handle. Die Klausel 3 sei auch deutlich hervorgehoben. Es sei nicht klar, worin der Nachteil bei der Übermittlung von Daten per E-Mail liege. Da die Klausel 3 an eine ausdrücklich abgegebene Erklärung anknüpfe, verstoße sie nicht gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Das **Erstgericht** gab der Klage statt. Die Klausel 3 verstoße gegen § 26 Abs 1 ZaDiG, weil sich das Formularfeld für die Angabe der E-Mail-Adresse bei den verpflichtenden Angaben finde und damit bei kundenfeindlichster Auslegung die Zustimmung zur Kommunikation per E-Mail begründe.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Eine andere Form der Kommunikation als die Papierform bedürfe einer besonderen Vereinbarung. Die Beklagte fordere die E-Mail-Adresse als verpflichtende Angabe nachdrücklich ein. Zugleich wolle sie der Bekanntgabe den Erklärungswert einer Zustimmung zu einer bestimmten Form der Kommunikation unterstellen. Dabei finde sich diese Klausel 3 aber in einem von den „Pflichtangaben“ gesonderten Feld des Antragsformulars. Darin liege gerade der Musterfall des nach § 864a ABGB verpönten Überrumpelungseffekts. Ein durchschnittlich sorgfältiger Leser erwarte nach den Umständen nämlich nicht, dass durch eine Bestimmung, die an einer ganz anderen Stelle der AGB angesiedelt sei, seinen persönlichen Angaben die Wirkung der Zustimmung zu einer bestimmten Kommunikationsform zukommen solle, ohne dass im

Zusammenhang mit den persönlichen Angaben irgendein Hinweis darauf erfolgen würde. Die Nachteiligkeit der Klausel 3 bestehe darin, dass von einem (regelmäßigen) Zugang jedes Einzelnen zum Internet nicht von vornherein ausgegangen werden dürfe und Kunden, auf die dies zutreffe, daher Gefahr laufen, rechtserhebliche Erklärungen der Beklagten zu übersehen. Die Klausel 3 sei daher nach § 864a ABGB unwirksam.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass für den Durchschnittsverbraucher erkennbar sei, dass die Angaben im Kartenantrag zur Ausstellung der Kreditkarte notwendig seien. Das bedeute nicht, dass bei unvollständigem Ausfüllen des Antrags keine Kreditkarte ausgestellt werde, da dies im Belieben der Beklagten stehe. Die Klausel 3 sei auch nicht intransparent, da die Formulierung „auch per E-Mail kommunizieren“, nichts anderes bedeute, als dass sämtliche Informationen per E-Mail übermittelt würden.

Dazu ist auszuführen:

1.1. Von den bereits einleitend dargestellten Grundsätzen der Unwirksamkeit einer Klausel wegen Verstoßes gegen § 864a ABGB ausgehend, kann auf die überzeugenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Die Beklagte verlangt in ihrem Kreditkartenantragsformular verpflichtend die Angabe der E-Mail-Adresse des Kunden. Zugleich leitet sie in der inkriminierten Klausel 3 aus dieser Bekanntgabe eine Zustimmung zu einer bestimmten Kommunikationsform ab, abweichend von der in § 26 Abs 1 ZaDiG festgelegten Grundform der Übermittlung sämtlicher Arten von Information in Papierform. Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher wird nicht davon ausgehen, dass die Angabe der E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit den von der Beklagten allgemein

geforderten Angaben zur Person eine solche Zustimmung darstellt. Vielmehr würde er damit rechnen, dass die E-Mail-Adresse zum Zweck der zukünftigen Kommunikation an einer Stelle bekanntzugeben ist, an der zugleich auf die dadurch ausgelöste Zustimmung zumindest hingewiesen wird. Richtig weist das Berufungsgericht darauf hin, dass bei den Pflichtangaben zur Person, bei denen auch die E-Mail-Adresse eingefordert wird, sogar ein Hinweis darauf enthalten ist, dass eine gesonderte Korrespondenz (Post-)Adresse angegeben werden kann, wodurch der Eindruck noch verstärkt wird, dass keine von einer Postzustellung abweichende Vereinbarung getroffen wird.

Dass die Beklagte allenfalls auch mit Personen, die die „verbindlichen“ Kundendaten nicht vollständig angeben, ebenfalls Verträge abschließt, ist hier nicht von Relevanz.

Im Zusammenhang mit der Stellung der Klausel 3 im Gesamtgefüge des Vertragstextes ergibt sich daher der nach § 864a ABGB verpönte Überrumpelungseffekt.

1.2. Den Vorinstanzen ist auch darin zuzustimmen, dass die Klausel 3 für den Zahlungsdienstnutzer nachteilig ist, da ein Kunde, der nicht mit einer Informationsübermittlung durch E-Mail rechnet, seine E-Mail-Adresse möglicherweise nicht regelmäßig kontrolliert und Mitteilungen gegen sich gelten lassen muss, von denen er nicht oder verspätet Kenntnis erlangt. Insbesondere kommt es auch vor, dass Personen mehrere E-Mail-Adressen haben, die nicht gleich häufig genutzt werden. Auch ein regelmäßiger Internetzugang vergleichbar mit einem Hausbrieffach kann nicht bei jedem Verbraucher angenommen werden, weshalb diese Art der Zustellung nicht mit einer Postzustellung über Hausbrieffach verglichen werden kann.

Da die Klausel 3 daher bereits nach § 864a ABGB

unwirksam ist, ist eine inhaltliche Prüfung nicht vorzunehmen.

## **2.) Klausel 4**

**Klausel 4** (altes Kartenantragsformular, „Abbuchungsauftrag [...]“, Punkt 2.5.):

*„Weiters erkläre(n) ich/wir die Informationen gemäß § 26 iVm § 28 Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) sowie gemäß §§ 5 und 8 Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz (FernFinG) iVm § 26 ZaDiG und die Geschäftsbedingungen vor Unterfertigung dieses Kartenantrages erhalten und gelesen zu haben. Mit dem Inhalt dieser Geschäftsbedingungen bin/sind ich/wir einverstanden.“*

Die **Klägerin** sieht in der Klausel 4 eine unzulässige Tatsachenbestätigung, da sie zu einer Beweislastverschiebung auf den Zahlungsdienstnutzer führt.

Die **Beklagte** führte aus, dass es sich um eine Wissens-, keine Willenserklärung handle. Durch die Unterschrift erkläre der Karteninhaber seinen mit den Vertragsbedingungen überstimmenden Willen. Auch ohne diese Bestimmung bestätige er mit seiner Unterschrift, mit den Vertragsbedingungen einverstanden zu sein und die Informationen erhalten zu haben.

Das **Erstgericht** erklärte die Klausel 4 für unzulässig, da sie eine unzulässige Beweislastverschiebung beinhalte.

Der Berufung der Beklagten gab das **Berufungsgericht** nicht Folge. Es führte aus, dass eine Klausel nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG jedenfalls dann nichtig sei, wenn eine in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses enthaltene Tatsachenbestätigung die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers erschwere, indem sie ihn mit einem Beweis belaste, den er sonst nicht erbringen müsse. Dies sei hier der Fall.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass durch diese Klausel keine Abweichung von der gesetzlichen Beweislastverteilung begründet werde. Bereits mit der Unterschrift bestätige der Zahlungsdienstnutzer, die Vertragsbedingungen zu kennen und mit ihnen einverstanden zu sein.

Dazu ist auszuführen:

2.1. Nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, nach denen „dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft“. Die gesetzliche Formulierung ist - nimmt man auf die bei Vertragsabschluss unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für den Verbraucher typischerweise bestehende „verdünnte Willensfreiheit“ Bedacht - nicht eng auszulegen. Sie erfasst nicht nur Klauseln, die eine Beweislastumkehr herbeiführen, sondern auch Klauseln, die die Rechtsdurchsetzung durch den Verbraucher deshalb erschweren (oder gar verhindern) können, weil sie ihn mit einem Beweis belasten, den er sonst nicht erbringen müsste (4 Ob 221/06p mwN).

2.2. Eine sogenannte Tatsachenbestätigung sieht eine widerlegbare Erklärung des Verbrauchers über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache vor. Erschwert eine solche Tatsachenbestätigung, wenn sie in einem Vertragsformular zum Abschluss eines Schuldverhältnisses enthalten ist, die Rechtsdurchsetzung des Verbrauchers, indem sie ihn mit einem Beweis belastet, den er sonst nicht erbringen müsste, ist die Klausel nach § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nichtig (RIS-Justiz RS0121955; *Krejci in Rummel*<sup>3</sup> § 6 KSchG Rz 139).

2.3. Richtig hat das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach eine (analoge) Anwendung des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG auf

Tatsachenbestätigungen bejaht hat (RIS-Justiz RS0121955; vgl auch die ausführliche Darstellung in 4 Ob 221/06p). Dabei hat er auch zu Klauseln, die mit der hier zu prüfenden vergleichbar sind, Stellung genommen. In der Entscheidung 9 Ob 15/05d („Der Kunde nimmt ausdrücklich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der F. zur Kenntnis und erklärt sich mit diesen ausdrücklich einverstanden.“) wurde ausgeführt, dass die Bestätigung der Kenntnisnahme und des Einverständnisses neben der rechtlichen Komponente auch eine Tatsachenbestätigung enthalte, die dem Verbraucher die Rechtsdurchsetzung erschweren könne und daher problematisch sei. Für die Kenntnisnahme der AGB durch den Verbraucher und die Zustimmung des Verbrauchers zu den AGB treffe den Unternehmer die Beweislast, sofern er sich auf die AGB berufe. Habe aber der Kunde bereits in den AGB bestätigt, dass er diese zur Kenntnis genommen und ihnen zugestimmt habe, werde ihm im Zuge der Rechtsverfolgung oder -verteidigung eine Beweislast auferlegt, die ihn von Gesetzes wegen nicht treffe, wenn er nämlich nun seinerseits dartun müsse, dass er ungeachtet der Bestätigung zB in Wahrheit gar keine Möglichkeit gehabt habe, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Damit verstoße die Klausel gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG und sei daher unzulässig (in diesem Sinn auch 4 Ob 59/09v, 3 Ob 12/09z). Da diese Überlegungen auch auf die hier zu beurteilende Klausel 4 zutreffen, war der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

### **3.) Klauseln 6 und 20**

**Klausel 6** (Punkt 5.3. AGB alt):

*„Zahlungsanweisungen auf elektronischem Weg darf der Karteninhaber nur in sicheren Systemen durchführen. PayLife wird sichere Systeme im Internet unter [www.kreditkarte.at](http://www.kreditkarte.at) nennen.“*

**Klausel 20** (Punkt 5.3. AGB neu,

Nachfolgeklausel zu Klausel 6):

*„Zahlungsanweisungen auf elektronischem Weg darf der Karteninhaber nur in sicheren Systemen durchführen, die dem Zweck dienen, die Daten des Karteninhabers und seine personalisierten Sicherheitsmerkmale vor der Ausspähung und missbräuchlichen Verwendung durch Dritte zu schützen. Als sicheres System gilt derzeit das 3-D Secure Verfahren (Verified by Visa bzw. MasterCard Secure Code). Im Rahmen des 3-D Secure Verfahrens wird der Karteninhaber mittels eines selbstgewählten Passworts zweifelsfrei als rechtmäßiger Karteninhaber identifiziert.*

*Die Registrierung zum 3-D Secure Verfahren ist kostenlos auf [www.kreditkarte.at](http://www.kreditkarte.at) möglich. So Sie im 3-D Secure Verfahren registriert sind, ist Ihnen die Verwendung dieses sicheren Verfahrens bei Vertragsunternehmen, die ebenfalls das 3-D Secure Verfahren anbieten, möglich.*

*Unabhängig davon, ob der Händler (das Vertragsunternehmen) das 3-D Secure Verfahren anbietet oder nicht, ist der Karteninhaber bei der Datenweitergabe dazu verpflichtet, darauf zu achten, dass Daten nur mit dem Verbindungsprotokoll https (Hyper Text Transfer Protocol Secure) übertragen werden.“*

Die **Klägerin** bringt zu Klausel 6 vor, dass die Haftung des Verbrauchers für Missbrauchsschäden in § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelt sei. Es bestehe daher kein Schadenersatzanspruch des Zahlungsdienstleisters für Verletzung anderer Pflichten des Kunden als die der sorgfältigen Aufbewahrung der personalisierten Sicherheitsmerkmale. Durch die Klausel 6 würden jedoch Schadenersatzansprüche bei Zahlungen in nicht sicheren Systemen begründet. Es gebe in ihr keine Beschreibung oder Definition von sicheren Systemen. Die

Klausel 6 sei daher unzulässig und intransparent. Sie sei auch überraschend, weil der Zahlungsdienstnutzer nicht damit zu rechnen brauche, dass ihm die Möglichkeit der Zahlung auf elektronischem Weg eröffnet werde, obwohl sie mit erheblichen Sicherheitsrisiken behaftet sei. Er müsse auch nicht damit rechnen, dass er die Karte nur in sicheren Systemen verwenden dürfe. Das Missbrauchsrisiko für die Verwendung bei Onlinekäufen werde auf den Karteninhaber überwältigt. Diese Bedenken gelten auch für die Nachfolgeklausel 20.

Die **Beklagte** bestritt. Die Sicherheitsrisiken bei Verwendung der Kreditkarte im Internet seien notorisch. Sichere Systeme bedürften einer ständigen Weiterentwicklung, es sei daher nicht sachgerecht, konkret einzelne sichere Systeme zu vereinbaren. Der Hinweis auf einen Link sei daher weder überraschend noch intransparent. Werde die Verwendung von sicheren Systemen vereinbart, sei dies eine vereinbarte Bedingung für die Nutzung und Haftung des Zahlungsdienstnutzers und nach § 44 Abs 2 iVm § 36 Abs 1 ZaDiG wirksam und zulässig. Das 3-D Secure Verfahren diene der Identifizierung des Nutzers, die https-Verschlüsselung einer sicheren Übermittlung der Daten. Da der Nutzer nach § 44 Abs 2 ZaDiG für eine missbräuchliche Verwendung haften könne, dienen die Klauseln auch seinem Schutz.

Das **Erstgericht** sah die Klauseln 6 und 20 als unzulässig an, da damit über § 36 Abs 1, § 44 ZaDiG hinausgehende Sorgfaltspflichten und Haftungen des Zahlungsdienstnutzers begründet würden. Die beiden Klauseln seien auch intransparent, weil für den Verbraucher nicht ersichtlich sei, was ein sicheres System sei.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Klausel 6 verweise auf die

Website der Beklagten. Ob die in den dort enthaltenen „Sicherheitstipps“ angesprochenen sicheren Systeme diejenigen seien, deren Verwendung die Klausel gestattet, könne der Website nicht entnommen werden. Dem typischen Verbraucher sei auch nicht geläufig, welche Eigenschaften ein „sicheres System“ im Sinn der Klausel 6 habe und worauf er bei solchen Transaktionen achten müsse. Da die Aufzählung nur „beispielhaft“ sei, sei unklar, welche anderen Systeme der Kunde benutzen dürfe. Die Klausel 6 sei daher schon wegen ihres Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG unzulässig.

Auch die Neufassung durch Klausel 20 habe die Intransparenz nicht beseitigt. Es werde zwar nahegelegt, dass unterschiedliche sichere Systeme bestünden, unklar bleibe aber, ob andere Verfahren als das 3-D Secure Verfahren verwendet werden dürften. Auch liege eine unzulässige Haftungserweiterung vor. § 44 Abs 2 Z 1 ZaDiG knüpfe die Haftung an die vorsätzliche und grob fahrlässige Verletzung einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 36 ZaDiG. § 36 Abs 1 ZaDiG normiere, dass der Zahlungsdienstnutzer unmittelbar nach Erhalt eines Zahlungsinstruments alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen habe, um die personalisierten Sicherheitsmerkmale und das Zahlungsinstrument vor unbefugtem Zugriff zu schützen. Werde die Karte ohne Verwendung dieser Merkmale eingesetzt, könne sie bezogen auf diesen Zahlungsvorgang nicht als Zahlungsinstrument angesehen werden. Die Verwendung der Karte im Internet ohne die personalisierten Sicherheitsmerkmale stelle keinen Verstoß gegen § 36 Abs 1 ZaDiG dar. Eine Haftung könne dadurch nicht begründet werden. Die Verpflichtung zur Nutzung des https-Protokolls sei dem Kunden nicht zumutbar.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, bei einem durchschnittlich verständigen Internetbenutzer sei zu erwarten, dass er mit dem System „SSL-Verschlüsselung“

vertraut sei. Auch informiere die Beklagte auf ihrer Website über sichere Systeme. Die Klausel 20 könne nur so verstanden werden, dass neben dem 3-D Secure Verfahren keine anderen sicheren Verfahren bestünden. Dabei sei der Durchschnittsverbraucher auch mit dem Verbindungsprotokoll https vertraut. Dass auf eine solche Verbindung zu achten nicht zumutbar sei, überzeuge nicht. Die Legaldefinition des „Zahlungsinstruments“ knüpfe nicht an das Vorliegen eines „personalisierten Sicherheitsmerkmals“ an. Vielmehr werde auf die „Personalisierung des Zahlungsinstruments“ abgestellt. Damit stelle aber auch die Verwendung der Kreditkarte im Internet unter Angabe des Namens, der Kreditkartennummer und der CVC-Nummer ein Zahlungsinstrument gemäß § 3 Z 21 ZaDiG dar. Mit einer ungeschützten Verwendung der Daten im Internet verstoße der Kunde gegen seine Sorgfaltspflichten.

Dazu ist auszuführen:

3.1. Die Haftung des Kunden (Verbrauchers) gegenüber dem Zahlungsdienstleister im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen ist in § 44 Abs 2 ZaDiG zwingend und abschließend geregelt (RIS-Justiz RS0128542). Nach dieser Bestimmung ist, wenn nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstruments beruhen, der Zahler seinem Zahlungsdienstleister zum Ersatz des gesamten Schadens (bei leichter Fahrlässigkeit betragsmäßig begrenzt mit 150 EUR) verpflichtet, der diesem infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorgangs entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung 1. einer oder mehrerer Pflichten gemäß § 36 ZaDiG oder 2. einer oder mehrerer vereinbarter Bedingungen für die Ausgabe und Nutzung des Zahlungsinstruments herbeigeführt hat.

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

3.2. Bei Zahlungsvorgängen, die nicht auf der Verwendung eines Zahlungsinstruments iSd § 3 Z 21 ZaDiG beruhen, trifft daher von vornherein grundsätzlich immer den Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko, soweit der Zahler nicht betrügerisch handelt. Da ein Zahlungsinstrument iSd § 3 Z 21 ZaDiG nur dann vorliegt, wenn es mit personalisierten Sicherheitsmerkmalen ausgestattet ist, betrifft diese weitgehende Haftungsfreistellung des Kunden Zahlungsvorgänge, die ohne Verwendung solcher Merkmale autorisiert werden und bei denen daher der Zahlungsdienstleister im Fall einer Bestreitung der Autorisierung nicht den ihm in § 34 Abs 3 Z 1 ZaDiG auferlegten Nachweis erbringen kann, dass der Zahlungsvorgang iSd § 3 Z 17 ZaDiG authentifiziert war (*Haghofer in Weilinger*, ZaDiG § 44 Rz 23).

Name, Adresse oder Nummern, die auf einer Zahlungskarte ersichtlich sind, stellen keine personalisierten Sicherheitsmerkmale dar (RV 207 BlgNr 24. GP 48). Werden daher bei Kreditkartenzahlungen im Internet oder am Telefon lediglich Kreditkartennummer, Verfallsdatum und Prüfwahl angegeben, also Daten, die auf der Karte aufgedruckt und damit zwangsläufig nicht geheim sind, wird für die Transaktion weder die Kreditkarte als personalisiertes Zahlungsinstrument noch werden die personalisierten Sicherheitsmerkmale verwendet. Die Einleitung eines Zahlungsvorgangs unter missbräuchlicher Verwendung dieser

rechtswidrig erlangten Informationen kann daher nicht unter die missbräuchliche Verwendung eines Zahlungsinstruments iSd § 44 Abs 2 ZaDiG subsumiert werden (vgl *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 44 Rz 24).

3.3. Dadurch, dass in den Klauseln 6 und 20 dem Zahlungsdienstnutzer die Verpflichtung auferlegt wird, nur bestimmte, von der Beklagten als „sicher“ angesehene Systeme im Internet zu verwenden, wird beim Kunden nach der nach ständiger Rechtsprechung gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung der Eindruck erweckt, dass die Haftung für Schäden, die durch die Verwendung der Kreditkartendaten in nicht sicheren Systemen entstehen, etwa dadurch, dass Kreditkartennummer, Name und Prüfwahl ausgespäht und von einem Dritten verwendet werden, den Karteninhaber trifft. Da eine solche Haftung, wie ausgeführt, nach dem Gesetz nicht besteht, ist die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG.

3.4. Diese Intransparenz besteht aber auch aus den von den Vorinstanzen dargelegten Gründen. Die Beklagte führt an, dass sie Sicherheitshinweise für die Nutzer auf ihrer Website zur Verfügung stellt. Weder aus dem unstrittigen Inhalt dieser Website, wie er vom Berufungsgericht dargestellt wurde, noch aus den Klauseln selbst lässt sich aber für den Durchschnittsverbraucher nachvollziehbar ableiten, welches System von der Beklagten als sicher angesehen wird und welches nicht. Diesbezüglich kann auf die überzeugenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). So lässt sich etwa aus Klausel 20 nicht ableiten, dass das 3-D Secure Verfahren nach Ansicht der Beklagten das einzig sichere System ist. Die Formulierung „gilt als sicheres System“ lässt offen, ob es sich um eine abschließende oder beispielhafte Aufzählung handelt. Weiters verweist Klausel 20 darauf, dass - unabhängig davon, ob

Händler dieses Verfahren anbieten - darauf zu achten ist, dass Daten nur mit dem Verbindungsprotokoll https übertragen werden. Das legt einerseits nahe, dass die Beklagte auch die Verwendung der Karte bei Händlern, die nicht über das 3-D Secure Verfahren verfügen, für zulässig erachtet, andererseits, dass die Verwendung des 3-D Secure Verfahrens nicht ausreicht, wenn keine https-Seite vorliegt. Sowohl Klausel 6 als auch Klausel 20 verstoßen daher gegen § 6 Abs 3 KSchG.

#### **4.) Klauseln 7, 22 und 33**

##### **Klausel 7** (Punkt 8. AGB alt):

*„8.1. PayLife hat keinen Einfluss darauf, ob einzelne Vertragsunternehmen die Karte akzeptieren. Technische Störungen können in Einzelfällen dazu führen, dass Transaktionen nicht durchgeführt werden können.*

*8.2. PayLife haftet für den Ersatz von Schäden, die einem Karteninhaber durch die Nichtannahme der Karte, die Ablehnung von Transaktionen oder durch technische Störung entstehen, falls PayLife diese verschuldet verursacht hat.“*

##### **Klausel 22** (Punkt 8.1. AGB neu):

*„8.1. PayLife hat keinen Einfluss darauf, ob einzelne Vertragsunternehmen die Karte akzeptieren.“*

##### **Klausel 33** (Punkt 19.3. AGB neu):

*„19.3. Technische Störungen, die auftreten, bevor der Auftrag bei der PayLife eingelangt ist, können in Einzelfällen dazu führen, dass Transaktionen nicht durchgeführt werden können. Solche technischen Störungen sowie die Nichtakzeptanz einer Karte bzw die Ablehnung einer Transaktion durch einzelne Vertragsunternehmen können dazu führen, dass ein Zahlungsauftrag PayLife nicht zugeht. Dies hat zur Folge, dass kein Zahlungsvorgang ausgelöst wird und keine Zahlung durch PayLife erfolgt.“*

Die **Klägerin** brachte vor, der Zahlungsdienstleister hafte verschuldensunabhängig für die ordnungsgemäße Ausführung des Zahlungsvorgangs. Klausel 7 sei daher schon deshalb unzulässig, weil sich die Haftung der Beklagten auf eigenes Verschulden beschränke. Sie stelle nicht darauf ab, in welchem Stadium der Transaktion die Störung auftrete. Offensichtlich sollten auch Gewährleistungsansprüche des Kunden ausgeschlossen werden, indem ein Haftungsausschluss für die Nichtannahme der Karte begründet werde. Die Vertragsunternehmen seien der Beklagten als Erfüllungsgehilfen zuzurechnen. Auch in Klausel 22 erwecke die Beklagte den Eindruck, nicht dafür einstehen zu müssen, wenn ihre Karte nicht akzeptiert werde. Klausel 33 enthalte keine Regelung über ein allfälliges Verschulden. Der normative Gehalt der Klauseln sei damit unklar.

Die **Beklagte** wandte ein, die Klauseln enthalten eigenständige Teile, die unabhängig voneinander zu beurteilen seien. Wenn eine Karte nicht akzeptiert werde, komme kein Zahlungsauftrag zustande. Damit bestehe auch keine Haftung. Die Klauseln informieren den Kunden, dass es zu Problemen kommen könne, weiters werde eine verschuldensabhängige Haftung vereinbart. Bei Pull-Zahlungen wie sie bei Kreditkartentransaktionen gegeben seien, hafte für die ordnungsgemäße Übermittlung des Zahlungsauftrags an den Zahlungsdienstleister des Zahlers der Zahlungsdienstleister des Empfängers. Aus der Zusammenschau der Bestimmungen sowie der Überschrift gehe auch eindeutig hervor, dass sowohl Klausel 7 als auch 33 auf technische Störungen beschränkt seien, die vor dem Zugang des Zahlungsauftrags auftreten.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel 7 als zu weit gefasst, da § 46 ZaDiG den Zahlungsdienstleister

verschuldensunabhängig für das ordnungsgemäße Einlangen der Zahlung beim Zahlungsdienstleister des Empfängers haften lasse. Weiters werde die Haftung für Schäden ausgeschlossen, die dem Kunden dadurch entstünden, dass ein Vertragsunternehmen die Karte ablehne. Dies könne jedoch von der Beklagten grob fahrlässig verschuldet sein. Diese Überlegungen gelten auch für die Klauseln 22 und 33.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und führte aus, dass die Klauseln jeweils in ihrer Gesamtheit zu beurteilen seien. Der Zahlungsdienstleister des Zahlers haften für alle Fehler vom Eingang des Zahlungsauftrags bei ihm bis zum Eingang des Zahlungsbetrags beim Zahlungsdienstleister des Empfängers verschuldensunabhängig. Klausel 7 sei daher mehrfach unzulässig. Komme es zu einer technischen Störung zwar nicht bei der Beklagten, aber bei einem nachfolgenden Glied der Überweisungskette, so treffe die Haftung daraus in vollem Umfang die Beklagte nicht nur bei eigenem Verschulden. Richtig sei zwar, dass ohne Akzeptanz der Kreditkarte kein Zahlungsauftrag zustande komme. Komme es jedoch aufgrund Verschuldens des Zahlungsdienstleisters zu einer Ablehnung der Karte, könne eine Haftung für daraus entstehende Schäden nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die Formulierung lege bei kundenfeindlichster Auslegung jedoch einen unzulässigen generellen Ausschluss einer solchen Haftung nahe. Dies gelte auch für Klausel 22 in Verbindung mit der Aussage in Klausel 33. In Klausel 33 werde allgemein auf technische Störungen vor Einlangen eines Auftrags verwiesen. Es werde jedoch nicht berücksichtigt, welcher Natur die Störung sei, welche Phase der Abwicklung einer Transaktion sie betreffe und in wessen Sphäre sie auftreten könne. Scheitere der Zugang eines Zahlungsauftrags bei der Beklagten aufgrund von technischen Störungen in ihrer

Sphäre, liege kein Fall einer nicht ordnungsgemäßen Übermittlung vor. Vielmehr hafte dann die Beklagte. Da die Klausel klare Aussagen, konkret, welche technischen Störungen sie anspreche, unterlasse, verstoße sie gegen § 6 Abs 3 KSchG.

In ihrer **Revision** führt die Beklagte aus, dass Klausel 7 lediglich einen Warnhinweis, daher eine reine Wissenserklärung ohne rechtliche Auswirkungen darstelle. Die einzelnen Bestimmungen der Klausel 7 seien unabhängig voneinander zu beurteilen. Der Zahlungsdienstleister sei nicht verpflichtet, die Akzeptanz der Karte zu garantieren. Werde sie verweigert, komme es zu keiner Haftung, da kein Zahlungsvorgang ausgelöst werde. Dem Warnhinweis sei keine Haftungseinschränkung zu entnehmen.

Dazu ist auszuführen:

4.1. Richtig hat bereits das Berufungsgericht darauf verwiesen, dass maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als eigenständig iSd § 6 KSchG nicht die Gliederung des Klauselwerks ist. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGB enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187 [T1]). Das trifft auf Klausel 7 aber nicht zu, weil, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, die Beklagte darin Fälle zusammenfasst, in denen sie sich jeweils von der Haftung für das Scheitern einer vom Zahlungsdienstnutzer angestrebten Kreditkartentransaktion freizeichnen möchte. Insoweit ergibt sich erst aus den in der Klausel 7 zusammengefassten bzw in Zusammenschau zu betrachtenden Regelungen, die daher auch keine reinen Wissenserklärungen enthalten, die dem Zahlungsdienstnutzer zugedachte Position. Die Klausel 7 ist

daher in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass die Beklagte selbst die Interpretation der Klausel 7 aus einer Gesamtbetrachtung ableiten möchte.

4.2. Richtig ist, dass Zahlungen mittels Kreditkarte als „Pull-Zahlungen“ abgewickelt werden, also als Zahlungen, die vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöst wurden.

Das ZaDiG enthält für nicht erfolgte oder fehlerhaft ausgeführte Zahlungsaufträge in § 46 eine eigene Haftungsregelung. Bei Pull-Zahlungen trägt die Haftung zunächst der Zahlungsdienstleister des Empfängers bis zum Einlangen des Zahlungsauftrags beim Zahlungsdienstleister des Zahlers. In allen Fällen eines vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelösten, nicht oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs, in denen keine Haftung des Zahlungsdienstleisters des Empfängers besteht, haftet der Zahlungsdienstleister des Zahlers diesem gegenüber (§ 46 Abs 4 ZaDiG).

Der Zahlungsdienstleister des Zahlers haftet daher für alle Fehler, die ihm selbst oder zwischengeschalteten Stellen vom Eingang des Zahlungsauftrags bei ihm bis zum Eingang des Zahlungsbetrags beim Zahlungsdienstleister des Empfängers unterlaufen (*Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 46 Rz 29).

4.3. Der Beklagten ist daher insoweit zuzustimmen, dass sie, wovon das Berufungsgericht aber ohnehin ausgegangen ist, für einen nicht oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsauftrag bei Pull-Zahlungen erst ab Eingang des Zahlungsauftrags bei ihr haftet. Diese verschuldensunabhängige Haftung (nach verschiedenen Lehrmeinungen kein Schadenersatz-, sondern Bereicherungsanspruch, vgl *Koziol*, Die Rechtsfolgen der fehlerhaften Durchführung eines Zahlungsauftrags nach dem

Zahlungsdienstegesetz, ÖBA 2014, 330 ff; *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 46 Rz 7) besteht in Höhe des Betrags des nicht oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs sowie für Entgelte und Zinsen, die dem Zahlungsdienstnutzer infolge der nicht erfolgten oder fehlerhaften Ausführung des Zahlungsvorgangs in Rechnung gestellt wurden. Der Ersatz eines darüber hinausgehenden Schadens richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen (§ 46 Abs 6 ZaDiG).

Klausel 7 normiert dagegen nur eine verschuldensabhängige Haftung der Beklagten für die fehlerhafte Durchführung von Zahlungsaufträgen, ohne dies auf Fälle des Nichteinlangens des Zahlungsauftrags einzuschränken. Entgegen den Ausführungen in der Revision der Beklagten ergibt sich eine solche Einschränkung auch nicht aus der Gesamtschau der Regelung, da diese zwar auch Fälle enthält, in denen der Zahlungsvorgang nicht ausgelöst wird, aber wie ausgeführt, eben auf diese nicht beschränkt wird. Die Klausel 7 verstößt daher gegen § 46 Abs 3 bis 5 ZaDiG.

4.4. Die Revision der Beklagten bekämpft zwar die Entscheidung nach ihrer Anfechtungserklärung auch hinsichtlich der Klauseln 22 und 33, enthält zu diesen Klauseln aber keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Berufungsentscheidung, weshalb sie in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt ist.

#### **5.) Klausel 8**

**Klausel 8** (Punkt 9.2. AGB alt - nur der hervorgehobene Teil ist Gegenstand des Unterlassungsbegehrens):

„9 Obliegenheiten und Haftung des Karteninhabers [...]

*9.2. Der Karteninhaber ist dabei insbesondere verpflichtet, die Karte sorgfältig und von der PIN, die geheim*

*zu halten ist, getrennt zu verwahren. Keine sorgfältige Verwahrung ist insbesondere [...] die Aufzeichnung der PIN, insbesondere auf der Karte.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass es eine gröbliche Benachteiligung darstelle, dass der Karteninhaber nicht berechtigt sei, seinen persönlichen PIN irgendwo (sicher) zu notieren. Die Klausel 8 verstoße auch gegen § 36 ZaDiG, da es sich um keine zumutbare Vorkehrung zum Schutz der personalisierten Sicherheitsmerkmale handle.

Die **Beklagte** macht geltend, dass sich aus der Bestimmung eine generelle Verpflichtung, den PIN nirgends zu notieren, nicht ableiten lasse. Sie diene vielmehr dem Schutz des Karteninhabers.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** bejahten einen Verstoß der Klausel 8 gegen § 36 Abs 1 ZaDiG, weil dem Zahlungsdienstnutzer bei kundenfeindlichster Auslegung die Aufzeichnung der PIN generell verboten werde, was nicht zumutbar sei.

In der **Revision** macht die Beklagte neuerlich geltend, dass die Bestimmung ausschließlich dem Kundenschutz diene.

Dazu ist auszuführen:

5.1. Aus der Formulierung der Klausel 8 ergibt sich, dass dem Kunden generell untersagt wird, den PIN zu notieren, ohne Rücksicht darauf, ob diese Notiz in der Folge ohne Sorgfalt verwahrt oder sorgfältig geheim gehalten wird. Bereits in der Entscheidung 1 Ob 88/14v wurde zu einer vergleichbaren Klausel ausgeführt, dass der durchschnittliche Kunde bei den heutigen Gegebenheiten für verschiedene private und berufliche Bereiche zahlreiche weitere Codes präsent zu haben habe, mit denen einem Datenmissbrauch im Hinblick auf wirtschaftliche Interessen, Persönlichkeitsrechte oder sonstige Geheimhaltungsinteressen begegnet werden

solle. Damit könne aber ein schutzwürdiges Interesse nur daran zugebilligt werden, die Verwendung des Codes durch Unbefugte zu verhindern. Notiere der Kunde den Code und komme dieser aufgrund unsorgfältiger Verwahrung einem Dritten zur Kenntnis, liege ohnehin ein Verstoß gegen das (unbedenkliche) Gebot vor, den persönlichen Code geheim zu halten.

5.2. Auch in der Literatur wurde eine solche Verpflichtung als sozial inadäquat und damit unzumutbar angesehen (vgl. *Haghofer* in *Weilinger*, *ZaDiG*, § 36 Rz 9 mwN).

Die Klausel 8 verstößt daher, da die in ihr geforderten Vorkehrungen nicht als zumutbar anzusehen sind, gegen § 36 Abs 1 *ZaDiG*.

#### **6.) Klausel 9 und Klausel 14**

**Klausel 9** (Punkt 10.3.2. der AGB alt - angefochten ist nur der hervorgehobene Teil):

*„10. Sperre der Karte:*

*10.1. Der Karteninhaber ist jederzeit berechtigt, die Sperre seiner Karte zu verlangen. In den Fällen des Punktes 9.3. ist der Karteninhaber vertraglich verpflichtet, die Sperre seiner Karte zu verlangen. [...] PayLife ist verpflichtet, in beiden Fällen die Karte zu sperren.*

*10.2. PayLife ist berechtigt die Karte ohne Mitwirkung des Karteninhabers zu sperren wenn [...]*

*10.2.3. der Karteninhaber seinen gegenüber PayLife aus der Verwendung der Karte oder Kartendaten entstehenden Zahlungspflichten nicht nachkommen kann oder seine Bonität sich wesentlich verschlechtert hat [...]*

***10.3.2. Der Karteninhaber hat in den Fällen der Punkte 10.1. und 10.2.3. die Kosten der Sperre zu tragen.“***

**Klausel 14** (Punkt 18.3. AGB alt):

*„Sperrergelt EUR 17,00.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass die Durchführung einer Sperre eine sonstige Nebenpflicht iSd ZaDiG sei, die nicht in § 27 Abs 3 ZaDiG aufgezählt werde, weshalb kein Entgelt verlangt werden dürfe. Soweit die Beklagte sich auf einen Aufwandsersatzanspruch berufe, sei ein solcher vom weiten Entgeltbegriff des ZaDiG erfasst. Auch könnten als Aufwandsersatz nur angemessene und tatsächliche Kosten verrechnet werden, wofür aber in der Klausel die Determinierung fehle.

Die **Beklagte** wandte ein, dass der Zahlungsdienstleister nur nach § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG zur Sperre verpflichtet sei. Es liege jedoch keine vertragliche oder gesetzliche Nebenpflicht vor, wenn er das Recht einer Sperre vereinbare, sofern objektive Gründe dies rechtfertigten. § 27 Abs 3 ZaDiG sei gegenüber der ZaDi-RL insoweit überschießend, als die Bestimmung nicht auf Pflichten und nicht auf jene Fälle eingeschränkt sei, die in Titel IV der Richtlinie genannt würden. Beim Sperrentgelt handle es sich um kein Entgelt, sondern um Aufwandsersatz. Bei der Sperre würden Kosten anfallen, die den vereinbarten Betrag übersteigen. Soweit den Zahlungsdienstnutzer ein Verschulden treffe, handle es sich um einen Schadenersatzanspruch. Bei vertraglichen Nebenpflichten, die gesetzlich nicht vorgegeben seien, sei die Vereinbarung eines Entgelts zulässig, weil es sich um eine freiwillige Sonderleistung handle, etwa aufgrund der Vereinbarung, dass der Karteninhaber jederzeit eine Sperre verlangen könne. In den Fällen 10.2.1. und 10.2.2. erfolge die Sperre kostenlos. Der behauptete weite Entgeltbegriff widerspreche dem Wortlaut der ZaDi-RL und des ZaDiG. Dort würde zwischen Kosten und Entgelt unterschieden.

Das **Erstgericht** untersagte die Klauseln 9 und 14. Der Zahlungsdienstleister dürfe für die Erfüllung von

Nebenpflichten außer in den im ZaDiG genannten Ausnahmen kein Entgelt verrechnen. Dies gelte auch für Aufwandsersatz. Soweit in der Klausel 9 ein Schadenersatzanspruch zu sehen sei, verstoße die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Erfolgshaftung gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG regle abschließend, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben den für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelten einen Aufwandsersatz- bzw Kostenersatzanspruch geltend machen könne. Die nach § 35 Abs 1 ZaDiG gesetzlich gebotene Einrichtung der Sperrmöglichkeit stelle eine sonstige Nebenpflicht iSd § 27 Abs 3 ZaDiG dar. Sie gehöre nicht zu den taxativ aufgezählten Nebenleistungen, für die ein Entgelt verrechnet werden dürfe. Dies gelte auch für den Fall, dass der Zahlungsdienstleister die Sperre von sich aus getätigt habe. Da von § 27 Abs 3 ZaDiG nach § 26 Abs 6 ZaDiG zum Nachteil des Verbrauchers nicht abgewichen werden dürfe, verstießen die beiden Klauseln gegen das Gesetz und seien daher unwirksam. Für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) bestehe keine Veranlassung, weil die Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen offenkundig sei.

Die Klägerin habe zwar lediglich Punkt 10.3.2. der AGB angefochten, dessen ungeachtet habe das Erstgericht Punkt 10.1. und Punkt 10.2.3. verboten, was die Beklagte nicht bekämpft habe und daher nicht aufgegriffen werden könne.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass in § 37 Abs 1 ZaDiG jene Fälle enthalten seien, in denen dem Zahlungsdienstleister das Recht eingeräumt werde, mit dem Zahlungsdienstnutzer die Sperre des Zahlungsinstruments zu vereinbaren. Da keine Nebenpflicht, sondern ein Recht

vorliege, sei der Zahlungsdienstleister auch nicht verpflichtet, die Sperre kostenlos zu erbringen. Dies ergebe sich auch aus der Richtlinie, die in Art 52 Abs 1 vorsehe, dass nur für die in Titel IV der Richtlinie genannten Nebenpflichten kein Entgelt in Rechnung gestellt werden dürfe. Da sich das Recht zur Sperre des Zahlungsinstruments nicht aus Art 55 Abs 2 ZaDi-RL und damit nicht aus Titel IV der Richtlinie ableiten lasse, dürfe Sperrentgelt in Rechnung gestellt werden.

Bei der ZaDi-RL handle es sich um eine vollharmonisierende Richtlinie, eine überschießende Umsetzung müsse daher im Wege der richtlinienkonformen Interpretation reduziert werden. Es werde daher eine Vorlage an den EuGH angeregt.

Dazu ist auszuführen:

6.1. Bereits zu Klausel 25 wurde darauf hingewiesen, dass dem ZaDiG ein weiter Entgeltbegriff zugrunde liegt, der sowohl Entgelte im engeren Sinn als auch einen Aufwandsersatz umfasst. Nach § 27 Abs 2 ZaDiG dürfen Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag nur verrechnet werden, wenn sie vorher gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a oder § 32 Abs 1 ZaDiG wirksam vereinbart worden sind. § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG regeln abschließend, in welchen Fällen der Zahlungsdienstleister neben dem für die Zahlungsdienste vereinbarten Entgelt iSd § 27 Abs 2 ZaDiG einen Aufwandsersatz- bzw Kostenersatzanspruch geltend machen kann. Aus dem Inhalt und Zweck des § 27 Abs 1 und 3 ZaDiG ergibt sich, auch wenn der Begriff „Entgelt“ verwendet wird, dass damit eine abschließende Regelung über den Aufwandsersatz getroffen wird (1 Ob 244/11f mwN). Die Sperre der Karte ist hier nicht genannt.

6.2. Nach § 36 Abs 2 ZaDiG hat der Zahlungsdienstnutzer den Verlust, Diebstahl, die

missbräuchliche Verwendung oder die sonstige nicht autorisierte Nutzung des Zahlungsinstruments unverzüglich, sobald er davon Kenntnis hat, dem Zahlungsdienstleister oder der von ihm benannten Stelle anzuzeigen. Der Zahlungsdienstleister hat nach § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG sicherzustellen, dass jede Nutzung des Zahlungsinstruments ausgeschlossen ist, sobald eine solche Anzeige erfolgt ist. Die nach § 35 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Sperrmöglichkeit stellt somit eine sonstige Nebenpflicht iSd § 27 Abs 3 ZaDiG dar. Da diese Nebenleistung nicht dem taxativ aufgezählten Ausnahmekatalog des § 27 Abs 3 ZaDiG unterfällt, darf der Zahlungsdienstleister dafür auch kein (gesondertes) Entgelt verrechnen (vgl *Koch*, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, ÖBA 2009, 869 [880], *Harrich*, ZaDiG 106 f; *Leixner*, ZaDiG § 27 Rz 8; *Haghofer* in *Weilinger*, ZaDiG § 35 Rz 15; *Ferner/Muri* in *Weilinger*, ZaDiG § 37 Rz 13; *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, ZaDiG § 27 Rz 12 unter Hinweis auf European Commission Services, Your questions on PSD, Question no 217 zu Art 52 [1] und no 123 zu Art 86 [1]). Auch der Oberste Gerichtshof hat bereits dazu Stellung genommen, dass Klauseln, die für eine Sperre, die der Zahlungsdienstleister von sich aus tätigt, ein Entgelt vorsehen, gegen § 27 Abs 3 ZaDiG verstoßen und daher unwirksam sind (9 Ob 26/15m).

6.3. Wenn die Beklagte damit argumentiert, dass es sich bei der Sperrmöglichkeit nach § 37 Abs 1 ZaDiG um ein Recht des Zahlungsdienstleisters, nicht eine Pflicht handelt, so schließt eine Regelung, die die Vereinbarung eines Aufwandsersatzes nur für die Erbringung taxativ aufgezählter Nebenpflichten, sohin im Interesse des Zahlungsdienstnutzers erbrachte Leistungen, vorsieht, auch die Vereinbarung eines Entgelts für zusätzlich eingeräumte, im Interesse des Zahlungsdienstleisters liegende Rechte des Zahlungs-

dienstleisters aus. Ob für die über § 35 Abs 1 Z 3 ZaDiG hinausgehende Möglichkeit des Kunden, eine Sperre zu verlangen, ein Entgelt vereinbart werden kann, muss hier nicht beurteilt werden. Da die Klausel 9 nicht differenziert, kann auf eine etwaige bloß teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel nicht Rücksicht genommen werden. Wie einleitend ausgeführt, ist im Verbandsprozess eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich.

6.4. Zu einer Anrufung des EuGHs besteht keine Veranlassung. § 27 Abs 3 ZaDiG setzt unter anderem Art 52 Abs 1 ZaDi-RL um (RV 207 BlgNR 24. GP 34). Danach darf der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer für die Erfüllung seiner Informationspflichten oder sonstiger Nebenpflichten nach Titel IV der Richtlinie nur die in Art 65 Abs 1, Art 66 Abs 5 und Art 74 Abs 2 ausdrücklich vorgesehenen Entgelte in Rechnung stellen. Keine dieser Bestimmungen betrifft die Sperre von Zahlungsinstrumenten. Innerhalb von Titel IV regelt Art 57 ZaDi-RL die Pflichten des Zahlungsdienstleisters in Bezug auf Zahlungsinstrumente. Art 57 Abs 1 lit a, c und d ZaDi-RL enthält Bestimmungen zur Sperrverpflichtung des Zahlungsdienstleisters. Diese wurden innerstaatlich durch den insoweit inhaltsgleichen § 35 Abs 1 ZaDiG umgesetzt (RV 207 BlgNR 24. GP 40). Aus dieser Systematik folgt, dass auch nach Unionsrecht die Sperrverpflichtung des Zahlungsdienstleisters eine Nebenpflicht darstellt, für die kein Entgelt vereinbart werden darf.

Der Revision der Beklagten war daher auch in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

### **7.) Klausel 10**

**Klausel 10** (Punkt 11.1. AGB alt):

*„Der Karteninhaber erhält mindestens einmal pro Monat eine Abrechnung über die mit der Karte in Anspruch*

*genommenen Leistungen. Sofern er nicht binnen 42 Tagen nach Zustellung der Abrechnungen schriftlich widerspricht, anerkennt er diese dem Grunde und der Höhe nach. Dies berührt nicht die Ansprüche des Karteninhabers gegen das Vertragsunternehmen. PayLife verpflichtet sich, in der Abrechnung auf die 42-tägige Frist und auf die Auslegung des Verhaltens des Karteninhabers ausdrücklich hinzuweisen.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass die Klausel 10 hinsichtlich Beginn und Dauer der Frist gegen § 36 ZaDiG verstößt, der die Sorgfalts- und Anzeigepflichten des Zahlungsdienstnutzers festlegt.

Die **Beklagte** wandte ein, dass nach § 36 Abs 3 ZaDiG der Kunde fehlerhafte Buchungen unverzüglich zu rügen habe. Diese Frist werde in den AGB sogar verlängert.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** gingen davon aus, dass die Klausel 10 gegen § 36 Abs 3 ZaDiG verstoße, da sie eine unzulässige Vereinbarung einer Prüfbliogenheit des Kunden vorsehe.

In der **Revision** macht die Beklagte geltend, dass die Klausel 10 eine Frist von 42 Tagen einräume, wodurch die im Gesetz vorgesehene 13-Monatsfrist nicht abbedungen werde.

Dazu ist auszuführen:

7.1. Nach § 36 Abs 3 ZaDiG ist ein Zahlungsdienstnutzer zur unverzüglichen Rüge nach Feststellung eines nicht autorisierten oder fehlerhaft ausgeführten Zahlungsvorgangs verpflichtet. Ihn trifft aber keine Prüfpflicht - auch nicht implizit. Das halten die Materialien zum ZaDiG (RV 207 BlgNr 24. GP 41) ausdrücklich fest:

„Es kommt aber nicht darauf an, ob dem Zahlungsdienstnutzer zumutbar war, schon früher die

Fehlerhaftigkeit festzustellen. Der Zahlungsdienstnutzer muss lediglich nach dem tatsächlichen Feststellen der Fehlerhaftigkeit unverzüglich - das heißt ohne unnötigen Verzug - rügen.“

Dass den Zahlungsdienstnutzer keine Prüfpflicht trifft, wurde auch bereits in mehreren höchstgerichtlichen Entscheidungen festgehalten (1 Ob 244/11f, 9 Ob 7/15t).

7.2. Die Frist zur Erwirkung einer Berichtigung endet - sofern der Zahlungsdienstleister seinen Verpflichtungen nach den §§ 31-33 ZaDiG entsprochen hat - spätestens 13 Monate nach dem Tag der Belastung oder Gutschrift (§ 36 Abs 3 ZaDiG).

7.3. Die in der Klausel 10 enthaltene 42-Tagesfrist knüpft nicht an die Feststellung der Fehlerhaftigkeit eines in der Abrechnung enthaltenen Zahlungsvorgangs, sondern an die Zustellung der Abrechnung an. Nur bei der Prüfung durch den Kunden ist, worauf das Berufungsgericht richtig hingewiesen hat, damit auch die Möglichkeit der Feststellung eines bedenklichen Zahlungsvorgangs verbunden. Nur in diesen Fällen kommt es zu der von der Beklagten angesprochenen Verlängerung der gesetzlichen Frist („unverzügliche Rüge“). In allen anderen Fällen wird die Frist von 13 Monaten unzulässig auf 42 Tage verkürzt.

Die Klausel 10 verstößt daher gegen § 36 Abs 3 ZaDiG.

### **8.) Klauseln 11 und 26**

**Klausel 11** (Punkt 12. AGB alt):

*„Die Rechnungslegung durch PayLife (Punkt 11.) erfolgt in Euro. Rechnungen eines Vertragsunternehmens, die auf eine Fremdwährung lauten, werden zu einem von PayLife gebildeten und auf der Homepage der PayLife mit der Adresse [www.kreditkarte.at](http://www.kreditkarte.at) abrufbaren Kurs in Euro umgerechnet.*

*PayLife sagt zu, dass der von ihr gebildete Kurs für den Karteninhaber gleich oder günstiger ist als der in Punkt 18.6. genannte Vergleichskurs für dieselbe Währung zum selben Tag. Gibt es für denselben Tag keinen Vergleichskurs, so ist der Kurs des kalendermäßig nächsten - vorhergehenden - Tages heranzuziehen.*

*18.6.: Vergleichskurs gemäß Punkt 12.: Verkauf Fremdwährung der UniCredit Bank Austria AG“*

**Klausel 26** (Punkt 12. AGB neu):

*„Fremdwährung: Die Rechnungslegung durch PayLife (Punkt 11.) erfolgt in Euro. Rechnungen eines Vertragsunternehmens, die auf eine Fremdwährung lauten, werden zu einem von PayLife gebildeten und auf der Homepage der PayLife [www.kreditkarte.at](http://www.kreditkarte.at) abrufbaren Kurs in Euro umgerechnet. PayLife sagt zu, dass der von ihr gebildete Kurs für den Karteninhaber gleich oder günstiger ist als der in Punkt 18.5. genannte Referenzwechselkurs für dieselbe Währung zum selben Tag. An den Karteninhaber werden nicht nur Erhöhungen, sondern auch Senkungen des Wechselkurses weitergegeben.*

*Der Stichtag der Umrechnung ist der dem Buchungstag vorangegangene Bankwerktag. Der Buchungstag ist der in der Abrechnung („Monatsabrechnung“) in der Spalte „Buchung am“ aufscheinende transaktionsbezogene Tag.*

*18.5. Referenzwechselkurs gemäß Punkt 12.: Verkauf Fremdwährung der UniCredit Bank Austria AG“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass nach § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG dem Zahlungsdienstnutzer die für die Umrechnung von Fremdwährungen zugrunde gelegten Referenzwechselkurse unter Angabe sowohl des Stichtags für die Umrechnung als auch der Grundlage für die Bestimmung des Kurses mitzuteilen seien. Die neutrale Ausführung des

Umrechnungskurses sei aufgrund des in Klausel 11 vorgesehenen Rückgriffs auf die von der Beklagten selbst gebildeten Kurse nicht gewährleistet. Es sei nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Kurse festgelegt werden. Der Hinweis auf die Vergleichskurse der UniCredit Bank Austria AG erfülle nicht die nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gebotene Willensunabhängigkeit, da die Bank zu 24 % Eigentümerin der Beklagten sei. Mangels Angabe eines Berechnungstichtags verstoße die Klausel 11 auch gegen das Transparenzgebot.

Klausel 26 sei die Nachfolgeklausel zu Klausel 11 und konkretisiere nur den Umrechnungstag, sowie dass auch Senkungen des Wechselkurses weitergegeben würden.

Die **Beklagte** wendete ein, dass für viele Länder, in denen die Kreditkarten verwendet würden, von der EZB, der OeNB oder der Wiener Börse keine tagesaktuellen Kurswerte veröffentlicht würden, nur statistische Mittelwerte. Daher sei es notwendig, eigene Wechselkurse für die Verrechnung zu bilden. Dabei werde als Referenzwechselkurs der Kurs einer österreichischen Großbank herangezogen und zugesagt, dass der von der Beklagten gebildete Kurs günstiger oder gleich günstig sei. Aus der Formulierung „zum selben Tag“ ergebe sich als Stichtag der Tag der Einreichung der Forderung bei der Beklagten. Ein Stichtag müsse auch nicht mitgeteilt werden. Wie der Referenzkurs bestimmt werde, entziehe sich in der Regel auch der Kenntnis des Zahlungsdienstleisters, weshalb er nicht verpflichtet sei, dem Kunden Details mitzuteilen. Auch die Europäische Kommission vertrete, dass es dem Zahlungsdienstleister obliege, angemessene Kriterien für Zinssätze und Wechselkurse zu bestimmen.

Das **Erstgericht** wies die Klage hinsichtlich

Klausel 11 ab. Es sei zulässig, dass die Beklagte den verwendeten Referenzwechselkurs selbst festsetze, ohne die maßgebliche Berechnung offenzulegen. Es genüge das Zugänglichmachen der Kurse. Das Fehlen eines Berechnungstichtags mache die Klausel 11, die den Referenzkurs, nicht aber den Stichtag festlege, nicht rechtswidrig.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin zu Klausel 11 Folge. Die Bestimmung lasse offen, zu welchem Stichtag diese Umrechnung erfolge, womit ein hohes Missbrauchsrisiko verbunden sei. Da die Beklagte eine abschließende Regelung der Umrechnung von Fremdwährungstransaktionen anstrebe und dabei den Stichtag gerade nicht regle, verstoße die Klausel bereits deshalb gegen § 28 Abs 1 Z 3 lit b ZaDiG.

Hinsichtlich der Klausel 26 gab das **Erstgericht** der Klage nur hinsichtlich der Festsetzung des Stichtags statt, da die Informationen dazu zu unbestimmt seien. Es handle sich um eine trennbare Teilklausel, weshalb die Verwendung nur insoweit zu verbieten sei.

Das **Berufungsgericht** gab der dagegen gerichteten Berufung der Beklagten nicht, der Berufung der Klägerin gegen die Klagsabweisung dagegen Folge und sprach aus, dass die Klausel 26 zur Gänze unwirksam sei. Der Zahlungsdienstleister habe sämtliche Wechselkurse oder Referenzwechselkurse zu nennen, die für den Zahlungsdienstnutzer entscheidungserheblich seien. Der Klausel 26 sei nur zu entnehmen, dass die Beklagte selbst den Kurs bilde und zusage, dass er gleich hoch oder günstiger als der einer Großbank sei. Es fänden sich jedoch keine Vorgaben, wie der Wechselkurs gebildet werde. Da keine materiell eigenständigen Regelungsinhalte vorlägen, komme es auf den unrichtigen Stichtag nicht mehr an.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass die Klausel 11 den Referenzwechselkurs, nicht den Umrechnungstichtag regle. Der Buchungstag ergebe sich aus der Abrechnung. Aufgrund der technischen Abläufe bestehe kein Spielraum für Manipulationen. Der Referenzwechselkurs könne vom Zahlungsdienstleister frei gebildet werden. Er müsse nur öffentlich einsehbar sein und den Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligen. Es gebe keine Verpflichtung offenzulegen, wie der Referenzkurs gebildet werde. Beide Klauseln seien daher zulässig. Bei Einvernahme des beantragten Zeugen hätten die faktischen Gegebenheiten bei Festsetzung des Stichtags und die Bildung des Wechselkurses dargestellt und entsprechende Feststellungen getroffen werden können.

Dazu ist auszuführen:

8.1. Voranzustellen ist, dass Feststellungen dazu, wie die Beklagte faktisch den Stichtag festsetzt und den Wechselkurs bildet, nicht erforderlich sind. Im Verbandsprozess ist zu prüfen, ob bei Auslegung der Klauseln ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten vorliegt. Dagegen ist im Verbandsprozess weder auf die praktische Handhabung noch auf individuelle Erklärungen oder Vereinbarungen Rücksicht zu nehmen (RIS-Justiz RS0121726 [T4]).

8.2. Nach § 29 Abs 2 ZaDiG können Änderungen der Zinssätze oder der Wechselkurse unmittelbar ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die Änderungen auf den gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit b und c ZaDiG vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhen. Die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse sind neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die

Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bleibt unberührt (§ 29 Abs 3 ZaDiG).

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

8.3. Nach § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer Informationen und Vertragsbedingungen über die zugrunde gelegten Zinssätze und Wechselkurse oder - bei Anwendung von Referenzzinssätzen oder -wechselkursen - die Methode für die Berechnung der tatsächlichen Zinsen sowie den maßgeblichen Stichtag und den Index oder die Grundlage für die Bestimmung des Referenzzinssatzes oder -wechselkurses mitzuteilen.

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

Für Referenzwechselkurse wird die Darlegung der Berechnungsmethoden daher zwar nicht explizit in § 3 Z 16 ZaDiG gefordert, aber es verlangen sowohl § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG als auch Art 42 Abs 3 lit b ZaDi-RL, dass neben dem maßgeblichen Stichtag und dem Index auch die Grundlage für die Bestimmung des Referenzwechselkurses mitgeteilt wird (9 Ob 26/15m; vgl auch *Weilinger/Knauder* in

*Weilinger, ZaDiG § 28 Rz 24).*

Die Ansicht der Beklagten, dass der Stichtag und Index bzw die Grundlage für die Bestimmung nur auf Zinssätze, nicht auf Wechselkurse zu beziehen sind, ist vom Wortlaut der Richtlinie und des ZaDiG nicht gedeckt.

8.4. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass vergleichbare Klauseln gegen § 29 Abs 3 ZaDiG verstoßen, wenn sie überhaupt keinen Referenzwechselkurs beinhalten und auch den Index oder die Grundlage für dessen Bestimmung nicht nennen, sondern allein auf einen Wechselkurs abstellen, der auf einer Homepage abrufbar ist (1 Ob 105/14v; 9 Ob 26/15m).

In der Entscheidung 9 Ob 26/15m wurde ausgeführt: „Das Ziel von § 27 iVm § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG ist es insgesamt, für Verbraucher entsprechende Preisklarheit herzustellen. Der Referenzwechselkurs ist für Verbraucher aufgrund von ständigen Währungsschwankungen allerdings nur eingeschränkt vorhersehbar. Umso wichtiger ist es, entsprechende Regelungen in den AGB so klar und vorhersehbar wie möglich zu gestalten.“

Auch im vorliegenden Fall bleibt in den zu beurteilenden Klauseln unklar, wie der von der Beklagten selbst gebildete Referenzwechselkurs errechnet wird und nach welchen Grundsätzen er sich gegebenenfalls verändert. Allein der Hinweis, dass der Kurs nicht ungünstiger ist als der einer österreichischen Großbank, macht die Grundlagen für den verwendeten Kurs nicht transparent.

8.5. Den Vorinstanzen ist auch darin zuzustimmen, dass Klausel 11 schon deshalb als gesetzwidrig anzusehen ist, da aus ihr kein Stichtag für eine Umrechnung abzuleiten ist, wodurch die - wie das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat - abschließende Regelung über die Fremdwährungstransaktionen unvollständig ist. Allerdings

legt auch die Klausel 26 den Umrechnungsstichtag nicht objektiv fest. Der Kunde kann zwar im Nachhinein erkennen, zu welchem Stichtag umgerechnet wurde, jedoch nicht, aufgrund welcher Parameter dieser und kein anderer Tag für die Umrechnung herangezogen wurde. Auf die faktische Handhabung durch die Beklagte, die im Übrigen ohne Regelung im Vertrag theoretisch jederzeit geändert werden könnte, kommt es, wie ausgeführt, im Verbandsprozess nicht an.

Der Revision der Beklagten war daher in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

### **9.) Klausel 13 und 28**

**Klausel 13** (Punkt 15.2. AGB alt - nur der hervorgehobene Teil der Klausel ist Gegenstand des Unterlassungsbegehrens):

*„15. Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfangs und der Entgelte:*

*15.1. Änderungen dieser Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfangs sowie der Entgelte werden dem Karteninhaber an die zuletzt schriftlich bekannt gegebene Adresse zur Kenntnis gebracht. Diese Verständigung hat in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu erfolgen, sofern dies mit dem Karteninhaber vereinbart wurde.*

*15.2. Die Änderungen gelten als genehmigt, wenn der Karteninhaber nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung schriftlich widerspricht“;*

**Klausel 28** (Punkt 15.2. AGB neu):

*„15. Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfangs und der Entgelte:*

*15.1. Änderungen dieser Geschäftsbedingungen, des Leistungsumfanges sowie der Entgelte werden dem*

*Karteninhaber an die PayLife zuletzt bekannt gegebene Adresse (E-Mail-Adresse) zur Kenntnis gebracht. Diese Verständigung hat in Papierform oder, sofern dies vorher mit dem Karteninhaber vereinbart wurde, auf einem anderen dauerhaften Datenträger (zB E-Mail) zu erfolgen.*

**15.2. Die Änderungen gelten als genehmigt, wenn der Karteninhaber nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung widerspricht.“**

Die **Klägerin** beanstandet, dass nach den beiden Klauseln der Kunde schriftlich widersprechen müsse, während das Kreditkarteninstitut seine Erklärung in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger rechtsverbindlich abgeben könne. Sie eröffneten der Beklagten weiters die Möglichkeit, nicht nur die AGB, sondern den Leistungsumfang und die Entgelte im Wege einer Erklärungsfiktion abzuändern und seien daher gröblich benachteiligend.

Die **Beklagte** wandte ein, dass das ZaDiG keine Formvorschriften beinhalte. Es gelte § 6 Abs 1 Z 4 KSchG. Das Gesetz sehe in § 29 ZaDiG einen besonderen gesetzlichen Vertragsanpassungsmechanismus für Rahmenverträge vor. Die Erklärungsfiktion sei dort ausdrücklich normiert, die Vorgaben des Gesetzes seien eingehalten worden.

Das **Erstgericht** sah die Klauseln 13 und 28 als unzulässig an, weil darin eine inhaltlich unbeschränkte Zustimmungsfiktion enthalten sei.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten unter Hinweis auf die Entscheidung 1 Ob 210/12g zu einer vergleichbaren Klausel nicht Folge.

In ihrer **Revision** verweist die Beklagte auf § 29 Abs 1 ZaDiG. Für gesetzliche Fiktionen gelte § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht. Wenn die auf einer vollharmonisierenden Richtlinie beruhende Regelung nicht richtlinienkonform interpretiert werde, sei dies unzulässig. Die Einschränkungen

des Obersten Gerichtshofs seien nicht von der Regelungsabsicht des Gemeinschafts- und des nationalen Gesetzgebers gedeckt. Es werde eine Vorlage an den EuGH angeregt.

Dazu ist auszuführen:

9.1. Der Oberste Gerichtshof war bereits mehrfach mit der Prüfung der Zulässigkeit von Zustimmungsfiktionen in AGB befasst. In der Entscheidung 1 Ob 210/12g wurde darauf verwiesen, dass allein der Umstand, dass eine Zustimmungsfiktion nach dem ZaDiG und dem KSchG nicht grundsätzlich verboten sei, eine konkret verwendete Klausel nicht schon zulässig mache. Zu den dort konkret zu beurteilenden Klauseln wurde ausgeführt, dass diese die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zuließen. Welche Leistungen die (dort beklagte) Bank mit der fingierten Zustimmung einschränken könne, bleibe völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte. Eine gröbliche Benachteiligung der Vertragspartner liege darin, dass die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lasse, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könne. Sie lasse eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten der Bank in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte werde ermöglicht; geändert werden könnten auch ohne irgendeine Einschränkung alle von der Bank geschuldeten Leistungen.

9.2. Diese und die ihr folgende Entscheidung 2 Ob 131/12x wurden im Schrifttum zahlreich - teils auch kritisch - besprochen (vgl die ausführliche Darstellung in

9 Ob 26/15m).

Dessen ungeachtet hat der Oberste Gerichtshof in nachfolgenden Entscheidungen ausdrücklich auf die in 1 Ob 210/12g dargestellten Grundsätze zurückgegriffen und eine nicht näher konkretisierte und unbeschränkte Möglichkeit der Vertragsänderung mittels Erklärungsfiktion als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG beurteilt (4 Ob 27/13v, 8 Ob 58/14h, 9 Ob 26/15m).

9.3. In der Entscheidung 8 Ob 58/14h wurde weiters ausgeführt, weder Art 42 Z 6 lit a noch Art 44 Abs 1 ZaDi-RL regelten das Zustandekommen der Vereinbarungen über die Möglichkeit einer Vertragsänderung per Zustimmungsfiktion, sondern setzten das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraus. Die einer Anwendung vorausgehende Beurteilung, ob eine Vereinbarung über die Zustimmungsfiktion nach den allgemeinen Regelungen des nationalen Rechts wirksam abgeschlossen worden sei, sei nicht Gegenstand der Richtlinie. In diesem Punkt bedürfe es der Klärung einer Auslegungsfrage des Unionsrechts durch den EuGH daher nicht (so auch 9 Ob 26/15m).

Auch im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Unzulässigkeit derartigen Klauseln sowie zum verneinten Erfordernis der Anrufung des EuGH abzugehen.

### **10.) Klauseln 18 und 32**

**Klausel 18** (Punkt 3.3. AGB neu):

*„Austausch der Karte:*

*Wünscht der Karteninhaber während der Gültigkeitsdauer einer Karte, aus welchem Grund auch immer, einen Austausch seiner Karte, hat er PayLife ein Entgelt gemäß Punkt 18.11. zu bezahlen. Dieses Entgelt schuldet der Karteninhaber jedoch nicht, wenn der Austausch*

*aufgrund eines PayLife zurechenbaren Defektes oder eines sonstigen PayLife zurechenbaren Grundes für den Austausch der Karte notwendig ist.“*

**Klausel 32** (Punkt 18.11. AGB neu):

*„Entgelt für den Kartentausch gemäß Punkt 3.3.: EUR 9,00.“*

Die **Klägerin** sieht in den Kosten für den Kartenaustausch einen Ersatz für die Kosten des Sperrentgelts. Nach § 27 Abs 3 ZaDiG dürfe aber zumindest in jenen Fällen, in denen der Kartentausch durch vorangegangene Kartensperre notwendig werde, kein gesondertes Entgelt verlangt werden.

Die **Beklagte** wandte ein, dass nur der Austausch der Karte geregelt werde, etwa weil die Karte wegen Zerstörung des Magnetstreifens unbrauchbar werde, der Karteninhaber die unansehnlich gewordene Karte umtauschen wolle oder ein neues Design wünsche. § 37 Abs 4 ZaDiG verbiete nur ein Entgelt für die Zurverfügungstellung einer Ersatzkarte, nicht aber einer Austauschkarte. Ein Kartentausch sei keine Nebenpflicht des Zahlungsdienstleisters.

Das **Erstgericht** bejahte einen Verstoß gegen § 27 Abs 3 und § 37 Abs 4 ZaDiG. Bei Wegfall der Gründe für die Sperre habe der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer ein neues Zahlungsinstrument zur Verfügung zu stellen, wofür ihm kein Entgelt zustehe.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Zwar werde in der Klausel 18 das Wort Austausch verwendet, üblicherweise werde aber die noch vorhandene alte Kreditkarte vom Karteninhaber nicht zurückgestellt, sondern vernichtet. Bei gebotener kundenfeindlichster Auslegung umfasse die Klausel daher auch den Fall, dass der Kunde den „Austausch“ aufgrund

Diebstahls oder Verlust seiner alten Karte wünsche. In solchen Fällen stelle die Klausel 18 im Ergebnis eine unzulässige Sperrgebühr dar. Daher bestehe auch keine Veranlassung zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH.

In der **Revision** macht die Beklagte geltend, dass die Klausel 18 nach ihrem Wortlaut ausschließlich den vom Karteninhaber selbst initiierten Austausch regle. Die Ausgabe einer neuen Karte infolge einer Sperre sei nicht Thema. Für nicht im Titel IV der ZaDi-RL genannten Nebenpflichten dürfe ein Entgelt vereinbart werden. Es werde daher auch insoweit eine Vorlage an den EuGH zur Klärung dieser Frage angeregt.

Dazu ist auszuführen:

10.1. Die Klausel 18 sieht ein Entgelt für jeden vom Kunden gewünschten „Austausch“ der Karte während der Gültigkeitsdauer einer Karte vor. Ausgenommen sind nur Fälle eines Austausches aufgrund der Beklagten zurechenbarer Defekte oder Gründe. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass der Durchschnittsverbraucher bei Karten, die als Zahlungsmittel genutzt werden, unter Austausch nicht ein tatsächliches Einwechseln der alten gegen eine neue Karte versteht, sondern jeden Fall der Ausstellung einer neuen Karte. Eine solche wird auch auf Initiative des Kunden in der Regel nicht aus modischen Erwägungen begehrt, sondern weil die Karte funktionsunfähig geworden ist oder dem Kunden aus anderen Gründen, etwa wegen Verlusts oder Diebstahls, nicht mehr zur Verfügung steht.

10.2. Ob ein Kartenentgelt in all diesen Fällen unzulässig ist, kann dahingestellt bleiben. Nach § 37 Abs 4 ZaDiG ist der Zahlungsdienstleister nach einer Sperre des Zahlungsinstruments verpflichtet, diese Sperre bei Wegfall der Gründe aufzuheben oder das Zahlungsinstrument durch

ein neues zu ersetzen. Dass es sich dabei um eine Nebenpflicht des Zahlungsdienstleisters handelt, für die entsprechend § 27 Abs 3 ZaDiG kein Entgelt begehrt werden kann, wird auch von der Beklagten nicht bestritten. Indem die Klausel 18 aber bei kundenfeindlichster Auslegung auch für diese Fälle ein Entgelt vorsieht, ist sie schon deshalb unzulässig. Eine Anrufung des EuGH zur Abklärung, ob auch in anderen Fällen ein Entgelt begehrt werden kann, ist daher nicht erforderlich.

### 11.) Klausel 19

**Klausel 19** (Punkt 3.4.2. AGB neu; nur der hervorgehobene Teil ist Gegenstand des Unterlassungsbegehrens):

*„Auflösung durch PayLife:*

*PayLife ist berechtigt, das Vertragsverhältnis unter Einhaltung einer zweimonatigen Kündigungsfrist zu kündigen. Der Karteninhaber ist damit einverstanden, dass die Kündigung in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger erfolgen kann, sofern dies mit dem Karteninhaber vereinbart wurde.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass die Klausel 19 den Konsumenten im Unklaren darüber lasse, ob das ihm unterstellte Einverständnis auch zu einer Vereinbarung führe oder nicht, oder woraus sich für ihn ergebe, ob auch die Beklagte mit einer Kündigung in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger einverstanden ist.

Die **Beklagte** brachte vor, die Klausel 19 sei gesetzeskonform. Es werde eindeutig geregelt, dass die Kündigung in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger, dessen Verwendung mit dem Karteninhaber vereinbart wurde, zu erfolgen hat.

Das **Erstgericht** und das **Berufungsgericht** erachteten die Klausel 19 als intransparent. Die Wortfolge

„der Karteninhaber ist damit einverstanden“ lege nahe, dass eine Vereinbarung über die Kommunikationsform getroffen werden solle. Nach dem weiteren Inhalt erfolge die Kündigung grundsätzlich in Papierform, was ohnehin als Regelfall der Kommunikation in den Informationen ausgewiesen sei. Weiters erkläre der Karteninhaber sein Einverständnis mit der Kündigung auf einem anderen dauerhaften Datenträger, sofern dies vereinbart sei. Es sei daher nicht klar, was die Klausel 19 regle.

In der **Revision** macht die Beklagte geltend, dass es sich ausschließlich um einen Hinweis an den Karteninhaber handle, in welcher Form er von der Kündigung verständigt werde. Der Regelungsinhalt sei daher insofern klar.

Dazu ist auszuführen:

11.1. Nach § 30 Abs 3 ZaDiG kann der Zahlungsdienstleister einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Rahmenvertrag, sofern im Rahmenvertrag vereinbart, unter Einhaltung einer Zweimonatsfrist in der in § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG vorgesehenen Form kündigen. § 26 ZaDiG sieht für Mitteilungen des Zahlungsdienstleisters die Papierform vor, erlaubt aber auch, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, Mitteilungen auf einem anderen dauerhaften Datenträger.

11.2. Die Klausel 19 regelt - insoweit von der Klägerin nicht beanstandet - das Kündigungsrecht der Beklagten. Richtig ist, dass die in der Klausel enthaltene Form der Kündigung der im Gesetz und den AGB der Beklagten vorgesehenen Kommunikationsform entspricht und daher weder einer ausdrücklichen Regelung noch einer weiteren Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers bedarf. Die Einleitung des Satzes „der Karteninhaber ist damit einverstanden“ ist aber nicht nur überflüssig, sondern kann bei gebotener konsumentenfeindlichster Auslegung auch dahin

verstanden werden, dass durch die Klausel 19 die Einwilligung zu einer anderen Übermittlungsart der Kündigung als in Papierform erteilt wird. Zumindest aber schafft sie Unklarheit darüber, wozu zugestimmt wird.

11.3. Wie bereits einleitend dargestellt, ist nach § 6 Abs 3 KSchG eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Da dies auf die Klausel 19 zutrifft, war der Berufung der Beklagten daher auch in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

### **12.) Klausel 21**

**Klausel 21** (Punkt 6.2. AGB neu):

*„Die Anweisung erfolgt unwiderruflich durch Eingabe der PIN, oder Unterfertigung eines Leistungsbelegs oder Betätigung der dafür vorgesehenen technischen Einrichtung (zB das Drücken der OK-Taste von Zahlungsterminals), oder durch sonstige Verwendung der Karte oder Kartendaten ohne Eingabe der PIN oder Unterfertigung eines Leistungsbeleges zu Zahlungszwecken (an Zahlungs statt) bei Zahlungsterminals (zB bei kontaktlosem Vorbeiziehen der Karte an einem Zahlungsterminal) oder anderen technischen Geräten (zB Telefon, Fax), soweit in besonderen Geschäftsbedingungen nichts anderes bestimmt ist.“*

Die **Klägerin** sieht die Klausel 21 als intransparent an, weil sie den Verbraucher im Unklaren darüber lasse, mit welchen technischen Geräten eine unwiderrufliche Anweisung durch den Karteninhaber erfolgen könne, und andererseits, in welchen besonderen Geschäftsbedingungen bestimmte dieser Formen für unzulässig erklärt würden.

Die **Beklagte** wendete ein, dass die Vorgänge im Zusammenhang mit Kreditkartenzahlungen einem raschen

technischen Wandel unterlägen. Konsumenten wüssten ohnehin, wie das Zahlungsinstrument zu bedienen sei. Dazu sei es nicht notwendig, einzelne Typen technischer Geräte aufzuzählen. Klar sei auch, dass unter den besonderen Geschäftsbedingungen nur solche mit dem Karteninhaber vereinbarte gemeint seien.

Das **Erstgericht** bejahte auch in diesem Falle einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Klausel 21 regle vier verschiedene Fälle der Unwiderruflichkeit. Sei die Eingabe des PINs mit dem Drücken der OK-Taste verbunden, bleibe unklar, welcher Zeitpunkt für die Unwiderruflichkeit in Betracht komme. Dies gelte auch für die Frage, ob das Drücken der OK-Taste eine „sonstige Verwendung“ darstelle. Offen bleibe auch, ob der Hinweis auf die „besonderen Geschäftsbedingungen“ sich nur auf die Verwendung an sonstigen technischen Geräten beziehe. Es sei daher von einer Intransparenz auszugehen.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass eine Intransparenz nicht vorliege. Die Klausel 21 beschreibe unterschiedliche Fälle. Die besonderen Geschäftsbedingungen bezögen sich klar auf solche mit dem Karteninhaber vereinbarte. Es fehlten Feststellungen bzw sei das Verfahren mangelhaft, weil das Berufungsgericht davon ausgehe, dass in der Klausel verschiedene Fälle der Unwiderruflichkeit genannt würden, die denselben Zeitpunkt betreffen. Dies sei eine überraschende Rechtsansicht. Bei Erörterung hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, ergänzendes Vorbringen zu erstatten und Zeugen zu benennen, die über die vielfältigen Möglichkeiten der Zahlung mit Kreditkarte und den Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit aussagen hätten können.

Dazu ist auszuführen:

12.1. Nach § 40 Abs 2 ZaDiG kann für den Fall, dass der Zahlungsvorgang vom oder über den Zahlungsempfänger ausgelöst wurde, der Zahler einen Zahlungsauftrag nicht mehr widerrufen, nachdem der Zahler den Zahlungsauftrag oder seine Zustimmung zu dessen Ausführung an den Zahlungsempfänger übermittelt hat. Ungeachtet dessen kann der Zahler jedoch im Fall einer Lastschrift bis spätestens zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Belastungstag den Zahlungsauftrag widerrufen. Nach § 40 Abs 3 ZaDiG kann nach dem Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit gemäß Abs 1 und 2 ein Zahlungsauftrag widerrufen werden, wenn dies Zahlungsdienstnutzer und Zahlungsdienstleister vereinbart haben. Im Fall des Abs 2 ist weiters die Zustimmung des Zahlungsempfängers erforderlich.

Bei den vom Zahlungsempfänger ausgelösten Zahlungen („Pull-Zahlungen“), um solche handelt es sich - wie bereits ausgeführt - bei den hier zu beurteilenden Kreditkartenzahlungen, ist daher wesentliches Kriterium für die Unwiderruflichkeit, dass der Zahler den Zahlungsauftrag oder seine Zustimmung zu dessen Ausführung an den Zahlungsempfänger übermittelt hat.

12.2. Auf dieser Grundlage ist den Vorinstanzen darin zu folgen, dass die Klausel 21 intransparent ist, da sie zwar, was der Beklagten zuzugestehen ist, übliche und dem Durchschnittskonsumenten bekannte Transaktionsvorgänge schildert, ohne aber auf den nach der Einleitung der Klausel eigentlichen Regelungszweck, die Unwiderruflichkeit, die durch die Übermittlung des Zahlungsauftrags an den Zahlungsempfänger eintritt, zu fokussieren. Gerade bei der Vielfalt der Möglichkeiten, die sich auch aus der technischen Entwicklung ergeben, wäre aber gerade das wichtig. Die Klausel 21 enthält jedoch gerade keinen Hinweis auf dieses

wesentliche, sich aus dem Gesetz ergebende Kriterium, das dem Kunden eine Beurteilung des Zeitpunkts der Unwiderruflichkeit ermöglichen würde, und schafft durch die teilweise sehr unbestimmte Formulierung zusätzliche Unklarheiten. So wird etwa auf eines der wesentlichsten Gebiete, in dem heute Kreditkarten verwendet werden, nämlich das Internet, überhaupt nicht Bezug genommen. Die Formulierung „sonstige Verwendung der Karte oder Kartendaten zu Zahlungszwecken an anderen technischen Geräten“ enthält für den Kunden überhaupt keinen Hinweis auf den Zeitpunkt der Unwiderruflichkeit.

Dem Berufungsgericht kann aber auch darin zugestimmt werden, dass rein nach der Formulierung der Klausel bei Zahlungsterminals, bei denen die Eingabe eines PINs und das Drücken einer OK-Taste erforderlich ist (dass es solche Zahlungsterminals gibt, kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden), ebenfalls offen bleibt, was davon die Unwiderruflichkeit zur Folge hat, mag das im Alltag auch kaum von Bedeutung sein.

12.3. Die Klausel 21 räumt weiters die Möglichkeit ein, in Geschäftsbedingungen anderes vorzusehen. Selbst wenn man darunter, wie die Beklagte vermeint, nur die mit dem Karteninhaber vereinbarten Geschäftsbedingungen versteht, wird nicht offengelegt, dass die Vereinbarung eines späteren Zeitpunkts der Unwiderruflichkeit der Zustimmung des Zahlungsempfängers bedarf.

Den Vorinstanzen ist daher darin zuzustimmen, dass die Klausel 21 intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG ist.

### **13.) Klausel 27**

**Klausel 27** (Punkt 15.1. AGB neu - Nachfolgeklausel zu Klausel 12):

*„Änderungen dieser Geschäftsbedingungen, des*

*Leistungsumfanges sowie der Entgelte werden dem Karteninhaber an die PayLife zuletzt bekannt gegebene Adresse (E-Mail-Adresse) zur Kenntnis gebracht. Diese Verständigung hat in Papierform oder, sofern dies vorher mit dem Karteninhaber vereinbart wurde, auf einem anderen dauerhaften Datenträger (zB E-Mail) zu erfolgen.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass es sich um die Nachfolgeklausel zu Klausel 12 handle, es bestünden dieselben Bedenken. Die **Beklagte** bestreitet.

Das **Erstgericht** erachtete die Klausel 27 als zulässig, sie enthalte keine Zustellfiktion.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin Folge. § 6 Abs 1 Z 3 KSchG untersage Zustellfiktionen, wonach eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmens, die ihm nicht zugegangen sei, als zugegangen gelte. Ausgenommen sei nur der Fall der Wirksamkeit einer an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall, dass dieser dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben habe. Der Zugang werde in diesem Fall aber nur dann bewirkt, wenn der Unternehmer die Zustellungen an der vom Verbraucher, nicht von dritter Seite, zuletzt bekannt gegebenen Anschrift beweise. Die Klausel 27 differenziere nicht, ob die Adresse vom Verbraucher selbst zuletzt bekannt gegeben worden oder der Beklagten von dritter Seite zur Kenntnis gelangt sei. Sie verstoße daher gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG.

Die Beklagte macht in ihrer **Revision** geltend, dass die Klausel 27 keine Zustellfiktion enthalte. Es sei nur eine Form der Verständigung geregelt. An den Zugang würden keine Rechtsfolgen geknüpft. Jedenfalls könne aber eine Zustellung an die zuletzt bekannt gegebene Adresse zulässig vereinbart werden.

Dazu ist auszuführen:

Es kann auf die Ausführungen zu Klausel 12 verwiesen werden. Aus den dort genannten Gründen ist der Revision der Beklagten in diesem Punkt nicht Folge zu geben.

**14.) Klausel 29**

**Klausel 29** (Punkt 16. AGB neu):

*„Änderung der Adresse und der E-Mail-Adresse des Karteninhabers:*

*Der Karteninhaber ist verpflichtet, jede Änderung seiner Adresse (E-Mail-Adresse) PayLife schriftlich bekannt zu geben. Hat der Karteninhaber seine Adresse (E-Mail-Adresse) geändert, die Änderung aber PayLife nicht mitgeteilt, so wird eine Erklärung von PayLife gegenüber dem Karteninhaber zu dem Zeitpunkt wirksam, zu welchem sie ohne die Adressänderung (Änderung der E-Mail-Adresse) bei regelmäßiger Beförderung dem Karteninhaber an der bekannten Adresse (E-Mail-Adresse) zugegangen wäre.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass der Unternehmer zuerst an beide vereinbarungsgemäß zuletzt bekannt gegebenen Adressen (Post und E-Mail) zustellen müsse. Da die Klausel 29 es aber in das Belieben der Beklagten stelle, welche Form der Zustellung sie wähle, verstoße sie gegen § 879 Abs 3 ABGB. Weiters sei es gröblich benachteiligend, dass sich nur der Zahlungsdienstleister, nicht auch der Zahlungsdienstnutzer einer vereinbarten elektronischen Kommunikation bedienen dürfe.

Die **Beklagte** wandte ein, dass aus der Klausel 29 hervorgehe, dass sich der Karteninhaber jeder Schriftform, auch E-Mail, bedienen dürfe, um mit ihr zu kommunizieren.

Das **Erstgericht** sah in der Klausel 29 eine unzulässige Zugangsfiktion. Seien dem Unternehmer sowohl E-Mail-Adresse als auch Postanschrift des Verbrauchers

bekannt, habe er beide Kanäle zu nützen.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten unter Hinweis auf die Entscheidung 7 Ob 84/12x nicht Folge.

In ihrer **Revision** macht die Beklagte geltend, dass das ZaDiG vorsehe, dass zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister frei vereinbart werden könne, ob Informationen in Papierform oder in Form eines anderen dauerhaften Datenträgers übermittelt würden. Wenn der Verbraucher ausdrücklich der Verwendung eines dauerhaften Datenträgers zustimme, sei nicht verständlich, weshalb er dennoch eine Mitteilung in Papierform erhalten müsse.

Dazu ist auszuführen:

14.1. Wie das Berufungsgericht bereits dargelegt hat, hat der Oberste Gerichtshof zu einer vergleichbaren Klausel in der Entscheidung 7 Ob 84/12x Stellung genommen. Dabei verwies er darauf, dass die Klausel den Kunden dazu verpflichten wolle, Änderungen sowohl der Anschrift als auch der E-Mail-Adresse bekanntzugeben, und dass die Beklagte berechtigt sein solle, ausschließlich nach ihrer Wahl sowohl an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift als auch an die zuletzt bekannt gegebene E-Mail-Adresse rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Zugangsfiktion zu senden. Dies führe zu Intransparenz. Darüber hinaus sei auf § 6 Abs 1 Z 3 KSchG zu verweisen. Dieser gehe ganz offensichtlich (nur) von der Postanschrift aus. Auch wenn man die Ansicht vertreten wolle, dass § 6 Abs 1 Z 3 KSchG analog auch auf eine E-Mail-Adresse anzuwenden sei, wenn der Kunde diese Art von Zustellung wünsche, wäre die Klausel dennoch unzulässig. Es werde nämlich der Beklagten sowohl die (Post-)Anschrift als auch die E-Mail-Adresse bekannt gegeben und sie wolle die Zugangsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 3

KSchG auch dann erreichen, wenn sie nach ihrer Wahl nur an eine der beiden zustelle. Dies widerspreche dem Gesetz. Der Beklagten seien nämlich beide Adressen(-arten) „zuletzt“ bekannt gegeben worden. Bei der Anschrift und der E-Mail-Adresse handle es sich um zwei grundverschiedene Zustellmöglichkeiten. Wolle der Unternehmer die Zugangsfiktion in Anspruch nehmen, müsse er daher an beide vereinbarungsgemäß zuletzt bekannt gegebenen (Arten von) Adressen, wenn sie der rechtsgeschäftlichen Abwicklung gedient hätten oder vereinbarungsgemäß dienen sollten, die Zustellung veranlassen. Es stehe nicht im Belieben der Beklagten zu wählen, auf welchem Weg sie die Zustellfiktion erreichen wolle, wenn sie doch offenbar beiden Adressen Bedeutung für ihr Geschäft beimesse.

14.2. Diese Überlegungen sind richtigerweise auch auf die vorliegende Klausel anzuwenden. Dem Einwand der Beklagten, dass damit die Vertragsfreiheit der Parteien beschnitten werde, kommt schon deshalb keine Berechtigung zu, weil die Klausel 29 nicht auf die vereinbarte Zustellart abstellt. Bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel 29 vielmehr dahin zu verstehen, dass der Beklagten unabhängig von der Vereinbarung die Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Zustellart eingeräumt wird. Da die Klausel 29 daher schon aus diesem Grund unwirksam ist, muss auf die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Argumente nicht eingegangen werden.

### **15.) Klausel 31**

**Klausel 31** (Punkt 18.7. AGB neu):

*„Mahnspesen:*

*1. Mahnung: EUR 20,00*

*2. Mahnung: EUR 40,00*

*jede weitere Mahnung: EUR 60,00.“*

Die **Klägerin** brachte vor, dass die Klausel 31

gegen § 1333 Abs 2 ABGB verstoße. Sie weiche in mehrfacher Hinsicht vom dispositiven Recht ab, weshalb sie auch gröblich benachteiligend sei.

Die **Beklagte** wendete ein, dass sie die notwendigen Kosten der zweckentsprechenden Betriebs- und Einbringungsmaßnahmen geltend machen dürfe. Dafür reiche leichte Fahrlässigkeit des Schuldners.

Das **Erstgericht** erblickte in der Klausel 31 einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB und § 1333 Abs 2 ABGB.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Die Klausel 31 widerspreche § 1333 Abs 2 ABGB, weil ein pauschaler Betrag von 20 EUR bis zu 60 EUR in Rechnung gestellt werde, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen werde. Davon abgesehen stelle die Beklagte die ihr tatsächlich entstehenden Kosten nicht nachvollziehbar dar und es gebe keinen plausiblen Grund, warum mehrfache Mahnungen zu immer höheren Kosten führen sollten.

In der **Revision** bringt die Beklagte vor, dass sie ihre Forderungen im Lastschriftverfahren von den Konten der Zahlungsdienstnutzer abbuche. Bei mangelnder Deckung liege Schuldnerverzug vor. Es handle sich jedenfalls um einen subjektiven Verzug, weil der Karteninhaber nicht für eine ausreichende Deckung seines Kontos Sorge getragen habe. Ein Verspätungsschaden sei daher zu ersetzen. Eine individuelle Vereinbarung über Mahnspesen sei nicht möglich, auch könne nicht mit jedem Kunden gesondert eine Vereinbarung getroffen werden. Im Übrigen seien der mit einer Mahnung verbundene Arbeitsaufwand und die damit verbundenen Kosten immer gleich hoch und unabhängig von der betriebenen Forderung.

Dazu ist auszuführen:

15.1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts

steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu vergleichbaren Klauseln. Die Klausel 31 widerspricht § 1333 Abs 2 ABGB, weil ein pauschaler Betrag von 20 bis 60 EUR in Rechnung gestellt wird, ohne dass auf ein angemessenes Verhältnis zur betriebenen Forderung Bedacht genommen wird (1 Ob 105/14v, 7 Ob 84/12x ua). Daran ändert auch nichts, dass es sich beim Geschäft der Beklagten um ein Massengeschäft handelt. Richtig haben die Vorinstanzen auch darauf verwiesen, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Kosten für die einzelnen Mahnstufen unterschiedlich sind.

15.2. Nach der Klausel 31 ist der Verbraucher auch dann zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet, wenn ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Auch wenn die Zahlung der Forderungen der Beklagten als Lastschrift vom Konto des Kunden abgebucht wird, lassen sich dessen ungeachtet Fälle denken, in denen den Kunden an der Nichtausführung der Abbuchung kein Verschulden trifft. Die Klausel 31 ist daher auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB (vgl 1 Ob 105/14v).

### **16.) Klausel 35**

**Klausel 35** (Punkt 9.5.2. AGB neu):

*„9.5. Haftung für nicht autorisierte Zahlungsvorgänge*

*[...]*

*9.5.2. Beruht der nicht autorisierte Zahlungsvorgang auf der missbräuchlichen Verwendung der Karte oder der Kartendaten, so ist der Karteninhaber PayLife zum Ersatz des gesamten Schadens verpflichtet, der PayLife infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorganges entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer oder mehrerer Bestimmungen dieser Allgemeinen*

*Geschäftsbedingungen für die Ausgabe und Nutzung der Karte oder der Kartendaten herbeigeführt hat. Wurden diese Pflichten und Bestimmungen vom Karteninhaber nur leicht fahrlässig verletzt, so ist seine Haftung für den Schaden auf den Betrag von EUR 150,00 beschränkt. Bei einer allfälligen Aufteilung der Schadenstragung zwischen PayLife und dem Karteninhaber sind insbesondere die Art der personalisierten Sicherheitsmerkmale sowie die Umstände, unter denen der Verlust, Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat, zu berücksichtigen.“*

Die **Klägerin** macht geltend, dass § 44 Abs 2 ZaDiG nicht für alle unautorisierten Zahlungsvorgänge zur Anwendung gelange, sondern nur für solche, die auf missbräuchlicher Verwendung eines Zahlungsinstruments beruhen. Werde die Kreditkarte ohne Verwendung dieser Merkmale eingesetzt, könne sie bezogen auf diese Zahlung nicht als Zahlungsinstrument angesehen werden. Dies gelte nicht nur für kontaktloses Zahlen mit der Paypassfunktion, sondern auch bei Mailordertransaktionen am Telefon und im Internet. Der Karteninhaber hafte jedoch nicht in den von § 33 Abs 2 und 4 ZaDiG nicht erfassten Fällen für Schäden, die dem Zahlungsdienstleister aus ungesicherten Zahlungsvorgängen entstünden. Auch liege ganz allgemein ein Verstoß gegen § 44 Abs 2 ZaDiG vor, da die sich aus § 44 Abs 3 ZaDiG ergebenden Einschränkungen nur ungenügend umgesetzt seien.

Die **Beklagte** brachte vor, die Klausel 35 sei nicht auf kontaktlose Bezahlung nach § 33 ZaDiG beschränkt. Die nicht enthaltenen Haftungsbeschränkungen iSd § 44 Abs 3 ZaDiG fänden sich ohnehin im Gesetz und würden durch die Klausel nicht ausgeschlossen.

Das **Erstgericht** sah die Klausel 35 als unzulässig an, weil sie eine Schadenersatzpflicht des

Zahlungsdienstnutzers auch für den Fall vorsehe, dass die Kreditkarte als nicht mit personalisierten Merkmalen ausgestattetes Zahlungsmittel verwendet werde.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. § 44 Abs 2 ZaDiG knüpfe die Ersatzpflicht des Zahlungsdienstnutzers unter anderem an die missbräuchliche Verwendung eines Zahlungsinstruments. Bei Zahlungsvorgängen, die nicht auf der Verwendung eines Zahlungsinstruments beruhten, trage daher grundsätzlich immer der Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko, soweit der Zahler nicht betrügerisch handle. Die Kreditkarte könne, wenn sie im Einzelfall ohne Verwendung der persönlichen Sicherheitsmerkmale wie Unterschrift oder PIN eingesetzt werde, bezogen auf diesen Zahlungsvorgang nicht als Zahlungsinstrument angesehen werden, etwa bei Verwendung im Internet oder am Telefon. Die Klausel 35 statuiere eine über § 44 Abs 2 ZaDiG hinausgehende Haftung des Zahlungsdienstnutzers und sei gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam.

In ihrer **Revision** verweist die Beklagte lediglich darauf, dass die Klausel 35 nur den Gesetzestext wiedergebe, wobei statt Zahlungsinstrument das Wort Karte verwendet werde.

Dazu ist auszuführen:

16.1. Es kann auf die Ausführungen zu den Klauseln 6 und 20 verwiesen werden. Eine Haftung des Zahlungsdienstnutzers kann, wie das Berufungsgericht richtig dargelegt hat, nur bei missbräuchlicher Verwendung eines Zahlungsinstruments entstehen, daher nicht bei Missbrauch der Verwendung der nicht personifizierten Daten der Karte bei Käufen, etwa im Internet oder am Telefon. Insoweit die Klausel 35 etwas anderes vorsieht, verstößt sie gegen § 44 Abs 2 ZaDiG.

16.2. Sie steht aber auch in Widerspruch zu § 44 Abs 3 ZaDiG, da sie die dort enthaltenen Einschränkungen der Haftung nur unvollständig wiedergibt und damit für den Durchschnittskonsumenten den Eindruck einer weitergehenden Haftung erweckt.

### **17. Leistungsfrist**

17.1. Die **Beklagte** wendet sich weiters gegen die vom Berufungsgericht festgelegte Leistungsfrist von drei Monaten. Diese sei schon im Hinblick auf die Regelung des § 29 Abs 1 Z 2 lit b ZaDiG zu kurz. Vielmehr sei eine Leistungsfrist von sechs Monaten angemessen.

17.2. Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (RIS-Justiz RS0041265 [T1]). Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht hier eine entsprechend angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (6 Ob 24/11i mwN). In der Entscheidung 10 Ob 70/07b wurde eine Leistungsfrist von sechs Monaten für angemessen erachtet. Dies wurde damit begründet, dass diese Frist angesichts des Anpassungsbedarfs zuzüglich des Zeitbedarfs im Zusammenhang mit den in den AGB für Vertragsänderung vorgesehenen Fristen nicht unangemessen lang sei.

17.3. Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass aufgrund der in § 29 Abs 1 Z 1 ZaDiG vorgesehenen Zweimonatsfrist im Zusammenhang mit Änderungen des Rahmenvertrags auch hier eine sechsmonatige Leistungsfrist angemessen ist.

### **18. Urteilsveröffentlichung**

18.1. Die **Beklagte** macht weiters geltend, dass auch sie ein Interesse an der Urteilsveröffentlichung habe, da

sie teilweise obsiegt habe und die Öffentlichkeit über das anhängige Verfahren von der Klägerin informiert worden sei. Sie sei daher zu ermächtigen, den klagsabweisenden Teil des Urteilspruchs und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal österreichweit im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe einer namentlich genannten österreichischen Großzeitung auf Kosten der Klägerin mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

18.2. Die Urteilsveröffentlichung hat im Klauselprozess den Zweck, das Unterlassungsgebot zu sichern und nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung des Adressatenkreises zu unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen zu verhindern und das durch rechtswidrige Maßnahmen irreführte Publikum aufzuklären (RIS-Justiz RS0079764).

18.3. Auch im Fall der Abweisung des Unterlassungsbegehrens ist dem Beklagten bei berechtigtem Interesse ein Anspruch auf Veröffentlichung des klagsabweisenden Teils der Entscheidung zuzugestehen, insbesondere, um einen beim Publikum durch die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils der Entscheidung entstehenden „falschen Eindruck“ richtigzustellen (RIS-Justiz RS0079624), oder weil gerade die betroffenen Klauseln zu den gesetzlich zwingenden Angaben in Verbraucherverträgen gehören (6 Ob 24/11i). Der Schutz des wirtschaftlichen Rufs der obsiegenden Beklagten kann eine Veröffentlichung rechtfertigen, wenn das Infragestellen ihrer Klauseln einem breiten Publikum bekannt geworden ist oder die Entscheidung in einem öffentlich ausgetragenen Meinungsstreit von allgemeinem Interesse ist. Im Fall eines nur geringfügigen Obsiegens muss dem Beklagten aber nicht

generell die gleiche Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit geboten werden wie dem Kläger (1 Ob 244/11f).

18.4. Es entspricht einer selbstverständlichen allgemeinen Rechtspflicht, dass Klauseln und Geschäftspraktiken rechtskonform gestaltet werden, die mit der Erwartungshaltung der Verbraucher einhergeht, im Regelfall gültige Klauseln vorzufinden. Würde das Publikum aus einer Veröffentlichung (auch) des in eher geringem Umfang klagsabweisenden Teils des Urteilspruchs lediglich erfahren, dass die Beklagte zahlreiche, aber nicht ausschließlich rechtswidrige Klauseln verwendet hat, ist ein Bedarf an dieser Information zu verneinen (8 Ob 58/14h). Da die Beklagte nur zu einem geringen Teil obsiegt hat, besteht kein Interesse an einer Urteilsveröffentlichung des klagsabweisenden Teils der Entscheidung. Das Berufungsurteil bedarf daher in dieser Hinsicht keiner Korrektur.

### **C. Kosten**

Die neu zu fassende Kostenentscheidung erster Instanz gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO. Dabei sind, mit Ausnahme der Klauseln 14 und 32, die als nur die Höhe regelnde Anhänge zu den Klauseln 9 bzw 18 anzusehen sind, sämtliche Klauseln isoliert zu betrachten. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass auch sinngleiche Klauseln aufgrund ihrer eigenständigen Bedeutung nicht als obsiegensneutral anzusehen sind.

Davon ausgehend sind Verfahrensabschnitte zu bilden: Von der Klage bis zur Ausdehnung mit Schriftsatz ON 10 ist von einem Obsiegen der Klägerin mit 11 von 13 Klauseln (ohne Berücksichtigung der Klausel 14), sohin von einer Obsiegensquote von 85 % auszugehen. Die Beklagte hat der Klägerin daher 70 % der Kosten (4.890,14 EUR) und

85 % der Barauslagen (572,05 EUR) zu ersetzen.

Im weiteren Verfahren hat die Klägerin, die letztlich mit 23 von 31 Klauseln durchgedrungen ist, auch unter Berücksichtigung der jeweiligen Ausdehnungen und Einschränkungen mit jeweils ca 70 % ihres Klagebegehrens obsiegt. Sie hat daher Anspruch auf Ersatz von 40 % ihrer Kosten (2.802,05 EUR) bzw 70 % der Barauslagen (454,30 EUR).

Im Berufungsverfahren ist die Klägerin mit 4 von 11 Klauseln als obsiegend anzusehen, daher mit ca 35 %. Sie hat der Beklagten 30 % der Kosten der Berufungsbeantwortung (612,47 EUR, darin 102,08 EUR USt) zu ersetzen und selbst Anspruch auf Ersatz von 35 % (380,80 EUR) der Pauschalgebühr. Die Bemessungsgrundlage richtet sich nach dem Anteil von 11 Klauseln am Gesamtstreitwert, beträgt daher 24.767,75 EUR. Dagegen ist die Beklagte nur mit einer von 20 Klauseln durchgedrungen. Es ist daher von einem nur geringfügigen Obsiegen auszugehen, weshalb sie nach § 43 Abs 2 ZPO der Klägerin die Kosten der Berufungsbeantwortung (2.756,76 EUR, darin 459,46 EUR USt) zu ersetzen hat. Auch hier war die Bemessungsgrundlage im Verhältnis zum Gesamtstreitwert zu ermitteln. Die Differenz war zuzusprechen.

Im Revisionsverfahren war die Klägerin mit 2 von 10 Klauseln erfolgreich, hat daher mit 20 % obsiegt. Sie hat der Beklagten nach § 43 Abs 1 ZPO 60 % der Kosten der Revisionsbeantwortung (797,90 EUR, darin 132,98 EUR USt) zu ersetzen und selbst Anspruch auf 20 % der Pauschalgebühr (272,40 EUR). Dabei steht der Beklagten für die Revisionsbeantwortung nur der einfache Einheitssatz zu. Die Beklagte ist mit ihrer Revision im Wesentlichen unterlegen, das Obsiegen mit ihrem Begehren auf Verlängerung der Leistungsfrist ist kostenmäßig nicht von Relevanz, und hat

daher nach § 43 Abs 2 ZPO der Klägerin die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung (1.988,64 EUR, darin 331,44 EUR USt) zu zahlen. Auch hier war die Differenz zuzusprechen.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 21. April 2016  
Dr. H o p f  
**Elektronische Ausfertigung**  
**gemäß § 79 GOG**