

TE OGH 2018/8/28 50b33/18s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.08.2018

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, *****, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei U***** AG, *****, vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 13. November 2017, GZ 5 R 68/17g-17, mit dem über Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 7. März 2017, GZ 43 Cg 51/16x-11, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil insgesamt (einschließlich des bereits in Rechtskraft erwachsenen Teils) lautet:

„Das Klagebegehren,

1. die Beklagte sei schuldig,

a) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten zu unterlassen, Verbrauchern, mit denen sie Rahmenverträge iSd § 3 Z 12 ZaDiG über ein Zahlungskonto und die Ausgabe einer Zahlungskarte (Bezugskarte) zu diesem Zahlungskonto abgeschlossen hat, auf dem Zahlungskonto Entgelte für einzelne Bargeldbehebungen mit der Zahlungskarte an Geldausgabeautomaten in Rechnung zu stellen oder vom Zahlungskonto abzubuchen, wenn diese Entgelte mit dem Verbraucher nicht in den Rahmenverträgen über das Zahlungskonto oder die Ausgabe der Zahlungskarte gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG wirksam vereinbart wurden und der Verbraucher aufgrund der Rahmenverträge berechtigt war, mit der Zahlungskarte an diesem Geldausgabeautomaten Bargeld zu beheben; oder sinngleiche Praktiken anzuwenden;

in eventu

b) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel: 'Der Karteninhaber ist berechtigt, an Geldautomaten im In- und Ausland, die mit einem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichnet sind, mit der Bezugskarte und dem persönlichen Code Bargeld bis zum vereinbarten Limit zu beziehen.' oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

c) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten zu unterlassen,

Rahmenverträge iSd § 3 Z 12 ZaDiG über ein Zahlungskonto und die Ausgabe einer Zahlungskarte (Bezugskarte) zu diesem Zahlungskonto abzuschließen, ohne den Verbraucher in den gemäß § 28 Abs 1 ZaDiG mitzuteilenden Informationen klar und verständlich iSd § 26 Abs 2 ZaDiG darüber zu informieren, dass einzelne Bargeldbehebungen mit der Zahlungskarte an bestimmten fremden Geldausgabeautomaten vom Abschluss eines zusätzlichen entgeltpflichtigen Vertrags abhängig gemacht werden können; oder sinngleiche Praktiken anzuwenden;

2. die Beklagte sei schuldig, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel: 'Sofern für diese Transaktionen von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut Kosten verrechnet werden, müssen wir diese als Aufwandsersatz gemäß Z 43 Allgemeinen Geschäftsbedingungen der U***** AG in Rechnung stellen.' oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen drei Monaten zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

3. dem Kläger werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der 'Kronen-Zeitung', bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen,

wird abgewiesen.

Der Antrag der Beklagten,

ihr die Ermächtigung zu erteilen, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils den klageabweisenden Spruch bzw den klageabweisenden Teil des Spruchs samt Ermächtigung zu seiner Veröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagsausgabe der Kronen Zeitung, bundesweite Ausgabe, einmal in fetter Umrandung und in Normallettern, aber mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien auf Kosten der Klägerin zu veröffentlichen, hilfsweise das Urteil in angemessenem Umfang zu veröffentlichen,

wird abgewiesen.“

Der Kläger ist schuldig, der Beklagten

a.) die mit 5.797,28 EUR (darin 965,48 EUR USt und 4,40 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstgerichtlichen Verfahrens,

b.) die mit 4.569,44 EUR (darin 580,24 EUR USt und 1.088 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und

c.) die mit 5.058,80 EUR (darin 366,30 EUR USt und 2.861 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens

binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein iSd § 29 KSchG.

Die Beklagte ist ein österreichweit tätiges Kreditinstitut. Ihren Privatkunden bietet sie verschiedene Girokontoverträge an, darunter das „Online-Konto“, ein Girokonto für Kunden, die ihre Geschäfte über Online-Banking und mittels Bankomatkarte tätigen wollen. Das Kontoführungsentgelt beträgt 23,88 EUR im Jahr, somit 1,99 EUR pro Monat. Die Beklagte gibt zu den von ihr angebotenen Konten eine BankCard mit Maestro-Funktion aus, wofür sie kein zusätzliches Entgelt verrechnet.

Das Maestro-System ist ein weltweites Bargeldbezugssystem und bargeldloses Zahlungssystem des US-Amerikanischen Unternehmens MasterCard Incorporated. Den Kunden dieses Systems stehen in Österreich rund 7.600 Geldausgabeautomaten zur Verfügung, wovon ein Großteil von Banken bzw von der Payment Service Austria AG betrieben wird, welche im Eigentum der Banken steht. Die restlichen Geldausgabeautomaten in Österreich stehen im Eigentum anderer Anbieter; 70 davon im Eigentum des US-Amerikanischen Unternehmens Euronet 360 Limited (in der Folge kurz Euronet).

Euronet verlangt seit Juli 2016 von ihren Kunden pro Abhebung eine Gebühr von 1,95 EUR. Darauf wird beim letzten Abwicklungsschritt am Display des Geldausgabeautomaten hingewiesen. Dies mit folgendem Warnhinweis:

„Der Eigentümer dieses Terminals [...] wird dem Karteninhaber für die gewählte Transaktion eine Gebühr von 1,95 EUR berechnen. Diese Gebühr wird zusätzlich zu den eventuell anfallenden Gebühren, die ihr kartenausgebendes Kreditinstitut veranschlagt, berechnet. Wenn sie mit der Gebührenerhebung einverstanden sind und fortfahren möchten, drücken sie bitte 'Annehmen', wenn sie keine Gebühr bezahlen und diese Transaktion abrechnen möchten, drücken sie bitte 'Abbruch' auf dem Bedienfeld.“

Wenn der Kunde auf dem Bedienfeld nicht auf „Abbruch“, sondern auf „Annehmen“ drückt, wird der abgebobene Betrag zuzüglich der Gebühr von 1,95 EUR dem Konto des Karteninhabers angelastet.

Die Beklagte regelt ihre Rechtsbeziehung zum Konteninhaber unter anderem in den „Kundenrichtlinien für das Maestro-Service, die Kontaktlos-Funktion und für das Quick-Service, Fassung Juni 2015, gültig ab 1. Dezember 2015“. Darin sind folgende Regelungen enthalten:

„1.7. Benützungsmöglichkeiten der Bezugs-karte für den Karteninhaber

1.7.1. Der Karteninhaber ist berechtigt, an Geldautomaten (Geldausgabeautomat) im In- und Ausland, die mit einem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichnet sind, mit der Bezugskarte und dem persönlichen Code Bargeld bis zu dem vereinbarten Limit zu beziehen.

1.7.2. POS-Kassen (Bankomatkassen):

1.7.2.1. Der Karteninhaber ist berechtigt, an Kassen, die mit dem auf der Bezugskarte angeführten Symbol 'Maestro' und/oder 'kontaktlos' gekennzeichnet sind ('point of sale'-Kassen; im Folgenden 'POS-Kassen'), mit der Bezugskarte und dem persönlichen Code Lieferungen und Leistungen von Handels- und Dienstleistungsunternehmen (im Folgenden 'Vertragsunternehmen') im In- und Ausland bis zum vereinbarten Limit zu bezahlen. Auch Geldausgabeautomaten können die Funktion von POS-Kassen haben. Im Ausland kann an Stelle der Eingabe des persönlichen Codes die Unterschriftleistung erforderlich sein. Der Karteninhaber weist durch Eingabe des persönlichen Codes und Bestätigung der Taste 'OK' bzw. durch Unterschriftleistung das Kreditinstitut unwiderruflich an, den Rechnungsbetrag im Rahmen des dafür mit dem Kontoinhaber vereinbarten Limits an das jeweilige Vertragsunternehmen zu zahlen. Das Kreditinstitut nimmt diese Anweisung bereits jetzt an.

[...]

1.9. Haftung des Kontoinhabers

1.9.1. Alle Dispositionen des Karteninhabers unter Verwendung der Bezugskarte erfolgen auf Rechnung des Kontoinhabers. [...]"

Die Beklagte verwendet weiters einen „Aushang für Preise und Konditionen für Bank- und Kreditkarten (Stand 1. 7. 2015)“. Daraus gehen folgende Kosten hervor:

„Barabhebungen im Rahmen des Maestro-Service

am Bankomaten

- im Inland bzw innerhalb der EU in EUR und

in Schweden in Schwedischen Kronen kostenlos

- im Ausland in anderer Währung oder

in EUR außerhalb der EU 1,15 plus 0,75% des Zahlungs-

betrages/Transaktion“

Diese Information ist mit folgender Fußnote versehen:

„Sofern für diese Transaktionen von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut Kosten verrechnet werden, müssen wir diese als Aufwandsersatz gemäß Z 43 Allgemeinen Geschäftsbedingungen der U***** AG in Rechnung stellen.“

Im Zuge des Verfahrens bot die Beklagte dem Kläger den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs an,

der die Unterlassung der Verwendung der zitierten Fußnote oder sinngleicher Klauseln, die Ermächtigung des Klägers zur Veröffentlichung dieses Vergleichs (wie von ihm begehrt) auf Kosten der Beklagten und den Ersatz der Hälfte seiner bisherigen Verfahrenskosten umfasste. Der Kläger nahm das Vergleichsangebot nicht an.

Die angebotene Unterlassungsverpflichtung hatte folgenden Wortlaut:

„Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel: 'Sofern für diese Transaktionen von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut Kosten verrechnet werden, müssen wir diese als Aufwendersatz gemäß Z 43 AGB der U***** AG in Rechnung stellen.' oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, wobei Klauseln, welche die wirksame Vereinbarung von Gebühren für Bankomatbehebungen beinhalten, nicht sinnleich sind. Die beklagte Partei verpflichtet sich ferner, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinnliche Klauseln zu berufen, wobei es zulässig bleibt, Gebühren für Bankomatabhebungen den Kunden anzulasten, welche die Kunden mit Drittinstituten vereinbaren; dies alles binnen drei Monaten.“

Der Kläger erhob – gestützt auf §§ 28, 28a KSchG – die im Spruch dieser Entscheidung ersichtlichen Unterlassungs- und Veröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erhob ein eigenes Veröffentlichungsbegehren.

Das Erstgericht wies das erste Unterlassungsbegehren samt den beiden dazu erhobenen Eventualbegehren ab; dem zweiten Unterlassungsbegehren und dem dazu erhobenen Veröffentlichungsbegehren gab es hingegen Folge. Das darüber hinausgehende Veröffentlichungsbegehren des Klägers und das Veröffentlichungsbegehren der Beklagten wies das Erstgericht ab.

Beide Parteien erhoben Berufung. Die Abweisung des Gegenantrags auf Urteilsveröffentlichung blieb unbekämpft und ist daher in Rechtskraft erwachsen.

Das Berufungsgericht gab (nur) der Berufung des Klägers Folge und änderte das Urteil des Erstgerichts dahin ab, dass dem Klagebegehren zur Gänze stattgegeben werde. Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision für zulässig, weil die Auslegung der beanstandeten Klauseln für eine große Anzahl von Kunden von Bedeutung sei und der Oberste Gerichtshof diese Klauseln noch nicht beurteilt habe.

Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Sie beantragt, das Klagebegehren vollständig abzuweisen. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag, sowie den Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass im Umfang der Klagestattgebung eine sechsmonatige Leistungsfrist gewährt werde.

Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

I. „Bankomatgebühren“

1.1. Gegenstand des Hauptbegehrens des ersten Unterlassungsbegehrens ist das Verbot der Verrechnung oder des Abbuchens von Entgelten für einzelne Bargeldbehebungen an Geldausgabeautomaten ohne eine dies deckende wirksame Vereinbarung in den Rahmenverträgen über das Zahlungskonto oder die Ausgabe der Zahlungskarte. Der Kläger vertritt den Standpunkt, die Beklagte verstoße gegen das gemäß § 27 Abs 2 ZaDiG bestehende gesetzliche Gebot, nur solche Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten im Zusammenhang mit einem von ihr abgeschlossenen Rahmenvertrag zu verrechnen, die vorher mit dem Zahlungsdienstnutzer in diesem Rahmenvertrag gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG wirksam vereinbart worden seien.

1.2. Das Erstgericht wies dieses Hauptbegehren und die dazu gestellten Eventualbegehren ab. Bei der Bargeldbehebung des Kunden bei einem Euronet-Bankomaten (oder Bankomaten anderer Drittaufsteller) handle es sich um einen Zahlungsdienst iSd § 1 Abs 2 Z 1 ZaDiG. Dieser Zahlungsdienst werde aber nicht von der Beklagten erbracht und sei somit nicht Gegenstand der zwischen ihr und den Kunden abgeschlossenen Rahmenverträge für Zahlungsdienste. Die Beklagte berechne ihre Kunden zum Bezug von Bargeld an (inländischen wie auch

ausländischen) Geldausgabeautomaten mit dem Maestro-Symbol, sie bediene sich der Geldausgabeautomaten von Euronet aber nicht zur Erfüllung ihrer eigenen Pflichten aus dem Rahmenvertrag. Vielmehr stelle sie mit ihren eigenen und den von PSA betriebenen Geldausgabeautomaten die Erfüllung dieser Pflichten sicher. Bei der Bargeldbehebung des Kunden bei einem Euronet-Bankomaten handle es sich um eine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrags gemäß § 32 ZaDiG, die aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Kunden und dem Drittanbieter zustande komme. Die Information, dass einzelne Bargeldabhebungen im Rahmen des Maestro-Systems kostenpflichtig seien, habe der Drittanbieter vor Abschluss der oben beschriebenen Einzelvereinbarung sicherzustellen. Euronet stelle auf den Displays der Geldausgabeautomaten auch klar, dass die Gebühr von 1,95 EUR nicht der Beklagten, sondern dem Benutzer (Karteninhaber) von Euronet selbst und zusätzlich zu den Gebühren des kartenausgebenden Kreditinstituts verrechnet werde. Wenn der Kunde dieser Transaktion durch Drücken des Buttons „Annehmen“ zustimme, schließe er eine Einzelvereinbarung mit Euronet über die Auszahlung ab. Gleichzeitig erteile der Karteninhaber dem kartenausgebenden Kreditinstitut (der Beklagten) die Anweisung, den Betrag von 1,95 EUR an Euronet zu Lasten seines Kontos zu überweisen bzw zu bezahlen. Die Beklagte habe diese Anweisung dann durchzuführen, weil sie schon in ihren AGB alle künftigen Anweisungen annehme. Daher komme es nicht darauf an, dass die Beklagte in den Rahmenverträgen mit den Kunden eine Gebühr von 1,95 EUR vereinbare.

1.3. Das Berufungsgericht sah das Hauptbegehren als berechtigt an. Die Beklagte schließe Girokontoverträge für Privatkunden ab; diese seien Rahmenverträge iSd § 3 Z 12 ZaDiG. Die entscheidende Rechtsfrage sei, ob das vom Kunden der Beklagten zu zahlende Entgelt bei Geldbehebungen bei einzelnen Geldausgabeautomaten eines dritten Anbieters (hier Euronet) ein Entgelt im Zusammenhang mit diesem Rahmenvertrag sei, oder ob es sich um eine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrags handle. Laut den Gesetzesmaterialien zu § 32 ZaDiG fielen unter diese Bestimmung, die die Informationspflichten bei Einzelzahlungen außerhalb eines Rahmenvertrags regle, auch Abhebungen von einem unabhängigen Geldausgabeautomaten. Allerdings sei der Entgeltbegriff des ZaDiG, wie sich aus § 27 ZaDiG eindeutig ergebe, weit zu verstehen; darunter falle auch ein Anspruch des Zahlungsdienstleisters auf Aufwandsersatz. Demgemäß müsse der Zahlungsdienstleister des Rahmenvertrags gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG auch über den Aufwandsersatz informieren, welchen er gemäß dem Rahmenvertrag seinen Kunden verrechnen werde. Maßgeblich sei daher letztlich die Auslegung des konkreten Rahmenvertrags der Beklagten. Die Klausel 1.7.1 der „Kundenrichtlinien für das Maestro-Service“ sei dabei im Zusammenhang mit den Angaben im „Aushang für Preise und Konditionen für Bank- und Kreditkarten“ zu sehen. Beides zusammen regle die Berechtigung des Karteninhabers, an bestimmten Geldausgabeautomaten Bargeld zu beziehen, und informiere darüber, welche Kosten ihm dafür angelastet würden. Die Regelung im „Aushang für Preise und Konditionen“ erwecke den Eindruck, die gesamten dem Kunden bei einer Geldbehebung von einem Geldausgabeautomaten entstehenden Kosten aufzuzählen. Danach seien unter anderem Barabhebungen im Rahmen des Maestro-Service an Bankomaten im Inland kostenlos. Mit der (mit dem zweiten Unterlassungsbegehren des Klägers beanstandeten) Fußnote bringe die Beklagte zum Ausdruck, dass sie, würden für eine derartige Transaktion von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut Kosten verrechnet, diese Kosten als Aufwandsersatz (gemäß Z 43 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten) in Rechnung stellen werde. Für den Kunden der Beklagten müsse daher der Eindruck entstehen, dass eine ihm laut den AGB zustehende Geldbehebung von einem Geldausgabeautomaten, abgesehen von den im Aushang für Preise und Konditionen für Bank- und Kreditkarten genannten Ausnahmen, nichts kosten werde. Wenn dort ausgeführt werde, dass die Beklagte die Kosten der an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitute selbst als Aufwandsersatz in Rechnung stellen werde, müsse für die Kunden der Eindruck entstehen, die Beklagte sei jedenfalls das einzige Unternehmen, dem sie nach einer Geldbehebung von einem Geldausgabeautomaten (allenfalls) ein Entgelt leisten müssten. Somit sei, ausgehend von den zitierten Formulierungen im Rahmenvertrag der Beklagten, der von Euronet verrechnete Betrag für die Geldbehebung bei einem ihrer Geldausgabeautomaten keine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrags iSd § 32 ZaDiG, sondern ein „Entgelt“ (Aufwandsersatz), welches der Kunde der Beklagten, dem Zahlungsdienstleister des Rahmenvertrags, zahlen müsse. Eine derartige Verpflichtung des Kunden setze aber gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG voraus, dass die Kunden über dieses Entgelt vorweg informiert werden. Weil eine solche Information der Privatkunden der Beklagten in deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterblieben sei, erweise sich das erste Unterlassungsbegehren des Klägers als berechtigt. Dabei handle es sich um ein reines Unterlassungsbegehren. § 409 ZPO komme daher nicht zur Anwendung, sodass die Wirksamkeit des Urteils sofort eintrete.

2.1. Die Entscheidungen der Vorinstanzen beruhen noch auf der Rechtslage vor der Änderung des

Verbraucherzahlungskontogesetzes, BGBl I 2017/158, und vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Erbringung von Zahlungsdiensten 2018 (Zahlungsdienstegesetz 2018 – ZaDiG 2018), BGBl I Nr 17/2018.

2.2. Nach dem mit 13. 1. 2018 in Kraft getretenen § 4a VZKG idFBGBl I 2017/158 hat nunmehr der Zahlungsdienstleister den Verbraucher von der Zahlung von Entgelten zu befreien, die ein Dienstleister gemäß § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG vom Verbraucher für Bargeldabhebungen mit der zum Zahlungskonto des Verbrauchers ausgegebenen Zahlungskarte beansprucht. Mit dem am 1. 6. 2018 in Kraft getretenen „neuen“ ZaDiG 2018 wurde die neue Zahlungsdienste-Richtlinie PSD 2 (Richtlinie [EU] 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung [EU] Nr 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG, ABI Nr L 337 vom 23. 12. 2015 S 35), umgesetzt. Im ZaDiG 2018 findet sich für die in diesem Verfahren wesentliche Bestimmung des § 27 Abs 2 ZaDiG aF keine ausdrückliche Parallelbestimmung mehr (vgl Faber, Bankomatgebühren, ÖBA 2018, 164 [166 {FN 19}; 167 f]).

2.3. Eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (hier erst im Stadium des Revisionsverfahrens) eingetretene Änderung der Rechtslage erfordert eine doppelte Prüfung. Grundsätzlich ist der Unterlassungsanspruch zwar nach der Sach- und Rechtslage bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zu beurteilen. Ein in die Zukunft wirkendes Verbot kann aber nach ständiger Rechtsprechung nur dann erlassen oder bestätigt werden, wenn das beanstandete Verhalten auch nach der (neuen) Rechtslage im Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung rechtswidrig ist (10 Ob 14/18h; vgl RIS-Justiz RS0123158).

2.4. Wenn allerdings schon nach der Rechtslage bei Schluss der Verhandlung erster Instanz kein Unterlassungsanspruch begründet war, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der neuen Rechtslage. Die von der Beklagten behauptete Verfassungswidrigkeit des § 4a VZKG kann dann ebenso dahin gestellt bleiben, wie die Frage, ob sich durch die mit dem ZaDiG 2018 bewirkten Änderungen für die hier interessierende Thematik gegenüber der bisherigen Rechtslage im Ergebnis überhaupt etwas geändert hat (vgl Faber, Bankomatgebühren, ÖBA 2018, 164 [164 f]).

3.1. Zur Rechtslage bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz hat der Oberste Gerichtshof bereits zu 9 Ob 63/17f und 10 Ob 14/18h Stellung genommen. Die Kernaussagen dieser Entscheidungen gelten auch für den vorliegenden, im Wesentlichen gleichgelagerten Fall.

3.2. Beim Kontovertrag (als Grundlage dafür, dass Kunden der Beklagten mit einer Bezugskarte Bargeld von ihrem Konto bei einem Bankomaten beheben können) handelt es sich um einen Rahmenvertrag, auf den insbesondere die Bestimmung des § 27 Abs 2 ZaDiG aF über die Verrechnung von Entgelten und jene des § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG aF [nunmehr § 48 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG 2018] über die Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters im Zusammenhang mit Entgelten anzuwenden waren (9 Ob 63/17f; 10 Ob 14/18h).

3.3. Nach § 27 Abs 2 ZaDiG aF durften 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 ZaDiG aF oder § 32 Abs 1 ZaDiG aF wirksam vereinbart worden sind. § 28 ZaDiG aF regelte Informationspflichten und Vertragsbedingungen des Rahmenvertrags; nach dessen Abs 1 Z 3 lit a hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer (ua) alle Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Zahlungsdienstleister zu entrichten hat, und deren Aufschlüsselung mitzuteilen. § 32 ZaDiG aF [nunmehr §§ 39 ff ZaDiG 2018] regelte Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters für Einzelzahlungen außerhalb eines Rahmenvertrags. Darunter fielen auch Abhebungen von einem unabhängigen Geldausgabeautomaten oder Barüberweisungen. „Unabhängigkeit“ in diesem Sinn bedeutet, dass der Zahlungsdienstleister in keinem Vertragsverhältnis zum Zahlungsdienstnutzer steht (9 Ob 63/17f; 10 Ob 14/18h).

3.4. Bei einer Bargeldbehebung mittels Geldausgabeautomat ist deshalb zwischen den einzelnen Leistungen des Zahlungsdienstleisters zu differenzieren. Die Leistung, die dem Bankkunden über die Bezugskarte den Zugriff auf sein Kontoguthaben und eine entsprechende Auszahlung unter Belastung seines Kontos ermöglicht, wird von der Beklagten im Rahmen ihrer Kontoerträge als Rahmenverträge erbracht und nach den dazu vereinbarten Bedingungen abgerechnet. Davon gesondert ist die Dienstleistung der Aufstellung und des Betriebs eines Geldausgabeautomaten zu sehen. Will ein Karteninhaber einen Geldausgabeautomaten nutzen, der nicht von seinem Rahmenvertragspartner oder einem diesem zurechenbaren Aufsteller betrieben wird, kommt jeweils ein entgeltlicher Einzelvertrag über die Bargeldbehebung als solche iSd § 27 Abs 2 iVm § 32 Abs 1 ZaDiG aF zustande. Die Zahlung aus dem Einzelvertrag kann (ua) durch die Anweisung des Zahlungsdienstnutzers erfolgen, auf dem Zahlungskonto die Entgelte für die

Barabhebungen am fremden Geldausgabeautomaten in Rechnung zu stellen oder abzubuchen (9 Ob 63/17f; 10 Ob 14/18h). Die Entgelte (Gebühren), die ein Drittanbieter für die Behebung an einem von ihm aufgestellten Geldausgabeautomaten (auf Grundlage eines Einzelvertrags iSd § 32 ZaDiG aF) verlangt und durch Anweisung an den Rahmenvertragspartner gezahlt wird, sind keine Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Rahmenvertragspartner für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag im Zusammenhang zu entrichten hat.

3.5. Die Notwendigkeit der Differenzierung nach den einzelnen Leistungen des Zahlungsdienstleisters besteht unabhängig davon, ob ein möglicher Einzelvertrag über die Bargeldabhebung dem ZaDiG auch tatsächlich unterliegen würde oder – insbesondere im Hinblick auf die Vollaussnahme des § 2 Abs 3 Z 15 ZaDiG aF (ähnlich § 3 Abs 3 Z 15 ZaDiG 2018) – nicht. Maßgeblich dafür, ob die von einem dritten Anbieter verrechnete Gebühr ein Entgelt im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag des kartenausgebenden Kreditinstituts ist oder ob es sich um eine Einzelzahlung außerhalb eines Rahmenvertrags handelt, ist nur, dass die erbrachte Dienstleistung ihrer Art nach eine Einzelzahlung ist und dem § 32 ZaDiG aF unterliegen würde (Faber, Bankomatgebühren, ÖBA 2018, 164 [167]).

3.6. Selbständige Betreiber von Geldausgabeautomaten, die mit der Beklagten nicht in einer vertraglichen Beziehung stehen, sind nicht als Erfüllungsgehilfen oder Vertreter der Beklagten anzusehen. Die Verpflichtungen des kartenausgebenden Kreditinstituts gegenüber den Kunden beschränken sich hinsichtlich fremder Geldausgabeautomaten darauf, dem Kunden den Zugang zu den von anderen Kreditinstituten im Rahmen der Systeme Bankomat und Maestro aufgestellten Geldausgabeautomaten zu verschaffen (9 Ob 63/17f; 10 Ob 14/18h).

3.7. Die zwischen der Beklagten und ihren Kunden vereinbarten Bedingungen können nicht dahin verstanden werden, dass mit den Kontogebühren Behebungen bei jedem mit dem Maestro-Symbol gekennzeichneten Geldausgabeautomaten umfasst sind, selbst wenn vor der Durchführung der Transaktion auf deren Entgeltspflicht hingewiesen und diese vom Karteninhaber bestätigt wird. Die in den „Kundenrichtlinien für das Maestro-Service, die Kontaktlos-Funktion und für das Quick-Service, Fassung Juni 2015, gültig ab 1. Dezember 2015“ enthaltene Regelung der Benützungsmöglichkeiten der Bezugskarte für den Karteninhaber drückt nichts anderes als die Verpflichtung der Beklagten aus, dem Karteninhaber Zugang zum System zu verschaffen, indem auf das sich aus dem Rahmenvertrag des Kunden ergebende Recht hingewiesen wird, an mit dem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichneten Geldausgabeautomaten mit der Bezugskarte und dem persönlichen Code Bargeld bis zum vereinbarten Limit zu beziehen, nicht aber die Zusage an die Kunden, dass sie an allen – von wem immer betriebenen – mit diesem Symbol gekennzeichneten Geldausgabeautomaten im In- und Ausland Barabhebungen ohne Zusatzentgelte durchführen können (vgl 10 Ob 14/18h).

3.8. Die Informationspflicht nach § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG aF betrifft lediglich jene Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Zahlungsdienstleister zu entrichten hat. Die Entgelte (Gebühren), die ein Drittanbieter für die Behebung an einem von ihm aufgestellten Geldausgabeautomaten (auf Grundlage eines Einzelvertrags iSd § 32 ZaDiG aF) verlangt, sind davon – dem Gesetzeszweck nach (vgl Kurz, eolex 2018/208 [Glosse zu 10 Ob 14/18h]) – nicht umfasst (10 Ob 14/18h). Bei Fehlen vertraglicher Beziehungen zwischen der Beklagten und einem unabhängigen Geldautomatenbetreiber, der als „Dritter“ im Sinn von Art 50 Abs 2 ZaDi-RL (§ 27 Abs 4 Z 2 ZaDiG aF) anzusehen ist, unterfällt die Abhebung bei einem von diesem aufgestellten Geldausgabeautomaten nicht dem Rahmenvertrag des kartenausgebenden Kreditinstituts. Verlangt dieses für die von ihr unter dem Rahmenvertrag erbrachte Leistung nur jenes Entgelt, wie sie es allgemein vereinbart hat, ist aus § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG aF keine Informationspflicht darüber abzuleiten, dass einzelne Bargeldabhebungen mit der Zahlungskarte an „fremden“ Geldautomaten vom Abschluss eines zusätzlichen entgeltspflichtigen Vertrags abhängig gemacht werden. Nach § 27 Abs 4 Z 2 ZaDiG aF iVm Art 50 Abs 2 der Vorbildbestimmung in der ZaDi-RL 2007/64/EG unterliegt vielmehr der unabhängige Geldautomatenbetreiber, der als „Dritter“ im Sinn von Art 50 Abs 2 ZaDi-RL (§ 27 Abs 4 Z 2 ZaDiG) anzusehen ist, der in Art 50 Abs 2 ZaDi-RL normierten eingeschränkten Informationspflicht über zusätzliche Entgelte Dritter vor Auslösung des Zahlungsvorgangs (10 Ob 14/18h). Der dritte Bankomatbetreiber – und nicht der Rahmenvertragspartner – hat dem Kunden vor der Auslösung des Zahlungsvorgangs iSd § 32 Abs 1 ZaDiG aF, das heißt vor der endgültigen Erteilung des Behebungsauftrags mitzuteilen, dass er seinen Kunden die Entgelte für die Nutzung seiner Automaten direkt in Rechnung stellt (10 Ob 14/18h).

4.1. Mit dieser – bis zum Inkrafttreten des § 4a VZKG mit 13. 1. 2018 geltenden – Rechtslage steht die Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht im Einklang.

4.2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der zwischen der Beklagten und ihren Kunden vereinbarte Rahmenvertrag seinem Wortlaut nach und unter Berücksichtigung des Zwecks der einschlägigen Klauseln im Gesamtzusammenhang der Vereinbarung nicht dahin ausgelegt werden, dass die Beklagte nicht nur das Recht und die Möglichkeit, an mit dem Maestro-Symbol gekennzeichneten Geldausgabeautomaten Bargeld zu beheben, sondern die Auszahlung selbst schuldet und mit den Kontogebühren alle diese Behebungen abgegolten sein sollen, selbst solche die ein („fremder“) Dritter vom Abschluss eines zusätzlichen entgeltspflichtigen Vertrags abhängig macht und vor deren Durchführung auf die gesonderte Entgeltspflicht hingewiesen und vom Karteninhaber bestätigt wird. Dass nach dem Preisaushang Barabhebungen im Rahmen des Maestro-Service am Bankomaten im Inland und innerhalb der EU in Euro sowie in Schweden in Kronen „kostenlos“ sind, bedeutet nur, dass die Beklagte – anders als bei Barabhebungen im Ausland in anderer Währung oder in EUR außerhalb der EU – in diesen Fällen selbst keine eigenen zusätzlichen Gebühren verrechnet. Für den redlichen Erklärungsempfänger bedeutet „kostenlos“ in diesem Zusammenhang zweifelsfrei nicht, dass die Beklagte in dem Fall, dass sich der Kunde gegenüber einem Dritten (im Rahmen einer Einzelvereinbarung, in die die Beklagte nicht eingebunden ist) zur Entrichtung eines zusätzlichen Entgelts verpflichtet, diese von ihm dem Grunde und der Höhe nach nicht beeinflussbaren Kosten übernimmt. Auch der Hinweis in der Fußnote, wonach die von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut (der Beklagten) verrechneten Kosten (jedoch) dem Kunden als Aufwendersatz in Rechnung gestellt werden, spricht klar gegen eine solche nach der Verkehrsanschauung ungewöhnliche Befreiungspflicht (vgl. Faber, Bankomatgebühren, ÖBA 2018, 164 [171 f]).

5.1. Ausgehend von dieser (zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung maßgeblichen) Rechtslage bestehen weder das Haupt- noch die beiden Eventualbegehren zu Recht.

5.2. Gegenstand des Hauptbegehrens ist ein Verbot der Verrechnung oder Abbuchung von Entgelten für Bargeldbehebungen, wenn diese Entgelte im Rahmenvertrag nicht wirksam vereinbart wurden. Dieses basiert auf der unzutreffenden Prämisse, dass auch jene Entgelte, die bei der Bargeldbehebung von einem Geldausgabeautomaten anfallen, der nicht von der Beklagten oder einem diesem zurechenbaren Aufsteller betrieben wird, Entgelte aus dem Rahmenvertrag iSd § 27 Abs 2 ZaDiG aF sind. Selbständige Betreiber von Geldausgabeautomaten, die mit der Beklagten nicht in einer vertraglichen Beziehung stehen, sind aber nicht als deren Erfüllungsgehilfen oder Vertreter anzusehen. Bargeldbehebungen von einem dieser Geldausgabeautomaten sind Einzelzahlungen außerhalb des zwischen der Beklagten und ihren Kunden abgeschlossenen Rahmenvertrags (RIS-Justiz RS0131876). Im Verhältnis zwischen dem Kunden und der Beklagten sind die Entgelte (Gebühren), die ein Drittanbieter (auf Grundlage eines Einzelvertrags) für die Behebung verlangt, damit auch keine Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten des Rahmenvertragspartners oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag. Weder bedarf deren Leistung auf Anweisung des Kunden einer Entgeltvereinbarung iSd § 27 Abs 2 ZaDiG aF, noch sind sie Gegenstand der Informationspflicht nach § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG.

5.3. Gegenstand des ersten Eventualbegehrens ist das Verbot der Verwendung der und des Sich-Berufens auf die Klausel: „Der Karteninhaber ist berechtigt, an Geldautomaten im In- und Ausland, die mit einem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichnet sind, mit der Bezugskarte und dem persönlichen Code Bargeld bis zum vereinbarten Limit zu beziehen.“ Der Kläger begründet dieses Unterlassungsbegehren mit der behaupteten Intransparenz der Klausel iSd § 6 Abs 3 KSchG und § 26 Abs 2 ZaDiG aF [vgl. § 40 Abs 1 ZaDiG 2018]. Der Karteninhaber werde in dieser Klausel nicht darauf hingewiesen, dass Geldbehebungen bei bestimmten fremden Geldausgabeautomaten vom Abschluss eines zusätzlichen entgeltspflichtigen Vertrags abhängig gemacht werden können. Aus dem gleichen Grund seien die nach § 28 Abs 1 Z 2 ZaDiG aF mitzuteilenden Informationen über die Nutzung der von der Beklagten geschuldeten Zahlungsdienste unrichtig. Der von der Klägerin zur Erfüllung des Vollständigkeitsgebots geforderte Hinweis wäre nur dann notwendig, wenn für die Beklagte eine entsprechende Informationspflicht bestünde. Die Informationspflicht nach § 28 Abs 1 Z 3 ZaDiG aF betrifft jedoch lediglich jene Entgelte, die der Kunde der Beklagten zu entrichten hat. Die Entgelte (Gebühren), die ein unabhängiger Drittanbieter für die Behebung an einem von ihm aufgestellten Geldausgabeautomaten (auf Grundlage eines Einzelvertrags) verlangt, sind davon nicht umfasst. Auch § 28 Abs 1 Z 2 ZaDiG aF ist – unabhängig davon, ob aus dieser Bestimmung überhaupt eine Informationspflicht in Bezug auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines entgeltlichen Vertrags abgeleitet werden könnte (dies verneinend Faber, Bankomatgebühren, ÖBA 2018, 164 [170]) – nicht einschlägig. Die Verpflichtungen der Beklagten gegenüber den Kunden beschränken sich hinsichtlich fremder Geldausgabeautomaten

darauf, dem Kunden den Zugang zu den Geldausgabeautomaten zu verschaffen, die mit dem auf der Bezugskarte angeführten Symbol gekennzeichnet sind. Die Bargeldbehebung an einem von einem unabhängigen Drittanbieter aufgestellten Geldausgabeautomaten selbst ist kein Zahlungsdienst der Beklagten und damit jedenfalls nicht Gegenstand der Informationspflicht.

5.4. Gegenstand des zweiten Eventualbegehrens ist das Verbot des Abschlusses von Rahmenverträgen ohne den Verbraucher gemäß § 28 Abs 1 ZaDiG aF klar und verständlich zu informieren, dass einzelne Behebungen an bestimmten Fremdautomaten vom Abschluss eines entgeltpflichtigen Vertrags abhängig gemacht werden können. Auch diesem Begehren steht entgegen, dass die vom Kläger behauptete Informationspflicht nach § 28 Abs 1 Z 3 lit a ZaDiG nicht besteht.

II. „Klauselbegehren“

1.1. Gegenstand des zweiten Hauptbegehrens ist das Verbot der Verwendung der (und des Sich-Berufens auf die) im Aushang für Preise und Konditionen für Bank- und Kreditkarten (Stand 1. 7. 2015) verwendete Klausel: „Sofern für diese Transaktionen von einem an der Abwicklung beteiligten ausländischen Kreditinstitut Kosten verrechnet werden, müssen wir diese als Aufwandsatz gemäß Z 43 AGB in Rechnung stellen.“ sowie sinnlicher Klauseln. Der Kläger begründete dieses Unterlassungsbegehren damit, dass die Klausel gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoße (§ 28 KSchG). Die Beklagte wolle damit Kosten des Automatenbetreibers bei Bargeldabhebungen im Ausland, welche der Beklagten oder dem Karteninhaber direkt verrechnet würden, an den Karteninhaber weiterverrechnen bzw eine Erstattung derselben ausschließen. Dies verstoße gegen Art 3 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 924/2009

über grenzüberschreitende Zahlungen idF der Verordnung (EU) Nr 260/2012.

1.2. Die Beklagte räumte ein, dass der in der beanstandeten Klausel enthaltene Verweis auf die Klausel Z 43 der AGB ins Leere gehe, weil diese bereits 2012 gestrichen worden sei; es handle sich um ein Redaktionsversehen. Insoweit gestehe die Beklagte zu, dass die beanstandete Klausel intransparent sei. Die Beklagte bot daher den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs an, verknüpfte die angebotene Unterlassungsverpflichtung aber mit der Klarstellung, dass Klauseln, welche die wirksame Vereinbarung von Gebühren für Bankomatbehebungen beinhalten, nicht sinnlich seien und es zulässig bleibe, Gebühren für Behebungen dem Kunden anzulasten, welche die Kunden mit Drittinstituten vereinbaren. Der Kläger nahm das Vergleichsangebot nicht an.

1.3. Das Erstgericht gab diesem Teil des Klagebegehrens statt. Wie die Beklagte selbst vorgebracht habe, gehe der in der Klausel enthaltene Verweis aufgrund eines Redaktionsversehens ins Leere. Sie verstoße damit gegen das Transparenzgebot idS § 6 Abs 3 KSchG. Die Klausel verstoße aber nicht auch gegen Art 3 Abs 1 der Verordnung (EG) 924/2009, weil sie nicht zwischen In- und Auslandsbehebungen unterscheide. Transaktionskosten eines „beteiligten“ ausländischen Kreditinstituts könnten auch bei einer Inlandstransaktion anfallen, weshalb in Einzelfällen der grenzüberschreitende Tatbestand gar nicht erfüllt sein müsse. Die Wiederholungsgefahr sei gegeben. Der Kläger habe das Vergleichsangebot der Beklagten nicht angenommen, weil dieses ganz offensichtlich ein „Mehr“ als das Unterlassungsbegehren geregelt und beinhaltet habe. Der Kläger sei daher nicht gehalten, das Vergleichsangebot anzunehmen.

1.4. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Wiederholungsgefahr sei trotz des Angebots eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs nicht weggefallen. Das Vergleichsanbot der Beklagten habe nämlich nur das zweite Unterlassungsbegehren umfasst und nicht auch das erste, welches aber ebenfalls berechtigt sei. Damit habe das Vergleichsanbot der Beklagten nicht – wie es für den Wegfall der Wiederholungsgefahr jedenfalls erforderlich wäre – den ganzen Unterlassungsanspruch des Klägers umfasst. Abgesehen davon könne das Angebot eines Unterlassungsvergleichs nur dann die Vermutung der Wiederholungsgefahr widerlegen, wenn dieser Vergleich an keinerlei Bedingungen geknüpft sei. Die Beklagte habe in ihrem Vergleichsangebot aber nicht nur die Formulierung „sinngleiche Klauseln“ einschränkend präzisiert, sondern darin auch die Formulierung aufgenommen, es bleibe zulässig, Gebühren für Bankomatabhebungen den Kunden anzulasten, welche die Kunden mit Drittinstituten vereinbaren. Hätte der Kläger den von der Beklagten angebotenen Unterlassungsvergleich abgeschlossen, dann hätte er darin zugestehen müssen, dass das von ihm mit seinem ersten Unterlassungsbegehren beanstandete Verhalten rechtmäßig sei. Der Kläger, der sein erstes Unterlassungsbegehren weiterverfolgen habe wollen, habe den von der

Beklagten angebotenen Unterlassungsvergleich daher gar nicht abschließen können. Der Beklagten habe eigentlich klar sein müssen, dass der Kläger ein derart formuliertes Vergleichsangebot nicht annehmen werde. Es fehlten somit ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Beklagte ihre Willensrichtung tatsächlich geändert habe.

2.1. Ein Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs beseitigt im Regelfall die Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0079899; vgl auch RS0079966). Wegfall der Wiederholungsgefahr wird angenommen, wenn der Verletzer einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig Abstand zu nehmen (1 Ob 96/17z mwN; RIS-Justiz RS0079899 [T2, T15, T28]; RS0012087 [T9]). Es macht dabei in der Regel keinen Unterschied, ob der Beklagte gleichzeitig auch den Rechtsstandpunkt des Klägers als richtig bezeichnet oder aber weiter daran festhält, durch die beanstandete Handlung keinen Gesetzesverstoß begangen zu haben (RIS-Justiz RS0079899 [T5, T6, T18, T28]; RS0079164 [T2]). Entscheidend ist, ob der angebotene Unterlassungsvergleich dem Kläger einen Titel in jenem Umfang verschaffen kann, den er auch mit seiner Klage erreicht hätte (4 Ob 97/17v; RIS-Justiz RS0079899 [T19, T33]). Ein nicht gerechtfertigtes Begehren muss der Beklagte im Rahmen des Vergleichsangebots also nicht berücksichtigen (RIS-Justiz RS0079899 [T11, T12]).

2.2. Im Verbandsprozess ist jede beanstandete Klausel (zur Qualifikation als eigenständig: RIS-Justiz RS0121187) für sich zu prüfen; das betrifft auch die Frage der Wiederholungsgefahr (5 Ob 118/13h; 3 Ob 109/13w). Allein der Umstand, dass ein Unternehmen im Fall der Beanstandung von mehreren Klauseln eine bedingungslose Unterlassungserklärung nur für einige Klauseln abgibt, rechtfertigt es daher nicht, nur deshalb das Fehlen einer vollständigen Unterwerfung und das Weiterbestehen der Wiederholungsgefahr anzunehmen. Ob und für welche Klauseln die Vermutung der Wiederholungsgefahr in solch einer Konstellation wegfällt, hängt vielmehr von einer Gesamtwürdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ab (5 Ob 118/13h; RIS-Justiz RS0107902).

2.3. Im Verbandsprozess sind zudem die außergerichtliche Unterlassungserklärung im Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG und das Anbot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs im Prozess zu unterscheiden. In einem Abmahnverfahren nach § 28 Abs 2 KSchG setzt die Beseitigung der Wiederholungsgefahr voraus, dass zwischen dem Abmahnenden und jenem, der die Unterlassungserklärung abgibt, Willenseinigung über deren Inhalt besteht und damit eine mit konstitutiver Wirkung ausgestattete Vereinbarung zustande kommt. Im Fall einer Übermaßabmahnung fehlt bei einer bloß teilweisen Unterwerfungserklärung eine solche Willenseinigung, weshalb die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt wird; der Unternehmer muss sich vielmehr vollständig („alles oder nichts“) und ohne auslegungsbedürftige Zusätze im Sinn der Abmahnung unterwerfen (6 Ob 24/11i [verstärkter Senat]; 5 Ob 118/13h; 3 Ob 109/13w). Die Unterlassungserklärung hat daher eine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch zu enthalten (RIS-Justiz RS0111640 [T20]). Fügt der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abgegebenen Unterlassungserklärung neu formulierte Ersatzklauseln bei, liegt auch dann keine vollständige Unterwerfung unter den Anspruch einer gemäß § 29 KSchG klageberechtigten Einrichtung vor, die die Wiederholungsgefahr beseitigt, wenn die neuen Klauseln im Verhältnis zu den beanstandeten Klauseln nicht „sinngleich“ sind (RIS-Justiz RS0128187).

2.4. Der Verwender oder der Empfehler von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der sich zu einer solchen vollständigen Unterwerfung nicht bereit findet, hat jedoch die Möglichkeit, für den von ihm auch nach seiner Ansicht berechtigten Teil einen Unterlassungsvergleich anzubieten (6 Ob 24/11i; 3 Ob 109/13w; vgl auch 4 Ob 139/16v; Binder/Keiler in Keiler/Klauser, Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht §§ 28–30 KSchG Rz 40; Langer, Abmahnverfahren und Wiederholungsgefahr bei der Verbandsklage nach dem KSchG, VbR 2013, 47 [50 f]; Oberhammer, Wiederholungsgefahr im AGB-Recht und prätorischer Vergleich, VbR 2017, 152). Umfasst dieses Angebot den gesamten berechtigten Teil des Anspruchs, beseitigt es – gemäß den allgemeinen für das Angebot eines Unterlassungsvergleichs im Prozess geltenden Grundsätzen – die Wiederholungsgefahr; ein nicht gerechtfertigtes Begehren muss er nicht berücksichtigen (vgl Spitzer, Inkassokosten, Wiederholungsgefahr und Leistungsfrist, ÖBA 2016, 733 [735]). Ein Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs im Prozess, dessen Unterlassungsverpflichtung zwar mit Einschränkungen und Vorbehalten verbunden ist, beseitigt demnach die Wiederholungsgefahr, wenn diese Einschränkungen und Vorbehalte richtig und zulässig sind. Wenn der Unternehmer bestimmte Bereiche von der Unterlassungspflicht zu Recht ausnimmt, bietet er dem klagenden Verband schließlich alles, was dieser durch ein durch seine Entscheidungsgründe determiniertes Urteil erlangen könnte (so mit ausführlicher Begründung Bollenberger in seiner Glosse zu 3 Ob 109/13w, ÖBA 2013/1948; und in „Neue Debatte über

die Wiederholungsgefahr nach Abmahnung gemäß § 28 Abs 2 KSchG; Lieber bis zu einem Urteil streiten, als den Konflikt bereinigen?", ÖJZ 2017/138). Wenn der Beklagte mit seiner Bestreitung Recht behält, wird die Klage des Verbands abgewiesen, und zwar unabhängig davon, ob dieser den Vergleich akzeptiert hat oder nicht. Denn hinsichtlich des von der angebotenen Unterlassungsverpflichtung umfassten Begehrens fehlt die Wiederholungsgefahr und hinsichtlich der bestrittenen Begehren und Gründe bestand kein Unterlassungsanspruch (Iro, Verstärkter Senat zur Wiederholungsgefahr bei KSchG-Verbandsklage – causa finita? RdW 2012, 703 [704]; Klicka, Die große Schlacht ist geschlagen, ecolex 2013, 126 [128]).

3.1. Die Beklagte bot dem Kläger den Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs an, der zum einen die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Klausel oder sinngleicher Klauseln umfasste. Diese Unterlassungsverpflichtung beinhaltete – zur Klarstellung – die Einschränkung, dass Klauseln, welche die wirksame Vereinbarung von Gebühren für Bankomatbehebungen beinhalten, nicht sinngleich seien. Die Beklagte bot weiters an, sich dazu zu verpflichten, es zu unterlassen, sich auf die beanstandete Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wobei es zulässig bleiben soll, Gebühren für Bankomatabhebungen den Kunden anzulasten, welche die Kunden mit Drittinstituten vereinbaren.

3.2. „Sinngleiche“ Klauseln sind solche, die bei anderer Formulierung denselben verpönten Regelungsinhalt wie die konkret beanstandeten Klauseln aufweisen. 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 [Punkt 3.2]). Nach der im Zuge der Behandlung des auf die Bankomatgebühren bezogenen Unterlassungsbegehrens dargestellten Rechtslage zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in erster Instanz war die Vereinbarung von Gebühren für Bankomatbehebungen nicht unzulässig. Nicht ein derartiges Verbot bildete den Grund

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at