



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Heinz Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Bank Austria Creditanstalt AG, \*\*\*\*\* (vormals Creditanstalt AG, \*\*\*\*\*) vertreten durch Dr. Gregor Schett, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 26.162,22 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 17. April 2002, GZ 1 R 229/01f-17, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 18. September 2001, GZ 24 Cg 10/01f-10, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

I. 1. Die Bezeichnung der beklagten Partei wird berichtigt in "Bank Austria Creditanstalt AG".

2. Der Schriftsatz der klagenden Partei vom 28. 10. 2002 und jene der beklagten Partei vom 3. 10. 2002 und vom 12. 11. 2002 werden zurückgewiesen.

II. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass es einschließlich des bestätigten Teils wie folgt zu lauten hat:

"1. Die beklagte Partei ist schuldig,

lit a) die Verwendung nachstehender oder sinngleicher Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit

Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu unterlassen:

Z 3 Abs 1 Satz 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt, Aufträge, die ihm im Rahmen einer Geschäftsverbindung mit dem Kunden erteilt werden, auf dessen Rechnung durchzuführen, wenn es ohne Verschulden zur Ansicht kommt, dass sie vom Kunden stammen, und der unwirksame Auftrag nicht dem Kreditinstitut zurechenbar ist.

Z 3 Abs 3 Satz 2: Zur Durchführung solcher Aufträge ist das Kreditinstitut bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nur dann verpflichtet, wenn dies der Kunde in einer schriftlichen Erklärung gegenüber dem Kreditinstitut wünscht und dieses sich damit einverstanden erklärt;

Z 9 Abs 1 Satz 1: Das Kreditinstitut haftet nicht für leicht fahrlässig verursachte Schäden.

Z 26 Abs 1: Der Kunde erklärt sich einverstanden, dass das Kreditinstitut nachstehende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim Kreditschutzverband von 1870 eingerichtet sind, übermittelt: Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des Kreditinstituts im Zusammenhang mit der Fälligestellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten. Zweck der Übermittlung ist die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe der vorstehend angeführten Daten durch den Empfänger an andere Kreditinstitute, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.

Abs 2: Der Kunde erklärt sich auch damit einverstanden, dass den Kunden oder ein mit ihm

konzernmäßig verbundenes Unternehmen betreffende Daten, die dem Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsverbindung mit dem Kunden bekannt geworden und zur Beurteilung der aus Geschäften mit der jeweils betroffenen Person oder Gesellschaft entstehenden Risiken notwendig oder zweckmäßig sind (insbesondere Bilanzdaten), an

- (potentielle) Konsortial-/Risikopartner des Kreditinstituts zur Risikobeurteilung im Rahmen des Konsortialgeschäfts,

- Refinanzierungsgeber des Kreditinstituts, denen gegenüber die Forderungen des Kreditinstituts gegen den Kunden als Sicherheit dienen sollen (insbesondere Österreichische Nationalbank, Österreichische Kontrollbank AG, Europäische Zentralbank, Europäische Investitionsbank), zur Beurteilung der bestellten Sicherheiten,

- Einlagen- und Anlegerentschädigungseinrichtungen des Fachverbandes, dem das Kreditinstitut angehört, im Rahmen eines Frühwarnsystems zur Beurteilung allfälliger von diesen Einrichtungen abzudeckenden Risiken weitergegeben werden.

Z 27: In den in Z 26 genannten Fällen entbindet der Kunde das Kreditinstitut ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis.

Z 36: Für die Kündigung des Kontovertrages durch das Kreditinstitut ist jeder Mitinhaber empfangsbevollmächtigt.

Z 38 Abs 1 Satz 1 und Satz 2: Mangels anderer Vereinbarung schließt das Kreditinstitut Konten jährlich ab. Entsteht in einem Quartal ein Debetstand, so schließt das Kreditinstitut das Konto mangels anderer Vereinbarung am Ende dieses Quartals ab.

Z 39 Abs 1 Satz 2: Ein Überweisungsauftrag, der

vom Kunden im Wege der elektronischen Datenverarbeitung oder gleichgelagerter technischer Hilfsmittel erteilt wird und auch vom Kreditinstitut in diesem Wege zu bearbeiten ist, wird vom Kreditinstitut ausschließlich an Hand der darin genannten Bankleitzahl des Empfängerkreditinstitutes und der genannten Kontonummer des Empfängers durchgeführt.

Z 50 Abs 1 Satz 2: Das Pfandrecht an Werten aus Gemeinschaftskonten/-depots sichert auch Ansprüche des Kreditinstituts aus der Geschäftsverbindung mit nur einem der Konto/Depotinhaber.

Z 58 Satz 2: Die Z 50 und 51 gelten entsprechend.

Z 59 Abs 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt, zwischen sämtlichen Ansprüchen des Kunden, soweit sie pfändbar sind, und sämtlichen Verbindlichkeiten des Kunden ihm gegenüber aufzurechnen, insbesondere auch zwischen Guthaben aus Gemeinschaftskonten und Ansprüchen des Kreditinstituts gegen einen der Kontoinhaber.

Z 69 Abs 3: Das Kreditinstitut haftet nur für die sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers; sie ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorgenannten Klauseln zu berufen, soweit diese in bereits geschlossenen Verträgen unzulässigerweise vereinbart wurden.

lit b): Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in Samstagsausgaben des redaktionellen Teils der "Neuen Kronen-Zeitung" sowie des "Kurier" auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und Fettdruckumrandung in Normallettern zu veröffentlichen.

2. Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, die Verwendung nachstehender oder sinngleicher Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zu unterlassen:

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

Z 23 Abs 2: Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn

- eine Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten eintritt und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet ist;
- der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht;

Z 46 Abs 1 Satz 2: Kann das Kreditinstitut eine Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchführen oder muss es auf Grund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werden, ist es zur Einhebung eines angemessenen pauschalen Aufwändersatzes gemäß Aushang berechtigt.

Z 59 Abs 2: Das Kreditinstitut wird unbeschadet des bestehenden Aufrechnungsrechtes Dispositionen des Kunden zu Gunsten Dritter über Guthaben aus Girokonten durchführen, solange dem Kunden keine Aufrechnungserklärung zugegangen ist. Eine Pfändung des Guthabens gilt nicht als Disposition des Kunden.

Z 66 Abs 2: Das Kreditinstitut ist jedoch berechtigt, solche Wertpapiergeschäfte auszuführen, sofern ihm nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrages nur bei Deckung wünscht,  
wird abgewiesen.

3. Die beklagte Partei hat der klagenden Partei nachstehende anteilige Verfahrenskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen:

An Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz 3.140,62 EUR (darin anteilige Umsatzsteuer 449,41 EUR und anteilige Barauslagen 444,17 EUR),

an Kosten des Revisionsverfahrens 876,71 EUR (darin anteilige Umsatzsteuer 146,12 EUR).

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 505,53 EUR (darin 60,68 EUR Umsatzsteuer und 141,47 EUR Barauslagen) bestimmten anteiligen Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz und die im Revisionsverfahren angefallenen anteiligen Barauslagen von 353,66 EUR 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 Beklagte betreibt das Bankgeschäft bundesweit an zahlreichen Standorten. Sie verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Fassung September 2000, deren Geltung jeweils schriftlich vereinbart wird. Diese enthalten nachstehende Bestimmungen, wobei die vom klagenden Verein für Konsumenteninformation (im Revisionsverfahren noch) beanstandeten Bestimmungen in Kursivschrift herausgehoben werden:

*Z 3 Abs 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt,*

*Aufträge, die ihm im Rahmen einer Geschäftsverbindung mit dem Kunden erteilt werden, auf dessen Rechnung durchzuführen, wenn es ohne Verschulden zur Ansicht kommt, dass sie vom Kunden stammen, und der unwirksame Auftrag nicht dem Kreditinstitut zurechenbar ist. ...*

Abs 2: Aufträge sind schriftlich zu erteilen.

Abs 3: Das Kreditinstitut ist jedoch auch berechtigt, die ihm mittels Telekommunikation (insbesondere telefonisch, telegrafisch, fernschriftlich, mittels Telefax oder Datenfernübertragung) erteilten Aufträge durchzuführen. *Zur Durchführung solcher Aufträge ist das Kreditinstitut bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nur dann verpflichtet, wenn dies der Kunde in einer schriftlichen Erklärung gegenüber dem Kreditinstitut wünscht und dieses sich damit einverstanden erklärt.*

Z 9 Abs 1: *Das Kreditinstitut haftet nicht für leicht fahrlässig verursachte Schäden.* Das gilt nicht für Schäden an Sachen, die das Kreditinstitut von Verbrauchern zur Verwahrung übernommen hat, sowie für Personenschäden.

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

Z 23 Abs 1: Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann das Kreditinstitut ungeachtet anderweitiger Vereinbarungen die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Teile davon jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen.

Abs 2: Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor,

*wenn eine Verschlechterung oder Gefährdung der*



*Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten eintritt und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet ist, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht.... oder*

der Kunde die Verpflichtung zur Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten nicht erfüllt oder nicht erfüllen kann.

*Z 26 Abs 1: Der Kunde erklärt sich einverstanden, dass das Kreditinstitut nachstehende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim Kreditschutzverband von 1870 eingerichtet sind, übermittelt: Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des Kreditinstituts im Zusammenhang mit der Fälligstellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten. Zweck der Übermittlung ist die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe der vorstehend angeführten Daten durch den Empfänger an andere Kreditinstitute, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.*

*Abs 2: Der Kunde erklärt sich auch damit einverstanden, dass den Kunden oder ein mit ihm konzernmäßig verbundenes Unternehmen betreffende Daten, die dem Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsverbindung mit dem Kunden bekannt geworden und zur Beurteilung der aus Geschäften mit der jeweils betroffenen Person oder Gesellschaft entstehenden Risiken notwendig oder zweckmäßig sind (insbesondere Bilanzdaten), an*

- (potentielle) Konsortial-/Risikopartner des

Kreditinstituts zur Risikobeurteilung im Rahmen des Konsortialgeschäfts,

- Refinanzierungsgeber des Kreditinstituts, denen gegenüber die Forderungen des Kreditinstituts gegen den Kunden als Sicherheit dienen sollen (insbesondere Österreichische Nationalbank, Österreichische Kontrollbank AG, Europäische Zentralbank, Europäische Investitionsbank), zur Beurteilung der bestellten Sicherheiten,

- Einlagen- und Anlegerentschädigungseinrichtungen des Fachverbandes, dem das Kreditinstitut angehört, im Rahmen eines Frühwarnsystems zur Beurteilung allfälliger von diesen Einrichtungen abzudeckenden Risiken weitergegeben werden.

Z 27: In den in Z 26 genannten Fällen entbindet der Kunde das Kreditinstitut ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis.

Z 35 Abs 1: Ein Konto kann auch für mehrere Inhaber eröffnet werden (Gemeinschaftskonto). Verfügungen über das Konto, insbesondere dessen Schließung und die Erteilung von Zeichnungsberechtigungen, können nur von allen Inhabern gemeinsam vorgenommen werden. Jeder Kontoinhaber kann sich im Einzelfall durch einen eigens dazu Bevollmächtigten vertreten lassen.

Abs 2: Für Verpflichtungen aus dem Konto haften alle Inhaber zur ungeteilten Hand.

Abs 3: Wurde nicht ausdrücklich anderes vereinbart, so ist jeder Kontoinhaber allein berechtigt, über die Kontoforderung zu disponieren. Diese Berechtigung umfasst auch die Befugnis, Wertpapiere im Rahmen der vorhandenen Deckung und des gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz erhobenen gemeinsamen Anlageziels aller Depotinhaber zu kaufen und verkaufen. Sie

wird jedoch durch den ausdrücklichen Widerspruch eines anderen Kontoinhabers beendet; in diesem Fall sind nur alle Mitinhaber gemeinsam berechtigt.

Abs 4: Zeichnungsberechtigungen können von jedem einzelnen Kontomitinhaber widerrufen werden.

*Z 36: Für die Kündigung des Kontovertrages durch das Kreditinstitut ist jeder Mitinhaber empfangsbevollmächtigt.*

*Z 38 Abs 1: Mangels anderer Vereinbarung schließt das Kreditinstitut Konten jährlich ab. Entsteht in einem Quartal ein Debetstand, so schließt das Kreditinstitut das Konto mangels anderer Vereinbarung am Ende dieses Quartals ab. Depotaufstellungen werden einmal jährlich erteilt.*

Abs 2: Das Kreditinstitut hält dem Kunden den Kontoauszug mit dem Rechnungsabschluss/die Depotaufstellung bei der konto-/depotführenden Stelle bereit.

*Z 39 Abs 1: Überweisungsaufträge sollen das Empfängerkreditinstitut, die Kontonummer und den vollständigen Kontowortlaut des Begünstigten enthalten. Ein Überweisungsauftrag, der vom Kunden im Wege der elektronischen Datenverarbeitung oder gleichgelagerter technischer Hilfsmittel erteilt wird und auch vom Kreditinstitut in diesem Wege zu bearbeiten ist, wird vom Kreditinstitut ausschließlich an Hand der darin genannten Bankleitzahl des Empfängerkreditinstitutes und der genannten Kontonummer des Empfängers durchgeführt.*

Abs 2: Der im Überweisungsauftrag angegebene Verwendungszweck ist für das Kreditinstitut unbeachtlich.

Abs 3: Die Übernahme eines Überweisungsauftrags durch das Kreditinstitut begründet allein noch keinerlei Rechte eines Dritten gegenüber dem

Kreditinstitut.

Abs 4: Das Kreditinstitut ist zur Durchführung eines Überweisungsauftrags nur dann verpflichtet, wenn dafür auf dem angegebenen Konto des Kunden vollständige Deckung (Guthaben, eingeräumter Rahmen) vorhanden ist.

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

Abs 2: ...

Z 50 Abs 1: Das Pfandrecht sichert die Ansprüche des Kreditinstituts gegen den Kunden aus der Geschäftsverbindung, einschließlich der Gemeinschaftskonten, auch wenn die Ansprüche bedingt, befristet oder noch nicht fällig sind. Das Pfandrecht an Werten aus Gemeinschaftskonten/-depots sichert auch Ansprüche des Kreditinstituts aus der Geschäftsverbindung mit nur einem der Konto-/Depotinhaber".

Abs 2: Das Pfandrecht entsteht mit der Erlangung der Innehabung der Pfandsache durch das Kreditinstitut, sofern Ansprüche des Kreditinstituts gemäß Abs 1 bestehen, andernfalls mit dem Zeitpunkt des späteren Entstehens solcher Ansprüche.

Z 58: Das Kreditinstitut kann ihm obliegende Leistungen an den Kunden wegen aus der Geschäftsverbindung entstandener Ansprüche zurückbehalten, auch wenn sie nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen. Die Z 50 und 51 gelten entsprechend".

Z 59 Abs 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt, zwischen sämtlichen Ansprüchen des Kunden, soweit sie pfändbar sind, und sämtlichen Verbindlichkeiten des Kunden ihm gegenüber aufzurechnen, insbesondere auch zwischen Guthaben aus Gemeinschaftskonten und Ansprüchen des Kreditinstituts gegen einen der Kontoinhaber.

*Abs 2: Das Kreditinstitut wird unbeschadet des bestehenden Aufrechnungsrechtes Dispositionen des Kunden zu Gunsten Dritter über Guthaben aus Girokonten durchführen, solange dem Kunden keine Aufrechnungserklärung zugegangen ist. Eine Pfändung des Guthabens gilt nicht als Disposition des Kunden.*

Z 66 Abs 1: Das Kreditinstitut darf die Ausführung von Wertpapiergeschäften ganz oder teilweise unterlassen, wenn keine entsprechende Deckung vorhanden ist.

*Abs 2: Das Kreditinstitut ist jedoch berechtigt, solche Wertpapiergeschäfte auszuführen, sofern ihm nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrages nur bei Deckung wünscht.*

Abs 3: Schafft der Kunde trotz Aufforderung keine Deckung an, so ist das Kreditinstitut berechtigt, auf Rechnung des Kunden zum bestmöglichen Kurs ein Glattstellungsgeschäft abzuschließen.

Z 69 Abs 1: Das Kreditinstitut ist berechtigt, bei ihm erlegte Wertpapiere dem Depot des Begünstigten anzureihen.

Abs 2: Das Kreditinstitut wird ausdrücklich ermächtigt, im Inland ausgestellte Wertpapiere auch im Ausland und im Ausland ausgestellte Wertpapiere auch im Inland aufzubewahren. Ebenso ist es ermächtigt, auf Namen lautende im Ausland ausgestellte Wertpapiere unter dem Namen des inländischen Verwahrers oder unter dem des Vertrauensmannes des ausländischen Verwahrers ("nominee") eintragen zu lassen.

Abs 3: *Das Kreditinstitut haftet nur für die sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers.*

Die Beklagte führt täglich etwa 500.000 reine Überweisungsaufträge und darüber hinaus noch eine große Anzahl anderer Aufträge wie etwa Wertpapieraufträge durch. Bei manchen schriftlichen Aufträgen kann nachträglich nicht (auch nicht durch Sachverständige) festgestellt werden, ob die Unterschrift vom Kunden stammt oder nicht. Eine Möglichkeit, Unterschriften technisch oder in anderer Form als durch versierte Mitarbeiter zu prüfen, gibt es nicht. Bei der schriftlichen Auftragserteilung erfolgt in der Regel kein persönlicher Kontakt zwischen dem Kunden und einem Mitarbeiter der Beklagten. Die Unterschriftsprüfung erfolgt auf Grund einer von der Bank streng verwahrten Unterschriftskarte. Fälschungen kommen in der Regel im Unternehmensbereich (des Kunden) vor, wobei in aller Regel ein untreuer Mitarbeiter die Fälschung vornimmt. Das Entgelt für eine beleghafte Überweisung beträgt 6 S, jenes für eine beleglose Überweisung 1 S. Im beleglosen Überweisungsverkehr kann die Übermittlung der Überweisungsaufträge durch Datenträger oder elektronisch erfolgen. Die beleglose Überweisung ist für die Beklagte günstiger, weil sie rationeller ist und Prüfungsschritte, die beim beleghaften Überweisungsverkehr vorgesehen sind,

wegfallen. Um Fehlüberweisungen durch Verschreiben zu vermeiden, wird für die Kontonummern ein kompliziertes System verwendet. Bei der Beklagten wurde in den letzten 20 Jahren nur einmal eine Fehlüberweisung auf Grund Verschreibens vorgenommen.

Gemeinschaftskonten und Gemeinschaftsdepots werden meist im Familienbereich, in aller Regel von Ehegatten, begründet. Die Beklagte stellt die Eigentumsverhältnisse an Gemeinschaftskonten und -depots nicht fest und weist die Werte den einzelnen Mitinhabern nicht gesondert zu. Auf Grund einer Arbeitsanweisung wird die Kündigung eines Gemeinschaftskontos - sofern möglich - an alle Kontoinhaber zugestellt. Es kommt aber häufig vor, dass sich diese Personen im Ausland befinden. Vereinbarungen mit einzelnen Kunden sehen vor, dass keine Zustellung im Ausland erfolgen soll. Die Beklagte stellt in Ländern, in denen ungünstige Auswirkungen für den Kunden zu befürchten sind (wie Iran und Irak), nicht zu.

Die Beklagte schließt kreditorisch geführte Konten vierteljährlich, debitorische einmal jährlich ab. Bei der Festlegung des Debetzinssatzes für Überziehungen besteht zwischen der Höhe des Zinssatzes und dem Abschlusszeitpunkt ein Zusammenhang, weil die Abschlussposten berücksichtigt werden müssen.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der eingangs angeführten kursiv geschriebenen Klauseln oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen und es zu unterlassen, sich auf diese zu berufen, soweit sie in bereits

geschlossenen Verträgen unzulässigerweise vereinbart wurden. Der Kläger begehrt ferner, ihn zur Veröffentlichung des Urteils auf Kosten der Beklagten in je einer Samstagsausgabe der "Neuen Kronen-Zeitung" und des "Kurier" zu ermächtigen. Die beanstandeten Bestimmungen verstießen gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Die Klauseln stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten im Einklang. Ein Interesse an der Urteilsveröffentlichung fehle.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren in Ansehung der Klauseln Z 3 Abs 1 Satz 1 Z 3 Abs 3 Satz 2, Z 9 Abs 1 Satz 1, Z 26 Abs 1 und 2, Z 27, Z 36, Z 39 Abs 1 Satz 2, Z 46 Abs 1 Satz 2, Z 50 Abs 1 Satz 2, Z 58 Satz 2, Z 59 Abs 1 und 2, Z 66 Abs 2 und Z 69 Abs 2 und des Urteilsveröffentlichungsbegehren statt und wies das Mehrbegehren ab. Die Abweisung des zunächst auch zu Z 2 und zu Z 63 Abs 1 der AGB erhobenen Unterlassungsbegehrens ist in Rechtskraft erwachsen. Zu den übrigen Klauseln führte das Erstgericht aus:

Z 3 Abs 1 Satz 1 überwälze von keinem der Vertragspartner verschuldete Missbrauchsschäden der Bank auf den Kunden; dieser hafte für derartige Schäden auch nicht nach § 1014 ABGB, weil es sich gerade nicht um Schäden handle, die die Bank im Zuge der Durchführung eines vom Kunden stammenden Auftrags erleide. Die Risikoüberwälzung auf den Kunden sei sachlich nicht gerechtfertigt, weil gefälschte Aufträge nicht pauschal der Risikosphäre des Kunden (der in aller Regel mit dem gefälschten Auftrag gar nicht in Berührung komme) zugewiesen werden könnten. Demgegenüber sei es der Bank wesentlich leichter möglich,



das dem Massengeschäft entspringende Risiko durch Abschluss einer Versicherung oder durch im Massengeschäft unproblematische Überwälzung der nur selten auftretenden Schäden auf alle Kunden wirtschaftlich zu tragen. Eine vom Gesetz abweichende Risikoverlagerung könnte nur dann zulässig sein, wenn gleichzeitig eine angemessene betragsmäßige Haftungsgrenze vorgesehen werde, diese fehle aber. Der Zusatz "und der unwirksame Auftrag nicht dem Kreditinstitut zurechenbar ist" sei unklar bzw unverständlich abgefasst und verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG. Z 3 Abs 3 Satz 2 schließe die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter aus und verstoße gegen § 10 Abs 3 KSchG. Die Formulierung der beanstandeten Bestimmung ermögliche es der Beklagten, auch bei schriftlicher Erklärung des Kunden die Durchführung eines mittels Telekommunikation erteilten Auftrags trotz Zusage auszuschließen. Dies bedeute eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Z 9 Abs 1 Satz 1 befreie die Beklagte von jeder Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden aus jeglicher Art von Bankgeschäften. Sie führe damit bei allen Geschäftsarten einen Sorgfaltsmaßstab ein, der das Schadenersatzrecht des ABGB unterlaufe. Angesichts der wirtschaftlichen Übermacht der Beklagten und der von ihr verwendeten AGB unterliege der Kunde einer zweifach verdünnten Willensfreiheit, die für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit ebenso maßgeblich sei, wie der Umstand, dass die hier vorgenommene Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabes das Schadenersatzrecht des ABGB unterlaufe. Nach der Rechtsprechung sei ein Verzicht auf künftige Schadenersatzforderungen wegen leicht fahrlässiger Schädigung dann unwirksam, wenn damit auf den Ersatz für

gänzlich unvorhersehbare oder atypische Schäden, mit denen nicht gerechnet werden könne, verzichtet werde oder wenn die Vereinbarung (insbesondere im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen) auf die wirtschaftliche Vormachtstellung des Begünstigten zurückzuführen sei. Der hier formulierte Haftungsausschluss erfasse ohne Zweifel auch die Haftung für atypische Schäden. Zur Vermeidung einer sittenwidrigen gröblichen Benachteiligung des Vertragspartners seien der Haftungsfreizeichnung Grenzen gesetzt. Diese bestünden im Zusammenspiel zwischen der wirtschaftlichen Tragfähigkeit und dem Zusammentreffen einer ausgeprägten Vormachtstellung mit der Verdünnung der Willensfreiheit beim Vertragspartner. Bei Berücksichtigung all dieser Umstände benachteilige die vorliegende Freizeichnung den Vertragspartner der Bank gröblich im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB. Z 10 widerspreche nicht dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Nichterwähnung der weiteren Schadenersatzvoraussetzungen des Verschuldens und der Kausalität bedeute nicht, dass diese zum Nachteil des Kunden abbedungen würden; die Rechtslage werde dadurch auch nicht verschleiert oder unzutreffend wiedergegeben, sodass auch der Verbraucher über die wirkliche Rechtslage nicht getäuscht und damit an der Wahrnehmung seiner Rechte auch nicht gehindert werde. Z 23 Abs 2 erster Fall regle das Recht des Unternehmers auf vorzeitige Vertragsauflösung und verstoße nicht gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, der nur Klauseln untersage, die dem Unternehmer ein willkürliches Rücktrittsrecht einräumten. Bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Kündigungsbefugnis seien die Wertungsgesichtspunkte der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit maßgeblich. Als milderer Mittel biete sich - sonstige Vermögenswerte vorausgesetzt - die

Möglichkeit der Sicherheitenbestellung an. Seien weder sonstiges Vermögen noch Sicherheiten vorhanden, so sei es zweifelhaft, ob eine Fälligestellung dazu geeignet sei, die Befriedigung der Forderung der Beklagten zu ermöglichen. Die vorzeitige Fälligestellung des Kredits sei aber bereits dann gerechtfertigt, wenn die Befriedigung der Forderung auch nur wahrscheinlicher oder mit einem geringeren Teil möglich sei. Einem Kreditinstitut sei es nämlich nicht zumutbar, der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden solange zuzusehen, bis feststehe, dass die Forderung nicht mehr einbringlich sei. Auch die Klausel Z 23 Abs 2 zweiter Fall verstoße nicht gegen § 6 Abs 2 Z 1 und § 6 Abs 3 KSchG. Dem Wortlaut der Bestimmung sei eindeutig zu entnehmen, dass die zur vorzeitigen Auflösung des Vertragsverhältnisses führenden unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse oder über sonstige Umstände sich jedenfalls auf wesentliche Aspekte im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung oder Teilen davon beziehen müssten. Die genaue Bedeutung dieser Klausel bleibe dem Kunden auch nicht verborgen. Hingegen widerspreche Z 26 über die Zustimmung des Kunden zur Übermittlung von Daten dem im § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebot. Der Betroffene könne nämlich gemäß § 28 Abs 2 DSG gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben, worauf die Daten binnen acht Wochen zu löschen seien. Die Z 26 enthalte ein verklausuliertes Einverständnis des Kunden zur Erfassung und Weitergabe ihm betreffender Daten, ohne ihn auf das ihm zustehende jederzeitige Widerrufsrecht hinzuweisen. Ohne Hinweis auf diese Widerrufbarkeit könne der Verbraucher die tatsächliche Tragweite seiner Zustimmungserklärung nicht

richtig verstehen. Die in Z 27 aufgenommene Entbindung vom Bankgeheimnis sei nicht zulässig. Eine wirksame Entbindung setze voraus, dass die Erklärung vom Kunden unterschrieben werde und die Zustimmung ausdrücklich erfolge. Die Aufnahme der Klausel in - regelmäßig nicht unterfertigte - Allgemeine Geschäftsbedingungen genüge dafür nicht. Z 36, wonach jeder Mitinhaber zum Empfang der Kündigung des Kontovertrages durch das Kreditinstitut bevollmächtigt sei, sei im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB gröblich nachteilig und daher unwirksam. Es sei den Mitinhabern nicht zumutbar, sich darauf zu verlassen, die erfolgte Kündigung von einem anderen Mitinhaber, dem sie zugegangen sei, mitgeteilt zu erhalten. Der Beklagten seien die Adressen aller Kontoinhaber bekannt, die Zustellung der Kündigung an alle Mitinhaber sei daher mit keiner besonderen Mühe für sie verbunden. Demgegenüber bedeute Z 38 Abs 1 Satz 1 und 2 keine gröbliche Benachteiligung, zumal die Formulierung für genügend Verhandlungsspielraum Sorge und auch die Möglichkeit aufzeige, den Zeitpunkt des Kontoabschlusses individuell zu vereinbaren. Die Klausel sei auch nicht unklar oder unvollständig im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG. Z 39 Abs 1 Satz 2 weise dem Kunden ein erhebliches Risiko zu, das von der Beklagten steuerbar und in der von ihr ermöglichten beleglosen Überweisung systemimmanent sei. Eine Klausel, nach der die Kreditunternehmung berechtigt sei, Aufträge auf Grund der Kontonummer durchzuführen, ohne verpflichtet zu sein, die Übereinstimmung zwischen Kontonummer und Empfängername zu überprüfen, benachteilige den im Überweisungsträger ausgewiesenen Zahlungsempfänger gröblich und sei deshalb nichtig. Die Abgleichungspflicht bestehe auch im beleglosen Überweisungsverkehr mittels

Datenträger austausches. Der Vorteil des beleglosen Überweisungsverkehrs liege auch nicht auf Seite des Kunden, vielmehr sei ein Rationalisierungseffekt bei der Beklagten zu erkennen. Der in Z 46 Abs 1 vorgesehene Aufwandsatz verstoße insoweit weder gegen § 6 Abs 3 KSchG noch gegen § 879 Abs 3 und § 864a ABGB, als jener Aufwand abgedeckt werden soll, der dadurch entstehe, dass der Kunde die Bank angewiesen habe, von seinem ungedeckten Konto Abbuchungen durchzuführen. Soweit allerdings der Aufwandsatz für den Fall exekutiver Schritte Dritter gegen den Kontoinhaber vorgesehen werde, sei die Klausel gröblich benachteiligend und demnach nichtig. Die Exekutionsordnung sehe vor, dass der Drittschuldner die durch die Drittschuldnererklärung entstandenen Kosten vom Gläubiger ersetzt bekomme; ein direktes Überwälzen dieser Kosten auf den betreffenden Kontoinhaber sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Z 50 Abs 1 differenziere nicht zwischen den verschiedenen Arten von Gemeinschaftskonten ("Und-Konto" bzw "Oder-Konto") und widerspreche damit dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Seien nur alle Kontoinhaber gemeinsam über ein Konto verfügungsberechtigt, würden auf diese Gemeinschaft die §§ 825 ff ABGB angewendet. Die Forderungen der Gemeinschaft seien Gesamthandforderungen im Sinne des § 890 ABGB, sodass die Bank allen gemeinsam leisten müsse und einzelne Kontoinhaber nur mit Zustimmung der übrigen über das Konto verfügen oder Hinterlegung für alle verlangen könnten. Die Bank dürfe daher mit Forderungen gegen einen Kontoinhaber nicht aufrechnen. Eine Pfändung durch Gläubiger eines Kontoinhabers könne ohne Zustimmung der übrigen Mitinhaber nicht stattfinden. Anderes gelte für sogenannte "Oder-Konten", bei welchen jeder Kontoinhaber

gegenüber der Bank das Guthaben allein beanspruchen könne; hier sei die Pfändbarkeit des Guthabens auch dann gegeben, wenn der Gläubiger einen Exekutionstitel bloß gegen einen Inhaber besitze. Auch Z 58 Satz 2 erfordere gleichfalls eine Differenzierung zwischen den möglichen Arten von Gemeinschaftskonten; mangels entsprechender Differenzierung sei die Klausel nichtig. Z 59 Abs 1 und 2 sei nachteilig und überraschend im Sinn des § 864a ABGB. Sie schließe den im Girovertrag auf Grund seines Zwecks enthaltenen stillschweigenden Aufrechnungsverzicht vorweg und generell aus. Z 66 Abs 2 berechtige das Kreditinstitut, Wertpapiergeschäfte trotz Fehlens einer entsprechenden Deckung auszuführen, wenn ihm nicht erkennbar sei, dass der Kunde die Durchführung des Auftrages nur bei Deckung wünsche. Die Beklagte versuche durch diese Klausel, sich von einer Prüfung des Vorhandenseins entsprechender Deckung zu entbinden. Eine derartige Prüfung sei allerdings erforderlich, weil aus dem vom Kunden gegebenen Auftrag nicht geschlossen werden könne, dass Wertpapiergeschäfte auch dann auszuführen seien, wenn für keine Deckung gesorgt sei. Die in den AGB festgelegte Unterlassung dieser Überprüfung sei daher für den Kunden, so er die Bank nicht ausdrücklich beauftragt habe, Wertpapiergeschäfte auch bei fehlender Deckung auszuführen, gröblich benachteiligend und somit nichtig. Z 69 Abs 3 beschränke die Haftung der Beklagten auf die sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers, sie schließe die Haftung der Beklagten für die Erfüllung der Pflicht aus dem Depotvertrag aus und überbinde damit den Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung dem Drittverwahrer. Die schuldbefreiende Wirkung trete erst durch die vertragliche Vereinbarung ein und nicht bereits durch die von § 3 Abs 3 DepotG ermöglichte Substitution, die eine Gehilfenhaftung

vorsehe und daher eine weitere rechtsgeschäftliche Vereinbarung benötige. Diese unterliege jedoch dem Anwendungsbereich des § 6 Abs 2 Z 2 KSchG, wonach die Vereinbarung mit dem Verbraucher im Einzelnen ausgehandelt werden müsse. Die Klausel sei daher im Sinn des § 879 ABGB ungültig. Zusammenfassend sei die Beklagte daher zur Unterlassung der Verwendung der angeführten und sinngleicher Klauseln verpflichtet. Aus § 28 KSchG ergebe sich auch die Verpflichtung, sich in bereits geschlossenen Verträgen nicht auf diese Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart seien. Ein berechtigtes Interesse an der Urteilsveröffentlichung sei zu bejahen. Angesichts der Größe und Bedeutung der Beklagten habe ein nicht unbeträchtlicher Personenkreis Interesse an der Aufklärung über die Unzulässigkeit bestimmter Klauseln, sodass das Veröffentlichungsbegehren auch seinem Umfang nach gerechtfertigt sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge; in Stattgebung der Berufung der klagenden Partei änderte es das Urteil des Erstgerichts dahin ab, dass es über die im Ersturteil bereits enthaltenen Unterlassungsgebote hinaus der Beklagten die Unterlassung der weiteren Klauseln Z 10, Z 23 Abs 2 erster Fall, Z 23 Abs 2 zweiter Fall und Z 38 Abs 1 Satz 2 (sowie sinngleicher Klauseln) gebot und die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung je einmal in Samstagsausgaben des redaktionellen Teils der "Neuen Kronen-Zeitung" sowie des "Kurier" auf Kosten der Beklagten ermächtigte. Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstandes 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof einen vergleichbaren Fall noch nicht entschieden habe. Es vertrat die Auffassung, auch die vom

Erstgericht als unbedenklich beurteilten Klauseln Z 10, Z 23 Abs 2 erster Fall, Z 23 Abs 2 zweiter Fall und Z 38 Abs 1 Satz 2 seien gesetzwidrig. Z 10 verstoße gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil von ihr die Gefahr ausgehe, dass der typische Verbraucher bei der Vertragsabwicklung von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt würden. Die Bestimmung erwecke den Eindruck, jede Verletzung der in der Folge angeführten Mitwirkungspflichten des Kunden führe - ohne Rücksicht auf ein ihn allenfalls treffendes Verschulden - zu Schadenersatzansprüchen der Beklagten bzw zur Minderung von Schadenersatzansprüchen des Kunden gegen die Beklagte. Die Klausel gebe nicht zu erkennen, dass die nach dem allgemeinen Zivilrecht bestehenden Voraussetzungen für die Berechtigung eines Schadenersatzanspruches auch hier maßgeblich sein sollten und sei daher zu weit gefasst. Eine geltungserhaltende Reduktion der zu weit gefassten Klausel sei im Verbandsklageverfahren nicht möglich. Das in Z 23 Abs 2 erster Fall vorgesehene Rücktrittsrecht der Beklagten für den Fall, dass eine Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten eintrete und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet sei, widerspreche dem Gesetz. Die Wirksamkeit eines in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten Rücktrittsrechts setze voraus, dass der Unternehmer einen sachlichen Grund für seinen Rücktritt habe, der so schwer wiege, dass eine Abschwächung der Vertragstreue gerechtfertigt erscheine. Derartige Rücktrittsgründe müssten nach Art und Intensität jenen gleichen, die der Gesetzgeber selbst zum Anlass eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes nehme. Solche Gründe seien dann gegeben, wenn - für den



Verbraucher erkennbar - bestimmte für die Vertragsabwicklung wesentliche Umstände sich ohne Einflussmöglichkeit des Unternehmers so entwickelten, dass für ihn die Leistung unmöglich oder so erheblich erschwert werde, dass sein Interesse an der Auflösung des Vertrages respektiert werden müsse. Die Loslösung vom Vertrag müsse aber geeignet sein, die Interessen des Unternehmers zu befriedigen, die Wahrscheinlichkeit der Befriedigung der Beklagten müsse sich somit durch den Rücktritt erhöhen. Dies sei bei der zu beurteilenden Klausel, die lediglich auf die Gefährdung der Erfüllung von Verbindlichkeiten im Fall der Vermögensverschlechterung abstelle, nicht der Fall. Sie sei daher zu weitgehend, weil sie auch Fälle umfasse, in denen die Kündigung des Vertrags die Befriedigungsaussicht der Beklagten nicht verbessere; sie widerspreche somit dem Verbot des § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Im Übrigen müsse bei einer Kündigung wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten berücksichtigt werden, ob die Gefährdung der Befriedigung der Beklagten nicht etwa durch Bestellung weiterer Sicherheiten verringert oder hintangehalten werden könne. Eine derartige, im Hinblick auf das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung des Rücktrittsrechts notwendige Einschränkung sei der Bestimmung nicht zu entnehmen, sodass sie auch in dieser Hinsicht (bei der im Verbandsklageverfahren maßgeblichen kundenfeindlichsten objektiven Auslegung) gegen das Differenzierungsgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstoße. Auch der in Z 23 Abs 2 zweiter Fall vorgesehene weitere Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung umfasse Fälle ohne sachliche Rechtfertigung und verstoße damit gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG. Im Sinn der gebotenen kundenfeindlichsten

objektiven Auslegung sei dieser Bestimmung zu entnehmen, dass unrichtige Angaben des Kunden über seine Vermögensverhältnisse (somit auch Angaben, die auf den Vertragsabschluss bzw die Vertragsgestaltung keinen Einfluss gehabt haben könnten) jedenfalls einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung bildeten. Nach Z 38 Abs 1 Satz 1 und 2 würden Zinsen aus Guthaben und Zinsen bei einem Debetsaldo ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt; die Bestimmung verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel bewirke, dass die Beklagte durch die wesentlich kürzere Abrechnungsperiode und die dadurch bewirkte häufige Rekapitalisierung Zinseszinsen in höherem Maße vereinnahmen könne als der Verbraucher im Falle eines Guthabens. Dass die Beklagte bei der Festlegung der Höhe des Sollzinssatzes die Möglichkeit erhöhter Zinseszinsen berücksichtige, sei für den Konsumenten mangels Darlegung des Zusammenhanges nicht ohne weiteres ersichtlich, sodass auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot verwirklicht werde. Entgegen der Auffassung der Beklagten lege diese Klausel auch nicht die Hauptleistungspflicht fest, sodass sie der Inhaltskontrolle im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB zugänglich sei. Sie sei auch nicht durch die Möglichkeit einer individuellen Vereinbarung gerechtfertigt. Nach den Feststellungen des Erstgerichts werden die von der Beklagten kreditorisch geführten Konten vierteljährlich, debitorisch geführte hingegen einmal jährlich abgeschlossen und gebe es bei kreditorischen Konten keine abweichenden Perioden. Eine praktische Möglichkeit, dass der Kunde bei Abschluss eines Kontovertrags erfolgreich Verhandlungen über die Abschlusszeitpunkte aufnehme, bestehe somit nicht.

Zu den übrigen, bereits vom Erstgericht als gesetzwidrig beurteilten Klauseln führte das Berufungsgericht

aus: Z 3 Abs 1 Satz 1 bedeute eine weitreichende und undifferenzierte Risikoüberwälzung auf den Bankkunden, die eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sei. Ihr Zusatz "und der unwirksame Auftrag nicht dem Kreditinstitut zurechenbar ist" weise mangels jeglicher Differenzierung nach verschiedenen Geschäftsarten einen das Transparenzgebot verletzenden, zu hohen Abstraktionsgrad auf. Die Klausel entspreche auch nicht dispositivem Recht, weil der Aufwandsersatzanspruch nach § 1014 ABGB einen Auftragsvertrag voraussetze, der in den durch die Klausel geregelten Fällen mangels eines vom Kunden stammenden Auftrags nicht zustandekomme. Ein vom Kunden stammender Auftrag liege in Wahrheit nicht vor, weshalb sich die Beklagte auch nicht darauf berufen könne, zur Ausführung von Aufträgen ihres Kunden im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags verpflichtet zu sein. Mangels einer zumindest auf Seiten des Kunden bestehenden Erklärungsfahrlässigkeit widerspreche die Haftung für tatsächlich nicht von ihm stammende Willenserklärungen den Grundsätzen privatautonomer Rechtsgestaltung. Im Übrigen sei die Bank eher in der Lage, das Risiko gefälschter Aufträge zu beherrschen, als der Kunde, der mit dem gefälschten Auftrag in aller Regel gar nicht in Berührung komme. Sie könne die im Massengeschäft nur sehr selten auftretenden Schäden leicht durch die große Zahl von Kunden überwälzen oder eine Versicherung abschließen. Dass sich derartige Fälschungsfälle meist in der Sphäre von Kunden, die Unternehmer seien, ereigneten, sei unbeachtlich, weil es hier um die Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verkehr mit Verbrauchern gehe. Eine Rechtfertigung für die von der Beklagten angestrebte Risikoüberwälzung bestehe nicht. Die Beklagte könne sich auch nicht auf einen

Beweisnotstand berufen, weil § 6 Abs 1 Z 11 KSchG den Konsumenten davor schütze, dass ihm eine vom Gesetz her nicht vorgesehene Beweislast auferlegt werde. Stamme der Auftrag seinem äußeren Anschein nach vom Kunden, komme der Beklagten im Übrigen der prima-facie-Beweis zugute, es müsse daher der Kunde in einem solchen Fall zumindest die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes beweisen. Mangels Differenzierung nach Art der Auftragserteilung (schriftlich, fernmündlich, elektronisch) sei die beanstandete Klausel für den Kunden im Übrigen unklar oder unverständlich im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG; insbesondere sei für ihn nicht erkennbar, was unter "nicht dem Kreditinstitut zurechenbar" zu verstehen sei. Z 3 Abs 3 Satz 2 enthalte durch die Normierung zusätzlicher Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Durchführung mündlicher Aufträge zumindest in den Fällen der formlosen Zusage der Auftragsausführung eine Umgehung des § 10 Abs 3 KSchG, wonach die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden könne. Abgesehen davon, dass diese Bestimmung geeignet sei, den Verbraucher davon abzuhalten, Rechte aus einer formlosen Zusage geltend zu machen, sei sie zu weit gefasst und verstoße damit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Unsicher bleibe, wie die Beklagte im Fall eines mittels Telekommunikation erteilten Auftrags verfahren werde; die Schaffung einer derartigen Unsicherheitslage berücksichtige die beiderseitigen Interessen nicht angemessen, sodass auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB vorliege. Die in Z 9 Abs 1 Satz 1 vorgesehene generelle Befreiung der Beklagten von der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Schäden sei gröblich

benachteiligend, weil unangemessen. Aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG könne nicht abgeleitet werden, dass ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit generell unbedenklich sei. Im vorliegenden Fall sei zu berücksichtigen, dass die Willensfreiheit des mit der Beklagten (oder mit anderen in Österreich tätigen, dieselben Bedingungen verwendenden Kreditinstituten) kontrahierenden Kunden in mehrfacher Hinsicht als "verdünnt" qualifiziert werden müsse: Der Verbraucher stehe einem wirtschaftlich übermächtigten Partner gegenüber, der die Haftungsfreizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsehe. Hinzu komme, dass der Abschluss von Bankgeschäften in gewissen Bereichen des heutigen Alltagslebens praktisch nicht vermieden werden könne. Es liege daher in besonderer Weise eine Situation vor, die auf Grund mehrfacher "Verdünnungsmomente" die Willensfreiheit des Verbrauchers derart einschränke, dass die hier vorliegende Abweichung von den Grundsätzen der Schadenersatzhaftung besonders kritisch zu hinterfragen sei. Die allgemein gefasste Freizeichnungsklausel decke auch Fälle ab, in denen die Rechtsprechung den Vorwegausschluss der Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit abgelehnt habe. Insoweit widerspreche die allgemein gefasste Freizeichnung dem Transparenzgebot. § 1313a ABGB stelle das Verschulden von Erfüllungsgehilfen dem eigenen gleich, sodass auch bei der im Bankgeschäft regelmäßigen Einschaltung von Erfüllungsgehilfen kein schwächeres Zurechnungsmoment zum Tragen komme. Eine Reduktion der Haftung auf Grund der Tatsache der Beiziehung von Gehilfen komme daher nicht in Frage. Z 26 lege nahe, dass die Daten des Kunden nur mit seiner Zustimmung verwendet werden sollen, sodass der Kunde damit in jedem Fall auch ein Widerrufsrecht habe. Die von der Beklagten

vertretene Ansicht, sie wäre zur Datenverwendung gemäß § 8 Abs 1 Z 1 DSG auch ohne Zustimmung des Kunden berechtigt, bedeute eine Täuschung des Kunden und damit einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Zweck des Verbandsprozesses sei es auch, Klauseln zu beseitigen, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln, sodass schon unter diesem Aspekt die Information über das Widerrufsrecht nach § 28 Abs 2 DSG gefordert werden müsse. Angesichts der zentralen Bedeutung der Widerrufs- bzw Widerspruchsmöglichkeit für die Rechtsstellung des von der Datenübermittlung Betroffenen sowie der weit verbreiteten Unkenntnis der Kunden vom Bestehen dieser Rechte müsse die Widerrufbarkeit der Zustimmung zur Datenübermittlung im Sinn des aus dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG abgeleiteten Vollständigkeitsgebots Bestandteil der beanstandeten Klausel sein. Die in Z 27 aufgenommene Klausel über die Entbindung vom Bankgeheimnis verstoße gegen § 38 Abs 2 Z 5 BWG, der die ausdrückliche und schriftliche Zustimmung des Kunden (somit die eigenhändige Unterschrift) verlange. Im Übrigen erwecke die beanstandete Klausel den irreführenden Eindruck, sie werde bereits durch die bloße Aufnahme in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt. Die in Z 36 enthaltene generelle Empfangsvollmacht jedes einzelnen Kontomitinhabers enthalte keine Einschränkung auf allenfalls besonders berücksichtigungswürdige Fälle und sei unwirksam; übersiedle ein Kontomitinhaber an einen der Bank nicht bekannten Ort, verletze er eine dieser gegenüber bestehende Verpflichtung und könne sich die Bank daher mit der in den Bedingungen enthaltenen Zugangsfiktion behelfen. Allfällige Beweisschwierigkeiten im Fall der Behauptung des Kunden,

eine Kündigung nicht erhalten zu haben, seien nach der Beweislastregel zu lösen, wonach grundsätzlich jeden die Beweislast für anspruchsbegründende Tatsachen treffe. Dieses Problem dürfe im Hinblick auf § 6 Abs 1 Z 11 KSchG nicht zu Lasten des Verbrauchers gelöst werden. Auch die in Z 39 Abs 1 Satz 2 festgelegte Abweichung von der Pflicht, die Übereinstimmung von Kontonummer und Kontoinhaber auf Empfängerseite zu überprüfen, sei gröblich benachteiligend. Aus der Übermittlung der Überweisungsdaten auf elektronischem Wege könne nicht geschlossen werden, dass der Kunde mit der elektronischen Bearbeitung und Weiterleitung seines Auftrags bloß an Hand der Bankleitzahl und der Kontonummer einverstanden sei, gebe er doch auch auf elektronischem Weg den Namen des Empfängers bekannt. Dass vom Kunden auch die Angabe des Empfängernamens verlangt werde, lege vielmehr nahe, dass auch dieser zum Datenabgleich verwendet werde; darauf dürfe sich der Kunde aber auch verlassen. Die für den Kunden nachteilige Vertragsbestimmung werde auch nicht durch das Argument geringerer Kosten ausgeglichen. Es seien weder die Kosten einer zusätzlichen Prüfung der Identität von Kontowortlaut und Kontonummer im beleglosen Zahlungsverkehr bekannt, noch bestünde für den Kunden die Wahl zwischen einer billigeren Variante ohne Identitätsprüfung und einer teureren Variante mit einer derartigen Prüfung. Er könne nur zwischen einem beleglosen und einem schriftlichen Überweisungsauftrag wählen. Im Übrigen sei die Entgeltreduktion zu Gunsten des beleglosen Überweisungsverkehrs bereits dadurch gerechtfertigt, dass der Kunde durch die eigene Eingabe der Buchungsdaten der buchenden Bank diesen langwierigen und mühsamen und daher kostenintensiven Vorgang erspart. Sollte sich der Kunde

verschreiben, verwirkliche sich damit ein Risiko, das aus der Sphäre des Kunden stamme, von der Bank jedoch durchaus steuerbar sei. Die Bank habe die Möglichkeit, durch einen automatisierten Prüfschritt die Fehlleistung des Kunden aufzudecken, was auch ihre Pflicht als ein dem Kundeninteresse verpflichteter Geschäftsbesorger wäre. Eine Teilung des Risikos wäre daher sachgerecht, wobei dem sorgfaltswidrig handelnden Kunden ein Mitverschulden zur Last falle. Soweit Z 46 Abs 1 Satz 2 den Kunden zum pauschalen Aufwandsatz verpflichte, wenn das Kreditinstitut eine Zahlungsanweisung mangels Deckung nicht durchführen könne, sei sie schon deshalb im Sinn eines Verstoßes gegen § 6 Abs 3 KSchG gesetzwidrig. Sie erwecke nach ihrem objektiven Wortlaut den Anschein, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Kunden einen Schadenersatzanspruch der Bank zu regeln. § 1014 ABGB könne diese Klausel nicht rechtfertigen, weil es hier nicht um einen mit der Ausführung des Auftrags verbundenen Aufwand gehe, sondern um Kosten, die im Zuge der Ablehnung eines Auftrags allenfalls erwachsen. Hinsichtlich des für den Fall von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden normierten Entgelts werde auf die zutreffende Begründung des Erstgerichts verwiesen. Nur ein Handeln auf Grund eines Auftrags des Kunden und ein im Zug dieses Handelns getätigter Aufwand oder erlittener Schade könne zu einem Anspruch nach § 1014 ABGB führen. Grundlage für das Handeln des Drittschuldners sei aber nicht der Auftrag des Kunden, sein Handeln erfolge im Interesse des betreibenden Gläubigers. Da allfällige Kosten auf Grund des Exekutionsverfahrens der Bank als Drittschuldnerin entstünden, sei die in der Exekutionsordnung enthaltene Regelung über die dem Drittschuldner zu ersetzenden Kosten



als abschließend anzusehen. Ein darüber hinausgehender pauschaler Schadenersatzanspruch der Bank gegenüber ihrem Kunden sei daher jedenfalls gröblich benachteiligend. Zu Z 50 Abs 1 Satz 2 und Z 58 Satz 2 bewirke bereits die fehlende Differenzierung zwischen dem Konto mit gemeinsamer Verfügungsbefugnis der Kontoinhaber (Und-Konto) und dem Konto mit selbständiger Verfügungsbefugnis aller Kontoinhaber (Oder-Konto) einen Verstoß gegen das Transparenzgebot und damit die Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel. Die ganz allgemein formulierte Aufrechnungsermächtigung in Z 59 Abs 1 und 2 erfasse auch Fälle, in denen diese Aufrechnung nach dem Zweck des zu Grunde liegenden Girovertrags ausgeschlossen ist. Sie verstoße damit gegen das Transparenzgebot, weil sie die dabei gebotene Differenzierung unterlasse. Dieser Klausel stehe nicht nur der Zweck des Girovertrags als Grundlage für die Annahme eines konkludenten Aufrechnungsverzichts entgegen, sondern auch ihr überraschender und nachteiliger Charakter im Sinn des § 864a ABGB. Auch die in Z 59 Abs 1 letzter Halbsatz enthaltene Ausdehnung der Aufrechnungsmöglichkeit auf Guthaben aus Gemeinschaftskonten und Ansprüchen des Kreditinstituts gegen einen der Kontoinhaber verstoße mangels Differenzierung zwischen "Und"-Konten und "Oder"-Konten gegen das aus § 6 Abs 3 KSchG abzuleitende Differenzierungsgebot. Die in Abs 2 dieser Klausel enthaltene Einschränkung, wonach Dispositionen des Kunden zu Gunsten Dritter über Guthaben aus Girokonten durchgeführt würden, solange dem Kunden keine Aufrechnungserklärung zugegangen sei, vermöge daran nichts zu ändern, weil der aus dem Zweck des Girovertrags abgeleitete schlüssige Aufrechnungsverzicht nicht durch eine in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel beseitigt werden könne. Die in Z 66 Abs 2 vorgesehene Befreiung der Beklagten von der Pflicht, das Vorhandensein einer entsprechenden Deckung zu überprüfen, sei grob nachteilig. Im Übrigen sei aus der allgemeinen Wohlverhaltensregel des § 11 Abs 2 WAG in Zusammenhang mit der Normierung der Informationspflicht des Finanzdienstleisters in § 13 Z 4 WAG die Verpflichtung der Bank abzuleiten, den Kunden auf die mangelnde Deckung seines Auftrags hinzuweisen, es sei denn, der Kunde erkläre ausdrücklich, dass der Auftrag unabhängig von der fehlenden Deckung durchgeführt werden solle. Bei der Erbringung gewerblicher Dienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapieren oder der sonstigen Veranlagung von Vermögen seien die Interessen der Kunden bestmöglich zu wahren; der Finanzdienstleister habe seinen Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Interessenwahrung und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich sei. Eine Rückfrageverpflichtung der Beklagten im Falle der Feststellung fehlender Deckung sei daher im Hinblick auf die möglichen gravierenden nachteiligen Folgen für den Kunden bei Nichtlieferbarkeit der verkauften Stücke zwingend geboten. Im Hinblick auf den in Z 66 Abs 1 aufgenommenen Vorbehalt (einen nicht gedeckten Auftrag nicht auszuführen) dürfe der Kunde ohnehin nicht darauf vertrauen, dass sein ungedeckter Auftrag sofort durchgeführt werde. Die im Regelfall mit einer Rückfrage verbundene kurzfristige Verzögerung sei typischerweise mit wesentlich geringeren Gefahren verbunden, als die Ausführung eines Auftrags ohne hinreichende Deckung. Die Klausel Z 69 Abs 3 sei gleichfalls unwirksam. § 1010 ABGB erlaube die Substitution ohne Zustimmung des Geschäftsherrn nur in Notfällen oder dann,

wenn der Auftrag notwendigerweise die Heranziehung eines Dritten erforderlich mache. Dieser Situation trage Z 8 Abs 1 der AGB Rechnung. § 1010 ABGB lasse den Geschäftsbesorger in Fällen nicht vermeidbarer Substitution nur dann bloß für Auswahlverschulden haften, wenn der Geschäftsherr der Substitution zugestimmt habe. Daraus folge aber, dass die Beklagte bei freiwilliger Einschaltung eines Drittverwahrers die Haftung gegenüber Verbrauchern nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Auswahlverschulden einschränken dürfe. § 3 Abs 3 Satz 2 Depotgesetz, der die Vereinbarung der Haftung für Auswahlverschulden zulasse, werde für Verbraucher durch § 6 Abs 2 Z 2 KSchG insoweit eingeschränkt, als ein individuelles Aushandeln einer derartigen Haftungsbeschränkung notwendig werde, die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in Geschäftsbedingungen reiche hingegen nicht. Das Depotgesetz könne auch dem Konsumentenschutzgesetz gegenüber nicht als die speziellere Norm angesehen werden. Zum Umfang der Urteilsveröffentlichung vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, angesichts der bundesweiten Tätigkeit der Beklagten im Privatkundengeschäft und des alle sozialen Schichten umfassenden Kundenkreises sei die Urteilsveröffentlichung in zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen gerechtfertigt.

Die Revision der Beklagten ist zulässig und teilweise berechtigt.

Zur Bestimmung Z 3 Abs 1 Satz 1: "Das Kreditinstitut ist berechtigt, Aufträge, die ihm im Rahmen einer Geschäftsverbindung mit dem Kunden erteilt werden, auf dessen Rechnung durchzuführen, wenn es ohne

Verschulden zur Ansicht kommt, dass sie vom Kunden stammen, und der unwirksame Auftrag nicht dem Kreditinstitut zurechenbar ist." ...

Die Revision wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die in dieser Bestimmung vorgesehene, weit reichende und undifferenzierte Risikoüberwälzung benachteilige den Bankkunden im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB gröblich und verletze - mangels Differenzierung nach der Art der Auftragserteilung - das Transparenzgebot. Sie meint, die Klausel regle in einer dem positiven Recht (§ 1014 ABGB) entsprechenden Weise die Tragung des mit gefälschten Aufträgen verbundenen Risikos. Dass der Kunde das Risiko aus einem gefälschten Auftrag zu tragen habe, den das Kreditinstitut auf Grund einer unverdächtigen Urkunde im Rahmen der Geschäftsverbindung zum Kunden ausführe, stehe mit § 1014 ABGB im Einklang. Als Geschäftsbesorgungsverhältnis im Sinn dieser Bestimmung sei die Geschäftsverbindung des Kunden mit der Bank (und nicht ein einzelner konkreter Auftrag) anzusehen. Die Durchführung gefälschter Aufträge sei ein typisches Risiko, das mit dem als Auftragsverhältnis zu qualifizierenden Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen Bank und Kunden verbunden sei. Selbst wenn § 1014 ABGB nicht unmittelbar anwendbar sein sollte, sei die in der Klausel vorgesehene verschuldensunabhängige Risikohaftung des Geschäftsherrn - in dessen Rechtssphäre das Fälschungsrisiko entspringe - sachlich gerechtfertigt und führe nicht zu einem unangemessenen Missverhältnis der Rechtspositionen. Dem ist nicht zu folgen:

§ 1014 ABGB betrifft Aufwändersatz und Schadenersatzansprüche des Machthabers (Auftragnehmers), der im Zuge eines vom Machtgeber (Auftraggeber)

veranlassten Handelns einen Aufwand macht oder einen Schaden erleidet. Die Revisionsbeantwortung weist - wie schon die Vorinstanzen - zutreffend darauf hin, dass in den von der Klausel erfassten Fällen gefälschter Aufträge kein vom Auftraggeber veranlasstes Handeln vorliegt, die Bank den Schaden daher gerade nicht bei Erfüllung eines vom Kunden erteilten Auftrags erleidet. Die Auffassung der Beklagten, unter "Auftrag" im Sinn dieser Bestimmung sei bezogen auf den zu beurteilenden Fall nicht der konkrete gefälschte Auftrag zu verstehen, sondern das mit den Kunden bestehende Geschäftsbesorgungsverhältnis (zB ein Girovertrag), auf dessen Grundlage sie verpflichtet sei, individuelle Aufträge des Kunden auszuführen, ist schon mit der Formulierung der beanstandeten Klausel nicht in Einklang zu bringen. Danach ("Aufträge, die dem Kreditinstitut im Rahmen einer Geschäftsverbindung mit dem Kunden erteilt werden ...") überwälzt die Beklagte das Risiko für gefälschte Aufträge auf den Kunden und nicht das Risiko aus der Geschäftsverbindung selbst. Die Klägerin weist in ihrer Revisionsbeantwortung zutreffend darauf hin, dass die Beklagte auch bei einer Geschäftsbesorgung (wie beispielsweise einem Girovertrag) nur die Verpflichtung übernimmt, auf Weisung Aufträge des Kunden (nicht aber auch von Dritten stammende gefälschte Aufträge) durchzuführen. Stammt daher der vom Kreditinstitut durchgeführte, zu seinem Schaden führende Auftrag nicht von seinem Kunden, fehlt es an einem Bezug zu dem zwischen dem Kreditinstitut und ihrem Kunden bestehenden Vertragsverhältnis. Die Beklagte kann sich in diesen Fällen nicht darauf berufen, zur Ausführung derartiger (gefälschter) Aufträge im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrags mit ihrem Kunden verpflichtet zu sein. Der der Bank daraus

entstehende Schaden kann nicht als ein "mit der Erfüllung des Auftrages" (aus dem Girovertrag verbundener Schaden) angesehen werden. Dieser Bezug wird auch nicht dadurch hergestellt, dass der Auftrag scheinbar vom Kunden stammt. Seine Fälschung verhindert vielmehr das Zustandekommen eines wirksamen Auftrags; die gefälschte Erklärung ist dem Bankkunden nicht zurechenbar (Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I Rz 6/25 f).

Die Vorinstanzen sind somit im Einklang mit der herrschenden Lehre (Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I Rz 6/50; vgl Hofmann, Bemerkungen zu den Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte [ABB 2000], ÖBA 2002, 371) zutreffend davon ausgegangen, dass nicht vom Bankkunden stammende gefälschte Aufträge keine Aufwands- und Schadenersatzansprüche der Bank nach § 1014 ABGB begründen. Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre in Österreich und Deutschland (ÖBA 2001, 250; Hofmann aaO 375, insbesondere FN 39 mwN; Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 6/50) ist das Fälschungsrisiko beim Giroverkehr grundsätzlich von der Bank zu tragen.

Von dieser Risikoregel weicht die beanstandete Klausel ab. Ob diese den Bankkunden im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligt, ist an Hand einer umfassenden Prüfung und Gegenüberstellung der beiderseitigen Interessen zu beurteilen: Fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung der Abweichung und führt der im Rahmen der Interessenabwägung anzustellende Vergleich beider Rechtspositionen zu einem auffallenden, unangemessenen Missverhältnis, ist eine gröbliche Benachteiligung zu bejahen (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 879

Rz 242; Hofmann aaO 375; ÖBA 2001, 944; Koziol/Welser I12 121). Dazu vertritt die Beklagte die Auffassung, die in der Klausel vorgesehene (eingeschränkte) Risikotragung des Kunden entspreche der verschuldensunabhängigen Risikohaftung des Geschäftsherrn nach § 1014 ABGB und sei sachlich gerechtfertigt, weil das Fälschungsrisiko aus der Sphäre des Kunden stamme und in den von der Klausel umfassten Fällen für die Beklagte nicht beherrschbar sei; sie führe auch nicht zu einem unangemessenen Missverhältnis der Rechtspositionen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die § 1014 ABGB zu Grunde liegenden gegenseitigen Interessen nicht mit der für die Beurteilung der beanstandeten Risikoüberwälzung maßgeblichen Interessenlage verglichen werden können. § 1014 ABGB liegt die Überlegung zu Grunde, dass derjenige, in dessen Interesse und Auftrag eine Tätigkeit ausgeführt wird (unabhängig von einem allfälligen Verschulden) für jene Risiken einzustehen hat, die für das beauftragte Geschäft typisch und voraussehbar sind (Koziol/Welser I<sup>12</sup> 198 f). Diese Überlegung ist aber nur so lange tragfähig, als die Geschäftsbesorgung zumindest im überwiegenden Interesse des Auftraggebers erfolgt. Dies ist schon dann nicht mehr der Fall, wenn - wie hier - der mit der Geschäftsführung Beauftragte (die Bank) entgeltlich handelt und daher auch selbst ein Interesse an der Ausführung des Geschäftes hat (vgl dazu Hofmann aaO). Im Übrigen gebührt dem Machthaber nach herrschender Lehre kein Ersatz nach § 1014 ABGB, wenn das Schadensrisiko durch das vom Machtgeber gezahlte Entgelt abgedeckt und überwältzt erscheint (Apathy in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 1014 Rz 13 mwN; Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, 89 f, 160 ff; Bernd A. Oberhofer, Die Risikohaftung wegen Tätigkeit in fremdem Interesse, JBl 1995, 226). Davon ist

nach den Umständen auszugehen, zumal die Beklagte selbst ins Treffen führt, Fälschungen im Geschäft mit Verbrauchern kämen praktisch kaum vor. Das damit verbundene Risiko kann daher bei der Entgeltkalkulation keine Rolle spielen und leicht absorbiert werden. Ob die Beklagte dieses Risiko bei der Kalkulation ihres Entgelts tatsächlich berücksichtigt (sie stellt dies in Abrede), ist ohne Bedeutung, weil die Frage, ob das Fälschungsrisiko als abgegolten anzusehen ist, nach objektiven Kriterien beurteilt werden muss.

Die durch die beanstandete Klausel vorgenommene Überwälzung des Fälschungsrisikos auf den Bankkunden ist auch sachlich nicht gerechtfertigt. Die Revision meint, dieses Risiko stamme aus der Sphäre des Kunden und sei in den von der Klausel umfassten Fällen für die Bank nicht beherrschbar. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen kommen Fälschungen im Zusammenhang mit Überweisungsaufträgen zumeist bei Unternehmen vor, wobei in aller Regel ein untreuer Mitarbeiter die Fälschung vornimmt. Daraus kann keineswegs abgeleitet werden, dass das Fälschungsrisiko in Bezug auf Konten von Verbrauchern der Rechtssphäre des Kunden zuzurechnen ist. Damit fehlt schon ein wesentliches Argument für eine allfällige sachliche Rechtfertigung der Klausel gegenüber Verbrauchern. Dass Fälschungen in der Geschäftsverbindung mit Verbrauchern nur sehr selten vorkommen, kann die Risikoübertragung nicht rechtfertigen, zumal ein einzelner Fälschungsfall - wie die Revisionsbeantwortung zutreffend aufzeigt - für den davon betroffenen Bankkunden den wirtschaftlichen Ruin bedeuten könnte, während es der Bank möglich wäre, das Risiko durch Versicherung abzudecken oder auf alle Kunden zu überwälzen. Das Argument der Beklagten, die Unwirksamkeit der Klausel führte dazu, dass sorgfältige Kunden



wirtschaftlich die Nachteile nachlässiger Kunden zu tragen hätten, ist schon deshalb unrichtig, weil ein Kunde, auf dessen Fahrlässigkeit eine Fälschung zurückzuführen ist, schon nach positivem Recht für den daraus entstehenden Schaden selbst eintreten muss.

Die Überlegung der Beklagten, der Kunde könne das Fälschungsrisiko schon deshalb beherrschen, weil es ja seine Unterschrift sei, die gefälscht wurde, übersieht, dass dem Fälscher mannigfache Möglichkeiten offenstehen, die Gestaltung einer Unterschrift kennenzulernen, ohne dass dabei eine Mitwirkung des Kunden oder eine Fahrlässigkeit im Umgang mit ihm kennzeichnenden Daten erforderlich ist. Im Gegenteil, der Kunde hat - anders als bei Verwendung von Bankomatkarte und Code - keine Möglichkeit, seine Unterschrift zur Vermeidung von Fälschungen geheimzuhalten. Wenn daher der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 2 Ob 133/99y (= ÖBA 2001, 250) eine Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unbedenklich beurteilt hatte, die das Risiko des Verlustes von Bankomatkarte und Code auf den Kunden überwälzte, lässt sich daraus für das Risiko einer Fälschung der Kundenunterschrift nichts gewinnen.

Auch die in der hier beanstandeten Klausel vorgenommene Einschränkung der Risikoüberwälzung bei solchen Schäden aus Aufträgen, die weder von der Bank verschuldet, noch von ihren Mitarbeitern erteilt wurden, vermag einen Ausgleich der gegenseitigen Interessenlage nicht herbeizuführen. In beiden Fällen kommt von vornherein eine Haftung der Bank nicht in Frage.

Umstände, die ein höherwertiges Interesse der Bank oder einen angemessenen Ausgleich der für den Kunden durch Überwälzung der verschuldensunabhängigen Haftung

aus Fälschungen entstehenden Nachteile begründen könnten, sind hier nicht zu erkennen. Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass die in der beanstandeten Klausel vorgenommene Risikoüberwälzung vom positiven Recht abweicht, sachlich nicht gerechtfertigt ist und den Bankkunden gröblich benachteiligt; sie ist somit nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam. Ob diese Klausel auch im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG - wie die Klägerin meint - als intransparent anzusehen ist, kann offen bleiben.

Zur Bestimmung Z 3 Abs 3 Satz 2:

"Zur Durchführung solcher Aufträge ist das Kreditinstitut bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nur dann verpflichtet, wenn dies der Kunde in einer schriftlichen Erklärung gegenüber dem Kreditinstitut wünscht und dieses sich damit einverstanden erklärt".

Die Revision macht geltend, die Klausel sehe eine schriftliche Erklärung des Kunden lediglich als Voraussetzung für die generelle Verpflichtung zur Durchführung eines mittels Telekommunikation erteilten Auftrags vor; sie sei jedoch keine Formvorschrift für das Einverständnis der Bank zu der vom Kunden abgegebenen Erklärung und verstoße somit nicht gegen § 10 Abs 3 KSchG, der den Verbraucher vor der Unwirksamkeit formloser Zusagen des Unternehmers schützen wolle. Die Beklagte könne ihr Einverständnis zur Durchführung von Kundenaufträgen in jeder im Gesetz vorgesehenen Weise (somit nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend) wirksam erklären. Die Klausel verstoße auch nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Diese Ausführungen sind nicht überzeugend:

Nach § 10 Abs 3 KSchG kann die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers

(oder seiner Vertreter) zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden. Die im Verbandsprozess vorzunehmende Auslegung der beanstandeten Klausel im konsumentenfeindlichsten Sinn (Apathy in Schwimann, ABGB2 § 30 KSchG Rz 10 mwN; SZ 71/150; SZ 70/174) ergibt, dass die Beklagte dann keine Verpflichtung zur Durchführung eines mittels Telekommunikation erteilten Auftrags übernehmen will, wenn einer ihrer Mitarbeiter seine Durchführung zwar formlos zugesagt hatte, eine entsprechende schriftliche Erklärung des Kunden (die Durchführung von mittels Telekommunikation erteilter Aufträge zu wünschen) jedoch fehlt. Formal käme diese Klausel zwar auch dann in Frage, wenn die Zusage der Bank schriftlich erfolgte. Wie die Revisionsbeantwortung jedoch zutreffend aufzeigt, wird der Fall, dass die Bank ihr Einverständnis zur Durchführung eines mittels Telekommunikation erteilten Auftrags auf dem Postweg erklärt, kaum vorkommen. Die Klausel wirkt sich daher nur in jenen Fällen aus, in denen ein Mitarbeiter der Bank die Durchführung eines derartigen Auftrags formlos zusagt. Seine Zusage soll nur dann für die Bank verbindlich sein, wenn der Kunde zuvor eine entsprechende schriftliche Erklärung abgegeben hatte. Damit verwirklicht die Beklagte aber in Wahrheit den in § 10 Abs 3 KSchG verbotenen Tatbestand, die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmens zu Lasten des Verbrauchers auszuschließen. Der Einwand, die gewählte Formulierung ändere nichts an der Wirksamkeit einer im Einzelfall abgegebenen Einverständniserklärung ihres Mitarbeiters, ist im Verbandsprozess nach § 28 KSchG unbeachtlich. Die beanstandete Bestimmung ist daher - bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung - jedenfalls irreführend und geeignet, den Verbraucher davon abzuhalten,

Rechte aus einer formlosen Zusage geltend zu machen, wenn er davor die Durchführung derartiger Aufträge nicht schriftlich verlangt hatte.

Dass eine individuelle formlose Zusage der Bank, derartige Aufträge durchführen zu wollen, dennoch verbindlich sein könnte, ist für den typischen Durchschnittskunden in keiner Weise zu erkennen. Er wird in der beanstandeten Klausel auch nicht darüber aufgeklärt, sondern wird deren Formulierung vielmehr entnehmen, dass die Bank trotz mündlicher Zusage ihres Mitarbeiters zur Ausführung des Auftrags nicht verpflichtet war. Die hier gewählte Formulierung widerspricht daher dem Verbrauchern gegenüber zu beachtenden Transparenzgebot (§ 6 Abs 3 KSchG), zumal die zunehmende Bedeutung der Telekommunikation und die möglichen schwerwiegenden Konsequenzen unterlassener Auftragsausführung für den Bankkunden eine klare und verständliche Fassung der Klausel erfordern. Der Kunde darf insbesondere durch die Formulierung einer Klausel in Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden (4 Ob 28/01y = ÖBA 2001, 645). Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (4 Ob 28/01y).

Zur Bestimmung Z 9 Abs 1 Satz 1:

"Das Kreditinstitut haftet nicht für leicht fahrlässig verursachte Schäden".

Die Auffassung der Revision, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG sei eine starre Regelung, die die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit (mit den dort angeführten Ausnahmen)

ganz generell zulasse, ist abzulehnen. Schon die Materialien (ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 24) weisen darauf hin, dass der Gesetzgeber des § 6 Abs 1 Z 9 KSchG einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit nicht schlechthin zulassen wollte und einem derartigen Haftungsausschluss in Fällen stärkerer Verdünnung des Willens des Verbrauchers und fehlender betragsmäßiger Begrenzung oder Beschränkung auf bestimmte Schäden eher ablehnend gegenüberstand und einen "strengeren Maßstab bei der Prüfung des Inhalts" (von AGB) forderte.

Der von der Beklagten aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG gezogene Umkehrschluss wird auch von der Lehre einhellig abgelehnt (Hofmann aaO 373; Apathy in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 38; Krejci in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 126 f und § 2 KSchG Rz 1; Koziol, Haftpflichtrecht I Rz 18/23). Auch aus den von der Revision angeführten Sonderregelungen (§ 3 Abs 3 DepotG und § 15 Abs 2 WAG) lässt sich keineswegs der Schluss ziehen, in allen anderen Fällen sei die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen uneingeschränkt zulässig. Im Übrigen ist in der Lehre allgemein anerkannt, dass ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltener Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit grob benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB sein kann (Koziol aaO Rz 18/23, der § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ausdrücklich nicht als starre Regel versteht; Apathy aaO § 6 Rz 38; Krejci aaO § 6 Rz 126 und 127; Iro in Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 1/143; Hofmann aaO 374).

Die von der Revision angeführte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig sein kann (ZVR

1997/34; 6 Ob 503/96; 6 Ob 35/00s), steht dazu nicht im Widerspruch. Diese Rechtsprechung erging aus Anlass von Individualklagen gegen Unternehmer, in denen die Auslegung der Freizeichnungsklausel Vorrang vor der Wirksamkeitskontrolle hatte (vgl Apathy in Schwimann ABGB § 6 Rz 74). Im Übrigen sind diese Verfahren sowohl, was das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit des damals betroffenen Vertragspartners der Unternehmer (Reiseveranstalter, Wirtschaftstrehänder und Glücksspielveranstalter) betrifft, als auch in Ansehung des Umfangs der Freizeichnung bezogen auf die davon betroffenen Geschäfte mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Reiseunternehmer, Wirtschaftstrehänder und Glücksspielbetreiber haben weder die gleiche wirtschaftliche Macht wie die mit inhaltlich gleichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auftretenden Großbanken, noch bieten sie Dienstleistungen wie Girokonten an, die jeder Verbraucher notwendigerweise in Anspruch nehmen muss. Gerade diese wirtschaftliche Übermacht des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht die Freizeichnung überprüfungsbedürftig, zumal sie sämtliche im Rahmen einer Bankverbindung zu tätige Geschäfte betrifft. Die Revisionsbeantwortung weist zutreffend darauf hin, dass der einzelne Verbraucher am Beginn der Geschäftsverbindung nicht absehen kann, auf welche der in der Zukunft allenfalls abzuschließenden Bankgeschäfte diese Klausel zur Anwendung kommen wird. Er wird daher auch kaum in der Lage sein, die Tragweite seines Verzichts auch nur annähernd abzuschätzen.

Die Beurteilung, ob eine Vertragsbestimmung gröblich benachteiligend ist, wird in einem beweglichen System vorgenommen (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 879

Rz 230). Dabei ist einerseits auf das Ausmaß, den Grund und die sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Vertragspartners vorgenommenen Abweichung vom dispositiven Recht und andererseits auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit jenes Vertragspartners abzustellen, der die für ihn nachteiligen Vertragsbestandteile nicht verhindern konnte. Eine grobe Benachteiligung wird umso eher anzunehmen sein, je weniger Einfluss der durch eine Abweichung vom dispositiven Recht benachteiligte Vertragspartner auf die vertragliche Gestaltung hatte (Hofmann aaO 374). Eine gröbliche Benachteiligung ist auch dann zu bejahen, wenn die sachliche Rechtfertigung für die zu Lasten eines Vertragspartners vorgenommenen Abweichungen vom positiven Recht fehlt oder diese Abweichungen zu einem auffallenden Missverhältnis der beiderseitigen Rechtspositionen führen.

Dem Argument der Beklagten, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG lege den Maßstab des dispositiven Rechts fest, ist bereits das Berufungsgericht unter Hinweis auf § 1295 ABGB zutreffend entgegengetreten. § 6 Abs 1 Z 9 KSchG legt nicht etwa den Maßstab für Schadenersatzverpflichtungen dem Kunden gegenüber fest, sondern begrenzt nur die Möglichkeit, vom positiven Recht abweichende Haftungsbeschränkungen in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufzunehmen.

Die im vorliegenden Fall beanstandete Klausel weicht vom positiven Recht zu Lasten des Verbrauchers ab. Die von der Revision für ihre sachliche Rechtfertigung ins Treffen geführten Argumente vermögen nicht zu überzeugen:

Dass sich die durch die Klausel erfassten Schäden im Vermögensbereich auswirken und Personenschäden oder Schäden an bei der Beklagten verwahrten Sachen von der Freizeichnung nicht erfasst werden, vermag den generellen

Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit nicht zu rechtfertigen. Auch Koziol (Haftpfllichtrecht I<sup>3</sup> Rz 18/22) vertritt die Auffassung, einem Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien Grenzen gesetzt. So könne eine sittenwidrige gröbliche Benachteiligung beispielsweise dann vorliegen, wenn die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten betroffen werde, die wirtschaftliche Tragfähigkeit oder Versicherbarkeit gegen die Zulässigkeit spreche oder eine ausgeprägte Vormachtstellung mit der Verdünnung der Willensfreiheit zusammentreffe. Die Freizeichnung könnte dann etwa nur für den entgangenen Gewinn, sonstige reine Vermögensschäden oder für leicht fahrlässige Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten durch Gehilfen wirksam sein.

Der Umstand, dass gerade im Bankgeschäft in aller Regel Erfüllungsgehilfen tätig werden, für deren Verschulden nach § 1313a ABGB wie für eigenes Verschulden einzustehen ist, lässt eine sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss der Haftung aus fahrlässiger Schadensherbeiführung durch den Gehilfen nicht erkennen. In Bezug auf stets von Erfüllungsgehilfen ausgeführte Bankgeschäfte kann nämlich nicht gesagt werden, dass sich die dabei verwirklichte, auf einem schwächeren Zurechnungsgrund beruhende Haftung entscheidend auswirke.

Der Haftungsausschluss kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass im Massengeschäft der Banken gelegentlich Fehler vorkommen. Dieses Risiko wird nach allgemeinen Grundsätzen der Vertragspartei zugeordnet, die es eher beherrschen und wirtschaftlich leichter tragen kann (Koziol aaO Rz 18/18). Dies ist im gegebenen Zusammenhang die Bank, der es möglich ist, das sich aus gelegentlichen Fehlern verwirklichende Risiko auf alle Kunden zu



überwälzen oder eine entsprechende Versicherung abzuschließen. Es ist ihr auch zumutbar, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um das Risiko von Fehlern der Mitarbeiter zu minimieren.

Die Revisionsbeantwortung weist zutreffend darauf hin, dass die beanstandete Freizeichnung auch die für den Kunden entscheidende Hauptleistung betrifft, deren Erfüllung die Bank ihm ausdrücklich versprochen hat und an deren Erfüllung er interessiert ist. Dazu vertritt die Lehre die Auffassung (Krejci aaO § 6 Rz 126 f; Koziol, Haftpflichtrecht I3 Rz 18/16), die Rechtswidrigkeit einer Verletzung vertraglicher Pflichten sei dann größer, wenn es um die Hauptpflichten des Vertrages gehe. Die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit sei fragwürdig (unangemessen benachteiligend), wenn sie wesentliche, sich aus der Natur des Vertrags ergebende Rechte und Pflichten ohne sachlichen Grund so einschränke, dass die vertragliche Hauptpflicht des Unternehmers entwertet und die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet werde.

Die hier zu beurteilende, vom dispositiven Recht abweichende und sachlich nicht gerechtfertigte Freizeichnungsklausel ist nach den dargelegten Grundsätzen umso eher gröblich benachteiligend, je weniger der Einzelne Einfluss auf die Bestimmung hat, d.h. je verdünnter seine Willensfreiheit ist. Die Übermacht der vertragschließenden Bank, die die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet, kann wohl nicht ernsthaft bezweifelt werden. Der mit ihr kontrahierende Verbraucher steht daher einem übermächtigen Partner gegenüber, der überdies Geschäftsbedingungen verwendet. Das Berufungsgericht ist somit zutreffend und im Einklang mit der Lehre (Koziol aaO Rz 18/12; Hofmann aaO 374) von einer Kumulierung der Verdünnungsmomente

ausgegangen, die eine noch strengere Inhaltskontrolle erfordert. Sie ergibt eine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten, die aus dem völligen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit (außer in den beiden angeführten Ausnahmefällen), der wirtschaftlichen Übermacht der Beklagten, der verdünnten Willensfreiheit des Bankkunden sowie dem Umstand folgt, dass die Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten zum Tragen kommt. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG kann auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel keine Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion in diesem Verfahren nicht möglich ist (SZ 71/150; RIS-Justiz RS0038205).

Zur Bestimmung Z 10:

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

Das Berufungsgericht hat eine Verletzung des Transparenzgebots bejaht: Die Klausel erwecke den Eindruck, jede (auch eine unverschuldete und nicht schadenskausale) Verletzung der angeführten Mitwirkungspflichten führe zum Schadenersatz des Kunden oder zur Minderung seiner Ansprüche. Die Beklagte hält dem entgegen, Z 10 sehe eine im Zivilrecht geregelte Rechtsfolge vor, ohne ausdrücklich Modifikationen gegenüber den allgemeinen Regelungen vorzunehmen. Es sei schon deshalb nicht zweifelhaft, dass alle nach Zivilrecht erforderlichen Voraussetzungen für den Eintritt dieser Rechtsfolge vorliegen müssten.

Dem ist zuzustimmen. Ziel des in § 6 Abs 3 KSchG verankerten Transparenzgebots ist es, eine

durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherzustellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (4 Ob 28/01y mwN = ÖBA 2001, 645). Die Bestimmung muss daher so klar und verständlich formuliert sein, dass der Verbraucher nicht Gefahr läuft, über die sich für ihn aus der Regelung ergebenden Rechtsfolgen getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen zu werden.

Die hier zu beurteilende Vertragsklausel erfüllt diese Voraussetzungen: Sie verweist auf die vom Kunden zu beachtenden Mitwirkungspflichten und legt als Rechtsfolge einer allfälligen Verletzung die Schadenersatzpflicht des Kunden bzw die Minderung seiner Schadenersatzansprüche fest. Weitere Ausführungen zu diesen Schadenersatzverpflichtungen und -ansprüchen (insbesondere zu deren Voraussetzungen nach bürgerlichem Recht) fehlen, sodass auch bei der im Verbandsprozess gebotenen, ungünstigsten objektiven Auslegung nicht unterstellt werden kann, dass die Klausel eine von den Regelungen des Zivilrechts abweichende Ersatzpflicht vorsehen wollte. Die Formulierung lässt insbesondere nicht erwarten, dass vom positiven Recht abweichende Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolge bedungen sein könnten. Für den angesprochenen Kunden ist somit nicht zweifelhaft, dass für den Eintritt der angedrohten schadenersatzrechtlichen Folgen alle im Zivilrecht erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Dass diese Voraussetzungen (insbesondere Verschulden des Kunden und Kausalität seiner Handlung für den eingetretenen Schaden) nicht namentlich angeführt werden, beeinträchtigt die Klarheit und Verständlichkeit der

Klausel nicht. Gerade das Fehlen von Hinweisen auf einzelne Anspruchsvoraussetzungen lässt erkennen, dass - in Ergänzung der Vertragsklausel - die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften insgesamt anzuwenden sind. Die Aufnahme einzelner gesetzlicher Voraussetzungen der angeführten Rechtsfolge wäre einer Klarstellung hingegen keineswegs dienlich, weil der Kunde dadurch im Unklaren gelassen würde, ob auch andere - nicht angeführte - Voraussetzungen für die Begründung der Ansprüche hinzutreten müssten. Dass aber zur Klarstellung sämtliche Anspruchsvoraussetzungen bezeichnet werden müssten, verlangt auch der Kläger nicht.

Dass die Formulierung der Z 10 zu weit gefasst wäre und praktisch relevante und abgrenzbare Fälle (wozu der Kläger die unverschuldete Verletzung der Mitwirkungspflicht zählt) erfasste, ist auch bei ungünstigster Auslegung nicht zu erkennen.

Die Bestimmung Z 10 der AGB verstößt somit weder gegen § 879 Abs 3 ABGB noch gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Sie ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes zulässig.

Zur Bestimmung Z 23 Abs 2 erster Fall:

"Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn eine Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Kunden oder eines Mitverpflichteten eintritt und dadurch die Erfüllung von Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut gefährdet ist".

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 aufrecht zu erhalten (Rummel in Rummel, ABGB3 § 859 Rz 27; Würth in Rummel, ABGB3 § 1118 Rz 2 f; Koziol/Welser II12, 8; Hofmann aaO 375 mwN; RIS-Justiz RS0027780 und RS0018305). Die Möglichkeit einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund kann auch in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden (Krejci in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 166 f; Apathy in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 55). Lehre und Rechtsprechung haben bereits unter Hinweis auf P 36 der AGB der Österreichischen Kreditunternehmungen idF vom 1. 10. 1979 eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Kunden oder eine erhebliche Gefährdung seines Vermögens zu jenen Umständen gezählt, die es für die Bank unzumutbar erscheinen lassen, das Dauerschuldverhältnis weiter aufrecht zu erhalten (ÖBA 1996/537, 233; vgl auch 6 Ob 694/89; Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 1/162; Graf, Probleme der vorzeitigen Kündigung von Konsumentenkreditverträgen durch den Kreditgeber, ÖBA 1989, 959). Im Vergleich zu P 36 der AGB idF 1979 stellt Z 23 Abs 2 erster Fall in der hier zu beurteilenden Fassung höhere Anforderungen an das vorzeitige Rücktrittsrecht, indem dieses neben dem Eintritt einer Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögenslage auch die Gefährdung der Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank voraussetzt. Schon die Formulierung der Klausel "eine Verschlechterung oder Gefährdung ... eintritt und dadurch die Erfüllung .... gefährdet ist" macht deutlich, dass nicht jede Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögenslage als wichtiger Grund für die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses herangezogen werden kann, sondern nur

eine solche, die konkret auch die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber der Bank gefährdet. Ist aber die Erfüllung der Bankverbindlichkeiten gefährdet, bedeutet dies nichts anderes, als dass eine geringere Wahrscheinlichkeit für die Befriedigung der Bank bestehen muss. Der vorzeitige Rücktritt vom Vertrag erhöht damit zwangsläufig die Wahrscheinlichkeit einer Befriedigung der Bank.

Damit steht die beanstandete Klausel aber mit der im § 6 Abs 2 Z 1 KSchG geforderten sachlichen Rechtfertigung in Einklang. § 6 Abs 2 Z 1 KSchG hindert nur Regelungen über eine vorzeitige, willkürliche Vertragsauflösung ohne sachlichen Grund, lässt aber nicht erkennen, dass ein sachlicher Grund jedenfalls dann auszuschließen sei, wenn die vorzeitige Vertragsbeendigung mangels jeglichen Vermögens des Schuldners zu keiner Befriedigung der Bank führen könne.

Dem Einwand des Klägers, ein wichtiger Grund für die Vertragsauflösung könne nur dann vorliegen, wenn die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses überhaupt geeignet erscheine, die Interessen der Bank zu wahren, dies sei aber nicht mehr der Fall, wenn die Fälligestellung ihren Zweck (Befriedigung der Bank) mangels Vermögens des Kreditnehmers nicht mehr erreichen könne, ist Hofmann (aaO 376) mit überzeugenden Argumenten entgegengetreten: Die Bank habe vor Durchführung eines Exekutionsverfahrens keine Möglichkeit, hinreichend verlässlich die Chancen der Einbringlichkeit der Schuld bei sofortiger Aufkündigung abzuschätzen. Ihre Interessen seien umso stärker beeinträchtigt, je größer sich die Gefahr der Uneinbringlichkeit bereits verwirklicht habe; der Schuldner sei umso weniger schützenswert, je eher die Einbringlichkeit nicht bloß gefährdet sei, sondern nach den derzeitigen

Verhältnissen überhaupt verneint werden müsste. Hofmann stellt (aaO 376) die Frage, ob der Schuldner, von dem man wisse, dass er ohne fremde Hilfe, die nicht zu erreichen sei, seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen könne, die Bank weiter schädigen können solle, indem bis zur ordentlichen Aufkündigung zugewartet werden müsste? Auch Koziol hat die früher zum P 36 der AGB idF 1979 vertretene Auffassung (in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 1/169), die Kündigungsklausel sei nur so weit wirksam, als die Fälligkeit wegen des Vorhandenseins sonstigen Vermögens oder von Sicherheiten eine sofortige Befriedigung des Kreditgebers ermögliche und daher seinen Interessen diene, ausdrücklich aufgegeben (in Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 23 Rz 3). Auch er vertritt nunmehr die Auffassung, es wäre sachlich nicht gerechtfertigt, die Wirksamkeit der Kündigungsklausel von Umständen abhängig zu machen, die regelmäßig bei Ausübung dieses Gestaltungsrechts nicht erkennbar seien.

Der Argumentation von Hofmann und Koziol ist zu folgen. Sind Sicherheiten vorhanden, oder kann sich die Bank solche leicht beschaffen, fehlt es schon nach der Formulierung der beanstandeten Klausel von vornherein an den Voraussetzungen eines vorzeitigen Rücktritts. Fehlen aber derartige Sicherheiten, kann die Bank die Erfolgsaussichten einer vorzeitigen Vertragsauflösung im Hinblick auf die Einbringlichkeit der Schuld regelmäßig nicht schon im Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts, sondern erst nach Schaffung eines Exekutionstitels beurteilen. Es wäre daher sachlich nicht gerechtfertigt, die Wirksamkeit dieser Klausel von Umständen abhängig zu machen, die bei der Ausübung des Gestaltungsrechts nicht beurteilt werden können. Dass die Auflösung des Vertragsverhältnisses bei einer zur Gefährdung der Bank führenden

Vermögensverschlechterung des Schuldners regelmäßig geeignet sein wird, die Interessen der Bank zu fördern und die Wahrscheinlichkeit ihrer Befriedigung zu erhöhen, ist nicht zweifelhaft. Der Weiterbestand des Vertrags führte einerseits zu einem Anwachsen der Schuld. Andererseits würden sich aber die Befriedigungsaussichten der Bank gegenüber anderen exekutionsführenden Gläubigern verschlechtern. Ein schützenswertes Interesse des Schuldners an der Aufrechterhaltung des Vertrags ist in diesen Fällen nicht zu erkennen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die beanstandete Klausel auch nicht gegen § 6 Abs 3 KSchG. Das Berufungsgericht meint, im Hinblick auf das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung des Rücktrittsrechts fehle es an einer Einschränkung der Bestimmung in jenen Fällen, in denen das für die Kreditgeber entstandene Risiko anders als durch Rücktritt (so etwa durch die Bestellung von Sicherheiten) hintangehalten werden könne. Diese Einschränkung ergibt sich aber bereits aus der Formulierung der beanstandeten Klausel, die als Voraussetzung des Rücktrittsrechts nicht nur die Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Schuldners, sondern auch die dadurch bedingte Gefährdung der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber der Bank fordert. Verfügt der Kunde etwa noch über weiteres Vermögen oder kann er zusätzliche Sicherheiten erbringen, ist die Einbringlichkeit seiner Verbindlichkeit gegenüber der Bank nicht gefährdet, sodass schon diese in der beanstandeten Klausel ausdrücklich vorgesehene Voraussetzung einer vorzeitigen Vertragsauflösung fehlte. Eines weiteren ausdrücklichen Hinweises darauf bedarf es nicht.

Zur Bestimmung Z 23 Abs 2 zweiter Fall: "Ein



wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Kunde unrichtige Angaben über seine Vermögensverhältnisse oder sonstige wesentliche Umstände macht".

Die Revision macht zutreffend geltend, dass schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung nicht nur die angeführten "sonstigen Umstände", sondern auch die unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse des Kunden wesentlich sein müssen, um das Rücktrittsrecht auslösen zu können. Die geforderte Wesentlichkeit dieser Angaben kann aber nur in Bezug auf den Abschluss des konkreten Vertragsverhältnisses verstanden werden. Das Rücktrittsrecht nach dieser Bestimmung setzt daher voraus, dass die unrichtigen Angaben für den Vertragsabschluss ausschlaggebend waren und die Bank den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht abgeschlossen hätte. Waren die unrichtigen Angaben über die Vermögensverhältnisse des Kunden jedoch nicht für den Vertragsabschluss maßgebend, mit anderen Worten, hätte die Bank den Vertrag auch in Kenntnis der wahren Sachlage abgeschlossen, wäre eine vorzeitige Vertragsbeendigung weder nach der beanstandeten Klausel noch nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen möglich, weil es in einem solchen Fall schon an einem wichtigen Grund mangelt.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die Klausel somit auch nicht gegen § 6 Abs 2 Z 1 KSchG, der nur eine willkürliche Auflösung ohne sachliche Rechtfertigung ausschließt.

Zur Bestimmung Z 26:

Abs 1: "Der Kunde erklärt sich einverstanden, dass das Kreditinstitut nachstehende Daten an die Kleinkreditevidenz und die Warnliste, die derzeit beim Kreditschutzverband von 1870 eingerichtet sind, übermittelt:

Name, Anschrift, Geburtsdatum, Höhe der Verbindlichkeit, Rückführungsmodalitäten, Schritte des Kreditinstituts im Zusammenhang mit der Fälligstellung und der Rechtsverfolgung sowie den Missbrauch von Zahlungsverkehrsinstrumenten. Zweck der Übermittlung ist die Verwahrung, Zusammenführung und Weitergabe der vorstehend angeführten Daten durch den Empfänger an andere Kreditinstitute, Leasinggesellschaften und andere Finanzinstitute und Versicherungsunternehmen zur Wahrung ihrer Gläubigerschutzinteressen.

Abs 2. Der Kunde erklärt sich auch damit einverstanden, dass den Kunden oder ein mit ihm konzernmäßig verbundenes Unternehmen betreffende Daten, die dem Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsverbindung mit dem Kunden bekannt geworden und zur Beurteilung der aus Geschäften mit der jeweils betroffenen Person oder Gesellschaft entstehenden Risiken notwendig oder zweckmäßig sind (insbesondere Bilanzdaten), an - (potentielle) Konsortial-/Risikopartner des Kreditinstituts zur Risikobeurteilung im Rahmen des Konsortialgeschäfts, - Refinanzierungsgeber des Kreditinstituts, denen gegenüber die Forderungen des Kreditinstituts gegen den Kunden als Sicherheit dienen sollen (insbesondere Österreichische Nationalbank, Österreichische Kontrollbank AG, Europäische Zentralbank, Europäische Investitionsbank), zur Beurteilung der bestellten Sicherheiten, - Einlagen- und Anlegerentschädigungseinrichtungen des Fachverbandes, dem das Kreditinstitut angehört, im Rahmen eines Frühwarnsystems zur Beurteilung allfälliger von diesen Einrichtungen abzudeckenden Risiken weitergegeben werden".

Unter Hinweis auf § 39 Abs 2 BWG macht die Revision geltend, die in Z 26 enthaltene Datenverwendung sei

auch ohne Zustimmung des Kunden zulässig. Eines Hinweises auf die Widerrufsmöglichkeit bedürfe es schon deshalb nicht, weil die Verwendung dieser Daten auch nach einem Widerruf der (zusätzlich erteilten) Zustimmung weiterhin ex lege (§ 8 Abs 1 Z 4 DSG) erlaubt sei.

Dem ist nicht zu folgen: Es mag zwar zutreffen, dass die Verwendung von Daten durch Weitergabe an einige der in Z 26 angeführte Stellen schon nach § 8 Abs 1 Z 4 DSG (etwa wegen § 39 Abs 2 BWG) auch ohne Zustimmung des Betroffenen zulässig ist, dies ist aber nicht in Bezug auf alle angeführten Datenanwender der Fall. Selbst Koziol, dessen Argumentation die Revision folgt, vertritt keineswegs die Auffassung, dass eine Zustimmung des Betroffenen in allen Fällen der Z 26 obsolet sei (Koziol in Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 26 Rz 3 und 4). Dies dürfte auch der Grund dafür sein, warum Z 26 der AGB "sicherheitshalber" eine Zustimmung in allen Fällen vorsieht, in denen eine Datenübertragung stattfinden soll. Die Koziol (aaO Rz 10) folgende Auffassung der Revision, ein Hinweis auf das in § 8 Abs 1 Z 2 DSG verankerte Widerrufsrecht sei nicht erforderlich, wird nicht geteilt. Gerade dann, wenn man davon ausgeht, dass Z 26 sowohl Fälle umfasst, in denen keine Zustimmung des Kunden erforderlich ist, als auch Fälle, in denen eine Datenübertragung nicht ohne seine Zustimmung erfolgen dürfte, müsste der Kunde über die Widerrufsmöglichkeit aufgeklärt werden, um ihm ein zutreffendes und klares Bild seiner vertraglichen Position zu vermitteln (4 Ob 28/01y = ÖBA 2001, 645). Der Revision ist zwar zuzugestehen, dass eine generelle Pflicht, den Vertragspartner über alle ihm nach dem Gesetz zustehenden Rechte zu informieren, nicht besteht. Der Gesetzgeber räumt jedoch dem Datenschutz einen besonderen Stellenwert ein

(siehe beispielsweise die Informationspflicht nach § 24 DSG, die Bestimmungen über die Kontrolle der Datenanwendung und die Überprüfungsbefugnisse nach § 30 DSG) und ermöglicht die Weitergabe persönlicher Daten nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen. Eine davon ist die Zustimmung des Betroffenen nach § 8 Abs 1 Z 2 DSG. Ihr Widerruf führt zur Unzulässigkeit der weiteren Datenverwendung. Die dem Betroffenen eröffnete Widerrufsmöglichkeit ist somit zentraler Bestandteil des aus seiner Zustimmung folgenden Schutzes. Seine Nichterwähnung vermittelt dem Verbraucher ein unklares Bild seiner vertraglichen Position und kann dazu führen, dass er in Unkenntnis seiner Rechte an ihrer Ausübung gehindert wird, zumal die Kenntnis der Widerrufsmöglichkeit nicht vorausgesetzt werden kann. Das Fehlen eines entsprechenden Hinweises führt somit zur Verletzung des aus § 6 Abs 3 KSchG abgeleiteten Transparenzgebotes.

Nichts anderes ergibt sich aus dem im § 6 Abs 1 Z 1 DSG festgelegten Grundsatz, wonach Daten "nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet werden dürfen". Dieser Grundsatz fordert eine möglichst umfassende Information, um es dem Betroffenen zu erleichtern, seine Rechte zu wahren. Dazu gehört auch die Information über die durch § 8 Abs 1 Z 4 DSG eingeräumte Möglichkeit, eine bereits erteilte Zustimmung zur Datenweitergabe zu widerrufen. Diese gegenüber anderen Rechtsbereichen "erweiterte" Informationspflicht ist auch aus § 24 DSG abzuleiten, einer Bestimmung, die nach den Materialien (RV 1613 BlgNR 20. GP) den Betroffenen in die Lage versetzen soll, das Vorhandensein einer Verarbeitung zu erfahren und umfassend über die Bedingungen der Erhebung informiert zu sein.

Das auf Koziol (aaO Rz 10) gestützte Argument der Revision, ein Hinweis auf den Widerruf sei schon deshalb nicht erforderlich, weil § 24 DSG im Gegensatz zu § 268 Abs 6 GewO einen Hinweis auf das Untersagungsrecht des Kunden nicht vorsehe, ist mangels Vergleichbarkeit der Regelungen nicht tragfähig. § 268 Abs 1 GewO berechtigt Adressverlage und Direktwerbeunternehmen (unabhängig von einer allfälligen Zustimmung), die für ihre Tätigkeit erforderlichen Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen und - unter den dort genannten Einschränkungen - aus eigenen Erkundigungen und aus Kunden- und Interessentendateien zu beziehen. Nach § 268 Abs 6 GewO dürfen die Inhaber von Kunden- und Interessentendateien diese Daten solange übermitteln, als nicht die Betroffenen dies ausdrücklich untersagen. Diese Untersagungsmöglichkeit hat aber angesichts der davon betroffenen Daten eine gänzlich andere Qualität als der auf § 8 Abs 1 Z 2 DSG gestützte Widerruf und lässt keinen Schluss darauf zu, ob Z 26 insoweit mangelhaft ist, als sie einen Hinweis auf das Widerrufsrecht nicht enthält. Die Zustimmung nach Z 26 ABB umfasst nämlich auch Daten des Bankkunden und mit ihm konzernmäßig verbundener Unternehmen, die dem Bankgeheimnis unterliegen und die somit über jene Daten hinausgehen, die aus öffentlich zugänglichen Quellen oder durch Erkundigungen aus Kunden- und Interessentendateien ermittelt werden können.

Vom Recht des Kunden, eine bereits erteilte Zustimmung zur Datenverwendung zu widerrufen, ist das in § 28 DSG geregelte Widerspruchsrecht zu unterscheiden. Danach hat jeder Betroffene das Recht, gegen die (gesetzlich nicht vorgesehene) Verwendung seiner Daten wegen überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, die sich aus seiner besonderen Situation ergeben, beim

Auftraggeber der Datenanwendung Widerspruch zu erheben (§ 28 Abs 1 DSG). Nach § 28 Abs 2 DSG kann der Betroffene gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei jederzeit (auch) ohne Begründung Widerspruch erheben. Das Widerspruchsrecht nach Abs 1 dieser Bestimmung stellt auf den Sonderfall ab, dass die Datenanwendung zwar zulässig ist, eine aus der spezifischen Situation des Betroffenen heraus vorgenommene Interessenabwägung aber zu Gunsten des Betroffenen ausfällt (Dohr/Polierer/Weiss, DSG<sup>2</sup> § 28 Anm 4; RV 1613 BlgNR 20. GP zu § 28). § 28 Abs 2 DSG erfasst die Aufnahme von Daten in öffentlich zugängliche Verzeichnisse, wobei es dem Gesetzgeber sinnvoll erschien, Personen ein Widerspruchsrecht gegen die Aufnahme in solche Verzeichnisse einzuräumen, wenn sie in Abweichung von der durchschnittlichen Einschätzung der Geheimhaltungsinteressen eine Verletzung ihrer Interessen befürchten. Der Widerspruch soll nach Auffassung des Gesetzgebers gewährleisten, dass einerseits Verzeichnisse, "die von der großen Mehrheit der Bevölkerung als sinnvoll und nützlich empfunden werden, legalerweise existieren können und andererseits Interessenslagen, die vom Durchschnitt abweichen, entsprechend berücksichtigt werden können und diese Berücksichtigung auch einfach durchzusetzen ist" (RV 1613 BlgNR 20. GP zu § 28).

Das im § 28 DSG geregelte Widerspruchsrecht zählt wie die Rechte auf Auskunft (§ 26 DSG), Richtigstellung und Löschung von Daten (§ 27 DSG) zu den subjektiven Rechten des Betroffenen (Dohr/Polierer/Weiss, DSG<sup>2</sup> § 28 Anm 2), die seine Rechtsposition maßgeblich definieren. Im Zusammenhang mit der in Z 26 der Bedingungen formulierten Zustimmung zur Übermittlung von

Daten an bestimmte, dort angeführte Stellen, ist jedoch ein Hinweis auf dieses Widerspruchsrecht (anders als die Aufklärung über das Recht, die nach Z 26 erklärte Zustimmung zu widerrufen) entbehrlich. Auch die vom Berufungsgericht angestellten Überlegungen zur Transparenz von AGB-Klauseln vermögen das Erfordernis eines entsprechenden Hinweises im Zusammenhang mit der Z 26 nicht zu begründen, weil das Widerspruchsrecht nur ganz allgemein die Rechtsposition des Betroffenen nach dem DSG umschreibt, sich aber nicht auf seine Rechtsposition im Zusammenhang mit der beanstandeten Klausel auswirkt. Wollte man eine entsprechende Aufklärung über die nach § 28 DSG zustehenden Rechte einfordern, müssten gleichfalls auch Hinweise über die Rechte des Betroffenen auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung von Daten in die AGB aufgenommen werden. Dies fordert aber auch der klagende Verein nicht.

Die beanstandete Klausel Z 26 widerspricht daher nur insoweit dem Transparenzgebot, als sie keinen Hinweis auf die Möglichkeit enthält, die danach erteilte Zustimmung zur Datenübermittlung später zu widerrufen. Das Fehlen eines Hinweises auf das Widerspruchsrecht nach § 28 DSG wirkt sich hingegen nicht auf die Zulässigkeit der Klausel aus.

Zur Bestimmung Z 27: "In den in Z 26 genannten Fällen entbindet der Kunde das Kreditinstitut ausdrücklich auch vom Bankgeheimnis".

Die Revision macht unter Berufung auf Koziol (aaO Z 27 Rz 2 f) geltend, eine Zustimmung zur Offenbarung des Bankgeheimnisses entspreche den Erfordernissen der Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit, wenn sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formblätter aufgenommen werde, auf deren Geltung in einem schriftlich unterfertigten

Kontoeröffnungsvertrag hingewiesen werde. Dem ist nicht zu folgen.

Gemäß § 38 Abs 2 Z 5 BWG hat die Entbindung vom Bankgeheimnis "ausdrücklich" und "schriftlich" zu erfolgen. Der Senat hat erst jüngst in seiner Entscheidung 4 Ob 28/01y (ÖBA 2001, 645 = ecolex 2001/147) ausgesprochen, dass die Aufnahme der Klausel in - regelmäßig nicht unterfertigte - Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht für eine (wirksame) Entbindung vom Bankgeheimnis ausreicht. Dies wird in der Lehre (Rabl zu ecolex 2001/147) auch zutreffend dahin verstanden, dass die bloße Unterfertigung von Unterschriftenprobenblättern, in denen auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewiesen wird, für eine rechtsgültige Vereinbarung nicht ausreicht und die entsprechende Vereinbarung durch Unterfertigung des Vertragsformblattes selbst zu erfolgen hat. Es besteht kein Anlass, von der in 4 Ob 28/01y vertretenen Auffassung abzuweichen. Danach bedeutet das Gebot der Schriftlichkeit, dass der Kunde das die Zustimmungserklärung enthaltende Schriftstück unterfertigen muss. Die geforderte Ausdrücklichkeit bedingt, dass die Entbindungserklärung klar und deutlich im unterfertigten Schriftstück enthalten ist (ÖBA 1997, 632). Angesichts der besonderen Bedeutung des Bankgeheimnisses muss nämlich - worauf die Revisionsbeantwortung zutreffend hinweist - sichergestellt sein, dass auch ein Kunde, der das Schriftstück nur oberflächlich studiert, die Entbindungserklärung zur Kenntnis nimmt und sie im Bewusstsein ihrer Bedeutung unterzeichnet. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Entbindungserklärung in dem vom Kunden unterfertigten Vertragsformblatt nicht abgedruckt ist, zumal die Geschäftsbedingungen in aller Regel nicht unterfertigt



werden. Von einer Unmöglichkeit, diese Voraussetzung zu erfüllen, kann entgegen der Auffassung der Revision keine Rede sein. Die Aufnahme der Klausel in die vom Kunden ohnehin zu unterfertigenden Vertragsformblätter ersparte die von der Beklagten als unmöglich angesehene Unterfertigung der Allgemeinen Vertragsbedingungen.

Zur Bestimmung Z 36: "Für die Kündigung des Kontovertrages durch das Kreditinstitut ist jeder Mitinhaber empfangsbevollmächtigt".

Die Revision macht geltend, Z 36 enthalte keine gröblich benachteiligende Bestimmung. Ihr Zweck sei es, die Kündigung eines Gemeinschaftskontos auch dann wirksam vornehmen zu können, wenn die Zustellung der Kündigung an einen von mehreren Mitinhabern nicht möglich sein sollte. Die in Z 36 enthaltene Empfangsvollmacht stelle die Möglichkeit der Vertragsbeendigung sicher und sei deshalb sachlich gerechtfertigt. Sie diene dem berechtigten Interesse der Beklagten wie auch der übrigen Kontomitinhaber, Wirksamkeit und Zeitpunkt einer Kündigung mit Sicherheit feststellen zu können. Sie vermeide auch die mit Zustellungen im Ausland vorhandene Beweisproblematik und führe nur zu einer unwesentlichen Erhöhung des mit einem Gemeinschaftskonto ohnehin verbundenen Risikos. Das mit Z 36 verbundene Risiko, von der erfolgten Kündigung nicht zu erfahren, sei gering. Dem ist nicht zu folgen.

Nach ständiger Rechtsprechung muss bei einer Personenmehrheit auf Schuldnerseite die Auflösungserklärung - ebenso wie eine etwaige Rücktrittserklärung nach § 918 ABGB (Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 918 Rz 7 mwN; ÖBA 1995, 392) jedem Schuldner zugehen. Dies gilt auch für die Kündigung eines Gemeinschaftskontos (Gamerith in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 894 Rz 3; JBl 1974, 26 für den Fall einer

Darlehenskündigung). Die beanstandete Klausel weicht von diesem Grundsatz zu Lasten der Mitinhaber von Gemeinschaftskonten ab. Eine sachliche Rechtfertigung der beanstandeten Klausel ist nicht zu erkennen. Der Einwand der Beklagten, Z 36 komme ohnehin nur zur Anwendung, wenn die Zustellung an einen Mitkontoinhaber schwierig oder unmöglich sei, und zwar insbesondere dann, wenn die Zustellung in einem Land erfolgen müsste, in dem der Empfang mit der Todesstrafe bedroht sei, kann diese Regelung nicht rechtfertigen. Eine auf Extremfälle eingeschränkte Anwendung findet im Wortlaut der Klausel keinen Niederschlag. Nach ihrem eindeutigen Inhalt ist die Beklagte in allen Fällen berechtigt, die Kündigungserklärung selbst dann nur an einen von mehreren Kontomitinhabern mit Wirksamkeit für alle zuzustellen, wenn ihr die Anschrift aller übrigen Mitinhaber bekannt ist. Überdies sind vertragsbeendende Erklärungen der Bank regelmäßig mit den Kunden belastenden Folgen verbunden, sodass sichergestellt sein muss, dass die Erklärung den dadurch Betroffenen zur Kenntnis gelangt. Die Zustellung an bloß einen von mehreren Kontomitinhabern bringt ein - entgegen der Auffassung der Revision keineswegs geringes - Risiko mit sich, dass die übrigen Mitinhaber von der Kündigung nicht oder nur verspätet erfahren, nachdem sie bereits Dispositionen getroffen haben, die sich - bedingt durch die Auflösung des Vertrags - als nachteilig auswirken.

Ein legitimes Interesse der Bank, in Fällen, in denen ein Mitinhaber an einen nicht bekannt gegebenen Ort verzogen ist, die Auflösung durch Zustellung an einen anderen Mitinhaber herbeizuführen, besteht schon deshalb nicht, weil Z 11 Abs 2 der AGB hier Abhilfe schafft. Danach gelten schriftliche Erklärungen des Kreditinstituts als

zugegangen, wenn sie an die letzte dem Kreditinstitut bekanntgegebene Anschrift gesendet werden. Eine wirksame Zustellung der Kündigung ist somit an der letzten bekannt gegebenen Anschrift möglich. Ob die Zugangsfiktion Verschulden des Konsumenten voraussetzt (Krejci in Rummel, ABGB<sup>2</sup> § 6 KSchG Rz 61 bejaht dies), ist in diesem Zusammenhang ohne Belang, weil der Entlastungsbeweis dem Kontoinhaber obliegt (§ 1298 ABGB), sodass das Verschuldenserfordernis die Interessenlage nicht zu Gunsten der Bank verschieben kann.

Das von Koziol (Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 36 Rz 4) aufgezeigte Risiko, einer der Kontomitinhaber könnte den Erhalt der Kündigung bestreiten, spricht ein Beweisproblem an und kann eine Beschränkung der erforderlichen Zustellung auf einen von mehreren Kontomitinhabern sachlich nicht rechtfertigen. Wollte man das Zustellungserfordernis aus Gründen der leichteren Nachweisbarkeit auf einen Mitinhaber beschränken, würde dies nichts anderes bedeuten, als dem dafür beweispflichtigen Unternehmer die ihn treffende Beweislast abzunehmen bzw zu verringern. Dieses Ergebnis stünde mit den Zielsetzungen des § 6 Abs 1 Z 11 KSchG im Widerspruch.

Das Argument der Beklagten, eine Z 36 entsprechende Klausel sei nach deutscher Lehre und Rechtsprechung wirksam, trifft nicht zu. Lehre und Rechtsprechung in Deutschland beurteilen Klauseln, die bei mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Partnern vorsehen, dass ein Gesamtschuldner als Empfangsvertreter zur Entgegennahme von Kündigungen mit Wirkung für die anderen bevollmächtigt wird, als unzulässig (Wolff in Wolff/Horn/Lindacher, Kommentar zum ABGB, § 9 Rz V 75; NJW 1991, 92). Die von der Revision zitierte Entscheidung

des BGH (NJW 1997, 3437) betraf die in einen formularmäßigen Wohnraummietvertrag aufgenommene Klausel, die eine gegenseitige Bevollmächtigung der Mieter zur Entgegennahme von Erklärungen enthielt. Schon das Erstgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die dort gebrauchten Argumente des BGH in Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen einem Kreditinstitut und seinen Kunden nicht herangezogen werden können.

Auch das Argument der Beklagten, der Kunde habe das sich aus der Verlässlichkeit seiner Mitinhaber ergebende Risiko schon durch die Begründung eines Gemeinschaftskontos übernommen, es sei ihm daher zumutbar, sich darauf zu verlassen, dass ihn die übrigen Mitinhaber von der erfolgten Kündigung verständigen, kann die Klausel sachlich nicht rechtfertigen. Dieses Argument wäre nur dann tragfähig, wenn eine bestimmte Person als Empfangsbevollmächtigter benannt würde. Die vorliegende Regelung überlässt jedoch die Auswahl, an welchen der Kontomitinhaber die Kündigung mit Wirksamkeit für alle zugestellt werden soll, der Bank.

Zur Bestimmung Z 38 Abs 1: "Mangels anderer Vereinbarung schließt das Kreditinstitut Konten jährlich ab. Entsteht in einem Quartal ein Debetstand, so schließt das Kreditinstitut das Konto mangels anderer Vereinbarung am Ende dieses Quartals ab".

Die Revision macht geltend, der quartalsmäßige Kontoabschluss für Debetkonten benachteilige den Kunden nicht, weil der damit verbundene Zinseszinsseffekt bei der Festlegung des jährlichen Debetzinssatzes berücksichtigt werde; dieser werde in einer geringeren Höhe fixiert, sodass sich die Zinsbelastung des Kunden durch den quartalsmäßigen Abschluss nicht ändere. Im Übrigen könne sich der

quartalsmäßige Abschluss auch zum Vorteil des Kunden auswirken, wenn - im betreffenden Quartal - die Habenzinsen die Sollzinsen übersteigen. Die Regelung verstoße auch nicht gegen das Transparenzgebot, weil der Verbraucher gemäß § 34 Abs 2 Z 4 BWG im Girokontovertrag auf den Aushang des fiktiven Jahreszinssatzes hingewiesen werde.

Dem ist zwar insoweit zuzustimmen, als die durch den quartalsmäßigen Kontoabschluss lukrierten Zinseszinsen den Rahmen des von der Bank bekannt zu machenden fiktiven Jahreszinssatzes für Kontoüberziehungen nicht übersteigen dürfen (§ 34 Abs 2 Z 4 BWG). Insoweit ist eine gröbliche Benachteiligung des Kunden durch den quartalsmäßigen Kontoabschluss nicht zu befürchten, weil der Kunde mit Zinseszinsen nur bis zur Höhe des geltenden und dem Kontoeröffnungsvertrag zu Grunde gelegten fiktiven Jahreszinssatzes belastet werden kann. Allerdings hat das Berufungsgericht die Klausel nicht wegen des quartalsmäßigen Abschlusses von Debetkonten, sondern aus der Überlegung beanstandet, Z 38 bewirke, dass die Beklagte durch häufigere Kapitalisierung in höherem Maß Zinseszinsen vereinnahmen könne als der Verbraucher im Fall eines Guthabens. Insoweit komme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung des Kunden. Dem ist für jene Fälle beizupflichten, in denen der Kunde ganz bestimmte Soll- und Habenzinssätze mit der Beklagten vereinbart hat, die dann dem Kontoabschluss zu Grunde gelegt werden. In diesen Fällen führt die beanstandete Klausel - wie die Revisionsbeantwortung zutreffend aufzeigt - dazu, dass die tatsächliche Zinsenbelastung des Kunden wegen der anfallenden Zinseszinsen den vertraglich vereinbarten Zinssatz übersteigt. Demgegenüber erhält der Kunde aber nur die vereinbarten Habenzinsen. Z 38 unterläuft somit die

zwischen Bank und Kunden getroffene vertragliche Zinsenvereinbarung zu Lasten des Konsumenten; eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist nicht zu erkennen.

Dass der vierteljährliche Abschluss für den Kunden in Einzelfällen günstiger sein kann, wenn die Habenzinsen im betreffenden Quartal die Sollzinsen übersteigen (Koziol in Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 38 Rz 2; Hofmann aaO 376) ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung der Klausel als unzulässig, weil es dabei nicht darauf ankommen kann, ob sich die Klausel in einem ganz besonderen Einzelfall für den Kunden doch nicht nachteilig auswirken könnte.

Zur Frage, ob Z 38 dem Transparenzgebot ausreichend Rechnung trägt, ist zunächst auf die Bestimmungen des Bankwesengesetzes abzustellen. Nach § 35 Abs 1 lit d BWG haben Kreditinstitute Angaben über den im Fall des Zahlungsverzugs und der Überziehung von Verbrauchergirokonten zu verrechnenden fiktiven Jahreszinssatz (§ 33 Abs 5 BWG) im Kassensaal aufzuhängen. Auf diesen Aushang ist in Verbraucherkreditverträgen ebenso wie in Verbrauchergirokontenverträgen hinzuweisen (§§ 33 Abs 2 Z 3 und 34 Abs 2 Z 4 BWG). Selbst wenn man mit der Beklagten den Aushang als ausreichende Information des Kunden über den fiktiven Jahreszinssatz betrachten wollte, reicht diese Information nicht aus, um das aus § 6 Abs 3 KSchG abgeleitete Transparenzgebot zu erfüllen. Es ist für den Verbraucher nämlich keineswegs offenkundig, dass die Bank zufolge des vorgesehenen vierteljährlichen Kontoabschlusses Zinsezinsen in Anschlag bringt, wodurch sich in Fällen besonderer, vom Standardzinssatz abweichender Zinsenvereinbarungen, der vereinbarte Zinssatz erhöht, der Kunde selbst aber für sein Habenkonto nur den tatsächlich

vereinbarten Zinssatz (ohne Zinseszinsen) erhält. Damit bleibt der Bankkunde über die Auswirkungen der für ihn nachteiligen Klausel im Ungewissen. Der Kläger fordert daher - dem Transparenzgebot entsprechend - zu Recht einen Hinweis auf das mit dem Quartalsabschluss verbundene Recht der Beklagten, Zinseszinsen zu fordern.

Zur Bestimmung Z 39 Abs 1 zweiter Satz: "Ein Überweisungsauftrag, der vom Kunden im Wege der elektronischen Datenverarbeitung oder gleichgelagerter technischer Hilfsmittel erteilt wird und auch vom Kreditinstitut in diesem Weg zu bearbeiten ist, wird vom Kreditinstitut ausschließlich an Hand der darin genannten Bankleitzahl des Empfängerkreditinstituts und der genannten Kontonummer des Empfängers durchgeführt".

Die Regelung berechtigt die Bank, Überweisungsaufträge, die vom Kunden im Weg der elektronischen Datenverarbeitung (oder gleicher technischer Hilfsmittel) erteilt werden - ohne Prüfung auf eine potentielle Divergenz zwischen dem Namen des Empfängers und dem angegebenen Konto - ausschließlich an Hand von Bankleitzahl und Kontonummer durchzuführen. Das Berufungsgericht hat diese Regelung der zur Vorgängerbestimmung Punkt 13 Abs 1 AGB 1979 ergangenen Rechtsprechung entsprechend als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt.

Die Revision meint, die Rechtsprechung, wonach die Bank grundsätzlich die im Überweisungsauftrag enthaltenen Angaben von Kontonummer und Kontowortlaut zu beachten und auf ihre Übereinstimmung zu prüfen hat (SZ 63/187 = ÖBA 1991, 525 [Canaris]; ÖBA 1995, 314; Canaris, Bankvertragsrecht<sup>3</sup> Rz 331, 332; Koziol in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 6/29) sei in

jenen Fällen nicht anwendbar, in denen der Überweisungsauftrag im Wege der elektronischen Datenverarbeitung erteilt und von der Bank auch auf diesem Weg bearbeitet werde. Z 39 Abs 1 Satz 2 beziehe sich - anders als die Vorgängerbestimmung Punkt 13 Abs 1 - nur auf Fälle, in denen die Überweisung ohne Beleg durchgeführt werde. Der Kunde übermittle die Daten des Überweisungsauftrags durch EDV-Datenträger oder elektronisch und gebe damit zu erkennen, dass er mit der elektronischen Bearbeitung und Weiterleitung seines Auftrags (nur) an Hand der Bankleitzahl und der Kontonummer als der maßgeblichen Identifikationsdaten einverstanden sei.

Dieser unter Berufung auf Koziol (in Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 39 Rz 7) gezogene Schluss ist nicht gerechtfertigt. Nach Z 39 Abs 1 Satz 1 hat der Kunde im Überweisungsauftrag - gleichgültig, ob er ihn mit Überweisungsbeleg oder im Wege der elektronischen Datenverarbeitung ohne einen solchen erteilt - neben der Kontonummer auch den vollständigen Wortlaut des begüns

igten Kontos anzuführen. Schon allein deshalb kann nicht von einer Zustimmung zum Entfall des Abgleichs von Kontonummer und Kontobezeichnung ausgegangen werden. Der Kunde wird vielmehr angesichts der geforderten Daten davon ausgehen, dass das Kreditinstitut beide Angaben auf ihre Übereinstimmung prüft (Janisch, Onlinebanking 142; vgl Karollus/Riedler, Pflicht der Überweisungs-/Zwischen- bzw Empfängerbank zum Konkordanzabgleich im beleglosen mehrgliedrigen Überweisungsverkehr, JBl 2000, 345 [354]). Im Übrigen hatte sich der Oberste Gerichtshof in der in ÖBA 1995, 314 veröffentlichten Entscheidung mit einer Überweisung mittels beleglosem Datenträgeraustausch beschäftigt und auch in diesem Fall ausgesprochen, dass die



Empfängerbank die Übereinstimmung zwischen Empfängername und Kontonummer zu überprüfen hat. Der Senat sieht sich nicht veranlasst, von dieser Auffassung bei Beurteilung der hier beanstandeten Klausel abzugehen.

Für die Wirksamkeit einer AGB-Klausel, wonach Überweisungen im beleglosen Überweisungsverkehr mittels Datenträgeraustausches nur an Hand der Kontonummer (und Bankleitzahl) und ohne Abgleich von Kontonummer und Kontobezeichnung durchgeführt werden, hat sich Krejci ausgesprochen (in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 246; ÖBA 1999, 697). Maßgebliches Argument für die Wirksamkeit der Klausel ist nach Krejci die fehlende "Ungleichgewichtslage" zwischen den Vertragspartnern beim beleglosen Überweisungsverkehr mittels Datenträger. Hier stünden einander nicht ein übermächtiges Kreditinstitut und ein kleiner unerfahrener Kunde (dessen Willensfreiheit verdünnt sei) gegenüber, sondern einander "ebenbürtige" Unternehmer. Gegen die Gültigkeit einer individuellen Vereinbarung ebenbürtiger Unternehmer, den Auftrag nur unter Beachtung bestimmter und unter Außerachtlassung anderer Angaben auszuführen, sei nichts einzuwenden. Abgesehen davon, dass Krejci offenbar davon ausgeht, dass die Klausel zwischen "Großkunden" und der Bank (zumindest konkludent) ausgehandelt wird, spricht seine auf der Bank "ebenbürtige Großkunden" bezogene Argumentation keineswegs für die Zulässigkeit der Klausel auch im Verhältnis zu Kunden, bei denen die verdünnte Willensfreiheit sehr wohl zum Tragen kommt. Ihnen gegenüber beruht die Anwendung der Klausel weder auf einem individuell ausgehandelten Vertrag zwischen "ebenbürtigen" Vertragspartnern noch - worauf bereits hingewiesen wurde - auf einer konkludenten Zustimmung durch Inanspruchnahme des beleglosen

Überweisungsverkehrs.

Mit der in Punkt 13 Abs 1 AGB 1979 abbedungenen Abgleichungspflicht der Bank haben sich auch Karollus/Riedler (JBl 2000, 345) beschäftigt. Sie vertreten die Auffassung, die angeführte Bestimmung benachteilige den Kunden gröblich im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, ein individualvertraglicher Ausschluß der Abgleichungspflicht sei möglich. Die Abgleichungspflicht der buchenden Empfängerbank bestehe auch im beleglosen Überweisungsverkehr mittels Datenträgeraustausches. Die Pflicht könne zwar durch Individualvereinbarung abbedungen oder reduziert werden; dass der Kunde am beleglosen Überweisungsverkehr teilnehme, rechtfertige aber nicht den Rückschluss auf einen konkludenten Verzicht des Kunden auf die sonst bestehende Abgleichungspflicht der Empfängerbank. Im Übrigen sei das Vertrauen der Rechtsunterworfenen auf die einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung zu schützen, wonach Punkt 13 Abs 1 der AGB 1979 auch im beleglosen Überweisungsverkehr unwirksam seien.

Auch Janisch (Onlinebanking 140 ff) meint, mangels Vorhandenseins der nach § 879 Abs 3 ABGB maßgeblichen Ungleichgewichtslage zwischen Bank und Großkunden spreche nichts dagegen, im Großkundenbereich Vereinbarungen als gültig anzuerkennen, nach denen für die Durchführung der Überweisung ausschließlich die Kontonummer von Bedeutung sein soll. Anders sei die Situation bei Privatkunden, die am beleglosen Überweisungsverkehr teilnehmen und bei denen kein Großkunden vergleichbares Rationalisierungsbedürfnis bestehe. Die Vorteile von Privatkunden bei der Verwendung von Online-Banking seien mit denen von Großkunden und erst recht mit den wirtschaftlichen Vorteilen, die das Kreditinstitut

daraus erziele, nicht vergleichbar. Ungeachtet der durch eine Abgleichung von Kontonummer und Überweisungsempfänger entstehenden zusätzlichen Kosten sei auch beim beleglosen Überweisungsverkehr mittels Online-Banking im Privatkundenbereich am Grundsatz der Maßgeblichkeit des Empfängernamens festzuhalten.

Der Senat teilt diese Auffassung. Das aus der beanstandeten Klausel erwachsende Risiko des Kunden, dass die überwiesenen Beträge selbst bei einem geringfügigen Schreibfehler einer nicht berechtigten und möglicherweise auch zahlungsunfähigen Person zufließen oder Überweisungen an nicht vorhandene Empfänger durchgeführt werden könnten, ist auch im beleglosen Überweisungsverkehr nicht durch die Interessen der Kreditunternehmung an rationeller und automationsgerechter sowie billigerer Abwicklung des Zahlungsverkehrs gerechtfertigt. Den der Bank aus dem Entfall der Abgleichung von Kontonummer und Kontobezeichnung entstehenden Vorteilen - Reduzierung des Aufwandes und der Haftung für fehlerhafte Überweisungen - stehen schwer wiegende Nachteile des Kunden gegenüber, die auch durch das von der Beklagten gebrauchte Preisargument nicht ausgeglichen werden können. Die Revision führt dazu aus, der Kunde habe die Möglichkeit, sich für den aufwändigeren, aber sichereren Weg einer Überweisung mittels eines Belegs zu entscheiden, in welchem Fall die Bank zu einem Abgleich verpflichtet wäre. Wähle er aber die kostengünstigere beleglose Überweisung, sei es auch sachgerecht, dass er das mit der Rationalisierung verbundene Risiko trage. Dem ist mit Krejci (in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 241) zu entgegnen, dass der niedrigere Preis einer Leistung die damit verbundenen Nachteile nur dann ausgleichen kann, wenn es möglich ist, den Preisunterschied

zwischen der für den Kunden günstigeren und der weniger günstigen Leistung transparent zu machen. Dies scheidet - wie das Berufungsgericht richtig erkannte - schon daran, dass der für die Leistung berechnete "richtige" Preis nicht festgestellt werden kann. Die Beklagte bietet nicht etwa eine Leistung einmal mit und einmal ohne die ungünstige Nebenabrede an. Angeboten werden vielmehr zwei in wesentlichen Punkten verschiedene Bankdienstleistungen. Die Unterschiede liegen schon darin, dass bei Auftrag mittels elektronischer Datenverarbeitung die Tätigkeiten, die sonst von der Bank erledigt werden, vom Kunden auszuführen sind. So werden etwa die Buchungsdaten vom Kunden eingegeben und können vom Bankrechner ohne zusätzliche Arbeitsschritte weiter verarbeitet werden (Janisch, ÖBA 2001, 853). Damit sind für die Bank wesentliche Kosteneinsparungen verbunden, die ihren Niederschlag in dem für diese Dienstleistung verlangten geringeren Entgelt finden. Dass - und gegebenenfalls in welchem Umfang - die mit der beanstandeten Klausel verbundene Reduktion der Bankhaftung dem Kunden gegenüber abgegolten wäre, wird nicht transparent. Dem Kunden wird bei der Wahl der Überweisungsart auch in keiner Weise bewusst, dass eine Beziehung zwischen der nachteiligen Nebenabrede und dem geringeren Preis hergestellt wird. So vertreten auch Karollus/Riedler (aaO 354) die Auffassung, die Verringerung der Überweisungskosten im beleglosen Datenträgeraustausch rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Auftraggeber automatisch auch mit einer Einschränkung der Sorgfaltspflichten der buchenden Bank rechnen muss. Entgegen der Auffassung der Revision kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Preisdifferenz zwischen Überweisungsaufträgen mit Beleg und solchen im Wege der

elektronischen Datenverarbeitung die Haftungsbeschränkung zu Lasten des Kunden rechtfertigt.

Dem Einwand der Beklagten, ein zusätzlicher automatisierter Prüfungsschritt zur Abgleichung von Kontonummer und Name des Empfängers würde hohe Kosten verursachen und die Vollautomatisierung beeinträchtigen, ist entgegenzuhalten, dass ökonomische Zweckmäßigkeitserlegungen keinen Vorrang vor der Erfüllung von Rechtspflichten genießen. Es obliegt der Bank zu entscheiden, ob es für sie kostengünstiger ist, Überprüfungsmöglichkeiten zu schaffen oder das Haftungsrisiko von Fehlüberweisungen, die aus der mangelhaften Überprüfung entstehen, auf sich zu nehmen (Janisch aaO 145). Sie hat daher die Alternative, entweder ihre Datenverarbeitungssysteme so umzustellen, dass diese nicht nur die Kontonummer, sondern auch den Namen des Überweisungsempfängers berücksichtigen, oder darauf zu verzichten und die Ersatzpflicht bei Fehlüberweisungen in Kauf zu nehmen (Janisch aaO 145).

Dem Argument der Beklagten, sie könne - sollte die beanstandete Klausel unwirksam sein - das aus der Sphäre des Kunden stammende Risiko einer falschen Kontonummer nicht steuern, ist zu entgegnen, dass die Falschangabe durch Abgleichung der vom Kunden zuvor verlangten Angaben von Kontonummer und Kontowortlaut des Empfängers (Z 39 Abs 1 erster Satz) sehr wohl aufgedeckt und so das Risiko einer Fehlbuchung beeinflusst werden könnte.

Zur Regelung Z 46 Abs 1 Satz 2: "Kann das Kreditinstitut eine Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchführen oder muss es auf Grund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werden, ist es zur Einhebung eines angemessenen pauschalen

Aufwandersatzes gemäß Aushang berechtigt":

Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass der für den Fall, dass eine Zahlungsanweisung des Kunden mangels Deckung nicht durchgeführt werden kann, pauschalierte Aufwandersatz in § 1014 ABGB gedeckt ist.

§ 1014 ABGB verschafft dem Gewalthaber einen Anspruch auf Ersatz des zur Besorgung des Geschäfts notwendigen oder nützlichen Aufwandes, und zwar unabhängig davon, ob die Geschäftsbesorgung zum Erfolg geführt hat (Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1014 Rz 6). Der Aufwand muss zum Zweck der Geschäftsbesorgung erfolgen und für diese notwendig oder nützlich sein.

In dem von der Klausel erfassten ersten Fall besteht die Geschäftsbesorgung der Bank darin, dass sie einen Überweisungsauftrag des Kunden nach Bearbeitung und Überprüfung durchführt. Die mangelnde Deckung des Kontos stellt sich dabei regelmäßig erst im Zuge der Bearbeitung heraus, sohin zu einem Zeitpunkt, zu dem der Beklagten bereits ein Aufwand entstanden ist. Dass der Auftrag mangels Deckung nicht ausgeführt wird, bedeutet nichts anderes, als dass die Geschäftsbesorgung nicht erfolgreich ist und ändert nichts daran, dass die Bank im Auftrag des Kunden für ihn tätig wurde und diese Tätigkeit einen Aufwand bewirkt hat. Selbst wenn sie in der Folge die Durchführung der Überweisung mangels Deckung ablehnt (und damit auch eigene Interessen wahrnimmt), geschieht dies dennoch in untrennbarem Zusammenhang und in Befolgung des ihr erteilten Auftrags. Dass die Geschäftsbesorgung schließlich an der fehlenden Deckung des Kontos scheitert, ändert nichts an der Notwendigkeit und Nützlichkeit des Tätigwerdens der Beklagten durch Bearbeitung des ihr vom Geschäftsherrn erteilten Auftrags. Der Hinweis der Revisionsbeantwortung

auf deutsche Lehre und Rechtsprechung, wonach eine Entgeltvereinbarung in vergleichbaren Fällen als unzulässig beurteilt wird, ist ohne Bedeutung. Die beanstandete Klausel trifft keine Entgeltregelung, sondern eine Pauschalierung des im Zug der Bearbeitung eines Überweisungsauftrags entstandenen Aufwandes.

Der zweite in der Klausel angeführte Fall betrifft Aufwendersatz der Bank auf Grund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Bankkunden. Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit der Vereinbarung eines pauschalierten Aufwendersatzes für diesen Fall aus der Überlegung verneint, die Bank handle in Fällen, in denen sie auf Grund von Zwangsmaßnahmen Dritter gegen den Kunden tätig werde, nicht im Auftrag des Kunden, sondern im Interesse des betreibenden Gläubigers. Die der Bank im Exekutionsverfahren entstehenden Kosten seien in den Bestimmungen der EO über die dem Drittschuldner zu ersetzenden Kosten abschließend geregelt. Dieses Argument überzeugt nicht.

Mag auch das Tätigwerden der Bank im Zusammenhang mit Zwangsmaßnahmen Dritter gegen ihren Kunden rein formal auf einer eigenständigen gesetzlichen Verpflichtung beruhen und die Bank die dadurch auflaufenden Kosten nach § 302 EO zunächst vom betreibenden Gläubiger ersetzt erhalten, so darf nicht übersehen werden, dass es letztlich der Kunde ist, der diese Kosten zu tragen hat. Die in den ABB vorgesehene Vereinbarung, wonach der Kunde sich zur Tragung des Aufwands in einem solchen Fall gegenüber der Bank verpflichtet, trägt dem legitimen Interesse der Bank Rechnung, diese Kosten direkt dem Kunden anlasten zu können und nicht den Umweg über den betreibenden Gläubiger nehmen zu müssen. Sie ist sachlich gerechtfertigt.

Eine grobe Benachteiligung des Kunden im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB ist nicht zu erkennen.

Zur Regelung Z 50 Abs 1 Satz 2: "Das Pfandrecht an Werten aus Gemeinschaftskonten/-depots sichert auch Ansprüche des Kreditinstituts aus der Geschäftsverbindung mit nur einem der Konto-/Depotinhaber".

Die Klausel räumt der Bank ein Pfandrecht an Werten aus Gemeinschaftskonten und Gemeinschaftsdepots zur Besicherung von Ansprüchen ein, die gegen (nur) einen der Konto/Depotinhaber aus der mit ihm allein bestehenden Geschäftsverbindung zur Bank entstanden sind. Sie bewirkt, dass jeder Mitinhaber eines Gemeinschaftskontos, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein "Und-Konto" oder um ein "Oder-Konto" handelt - mit den dort eingezahlten (deponierten) Werten für Verbindlichkeiten haftet, die ein anderer Mitinhaber gegenüber der Bank - aus welchen vertraglichen Beziehungen auch immer - hat.

Die Revision vertritt nun die Auffassung, die in der Klausel enthaltene Drittpfandbestellung sei weder überraschend noch nachteilig. Sie sei durch die Sicherungsinteressen der Bank (die nicht feststellen könne, welche Werte auf einem Gemeinschaftskonto oder -depot den einzelnen Mitinhabern zustünden) sachlich gerechtfertigt und für die Effektivität des Pfandrechts notwendig. Die Drittpfandbestellung sei Folge der von den Inhabern eines Gemeinschaftskontos begründeten Risikogemeinschaft. Auf die von den Vorinstanzen getroffene Unterscheidung in "Und"- bzw "Oder"-Konten komme es für die Zulässigkeit der Klausel nicht an. Dem ist nicht zu folgen:

Mag auch eine Drittpfandbestellung grundsätzlich und ohne Einhaltung besonderer Formvorschriften zulässig sein (Koziol/Welser I12 333; Mader in Schwimann, ABGB2



§ 1369 Rz 1 und 4), so ist doch angesichts der Aufnahme dieser Bestimmung in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten § 864a ABGB zu beachten. Danach sind in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommene Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts unwirksam, wenn sie für den anderen Vertragsteil nachteilig sind und er nach den Umständen nicht mit ihnen rechnen musste, es sei denn, er wurde auf die Bestimmung hingewiesen. Die Revision führt eine Reihe von Argumenten ins Treffen, weshalb ihrer Auffassung nach die in der Klausel enthaltene Drittpfandbestellung für Mitinhaber eines Gemeinschaftskontos weder ungewöhnlich noch überraschend sei. Diese Argumente können nicht überzeugen. Nach den AGB idF 1979 sicherte das Pfandrecht an Werten des Gemeinschaftskontos nur Forderungen der Bank, die aus der Geschäftsverbindung mit der Gesamtheit der Kontoinhaber hervorgegangen waren (ÖBA 1998, 716 [Riedler]). Erst die hier zu prüfende Neufassung der AGB trug dem von der Revision im Anschluss an Iro (Iro/Koziol, AGB-Kommentar Z 50 Rz 6) angesprochenen Interesse der Bank an der Sicherung von Forderungen gegen einzelne Kontomitinhaber durch Einräumung von Pfandrechten an Werten auf Gemeinschaftskonten Rechnung. Schon dieser Umstand steht der Annahme entgegen, dass der Mitinhaber eines Gemeinschaftskontos -depots von vornherein damit rechnen müsste, dass alle darauf befindlichen Werte - somit auch sein Anteil am Guthaben - für Forderungen des Kreditinstituts gegen einen anderen Mitinhaber aus welcher Geschäftsbeziehung auch immer haften.

Die Vorinstanzen haben zu Recht zwischen "Und"- und "Oder"-Konten unterschieden. Wenngleich die AGB der Beklagten das "Oder"-Konto (Depot) als Normalfall

regeln, entsteht nach diesen Bedingungen ein "Und"-Konto (Depot) durch gesonderte Vereinbarung oder durch den Widerspruch eines Kontoinhabers (Z 35 Abs 3). Die hier beanstandete Klausel bezieht sich somit auf beide in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehenen Arten von Gemeinschaftskonten. "Und"-Konten werden dadurch charakterisiert, dass die Forderung der so entstandenen Gemeinschaft Gesamthandforderung im Sinn des § 890 ABGB ist und einzelne Konto-(Mit-)Inhaber über das Konto nur mit Zustimmung der Übrigen verfügen können. Die Bank darf ihrerseits mit Forderungen gegen einen von ihnen nicht aufrechnen (Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I Rz 4/98). Ein Pfandrecht am Kontoguthaben kann nicht über einen Exekutionstitel erwirkt werden, der nur gegen einen der Kontoinhaber gerichtet ist. Zur Pfändung wäre ein Exekutionstitel gegen alle Kontoinhaber erforderlich (Iro aaO Rz 5/92 und Rz 4/98 f). Durch Abschluss eines "Und"-Kontos wollen die Mitinhaber daher sicherstellen, dass Verfügungen über die erliegenden Werte und Guthaben nur gemeinsam möglich sind. Vereinbarungswidrige Dispositionen anderer Mitinhaber sollen ebenso ausgeschlossen sein wie Zugriffe von Gläubigern einzelner Konto-(Depot-)Mitinhaber. Diesen Erwartungen der Kontomitinhaber steht die beanstandete Regelung - wie die Revisionsbeantwortung zutreffend aufzeigt - diametral entgegen. Es kann daher weder argumentiert werden, dass die in der Klausel vorgesehene Drittpfandbestellung Folge der vom Kunden bewusst begründeten Risikogemeinschaft wäre, noch, dass die Inhaber derartiger "Und"-Konten vernünftigerweise mit der hier beanstandeten Regelung rechnen müssten. Die Nachteiligkeit der Klausel für den einzelnen Mitinhaber eines Gemeinschaftskontos ist nicht zweifelhaft, sodass sich ihre

Unwirksamkeit (zumindest in Bezug auf "Und"-Konten und -depots) schon aus § 864a ABGB ergibt.

Da die beanstandete Regelung den Interessen von Kontomitinhabern und den für "Und"-Konten anzuwendenden Rechtsgrundlagen entgegensteht, benachteiligt sie den Kunden überdies gröblich im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, indem sie der Beklagten einen Zugriff auf Werte einräumt, auf die sie ohne diese Regelung nicht zugreifen könnte. Die Inhaber des Gemeinschaftskontos könnten nicht verhindern, dass die Bank als Gläubigerin eines Mitinhabers in die gesamte gemeinschaftliche Forderung Zwangsvollstreckung führt. Die nach Auffassung Iros (Iro/Koziol, ABB-Kommentar Z 50 Rz 6) klar erkennbare Interessenlage der Bank an der Sicherung ihrer Forderungen rechtfertigt nicht einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Mitinhaber von "Und"-Konten, der überdies eine einseitige Besserstellung der Bank als Gläubigerin im Vergleich zu anderen Gläubigern der Kontomitinhaber verwirklicht.

Auch Iro - auf dessen Kommentierung sich die Beklagte beruft - ist sich offensichtlich der Problematik der Klausel in Bezug auf "Und"-Konten (Depots) bewusst (aaO Rz 10); seine Ausführungen zur Zulässigkeit der Klausel für derartige Gemeinschaftskonten und -depots sind äußerst zurückhaltend.

Die Revisionsbeantwortung meint, die beanstandete Regelung benachteilige den Mitinhaber auch in Bezug auf "Oder"-Depots insoweit gröblich, als sie ihm die Möglichkeit nehme, im Fall eines durch die Begründung von exekutiven Pfandrechten verwirklichten Eingriffs in sein Miteigentum Exszindierungsklage zu erheben. Auch Iro zeigt in seiner Kommentierung (aaO Rz 9) auf, dass die für die Zulässigkeit der Regel in Bezug auf "Oder"-Konten

gebrauchten Argumente angesichts der dinglichen Aspekte nicht ohne weiteres auf das "Oder"-Depot übertragen werden dürften. Ob seinen Argumenten, wonach die Regelung jedenfalls in Bezug auf "Oder"-Konten wirksam sei, zu folgen ist, und ob die Regelung in Bezug auf "Oder"-Depots wirksam ist, kann hier offen bleiben. Die Unzulässigkeit der Klausel in Bezug auf "Und"-Konten und -depots und die fehlende Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion im Verfahren über eine Verbandsklage führt zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel. Selbst wenn die Regelung in Bezug auf "Oder"-Konten und -depots zulässig wäre, müsste eine entsprechende Differenzierung vorgenommen werden, mangels derer die Regelung gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verstößt. Darauf haben die Vorinstanzen auch zutreffend hingewiesen.

Zur Regelung Z 58 Satz 2: "Die Z 50 und 51 gelten entsprechend":

Die Regelung betrifft - wie auch Z 50 Abs 1 Satz 2 ABB - die Einräumung einer Sicherheit, die hier im Wege eines Zurückbehaltungsrechts an Gemeinschaftskonten und -depots gewährt wird. Auf die Ausführungen zur Z 50 Abs 1 Satz 2 ABB wird hingewiesen.

Zur Regelung Z 59:

Abs 1: "Das Kreditinstitut ist berechtigt, zwischen sämtlichen Ansprüchen des Kunden, soweit sie pfändbar sind, und sämtlichen Verbindlichkeiten des Kunden ihm gegenüber aufzurechnen, insbesondere auch zwischen Guthaben aus Gemeinschaftskonten und Ansprüchen des Kreditinstituts gegen einen der Kontoinhaber.

Abs 2: Das Kreditinstitut wird unbeschadet des bestehenden Aufrechnungsrechtes Dispositionen des Kunden zu Gunsten Dritter über Guthaben aus Girokonten

durchführen, solange dem Kunden keine Aufrechnungserklärung zugegangen ist. Eine Pfändung des Guthabens gilt nicht als Disposition des Kunden."

Zur Wirksamkeit der in der Klausel vorgesehenen Aufrechnung mit Guthaben auf einem Girokonto macht die Revision geltend, die in den ABB enthaltene ausdrückliche Regelung stehe dem von der Rechtsprechung bisher (nach Auffassung der Revision zu Unrecht) angenommenen stillschweigenden Aufrechnungsverzicht entgegen. Im Übrigen werde das Vertrauen des Kunden auf die jederzeitige Verfügbarkeit seines Guthabens nicht zerstört, weil sich die Beklagte verpflichte, Dispositionen über Guthaben auf Girokonten so lange durchzuführen, als nicht dem Kunden eine Aufrechnungserklärung zugegangen sei. Dem ist zuzustimmen.

Die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs leitet aus dem Wesen des Girovertrags und den darin von der Bank übernommenen Verpflichtungen ab, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Aufrechnungsmöglichkeit der Bank mit ihren Forderungen gegenüber dem Kunden durch Abschluss des Girovertrags konkludent abbedungen wird. Könnte nämlich die Bank ihre Forderungen aus einem Kredit mit dem Guthaben aus dem Girokonto ohne Weiteres zur Aufrechnung bringen, wäre der Zweck des Girovertrags für den Kunden, mit dem dadurch begründeten Buchgeld gleich wie Bargeld umgehen zu können, vereitelt (EvBl 1995/103; RdW 1987, 194; ÖBA 1987, 655 [Apathy]; JBl 1975, 655, HS 25.706; RS0032996). Während Heiss/Tangl (Geschäftsbedingungen 43) diese Auffassung teilen, tritt ihr ein Großteil der Lehre (Koziol in Iro/Koziol ABB-Kommentar Rz 8 mwN; Apathy, Aufrechnungsverbot bei Girokonten, ÖBA 1996, 99; derselbe

Anm zu ÖBA 1987, 655, Dullinger, Handbuch der Aufrechnung, 144) mit dem Argument entgegen, ein konkludenter Aufrechnungsverzicht der Bank könne nach den an stillschweigende Willenserklärungen (insbesondere an Verzichtserklärungen) anzulegenden strengen Maßstäben nicht mehr angenommen werden, zumal die Bank durch die Formulierung ihrer Geschäftsbedingungen zu erkennen gebe, dass sie auf ihrem, schon nach ABGB zustehenden Aufrechnungsrecht beharre (Koziol aaO Rz 9).

Den bisher ergangenen Entscheidungen lagen die Allgemeinen Bankbedingungen alter Fassung zu Grunde, die in ihrem Punkt 7 ganz generell die Möglichkeit einer Aufrechnung von Forderungen des Kreditunternehmens mit Verbindlichkeiten vorsahen, ohne auf die besondere Interessenlage im Zusammenhang mit Giro-, insbesondere mit Gehaltskonten Rücksicht zu nehmen. Die nunmehr zu prüfende Bedingung nimmt demgegenüber ausdrücklich auf Girokonten Bezug. Die Bank verpflichtet sich - unbeschadet ihres zugleich eingeräumten Aufrechnungsrechts - Dispositionen des Kunden über Guthaben aus Girokonten durchzuführen, solange dem Kunden keine Aufrechnungserklärung zugegangen ist. Diese Bestimmung trägt somit - anders als die ABB aF - dem Vertrauen des Kunden auf jederzeitige Verfügbarkeit seines Guthabens (zB seines Gehalts) Rechnung und steht mit dem Zweck des Girovertrags im Einklang. Der von der Rechtsprechung bejahte Vertrauensschutz im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Girovertrags kann aber nicht so weit gehen, dass der Bankkunde annehmen dürfte, der Bank sei ein Zugriff auf sein Guthaben aus dem Girokonto für alle Zeit verwehrt. Geht ihm daher - wie in Z 59 Abs 2 der ABB vorgesehen - eine Aufrechnungserklärung der Bank zu, endet

sein Vertrauen in die jederzeitige Verfügbarkeit seines Guthabens. Auch hat er in diesem Fall ohnehin die Möglichkeit, sein Gehaltskonto bei einer anderen Bank zu eröffnen. Behält sich daher die Bank - in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie hier - ausdrücklich die Aufrechnung auch in Bezug auf Guthaben aus Girokonten vor und tragen die Bedingungen dem Vertrauen des Kunden auf jederzeitige Verfügbarkeit seines Guthabens in ausreichender Weise Rechnung, kann bei Abschluss eines (späteren) Girovertrags nicht mehr angenommen werden, dass die in den ABB vorgesehene Aufrechnungsmöglichkeit (konkludent) abbedungen werden sollte und die Bank auf die davor vereinbarte Aufrechnung verzichten wollte.

Weitere Voraussetzung für die Gültigkeit der beanstandeten Klausel ist jedoch, dass sie nicht im Sinn des § 864a ABGB ungewöhnlich und für den Kunden nachteilig ist. So räumt auch Kerschner (Aufrechnungsprobleme bei Bankgeschäften, ÖBA 1989, 254 [263]), der sich im Übrigen gegen ein allgemeines Aufrechnungsverbot bei Giroverträgen ausspricht, ein, dass eine die Aufrechnung vorsehende AGB-Klausel unter der Voraussetzung des § 864a ABGB unwirksam sein kann. Ob eine Klausel im Sinn dieser Bestimmung ungewöhnlich ist, wird objektiv und der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp entsprechend beurteilt (Apathy in Schwimann, ABGB<sup>2</sup> § 864a Rz 7 mwN).

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die konkrete Ausgestaltung der Regelung den Interessen des Kunden in Übereinstimmung mit dem Zweck des Girovertrags in ausreichender Weise Rechnung trägt. Der Kunde ist bis zum Erhalt der Aufrechnungserklärung in seinem Vertrauen geschützt, über sein Guthaben (zB sein Gehalt) verfügen zu

können. Er hat immer die Möglichkeit, sein Giro-(Gehalts-)Konto bei einer anderen Bank zu eröffnen, sollte seine Bank ihm erklären, gegen seine Forderungen aus dem Girovertrag mit Forderungen aus zB Kreditverträgen aufrechnen zu wollen. Es ist auch keineswegs ungewöhnlich, dass das schon nach ABGB bestehende Recht des Unternehmers zur Aufrechnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgeschrieben wird. Die Regelung findet sich überdies in einem nach der Systematik der Bankbedingungen zu erwartenden Zusammenhang und wird deutlich hervorgehoben. Dass diese Regelungen auch Girokonten erfasst, ergibt sich unzweifelhaft aus ihrem Inhalt. Zusammenfassend ist die beanstandete Klausel daher - gemessen an der Bestimmung des § 864a ABGB - für den Kunden weder überraschend noch nachteilig. Sie ist insoweit unbedenklich, sodass Absatz 2 der Klausel Bestand hat.

Allerdings regelt Z 59 Abs 1 auch die Aufrechenbarkeit von Guthaben aus Gemeinschaftskonten mit Verbindlichkeiten aus einem Einzelkonto eines Mitinhabers. Sie entspricht insoweit der vorher besprochenen Regelung über das Pfandrecht Z 50 Abs 1 Satz 2. Sie ist in Bezug auf Guthaben aus Gemeinschaftskonten aus den zu Z 50 Abs 1 Satz 2 ABB dargelegten Gründen unwirksam. Das Argument Koziols (aaO Z 59 Rz 4), jeder Kontoinhaber sei allein verfügungsberechtigt und somit berechtigt, die gesamte Kontoforderung einzuziehen, ist in Bezug auf "Und"-Konten unrichtig und vermag die Zulässigkeit einer Aufrechnung des Guthabens auf einem derartigen Konto mit Forderungen der Bank aus einem Einzelkonto eines der Mitinhaber nicht zu begründen. Die beanstandete Klausel erweist sich daher insoweit als unwirksam. In Ermangelung einer Möglichkeit, die beanstandete Klausel im Verbandsprozess



geltungserhaltend zu reduzieren (Krejci in Rummel ABGB<sup>2</sup> § 30 KSchG Rz 15), muss die Bestimmung Z 59 Abs 1 der ABB untersagt werden.

Zur Regelung Z 66 Abs 2: "Das Kreditinstitut ist jedoch berechtigt, solche Wertpapiergeschäfte auszuführen, sofern ihm nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrages nur bei Deckung wünscht".

Die Vorinstanzen haben unter Hinweis auf Iro (Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 7/105 zur Bestimmung P 40 Abs 3 AGB 1979) die Klausel als gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB beurteilt und einen Verstoß gegen die sich aus §§ 11 Abs 1 und 13 Z 4 WAG ergebende Rückfragepflicht bejaht. Die von Iro zu P 40 Abs 3 AGB 1979 vertretene Auffassung kann nicht ohne weiteres auf die nunmehr zu prüfende Bedingung übertragen werden. Iro erachtete die Bestimmung als grob nachteilig, weil die Bank danach berechtigt war, Aufträge zum Verkauf von Wertpapieren sowie zur Ausübung oder zum Verkauf von Bezugsrechten durchzuführen, ohne vorher das Vorhandensein eines entsprechenden Bestands für den Kunden prüfen zu müssen. Demgegenüber entbindet Z 66 der vorliegenden ABB die Beklagte nicht von ihrer Prüfpflicht, sondern setzt eine entsprechende Prüfung voraus und regelt nur die Vorgangsweise, wenn die Bank anlässlich der Prüfung feststellt, dass eine Deckung fehlt.

Nach Z 66 Abs 1 darf das Kreditinstitut die Ausführung von Wertpapiergeschäften bei fehlender Deckung ganz oder teilweise unterlassen. Abs 2 gestattet die Durchführung trotz fehlender Deckung, sofern der Bank nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrags nur bei Deckung wünscht. Die Klausel enthält keine Verpflichtung der Bank, beim Kunden nachzufragen, wenn sie

im Rahmen ihrer Überprüfung die fehlende Deckung festgestellt hat.

Die Revision vertritt die Auffassung, eine Rückfrage beim Kunden komme nur bei unklaren Aufträgen in Betracht. Eine darüber hinausgehende generelle Pflicht zur Rückfrage auch bei klaren Aufträgen sei zur Wahrung der Kundeninteressen nicht erforderlich und auch sachlich nicht gerechtfertigt. Es läge vielmehr im Interesse des Kunden, dass seine Order umgehend ausgeführt werde, was im Fall einer Rückfrage nicht möglich wäre. Dem ist zuzustimmen.

Nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen ist der Auftragnehmer verpflichtet, die Interessen des Auftraggebers entsprechend der Natur des übernommenen Geschäfts zu wahren und nötigenfalls dessen Weisungen einzuholen (Koziol/Welser II12 197 mwN; Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1009 Rz 2 ff mwN). Aus der Wohlverhaltensregel des § 11 Abs 1 WAG im Zusammenhang mit der im § 13 Z 4 WAG normierten Informationspflicht wird deutlich, dass - im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften - die Interessen des Kunden bestmöglich gewahrt werden müssen. Der Kunde ist daher, soweit möglich und zumutbar, vor Nachteilen und Risiken zu schützen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Bank ein Wertpapiergeschäft - sollte sie bei ihrer Prüfung feststellen, dass eine entsprechende Deckung nicht vorhanden ist - ohne vorherige Rückfrage beim Kunden nicht ausführen dürfte. Schwerwiegende Nachteile könnten dem Kunden nämlich gerade dann entstehen, wenn die Ausführung des Geschäfts infolge der mit der Rückfrage verbundenen Zeit unterbleibt und der Kunde deshalb den erwarteten Nutzen nicht lukrieren kann. Die Revision weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass gerade beim Wertpapiergeschäft oft auch nur kurzfristige Verzögerungen

zu finanziellen Nachteilen führen.

Im Übrigen darf die Bank darauf vertrauen, dass der Kunde einen Wertpapierauftrag in Kenntnis der ihn treffenden Umstände, somit auch in Kenntnis einer allenfalls zunächst fehlenden Deckung erteilt und diesen auch durchgeführt haben möchte. Fälle, in denen der Kunde über die vorhandene Deckung (insbesondere das Vorhandensein der zu veräußernden Wertpapiere) irrt, werden wohl äußerst selten sein. Gibt der Kunde nicht zu erkennen, dass er die Durchführung des Auftrages nur bei entsprechender Deckung wünscht, besteht somit für die Bank keine Unklarheit, die sie zu einer Rückfrage verpflichten würde. Wollte man sie dennoch auch bei klaren Aufträgen zur Rückfrage verpflichten, bedeutete dies eine Überspannung der ihr obliegenden Fürsorge, die regelmäßig auch nicht im Interesse des Kunden gelegen wäre, der eine unverzügliche Ausführung seines Auftrages wünscht.

Die Revision weist auch zutreffend darauf hin, dass die vom Kläger geforderte Prüfpflicht nicht geeignet ist, die angenommenen Interessen des Kunden zu wahren. Die geforderte Überprüfung, ob sich die (über Auftrag des Kunden zu veräußernden) Wertpapiere tatsächlich in einem Depot der Bank befinden, lässt die Möglichkeit offen, dass der Kunde sie bei einer anderen Bank hinterlegt oder unmittelbar vor dem der Bank erteilten Auftrag angeschafft hat; er könnte sich die Wertpapiere auch erst beschaffen. Auch die fehlende Deckung des für die Anschaffung von Wertpapieren erforderlichen Kapitals nach den Unterlagen der beauftragten Bank sagt nichts darüber aus, ob der Kunde nicht den Anschaffungspreis aus anderen finanziellen Mitteln beschaffen könnte. Das Unterbleiben einer Rückfrage in klaren Auftragsfällen entbehrt daher nicht der sachlichen

Rechtfertigung. Es erscheint durchaus sachgerecht, wenn die Bank Aufträge trotz fehlender Deckung durchführen darf, sofern ihr nicht erkennbar ist, dass der Kunde die Durchführung des Auftrags nur bei Deckung wünscht. Von der Wirksamkeit der beanstandeten Klausel Z 66 Abs 2 der ABB ist somit auszugehen.

Zur Regelung Z 69 Abs 3: "Das Kreditinstitut haftet nur für die sorgfältige Auswahl des Drittverwahrers".

Nach § 3 Abs 1 DepotG ist der Verwahrer berechtigt, die Wertpapiere unter seinem Namen einem anderen Verwahrer (Drittverwahrer) anzuvertrauen. Er hat für den von ihm eingeschalteten Drittverwahrer nach § 1313a ABGB einzustehen (§ 3 Abs 3 erster Satz DepotG). § 3 Abs 3 zweiter Satz DepotG ermöglicht eine Vereinbarung zwischen Hinterleger und Zwischenverwahrer, durch die dessen Haftung auf Auswahlverschulden eingeschränkt wird. Die Haftung für ein Verschulden des Drittverwahrers wird ihm durch diese Vereinbarung erlassen. Von dieser vertraglichen Möglichkeit macht die beanstandete Klausel Gebrauch. In der Lehre ist nun umstritten, ob die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommene Haftungsbeschränkung auch Verbrauchern gegenüber zulässig ist (siehe dazu Iro in Iro/Koziol AGB-Kommentar Z 69 Rz 8 mwN). Nach Auffassung der Vorinstanzen steht § 6 Abs 2 Z 2 KSchG - mangels individuell ausgehandelter Zustimmung - der Wirksamkeit dieser Klausel gegenüber Verbrauchern entgegen.

Die Revision macht unter Berufung auf Iro (aaO Rz 9) geltend, § 6 Abs 2 Z 2 KSchG sei nicht anzuwenden, weil die Überbindung der Verwahrungspflichten auf den Drittverwahrer nicht auf einer Vereinbarung mit dem Hinterleger, sondern auf der gesetzlichen Anordnung des § 3 DepotG beruhe. Im Übrigen handle es sich um eine erlaubte

Substitution, die den Erstverwahrer von seiner Verwahrungspflicht befreie, und nicht bloß um die Beiziehung eines Gehilfen. Nach allgemeinem Zivilrecht haftet der Verwahrer bei erlaubter Substitution nur für Verschulden bei Auswahl des Substituten.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 3 Abs 1 DepotG nur die Berechtigung des Verwahrers normiert, die Wertpapiere "unter seinem Namen" einem Drittverwahrer anzuvertrauen. Schon aus der Formulierung "unter seinem Namen" wird hinreichend deutlich, dass mit dem in Abs 1 angeführten "Anvertrauen" noch keine Überbindung der aus dem Verwahrungsvertrag erwachsenden Rechte und Pflichten erfolgt. Der Zwischenverwahrer haftet daher nach wie vor für Erfüllung aus dem Depotvertrag und hat dementsprechend auch für das Verschulden des Drittverwahrers nach § 1313a ABGB einzustehen. Die Überbindung des Vertrags an den Drittverwahrer - mit schuldbefreiender Wirkung für den Zwischenverwahrer - erfolgt erst durch den Abschluss der im § 3 Abs 3 zweiter Satz DepotG vorgesehenen Vereinbarung zwischen Erleger und Zwischenverwahrer. Diese Vereinbarung unterliegt jedoch - wie die Vorinstanzen zutreffend erkannten - § 6 Abs 2 Z 2 KSchG. Ihre Wirksamkeit gegenüber Verbrauchern bedürfte daher einer individuell ausgehandelten Zustimmung.

Im Übrigen weist die Revisionsbeantwortung zutreffend darauf hin, dass auch in Fällen erlaubter Substitution nach § 1010 ABGB (eine Substitution im Notfall scheidet hier nach den Umständen aus) die Haftung nur dann auf Auswahlverschulden beschränkt ist, wenn der Geschäftsherr der Substitution zustimmt. Diese vertragliche Vereinbarung unterliegt im Anwendungsbereich des KSchG jedoch gleichfalls § 6 Abs 2 Z 2 KSchG (Strasser in Rummel,

ABGB<sup>2</sup> § 1010 Rz 8). Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommene Haftungsbeschränkung auf Auswahlverschulden (bei freiwilliger Bestellung eines Drittverwahrers) wäre daher auch nach allgemeinem Zivilrecht mangels individueller Vereinbarung Verbrauchern gegenüber nicht wirksam.

Entgegen der Auffassung der Revision ist § 3 Abs 3 DepotG angesichts seines Regelungsinhalts nicht als gegenüber § 6 KSchG speziellere Norm anzusehen. § 6 KSchG ist uneingeschränkt auf alle rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern anzuwenden.

Die Vorinstanzen haben daher zu Recht auch die Unwirksamkeit dieser Klausel angenommen.

Abschließend bekämpft die Revision die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen. Abgesehen davon, dass die Urteilsveröffentlichung keine Gewähr dafür biete, dass jeder, der von einem Verstoß betroffen sei oder von diesem Kenntnis erlangt habe, auch die Urteilsveröffentlichung lese, bestehe kein Bedürfnis auf Veröffentlichung in zwei bundesweiten Tageszeitungen. Sollte eine Änderung der AGB durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs erforderlich werden, würden ohnehin alle Betroffenen durch die damit verbundene Verständigung Kenntnis vom Prozessergebnis erlangen.

Das Berufungsgericht hielt im Hinblick auf die Notwendigkeit der Aufklärung breiter Bevölkerungskreise eine Urteilsveröffentlichung in zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen für geboten, um ein möglichst umfassendes Bevölkerungsspektrum zu erreichen. Seine Entscheidung, die Klägerin in diesem Umfang zur Urteilsveröffentlichung zu ermächtigen, ist angesichts der

bundesweiten Tätigkeit der Beklagten und ihres bedeutenden Geschäftsumfangs nicht zu beanstanden. Die Vielzahl der Verträge, denen die hier beanstandeten Klauseln zu Grunde gelegt wurden und die bundesweit große Zahl an Kunden der Beklagten lässt die Urteilsveröffentlichung in zwei bundesweit erscheinenden Tageszeitungen gerechtfertigt erscheinen.

Die nach Vorlage von Revision und Revisionsbeantwortung eingebrachten weiteren Schriftsätze der Streitparteien waren zurückzuweisen, weil jeder Partei nur eine einzige Rechtsmittelschrift oder Rechtsmittelgegenschrift zusteht. Weitere Äußerungen dazu sind nicht vorgesehen (RIS-Justiz RS0041666). Für die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH zu Fragen der Auslegung des in § 6 Abs 3 KSchG geregelten Transparenzgebots besteht hier kein Anlass. Die Beklagte meint, das Berufungsgericht - wie auch die bisherige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs - hätten das Transparenzgebot EU-rechtswidrig ausgelegt. Unklare oder unverständliche Klauseln seien nur dann unwirksam, wenn sie auch nachteilig seien. Sie übersieht dabei, dass die Nachteiligkeit einer unklaren oder unverständlichen Bestimmung schon darin liegt, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten werden kann. Im Übrigen steht es den Vertragsstaaten nach Art 8 der Richtlinie 93/13/EWG frei, strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher zu gewährleisten.

Der Revision war teilweise Folge zu geben und die Entscheidung des Berufungsgerichts entsprechend abzuändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 43 Abs 1 und 50 Abs 1 ZPO. Bezogen auf das Verfahren erster Instanz

hat die Klägerin mit insgesamt 12 von 19 Klauseln, sohin mit etwa zwei Dritteln des Streitgegenstandes obsiegt, sodass sie Kostenersatz in Umfang eines Drittels ihrer Verfahrenskosten und zwei Drittel der Barauslagen geltend machen kann. In zweiter Instanz war die Berufung der Klägerin mit einem Viertel erfolgreich, sie hat daher der Beklagten die Hälfte der Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen und erhält selbst ein Viertel der ihr entstandenen Barauslagen. Die Berufung der Beklagten betraf 13 Klauseln, sie war mit 2 Klauseln erfolgreich, was etwa einem Sechstel des von ihrer Berufung umfassten Gegenstands entspricht. Die Beklagte hat daher der Klägerin zwei Drittel der Berufungsbeantwortung zu ersetzen und erhält selbst ein Sechstel ihrer Barauslagen. Die Revision der Beklagten betraf 17 Klauseln und war mit 5 Klauseln erfolgreich; die Klägerin obsiegte somit im Revisionsverfahren mit etwa zwei Dritteln (12 von 17 Klauseln wurden als unzulässig beurteilt), sodass sie ein Drittel der Kosten ihrer Revisionsbeantwortung erhält und der Beklagten ein Drittel der ihr entstandenen Barauslagen zu ersetzen hat.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 19. November 2002  
Dr. K o d e k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: