

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn und die Hofrätin Dr. Weixelbraun-Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei V\*\*\*\*\*, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei B\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, im Verfahren über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 11. April 2014, GZ 1 R 5/14h-14, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 31. Oktober 2013, GZ 11 Cg 65/13s-6, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

A. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art 41 Abs 1 iVm Art 36 Abs 1 der Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdienste-Richtlinie) dahin auszulegen, dass eine

Information (in elektronischer Form), die von der Bank an die E-Mail-Box des Kunden im Rahmen des Online-Banking (E-Banking) übermittelt wird, sodass der Kunde diese Information nach dem Einloggen auf der E-Banking-Website durch Anklicken abrufen kann, dem Kunden auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt wird?

2. Wenn Frage 1 verneint wird:

Ist Art 41 Abs 1 iVm Art 36 Abs 1 der Zahlungsdienste-Richtlinie dahin auszulegen, dass in einem solchen Fall

a) die Information von der Bank zwar auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt, aber nicht dem Kunden mitgeteilt, sondern diesem nur zugänglich gemacht wird oder

b) es sich überhaupt nur um ein Zugänglichmachen der Information ohne Verwendung eines dauerhaften Datenträgers handelt?

B. Das Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

### **B e g r ü n d u n g :**

#### **I. Sachverhalt:**

Beim Anlassverfahren handelt es sich um einen sogenannten Klauselprozess. Der Kläger ist ein nach dem österreichischen Konsumentenschutzgesetz klageberechtigter Verband zur Durchsetzung von Verbraucherinteressen. Die beklagte Bank betreibt bundesweit das Bankgeschäft und verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen (unter anderem) für die

Teilnahme am E-Banking. Für das Vorabentscheidungsverfahren ist folgende Klausel in den genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten von Bedeutung:

*„Mitteilungen und Erklärungen (insbesondere Kontonachrichten, Kontoauszüge, Kreditkartenabrechnungen, Änderungsmitteilungen, etc), die die Bank dem Kunden zu übermitteln oder zugänglich zu machen hat, erhält der Kunde, der E-Banking vereinbart hat, per Post oder durch Abrufbarkeit oder Übermittlung elektronisch im Wege des B\*\*\*\*\* E-Bankings.“*

Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist nur diese Vertragsklausel. Für den Obersten Gerichtshof stellt sich die Frage, ob es sich um ein „Mitteilen auf einem dauerhaften Datenträger“ handelt, wenn die Bank eine Information (elektronische Nachricht) an das Postfach des Kunden im Rahmen des E-Banking übermittelt.

Für das Vorabentscheidungsverfahren ist davon auszugehen, dass die von der Bank im Rahmen des E-Banking an die Mobilbox des Kunden übermittelten elektronischen Nachrichten jedenfalls für einen dem Zweck der Information angemessenen Zeitraum unverändert bestehen bleiben und nicht gelöscht werden, sodass sie vom Kunden „konsultiert“ (abgerufen) und unverändert „reproduziert“ (elektronisch wiedergegeben bzw ausgedruckt) werden können. Die Nachrichten können vom Kunden verwaltet und allenfalls auch gelöscht werden.

## **II. Unionsrechtliche Grundlagen:**

Die für das Vorabentscheidungsverfahren einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen lauten:

1. Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdienste-Richtlinie)

*Art 36: Allgemeine vorvertragliche Unterrichtung*

*(1) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer die Informationen und Vertragsbedingungen gemäß Artikel 37 in leicht zugänglicher Form zugänglich macht, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Vertrag oder ein Angebot über die Ausführung einer Einzelzahlung gebunden ist. Auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers stellt ihm der Zahlungsdienstleister die Informationen und Vertragsbedingungen in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zur Verfügung. Die Informationen und Vertragsbedingungen sind in einer Amtssprache des Mitgliedstaats, in dem der Zahlungsdienst angeboten wird, oder in einer anderen zwischen den Parteien vereinbarten Sprache klar und verständlich abzufassen.*

*Art 41: Allgemeine vorvertragliche Unterrichtung*

*(1) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig die Informationen und Vertragsbedingungen gemäß Artikel 42 in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitteilt, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Rahmenvertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist. Die Informationen und Vertragsbedingungen sind in einer Amtssprache des Mitgliedstaats, in dem der Zahlungsdienst angeboten wird, oder in einer anderen zwischen den Parteien vereinbarten Sprache klar und verständlich abzufassen.*

*Erwägungsgrund 24*

*In der Praxis sind Rahmenverträge und darunter fallende Zahlungsvorgänge weitaus häufiger und fallen wirtschaftlich mehr ins Gewicht als Einzelzahlungen. Bei Zahlungskonten oder bestimmten Zahlungsinstrumenten ist ein Rahmenvertrag erforderlich. Daher sollten die Vorabinformationspflichten bei Rahmenverträgen recht umfassend sein und die Informationen sollten immer auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger mitgeteilt werden, wie beispielsweise Ausdrucke von Kontoauszugsdruckern, Disketten, CD-ROMs, DVDs und PC-Festplattenlaufwerken, auf denen*

*elektronische Post gespeichert werden kann, sowie Websites, sofern sie für einen dem Zweck der Information angemessenen Zeitraum konsultiert und unverändert reproduziert werden können. Allerdings sollten Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer in einem Rahmenvertrag vereinbaren können, in welcher Weise nachträgliche Information über die ausgeführten Zahlungsvorgänge erfolgen soll, beispielsweise dass beim Internetbanking alle das Zahlungskonto betreffenden Informationen online zugänglich gemacht werden.*

#### *Erwägungsgrund 25*

*Bei Einzelzahlungen sollte der Zahlungsdienstleister lediglich die wichtigsten Informationen stets von sich aus geben müssen. Da der Zahler in der Regel anwesend ist, wenn er den Zahlungsauftrag erteilt, braucht nicht vorgeschrieben zu werden, dass die Informationen in jedem Fall auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger gegeben werden müssen. Der Zahlungsdienstleister kann entweder mündlich am Schalter Auskunft erteilen oder dafür sorgen, dass die Informationen anderweitig leicht zugänglich sind, indem er beispielsweise eine Tafel mit den Vertragsbedingungen in seinen Geschäftsräumen anbringt. Zudem sollte er darauf hinweisen, wo weitere Informationen erhältlich sind (z. B. Angabe der Website-Adresse). Allerdings sollte der Verbraucher auf Verlangen die wichtigsten Informationen auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger erhalten können.*

#### *Erwägungsgrund 27*

*Die Art und Weise, in der der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer informieren muss, sollte den Erfordernissen des Nutzers sowie - je nach den im jeweiligen Zahlungsdienstvertrag getroffenen Vereinbarungen - praktischen technischen Aspekten und der Kosteneffizienz Rechnung tragen. Daher sollte in dieser Richtlinie zwischen zwei Arten unterschieden werden, auf denen Informationen vom Zahlungsdienstleister gegeben werden müssen. Entweder sollte die Information mitgeteilt, d.h. vom Zahlungsdienstleister zu dem in*

*dieser Richtlinie geforderten Zeitpunkt von sich aus übermittelt werden, ohne dass der Zahlungsdienstnutzer sie ausdrücklich anfordern muss, oder die Information sollte dem Zahlungsdienstnutzer unter Berücksichtigung seines etwaigen Ersuchens um nähere Informationen zugänglich gemacht werden. In letzterem Fall sollte der Zahlungsdienstnutzer selbst aktiv werden, um sich die Informationen zu verschaffen, indem er sie beispielsweise ausdrücklich vom Zahlungsdienstleister anfordert, sich in die Mailbox des Bankkontos einloggt oder eine Bankkarte in den Drucker für Kontoauszüge einführt. Zu diesem Zweck sollte der Zahlungsdienstleister sicherstellen, dass die Informationen zugänglich sind und dem Zahlungsdienstnutzer zur Verfügung stehen.*

## 2. Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-Richtlinie)

### *Art 2: Begriffsbestimmungen*

*Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnen die Ausdrücke*

*...*

*10. „dauerhafter Datenträger“ jedes Medium, das es dem Verbraucher oder dem Unternehmer gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht;*

### *Erwägungsgrund 23*

*Dauerhafte Datenträger sollten es dem Verbraucher ermöglichen, Informationen so lange zu speichern, wie es für den Schutz seiner Interessen in den Beziehungen zum Unternehmer erforderlich ist. Zu diesen dauerhaften Datenträgern sollten insbesondere Papier, USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern sowie E-Mails gehören.*

## 3. Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft,

insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs  
(E-Commerce-Richtlinie)

*Art 10: Informationspflichten*

*(3) Die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, daß er sie speichern und reproduzieren kann.*

*Art 11: Abgabe einer Bestellung*

*(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß - außer im Fall abweichender Vereinbarungen zwischen Parteien, die nicht Verbraucher sind - im Fall einer Bestellung durch einen Nutzer auf elektronischem Wege folgende Grundsätze gelten:*

*- ...*

*- Bestellung und Empfangsbestätigung gelten als eingegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie abrufen können.*

*(3) Absatz 1 erster Gedankenstrich und Absatz 2 gelten nicht für Verträge, die ausschließlich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden.*

**III. Innerstaatliche Rechtsvorschriften:**

Die relevanten nationalen Rechtsvorschriften lauten:

1. Zahlungsdienstegesetz

§ 3: Begriffsbestimmungen

*Im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten folgende Begriffsbestimmungen:*

*...*

*12. Rahmenvertrag: ein Zahlungsdienstvertrag, der die zukünftige Ausführung einzelner und aufeinander folgender Zahlungsvorgänge regelt und die Verpflichtung zur Einrichtung eines Zahlungskontos und die entsprechenden Bedingungen enthalten kann;*

3. Hauptstück: Zahlungsdienste

*1. Abschnitt: Informationspflichten, Entgelte und Vertragsarten*

*§ 26: Form, Zeitpunkt, Sprache und Transaktionswährung*

*(1) Der Zahlungsdienstleister hat dem Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig, bevor der Zahlungsdienstnutzer durch einen Vertrag oder ein Vertragsangebot gebunden ist, die Informationen und Vertragsbedingungen*

*1. im Fall eines Rahmenvertrages gemäß § 28 in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen oder*

*2. im Fall einer Einzelzahlung, die nicht Gegenstand eines Rahmenvertrages ist, gemäß § 32 Abs. 1 in einfacher Weise zugänglich zu machen, und auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers auch in der in Z 1 beschriebenen Form mitzuteilen.*

*Zu diesem Zweck darf auch eine Kopie eines Vertragsentwurfs bereitgestellt werden.*

*(2) Die Informationen und Vertragsbedingungen sind klar und verständlich abzufassen, und zwar*

*1. wenn der Zahlungsdienst in Österreich angeboten wird, in deutscher Sprache, oder in einer anderen zwischen den Parteien gemäß § 28 Abs. 1 Z 4 lit. c vereinbarten Sprache;*

*2. wenn der Zahlungsdienst in einem anderen Mitgliedstaat angeboten wird, in dessen Amtssprache oder in einer anderen zwischen den Parteien vereinbarten Sprache.*

*§ 29: Änderungen des Rahmenvertrages*

*(1) Der Zahlungsdienstleister hat*

*1. dem Zahlungsdienstnutzer Änderungen des Rahmenvertrages spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung in der in § 26 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 vorgesehenen Weise vorzuschlagen und,*

*2. sofern eine Vereinbarung gemäß § 28 Abs. 1 Z 6 lit. a getroffen wurde, darauf hinzuweisen,*



a) dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt der Anwendung der Änderungen angezeigt hat, und

b) dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen.

## 2. E-Commerce-Gesetz

§ 11: Vertragsbestimmungen und Geschäftsbedingungen

Ein Diensteanbieter hat die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Nutzer so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und wiedergeben kann. Diese Verpflichtung kann nicht zum Nachteil des Nutzers abbedungen werden.

## § 12: Zugang elektronischer Erklärungen

Elektronische Vertragserklärungen, andere rechtlich erhebliche elektronische Erklärungen und elektronische Empfangsbestätigungen gelten als zugegangen, wenn sie die Partei, für die sie bestimmt sind, unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Diese Regelung kann nicht zum Nachteil von Verbrauchern abbedungen werden.

## **IV. Anträge und Vorbringen der Parteien sowie bisheriges Verfahren:**

Der klagende Verbraucherverband beehrte, der beklagten Bank die Verwendung (unter anderem) der angeführten oder einer sinngleichen Klausel und die Berufung darauf zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung zu erteilen. Die Klausel verstoße gegen gesetzliche Verbote, insbesondere gegen das Zahlungsdienstegesetz.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich der hier gegenständlichen Klausel statt und ermächtigte den klagenden Verband zur

Urteilsveröffentlichung. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung (abgesehen von der Leistungsfrist für die Unterlassungsverpflichtung). Die hier in Rede stehende Klausel stelle einen Verstoß gegen die zwingenden Vorschriften des § 26 Abs 1 Z 1 iVm § 29 Abs 1 Z 1 des Zahlungsdienstegesetzes dar. Die Bereitstellung der Dienstleistung des E-Banking durch eine entsprechende Vereinbarung sei eine unselbständige Nebenabrede zu einem Girokreditvertrag und daher Bestandteil eines Rahmenvertrags im Sinn des § 3 Z 12 des Zahlungsdienstegesetzes. Nach § 29 des Zahlungsdienstegesetzes müssten den Kunden beabsichtigte Änderungen der vereinbarten Vertragsbedingungen des Rahmenvertrags mindestens zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten angeboten werden, und zwar in der in § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 2 vorgesehenen Weise. Dem Kunden müsse das Änderungsangebot daher aktiv mitgeteilt und nicht nur über Eigeninitiative des Kunden zugänglich gemacht werden. Bei der - im Verbandsprozess gebotenen - kundenfeindlichsten Auslegung der Klausel werde der beklagten Bank die Möglichkeit eingeräumt, Informationen, die sie dem Kunden nach dem Zahlungsdienstegesetz „mitteilen“ müsste, nur durch Abrufbarkeit im eingerichteten elektronischen Postfach zugänglich zu machen.

#### **V. Berechtigung zur Vorlage:**

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs kann mit den Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts nicht mehr angefochten werden (Art 267 AEUV). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat in einem Verfahren nach Art 267 AEUV das befassende nationale Gericht sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden, das

Unionsrecht betreffenden Fragen zu beurteilen (vgl. EuGH C-395/08 Rn 18).

## **VI. Begründung der Vorlagefragen:**

### 1. Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatz-Richtlinie)

Der Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ wurde zunächst in der Fernabsatz-Richtlinie normiert (Art 5 Abs 1 leg cit). Der damalige Meinungsstand war von einer gewissen Skepsis gegenüber elektronischen Medien geprägt, zumal der elektronische Geschäftsverkehr in Europa noch wenig verbreitet war. Der „dauerhafte Datenträger“ wurde daher mit Hardware-Komponenten in Verbindung gebracht. Als dauerhafter Datenträger waren Disketten, CD-Rom, DVD oder Computerfestplatten anerkannt.

### 2. Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-Richtlinie)

**2.1** Das Ziel der E-Commerce-Richtlinie bestand darin, den europäischen Rechtsrahmen für die kommerzielle Nutzung der elektronischen Medien auf- und weiter auszubauen. Dadurch sollte einerseits Rechtssicherheit vor allem für die Wirtschaftsakteure und andererseits eine ausreichende Vertrauensbasis und ein verbesserter Rechtsschutz für die Nutzer geschaffen werden. Hindernisse und Barrieren, die sich der Anwendung der modernen Medien entgegenstellten, sollten abgebaut werden, um den elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern und diesem auch in Europa zum Durchbruch zu verhelfen. Elektronische Geschäftstätigkeiten, vor allem Onlineverträge, sollten elektronisch angebahnt und abgeschlossen werden können. Ein Medienbruch (ein Wechsel zwischen elektronischer Form und Papierform) sollte grundsätzlich vermieden werden.

**2.2** Art 11 Abs 1 zweiter Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie regelt den Zugang von (bestimmten) elektronischen Erklärungen, konkret von Bestellungen des Nutzers und Empfangsbestätigungen des Unternehmers. Der (rechtswirksame) Zugang einer elektronischen Erklärung beim Empfänger ist an deren Abrufbarkeit für den Nutzer geknüpft. Dies gilt auch für E-Mail-Erklärungen (Art 11 Abs 3 der E-Commerce-Richtlinie).

Der österreichische Gesetzgeber hat diese Zugangsregelung auf alle rechtsgeschäftlichen und rechtserheblichen elektronischen Erklärungen ausgedehnt. Nach § 12 des E-Commerce-Gesetzes gehen solche Erklärungen dem Empfänger rechtswirksam zu, wenn sie dieser - unter gewöhnlichen Umständen - abrufen kann. Es kommt somit allgemein auf die Abrufbarkeit der elektronischen Erklärungen an. Eine E-Mail-Nachricht ist grundsätzlich immer dann abrufbar, wenn sie in der E-Mail-Box des Empfängers eingelangt ist und dort gespeichert wird (*Brenn*, ECG 255). In diesem Sinn hat der Oberste Gerichtshof bereits im Jahr 2007 ausgesprochen, dass eine E-Mail für den Empfänger in jenem Zeitpunkt abrufbar ist, in dem sie in seiner E-Mail-Box eingelangt und gespeichert ist und am Bildschirm angezeigt oder ausgedruckt werden kann (2 Ob 108/07g).

Mit der Wendung „unter gewöhnlichen Umständen“ in § 12 des E-Commerce-Gesetzes soll sichergestellt werden, dass Erklärungen nur zu den üblichen Geschäftszeiten und nicht während der Urlaubszeit rechtswirksam zugehen (*Brenn*, ECG 253 und 255 f). Jeder Nutzer, der sich etwa im Urlaub befindet, hat auch die Möglichkeit, diesen Umstand seinem Geschäftspartner (zB mittels E-Mail-Erklärung) mitzuteilen.

**2.3** Weiters enthält die E-Commerce-Richtlinie in Art 10 Abs 3 eine Bestimmung über die wirksame Zurverfügungstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Um den Bedürfnissen des elektronischen Geschäftsverkehrs zu entsprechen und einen Medienbruch zu vermeiden, wurde nicht das Erfordernis des dauerhaften Datenträgers im Sinn der Fernabsatz-Richtlinie normiert. Vielmehr wurde festgelegt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen dem Nutzer wirksam zur Verfügung gestellt werden, wenn sie der Nutzer speichern und reproduzieren (wiedergeben) kann. Die Wendung „wiedergeben können“ bedeutet dabei „elektronisch wiedergeben oder ausdrucken können“. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen vom Nutzer also gespeichert und elektronisch wiedergegeben bzw ausgedruckt werden können (*Brenn*, ECG 251).

### 3. Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-Richtlinie)

Die dargestellten Überlegungen zur E-Commerce-Richtlinie, die von einem offenen Verständnis für die Bedürfnisse des elektronischen Geschäftsverkehrs und von einer bereits größeren Erfahrung im Umgang mit elektronischen Medien geprägt waren, haben Eingang in das moderne Regelungswerk der Verbraucherrechte-Richtlinie gefunden. Diese Richtlinie enthält in Art 2 Nr 10 erstmals eine Definition zum „dauerhaften Datenträger“. Darunter ist jedes Medium zu verstehen, das es dem Verbraucher oder Unternehmer gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das ihm die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht. In

Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-Richtlinie werden dazu folgende Beispiele aufgezählt: Papier, USB-Sticks, CD-Rom, DVD, Speicherkarten oder Festplatten sowie E-Mails.

Damit wurde vom europäischen Gesetzgeber ein Gleichklang zwischen dem dauerhaften Datenträger laut Verbraucherrechte-Richtlinie (Art 2 Nr 10) und Art 10 Abs 3 der E-Commerce-Richtlinie geschaffen. Auch für den dauerhaften Datenträger ist maßgebend, dass die elektronische Information gespeichert und elektronisch wiedergegeben bzw. ausgedruckt werden kann.

#### 4. EuGH C-49/11, *Content Services*

**4.1** In der Rechtssache C-49/11 hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass ein Datenträger dann als dauerhaft anzusehen ist, wenn der Datenträger dem Verbraucher die Speicherung der an ihn persönlich gerichteten Informationen erlaubt sowie die Gewähr dafür bietet, dass ihr Inhalt und ihre Zugänglichkeit während einer angemessenen Dauer nicht verändert werden, und dem Verbraucher die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe eröffnet. Unter diesen Voraussetzungen kommt auch eine Website als dauerhafter Datenträger in Betracht.

**4.2** Die Frage, ob auch ein Hyperlink (die Zurverfügungstellung der Information über einen solchen Link) als dauerhafter Datenträger anzusehen ist, hat der Gerichtshof in dieser Entscheidung verneint. Diese Beurteilung war davon getragen, dass der Verbraucher den Link anklicken müsse und sich daher nicht passiv verhalte, was aber für das „Erteilen“ einer Information auf einem dauerhaften Datenträger erforderlich sei (vgl dazu auch 4 Ob 18/08p).

## 5. Mitteilen und dauerhafter Datenträger versus zugänglich machen

**5.1** Der systematische Ansatz des europäischen Gesetzgebers ist dadurch gekennzeichnet, dass er den dauerhaften Datenträger mit der Art der Zurverfügungstellung der Informationen verknüpft. Demnach werden Informationen mittels eines dauerhaften Datenträgers „mitgeteilt“, Informationen, die sich nicht auf einem dauerhaften Datenträger befinden, werden demgegenüber nur zugänglich gemacht.

**5.2** Auch der Oberste Gerichtshof steht auf dem Standpunkt, dass das maßgebende Kriterium im „dauerhaften Datenträger“ besteht. Erfüllt also ein elektronisches Medium die Anforderungen gemäß Art 2 Nr 10 der Verbraucherrechte-Richtlinie, so genügt dieses Medium auch der Anforderung, dass damit die Informationen dem Kunden „mitgeteilt“ werden. Nach der Verbraucher-Richtlinie ist für den dauerhaften Datenträger nur mehr maßgebend, dass die elektronische Information vom Nutzer gespeichert und (elektronisch) wiedergegeben bzw ausgedruckt werden kann. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs kann es für die Abgrenzung von „mitteilen“ einerseits und „zugänglich machen“ andererseits auch nicht entscheidend sein, ob sich der Nutzer rein passiv verhält oder einmal oder mehrmals „klicken“ muss. Vielmehr kommt es darauf an, von welchem Vertragspartner in Bezug auf die Information die Initiative ausgeht, wer also die erste Handlung setzt. Wird die Information vom Unternehmer (hier von der Bank) an die E-Mail-Box des Kunden übermittelt, so liegt demnach ein „Mitteilen“ vor.

## 6. Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdienste-Richtlinie)

**6.1** Das Erfordernis des Mitteilens von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger findet sich auch in Art 41 Abs 1 der Zahlungsdienste-Richtlinie. Demgegenüber sieht Art 36 Abs 1 der Zahlungsdienste-Richtlinie nur ein Zugänglichmachen von Informationen vor. Eine Erklärung dazu, was ein dauerhafter Datenträger sein könnte, findet sich nur in den Erwägungsgründen der Zahlungsdienste-Richtlinie. Abgesehen davon, dass die Erwägungsgründe nur eine Interpretationshilfe darstellen, sind sie auch widersprüchlich. Während nach Erwägungsgrund 24 Ausdrucke von Kontoauszugsdruckern (die die Kunden in der Regel selbst bedienen) dauerhafte Datenträger sind, soll das Einführen einer Bankkarte in den Drucker für Kontoauszüge nach Erwägungsgrund 27 nur ein Zugänglichmachen sein. Während Websites nach Erwägungsgrund 24 dauerhafte Datenträger sind, soll dies für die Angabe der Website-Adresse nach Erwägungsgrund 25 offenbar nicht gelten.

**6.2** Der Gerichtshof hat bereits bestätigt, dass der Begriff „dauerhafter Datenträger“ in den hier in Rede stehenden Regelungswerken dieselbe Bedeutung hat. Maßgebend ist demnach die Begriffsbestimmung in der Verbraucherrechte-Richtlinie und damit das Kriterium, ob die elektronische Information vom Nutzer gespeichert und elektronisch wiedergegeben bzw ausgedruckt werden kann.

Die Aufzählung von „Websites“ in Erwägungsgrund 24 der Zahlungsdienste-Richtlinie (als Beispiel für einen dauerhaften Datenträger) erweist sich damit als zutreffend.

## 7. E-Mail

Eine E-Mail (E-Mail-Erklärung) wird in den Erwägungsgründen der Zahlungsdienste-Richtlinie nicht



genannt, obwohl Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-Richtlinie die E-Mail ausdrücklich als dauerhaften Datenträger erwähnt.

Zur Frage, ob eine E-Mail als dauerhafter Datenträger anzusehen ist, hat der Oberste Gerichtshof bereits im Jahr 2008 Folgendes ausgesprochen: Informationen in einer E-Mail genügen dafür dann, wenn der Empfänger eine E-Mail-Adresse angegeben hat und die Sendung empfangen sowie ohne besonderen Aufwand lesen, speichern und ausdrucken kann (4 Ob 18/08p).

An dieser Ansicht ist festzuhalten, weil auch eine E-Mail-Nachricht abgespeichert und elektronisch wiedergegeben bzw ausgedruckt werden kann, weshalb die Kriterien des dauerhaften Datenträgers nach Art 2 Nr 10 der Verbraucherrechte-Richtlinie erfüllt sind.

### 8. E-Mail-Box des Kunden

Für den rechtswirksamen Zugang einer E-Mail-Erklärung ist (im Sinn des Art 11 Abs 1 zweiter Gedankenstrich der E-Commerce-Richtlinie) maßgebend, wann sie vom Nutzer abgerufen werden kann. Es kommt daher auf den Zeitpunkt an, zu dem die Erklärung in der E-Mail-Box des Kunden einlangt. Eine E-Mail-Box des Kunden liegt dann vor, wenn diese ausschließlich für elektronische Nachrichten an den Kunden zur Verfügung steht und daher dem Kunden (auch rechtlich) zugeordnet ist. Auf die rein technischen Fragen, wo sich der E-Mail-Server befindet und von wem dieser betrieben und gewartet wird, kommt es nicht an.

### 9. E-Mail-Box im Rahmen des E-Banking

**9.1** Bei dem im Anlassfall zu beurteilenden E-Banking wird von der Bank auf ihrer E-Banking-Website für jeden einzelnen Kunden eine E-Mail-Box eingerichtet, die ausschließlich dem einzelnen Kunden zugeordnet ist. Die

elektronischen Nachrichten werden von der Bank an diese E-Mail-Box des Kunden übermittelt. Der Kunde kann diese Nachrichten durch Anklicken abrufen. Damit der Kunde zu seiner E-Mail-Box gelangt, muss er sich auf der E-Banking-Website einloggen.

Eine zusätzliche (elektronische) Mitteilung, etwa an eine vom Kunden selbst bekannt gegebene E-Mail-Adresse, darüber, dass eine elektronische Erklärung an seine E-Mail-Box im Rahmen des E-Banking übermittelt wurde, erfolgt nicht. Darin besteht der Unterschied etwa zu dem in Österreich gebräuchlichen Finanz-Online, über das (unter anderem) elektronische Steuererklärungen an die Finanzbehörde übermittelt werden können. Stimmt der Nutzer (der Steuerpflichtige) zu, so erfolgt auch die Zustellung der Bescheide rein elektronisch, indem der Bescheid an die E-Mail-Box des Nutzers im Rahmen des Finanz-Online übermittelt wird. Von dort kann der Nutzer den Bescheid abrufen. Dazu muss er sich auf der Website des Finanz-Online-Portals einloggen. Wird dem Nutzer auf diese Weise ein Bescheid zugestellt, so erhält er eine Nachricht auf die von ihm selbst bekannt gegebene E-Mail-Adresse, in der er darauf hingewiesen wird, dass ihm eine elektronische Nachricht über Finanz-Online zugestellt wurde und für ihn dort abrufbar ist.

**9.2** Handelt es sich bei einer „gewöhnlichen“ E-Mail-Erklärung, die unter Verwendung eines herkömmlichen (softwarebasierten) E-Mail-Programms (zB Outlook, Lotus Notes) dem Kunden zugeht, um einen dauerhaften Datenträger (Erwägungsgrund 23 der Verbraucherrechte-Richtlinie), so muss dies nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs auch bei einem webbasierten E-Mail-Account (zB gmx.com) der Fall sein. Auf die Art der

technischen Umsetzung, auf welche Weise der Nutzer auf seine E-Mail-Box (sein elektronisches Postfach) zugreift, kann es nicht ankommen. Bei einer „gewöhnlichen“ E-Mail muss der Nutzer ein Softwareprogramm starten und (allenfalls) auf den Button „senden/empfangen“ drücken. Auch in diesem Fall muss die E-Mail vom E-Mail-Server abgerufen werden. Im zweiten Fall (webbasierter E-Mail-Account) muss sich der Nutzer auf einer Website (des Betreibers des E-Mail-Servers) einloggen. In beiden Fällen muss der Nutzer mit der „Computermaus“ steuern und Computertasten drücken bzw „klicken“. Auch im zweiten Fall muss sich der Kunde die Information aber nicht selbst holen. Der erste Schritt besteht vielmehr darin, dass der Absender (hier die Bank) die elektronische Nachricht an die E-Mail-Box des Kunden übermittelt, also an den Kunden sendet.

Zwischen einem webbasierten E-Mail-Account und einer E-Mail-Box im Rahmen des E-Banking besteht aus Sicht des Obersten Gerichtshofs kein Unterschied. Im Kern könnte man beim webbasierten E-Mail-Account von einem elektronischen Postfach des Kunden, beim Betreiber des E-Mail-Servers und im Rahmen des E-Banking von einem elektronischen Postfach des Kunden bei der Bank sprechen. Der Unterschied zu einer (softwarebasierten oder webbasierten) E-Mail besteht nur darin, dass sich der E-Mail-Server bei der Bank befindet bzw von dieser betrieben wird, und dass sich der Kunde auf der E-Banking-Website der Bank einloggen muss.

Das Erfordernis des Einloggens kann aus Sicht des Obersten Gerichtshofs der elektronischen Nachricht aber nicht die Qualifikation als E-Mail und auch nicht als dauerhafter Datenträger nehmen. Das Erfordernis des

Einloggens ändert auch nichts daran, dass die Bank die Information im ersten Schritt an die E-Mail-Box des Kunden übermitteln muss. Die Initiative geht damit von der Bank aus.

Auch die Notwendigkeit eines „Klicks“ oder einer Computereingabe kann weder die Qualifikation als dauerhafter Datenträger noch jene als „mitteilen“ ausschließen. Um eine Website (Erwägungsgrund 24 der Zahlungsdienste-Richtlinie) aufrufen zu können, muss etwa die Webadresse im Computer eingegeben oder ein Link angeklickt werden (vgl dazu 4 Ob 18/08p). Auch eine Information auf Papier kann vom Empfänger nur zur Kenntnis genommen werden, wenn er zunächst das Briefkuvert öffnet. Für die Frage, ob der Kunde die Information aktiv anfordert (Erwägungsgrund 27 der Zahlungsdienste-Richtlinie) oder sich passiv verhält, ist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs demnach nicht entscheidend, ob der Kunde „klicken“ muss oder nicht, sondern nur, ob die Initiative für den Erhalt der Information von ihm oder von der Bank ausgeht.

**9.3** In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass der Abruf von E-Mail-Erklärungen im Rahmen des E-Banking dem Kunden auch zumutbar ist. Damit eine elektronische Erklärung überhaupt rechtswirksam zugestellt werden kann, muss der elektronische Geschäftsverkehr zwischen den beiden Geschäftspartnern zulässig sein. Dafür ist eine Zulässigkeitserklärung des Kunden oder eine entsprechende Vereinbarung erforderlich (*Brenn*, ECG 25 f). Beim E-Banking wird gerade eine solche Vereinbarung abgeschlossen. Damit der Kunde E-Banking betreiben kann, muss er sich auf der Website der Bank einloggen. Nichts anderes muss er tun, um die elektronischen

Erklärungen, die von der Bank an seine E-Mail-Box übermittelt wurden, abzurufen.

#### 10. Ansicht des Obersten Gerichtshofs

Auf Basis der dargestellten unionsrechtlichen Grundlagen ist nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs davon auszugehen, dass sowohl eine E-Mail als auch eine Website die Qualifikation als dauerhafter Datenträger erfüllt, sofern der Kunde die elektronischen Informationen abspeichern und elektronisch wiedergeben bzw ausdrucken kann. Für ein „Mitteilen“ kommt es nicht darauf an, ob und wie oft der Kunde klicken muss. Vielmehr ist entscheidend, von wem die Initiative in Bezug auf die Zurverfügungstellung der Information ausgeht. Übermittelt die Bank die Information an die E-Mail-Box des Kunden, sodass sie der Kunde abrufen kann, so ist dies ein „Mitteilen“ und nicht bloß ein „Zugänglichmachen“.

Der Hinweis in Erwägungsgrund 27 der Zahlungsdienste-Richtlinie „sich in die Mail-Box des Bankkontos einloggen“ ist als Beispiel für ein aktives Anfordern der Information durch den Kunden demnach nicht geeignet. Der Oberste Gerichtshof ist vielmehr der Ansicht, dass eine elektronische E-Mail-Nachricht, die von der Bank an die E-Mail-Box des Kunden im Rahmen des E-Banking übermittelt wird, einen dauerhaften Datenträger im Sinn des Art 2 Nr 10 der Verbraucherrechte-Richtlinie darstellt, der das Tatbestandsmerkmal des „Mitteilens“ erfüllt.

#### 11. Zweifel

Am dargestellten Ergebnis können allerdings insofern Zweifel bestehen, als nicht ganz klar ist, ob dieses mit der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache C-49/11, *Content Services*, im Einklang steht.

Der Gerichtshof hat in der zitierten Entscheidung vordergründig nicht darauf abgestellt, ob die Information gespeichert und wiedergegeben werden kann. Vielmehr war er offenbar der Ansicht, dass der Nutzer zu viele Schritte selbst durchführen musste, damit noch von einem passiven Verhalten des Nutzers (für ein „Übermittlungsverfahren“ im Sinn von „mitteilen“ von Informationen) gesprochen werden konnte. Es ist daher vor allem zweifelhaft, welches Kriterium für die Beurteilung („dauerhafter Datenträger“ bzw „mitteilen“) maßgebend ist. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob zwischen der Qualifikation als dauerhafter Datenträger und der Art der Zurverfügungstellung der Information (wenn dauerhafter Datenträger, dann mitteilen) allenfalls doch ein Unterschied gemacht werden muss. Es ist also fraglich, ob es auch möglich ist, dass trotz Bejahung des Vorliegens eines dauerhaften Datenträgers dennoch kein „Mitteilen“ gegeben ist. In diesem Fall wäre zu klären, welche Kriterien für ein „Mitteilen“ in Abgrenzung von „zugänglich machen“ (zB Initiative für die Zurverfügungstellung der Information) maßgebend sind.

**12.** Über die übrigen im Verfahren relevierten Klauseln wurde vom Obersten Gerichtshof bereits mit Teilurteil entschieden. Das Verfahren über die hier noch gegenständliche Klausel wurde gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 27. Mai 2015  
Dr. S p e n l i n g  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: