

Dauerhafter Datenträger und Kundenkommunikation beim Online-Banking

Martin Spitzer / Alexander Wilfinger

Zahlreiche Sondergesetze erlegen Unternehmern Informationspflichten gegenüber Verbrauchern auf und schreiben dabei gleichzeitig vor, wie diese Pflichten zu erfüllen sind. Während sich bezüglich der verlangten Art und Weise der Informationserteilung beim analogen Vertragsabschluss kaum Fragen stellen, bestanden im Onlinegeschäft und insb im Online-Banking bislang erhebliche Unklarheiten. Eine rezente Entscheidung des EuGH*) schafft nun erstmals klare Verhältnisse.



Photo: WU Wien

Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien; e-mail: martin.spitzer@wu.ac.at



Photo: privat

Univ.-Ass. Mag. *Alexander Wilfinger*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, WU Wien; e-mail: alexander.wilfinger@wu.ac.at

Stichwörter: Dauerhafter Datenträger, Informationspflichten, Mitteilungen, Zugang, Online-Banking.

JEL-Classification: K 10.

Numerous legal provisions impose information obligations on entrepreneurs and simultaneously regulate in which way the information has to be provided to the consumer. While these provisions do not lead to significant problems when it comes to the analogous conclusion of contracts, there have been considerable uncertainties concerning online business, especially online banking. A recent judgement of the European Court of Justice ensures clear conditions for the first time.

1. Einleitung

1.1. Ausgangspunkt

Der Vertragsabschluss im Internet ist nicht nur faktisch keine Besonderheit mehr, auch rechtsgeschäftlich gilt: Nichts Neues unter der Sonne. Elektronische Rechtsgeschäfte folgen grundsätzlich denselben Regeln wie analoge Rechtsgeschäfte.¹⁾

Natürlich gibt es aber manche, durch das Medium bedingte Besonderheiten. Die prominenteste ist sicher das Rücktrittsrecht beim Fernabsatzgeschäft nach § 11 FAGG, das seine Existenz primär dem Umstand verdankt, dass die Ware beim Vertragsabschluss im Fernabsatz nicht in corpore in Augenschein genom-

men werden kann. Rechtsgeschäftlich ist die bekannteste Besonderheit wohl § 8 Abs 2 FAGG, nach dem der Verbraucher bei einer Bestellung ausdrücklich bestätigen muss, dass er eine Zahlungspflicht eingeht. Buttons wie „jetzt zahlungspflichtig bestellen“ verdanken ihre Omnipräsenz dieser Regelung, die überstürzten Geschäften in einem flüchtigen Medium vorbeugen will.

Gerade auf diese Flüchtigkeit des elektronischen Vertragsabschlusses ist noch eine andere, weniger bekannte Eigenheit zurückzuführen. Besonders der Abschluss komplexerer Verträge (zB Kontoeröffnung, Kreditaufnahme) endet analog meist damit, dass der Kunde ein Stück – in Zeiten schwunghafter Aufklärungspflichten oft auch einen Stapel – Papier in der Hand hat. So wenig er sich dafür im Moment interessieren mag, so wichtig können diese Unterlagen noch werden. Die „Dokumentenmappe“, in der die wichtigsten Unterlagen des Haushalts verwahrt werden, ist wohl vielen bekannt.

Die Flüchtigkeit des elektronischen Vertragsabschlusses steht einer solchen

Dokumentation nicht grundsätzlich entgegen. Die AGB muss der Unternehmer sowieso schon nach allgemeinen Regeln zugänglich machen, außerdem treffen ihn zahlreiche spezifische Informationspflichten.²⁾ Allerdings ist es beim elektronischen Geschäft keine Selbstverständlichkeit, etwas „Handfestes“ zu erhalten.³⁾ Der vorausschauende Verbraucher könnte all diese Informationen natürlich abspeichern, Sicherungskopien anfertigen und am besten auch gleich ausdrucken. Zwar ist „ius pro vigilantibus scriptum“, allerdings gilt das nicht zwingend auch für das Verbraucherschutzrecht und außerdem ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass in der Hitze des Gefechts nicht der erste Gedanke des Verbrauchers an Streitigkeiten verschwendet wird, die er nicht vorhersieht und vielleicht noch gar nicht ahnen kann. Es ist daher konsequent, einen Unternehmer, der den Vorteil elektronischer Vertragsabschlüsse nutzt, zum Ausgleich dieser Flüchtigkeit in die Pflicht zu nehmen.

Die Rechtsordnung versucht daher – in Umsetzung europäischer Richtlinien –,

*) EuGH 25.1.2017, C-375/15, in diesem Heft, S 274.

1) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 57.

2) Vgl etwa § 5 Abs 1 ECG, § 4 FAGG, § 5 FernFinG.

3) Vgl etwa ErwGr 13 der Fernabsatz-RL 97/7/EG: „Die mit Hilfe bestimmter elektronischer Technologien verbreitete Information ist häufig nicht beständig [...]“

die Flüchtigkeit zu bannen und sieht dazu an verschiedenen Stellen vor, dass der Unternehmer seinem Kunden Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu erteilen hat. So hat der Unternehmer etwa nach § 7 FernFinG dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Willenserklärung alle Vertragsbedingungen und zahlreiche weitere Informationen „in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger, der dem Verbraucher zur Verfügung steht und zu dem er Zugang hat“, zu übermitteln. Ähnliche Vorschriften finden sich in zahlreichen Sondergesetzen, zu denken ist exemplarisch an FAGG, HIKrG, VKrG und ZaDiG.⁴⁾

Der Gedanke ist jeweils klar: Der Verbraucher soll am Ende des Tages – ohne sich selbst darum kümmern zu müssen – etwas Handfestes bei sich haben und nicht darauf angewiesen sein, nachträglich – insb im Streitfall – Erkundigungen ausgerechnet beim Vertragspartner einholen zu müssen.

1.2. Dauerhafter Datenträger

Wenn der Unternehmer seinem Vertragspartner Information auf einem „dauerhaften Datenträger“ übermitteln muss, denkt der unbefangene Betrachter unwillkürlich an Papier oder physische Speichermedien, von CD-ROM und DVD über USB-Sticks bis hin zu Speicherkarten. Dass diese Medien jedenfalls „dauerhafte Datenträger“ sind, ist klar, schon die Materialien zu § 5d KSchG⁵⁾ nennen „Disketten, CD-Roms und Videokassetten“ als – wenn auch mittlerweile anachronistische – Musterbeispiele.⁶⁾

Zeitgemäß ist diese Vorstellung von der Übergabe verkörperter Information allerdings nicht mehr. Das liegt nicht nur am Verschwinden von Disketten und Videokassetten, sondern an einem grundsätzlichen Wandel: Wer Onlinegeschäfte abwickelt, möchte Informationen auch online zur Verfügung stellen. Eine rein elektronische Botschaft, die über das In-

ternet kommuniziert wird, wird man aber unbefangen kaum als das Zurverfügungstellen auf einem dauerhaften Datenträger begreifen. Zwar wird eine Information erteilt, ein dauerhafter Datenträger ist aber nicht in Sicht, sodass intuitiv etwa das Senden einer E-Mail zweifellos keine Übermittlung auf einem dauerhaften Datenträger sein kann.⁷⁾

Die Intuition trägt allerdings. Zum Verständnis des „dauerhaften Datenträgers“ muss nämlich die Vorstellung überwunden werden, dass mit der Zurverfügungstellung von Information auf einem dauerhaften Datenträger gemeint ist, dass Information auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt wird. So perplex dies klingt, so sehr entspricht es doch den europäischen Vorgaben.

Tatsächlich beschreibt nämlich etwa die Verbraucherrechte-RL den dauerhaften Datenträger als jedes Medium, „das es dem [Empfänger] gestattet, an ihn persönlich gerichtete Information 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.“⁸⁾ ErwGr 23 führt näher aus: „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.“

Obwohl durch eine E-Mail also kein dauerhafter Datenträger im technischen Sinn den Besitzer wechselt, handelt es sich dennoch um einen dauerhaften Datenträger im Rechtssinn.⁹⁾ So wird nämlich „derselbe Effekt [wie bei Datenträgern im technischen Sinn] erreicht, da die Nachricht auf Dauer und – für den Unternehmer – unveränderbar auf

dem Mailbox-Server oder auf einem Speichermedium des Verbrauchers aufbewahrt werden kann.“¹⁰⁾ Die E-Mail ermöglicht die unveränderte Wiedergabe und Abspeicherung des Inhalts bzw der Anhänge.¹¹⁾ Der dauerhafte Datenträger ist also nicht technisch, sondern funktional zu verstehen.¹²⁾

Als Zwischenfazit lässt sich daher festhalten, dass wer sich auf die Suche nach dem dauerhaften Datenträger begibt, nicht erst bei einem Datenträger „im technischen Sinn“¹³⁾ fündig wird. Vielmehr soll es reichen, wenn der Empfänger in die Lage versetzt wird, eine Information abzuspeichern und der Absender diese Information nicht mehr verändern kann. Das Verständnis der E-Mail, die auf dem Mailserver des Empfängers oder auf dessen Festplatte liegt, als dauerhafter Datenträger weist insofern den Weg. Das mag man vor dem Hintergrund des Wortlautes kritisch sehen, ist aber gesicherter Rechtsbestand.

Gerade im Online-Banking ist das Versenden von E-Mails freilich nicht der letzte Schrei. Kunden bekommen vielmehr eigene Kundenportale. Informationen zu all ihren Produkten (Konto, Sparguth, Kredit usw) werden in diese personalisierten Portalen eingestellt, die jeder Online-Banking-Nutzer kennt. Diese neue Entwicklung lässt es angezeigt erscheinen, die Frage nach dem dauerhaften Datenträger auch hier zu stellen. Ist die „Kontobox“ ein dauerhafter Datenträger? Das ist freilich nicht die einzige Frage, die sich bei solchen Portalen stellt. Hinzu kommt ja nach der klassischen Formulierung des Gesetzes noch, dass Information auf einem dauerhaften Datenträger „erteilt“,¹⁴⁾ „übermittelt“¹⁵⁾ oder „mitgeteilt“¹⁶⁾ werden muss.

Damit ist klar, dass die Verpflichtung des Unternehmers erst dann erfüllt ist, wenn die Videokassette beim Empfänger eingetroffen ist, der Brief in das Postfach gelegt wurde oder die E-Mail

4) Siehe § 5 FAGG; § 8 Abs 2 HIKrG; § 6 Abs 1 VKrG; § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG. Vgl außerdem § 137h Abs 1 GewO; § 133 Abs 1 InvFG; § 42 Abs 3 WAG.
5) Diese Norm schrieb in Österreich erstmals die Verwendung dauerhafter Datenträger vor. Mittlerweile ist sie nicht mehr in Kraft.
6) ErläutRV 1998 BlgNR 20. GP 24.
7) Vgl Graf in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 3 FernFinG Rz 18; Fischer/Kaindl, JBl 2013, 769.
8) Art 2 Nr 10 der RL 2011/83/EU. Vgl auch § 3 Z 4 FernFinG; § 2 Abs 14 HIKrG; § 2 Abs 11 VKrG; § 3 Z 23 ZaDiG.
9) ErläutRV 1998 BlgNR 20. GP 24; ErläutRV 467 BlgNR 22. GP 13; St. Korinek in Fletzberger/Schopper, Fernabsatz 98; M. Gruber, wbl 2005, 58 f; Krassnigg, ÖJZ 2005, 137; Krejci in Rummel,

ABGB³ §§ 5a-5i KSchG Rz 15; Apathy in Schwimann, ABGB³ § 5d KSchG Rz 1; Iro in Apathy/Iro/Koziol, BVR I² Rz 1/373; Schurr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 5d KSchG Rz 4; Wendehorst in Wendehorst/Zöchling-Jud, Verbraucherrecht § 2 VKrG Rz 54; Graf in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 3 FernFinG Rz 18.
10) Iro in Apathy/Iro/Koziol, BVR I² Rz 1/373.
11) OGH 20.5.2008, 4 Ob 18/08p; Wieser, ÖJZ 2010, 800; Fischer/Kaindl, JBl 2013, 769 f; Weilinger/Knauder in Weilinger, ZaDiG § 26 Rz 42. Auch in Deutschland erfüllen E-Mails nach der hA die Voraussetzungen der Textform des § 126b BGB, der den dauerhaften Datenträger definiert und dabei einerseits die Speicherbarkeit, andererseits die Möglichkeit der unverän-

dernten Wiedergabe der Erklärung durch den Empfänger verlangt. Vgl BT-Drucks 17/12637, 44; Einsele in MüKo BGB⁷ § 126b Rz 6.
12) Ein – nur auf begrifflicher Ebene angesiedelter und damit wenig hilfreicher – Rückfall in ein technisches Verständnis ist es, wenn gesagt wird, der dauerhafte Datenträger sei die Festplatte des Empfängers.
13) Iro in Apathy/Iro/Koziol, BVR I² Rz 1/373.
14) Vgl Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL 97/7/EG.
15) Vgl Art 5 Abs 1 der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL 2002/65/EG.
16) Vgl Art 5 Abs 1 der Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG.

zugegangen ist. Befindet sich der physische Datenträger beim Unternehmer, liegt der USB-Stick also etwa noch in seiner Schreibtischlade, werden die Informationspflichten schließlich selbstverständlich nicht erfüllt, Dauerhaftigkeit allein ist ja evident sinnlos. Die Frage der Erteilung, Übermittlung oder Mitteilung war bisher nicht besonders umstritten, die rechtsgeschäftlichen Kriterien für den Zugang wiesen den Weg.¹⁷⁾ Was bedeutet das für Portalseiten?

2. Webseiten

2.1. Maßgebliche Fragen

Ob mittels Portalseiten Informationspflichten erfüllt werden können, wurde bislang vergleichsweise wenig diskutiert. Hier ergeben sich zwei charakteristische Probleme, die sich in der Form weder bei physischen Datenträgern noch bei E-Mails stellen:

Einerseits können die Informationen auf der Webseite eines Unternehmens meist auch wieder geändert oder entfernt werden, sodass nicht zwingend garantiert ist, dass der Verbraucher sie zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt bzw unverändert wiedergeben kann. Andererseits wird vorgebracht, dass der Verbraucher die Informationen erst von der Webseite „holen“ müsse.¹⁸⁾

Obwohl diese beiden Aspekte eigentlich miteinander verschmolzen werden,¹⁹⁾ sind sie doch eigentlich voneinander zu trennen. Die Veränderbarkeit der Information betrifft die Frage, wie Information erteilt wird, also ob die Dauerhaftigkeit gewährleistet ist. Dagegen zielt das Argument, der Verbraucher müsse sich

die Information selbst „holen“, darauf ab, dass die Information nicht „erteilt“,²⁰⁾ „übermittelt“²¹⁾ oder „mitgeteilt“²²⁾ wird. Mit dem dauerhaften Datenträger selbst hat das unmittelbar nichts zu tun. Die Notwendigkeit dieser Trennung wird erst bei der Webseite wirklich bemerkbar. Niemand würde schließlich auf die Idee kommen, dass ein Unternehmer seine Informationspflicht dadurch erfüllt, dass er ein Informationsblatt bei sich zur Abholung bereitlegt.

Wenn Informationen auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt werden müssen, wird somit einerseits die Frage nach dem dauerhaften Datenträger gestellt und andererseits jene nach der Erteilung/Übermittlung/Mitteilung.

2.1.1. Webseiten als dauerhafte Datenträger

Das Hauptproblem der Webseite als dauerhafter Datenträger ist im Lichte des bisher Gesagten ihre Veränderbarkeit. Um sie zur Erfüllung der gesetzlichen Informationspflichten einsetzen zu können, muss dieses Hindernis überwunden werden. Zwei dafür in Frage kommende Wege wurden schon in einer vielbeachteten Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs aufgezeigt.²³⁾

Der Gerichtshof hatte sich darin mit Art 2 Nr 12 der Versicherungsvermittlungs-RL 2002/92/EG zu beschäftigen, wo der dauerhafte Datenträger in gewohnter Weise definiert wird. In der E ging es darum, wann eine Internetseite die dort verlangten Voraussetzungen erfüllt.

Wenn „jede Möglichkeit der Änderung“ ausgeschlossen ist, sei der Speicher „mit der eigenen Festplatte des Nutzers

vergleichbar. Der einzige Unterschied besteht darin, dass der Verbraucher die Informationen aus der Ferne über das Internet abrufen kann.“²⁴⁾

Wo die Webseite nicht gleichsam eine externe Festplatte des Verbrauchers ist, könne sie aber immerhin Transportfunktion haben, die – wie bei der E-Mail – dazu führt, dass die Information sicher – und für den Unternehmer unveränderbar – beim Verbraucher ist.²⁵⁾ Dazu müsse die Webseite allerdings „Elemente enthalten, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern.“²⁶⁾

Dieser Ansatz wurde in der Folge sowohl von der Rsp²⁷⁾ als auch der Lehre²⁸⁾ positiv aufgenommen und stellte inhaltlich den vorläufigen Schlusspunkt der Diskussion rund um Webseiten als dauerhafte Datenträger dar.

2.1.2. Erteilung/Übermittlung/Mitteilung über Webseite

Eine andere Frage ist, ob Informationen auf einer Webseite überhaupt „erteilt“, „übermittelt“ bzw „mitgeteilt“ werden. Dass ungeachtet der Dauerhaftigkeit von Informationen auf einer Webseite die Erfüllung von Informationspflichten nämlich auch daran scheitern kann, dass die Information nicht übermittelt wird, zeigt die Rs *Content Services*:²⁹⁾ Bei Abgabe seiner Erklärung im Internet musste sich der Verbraucher zur Widerrufsbelehrung durchklicken, in der Bestätigungsemail war wieder nur ein Link enthalten.³⁰⁾

Egal wie dauerhaft die hinter dem Link stehenden Informationen waren,³¹⁾

17) Für E-Mails gilt das in doppelter Hinsicht. Anders als bei physischen Medien fällt bei der E-Mail nämlich die Erfüllung der Voraussetzungen ordnungsgemäßer Informationserteilung – „dauerhafter Datenträger“ einerseits und „Übermittlung“ andererseits – faktisch zusammen. Sie wird erst durch ihre Übermittlung, also durch das Einlangen beim Verbraucher, zum dauerhaften Datenträger. Erst dadurch wird sie nämlich unveränderbar. Im Ergebnis wirkt sich dieses Zusammenfallen freilich nicht aus: Das Senden einer E-Mail an eine vom Empfänger bekanntgegebene Adresse eignet sich unzweifelhaft für die Übermittlung von Information und führt funktional zum Vorliegen eines dauerhaften Datenträgers. Damit sind die Informationspflichten ordnungsgemäß erfüllt.

18) ErläutRV 467 BlgNR 22. GP 13; *St. Korinek* in Fletzberger/Schopper, Fernabsatz 98; *M. Gruber*, wbl 2005, 58; *Krejci* in Rummel, ABGB³ §§ 5a-5i KSchG Rz 15; *Apathy* in Schwimann, ABGB³ § 5d KSchG Rz 1; *Wieser*, ÖJZ 2010, 802; *Graf* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 3 FernFinG Rz 17. Vgl allerdings *Forgo*,

VR 2002, 134; *Krassnigg*, ÖJZ 2005, 137.

19) So etwa *Fischer/Kaindl*, JBl 2013, 776 ff, und insb OGH 27.5.2015, 8 Ob 58/14h VbR 2015, 160 (*Fischer/Kaindl*).

20) Vgl Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL 97/7/EG.

21) Vgl Art 5 Abs 1 der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen-RL 2002/65/EG.

22) Vgl Art 5 Abs 1 der Verbraucherkredit-RL 2008/48/EG.

23) EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult*.

24) EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 66.

25) Das meint der EFTA-Gerichtshof damit, wenn er sagt, dass die Webseite „als Portal für die Bereitstellung von Informationen auf einem anderen Medium dienen [kann], das als dauerhafter Datenträger betrachtet werden kann“, EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 65.

26) EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 65.

27) EuGH 5.7.2012, Rs C-49/11, *Content Services* Rz 45; BGH 15.5.2014, III ZR 368/13 NJW 2014, 2857.

28) Vgl die Nachweise bei *Fischer/Kaindl*, JBl 2013, 772.

29) EuGH 5.7.2012, Rs C-49/11, *Content Services*.

30) Im Detail: *Content Services* bot den Zugang zu einem Webportal an. Vor dem Vertragsabschluss im Fernabsatz konnten Verbraucher auf die das Widerrufsrecht betreffenden Informationen nur zugreifen, indem sie einen Link anklickten, der auf einen Teil der Webseite des Unternehmens verwies. Der Abschluss des Vertrags war nur möglich, wenn der Text, in dem sich der Link befand, als gelesen markiert wurde. Nach Vertragsabschluss erhielten die Verbraucher eine E-Mail, die keinerlei Belehrung über das Widerrufsrecht enthielt, dafür aber einen Link zu der Internetseite des Unternehmens, auf der dann bestimmte Informationen über das Widerrufsrecht erhältlich waren.

31) Dazu führte der EuGH – unter Bezugnahme auf den EFTA-Gerichtshof – aus, dass ungeachtet der Frage, ob technisch besonders ausgestaltete Webseiten die Voraussetzungen erfüllen können, dies konkret sicher nicht der Fall sei.

wurden sie für den EuGH jedenfalls nicht iSd Art 5 Abs 1 der Fernabsatz-RL³²⁾ „erteilt“.³³⁾ Wichtig dafür sei nämlich, dass der „Empfänger keine besondere Handlung vornehmen [muss]. Bei Übersendung eines Links an den Verbraucher muss dieser [allerdings] tätig werden, um die fraglichen Informationen zur Kenntnis zu nehmen, und er muss auf jeden Fall den Link anklicken.“³⁴⁾ Aus diesem Grund – also weil sich der Verbraucher die Information selbst „holen“ musste – wurde die ordnungsgemäße Erfüllung der Informationspflicht verneint.

Daraus könnte man bei konsequenter Betrachtung den Schluss ziehen, dass Informationspflichten kaum je durch die Einstellung von Informationen auf Webseiten erfüllt werden können, da ungeachtet der Dauerhaftigkeit Information nicht über Webseiten „erteilt“ werden kann, sofern der Verbraucher auch nur einen Link anklicken muss. Diese strenge Sichtweise der Informationserteilung relativiert die E des EFTA-Gerichtshofs, der sich mit Webseiten aus der Perspektive des dauerhaften Datenträgers beschäftigte, weil – wie der GA ausführt – die Informationserteilung „auch ohne irgendeine [vom Verbraucher] entwickelte spezifische Tätigkeit“ erfolgen muss „und zwar auch, wenn eine solche Tätigkeit nur aus dem Gebrauch eines Links bestehen würde“. Denn es sei „klar, dass das Anklicken eines Links zwar ein ganz und gar banaler Vorgang ist, den jeder Internetnutzer bewältigen kann, dass jedoch nicht alle Nutzer in der Lage sind, sich beim Vertragsabschluss bewusst zu machen, dass ein Link angeklickt werden muss, um erforderlichenfalls die eigenen Rechte zukünftig besser schützen zu können“.³⁵⁾

2.2. Erfüllung von Informationspflichten im Online-Banking

Vor diesem etwas unübersichtlichen Hintergrund hatte es der 8. Senat des OGH mit einem Verbandsklageverfahren gegen die BAWAG zu tun. Im Zuge dessen leitete er ein Vorabentscheidungsverfahren ein und fragte den EuGH, „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.“³⁶⁾ Die BAWAG stellt Erklärungen nämlich im E-Banking-Postfach zu, gesonderte E-Mail-Verständigungen gibt es nicht. Fraglich war, ob dies mit den Vorgaben des ZaDiG³⁷⁾ bzw der Zahlungsdienste-RL,³⁸⁾ insb deren Art 41 Abs 1, im Einklang steht. Danach sind bestimmte Informationen nämlich auf einem dauerhaften Datenträger mitzuteilen.

Dabei überrascht die vom OGH im Vorlagebeschluss dargelegte Rechtsansicht. Entgegen der bisherigen Entwicklung und dem hier vertretenen Ansatz trennt der OGH nämlich die Frage des Vorliegens eines dauerhaften Datenträgers nicht von jener, ob die Information mitgeteilt wird. Stattdessen geht er davon aus, dass der systematische Ansatz des europäischen Gesetzgebers „den dauerhaften Datenträger mit der Art der Zurverfügungstellung verknüpft“. Befinde sich die Information auf einem dauerhaften Datenträger, werde sie also auch mitgeteilt. Bei der konkreten E-Banking-Mailbox sei dies der Fall.

Dieses Abgehen von der Trennung der beiden Probleme überzeugt nicht, verfolgen die Anforderungen an die Informationserteilung doch auch unterschiedliche Zwecke: Während die Mitteilungspflicht dafür sorgt, dass der Verbraucher bestimmte Informationen überhaupt erhält, bezweckt der dauerhafte Datenträger, dass er sie längerfristig bei sich hat.

Diese Skepsis teilte Generalanwalt Bobek, der die Probleme in seinen Schlussanträgen auseinanderdividiert: „Das Medium ist zu trennen von dem Weg, auf dem Informationen geliefert werden.“³⁹⁾ Der EuGH schloss sich dem an und setzt so den neuen Standard für die Erfüllung von Informationspflichten auf Webseiten.⁴⁰⁾

Es waren also zwei Fragen zu klären:

1. Handelt es sich bei der E-Banking-Mailbox um einen dauerhaften Datenträger?
2. Sind Nachrichten, die dort eingestellt werden, mitgeteilt?

2.2.1. E-Banking-Mailbox als dauerhafter Datenträger

Die erste Frage erinnert unwillkürlich an die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs, in der die Eignung von Webseiten als dauerhafte Datenträger ja umfassend und zutreffend behandelt wurde. Es wundert daher nicht, dass sich sowohl die Schlussanträge als auch der EuGH stark daran orientieren.

Auszugehen ist wiederum von der möglicherweise perplex klingenden Erkenntnis, dass der Datenträger kein Datenträger im eigentlichen technischen Sinn sein muss. Der Begriff ist „unabhängig von der physischen Struktur oder den Hardware-Eigenschaften eines Mediums oder Trägers. Er knüpft vielmehr an den funktionalen Merkmalen an“.⁴¹⁾ E-Mails garantieren die „Speicherbarkeit und Reproduzierbarkeit“⁴²⁾ der darin enthaltenen Information und sind daher dauerhafte Datenträger.⁴³⁾ Erfüllt eine Internetseite diese Voraussetzungen, muss das für sie ebenso gelten.⁴⁴⁾

Der wesentliche Unterschied zur E-Mail ist nun die Möglichkeit der einseitigen Änderung durch den Unternehmer. Im Anschluss an den EFTA-Gerichtshof führen GA Bobek und der EuGH daher aus, dass diese Möglichkeit jedenfalls ausgeschlossen sein und die alleinige Kontrolle über die Mailbox beim Kunden liegen muss.⁴⁵⁾ Gelingt das, ist die Box als „erweiterte Festplatte“ des Kunden ein dauerhafter Datenträger, andernfalls nicht.⁴⁶⁾ „Ohne einer der Vertragsparteien bösen Willen zu unterstellen, kann durch eine der Kontrolle des Dienstleisters unterliegende ‚Mailbox‘ [schließlich] definitionsgemäß nicht sichergestellt werden, dass die Verbraucher die [...] Informationen in der Folge in einem sicheren Format einsehen und nutzen können.“⁴⁷⁾

Dabei ist nicht nur an die Möglichkeit von Veränderungen zu denken. Auch das Thema der Vertragsbeendigung spielt eine Rolle. Die Informationen müssen ja „für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer“ unverändert eingesehen werden können,⁴⁸⁾ also so lange sie zur Wahrung der Interessen des Verbrauchers notwendig sind.⁴⁹⁾ Würde die

32) RL 97/7/EG.

33) EuGH 5.7.2012, Rs C-49/11, *Content Services* Rz 37.

34) EuGH 5.7.2012, Rs C-49/11, *Content Services* Rz 33.

35) GA Mengozzi 6.3.2012, Rs C-49/11, *Content Services* Rz 31, 33.

36) OGH 27.5.2015, 8 Ob 58/14h VbR 2015, 160 (*Fischer/Kaindl*).

37) Vgl §§ 26 Abs 1, 29 Abs 1 ZaDiG.

38) RL 2007/64/EG.

39) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 24. Allgemein zu den Schlussanträgen *Fischer/Kaindl*, VbR

2017, 36.

40) EuGH 25.1.2017, Rs C-375/15, *BAWAG PSK*.

41) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 42.

42) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 34.

43) Siehe schon oben FN 9.

44) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 46.

45) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 63; EuGH 25.1.2017, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 44. Vgl schon GA Mengozzi 6.3.2012, Rs C-49/11, *Con-*

tent Services Rz 42: „[D]ie Informationen [müssen] der Kontrolle des Kunden, nicht aber der Kontrolle desjenigen unterliegen, der sie erteilt hat.“

46) Vgl EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 66.

47) GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 56.

48) Vgl etwa Art 4 Nr 28 der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG.

49) EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 44; diesem folgend GA Bobek 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 54.

technische Ausgestaltung der E-Banking-Mailbox dazu führen, dass der Verbraucher ab dem Tag der Vertragsbeendigung keinen Zugriff mehr darauf hat, wäre sie jedenfalls kein dauerhafter Datenträger.

Scheitert die Qualifikation der Mailbox als dauerhafter Datenträger, ist noch einmal an die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs zurückzudenken, auf die der EuGH diesbezüglich freilich nicht eingeht: Das Postfach kann nicht nur selbst dauerhafter Datenträger sein, sondern auch als Übermittlungsportal („Gateway“) dienen. Das Postfach ist dann vergleichbar mit einer weiteren E-Mail-Adresse des Kunden. Allerdings muss der Kunde in diesem Fall nach GA *Bobek* angehalten werden, die Informationen jedenfalls bei sich zu sichern.⁵⁰⁾

In diesem Zusammenhang zieht er die Parallele zwischen Mailbox und Postamt: Die Einstellung einer Nachricht in die Mailbox entspreche der Aushändigung eines Briefes an den Kunden. Beides sind dauerhafte Datenträger. Allerdings bedarf es auch noch des Zugangs. Beim Aushändigen eines Briefes ist das kein Problem, was gilt aber beim Einstellen in ein elektronisches Postfach?

2.2.2. „Zugang“ über E-Banking-Portal

Der EuGH unterscheidet zutreffend die Frage des Mediums dauerhafter Datenträger vom Weg, auf dem Informationen geliefert werden.

Dem Kunden müssen bestimmte Informationen nach der Zahlungsdienste-RL „mitgeteilt“ werden.⁵¹⁾ Die Bedeutung der Rs *BAWAG PSK* beschränkt sich allerdings nicht auf die Zahlungsdienste-RL. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie auch Rückschlüsse auf die Auslegung anderer Richtlinien zulässt, die Unternehmen ähnliche Informationspflichten auferlegen. Ob die Information dem Wortlaut der Richtlinie nach „übermittelt“, „mitgeteilt“ oder „erteilt“ werden muss, wird nämlich keinen Unterschied machen.

Angesichts dieses Gleichlaufs verschiedener Richtlinien wäre auf Basis der

Rs *Content Services* zu erwarten gewesen, dass der EuGH die Mitteilung von Information über eine E-Banking-Mailbox verneint, weil der Verbraucher selbst aktiv werden muss.

GA *Bobek* schlug stattdessen einen anderen, teleologisch einleuchtenden und lebensnahen Weg ein. Ihm kommt es auf die „effektive Übermittlung der Information“ an. „Die Information muss aus dem Bereich des Dienstleisters heraustreten und in die Kenntnissphäre des Nutzers gelangen.“⁵²⁾

Dass die Zustellung an die E-Mail-Adresse des Kunden diese Anforderungen erfüllen kann, liegt ebenso auf der Hand, wie dass die Hinterlegung von Information in einer E-Banking-Mailbox ihnen grundsätzlich nicht gerecht wird.⁵³⁾ Die Mailbox ist schließlich nicht mit der persönlichen E-Mail-Adresse vergleichbar, die sich als Standardkommunikationsmittel etabliert hat, und es kann „vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass [Verbraucher] regelmäßig alle elektronischen Kommunikationssysteme abfragen, bei denen sie registriert sind.“⁵⁴⁾ GA *Bobek* folgert daraus, dass in der Mailbox abgelegte Informationen „nicht die besondere Sphäre der Bank [verlassen], um in den Bereich der von den Kunden im Alltag regelmäßig genutzten Kommunikationsinstrumente zu gelangen.“⁵⁵⁾ Die Information ist daher nicht „mitgeteilt“.⁵⁶⁾ Auch in diesem Punkt folgte der EuGH den überzeugenden Schlussanträgen.⁵⁷⁾

Dieses Ergebnis ist bei näherer Betrachtung auch vor dem Hintergrund nationaler Rechtsgelehrtenlehre plausibel.⁵⁸⁾ Eine Willenserklärung geht zu, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt, man also davon ausgehen kann, dass sich der Empfänger nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit vertraut macht.⁵⁹⁾ Bei der E-Banking-Mailbox ist diese Hoffnung eher dünn.

Daran ändert im Bereich der Zahlungsdienste-RL bzw des ZaDiG auch die im Rahmenvertrag enthaltene Vereinbarung über die verwendeten Kommunikationsmittel nichts.⁶⁰⁾ Der Schutzstandard, den

die Richtlinie durch die Pflicht, bestimmte Informationen „mitzuteilen“, gewährleistet, könnte sonst nämlich einfach abbedungen werden.⁶¹⁾ Vielmehr ist davon auszugehen, dass im Rahmenvertrag nur für Mitteilungen geeignete Kommunikationsmittel vereinbart werden können, und nicht umgekehrt die Vereinbarung das Kommunikationsmittel geeignet macht.

Hierzu finden sich ebenfalls Parallelen. So sind gem § 6 Abs 1 Z 3 KSchG Klauseln in Verbraucherverträgen unverbindlich, nach denen Erklärungen an den Verbraucher als zugegangen gelten, obwohl sie das nach allgemeinen Regeln nicht sind.⁶²⁾ Die allgemeinen Zugangsregeln können insofern also nicht zu Lasten des Verbrauchers modifiziert werden. Ganz ähnlich verbietet § 12 Satz 2 ECG im Verbrauchergeschäft Abweichungen vom Grundsatz, dass elektronische Vertragserklärungen als zugegangen gelten, wenn sie unter gewöhnlichen Umständen abrufbar sind.

Die effektive Übermittlung der Information in die Kenntnissphäre des Benutzers, um die es bei der Mitteilung geht, würde bei „stiller Hinterlegung“ in einer nicht gebräuchlichen Mailbox also zur Fiktion. Erfolgt die Hinterlegung allerdings nicht so still, ändert sich das: Eine wirksame Verständigung des Verbrauchers – etwa durch eine E-Mail oder SMS – von der Verfügbarkeit einer neuen Nachricht in der E-Banking-Mailbox kann deren mangelnde Gebräuchlichkeit ausgleichen. Durch die Implementierung eines derartigen „zweistufigen“ Verfahrens könnte die Mailbox also doch für Mitteilungen nützlich gemacht werden, worin sich GA *Bobek* und der EuGH wieder einig sind.⁶³⁾

Diese Lösung muss sich allerdings den Einwand gefallen lassen, dass sie stark dem Ausgangsfall der Rs *Content Services* ähnelt. Dort wurde ja per E-Mail ein Link auf eine Webseite übermittelt, was nach Ansicht des EuGH dem Empfänger noch zu viele Handlungen abverlange und daher keine „Erteilung“ von Information sei.⁶⁴⁾

50) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 57 ff im Anschluss an EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09, *Inconsult* Rz 65.

51) Vgl Art 41 Abs 1 der RL 2007/64/EG.

52) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 73. Vgl außerdem *Weilinger/Knauder* in *Weilinger*, *ZaDiG* § 26 Rz 50.

53) Im Lichte dessen erscheint § 5a VersVG bemerkenswert. Vgl dazu *Fenyves*, VR 2012 H 5, 23; *Riedler*, VR 2012 H 10, 20. Den dort positivierten Gedanken im allgemeinen Zivilrecht zu verankern (*Fischer/Kaindl*, JBl 2013, 778), ist freilich in Anbetracht der dürftigen sach-

lichen Rechtfertigung dieser Norm schon nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen und nunmehr auch vor dem Hintergrund der Rs *BAWAG PSK* kein verfolgenswerter Plan.

54) EuGH 25.1.2017, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 49. Siehe auch *Tichy*, RdW 2001, 520; *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang* § 6 Abs 1 Z 3 KSchG Rz 11.

55) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 76.

56) *Anders Reiff*, ZJS 2012, 436.

57) EuGH 25.1.2017, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 47 ff.

58) Vgl schon *Riss*, ÖBA 2013, 893.

59) Vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht* 50; *Bollenberger* in *KBB* 5 § 862a Rz 4.

60) Vgl Art 42 Nr 4 der Zahlungsdienste-RL 2007/64/EG; § 28 Abs 1 Z 4 *ZaDiG*. Anders OGH 27.5.2015, 8 Ob 58/14h VbR 2015, 160 (*Fischer/Kaindl*).

61) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 82.

62) Dazu etwa *Kathrein/Schoditsch* in *KBB* 5 § 6 KSchG Rz 8.

63) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 79; EuGH 25.1.2017, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 50 f.

64) Siehe oben 2.1.2.

GA *Bobek* entkräftet dies damit, dass die Fernabsatz-RL dahingehend nicht mit der Zahlungsdienste-RL vergleichbar sei.⁶⁵⁾ Das ist aber nicht der entscheidende Punkt, sind die Anordnungen und Zielsetzungen der beiden Richtlinien diesbezüglich doch sehr ähnlich: Tatsächlich wird hier wohl eher eine Judikaturänderung kaschiert. Wenn schon ein Klick zu viel ist (*Content Services*), kann eine Verständigung von der Hinterlegung im elektronischen Postfach nicht genügen. Dass tatsächlich schon ein Klick zu viel ist, ist aber nicht aufrecht zu erhalten.⁶⁶⁾ Wird der Verbraucher darüber informiert, dass ihm in seiner E-Banking-Box Vertragsrelevantes zugestellt wurde, verfängt der Einwand der Rs *Content Services* daher nicht (mehr).

2.2.3. Ergebnis

Die E-Banking-Mailbox kann bei entsprechender technischer Ausgestaltung, die insb die Unveränderbarkeit durch den Unternehmer sicherstellt, also zur Erfüllung gesetzlicher Informationspflichten eingesetzt werden. Komplette Vermeidung lässt sich ein Medienbruch dabei allerdings nicht, da die in die Mailbox eingestellte Information dem Verbraucher nicht ohne weiteres zugeht. Dafür ist eine gesonderte Verständigung über einen für Mitteilungen tauglichen Kanal notwendig.

3. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Vorstellung vom dauerhaften Datenträger als Datenträger im technischen Sinn ist überholt. Es genügt, wenn durch die technische Ausgestaltung derselbe Effekt wie bei physischen Speichermedien erreicht wird.
2. Die Frage, ob bzw wann Webseiten dauerhafte Datenträger sind, ist von der Frage zu trennen, ob bzw wann dem Verbraucher auf einer Webseite verfügbare Informationen in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise mitgeteilt werden.
3. Das Hauptproblem der Webseite als dauerhafter Datenträger ist ihre Veränderbarkeit durch den Unternehmer. Wird die Möglichkeit der Veränderung ausgeschlossen und ist außerdem die Verfügbarkeit etwa auch nach Vertragssende sichergestellt, können

Webseiten die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Dies kann durch technische Ausgestaltung dahingehend geschehen, dass ein bestimmter Bereich vollständig der Kontrolle des Unternehmers entzogen ist und ausschließlich der Kontrolle des Verbrauchers unterliegt. In diesem Fall ist die Seite selbst der dauerhafte Datenträger.

4. Andererseits kann eine Webseite als Portal für die Übermittlung von Informationen verwendet werden. Um Veränderungen auszuschließen, muss die Webseite allerdings Elemente enthalten, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, die Informationen abzuspeichern.
5. Informationen gelten als „erteilt“, „übermittelt“ bzw „mitgeteilt“, wenn sie in die Kenntnissphäre des Verbrauchers gelangen. Die Anforderungen des Unionsrechts sind insoweit vergleichbar mit dem Zugang iSd nationalen Rechts geschäftslehre.
6. In einer E-Banking-Mailbox hinterlegte Informationen gelten nicht als mitgeteilt, weil die Box kein alltägliches Kommunikationsmittel ist und von Verbrauchern nicht erwartet werden kann, sie regelmäßig abzufragen. Auf diesem Weg erfolgt daher keine effektive Informationsübermittlung.
7. Werden Verbraucher allerdings gesondert über einen gebräuchlichen Kommunikationskanal (zB E-Mail) von der Verfügbarkeit einer vertragsrelevanten Nachricht in der E-Banking-Mailbox informiert, wird ordnungsgemäß mitgeteilt.
8. Die derzeit praktizierte Hinterlegung von Nachrichten in E-Banking-Mailboxes wird den gesetzlichen Anforderungen mangels gesonderter Verständigung meist nicht entsprechen, sodass Anpassungsbedarf im Sinne der Rs *BAWAG PSK* besteht. ♦

Literaturverzeichnis

Apathy / Iro / Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht I² (2006).

Fenyves, Elektronische Kommunikation und Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers nach dem VersRÄG 2012, VR 2012 H 5, 23.

Fenyves / Kerschner / Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang³ (2006).

Fischer / Kaindl, Banken und das Internet – Banking-Portallösungen als dauerhafter Datenträger? JBl 2013, 767.

Fischer / Kaindl, Mitteilungen über Online-Banking-Mailbox als dauerhafter Datenträger? VbR 2017, 36.

Forgo, Die Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 2002, 132.

M. Gruber, Das Fern-Finanzdienstleistungsgesetz, wbl 2005, 53.

St. Korinek, Informationspflichten bei Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, in *Fletzberger / Schopper*, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2004) 70.

Koziol / P. Bydlinski / Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017).

Krassnigg, Das Fern-Finanzdienstleistungsgesetz und seine Auswirkung auf den Bankensektor, ÖJZ 2005, 134.

Perner / Spitzer / Kodek, Bürgerliches Recht⁵ (2016).

Reiff, Die Wahrung der Textform nach § 126b BGB durch den Inhalt einer Webseite, ZJS 2012, 432.

Riedler, Elektronische Kommunikation nach dem VersRÄG 2012, VR 2012 H 10, 20.

Riss, Vertragliche Regelung des Zugangs von Mitteilungen und Informationen an den Verbraucher – insbesondere nach dem VKrG und ZaDiG (Teil II), ÖBA 2013, 884.

Rummel, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2³ (2002).

Säcker / Rixecker / Oetker / Limpert, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I⁷ (2015).

Schwimann, ABGB Praxiskommentar V³ (2006).

Schwimann / Kodek, ABGB Praxiskommentar V⁴ (2014).

Tichy, Zugang elektronischer Willenserklärungen, Verbraucherschutz und E-Commerce-Gesetz, RdW 2001, 518.

Weilinger, Kommentar zum Zahlungsdienstegesetz (32. Lfg; 2013).

Wendehorst / Zöchling-Jud, Verbraucherkreditrecht (2010).

Wieser, Zu den Rechtsbegriffen „dauerhafter Datenträger“ und „Textform“ im Fernabsatz, ÖJZ 2010, 797.

65) GA *Bobek* 15.9.2016, Rs C-375/15, *BAWAG PSK* Rz 80.

66) Die Lektüre der E *Content Services* vermittelt überdies den Eindruck, dass für die Verbraucher nicht hinreichend transparent war, was wann hinter den Links zu finden

war: „Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Regelung des Widerrufsrechts und die Erklärung über die Verarbeitung personenbezogener Daten waren auf der Internetseite selbst nicht enthalten, konnten jedoch durch Anklicken eines Links

eingesehen werden, der neben der Stelle für das Zustimmungshäkchen angebracht war“, GA *Mengozzi* 6.3.2012, Rs C-49/11, *Content Services* Rz 19. Das ist aber ein anderes Problem als die Anzahl der vom Verbraucher verlangten Mausklicks.