



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Marburgerkai 49, 8010 Graz, erkennt durch die Richterin Dr. Christiane Nindler in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, Ölzeltgasse 4, gegen die beklagte Partei **Volksbank Graz-Bruck**, Schmiedgasse 31, 8010 Graz, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, wegen **Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert: EUR 36.000,-)**, nach mit beiden Teilen durchgeführter, öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig,

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

Über die vorstehenden Absätze (1) oder (2) hinausgehende Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfangs oder der Verzinsung sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Solche Änderungen werden 2 Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht, seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird den Kunden anlässlich der Mitteilung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen (Z 45 Abs 3 AGB);

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, sich auf diese Klausel oder sinngleiche Klauseln nicht zu berufen;

b) es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen, nicht näher präzierte Änderungen der Entgelte für die Kontoführung und mit dieser in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen in der Weise anzubieten, dass die Unterlassung einer Mitteilung, insbesondere die Unterlassung eines ausdrücklichen Widerspruches gegen die Änderung als solche oder gegen die Abbuchung der erhöhten Entgelte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als Zustimmung gelten soll;

c) der klagenden Partei die mit EUR 6.268,16 (darin enthalten EUR 824,36 USt und EUR 1.322,-- Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2.) Das Klagebegehren des Inhaltes, der klagenden Partei werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kleinen Zeitung“ auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen, wird

abgewiesen.

3.) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kleinen Zeitung“, *A u s g a b e S t e i e r m a r k*, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

Entscheidungsgründe:

Mit der am 10.08.2011 zu GZ 14 Cg 102/11g des LG für ZRS Graz eingebrachten Klage beehrte die klagende Partei die beklagte Partei zu einer Unterlassung zu verpflichten, nämlich die beklagte Partei schuldig zu erkennen

a) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

Über die vorstehenden Absätze 1 oder 2 hinausgehende Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung sind nur mit Zustimmung des

Kunden möglich. Solche Änderungen werden zwei Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht, seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird den Kunden anlässlich der Mitteilung der Änderung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen (Z 45 Abs 3 AGB).

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; die beklagte Partei sei ferner schuldig, sich auf diese Klauseln oder sinngleiche Klauseln, soweit diese schon geschlossenen Verträgen mit Verbrauchern unzulässigerweise zu Grunde gelegt wurden, nicht zu berufen.

b) es ist im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, nicht näher präzierte Änderungen der Entgelte über die Kontoführung und mit dieser in Zusammenhang stehende Dienstleistungen in der Weise anzubieten, dass die Unterlassung einer Mitteilung, insbesondere die Unterlassung eines ausdrücklichen Widerspruches gegen die Änderung als solche oder gegen die Abbuchung der erhöhten Entgelte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als Zustimmung gelten soll.

Die klagende Partei beantragte weiters die beklagte Partei zum Ersatz der Kosten des Verfahrens zu verpflichten und ihr die Ermächtigung zu erteilen, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kleinen Zeitung“ auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext, redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

Zur Begründung dieses Begehrens wurde vorgebracht, dass sich die Aktivlegitimation der klagenden Partei aus § 29 KSchG ergäbe. Die beklagte Partei sei zu Firmenbuchnummer 41389t im Firmenbuch des LG für ZRS Graz protokolliert. Die Beklagte betreibe das Bankgeschäft und biete ihre Leistungen in ganz Österreich, mit Schwerpunkt auf das Bundesland Steiermark an. Die beklagte Partei träte in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließe mit diesen Verträge. Die Beklagte sei deshalb Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG.

Die klagende Partei stütze den Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG darauf, dass die beklagte Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelege bzw in

Vertragsformblättern, nachstehende Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoßen, verwende.

Mit der eingebrachten Verbandsklage werde die Verwendung nachstehender Klausel, die sich in dem von der beklagten Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendeten Vertragsformblatt bzw in deren AGB „**Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Fassung 2009**“, befinde, bekämpft:

„Über die vorstehenden Abs 1 oder 2 hinausgehenden Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Solche Änderungen werden zwei Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird den Kunden anlässlich der Mitteilung der Änderung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen (Z 45 Abs 3 ABGB).“

Mit dieser Klausel behalte sich die Beklagte vor, Verträge, zB Kreditverträge oder Girokontoverträge ohne irgendeine Beschränkung nach Belieben über eine Erklärungsfiktion zu ändern. Eine derartige Klausel sei aus mehreren Gründen gesetzwidrig.

Eine derartige Fiktion sei schon deshalb unzulässig, weil es sich dabei um eine vollkommen unbeschränkte Änderungsmöglichkeit handle, die Änderungen in alle Richtungen ohne Grenzen zulasse, dies ergebe sich aus der Wortfolge „Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung“.

Diese Änderungsmöglichkeit könne zu massiven, vor allem aus Verbrauchersicht nachteiligen Veränderungen der bestehenden Verträge führen. Auf diese Weise könnten zu Lasten von Verbrauchern Entgelte nach eigenem Belieben der Bank geändert werden, weshalb diese Klausel im Sinne des **§ 879 ABGB** als sittenwidrig zu beurteilen sei.

Verbraucher rechneten allenfalls damit, dass in Verträgen Verlängerungsklauseln im Wege einer Erklärungsfiktion enthalten seien. Eine Änderung über eine Erklärungsfiktion sei auch vor allem für die Verlängerung von Vertragsverhältnissen gedacht gewesen. Dabei bleibe aber der Vertrag inhaltlich, in seinen wesentlichen Punkten gleich. Es könne nicht als bekannt vorausgesetzt werden, dass die Bedingungen einer bestehenden Vereinbarung im Wege einer Erklärungsfiktion auch in kleinem Umfang, adaptiert werden können. Völlig unüblich und im Widerspruch zu den Grundsätzen des Vertragsabschlusses sei es allerdings, dass bestehende Verträge vollkommen unbeschränkt geändert werden können und die Betroffenen

widersprechen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, sich nach Ablauf der Widerspruchsfrist mit völlig anderen Konditionen konfrontiert zu sehen. Konditionen, die sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gewählt haben und auch nicht gewählt hätten.

Hiezu komme, dass Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert habe. Von diesem grundlegenden Prinzip weiche die Klausel fundamental ab, indem sie Erklärungsfiktionen nicht nur für eng begrenzte Sachverhalte wie etwa die wirtschaftlich sinnvollen Vertragsverlängerungsmechanismen, sondern ganz allgemein für jede Änderung eines bestehenden Vertrages vorsehe. Durch diese Klausel seien Vertragspartner der beklagten Partei gezwungen, jede Mitteilung dahingehend zu untersuchen, ob darin nicht eine umfassende Vertragsänderung enthalten sein könne. Es wäre nach der Klausel sogar zulässig, solche Änderungen in Kontoauszügen anzukündigen. Dies stelle einen massiven Eingriff in den Rechtsverkehr dar und müsse aus diesem Grund als gröblich benachteiligend im Sinne des **§ 879 Abs 3** beurteilt werden, da es dadurch zu einer unangemessenen Verschiebung der Rechtslage komme. Die gröbliche Benachteiligung zeige sich auch darin, dass viele Konsumenten nicht wüssten, welche nachteiligen Folgen ein Widerspruch haben könnte und aus Angst davor (zB vor einer Kündigung oder einer sonstigen schlechteren Behandlung in der Zukunft zB bei einer kurzfristigen Kontoüberziehung), einen Widerspruch gar nicht in Betracht ziehen.

Gleichzeitig sei die Klausel auch unter dem Gesichtspunkt des **§ 864 a ABGB** als unzulässig zu beurteilen, weil sie von den berechtigten Erwartungen der VerbraucherInnen deutlich abweiche und somit als überraschend und nachteilig anzusehen sei. Der erste Teil der Klausel sei in einer Weise textiert, der vermuten lasse, dass Änderungen nur einvernehmlich im Sinne einer tatsächlich von beiden Seiten gewollten Vertragsänderung erfolgen könnten („über die vorstehenden Absätze 1 oder 2 hinausgehende Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich“).

Die nachfolgend geschilderte Eingriffsmöglichkeit sei auf Grund dieser Einleitung jedenfalls überraschend.

Der erste Satz der Klausel stehe in untrennbarem Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen dieser Klausel und sei im Zusammenhang mit den nachfolgenden Sätzen intransparent, da dem Kunden durch diese Bestimmungen die Tragweite und die Rechtsfolgen der Z 45 Abs 3 AGB Banken in ihrer Gesamtheit nicht bewusst werde.

Die Klausel erscheine aber auch im Lichte des Transparenzgebotes des **§ 6 Abs 3 KSchG** fragwürdig, weil aus ihr die mögliche Reichweite der Änderungsmöglichkeiten nicht hinreichend ablesbar sei. Das in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot verlange nicht

nur formale Verständlichkeit im Sinne der Lesbarkeit, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite für den Verbraucher durchschaubar seien und dem Kunden die wirtschaftliche Tragweite der Bestimmung oder die Tatsache, dass ihm künftig entstehende Kosten aufgebürdet werden, nicht verschleiert werde. Den Verbrauchern würde im besonderen Fall nach dem Lesen der Klausel nicht bewusst sein, welche massiven Umgestaltungsmöglichkeiten auf Basis dieser Klausel erfolgen könnten und wie gefährlich daher derartige von der Beklagten während der Vertragslaufzeit übermittelte Angebote zur Vertragsänderung sein könnten. Damit würden die aus dem Transparenzgebot abgeleiteten Gebote der Erkennbarkeit und Verständlichkeit verletzt sowie auch das Gebot, auf die Rechtsfolgen einer Klausel ausreichend hinzuweisen. Dies gelte auch für die letzten beiden Sätze der Z 45 Abs 3 ABG. Auch **§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG** würde derart weitgehende Änderungsmöglichkeiten nicht erlauben. Nur ein berechtigtes Verwenderinteresse könne eine vorformulierte Erklärungsfiktion rechtfertigen. Ein berechtigtes Verwenderinteresse könne allerdings nur dort bejaht werden, wo es nach der Sachlage erforderlich sei, das Rechtsverhältnis einer bestimmten Situation anzupassen und die dem Vertragspartner zugerechnete Erklärung diesem keinen unangemessenen Nachteil zufüge. Diese Schranken würden durch die Klausel aber massiv überschritten. Die Klausel spreche zwar davon, dass eine Zustimmung des Kunden für eine Änderung der Entgelte bzw des Leistungsumfanges notwendig sei. De facto aber komme die Klausel in ihrer Auswirkung einer einseitigen Entgelt- und Leistungsumfangsänderungsklausel gleich, da der Kunde, wenn er sich den Wünschen des Kreditgebers nicht fügt, mit Repressalien rechnet oder zumindest Furcht davor habe. Auch wenn daher formal von einer einvernehmlichen Änderung gesprochen werde, laufe es de facto doch auf eine einseitige Änderung hinaus.

Die Klausel verstoße daher auch gegen **§ 6 Abs 1 Z 5** und **§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG**, da die dort umschriebenen Voraussetzungen bzw Einschränkungen, die eine solche Änderungsmöglichkeit rechtfertigten (zB maßgebliche Umstände, Entgeltsenkung, Zumutbarkeit) nicht enthalten seien.

Einen Unterlassungsanspruch nach **§ 28 a KSchG** stütze die klagende Partei darauf, dass die Beklagte ihren Kunden in Kontoauszügen zu Kreditverträgen Folgendes mitteile: *„Änderungsmitteilung gemäß Paragraph 11 bzw Paragraph 22 VKrG. Die Entgelte für die Kontoführung und mit dieser in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen werden mit Wirkung vom 01.01.2011 geändert. Bitte wenden Sie sich an Ihren Kundenberater, der Sie über die geltende Sätze gerne informiert und Ihnen auf Wunsch eine detaillierte Aufstellung ausfolgt. Ihre Zustimmung zur Entgeltänderung gilt als erteilt, wenn Sie nicht binnen 2 Monaten schriftlich widersprechen.“*

Gemäß **§ 28 a KSchG** stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch zu, wenn im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Zusammenhang mit

Verbraucherkreditverhältnissen gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstoßen werde und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt würden. Auch in diesem Zusammenhang werden gegen die oben zitierten Normen, speziell gegen **§ 6 Abs 3 KSchG** verstoßen. Die Mitteilung der Beklagten selbst enthalte den Inhalt der Änderung nicht, was bedeute, dass der Kunde auf Grund dieser Mitteilung nicht darüber informiert sei, um welche Änderungen es sich handelt. Es könne daher nicht zu einer wirksamen Vertragsänderung kommen, wenn die Beklagte den Inhalt der Änderungen nicht mitteile. Diese Vorgehensweise der Beklagten werde nicht einmal ihrer Klausel Z 45 Abs 3 AGB gerecht, da dort enthalten sei, dass sie den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung aufmerksam machen werde. Die gewünschte Änderung sei im Kontoauszug nicht enthalten, weshalb die Darstellung der Änderung nicht transparent sei.

Auch aus einem zweiten Grund werde gegen § 6 Abs 3 KSchG verstoßen. Die Mitteilung der Beklagten beginne mit einem Bezug auf § 11 und § 22 VKrG. Damit erzeuge die Beklagte den Eindruck, als wäre diese Vorgehensweise vom Gesetz gefordert bzw gedeckt. Dies verstoße gegen das im Transparenzgebot enthaltene Richtigkeitsgebot. Die Vorgehensweise der Beklagten werde von den zitierten Gesetzesbestimmungen weder gefordert, noch sei sie davon gedeckt: Es handle sich hier nicht um die Überziehungsmöglichkeit gemäß § 22 VKrG. 11 VKrG regle lediglich das Procedere bei Änderung einer gesetzeskonformen Änderung des Sollzinssatzes; hier gehe es aber um eine Änderung der Entgelte für die Kontoführung. Auch wenn die §§ 11 und 22 VKrG anwendbar wären, müsste dennoch in der Mitteilung selbst der Inhalt der Änderung enthalten sein, was nicht der Fall sei.

Durch diese Formulierung in den Kontoauszügen zu den Kreditverträgen lege auch ein Verstoß gegen **§ 869 ABGB** vor. Danach müsse die Erklärung der Beklagten mit dem Anbot auf Vertragsänderung im Sinne des allgemeinen Vertragsrechtes ausreichend bestimmt und verständlich sein. Der dem Verbraucher zugehende Willenserklärung sei aber die Änderung der neu zu zahlenden Entgelte gar nicht zu entnehmen. Sie könne daher keine Grundlage für eine Einwilligung bilden, die den Vorgaben des § 869 ABGB entspreche.

Die Änderung der Entgelte ohne Auflistung deren konkreten Inhalts im Wege einer Erklärungsfiktion sei auch als sittenwidrig im Sinne des **§ 879 ABGB** anzusehen. Die Fiktion sei jedenfalls deshalb unzulässig, weil es sich dabei um die Erhöhung der Entgelte handle und damit um eine Änderung der essentialia negotii. Die Änderung dieser essentialia negotii im Wege einer Erklärungsfiktion sei sittenwidrig. Es sei völlig unüblich, essentialia negotii auf eine derartige Weise abzuändern.

Diese Mitteilung widerspreche auch **§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG**: Der Unternehmer müsse den Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinweisen. Daraus folge, dass bei der Verständigung selbst auf die konkreten

Auswirkungen eines mangelnden Widerspruches hingewiesen werden müsse, also auf die konkrete Änderung der Entgelte, sodass dem Verbraucher die Dimension seines Verhaltens bzw dessen Unterlassen bewusst werden könne. Soweit auf die zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse das Zahlungsdienstgesetz anzuwenden sei, liege ein weiterer Gesetzesverstoß vor. Wenn die betreffenden Kreditkonten dem Verbraucher nicht für die Bezahlung der Zinsen und Kreditraten zur Verfügung stünden, sondern er von diesen Konten auch überweisen könne, liege ein Zahlungskonto im Sinne es § 3 Z 13 ZaDiG vor. Dann müsste bei einer Änderung der Entgelte **§ 29 ZaDiG** eingehalten werden, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei, da die Beklagte dem Verbraucher die angestrebte Änderung nicht im Sinne des § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG mitgeteilt habe. Das Übermitteln von Informationen per Kontoauszug gelte nicht als Mitteilung im Sinne des ZaDiG. Der konkrete Änderungsvorschlag müsste auch klar und verständlich sein. Der Vollständigkeit halber werde auch vorgebracht, dass nach Z 45 Abs 3 der AGB der Beklagten die Änderung zwei Monate nach Verständigung wirksam werde. Da die beklagte Partei die Verständigung am 09.11.2010 vorgenommen habe und die Änderung am 01.01.2011 wirksam werden sollte, habe die Beklagte selbst die vorgesehene Zweimonatsfrist nicht eingehalten.

Zur Auslegung von Vertragsklauseln im Verbandsprozess sei anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung keine teleologische Reduktionen einer Klausel auf einen gesetzmäßigen Kern vorzunehmen sei. Auf einen teilweisen Sinngehalt der beanstandeten Klausel sei daher bei der Entscheidung über den Unterlassungsanspruch keine Rücksicht zu nehmen.

Die beklagte Partei verwende die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend, sodass **Wiederholungsgefahr** bestehe.

Wiederholungsgefahr bestehe außerdem schon deshalb, weil die klagende Partei vor Klageeinbringung die Beklagte mit eingeschriebenem Brief vom 29.06.2011 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, dieser Aufforderung sei die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist jedoch nicht nachgekommen. Sie habe stattdessen nur eine unzureichende, weil mit Bedingungen versehene Unterlassungserklärung abgegeben. Diese Unterlassungserklärung beziehe sich nur auf Punkt b) des Unterlassungsbegehrens, also den auf § 28 a KSchG gegründeten Anspruch, nicht aber auf den Anspruch auf Unterlassung der Anwendung der in Punkt a) des Begehrens genannten Klausel oder sinngleicher Klauseln. Darüber hinaus solle die Erklärung der Beklagten nach ihrem Wortlaut zur Gänze rückwirkend hinfällig werden, wenn der Kläger oder eine andere Verbraucherschutzorganisation eine Klage nach §§ 28 ff KSchG gegen Z 45 Abs 3 der AGB der beklagten Partei, gegen eine sinngleiche Klausel oder gegen die in Punkt b) des Unterlassungsbegehrens angegriffene Praxis erhebe. Im Begleitschreiben dieser

ungenügenden Unterlassungserklärung vom 03.08.2011 erläutere die Beklagte, dass sie auch die teilweise Unterlassungserklärung nur dann abgebe, wenn der Kläger die Angelegenheit damit insgesamt auf sich beruhen lasse.

Nach ständiger Judikatur führe nur eine vollständige und vorbehaltlose Unterlassungserklärung nach § 28 Abs 2 KSchG zum Wegfall der Wiederholungsgefahr. Inhaltlich ungenügende oder noch dazu bedingte Erklärungen führte nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Gäbe der Verwender der Klauseln keine oder nur eine unzureichende Unterlassungserklärung ab, werde dies im Allgemeinen das Vorliegen der Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indizieren.

Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der beklagten Partei, auch um über die wahre Sach- und Rechtslage aufzuklären und ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern, weshalb die klagende Partei die **Veröffentlichung des Urteiles** in einer Samstag-Ausgabe der Kleinen Zeitung beantrage.

Mit vorbereitendem Schriftsatz vom 28.11.2011 brachte die klagende Partei vor, dass sich aus dem Vorbringen der beklagten Partei selbst ergäbe, dass diese auch Filialen in Frohnleiten und Bruck/Mur unterhalte; abgesehen davon würden Banken notorisch nicht nur Kunden der unmittelbaren Wohnumgebung ansprechen, sodass das Klagsvorbringen, wonach die Beklagte ihre Leistungen mit Schwerpunkt auf das Bundesland Steiermark anbiete, richtig sei. Die klagende Partei nahm in diesem Schriftsatz ausführlich zum Vorbringen der beklagten Partei in ihrer Klagebeantwortung Stellung und verwies auf eine Entscheidung des OGH vom 18.07.2011, 6 Ob 85/11k, in welcher dieser ausgesprochen habe, dass vertragliche Erklärungsfiktionen grundsätzlich wirkungslos seien; diese Wirkungslosigkeit beseitigende Einschränkungen seien streng zu Lasten des Unternehmers auszulegen.

Für den österreichischen Rechtsbereich stehe eine Auseinandersetzung mit der Frage, in welchem Umfang es ausgehend von § 879 Abs 3 ABGB zulässig sein solle, vertraglich die Möglichkeit von Vertragsänderungen im Wege einer Erklärungsfiktion vorzusehen, noch aus. Für den deutschen Rechtsbereich werde dazu einhellig die Auffassung vertreten, dass nur ein berechtigtes Verwenderinteresse eine vorformulierte Erklärungsfiktion rechtfertigen könne. Vertragsanpassungen betreffende Zustimmungsfiktionen seien jedenfalls dann unwirksam, wenn danach einschränkungslos Änderungen der Leistungen des Verwenders unter Einschluss von Hauptleistungen erfolgen könnten.

Nach Ansicht des BGH sei für die Zulässigkeit derartiger Klauseln erforderlich, „die Anpassungsfähigkeit der Beklagten auf die Fälle, in denen sich die Marktverhältnisse nach

Vertragsschluss in technischer oder kalkulatorischer Hinsicht verändert haben, zu beschränken.“ Nur für diese Fälle bestehe ein berechtigtes Verwenderinteresse, die abgeschlossenen Verträge im Wege einer Erklärungsfiktion abzuändern, ohne dass dabei das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu Gunsten des Unternehmers verschoben würde. Diesem Anspruch würde die zu beurteilende Klausel, die bei der gebotenen konsumentenfeindlichsten Auslegung Preis- und Leistungsänderungen ohne jede Beschränkung im Wege einer Erklärungsfiktion erlauben würde, offensichtlich nicht gerecht.

Die Klausel der Z 45 Abs 3 AGB stelle eine grobe Divergenz zum dispositiven Recht dar, wonach grundsätzlich aus dem Schweigen des anderen Teiles keine Zustimmung zu einem Vertragsabschluss bzw einer Vertragsänderung abgeleitet werden könne.

Dem Konsumenten würde durch die Klausel der Z 45 Abs 3 AGB die Pflicht auferlegt, jegliche Mitteilung der Bank auf Vertragsänderungen hin durchzusehen; verschärft werde diese Problematik im besonderen Fall dadurch, dass die einseitige Willenserklärung der Bank bloß auf einem Kontoauszug enthalten sei und nicht einmal auf einem gesonderten Schreiben. Die Mitteilung bloß auf einem Kontoauszug entspreche nicht der von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG vorgesehenen Form, dass nämlich „**besonders** hingewiesen“ werden müsse.

Bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB sei auch zu berücksichtigen, dass derartige Klauseln den Verbraucher in eine für ihn relativ ungünstige Position bringt. Wolle er nämlich die Vertragsänderung nicht akzeptieren, müsse er von sich aus tätig werden, es treffe ihn aber auch das Risiko des Zuganges seines Widerspruchs beim Vertragspartner. Um sicherzustellen, dass sein Widerspruch beim Vertragspartner einlangt, müsse er diesen mittels eingeschriebenen Briefes mit Rückschein übermitteln, was einen nicht unbeträchtlichen Aufwand und Kosten verursache. Dies schaffe insofern ein vertragliches Ungleichgewicht, als die Klauseln einerseits dem Unternehmer Änderungen der von ihm geschlossenen Verträge erleichterten, während sie aber dem Verbraucher, Risiko, Aufwand und Kosten aufbürde, die ihn ohne diese Klausel nicht treffen würden. Auch dieser Aspekt gebiete eine kritische Beurteilung derartiger Klauseln im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.

Der durchschnittliche Verbraucher werde den Text der Z 45 Abs 3 AGB von vornherein nicht lesen. Genau darum gehe es aber bei der Prüfung nach § 864 a AGB; derjenige, der die AGB nicht oder nicht genau lese, solle vor Klauseln geschützt werden, mit denen er nicht zu rechnen brauche und die für ihn nachteilig seien. Überraschend im Sinne des § 864 a AGB sei auch, dass die inkriminierte Klausel eine Änderung des ganzen Vertrages und damit auch der Hauptleistungspflichten ermöglichen würde. Da allerdings AGB im Regelfall nur Nebenbestimmungen des Vertragsverhältnisses regeln sollen, brauche man mit einer wesentlichen Modifikation der Hauptleistungspflichten nicht zu rechnen.

Die Klausel der Z 45 Abs 3 ABG sei keinesfalls klar und verständlich im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Durch die in Z 45 Abs 3 ABG gewählte Wortwahl „über die vorstehenden Abs 1 oder 2 hinausgehenden Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges“ könne der Eindruck entstehen, dass zwar gewisse Kostenarten, nämlich jene der in den Abs 1 und 2 genannten, von einer Vertragsänderung im Zuge der Erklärungsfiktion ausgeschlossen werden könnten.

Es stelle sich aber die Frage, ob über Abs 3 nur jene Entgelte geändert werden könnten, die nicht die Zinsen, Kontoführungsgebühren etc (Abs 1) und Zinssätze und vereinbarte Entgelte (Abs 2) betreffen. Durch die Formulierung des Abs 3 iVm Abs 1 und 2 würden die Kosten, die zu einer Änderung des Vertrages berechtigten, keinesfalls *konkret und bestimmt* angeführt, sodass letztlich unklar sei, welche Kosten damit gemeint seien, dem Verbraucher würde die Reichweite der Änderungsmöglichkeiten damit nicht ausreichend verdeutlicht werden. Überdies sei es für den Durchschnittskunden wohl auch nicht durchschaubar und auch nicht verständlich, dass Abs 3 die Änderung der Entgelte nennt, sich überdies aber auch Regelungen betreffend die Entgelte an mehrfachen Stellen in den Absätzen 1 (Entgelte für Dauerleistungen, Zinsen, Kontoführungsgebühren, etc) und 2 (insbesondere zweiter und dritter Textblock) finden, sodass die Klausel auch aus diesem Grund insgesamt nicht verständlich und damit intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei.

Die von der beklagten Partei angeführten Möglichkeiten der Veröffentlichung der Entscheidung im Internet und auf der Homepage der klagenden Partei sowie im Rechtsinformationssystem des Bundes änderten nichts an der Berechtigung der Veröffentlichung, zumal ein großer Kundenkreis nicht über die Möglichkeit der Nutzung des Internets verfüge und auch die Informationen der Homepage der klagenden Partei nicht abrufen, einem durchschnittlichen Verbraucher wäre es auch nicht möglich, bzw zumutbar, sich über das Rechtsinformationssystem des Bundes zu informieren.

Im Sinne der Wahrung von Verbraucherinteressen und zur Aufklärung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sei es daher notwendig, die Urteilsveröffentlichung in der Kleinen Zeitung zu begehren. Zum Veröffentlichungsbegehren werde überdies ergänzend vorgebracht, dass die Beklagte als große Bank in der Steiermark eine fünf-, wenn nicht sechsstellige Zahl an Kunden habe, weshalb die beantragte Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung angemessen sei.

Entgegen der Auffassung der beklagten Partei sei die Verpflichtung zur Unterlassung der Verwendung bestimmter AGB eine reine Unterlassung, bei der keine Leistungsfrist festzusetzen sei, sondern die sofort mit Rechtskraft des Urteils vollstreckbar wäre.

Schließlich führte die klagende Partei in der Tagsatzung vom 14.02.2012 ergänzend aus,

dass sie ihr Unterlassungsbegehren dahingehend modifiziere, dass im letzten Halbsatz in Punkt 1) a) das Wort unzulässigerweise gestrichen werde.

Die ständige Judikatur des OGH gehe im Lichte des Transparenzgebotes des § 6 Abs 3 KSchG mittlerweile davon aus, dass es auch in Streitigkeiten des Unternehmers mit einzelnen Verbrauchern sowie seit jeher im Verbandsprozess keine geltungserhaltende Reduktion mehr gäbe, wodurch dieser das Unterlassungsbegehren hinsichtlich des sich Berufens einschränkende Zusatz seine Bedeutung und Berechtigung vollständig verloren habe.

Nach einem entsprechenden Vorbringen der beklagten Partei brachte die klagende Partei vor, dass lediglich aus advokatorischer Vorsicht zu Punkt 1) a) des Klagebegehrens ein Eventualbegehren dahingehend gestellt werde, dass dieses wie vor der heutigen Modifikation laute.

Zum Veröffentlichungsbegehren werde ein Eventualbegehren dahingehend erhoben, dass die Veröffentlichung für den Fall der Abweisung des Hauptbegehrens in der Ausgabe der Kleinen Zeitung für das Bundesland Steiermark erfolgen möge.

Für den Fall, dass auch diesem Eventualbegehren nicht stattgegeben werde, werde als weiteres Eventualbegehren die Veröffentlichung in der Ausgabe der Kleinen Zeitung für die Bezirke Graz, Graz-Umgebung und Bruck/Mur erhoben.

Die **beklagte Partei** bestritt die Klagserzählung und auch das Klagebegehren sowohl dem Grunde, als auch seinem Umfang nach, insbesondere auch das Veröffentlichungsbegehren.

In Punkt 2.) der Klagebeantwortung führte die beklagte Partei aus, dass die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei (nicht die daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse) in Punkt 1 lit. a, b und c, Punkt 2.) A) Abs 1, 2 und 3 sowie Punkt 2.) B) Abs 1 und 2 sowie schließlich in Punkt 4 lit. a Abs 2 bis 4 der Klagserzählung prinzipiell richtig seien. Klarzustellen sei allerdings, dass die beklagte Partei ihre Leistungen nur in Filialen in Graz und Umgebung (Seiersberg, Frohnleiten und Bruck/Mur) anbiete und ihre Kunden ausschließlich aus dem Grazer Raum stammten. Die Tatsachenbehauptungen, dass Verbraucher bei vertraglichen Zustimmungsfiktionen nur an Verlängerungsklauseln denken würden, viele Verbraucher einen Widerspruch gegen Änderungsanbote unterließen, weil sie Angst vor nachteiligen Folgen hätten und die inkriminierte Zustimmungsfiktion des Z 45 Abs 3 AGB de facto ein einseitiges Entgeltänderungsrecht begründe, weil Kunden die Änderungsanbote der beklagten Partei aus Furcht vor Repressalien nicht ablehnen würden, seien im Verbandsverfahren unbeachtlich, hier würden individuelle Umstände nicht erhoben werden. Es sei vielmehr auf das normative Leitbild des mündigen Verbrauchers abzustellen, der über juristische Grundkenntnisse verfügt und seine Interessen eigenständig wahrt, indem er vertragliche Rechte ausübt.

Die zitierten klägerischen Tatsachenbehauptungen seien auch unbeachtlich, weil der Kläger ihren Beweis überhaupt nicht antrete.

Tatsächlich würden Kunden den Änderungsangeboten der beklagten Partei regelmäßig widersprechen. In diesem Fall würde die beklagte Partei die Geschäftsbeziehung zu den alten Konditionen fortführen.

Selbst die Regierungsvorlage zum KSchG anerkenne den positiven Rationalisierungseffekt von AGB, weil im modernen Massengeschäft individuelle Vereinbarungen nicht mit jedem Kunden möglich und zweckmäßig seien. Diese Beobachtung treffe für den ursprünglichen Vertragsabschluss genauso zu, wie für Vereinbarungen zur Änderung bestehender Geschäftsbeziehungen. Daher biete der konsumentenrechtliche Klauselkatalog allen Unternehmen, also auch Banken, zwei alternative Methoden zur Entgeltanpassung, ohne individuelle Änderungsvereinbarungen mit jedem einzelnen Kunden eingehen zu müssen.

Entweder bedinge sich eine Bank ein einseitiges Gestaltungsrecht für Entgelte in den Grenzen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aus oder sie vereinbare eine Zustimmung des Kunden durch Schweigen nach Z 2 leg. cit und riskiere damit den Widerspruch des Kunden gegen die vorgeschlagenen Entgeltanpassungen binnen angemessener Frist. Diese Rechtslage sei schon nach dem KSchG eindeutig. Der Gesetzgeber habe sie aber erst kürzlich durch den Erlass eines neues Zahlungsdienstgesetzes bestätigt, das entsprechend § 1 auf viele klassische Bankgeschäfte anzuwenden sei. Nach § 28 Abs 1 Z 6 lit. a ZaDiG müsse der Dienstleister dem Nutzer mitteilen, **„soweit es ausdrücklich vereinbart wird, ..., dass seine Zustimmung ... zu einer Änderung der Bedingungen nach § 29 Abs 1 als ... erteilt gilt, wenn er ... seine Ablehnung nicht ... angezeigt hat.“**

Nach der Bestimmung des § 29 Abs 1 ZaDiG habe der Dienstleister dem Nutzer Änderungen des Rahmenvertrages zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorzuschlagen und sofern eine Vereinbarung gemäß § 28 Abs 1 Z 6 lit. a getroffen wurde, darauf hinzuweisen, dass seine Zustimmung als erteilt gelte, wenn er seine Ablehnung nicht angezeigt habe. Das Zahlungsdienstgesetz erlaube also ausdrücklich die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion. Das Zahlungsdienstgesetz stelle ferner klar, dass **alle** Bestimmungen des Rahmenvertrages mit stillschweigender (fingierter) Zustimmung des Nutzers geändert werden könnten, denn § 29 Abs 1 spreche pauschal von „Änderungen des Rahmenvertrages“ und § 28 Abs 1 Z 6 lit. a ZaDiG von einer „Änderung der Bedingungen“, wozu nach § 28 Z 3 etwa auch der Vertragspunkt „über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse“ zähle.

Nach § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG könnten ferner „Änderungen der Zinssätze oder der Wechselkurse ... unmittelbar ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden, sofern

dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde.“

Dazu stelle Abs 3 Satz 2 klar, dass § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unberührt bleibt. Das Zahlungsdienstgesetz gehe also offenkundig auch von zwei alternative Methoden für Entgeltanpassungen ohne individuelle Abreden aus. Das Zahlungsdienstgesetz transformiere die Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt 2007/64/EG (ZaDiRL) ins österreichische Recht. In der Richtlinie seien die Vorbildbestimmungen zu den §§ 28 und 29 ZaDiG die Artikel 42 und Artikel 44. Auch diese Bestimmungen erlaubten die Änderung jedweden Punktes des Rahmenvertrages mit stillschweigender fingierter Zustimmung des Nutzers. Nach Artikel 86 ZaDiRL über die vollständige Harmonisierung dürften die Mitgliedsstaaten in den Bereichen, in denen diese Richtlinie harmonisierte Bestimmungen enthalte, keine anderen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen beibehalten oder einführen. **Daher müssten die beiden durch das KSchG eröffneten Methoden für Entgeltanpassungen ohne individuelle Abreden, nämlich entweder die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion (§ 6 Abs 1 Z 2), oder die Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungsrechtes (Z 5), europarechtlich zwingend erhalten bleiben.**

Die klagende Partei versuche nun den Banken durch Verbandsverfahren **beide** gesetzlichen Möglichkeiten zu nehmen:

Es seien mehrere Verbandsverfahren anhängig, in denen der Kläger argumentiere, dass einseitige Geldgestaltungsrechte der Bank selbst dann, wenn sie allen Anforderungen nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen, im Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes, also insbesondere in Girokontoverträgen, weitgehend unzulässig seien.

Die Bestimmung des § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG beschränke den zulässigen Anwendungsbereich von einseitigen Gestaltungsrechten nämlich auf die darin erwähnten Änderungen von Zinssätzen und Wechselkursen, sodass sogar eine bloße automatische Anpassung an den Verbraucherpreisindex unzulässig sei. Mit der vorliegenden Klage behaupte die klagende Partei nun, dass auch vertragliche Zustimmungsfiktionen, die allen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genügten, gesetzwidrig seien.

Der dritte Senat des OGH habe sich in der Entscheidung 3 Ob 107/11y kürzlich der Auffassung der klagenden Partei über die Unzulässigkeit einseitiger Entgeltgestaltungsrechte der Bank im Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes, also insbesondere bei Girokontoverträgen angeschlossen und diese als unzulässig qualifiziert. Die Bestimmung des § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG beschränke den zulässigen Anwendungsbereich von Entgeltgestaltungsrechten der Bank nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auf Änderungen von Zinssätzen oder Wechselkursen.

In der Entscheidung 3 Ob 107/11y werde also die erste, im Massengeschäft praktikable

Variante der Entgeltänderung, namentlich ein Gestaltungsrecht der Bank nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, auch eine schlichte Anpassung anhand des Verbraucherpreisindex, im Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes verboten. Gleichzeitig werde aber die zweite im Massengeschäft praktikable Variante, namentlich **die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG explizit als zulässig angesehen**, was durch die Formulierung: „Damit ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes zu bestätigen, dass in allen nicht in § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG angeführten Fällen (Anpassung von Zinssätzen und Wechselkursen) eine Änderung der Entgelte nach dem Abschluss des Rahmenvertrages die in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise eingehalten, also insbesondere die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden muss, zum Ausdruck komme.“

Zu den einzelnen, von der klagenden Partei ins Treffen geführten rechtlichen Bestimmungen brachte die Beklagte Folgendes vor:

„Die beklagte Partei mache unter Einhaltung der von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geforderten Voraussetzungen mit der bekämpften AGB Bestimmung von der Möglichkeit einer Vertragsänderung durch Zustimmungsfiktion Gebrauch, indem dem Kunden eine angemessene Frist zur Abgabe des Widerspruches gewährt werde und ein ausdrücklicher Hinweis auf die Bedeutung seines Schweigens erfolge. Aufgrund der zitierten Bestimmung sei die Beklagte zur Aufklärung über die Fiktionswirkung und die Widerspruchsmöglichkeiten verpflichtet, sie komme mit der zitierten Klausel Z 45 Abs 3 der AGB dieser Verpflichtung auch ordnungsgemäß nach.

Die klagende Partei konstruiere aber zusätzlich zahlreiche neue von der herrschenden Ansicht diametral abweichende Anforderungen an die Zulässigkeit vertraglicher Zustimmungsfiktionen. Zunächst solle ein berechtigtes Verwenderinteresse vorausgesetzt sein. Selbst wenn man dieses Tatbestandsmerkmal entgegen dem Wortlaut des Gesetzes und der herrschenden Ansicht akzeptieren würde, sei es das legitime Interesse einer Bank, eine Zustimmungsfiktion mit ihren Kunden zu vereinbaren. Gerade bei typischen Bankverträgen als Dauerschuldverhältnissen sei die Notwendigkeit anerkannt, den Vertrag mit der Zeit an geänderte Verhältnisse anzupassen. Einhellig akzeptiert werde auch, dass im modernen Massengeschäft individuelle Vereinbarungen mit jedem einzelnen Kunden weder möglich, noch zweckmäßig seien. Gleiches gelte für die massenhafte Änderung von Formularverträgen oder AGB. Das Bedürfnis von Banken, bestehende Verbraucherverträge an geänderte Verhältnisse anzupassen, habe der Gesetzgeber auch erst kürzlich explizit mit den Bestimmungen der §§ 28 Abs 1 Z 6 lit. a und § 29 Abs 1 ZaDiG anerkannt: In diesen Bestimmungen erhebt er nämlich die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zum primären Mittel der Anpassung von Rahmenverträgen über

Zahlungsdienstleistungen. Nach Meinung der klagenden Partei beschränke sich der zulässige Anwendungsbereich einer Zustimmungsfiktion nach dem Willen des historischen Gesetzgebers auf Verlängerungsklauseln. Schon die Gesetzesmaterialien zum KSchG widerlegten diese Behauptung ganz eindrücklich, denn dort würden Verlängerungsklauseln nur als Beispiel erwähnt. Entgegen der Ansicht der klagenden Partei, sei der zulässige Anwendungsbereich einer Zustimmungsfiktion auch im Verbrauchergeschäft ein genereller.

Selbst in der Kommentierung des Klagsvertreters fände sich kein Hinweis darauf, dass Klauseln, die Hauptleistungen betreffen, nicht Gegenstand einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sein könnten.

Dass Klauseln, die Hauptleistungen betreffen, Gegenstand einer Erklärungsfiktion nach § 6 Abs 2 KSchG sein können, bestätige das Zahlungsdienstgesetz eindrücklich, denn demnach „sei eine Änderung der Bedingungen“ bzw eine „Änderung des Rahmenvertrages“ mit fingierter Zustimmung des Kunden zulässig.

Z 45 Abs 3 der AGB entspreche daher mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG der unmittelbaren einschlägigen Gesetzesbestimmung. Zusammengefasst konstruiere die klagende Partei über die Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG hinausgehende zusätzliche Anforderungen, die jedoch keine gesetzliche Deckung fänden.

Es sei auch nicht richtig, dass der Bank de facto ein einseitiges Entgeltänderungsrecht zustünde. Nach den Behauptungen der klagenden Partei sollten statt der an sich einschlägigen Bestimmung des Abs 1 Z 2 KSchG nun Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 angewandt werden und zwar analog, denn diese Gesetzesbestimmungen erfassten nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur das vertraglich bedungene Recht des Unternehmers zur **einseitigen** Entgelterhöhung: Die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG greife nur, wenn dem Unternehmer bereits auf sein Verlangen ein höheres Entgelt zustehe, er also durch einseitige Erklärung den Vertrag gestalten könne. Nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG seien Vertragsbestimmungen nichtig, wenn der Unternehmer eine Leistung **einseitig** ändern oder von ihr abweichen kann. Entgeltvereinbarungen, bei denen zum Verlangen des Unternehmers gemäß § 861 ABGB noch die Einwilligung des Verbrauchers hinzutreten muss, mag sie auch im Schweigen durch vereinbarte Zeit liegen, würden hingegen nicht erfasst. Der vom Kläger angestrebte Analogieschluss würde faktisch gleichgelagerte Sachverhalte und eine Gesetzeslücke voraussetzen. Beide Voraussetzungen seien jedoch nicht erfüllt. Schon das faktische Argument treffe weder die Realität, denn auch de facto würden zahlreiche Kunden den vorgeschlagenen Vertragsänderungen widersprechen, noch das normative Leitbild des mündigen Verbrauchers, der seine Interessen eigenständig wahr.

Es sei zwar richtig, dass die Vereinbarung einer Zustimmung durch Schweigen von

allgemeinen Grundsätzen, wonach Schweigen ohne Erklärungswert sei, abweiche, allerdings nur geringfügig, denn in einer ständigen Geschäftsbeziehung wie zwischen Bank und Kunden könne Schweigen schon nach § 863 Abs 2 ABGB als Zustimmung zu werten sein. Entscheidend sei aber, dass nicht jede Divergenz vom dispositiven Recht den Kunden schon gröblich benachteilige. Die AGB-Inhaltskontrolle verlange vielmehr eine umfassende Abwägung der Interessen von AGB-Verwendern und Kunden. Grundsätzlich könne der Rechtsanwender die Klausel des § 879 Abs 3 ABGB zwar weitgehend konkretisieren, mit den Klauselkatalogen der §§ 6 Abs 1 und 2 KSchG lägen für bestimmte AGB-Klauseln aber bereits bindende Bewertungen des Gesetzgebers vor. Die Generalklausel des § 879 Abs 3 ABGB erlaube dem Rechtsanwender nicht, das Fehlen jener Tatbestandsmerkmale, welche die inkriminierte Bestimmung nach den Klauselkatalogen des § 6 Abs 1 und 2 KSchG unzulässig machen würden, zu ignorieren oder durch beliebige andere zu ersetzen, um so die Spezialtatbestände letztlich auszuhebeln. Demnach sei die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion, die alle Voraussetzungen von § 6 Abs 1 und 2 KSchG als *lex specialis* erfülle, auch nach dem Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB als *lex generalis* zulässig. Die Einhaltung von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sei grundsätzlich die sachliche Rechtfertigung für die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Es sei auch nicht richtig, dass die Zustimmungsfiktion der Z 45 Abs 3 AGB die Kunden gröblich benachteilige, weil der Kunde jede Mitteilung der Bank und zwar selbst Kontoauszüge auf Angebote zur Vertragsänderung durchsehen müsse. Unabhängig von der Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion müsse jeder Partner einer Geschäftsbeziehung alle Nachrichten seines Gegenübers auf rechtserhebliche Inhalte durchsehen, weil jede einzelne Nachricht eine wirksame einseitige Willenserklärung des Gegenübers enthalten könne, so etwa die Aufkündigung der Geschäftsbeziehung. Dem Kunden entstehe daher durch Z 45 Abs 3 der AGB kein nennenswerter Mehraufwand.

Es sei im Übrigen nicht ersichtlich, warum die Bank ihren Kunden schließlich das Anbot zur Vertragsänderung nicht per Kontoauszug unterbreiten können solle. Nach dem Grundsatz der Formfreiheit in § 883 ABGB, könne die Bank das Kommunikationsmittel für ihr Anbot frei wählen. Gerade den Kontoauszug erhebe das Gesetz mehrfach zum zwingenden Kommunikationsmittel für rechtserhebliche Mitteilungen der Bank an ihre Kunden, etwa in § 34 Abs 3 BWG und § 11 und 21 VKrG. Auch nach § 29 Abs 1 Z 1 iVm § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG müsse die Bank die Änderungsmitteilung nur in Papierform mitteilen, worunter natürlich auch der auf Papier gedruckte Kontoauszug zu subsumieren sei.

Die Zustimmungsfiktion in Z 45 Abs 3 der AGB sei auch nicht sittenwidrig. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass das Recht des Kunden zum Widerspruch binnen zwei Monaten die Eingriffsmöglichkeit der Bank erheblich beschränke. Die

Eingriffsmöglichkeit der Bank in den bestehenden Vertrag sei weiters durch den Anwendungsbereich der AGB-Bestimmung auf die Änderung der Entgelte für Dauerleistungen beschränkt.

Auch die durch § 864 a ABGB verbotene Überrumpelung des Verbrauchers liege nicht vor. Nach den Behauptungen der klagenden Partei solle die Zustimmungsfiktion in Z 45 Abs 3 der ABGB den Verbraucher insofern überraschen, als sie von seinen berechtigten Erwartungen abweiche, zumal er lediglich mit Verlängerungsklauseln rechne, aber keinem sonstigen Eingriff in bestehende Kontrakte. Die Klausel sei auch deshalb überraschend, weil der Einleitungssatz insinuiere, dass nur von beiden Seiten gewollte Vertragsveränderungen möglich seien. Dem sei entgegenzuhalten, dass auch Verbraucher die einschlägigen AGB Bestimmungen bis zum Ende lesen müssten. Zum Beweis dafür, dass kein Verbraucher so selektiv lese, wie dies die klagende Partei behaupte, stellte die beklagte Partei in ihrer Klagebeantwortung den Originaltext des Z 45 Abs 3 ABGB grafisch dar, indem sie den vermeintlich überraschenden Satz schwärzte.

Diese grafische Darstellung illustriere eindrücklich, dass kein Verbraucher einen Text auf diese Weise lese.

Verbraucher rechneten auch nicht nur mit Verlängerungsklauseln, sondern auch mit anderen Zustimmungsfiktionen, denn diese seien im redlichen Geschäftsbereich in allen Branchen weit verbreitet, so etwas in Bank AGB, den AGB für Mobiltelefonie und für Internet-Zugänge sowie schließlich in Energiebezugserträgen. Schließlich sei derartiges auch im Gesetz vorgesehen, zB wenn nach dem AVG bei Unterlassung des Widerspruches gegen Vorhaben Einwendungen verloren gehen. Der Massenverkehr sei nicht anders zu bewältigen.

Ein etwaiger Verstoß gegen das Überraschungsverbot des § 864 a ABGB könne im Verbandsverfahren nicht aufgegriffen werden. Selbst eine objektiv überraschende Klausel wäre auf Grund eines besonderen Hinweises gemäß § 864 a ABGB wirksam vereinbart. Überraschende Klauseln seien daher nicht systematisch unzulässig, sondern nur dann, wenn im Einzelfall der Hinweis nach § 864 a ABGB unterbleiben sollte. Die Beurteilung der Wirksamkeit einer Klausel nach § 864 a ABGB hänge daher entscheidend von den faktischen Umständen des Einzelfalls ab, die aber im Verbandsverfahren nicht erhoben werden. Damit könnten die Klauseln auch nicht abstrakt nach § 864 a ABGB auf ihre Wirksamkeit beurteilt werden. Die Bestimmung sei folglich im Verbandsverfahren nicht anzuwenden.

Die Klausel Z 45 Abs 3 der AGB sei schließlich im Sinne der Bestimmung des § 6 Abs 3 KSchG auch transparent formuliert. Z 45 der AGB sei mit Änderung der Entgelte für Dauerleistungen überschrieben.

Absatz 2 der Bestimmung beginne mit dem Satz, dass Zinssätze sowie sonstige mit

Verbrauchern vereinbarte Entgelte für die vom Kreditinstitut erbrachten Dauerleistungen geändert werden könnten.

Darauf rekurrierte dann der Einleitungssatz des Folgeabsatzes: „Über die vorstehenden Absätze 1 oder 2 hinausgehenden Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich.“ Anschließend sei die eigentliche Zustimmungsfiktion vorgesehen. Die inkriminierte Klausel normiere daher klar und verständlich, bei welchen Vertragspunkten die Bank ihrem Kunden eine Änderung anbiete. Auch Verbrauchern sei bekannt, dass Verträge einvernehmlich im großen Umfang adaptiert werden können.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die in Z 45 Abs 3 der AGB vorgesehene Zustimmungsfiktion den Anforderungen der einschlägigen Bestimmungen in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genüge.

Mit Punkt 1.) b) des Klagebegehrens inkriminiere der Kläger die praktische Handhabung der Bestimmung der Z 45 Abs 3 der AGB durch die beklagte Partei. Der Kläger verlange in diesem Zusammenhang, dass die beklagte Partei die neuen Konditionen künftig direkt in der Änderungsmitteilung anführe.

Die Pflicht im Änderungsangebot auch die neuen Konditionen anzuführen, solle von der Pflicht nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG umfasst sein, den Verbraucher bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen.

Nach dem Gesetzeszweck dieser Norm soll der Kunde dadurch aber nur über die besonderen Folgen der vereinbarten Zustimmungsfiktion aufgeklärt werden, also darüber, dass ein Verhalten, dem nach § 863 ABGB kein konkludenter Erklärungswert zukomme, kraft Vereinbarung ausnahmsweise als Erklärung gelte. Daher müsse der Unternehmer nur auf die Fiktionswirkung und die Widerspruchsmöglichkeit hinweisen. Diese Meinung werde auch zur deutschen Parallelbestimmung in § 308 Nr. 5 BGB vertreten. Diese Anforderung werde durch die Formulierung „ihre Zustimmung gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen 2 Monaten schriftlich widersprechen“ erfüllt.

Die Pflicht im Änderungsangebot auch die neuen Konditionen anzuführen, solle sich ferner aus § 869 ABGB ergeben, weil das Angebot der beklagten Partei zur Vertragsänderung **bestimmt** im Sinne der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sein müsse. Dieses Argument der klagenden Partei übersehe, dass für die wahre Einwilligung nach § 869 ABGB schon Bestimmbarkeit des Erklärungsinhaltes genüge.

Da die Änderungsmitteilung der beklagten Partei den Kunden darauf hinweise, er möge sich an seinen Kundenbetreuer wenden, der über die geltenden Sätze informiert und auf

Wunsch eine detaillierte Aufstellung ausfolgt, sei der Inhalt der Erklärung der beklagten Partei eindeutig bestimmbar. Die Frage, ob der formularmäßige Verweis im Kontoauszug auf die detaillierte Aufstellung über die geltenden Sätze, die der Kundenberater auf Wunsch ausfolgt, im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG noch transparent sei, sei durch den OGH zu GZ 4 Ob 227/06w bereits entschieden: Weder ein Querverweis innerhalb von AGB, noch der Verweis auf gesonderte Tarifübersichten oder Preislisten sei intransparent. Diese Rechtsprechung lasse sich 1 : 1 auf § 26 Abs 2 ZaDiG übertragen, denn nach dieser Bestimmung müssten Informationen klar und verständlich sein. Wenn der Verweis auf eine Preisliste daher nach der Rechtsprechung nicht unklar oder unverständlich im Sinne von § 6 Abs 3 KSchG sei, so sei er spiegelbildlich auch klar und verständlich im Sinne von § 26 Abs 2 ZaDiG.

In ihrer Klagebeantwortung begründete die beklagte Partei die Behauptung, die Klausel verstoße nicht gegen die guten Sitten gemäß § 879 Abs 1 ABGB mit einem Hinweis auf das Preisbestimmungsrecht nach § 10 56 ABGB, wonach einem Dritten oder sogar einem Kontrahenten die Preisbestimmung übertragen werden könnte. Offenkundig widerstreite eine nachträgliche Änderung von essentialia negotii daher nicht den guten Sitten.

Das Veröffentlichungsbegehren der klagenden Partei für den klagsstattgebenden Urteilsspruch entspreche der langjährigen Judikatur des OGH. Diese Judikatur berücksichtige aber noch nicht, dass der Kläger laufend auf seinen Websites konsument.at und verbraucherrecht.at ohne Zugangsbeschränkungen kostenfrei eingehend über Verbandsprozesse informiert und zusätzlich auch die Presse über eigenen Aussendungen.

Neben der Information durch den Kläger seien Gerichtsentscheidungen über das Rechtsinformationssystem des Bundes der Öffentlichkeit in Volltexten kostenfrei zugänglich. Eine zusätzliche Urteilsveröffentlichung sei zur Information der Öffentlichkeit nicht erforderlich. Eine Veröffentlichung in der Kleinen Zeitung, der zweitgrößten Tageszeitung Österreichs, wäre jedenfalls dem Umfang nach überschießend, weil die Kunden der beklagten Partei weit überwiegend aus dem Grazer Raum stammten. Ein klagsstattgebendes Urteil wäre daher allenfalls in einem Grazer Lokalblatt zu veröffentlichen, etwa in der Woche und zwar in der Ausgabe für den Bezirk Graz und Graz-Umgebung oder in der Regionalausgabe einer überregionalen Zeitung.

Nach § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG stehe jeder im Verbandsverfahren obsiegenden Partei zu, das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen, wenn ein berechtigtes Interesse daran bestehe. Nach bisheriger Rechtsprechung liege das berechtigte Interesse an der Veröffentlichung klagsstattgebender Entscheidungen darin, dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher das Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Konsequenterweise müsste auch reziprok gelten, dass der Rechtsverkehr

bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht hätten, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen prinzipiell rechtmäßig seien, was die Veröffentlichung auch klagsabweisender Entscheidung indiziere.

Nach ständiger Rechtsprechung sei die Verpflichtung des beklagten Verwenders bestimmte AGB-Klauseln nicht zu verwenden, keine reine Unterlassung, weil er nicht darauf verwiesen werden könne, vorübergehend keine AGB zu verwenden. Der Richter habe daher gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen.

Im besonderen Fall wäre nach Ansicht der beklagten Partei eine Leistungsfrist von 6 Monaten angemessen, weil die Überarbeitung von AGB samt technischer Implementierung geraume Zeit in Anspruch nehmen würde.

Die beklagte Partei beantragte daher für den Fall der Klagsstattgebung die Leistungsfrist für die Erfüllung des Unterlassungsanspruches mit 6 Monaten zu bemessen.

Mit vorbereitendem Schriftsatz vom 28.11.2011 nahm die beklagte Partei zur deutschen Rechtslage Stellung und brachte vor, dass die Bestimmung des § 675 g des BGB genauso wie Artikel 44 ZaDiRL und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ganz pauschal Änderungen des Zahlungsdienstvertrages mit stillschweigender Zustimmung des Kunden erlaube. Auch nach deutschem Recht sei dieses Änderungsverfahren nicht auf bestimmte Vertragspunkte beschränkt: Da der Rahmenvertrag nach Artikel 248 § 4 Abs 1 Nr. 3 a EGBGB auch „Vertragsbedingungen über alle Entgelte“ enthalten müsse, gelte das Änderungsverfahren des § 675 g Abs 2 BGB auch und gerade für das vertraglich bedungene Entgelt. Auch nach deutschem Recht könne eine Bank daher jedweden Punkt eines Zahlungsdienstvertrages mit stillschweigender Zustimmung des Kunden ändern.

Auch die deutschen Banken verwendeten AGB, die auf einem gemeinsamen Muster beruhten, den sogenannten **AGB-Banken**, die in etwa den österreichischen allgemeinen Bankbedingungen entsprechen. Nr. 12 Abs 5 der AGB Banken in der neuen Fassung setze nun die Vorgabe des § 675 g Abs 2 BGB um. An sich gelte diese Gesetzesbestimmung zwar nur für Rahmenverträge über Zahlungsdienste; schon um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden, habe die deutsche Bank den Anwendungsbereich der Umsetzungsklausel aber auf alle Bankgeschäfte erweitert. Als Ergebnis sei eine Klausel entstanden, die inhaltlich weitgehend mit Z 45 Abs 3 der AGB der beklagten Partei übereinstimme.

In einem weiteren Schriftsatz vom 03.02.2012 brachte die beklagte Partei vor, dass die beklagte Partei knapp 11.000 Privatkunden betreue, die fast ausschließlich aus der Umgebung von Graz, Frohnleiten und Bruck/Mur stammten.

Bestimmungen des Verbraucherrechtes seien nach den Kriterien des § 6 ABGB

auszulegen. Anzusetzen sei daher beim Wortlaut der Bestimmung. Bei Auslegung der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG an Hand des Wortlautes ergebe sich eindeutig, dass nicht zwischen Haupt- und Nebenleistungen unterschieden werde, sondern dass diese Bestimmung unter bestimmten Voraussetzungen die Fiktion jeglicher Erklärung des Kunden, also auch eine Änderung jeglicher Vertragspunkte erlaube. In diesem Schriftsatz geht die beklagte Partei nochmals ausführlich auf die deutsche Rechtsfrage ein und analysiert die von der klagenden Partei zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen.

In der Tagsatzung vom 14.02.2012 brachte die beklagte Partei weiters vor, dass sich nach dem Wortlaut des § 28 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG, der klägerische Unterlassungsanspruch nur dagegen richtet, dass sich der ABG-Verwender auf eine Bedingung in Altverträgen beruft, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sei. Nur die vorgenannten und die übrigen Bestimmungen der §§ 28 f KSchG und nicht etwa die Klauselverbote räumten dem Kläger einen materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch ein, daher komme eine Erweiterung des Unterlassungsanspruches nur deshalb, da sich die Auslegung der Klauselverbote geändert haben sollen, nicht in Betracht.

Nach der Regierungsvorlage zur KSchG-Novelle 1997 betreffe der zweite Halbsatz im zweiten Satz des § 28 Abs 1 KSchG ua den Fall, dass der Klausel im Einzelfall ein erträglicher Inhalt zugeschrieben werden könne und die betreffende Klausel vereinbart werden darf, obwohl sie im Verbandsverfahren gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Diese Situation könne aus unterschiedlichen Gründen eintreten. Zunächst sei denkbar, dass die fragliche Klausel im Einzelvertrag durch geltungserhaltende Reduktion bewahrt oder eine doch entstehende Vertragslücke zumindest durch ergänzende Interpretation geschlossen werden könne. Beides lasse die neue Rechtsprechung zu. Jedenfalls dürfe die beantragte gesetzwidrige Fassung des Urteilsspruchs im Verbandsverfahren die Frage, in welchen Fällen eine geltungserhaltende Reduktion möglich sei, nicht endgültig entscheiden. Denkbar sei ferner, dass die Altverträge mit der fraglichen Klausel aus unterschiedlichen zeitlichen Rechtsschichten stammten und das Urteil aus dem Verbandsverfahren daher nur bestimmte Altverträge treffe. So sei beispielsweise das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG erst durch die KSchG-Novelle 1997 mit Wirkung zum 01.01.1997 in Kraft gesetzt worden. Eine intransparente Klausel aus einem Vertrag aus der Zeit davor sei dagegen zulässig.

Feststellungen:

Die klagende Partei ist ein zur Wahrung von Verbraucherinteressen gegründeter Verein,

der gemäß § 29 Abs 1 KSchG zur Einbringung einer Verbandsklage berechtigt ist.

Die beklagte Partei betreibt das Bankgeschäft, ist zu FN 41389t im Firmenbuch beim LG für ZRS Graz protokolliert und bietet ihre Leistungen in ganz Österreich mit dem Schwerpunkt auf das Bundesland Steiermark an.

Die beklagte Partei verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zu Grunde legt bzw in Vertragsformblättern die nachstehend genannten Klauseln:

Die von der beklagten Partei verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Fassung 2009, enthält folgende Klausel:

„Über die vorgehenden Absätze 1 oder 2 hinausgehenden Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung sind mit Zustimmung des Kunden möglich. Solche Änderungen werden zwei Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung, sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird dem Kunden anlässlich der Mitteilung der Änderung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen (Z 45 Abs 3 AGB)“.

In Kontoauszügen zu Kreditverträgen teilt die beklagte Partei ihren Kunden Folgendes mit:

„Änderungsmitteilung gemäß § 11 bzw § 22 VkrG: die Entgelte für die Kontoführung und mit dieser im Zusammenhang stehende Dienstleistungen werden mit Wirkung vom 01.01.2011 geändert. Bitte wenden sie sich an ihren Kundenberater, der sie über die geltenden Sätze gerne informiert und ihnen auf Wunsch eine detaillierte Aufstellung ausfolgt. Ihre Zustimmung zur Entgeltänderung gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen 2 Monaten schriftlich widersprechen.“

Die klagende Partei hat vor Klageeinbringung die beklagte Partei mit eingeschriebenem Brief vom 29.06.2011 aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Dieser Aufforderung ist die Beklagte innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen. Sie hat stattdessen eine Unterlassungserklärung abgegeben die sich lediglich auf Punkt b) des Unterlassungsbegehrens, also den auf § 28 a KSchG gegründeten Anspruch bezieht, nicht aber auf den Anspruch auf Unterlassung der in Punkt a) des Begehrens genannten Klausel oder sinngleicher Klauseln. Darüberhinaus soll die Erklärung der Beklagten nach ihrem Wortlaut „zur Gänze rückwirkend hinfällig“ werden, wenn der Kläger oder eine andere Verbraucherschutzorganisation eine Klage nach § 28 ff KSchG gegen Z 45 Abs 3 der AGB der Beklagten, gegen eine sinngleiche Klausel oder gegen die in Punkt b) des Unterlassungsbegehrens angegriffene Praxis einbringt. Im Begleitschreiben vom 03.08.2011 zu dieser Unterlassungserklärung erläutert die Beklagte, dass sie auch die teilweise Unterlassungserklärung nur dann übernehme, wenn der Kläger die Angelegenheit damit insgesamt auf sich beruhen lasse (als richtig zugegebene Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei durch die beklagte Partei in Punkt 2.2 der Klagebeantwortung).

Im Bundesland Steiermark gibt es 8 Volksbanken. Die beklagte Partei betreibt ihre Bankgeschäfte hauptsächlich im Bereich Graz, Frohnleiten und Bruck/Mur. Die beklagte Partei hat ca 11.000 Privatkunden, die von 16 Basiskundenbetreuern und 10 Privatkundenbetreuern betreut werden. Es kommt vor, dass Kunden von der beklagten Partei gewünschte Änderungen ablehnen, dies ist aber nur in einem minimalsten Bereich der Fall.

Die jeweiligen Kundenbetreuer haben mit jenen Kunden, die widersprochen haben, ein Gespräch geführt. Teilweise wurde der Einspruch angenommen und die Konditionen so wie bisher weiter geführt. In den meisten Fällen wurde aber eine neue Vereinbarung geschlossen. Es hat nur eine einzige Kontoschließung seitens eines Kunden gegeben. Die AGB für alle Volksbanken erstellt der Österreichische Genossenschaftsverband in Wien; eine Änderung der Klauseln geht eher langwierig vor sich (Zeuge Prokurist Klaus Lietz, Prot. 14.02.2012, Prot. S 4 f).

Beweiswürdigung:

Die beklagte Partei hat in ihrer Klagebeantwortung wesentliche Teile des Klagebegehrens als richtig zugegeben.

Die Feststellungen zum Kundenkreis der Beklagten stützen sich ebenso wie die Feststellungen dazu, wie die Kunden im Geschäftsbereich der beklagten Partei in der Praxis auf die Klausel Z 45 Abs 3 ABG reagieren, auf die glaubhaften Angaben des Zeugen Klaus

Lietz.

Der Umstand, dass auch andere Branchen im Geschäftsverkehr Zustimmungsfiktionen, die sich nicht nur auf Verlängerungsklauseln beziehen, verwenden, ist gerichtsbekannt und für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache auch nicht relevant, sodass die Beziehung der von der beklagten Partei angebotenen Sachverständigen aus den Fachgebieten Börsenwesen, Bankwesen, Telefonie, Fernschreiben und Kommunikationssysteme nicht erforderlich war.

Rechtliche Beurteilung:

Zur präventiven Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf gesetz- oder sittenwidrige Klauseln hat der Gesetzgeber die Verbandsklage geschaffen, die es ermöglicht, Unternehmer auf die Unterlassung der Verwendung gesetz- oder sittenwidriger Klauseln in AGB in Anspruch zu nehmen. Jeder, der im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zu Grunde legt oder in dazu verwendeten Formblättern für Verträge, Bestimmungen aufnimmt, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot gilt auch für sinngleiche Klauseln, um eine Umgehung zu verhindern. Es schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Klausel in bereits bestehenden Verträgen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde, zu berufen. Der Unternehmer darf sich also bei Altverträgen, etwa in Individualverfahren nicht auf die gesetzwidrigen Klauseln berufen. Klagsvoraussetzung ist das Vorliegen von Wiederholungsgefahr. Der Gesetzgeber hat durch die Regelung, dass die Wiederholungsgefahr nicht mehr besteht, wenn der Unternehmer nach Abmahnung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe gesicherte Unterlassungserklärung abgibt, ein vorprozessuales Abmahnverfahren ausdrücklich ermöglicht, aber nicht zwingend vorgeschrieben. Wird keine Unterlassungserklärung abgegeben, ist die Wiederholungsgefahr indiziert.

In § 28 a KSchG hat der Gesetzgeber die Verbandsklage auf Verstöße gegen bestimmte Gebote oder Verbote ausgedehnt. Dabei handelt es sich um Normen in Umsetzung von EG-Verbraucherschutzrichtlinien. Eine Verbandsklage hat zur Voraussetzung, dass der Verstoß die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt (Gelbmann/Jungwirth/Kolba – Konsumentenrecht und Banken, Seite 41 ff).

Bestreitet der Verwender unzulässiger AGB das berechtigte Unterlassungsbegehren eines klageberechtigten Verbandes, so indiziert dies die Wiederholungsgefahr (Sz 72/12).

Als unerlaubte Bedingungen, dh Klauseln in AGB oder Formblättern im Sinne des § 28 KSchG sind nicht nur solche anzusehen, die als Vertragsinhalt zufolge § 879 ABGB bzw § 6

KSchG nichtig sind oder entsprechend § 864 a ABGB als nicht vereinbart gelten. Der Gesetzgeber wollte vielmehr auch AGB, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwiderlaufen, erfassen, wenn sie sonst zivilrechtlich nicht bekämpfbar sind, deren Vereinbarung also nicht nichtig wäre.

Auch wenn die Unterlassungsklage in der Regel einen konkreten Anlassfall hat, geht es um eine generelle Beurteilung der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit von Bestimmungen in AGB oder Formblättern. Dem Unternehmer soll die Verwendung bestimmter AGB nicht schon dann untersagt werden, wenn die Verwendung einer an sich unbedenklichen Bestimmung in einem Einzelfall wegen dessen besonderer Umstände gegen die guten Sitten verstößt. Vielmehr hat man die Verwendung nur dann zu unterlassen, wenn die beanstandete Klausel allgemein unerlaubt ist, also in einer größeren Zahl von Fällen oder bestimmter Fallgruppen nicht verwendet werden darf. Trifft dies zu, so ist allerdings von der für den Verbraucher ungünstigsten möglichen Auslegung auszugehen und danach zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten vorliegt. Trifft dies zu, so kann auch die Verwendung sinngleicher Klauseln untersagt werden, also von Klauseln, die bei anderer Formulierung denselben Zweck anstreben.

Das Unterlassungsbegehren ist auch bei teilweiser Unzulässigkeit gerechtfertigt; im Verbandsprozess ist für die geltungserhaltende Reduktion kein Raum, da es Ziel des KSchG ist, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken (Apathy in Schwimann, ABGB, Band 5, § 28 KSchG, Rz 10 f).

Bei der Kontrolle von AGB unterscheidet man die Geltungskontrolle (ob also eine Klausel überhaupt wirksam vereinbart wurde) und die Inhaltskontrolle (von an sich wirksam vereinbarten Klauseln).

Zur Geltungskontrolle:

Nach § 864 a ABGB werden Klauseln nicht Vertragsinhalt, die einen ungewöhnlichen Inhalt haben, wenn der andere Vertragsteil mit ihnen nicht rechnen musste und sie für ihn nachteilig sind. Dabei unterliegen dieser Geltungskontrolle eigentlich nur Nebenbestimmungen, aber auch Vertragsbestimmungen über die Begründung, Umgestaltung oder Erweiterung von Hauptpflichten (OGH 20.03.1991, 1 Ob 520/91).

Ungewöhnlich ist eine Klausel dann, wenn sie von den berechtigten Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen nicht zu rechnen brauchte. Die Geltungskontrolle einzelner, ungewöhnlicher oder nachteiliger AGB-Klauseln gemäß § 864 a ABGB geht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB vor und betrifft, anders

als diese, auch Hauptleistungspflichten.

Objektiv ungewöhnlich im Sinne des § 864 a ABGB sind Klauseln, mit denen der Partner nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte, die also von seinen berechtigten Erwartungen deutlich abweichen. Hierbei fällt grundsätzlich die Üblichkeit einer Klausel bei einem Geschäftstyp ins Gewicht, doch kommt es auf den redlichen Verkehr an, weshalb selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864 a ABGB nicht hindert. Neben dem Inhalt der Klausel ist ihre Stellung im Vertragsgefüge entscheidend. Die Klausel muss Überraschungseffekt haben. Eine Klausel ist „versteckt“, wenn sie nicht dort eingeordnet ist, wo ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss und er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte. Erfasst werden alle für den Kunden in irgendeiner Weise nachteiligen Klauseln; eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 869 Abs 3 setzt § 864 a ABGB nicht voraus (Bollenberger in KBB, § 864 a, Rz 9 und 10 und die dort zitierten Entscheidungen).

Als objektiv ungewöhnlich ist in der Rechtsprechung beispielsweise die Begründung oder wesentliche Umgestaltung oder Erweiterung von vertraglichen Hauptverpflichtungen angesehen worden (Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³, Band 4, zu § 864 a, Rz 8 und die dort zitierte Entscheidung, SZ 74/46, ÖBA 2002, 1057, Popp).

Wer sich auf die Ungewöhnlichkeit und Nachteiligkeit einer Klausel und damit auch den Schutz des § 864 a ABGB beruft, trägt dafür grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast (OGH 19.06.1986, 7 Ob 20/86 ua).

Beurteilt man die Klausel Z 45 Abs 3 AGB Banken entsprechend den Bestimmungen des § 864 a ABGB so ist jedenfalls davon auszugehen, dass diese Klausel, wegen der Möglichkeit einseitig durch die Bank, Hauptleistungspflichten des mit dem Kunden abgeschlossenen Vertrages im Wege einer Zustimmungsfiktion abändern zu können, für den Kunden grundsätzlich nachteilig ist.

Im besonderen Fall kann die Textierung des Textes dieser Klausel auch bei einem durchschnittlich sorgfältigen Leser zu Missverständnissen führen:

Auch ein durchschnittlich sorgfältiger Leser kann nicht damit rechnen, dass über eine solche Klausel bereits vereinbarte, wesentliche Vertragsbedingungen durch die Bank einseitig abgeändert werden können, was in Zusammenhang mit der gewählten Formulierung des ersten Satzes dieser Klausel der Geschäftsbedingungen dazu führen könnte, dass Bankkunden dem folgenden wesentlichen Text dieser Klausel keine Aufmerksamkeit mehr schenken.

Durch die gewählte Formulierung im ersten Satz dieser Klausel:

„Über die vorstehenden Absätze 1 oder 2 hinausgehende **Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfanges oder der Verzinsung sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich**“, wird auch bei einem durchschnittlich sorgfältigen Leser der Eindruck erweckt, es bedürfe einer **ausdrücklichen** Zustimmung, zumal das Wort Zustimmung im allgemeinen Sprachgebrauch ein **ausdrückliches Einverständnis** bedeutet. Das Wort „Zustimmung“ ist im allgemeinen Sprachgebrauch positiv mit „Ausdrücklichkeit“ besetzt, sodass zu befürchten ist, dass durch die Verwendung des Begriffs **Zustimmung** der nachfolgenden Wortfolge, die jedoch das Wesentliche dieser Klausel enthalten, nicht mehr die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt wird bzw. nicht mehr die erforderliche Bedeutung zugemessen wird.

Im Sinne dieses möglichen und wahrscheinlichen Verständnisses des zitierten Einleitungssatzes ist es auch nicht zulässig, durch eine grafische Darstellung des Textes und eine vorgenommenen Schwärzung, wie dies die beklagte Partei auf Seite 15 ihrer Klagebeantwortung getan hat, darstellen zu wollen, dass ein durchschnittlich sorgfältiger Leser nicht derart selektiv liest, weil diese grafische Darstellung die psychologische Wirkung des ersten Satzes auf den durchschnittlichen Leser, der seine Auffassung, dass die Abänderung eines Vertrages in Bezug auf Hauptleistungspflichten nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Vertragspartners geschehen kann, wie dies auch den Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechtes entspricht, bestätigt sieht und deshalb dem restlichen Text dieser Klausel, die den wesentlichen Inhalt enthält, keine Aufmerksamkeit mehr zukommen lässt, außer Betracht lässt.

Zur Inhaltskontrolle:

Die inhaltliche Kontrolle von Hauptleistungspflichten aus dem Vertrag stellt auf die Prüfung der Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs 1 ABGB ab. Die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB erfasst dagegen nur Vertragsbestimmungen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen. Eine solche Nebenleistungsbestimmung ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Es ist eine umfassende, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellte, objektiv das Missverhältnis der Rechtspositionen und die verdünnte Willensfreiheit des Vertragspartners berücksichtigende Interessenabwägung vorzunehmen. Bei Bewertung der Benachteiligung ist auch auf eine allenfalls bestehende Ungleichgewichtslage im Hinblick auf die beteiligten Vertragspartner Bedacht zu nehmen (Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken, Seite 35 ff und die dort zitierten Entscheidungen).

Sittenwidrigkeit hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit bei einer groben Benachteiligung des wirtschaftlichen Schwächeren angenommen sowie einer weitgehenden einseitigen Abweichung vom dispositiven Recht, insbesondere in AGB (Apathy/Riedler in

Schwimann, ABGB, Band 4, § 879 ABGB, Rz 9 und die dort zitierten Entscheidungen).

Abs 3 des § 879 ABGB bildet nach der Intention des Gesetzgebers einen Schwerpunkt der Regeln zur Verhinderung unfairer Vertragsbestimmungen und richtet sich vor allem gegen unfaires Kleingedrucktes. Die besondere Inhaltskontrolle von ABG und Vertragsformblättern, die den anderen Teil gröblich benachteiligen, schützt den in der Regel schwächeren Teil gegen einen Missbrauch der Privatautonomie durch einen typischerweise überlegenen Vertragspartner. Dabei ist in beweglicher Beurteilung einerseits auf sachliche Rechtfertigung und den Grad der Abweichung vom dispositiven Recht als dem gesetzlich vorgesehenen Interessensausgleich, andererseits auch das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit des Vertragspartners abzustellen. Wo es keinen dispositiv-rechtlichen Maßstab gibt, kann die gröbliche Benachteiligung in Parallele zu 2 Z 4 beurteilt werden. Auch ein Missverhältnis in den Rechtspositionen der Vertragspartner ist zu berücksichtigen. Die Inhaltskontrolle nach Abs 3 beschränkt sich auf Nebenbestimmungen. Nicht erfasst wird hingegen die Hauptleistungspflicht, für die in Abs 2 Z 4 und in § 934 vorgesorgt ist. Die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflicht wird dabei in ÖBA 1994/428 derart gezogen, dass die Ausnahmen von Abs 3 möglichst eng zu verstehen seien (Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³, Band 4, § 879, Rz 30 ff).

Eine gröbliche Benachteiligung im Sinne der Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB ist auch anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden, sachlich nicht zu rechtfertigendem Missverhältnis zur vergleichbaren Position des anderen steht. Klauseln die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder ausfüllen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS 0016908).

Gerade bei nachträglichen Änderungen von Vertragsbedingungen kommt es zu einem typischen Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Interessen: Einerseits verbietet der Grundsatz der Vertragstreue nachträgliche einseitige Eingriffe in das ursprüngliche Verhältnis von Leistung und Entgelt („pacta sunt servanda“). Andererseits besteht gerade bei Dauerschuldverhältnissen ein Bedürfnis der Vertragsparteien, die Anpassung des Entgelts an geänderte wirtschaftliche Bedingungen (zB Änderungen der Kaufkraft des Geldes, der Kosten der erbrachten unternehmerischen Leistung oder des Zinsniveaus) zu vereinbaren (Langer in Kosesnik-Wehrle, KschG³, § 6, Rz 25).

Da die inkriminierte Klausel Änderungen der Hauptleistungspflichten des Vertrages einseitig durch die Bank ermöglichen soll und dies in krassem Gegensatz zu den Grundsätzen des Vertragsabschlusses steht, zumal die betroffenen Kunden widersprechen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, nach Ablauf der Widerspruchsfrist mit völlig anderen Konditionen als den Vereinbarten konfrontiert zu sein, **ist die Klausel als sittenwidrig im Sinne der Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB zu betrachten**, dies umso mehr, als die beklagte

Partei durch die Anwendung dieser Klausel und die Änderung von Hauptleistungspflichten die Möglichkeit bekäme, zwingende Bestimmungen des VKrG zu umgehen und durch die Änderung von vereinbarten Konditionen ein massiver Eingriff in die Interessen des Verbrauchers erfolgt, der bei Abschluss des Vertrages mit der Bank darauf vertraut, dass sich wesentliche Elemente des Vertrages, wie beispielsweise Vertragslaufzeit oder Kreditrückzahlungsraten, nur im gesetzlich festgeschriebenen Umfang ändern können.

In **§ 6 Abs 1 und 2 KSchG** konkretisiert der Gesetzgeber für Verbrauchergeschäfte die Generalklausel des § 879 ABGB. Nach der Bestimmung des **§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG** sind für den Verbraucher solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG beschränkt die Zulässigkeit von Vereinbarungen, wonach ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers, insbesondere sein Schweigen als Erklärung gilt. Die Gefahr für den Verbraucher besteht hier darin, dass er sich im entscheidenden Zeitpunkt der vereinbarten Bedeutung seines Verhaltens (Schweigens) nicht bewusst wird, weil er die seinerzeitige Vereinbarung nicht mehr in Erinnerung hat. Daher hat der Unternehmer den Verbraucher zum entsprechenden Zeitpunkt auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Die Anwendbarkeit von Ziffer 2 hängt nicht davon ab, wie die entsprechende Klausel formuliert ist, sondern bestimmt sich nach dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers. Es macht daher keinen Unterschied, ob das Schweigen des Verbrauchers als Zustimmung, zB zu einer Vertragsverlängerung, gelten soll oder ob vereinbart ist, dass sich das Vertragsverhältnis verlängert, wenn nicht gekündigt wird, denn der Unternehmer hat den Verbraucher nicht nur dann auf die Bedeutung seines Verhaltens hinzuweisen, wenn dieses als Abgabe einer Erklärung gilt, sondern auch dann, wenn es als Nichtabgabe einer Erklärung gilt, etwa „Die Darlehensverlängerung entfällt, wenn ihr ein Darlehensnehmer binnen zwei Wochen schriftlich widerspricht“ (Apathy in Schwimann, ABGB³, Band 5, Rz 10 u 11).

Aus der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG ergibt sich grundsätzlich die Wirkungslosigkeit vertraglicher Erklärungsfiktionen. Eine Ausnahme besteht nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nur dann, wenn für die Äußerung eine Frist vorgesehen ist, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten wird und diesem für eine ausdrückliche Erklärung auch eine angemessene Frist zur Verfügung steht. Grundsätzlich kann nach der Judikatur nur ein berechtigtes Verwenderinteresse derartige vorformulierte Erklärungsfiktionen rechtfertigen. Ein berechtigtes Verwenderinteresse wird dort bejaht, wo es nach der Sachlage erforderlich ist, das Rechtsverhältnis einer bestimmten Situation anzupassen. In diesem Sinne stellte nach der

Meinung des Gesetzgebers die automatische Verlängerung diverser Vertragsverhältnisse den Hauptanlassfall dar. Grundsätzlich kommen aber solche vertraglichen Erklärungsfiktionen auch bei anderen Rechtsverhältnissen in Frage, beispielsweise bei Entgegennahme einer Zahlung, dem Nichterheben von bestimmten Einwendungen, dem Setzen bestimmter Handlungen und der Nichtausübung eines Rechtes sowie der Annahme einer Ware, das Behalten einer Ware und der Ingebrauchnahme einer Sache (Krejci in Rummel³, KSchG, § 6, Rz 36).

Sämtliche dieser Vertragsänderungen mittels Erklärungsfiktionen betrafen aber in der Vergangenheit Nebenpflichten oder Nebenabreden der entsprechenden Verträge, nicht jedoch Änderungen der Hauptleistungspflichten des Vertrages. Es ergibt sich aus der zitierten Gesetzeslage und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers kein Anhaltspunkt dafür, dass auch Änderungen der essentialia negotii mittels Erklärungsfiktion zulässig seien, sodass davon auszugehen ist, dass die inkriminierte Klausel der Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG widerspricht.

Die Bestimmungen des § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG regeln einseitige Vertragsänderungen. Gemäß Abs 1 Z 5 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, die dem Unternehmer auf sein Verlangen ein höheres als das bei Vertragsabschluss bestimmte Entgelt zugestehen, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgeblichen Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Diese Bestimmung soll für den Verbraucher nicht kalkulierbare, willkürliche Entgeltänderungen durch den Unternehmer unterbinden. Durch die Möglichkeit nachträglicher einseitiger Preiserhöhung wird der Verbraucher gehindert, durch Preisvergleiche unmittelbar vor Vertragsabschluss seine Interessen zu wahren. Andererseits soll eine sachliche Kalkulation nicht behindert werden; insbesondere bei längerfristigen Schuldverhältnissen, anerkennt der Gesetzgeber das Bedürfnis der Unternehmer, die Entgelte anzupassen. Dementsprechend wendet die Judikatur Z 5 auch auf Dauerschuldverhältnisse an. Die für die Erhöhung maßgeblichen Umstände müssen im Vertrag vollständig und konkret umschrieben und für den Verbraucher überprüfbar sein. Der für die Änderung maßgebliche Sachverhalt muss hinreichend deutlich, eindeutig und unmissverständlich und nicht bloß nach Art einer Generalklausel beschrieben sein. Außerdem hat der Eintritt der für die Änderung maßgeblichen Umstände vom Willen des Unternehmers unabhängig zu sein. Ferner wurde die Regelung durch die Novelle BGBl I 1997/6 dahin ergänzt, dass die für die Preisänderung maßgeblichen Umstände sachlich gerechtfertigt sein müssen. Es muss also die Verknüpfung einer Entgeltänderung mit der Änderung eines bestimmten Umstandes sachgerecht sein, also die subjektive Äquivalenz bewahren. Dies richtet sich gegen Vereinbarungen, zufolge derer die Preisentwicklung an Parameter geknüpft

wird, die keinerlei sachlichen Bezug zum konkreten Geschäft und insbesondere zu den Kosten des Unternehmers haben (Apathy in Schwimann, ABGB³, Band 5, § 6 KSchG, Rz 22 ff).

Die inkriminierte Klausel widerspricht der Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 5 KSchG.

Grundsätzlich können einseitige Änderungen von Entgelten oder Leistungen in Geschäftsbedingungen nur in sehr engen Grenzen vereinbart werden. Eine Entgeltänderungsklausel muss zweiseitig formuliert sein, die maßgeblichen Umstände müssen – klar und verständlich – im Vertrag unterschrieben werden und sachlich gerechtfertigt sein, ihr Eintritt darf nicht vom Willen des Unternehmers abhängen (Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken, Punkt 11.4, Änderungen von Geschäftsbedingungen, Seite 29).

Da durch die inkriminierte Klausel grundsätzlich einseitig eine wesentliche Änderung des Entgeltes erfolgen kann und dem Determinierungsgebot der zitierten Bestimmung durch diese Klausel nicht entsprochen wird, liegt ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor.

Da nach **§ 6 KSchG Abs 2 Z 3** der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung auch nicht einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung bzw Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist, die inkriminierte Klausel durch die einseitige Möglichkeit von maßgeblichen Leistungsänderungen seitens der Bank die Überprüfung, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, jedoch nicht erlaubt, **verstößt die inkriminierte Klausel auch gegen die Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG.**

Die Bestimmung des **§ 6 Abs 3 KSchG** regelt schließlich, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung dann unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Von besonderer Bedeutung ist Abs 3 im Verbandsprozess, um die Verwendung von intransparenten Klauseln in AGB von vornherein zu unterbinden. Ziel des Absatzes 3 ist es dabei, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sicherzustellen, um eine Verschleierung des Inhalts der Klausel zu verhindern, wodurch der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden.

Eine Klausel ist grundsätzlich unverständlich im Sinne des Abs 3, wenn der für das jeweilige Geschäft typische Durchschnittskunde den Inhalt und die Tragweite der Klausel nicht durchschauen kann. Man muss bei der Beurteilung der Unverständlichkeit unterscheiden, ob der Verwender eine möglichst verständliche Formulierung gewählt oder die AGB für den

Durchschnittskunden unnötig schwer verständlich formuliert hat. Darüber hinaus verlangt der OGH, dass Bestimmungen in AGB so klar und verständlich formuliert sein müssen, dass der Verbraucher nicht Gefahr läuft, über die sich für ihn aus der Regelung ergebenden Rechtsfolgen getäuscht oder zumindest im Unklaren gelassen zu werden. Es kann im Einzelfall bedeuten, dass den Unternehmer, der AGB verwendet, Hinweispflichten treffen, damit der Verbraucher ausreichend informiert ist (Apathy in Schwimann, ABGB³, Band 5, § 6 Abs 3 KSchG, Rz 84).

Aus dem Transparenzgebot ergibt sich, dass der Unternehmer den Verbraucher bei einer AGB-Änderung durch eine klare Gegenüberstellung der alten Formulierung mit der neuen Formulierung transparent über die vorgeschlagenen Änderungen informieren muss (Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken, S 30).

Das Transparenzgebot drückt sich nach der Leitentscheidung 4 Ob 28/01y ÖBA 2001, 645 im Einzelnen im Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, im Gebot, den anderen auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, im Bestimmtheitsgebot, im Gebot der Differenzierung, im Richtigkeitsgebot und im Gebot der Vollständigkeit aus. Dabei muss der Sinn der Klausel verständlich sein (Kathrein in KBB³, § 6 KSchG, Rz 32).

Das in § 6 Abs 3 KSchG festgelegte Transparenzverbot verlangt daher, wie die klagende Partei richtig ausführt, nicht nur formale Verständlichkeit im Sinne von Lesbarkeit, sondern auch, dass Inhalt und Tragweite für den Verbraucher erkennbar sind und dem Konsumenten die wirtschaftliche Tragweite der Bestimmung nicht verschleiert wird (RIS-Justiz RS 0115217, RS 0115219).

Aus der Klausel Z 45 Abs 3 ABGB ist auf Grund ihrer Formulierung nicht erkennbar, dass auf diesem Weg Hauptleistungspflichten des Vertrages, sogenannte essentialia negotii über einseitigen Vorschlag der Bank mit Hilfe der in dieser Vertragsklausel formulierten Zustimmungsfiktion möglich sind, sodass die Klausel auch dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG widerspricht.

Dies gilt auch für jene Mitteilung, die in den Kontoauszügen zu den Kreditverträgen der beklagten Partei enthalten ist: „Änderungsmitteilung gemäß § 11 bzw § 22 VkrG. Die Entgelte für die Kontoführung und mit dieser in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen werden mit Wirkung vom 01.01.2011 geändert. Bitte wenden sie sich an ihren Kundenberater, der sie über die geltenden Sätze gerne informiert und ihnen auf Wunsch eine detaillierte Aufstellung ausfolgt. Ihre Zustimmung zur Entgeltänderung gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen

zwei Monaten schriftlich widersprechen.“

Diese Mitteilung der Beklagten selbst enthält keine Information über den Inhalt der Änderung.

Die oben zitierte Mitteilung der Beklagten auf den Kontoauszügen zu den Kreditverträgen enthält jedoch den Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 11 und 22 VKrG. Damit entsteht beim Konsument als Leser der Eindruck, die von der Beklagten gewählte Vorgehensweise werde vom Gesetz gefordert. Die Vorgehensweise der Beklagten wird von den genannten Gesetzesbestimmungen jedoch weder gefordert, noch gedeckt.

§ 22 VKrG regelt die Überziehungsmöglichkeit, § 11 VKrG das Procedere bei Änderung einer gesetzeskonformen Änderung des Sollzinssatzes. Schon nach dem Wortlaut des zitierten Ausdruckes auf den Kontoauszügen handelte es sich aber um von der Bank zu ändernde Entgelte für die Kontoführung, **sodass diese Mitteilung unter dem Blickwinkel des § 6 Abs 3 KSchG intransparent ist und überdies gegen die Bestimmung des § 869 ABGB verstößt**, wonach Erklärungen eines Vertragspartners, die Vertragsänderungen betreffen, im Sinne des allgemeinen Vertragsrechtes ausreichend bestimmt und verständlich sein müssen. Der dem Bankkunden zugehende Willenserklärung der beklagten Partei sind aber die Änderungen der neu zu zahlenden Entgelte nicht zu entnehmen.

Die einseitige Änderung der Entgelte ohne Auflistung ihres Inhalts im Wege einer Erklärungsfiktion ist auch aus den oben angeführten Gründen auch als sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB zu beurteilen, wobei die ungünstige Position des Verbrauchers, insbesondere auch in der von der klagenden Partei in ihrem vorbereitenden Schriftsatz dargestellten Situation zur vertraglichen Ungleichgewichtslage bei Abgabe und Mitteilung des Widerspruches des Kunden gegenüber der Bank zum Ausdruck kommt.

Soweit auf die zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisse das Zahlungsdienstgesetz anzuwenden ist, liegt ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 29 ZaDiG vor. Wenn die betreffenden Kreditkonten dem Verbraucher nicht nur für die Bezahlung der Zinsen und Kreditraten zur Verfügung stehen, sondern er von diesen Konten auch überweisen kann, liegt ein Zahlungskonto im Sinne des § 3 Z 13 ZaDiG vor. In diesem Fall müsste bei einer Änderung der Entgelte § 29 ZaDiG eingehalten werden, was mit der vorliegenden Mitteilung nicht geschieht, da die Beklagte dem Verbraucher die angestrebte Änderung im Sinne des § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG nicht mitgeteilt hat. Das Übermitteln von Informationen per Kontoauszug gilt nicht als Mitteilung im Sinne des Zahlungsdienstgesetzes.

Aus den EB RV zu § 26 ZaDiG ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber unter „mitteilen“ iSd § 26 ZaDiG das Übermitteln der Vertragsänderung an den Kunden durch den Zahlungsdienstleister versteht (Gelbmann/Jungwirth/Kolba – Konsumentenrecht und Banken,

S 31).

Der konkrete Änderungsvorschlag müsste auch klar und verständlich formuliert sein.

Das Zahlungsdienstgesetz regelt umfassend die Rechte und Pflichten von Zahlungsdienstleistern und Zahlungsnutzern iZm Zahlungsdiensten. Der Begriff des Zahlungsdienstes, mit dem der sachliche Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes unmittelbar verknüpft ist, steht in engem Konnex zu dem des Zahlungskontos (§ 1 Abs 2 ZaDiG). Ob ein konkreter Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes fällt, hängt daher mit der Frage zusammen, ob es sich um einen Zahlungsdienst im Zusammenhang mit einem Zahlungskonto handelt. Das Zahlungsdienstgesetz veränderte mit 01.11.2009 die Rechtslage hinsichtlich Girokonten von Verbrauchern umfassend. Was das Verhältnis des Zahlungsdienstgesetzes zu anderen Gesetzen betrifft, so stellt § 26 Abs 7 ZaDiG ausdrücklich klar, dass die nicht vom Zahlungsdienstgesetz verdrängten Normen des FernFinG bzw vor allem die vorvertraglichen Informationspflichten des ABGB, KSchG und VKrG zur Anwendung kommen. Allgemeine Bestimmungen über das Zustandekommen des Vertrages, die vorvertraglichen Pflichten und das allgemeine Vertragsrecht sind weiterhin maßgeblich. Die in den Geschäftsbedingungen der Zahlungsdienstleister verwendeten Klauseln unterliegen weiterhin der Geltungs- und Inhaltskontrolle, vor allem § 6 KSchG betreffende unzulässige Vertragsbestandteile. Außerdem sind die Normen des KSchG weiterhin einschlägig, insoferne das Zahlungsdienstgesetz als lex specialis nicht etwas anderes vorsieht (Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken, Seite 58 ff).

Der bisher in Österreich in Geltung gestandene Standard an Verbraucherschutz auf dem Gebiet des Kreditvertrages soll durch das Zahlungsdienstgesetz keinesfalls gemindert, sondern tendenziell eher noch ausgebaut werden. Sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierungen zwischen einzelnen, ihrem Wesen nach gleichzubehandelnden Vertragstypen sollen vermieden werden. Soweit das Gemeinschaftsrecht hier aus Gründen der europaweiten Kompromissfindung verschiedenen Behandlungen vorsieht, denen es an ausreichender sachlicher Fundierung mangelt, sollten diese nicht ins österreichische Recht übernommen werden (Johann Stabentheiner/Dagmar Dimmel, Die Umsetzung der neuen Verbraucherkreditrichtlinie in Österreich, ÖBA 2009, 696, 699).

§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG sieht vor, dass eine Zustimmung des Verbrauchers zu einer vorgeschlagenen Änderung nur dann wirksam ist, wenn der Verbraucher am Beginn der Frist für eine Erklärung ausdrücklich auf die Frist und die Bedeutung seines Verhaltens gesondert hingewiesen wird und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung auch eine angemessene Frist zur Verfügung hat. Diese Form der Vertragsänderung muss im ursprünglichen Vertrag vereinbart sei, der Unternehmer muss den Verbraucher im Augenblick der Übersendung

neuer AGB und dem Ersuchen um Zustimmung durch Stillschweigen auch auf die Frist für einen Widerspruch und seine Folgen besonders hinweisen. Aus dem Transparenzgebot ergibt sich, dass der Unternehmer den Verbraucher bei einer AGB-Änderung durch eine klare Gegenüberstellung der alten Formulierung mit der neuen Formulierung transparent über die vorgeschlagenen Änderungen informieren muss.

Im Anwendungsbereich des Zahlungsdienstgesetzes kann eine Änderung des Rahmenvertrages gemäß § 29 Abs 1 ZaDiG durch einen Vorschlag der Änderung spätestens zwei Monate vor Anwendung der Änderung erfolgen; wenn im Grundvertrag eine Erklärungsfiktion des Verbrauchers vereinbart wurde, dann muss der Zahlungsdienstleister den Verbraucher besonders darauf hinweisen, 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 dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen (Gelbmann/Jungwirth/Kolba, Konsumentenrecht und Banken, Seite 30).

Das Zahlungsdienstgesetz erlaubt Änderungen des Vertrages mittels Zustimmungsfiktion nur unter den selben Voraussetzungen wie § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Aus den Bestimmungen des Zahlungsdienstgesetzes als *lex specialis* ist nicht ableitbar, dass vertragliche Hauptverpflichtungen mittels Zustimmungsfiktion über Vorschlag des Unternehmers abänderbar wären; Allgemeine Geschäftsbedingungen von Banken sind weiterhin unter Anwendung der zitierten Gesetzesbestimmungen der §§ 864 a und 879 sowie 869 ABGB sowie der zitierten Bestimmungen des § 6 KSchG zu überprüfen.

Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Nach der Bestimmung des § 30 Abs 1 KSchG sind die Bestimmungen des § 25 Abs 3 UWG über die Urteilsveröffentlichung auf die Unterlassungsklage anzuwenden. Die Veröffentlichung dient der Aufklärung der Öffentlichkeit über die Rechtsverletzung; sie hat den Zweck, entstandene Schäden wieder gut zu machen und die Beeinträchtigten vor weiteren Nachteilen zu bewahren (4 Ob 149/09w, RdW 2003, 636). An diesen Zwecken ist auch das Veröffentlichungsbegehren zu messen (4 Ob 130/03a, JBL 2004, 443 sowie RS 0121963).

Da sich nach dem festgestellten Sachverhalt der Kundenkreis der beklagten Partei nicht nur auf den Raum Graz erstreckt, sondern auch auf Kunden aus dem Bereich Bruck/Mur und Frohnleiten, ist die Veröffentlichung in der Kleinen Zeitung, Ausgabe Steiermark gerechtfertigt. Das ursprünglich darüber hinausgehende Begehren war daher abzuweisen und dem diesbezüglichen Eventualbegehren stattzugeben.

Zur Leistungsfrist:

Die beklagte Partei hat in ihrer Klagebeantwortung die Gewährung einer Leistungsfrist von 6 Monaten beantragt, während die klagende Partei vorgebracht hat, dass bei einer Verpflichtung zur Unterlassung der Verwendung bestimmter AGB keine Leistungsfrist festzusetzen sei.

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustandes einschließt (Rechberger in Rechberger, ZPO², § 409, Rz 1 mwN).

Die beklagte Partei kann das Unterlassungsgebot nur dadurch befolgen, dass sie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen ändert. Entsprechend der Entscheidung des OGH, 4 Ob 130/03a ist es gerechtfertigt, für die Anpassung von Geschäftsbedingungen, bei der lediglich die Verwendung bestimmter Klauseln verboten wird, eine Frist von 3 Monaten einzuräumen; lediglich bei der Änderung einer Vielzahl von Klauseln wurde eine 6 Monatsfrist eingeräumt (OGH 4 Ob 130/03a und OGH 40 b 1/89).

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die Bestimmungen der §§ 41 und 43 Abs 2 sowie 54 Abs 1 a ZPO; Einwendungen gegen die Kostennote der klagenden Partei wurden nicht erhoben.

Trotz der Abweisung des über die Steiermark-Ausgabe der Kleinen Zeitung hinausgehenden Veröffentlichungsbegehrens hat die klagende Partei gemäß § 43 Abs 2 Anspruch auf vollen Kostenersatz, da sie mit einem Eventualbegehren durchdringt und beide Begehren auf derselben materiell-rechtlichen Grundlage beruhen (RS-Justiz RS 0109703).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Abteilung 14
Graz, 23. April 2012
Dr. Christiane Nindler, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG