



Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und Mag. Zechmeister in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **BAWAG-P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**, 1010 Wien, Georg-Coch-Platz 2, vertreten durch Preslmayr Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--), über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 24.6.2010, 11 Cg 17/10b-8, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise** Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat wie folgt:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

Bei Rechtsgeschäften mit Verbrauchern wird das Kreditinstitut Entgelte für Dauerleistungen (ausgenommen Zinsen) einmal jährlich am 1. Juli, erstmals an jenem 1. Juli, der dem Abschluss des Vertrages folgt, in dem prozentuellen Ausmaß senken oder erhöhen, das der Ver-

änderung des von der Statistik Austria veröffentlichten Verbraucherpreisindex 2000 (VPI) oder des an seine Stelle tretenden Index entspricht. Diese Veränderung wird gemessen am Durchschnitt der Indexzahlen für das vorletzte Kalenderjahr gegenüber dem Durchschnitt der Indexzahlen für das letzte Kalenderjahr. Sofern noch nie eine Anpassung erfolgt ist, ist als Ausgangsbasis der Durchschnitt der Indexzahlen für das vorletzte Kalenderjahr vor dem Vertragsabschluss maßgeblich. Das sich auf Grund der Senkung oder Erhöhung errechnete Jahresentgelt wird kaufmännisch gerundet auf zehn Cent.

Ist das Kreditinstitut zur Entgeltserhöhung berechtigt, führt diese aber nicht durch, geht dadurch das Recht zur Anpassung des Entgelts für die Zukunft nicht verloren. Unterlassene Entgeltserhöhungen können daher bei der Anpassung in den Folgejahren berücksichtigt werden. Das Kreditinstitut ist in diesem Fall berechtigt, bei der nächsten Anpassung des Entgeltes als Ausgangsbasis für die Anpassung des Entgeltes den Index-Durchschnittswert heranzuziehen, der bei der letzten tatsächlich erfolgten Anpassung mit der damaligen Ausgangsbasis verglichen worden ist; bei der erstmaligen Anpassung ist der Durchschnittswert für das vorletzte Kalenderjahr vor dem Vertragsabschluss als Ausgangsbasis maßgeblich.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart worden sind.

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagestattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils einmal in einer Samstags-Ausgabe des redaktionellen Teiles der "Kronen Zeitung", bundesweit erscheinende Ausgabe, 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.

3. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu

unterlassen, ohne Zustimmung ihrer Vertragspartner Erhöhungen der Entgelte (ausgenommen Zinsen) für Dauerleistungen, die Zahlungsdienste im Sinne des § 1 Abs 2 ZaDiG sind, anzukündigen, vorzunehmen oder die so erhöhten Entgelte zu verrechnen, insbesondere aber gegenüber Verbrauchern die zum 1.10.2009 (trotz Vereinbarung von Entgeltanpassungen nur per 1.7. eines Jahres) vorgenommenen Erhöhungen der Entgelte für Zahlungsdienste zu verrechnen, wird ebenso abgewiesen wie das darauf abzielende Urteilsveröffentlichungsbegehren.

4. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 320,50 bestimmten anteiligen Barauslagen zu ersetzen. Im Übrigen werden die Verfahrenskosten gegeneinander aufgehoben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 493,-- bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (zur Gänze Barauslagen) zu ersetzen

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der klagende Verein ist gemäß § 29 Abs 1 KSchG legitimiert, die in § 28 KSchG geregelten Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

Die Beklagte ist zu FN 205340x im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien protokolliert. Sie betreibt das Bankgeschäft und ist bundesweit tätig. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Aufgrund ihrer Tätigkeit ist sie Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG.

Die Beklagte hat im August 2009 auf Kontoauszügen ihre Kunden, die Verbraucher iS des § 1 KSchG sind, davon verständigt, dass die Entgelte für Girokonten per

1.10.2009 im Ausmaß der Erhöhung des VPI im Jahr 2008 um 3,2% erhöht werden. Die Beklagte berief sich dabei auf die in Ziffer 45 Abs 2 ihrer AGB (Fassung 2009) enthaltene Indexklausel, die wie folgt lautet:

„Bei Rechtsgeschäften mit Verbrauchern wird das Kreditinstitut Entgelte für Dauerleistungen (ausgenommen Zinsen) einmal jährlich am 1. Juli, erstmals an jenem 1. Juli, der dem Abschluss des Vertrages folgt, in dem prozentuellen Ausmaß senken oder erhöhen, das der Veränderung des von der Statistik Austria veröffentlichten Verbraucherpreisindex 2000 (VPI) oder des an seine Stelle tretenden Index entspricht. Diese Veränderung wird gemessen am Durchschnitt der Indexzahlen für das vorletzte Kalenderjahr gegenüber dem Durchschnitt der Indexzahlen für das letzte Kalenderjahr. Sofern noch nie eine Anpassung erfolgt ist, ist als Ausgangsbasis der Durchschnitt der Indexzahlen für das vorletzte Kalenderjahr vor dem Vertragsabschluss maßgeblich. Das sich auf Grund der Senkung oder Erhöhung errechnete Jahresentgelt wird kaufmännisch gerundet auf zehn Cent.

Ist das Kreditinstitut zur Entgeltserhöhung berechtigt, führt diese aber nicht durch, geht dadurch das Recht zur Anpassung des Entgelts für die Zukunft nicht verloren. Unterlassene Entgeltserhöhungen können daher bei der Anpassung in den Folgejahren berücksichtigt werden. Das Kreditinstitut ist in diesem Fall berechtigt, bei der nächsten Anpassung des Entgeltes als Ausgangsbasis für die Anpassung des Entgeltes den Index-Durchschnittswert heranzuziehen, der bei der letzten tatsächlich erfolgten Anpassung mit der damaligen Ausgangsbasis verglichen worden ist; bei der erstmaligen Anpassung ist der Durchschnittswert für das vorletzte Kalenderjahr vor dem Vertragsabschluss als Ausgangsbasis maßgeblich.“

Die Tätigkeit der Beklagten, insbesondere auch die Dienstleistungen, auf die sie die vorstehende Vertragsklausel anwendet, unterliegt dem Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG).

Mit seiner Verbandsklage stellte der Kläger die aus dem Spruch ersichtlichen Begehren und brachte vor, das Unterlassungsbegehren zu Punkt 1)a) des Urteilsantrags (= Spruchpunkt 2. der vorliegenden Entscheidung) stütze sich auf § 28 a Abs 1 KSchG. Die von der Beklagten am 1.10.2009 vorgenommene Entgeltserhöhung stehe im

Widerspruch zu Ziffer 45 Abs 2 der ABG, derzufolge eine Anpassung an die Entwicklung des VPI nur einmal jährlich jeweils am 1.7. zulässig sei. Werde vom Erhöhungsrecht zum 1.7. eines Jahres nicht Gebrauch gemacht, so dürfe die Anpassung erst am 1.7. des Folgejahres nachgeholt werden. Zwar verletze die vertragswidrige Entgelterhöhung am 1.10.2009 selbst noch nicht die Bestimmungen des erst am 1.11.2009 in Kraft getretenen ZaDiG. Doch habe die Beklagte die um 3,2% erhöhten Entgelte ihren Kunden ohne vertragliche Vereinbarung auch bei den Quartalsabrechnungen am 31.12.2009 und bei den Jahresvorschreibungen am 1.1.2010 verrechnet und damit gegen die ohne Übergangsregelung in Kraft getretene und damit auch für laufende Altverträge geltende Bestimmung des § 27 Abs 2 ZaDiG verstoßen. Da die Beklagte diese unzulässige Praxis in einem Massengeschäft vornehme, sei auch das Tatbestandselement der „Beeinträchtigung der allgemeinen Interessen der Verbraucher verwirklicht.

Die in Punkt 1.b) des Urteilsantrags (= Spruchpunkt 1. der vorliegenden Entscheidung) enthaltene Unterlassungsverpflichtung finde ihre Grundlage in § 28 Abs 1 KSchG. Die Klausel Ziffer 45 Abs 2 der AGB verstoße gegen § 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG, wonach nur Änderungen der Wechselkurse und der Zinssätze aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechenden Entgeltsänderungsklausel einseitig vorgenommen werden könnten. In allen übrigen Fällen einer Entgeltsänderung müsse nach § 29 Abs 1 ZaDiG die - ausdrückliche oder stillschweigende - Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden.

Wiederholungsgefahr bestehe, weil es die Beklagte abgelehnt habe, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gemäß § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der betroffenen Verbraucherkreise

an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten des Beklagten, worauf das Begehren auf Urteilsveröffentlichung gründe.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung und wendete ein, die in Ziffer 45 Abs 2 der AGB vorgesehene Möglichkeit zur Anpassung der Entgelte an den VPI stelle keine Änderung des Rahmenvertrages dar. Vielmehr werde nur das Entgelt entsprechend der bereits im Rahmenvertrag getroffenen Entgeltsvereinbarung automatisch an den Verbraucherpreisindex angepasst, weshalb das in § 29 ZaDiG vorgeschriebene Procedere hier gar nicht einzuhalten sei. Im Übrigen bestehe auch im Anwendungsbereich des ZaDiG unverändert die Möglichkeit, Entgelte für Dauerleistungen nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG anzupassen, normiere doch § 29 Abs 3 2.Satz ZaDiG selbst ausdrücklich, dass die zitierte Bestimmung unberührt bleibe. Dass § 29 Abs 2 ZaDiG Zinssätze und Wechselkurse ausnehme, lasse nicht den (Umkehr-)Schluss zu, dass die Änderung der sonstigen Entgelte in Entsprechung zu § 6 Abs 1 Z 5 KSchG unzulässig sei. Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Entgeltserhöhung zum 1.10.2009 zulässig gewesen. Die zur Entgeltserhöhung am 1.7.2009 berechnete Beklagte habe sich lediglich aus konsumentenfreundlichen Gründen dazu entschlossen, die Entgelte nicht bereits zum 1.7.2009, sondern erst zum 1.10.2009 an den VPI anzupassen. Für den Verbraucher günstigere Handlungen des Unternehmers seien stets zulässig.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab. Dazu stellte es den eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt fest und kam in rechtlicher Hinsicht zu dem Ergebnis, dass eine an den VPI anknüpfende Entgeltserhöhung durch das ZaDiG nicht untersagt werden sollte, weshalb die Klausel

Ziffer 45 Abs 2 der AGB der Beklagten nicht gegen die Bestimmungen des ZaDiG verstoße.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit dem Antrag, das angefochtene Urteil ist einer gänzlichen Klagsstattgebung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Der Berufungswerber rügt die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes als unvollständig, weil sich diese nur auf den unter Punkt 1.b) des Urteilsantrags geltend gemachten Unterlassungsanspruch beziehe, und führt aus, dass er zwei verschiedene, in ihrer rechtlichen Beurteilung voneinander unabhängige Klagebegehren erhoben hat:

- Zum Einen den auf § 28a KSchG gestützten Unterlassungsanspruch unter Punkt 1.a) des Urteilsbegehrens, den er damit begründet habe, dass die Beklagte gegen § 27 Abs 2 ZaDiG verstoßen habe, indem sie am 1.10.2009 eine nicht von der Anpassungsklausel der Ziffer 45 Abs 2 AGB gedeckte Erhöhung der Entgelte vorgenommen und diese unzulässig erhöhten Entgelte auch bei den nachfolgenden vierteljährlichen Quartalsabrechnungen ab 1.1.2010 weiterhin vorgeschrieben habe. Die Entscheidung über diesen Punkt des Klagebegehrens hänge somit nicht von der Frage ab, ob die Ziffer 45 Abs 2 der AGB der Beklagten nach § 29 ZaDiG wirksam sei oder nicht, sondern davon, ob nach der bezughabenden Klausel eine Nachholung der am 1.7.2009 unterlassenen Entgeltserhöhung zum 1.10.2009 zulässig gewesen sei.

- Zum Anderen den in Punkt 1.b) des Urteilsantrags

enthaltenen Unterlassungsanspruch, der sich auf § 28 Abs 1 KSchG stütze und damit begründet worden sei, dass in Ziffer 45 Abs 2 der AGB ein vom am 1.11.2009 in Kraft getretenen § 29 Abs 1 ZaDiG abweichender Änderungsmodus für die Entgelte vereinbart werden solle, was nach § 26 Abs 6 ZaDiG zur Unwirksamkeit der Klausel führe.

1. Zu Punkt 1.a) des Urteilsbegehrens

Nach den Feststellungen verständigte die Beklagte ihre Kunden im August 2009 davon, dass die Entgelte für Girokonten mit 1.10.2009 im Ausmaß der Erhöhung des VPI 2008 um 3,2% angehoben würden. Soweit der Berufungswerber in diesem Zusammenhang das Fehlen der Feststellung als sekundären Feststellungsmangel rügt, dass die Beklagte die erhöhten Entgelte bei den Quartalsabrechnungen ab 1.11.2009 auch verrechnet habe, ist er darauf hinzuweisen, dass durch das Urkundenkonvolut Beilage ./B, auf das er sich zum Beweis für dieses Vorbringen ausschließlich stützte, lediglich belegt ist, dass die Beklagte die am 1.10.2009 erhöhten Entgelte bei der nachfolgenden Quartalsabrechnung per 31.12.2009 tatsächlich verrechnet hat, was von der Beklagten nicht bestritten wurde und daher der Entscheidung als unstrittig zugrunde zu legen ist. Eine darüber hinausgehende Fortschreibung dieser Entgelte auch bei den nachfolgenden Quartalsabrechnungen kann zwar vermutet werden, konnte aber schon mangels Vorliegens diesbezüglicher Beweisanbote und Beweisergebnisse nicht festgestellt werden.

Dem Berufungswerber ist darin beizupflichten, dass die Beklagte nach Ziffer 45 Abs 2 der AGB nur einmal jährlich, und zwar jeweils am 1.7. eine Entgelterhöhung vornehmen darf. Nimmt das Kreditinstitut eine zulässige Entgeltserhöhung zum 1.7. eines bestimmten Jahres nicht vor, so geht dadurch zwar das Recht der Anpassung des

Entgelts für die Zukunft nicht verloren, doch kann die unterlassene Entgeltserhöhung frühestens zum 1.7. des Folgejahres nachgeholt werden, weil eine solche jeweils nur einmal jährlich zu diesem Termin zulässig ist. Der Beklagten steht es daher nicht frei, die unterlassene Entgelterhöhung zu einem beliebigen, nach dem 1.7. eines Jahres liegenden Zeitpunkt nachzuholen. Ihr Argument, die Vorschreibung der an sich zum 1.7.2009 zulässigen Entgeltserhöhung zum 1.10.2009 stelle einen Vorteil für die betroffenen Verbraucher dar, überzeugt nicht, weil sie die versäumte Erhöhung nach den AGB frühestens zum 1.7.2010 geltend hätte machen dürfen. Welche - nicht nach außen hin erklärten - Motive die Beklagte für die verspätete Vorschreibung hatte und ob sie die Erhöhung bereits im März 2009 beschlossen hat, ist nicht von Relevanz, sodass Feststellungen des Erstgerichtes hierzu entbehrlich waren.

Mit der Erkenntnis, dass diese vor Inkrafttreten des ZaDiG vorgenommene Entgeltserhöhung zum 1.10.2009 klausewidrig erfolgte, ist für den Kläger aber nichts gewonnen, weil nach § 28a Abs 1 KSchG nur derjenige auf Unterlassung geklagt werden kann, der im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ua im Zusammenhang mit Zahlungsdiensten gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt. Dieser Gesetzesverstoß soll nun nach Auffassung des Berufungswerbers darin liegen, dass die Beklagte die vertragswidrig vorgenommene Erhöhung der Entgelte nach dem Inkrafttreten des ZaDiG fortgeschrieben habe, worin ein Verstoß gegen § 27 Abs 2 ZaDiG liege.

Nach der zitierten Bestimmung dürfen Entgelte für die Erbringung von Zahlungsdiensten oder im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag nur verrechnet werden, wenn sie vorher gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit a oder § 32 Abs 1 wirksam vereinbart worden sind.

Nach § 28 Abs 1 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer folgende Informationen und Vertragsbedingungen mitzuteilen: (...)

Z 3 Über Entgelte, Zinsen und Wechselkurse:

lit a) alle Entgelte, die der Zahlungsdienstnutzer an den Zahlungsdienstleister zu entrichten hat, und deren Aufschlüsselung; insbesondere auch Entgelte für eine Mitteilung der Ablehnung der Ausführung eines Zahlungsvorganges gemäß § 39 Abs 2 oder für den Widerruf gemäß § 40 Abs 3 oder für die Wiederbeschaffung eines Geldbetrages wegen fehlerhafter Kundenidentifikatoren gemäß § 35 Abs 4 Z 4.

§ 32 Abs 1 ZaDiG bestimmt:

„Erfolgt eine Einzelzahlung nicht innerhalb eines Rahmenvertrages, so hat der Zahlungsdienstleister den Zahlungsdienstnutzer in der in § 26 Abs 1 Z 2 vorgesehenen Weise und zu dem in § 26 Abs 1 oder 3 vorgesehenen Zeitpunkt die Informationen betreffend die Kundenidentifikatoren (§ 28 Abs 1 Z 2 lit b) und die Ausführungsfrist (§ 28 Abs 1 Z 2 lit e), die Entgelte (§ 28 Abs 1 Z 3 lit a) und gegebenenfalls den dem Zahlungsvorgang zugrunde zu legenden tatsächlichen Wechselkurs oder Referenzwechselkurs mitzuteilen oder zugänglich zu machen. Die übrigen in § 28 Abs 1 aufgezählten Informationen und Vertragsbedingungen sind dem Zahlungsdienstnutzer, soweit für den konkreten Zahlungsvorgang relevant, in einfacher Weise zugänglich zu machen.“

Inwieweit nun in der Verrechnung bzw in der Fortschreibung der vor Inkrafttreten des ZaDiG am 1.10.2009 klauselwidrig vorgenommenen Entgeltserhöhung zum 31.12.2009 (und in den Folgequartalen) eine Verletzung der in § 28 Abs 1 Z 3 lit a bzw in § 32 Abs 1 ZaDiG festgeschriebenen Informationspflichten und damit

ein Verstoß gegen § 27 Abs 2 ZaDiG liegen soll, zeigt der Berufungswerber nicht auf und ist ein solcher Verstoß auch nicht nachvollziehbar. Die Abweisung des Unterlassungsbegehrens zu Punkt 1.a) des Urteilsantrags war daher zu bestätigen.

2. Zu Punkt 1. b) des Urteilsbegehrens

Der Kläger vertritt auch in seinem Rechtsmittel den Standpunkt, die inkriminierte Klausel Ziffer 45 Abs 2 der AGB der Beklagten verstoße gegen § 29 Abs 1 ZaDiG, weshalb das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren zu Punkt 1.b) des Urteilsantrags stattgeben hätte müssen.

Dieser Auffassung ist beizupflichten.

Nach § 29 Abs 1 ZaDiG ist für die Änderung des Rahmenvertrages - wozu die in Ziffer 45 Abs 2 der AGB geregelte einseitige Veränderung der Entgelte für Girokonten zweifellos zählt - ein bestimmtes Procedere einzuhalten: Zunächst muss der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer beabsichtigte Änderungen des Rahmenvertrages spätestens 2 Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihrer Anwendung vorschlagen. Wurde im Rahmenvertrag eine Erklärungsfiktion iSd § 28 Abs 1 Z 6 lit a vereinbart, steht dem Verbraucher daher eine Frist von zumindest 2 Monaten für eine ausdrückliche Erklärung zu. Der Zahlungsdienstnutzer kann, sobald er den Änderungsvorschlag erhalten hat, der Änderung entweder durch Schweigen zustimmen oder innerhalb der Frist des § 29 Abs 1 Z 1 widersprechen. Ferner steht ihm auch das Recht zu, den Vertrag kosten- und fristlos zu kündigen.

§ 29 Abs 2 Satz 1 ZaDiG nimmt Änderungen der Zinssätze und der Wechselkurse von dem in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgeschriebenen Procerere aus, indem er normiert, dass diese unmittelbar und ohne vorherige Benachrichtigung angewandt werden können, sofern dieses Recht im Rahmenvertrag vereinbart wurde und die

Änderungen auf den in gemäß § 28 Abs 1 Z 3 lit b und c vereinbarten Referenzzinssätzen oder Referenzwechselkursen beruhen.

Hinsichtlich der hier strittigen Frage, ob vom Ausnahmetatbestand des § 29 Abs 2 ZaDiG ausschließlich die Anpassung von Zinssätzen und Wechselkursen, oder - wie die Beklagte meint - ganz allgemein Entgeltserhöhungen, die sich an den VPI knüpfen, erfasst sind, ist der schlüssigen und überzeugenden Argumentation Haghofers (Kundenschutz im neuen Zahlungsdienstegesetz, eolex 2009, 747) zu folgen, wonach nach § 29 Abs 2 Satz 1 ab sofort nur mehr Änderungen der Wechselkurse und der Zinssätze aufgrund einer im Rahmenvertrag enthaltenen und den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechenden Entgeltänderungsklausel einseitig vorgenommen werden können. In allen anderen Fällen einer Änderung der Entgelte muss die im § 29 Abs 1 vorgesehene Vorgangsweise eingehalten werden, also insbesondere die (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers eingeholt werden. Die in der RV enthaltenen Erläuterungen zu § 29 Abs 2 (EB zur Regierungsvorlage 207 BlgNr. 24.GP) - auf die sich die Beklagte beruft - gehen zwar (ohne nähere Begründung) davon aus, dass die geltende Praxis, nämlich die vertragliche Bindung der Entgelte iZm dem Girokonto (Kontoführungsgebühr, Bankomatkartengebühr, Buchungsgebühr usw) an den Verbraucherpreisindex und deren jährliche automatische Erhöhung, weiterhin zulässig bleibt, sofern die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG eingehalten werden. Doch findet diese subjektive Absicht des Gesetzgebers im Wortlaut des Gesetzes keinen Niederschlag und steht va auch im Widerspruch zu den abschließenden Vorgaben des Art 44 der ZahlungsdiensteRL (Haghofer, aaO 748). Aus dem Wortlaut und dem

Regelungszusammenhang des Gesetzes und der RL ergibt sich jeweils eindeutig, dass die in § 29 Abs 2 Satz 1 und Art 44 Abs 2 Satz 1 aufgezählten Fälle (Änderungen der Zinssätze und der Wechselkurse) Ausnahmen vom im § 29 Abs 1 und Art 44 Abs 1 geregelten Grundsatz sind. Das führt bei Anwendung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze zwangsläufig dazu, dass für alle im jeweiligen Abs 2 nicht angeführten Fälle der jeweilige Abs 1 maßgeblich ist. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man annehmen könnte, im Abs 2 des Art 44 seien andere Fälle übersehen worden, die man, hätte man sie bei der Schaffung der Bestimmung bedacht, ebenfalls in den Ausnahmetatbestand aufgenommen hätte, und es liege daher insofern ein planwidrige Regelungslücke vor. Dafür bietet die Entstehungsgeschichte des Art 44 keine Anhaltspunkte (Haghofer, aaO 749).

Da somit in Ziffer 45 Abs 2 der AGB der Beklagten ein von § 29 Abs 1 ZaDiG abweichender Änderungsmodus für die Entgelte vereinbart werden soll, ist die Klausel nach § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam, weshalb dem Unterlassungsbegehren zu Punkt 1. b) des Urteilsantrags in Abänderung des angefochtenen Urteils Folge zu geben war.

Zur Urteilsveröffentlichung ist auszuführen, dass deren Zweck nach § 30 KSchG iVm § 25 UWG darin liegt, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963). Nach der hier anzuwendenden Judikatur zu § 25 UWG hängt die Berechtigung des Begehrens nach Urteilsveröffentlichung davon ab, ob ein schutzwürdiges Interesse des Klägers an der Aufklärung des Publikums im begehrten Ausmaß besteht. Art und Umfang der Veröffentlichung müssen in einem angemessenen Verhältnis

zur Wirkung des Verstoßes stehen (RIS-Justiz RS0079737). Aufgrund der österreichweiten Tätigkeit der Beklagten erscheint die begehrte Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Samstag-Ausgabe der „Kronen Zeitung“ als angemessen und gerechtfertigt.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz stützt sich auf § 43 Abs 1 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf §§ 43 Abs 1, 50 ZPO.

Der Kläger hat die beiden Unterlassungsbegehren nicht gesondert bewertet, sodass diese mangels anderer Anhaltspunkte gleich zu bewerten waren. Das mit EUR 5.500,-- bewertete Veröffentlichungsbegehren bezog sich auf beide gestellten Unterlassungsbegehren. Angesichts des gleichen Prozesserfolges der Streitparteien war daher mit Kostenaufhebung vorzugehen.

Diese Grundsätze haben auch für die Kosten des Berufungsverfahrens zu gelten, sodass dem Kläger jeweils die Hälfte der Pauschalgebühr für die Klage und die Berufung zuzusprechen war.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes gründet auf § 500 Abs 2 ZPO, wobei kein Grund ersichtlich war, von der Bewertung des Klägers abzugehen.

Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil - soweit überblickbar - zur grundsätzlichen Frage, ob die in der hier beanstandeten Klausel Ziffer 45 Abs 2 der AGB der Beklagten enthaltene Indexklausel gegen § 29 Abs 1 ZaDiG verstößt, keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliegt.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 15. März 2011

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG