



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch die Richterin Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **DenizBank Aktiengesellschaft**, 1030 Wien, Thomas-Klestil-Platz 1, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert € 36.000,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

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

a. *Über Absatz (1) hinausgehende Änderungen der Leistungen des Kunden sowie Änderungen der Leistungen des Kreditinstituts sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Derartige Änderungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde dem Kreditinstitut seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens schriftlich mitgeteilt hat. Die oben genannte Mitteilung an den Kunden kann in jeder Form erfolgen, die mit ihm vereinbart worden ist. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Mitteilung darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. (Z 44 Abs 2)*

b. *Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste (insbesondere des Girovertrags) vereinbarten Entgelte (einschließlich Soll- und Habenzinsen, soweit die Änderung nicht aufgrund der Bindung des Zinssatzes an einem Referenzzinssatz erfolgt) und die Einführung von Entgelten sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Derartige Änderungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten*

Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde dem Kreditinstitut seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens schriftlich mitgeteilt hat. Die oben genannte Mitteilung an den Kunden kann in jeder Form erfolgen, die mit ihm vereinbart worden ist. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Mitteilung darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch hierauf wird das Kreditinstitut in seiner Mitteilung an den Kunden hinweisen.

Eine einzelne Änderung von Entgelten im Sinne dieses Absatzes ist mit einer Erhöhung von maximal 15 Prozent des zuletzt gültigen Entgelts begrenzt. (Z 45 Abs 1)

Das Gleiche gilt für die Vereinbarung von Änderungen von in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste vereinbarten Leistungen der Bank sowie die Vereinbarung einer Einführung neuer zusätzlich zu entgeltender Leistungen. (Z 45 Abs 2)

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen vier Monaten zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2. 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 Teils 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. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 5.755,08 (darin enthalten € 727,68 Umsatzsteuer und € 1.393,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die **Klägerin** beehrte wie im Spruch ersichtlich und brachte vor, dass die Beklagte im Firmenbuch des Handelsgericht Wien zu FN142199 t protokolliert sei, das Bankgeschäft

betreibe und ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet anbiete. Die Beklagte sei Unternehmerin im Sinne des § 1 KSchG, sie trete im Rahmen ihrer Tätigkeit regelmäßig in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG und verwende dabei Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die Klägerin führte zu Klausel Z 44 Abs 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus, dass der Umfang der Leistungsänderung des Kunden und des Kreditinstituts im Wege einer fingierten Zustimmung unbestimmt bleibe. Die uneingeschränkte Möglichkeit des AGB-Verwenders, das Äquivalenzverhältnis mittels Zustimmungsfiktion erheblich zu seinen Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, sei gröblich benachteiligend für den Kunden. Durch den Verweis auf Absatz 1 seien lediglich jährliche Entgeltanpassungen, wie diese in Absatz 1 beschrieben werden, nicht umfasst. Was genau mit „über Absatz 1 hinausgehende Änderungen“ gemeint sei, bleibe für den Konsumenten jedenfalls unbestimmt und lasse bei kundenfeindlichster Auslegung sämtliche Änderungen, welche nicht gerade unter Absatz 1 fallen, zu. Dass eine schrankenlose Änderungsmöglichkeit allein deshalb nicht vorläge, weil der Verbraucher der angebotenen Änderung (durch Schweigen) zustimmen müsse, stehe im Widerspruch zur Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes in seinen Entscheidungen 1 Ob 210/12 g und 2 Ob 131/12 x.

Für den Kunden sei es gröblich benachteiligend und überraschend im Sinne des § 864a ABGB, dass er seinen Widerspruch in Schriftform abgeben müsse, während die Beklagte die Mitteilung über die Änderung in jeder Form, die vereinbart wurde, abgeben dürfe. Für den Konsumenten erwecke eine Vereinbarung, wonach die Bank mündliche Mitteilungen ihm gegenüber wirksam setzen kann, den Anschein, dass er diese Möglichkeit genauso in Anspruch nehmen könne. Es liege daher ganz offensichtlich eine Äquivalenzstörung zwischen den Möglichkeiten der Beklagten und jenen des Konsumenten vor.

Ein weiterer Verstoß gegen § 864a ABGB liege vor, da der erste Teil der Klausel in einer Weise textiert sei, der vermuten lasse, dass Änderungen nur einvernehmlich im Sinne einer tatsächlich von beiden gewollten Vertragsänderung erfolgen können („... *nur mit Zustimmung des Kunden möglich*“). Die nachfolgende Eingriffsmöglichkeit sei aufgrund dieser Einleitung jedenfalls überraschend.

Zwar spreche die Klausel davon, dass eine Zustimmung des Kunden für eine Änderung der Entgelte bzw des Leistungsumfanges notwendig sei, de facto komme die Klausel in ihrer Auswirkung jedoch einer einseitigen Entgelt- und Leistungsumfangsänderungsklausel gleich. Dies deshalb, weil der Kunde, wenn er sich nicht den Wünschen des Kreditgebers fügt, mit negativen Folgen zu rechnen habe oder zumindest begründete Furcht davor habe. Wenn daher formal von einer einvernehmlichen Änderung gesprochen werde, laufe es doch im Endeffekt auf eine einseitige Änderung hinaus. Die Klausel verstoße daher auch gegen § 6

Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da nicht die dort umschriebenen Voraussetzungen bzw Einschränkungen, die eine solche Änderungsmöglichkeit rechtfertigen, enthalten seien.

Dass sich die Beklagte an ein Muster des österreichischen Bankenverband gehalten habe, sei irrelevant, denn der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG sei verschuldensunabhängig.

Zu Klausel Z 45 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen brachte die Klägerin vor, dass diese Klausel die Mitteilung an den Kunden über die Änderung des Rahmenvertrags in jeder Form vorsehe, die mit ihm vereinbart worden sei. Dies widerspräche dem Zahlungsdienstegesetz, wonach gemäß § 29 Abs 1 Z 1 iVm § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 2 der Zahlungsdienstleister eine Änderung des Rahmenvertrags in Papierform oder, wenn der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen habe. Die gewählte Formulierung „in jeder Form“ sei jedenfalls weiter als die in § 26 Abs 1 Z 1 Zahlungsdienstegesetz gewählte Formulierung „anderen dauerhaften Datenträger“. Diese Tatsache ändere auch die Argumentation der Beklagten nicht, dass realistischerweise lediglich die Schriftlichkeit oder die Übermittlung auf einem anderen elektronischen Datenträger in Frage komme. Im Verbandsprozess sei vom Wortlaut der Klausel auszugehen und sei eine abbrechende Handhabung der beklagten Partei für die Beurteilung der Unzulässigkeit der Klausel irrelevant. Es widerspräche bereits dem Wortlaut, dass „mit jeder vereinbarten Form“ nur beide im Zahlungsdienstegesetz erlaubten Formen gemeint sein können.

Die Voraussetzung der Schriftlichkeit des Widerspruchs stelle eine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar. § 29 Abs 1 Z 2 ZaDiG sehe lediglich vor, dass der Zahlungsdienstnutzer eine etwaige Ablehnung der Änderung des Rahmenvertrages anzeigen müsse. Es werde nicht eine bestimmte Form, auch nicht die Schriftlichkeit, vorausgesetzt. Die gröbliche Benachteiligung sei umso eindeutiger, als die AGB vorsehen, dass die Beklagte ihrerseits in jeder Form, die vereinbart wurde, die Änderung mitteilen dürfe. Bei kundenfeindlichster Auslegung des Wortlautes stehe dem Erfordernis der Schriftlichkeit auf Seiten des Konsumenten bei einer etwaigen Ablehnung der Änderung des Rahmenvertrages, die Anzeige der Änderung auf Seiten der Beklagten in jedweder vereinbarten Form gegenüber. Selbst wenn man im § 29 Abs 1 Z 2 ZaDiG, entgegen der ausdrücklichen Anordnung im § 26 Abs 6 ZaDiG, nur eine dispositive Norm sehe, läge zumindest ein Missverhältnis der vergleichbaren Positionen der Beklagten und des Verbrauchers, sowie eine Abweichung von dispositivem Recht jeweils ohne sachliche Rechtfertigung vor.

Weiters sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vor, dass

Änderungen der Entgelte (einschließlich Soll- und Habenzinsen, sowie die Änderung nicht aufgrund der Bindung des Zinssatzes an einen Referenzzinssatz erfolge) mittels Erklärungsfiktion geändert werden können. Die §§ 28, 29 ZaDiG legen nur Informationspflichten fest, regeln aber nicht, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine geänderte Vertragsbestimmung wirksam sei. Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dürfe man von einem Verbraucher nicht ein höheres Entgelt verlangen als vereinbart, es sei denn, der Vertrag sehe bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vor. Die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände seien im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt und ihr Eintritt hänge nicht vom Willen des Unternehmers ab. Gemäß § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sei eine nicht im Einzelnen ausverhandelte Klausel unzulässig, nach der der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen könne, es sei denn, die Änderung bzw Abweichung sei dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt sei. Die Zustimmungsfiktionen, wie die vorliegende, laufen in der Praxis weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinaus. Daher müssen im Wege einer Erklärungsfiktion vorbehaltene Anpassungen des ursprünglichen Preis-Leistungsverhältnisses in gleicher Weise wie bei „klassischen“ Preis-/Leistungsänderungsklauseln dem Grunde und der Höhe nach an ausreichend bestimmte Meter gebunden sein und § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen. Diese Bestimmungen seien zwar auf Zustimmungsfiktionen nicht direkt anwendbar, doch geben sie darüber Aufschluss, was der Gesetzgeber bei der Begründung einer einseitigen Leistungs- oder Preisänderungsbefugnis des Unternehmers als jedenfalls unzulässig ansehe. Da der Katalog des § 6 KSchG ohnehin nur insbesondere § 879 Abs 3 ABGB demonstrativ konkretisiere, können und müssen diese Vorgaben im Wege der Generalklausel auch auf andere formularmäßige Preis- und Leistungsänderungsvorbehalte übertragen werden, die aus der Sicht des Unternehmers den gleichen Zweck erfüllen und mit denen aus Sicht des Verbrauchers im praktischen Ergebnis die gleichen Risiken verbunden seien. Es können daher nach § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG unangemessene einseitige Preis- und Leistungsänderungsklauseln auch nicht über den Umweg einer vertraglichen Zustimmungsfiktion wirksam vereinbart werden.

Eine Regelung, wonach pro Entgeltänderung eine Erhöhung um bis zu 15 Prozent ohne weiteres zulässig sei, sei bereits deshalb unzulässig, weil die Erhöhungsbefugnis nicht entsprechend § 6 Abs 1 Z 5 KSchG an das Vorliegen sachlicher und vom Willen des Unternehmers unabhängiger Gründe gebunden werde, die in der Klausel bestimmt angeführt sein müssen. Außerdem könne durch zeitlich knappe Erhöhungen auch bei einer 15 Prozent-Grenze ein stetiger und letztendlich auch grenzenloser Anstieg der Kosten erreicht werden. § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, der dem Unternehmer bei Einhaltung der dort festgelegten Voraussetzungen Vertragsanpassungen mittels Erklärungsfiktion erlaube, beschreibe lediglich

Vertragsbestimmungen, welche einen absolut abzulehnenden Grad an Unangemessenheit erreichen und die daher für einen Verbraucher schon wegen ihres objektiven Inhalts jedenfalls nicht verbindlich seien, selbst wenn sie das Ergebnis völlig freier Vertragsverhandlungen waren. Alleine der Umstand, dass eine Vertragsbestimmung in vom Verwender einseitig vorformulierten AGB enthalten sei, denen sich der Verbraucher auf der Grundlage verdünnter Willensfreiheit unterwerfen müsse, bedinge daher einen gegenüber § 6 Abs 1 KSchG strengeren Prüfungsmaßstab. Aus diesem Grund könne eine AGB-Klausel, die einer Inhaltskontrolle nach einem der Tatbestände des § 6 Abs 1 KSchG standhält, dennoch nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam sein. Klauseln ohne inhaltliche Grenzen zur Änderungsbefugnis von ihren Leistungen und den vom Kunden zu zahlenden Entgelten seien gröblich benachteiligend. Der Umfang der Leistungsänderungen im Wege einer fingierten Zustimmung bleibe unbestimmt und verstoße daher gegen § 6 Abs 3 KSchG.

Das Zahlungsdienstegesetz regle nicht, unter welchen Voraussetzungen eine vertragliche Zustimmungsfiktion wirksam sei. § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG sehe nur vor, dass der Zahlungsdienstnutzer vor Abgabe seiner vertraglichen Erklärung über eine im angebotenen Rahmenvertrag allenfalls enthaltene Zustimmungsfiktion informiert werden müsse. Außerdem ordne § 29 Abs 1 Z 2 ZaDiG eine nochmalige Informationspflicht des Zahlungsdienstleisters und ein sofortiges kostenloses Kündigungsrecht des Kunden, für den Fall an, dass es aufgrund einer vereinbarten Zustimmungsfiktion zu Änderungen des Rahmenvertrages komme. Die Wirksamkeit der Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion in Zahlungsdienst-Rahmenverträgen bestimme sich daher weiterhin nach den Vorgaben im § 6 KSchG und § 879 ABGB.

Zum Veröffentlichungsbegehren brachte die klagende Partei vor, dass die beklagte Partei die inkriminierte Klausel im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern laufend verwende, sodass Wiederholungsgefahr bestehe. Die klagende Partei habe vor Klageeinbringung die Beklagte mit eingeschriebenem Brief vom 25. September 2014 aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben. Die Abgabe einer derartigen Erklärung habe die Beklagte abgelehnt, weswegen die Wiederholungsgefahr indiziert sei. Zweck der Urteilsveröffentlichung sei es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um von Nachteilen geschützt zu sein. Durch die Aufklärung werde die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und es werde ihnen somit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen. Dies gelte insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträge noch die inkriminierte Klausel zugrunde gelegt worden seien. Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liege bei der Verbandsklage nach dem KSchG, daher auch darin,

dass der Rechtsverkehr bzw die Verbraucher als Gesamtheit des Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen und Geschäftspraktiken gesetz- bzw sittenwidrig seien. Die beklagte Partei habe mittlerweile in Österreich rund 155.000 Kunden. Sie verfüge aktuell über 25 Filialen in Österreich, wobei in jedem Bundesland zumindest eine Filiale betrieben werde. Darüber hinaus vertreibe die beklagte Partei ihre Produkte auch über die österreichweite Website <http://denizbank.at>. Die begehrte Urteilsveröffentlichung sei daher zweckmäßig und angemessen. Es handle sich bei den aktuellen und potentiellen Kunden der Beklagten um einen namentlich nicht überblickbaren Personenkreis, der auf das gesamte Bundesgebiet verteilt sei, sodass die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung geboten sei. Es sei notorisch, dass Personen, die im Burgenland leben, wo die Beklagte keine Filiale betreibe, in Wien oder Niederösterreich arbeiten. Durch eine Veröffentlichung in der Samstagausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen-Zeitung“ würden Personen, unabhängig von ihrem Arbeitsort, an ihrem Wohnsitz erreicht.

In eventu begehrte die Klägerin, dass ihr die Ermächtigung erteilt werde, dem klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft in einem vom Gericht festzulegenden Medium auf Kosten der Beklagten in einem vom Gericht festzulegenden Umfang zu veröffentlichen.

Eine Änderung der AGB sei in wesentlich kürzerer Zeit, als binnen 6 Monaten, möglich.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte vor, dass die Klauseln der von ihr verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstießen.

Zu Ziffer 44 Abs 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen führte die Beklagte aus, dass es sich nicht um eine Klausel handle, die Änderungen des Vertrages über eine Zustimmungsfiktion nahezu unbeschränkt zulasse, vielmehr besage die Klausel lediglich, dass Entgelterhöhungen, also Vertragsanpassungen, die über jene in Abs 1 konkret beschriebene hinausgehen, über eine Zustimmungsfiktion, die den gesetzlichen Erfordernissen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspreche, möglich seien. Abs 1 beschreibe genau, wie und unter welchen Umständen die mit dem Verbraucher vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut erbrachten Dienstleistungen jährlich angepasst werden. Der angefochtene Abs 2 der Z 44 sei demnach so zu verstehen, dass lediglich zahlenmäßige Änderungen, die über die jährliche Entgeltanpassung hinausgehen, von der Zustimmungsfiktion umfasst seien. Weiters seien beide Klauseln in Abschnitt V. unter der Überschrift „Entgelte für Leistungen und Aufwandsersatz“ veröffentlicht, und könne sich Abs 2 im Zusammenhang mit Abs 1 daher nur auf solche Leistungen und Aufwandsersätze beziehen und nicht auf das gesamte

Leistungsspektrum der beklagten Partei. Der OGH habe in den Entscheidungen 1 Ob 210/12g und 2 Ob 131/12x ausgesprochen, dass Klauseln, die Änderungen zugunsten der Bank in jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zulassen, rechtswidrig seien. Eine solche Änderungsmöglichkeit liege gerade nicht vor. Die Vertragsänderungsmöglichkeit sei schon deshalb nicht unbeschränkt, da es sich nicht um ein einseitiges Gestaltungsrecht handle, sondern der Kunde der angebotenen Änderung nach der Allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zustimmen müsse. Ohne Annahme, dass Kunden, komme es daher zu keiner Änderung des Vertragsinhaltes, weshalb keine schrankenlose Änderungsmöglichkeit vorliege.

Die Beklagte habe sich im bei der Formulierung ihrer AGB Stand August 2013 im Allgemeinen sehr stark am vom österreichischen Bankenverband bereitgestellten Muster für AGB orientiert. So habe sie zur Klausel Z 44 Abs 2 den ersten Satz wortgleich von den Musterbestimmungen des Bankenverbandes übernommen. Auch der restliche Teil decke sich inhaltlich mit der Musterbestimmung des Bankenverbandes.

Das Schriftlichkeitserfordernis an den Widerruf für den Konsumenten sei nicht gröblich benachteiligend und überraschend im Sinne des § 864a ABGB. Eine Vertragsklausel verstoße gegen § 864a ABGB, wenn sie dem anderen Vertragsteil nachteilig ist und er nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht damit rechnen brauche, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen. Allein, dass die Klausel die Bestimmung enthalte, dass der Änderungsvorschlag in jeder Form, die vereinbart worden sei, ergehen könne, entstehe durch die Anforderung der Schriftlichkeit an den Widerspruch kein Überraschungseffekt iSd OGH Rechtsprechung. Es sei für den Kunden nicht überraschend, dass der Widerruf schriftlich zu erfolgen habe, da allgemein bekannt sei, dass die schriftliche Form der Kommunikation, die im Geschäftsverkehr am weitest verbreitet ist. Weiters untersage § 6 Abs 1 Z 4 KSchG nur die Vereinbarung einer strengeren Form als der Schriftform zu Lasten des Verbrauchers. Eine gröbliche Benachteiligung bzw Überraschung liege daher allein schon deshalb nicht vor, da die Anforderungen des KSchG eindeutig eingehalten wurden.

Die gegenständliche Klausel verstoße weder gegen § 879 Abs 3 ABGB, noch § 6 Abs 3 KSchG, noch § 864a ABGB. Die Formulierung, wonach „darüber hinausgehende Änderungen nur mit Zustimmung des Kunden möglich sind“, sei keine für den Kunden überraschende Klausel. Die Tatsache, dass die Zustimmung auch durch Stillschweigen erteilt werden könne, ändere nichts daran, dass die Zustimmung notwendig sei, um die Vertragsanpassung durchzuführen. Den Erfordernissen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sei Rechnung getragen worden und liege daher ein Verstoß gegen § 864a ABGB jedenfalls nicht vor.

Da die inkriminierte Klausel keine einseitige Änderungsmöglichkeit darstelle, scheidet ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG aus, da beide Bestimmungen auf die

Klausel nicht anwendbar seien.

Zu Klausel Z 55 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen brachte die Beklagte vor, dass es jedem verständigen Leser und jedenfalls dem Durchschnittskonsumenten beim Lesen dieser Klausel klar sei, dass mit der Formulierung „die Mitteilung an den Kunden kann in jeder Form erfolgen, die mit ihm vereinbart worden ist“, eben jene beiden im Zahlungsdienstegesetz vorgeschriebenen Formen zu verstehen seien, nämlich die Schriftlichkeit und die Übermittlung auf einem anderen (elektronischen) Datenträger. Es können nur die beiden im Zahlungsdienstegesetz erlaubten Formen gemeint sein. Die Formulierung könne nicht so verstanden werden, dass auch mündliche Mitteilungen gemeint seien, da im geschäftlichen Verkehr zwischen Bank und Bankkunden mündliche Erklärungen, denen vertragsgestaltende Wirkung zukommen solle, mehr als unüblich seien. Die Möglichkeit für die Beklagte, Änderungen des Vertrages durch mündliche Erklärungen zu ermöglichen, würde nicht wirklich zu deren Vorteil gereichen, da die Beklagte im Bestreitungsfall durch einen Kunden und die Behauptung, dass die Mitteilung nicht zugegangen sei, beweispflichtig wäre. Deshalb werde die Formulierung wohl kaum darauf abzielen, vertragsgestaltende Mitteilungen mündlich zu tätigen oder sich auch nur diese Möglichkeit einräumen zu lassen. Es sei ohnedies nicht erforderlich, gesetzliche Beschränkungen, nämlich gegenständlich die Beschränkungen des Zahlungsdienstegesetzes, in AGB zu erwähnen.

Die Voraussetzung der Schriftlichkeit des Widerspruchs sei keine gröbliche Benachteiligung des Konsumenten iSd § 879 Abs 3 ABGB. Dass § 29 Abs 1 Z 2 ZaDiG keine bestimmte Form für eine Ablehnung der Änderung des Rahmenvertrages vorschreibe, lasse jedenfalls nicht darauf schließen, dass die Vereinbarung eines Schriftlichkeitserfordernisses gröblich benachteiligend sei. Die schriftliche Kommunikationsform sei im Verhältnis eines Bankkunden zu seiner Bank, die durchaus übliche und könne das Erfordernis der Schriftlichkeit schon deshalb nicht gröblich benachteiligend sein. Auch im Vergleich mit den Erfordernissen an die Mitteilungserteilung durch die Beklagte liege keine gröbliche Benachteiligung vor, da die Formulierung „in jeder Form, die vereinbart worden ist“ die beiden vom Zahlungsdienstegesetz vorgesehenen Mitteilungsformen, sprich Papierform oder andere dauerhafte Datenträger, umfasse.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 4 KSchG seien solche Vertragsbestimmungen in Sachen des § 879 ABGB für den Verbraucher nicht verbindlich, nach denen eine vom Verbraucher dem Unternehmer oder einem Dritten abzugebende Erklärung einer strengeren Form als der Schriftform zu genügen habe. Das Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit verstoße nach dem klaren Wortlaut der Norm daher nicht im § 6 Abs 1 Z 4 KSchG. Auch nach der Judikatur des OGH in 7 Ob 216/11g sei die Vereinbarung einfacher Schriftlichkeit erlaubt und verstoße nicht gegen § 6 Abs 1 Z 4 KSchG. Auch dass der Schriftformvorbehalt nicht für Erklärungen des

Unternehmers gelten soll, stelle keine einseitige Benachteiligung des Konsumenten dar, sondern trage der Bestimmung des § 10 Abs 3 KSchG Rechnung. Es stelle daher keine einseitige Benachteiligung des Konsumenten dar, dass der Schriftformvorbehalt nicht auch für Erklärungen des Unternehmers gelten solle.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG befassen sich mit der einseitigen Leistungsänderung durch den Unternehmer. Es werde somit die Zulässigkeit bestimmter einseitiger Gestaltungsrechte durch den Unternehmer geregelt. Die inkriminierte Klausel stelle aber gerade keine einseitige Vertragsänderungsklausel im Sinne eines Gestaltungsrechts dar. Vielmehr bedürfe die Vertragsänderung nach der inkriminierten Klausel der Zustimmung des Kunden, mag sie auch in Stillschweigen bestehen, daher seien die § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG nicht anwendbar. Für die Beurteilung der Zulässigkeit der inkriminierten Klausel sei § 6 Abs 1 Z 2 KSchG anzuwenden. Die inkriminierte Klausel erfülle sämtliche Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Darüber hinaus erfülle die Klausel alle Erfordernisse nach dem Zahlungsdienstegesetz, insbesondere jene der § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 28 Abs 1 Z 6 und § 29 ZaDiG. Würde man § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG auch auf zweiseitige Vertragsänderungsklauseln anwenden, wäre die Vereinbarung von Zustimmungsfiktionen im Bereich der Hauptleistungen für den Unternehmer nicht mehr zweckmäßig und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG hätte insofern im Bereich der Änderungen der Hauptleistungen keinen eigenständigen sinnvollen Anwendungsbereich. Die Beklagte sei, wie zuletzt vom OGH zu 3 Ob 107/11y festgestellt, durch die Bestimmungen des ZaDiG zu der gewählten Formulierung gezwungen. Demnach dürfen, im Rahmenvertrag zwischen Zahlungsdienstleister und Kunden, nur für Wechselkurse und Zinsen Änderungen durch Gleitklauseln vereinbart werden. Für alle übrigen Entgeltänderungen sei die in § 29 Abs 1 ZaDiG vorgesehene Vorgangsweise einzuhalten. Die Beklagte mache nichts anderes, als die gesetzlich vorgesehene Vorgangsweise einzuhalten.

Selbst wenn man mit der neueren Rechtsprechung des OGH der Ansicht folge, dass die vertragliche Vereinbarung einer Erklärungsfiktion, obwohl diese den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG genüge, in bestimmten Fällen dennoch materiell unzulässig sein könne, sei darauf zu verweisen, dass im gegenständlichen Fall eine solche Konstellation jedenfalls nicht vorliege. Der Oberste Gerichtshof habe in 1 Ob 210/12g beanstandet, dass die Änderung des Vertrages über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt möglich gewesen sei. Die dort gegenständliche Klausel habe nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lassen. Der Oberste Gerichtshof habe jedoch festgehalten, dass nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig sei. Zustimmungsfiktionen, über welche keine unbeschränkten Vertragsänderungen möglich sei, seien zulässig. Maßstab für die Prüfung der Zulässigkeit

nach Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes sei jedenfalls nicht, wie von der Klägerin unrichtigerweise vorgebracht, die §§ 6 Abs 1 Z 5 und 6 Abs 2 Z 3 KSchG, sondern einzig, ob die Klausel Vertragsänderungen gänzlich unbeschränkt zulässt. Im gegenständlichen Fall liege mit Sicherheit keine unbeschränkte Änderungsmöglichkeit im Sinne der jüngsten Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes vor. Die inkriminierte Klausel beziehe sich lediglich auf die konkrete Änderung von Entgelten in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste. Allein durch die Tatsache, dass ausschließlich konkrete Entgeltänderungen von der Anpassungsmöglichkeit über Zustimmungsfiktion umfasst seien, ergebe sich bereits, dass Änderungen hier nicht nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt möglich seien. Weiters werde die Änderungsmöglichkeit in Z 45 Abs 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch zusätzlich eingeschränkt, indem einzelne Entgeltanpassungen jeweils mit einer Erhöhung von maximal 15 Prozent des zuletzt gültigen Entgelts begrenzt werden.

Selbiges gelte auch für Abs 2 der Z 45. Die Änderungsmöglichkeit gelte ausschließlich für vereinbarte Leistungen in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste. Der Änderungsmöglichkeit seien schon deshalb Grenzen gesetzt, da es sich nicht um ein einseitiges Gestaltungsrecht handle, sondern der Kunde der angebotenen Änderung nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zustimmen müsse.

Erklärend sei noch hinzuzufügen, dass die beanstandete Klausel Z 45 im Geschäftsverkehr zwischen der Beklagten und deren Kunden praktisch kaum zur Anwendung komme. Girokonten stellen im Angebotsspektrum der Beklagten ein reines Randprodukt dar, das nur auf konkrete Nachfrage des Kunden vergeben werde. Insgesamt habe die Beklagte in Österreich nur 471 Girokonten an Privatkunden und 435 Girokonten an Firmenkunden vergeben.

Zum Veröffentlichungsbegehren brachte die Beklagte vor, dass kein schutzwürdiges Interesse der klagenden Partei bestehe, da die beiden Unterlassungsbegehren nicht gerechtfertigt seien.

Bei der Beurteilung des Veröffentlichungsbedürfnisses dem Ausmaß nach seien die Aspekte der aufklärungsrelevanten Öffentlichkeit und der Aufklärungswahrscheinlichkeit zu beachten. Dabei komme es auf die Art der Verbreitung und die tatsächlich erreichten und potentiell erreichbaren Adressaten der (potentiell) rechtswidrigen Veröffentlichung an. Der Fokus der Beklagten liege im Bereich des Online-Bankings. Die Kernklientel der Beklagten sei daher der internetaffinen Gesellschaftsschicht zuzurechnen. Eine Veröffentlichung im bei weitem auflagenstärksten österreichischen Printmedium sei daher überschießend. Die Tatsache, dass die Beklagte mittlerweile in Österreich ein schlankes Filialnetz aufgebaut habe, könne ein derart umfangreiches Veröffentlichungsbegehren in keiner Form rechtfertigen. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Beklagte keine Filiale im Burgenland betreibe, daher das

Vorbringen der klagenden Partei unrichtig sei, wonach Filialen in sämtlichen Bundesländern betrieben würden. Der Adressatenkreis der AGB sei kein unüberblickbarer Personenkreis. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden in der Regel von Kunden oder von Personen, die das Eingehen eines Vertragsverhältnis mit dem Verwender anstreben, gelesen. Der Adressatenkreis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei somit ein klar überblickbarer und um ein Vielfaches kleinerer, als jener einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung. Selbst wenn das Gericht zur Ansicht gelangen sollte, dass ein Anspruch der klagenden Partei auf Veröffentlichen zu Recht bestehe, so wäre in Anbetracht der Tatsache, dass der Fokus der Beklagten im Bereich des Online-Bankings liege, eine Veröffentlichung auf der Homepage der Beklagten jedenfalls angemessen und ausreichend. Bei der Angemessenheitsprüfung seien im Rahmen der Interessenabwägung auch die Interessen der Beklagten zu berücksichtigen. Dabei sei insbesondere darauf zu verweisen, dass die Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe der bundesweit erscheinenden Kronen-Zeitung die Beklagte finanziell unbillig hart treffen würde. Durch die Veröffentlichung in einer Samstagsausgabe werden Pendler an ihrem Wohnsitz nicht erreicht.

Eine angemessene Frist für das Unterlassungsbegehren betrage sechs Monate.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Denizbank AG, Fassung August 2013 (Beilage ./1), die Muster-Allgemeinen Geschäftsbedingungen des österreichischen Bankenverbandes (Beilage ./2), den Ausdruck der Homepage der Beklagten vom 3. Dezember 2014 (Beilage ./A), sowie den Ausdruck des Filialnetzes von der Homepage der Beklagten vom 3. Dezember 2014.

Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Beklagte ist eine im Firmenbuch des Handelsgericht Wien zu FN142199t protokollierte Aktiengesellschaft. Sie betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an, wo sie – ausser im Burgenland- dzt 26 Filialen betreibt. Ihre Kundenzahl gab sie 2013 mit 145.000 an. Im Rahmen ihrer Tätigkeit tritt die Beklagte regelmäßig in rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG, dies in ganz Österreich. In den dabei verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Fassung August 2013, finden sich unter anderem folgende Klauseln:

V. ENTGELTE FÜR LEISTUNGEN UND AUFWANDERSATZ

A. (...)

B. Entgelts- und Leistungsänderungen gegenüber Verbrauchern außerhalb der Zahlungsdienste

Z 44. (1) (...)

(2) Über Absatz (1) hinausgehene Änderungen der Leistungen des Kunden sowie Änderungen der Leistungen des Kreditinstituts sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Derartige Änderungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde dem Kreditinstitut seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens schriftlich mitgeteilt hat. Die oben genannte Mitteilung an den Kunden kann in jeder Form erfolgen, die mit ihm vereinbart worden ist. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Mitteilung darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt.

(3) (...)

C. Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste mit Verbrauchern vereinbarten Leistungen des Kreditinstituts und Entgelte des Kunden.

Z 45. (1) Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste (insbesondere des Girovertrages) vereinbarten Entgelte (einschließlich Soll- und Habenzinsen, soweit die Änderung nicht aufgrund der Bindung des Zinssatzes an einen Referenzzinssatz erfolgt) und die Einführung von Entgelten sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Derartige Änderungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem geplanten Zeitpunkt ihres Inkrafttretens vorgeschlagen. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt und die Änderungen gelten damit als vereinbart, wenn der Kunde dem Kreditinstitut seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens schriftlich mitgeteilt hat. Die oben genannte Mitteilung an den Kunden kann in jeder Form erfolgen, die mit ihm vereinbart worden ist. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Mitteilung darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen im oben genannten Sinne als Zustimmung zur Änderung gilt. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen. Auch hierauf wird das Kreditinstitut in seiner Mitteilung an den Kunden hinweisen.

Eine einzelne Änderung von Entgelten im Sinne dieses Absatzes ist mit einer Erhöhung von maximal 15 Prozent des zuletzt gültigen Entgelts begrenzt.

(2) Das gleiche gilt für die Vereinbarung von Änderungen von in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste vereinbarten Leistungen der Bank sowie die Vereinbarung der Einführung

neuer zusätzlich zu entgeltender Leistungen.

Mit eingeschriebenem Brief vom 25.9.2014 wurde die beklagte Partei durch die klagende Partei betreffend dieser Klauseln abgemahnt. Die beklagte Partei hat eine strafbewährte Unterlassungserklärung innerhalb der gesetzten Frist jedoch nicht abgegeben.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergaben sich aus einer Würdigung der vorgelegten Beilagen. Die beklagte Partei hat die Verwendung der strittigen Klauseln nicht bestritten, vielmehr legte sie selbst mit Beilage ./1, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung August 2013 vor. Die erfolgte Abmahnung und Nichtabgabe der strafbewährten wurde von der beklagten Partei nicht bestritten. Infolge Spruchreife war von weiteren Beweisanträgen Abstand zu nehmen, da nur mehr Rechtsfragen zu klären waren.

Rechtliche Beurteilung

Die klagende Partei ist nach § 29 Abs 1 KSchG legitimiert, Unterlassungsansprüche nach § 28 und § 28a KSchG geltend zu machen.

Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden gemäß § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Vertragspartner nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungspflichten festlegt, ist gemäß § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligen.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind für Verbraucher Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 Abs 3 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.

Unwirksam ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung gemäß § 6 Abs 3 KSchG auch dann, wenn sie unklar oder

unverständlich abgefasst ist („Transparenzgebot“).

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen und danach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RS0016590).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein Raum. Ziel des KSchG ist es, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Der Richter hat nicht die Aufgabe, sich durch geltungserhaltende Reduktion zum Sachwalter des Verwenders der AGB zu machen. (RS0038205)

Die einzelnen Klauseln:

Zur Klausel Z 44 Abs 2:

Das Schriftformerfordernis der Ablehnung ist keine überraschende Klausel iSd § 864a ABGB. Wie von der beklagten Partei vorgebracht, ist im Geschäftsverkehr die schriftliche Form der Kommunikation nicht ungewöhnlich. Es stellt jedoch eine Ungleichbehandlung des Verbrauchers dar, dass sich dieser nur der Schriftform bedienen kann, die beklagte Partei hingegen „jeder Form [...] die mit ihm vereinbart worden ist“. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung liegt nicht vor, weswegen die Klausel als gröblich benachteiligend einzustufen ist.

Der Kläger stellt nicht in Frage, dass die in der inkriminierten Klausel enthaltene Zustimmungsfiktion den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht. Nach der Rechtsprechung des OGH ist die Zulässigkeit einer solchen Klausel trotzdem nach § 6 Abs 3 KschG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen (RS0128865).

Eine Klausel, die Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß unbeschränkt zulässt und nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen lässt, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile schützen könnte, verstößt gegen das Transparenzgebot. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Klausel eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Verwenders der AGB in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zulässt. Es ist jedoch nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion unzulässig, sondern nur eine völlig uneingeschränkte. (RS0128865)

Entgegen dem Vorbringen der Beklagten wird die inkriminierte Klausel nicht durch den Verweis auf Abs 1 (der Z 44 AGB) inhaltlich auf zahlenmäßige Änderungen oder Änderungen

in Bezug auf die in Abs 1 genannte Dauerleistungen eingeschränkt, sondern lässt sie Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Die Formulierung „Über Absatz (1) hinausgehende Änderungen der Leistungen des Kunden sowie Änderungen der Leistungen des Kreditinstituts...“ schließt gerade eine solche inhaltliche Einschränkung aus. Es bleibt völlig unbestimmt, welche Leistungen die beklagte Partei über eine Zustimmungsfiktion ändern kann, ebenso der Umfang der Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte, weswegen die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG verstößt.

Die von der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB ausgenommene Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten ist möglichst eng zu verstehen. Nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, sollen der Inhaltskontrolle entzogen sein, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RS0016908 T1, T5). Die zu beurteilende Klausel ermöglicht eine weitgehende Änderung von Leistungen, auch von Hauptleistungspflichten, bestimmt aber nicht Art, Umfang und Güter dieser Leistungen.

Durch die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB wurde eine objektive Äquivalenzstörung und "verdünnte Willensfreiheit" berücksichtigendes bewegliches System geschaffen. Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vor, wenn sie unangemessen ist. (RS0016914)

Wie von der klagenden Partei zutreffend vorgebracht, bleibt der Umfang der Leistungsänderungen des Kunden und des Kreditinstituts im Wege einer fingierten Zustimmung unbestimmt. Sie lässt eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Beklagten in nahezu jede Richtung unbeschränkt zu und ermöglicht damit eine Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistungen zu Gunsten der beklagten Partei und damit eine Entwertung der Position des Vertragspartners (1Ob210/12g). Die Klausel ist daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die Berufung auf die Muster-AGB des österreichischen Bankenverbandes ist nicht relevant, da die gesetzmäßige Formulierung von AGB Sache des Verwenders ist.

Zur Klausel Z 45:

Das ZaDiG sieht vor, dass relevante Informationen klar und verständlich abzufassen, sowie in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen sind, sofern der Zahlungsdienstnutzer mit Letzterem einverstanden ist (§ 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG). Aus der Formulierung der inkriminierten Klausel ist die Einschränkung auf diese beiden zulässigen

Formen für den Durchschnittsverbraucher nicht klar ersichtlich. Vereinbart werden könnte vielmehr jede erdenkliche Form, auch eine, die dem ZaDiG nicht entspricht, insbesondere, weil die Klausel am „kundenfeindlichsten“ auszulegen ist. Da eine geltungserhaltende Reduktion unzulässig ist, bleibt auch nicht die Beschränkung auf die Papierform oder anderen dauerhaften Datenträger aufrecht.

Das ZaDiG sieht für die Abgabe der Erklärung des Kunden keine Form vor, wobei die Beweislast für den Zugang der Erklärung der Kunde trägt (*Weilinger/Knauder* in ZaDiG § 29 Rz 18). Dass die inkriminierte Klausel für die Ablehnung des Änderungsvorschlags die Schriftform vorschreibt, ist an sich nicht jedenfalls nachteilig, der Kunde wird aber im Hinblick darauf, dass die Bank im Gegensatz zu ihm jede mit ihr vereinbarte Form für eine Verständigung über Änderungsvorschläge wählen kann, gröblich benachteiligt iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Entgegen der Ansicht des Klägers gelten für Vertragsänderungen im Wege der Zustimmungsfiktion gerade nicht die §§ 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG. Diese finden lediglich auf einseitige Entgelts-/Leistungsänderungen Anwendung. Die inkriminierte Klausel sieht ausdrücklich vor, dass für die Vertragsänderung die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung erforderlich ist. Einseitige Entgeltsänderungsklauseln sind lediglich für die Änderung der Zinssätze oder der Wechselkurse iSd § 29 Abs 2 ZaDiG ohne vorherige Verständigung und Zustimmung des Kunden möglich. Zusätzlich hätte eine solche Klausel noch den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu entsprechen, somit insbesondere auch eine Entgeltsenkung vorsehen (*Weilinger/Knauder* in ZaDiG § 29 Rz 20).

Problematisch erscheint, dass die Änderung inhaltlich nahezu unbeschränkt möglich ist. Lediglich bereits vorhandene Entgelte sind zahlenmäßig mit einer Erhöhung von EUR 15% beschränkt. Hingegen wäre die Einführung von Entgelten unbeschränkt zulässig, ebenso die Leistungsänderung der Bank (Abs 2). Dass eine Erklärungsfiktion nur wirksam vereinbart werden kann, wenn sie den Kriterien des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht, ergibt sich schon allein daraus, dass das ZaDiG dem Schutz des Zahlungsdienstnutzers dient ((*Weilinger/Knauder* in ZaDiG § 29 Rz 1), weswegen eine Schlechterstellung gegenüber der bisherigen Rechtslage nach KSchG nicht zulässig ist. Diesbezüglich liegt eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB vor.

Das Vorbringen der beklagten Partei, dass der Umstand, dass der Schriftformvorbehalt nicht für Erklärungen des Unternehmers gelten soll, keine einseitige Benachteiligung des Konsumenten darstelle, sondern dem § 10 Abs 3 KschG Rechnung trage, ist verfehlt, denn im Falle des § 29 Abs 1 iVm § 26 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ZaDiG ist gerade eine Form für die Änderungsvorschläge vorgesehen. Daher kann sich die beklagte Partei nicht darauf berufen, dass die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter

zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann. Die gröbliche Benachteiligung liegt darin, dass für den Durchschnittsverbraucher unter „jeder Form, die mit ihm vereinbart worden ist“ jede erdenkliche Form der Kommunikation verstanden werden kann. Daher ist das Schriftformgebot, das für den Verbraucher gilt, im Vergleich dazu, gröblich benachteiligend.

Zur Wiederholungsgefahr:

Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG besteht nur, soweit die Gefahr künftigen Zuwiderhandelns gegeben ist (vgl. *Krejci in Rummel*³, KSchG § 30 18). Da die Beklagte die Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiterhin im geschäftlichen Verkehr verwendet, ist Wiederholungsgefahr gegeben.

Zur Leistungsfrist:

Nach § 409 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen. Auf reine Unterlassungsansprüche ist § 409 ZPO nicht anzuwenden. Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch ein positives Tun, nämlich die Pflicht zur Änderung eines Zustandes enthält. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (vgl. 6 Ob 24/11i mwN). Von der Rechtsprechung werden regelmäßig Leistungsfristen im Ausmaß von drei bis sechs Monaten für angemessen erachtet (vgl. 6 Ob 24/11i).

Der Beklagten wird die Verwendung bestimmter Klauseln verboten, was eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfordert. Der Änderungsbedarf ist überschaubar, da keine gänzliche Neufassung der Vertragsformblätter erforderlich ist, sondern lediglich von zwei Klauseln. Daher erscheint, angesichts des Anpassungsbedarfs zuzüglich des Zeitbedarfs gemäß § 29 ZaDiG für die Änderung der Rahmenverträge, eine Leistungsfrist von vier Monaten als angemessen.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Angesichts des Umstandes, dass die Beklagte nicht ausschließlich im Onlinegeschäft tätig ist, kann eine Urteilsveröffentlichung auf der Webseite der Beklagten nicht ausreichen, um die durch sie angesprochenen Verbraucherkreise entsprechend zu informieren und aufzuklären. Da die Beklagte über ein österreichweites (ausgenommen Burgenland) Filialnetz verfügt, handelt es sich bei den angesprochenen Verbrauchern um einen nicht überblickbaren Personenkreis, der sich über das gesamte Bundesgebiet verteilt. Der Umstand, dass 26 Filialen eingerichtet wurden, weist klar darauf hin, dass Gewicht auf Kundenkontakte ausserhalb der Internets gelegt wird. Es ist davon auszugehen, dass durch die Filialen in

Wien und Niederösterreich auch Kunden aus dem Burgenland erreicht wurden. Insofern ist eine bundesweite Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“ zweckmäßig und angemessen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 41 ZPO, wonach die vollständig unterliegende Partei ihrem Gegner sämtliche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen hat.

Handelsgericht Wien, Abteilung 19
Wien, 24. Februar 2015
Dr. Elfriede Dworak, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG