



REPUBLIK ÖSTERREICH
LANDESGERICHT KLAGENFURT

21 Cg 85/15g

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Josef Wolfgang Dobernigstraße 2
9020 Klagenfurt am WS

Tel.: +43 463 5840

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht Klagenfurt erkennt durch die Richterin Mag. Sabine Rieglhofer in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Sparda-Bank Austria Süd eGen**, Bahnhofplatz 7, 9500 Villach, vertreten durch Kosch & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen Unterlassung nach dem KSchG (EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (EUR 5.500,00) nach durchgeführter öffentlicher und mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

I.)

1.) Die beklagte Partei ist schuldig,

a.) im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder den hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Über Abs 1 hinausgehende Änderungen der Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen werden dem Kunden vom Kreditinstitut so rechtzeitig vorgeschlagen, dass ihm die Änderungsmitteilung spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens zugeht. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens kein schriftlicher Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderungen darzustellen ist, hinweisen.

Auf dem in Abs 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut nur dann eine Erhöhung der mit dem Kunden vereinbarten Entgelte für Dauerleistungen vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die im Zeitraum, der nach Abs 1 für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretenen Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen

Dauerleistung entstehen, weicht wegen der Veränderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltsanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Die Entgeltserhöhung gemäß Abs 2 entspricht zuhöchst dem Dreifachen einer Entgeltserhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltsänderung höher ist als jene, die sich aus der Verbraucherpreisindexentwicklung ergäbe (Z 44 Abs 2 und 3).

2. Wenn mit dem Kunden kein(e) Kontoführungsentgelt/-gebühr vereinbart ist oder die kostenlose Kontoführung, so darf ihm das Kreditinstitut unabhängig von den Voraussetzungen der Abs 1 und 3 auf dem in Abs 2 vorgesehenen Weg auch die Vereinbarung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlagen. Die Höhe dieses/r Entgelts/Gebühr darf mit Stand 12/2013 maximal EUR 2,00 pro Monat betragen. Vorgenannter Maximalbetrag wird jedoch der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganze Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich des Indexwertes für 12/2013 (= 109,2) mit dem Indexwert für jenes Kalendermonat, das zwei Monate vor jenem liegt, in dem das Kreditinstitut die Vereinbarung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlägt (Beispiel: Vorschlag im Laufe des März, Vergleichswert daher der Wert für Jänner). Die Neueinführung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr nach der vorstehenden Klausel erfolgt frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4).

3. Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltsanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf dem in Abs 1 vorgesehenen Weg nur vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind.

- Die im Zeitraum, der nach Abs 1 für die Entgeltsanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung

der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht wegen der Veränderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltsanpassung entspricht dieser abweichenden Kontoentwicklung.

Die Entgeltserhöhung gemäß Abs 2 entspricht zuhöchst dem Dreifachen einer

Entgeltserhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltsänderung höher ist als jene, die sich aus der Verbraucherpreisindexentwicklung ergäbe (Z 45 Abs 3).

4. Auf dem in Abs 1 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinsanpassung nur vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Konto seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, insbesondere des EZB-Leitzinses und des 3-Monats-Euribor) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung von Sollzinsen bzw. eine Zinssatzsenkung bei Habenzinsen nach Abs 1 darf 0,5 Prozentpunkte pro Jahr nicht übersteigen.

Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrunde liegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht (Z 45a Abs 2)

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;

b.) die beklagte Partei ist ferner schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern es künftig zu unterlassen,

1. Änderung von Entgelten in einer Form durchzuführen, in denen die Entgeltänderungen und/oder die Möglichkeit, Entgelterhöhungen zu widersprechen, in deutlicher oder unübersehbarer Weise dargestellt werden, insbesondere wenn sich die Möglichkeit des Widerspruches nur im Fließtext nach einer Vielzahl von zahlenmäßig angeführten Entgelterhöhungen findet;

2. im Wege der Erklärungsfiktion zu vereinbarende Änderungen der Entgelte für vom genannten Unternehmen zu erbringende Leistungen, insbesondere Kontoführungsentgelte, anzubieten, insbesondere aber solche, die einer Erhöhung um mehr als das Dreifache der Veränderung des VPI 2010-Wertes November des vorvergangenen Jahres zum VPI 2010-Wert November des vergangenen Jahres entsprechen,

oder sinngleiche Praktiken zu unterlassen.

II. Das Klagebegehren

die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, im Zusammenhang mit Fremdwährungskreditverhältnissen mit Verbrauchern für den Fall, dass bei Vertragsverhältnissen, bei denen eine Zinsanpassungsklausel oder Zinsgleitklausel vereinbart wurde, der vereinbarte Geldmarktindikator LIBOR negativ wird, den für den Kredit zur Verrechnung kommenden Sollzinssatz nicht mehr ausgehend vom jeweiligen tatsächlichen negativen Wert des LIBOR, sondern ausgehend von einem für das Unternehmen günstigeren höheren Wert (zum Beispiel eines Werts von 0) zu berechnen,

in eventu

die beklagte Partei sei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, im Zusammenhang mit Fremdwährungskreditverhältnissen mit Verbrauchern für den Fall, dass bei Vertragsverhältnissen, bei denen eine Zinsanpassungsklausel oder Zinsgleitklausel vereinbart wurde, der vereinbarte Geldmarktindikator LIBOR negativ wird, den für den Kredit zur Verrechnung kommenden Sollzinssatz nicht mehr ausgehend vom jeweiligen tatsächlichen negativen Wert des LIBOR, sondern ausgehend von einem für das Unternehmen günstigeren Wert (z.B. eines Werts von Null) zu berechnen, solange der Sollzinssatz nicht negativ wird.

In eventu

die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelege und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwender der Klausel

„Ungeachtet dessen, dass wir aus Kulanzgründen in einigen Anlassfällen vorerst einen negativen Wert des Indikators bis zur Grenze eines Soll-Zinssatzes von Null (0) an sie weitergegeben haben, gilt für künftige Zinsanpassungen der Indikator mit einem Wert von Null, wodurch im Sinn unserer Vereinbarung der mit Ihnen festgelegte Aufschlag zur Verrechnung kommt.“

oder die Verrechnung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie sei ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

wird

a b g e w i e s e n .

III.)

Der klagenden und der beklagten Partei wird jeweils die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden bzw klageabweisenden Teil des Urteilspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft ein Mal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kronen Zeitung“ Regionalausgaben für die Bundesländer Tirol, Vorarlberg, Steiermark, Wien und Kärnten 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.

IV.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zuhanden deren Vertreter die mit EUR 6.015,34 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 796,52 an 20 %-iger USt und EUR 1.236,21 an Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu zahlen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Mit der am 22.9.2015 beim Landesgericht eingebrachten Verbandsklage bekämpft die klagende Partei die Verwendung der im Spruch dargestellten Klauseln, welche sich in dem von der beklagten Partei im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendeten Vertragsformblatt bzw. in deren AGB „allgemeine Geschäftsbedingungen für Bankgeschäfte und Kontoauszüge“ befänden.

Zu Z 44 Abs 2 und 3 der AGB der Beklagten:

Gemäß der Z 44 Abs 2 und 3 der AGB der Beklagten solle eine höhere Entgelterhöhung, als sie sich aus dem VPI ergäbe, unter Umständen möglich sein, und zwar im Wege der Erklärungsfiktion. Eine höhere Entgeltsenkung sei aber nicht vorgesehen, weshalb die Klausel dem aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG abzuleitenden Erfordernis der Zweiseitigkeit widerspräche und daher auch im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend sei.

Die Umstände, die im ersten Spiegelstrich umschrieben seien („Kosten, die dem Kreditinstitut ... entstehen“), seien zum einen für den Kunden in keinsten Weise nachprüfbar und unbestimmt und zum anderen lägen diese in der Sphäre der Bank, was eine Überwälzung auf den Kunden unzulässig mache. Hier sei sowohl eine Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG als auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB gegeben.

Der zweite Spiegelstrich der Klausel spreche nur von einer Entgelterhöhung und sei bereits aus diesem Grund unzulässig (siehe oben). Die AGB würden zwar hier eine Grenze für eine

Erhöhung vorsehen (nämlich maximal das Dreifache einer VPI-Erhöhung), durch zeitlich knappe Erhöhungen könne aber hier ein stetiger und auch grenzenloser Anstieg der Kosten erreicht werden.

Da wie eben beschrieben die „Grenzen“ aus Abs 3 unzulässig seien und daher als unzulässig wegfallen würden, gelte dies auch für die Erklärungsfiktion im Abs 2, zum einen, weil die beiden Klauseln im untrennbaren Zusammenhang stehen würden und zum anderen, weil sonst eine grenzenlose Entgeltänderung im Wege der Vertragsänderung über bliebe, was im Sinne Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes unzulässig sei (OGH 1 Ob 110/12g, 2 Ob 131/12x).

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dürften Unternehmer nicht ein höheres Entgelt verlangen als vereinbart, es sei denn, der Vertrag sähe 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 hinge nicht vom Willen des Unternehmers ab.

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG gebe Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber bei der formularmäßigen Begründung einer einseitigen Preisänderungsbefugnis als unzulässig ansehe. Zustimmungsfiktionen, wie die vorliegende, würden in der Praxis weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinauslaufen (*Haghofer, Änderung der Hauptleistungen im Wege der Zustimmungsfiktion, ecolex 2014, 504 [505]*). Daher müssten im Wege einer Erklärungsfiktion vorbehaltene Anpassungen des ursprünglichen Preis-Leistungsverhältnisses in gleicher Weise wie bei „klassischen“ Preisänderungsklauseln dem Grunde und der Höhe nach ausreichend an bestimmte Parameter gebunden sein und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen. Das würde bedeuten, dass im Sinne des § 6 KSchG oder § 879 Abs 3 ABGB unangemessene einseitige Preisänderungsbefugnisse auch über den Umweg einer vertraglichen Zustimmungsfiktion nicht wirksam vereinbart werden könnten (*Haghofer, Stärkung des Vertragsprinzips – die Erklärungsfiktion des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nach 1 Ob 210/12g VbR 2013/19., H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht [2011] § 308 Nr. 5 BGB Rz 7*).

Mit der vorliegenden Klausel könne einseitig im Sinne einer Erhöhung, ohne, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände umschrieben und sachlich gerechtfertigt seien und ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers abhängig sei, eine Entgeltänderung durchgeführt werden: Die im ersten Spiegelstrich umschriebenen Umstände lägen nur in der Sphäre der Bank, seien nicht sachlich gerechtfertigt und auch nicht vom Willen des Unternehmers unabhängig. Der zweite Spiegelstrich sei ebenfalls nicht sachlich gerechtfertigt.

Zu Z 44 Abs 4 und Z 5 Abs 4 der AGB der Beklagten:

Für den Kunden, mit dem entweder keine Kontoführungsgebühr vereinbart oder sogar ausdrücklich eine kostenlose Kontoführung vertraglich fixiert worden sei, sei es überraschend, dass die Bank – im Wege einer Erklärungsfiktion – eine Kontoführungsgebühr einführe. Dies sei natürlich für den Kunden nachteilig und bräuchte dieser damit nicht zu rechnen, da dies von den üblichen Erwartungen abweiche. Es läge daher ein Verstoß gegen § 864a ABGB vor.

Durch diese Klausel solle der Vertrag wesentlich geändert werden, nämlich von einem unentgeltlichen in einen entgeltlichen und dies mittels Erklärungsfiktion. Diese Änderung der Hauptleistungspflicht des Kunden könne nicht wirksam durch eine Erklärungsfiktion durchgeführt werden. Die Klausel benachteilige daher den Kunden gröblich (§ 879 Abs 3 ABGB).

Zusätzlich sei der Inhalt dieser vorgesehenen Vertragsänderung einseitig zulasten des Konsumenten, da sich dadurch die Stellung des Verbrauchers nur verschlechtern könne. Das – der vertraglichen Vereinbarung zugrunde gelegte – Äquivalenzverhältnis werde dadurch erheblich zugunsten der Bank verschoben, die Position des Vertragspartners entwertet. Dies umso mehr, als der Verbraucher dadurch einer für ihn unangenehmen Situation ausgesetzt werde: Widerspreche er der Einführung des Entgeltes, befürchte er etwa bei einem unbefristeten Girokonto die ordentliche Kündigung der Bank. Dies wiederum sei mit Aufwand und Unannehmlichkeiten verbunden.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dürfe ein Unternehmer nicht ein höheres Entgelt verlangen als vereinbart, es sei denn, der Vertrag sähe 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 hinge nicht vom Willen des Unternehmers ab.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gäbe Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber bei der formularmäßigen Begründung einer einseitigen Preisänderungsbefugnis als unzulässig ansehe. Zustimmungsfiktionen wie die vorliegende, würden in der Praxis weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinauslaufen (*Haghofer, Änderung der Hauptleistungen im Wege einer Zustimmungsfiktion, ecolex 2014, 504 [505]*).

Daher müssten im Wege einer Erklärungsfiktion vorbehaltene Anpassungen des ursprünglichen Preis-Leistungsverhältnisses in gleicher Weise wie bei „klassischen“ Preis-Leistungsklauseln dem Grunde und der Höhe nach an ausreichend bestimmte Parameter gebunden sein und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen. Das heiße im Sinne des § 6 KSchG oder § 879 Abs 3 ABGB könnten unangemessene einseitige Preisänderungsbefugnisse auch über den Umweg einer vertraglichen Zustimmungsfiktion nicht wirksam vereinbart werden

(Haghofer, Stärkung des Vertragsprinzips – Die Erklärungsfiktion des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG 1 Ob 210/12g, VbR 2013/19. H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht [2011] § 308 Nr. 5 BGB Rz 7).

Hier könne einseitig im Sinne einer Erhöhung, ohne, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände umschrieben und sachlich gerechtfertigt seien und ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers abhängig sei, eine Entgeltänderung durchgeführt werden.

Die Klausel enthalte keinerlei Voraussetzungen, unter welchen Umständen hier eine Entgeltlichkeit herbeigeführt werden solle und sei daher auch intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Zu Z 45 Abs 3 der AGB der beklagten Partei (von der klagenden Partei in der Klage irrtümlich mit Z 34 Abs 3 AGB bezeichnet) (Punkt 3.) des Urteilsspruchs):

Der zweite Spiegelstrich der Klausel spreche nur von einer Entgelterhöhung und sei bereits aus diesem Grund unzulässig (siehe oben; Klausel 1). Da hier alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien müssten, gehe die ganze Klausel nur von einer Entgelterhöhung aus, nicht aber von einer Entgeltsenkung aus und sei bereits aufgrund dieser Einseitigkeit unzulässig.

Die AGB würden zwar eine Grenze für eine Erhöhung vorsehen (nämlich maximal das Dreifache einer VPI-Erhöhung), durch zeitlich knappe Erhöhungen könnte aber hier ein stetig und auch grenzenloser Anstieg der Kosten erreicht werden.

Zum ersten Spiegelstrich siehe oben Klausel 1.

Die Klausel widerspreche auch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und verweise die klagende Partei dazu zur Argumentation in ihrem Vorbringen zur Klausel 1.

Zur Z 45a Abs 2 der AGB der Beklagten (Punkt 4.) des Urteilsspruchs):

Gemäß § 29 Abs 3 ZaDiG seien die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt würden. Die Klausel im zweiten Spiegelstrich spreche von einer Zinssatzanhebung von Sollzinsen und einer Zinssatzsenkung von Habenzinsen. Das heißt, hiernach könnten die Zinsen zugunsten der Bank (Sollzinsen) angehoben werden und die Zinsen zulasten der Bank gesenkt werden. Dies entspräche nicht der neutralen Ausführung von Zinssatzänderungen, da hier gegen das Gebot der Zweiseitigkeit verstoßen werden würde. Dies stelle aufgrund mangelnder Zweiseitigkeit auch einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB dar.

Die Umstände, die im ersten Spiegelstrich umschrieben seien, seien zum einen für den

Kunden in keinster Weise nachprüfbar und unbestimmt und zum anderen lägen diese teilweise in der Sphäre der Bank, was eine Überwälzung auf den Kunden unzulässig mache. Hier sei sowohl eine Intransparenz gemäß § 6 Abs 3 KSchG als auch eine gröbliche Benachteiligung gemäß § 879 Abs 3 ABGB zu bejahen.

Die Klausel sei auch deshalb gröblich benachteiligend, weil nach ihr die Habenzinsen für ein Girokonto um bis zu 0,5 Prozentpunkte pro Jahr gesenkt werden könnten, was bei den üblichen Habenzinsen von etwa 0,25 % zu einem gänzlichen Entfall jeglicher Verzinsung eines Kontoguthabens führe. Die Klausel widerspreche auch § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und werde dazu auf die bereits in Klausel 1 angeführte Argumentation verwiesen.

Zum Unterlassungsanspruch nach § 28a Abs 1 KSchG:

Gemäß § 28a Abs 1 KSchG könne auf Unterlassung geklagt werden, wer im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern (ua) im Zusammenhang mit Verbraucherkreditverhältnissen oder im Zusammenhang mit der Vereinbarung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen gegen ein gesetzliches Ge- oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen würde.

a.) Die beklagte Partei habe den nachfolgenden standardisierten Text auf Kontoauszügen gegenüber zahlreichen Verbrauchern jedenfalls im April 2015 versandt, mit denen sie bestimmte Rechtsfolgen herbeiführen möchte und es sich daher (auch) um Vertragsbedingungen handeln würde.

„*Verständigung*“

Konditionenänderung per 1.7.2015:

Sehr geehrte Kundin! Sehr geehrter Kunde!

Die jährlichen Preissteigerungen betreffen auch den Bankensektor und haben Auswirkungen auf Ihre Entgelte. Die Entgeltanpassungen wurden im Rahmen der AGB idF. Februar 2014 vorgenommen. Wir weisen darauf hin, dass die Entgeltänderungen höher sind als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben. Die Entgeltanpassungen dienen zur Kostenabdeckung der technischen Entwicklungs- und Umsetzungsaufwände für die gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Erfordernisse.

Geänderte Konditionen:

- Depotgebühren für Wertpapiere Inland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,050 % auf 0,055 %.

- Depotgebühren für Wertpapiere Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,125 % auf 0,137 %.

- Depotgebühren je Wertpapierposition für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.
- Depotgebühren je Wertpapierdepot für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 5,00 auf EUR 5,47.
- FMA-Meldung je Meldung von EUR 2,03 auf EUR 2,22
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Inland über Filiale oder Internet-Banking von 0,50 % auf 0,55 %.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapiere Inland über Filiale von mindestens EUR 15,00 auf EUR 16,40.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Inland über Internet-Banking von mindestens EUR 10,00 auf EUR 10,93.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Ausland über Filiale oder Internet-Banking von 0,75 % auf 0,82 %.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapiere Ausland über Filiale von mindestens EUR 25,00 auf EUR 27,33.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapiere Ausland über Internet-Banking von mindestens EUR 20,00 auf EUR 21,86.
- Orderannahme für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale von EUR 5,00 auf EUR 5,47.
- Orderannahme für Wertpapiere Inland und Ausland über Internet-Banking von EUR 2,50 auf EUR 2,73.
- Zins-/Kupongutschrift für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,10 % auf 0,11 %.
- Zins-/Kupongutschrift für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.
- Tilgung bei Fälligkeit für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internetbanking von 0,10 % auf 0,11 %.
- Tilgung bei Fälligkeit für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internetbanking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.

Die angeführten Entgelte erhöhen sich sohin um 9,3 %.

Die Konditionenänderungen gelten ab 1.7.2015, wenn Sie nicht vor dem Zeitpunkt ihres

Inkrafttretens schriftlich widersprechen. Für Fragen und Auskünfte steht Ihnen Ihr(e) Kundenberater(in) in der SPARDA-BANK AUSTRIA süd eGen sowie das SPARDAfon unter der Telefonnummer 04242/28 15 60 sehr gerne zur Verfügung“ (Text aus einem Kontoauszug [28.4.2015]).“

Die Form dieser Verständigung sei intransparent. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG verlange unter anderem die formale Verständlichkeit im Sinn von Lesbarkeit (zum Beispiel 5 Ob 64/10p).

Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG diene der Vermeidung der Verheimlichung und entspreche dem Informationsmodell: Der Kunde soll durch ausreichende Information und Aufklärung in die Lage versetzt werden, seine Interessen und Marktchancen selbst zu verfolgen. AGB seien so zu gestalten, dass der Verbraucher ihren Inhalt hinreichend deutlich erkennen, in allen wesentlichen Belangen erfasst und nachvollziehen könne (*Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar § 6 KSchG⁴ (2014) Rz 88*).

Gegenständliche Information im Kontoauszug entspreche dem nicht.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sei eine Vertragsbestimmung unzulässig, nach der ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Klärung gelte, es sei denn, der Verbraucher werde bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und habe zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist.

Der Hinweis müsse geeignet sein, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu wecken, er dürfe also nicht in einer größeren Zahl von Einzelmitteilungen, die üblicherweise nicht allesamt aufmerksam gelesen werden würden, versteckt sein (*Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar § 6 KSchG⁴ (2014) Rz 12*). Gegenständlicher langer Text, der nur im Kontoauszug enthalten sei, entspreche nicht der Verpflichtung eines besonderen Hinweises. Die beklagte Partei verstöße daher mit dieser Form der Entgeltänderung in Verbraucherkreditverträgen gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

b.) Vorauszuschicken sei, dass nach dem Rechtsstandpunkt der klagenden Partei – wie oben ausgeführt – die im Folgenden inkriminierte Vorgehensweise der beklagten Partei schon deshalb unzulässig sei, weil sie auf einer unzulässigen Klausel beruhe (siehe oben Klausel 1 und zu Z 44 Abs 2 und 3 der AGB). Daher sei auch eine Änderung, die der Klausel entspreche, unzulässig.

Laut dieser Klausel sei eine solche Erhöhung nur „zuhöchst im Dreifachen einer Entgelterhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex – Entwicklung ergebe“ erlaubt.

Z 44 Abs 1 der AGB der beklagten Partei laute:

„Die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen (wie zum Beispiel Depotgebühren, Safemiete, Kontoführungsentgelte für Konten, über die keine Zahlungsdienste abgewickelt werden, ausgenommen jedoch Sollzinsen) werden jährlich am 1. April jeden Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganz Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich der Indexwerte November des vergangenen Jahres mit November des vorvergangenen Jahres.“

Der Indexwert des VPI 2010 im November 2013 war 108,5, der November-Wert 2014 110,3. Das ergibt eine Veränderung in der Höhe von ihf 1,6589 %. Das Dreifache hiervon ist 4,977 %.

Die im April 2015 den Konsumenten von der Beklagten mitgeteilten Änderungen hätten aber bis zu 9,3 % betragen, das sei mehr als das Dreifache von der VPI-Änderung laut Klausel. Diese Erhöhung sei daher unzulässig nach § 879 Abs 1 und 3 ABGB.

Für den Fall, der Abweisung des Punktes 1.b)2. des Klagebegehrens stellte die klagende Partei nachstehendes Eventualbegehren (AS 187):

1.b.2) im Wege der Erklärungsfiktion zu vereinbarende Änderungen der Entgelte für vom genannten Unternehmen zu erbringende Leistungen, insbesondere Kontoführungsentgelte, anzubieten, insbesondere aber solche, die einer Erhöhung um mehr als das Dreifache der Veränderung des VPI 2010-Wertes November des vorvergangenen Jahres zum VPI 2010-Wert November des vergangenen Jahres entsprechen,

in eventu

b) im Wege der Erklärungsfiktion zu vereinbarende Änderungen der Entgelte für vom genannten Unternehmen zu erbringende Leistungen, insbesondere Kontoführungsentgelte, anzubieten, insbesondere aber solche, die einer Erhöhung um mehr als das Dreifache der Veränderung des VPI 2010-Wertes November des vorvergangenen Jahres zum VPI 2010-Wert des vergangenen Jahres entsprechen, ohne hierbei anzuführen, welche VPI 2010-Wert-Änderungen durch die Erhöhung abgegolten werden.

c.) Die Kreditverträge, die die beklagte Partei mit Verbrauchern geschlossen habe, würden eine – für sich betrachtet – mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereinbare Zinsanpassungsklausel vorsehen: Eine Veränderung des Indikatorzinssatzes führe linear durch Rechnung eines (starrten) Aufschlages zu einer Veränderung des für den Kreditvertrag geltenden Sollzinssatzes.

Dies sei Ausfluss der von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verlangten Zweiseitigkeit von Entgeltänderungsklauseln: Eine Reduktion des Indikators müsse auch zu einer Reduktion des Entgeltes führen. Nach ständiger Rechtsprechung sei klar gestellt, dass nach dem Normzweck eine Entgeltsenkung im gleichen Ausmaß wie eine Entgeltsteigerung zu erfolgen habe, um den Verbraucherschutz zu gewährleisten, der OGH spreche von „Anpassungssymmetrie“ (siehe beispielsweise OGH 20.11.2002, 5 Ob 266/02g).

Durch die derzeit verrechneten „Negativzinsen“ ergebe sich zwar eine untypische Situation, dem Gebot der Anpassungssymmetrie könne aber nur dadurch Rechnung getragen werden, dass Veränderungen der Indikatoren vollständig an den Vertragspartner weitergegeben werden würden. Die beklagte Partei habe in einem Rundschreiben an ihre Verbraucherkunden im April 2015 angekündigt, den Zinssatz von 0,25 % auf 1 % zu ändern. Sofern – was derzeit der Fall sei – der Indikator (zum Beispiel LIBOR-CHF) unter Null läge, beabsichtige die beklagte Partei nicht das vereinbarte rechnerische Ergebnis aus Indikator zuzüglich Aufschlag, sondern mindestens den vereinbarten Zinsaufschlag zu verrechnen.

Die Beklagte fingiere damit, dass der Indikator Null betrage, obwohl sie sich selbst zu Negativzinsen refinanzieren könne, jedenfalls aber der vertraglich vereinbarte Indikator unter Null liege. Die beklagte Partei ziehe daher einseitig zu ihren Gunsten eine Zinsuntergrenze ein, während es keine Obergrenze gäbe.

Die beklagte Partei verstoße daher im Zusammenhang mit Verbraucherkreditverhältnissen gegen ein gesetzliches Gebot, nämlich jenes, die Verrechnung der Zinsen in Verbraucherkreditverhältnissen in einer mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und den vereinbarten Zinsanpassungsklausel konformen Weise vorzunehmen; sie verstoße damit auch gegen die aus verschiedensten gesetzlichen Bestimmungen, unter anderem aus § 861 ABGB abzuleitende Pflicht zur Vertragstreue.

Durch die gleichförmige Verwendung der Schreiben über die Konditionenänderungen und die Einführung eines Mindestzinssatzes verstoße die beklagte Partei auch gegen die allgemeinen Interessen der Verbraucher.

Für den Fall der Abweisung des Klagebegehrens zu 1.b.)3. Stellte die klagende Partei nachstehende Eventualbegehren:

1.) für den Fall dass das Gericht zur Ansicht gelangen sollte, dass die Bank negative Indikatoren nur solange an den Verbraucher weitergeben müsse, solange der Sollzinssatz dadurch nicht negativ werden würde:

Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern künftig zu unterlassen, im Zusammenhang mit Fremdwährungskreditverhältnissen mit Verbrauchern für

den Fall, dass bei Vertragsverhältnissen, bei denen eine Zinsanpassungsklausel oder Zinsgleitklausel vereinbart wurde, der vereinbarte Geldmarktindikator LIBOR negativ wird, den für den Kredit zur Verrechnung kommenden Sollzinssatz nicht mehr ausgehend vom jeweiligen tatsächlichen negativen Wert des LIBOR, sondern ausgehend von einem für das Unternehmen günstigeren Wert (z.B. eines Werts von Null) zu berechnen, solange der Sollzinssatz nicht negativ wird.

2.) § 28a KSchG nicht zur Anwendung gelangt, die Mitteilung vom April 2014 jedoch als Vertragsformblatt bzw. AGB zu qualifizieren ist:

Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelege und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwender der Klausel

„Ungeachtet dessen, dass wir aus Kulanzgründen in einigen Anlassfällen vorerst einen negativen Wert des Indikators bis zur Grenze eines Soll-Zinssatzes von Null (0) an sie weitergegeben haben, gilt für künftige Zinsanpassungen der Indikator mit einem Wert von Null, wodurch im Sinn unserer Vereinbarung der mit Ihnen festgelegte Aufschlag zur Verrechnung kommt.“

oder die Verrechnung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

Die Mitteilung der Beklagten vom April 2014 sei als AGB als Vertragsformblatt zu qualifizieren (RIS-Justiz RS0123499 [T8]). Die angefochtene Klausel dieses Vertragsformblattes verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sowie gegen die guten Sitten.

3.) Wiederholungsgefahr, Abmahnung, Urteilsveröffentlichung:

a.) Die beklagte Partei verwendet 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 Partei mit eingeschriebenem Brief vom 13.7.2015 aufgefordert habe, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG abzugeben, dieser Aufforderung sei die beklagte Partei innerhalb der gesetzten Frist jedoch nicht nachgekommen.

Für den Fall, dass der Verwender der Klausel keine oder nur eine unzureichende Unterlassungserklärung abgeben würde, würde dies im Allgemeinen das Vorliegen der Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indizieren (RV zur KschG-Novelle 1969,

31).

b.) Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise einer 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 Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, Regionalausgaben für die Bundesländer Tirol, Vorarlberg, Steiermark, Wien und Kärnten beantragt werde.

Die beklagte Partei bestritt, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wandte zusammengefasst ein:

Die Z 44 ihrer AGB ermögliche der beklagten Partei, die Entgelte für andere Dienstleistungen als Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinssätze) mit fingierter Zustimmung des Kunden zu ändern. Die als Klausel 1 inkriminierten Vertragsbestimmungen in Z 44 Abs 2 bis 3 AGB würden in diesem Zusammenhang die Anpassung von Entgelten über die VPI-Entwicklung hinaus regeln. Allein diesem Zweck diene u.a. Z 44 Abs 3 AGB, und zwar auch der zweite Spiegelstrich: Die Bindung des Angebotsrechts in der Entwicklung des VPI begrenze den Umfang möglicher Vertragsanpassungen. Wie diese Bindung durch zeitlich knapp aufeinanderfolgende Änderungsangebote unterlaufen werden könnte, lege die klagende Partei nicht nachvollziehbar dar und sei auch nicht ersichtlich: Der VPI werde nur monatlich berechnet und veröffentlicht, sodass er eine absolute Obergrenze darstelle.

Die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG greife lediglich, wenn dem Unternehmer „bereits auf sein „Verlangen... ein höheres Entgelt zusteht“, er also durch einseitige Erklärung den Vertrag gestalten könne. Nach Abs 2 Z 3 leg cit seien die Vertragsbestimmungen nichtig wenn „der Unternehmer eine ...Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann“. Entgeltvereinbarungen, bei denen zum „Verlangen“ des AGB-Verwenders gemäß § 861 ABGB noch die Einwilligung des Kunden hinzutreten müsse – möge sie auch im Schweigen durch vereinbarte Zeit liegen – würden hingegen nicht erfasst werden. Eine Zustimmungsfiktionsklausel müsse die gesetzlichen Vorgaben für einseitige Entgeltänderungsrechte also nicht erfüllen. Der Kunde könne die angetragene Änderung ohne dies durch begründungslosen Widerspruch verhindern und sei durch diese Möglichkeit ausreichend geschützt.

Der konsumentenrechtliche Klauselkatalog biete allen Unternehmern, also auch Banken, zwei alternative und gleichwertige Methoden für Vertragsanpassungen, auch zur Anpassung von essentialia negotii, ohne individuelle (Änderungs-) Vereinbarungen mit jedem einzelnen

Kunden eingehen zu müssen: Entweder die Bank bedinge sich ein einseitiges Gestaltungsrecht in den strengen Grenzen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG aus oder sie vereinbare eine Zustimmungsmöglichkeit des Kunden durch Schweigen nach Z 2 leg cit und riskiere damit seinen grundlosen Widerspruch gegen die vorgeschlagene Vertragsanpassung binnen angemessener Frist. Dass der historische Gesetzgeber eine faktische Überschneidung des Anwendungsbereichs dieser beiden Ziffern ein und des selben Absatzes übersehen haben sollte, könne ihm nicht zugesonnen werden (kein Hinweis darauf auch in den Materialien). Dies sei im Ergebnis einhellige Meinung (zum Beispiel *Mayrhofer/Nemeth in Klang³ § 6 Abs 1 Z 5 KSchG Rz 13* und *Weilinger/Knauder in Weilinger ZaDig § 29 Rz 24f*), die auch von Autoren vertreten werden würde, die dem Verbraucherschutzbereich zuzuordnen seien (siehe *Haghofer ecolex 2009, 748 [Referent im BM für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz]* sowie *Gelbmann/Jungwirth/Kolba Konsumentenrecht und Banken [2011] 29ff [Rechtsexperten bei der klagenden Partei]*).

Der historische Gesetzgeber des Klauselkatalogs habe AGB-Verwendern auch für die Anpassung von essentialia negotii bewusst zwei unterschiedliche Klauseltypen an die Hand gegeben, deren Zulässigkeit er anhand unterschiedlicher Kriterien beurteilt sehen habe wollen:

- i.) **Einseitige** Gestaltungsrechte für Entgelte müssten die inhaltlichen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erfüllen;
- ii.) Zustimmungsfiktionsklauseln stünden demgegenüber unter den prozeduralen Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers und der Gesetzessystematik seien die inhaltlichen Voraussetzungen von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG also gerade nicht auf Zustimmungsfiktionsklauseln zu übertragen. In Anlehnung an *Haghofer (ecolex 2014, 504f)* gesprochen: Die Bestimmung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gebe deutlich Aufschluss darüber, dass der Gesetzgeber für die Zulässigkeit von Zustimmungsklauseln keine inhaltlichen Beschränkungen des Angebotsrechtes fordere. Daher müssten solche Klauseln nach dem lex specialis Grundsatz nur der Anforderung von Z 2 leg cit genügen, aber nicht auch noch zusätzlich die Voraussetzungen von Z 5 leg cit erfüllen („Symmetrie“ der Klausel; Umschreibung, sachliche Rechtfertigung sowie „Willensunabhängigkeit“ der maßgeblichen Kriterien). Bei einer gegenteiligen Auslegung wäre § 6 Abs 1 Z 2 KSchG weitgehend sinnlos und ein derartiger (Nicht-) Inhalt dürfe einer Gesetzesbestimmung nicht beigemessen werden (B. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 6 Rz 18). Dementsprechend sei der OGH der gegenteiligen Ansicht richtigerweise nicht gefolgt (1 Ob 210/12g ErwGr 2.6: Wie die Revisionswerberin zutreffend erkennt, wird nach dem ... eindeutigen Wortlaut der strittigen Klausel kein einseitiges Änderungsrecht der Bank vereinbart ... zu beurteilen ist daher ausschließlich die

Zulässigkeit der Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion.“).

Die hier strittige Klausel sehe nun kein einseitiges Gestaltungsrecht vor, sondern eine fingierte Zustimmung des Kunden durch Schweigen: „Änderungen der Entgelte ... werden dem Kunden ... vorgeschlagen ... Die Zustimmung des Kunden ... gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut ... kein schriftlicher Widerspruch ... einlangt“.

Die strittige Klausel müsse nach dem Vorgesagten den Anforderungen von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG also gerade nicht genügen. Daraus folge: Entgegen dem Klagevortrag

- müsse die strittige Klausel nicht zweiseitig (symmetrisch) sein, die Bank müsse sich in anderen Worten also gerade nicht verpflichten, ihren Kunden auch Entgeltsenkungen vorzuschlagen;

- könnten die Umstände, die die Bank zum Anlass ihres Angebots nehme, sehr wohl auch aus der eigenen Sphäre stammen, sie dürften – in den Worten von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gesprochen – vom Willen des Unternehmers durchaus abhängig sein;

- müssten die fraglichen Umstände nicht im Sinne von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein.

Anlass für Änderungsangebote nach Z 44 Abs 3 AGB A könnten nach dem ersten Spiegelstrich ohnehin nur eine „Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen“ sein „wegen ... für Änderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen“.

Solche Veränderungen könne die einzelne Bank ebenso wenig beeinflussen, wie zum Beispiel die einschlägigen Zinsindikatoren (SMR, EURIBOR etc.); sie seien im Sinne von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG also weder vom Willen der Bank abhängig, noch würden sie aus ihrer Sphäre stammen (siehe Langer in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 6 Rz 26 mwN: „Vom Willen des Unternehmers unabhängig sind etwa Gesetzesänderungen, behördliche Verfügungen, neue Kollektivvertragslöhne, Änderungen behördlicher bestimmter Tarife, also jene Umstände, die dem Unternehmer „von außen auferlegt werden“).

Die Klausel sei auch hinreichend transparent formuliert. § 6 Abs 3 KSchG fordere nämlich nicht absolute Transparenz der Klauselformulierung, sondern nur unter den konkreten Umständen vertretbare Genauigkeit (B. Bydlinski, JBI 2011, 141ff).

Diesem Ergebnis stünde die bloß vermeintlich gegenteilige (strengere) Judikatur zu einseitigen Gestaltungsrechten nicht entgegen: Während auf einseitige Gestaltungsrechte § 6 Abs 1 Z 5 KschG anwendbar sei, wonach „*die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben*“ sein müssten, sei das bei Zustimmungsfiktionsklauseln

wie der strittigen Vertragsbestimmung gerade nicht der Fall. Hinzu komme dass das allgemeine Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG einen differenzierten Beurteilungsmaßstab abhängig vom Regelungsgegenstand der Klauseln und materieller Zulässigkeit ihres Inhalts erlaube und erfordere. Der Kunde bleibe durch sein Widerspruchsrecht gegen die angetragene Vertragsänderung ausreichend geschützt.

Zur Klausel: Neueinführung von Entgelten gegenüber Verbrauchern außerhalb und innerhalb der Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinssätze) (Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 AGB).

Z 44 AGB ermögliche der beklagten Partei die Entgelte für andere Dienstleistungen als Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinssätze) mit fingierter Zustimmung des Kunden zu ändern; Z 45 AGB sei die analoge Bestimmung für Zahlungsdienste. Die inkriminierten Bestimmungen in Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 AGB würden jeweils die Neueinführung von Entgelten regeln und sei nahezu wortgleich (ausgenommen Querverweise).

Das sinngemäß vorgetragene Argument, der Verbraucher sei schutzwürdig, wenn er erwarte, dass einmal geschlossene Kontrakte während der gesamten Zeit ihrer Verbindlichkeit unter Garantie unverändert bleiben würden, sei nicht stichhaltig: Schon ausweislich der Gesetzesmaterialien zum KSchG (RV 744 BlgNR. 14 .GP 23f) sei das Bedürfnis anerkennenswert, längerfristige Schuldverträge an geänderte Verhältnisse anzupassen. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen sei das Vertrauen eines Kontrahenten in den unveränderten Fortbestand der ursprünglichen Vereinbarung nicht oder nur in geringem Maße schützenswert (*Langer in Kosesnik/Wehrle KSchG³ § 6 Rz 25; intertemporales Privatrecht 81ff, 104ff, 114ff, 175ff*). Die Möglichkeit der Bank, dem Kunden die gewünschten Vertragsänderungen so anzutragen, dass er durch Schweigen einwillige, widerstreite daher genauso wenig seinen berechtigten Erwartungen wie die Neueinführung von Entgelten in einem Dauerschuldverhältnis. Der OGH habe in 9 Ob 40/06g angenommen, dass eine vertragliche Zustimmungsfiktion nicht überraschend sei, wenn sie im sachlich passenden Abschnitt der AGB situiert und verkehrsüblich sei.

Der klagenden Partei sei zuzugeben, dass die strittige Klausel keine Voraussetzung dafür vorsehe, wann die beklagte Partei ihren Kunden das – umfänglich eingeschränkte (siehe oben) – Änderungsangebot unterbreiten dürfe. Eine solche, weitere Selbstbindung der Bank sei aber nicht erforderlich: Inhaltlich sei sie nicht erforderlich, weil § 6 Abs 1 Z 5 KSchG auf Zustimmungsfiktionsklauseln gerade nicht anzuwenden sei. Aus Transparenzgründen sei sie nicht erforderlich, weil einem Verbraucher eine gewisse juristische Mindestkundigkeit zu

unterstellen sei, damit nicht ganze Branchen ihre Kommunikationsfähigkeit verlieren würden (7 Ob 15/10x).

Änderungen von Entgelten für Zahlungsdienste gegenüber Verbraucher (ausgenommen Sollzinssätze) (Z 45 Abs 3 AGB):

Die Z 45 AGB ermöglihe der beklagten Partei die Entgelte für Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinssätze) mit fingierter Zustimmung des Kunden zu ändern. Die als Klausel 3 inkriminierten Vertragsbestimmungen in Z 45 Abs 3 AGB würden in diesem Zusammenhang die Anpassung von Entgelten über die VPI-Entwicklung hinaus regeln. Die Klausel 3 umfasse daher die Parallelbestimmungen zu den als Klausel 1 inkriminierten Vertragsbestimmungen in Z 44 Abs 3 AGB (für „Nicht-Zahlungsdienste“) und verweise die beklagte Partei auf ihre bisherigen Ausführungen. Ergänzend weise sie darauf hin, dass nach dem Wortlaut von Artikel 44 iVm Artikel 42 (insbesondere Nr 3.) ZaDi-RL beliebige Vertragspunkte mit fingierter Zustimmung des Kunden geändert werden könnten, solange nur bestimmte formale Anforderungen erfüllt seien, das heiße, auch dann, wenn die fragliche Klausel das Angebotsrecht der Bank gerade nicht umfänglich beschränke. Wegen der angeordneten Vollharmonisierung (Artikel 86 ZaDi-RL) müssten nationalrechtliche Bestimmungen im Vorfeld der ZaDi-RL so ausgelegt werden, dass alle europäischen Rechtsordnungen im Ergebnis diesem Standard genügen müssten, damit nicht etwa die Zahlungsdienstleister eines Mitgliedsstaates einen erheblichen Wettbewerbsvorteil hätten, weil ihre nationalen Gerichte aus dem allgemeinen Zivilrecht restriktivere Rahmenbedingungen ableiten würden, als es sich aus Artikel 42, 44 ZaDi-RL ergeben würden. Gerade solche Wettbewerbsverzerrungen solle die unionsrechtliche Vollharmonisierung verhindern.

Zustimmungsklauseln würden durch die ZaDi-RL daher gegen nationale Klauselkontrollen immunisiert. In seiner Leitentscheidung 1 Ob 210/12g habe der OGH zwar die Zahlungsdienste-Richtlinie 2007/64/EG erwähnt und hebe auch zutreffend hervor, dass die Mitgliedsstaaten keine von den Vorgaben der Richtlinie abweichenden Bestimmungen erlassen dürften (Artikel 86 ZaDi-RL-Grundsatz der Vollharmonisierung). Der OGH expliziere aber weder in 1 Ob 210/12g noch in 2 Ob 131/12x, wie seine eigenen Entscheidungen mit dieser Richtlinie vereinbar sein sollten. Diese Frage sei jedoch erörterungsbedürftig, weil nach dem Wortlaut von Artikel 44 iVm Artikel 42 (insbesondere Nr. 3) ZaDi-RL beliebige Vertragspunkte mit fingierter Zustimmung des Kunden geändert werden könnten, solange nur bestimmte formale Anforderungen erfüllt seien, das heiße auch dann, wenn die fragliche Klausel das Angebotsrecht des Zahlungsinstitutes gerade nicht umfänglich beschränke, sowie der OGH nunmehr – gestützt (nur) auf nationales Recht – für essentialia negotii fordere.

Dass insoferne kein acte clair vorläge, ergäbe sich nicht nur daraus, dass der OGH den

Richtlinienbestimmungen eine Bedeutung beimesse, die ihrem Wortlaut widerspräche (Artikel 42, 44 ZaDi-RL würden eine Beschränkung des Angebotsrechts der Bank weder erwähnen, noch würden sie eine solche auch nur explizieren), sondern auch daraus, dass zum deutschen Recht explizit vertreten werde, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel, die den Anforderungen der deutschen Umsetzungsbestimmung zur Artikel 44 ZaDi-RL genüge (= § 675g BGB), „nicht mehr nach § 308 Nr. BGB [= § 6 Abs 1 Z 2 KSchG] der Inhaltskontrolle unterzogen werden“ könne, auch sei „ein Rückgriff auf § 307 BGB [= § 879 Abs 3 ABGB + § 6 Abs 3 KSchG] gesperrt“ (*Kasper in Münchkomm BGB⁶ § 675g Rz 2f [8]; auf letztere Bestimmung fuße im deutschen Recht auch das Transparenzgebot: s nur Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁵ § 307 Rz 235*).

Da von einem acte clair nur dann auszugehen sei, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig sei und für vernünftige Zweifel kein Raum bleibe, verpflichte im Umkehrschluss jeder vernünftige Auslegungszweifel zur Befassung des EuGH (vgl. Schiemer in Maier, EUV/AEUV Artikel 267 AEUV Rz 114 RIS). Überspitzt lasse sich sagen, dass der EuGH nur dann nicht zu befassen sei, wenn jede andere Auslegung des Unionsrechts als jene, die das nationale Gericht befürworte, nachgerade unvertretbar sei.

Die beklagte Partei beantragte, das erkennende Gericht möge dem EuGH nachstehenden Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen:

i.) Ist Artikel 44 Abs 1 der Richtlinie 2007/64 EG über Zahlungsdienste dahin auszulegen, dass eine Vertragsbestimmung dann, wenn sie alle Voraussetzungen dieser Richtlinienbestimmung erfüllt, mit einem Zahlungsdienstnutzer (mag er auch Verbraucher sein) hinsichtlich aller Vertragsbedingungen eines Rahmenvertrages im Sinn von Artikel 42 der Richtlinie (insbesondere auch hinsichtlich von Entgelten im Sinne von Nr. 3 leg cit) zulässigerweise vereinbart worden ist, der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer gestützt auf diese Bestimmung daher die Änderung beliebiger Vertragspunkte in beliebigem Umfang vorschlagen kann?

ii.) Wenn Frage (i.) bejaht wird: Ist Artikel 86 der Richtlinie 2007/64 EG über Zahlungsdienste dahin auszulegen, dass diese Richtlinienbestimmung nationalen Regelungen entgegensteht, die die Möglichkeit des Zahlungsdienstleisters beschneiden, Änderungsklauseln im Sinne von Artikel 44 Abs 1 der Richtlinie zu vereinbaren, insbesondere nationalen Regelungen, die für die Wirksamkeit derartiger Änderungsklauseln eine inhaltliche Beschränkung des Vorschlagsrechtes des Zahlungsdienstleisters verlangen, wie sie in der Richtlinie nicht vorgesehen sind?

Klausel 4: Änderung der Zinssätze gegenüber Verbrauchern (ausgenommen Kreditverträge) (Z 45a Abs 2 AGB).

Z 44 AGB erlaube der beklagte Partei, die Zinssätze in anderen Verträgen als Kreditverträgen, gleich viel, ob sie Zahlungsdienste betreffen oder nicht, mit fingierter Zustimmung des Kunden zu ändern. Die als Klausel 4 inkriminierten Vertragsbestimmungen fänden sich konkret in Z 45a Abs 2 AGB. Die einschlägigen Parallelbestimmungen seien daher die als Klauseln 1 und 3 inkriminierten Vertragsbestimmungen in Z 44 Abs 2 und 3 sowie in Z 45 Abs 3 AGB und verweise die beklagte Partei auf die dort bereits ausgeführten Einwendungen.

Die Klausel verstoße nicht gegen § 29 Abs 3 ZaDiG. Nach dieser Bestimmung – und ebenso nach dem unionsrechtlichen Pendant in Artikel 44 Abs 3 ZaDi-RL – seien nämlich bloß *„die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinsen oder Wechselkurse ... neutral auszuführen und so zu berechnen, dass die Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden“*. Die Bestimmung regle nach ihrem klaren Wortlaut also nicht, wie und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Zinssätze und Wechselkurse „geändert“ werden könnten, sondern setze vielmehr deren vorherige Änderung voraus (Art.: „Geänderte“ in § 29 Abs 3 ZaDiG und Artikel 44 Abs 3 ZaDi-RL). Die Zulässigkeit von Vertragsänderungen werde vielmehr in § 29 Abs 1 und 2 iVm § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG bzw. Artikel 44 Abs 1 und 2 iVm Artikel 42 Nr. 3d ZaDi-RL geregelt und würde in all diesen Bestimmungen keine Zweiseitigkeit der Änderungsklausel, wie sie die klagende Partei fordere, erwähnt werden.

Dass die Bestimmungen des § 29 Abs 3 ZaDiG und Artikel 44 Abs 3 ZaDi-RL keinesfalls Zustimmungsfiktionsklauseln regeln sollten, leuchte auch deutlich aus den Begriffen „Ausführen“ und „Berechnen“ hervor. Gemeint sei offenkundig nicht die Neueinführung von Entgelten, mit fingierter Zustimmung des Kunden, sondern die korrekte „Ausführung“ und „Berechnung“ der ursprünglich oder nachträglich vereinbarten „Zinssätze und Wechselkurse“. Auch der österreichische Gesetzgeber habe die Bestimmung allenfalls auf einseitige Gestaltungsrechte des Unternehmers – und nicht etwa auf Zustimmungsfiktionsklausel – bezogen, habe er doch in den Materialien von „einer zweiseitigen Handhabung der Entgeltsänderungsklausel“ (RV207 BlgNR. 24.GP36) – also nicht etwa von einer zweiseitigen Handhabung der Zustimmungsfiktionsklausel – gesprochen und verweise am Ende von § 29 Abs 3 ZaDiG auch nur auf § 6 Abs 1 Z 5 KSchG über einseitiges Gestaltungsrecht des Unternehmers – nicht etwa auf Z 2 leg cit über Zustimmungsfiktionsklauseln.

Zum Änderungsangebot aus April 2015:

Die beklagte Partei habe in ihrer Verständigung darauf hingewiesen, dass die „Konditionenänderungen gelten ..., wenn Sie [sc: der angesprochene Kunde] nicht ... widersprechen“. Dass sich dieser Hinweis am Ende des Änderungsangebotes fände, schade nicht, es sei nach der Judikatur doch anzunehmen, dass der maßgebliche Durchschnittsverbraucher eine Klausel bis zu ihrem Ende durchlese (noch weitergehend 7 Ob 230/08m ErwGr III.1. und 6 Ob 220/09k ErwGr 1: Vom Kunden sogar „zu verlangen

seine Aufmerksamkeit allen Punkten der AGB zu widmen“).

Das fragliche Änderungsangebot aus April 2015 betreffe nur Leistungen der beklagten Partei im Effektengeschäft. Daher sei Z 44 Abs 3 AGB über die Anpassung von Entgelten für „Nicht-Zahlungsdienste“ einschlägig.

Richtig sei, dass der VPI 2010 im November 2013 bei 108,5 und im November 2014 bei 110,3 gelegen sei, was rechnerisch eine Erhöhung von 1,6589 % von der Statistik Austria eine Inflationsrate von 1,7 % ergebe (Rundung auf volle Zehntel Prozentpunkte).

Allerdings folge daraus noch nicht, dass das Angebot der beklagten Partei aus April 2015, die Entgelte um 9,3 % zu erhöhen, gegen die Grenze der Z 43 Abs 3 AGB verstoßen hätte, wonach Erhöhungen maximal das Dreifache der maßgeblichen VPI-Entwicklung betragen dürften.

Die beklagte Partei habe ihren Kunden im April 2014 keine Erhöhung aufgetragen und daher materiell 2015 die Entwicklung zwischen November 2012 und November 2013 (mit Wirkung ex nunc) nachholen dürfen (Z 43 Abs 1: „... unterbleibt die Verrechnung des erhöhten Entgelts aus welchem Grund auch immer, verhindert das eine Geltendmachung des erhöhten Entgelts für die Zukunft nicht. Senkungen werden jedenfalls durchgeführt. ...“).

Maßgebliche Vergleichszahlen der strittigen Anpassung im April 2015 seien daher der VPI für November 2012 in der Höhe von 107,0 einerseits und für November 2014 in der Höhe von 108,5 andererseits, was eine Inflationsrate von 3,1 % ergebe. Das Dreifache hievon seien genau die im Änderungsangebot April 2015 angeführten 9,3 %.

In diesem Zusammenhang sei das Klagebegehren in Punkt 1.) b.)2. unschlüssig. Nach höchstgerichtlicher Judikatur seien „im Wege der Erklärungsfiktion zu vereinbarende Änderungen der Entgelte für vom ... Unternehmen zu erbringende Leistungen, insbesondere Kontoführungsentgelte, anzubieten“ gerade keine per se unzulässige Geschäftspraktik (1 Ob 210/12g ErwGr 2.12 unter Ablehnung gegenteiliger obiter dicta in Vorjudikatur) und auch die klagende Partei behaupte dies nicht. Selbst wenn sich daher der Klagevortrag bewahrheiten sollte, dass Z 44 Abs 3 unzulässig sei und/oder dass das Änderungsangebot der beklagten Partei aus April 2015 nicht dieser Vertragsbestimmung entspräche, so wäre es der beklagten Partei dennoch keineswegs ganz generell zu verbieten „im Wege der Erklärungsfiktion zu vereinbarende Änderungen der Entgelte für vom ... Unternehmen zu erbringende Leistungen, insbesondere Kontoführungsentgelte, anzubieten“.

Zur Handhabung negativer Zinsindikatorenwerte:

Die Klägerin werfe der Beklagten vor, dass sie – vereinfacht gesagt – die Zinsen ihrer Kreditnehmer falsch angepasst habe. Nun stünden aber diese Zinsen der Beklagten unstrittig

auf Grundlage von individuellen Verträgen mit den Konsumenten zu. Aus diesen Verträgen ergäbe sich auch die Anpassung der Zinsen auf veränderte Umstände. Die entsprechenden Vorgaben seien nach den gesetzlichen vorgegebenen Regeln der Auslegung (einschließlich der ergänzenden Auslegung) zu ermitteln.

Die Klägerin lege dazu nicht ein Mal die von der beklagten Partei typischerweise verwendeten Vertragsurkunden vor.

Die Behauptung der beklagten Partei habe stets den Inhalt eines konkreten, individuellen Vertrages betroffen. Sie sei – bezogen auf den jeweiligen – individuellen Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände im Zusammenhang mit der konkreten Vereinbarung – entweder richtig oder – wovon die Beklagte nicht ausgehe – falsch. Die Antwort darauf könne keinesfalls das Verbandsverfahren geben. Die Klage sei daher in diesem Punkt wegen Unanwendbarkeit des § 28 KSchG abzuweisen.

Mit Blick auf das bisherige Vorbringen der Klägerin behauptet diese, dass die Geltendmachung eines Mindestaufschlages aufgrund einer Vereinbarung, in welcher ein Referenzwert zuzüglich eines Aufschlages als Entgelt vereinbart worden sei, rechtswidrig sei. Die Beklagte verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 5 und das Prinzip der Vertragstreue. Die Negativität des Referenzwertes müsse dem Vertragspartner offenbar zwingend zugute kommen.

Die Klägerin verkenne die Bedeutung von Negativzinsen für die Frage, welches Entgelt der Kreditnehmer der beklagten Partei schulde. Niemand könne bezweifeln – und auch die Klägerin behaupte nichts Gegenteiliges –, dass es hier ausschließlich um die Frage gehe, welches Entgelt die Kreditnehmer der beklagten Partei ihr für die Überlassung der Kreditvaluta bezahlen müssten. Zinsen im hier verstandenen Sinne würden daher ein Entgelt des Kreditnehmer darstellen. Daraus folge aus der Sicht des Zivilrechtes die natürliche Konsequenz: Zinsen könnten niemals negativ sein. Dies würde ansonsten bedeuten, dass der Kreditnehmer aufgrund des Rechtstitels seiner Entgeltspflicht eine Zahlung des Kreditgebers erhalten würde. Genau auf dieses Ergebnis würde die Rechtsbehauptung der Klägerin hinauslaufen. Ein Kredit würde, damit im Ergebnis zu einem Verwahrungsvertrag (der Kreditnehmer erhielte Entgelt dafür, dass er das Geld übernommen habe). Diese Konsequenz widerspreche offensichtlich den konkreten Vereinbarungen.

Diese Analyse der klägerischen Argumentation zeige ohne Weiteres auf, dass die von ihr behauptete Relevanz des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gar nicht bestehe. Richtig sei, dass das Gesetz hier eine Anpassungssymmetrie von Zinsgleitklauseln vorsehe. Falsch sei, dass daraus auch abzuleiten wäre, dass die Parteien kein Mindestentgelt (Mindestzinssatz) vereinbaren könnten, ohne gleichzeitig einen Oberzinssatz vorzusehen. Deute man demgegenüber die Bestimmung wie die Klägerin, so folge aus ihr mit Blick auf das

Phänomen der Negativzinsen am Ende eine Umkehr der Entgeltspflicht zugunsten des Kreditnehmers. Dies könne nicht richtig sein. Aufgrund der Vereinbarung einer Zinsgleitklausel soll ja nur das vom Kreditnehmer zu leistende Entgelt variabel ausgestaltet werden, nicht aber das Äquivalenzverhältnis in sein Gegenteil verkehrt werden: Es gehe immer um die Zinszahlungspflicht des Kunden.

Leistungsfrist:

Nach ständiger Rechtsprechung sei die Verpflichtung des verurteilten AGB-Verwenders ein Klauselurteil zu erfüllen, keine reine Unterlassung, weil er nicht darauf verwiesen werden könne, vorübergehend keine AGB zu verwenden (4 Ob 130/03a ErwGr 4; vgl. auch § 7f AGG, § 9 VKrG und § 28 ZaDiG).

Der Richter habe daher gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen (drei Monate: 4 Ob 130/03a ErwGr 4, OLG Graz 3 R 85/12t; vier Monate: 7 Ob 84/12x und 1 Ob 105/13v; sechs Monate: 10 Ob 10/07p; OLG Wien 2 R 207/10s; 1 Ob 244/11v ErwGr II), und zwar für beide Tatbestände des § 28 Abs 1 KSchG (7 Ob 44/13s und 2 Ob 131/12x; vgl. auch 1 Ob 244/11f; 10 Ob 70/07b; 4 Ob 130/03a), das heiße, für das Verwenden der Klauseln in Neuverträgen und ebenso für das Sich-darauf-Berufen in Altverträgen.

Aufgrund des langwierigen Änderungsprozederes gemäß Z 1 AGB mit einer Widerspruchsfrist für den Kunden von zwei Monaten und unter Berücksichtigung üblicher Vorlaufzeiten für Konzeption, Erstellung, Vervielfältigung und Verteilung der AGB sei im konkreten Fall eine sechsmonatige Leistungsfrist angemessen.

Urteilsveröffentlichungsbegehren:

Nach 10 Ob 70/07b stehe dem beklagten AGB-Verwender die Veröffentlichung des klagsabweisenden Urteilsspruchs zu, um in der Öffentlichkeit den falschen Eindruck zu zerstreuen, die klagende Verbraucherschutzorganisation habe im Rechtsstreit vollständig obsiegt, insbesondere wenn der Rechtsstreit publik geworden sei. Diese Voraussetzung sei, unabhängig von der Anzahl der Klauseln, mit denen der beklagte AGB-Verwender letztlich obsiege, schon deshalb erfüllt, wenn und weil die klagende Partei ihrerseits die Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs beantrage (so auch verst Sen 6 Ob 24/11i); der Verein für Konsumenteninformation schaffe diese Publizität zudem über seinen Internetauftritt und über Presseaussendungen.

Folgende

Feststellungen

werden getroffen:

Die beklagte Partei ist eine Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaft und ist unter der Firmenbuchnummer 116073s in Firmenbuch des Landesgerichtes Klagenfurt eingetragen. Sie firmierte früher als der SPARDA-BANK VILLACH-INNSBRUCK reg.Gen.m.b.H. (Beilage ./A).

Die beklagte Partei betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Leistungen vor allem in den Bundesländern Tirol, Vorarlberg, Steiermark, Wien und Kärnten an, in denen sie auch Filialen unterhält (Beilage ./A, unstrittig).

Die beklagte Partei verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Bankgeschäfte, Fassung Februar 2014“, die folgende Klauseln enthalten:

....

V. ENTGELTE FÜR LEISTUNGEN UND AUFWANDERSATZ

.....

B.) Änderungen und Neueinführung von Entgelten gegenüber Verbrauchern außerhalb der Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinssätze)

Z 44. (1) Die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen (wie zum Beispiel Depotgebühren, Safemiete, Kontoführungsentgelte für Konten, über die keine Zahlungsdienste abgewickelt werden, ausgenommen jedoch Sollzinsen) werden jährlich am 1. April jeden Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganz Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich der Indexwerte November des vergangenen Jahres mit November des vorvergangenen Jahres. Unterbleibt die Verrechnung des erhöhten Entgelts aus welchem Grund auch immer, verhindert das eine Geltendmachung des erhöhten Entgelts für die Zukunft nicht. Senkungen werden jedenfalls durchgeführt. Entgeltanpassungen nach der vorstehenden Anpassungsklausel erfolgen frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

(2) Über Abs 1 hinausgehende Änderungen der Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen werden dem Kunden vom Kreditinstitut so rechtzeitig vorgeschlagen, dass ihm die Änderungsmitteilung spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens zugeht. Die Zustimmung des Kunden

zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens kein schriftlicher Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderungen darzustellen ist, hinzuweisen.

(3) Auf dem in Abs 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut nur dann eine Erhöhung der mit dem Kunden vereinbarten Entgelte für Dauerleistungen vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die im Zeitraum, der nach Abs 1 für die Entgeltanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht wegen der Veränderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Die Entgeltserhöhung gemäß Abs 2 entspricht höchstens dem Dreifachen einer Entgeltserhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltsänderung höher ist als jene, die sich aus der Verbraucherpreisindex-Entwicklung ergäbe.

(4) Wenn mit dem Kunden kein(e) Kontoführungsentgelt/-gebühr vereinbart ist oder die kostenlose Kontoführung, so darf ihm das Kreditinstitut unabhängig von den Voraussetzungen der Abs 1 und Abs 3 auf dem in Abs 2 vorgesehenen Weg auch die Vereinbarung eines(r) Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlagen. Die Höhe dieses/r Entgelts/-gebühr darf mit Stand 12/2013 maximal EUR 2,00 pro Monat betragen. Vorgenannter Maximalbetrag wird jedoch der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganze Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich des Indexwertes für 12/2013 (= 109,2) mit dem Indexwert für jenes Kalendermonat, das zwei Monate vor jenem liegt, in dem das Kreditinstitut die Vereinbarung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlägt (Beispiel: Vorschlag im Laufe des März, Vergleichswert daher der Wert für Jänner). Die Neueinführung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr nach der vorstehenden Klausel erfolgt frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

C.) Änderungen und Neueinführung von Entgelten für Zahlungsdienste gegenüber Verbrauchern (ausgenommen Sollzinssätze)

Z 45 (1) Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste (insbesondere des

Giro-Vertrags) mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für Dauerleistungen (ausgenommen Sollzinsen) werden dem Kunden vom Kreditinstitut so rechtzeitig vorgeschlagen, dass ihm die Änderungsmitteilung spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens zugeht. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderungen darzustellen ist, hinweisen. Das Änderungsangebot ist dem Kunden vom Kreditinstitut auf Papier oder, wenn der Kunde damit einverstanden ist, auf sonstigen dauerhaften Datenträgern, mitzuteilen.

(2) Auf dem in diesem Abs 1 vorgesehenen Weg werden die mit dem Kunden vereinbarten Entgelte jährlich mit 1. April jeden Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganze Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich der Indexwerte November des vergangenen Jahres mit November des vorvergangenen Jahres. Erfolgt bei Erhöhung des Index eine Anhebung der Entgelte aus welchen Gründen auch immer nicht, so ist dadurch das Recht auf diese Anpassung mit Wirkung für die Zukunft nicht verloren gegangen. Senkungen werden jedenfalls durchgeführt.

(3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf dem in Abs 1 vorgesehenen Weg nur vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind.

- Die im Zeitraum, der nach Abs 1 für die Entgeltsanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht wegen der Veränderungen der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltsanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Die Entgeltserhöhung gemäß Abs 2 entspricht zuhöchst dem Dreifachen einer Entgeltserhöhung, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben würde.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Entgeltsänderung höher ist als jene, die sich aus der Verbraucherpreisindex-Entwicklung ergäbe.

(4) Wenn mit dem Kunden kein(e) Kontoführungsentgelt/-gebühr vereinbart ist oder die kostenlose Kontoführung, so darf ihm das Kreditinstitut unabhängig von den Voraussetzungen

der Abs 2 und 3 auf dem in Abs 1 vorgesehenen Weg auch die Vereinbarung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlagen. Die Höhe dieses/r Entgelts/Gebühr darf mit Stand 12/2013 maximal EUR 2,00 pro Monat betragen. Vorgenannter Maximalbetrag wird jedoch der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganze Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich des Indexwertes für 12/2013 (= 109,2) mit dem Indexwert für jenes Kalendermonat, das zwei Monate vor jenem liegt, in dem das Kreditinstitut die Vereinbarung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr vorschlägt (Beispiel: Vorschlag im Laufe des März, Vergleichswert daher der Wert für Jänner). Die Neueinführung eines/r Kontoführungsentgelt/-gebühr nach der vorstehenden Klausel erfolgt frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

**D.) Änderung der Zinssätze und Vereinbarung einer Zinsanpassungsklausel
gegenüber Verbrauchern (ausgenommen Kreditverträge)**

Z 45a. (1) Wurde mit dem Verbraucher keine Anpassungsklausel vereinbart oder wünscht das Kreditinstitut – außer bei Kreditverträgen – eine über die vereinbarte Anpassung hinausgehende Änderung des Zinssatzes, so bietet das Kreditinstitut diese Änderung des Zinssatzes spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens an. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot hinweisen. Sollte das Änderungsangebot ein Konto, über das Zahlungsdienste abgewickelt werden, betreffen, so hat der Kunde das Recht, den Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderungen darzustellen ist, hinweisen.

(2) Auf dem in Abs 1 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinsanpassung nur vorschlagen, wenn alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Konto seit dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung, wobei alle sachlich gerechtfertigten Umstände (Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, insbesondere des EZB-Leitzinses und des 3-Monats-Euribor) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung von Sollzinsen bzw. eine Zinssatzsenkung von Habenzinsen nach

Abs 1 darf 0,5 Prozentpunkte pro Jahr nicht übersteigen.

- Im Änderungsangebot wird darauf hingewiesen, dass die angebotene Zinssatzänderung höher ist als jene, die sich aus der vereinbarten Anpassungsklausel ergäbe. Wo keine Anpassungsklausel vereinbart ist, ist darauf hinzuweisen, dass die der Verzinsung zugrundeliegende Vereinbarung keine einseitige Zinssatzanpassung vorsieht.

(3) Außerdem kann auf diesem Weg die Vereinbarung einer Zinsanpassungsklausel angeboten werden.“

....

(Beilage ./B).

Die beklagte Partei versandte den nachfolgenden standardisierten Text auf Kontoauszügen gegenüber ihren Kunden im April 2015:

Konditionenänderung per 1.7.2015:

Sehr geehrte Kundin! Sehr geehrter Kunde!

Die jährlichen Preissteigerungen betreffen auch den Bankensektor und haben Auswirkungen auf Ihre Entgelte. Die Entgeltanpassungen wurden im Rahmen der AGB idF. Februar 2014 vorgenommen. Wir weisen darauf hin, dass die Entgeltänderungen höher sind als jene, die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergeben. Die Entgeltanpassungen dienen zur Kostenabdeckung der technischen Entwicklungs- und Umsetzungsaufwände für die gesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Erfordernisse.

Geänderte Konditionen:

- Depotgebühren für Wertpapiere Inland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,050 % auf 0,055 %
- Depotgebühren für Wertpapiere Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,125 % auf 0,137 %.
- Depotgebühren je Wertpapierposition für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.
- Depotgebühren je Wertpapierdepot für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 5,00 auf EUR 5,47.
- FMA-Meldung je Meldung von EUR 2,03 auf EUR 2,22
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Inland über Filiale oder Internet-Banking von 0,50 % auf 0,55 %.

- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Inland über Filiale von mindestens EUR 15,00 auf EUR 16,40.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Inland über Internet-Banking von mindestens EUR 10,00 auf EUR 10,93.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Ausland über Filiale oder Internet-Banking von 0,75 % auf 0,82 %.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Ausland über Filiale von mindestens EUR 25,00 auf EUR 27,33.
- Investmentzertifikate, strukturierte Investments, Verkauf von Wertpapieren Ausland über Internet-Banking von mindestens EUR 20,00 auf EUR 21,86.
- Orderannahme für Wertpapiere Inland und Ausland über Filiale von EUR 5,00 auf EUR 5,47.
- Orderannahme für Wertpapiere Inland und Ausland über Internet-Banking von EUR 2,50 auf EUR 2,73.
- Zins-/Kupongutschrift für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von 0,10 % auf 0,11 %.
- Zins-/Kupongutschrift für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internet-Banking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.
- Tilgung bei Fälligkeit für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internetbanking von 0,10 % auf 0,11 %.
- Tilgung bei Fälligkeit für Wertpapiere Inland und Ausland mit Eingang über Filiale oder Internetbanking von mindestens EUR 1,00 auf EUR 1,09.

Die angeführten Entgelte erhöhen sich sohin um 9,3 %.

Die Konditionenänderungen gelten ab 1.7.2015, wenn Sie nicht vor dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens schriftlich widersprechen.

Für Fragen und Auskünfte steht Ihnen Ihr(e) Kundenberater(in) in der SPARDA-BANK AUSTRIA süd eGen sowie das SPARDAfon unter der Telefonnummer 04242/28 15 60 sehr gerne zur Verfügung“

(Beilage ./3).

Die von der beklagten Partei verwendeten Urkunden für Kredite mit der Bezeichnung „EINMALBARKREDIT-FREMDWÄHRUNG“ enthalten nachstehenden Text:

„...“

Konditionen

...

Der jeweilige Zinssatz für den in Fremdwährung in Anspruch genommenen Kreditbetrag ist für die jeweilige Tranchenlaufzeit fix und beläuft sich unter Ausschluß einer sonstigen Zinsgleitklausel auf 1 Prozenpunkte über der Summe aus dem 3-Monats-LIBOR-CHF (Londoner Interbank-Zinssatz nach Reuters) zuzüglich dem von der Bank selbst für die Fremdwährungsbeschaffung zu bezahlenden LIBOR-Aufschlag im Höchstausmaß von 0,25 Prozentpunkten, welcher aufgrund der Mitteilung der von der Bank kontaktierten Referenzbanken festgelegt wird. Der sich hieraus ergebende Gesamtzinssatz wird auf volle Achtelprozentpunkte kaufmännisch gerundet. Die Zinsanpassung erfolgt erstmals am 01.04., sodann alle 3 Monate.“ (Beilage ./E).

Im Jahr 2015 übersandte die beklagte Partei ein Schreiben an ihre Kunden mit nachstehendem Inhalt:

„Information zu Fremdwährungskrediten

Sehr

aus gegebenem Anlass möchten wir Sie darauf hinweisen, dass bei Abschluss Ihres Kreditvertrages die aktuelle negative Entwicklung von Referenzzinssätzen keinesfalls vorhersehbar war und daher im Zuge der Kreditvereinbarung nicht explizit berücksichtigt wurde.

Ungeachtet dessen, dass wir aus Kulanzgründen in einigen Anlassfällen vorerst einen negativen Wert des Indikators bis zur Grenze eines Sollzinssatzes von 0(null) an Sie weiter gegeben haben, gilt für künftige Zinsanpassungen der Indikator mit einem Wert von null, wodurch im Sinne unserer Vereinbarung jedenfalls der mit Ihnen festgelegte Aufschlag zu Verrechnung kommt.“ (Beilage ./F)

Der Libor wurde erstmals im Jahr 1989 veröffentlicht und war im Dezember 2014 erstmals negativ. Am 18.05.2016 betrug der Drei-Monats-Libor für Schweizer Franken -0,7354 % (gerichtsnotorisch):

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die jeweils in Klammer angeführten

Beweismittel. Sämtliche Urkunden erachtete das Gericht für echt und deren Inhalt für richtig, wobei der festgestellte Sachverhalt unstrittig war.

Aus den vorgelegten Urkunden konnten sämtliche für die rechtliche Beurteilung erforderlichen Feststellungen getroffen werden, weshalb eine Einvernahme des von der beklagten Partei beantragten Zeugen Paul Kernjak sowie die Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet Bankwesen aufgrund der Entscheidungsreife der Rechtssache unterblieben.

Zu der von der beklagten Partei mit Kontoauszug mitgeteilten Konditionenänderung per 01.07.2015 wurde der dazu getroffenen Feststellung der vor der beklagten Partei anonymisierte Kontoauszug, welcher als Beilage ./3 zum Akt genommen wurde, zur Erfassung der Darstellung, wie diese Mitteilung tatsächlich den Kunden der beklagten Partei zugeht, zugrunde gelegt. Bei der von der klagenden Partei zur monierten Konditionenänderung vorgelegten Urkunde, welche als Beilage ./D zum Akt genommen wurde, handelt es sich um eine Umsatzübersicht, somit eine nachträglich im EDV-Weg hergestellte Darstellung der Mitteilung der beklagten Partei an ihre Kunden, welche jedoch nicht die tatsächliche Form der den Kunden zugegangenen Mitteilung der beklagten Partei betreffend die Konditionenänderung abbildet.

Die Feststellungen zum Referenzzinssatz LIBOR ist Allgemeinwissen.

Rechtliche Beurteilung:

Die klagende Partei ist ein zur Unterlassungsklage nach § 28 KSchG berechtigter Verein.

Wer im geschäftlichen Verkehr in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist (§ 28 Abs 1 KSchG).

Gemäß § 6 Abs 1 KSchG sind für den Verbraucher besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinne des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen

gemäß Z 2 leg. cit. 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;

gemäß Z 5 leg. cit. dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie, dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt.

Gemäß § 6 Abs 3 KSchG ist eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Gemäß § 864a werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil 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.

Gemäß § 879 Abs 3 ist eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiden beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Unter allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden abgekürzt: AGB) sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen stellt. Es ist gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in der Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden. AGB liegen nur dann nicht vor, wenn Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (RIS-Justiz RS0123499 [T2]).

Entgegen der Ansicht der beklagten Partei ist nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes die Zulässigkeit einer Klausel auch dann nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen, wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht (RIS-Justiz RS0128865, Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud in ÖBA 2016/2254 OGH).

Geht man mit dem OGH davon aus, dass vertragliche Zustimmungsfiktionen in der Praxis trotz des formalen Widerspruchsrechts des Verbrauchers weitgehend auf eine einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinauslaufen, müssen wegen dem insofern

gleichwertigen Schutzbedürfnisses des Verbrauchers auch bei solchen Vertragsklauseln Änderungen der vereinbarten Hauptleistungen in gleicher Weise wie bei „klassischen“ Preis- und Leistungsänderungsklauseln dem Grunde und der Höhe nach an Parameter gebunden werden, die den Vorgaben in § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG entsprechen. Diese Bestimmungen sind zwar auf Zustimmungsfiktionen nicht direkt anwendbar; sie geben aber Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber bei der Begründung einer einseitigen Leistungs- oder Preisänderungsbefugnis des Unternehmers als jedenfalls unzulässig ansieht. Da der Katalog des § 6 KSchG ohnehin nur insbesondere nach § 879 Abs 3 ABGB demonstrativ konkretisiert, können und müssen diese Vorgaben in 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 der Sicht des Verbrauchers im praktischen Ergebnis die gleichen Risiken verbunden sind. Anders gesagt 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 (vgl. Haghofer, Änderung der Hauptleistungen im Wege einer Zustimmungsfiktion, *ecolex* 2014, 504 [505], *VbR* 2013, 19, ... *RV* 744 *BlgNR* 14. *GP20f.*, H. Schmidt in *Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht* [2011] § 3087 Nr. 5 *BGB Rz* 7).

Zur Z 44 Abs 2 und Abs 3 der AGB der beklagten Partei:

Im Sinne der eingangs angeführten Ausführungen der rechtlichen Beurteilung verstößt Z 44 Abs 2 AGB der beklagten Partei gegen das aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG abzuleitenden Erfordernis der Zweiseitigkeit, da die in der genannten Bestimmung der AGB der beklagten Partei eine den Verbraucherpreisindex übersteigende Erhöhung im Wege der Zustimmungsfiktion vorgesehen ist, im Gegensatz dazu jedoch keine gleichwertige eine über den Verbraucherpreisindex hinausgehende Senkung. Die von der beklagten Partei im Abs 2 der Z 44 der AGB im Wege der Zustimmungsfiktion mögliche Entgelterhöhung ist auch als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB zu qualifizieren und daher im Sinne der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für den Verbraucher gröblich benachteiligend (vgl. 1 Ob 210/12g, 2 Ob 131/12x, 8 Ob 58/14h, 9 Ob 26/15m, 7 Ob 180/15v und 1 Ob 146/15z).

Darüber hinaus widerspricht die erste Bedingung im Abs 3 der Z 44 der AGB der beklagten Partei: „Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen“ dem in § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebot. Aus der von der beklagten Partei gewählten Formulierung ist für den Kunden in keinster Weise nachprüfbar und bestimmbar, um welche Kosten es sich dabei handelt und stellt diese ebenfalls eine gröbliche

Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB dar.

Zusammengefasst ist daher auszuführen, dass entgegen der Ansicht der beklagten Partei auch Klauseln, die im Wege der – grundsätzlich zulässigen – Zustimmungsfiktion im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Änderungen der vertraglichen Leistungen vorsehen, den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG als auch § 879 Abs 3 KSchG genügen müssen.

Zu Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 der AGB der beklagten Partei:

Diese Klauseln verstoßen zunächst gegen das in § 6 Abs 3 KSchG normierte Transparenzgebot. Die Klauseln enthalten keinerlei Voraussetzungen, unter welchen Bedingungen, entgegen der ursprünglichen Vereinbarung, die Entgeltlichkeit der Kontoführung dem Kunden vorgeschlagen werden kann. Darüber hinaus muss ein Kunde, mit dem zunächst ausdrücklich eine kostenlose Kontoführung oder keine Kontoführungsgebühr vereinbart wurde, nicht damit rechnen, dass sich eine entsprechende Erklärung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen findet, mit der die beklagte Partei für den Verbraucher überraschend im Wege einer Erklärungsfiktion unter nicht näher definierten Voraussetzungen eine Kontoführungsgebühr einführt. Dies ist für den Verbraucher jedenfalls gröblich benachteiligend und verstößt daher gegen § 864a ABGB. Im Sinne des § 864a ABGB müsste bei Abschluss des Kontoführungsvertrages ein entsprechender, ausdrücklicher Hinweis auf die Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 der AGB der Beklagten im Vertrag enthalten sein.

Darüber hinaus ist die Möglichkeit, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung über die Zustimmungsfiktion erheblich zu Gunsten der beklagten Partei zu verschieben und die Position des Verbrauchers zu entwerten, gröblich benachteiligend und verstößt gegen § 879 Abs 3 ABGB.

Im Hinblick auf die einseitige Möglichkeit für die beklagte Partei aufgrund der Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 ihrer AGB ausschließlich ein höheres Entgelt als ursprünglich vereinbart im Wege der Zustimmungsfiktion zu verrechnen, jedoch keine Entgeltänderung durch eine Entgeltsenkung vorzusehen, verstoßen Z 44 Abs 4 und Z 45 Abs 4 der AGB der beklagten Partei im Sinne der obigen Ausführungen auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG.

Zu Z 45 Abs 3 AGB:

Wie bereits zur Z 44 Abs 2 und 3 der AGB ausgeführt, sieht Z 45 Abs 3 der AGB der beklagten Partei gleichermaßen wie die Z 44 Abs 2 AGB nur eine Erhöhung der Kosten vor, jedoch keine Voraussetzungen für eine Entgeltsenkung. Auch diese Klausel der allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei widerspricht dem Äquivalenzprinzip des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und ist auf das zu Z 44 Abs 2 AGB in diesem Zusammenhang Gesagte zu

verweisen.

Nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sind vertragliche Erklärungsfiktionen, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gewertet wird, nur zulässig, wenn der Verbraucher bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen wird und zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist hat.

Gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sind Vertragsbestimmungen nichtig, die dem Unternehmer auf sein Verlangen ein höheres als das bei Vertragsschluss bestimmte Entgelt zugestehen, es sei denn, die für die Erhöhung maßgebenden Umstände sind im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sowie dass ihr Eintritt vom Willen des Unternehmers unabhängig ist. Im Zuge der KSchG-Nov 1997 wurde neben der sachliche Rechtfertigung auch als weiteres Erfordernis einer zulässigen einseitigen Preiserhöhung festgelegt, dass auch eine umstandsbedingte Entgeltsenkung vorgesehen sein muss. Es wurde also das Erfordernis der Zweiseitigkeit von Preisgleitklauseln eingeführt (311 BlgNR 20. GP 18) (*Krejci in Rummel ABGB*³ § 6 KSchG RZ 72 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG wendet sich *nicht* gegen *zu hohe* Preise. Preiswucher u Preistreiberei bekämpfen andere Normen. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG will vielmehr den Verbraucher vor unvorhersehbaren, nicht kalkulierbaren einseitigen Preisänderungen durch den Unternehmer schützen (vgl. Materialien. 744 BlgNR 14. GP 23 f). Spätere einseitige Entgeltbestimmung durch den Unternehmer soll nur in beschränktem Maße möglich sein: Die Kriterien derartiger Gestaltungsmacht des Unternehmers müssen vertraglich festgelegt sein und sollen von willkürlichen Maßnahmen des Unternehmers unabhängig sein. Damit sind Preisgleitklauseln nicht gänzlich verboten; gleichzeitig sollen dem Verbraucher jedoch böse Überraschungen erspart werden. Neben dem Schutz vor unvorhersehbaren Preiserhöhungen soll der Verbraucher aber auch davor bewahrt werden, dass die Preiserhöhung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Es geht also nicht bloß um Klarheit und formale (rechnerische) Nachvollziehbarkeit der Preisänderung, sondern auch darum, dass diese Preiserhöhung sachlich hinreichend begründet erscheint. Es muss also insbesondere betriebswirtschaftlich oder vergleichbare Gründe für die Preisänderung geben. Die Materialien (311 BlgNR 20. GP 18) stellen auf den sachlichen Bezug zum konkreten Geschäft und die Kosten des Unternehmers ab. Es soll verhindert werden, dass Faktoren herangezogen werden, die auf die Kalkulation des Unternehmers keinen Einfluss haben. (*Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer, KSchG § 6 Rz 32*). (*Krejci in Rummel ABGB*³ § 6 KSchG RZ 73 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Wie der Kläger zutreffend aufzeigt, lässt die Klausel nicht einmal ansatzweise irgendeine Beschränkung erkennen, die den Verbraucher vor dem Eintritt unangemessener Nachteile bei

Änderungen des Vertrags mittels Zustimmungsfiktion schützen könnte. Sie lässt - wie bereits mehrfach erwähnt - eine Änderung wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zu Gunsten der Bank in nahezu jede Richtung und in unbeschränktem Ausmaß zu. Nicht nur die Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte wird ermöglicht. Geändert werden können auch ohne irgendeine Einschränkung alle von der Bank geschuldeten Leistungen.

Diese uneingeschränkte Möglichkeit eines Verwenders von AGB, das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen über eine Zustimmungsfiktion erheblich zu seinen Gunsten zu verschieben und die Position des Vertragspartners zu entwerten, sah der BGH in der (ua in 6 Ob 85/11 k, RIS-Justiz RS0108693, 6 Ob 17/16t, RIS-Justiz RS0016590) zitierten Entscheidung vom 11. 10. 2007 (III ZR 63/07) als entscheidendes Argument für das Verbot einer Klausel, die ein Unternehmen berechtigte, eine Leistungs- und Produktbeschreibung mittels fingierter Zustimmung anzupassen. Für derart weitreichende, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien betreffende Änderungen sei ein Änderungsvertrag notwendig. Eine Zustimmungsfiktion reiche nicht aus, weil sich der größte Teil von Verbrauchern erfahrungsgemäß nicht mit Vertragsanpassungen auseinandersetze und regelmäßig in der Annahme, die Änderung werde "schon ihre Ordnung haben", schweige. In der Praxis laufe die Klausel weitgehend auf eine einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbefugnis der Beklagten hinaus.

Diese Überlegungen treffen auf die inkriminierte Klausel zu. Nicht jede Vertragsanpassung über eine in AGB vereinbarte Zustimmungsfiktion ist nach dem Gesagten unzulässig, sondern nur eine derart völlig uneingeschränkte.

Zu Z 45a Abs 2 der AGB der beklagten Partei:

Diese Bestimmung ist im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB für den Verbraucher gröblich benachteiligend. Die Klausel sieht im zweiten Spiegelstrich eine Zinssatzanhebung von Sollzinsen und eine Zinssatzsenkung von Habenzinsen, jedoch keine Zinssatzsenkung der Sollzinsen und keine Zinssatzanhebung von Habenzinsen zu Gunsten des Verbraucher vor. Mangels der neutralen Ausführung der Zinssatzänderung liegt ein Verstoß gegen das Gebot der in § 879 Abs 3 ABGB normierten Zweiseitigkeit vor und entspricht auch aus diesem Grund dem § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und wird dazu auf die rechtliche Beurteilung zu Z 44 Abs 2 und 3 AGB verwiesen. Darüber hinaus sind die Umstände, die im ersten Spiegelstrich beschrieben sind, für den Kunden einerseits nicht nachprüfbar und zu unbestimmt und liegen außerdem ausschließlich in der Sphäre der Bank, womit eine einseitige Tragung der Nachteile bzw. Überwälzung auf den Kunden unzulässig ist und ist dadurch einerseits ein Verstoß gegen das

Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG als auch eine gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB zu bejahen.

Das ZaDiG setzt die Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, im folgenden als „ZaDi-RL“ bezeichnet, in innerstaatliches Recht um. Ziel der Richtlinie ist es, einen europaweit einheitlichen ("kohärenten") rechtlichen Rahmen für Zahlungsdienste zu schaffen und gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Zahlungssysteme zu gewährleisten. Zu diesem Zweck weicht die Richtlinie vom Prinzip der Mindestharmonisierung ab. Mitgliedstaaten sollen keine von den Vorgaben der Richtlinie abweichenden Anforderungen für Zahlungsdienstleister festlegen (Grundsatz der Vollharmonisierung). Eine Abweichung ist bei der Richtlinienumsetzung nach Art 86 der zitierten Richtlinie nur dort zulässig, wo sie dies explizit vorsieht (3 Ob 107/11y = EvBL 2012/5 [Fichtiger = ÖBA 2012/1768], 53 [Koch]; , 6 Ob 120/15p, RIS-JUSTIZ RS0127123, 4 Ob 36/16x = RIS-JUSTIZ RS0082949), 1 Ob 244/11f, 9 Ob 31/15 x, RIS-JUSTIZ RS0128553, RS0128543, RS0128542, RS0042041, RS0037089, RS0014627, RS0123234)

Im Sinn des Art 42 Nr. 6 lit a ZaDi-RL ist dem Zahlungsdienstnutzer, soweit vereinbart, mitzuteilen, dass seine Zustimmung zu einer Änderung der Bedingungen nach Art 44 als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat. Wurde dies vereinbart, muss der Zahlungsdienstleister nach Art 44 Nr 1 zweiter Satz der ZaDi-RL den Zahlungsdienstnutzer davon in Kenntnis setzen, dass seine Zustimmung zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat.

Art 42 Nr 6 lit a der ZaDi-RL wurde durch § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG in österreichisches Recht umgesetzt, Art 44 Nr 1 zweiter Satz der zitierten Richtlinie durch § 29 Abs 1 ZaDiG.

Gemäß Art 44 Nr. 3 der ZaDi-RL sind die den Zahlungsvorgängen zugrunde gelegten geänderten Zinssätze oder Wechselkurse neutral auszuführen und so zu berechnen, so dass Zahlungsdienstnutzer nicht benachteiligt werden.

Gemäß Artikel 86 Nr. 1 ZaDi-RL dürfen die Mitgliedstaaten unbeschadet von Artikel 30 Absatz 2, Artikel 33, Artikel 34 Absatz 2, Artikel 45 Absatz 6, Artikel 47 Absatz 3, Artikel 48 Absatz 3, Artikel 51 Absatz 2, Artikel 52 Absatz 3, Artikel 53 Absatz 2, Artikel 61 Absatz 3 und der Artikel 72 und 88 in den Bereichen, in denen diese Richtlinie harmonisierte Bestimmungen enthält, keine anderen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen beibehalten oder einführen.

Gemäß Abs 3 leg cit stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Zahlungsdienstleister nicht zum Nachteil der Zahlungsdienstnutzer von den diese Richtlinie umsetzenden oder dieser Richtlinie entsprechenden einzelstaatlichen Vorschriften abweichen, es sei denn, dies ist darin ausdrücklich vorgesehen. Zahlungsdienstleister können jedoch beschließen, Zahlungsdienstnutzern günstigere Konditionen einzuräumen.

Die **acte-clair-Theorie** besagt, dass eine Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) dann nicht im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegt werden muss, wenn über die Auslegung oder Gültigkeit von Unionsrecht vernünftigerweise keine Zweifel bestehen können. Entgegen dem Vorbringen der beklagten Partei erschließt sich aus Art 44 Abs 1 der Richtlinie 2007/64 EG nicht, dass der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer gestützt auf die Bestimmung die Änderung beliebiger Vertragspunkte in beliebigem Umfang vorschlagen kann. Ebenso ergibt sich aus der in Art 86 der Richtlinie 2007/64 EG normierten Vollharmonisierung kein Ausschluss nationaler Regelungen, die die Wirksamkeit von Änderungsklauseln an zusätzliche Parameter im Sinne des Konsumentenschutzes binden. Widrigenfalls würde die Richtlinie 2007/64 EG im Widerspruch zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, welche ebenfalls in den Mitgliedstaaten in deren nationalen Regelungen umgesetzt wurde, stehen.

Gemäß Artikel 3 Abs 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ist eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

Zusammenfassend besteht daher weder ein Zweifel an der Auslegung der Richtlinie 2007/64 EG (ZaDi-RL) noch steht Art 86 der Richtlinie 2007/64 EG (ZaDi-RL) der Anwendung des § 879 Abs 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 6 Abs 3 KSchG entgegen, sodass keine Veranlassung zur Entscheidung über den Antrag der beklagten Partei dem EuGH die von dieser formulierten Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen

Zur Konditionenänderung per 1.7.2015 durch den standardisierten Text auf Kontoauszügen:

Gemäß § 6 Abs 3 KschG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist (Transparenzgebot). Das Transparenzgebot verlangt sowohl die formelle Textverständlichkeit, als auch, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher

durchschaubar sind. Das Transparenzgebot soll eine **durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sicherstellen**, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden. Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben. Zweck des Verbandsprozesses ist es nämlich nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (**OGH 25.6.2014, 3 Ob 57/14z**)

Nach der Rsp des OGH ist die Zulässigkeit einer Klausel mit Zustimmungsfiktion auch dann nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen, wenn sie den formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht (stRsp, vgl RIS-Justiz RS0128865)

Die Form der Verständigung zur Konditionenänderung per 1.7.2015 verstößt gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die zitierte Bestimmung verlangt unter anderem, dass der Kunde durch ausreichende Information und Aufklärung in die Lage versetzt werden soll, seine Interessen und Marktchancen selbst zu verfolgen. AGBs sind so zu gestalten, dass der Verbraucher ihren Inhalt hinreichend deutlich erkennen, in allen wesentlichen Belangen erfassen und nachvollziehen kann (Apathy in Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar § 6 KSchG⁴ (2014) Rz 88). Aufgrund der gedrängten, unübersichtlichen Darstellung der Entgeltänderungen ist die Verständigung unübersichtlich und kann die Fülle an Informationen in ihrer Gesamtheit vom durchschnittlichen Verbraucher weder erfasst werden noch sind sie überschaubar. Die gegenständliche Information im Kontoauszug versetzt den durchschnittlichen Verbraucher nicht in die Lage deren Inhalt zu erfassen.

Wie die klagende Partei zutreffend ausführt, verstößt diese Form der Verständigung darüber hinaus gegen Z 44 Abs 1 der AGB der Beklagten. Gemäß Z 44 Abs 1 der AGB der Beklagten werden die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleitungen (wie zum Beispiel Depotgebühren, Safemiete, Kontoführungsentgelte für Konten, über die keine Zahlungsdienste abgewickelt werden, (ausgenommen jedoch Sollzinsen) jährlich am 1. April eines Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2010 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung (Auf- oder Abrundung) auf ganze Cent erfolgt. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich der Indexwerte November des vergangenen Jahres und November des vorvergangenen Jahres.

Der Indexwert des VPI 2010 im November 2013 war 108,5, der Indexwert November 2014 110,3. Das ergibt eine Veränderung in der Höhe von 1,6589 und beträgt das Dreifache hiervon 4,977 %.

Die von der beklagten Partei ihren Kunden im April 2015 mitgeteilte Änderungen zum 1.7.2015 betragen aber bis zu 9,3 % und widersprechen daher der Klausel Z 44 Abs 1 der AGB der beklagten Partei. Darüber hinaus ist diese Erhöhung nach § 879 Abs 1 und Abs 3 ABGB unzulässig.

Zur Zinsanpassungsklausel von Sollzinsen in mit Verbrauchern geschlossenen Kreditverträgen der beklagten Partei

Die beklagte Partei vereinbart mit ihren Kunden bei Einräumung von Fremdwährungskrediten variable Kreditzinsen, welche an den Libor-CHF als Indikator gebunden sind. Die beklagte Partei verwendet zum Abschluss dieser Verbrauchercreditverträge vorgefertigte Formblätter im Sinne des § 28 KSchG, weshalb eine inhaltliche Prüfung der in den mit Verbrauchern individuell geschlossenen Verträgen als auch des Schreibens „Information zu Fremdwährungskrediten“ im Verbandsfahren rechtlich zulässig ist.

Bei Zinsänderungsklauseln wird grundsätzlich zwischen Zinsgleit- und Zinsanpassungsklauseln unterschieden. Unter einer Zinsgleitklausel versteht man eine vertragliche Regelung, wonach der Zinssatz eines Vertrages an eine bestimmte veränderliche Bezugsgröße (Referenzzinssatz: zB Libor/Euribor) gekoppelt ist, sodass sich der Zinssatz automatisch bei Veränderung der Bezugsgröße ändert (zB "3-Monats-Euribor" plus Aufschlag von 1 %). Demgegenüber wird bei einer Zinsanpassungsklausel im Vertrag ein bestimmter Zinssatz vereinbart, wobei dem Kreditgeber insoweit ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wird, als er den Zinssatz bei Veränderungen der Refinanzierungsbedingungen am Geld- und Kapitalmarkt nach billigem Ermessen einseitig anpassen darf, sodass derartige Zinsanpassungsklauseln idR nur für Unternehmerkredite zur Anwendung kommen. Bei Verbrauchercrediten sind diese Klauseln jedenfalls nur dann zulässig, wenn sie die Voraussetzungen gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KschG erfüllen. Für variable Kreditzinsen im Verbrauchercreditgeschäft werden daher idR Zinsgleitklauseln vereinbart (*vgl. Johann Kriegner, ÖBA 2016, 507*).

Bei diesen Zinsgleitklauseln erfolgt die Zinsanpassung idR automatisch nach der sogenannten absoluten Berechnungsmethode. Die Sollzinsen entwickeln sich parallel zum vereinbarten Indikatorwert, weil der Sollzinssatz immer eine bestimmte Anzahl von Prozentpunkten über dem Indikatorwert liegt. Steigt der Indikator, steigen die Zinsen im selben Ausmaß und umgekehrt. Der Aufschlag bleibt über die gesamte Vertragslaufzeit gleich hoch. Anderes ergibt sich aber bei der sogenannten relativen Berechnungsmethode. Bei dieser verändert sich der Zinssatz nicht im selben Ausmaß wie der vereinbarte Indikator, sondern er verändert sich im selben, in Prozent des Ausgangswerts ausgedrückten Verhältnis, sodass die relative

Berechnungsmethode nicht mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vereinbar sein dürfte (vgl. *Johann Kriegner, ÖBA 2016, 507*). .

Zinsanpassungsklauseln in mit Konsumenten abgeschlossenen Kreditverträgen müssen den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entsprechen und damit vier Voraussetzungen erfüllen, nämlich die sachliche Rechtfertigung, die Unabhängigkeit des Eintritts der Änderungsfaktoren vom Willen des Unternehmers, die Zweiseitigkeit und die Umschreibung der maßgebenden Faktoren. Das aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG resultierende Gebot der Zweiseitigkeit bedeutet, dass bei Eintritt der entsprechenden Umstände eine Verpflichtung zur Senkung der Zinsen besteht, wenn z.B. das Zinsniveau sinkt oder sich die Refinanzierungsmöglichkeiten verbessern. Eine AGB-Klausel, die dem Kreditgeber bloß das Recht zur Erhöhung des Zinssatzes einräumt, ohne ihn auch bei Veränderung der Umstände zu einer entsprechenden Senkung zu verpflichten, wäre daher unwirksam (Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 879 RZ 366 (Stand 1.3.2015, rdb.at)).

Mindestzinssatzvereinbarungen beim Verbrauchergeschäft verstoßen **nicht** gegen § 6 Abs 1 Z 5 KschG. Wie die **Autorin Brigitta Zöchling-Jud** in *ÖBA 2016/2269* zutreffend ausführt, soll die in den verschiedenen Tatbeständen des § 6 KschG normierte Inhaltskontrolle nicht die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung überprüfen, bezweckt also nicht die Erreichung eines iustum pretium. Dieser Gedanke komme auch in § 879 Abs 3 ABGBdeutlich zum Ausdruck, der nur solche Klauseln der Inhaltskontrolle unterzieht, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen. Dieser Grundsatz stehe nach Ansicht von Brigitta Zöchling-Jud nun mit § 6 Abs 1 Z 5 KschG von vornherein in einem gewissen Widerspruch, als die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes unstrittig die Hauptleistungspflicht des Kreditnehmers betrifft und dennoch die Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KschG zu beachten sind. Dieser Widerspruch könne nach Meinung der Autorin aber nur soweit hingenommen werden, als für den Grundsatz noch ein Anwendungsbereich bleibt, also zumindest die Hauptleistungspflicht ieS der Inhaltskontrolle entzogen sei. Dies betreffe ihrer Ansicht nach nicht nur die Höhe des "Anfangszinssatzes", sondern auch einen Mindestzinssatz, der als Hauptleistungspflicht der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGBentzogen und von den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG über die im Übrigen vereinbarte Anpassung gar nicht erfasst sei. Dagegen könne auch nicht eingewendet werden, dass die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle für Nebenbestimmungen möglichst eng zu verstehen sei und nicht alle Vertragsbestimmungen, die die Leistung oder das Entgelt betreffen würden, als Hauptleistung von der Inhaltskontrolle ausgenommen seien.

Dazu ist auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu Kreditbearbeitungsgebühren zu verweisen, in der er die Kreditbearbeitungsgebühren als Hauptleistung qualifizierte und von der Inhaltskontrolle gemäß § 879 Abs 3 ABGB ausnahm (vgl. 6 Ob 13/16 d, *ÖBA 2016, 446*).

Mit der Vereinbarung eines Mindestzinssatzes wird ein vom Kreditnehmer zu zahlendes Mindestentgelt (Fixum) vereinbart. Dieses Mindestentgelt ist vom Schuldner jedenfalls zu zahlen, insbesondere dann, wenn aufgrund des negativen Referenzzinssatzes die Entgeltanpassungsklausel **nicht angewendet** werden kann. Dieses Mindestentgelt bzw. Fixum unterliegt im Gegensatz zur Zinsanpassungsklausel nicht dem Äquivalenzprinzip des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Eine Pflicht, fixe Entgeltsbestandteile mit variablen zu saldieren, kann aus dem für variable Zinsen bestehenden Zweiseitigkeitsgebot nicht abgeleitet werden (Brigitta Zöchling-Jud in ÖBA 2016/2269).

Die klagende Partei stützt sich darauf, dass die Vereinbarung eines Mindestzinssatzes, sohin einer Untergrenze, ohne der Vereinbarung eines Höchstzinssatzes, also einer Obergrenze, dem Äquivalenzprinzip des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG widersprechen würde, ohne darzustellen, wie diese Obergrenze zu bestimmen wäre. In der Rechtsprechung und in der Literatur blieb die Frage – wie dieser Höchstzinssatz zu bemessen wäre – unbeantwortet. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass es unmöglich erscheint, eine Obergrenze zu finden, welche dem Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG entspricht. Das Definieren einer Obergrenze erscheint aufgrund der Grenzen des objektiven Rechts, insbesondere aufgrund der Bestimmung des § 934 ABGB, des WucherG und der AusbeutungsVO ohnehin nicht erforderlich. (vgl. *Zöchling-Jud*, ÖBA 2016/2269, ÖBA 2015, 328; *Koch*, VbR 2015/104, 144; *Rabl*, VbR 2016/42, 63.

Zusammenfassend wird ausgeführt, dass die Vereinbarung eines Mindestzinssatzes bei Fremdwährungskreditverhältnissen ohne gleichzeitiger Vereinbarung eines Höchstzinssatzes nicht den Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG widerspricht. Punkt 1.) b.) 3.) des Klagebegehrens war abzuweisen.

Zur Wiederholungsgefahr:

Nach § 28 Abs 2 KSchG besteht die Gefahr der Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen oder Geschäftspraktiken nicht mehr, wenn der Unternehmer nach Abmahnung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe besicherte Unterlassungserklärung abgibt. Eine derartige Unterlassungserklärung hat die beklagte Partei nicht abgegeben.

Zur Leistungsfrist:

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt (4 Ob 130/03a, 10 Ob 70/07b, 7 Ob 84/12x; RIS-Justiz RS0041265 [T1]). Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat (6 Ob 24/11i verst. Senat = RIS-Justiz RS0041265 [T3]). In den Entscheidungen 4 Ob 130/03a und 6 Ob 24/11i (verst. Senat) wurde eine dreimonatige Leistungsfrist für angemessen gehalten. Dies wurde auch zum Berufen auf die Klausel bereits ausgesprochen (vgl etwa 10 Ob 70/07b, 4 Ob 130/03a, 1 Ob 244/11f).

Der Einwand, diese Rechtsprechung entspreche Art 7 Abs 2 der Klausel, RL 93/13 EWG, nicht, weil die Gerichte wirksame Mittel anwenden müssten, um der Verwendung der von ihnen als missbräuchlich angesehenen Vertragsklausel ein Ende zu setzen, überzeugt nicht und hat den Obersten Gerichtshof auch bisher nicht veranlasst, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten. Die Richtlinie schreibt weder die Mittel noch die Fristen konkret vor, die gegen nichtige Klauseln eingesetzt werden müssen. Der EuGH führte in der Entscheidung vom 26. 4. 2012, C-472/10, aus, dass die Klausel-RL nicht auf die Harmonisierung der Sanktionen gerichtet ist, die gelten sollten (Rz 35 der Entscheidung). Eine Leistungsfrist von drei Monaten zur Umgestaltung des Klauselwerks ist grundsätzlich angemessen, muss man doch dem Unternehmer Zeit geben, in seiner Organisation die Voraussetzungen für die Umsetzung der Entscheidung zu schaffen.

Zur Urteilsveröffentlichung:

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963). Die mediale Berichterstattung wird dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Aufklärung über die Verwendung bestimmter gesetzwidriger Vertragsbestandteile nicht gerecht. Das gleiche gilt für die Bereitstellung einschlägiger Informationen über die Website des Klägers (8 Ob 49/12g = RIS-Justiz RS0121963 [T10]). Das Urteilsveröffentlichungsbegehren besteht daher zu Recht.

Der hier nach § 30 Abs 1 KSchG sinngemäß geltende § 25 Abs 3 UWG räumt der im Unterlassungsstreit obsiegenden Partei einen (nur auf Antrag wahrzunehmenden) Anspruch,

das Urteil innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Gegners zu veröffentlichen, nur dann ein, wenn sie daran ein berechtigtes Interesse hat.

Für den Bereich des Wettbewerbsrechts hat der Oberste Gerichtshof in diesem Zusammenhang bereits ausgesprochen, dass es in Fällen, in denen sich etwa die Haltlosigkeit der gegen einen Mitbewerber erhobenen Vorwürfe herausstellt, die Billigkeit erfordern kann, (auch) dem zu Unrecht Verdächtigten die Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit zu bieten (RIS-Justiz RS0079624, 4 Ob 169/90, 9 Ob A 150/15x, 6 Ob 234/15b, RIS-Justiz RS 0079820, 6 Ob 17/16t, u.a. mwN). Ein solches berechtigtes Interesse des obsiegenden Beklagten an der Urteilsveröffentlichung könne sich insbesondere dann ergeben, wenn ein Wettbewerbsstreit eine gewisse Publizität erlangt habe; vor allem bei nur teilweisem Obsiegen des Klägers könne nämlich durch die Veröffentlichung (nur) des stattgebenden Teils des Urteils (auf Antrag des Klägers) in der Öffentlichkeit der falsche Eindruck entstehen, dass der bekannt gewordene Wettbewerbsstreit zur Gänze zugunsten des Klägers ausgegangen sei. Zur Beseitigung eines solchen unrichtigen Eindrucks könne auch ein vom Veröffentlichungsinteresse des Klägers abhängender Veröffentlichungsanspruch des Beklagten gegeben sein (10 Ob 70/07b, RIS-Justiz 0079511 = 4 Ob 169/90, 3 Ob 73/16 f, Ris-Justiz 0079764, 10 Ob S 90/15 f, RIS-Justiz RS0043405, RS0079501).

Aufgrund der Bedeutung der Frage, ob Kreditgeber aufgrund von Negativzinsen zur Zahlung von Zinsen an Kreditnehmer verpflichtet sind, besteht in sinngemäßer Anwendung der dargelegten Grundsätze auch im vorliegenden Verfahren über eine Verbandsklage nach dem KSchG ein berechtigtes Interesse der beklagten Partei an der Veröffentlichung des klageabweisenden Teiles des Spruchs. Die Beklagte hat die Veröffentlichung eines [allenfalls] „klageabweisenden Teiles“ des Spruchs „begehrt“, weshalb ein derartiger Zuspruch nicht gegen § 405 ZPO verstößt. Im Sinne des fair trial ist der beklagten Partei die gleiche Möglichkeit einer Information der Öffentlichkeit einzuräumen wie der klagenden Partei.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 1 ZPO. Die klagende Partei ist mit sechs von sieben Punkten des Klagebegehrens, sohin mit 86 % durchgedrungen. Die beklagte Partei hat der klagenden Partei 86 % der Pauschalgebühr und 72 % der Vertretungskosten zu ersetzen. Entgegen der Ansicht der beklagten Partei diene der als „Duplik“ bezeichnete Schriftsatz der klagenden Partei der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und war im Hinblick auf die Frist des § 257 Abs 1 ZPO nicht unzulässig.

Landesgericht Klagenfurt, Abteilung 21 Cg
Klagenfurt, 18. November 2016
Mag. Sabine Rieglhofer, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

