



REPUBLIK ÖSTERREICH
LANDESGERICHT FÜR ZIVILRECHTSSACHEN GRAZ

34 Cg 25/17i- 10

(Bitte in allen Eingaben anführen)

8010 Graz
Marburgerkai 49

Tel.: +43 316 8064 0

Fax: +43 316 8064 3600

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Abteilung 34, hat durch die Richterin Mag. Eva Kraut in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1016 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in Wien, **wider** die beklagte Partei **Raiffeisen-Landesbank Steiermark AG**, Kaiserfeldgasse 5, 8010 Graz, vertreten durch Kosch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, **wegen** Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,00) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert: EUR 5.500,00) nach mit beiden Teilen durchgeführter, öffentlicher, mündlicher Streitverhandlung zu Recht erkannt:

1) Die beklagte Partei ist schuldig,

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

1. *Übertragungsspesen (USt-pflichtig): Depotübertrag exkl etwaigen sektorfremden Spesen (ausgenommen bei Depotübertrag innerhalb der RBG Steiermark) 40,00 pro Position zzgl 20% Ust*

Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinsen)

2. *Z 44 (3) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Entgeltsanpassung darf das Kreditinstitut mit dem Kunden auf dem in Abs. 1 vorgesehenen Weg nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:*
 - *Die im Zeitraum, der nach Abs. 2 für die Entgeltsanpassung maßgeblich ist, eingetretene Entwicklung der Kosten, die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehen, weicht unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltsanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.*
 - *Eine Entgeltserhöhung 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 VPI-Entwicklung ergäbe.

Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte außerhalb der Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinsen)

3. Z 45 (2) Eine von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex abweichende Anpassung der Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen werden dem Kunden vom Kreditinstitut spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, das ist in jedem Fall der 1. April eines Jahres, angeboten. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderung darzustellen ist, hinweisen. Das Änderungsangebot kann das Kreditinstitut auf eine mit dem Kunden vereinbarte Weise zum Abruf bereithalten.

Auf dem in diesem Abs. 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Entgeltsanpassung nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- 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 unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) von der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ab und die angebotene Entgeltsanpassung entspricht dieser abweichenden Kostenentwicklung.

- Eine Entgeltserhöhung 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 VP/-Entwicklung ergäbe.

Änderungen der mit Verbrauchern vereinbarten Sollzinssätze

4. Z 46 (2) Wurde keine Anpassungsklausel vereinbart oder beabsichtigt das Kreditinstitut eine über die vereinbarte Anpassung hinausgehende Änderung des Sollzinssatzes, so bietet das Kreditinstitut dem Kunden diese Änderung des Zinssatzes spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an. Die Zustimmung des Kunden zu dieser Änderung gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderung darzustellen ist, hinweisen. Das Kreditinstitut kann das Änderungsangebot auf eine mit dem Kunden vereinbarte Weise zum Abruf bereithalten. Sollte das Änderungsangebot jedoch ein Konto, über das Zahlungsdienste abgewickelt werden, betreffen, so ist es dem Kunden mitzuteilen und der Kunde hat das Recht, den diesbezüglichen Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch auf dieses Kündigungsrecht wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen.

(3) Auf dem in Abs. 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten des

Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Kredit 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, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzanhebung nach Abs. 2 darf 0,5%-Punkte 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.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Abs. 2 ist frühestens zwei Jahre nach dem Abschluss der der aktuellen Verzinsung zugrundeliegenden Vereinbarung zulässig.

Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Habenzinsen

5. Z 47a (2) Wurde keine Anpassungsklausel vereinbart oder beabsichtigt das Kreditinstitut eine über die vereinbarte Anpassung hinausgehende Änderung des Habenzinssatzes, so bietet das Kreditinstitut dem Kunden diese Änderung des Zinssatzes spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an. Die Zustimmung des Kunden zu dieser Änderung gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderung darzustellen ist, hinweisen. Das Kreditinstitut kann das Änderungsangebot auf eine mit dem Kunden vereinbarte Weise zum Abruf bereithalten. Sollte das Änderungsangebot jedoch ein Konto, über das Zahlungsdienste abgewickelt werden, betreffen, so ist es dem Kunden mitzuteilen und der Kunde hat das Recht, den diesbezüglichen Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch auf dieses Kündigungsrecht wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen.

(3) Auf dem in Abs. 2 vorgesehenen Weg darf das Kreditinstitut mit dem Kunden eine Zinssatzanpassung jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen vereinbaren:

- Die angebotene Zinssatzanpassung entspricht der Entwicklung der Kosten und Wiederveranlagungsmöglichkeiten des Kreditinstituts im Zusammenhang mit dem jeweiligen Guthaben 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, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwandes) zu berücksichtigen sind.

- Eine Zinssatzsenkung nach Abs. 2 darf 0,5%-Punkte 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.

- Eine Änderung des Zinssatzes im Rahmen des Abs. 2 ist frühestens zwei Jahre nach Beginn der Zinssatzvereinbarung zulässig.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen 3 Monaten zu unterlassen und

b) es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2) Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, Regionalausgabe für das Bundesland Steiermark, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessarteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zuhanden deren Vertreters die mit EUR 8.726,04 EUR bestimmten Verfahrenskosten (darin EUR 1.222,84 USt und EUR 1.389,00 PG) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Außer Streit steht bzw. unbestritten geblieben ist, dass das beklagte Kreditunternehmen im Raum Steiermark laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt tritt und mit diesen Verträge schließt, denen es AGB bzw Vertragsformblätter zu Grunde legt. Außer Streit steht weiters, dass in diesen AGB die aus dem Spruch ersichtlichen Klauseln 2 bis 5 enthalten sind sowie, dass das Vertragsformblatt „*Preisverzeichnis für das Wertpapiergeschäft gültig ab 6.7.2016*“ bis zum 10.3.2017 für Depotübertragungsspesen die aus dem Spruch ersichtliche Klausel 1 enthielt.

Mit Klage vom 17.03.2017 begehrt der **Kläger**, ein nach § 29 KSchG klagslegitimierter Verband, wie aus dem Spruch ersichtlich und brachte zusammengefasst vor, dass die Klauseln gegen gesetzliche Verbote verstießen; insbesondere stünde Klausel 1 in Widerspruch zu § 879 Abs 3 ABGB; Klausel 2, 3, 4 und 5 stünden überdies in Widerspruch zu den Vorgaben der §§ 6 Abs 1 Z 5, 6 Abs 2 Z 3 KSchG sowie dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Die Klauseln 4 und 5 seien zudem mit § 864a ABGB unvereinbar.

Die **Beklagte** bestritt das Klagsvorbringen und beantragte die kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie brachte dazu im Wesentlichen vor, dass die Klauseln weder

ungewöhnlich noch überraschend oder gröblich benachteiligend seien, sondern ausreichend klar formuliert und mit dem Gesetz in Einklang stünden.

Hinsichtlich Klausel 1 habe die Beklagte darüber hinaus bereits vorprozessual die Erklärung abgegeben, diese nicht mehr zu verwenden und sich nicht mehr darauf zu berufen, weswegen keine Wiederholungsgefahr mehr bestehe. Für den Fall der Klagsabweisung stellte die Beklagte in diesem Umfang ebenso ein Veröffentlichungsbegehren. Für den Fall des Unterliegens begehrt die Beklagte die Setzung einer Leistungsfrist zur Erfüllung ihrer Unterlassungsverpflichtung hinsichtlich beider Tatbestände des § 28 Abs 1 KSchG in der Dauer von sechs Monaten ab rechtskräftiger Entscheidung des gegenständlichen Verfahrens.

Im Schriftsatz vom 09.08.2017 bot die Beklagte hinsichtlich der aus dem Spruch ersichtliche Klausel 1 nachstehenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleich an:

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

„Übertragungsspesen (USt-pflichtig): Depotübertrag exkl etwaigen sektorfremden Spesen (ausgenommen bei Depotübertrag innerhalb der RGB Steiermark) 40,00 pro Position zzgl 20% USt‘

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln mit vergleichbarer Spesenhöhe zu unterlassen, wobei Klauseln, welche die wirksame Vereinbarung von Depotübertragungsgebühren beinhalten, nicht sinnleich sind. Die beklagte Partei verpflichtet sich ferner, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannte Klausel oder sinnliche Klauseln zu berufen.

Die klagende Partei wird ermächtigt, diesen Vergleich binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in der Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“; Regionalausgabe für das Bundesland Steiermark, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien auf Kosten der beklagten Partei zu veröffentlichen.

Die beklagte Partei ist ferner schuldig, ein Fünftel der auf Seite der klagenden Partei bislang angefallenen Kosten, sohin Kosten in Höhe von ... [auf Grundlage eines Kostenverzeichnisses der klagenden Partei noch zu ergänzen] binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.“

Feststellungen:

Der Kläger leitete im Februar 2017 hinsichtlich der Klauseln 1 bis 5 ein Abmahnverfahren

ein, in dem die Beklagte vorprozessual erklärte, die bemängelte Klausel 1 nicht weiter zu verwenden und sich nicht mehr auf diese zu berufen. Seit 10.03.2017 findet sich Klausel 1 nicht mehr in den Preisblättern der Beklagten. Seither werden keine Übertragungsgebühren verrechnet, was durch entsprechende Anpassungen der von der Beklagten verwendeten Computerprogramme sichergestellt ist. Mit Schreiben vom 09.03.2017 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sich die Bank nicht mehr auf Klausel 1 oder sinngleiche Klauseln berufen wird und diesbezüglich auch bereit wäre, eine separate Unterlassungserklärung zu unterfertigen. Vorprozessual unterfertigte die Beklagte eine Unterlassungserklärung hinsichtlich Klausel 1 nicht. Den während des Verfahrens angebotenen Unterlassungsvergleich nahm der Kläger nicht an.

(Beilage ./B; Beilage ./C; Schriftsatz vom 09.08.2017; ZV Mag. Haidacher).

Die unbekämpften Absätze 1 und 2 der Klausel 2 lauten:

Z 44. (1) Änderungen der in einem Rahmenvertrag für Zahlungsdienste (insbesondere des Girovertrags) vereinbarten Entgelte für Dauerleistungen werden dem Kunden vom Kreditinstitut spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, das ist in jedem Fall der 1. April eines Jahres, angeboten. Die Zustimmung des Kunden zu diesen Änderungen gilt als erteilt, wenn beim Kreditinstitut vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Inkrafttretens kein Widerspruch des Kunden einlangt. Darauf wird das Kreditinstitut den Kunden im Änderungsangebot, in dem das Ausmaß der Änderung darzustellen ist, hinweisen. Der Kunde hat das Recht, den Rahmenvertrag bis zum Inkrafttreten der

Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Auch darauf wird das Kreditinstitut im Änderungsangebot hinweisen. Das Änderungsangebot ist dem Kunden vom Kreditinstitut mitzuteilen.

(2) Auf dem in Absatz 1 vereinbarten Weg darf mit dem Kunden eine Anpassung der Entgelte an die Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2000 („Verbraucherpreisindex“) vereinbart werden. Die Anpassung erfolgt durch Vergleich der Indexwerte November des vergangenen Jahres mit November des vorvergangenen Jahres. Das sich aus der Anpassung ergebende Entgelt wird kaufmännisch auf ganze Cent gerundet. Wurde dem Kunden in einem Jahr die sich aus der Entwicklung des Verbraucherpreisindex ergebende Entgeltanpassung nicht angeboten, so kann diese Anpassung dem Kunden auch später noch mit Wirkung für die Zukunft angeboten werden.

Der unbekämpfte Absatz 1 der Klausel 3 lautet:

Z 45. (1) Die mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für die vom Kreditinstitut außerhalb der Zahlungsdienste erbrachten Dauerleistungen (wie zB Safemiete, Kontoführungsentgelte für Konten, über die keine Zahlungsdienste abgewickelt werden) werden jährlich mit Wirkung ab dem 1. April jeden Jahres der Entwicklung des von der Statistik Austria veröffentlichten nationalen Verbraucherpreisindex 2000 angepasst (erhöht oder gesenkt), wobei jeweils eine kaufmännische Rundung 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 immer nicht, so ist dadurch das Recht auf diese Anhebung mit Wirkung für die Zukunft nicht verloren gegangen. Entgeltanpassungen erfolgen frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Der unbekämpfte Abs 1 der Klausel 4 lautet:

„Z 46. (1) Bindet eine Anpassungsklausel einen Sollzinssatz an einen Referenzzinssatz (wie zB den EURIBOR), so werden Änderungen unmittelbar ohne vorherige Benachrichtigung des Kunden wirksam. Der Verbraucher wird über wirksam gewordene Änderungen des Zinssatzes spätestens im folgenden Kalenderquartal informiert. Zinssatzanpassungen erfolgen gegenüber Verbrauchern frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.“

Der unbekämpfte Abs 1 der Klausel 5 lautet:

„Z 47a. (1) Bindet eine Anpassungsklausel einen Habenzinssatz an einen Referenzzinssatz (wie zB den EURIBOR), so werden Änderungen unmittelbar ohne vorherige Benachrichtigung des Kunden wirksam. Der Verbraucher wird über wirksam gewordene Änderungen des Zinssatzes spätestens im folgenden Kalenderquartal informiert.“

(Geschäftsbedingungen der Beklagten vom Oktober 2015 Beilage ./1).

Bei einer Änderung der AGB der klagenden Partei ist zunächst eine Formulierung durch die Rechtsabteilung zu finden und dazu allenfalls eine Expertise von dritter Seite einzuholen. Es sind etwa 150 Formblätter auf die Verwendung der abzuändernden Klauseln durchzusehen. Es sind Angebote von Druckereien einzuholen, die innerhalb von 10 Tagen einlangen. Dann werden von der Druckerei Druckfahnen übermittelt, die korrekturgelesen werden. Der Prozess von der Einholung der Angebote der Druckereien bis zur Rückübermittlung der korrekturgelesenen Druckfahnen dauert etwa einen Monat. Die neuen AGBs werden von den Druckereien an die Kunden verschickt (*ZV Mag. Haidacher*).

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen gründen sich auf die in Klammerzitierten angeführten Beweismittel., sohin auf die beidseits vorgelegten, für unbedenklich befundenen Urkunden und die glaubhaften Angaben des Zeugen Mag. Haidacher. Widersprüchliche Beweisergebnisse lagen nicht vor, sodass sich eine weitergehende Beweiswürdigung erübrigt.

Rechtliche Beurteilung:

1. Allgemeines:

Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm

geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hierbei 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 gem **§ 28 Abs 1 KSchG** auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden ist.

Gem § 28 Abs 2 KSchG entfällt die Gefahr einer Verwendung und Empfehlung derartiger Bedingungen, wenn der Unternehmer nach Abmahnung durch eine gemäß § 29 leg cit klageberechtigte Einrichtung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.

Für Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist (**§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG**).

Gem § 28 Abs 1 Z 6 lit a ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister dem Zahlungsdienstnutzer – soweit ausdrücklich vereinbart – die Angabe mitzuteilen, dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu einer Änderung der Bedingungen nach § 29 Abs 1 als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem geplanten Zeitpunkt des Inkrafttretens der geänderten Bedingungen angezeigt hat, wobei die Änderung innerhalb der Frist des § 29 Abs. 1 Z 1 dem Zahlungsdienstnutzer mitzuteilen ist.

Gem § 29 Abs (1) Z 2 ZaDiG hat der Zahlungsdienstleister sofern eine Vereinbarung gemäß § 28 Abs. 1 Z 6 lit. a getroffen wurde, darauf hinzuweisen,

- a) dass die Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers zu den Änderungen als erteilt gilt, wenn er dem Zahlungsdienstleister seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt der Anwendung der Änderungen angezeigt hat, und
- b) dass der Zahlungsdienstnutzer das Recht hat, den Rahmenvertrag vor dem Inkrafttreten der Änderungen kostenlos fristlos zu kündigen.

Unverbindlich sind Bestimmungen, nach denen 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 (**§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG**).

Das in **§ 6 Abs 3 KschG** normierte Transparenzgebot bestimmt, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

§ 864a ABGB sieht vor, dass Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil werden, 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.

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

Was unter den Begriffen „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblättern“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Die ständige Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0123499) formuliert die Begriffsdefinition orientiert an den Vorgaben des **§ 305 Abs 1 BGB**.

Gem **§ 305 Abs 1 BGB** sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

Beim **Depotvertrag** handelt es sich um eine Sonderform des Verwahrungsvertrags, in dem ein Kreditunternehmen Wertpapiere zur Verwahrung gegen Bezahlung übernimmt (RIS-Justiz RS0120108; *Griss/Weixelbraun-Mohr* in KBB⁵ § 957 Rz 4 mwN).

2. Zu den verfahrensgegenständlichen Klauseln

Die Klauseln 1 bis 5 sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die die Beklagte ihren Vertragsparteien bei Abschluss eines Vertrags stellt. Es handelt sich daher um allgemeine Geschäftsbedingungen iSd Rechtsprechung.

2.1. Zu Klausel 1 (Depotübertragungsspesen):

„Übertragungsspesen (USt-pflichtig): Depotübertrag exkl etwaigen sektorfremden Spesen (ausgenommen bei Depotübertrag innerhalb der RBG Steiermark) 40,00 pro Position zzgl 20% Ust“

- Der Kläger beanstandete im Wesentlichen, dass die Klausel mangels Einschränkung auch im Fall einer Kündigung durch das Kreditinstitut anwendbar sei und bereits aus diesem Grund zur Gänze nach § 879 Abs 3 ABGB unwirksam sei. In allen weiteren Anwendungsfällen sei die Klausel ob der Höhe der Gebühr gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die Wiederholungsgefahr sei mangels Abgabe eines den Vorgaben des § 28 Abs 2 KSchG entsprechenden Verzichts nicht weggefallen.
- Die Beklagte entgegnete, dass die Vorbehalte hinsichtlich der Höhe der Gebühr aus rechtlicher Sicht möglicherweise nicht unbeachtlich sei, jedoch keine Wiederholungsgefahr mehr bestehe, da die Klausel seit 10.03.2017 nicht mehr verwendet werde und veranlasst worden sei, dass bei Neu- wie bei Altverträgen keine von Klausel 1 vorgesehenen Übertragungsgebühren verrechnet werden können. Davon abgesehen sei der Umstand, wonach Depotübertragungsspesen auch für den Fall der Vertragsauflösung durch das Kreditinstitut vereinbart werden, rechtlich unbedenklich und entspreche Klausel 1 den von der Rechtsprechung für formularmäßig vereinbarte Depotübertragungsspesen aufgestellten Kriterien. Letztlich sei § 879 Abs 3 ABGB auf die Klausel 1 nicht anwendbar, da diese die Rückstellung der verwahrten Sache und damit gem § 961 ABGB eine vertragliche Hauptleistung des Verwahrers zum Gegenstand habe.

Nach § 28 Abs 1 KSchG kann mit Unterlassungsurteil nur die Verwendung solcher Klauseln untersagt werden, die tatsächlich verwendet oder zu verwenden beabsichtigt wurden (3 Ob 133/06i). Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs ist daher auch das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr (*Kathrein/Schoditsch* in KBB⁵ § 28 KSchG Rz 4). Der Wegfall der Wiederholungsgefahr setzt im Zuge des Abmahnverfahrens voraus, dass der Unternehmer nach der Abmahnung innerhalb einer angemessenen Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe abgesicherte Unterlassungserklärung abgibt (1 Ob 96/17z; 7 Ob 118/13y; *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁵ § 28 KSchG Rz 7). Der Unternehmer muss sich dem Begehren der nach § 29 KSchG klagslegitimierten Einrichtung dabei bedingungslos unterwerfen, sodass der Kläger durch den Vergleich alles das erhält, was er durch ein seinem Unterlassungs- und (berechtigten) Veröffentlichungsbegehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können (1 Ob 96/17z; 7 Ob 118/13y). In den Materialien zu § 28 KSchG heißt es dazu: Gibt der Unternehmer die verlangte Unterlassungserklärung ab, ist die Wiederholungsgefahr weggefallen; gibt er keine solche Unterlassungserklärung ab, wird dies im Allgemeinen die Wiederholungsgefahr indizieren (ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 31 f; 7 Ob 118/13y). Im Ergebnis

muss die Verwendung der Klausel für die Zukunft geradezu ausgeschlossen sein (7 Ob 118/13y; RIS-Justiz RS0119007).

Gegenständlich verwendete die Beklagte die Klausel 1 zwar bereits vor der Klageeinbringung nicht mehr, allerdings kann der Wegfall der Wiederholungsgefahr nach einer Abmahnung iSd § 28 Abs 2 KSchG nicht schon dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klauseln vor Klageeinbringung aus seinen AGB entfernt (8 Ob 110/08x). Vielmehr müssen zusätzlichen die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sein. Die Beklagte hat die Klausel 1 bis Mitte März 2017 verwendet und sie hat im Abmahnverfahren keine entsprechende Unterlassungserklärung unterfertigt und ist die Wiederholungsgefahr daher indiziert. Dass die Klägerin der Beklagten keine entsprechende vorformulierte Unterlassungserklärung übermittelte ist mangels einer erkennbaren dahingehenden Verpflichtung des klagslegitimierten Verbandes irrelevant. Vielmehr muss es wohl der Beklagten obliegen, für den Wegfalls der Wiederholungsgefahr zu sorgen und eine dem Gesetz entsprechende Unterlassungserklärung an den Kläger zu übermitteln.

Der Unterlassungsvergleichs den die Beklagte während des Verfahrens anbot, enthielt zwar eine Ermächtigung zur Veröffentlichung des abzuschließenden Vergleichs auf ihre Kosten, aber auch einen Hinweis darauf, dass Klauseln, welche die wirksame Vereinbarung von Depotübertragungsgebühren beinhalten, nicht sinngleich seien. Zudem enthielt der Unterlassungsvergleich keine Konventionalstrafe. Im Ergebnis entspricht auch der (bloß) angebotene (aber nicht angenommene) Unterlassungsvergleich auch im Hinblick auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Verbandsprozess (siehe dazu unten) nicht den Vorgaben des § 28 KSchG und die Verwendung der Klausel 1 oder sinngleicher Klauseln für die Zukunft ist nicht geradezu ausgeschlossen (vgl. dazu auch 6 Ob 24/11 i).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach **§ 879 Abs 3 ABGB** jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Aufgrund der aufrechten Wiederholungsgefahr ist Klausel 1 auf die Einhaltung dieser Vorgaben zu überprüfen, wenn der Anwendungsbereich der Norm eröffnet ist. Die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – als Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – ist dabei möglichst eng zu verstehen (6 Ob 253/07k mwN; RIS-Justiz RS0016908). Nicht jede die Hauptleistung betreffende Vertragsbestimmung ist daher der Inhaltskontrolle entzogen, sondern nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen (RIS-Justiz RS0016908). Hingegen unterliegen Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908 [T5, T8]; 6 Ob 253/07k; 7 Ob 116/05y; 4 Ob 112/04f; 3 Ob 146/99b; *Krejci*

in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 416). Der Oberste Gerichtshof hat die Kontrollfähigkeit von Entgeltklauseln jedenfalls auch für den Fall bejaht, dass das vorgesehene Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung dient (6 Ob 253/07k). Diese Voraussetzungen der Kontrollfähigkeit hat der OGH in 6 Ob 253/07k ausdrücklich für eine Depotübertragungsspesen betreffende Klausel bejaht. Klausel 1 unterliegt daher der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB.

Wie der Kläger richtig festgehalten hat, ist die mit Klausel 1 bestimmte Übertragungsgebühr in Höhe von EUR 40,- plus 20% USt plus Fremdspesen pro Position fast dreimal so hoch, wie die im Zuge der Entscheidung 6 Ob 253/07k ermittelten, mit der Übertragung einer Wertpapierposition tatsächlich verbundenen Kosten (etwa EUR 15,- pro Position im Jahr 2007). Ein sachgerechtes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung kann daher nicht bejaht werden, vielmehr weicht Klausel 1 vom dispositiven Recht zum gröblichen Nachteil des Verbrauchers ab.

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG ist für eine geltungserhaltende Reduktion kein Platz (7 Ob 82/07w; 8 Ob 119/08w mwN; RIS-Justiz RS0038205). Ziel des KSchG ist es, auf angemessene Inhalte der in der Praxis verwendeten AGB hinzuwirken (RIS-Justiz RS0038205; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 525). Es ist daher nicht Aufgabe des Richters, unzulässige Klauseln auf das maximal Zulässige zu reduzieren.

Klausel 1 ist gem § 879 Abs 3 ABGB als eine den Kunden gröblich benachteiligende Klausel zur Gänze nichtig.

2.2. Zu Klausel 2 und 3

Die oben dargestellte Klausel 2 betrifft die Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte für Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinsen). Klausel 3 hat die Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Entgelte außerhalb der Zahlungsdienste (ausgenommen Sollzinsen) zum Gegenstand.

- Der Kläger beanstandet, dass die Klauseln aufgrund fehlender Zweiseitigkeit gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG seien, da auf unternehmensinterne Umstände abgestellt werde, die der Konsument nicht nachprüfen könne. Die Zustimmungsfiktion begründe faktisch die Macht der beklagten AGB-Verwenderin, in bestehende Verträge einseitig einzugreifen. Zudem sei für Kunden nicht nachprüfbar, welche Kosten hinter der Anpassung stünden. Überdies fehle beiden Klauseln die Zweiseitigkeit, da sie lediglich eine den VPI übersteigende Erhöhung im Wege der Zustimmungsfiktion, jedoch keine gleichwertige Senkung

vorsehen. Darin liege sowohl ein Verstoß gegen das Zweiseitigkeitsgebot des § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG (analog) als auch eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB.

- Die Beklagte bestreitet und wendet ein, dass beide Klauseln präzise bestimmt, ausreichend transparent und nicht gröblich benachteiligend seien. Eine nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkte Vertragsänderungsmöglichkeit sei gerade nicht Gegenstand der Klauseln, sondern genau (auch in den Überschriften) klargestellt, welche Leistungspflichten geändert werden können. Überdies sei festgelegt, dass Vertragsänderungen nur bei Vorliegen gewisser sachlicher Voraussetzungen zulässig sind. Die Anpassungsmöglichkeit sei sowohl inhaltlich als auch der Höhe nach beschränkt. Zum Schutz des Verbrauchers sei auch eine absolute Grenze der Entgeltserhöhung iHd Dreifachen der VPI-Entwicklung vorgesehen. Die Vereinbarung von Zustimmungsfiktionsklauseln sei eine zulässige Möglichkeit, bei Dauerschuldverhältnissen auf Veränderungen der Rahmenbedingungen reagieren zu können und solche Änderungen im Interesse beider Vertragspartner bereits im Rahmen des ursprünglichen vertraglichen Konsenses vorzubereiten. Die Begrifflichkeit „Zustimmungsfiktionsklausel“ sei insofern unglücklich, als es dem Verbraucher selbstverständlich unbenommen bleibe, der Änderung ausdrücklich oder konkludent zu widersprechen. Lehne der Verbraucher das Angebot ab, bleibe es bei der bestehenden Entgeltsvereinbarung. Die Klausel bewirke lediglich eine einvernehmliche Vorwegdeutung eines qualifizierten Schweigens als Zustimmung. Die sachliche Rechtfertigung solcher Zustimmungsfiktionsklauseln ergebe sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber für solche Klauseln konkretisierende Regelungen aufstellt – die von den gegenständlichen Klauseln erfüllt seien – und ihre Zulässigkeit damit implizit anerkenne. Die Klausel 2 informiere wie Klausel 3 den Kunden lediglich darüber, dass die Beklagte in Zukunft Änderungen des Entgelts anbieten könne, was unproblematisch sei, da niemand daran gehindert werden könne, seinem Vertragspartner Änderungsanbote zu stellen. Eine Zweiseitigkeit müsse bei Klauseln wie den gegenständlichen nicht gegeben sein, weil umgekehrt niemand (auch nicht die Beklagte) zur Legung eines Vertragsänderungsanbots gezwungen werden könne. Eine analoge Anwendung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (zur Anpassungssymmetrie bei Gleitklauseln) komme nicht in Frage, da Zinsgleitklauseln in keiner Weise mit Zustimmungsfiktionsklauseln vergleichbar seien. Zudem habe der Gesetzgeber Zustimmungsfiktionsklauseln für den Verbraucherbereich mit § 6 Abs 1 Z 2 einheitlich und abschließend regeln wollen. Die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion, die alle Voraussetzungen von § 6 Abs 1 Z 2 KSchG als *lex specialis* erfülle, sei daher auch nach dem Maßstab des § 879 Abs 3 ABGB als *lex generalis* zulässig.

Vertragsänderungen sind nach dem (insofern) eindeutigen Wortlaut der Klausel 2 und 3 nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Die Beklagte führt insofern zutreffend aus, dass die Klauseln nicht bereits deswegen ein einseitiges Vertragsanpassungsrecht der Beklagten zum Gegenstand haben, weil die Handhabung der Zustimmungsfiktion in der Praxis aufgrund der überwiegend schweigenden Reaktion von Kunden auf Änderungsmitteilungen wie ein Gestaltungsrecht wirkt. Der direkte Anwendungsbereich des **§ 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG** (zur Anpassungssymmetrie bei Gleitklauseln) ist daher nicht eröffnet. Eine analoge Anwendung der Norm scheitert an der Darlegung einer ansonsten bestehenden planwidrigen Unvollständigkeit. Ohne eine solche ist eine rechtsfortbildende analoge Anwendung der Norm aber ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0116829).

Ebenso zutreffend ist aber der Einwand des Klägers, dass die gesetzliche Anerkennung bestimmter Zustimmungsfiktionen (s § 6 Abs 1 Z 2 KSchG, §§ 29 Abs 1 iVm 28 Abs 1 Z 6 und § 26 ZaDiG) die gegenständlich verwendeten Klauseln nicht automatisch zulässig macht. Aus **§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG** folgt vielmehr, dass die vertragliche Vereinbarung von Erklärungsfiktionen gegenüber Verbrauchern grundsätzlich wirkungslos ist (7 Ob 52/17y; 2 Ob 523/85). Nur ausnahmsweise kann eine Erklärungsfiktion wirksam vereinbart werden, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Der Unternehmer hat sich bereits in der AGB-Klausel dazu verpflichtet, einerseits eine angemessene Frist für die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung vorzusehen und sich andererseits dazu verpflichtet den Verbraucher zu Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen (7 Ob 52/17y mwN). Zusätzlich sind im Anwendungsbereich des ZaDiG die in **§ 28 Abs 6 lit a** und **§ 29 Abs 1 ZaDiG** geregelten Voraussetzungen einzuhalten (1 Ob 210/12g). Weichen Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers davon ab, sind diese abweichenden Bestimmungen nach § 26 Abs 6 erster Satz leg cit unwirksam.

Beide zu prüfenden Klauseln erfüllen die genannten formalen Voraussetzungen. Inhaltlich betrifft die Zustimmungsfiktion in Klausel 2 und 3 allerdings die Höhe des an die Beklagte zu zahlenden Entgelts. Zu § 6 Abs 1 Z 2 KSchG hat der Gerichtshof in 6 Ob 85/11k verneint, dass synallagmatische Hauptleistungen eines Vertrags mittels vereinbarter Zustimmungsfiktion geändert werden können. In 1 Ob 210/12g unter Berücksichtigung des ZaDiG hat er dies allerdings offen gelassen, weil die geprüften Bestimmungen im Ergebnis ohnedies gröblich benachteiligend waren. Ähnliches gilt für den gegenständlichen Fall und erübrigen sich daher weitere Ausführungen zu § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Selbst wenn eine inkriminierte Klausel nämlich den Voraussetzungen des ZaDiG und des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht, ist ihre Zulässigkeit – entgegen der Ansicht der Beklagten – auch nach den weiteren Vorgaben des KSchG und des ABGB zu prüfen (RIS-Justiz RS0128865; 7 Ob 52/17y; 1 Ob 146/15z mwN; 9 Ob 40/06g). Ansonsten bestünde die Möglichkeit, mit Hilfe von

Zustimmungsfiktionsklauseln die weiteren rechtlichen Vorgaben für wirksame Klauseln auszuhebeln (vgl. *Haghofer*, Änderung der Hauptleistung im Wege einer Zustimmungsfiktion, *ecolex* 2014, 504).

Nach dem daher einzuhaltenden Transparenzgebot des **§ 6 Abs 3 KSchG** ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Das Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen. Der typische Durchschnittskunde soll von der Durchsetzung seiner Rechte nicht dadurch abgehalten werden, dass ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (7 Ob 52/17y; RIS-Justiz RS0115217 [T8]; RS0115219 [T1]). Das Transparenzgebot begnügt sich daher nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (1 Ob 210/12g; 5 Ob 64/10p). Das muss insbesondere dann gelten, wenn die Klausel umfangreiche Änderungen wesentlicher Pflichten der Parteien (Leistung und Gegenleistung) zugunsten des Verwenders der AGB zulässt.

Das Erfordernis an Transparenz darf allerdings nicht dahingehend überspannt werden, dass Unternehmer den Gesetzgeber an Formulierungskunst übertrumpfen müssen (2 Ob 20/15b). Die Pflicht zur detaillierten und nachvollziehbaren Aufschlüsselung der einzelnen Leistungspositionen und deren Anpassungsparameter darf nicht dazu führen, dass (ihrerseits undurchsichtige) „Vertragswähler“ entstehen, die Kunden nicht aufmerksam und sinnerfassend studieren würden.

Anders als in OGH 1 Ob 210/12g lassen die gegenständlich zu prüfenden Klauseln 2 und 3 Änderungen des Vertrags durch eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nicht nahezu unbeschränkt zu.

- Der Inhalt der Entgeltsänderungen ergibt sich jeweils auch aus der Überschrift vor der Klausel.
- Das Ausmaß ist über eine Deckelung der Erhöhung mit dem Dreifachen der Entwicklung des VPI (Jahresinflation 2014: 1,7%; 2015: 0,9%; 2016: 0,9%; 2017: 2,1%) gegeben.

Anders als in OGH 2 Ob 131/12x erfolgen Entgeltserhöhungen nach Klausel 2 und 3 auch nicht nach „billigem Ermessen“, sondern ist die Entgeltserhöhung nur entsprechend der tatsächlichen Kostenentwicklung zulässig. Nur wenn die dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der jeweiligen Dauerleistung entstehenden Kosten unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden sachlich gerechtfertigten Umstände von der Entwicklung des VPI abweichen, ist

eine – der abweichenden Kostenentwicklung – entsprechende Entgeltanpassung möglich. Für die sachlich gerechtfertigten Umstände werden auch demonstrative Beispiele angeführt, und zwar die Veränderung der gesetzlichen und aufsichtsbehördlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen des Personal- oder Sachaufwands. Die Klausel lässt Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß also gerade nicht „nahezu unbeschränkt“ zu. Auch der höchstmögliche Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte ist festgelegt.

Im Ergebnis widersprechen die Klauseln 2 und 3 den Vorgaben des Transparenzgebots nicht.

Ist der Anwendungsbereich des **§ 879 Abs 3 ABGB** eröffnet, sind die Klauseln letztlich auch nach dessen Vorgaben zu prüfen (RIS-Justiz RS0128865; 7 Ob 52/17y; 1 Ob 146/15z mwN; 9 Ob 40/06g). Zwar betreffen die gegenständlichen Klauseln 2 und 3 (im weiteren Sinne) Änderungen der Hauptleistungspflicht der Kunden der Beklagten, es gilt aber das bereits für Klausel 1 Ausgeführte: Die Klauseln bestimmen gerade nicht den Inhalt und Umfang der Hauptleistung, indem sie diese individuell und zahlenmäßig umschreiben würden (vgl RIS-Justiz RS0016931 [T3]). Der Anwendungsbereich des § 879 Abs 3 ABGB ist daher eröffnet. Die gegenständlichen Klauseln sind nach den Vorgaben des § 879 Abs 3 ABGB zu beurteilen.

§ 879 Abs 3 ABGB soll Missbräuche der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern vermeiden. Ein mit AGB konfrontierter Vertragspartner ist in seiner Willensbildung insofern eingeeengt, als er sich zumeist den AGB fügen oder in Kauf nehmen muss, dass ihm der AGB-Verwender den Vertragsabschluss verweigert. Bei der Einzelfallbeurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (6 Ob 253/07k; 1 Ob 244/11f mwN; RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann daher unter Umständen bereits dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners sein, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt (7 Ob 118/13y; 6 Ob 253/07k; RIS-Justiz RS0016914). Maßstab für die Beurteilung der Vertragsbestimmung ist dabei die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung (3 Ob 57/14z; 5 Ob 87/15b), selbst wenn eine kundenfreundlichere Interpretation denkbar ist (6 Ob 551/94). Eine gröbliche Benachteiligung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition ohne sachliche Rechtfertigung im auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht. Enthalten AGB oder Vertragsformblätter eine solche Vertragsbestimmung, ist sie nach § 879 Abs 3 ABGB nichtig.

Die in Klausel 2 und 3 vorgesehene Zustimmungsfiktion ist gegenüber § 863 ABGB, wonach Schweigen grundsätzlich keinen Erklärungswert hat, eine Abweichung vom dispositiven Recht. Hier ist nunmehr auch zu berücksichtigen, dass die Handhabung der Zustimmungsfiktion in der Praxis aufgrund der überwiegend schweigenden Reaktion von Kunden auf Änderungsmitteilungen wie ein Gestaltungsrecht wirkt. Die so geschaffene weitreichende Möglichkeit der Beklagten, das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen erheblich zu ihren Gunsten zu verschieben, ist gröblich benachteiligend. Die Benachteiligung wird dadurch verstärkt, dass Entgeltsänderungsmöglichkeiten in AGB bzw Formblättern grundsätzlich zweiseitig und symmetrisch ausgestaltet sein müssen, um nicht gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB zu sein (*Krejci in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 378; vgl auch die Wertung in § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG). Klausel 2 und 3 verstoßen gegen diese Vorgabe, da sie eine den VPI übersteigende Erhöhung via Zustimmungsfiktion, aber keine gleichwertige bzw über den VPI hinausgehende Senkung ermöglichen.

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG ist, wie zu Klausel 1 bereits ausgeführt, für eine geltungserhaltende Reduktion kein Platz. Klausel 2 und 3 sind gem § 879 Abs 3 ABGB als den Kunden gröblich benachteiligende Klauseln zur Gänze nichtig.

2.3. Zu Klausel 4 und 5:

Die oben dargestellte Klausel 4 betrifft die Änderung der mit Verbrauchern vereinbarten Sollzinssätze. Klausel 5 hat die Änderungen der mit Verbrauchern vereinbarten Habenzinsen zum Gegenstand.

- Klausel 4 und Klausel 5 beanstandet der Kläger im Wesentlichen, weil diese nur eine Regelung zur Anhebung des Zinssatzes, nicht aber zur Senkung des Zinssatzes vorsehen. Beide Klauseln seien daher mangels einschlägiger sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Die in den Klauseln genannten sachlichen Rechtfertigungsgründe seien nicht näher umschrieben, nicht überprüfbar und außerdem lediglich in der Sphäre der Beklagten gelegen, weswegen die Klauseln auch intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG seien. Beide Klauseln seien überdies gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sowie überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB, da eine Änderung der Zinssätze auch für Verträge ermöglicht werde, die ursprünglich gar keine Anpassungsklausel vorgesehen haben. Letztlich lägen auch die bei Klausel 2 und 3 bereits ausgeführten Mängel vor.
- Die Beklagte bestreitet und führt zusammengefasst aus, beide Klauseln seien sachlich gerechtfertigt, transparent und weder ungewöhnlich noch überraschend. Eine Zustimmungsfiktion sei entgegen den Ausführungen der Klägerin auch kein

Gestaltungsrecht, sondern stelle lediglich die Möglichkeit einer Annahme eines Vertragsanbots durch Schweigen dar. Sie hindere den Kunden insbesondere nicht daran, dem Angebot nicht zuzustimmen und so die bestehenden Konditionen aufrechtzuerhalten. Eine Zinssenkung sei aufgrund der Klauseln nicht ausgeschlossen.

§ 864a ABGB sieht vor, dass AGB-Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil werden, 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. Klauseln scheiden im Rahmen dieser Geltungskontrolle folglich nur aus, wenn sie nachteilig, inhaltlich ungewöhnlich und formal überraschend sind. Die Klauseln 4 und 5 sind jedenfalls nicht formal überraschend, sondern nach ihrem äußeren Erscheinungsbild den übrigen Klauseln angeglichen und mit einer eigenen auf ihren Inhalt hinweisenden Überschrift gekennzeichnet. Unabhängig davon ergibt sich die Nichtigkeit der Klauseln 4 und 5 aber aus der Inhaltskontrolle. Die diesbezügliche Beurteilung der Klauseln 2 und 3 ist sinngemäß übertragbar und um folgende, die gröbliche Benachteiligung der Klauseln 4 und 5 verdeutlichende Komponente zu ergänzen: Die Abs 2 und 3 der beiden Klauseln ermöglichen der Beklagten das „Nachbessern“ einer in Abs 1 vorgesehenen Zinsgleitklausel. Zu solchen Zinsgleitklauseln hat der OGH wiederholt ausgesprochen, dass sie selbst bei Unternehmerkrediten auf ihre Zweiseitigkeit zu überprüfen sind. Der OGH leitet das Gebot der Zweiseitigkeit von Entgeltklauseln daher nicht nur aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, sondern über den Verbraucherbereich hinaus auch aus den Wertungen des § 879 Abs 3 ABGB ab. Eine Zinsgleitklausel ist demnach so zu gestalten, dass sie im Fall einer Änderung der für die Preisbildung nach dem Vertrag maßgebenden Faktoren nicht nur eine Erhöhung, sondern auch eine Senkung des ursprünglich vereinbarten Zinssatzes ermöglicht (3 Ob 47/16g; 10 Ob 125/05p; 1 Ob 72/08g; RIS-Justiz RS0120871).

Diese Wertungen können nicht dadurch umgangen werden, dass zwar die Zinsanpassungsklauseln an sich zweiseitig ausgestaltet wird, aber in Folgeabsätzen einseitige Änderungsmöglichkeiten zu Gunsten des AGB-Verwenders angefügt werden. Die Einseitigkeit ergibt sich dabei bereits daraus, dass der AGB-Verwender die Entwicklung des Referenzzinssatzes zu seinen Gunsten verstärken kann, der Kunde aber keine solche gleichwertige Möglichkeit hat. Dies wird mit den Klauseln 4 und 5 aber faktisch bewerkstelligt: Die beklagte AGB-Verwenderin normiert in den Abs 2 und 3 der Klauseln, dass sie die Entwicklung des Referenzzinssatzes – auch bereits durch eine schweigende Reaktion des Kunden – zu ihren Gunsten verstärken kann. Die Handhabung der Zustimmungsfiktion wirkt in der Praxis aufgrund der überwiegend schweigenden Reaktion von Kunden auf Änderungsmitteilungen wie ein Gestaltungsrecht. Für den ohnedies weniger

verhandlungsgewichtigen Kunden gilt demgegenüber der Rahmen des § 863 ABGB und hat die auf ein Änderungsangebot des Kunden hin schweigende Bank keine diesbezügliche Anpassung zu befürchten.

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG ist, wie zu Klausel 1 bereits ausgeführt, für eine geltungserhaltende Reduktion kein Platz. Die Klauseln 4 und 5 sind im Umfang der Absätze 2 und 3 als den Kunden gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB teilnichtig.

2.4 Der Klärung einer Auslegungsfrage des Unionsrechts durch den EuGH bedarf es im vorliegenden Fall deshalb nicht, weil, wie der OGH bereits in 8 Ob 58/14 h ausgeführt hat, weder Art. 42 noch Art. 44 der Zahlungsdienste-Richtlinie das Zustandekommen der Vereinbarung über die Möglichkeit einer Vertragsänderung per Zustimmungsfiktion regeln, sondern das Bestehen einer solchen Vereinbarung voraussetzen. Die einer Anwendung vorausgehende Beurteilung, ob eine Vereinbarung über die Zustimmungsfiktion nach den allgemeinen Regeln des nationalen Rechts wirksam abgeschlossen wurde, ist nicht Gegenstand der Richtlinie.

3. Zur Leistungsfrist

Gemäß § 409 Abs 2 ZPO ist vom Gericht eine angemessene Leistungsfrist zu bestimmen, wenn die Beklagte nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet wird, die auch ein positives Tun enthält (hier: die Abänderung der AGB; s 1 Ob 244/11f; 10 Ob 70/07b; 4 Ob 130/03a). Die Beklagte hat für den Fall ihres Unterliegens zur Erfüllung ihrer Unterlassungsverpflichtung eine sechsmonatige Leistungsfrist ab rechtskräftiger Entscheidung des gegenständlichen Verfahrens beantragt. Angesichts der Dauer der Überarbeitung von (nur) fünf Klauseln, der Erstellung und Verteilung neuer Drucksorten, der Eingaben in Datenverarbeitungssysteme und Verständigung der Kunden erscheint eine Leistungsfrist von drei Monaten ab rechtskräftiger Entscheidung ausreichend und angemessen (vgl auch 1 Ob 244/11f (sechs Monate für 16 Klauseln); 10 Ob 70/07b ; 4 Ob 130/03a (drei Monate)).

Diese Leistungsfrist beschränkt sich auf das Verwenden der Klauseln in Neuverträgen (Fall 1 des § 28 Abs 1 KSchG). Nur in diesem Fall ist die Beklagte nicht zu einer „reinen“, sondern zu einer solchen Unterlassung verpflichtet, die auch ein positives Tun (Abänderung der AGB) enthält (s 10 Ob 70/07b; 4 Ob 130/03a). Bei der Verpflichtung, sich in bereits geschlossenen Verträgen nicht mehr auf die unzulässigen Klauseln zu berufen (Fall 2 des § 28 Abs 1 KSchG), handelt es sich demgegenüber um ein reines Unterlassen, für das keine Leistungsfrist zu setzen ist (jüngst 6 Ob 235/15 z). Entsprechend kann auch die von der

Beklagten ins Treffen geführte zweimonatige Widerspruchsfrist bei Festsetzung der Leistungsfrist keine Berücksichtigung finden.

Was den Einwand der Beklagten betrifft, es sei ihr unzumutbar, gegenüber bestehenden Kunden ohne entsprechende Vertragsklausel ausgestattet zu sein, ist festzuhalten, dass die jeweiligen Absätze 1 und 2 der Klausel 2 und Absätze 1 der Klauseln 3, 4 und 5 von der Entscheidung unberührt bleiben, sodass Anpassungen nach VPI bzw. an Änderungen des Referenzzinssatzes weiterhin möglich sind.

4. Zum Urteilsveröffentlichungsbegehren

Die Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 bis 7 UWG) ist grundsätzlich in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (1 Ob 96/17z; 1 Ob 210/12g; RIS-Justiz RS0121963 [T9]). Die begehrte Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteils in einer Samstagsausgabe der Kronen-Zeitung, Regionalausgabe für das Bundesland Steiermark, entspricht diesen Kriterien (vgl 1 Ob 96/17z; 1 Ob 210/12g).

Dem Interesse an der Veröffentlichung in einem Printmedium tut es keinen Abbruch, dass die Öffentlichkeit die Entscheidung auch im Rechtsinformationssystem des Bundes oder auf den Webseiten des Klägers aufrufen kann (1 Ob 96/17z; 1 Ob 244/11f).

5. Kosten

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 ZPO. Einwendungen gegen die Kostennote der Klägerin wurden nicht erhoben; von Amts wegen aufzugreifende Unrichtigkeiten lagen nicht vor.

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Abteilung 34
Graz, 15.05.2018
Mag. Eva Kraut, Richterin

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG