



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, Wien 6, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei Volksbank Graz-Bruck e.Gen., Graz, Schmiedgasse 31, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft OG in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert 36.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 17. Juli 2012, GZ 2 R 108/12p-22, mit dem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 23. April 2012, GZ 14 Cg 102/11g-14, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 11. Mai 2012, GZ 14 Cg 102/11g-16, bestätigt wurde, beschlossen und zu Recht erkannt:

I. Der Schriftsatz der beklagten Partei vom 2. 11. 2012 wird zurückgewiesen.

II. Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 1.961,64 EUR (darin enthalten 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

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

Der klagende Verein ist nach § 29 Abs 1 KSchG legitimiert, Unterlassungsansprüche nach § 28 und § 28a

KSchG geltend zu machen. Die Beklagte betreibt das Bankgeschäft und bietet ihre Bankleistungen in ganz Österreich mit dem Schwerpunkt auf das Bundesland Steiermark an. Im Rahmen dieser Tätigkeit tritt sie laufend mit Verbrauchern in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit ihnen Verträge.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die in ihrer Fassung 2009 unter Punkt V.A.3 folgende Klauseln enthalten:

Änderung der Entgelte für Dauerleistungen

Z 45. (1) Das Kreditinstitut kann gegenüber Unternehmern Entgelte für Dauerleistungen (Zinsen, Kontoführungsgebühr etc) unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände (insbesondere Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen, Veränderungen auf dem Geld- oder Kapitalmarkt, Veränderungen der Refinanzierungskosten, Veränderungen des Personal- und Sachaufwandes, Veränderungen des Verbraucherpreisindex etc) nach billigem Ermessen ändern.

(2) Zinssätze im Verbrauchergeschäft sowie sonstige mit Verbrauchern vereinbarte Entgelte für die vom Kreditinstitut erbrachten Dauerleistungen können gemäß einer mit den Kunden gesondert zu vereinbarenden Anpassungsklausel geändert werden. Die gesetzliche Verpflichtung zum Ausweis dieser Anpassungsklausel in einem Verbraucherkreditvertrag bleibt unberührt. Entgeltsanpassungen nach den vorstehend in diesem Abs 2 angesprochenen Anpassungsklauseln erfolgen im Verbrauchergeschäft frühestens nach Ablauf zweier Monate, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

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

Kündigungsrecht aufmerksam machen.

In Kontoauszügen zu Kreditverträgen teilt die beklagte Partei ihren Kunden (auch Verbrauchern) mit:

„Änderungsmitteilung gemäß § 11 bzw § 22 VKrG: Die Entgelte für die Kontoführung und mit dieser im Zusammenhang stehende Dienstleistungen werden mit Wirkung vom 1. Jänner 2011 geändert. Bitte wenden sie sich an ihren Kundenberater, der sie über die geltenden Sätze gerne informiert und ihnen auf Wunsch eine detaillierte Aufstellung ausfolgt. Ihre Zustimmung zur Entgeltänderung gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen 2 Monaten schriftlich widersprechen.“

Der Kläger begehrte mit seiner Klage, es der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu untersagen, die in Z 45 Abs 3 der AGB 2009 enthaltene Klausel oder sinngleiche Klauseln zu verwenden oder sich auf diese und sinngleiche Klauseln zu berufen (1a), und nicht näher präzierte Änderungen der Entgelte für die Kontoführung und mit dieser im Zusammenhang stehender Dienstleistungen in der Weise anzubieten, dass die Unterlassung einer Mitteilung insbesondere die Unterlassung eines ausdrücklichen Widerspruchs gegen die Änderung als solche oder gegen die Abbuchung der erhöhten Entgelte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als Zustimmung gelten sollte (1b), sowie die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils der „Kleinen Zeitung“, in eventu der Ausgabe für das Bundesland Steiermark, in eventu der Ausgabe für die Bezirke Graz, Graz-Umgebung und Bruck an der Mur (2). Zur Unzulässigkeit der inkriminierten Klausel berief er sich auf § 864a und § 879 Abs 1 und 3 ABGB, § 6 Abs 1 Z 2, § 6 Abs 1 Z 5, § 6 Abs 2 Z 3 und § 6 Abs 3 KSchG. Die in Kontoauszügen enthaltene Mitteilung verstoße gegen § 869 und § 879 ABGB, § 6 Abs 1 Z 2 KSchG sowie § 26 Abs 1 Z 1 und § 29 Zahlungsdienstgesetz.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren.

Das Erstgericht gab dem Unterlassungsbegehren und dem Eventualbegehren auf Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in der Steiermarkausgabe der „Kleinen Zeitung“ statt. Das Haupturteilsveröffentlichungsbegehren wies es unbekämpft ab. In seiner rechtlichen Beurteilung des Unterlassungsbegehrens folgte es (weitgehend) der Auffassung des Klägers.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige. Es ließ die ordentliche Revision wegen fehlender Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage zu, ob synallagmatische Hauptleistungen eines Vertrags mittels vereinbarter Einwilligungsfiktion (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG) geändert werden könnten.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Argumente der Parteien und die Erwägungen der Vorinstanzen bei Behandlung der Revision eingegangen werden, soweit dies für die rechtliche Beurteilung notwendig ist.

I. Nach Erhebung einer ordentlichen Revision brachte die beklagte Partei am 2. 11. 2012 einen weiteren Schriftsatz ein. Damit verstößt sie gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels (RIS-Justiz RS0041666). Der Schriftsatz ist deshalb als unzulässig zurückzuweisen.

II. Die Revision der beklagten Partei ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Zum Unterlassungsbegehren:

1. Angebliche Eingrenzung des Prozessstoffs in dritter Instanz:

1.1. Das Erstgericht verbot die inkriminierte Klausel und Geschäftspraktik der Beklagten mit einer Ausnahme aus sämtlichen Rechtsgründen, auf die sich der

Kläger berufen hatte. Das Berufungsgericht überprüfte die Zulässigkeit der Klausel ausschließlich nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG mit dem Ergebnis, dass sie gegen diese Bestimmung verstoße und die Umsetzung einer gesetzwidrigen Klausel in der Geschäftspraxis der Beklagten durch die Mitteilung einer Änderung von Kontoführungsentgelten auf Kontoauszügen zu Kreditverträgen nicht rechtmäßig sein könne. „Am Rande“ erwähnte es, dass die beklagte Partei mit dem Einleitungshalbsatz „Änderungsmitteilung gemäß § 11 bzw § 22 VKrG“ gegen das im Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG enthaltene Richtigkeitsgebot verstoße. Die Revisionswerberin sieht in dieser rechtlichen Beurteilung der zweiten Instanz eine Eingrenzung des Prozessstoffs, die es dem Obersten Gerichtshof verbiete, seiner Überprüfung andere Rechtsgründe als § 6 Abs 1 Z 2 KSchG zugrunde zulegen. Diese Ansicht ist aus folgenden Erwägungen nicht zu teilen:

1.2. Der Oberste Gerichtshof hat zwar in der von der Revisionswerberin zitierten Entscheidung 2 Ob 215/10x = wobl 2012/131, 404 (*Vonkilch/Riss*) = immolex-LS 2012/28-32 (*Prader*, immolex 2012, 107; dazu *Reichholf*, immolex 2012, 141) ausgesprochen, dass der Urteilsspruch im Verbandsverfahren nach § 28 KSchG in der Regel keinen klaren Aufschluss darüber biete, welche Klauseln mit den vom Unterlassungsgebot konkreten Umfassten „sinngleich“ seien, es daher auf die Entscheidungsgründe ankomme und sich der Kreis sinngleicher Klauseln nach den Gründen bestimme, aus denen die Verwendung der konkret inkriminierten Klauseln verboten worden sei. Diese Aussagen bezogen sich auf den Einwand des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, den der beklagte Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mit dem Argument erhoben hatte, die beanstandeten, neu

formulierten Klauseln seien mit in einem Vorprozess verbotenen sinngleich, weshalb die klagende Partei bereits über einen hinreichenden Exekutionstitel verfüge. Eine vergleichbare Konstellation ist in dem hier zu beurteilenden Fall nicht gegeben. Es geht nicht um die (zukünftige) Beurteilung der „Sinngleichheit“ einer neu formulierten Klausel. Mit den Erwägungen des Obersten Gerichtshofs in der zitierten Entscheidung lässt sich die von der Beklagten gewünschte Beschränkung der rechtlichen Überprüfung in dritter Instanz daher nicht rechtfertigen.

1.3. Wie die Beklagte selbst erkennt, steht ein Rechtsmittel nur der Partei zu, die durch den Spruch einer Entscheidung, der von ihrem Sachantrag abweicht, (formell) beschwert ist (RIS-Justiz RS0041868 [T5]; RS0043917), während eine Beschwer nicht allein aus den Gründen einer Entscheidung abgeleitet werden kann (RIS-Justiz RS0043947; vgl RS0041735 [T1]). Die Judikatur anerkennt eine Beschwer nicht nur durch den Urteilsspruch, sondern auch durch die Entscheidungsgründe nur in Fällen der Bekämpfung eines Zwischenurteils (RIS-Justiz RS0040958), eines Aufhebungsbeschlusses (RIS-Justiz RS0041929 [T2]; zu beidem 3 Ob 145/09h; 16 Ok 6/10 = SZ 2010/118) oder einer Entscheidung über eine Rechtsgestaltungsklage nach § 105 ArbVG (RIS-Justiz RS0041929 [T7]). Keiner dieser Fälle liegt hier vor. Den Unterlassungsbegehren des Klägers wurde in zwei Instanzen zur Gänze stattgegeben. Mangels formeller Beschwer wäre eine Revision, mit der er gerügt hätte, dass das Berufungsgericht sein Begehren nicht aufgrund anderer in der Klage geltend gemachten Rechtsgründe für berechtigt erachtete, unzulässig gewesen (in diesem Sinn auch die in der Revision nur unvollständig zitierte Lehrmeinung *Faschings* in *Fasching/Konecny*² IV/1 Einl Rz 102 mwN). Der Kläger konnte daher nicht verpflichtet sein, eine Revision zu

erheben, um den Eintritt einer Teilrechtskraft zu verhindern, auf den die Revisionswerberin offenbar (auch) abzielt. Auch wenn sich das Berufungsgericht nur mit § 6 Abs 1 Z 2 KSchG auseinandersetzt, kann überdies kein Zweifel daran bestehen, dass es das erstgerichtliche Urteil zur Gänze bestätigte, also dessen Umfang nicht einschränkte, daher auch nicht in Bezug auf die Verwendung sinngleicher Klauseln.

1.4. Die Beklagte machte in zweiter und dritter Instanz den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend. Der Oberste Gerichtshof wäre in der Prüfung der materiellen Richtigkeit der Entscheidung zweiter Instanz in alle Richtungen (RIS-Justiz RS0043352) nur beschränkt, wenn die Beklagte eine in erster Instanz erhobene selbständige rechtsvernichtende Tatsache (wie beispielsweise der Einwand der fehlenden Wiederholungsgefahr) in ihren Rechtsmittelschriftsätzen nicht mehr aufrecht erhalten hätte (vgl. *Kodek in Rechberger*³ § 503 ZPO Rz 27 mwN). Eine solche Konstellation ist hier aber nicht zu beurteilen.

1.5. Entgegen der Meinung der Revisionswerberin ist es dem Obersten Gerichtshof demnach nicht verwehrt, im Verbandsprozess nach dem KSchG rechtliche Aspekte zu beurteilen, die vom Revisionswerber in der Berufung geltend gemacht, vom Berufungsgericht aber nicht berücksichtigt wurden. Ob dies notwendig ist, bleibt allerdings seiner Beurteilung vorbehalten.

2. Zur Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion in den AGB:

2.1. Die inkriminierte Klausel lautet:

Über die vorstehenden Abs 1 oder 2 hinausgehende Änderungen der Entgelte sowie Änderungen des Leistungsumfangs sind nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Solche Änderungen werden 2 Monate nach Verständigung des Kunden über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung wirksam, sofern nicht bis dahin ein schriftlicher Widerspruch des Kunden beim Kreditinstitut

einlangt. Das Kreditinstitut wird den Kunden in der Verständigung auf die jeweils gewünschte Änderung sowie darauf aufmerksam machen, dass sein Stillschweigen mit Fristablauf als Zustimmung gilt. Der Kunde hat das Recht, seinen Girokontovertrag bis zum Inkrafttreten der Änderung kostenlos fristlos zu kündigen. Das Kreditinstitut wird den Kunden anlässlich der Mitteilung der Änderung auf dieses Kündigungsrecht aufmerksam machen.

2.2. Der Kläger sah in dieser Klausel die uneingeschränkte, nach § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrige Möglichkeit der Bank verwirklicht, über die Zustimmung des schweigenden Bankkunden eine umfassende Vertragsänderung zu erreichen. Der Kunde sei gezwungen, jede (beispielsweise auch in einem Kontoauszug) enthaltene Mitteilung dahingehend zu untersuchen, ob darin nicht eine derartige Vertragsänderung enthalten sein könnte. Dieser massive Eingriff in den Rechtsverkehr sei eine gröbliche Benachteiligung der Kunden nach § 879 Abs 3 ABGB, zumal sie aus Angst vor allfälligen nachteiligen Folgen eines Widerspruchs diesen gar nicht in Betracht ziehen könnten. Derart weitgehende Änderungsmöglichkeiten erlaube auch § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht. Nur ein berechtigtes, hier nicht zu bejahendes Verwenderinteresse könne eine vorformulierte Erklärungsfiktion rechtfertigen. Die Klausel komme de facto in ihrer Auswirkung einer einseitigen Entgelt- und Leistungsumfangsänderungsklausel gleich und verstoße daher auch gegen § 6 Abs 1 Z 5 und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG. Die mögliche Reichweite der Änderungsmöglichkeiten sei der Klausel nicht hinreichend zu entnehmen, weshalb sie dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht entspreche. Zusätzlich berief sich der Kläger noch auf § 864a ABGB.

2.3. Das Erstgericht folgte seinen Argumenten weitgehend und verbot die Verwendung der bekämpften Klausel aus allen geltend gemachten Rechtsgründen (ausgenommen § 879 Abs 1 ABGB).

2.4. Das Berufungsgericht, das der Berufung der Beklagten keine Folge gab, prüfte die Zulässigkeit der Klausel nur nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG. Durch ihre Anwendung könne einem Kreditnehmer in Abänderung des ursprünglichen Vertrags eine andere Geldmenge (Leistungsumfang) um einen anderen Preis (Entgelt, Verzinsung) überlassen werden. Dadurch könne es zu einem gravierenden Abweichen von der bei Vertragsabschluss anzunehmenden subjektiven Äquivalenz der Hauptleistungen kommen. Eine solche Änderung im Weg einer fingierten Zustimmung des Kunden verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG.

2.5. Als ihr Kernargument für die Zulässigkeit der Klausel legt die Beklagte in der Revision dar, dass ihr nach europarechtlichen Vorgaben (Zahlungsdienste-Richtlinie [RL 2007/64/EG vom 13. 11. 2007, ABl 2007 L 319/1], im Folgenden ZaDi-RL) und nationalem Recht zwingend zwei alternative Methoden zur Vertragsanpassung auch für die essentialia negotii zustehen müssten, nämlich entweder die nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und § 29 Zahlungsdiensteegesetz (ZaDiG), BGBl I 2009/66, zu beurteilende Vereinbarung eines einseitigen Gestaltungs- bzw Änderungsrechts für Entgelte oder die Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion, die nach § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und dem ZaDiG zulässig sei. Die erste, im Massengeschäft praktikable Variante der Entgeltänderung habe der Oberste Gerichtshof im Anwendungsbereich des ZaDiG mit Ausnahme der in § 29 Abs 2 erster Satz dieses Gesetzes angeführten Fälle (Anpassung von Zinssätzen und Wechselkursen) bereits verboten. Das Verbot auch einer Vereinbarung der Zustimmungsfiktion nehme den Banken beide vom Gesetzgeber explizit für zulässig erklärte Varianten der Entgeltanpassung ohne individuelle Vereinbarung mit jedem einzelnen Kunden. Damit wären

Bankverträge die einzigen Dauerschuldverhältnisse, bei denen eine praktikable Entgeltanpassung unmöglich wäre.

2.6. Wie die Revisionswerberin zutreffend erkennt, wird nach dem (insofern) eindeutigen Wortlaut der strittigen Klausel kein einseitiges Änderungsrecht der Bank vereinbart, mag ihre Handhabung in der Praxis auch aufgrund der vom Kläger ins Treffen geführten überwiegend schweigenden Reaktion von Kunden auf Änderungsmitteilungen wie ein Gestaltungsrecht wirken. Nach dem ersten Satz der Klausel sind Vertragsänderungen nur mit Zustimmung des Kunden möglich. Unter welchen Voraussetzungen eine Zustimmung als fingiert gilt, wird im Anschluss geregelt. Zu beurteilen ist daher ausschließlich die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion. Die Argumente der Beklagten, Unionsrecht und nationales Recht gestatteten ihr zwingend die Verwendung der inkriminierten Klausel, können allerdings nicht überzeugen:

2.7. Das ZaDiG setzt die ZaDi-RL 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 mwN = EvBl 2012/5 [*Fichtinger*] = ÖBA 2012/1768, 53 [*Koch*]; 1 Ob 244/11f).

2.8. Im Sinn des Art 42 Nr 6 lit a der 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.

2.9. 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. 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.

2.10. Dass Zustimmungsfiktionen nach dem ZaDiG, das nur auf die in seinem § 1 Abs 2 definierten Tätigkeiten der Bank anzuwenden ist, und dem KSchG nicht grundsätzlich verboten sind, macht die hier verwendete konkrete Klausel aber nicht bereits zulässig. Bei der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung (RIS-Justiz RS0016590; RS0038205 [T4]) ermöglicht die Klausel der Bank, Entgelte und Leistungsumfang ohne jede inhaltliche Schranke im Weg einer Zustimmungsfiktion zu ändern. Entgegen der Ansicht der Beklagten steht der Stattgebung des Unterlassungsbegehrens in diesem

Verbandsprozess auch nicht entgegen, dass einer konkret vorgeschlagenen, vom Verbraucher unwidersprochen gebliebenen Änderung durch § 934, § 879 Abs 1 und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB Grenzen gesetzt sein können, beispielsweise wenn die Bank mit stillschweigend fingierter Zustimmung des Kunden ein völlig überhöhtes Kontoführungsentgelt vereinbart oder den Kreditrahmen massiv einschränkt. Die Beklagte verkennt nämlich Sinn und Zweck eines Verbandsprozesses, wenn sie meint, die Verwendung der Klausel könne deshalb nicht verboten werden, weil a) der Verbraucher sich ohnehin in seinem individuellen Rechtsverhältnis zur Bank gegen eine derartige Vorgangsweise zur Wehr setzen und die Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen nach den zitierten Bestimmungen des ABGB geltend machen könne, und b) eine Bank in der Praxis gar nicht versuchen würde, so gravierende Vertragsänderungen über die Zustimmungsfiktion zu erreichen. Es geht auch nicht darum, jede Vertragsanpassung über eine in AGB oder Vertragsformblättern vereinbarte Zustimmungsfiktion auszuschließen. Diesen extremen Standpunkt vertreten weder der Kläger noch - bei näherer Betrachtung - die höchstgerichtliche Judikatur.

2.11. In der Entscheidung 6 Ob 85/11k = ÖBA 2012/1784, 176 (*Rummel*), prüfte der Oberste Gerichtshof in einem Verbandsprozess die Zulässigkeit einer Klausel, die das Unternehmen berechtigte, das Vertragsverhältnis auf ein verbundenes Unternehmen zu übertragen, sofern der von der Übertragung zu informierende Kunde dieser nicht innerhalb einer vierwöchigen Frist widersprach. Der Oberste Gerichtshof führte aus, dass der Regelung über das Widerspruchsrecht des Kunden ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Zustimmung zur Überbindung als erteilt gelte, wenn der Teilnehmer nicht

widerspreche, fehle. Das Widerspruchsrecht verstoße deshalb gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG und könne die nach § 6 Abs 2 Z 2 KSchG nicht verbindliche Übertragung des Vertragsverhältnisses auf einen nicht namentlich genannten Dritten nicht rechtfertigen. In der weiteren Begründung verwies er auf die Entscheidung 2 Ob 523/85, laut der aus § 6 Abs 1 Z 2 KSchG grundsätzlich überhaupt die Wirkungslosigkeit vertraglicher „Erklärungsfiktionen“ folge. Dieser Passus findet sich zwar in der zitierten älteren Entscheidung. Gleich im Anschluss führte der Oberste Gerichtshof aber aus, eine Ausnahme bestehe nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung (§ 6 Abs 1 Z 2 KSchG) nur dann, wenn für die fragliche Äußerung eine Frist vorgesehen sei, das Erfordernis des Hinweises auf die Bedeutung des Verhaltens des Verbrauchers eingehalten werde und diesem für eine ausdrückliche Erklärung sodann eine angemessene Frist zur Verfügung stehe. Der Oberste Gerichtshof vermisste bei der ebenfalls in einem Verbandsprozess geprüften Klausel eine Fristsetzung im Sinn der zitierten Bestimmung.

2.12. Kernaussage dieser beiden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs ist demnach nur, dass die Vereinbarung von Zustimmungs- oder Erklärungsfiktionen in AGB oder Vertragsformblättern jedenfalls dann unzulässig (wirkungslos) ist, wenn die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG geregelten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die in der jüngeren Entscheidung enthaltene Aussage, wesentliche Änderungen des Vertrags, insbesondere dessen „essentialia“, seien nicht über eine Zustimmungsfiktion, sondern nur über einen Individualvertrag zulässig, war für das Ergebnis nicht tragend.

2.13. Im Anwendungsbereich des ZaDiG müssen die in § 28 Abs 6 lit a (ausdrückliche Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion im Rahmenvertrag) und § 29 Abs 1 leg

cit geregelten Voraussetzungen eingehalten werden, um den Rahmenvertrag im Wege einer Zustimmungsfiktion zu ändern. Weichen Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers unter anderem von den in §§ 26-29 ZaDiG enthaltenen Bestimmungen betreffend Informationspflichten des Zahlungsdienstleisters ab, sind diese abweichenden Bestimmungen nach § 26 Abs 6 erster Satz leg cit unwirksam. Der Gesetzgeber legt in § 26 Abs 1 Z 1 ZaDiG fest, dass die Vorabinformationen und Vertragsbedingungen im Fall eines Rahmenvertrags grundsätzlich in Papierform oder, sofern der Zahlungsdienstnutzer damit einverstanden ist, auf einem anderen dauerhaften Datenträger mitzuteilen sind (vgl *Weilinger/Knauder in Weilinger, ZaDiG § 26 Rz 39 f*). Für die Anzeige des Zahlungsdienstnutzers, mit der er vorgeschlagene Änderungen des Rahmenvertrags ablehnt (§ 28 Abs 6 lit a und § 29 Abs 1 Z 2 lit a) verlangt das ZaDiG keine Form.

2.14. Ob die inkriminierte Klausel deshalb den Formalerfordernissen des ZaDiG nicht gerecht wird, weil sie die Einhaltung der Schriftform zwar für den Widerspruch des Kunden, nicht aber für dessen Verständigung über die vom Kreditinstitut gewünschte Änderung fordert, muss nicht geprüft werden. Im Verfahren erster Instanz hat der Kläger nie behauptet, dass die Vereinbarung der Zustimmungsfiktion (die unzweifelhaft in Papierform erfolgte) den Formvorschriften des ZaDiG widerspricht. Zum schriftlich auszuübenden Widerspruchsrecht des Kunden ist noch anzumerken, dass § 6 Abs 1 Z 4 KSchG nur die Vereinbarung einer strengeren Form als der Schriftform zu Lasten des Verbrauchers verbietet, wie der Oberste Gerichtshof im Anwendungsbereich des ZaDiG bereits in der Entscheidung 1 Ob 244/11f dargelegt hat.

2.15. Der Kläger stellt in der Revisionsbeantwortung nicht mehr in Frage, dass die in der inkriminierten Klausel enthaltene Zustimmungsfiktion den

formalen Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG entspricht. Auch in diesem Fall ist ihre Zulässigkeit nach § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen (vgl *Mayrhofer/Tangl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 6 Abs 1 Z 2 KSchG Rz 1; vgl 9 Ob 40/06g). Nach der zuerst genannten Bestimmung ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Maßstab für die Transparenz einer Klausel ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]; RS0115219 [T12]). Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher durchschaubar sind (RIS-Justiz RS0115217 [T7]; 5 Ob 64/10p).

2.16. Nach diesen Kriterien verstößt die inkriminierte Klausel gegen das Transparenzgebot. Sie lässt Änderungen des Vertrags über eine Zustimmungsfiktion nach Inhalt und Ausmaß nahezu unbeschränkt zu. Welche Leistungen die Bank mit fingierter Zustimmung einschränken kann, bleibt völlig unbestimmt, ebenso der Umfang einer Änderung der vom Kunden zu entrichtenden Entgelte.

2.17. Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls

einen Teil gröblich benachteiligt (§ 879 Abs 3 ABGB). Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben (RIS-Justiz RS0016908 [T1]). Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen, unterliegen ebenfalls der Inhaltskontrolle (RIS-Justiz RS0016908 [T5, T8]). Die zu beurteilende Klausel ermöglicht eine sehr weitgehende Änderung von (auch) Hauptleistungspflichten der Parteien im Wege einer Zustimmungsfiktion, bestimmt aber gerade nicht Inhalt und Umfang dieser Leistungen, indem sie sie individuell und zahlenmäßig umschreibt (vgl RIS-Justiz RS0016931 [T3]).

2.18. Durch § 879 Abs 3 ABGB wird ein eine objektive Äquivalenzstörung und „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigendes bewegliches System geschaffen (RIS-Justiz RS0016914). Diese Bestimmung wendet sich vor allem gegen den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufdrängen benachteiligender vertraglicher Nebenbestimmungen durch den typischerweise überlegenen Vertragspartner bei Verwendung von AGB und Vertragsformblättern. Der mit den AGB konfrontierte Vertragspartner ist in seiner Willensbildung eingeeengt, muss er sich doch zumeist diesen fügen oder in Kauf nehmen, dass ihm der Verwender den Vertragsabschluss verweigert. Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann unter Umständen schon dann eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners sein, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Sie ist jedenfalls schon dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur

vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt. Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender daher am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (1 Ob 244/11f mwN).

2.19. 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.

2.20. 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 Bundesgerichtshof in der (unter anderem in 6 Ob 85/11k) 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 betreffenden 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.

2.21. 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. Der in der Revision enthaltene Verweis auf Schriftsätze der Beklagten, in denen sie Bestimmungen der in Deutschland geltenden AGB-Banken darlegt und mit diesen die Zulässigkeit der hier inkriminierten Klausel begründet, ist unzulässig (RIS-Justiz RS0043616). Art 12 Abs 5 dieser AGB regelt zudem eine Zustimmungsfiktion nur bei einer Änderung von Entgelten für solche Leistungen, die vom Kunden im Rahmen der Geschäftsverbindung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden, wie zB Konto- und Depotführung (vgl *Bunte* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch [2011] I § 17 Rn 52 f; vgl *A. Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht [2011], 1725; vgl *Rummel*, Glosse zu 6 Ob 85/11k, ÖBA 2012, 178), nicht aber für die Änderung des Leistungsumfangs. Soweit die Beklagte die Frage aufwirft, wie eine die Anpassung der Entgelte in der Praxis ermöglichende Klausel zu formulieren wäre, ist ihr zu entgegnen, dass die gesetzmäßige Gestaltung von AGB grundsätzlich Sache des Verwenders ist.

2.22. Die Klausel verstößt somit gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB. Überlegungen, ob ihre Verwendung auch noch aus anderen Rechtsgründen (wie insbesondere § 864a ABGB) zu verbieten wäre, erübrigen sich

daher.

3. Zur Änderungsmitteilung:

Schon das Berufungsgericht führte zutreffend aus (§ 510 Abs 3 ZPO), dass die Umsetzung einer gesetzwidrig vereinbarten Zustimmungsfiktion, welche die Beklagte in der Praxis durch die inkriminierte Änderungsmitteilung vornimmt, nicht rechtmäßig sein kann. Auf die weiteren Überlegungen der Revisionswerberin zur angeblich transparent formulierten und hinreichend bestimmten sowie nicht gegen § 6 Abs 1 Z 3 KSchG und § 879 ABGB verstoßenden Änderungsmitteilung muss deshalb nicht weiter eingegangen werden.

4. „Übergesetzliches“ Unterlassungsgebot:

4.1. Nach § 28 Abs 1 zweiter Satz KSchG schließt ein nach Abs 1 leg cit erlassenes Verbot auch das Verbot ein, sich auf Bedingungen zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart worden sind. Die Beklagte vermisst diesen letzten Halbsatz in dem zu Punkt 1a erhobenen Unterlassungsbegehren dem stattgegeben wurde. Die Beklagte kann jedoch nicht darlegen, dass sie die inkriminierte Klausel zulässigerweise im Verkehr mit Verbrauchern vereinbart haben könnte.

4.2. Die Beklagte meint, der Halbsatz „soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurden“ müsse schon allein aufgrund laufender Novellierungen der Gesetze in den Urteilsspruch aufgenommen werden. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG sei erst mit 1. 1. 1997 in Kraft getreten, das ZaDiG nach seinem § 79 Abs 1 erst mit 1. 11. 2009. Die Aufnahme des Halbsatzes sei auch deshalb sinnvoll, weil sonst jedes einer Verbandsklage stattgebende Urteil eigens den Zeitraum festlegen müsse, für den es Altverträge verbiete.

4.3. Mit ihren Argumenten zum zeitlichen Geltungsbereich übersieht die Beklagte, dass hier die

Zulässigkeit von AGB in der Fassung 2009 zu beurteilen ist. Nach seinem § 39 Abs 1 ist das KSchG auf vor seinem Inkrafttreten geschlossene Verträge nicht anzuwenden. Der Oberste Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass auch für ein bestehendes Vertragsverhältnis eine unzulässige Gerichtsstandsvereinbarung nach dem Inkrafttreten des KSchG nicht mehr wirksam geschlossen werden kann (7 Ob 581/81 = SZ 54/74). Da die Änderung von AGB, sofern gesetzlich nichts anderes vorgeschrieben ist, der Zustimmung der Vertragsparteien bedarf (vgl *Bollenberger* in KBB³ § 864a ABGB Rz 6 mwN), bestimmt sich die Zulässigkeit von vertraglichen Regelungen in AGB nach der Gesetzeslage, die in dem Zeitpunkt, ab dem diese auch auf laufende „Altverträge“ anzuwenden sind, bereits galt. Im Jahr 2009 waren § 6 Abs 3 KSchG und § 879 ABGB bereits in Kraft. Das Verbot von Klausel und Geschäftspraxis stützt sich nicht auf das ZaDiG, weshalb der Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes (mit dessen Bestimmungen die Beklagte die Zulässigkeit der strittigen Klausel übrigens verteidigt) ohne Bedeutung ist.

Zum Veröffentlichungsbegehren:

In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 4 UWG) in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RIS-Justiz RS0121963 [T9]). Die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Urteils in einer Regionalausgabe einer Zeitung entspricht diesen Kriterien. Dem Interesse an der Veröffentlichung in diesem 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 244/11f; vgl *Kathrein* in KBB³ § 30 KSchG Rz 1 mwN).

Dem erstmals in der Revision gestellten Antrag der Beklagten auf Ermächtigung zur Veröffentlichung des „klageabweisenden Teils“ des Urteilsspruchs (Abweisung des „österreichweiten“ Veröffentlichungsbegehrens des Klägers) steht das Neuerungsverbot (§ 482 Abs 1, § 504 Abs 2 ZPO) entgegen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 und § 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 11. April 2013
Dr. S a i l e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG